

盖尤斯无体物概念的建构与分解

方新军*

内容提要:盖尤斯第一个在法学意义上提出了“无体物”的概念,这与他的《法学阶梯》的三分结构——“人、物、讼”是紧密相关的。由于在罗马法时代还不存在“权利”的概念,盖尤斯的建构“无体物”的目的就是通过它把所有与所有权不同的其它权利一并纳入物法的讨论范围。而一旦“权利”的概念被抽象出来并逐步成熟,盖尤斯的“无体物”概念就将面临解体,这一过程正好反映了我们现代人和罗马人对法律的不同理解。

关键词:无体物 有体物 权利

一、盖尤斯建构无体物概念的目的

盖尤斯在其《法学阶梯》第二卷的第12、13、14这三个片断中谈到了关于有体物和无体物的区分,将无体物界定为:“是不能触摸的、并存在于 ius 中,例如遗产继承、用益、以任何形式缔结的债。遗产中是否包含有体物,从土地上获得的孳息是否是有体的,根据某项债而应向我们支付的物是否通常是有体的(例如土地、人或者钱款),这些都无关紧要;实际上,继承、用益和债本身都是无形的。城市土地和乡村土地的地役属于无体物。”〔1〕

关于盖尤斯是否是第一个提出无体物概念的罗马法学家,学界一直存在争议。但是就整个罗马法学说而言,有体物与无体物的区分并不是一个共同的理论,与盖尤斯同时代的法学家几乎从来没有提起过无体物。〔2〕因此主流的观点认为,尽管盖尤斯的无体物概念可能受到古希腊哲学观念(斯多亚哲学)的影响,但他是第一个在法学意义上使用此概念的法学家。因为只有盖尤斯的段落涉及它,

* 苏州大学法学院讲师。

〔1〕〔古罗马〕盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第82页。译文有改动,我将所有的“权”字都去掉了,因为罗马人没有“权利”的概念,将 ius 翻译为“权利”,以及将 hereditate, ususfructus 和 praediorum 翻译为“继承权”、“用益权”和“地役权”,是用我们现代的术语翻译罗马法的结果。虽然为了真正理解和评价作为一种过去的法律制度的罗马法,我们必须运用现代理论的专业术语和概念,但是我们必须意识到两者之间的不同,我们尤其需要注意的是不能将罗马法的概念、术语与现代法的概念、术语划等号,这也是德国罗马法学家弗里茨·舒尔茨(Fritz Schulz)反复强调的在罗马法研究中必须具有的历史意识。See Fritz Schulz, I Principii del Diritto Romano, Casa Editrice le Lettere, Firenze, 1995, pp. 1-4.

〔2〕意大利罗马法学家维琴佐·阿朗乔-鲁易兹(Vincenzo Arangio-Ruiz)指出:“就整个罗马法学说而言,这一区分并不是一个共同的理论。正相反,大多数法学家几乎从来没有提起过无体物,他们只是在与货币或小麦这样的可替换物的金额或数量相对立的意义上使用有体物,或相同意义上的物体(corpus)一词。《学说汇纂》中不属于盖尤斯的很少几个段落提到了关于有体物与无体物的区分,而这很可能是篡改的结果。”Vincenzo Arangio-Ruiz, Istituzioni di Diritto Romano, XIV, Edizione Jovene, Napoli, 2002, pp. 162-163.

几乎没有任何证据证明盖尤斯是从他以前的古典罗马法学家那里找到上述区分的。^[3]但问题是盖尤斯为什么要创造出无体物的概念,他试图要解决什么问题呢?

关于盖尤斯建构无体物概念的目的同样是众说纷纭。

第一种意见认为,盖尤斯在物的分类中引入无体物概念的目的是为了说明财产的构成要素,因为它处于“不属于我们财产的物”和“属于我们的财产的物”这一分类之后,并且属于后者的分类。^[4]这种观点是值得商榷的,虽然盖尤斯是唯一运用“属于我们财产的物”和“不属于我们财产的物”这一区分的古典罗马法学家,但是这一划分的重要意义并非源自盖尤斯,而实际上是优士丁尼直接在“属于我们财产的物”之下讨论有体物和无体物的区分的。^[5]

第二种意见认为,盖尤斯创设无体物的概念只是在一般意义上阐述物的分类,从而说明无体物可以成为权利的客体。^[6]但问题是在罗马法时代权利的概念根本就没有出现,他们不可能认识到权利是设立在有体物之上的,同时他们也没有这种理论上的需要。^[7]

这样就有人提出了第三种意见,即盖尤斯创设的无体物概念只在涉及权利取得的法律行为上具有重要性。^[8]但是这种观点同样值得商榷,因为如果只是为了对比权利的取得和移转的方式,盖尤斯完全没有必要创造出无体物的概念,因为“要式物”和“略式物”的区分已经足够了。

由于只有盖尤斯使用了无体物的概念,因此意大利罗马法学家马里奥·塔拉曼卡(Mario Talamanca)提出了这样一种看法:“这个问题与盖尤斯将法三分为人法、物法和诉讼法是有牵连关系的。”^[9]应该说这种见解具有相当的说服力,因为任何一个概念都不可能是孤立存在的零星碎片,恰恰相反,概念必须是“彼此联系的,并且联系于一个概念网络,依靠这个概念网络,它们依次得以理解,形成我们可以称之为概念框架或概念结构的东西”。^[10]对于无体物来说,它背后的概念框架就是“人、物、讼”的三分结构,因为与无体物的概念一样,这种三分结构也是盖尤斯的首创,与盖尤斯同时代或之前的古典罗马法学家基本上都没有采纳过这种结构。^[11]但是塔拉曼卡并没有说明盖尤斯的无体物概念和上述三分结构究竟存在怎样的牵连关系,因此为了把问题搞清楚,我们首先需要了解盖尤斯“三分法”的由来。

基于教学性的目的,盖尤斯为了使《法学阶梯》更加容易理解和记忆,非常注重系统的方法,这尤其表现在《法学阶梯》的叙述次序上。而这个次序就是他在第一卷第8个片断中指出的:“我们所使用的一切法,或者涉及人,或者涉及物,或者涉及诉讼。”^[12]盖尤斯的《法学阶梯》就是按照“人、物、讼”这个三分法建构起来的。

关于盖尤斯做出上述“三分法”的原因同样是一个聚讼纷纭的问题,不过我们不能从现今已经习

[3] See Ubaldo Robbe, Osservazione su Gaio, Gaio nel suo Tempo—Atti del Simposio Romanistico, Editore Jovene, Napoli, 1966, p. 118. See Mario Talamanca, Istituzioni di Diritto Romano, Giuffrè, Milano, 1990, p. 383.

[4] See Guido Astuti, Cosa (Romano e Intermedio), Enciclopedia del Diritto, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 6.

[5] 前引[3], Mario Talamanca 书, 第 379 页。

[6] 前引[4], Guido Astuti 书, 第 6 页。

[7] Salvatore Pugliatti, Cosa. Enciclopedia del Diritto, XI, Cosa - Delib, Giuffrè, Milano, 1962, p. 6.

[8] 同上书, 第 7 页。

[9] 前引[3], Mario Talamanca 书, 第 384 页。

[10] [美]瓦托夫斯基:《科学思想的概念基础——科学哲学导论》,范岱年译,求实出版社 1983 年版,第 6 页。

[11] 盖尤斯的三分法体系并不是罗马法学家唯一认识到的体系,例如在卡里斯特拉特(Callistratus)和保罗(Julius Paulus)的《法学阶梯》中就没有涉及“诉讼”,乌尔比安(Domitius Ulpianus)的《法学阶梯》则略过了“债”,而佛罗伦汀(Florentinus)的《法学阶梯》就将“继承”放在“债”和“所有权”之后,然后在“债”和“所有权”之间非常神秘地插入了关于“人的地位”的论述,同时却忽略了“诉讼”。在盖尤斯的《法学阶梯》中具有极端重要性的物的部分,在其他罗马法家那里也未必具有显赫的地位,例如在萨宾(Masurius Sabinus)的体系中,物是在最后被讨论的,它位于遗嘱、继承、家父权、嫁资保护和债之后。See Giovanni Pugliese, Res corporales, Res Incorporales e il Problema del Diritto Soggettivo. Studi in Onore di Vincenzo - Ruiz, Nel XIV Anno del suo Insegnamento, III, Editore Jovene, Napoli, 1957, pp. 233 - 235.

[12] 前引[1], 盖尤斯书, 第 4 页。

以为常的权利的角度来解读于此,即认为上述三分对应于权利的主体、权利的客体和权利的救济这三个方面,^[13]因为权利的概念是在盖尤斯身后大约1300年才开始正式出现的。^[14]如果盖尤斯的时代已经存在权利的概念,他恐怕就不用创造出无体物这个概念了,而且有关“物法”的结构也会重新得到编排。对于盖尤斯来说,在没有“权利”这个工具的前提下,如何在“物”这一卷中系统地、合乎逻辑地阐述所有与物相关的法律关系确实不是一件容易的事情。

盖尤斯选择的路径是这样的:在第二卷“物法”的一开头,他就将物区分为“属于我们财产的物”和“不属于我们财产的物”,但是没有作进一步的细分就转到了另一个话题,即将物区分为“神法物”和“人法物”。在论述完“神法物”之后,盖尤斯又将“人法物”区分为“公有物”和“私有物”;然后再将“私有物”区分有体物和无体物、要式物和略式物。

实际上,盖尤斯引入无体物概念的真正目的是为了把与物紧密相关但又不是物本身的,我们现代人称之为他物权的用益物权、地役权,以及继承权和通过合同产生的债权纳入物法的讨论范围。因为在没有成熟的权利理论的前提下,如果没有无体物的概念,盖尤斯将无法合乎逻辑地说明在“物”这一卷中讨论上述问题的理由。而且无体物的概念恰好说明了罗马人是从物的归属的角度,而不是从权利的角度思考问题。“由于没有权利的概念,因此对于我们现代人认为是权利的东西,对于罗马人而言只是物。盖尤斯关于物,特别是关于有体物和无体物的区分,以及对于单个物的描述,同样表达了我们认为权利的东西。”^[15]“毫无疑问,这是一个成功的办法,因为它为人、物、讼的三分体系提供了一个比较好的基础,减少了一些不方便,同时也能够说明为什么债成了物的一部分。”^[16]

盖尤斯之所以能够通过无体物的概念将一切与所有权不同的其它权利纳入物法进行讨论,是因为在罗马人那里,“所有(dominium)”的观念是统辖一切的,在我们现代的术语体系中与所有权并列

[13] 意大利罗马法学家朱塞佩·格罗索(Giuseppe Grosso)指出:“正如我们所认为的那样,这些评论表明他们不可能在盖尤斯的两本书的任何一本中,看到他在主观权利和客观法的意义上对人和物的讨论,即使他可能涉及了主体和客体,那也只能是在具有极大伸缩性的角度上提及。”Giuseppe Grosso, *Problemi Sistematici nel diritto romano, Cosa - Contratti*, a cura di L. Lantella, Torino, 1974, p. 8.

[14] 在汉语中“权利”和“法”是两个截然不同的词汇,但是在西方大陆法系的学说理论中“权利”与“法”是同一个词,例如意大利语中的 *diritto*、德语中的 *recht* 等。他们通过加形容词的方式来区分“权利”和“法”,即“主观的法”(*diritto soggettivo*, *subjekt recht*) 是权利,而“客观的法”(*diritto oggettivo*, *objekt recht*) 是法律,这实际上表明了“权利”的概念是在对“法”这个词进行解释时逐渐发展出来的。罗马人并没有权利的概念,权利概念的萌芽出现在12世纪,当时的教会法学家在对格兰西的《教会法汇要》中的“法(*ius*)”一词进行解释时,开始出现从主观意义上理解 *ius* 的观点,但是他们还没有达到一般化的抽象程度。权利概念的正式出现是基于一个偶然事件,即14世纪基督教世界中关于“使徒贫困”问题的争论,在这场争论中,帕多瓦的马西利乌斯(Marsilius de Padua, 1275 - 1342) 第一个明确区分了“主观意义上的法”和“客观意义上的法”,他一方面将 *ius* 理解为立法或命令,另一方面也将 *ius* 理解为单个人的意志行为,而且是以自己的方式行使 *ius*。也就是说当法从主观的意义上被理解为被某个人拥有时,这个具体的法就变成了这个人的权利。但是马西利乌斯是从公法的层面提出上述问题的,而第一个明确以权利概念为工具将私法建构为一个体系的是法国人文主义学派的代表人物胡果·多内鲁斯(Hugo Donellus, 1527 - 1591)。在哲学理论上,多内鲁斯以约翰·邓·司各脱(Johannes duns Scotus, 1265 - 1308) 和威廉·奥康(Guillelmus de Ockham, 约1285 - 1349) 的唯名论为前提,因为这种理论在独立和原初的意义上强调个人意志因素的价值;在法学理论上,多内鲁斯以马西利乌斯的理论为基础,同时他还对私法上的权利进行了分类。但是多内鲁斯的理论直到19世纪才被萨维尼重新发现,他称赞多内鲁斯的私法体系是最好的而且几乎是惟一可用的体系。See Widar Cesarrini Sforza, *Diritto Soggettivo*, *Enciclopedia del Diritto*, III, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 671 - 672. See Brian Tierney, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law 1150 - 1625*, Scholars Press for Emory University, 1997, pp. 104 - 131. See Pierangelo Catalano, *Diritto, Soggetti, Oggetti: un Contributo alla Pulizia Concettuale Sulla Base di D. I. 1. 12. Iuris Vincula. Studi in Onore di Mario Talamanca*, II, Editore Jovene, Napoli, 2001, pp. 99 - 100. 参见[德]格尔德·克莱因海尔,扬·施罗德:《九百年来的德意志及欧洲法学家》,许兰译,法律出版社2005年版,第118页以下。

[15] 前引[11], *Giovani Pugliese* 书, 第235页。

[16] 同上书, 第250页。

的各种权利类型,在罗马人那里都是从属于“所有”的。^[17]这也可以解释一个让后世学者百思不得其解的困惑,即盖尤斯在无体物的概念中为什么单单没有列举具有极端重要性的所有权(dominium)。因为在罗马人的观念中,一切有体物和无体物都是归属于 dominium 的,如果在无体物中列举 dominium 就会出现逻辑上的矛盾。同时也正因为不存在权利的概念,当盖尤斯将“用益、地役、继承和债”界定为无体物时,并不存在对“用益权、地役权、继承权和债权”也拥有所有权这样一种我们现代人无法克服的词语循环的难题。

因此在盖尤斯的《法学阶梯》中有关有体物的规定具有双重的涵义,有时候它指有体物本身,有时候它指的是有体物上的所有权。但是罗马人只有所有权的观念,而没有所有权的概念,他们一般用“这个物是属于我的”或“这个东西是我的”,并加上一句“根据罗马人的法”来表述市民法上的所有权。^[18]既然罗马人连所有权的概念都未能抽象出来,那么就更不能奢望他们抽象出其它财产权利的概念了,^[19]因此盖尤斯只好将那些我们现今可归属于其它财产权的“用益”、“地役”、“继承”、“债”等一方面与有体物相关,另一方面又不是有体物本身的各种法律关系界定为无体物。这实际上是一种直观化思维的表现,因为不将它们与所谓的“物”联系起来仿佛就无法理解似的。同时盖尤斯也异常清楚地认识到,对于古典罗马法而言,“要式物”和“略式物”的区分在“人法物”中居于基础地位,关于有体物和无体物的讨论只是叠加在前者之上的,而且附属于前者。因此在盖尤斯的《法学阶梯》中,有体物和无体物的分类主要是为了进行体系说明,它只具有有限的技术意义。我们甚至可以说这一分类主要是为了“人、物、讼”这个三分法而存在的,因为盖尤斯需将与“人的关系”相对的所有“物的关系”作为一个整体来进行讨论。这也是为什么盖尤斯以外的古典罗马法学家几乎不使用有体物和无体物分类的原因,因为他们不采纳三分法的论述体系,当然也就没有必要采纳物的两分法了。

虽然在古典罗马法时期,盖尤斯的无体物概念处于孤芳自赏的地步,但是后来却受到拜占庭人的特殊喜爱,他们经常引用这一概念,因此它顺利地移转到了中世纪的法学中,而这一切都要归因于优士丁尼《法学阶梯》和盖尤斯《法学阶梯》的渊源关系。

二、盖尤斯的无体物概念对后世民法的影响

(一)对优士丁尼《法学阶梯》的影响

优士丁尼的《法学阶梯》同样是按照“人、物、讼”的三分法进行编写的,而这种三分法的体系是与有体物和无体物的两分法不可分割的,因此优士丁尼必然要采纳盖尤斯的无体物概念。但是在优士丁尼的《法学阶梯》中,这一概念所起的作用已经发生了变化。

优士丁尼是按照下列顺序讨论物的分类的:在第二卷的第一题“物的分类”中,物首先被分为“属于我们财产的物”和“不属于我们财产的物”;后者又被分为四种类型,即共用物、公有物、团体物和神法物。上述分类总共只涉及短短的 11 个段落(I. 2. 1pr—I. 2. 10)。紧接着优士丁尼将话题转向了“属于我们财产的物”,但是在第一题中他根本没有涉及分类问题,而是用了一个很长的篇幅讨论“属于我们财产的物”的自然法的取得方式(I. 2. 1. 11—I. 2. 48);然后他另起一题,并以无体物为名讨论了“有体物”与无体物的区分(I. 2. 2pr—I. 2. 2. 3),这一题完全照搬了盖尤斯的内容。

[17] 在古典罗马法时代,dominium 在非常广泛的意义上被使用,例如在与 dominus proprietatis(个人的所有或完全的所有)相对立的意义上使用 dominus ususfructus(用益的所有)的表述,以及 dominus hereditatis(继承的所有)、dominus contractus(合同的所有)、dominus litis(诉讼的所有)等表述。Ugo Brasiello, Proprietà (Diritto Romano), Novissimo Digesto Italiano, XIV, Diretto da Aantonio Azara e Ernesto eula, Vnione Tipografico - Editrice Torinese, Ristampa 1982, pp. 111 - 112.

[18] 参见[意]彼德罗·彭觉得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社 1992 年版,第 196 页。

[19] 彭觉得在分析罗马法上关于永佃权的性质的争论时也曾正确地指出:“他物权”的意识对于罗马法学说是多么地陌生。”同上书,第 265 页。

如果说在盖尤斯那里,有体物与无体物的区分一方面具有体系说明功能,另一方面还重叠在要式物和略式物的区分上部分地涉及权利移转问题的话,那么在优士丁尼那里上述区分就只剩下了纯粹的体系说明功能,因为他已经完全废除了要式物和略式物的区分。^[20]因此在优士丁尼的《法学阶梯》里,物的移转规则与该物究竟是有体物还是无体物基本上没有任何关系。不过虽然上述区分的适用范围缩小了,但是其地位却反而上升了,因为其原本不过是“物的分类”之一种,现在在优士丁尼的《法学阶梯》中却脱离了第二卷第1题“物的分类”而与其并列成为了单独的一题,而且这一题是恰恰是以无体物来命名的。

显然,优士丁尼的这一安排透露出这样一个信息,即在他的《法学阶梯》里,有体物和无体物的区分不是作为一种技术意义上的“物的区分”而存在的,它的作用就在于进行体系说明,因为他紧接其后依次讨论了属于无体物的“地役”、“用益”和“使用和居住”等问题。^[21]而且无体物的概念与上述权利的移转没有任何关系,有关物的移转问题被优士丁尼分成了两个部分,自然法的移转方式(先占、添附、交付、抛弃等)在涉及有体物和无体物的区分之前已经被讨论过了;市民法的移转方式(取得时效、长期占有和赠与)则是在对上述权利进行说明之后才涉及的。有这样一个细节非常清楚地说明了优士丁尼运用无体物的概念进行体系说明的意图,即将原本属于盖尤斯《法学阶梯》第三卷的“私犯之债”放入了第四卷“诉讼”中,因为依据盖尤斯的无体物概念,只有“约定之债”才属于无体物的范围。但是这样一来诉讼部分的内容就不那么纯粹了,看来优士丁尼为了维护无体物概念涵盖范围的严密性,甚至不惜牺牲了“人、物、讼”三编制结构的完整性。正是因为优士丁尼对于无体物概念的偏爱,“从此它成为了欧洲法律语言的组成部分,(英国)普通法也在一定范围内使用它。”^[22]

(二)对近代民法典编纂的影响及逻辑矛盾的显现

由于以法国民法典为首的各部近代民法典均以《法学阶梯》的三分法为蓝本,盖尤斯无体物概念的影响一直持续到近代民法典的编纂时代。此时权利概念已经出现并发展到一个相当成熟的地步,上述近代民法典正是运用权利概念作为基本的工具建构自己的体系的。但是这些法典的制定者并没有意识到权利概念和盖尤斯无体物概念的不相容性,因此逻辑上的矛盾就不可避免地出现了。

法国民法典并没有直接采纳盖尤斯的无体物概念,但它以一个变换的方式——“无体财产”(第526、529条)继续存在着。因为法国民法典的立法者们试图通过“财产”的概念将所有权及其派生的

[20] C. 7. 31. 1. 5. “优士丁尼皇帝致大区长官乔万尼:要式移转物与略式移转物的区分太古老,同样应予以废除。废除无益的含糊不清的区分,使得所有地方的同样的物被归入同一类。”[意]桑德罗·斯契巴尼选编:《民法大全选译——物与物权》,范怀俊译,中国政法大学出版社1999年版,第2页。

[21] 优士丁尼在“使用和居住”的最后特意加上这么一段说明:“关于遗产和债,朕将在涉及它们的地方论述。”(1. 2. 5. 6)[古罗马]优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社2005年版,第147页。实际上优士丁尼是为了使读者明白他是按照无体物的范围进行论述的,只不过现在要插入关于物的市民法取得方式的论述。

[22] [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。相对于大陆法上有体物和无体物的表述,英美法上有三对意义基本相同的概念,即占有物(choses in possession)和诉讼物(choses in action)、具体物(physical things)和抽象物(abstract things)、有体物(corporeal, tangible things)和无体物(incorporeal, intangible things)。其中占有物和诉讼物的表述是法律上的用语,而后两者是学说上的用语,目的是为了解释和说明前者。如果单纯从文字用语上看,占有物和诉讼物的概念似乎不可能直接源自于盖尤斯的有体物和无体物,但是有一个细节不能忽视,即占有物和诉讼物的概念是用法语表达的。这样我们至少可以推断,英美法的上述概念具有大陆法的源头,具体地说,是法国法的源头。而法国法除了习惯法外,同样也具有罗马法的源头,因此英美法的上述概念完全可能是盖尤斯概念的变种,因为要从习惯法中归纳出如此抽象的概念并非易事。英国法学家布莱克斯通(Blackstone)讨论有体的和无体的可继承财产时,也曾这样说道:“可继承的财产,如果用最宽泛的说法,包括有体的和无体的两类。有体的由那些可以影响感官的,比如能看见和触摸到的事物组成。无体的则不是感觉的对象,既看不见也触摸不着,它们是心灵的造物,只存在于思考中。”布莱克斯通曾是一名僧侣,他通晓罗马法,在对英国本土土长的法律材料进行分类和整理时,不排除他使用了罗马法的某些概念和思想方法。See Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Edited by Walter Wheeler Cook, New Haven and London, Yale University Press, Fourth Printing, 1966, pp. 29—30. 并参见[德]K·茨威格特, H·克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第290页。

权利纳入一个整体进行规定。根据法国民法典第 526 和第 529 条的规定,附着于不动产的用益物权、地役权与土地使用权均是不动产;以可追索的款项或动产物品为客体的债权是动产。同时其第 518 条规定:“土地与建筑物,依其性质为不动产。”^[23] 由此就产生了这样一个问题,即设立在土地与建筑物上的所有权是不是财产呢?转化为一个具有一般性的问题就是,究竟是具体的物品是财产,还是设立在这些物品上的权利是财产?无论怎样回答这个问题,在法国民法典中都将存在无法克服的逻辑上的矛盾。如果说只是土地与建筑物是“财产”,而上述土地与建筑物在法国民法典第二卷的第二编“所有权”中又是“物”,那么我们是不是可以推导出“财产”就是“物”的结论呢?如果上述结论是成立的,紧接着的问题就是根据第 526 条的规定用益权和地役权也是财产,而财产与物又是等同的;同时因为在物之上可以存在所有权,那么是否存在“用益权的所有权”和“地役权的所有权”呢?答案显然是否定的,因为这完全混淆了“所有权”和“他物权”的概念。

与法国民法典不同,奥地利民法典直接采纳了无体物的概念(第 291、292 条),而这与其在形式上极端追随《法学阶梯》的三分体例有关,它保留了整体的“物法”部分。因为整体“物法”的保留,同时权利概念又成为了建构民法典体系的基本工具,这时奥地利民法典的立法者就必须回答包括在整个“物法”中的各种权利究竟与“物法”有什么关系。立法者们选择的策略就是采纳盖尤斯的无体物概念,其第 292 条规定:“有体物是可以触知的物,其余的物为无体物,例如狩猎权、捕鱼权和其它类似权利。”^[24] 在上述条文中,盖尤斯的痕迹是清晰可见的。不同的是,奥地利民法典在说明无体物的类型时,并没有直接列举继承权、用益物权、债权和地役权等权利类型,而是列举了在民法典的体系建构中几乎没有什么作用的狩猎权和捕鱼权,^[25] 同时却使用了“其它类似权利”这样一个含糊不清的兜底说明。那么奥地利民法典的这种闪烁其辞究竟是在回避什么问题呢?这一点细加分析是不难明了的。因为根据其第 353 条规定:“人所有的每一件物,包括全部有体物和无体物,称为他的所有物。”同时第 355 条又规定:“所有的物一般均系所有权的客体……。”这样逻辑上的矛盾就显现出来了,因为既然所有的物,包括有体物和无体物都可以成为所有权的客体,而各种各样的权利又都是无体物,那么是否存在权利上的所有权呢?基于逻辑演绎得出上述结论是无可置疑的,但是这显然又会导致体系上的违反。因为基于奥地利民法典第 307 条和 308 条的规定,对物权和对人的物权是相互并列的,而在对物权中占有权、所有权、担保物权、地役权和继承权则是并列的。同时,尽管奥地利民法典的立法者通过无体物的概念将债权也纳入了物法的讨论范围,但是为了在逻辑上保持一致,他们就不得不将债权界定为“对人的物权(von den persönlichen Sachenrechten)”,这个概念几乎遭到了所有后世学者的批评,因为它导致了物权和债权概念的混淆。^[26] 另一方面,因为“物权(Sachenrechte)”这个词已经被作为上位概念来使用,立法者们又不得不创造出“对物的物权(dinglichen Sachenrechten)”的概念,这种表述恐怕对于奥地利人来说也是非常拗口的,因此它只在对其进行界定的第 308 条出现了一次,在以后的条文中都被缩减成了“对物权(dinglichen Rechten)”。

智利民法典同样采纳了无体物的概念(第 575、576 条),但是同时却将所有权界定为只是针对“有体物”的权利(第 582 条)。其立法者似乎意识到,如果所有权的客体同时包括有体物和无体物,结果就会导致所有权本身变成一个巨大的“黑洞”,所有其它权利都将丧失自己的独立性而被吸附到所有权中来,这样所有权与他物权、物权和债权以及继承权之间的区别都将不存在了,但是上述概念相互之间的区分正是近代民法典建构自己体系的必要前提。不过智利民法典的坚持是不彻底的,因为紧

[23] 《法国民法典》,罗结珍译,中国法制出版社 1999 年版,第 167 页。后文不再一一注明。

[24] 《奥国民法》,王绍培译,文武有限公司 1978 年版,第 49 页。后文不再一一注明。

[25] 除第 292 条之外,狩猎权和捕鱼权在整部奥地利民法典中只出现了两次,即第 383 条和第 477 条第 5 款,而且第 383 条中的狩猎权和捕鱼权还与民法本身无关而是涉及了行政法和刑法的问题;在第 477 条中也只是涉及了土地地役权的一种。

[26] The General Civil Code of Austria, Revised and brought up to date and annotated by Paul L. Baeck, Oceana Publications, Inc. Dobbs Ferry, New York, 1972, p. 50.

接着的第583条规定：“对于无体物，也有一种所有权。因此，享有用益权者对其用益权拥有所有权。”〔27〕从逻辑上分析，智利民法典的坚持也是徒劳的，因为根据其第580条的规定：“权利和诉权依其行使或指向之物的性质而被视为可动物或不可动物。因此，不可动物上的用益权为不可动物。买受人对交付不可动物的请求权为不可动物；要求偿付所欠金钱的请求权为可动物。”如此一来，有体物的概念实际上就包含了无体物，因此再将所有权限定在有体物上就没有意义了。可见，尽管智利民法典的立法者模糊地认识到了无体物的概念可能引起的逻辑上的矛盾，但是他们并没有认识到上述矛盾的真正来源。实际上，一旦从权利的角度对法律进行思考是不需要运用盖尤斯的无体物概念的，因为盖尤斯正是在没有权利概念的前提下才创设出此概念来，而这两种思维方式是相互冲突的。这种认识一直到德国民法典制定时才变得清晰起来。

三、德国民法典对盖尤斯无体物概念的抛弃

德国民法典第90条规定：“法律意义上的物，是有体的客体。”同时在整部法典中再也没有出现无体物这个词，盖尤斯的无体物概念彻底消失了。尽管奥托·基尔克(Otto Gierke)认为德国民法典的上述立法例是非自然的、无法实践的和罗马式的，〔28〕但这种批评显然站不住脚，因为恰恰是传统罗马法和追随他们的近代民法典才是既采纳有体物概念，又采纳无体物概念的。

罗尔夫·克尼佩尔为德国民法典的这一立法例找出了如下理由：首先，将德国民法典物界定为有体物是为了防止封建势力的进攻，因为自中世纪以来整个欧洲都存在着“直接所有权”和“用益所有权”的区分，而“用益所有权”的概念正是将“用益物权”作为一种无体物从而变成了所有权的客体。其次，德国民法典的立法者意识到，“越是越来越多的物体被解释为所有权的客体并随之带来所有权人将所有其他人排除在其使用之外这样的后果，那么社会将越来越受到堵塞的威胁。”〔29〕再次，在制定之前，德国已经通过了一系列的知识产权法，还于1883年参加了《保护工业产权的巴黎公约》，因此德国民法典将物限定为有体物，并非是基于对精神财产保护的无知，而是因为立法者意识到在有体物和精神财产之间存在着广泛而深刻的区别，因此采取了将知识产权排除出民法典之外的策略。

这样我们就发现了一个有趣的变化，即盖尤斯创立的无体物概念至少在德国民法典制定之时已经有了新含义——主要在知识产权的客体意义上被使用，而原先作为权利的代名词的用法似乎已经被忘记了。但问题是原初意义上的盖尤斯的无体物概念究竟是怎样消失的呢？它为什么会消失？在这一点上，克尼佩尔的观点似乎过于偏重对政治和社会层面的分析，而忽略了逻辑实证的考虑。

确实，德国民法典将物限定为有体物很可能具有消除中世纪的“分割所有权”观念，从而杜绝封建社会影响的目的。但问题是英美财产法毫无疑问保留了中世纪形成的带有明显封建色彩的概念体系，但这却并没有影响它们成为自由和民主的国家。因此，将物限定为有体物并不是消除封建社会痕迹的必要条件，真正促使德国民法典做出上述限制的还是逻辑实证上的原因。在德国民法典制定之时，权利理论在私法领域已经发展到相当成熟的地步，其标志就是债权和继承权已经从物权中分离出来。而在物权内部，他物权也已经从所有权中分离出来并取得了独立的地位，正是上述过程的完成导致了盖尤斯无体物概念的分解。

〔27〕《智利民法典》，徐涤宇译，金桥文化出版有限公司2002年版，第146页。后文不再一一注明。

〔28〕参见〔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249页。

〔29〕同上书，第251页。

四、盖尤斯无体物概念各外延的分解

(一) 债从物法中的分离

事实上,从一开始债被包含在物法中就存在着逻辑上的不周延性。因为根据盖尤斯对无体物概念的界定,只有“约定之债”才是无体物,显然“私犯之债”是不包括在内的。同时,尽管优士丁尼在其《法学阶梯》中采纳了盖尤斯的无体物概念,但实际上拜占庭时期的学者已经不再完全将债作为物法的部分来考虑了,他们更愿意将债当作诉讼的原因。因此他们一般将债和诉讼放在一起,与物法相对构成一个单独的类别。^[30]例如,优士丁尼《法学阶梯》编纂者之一的提奥菲鲁斯(Theophilus)在其随后撰写的《法学阶梯注释》中,并没有按照“人、物、讼”的体系进行讨论,而是按照“人、物、债”的顺序展开。对此提奥菲鲁斯自己的解释是:“讨论债,也就是在不出声地讨论诉讼。债为诉讼之母。”^[31]显然编纂者已经有了自己的不同看法,只是出于对盖尤斯三分体系的遵循,他不得不接受盖尤斯关于无体物的定义,从而将“约定之债”纳入物法的范围。不过总的来说,由于优士丁尼《法学阶梯》的存在,我们还不能说在拜占庭时代债从物法中分离已经成为一种共识,这一认识要到罗马法复兴时才最终清晰起来。

在中世纪注释法学家那里已经出现了“权利”概念的萌芽,因为他们开始从主观的角度考虑 ius 的问题。他们已经意识到,所有权人、继承权人和用益权人所拥有的权利与起诉他人的能力之间的显著不同,于是上述法律关系被称之为“对物权(ius in re)”,但是他们还没有在一般的层面上抽象出权利的概念。同时尽管注释法学家们已经注意到拜占庭学者将债从物法中区分出来的观点,^[32]但是他们并没有在与“对物权”相对立的意义上使用“对人权(ius in personam)”这个词。因此“物法”和“债法”的区分在注释法学家那里仍然是不清晰的。问题到了评注法学家手里才起了变化,巴尔都斯·德·乌巴迪斯(Baldus de Ubadis, 1327 - 1400)以罗马法中的“对物之诉”和“对人之诉”为基础,将其中包括的各种法律关系界定为“对物权”和“对人权”,这样他就为债法和物法的区分在罗马法上找到了理论根据。

巴尔都斯的上述区分被人文主义学派的约内斯·阿倍尔(Johannes Apel, 1486 - 1536)采纳,在他给出的权利的“系谱树形图(genealogical tree)”中,位于顶端的就是关于“对物权”和“对人权”的区分。同时阿倍尔还进一步提出了“所有权的取得方式(modus acquirendi)”和“名义(titulus)”的理论,^[33]这是后世德国学说中的物权行为和债权行为区分的雏形,而上述两种行为的区分为物权和债权彻底分离提供了最终的理论根据。因此阿倍尔被认为是学说史上第一个明确区分了物权和债权的学者。^[34]从此,在与物权相对的意义上讨论债成为共识,这可以说是盖尤斯无体物概念上的第一条裂缝。

[30] Peter Stein, *The Character and Influence of the Roman Civil Law, Historical essays*, The Hambledon Press, London and Ronceverte, 1988, p. 75.

[31] 参见[德]霍尔特·海因里希·雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版,第181页。由于提奥菲鲁斯注释书的存在,关于《法学阶梯》第二编“物”和第三编“诉讼”的内容一直存在争论:第一种意见认为有关债的内容应该置于第三编的开头,因为债是诉讼的引导,诉讼是源自于债的;第二种意见认为债的内容应该置于第二编的末尾,因为债属于无体物,所以应该在物法中列举。萨维尼赞同第二种意见,认为这更符合罗马法的精神。实际上,应该说第二种意见只是更符合盖尤斯时代的罗马法精神,萨维尼似乎并没有意识到拜占庭时代的变化。See Federico Carlo di Savigny, *Sistema del Diritto Romano Attuale*, Volume Primo, Traduzione di Vittorio Scialoja, Torino, 1886, pp. 397 - 399.

[32] 注释法学家阿莱蒂努斯(Aretinus)就认为:“法或者是关于人的,或者是关于物的,或者是关于债和诉讼的。”前引[30], Peter Stein书,第75页。

[33] Gerhard Wesenberg, Gunter Wesener, *Storia del Diritto Privato in Europa*, A Cura di Paolo Cappellini e Maria Cristina Dalbosco, CEDMA, Padova, 1999, p. 150.

[34] Franz Wieacker, *A History of Private Law in Europe, with Particular Reference to Germany*, Translated by Tony Weir, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 117.

(二)他物权从所有权中的分离

如果说债法从物法中的分离由于罗马法中本身存在“对人之诉”和“对物之诉”的区分而相对较为容易的话,那么他物权从所有权中的分离则要艰难的多。

1. 盖尤斯无体物概念影响的加深——中世纪的“分割所有权”观念

尽管注释法学家们从“对物之诉”出发,从一个主观的角度抽象出了“对物权”的概念,但是他们对于“对物权”体系的理解仍然是非常混乱的,同时他们还以另外一种方式加深了这一混乱。因为在注释法学家的时代封建社会发展到了顶峰阶段,而作为这种社会最基本特征之一的“分封——采邑”制度急需在法律上得到说明和解释。为了满足当时法律实践的需要,注释法学家们发明出了“直接所有权(dominium directum)”和“用益所有权(dominium utile)”这两个术语,领主所具有的所有权被认为是直接所有权,而封臣所具有的所有权则是用益所有权。同时注释法学家们还在罗马法中找到了上述区分的根据,即《优士丁尼法典》中的一个条文(C. 11. 62. 12)将永佃权人(emphyteuticarius)也称为所有权人(dominus)。同时,“直接所有权和用益所有权的术语本身,很可能是受到罗马法上直接诉讼(actio directa)和扩用诉讼(actio utile)之间区分的启发,当然,utilitas(收益)一词的一般含义也被用益所有权概念吸收了。”〔35〕

但是注释法学家们的上述工作从一开始就是在曲解罗马法的基础上展开的,因为“罗马法上赋予永佃权人和地上权人以‘所有物返还扩用之诉(rei vindicatio utilis)’,是以所有权人拥有‘所有物返还之诉(rei vindicatio)’为蓝本并与之相对;注释法学家们却从中得出这样的结论:即这种所有物返还扩用之诉是以某种用益所有权为基础的。”〔36〕不过注释法学家们创造出的“用益所有权”概念实际上加深了盖尤斯无体物概念对后世民法理论的渗透,因为它恰好符合将用益权作为无体物归属于 dominium 的罗马法观念。

评注法学家们几乎全盘接受了注释法学家的理论,但是细小的变化还是出现了。尽管注释法学家们首先使用了“对物权”这个词,但是真正在技术意义上使用它的是评注法学家,〔37〕而这种技术上的使用使得“对物权”的体系得以建构起来。在巴尔都斯给出的列表中,“对物权”包括了直接所有权、用益所有权、准所有权、继承权、对物役权和对人役权、抵押权这6个种类。〔38〕这使得“所有权”成为了“对物权”的下位概念,原先以“所有统辖一切”的罗马法观念开始出现动摇。但问题是在巴尔都斯的列表中,用益所有权和用益物权是平行的,〔39〕这样他就没有办法解释为什么同样是对物的用益,一种是所有权,而另一种就不是。

2. 他物权概念的出现

真正意义上第一个提出“他物权”概念的是多内鲁斯,这是他在接受权利概念的基础上对权利进一步细分的结果。如果说“法”和“权利”是一枚硬币的两面,那么在私法的层面上,在多内鲁斯之前,人们基本上都是从“法”这一面去思考问题的,即使有人试图换个角度思考,也多半处于朦胧的状态。而多内鲁斯从优士丁尼《法学阶梯》中的第1条“正义是分给每个人以其 ius 的稳定的、普遍的态度”(I. 1. 1pr.)出发,认为自己的任务就是分析法律,即在不同的情况下将属于个人的 ius 分配给他们,此时的 ius 显然就成了个人所具有的权利。多内鲁斯的贡献是革命性的,因为他导致了私法领域内范

〔35〕 Robert Feenstra, *Dominium and Ius in Re Aliena: The Origins of a Civil Law Distinction*. New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays for Barry Nicholas, Edited by Peter Birks, Clarendon Press, Oxford, 1989. p. 113.

〔36〕 前引〔33〕, Gerhard Wesenberg 书,第 57 页。

〔37〕 注释法学家很少赋予“对物权(ius in re)”这个词太多的技术意义,对于他们而言,“对物权”并不是“对物之诉”的原因(causa),因此他们更愿意在宽泛和模糊的意义上使用 dominium 这个词。See Michel Villey, *Le 'ius in re' du droit romain classique au droit moderne*, in *Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947*, Parigi, 1950. p. 119. Cf. Giovanni Pugliese, *Diritti reali*, Enciclopedia del diritto, XII, Giuffrè, Milano, 1962, p. 760.

〔38〕 前引〔35〕, Robert Feenstra 书,第 112 页。

〔39〕 巴尔都斯的“对人役权”中包括“用益权”、“使用权”和“居住权”。

式的改变。范式,作为一种既有认识图示或认识框架,实际上潜在地决定了一定时期的人们能够研究什么问题,采用什么方法,以及在某一领域能够走多远。

多内鲁斯的理论贡献使人类能够在一个新的视角上重新审视私法的体系。而且一旦权利的概念出现之后,马上就会产生对其进行分类的问题,这样,“直接所有权”和“用益所有权”所具有的内在逻辑矛盾就浮出了水面。多内鲁斯的“他物权”概念正是在对“分割所有权”观念进行批判的基础上建立起来的,他认为,永佃权绝不是所有权。因为,“‘属于我们的(nostrum)’这一概念具有双重的含义,包含了‘真正意义上属于我们的(propriamente nostro)’和‘应该属于我们的’这两种含义:‘真正意义上属于我们的’不能全部被称之为‘所有权(dominium)’’,这一方面是因为,首先它包括了人格权(i diritti della persona),其次它还包括了与私人所有(共有、宗教所有、公有等)无关的对物的利用;另外它也包括了设立在他人物上的权利,它们包括:善意拥有、抵押权、永佃权、地上权、使用权、用益权、城市和乡村地役权等。”〔40〕在此,多内鲁斯明确地将与所有权不同的抵押权、永佃权、地上权、地役权、用益权等均称之为“他物权(iura in rebus alienis)”,并指出,尽管他物权是源自于所有权的,但它们只是所有权的权能分离的产物,它们与所有权相对构成一个个独立的权利类型,并不导致所有权质的分割,只是所有权量的分离产物,因此它们本身不能再被称之为所有权。

多内鲁斯的观点导致了罗马法中宽泛的所有权概念的缩水,原先在罗马法中归属在 dominium 之下的各种权利类型均取得了独立的地位,这样盖尤斯的无体物概念就出现了第二条裂缝。但是天资的思想要被完全接受还有一段很长的路要走,正如罗伯特·芬斯特拉(Roberto Feenstra)所指出的那样:“如果认为多内鲁斯的理论在 16 世纪末已被广泛接受,那就错了。”〔41〕

3. 中世纪“分割所有权”观念的复活

尽管中世纪的“分割所有权”观念遭到了多内鲁斯的批驳,但是它并没有因此退出历史的舞台,反而以一种变化的方式重新出现了,这在很大程度上要归因于胡果·格劳秀斯(Hugo Grotius, 1583 - 1645)。格劳秀斯对法学理论的贡献是毋庸置疑的,但是在私法领域,他的观点实际上延缓了多内鲁斯的理论被接受的步伐。

在《荷兰法学导论》一书中,格劳秀斯以权利概念为工具,按照不同的等级层次建构了自己的体系。他首先将权利分为“对物权(ius in rem)”和“对人权或债权(ius in personam sive creditum)”,接着他将“对物权”分为“占有权(ius possessionis)”和“所有权和准所有权(ius domini vel quasi)”〔42〕但是格劳秀斯并没有接受“他物权”的概念,而使用了“不完全所有权(dominium minus plenum)”的概念来说明与所有权不同的其它物权。他认为“不完全所有权”就是在“完全所有权(dominium plenum)”的权能中有所缺失的情形,这似乎有多内鲁斯理论的影子,但他们的理解其实是完全不同的,因为格劳秀斯认为,“所有权一词只被用于拥有所有权中更大部分的人,例如有权出售或将之出租的人:而较少的部分则被称之为 gerechtigheid,因为这是低级的权利……。”〔43〕

在此,格劳秀斯使用了一个荷兰语 gerechtigheid 来表述拥有较少部分所有权的人,这个词直译就是“权利”,但是显然它应该在一个更加特别的意义上被理解。不过遗憾的是格劳秀斯本人并没有给

〔40〕 前引〔37〕,Giovani Pugliese 书,第 763 页。

〔41〕 前引〔35〕,Robert Feenstra 书,第 117 页。尽管多内鲁斯的理论对当时的学术界有相当大的影响,但是整个人文主义学派的思想对当时实务界的影响是微乎其微的。当时的法官们尽管知道他们的理论,但却觉得这些理论与他们无关,同时也是毫无希望的。他们甚至认为人文主义学派的理论是对正统理论的恶毒攻击。对于已经在国家或当地政府获得权力地位的实务界人士来说,他们采取抵制态度就是必然的事情了。因此在整个 16 世纪占据主导地位的还是评注学派的观点。参见前引〔30〕,Peter Stein 书,第 98 页。

〔42〕 Robert Feenstra, *Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation: Its Origin and its Influence in Roman - Dutch Law, Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, ed E. J. H. Schrage (Comparative Studies in Continental and Anglo - American Legal History 15). Berlin: Duncker Humblot, 1995. p. 200.

〔43〕 前引〔35〕,Robert Feenstra 书,第 119 页。

出这个词的相应拉丁文。尽管18世纪晚期的一个格劳秀斯重要评注人D.G. 冯·德·凯赛尔(D.G. Van Der Keessel)毫不犹豫地使用了拉丁文“他物权(ius in re aliena)”来注解这个词,但这未必真正反映了格劳秀斯本人的意思,因为他在论述完“不完全所有权”的概念之后,紧接着就开始论述各种不同的不完全所有权,这时候格劳秀斯又创造出一个包括用益、永佃和封建土地保有的荷兰语 tocht,格劳秀斯本人对此给出的相应拉丁文是 dominium utile,也就是“用益所有权”,这样,中世纪“分割所有权”的观念对格劳秀斯的影响就显现出来了。同时他在阐述“不完全所有权”的概念时还使用了“上位所有权(opper-eigendom)”的表述,这个词实际上来自于拉丁文 dominium superior 的翻译,在《战争与和平法》中格劳秀斯就曾经使用 dominium superior 来表示“回复权”的意义。而巴尔都斯也在与“直接所有权(dominium directum)”相同的意义上使用过这个词。乌德里库斯·查修斯(Udalricus Zasius, 1461-1535)则赋予了 dominium superior 以特别的重要性,认为所有权是分等级的,其中的一个比其它的所有权处于更加一般的地位,不能排除格劳秀斯受到了查修斯的特别影响,因为在他的藏书中有查修斯的一系列著作。〔44〕

因此,如果说多内鲁斯通过“他物权”概念抛弃了中世纪的“分割所有权”观念,那么格劳秀斯就通过“不完全所有权”的概念又将它拣了回来。而且格劳秀斯的理论在当时比多内鲁斯理论的影响要大得多,他的《荷兰法学导论》不仅在大学中被使用,而且在荷兰的法院中也被采纳,甚至于还间接地影响到其它国家的法律实践。因此在格劳秀斯的时代,“分割所有权”的观念仍然是一种通行的理论,这一点在当时的德国也不例外,“学说汇纂现代应用学派(Usus Modernus Pandectarum)”的重要作家们就从来没有定义过“他物权”的概念,同时也没有在与“所有权”相对的意义上使用过它。这一状况直到康德时代仍然没有改变。〔45〕实际上多内鲁斯的理论直到德国潘德克吞学者那里才完全被接受。

在法律思想史上,一种理论从开花到结果往往要花费几个世纪的时间,这是一种常见的现象,但是当这一时刻真的到来时,法学就重生了。

4. 他物权概念的普遍接受

潘德克吞学派的代表人物之一蒂堡(Thibaut)于1801年发表了一篇题为《论直接所有权和用益所有权》(über dominium directum und utile)的论文,对中世纪的“分割所有权”理论进行了系统的批判。在这篇论文中,蒂堡提到了多内鲁斯反对“直接所有权”和“用益所有权”的观点,同时使用了“他物权”的概念作为“用益所有权”的替代,尽管他并没有说明自己的“他物权”概念来源于多内鲁斯。与多内鲁斯不同的是蒂堡遇上了好时代,当时的德国学界已经认识到中世纪的“分割所有权”观念并非受到日尔曼法的激励,而只是注释法学家们为了解决封建社会的实践问题而发展起来的,而且此时权利的概念已经深入人心,封建社会也已经彻底完结了。因此蒂堡的论文并没有经过多少学术上的尖锐讨论就被德国学界广泛接受了。〔46〕于是我们看到,德国民法典第一草案说明书的阐述仿佛就是对多内鲁斯理论的遥远回音:“在采邑法中……涉及因很久以前的政治、经济关系形式而存在的制度。在绝大多数国家中,立法在思考消除这些制度。这些制度的残余逐渐归于消亡,从而将其纳入民法典是不合适的。”〔47〕原先在普鲁士普通邦法(1794年)和奥地利民法典中均被采纳的“分割所有权”在理论中彻底消失了。

到蒂堡的论文为止,债已经从物法中分离出去,他物权也从所有权中分离出去了,盖尤斯的无体物概念中就只剩下继承的外延了。在蒂堡的体系中,继承权仍然归属于物权,继承权从物权中的彻底分离应该归功于古斯塔夫·胡果(Gustav Hugo)和阿诺德·海赛(Arnold Heise)。

〔44〕 参见前引〔35〕,Robert Feenstra 书,第120页。

〔45〕 参见〔德〕康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第87页。

〔46〕 参见前引〔28〕,罗尔夫·克尼佩尔书,第241页。

〔47〕 德国民法典第一草案说明书,第3卷,第6页转引自前引〔28〕,罗尔夫·克尼佩尔书,第241页。

(三) 继承权从物权中的分离

继承被包括在物权中主要是因为罗马法的影响。首先是因为盖尤斯的无体物概念中包括了继承；其次是因为“要求继承之诉(Hereditatis petitio)”在罗马法中一般被认为是为了获得对绝对权的承认，因此被认为属于“对物之诉”。〔48〕

中世纪的法学家们认为，在罗马法中所有权、地役权和质押权属于物权是没有争议的，其余的则要到“对物之诉”中寻找，而从“对物之诉”中推导出来的“物权”类型主要就是两种，即“占有”和“继承”，但是对于上述两种权利类型是否一定属于物权则是中世纪法学家们争论的焦点。

巴尔都斯认为物权包括四个大的类别：所有权、继承权、地役权和抵押权。但是从“对物之诉”中推导出继承权属于物权从一开始就存在争议，因为继承权归根结蒂是使继承人获得对遗产的权利，而这些权利中很可能也包含债权，因此有些罗马法学家也将“要求继承之诉”界定为“混合诉讼”(D. 5. 3. 25. 18. D. 3. 31. 7. I. 4. 6. 20)。正因为如此，评注学派的最后一位代表人物伊阿松·德·马伊诺(Iason de Mayno, 1435 - 1519)就将继承权排除在物权的范围之外，只承认所有权、地役权和抵押权属于物权。马伊诺的观点不乏追随者，至少在阿倍尔和多内鲁斯及其他他们的追随者所列举的物权类别中也是不包括继承权的，但是这并不表明马伊诺的观点就绝对地占据了上风。相反在17世纪的时候，物权包括继承权的观点一直居于主流的地位，而这要归因于海因里希·哈恩(Heinrich Hahn)的影响。〔49〕

哈恩于1639年在荷尔姆斯泰大学答辩了其博士论文《论物权与特殊物权》(De jure rerum et juris in re speciebus)，提出物权有五个类别：所有权、质押权、地役权、占有权和继承权。〔50〕哈恩的理论通过杰哈德·菲尔特曼(Gerhard Feltmann, 1637 - 1696)间接地产生了广泛影响，后者于1666年出版了一本系统接受哈恩理论的书——《论对物权和向物权》(Tractatus de iure in re et ad rem)。这本书随即遭到了乌尔里希·胡贝尔(Ulric Huber, 1636 - 1694)的猛烈批判，尽管胡贝尔的攻击重点并不是哈恩的物权类别，而是认为所谓“对物权”和“向物权”的区分在优士丁尼的《民法大全》中没有根据，但是菲尔特曼和胡贝尔的论战客观上扩大了哈恩理论的影响，直到18世纪下半叶，哈恩的物权分类理论在德语族国家一直占据着压倒的优势地位，并且直接影响了立法。〔51〕在1807年由约拿斯·冯·林登(Johannes van der Linden)起草的荷兰民法典第一草案中，就直接采用了哈恩的五种物权类别。只是在1838年颁布的荷兰民法典正式文本中，用益物权才从地役权中分离出去，因为荷兰民法典的立法者认为，将用益物权界定为地役权的一种——人役权，有违人的自由精神。同样哈恩的理论还影响到了奥地利民法典，其第308条完全是对哈恩物权分类的照搬。在智利民法典中，尽管继承权被作为了一编，但是其第507条在对“物权”进行列举时仍然包括了继承权，这也说明了其立法者在对继承权性质认识上的摇摆性。

最终将继承权从物权中剔除出去的是胡果和海赛。在胡果的时代有关权利的理论已经相当成熟，他完全不再需要通过分析继承权是否属于罗马法中的“对物之诉”来达到这一结论。于是胡果以

〔48〕 参见前引〔18〕，彼得罗·彭梵得书，第88页。

〔49〕 在德国学者亚·斯特鲁韦(Adam Struve)于1670年出版的《罗马法》(Jurisprudentia Romano)一书中，继承同样被包括在物权中；在法国学者加布里埃·阿古(Gabriel Argou)于1692年出版的《从法学阶梯到法国法》(Institution an Droit Francais)一书中，继承同样被包括在物权一卷中。参见〔美〕艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰、姚新华译，中国政法大学出版社1992年版，第113页，第117页。

〔50〕 See Robert Feenstra, *Real Rights and Classification in the 17th Century: the Role of Heinrich Hahn and Feltmann*. *The Juridical Review, The Law Journal of Scottish Universities* 1982, 12; *Essays in Honour of Professor Emeritus Sir Thomas B. Smith*, Edinburgh: W. GreenSon Ltd, 1982. p. 110.

〔51〕 同上书，第117页。实际上直到19世纪初，在意大利仍然有学者将继承纳入物权中讨论，例如在意大利学者约瑟夫·巴斯塔(Josephus Basta)于1803年出版的《那不勒斯私法要义》(Institutiones Iuris Privati Neapolitam)一书中，他仍然在物权中讨论继承的问题。参见前引〔50〕，艾伦·沃森书，第102页。

对盖尤斯《法学阶梯》三分体系的批判作为切入点,认为《法学阶梯》的第二部分“物法”明显畸形,将那些不属于人法的所有内容都划入了这一部分。在其1789年出版的《罗马法教学大纲》中,胡果提出,《法学阶梯》的第二部分中首先应该区分出对物的物法与对人的债法,然后将继承权从物法中分离出来,再加上将家庭关系从人法中分离出来,这样就构成了四分。〔52〕

胡果的理论影响了海赛,他完全接受了胡果最初的四分法。海赛面对有关继承法性质和体系处理的各种不同的理论和观念,把那些纯粹的基于哲学体系的需要而提出的理论置而不论,而是根据实践的要求提出,继承法最主要的特征就是一种取得对人权和物权以及两者的混合的一种方式,〔53〕因此继承权应该从物权中独立出来。

这样,到海赛为止,盖尤斯的无体物概念就彻底分解了,而无体物的概念是与“人、物、讼”的三分体系紧密相联的,无体物概念分解的同时也就导致了盖尤斯《法学阶梯》三分体系的分解,作为其替代物的是德国民法典的五分制结构。不过,尽管德国学者于建构潘德克吞体系的同时在事实上导致了盖尤斯无体物概念的彻底分解,但是上述学者并不是在有意识地批判它的基础上建构自己的体系的,因此将权利作为无体物的观念仍然存在着,对盖尤斯的无体物概念砸下最终一锤的是伯恩哈德·温特沙伊德(Bernhard Windscheid)。

五、温特沙伊德对盖尤斯无体物概念的批判

在温特沙伊德所处的时代,法学理论中仍然普遍存在这样一种看法,即财产不仅指所有权,同时也指权利所指向的物。因此有人就将他人物上的权利和债权也界定为物。同时因为它们只存在于意识中,而不是一种现实的存在,因此被称之为无体物。这实际上仍然是一种罗马人的观念,即“财产这一名称不仅包括现金,而且包括可动物和不可动物,有体物和 ius”。〔54〕在权利概念出现之前,对于以“所有的观念统辖一切”的罗马人而言,上述理解是符合他们的思维方式的,但是在权利概念出现之后就导致了逻辑上的矛盾,因为它将事实概念和制度概念混淆在一起。

正因为如此,温特沙伊德认为正确的理解应当是,“当人们说财产包括土地、可动物,似乎是物构成了我们的财产,实际上它们只是我们所有权的客体。当人们说拥有和获得物时,实际上意味着获得这些物上的权利。”〔55〕而一旦明确了财产是权利的集合,如果再认为财产既包括有体物又包括无体物,就会出现逻辑上的矛盾。因为权利是无体物,而财产又是权利的集合,那么财产本身就成了一种无体物。而无体物是在与有体物相对立的意义上被理解的,这样就会导致作为无体物的财产与作为其组成部分的有体物的对立,这在逻辑上是荒谬的。而这种逻辑上的荒谬正是法国民法典中存在的问题。想要消除这种逻辑上的矛盾,只有两条路可以选择:第一条路是将有体物也理解为权利,但是这将会导致有体物与设立在其上的权利的混淆,这条路显然走不通。看来只能要么彻底地放弃无体物的概念,要么仍然保留无体物的概念,但使其具有转换的意义。温特沙伊德选择的正是这一条路。他明确指出:“权利也是物(无体物),因此它必然能够和有体物一样成为权利的客体,这一概念不可能具有自洽性。从精确的意义上讲,权利不是物,只是可以像物一样来思考。”〔56〕

〔52〕 不过在后来的几个版本中胡果又回归了三分,但是他还是用四分来解释三分。参见前引〔31〕,霍尔斯特·海因里希·雅科布斯书,第179页以下。

〔53〕 薛军:《略论潘德克吞体系的形成》,《中外法学》2003年第1期。

〔54〕 D. 50. 16. 222. *The Digest of Justinian*, Latin Text Edited by Theodor Mommsen with the aid of Paul Krueger, English Translation Edited by Alan Watson, Vol. IV, University of Pennsylvania Press, 1985, p. 953.

〔55〕 Bennardo Windscheid, *Diritto delle Pandette*, Volume Primo, Dagli avvocati Carlo Fadda, Paolo Emilio Bensa, Torino, 1902. p. 182.

〔56〕 同上书,第204页。

在温特沙伊德批判了权利也是物的观点后,他还必须回答这样一个问题:权利能够构成权利的客体吗?因为权利上的权利的表述在法学语言中是被接纳的。持肯定看法的人认为,权利的客体就法律制度而言是人的意志,如果有人将权利上的权利,这等于指明了这样一种事实,即根据法律制度,人的意志是根据权利来确定的。但是温特沙伊德从权利的意志论出发对上述观点进行了反驳,他认为:“法律制度明确地确定了相对于已经颁布的规则的人的意志,从而产生了权利,因此权利不可能成为确定意志的客体。明确意志的客体是由法律制度颁布的规则构成的,而不是由权利构成的,因为权利是以与法律制度的规则相联系的人的意志为前提的。”〔57〕由此,温特沙伊德得出了下述三项结论:“1. 作为权利客体的物和权利具有不同意义;2. 不能说在一个权利自身之上的权利;3. 他人权利上的权利是以权利作为间接客体,就这种权利而言他人的权利是一个中介,它还是以外在的物作为客体,在其上权利有了确定的所在。”〔58〕

这样温特沙伊德就彻底批驳了盖尤斯的无体物概念,但是他并没有因此就放弃无体物的表述。例如指出在有体物与无体物的区分中物意味着权利的理解是错误的同时,他认为“不是所有权,而是有体物与无体物相对”。〔59〕但是温特沙伊德并没有直接说明此处的无体物究竟指的是什么。实际上,在温特沙伊德的时代知识产权的问题早已出现了,此处的无体物只能是知识产权的客体——智力成果。这一点在前文提及的德国民法典制定时关于有体物和无体物的争论中已经显露无疑。这样一来,旧瓶就装上了新酒,盖尤斯的无体物概念在一个转换的意义上重新被界定了,逻辑上的矛盾于是不再存在。因为与有体物相对应的是作为无体物的智力成果,与有体物上的所有权相对应的就是智力成果上的知识产权,也就是说事实概念对应的是事实概念,制度概念对应的是制度概念。作为德国民法典的主要起草人,温特沙伊德的观点必然得到体现,这就是德国民法典第90条的由来。

盖尤斯无体物概念的分解实际上反映了在权利概念出现之后,现代人与罗马人对法律的不同理解,或者说,现代人对罗马人法律理解的转变,而这一转变花费了将近1800年。

Abstract: Gaius first put forward the conception of things incorporeal in juristic sense, and this had a direct bearing on the structure of his Institution——“persons, things, actions”. Because in the time of Roman law, the conception of “right” was not present, Gaius’ purpose was to bring all the rights differing from the ownership into the scope of “law of things” by the conception of things incorporeal. Once the conception of “right” was abstracted into being and gradually became complete, Gaius’ conception of things incorporeal would come to disintegrate. This process rightly reflects the different comprehension of law between the Romans and moderns.

Key words: things incorporeal, things corporeal, right

〔57〕 前引〔55〕,Bennardo Windscheid,书,第204页。

〔58〕 同上书,第182页。温特沙伊德的观点有点过头,实际上权利只是不能成为所有权的客体,但是权利可以成为他物权和债权的客体。当然这要通过对权利客体和权利层次的分析才能彻底地说明。

〔59〕 同上书,第204页。