



李 飞◎著

THE "MODES OF ACQUIREMENT"
AND THE SYSTEMATIZATION OF THE CIVIL LAW

取得方式 与(市)民法的体系化



中国政法大学出版社

THE "MODES OF ACQUIREMENT"
AND THE SYSTEMATIZATION OF THE CIVIL LAW

取得方式 与(市)民法的体系化

李 飞◎著



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

取得方式与（市）民法的体系化/李飞著. —北京：中国政法大学出版社，2015. 9

ISBN 978-7-5620-6079-6

I. ①取… II. ①李… III. ①民法—研究 IV. ①D913. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第213247号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	9.5
字 数	245 千字
版 次	2015 年 9 月第 1 版
印 次	2015 年 9 月第 1 次印刷
定 价	36.00 元



谨以此书纪念留学意大利的四年时光



本书由“华侨大学科研基金资助项目”资助出版

序 言



2006年，李飞考入厦门大学，师从我学习罗马法，其硕士学位论文是《孳息概念研究》，完全是发微钩沉，“小题大做”，文章得到好评，为他赢得了硕士学位。2009年，李飞又考上我的博士生，继续研究罗马法。2010年，李飞赢得了国家留学基金委的4年留意奖学金去罗马二大，同时保留厦大的博士研究生身份，面临选择哪个题目做博士论文的问题。李飞认为孳息问题尚未写够，要继续写下去。确实如此，李飞还只写了孳息的概念呢！还有孳息的类型、孳息归属的罗马人政策性运用（罗马人是运用孳息的归属行赏罚的大师），等等，还大有可写，写成一篇博士学位论文没有问题。但我建议他把思路从客体转换到方式，换言之，写所有权的取得方式，因为在优士丁尼《法学阶梯》的体系中，孳息属于取得对象之一种，写所有权的取得方式，就可把其他取得对象包罗进来，扩大“掌子面”。其效益至少有二：一来不会让人认为作者知识面那么窄，在毕业后求职时可更容易地找到入职高校；二来可把手中的博士学位论



文写作与将来的教学准备相勾连。所有权的取得方式题目，涵盖了物权法、债法、继承法课程，把这个题目写下来，可收将来让用人单位相信作者胜任三门课程之效。李飞从我言。

但取得方式这个题目本身有虚实两个方面。虚的方面首先在于它体现的是“万物皆为我用”的人类中心主义的世界观，地球上的一切生灵要么是人类的食物，要么是人类的干活工具。其次它体现的是在作为兜揽工具的权利概念产生之前另一种兜揽全部民法材料的方法。取得方式的提法隐含着“取得的主体”的概念，凭借它可以建构民法的主体法。同样，这一提法还隐含着“取得的客体”的概念，凭借它可以建构民法的客体法，例如单一的取得客体、集合的取得客体。在主体法与客体法之间以“取得的方式”打横，再加上“对取得的保护”，据以构筑民事责任的板块。由此，一个民法体系就建立起来了，民法的全部材料得以兜揽净尽，甚至诉讼也不会脱漏，因为它可以被理解为属于“对取得的保护”的板块。面对着这样一“网兜”井然有序的民法材料，谁还能再说离开了权利不能谈民法体系呢？在这个意义上，可以说在兜揽工具的功能方面，取得方式具有与权利概念相抗衡的地位。在这两者之外，在人类民法思想史上找不出第三个具有同样的兜揽功能的工具。这个“找不出”已充分昭显了取得方式曾扮演过的重要角色！尽管它现在已破落，蜷缩在许多国家民法典中物权编的一个角落里，但它确实辉煌过！

实的方面在于它是诸多具体的取得方式的堆叠，诸如交付、先占、添附、加工、遗嘱、合同、取得时效、赠与，等等。各

国民法典和民法教科书都是从“实”的角度阐释取得方式的，例如《意大利民法典》第三编“所有权”就规定了先占和发现、添附、加工、附合与混合四种取得方式。当然，在其他编，例如继承编（第二编）中，也有涉及取得方式的规定，事实上，继承本身就是一种集合物的取得方式。

在虚实之间，李飞采用的是“虚”的角度，书中未研究任何一种具体的取得方式，而是着力于取得方式的结构工具的选用与民法体系问题的关联，上追希腊罗马，中逮人文主义法学与新教法学，后捋法典编纂时代。其间夹杂着对 Topica 这种网状问题处理方法的探讨，颇有上天入地、钻山打洞的意味。舍实求虚，无疑意味着自找挑战，这需要相当的民法知识积累以外的文史哲积累。令我欣慰的是，李飞的挑战是成功的，因为他完成了上述“追”、“逮”、“捋”，成就的本书是中文世界中唯一的研究取得方式的专著，在西文世界，我也只看到帕斯夸勒·沃奇（Pasquale Voci）有同样题目的专著（1952年版），以及卡尔洛·隆哥（Carlo Longo）的《罗马法教程：物的所有权及其取得方式》（1946年）。当然，章节层级的这方面研究是有的，且很多。

中国民法学者的自我设计是从研究具体问题起步，如此“熬”了数年后，如果“虚”不起来，则意味着抽象思维能力不足，没有进步。基于这种价值观，李飞的论文在厦大答辩时获得了成功，如果我没有记错的话，被评为了优。但以虚为尊的观念在当代意大利持有者少，所以，这篇文章的意文版给李飞带来了一些麻烦。意大利的指导者甚至说出了“这样的风格徐



国栋喜欢，但我不喜欢”的话。实际上，此语中的“徐国栋”代表中国学界，“我”代表意大利学界。另外的麻烦是意大利指导者不相信李飞能阅读论文中大量引用的拉丁文书籍。他们不知道，中文中有一个词叫做“啃”，那就是从完全不懂一种语言开始，钻山打洞，克服千难万难（包括利用现代技术手段，例如谷歌的拉丁语翻译功能）搞清一个应该搞清的意思的过程，在这方面，中国人有的是韧性和能耐，不似洋人如此自设牢笼：不达到每小时阅读 50 页的程度，不利用该语种的资料。

正因为该篇论文为李飞赢得过中国的和意大利的两个博士学位，利用这个场合讲讲同样的形式和内容在不同的文化环境中遭遇的不同看法是很有意思的。无论如何，本文在不作实质改变的情况下两个尺度都通过了，这一事实证明两种标准具有可通约性，所以，普适的价值或标准是存在的。当然，李飞的中国韧性也是存在的，因为遵从意大利指导者的偏好等于要重写本文，这是不可能的事。时间站在李飞一边，最后，意大利指导者让步于中国趣味和标准，不排除他们将来会喜好此等趣味和标准的可能，因为他们的文化先祖曾经是喜欢的，取得方式问题是柏拉图开创的，以后不断被不同时期的西方论者重述，其中最著名者为盖尤斯，他用取得方式把整个私法的客体法统摄起来，形成了一个航空母舰式的结构，《法国民法典》采之。不过，就像一个拉臂上承载的货物过多会折断一样，取得方式把繁多的性质不同的制度绑在一个臂上，这些被绑者感到自己的邻居不同其类，于是纷纷逃离，造成取得方式的结构方式的崩坏。这可能是当代意大利学者不喜欢它的原因。

说到这里，李飞此文的价值就出来了：一篇同时接受了中国和意大利考验的博士学位论文。改革开放以来，在国外拿博士学位的人不知凡几，多数在国外研究中国问题，洋人看了新鲜，国人看了疲倦，所以，这些在国外赚得博士头衔的人鲜少有勇气把自己的洋论文翻译为中文出版于中国。（似乎只有浙江大学的周江洪教授是个光荣的例外！他在日本神户大学拿博士学位，写《服务合同研究》的博士学位论文。入职浙江大学后，自己把该书的日文版译成中文于2010年出版于法律出版社。如果周江洪不是孤例，那就请被遗漏者原谅了！）对于李飞来说，这个问题不存在。首先，他并非在外国研究中国问题，而是在外国研究一个对于外国人也是问题的问题。其次，他的此文没有翻译为中文的必要，毋宁说，它先是以中文的形式存在的，然后才被翻译为意大利文。此文的两个版本，分别存在于中国和意大利的学位论文系统中，两边的人都可以查，换言之，此文不存在羞见国人的问题，这个评价看来平常，但对于了解留学史的人来说，它是非常的高！要自豪地指出的是，厦大法学院的留意博士生都是这样两面通过的，所以，能获得李飞式的高评价的人，还不止他一个呢！呵呵！！

当我上个世纪90年代在意大利学习的时候，意大利老师鼓励我们用中文写论文，然后翻译成意大利语。如果相反，由于国人下笔时意大利语的表达手段有限，达不到充分的思想自由和表达自由，最后思想被语词缩减，形成贫瘠的文字。据说现在的意大利老师开始鼓励中国学生直接用意大利语写学位论文了，我看不出这样的转变有何可称赞性，我只想说，李飞的此

文是先用中文写的，所以，他没有障碍地说出了他想说的话。而这样的话对于中国的理论和实务有价值，我想，这是华侨大学愿意资助出版此书，中国政法大学出版社愿意出版此书的原因。

是为序。

徐国栋 *

2015 年 5 月 18 日

于胡里山炮台之侧

* 厦门大学法学院罗马法研究所教授，法学博士。

前言



一、研究动机

本研究缘起于我对《法国民法典》的体系结构的好奇以及因此而产生的困惑。按学界通说,《法国民法典》所代表的体系结构又被称为《法学阶梯》体系,这种体系模式的最大特点是其“人—物”式的二分结构。然而,从表面上我们很容易就会发现问题:《法国民法典》在体系上与这种二分结构相对应的只有前两编,那么其第三编(“取得所有权的各种方式”)如何见容于这种二分结构?稍作思忖,也不难回答这一问题,《法国民法典》第三编定是将传统上为“人”和“物”所囊括的某些内容剥离了出来而作为单独的一部。果真如此的话,我们不禁要进一步追问:《法国民法典》在继受《法学阶梯》体系时为何要做这种剥离?这种做法是《法国民法典》的独创还是出于对某种传统的遵循而由来有自?这一问题长期困扰着我们而不得正解,也正因为如此,才滋生出学界对该法典第三编内容混杂性的普遍诟病。对于这种诟病,我曾坚定地认为,《法国民法典》



第三编潜藏着某种尚不为我们所知的体系意蕴，而其答案就被遗忘在历史中的某个角落。怀揣着这种信念，我决定走进民法体系化的历史去一探究竟。

二、研究思路

在研究思路的选择上，我采取了“以小带大”或者说“以点带面”的策略，具体来说就是通过分析“取得方式”在民法体系化的历史进程中所扮演角色的转换来带动对整个民法体系化历史演变的观察。基于此，本书确定了如下研究进路：

首先，对作为现代市民法及其体系化之源头的罗马法的相关原始文献进行分析，从作为体系化的罗马法作品之样本的盖尤斯（Gaius）和优士丁尼（Flavius Anicius Iustinianus）的《法学阶梯》中挖掘其更深层次的结构基础。上述两部《法学阶梯》所采纳的“人—物（—讼）”的体系奠定了现代民法典的两种典型结构模式中的《法学阶梯》体系，但是在这种体系背后，隐藏着另一条不易被察觉但实际上却真正起着体系化作用的线索，这就是“（物的）取得方式”。对这条线索的揭示是本书研究的起点。

其次，在漫长的中世纪，法的发展没有取得实质性突破，注释法学和评论法学两大法学流派的法学家们对法的研究局限于对具体罗马法规则的阐述，虽然评论法学派更加注重罗马法与社会现实的互动，两者在法的体系化方面却都毫无建树。即便如此，市民法在中世纪仍然取得很大进展，实现了诉讼法与实体法的分离、债和继承从罗马式的“物法”中独立出来，因

盖尤斯“无体物”概念的创设而建构起来的“大物法”解体，物法被缩减为狭义的有体物法，“物的取得方式”的体系价值被完全忽视。

中世纪之后，有一支法学力量为人所忽视，他们对近现代市民法体系的形成具有承前启后的重要作用，这就是新法学。作为人文主义法学的一部分，新法学家们在法学思想和法学方法论上带来了新的风气，并开启了近代市民法的体系化之路，尤其以德国和法国为典型。“取得方式”重新得到重视。由于现代主观权利概念的产生，“物的取得方式”有时也以“所有权的取得方式”的形式出现。这个时期的法学家，发现了“取得方式”在市民法体系建构中的体系价值，有的以“取得方式”作为第二层级的体系化工具，以“取得物 / 所有权”的方式来组织物法；有的则将“取得方式”提升为市民法的第一层级的体系化工具，以“权利—取得权利的方式”的结构来建构整个市民法的体系。“取得方式”在这个阶段获得了它在市民法体系化的历史上最为尊崇的地位。

现代民族国家的相继建立，掀开了现代民法典编纂的浪潮。民法典是民法最高程度的体系化的成果，其中《法国民法典》和《德国民法典》作为拉丁法族和德国法族的代表，为其他民法典提供了两种不同的法典结构蓝本，“取得方式”在这两种法典体系中具有不同的体系价值，本书通过揭示这种差异背后的历史和理论原因，重新审视“取得方式”作为市民法体系化的工具的价值。

经过上述努力，本书在理论上揭示了市民法体系化进程中

不为人所熟知的一个侧面，从实践的角度看，也为将要制定民法典或者进行法典化重构的立法者提供了一种新的可能的选择。本书最后回归民法体系化面临困境的当下，反思“取得方式”的当代意义，以及“权利—取得权利的方式”式的思维模式对破除上述困境的积极意义。

三、研究方法

本书通过对市民法体系化历史的一个侧面的研究，试图揭示一条过去未曾引起人们注意的体系化的路径和思维模式：“物（或权利）—物（或权利）的取得方式”，为当代民法的体系化提供一种新的可能的选择。在这样的主旨之下，本书主要运用了文本分析、历史分析和比较分析的研究方法来展开论述。

文本分析的方法在本书中体现为三个方面：首先是对罗马法原始文献特别是盖尤斯和优士丁尼的《法学阶梯》的分析。分别从语义、逻辑、历史、体系以及文本背后的哲学观念和方法论基础等角度对原始文献进行解读，以挖掘文本可能存在的真实含义，还原《法学阶梯》体系以“取得方式”为核心的实质样态。其次是对中世纪以来的相关法学家作品（主要是拉丁语文献）的文本分析，这也是本书的最大特色。第一手文献更加真实地反映了当时法学家思想的原始面貌，对第一手文献的直接解读，缩小了可能误读的空间。最后是对近现代以来的民法典作品的文本分析，主要是对采纳《法学阶梯》体系的欧陆拉丁法族民法典与伊比利亚—美洲民法典和采纳潘德克吞体系的民法典的结构进行分析，揭示其背后的历史、逻辑关联和思

想基础。

本书的主旨决定了历史分析是本书的重要研究方法。根据通说，市民法体系化的进程始于公元前1世纪的古罗马法学家昆图斯·穆丘斯·谢沃拉（*Quintus Mucius Scaevola*），在此后的演变过程中，市民法的体系在不同的历史时期呈现出不同的样态，这些不同的样态之间的区别就在于所采纳的体系工具——“取得方式”就是其中之一——的不同。放在这样一个历史的长河中，才能全面展现“取得方式”在不同时期的市民法体系中的工具价值。

本书运用的另一种研究方法是比较分析法，既包括不同历史时期的市民法体系的纵向比较，也包括对同一时期的市民法体系的横向比较。通过横向比较，可以知其然，看到不同市民法体系的差异，以及“取得方式”在其中的不同功能定位；通过纵向比较分析，可以知其所以然，认识到这种差异的原因和历史根源。

李 飞

2015年5月

目 录



►序 言	1
►前 言	7
■导 论	1
一、论题说明 / 1	
二、研究综述 / 12	
三、全书结构 / 24	
■第一章 罗马法的体系化：“取得方式”的体系意义	26
第一节 古希腊文化的引鉴与罗马法的体系化	26
一、古希腊—罗马的辩证法与罗马法的体系化 / 26	
二、Divisio、Partitio 与罗马法的体系化 / 40	
第二节 《法学阶梯》与“取得方式”的体系确立	56
一、盖尤斯之前的罗马法的体系化进程 / 56	
二、盖尤斯《法学阶梯》与“取得方式” / 59	
三、优士丁尼《法学阶梯》与“取得方式” / 81	