



中
财
法
学
文
库

民法典与民法物权

陈华彬
著
By Chen Huabin

民法典总论
民法典的编纂
物权法总论
物权变动
土地所有权
建筑物区分所有权
相邻关系
动产所有权
担保物权



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中财法学文库

民法典与民法物权

陈华彬
著

By Chen Huabin



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法典与民法物权 / 陈华彬著. —北京:法律出版社,
2009.3

(中财法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9115 - 7

I. 民… II. 陈… III. ①民法—法典—中国—文物②物
权法—中国—文集 IV. D923.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 199446 号

© 法律出版社·中国

中财法学文库

民法典与民法物权

陈华彬 著

责任编辑 孙东育

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2009年3月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 17.75 字数 476千

印次 2009年3月第1次印刷

编辑 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939686

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9115-7 定价:45.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

“中财法学文库”总序

中央财经大学法学院诞生于中国致力发展社会主义市场经济、建设社会主义法治国家的20世纪90年代中期这一伟大的变革时代。经过十多年的发展,法学院正在向着成为我国财经立法、司法和教育的思想库,财经法学的重要国际交流平台,财经法律复合型应用性高级人才的重要培养基地的目标迈进。

在中央财经大学法学院的教师中,活跃着一批学历高而又富有朝气的年轻学者,他们关注国计民生,参与国家法制建设,醉心于法学研究;他们热爱三尺讲台,关心学生的成长;他们具有国际化视野,重视借鉴西方先进的法律制度、法学理论与法律文化。以这批教师为主体,中央财经大学法学院的广大教师在平时的教学耕耘与学术研究中收获了累累硕果。以此为基础,我们决定编辑出版“中财法学文库”系列丛书。

投入较大的人力、物力组织这套文库的出版,是践行中财法学院“科研立院”宗旨的重要体现。如何在激烈的竞争中立于不败之地,培养出社会需要、国家满意的优秀人才,是各个大学法学院共同思考的问题。我们始终认为:法学院的根本任务在

于培养合格的高质量法律人才,科研则是教学的先导、教育的基础。没有高质量的学术研究,以己昏昏,使人昭昭,很难想像有深入浅出、鞭辟入里的课堂教学;没有教师对法律实践的敏感触觉和对社会问题的深刻领悟,很难想像有生动活泼、贴近实际的课堂艺术。唯有在科研方面的进步和成就,才能保证造就一支具有坚实理论基础、深厚学术底蕴并富有远见卓识和深刻洞察力的师资队伍,从而推动法学院全方位、多层次的发展,是故,学院多方筹资,购置图书、激励科研、补贴出版、奖掖人才;众学者皓首穷经、笔耕不辍;法学出版界同仁大力襄助,终有今日“中财法学文库”付梓。

这套文库的出版,必将有助于我院提升法科学子的学术品质,强化其专业素质。法学教育是高等教育的重要组成部分,是建设社会主义法治国家、构建社会主义和谐社会的重要基础,并居于先导性的战略地位。在我国社会转型时期,法学教育不仅要为建设高素质的法律职业共同体服务,而且要面向全社会,培养大批治理国家、管理社会、发展经济的高层次法律人才。中央财经大学法学教育适应侧重培养通法律、懂经济、懂管理、懂外语的高层次复合型、应用性人才的目标定位,在培养具有复合知识结构的本科生、研究生方面形成了鲜明的财经实务特色。法科学生在重点学好法学核心课程和教学计划的其他课程外,适当广泛涉猎、阅读学术专著,对巩固、深化课堂知识是十分必要的。在教材之外,出版一批理论精深、博采众长、体察实践、观点新颖的专著,可以有效满足学生解惑之需。本文库诸部著作,多围绕民商法、经济法等领域实践中的重大疑难问题,对我国相关制度加以细致地探讨与解说,这将有助于拓展学生视野,为他们思考问题、研究制度以及应用法律提供新的视野和方法,并进而登堂入室、一窥门径。

这套文库,在选题和策划上,偏重经济领域中实践意义重大且学界较少探讨的具体问题;在内容上,较为侧重对具体问题的深入分析和制度的合理构建。这固然与我院以民商法、经济法为基础,以财经私法、财经公法为特色,以理论法学为支撑,集中发展若干新兴三级学科的学科发展战略有关,也是我们对法学研究方向思考的产物。从宏观而言,目

前我国的法学学科框架已经基本成熟,法学界对法学各学科的体系与基本原则已无较大争议,法学各学科的基本理论相对而言也难以再有较大变动,因此我们的研究目标不能再仅仅局限于对若干宏观问题的探讨以及对若干基本原则的建构。因应法律实践的需求和法治完善的需要,我们更应当集中精力于以前较少涉及的具体制度及其微观层面展开深入细致的研究,揭示其背后的理论基础,提供完善、富有可操作性的制度设计,以此推动法学研究与法学教育的进步,并进而推动我国立法、司法日臻完善。

刚刚过去的2007年,适逢《民法通则》实施20周年。抚今追昔,以先师佟柔教授为代表的一代法律学人历经磨难、备受艰辛,终以一部《民法通则》向世界发出了中国的《权利宣言》。虽历经波折,《物权法》终得以颁行,社会主义市场经济法律体系的框架已基本具备。在改革开放和法治建设的关键发展阶段,衷心希望我院同仁,以国家法制建设为己任,以民族复兴为目标,以追求真理的勇气致力于学术研究,以甘当人梯的情怀献身于法学教育,谦虚谨慎,踏实治学,团结国内外法学界同仁,弘扬老一辈学者的风范,为我国法学的繁荣与法治的进步不懈努力!

是为序。

中央财经大学法学院院长 郭锋

2008年3月1日

序 言

20年前,即1988年7月,我考上西南政法学院民法研究生,从此走上民法学术之路。3年后的1991年7月,我又考上中国社会科学院研究生院民法博士研究生,师从王家福、梁慧星两位先生攻读民法博士学位(当时,王家福先生任中国社会科学院法学研究所所长,公务繁忙,因此主要由梁慧星先生指导)。1994年7月博士毕业后,按王家福、梁慧星两位先生的意见,我留在中国社会科学院法学研究所民法研究室继续从事民法学术研究。在这里,我感受了法学的传统,尤其是认识了民法学的精义。

我选择民法专业,一定程度上得益于我的老师张庆霞先生的建议。从事民法学术的初步基础,是研究生期间累积的。硕士生期间,从李开国先生处受益良多,尤其是对民法学术的坚持与执著;博士生期间,梁慧星先生讲民法专题研究与法解释学,谢怀栻先生讲外国民法。恩师梁慧星先生是民法学界最注重学术的学者。我受其影响,撰写了一些论文,如收入本书的“遗失物拾得的若干问题”、“土地所有权理论之发展——以空间权法理的生成及运用为中心”、“法国近邻妨害责任研究——兼论我

国的近邻妨害制度及其完善”、“论基于法律行为的物权变动——物权行为及无因性理论研究”、“埋藏物发现的若干问题”，以及未收入本书的“德国相邻关系制度研究”等，均是这一时期的文章。1995年以后参与中国物权法和民法典的立法，撰写了一些涉及这两方面的文章。这是我自选的第一本文集，因主要涉及民法典与物权法，故以《民法典与民法物权》为书名。

2008年3月，我到中央财经大学法学院工作，在这里我感受到法学的另外一面，感受到在大学工作的忙碌与充实。这本文集是在法学院郭锋院长的建议下付梓出版的，于此谨对他表示谢意。这本文集的编辑，我的硕士研究生马婧婧、王志敏付出了辛勤劳动。尤其是马婧婧帮助查找、打印和校对文稿，倍极辛劳，谨致最深切的谢意。编辑这本文集时，正值我从事民法学术研究20年，因此亦以本文集的出版作为我从事民法学术研究20年之纪念！

是为序。

陈华彬于上海寓所

2008年8月27日

目 录

第一编 民法典总论/1

19、20 世纪的德国民法学说史/3

潘德克吞体系的形成与发展/24

物权与债权二元权利体系的形成以及二者之
区分/38

第二编 民法典的编纂/47

瑞士民法典的制定与特色/49

中国制定民法典的若干问题/77

第三编 物权法总论/95

论物权的性质/97

《中国物权法草案建议稿》：一个比较、借鉴与
确定中国物权法特色的过程/113

对我国物权立法的若干思考——兼评 2005 年 7
月 10 日《中华人民共和国物权法(草案)》/151

第四编 物权变动/177

罗马法的 traditio、stipulatio 与物权契约的无因性和无因债务/179
论基于法律行为的物权变动——物权行为及无因性理论研究/195

第五编 土地所有权/275

土地所有权理论发展之动向——以空间权法理的生成与运用为中心/277

第六编 建筑物区分所有权/335

业主的建筑物区分所有权/337
论建筑物区分所有权的构成——兼议《物权法》第70条的规定/360
业主的建筑物区分所有权：学者草案的立场与我国《物权法》的规定/387

第七编 相邻关系/409

法国近邻妨害问题研究——兼论我国的近邻妨害制度及其完善/411

第八编 动产所有权/467

遗失物拾得的若干问题/469
埋藏物发现的若干问题/480

第九编 担保物权/495

瑞士不动产担保权制度研究/497
从保全抵押权到流通抵押权：德国不动产担保权的演进史/522

第一编

民法典总论

19、20 世纪的德国民法学说史

一、引言

考察 19、20 世纪的德国民法学说史，需首先划定自 19 世纪起德国民法学说史的大致分期。按照多数民法史家的见解，19 世纪开始以后的德国民法学说史，大致可以分为四个时期：第一个时期，19 世纪前半期的“法典论争”和“历史法学”时期；第二个时期，19 世纪后半期的“概念法学和德国民法典”时期；第三个时期，20 世纪前半期的“自由法运动”和“法社会学”时期；第四个时期，20 世纪后半叶的“现代私法学”时期。以下分别考察这四个时期中德国民法学说的基本状况。

二、法典论争与历史法学

(一) 法典论争

在 19 世纪前半期的德意志私法学上，最引人注目的事件不啻是德国历史法学派之登上德意志法学的历史舞台。而导致其登场的直接契机，是所谓的“法典论争”(Kodifikation sstreit)运动，即围绕是否需要立即制定一部统一的民法典而展开的论战。

围绕应否立即制定一部统一的民法典而展开的论战，最早发轫于 1814 年德意志人民反击拿破

仑的民族解放战争的胜利。同年,学者 A. F. J. 蒂堡 (Anton Friedrich Justus Thibaut, 1772 ~ 1840) 发表“论制定一部德意志统一民法典之必要性”^[1], 号召编纂适用于德意志各邦的统一的民法典。对于 A. F. J. 蒂堡的主张, 萨维尼 (Friedrich Karl von Savigny, 1779 ~ 1861) 发表了“论当代立法和法理学的使命”以为反击, 一方面认为现今制定民法典为时尚早; 另一方面呼吁在进行正式的立法前, 应建立“法学理论”, 即理论应当先行。需注意的是, 这两人立场的迥异, 尽管直接表现为是否应当立时编纂一部统一的民法典上, 但其后的背景, 则实际上是对 18 世纪以降风靡欧陆各国的“自然法”和“习惯法”思潮的不同认识。A. F. J. 蒂堡立于启蒙主义的立场, 故主张构筑一部“理性法的法典”; 萨维尼则因认法律为民族精神的产物, 成文法与习惯法相较, 实居于次要地位, 故主张德意志民族的统一民法典应基于习惯法而编成。显而易见, 这是两种对立、截然不同的主张。

发生在 19 世纪肇端以后不久的这场法典论争运动, 其范围实际上并不仅限于关于民法典编纂的各种是是非非。如后所述, 萨维尼志在通过对法律的历史研究来构造民法的“体系的法学理论”(即潘德克吞法学), 并因此成为 19 世纪德意志法学的最高权威。^[2] 但 A. F. J. 蒂堡倡导的“理性法的思想”并未因此在德意志法学界销声匿迹, 事实上, 这一思想与费尔巴哈的刑法学以至黑格尔的法哲学思想合流, 而最终促成了哲学法学派的诞生。结果, 以这场法典论争为契机, 19 世纪前半期的德意志法学, 便以历史法学和哲学法学为轴心而展开出来。历史法学和哲学法学, 因此成为 19 世纪前半期德意志法学上的双璧。

二、(二) 历史法学(派)

历史法学 (historische Rechtswissenschaft) 的真正创始人, 依学者通说

[1] 本文德文标题为 über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, 相应的中文译法有好几种。该文的全部中文译文, 刊载于《比较法研究》2008 年第 3 期, 傅广宇译。

[2] [日] 水本浩、平井一雄编:《日本民法学说史》(分论), 信山社 1997 年版, 第 374 页。

乃是萨维尼。他为了法典论争的需要而于 1815 年创立了用以反击对手的理论阵地的学术刊物——《历史法学杂志》，并倡言对“法律进行历史的研究”，及以“作为学问的法学”（Rechtswissenschaft）为该刊的历史使命。经过一段时间，以向该杂志投稿的学者为中心，而形成了著名的历史法学派（historische Rechtsschule）。〔1〕

最初，历史法学派系由萨维尼、普希塔和耶林所代表的“罗马法派”，及基尔克所代表的“日耳曼法派”组成。这种情况反映了德国 15 世纪以降继受罗马法以后所形成的日耳曼法和罗马法的双重构造格局。唯随着对法的历史的探究的日渐深入，两派之间的裂痕益深，以致最终走上了分道扬镳的道路。一般认为，促使两派之走上分道扬镳的道路的，是 1846 年的 Germanisten〔2〕大会。在这次大会上，两派不仅在学问上形成了对立，而且在对待 1848 年三月革命的态度上也形成了对立。〔3〕

这样一来，在外与黑格尔的哲学法学派进行斗争，内与 Germanisten 的相互对垒的论战中，Romanisten〔4〕终于发展为 19 世纪德意志法学的主流。不言自明，Romanisten 的最大成就，是发起并从事了德国民法典的编纂运动。饶富趣味的是，当初坚决反对法典编纂的历史法学派，如今却极力主张编纂之。历史法学派的这一立场的转变，表明萨维尼构筑的私法学体系已然确立起来了。

萨维尼在“论当代立法和法理学的使命”一文中表述了历史法学（派）的如下纲领：其一，法律和语言一样，是民族的共通的确信的产物；

〔1〕 [日]水本浩、平井一雄编：《日本民法学说史》（分论），信山社 1997 年版，第 375 页。

〔2〕 Germanisten 一词，为德语，指 19 世纪德国历史法学派中专门从事日耳曼法和德意志固有法的研究的学者，著名学者基尔克，便是该派的代表人物。参见 [日]内閣法制局编：《法律用语词典》，有斐阁 1998 年版，第 359 页。

〔3〕 关于 Germanisten 大会，详情参见 [日]坚田刚：《历史法学研究——历史与法及语言的三位一体》，日本评论社 1992 年版，第 98 页以次。

〔4〕 Romanisten 一语，指 19 世纪德国历史法学派中，专门从事罗马法研究的学者，他们以私法为中心，使继受而来的罗马法获得了“概念的抽象化和体系化”，其代表性的学者可以举出萨维尼、普希塔、温德沙伊得及耶林等人。[日]内閣法制局编：《法律用语词典》，有斐阁 1998 年版，第 1385 页。

其二,法与民族的历史共命运;其三,法首先基于民族的习惯,而后才基于法学而形成。^[1] 需注意的是,强调民族的历史,意味着历史法学(派)是罗马主义的国家主义之一环。萨维尼法学的出发点,也正在于摈除启蒙主义的自然法,而确认民族的、历史的习惯法。

不过,以上三点并不能完全描述萨维尼法学的全貌。之所以这样,是因为萨维尼有历史的方法和体系的方法两个法学方法论。上述所谓纲领,仅涉前者即历史的方法。萨维尼的真正意图,是通过“法的概念”进行“逻辑的计算”来构筑自己的“体系法学”。历史法学,尽管形式上推重法律的历史主义,但实质上却是怀抱创建“极端抽象的理论性”的“论理主义法学”之志向的。

如果说萨维尼在《中世罗马法史》(共6卷,1815~1831年)里表述的是“法律的历史研究”的话,那么在八卷本的《现代罗马法体系》(1840~1849年)的鸿篇巨作中则是在从事以概念的论理为依据的非历史主义的研究。萨维尼运用罗马法概念以创立现代德意志法学的信念是未曾动摇过的。对于罗马法学派的萨维尼是否可以真正称为罗马派的历史主义者,德国著名私法史家维阿克(Wieacker)评论说:“这只是口头上的皈依”,^[2]可见是抱有疑问的。^[3]

值得注意的是,在整个19世纪,萨维尼法学的权威未曾动摇,其倡导的“权利意思说”和“法域论”,对于民法学以至国际私法学乃有划时代的贡献。1842年,萨维尼弃教从政,任普鲁士修法大臣,通过对1794年“普鲁士普通邦法”的修订活动,而为德国民法典的编纂作了政治上的准备。

这里有必要提到执著坚持和崇尚“历史法学的历史主义”的雅各布·格林(Jacob Grimm,1785~1863)。此人不仅以作为童话集的著名编

[1] [日]水本浩、平井一雄编:《日本民法学说史》(分论),信山社1997年版,第375页。

[2] [德]Franz Wieacker著:《近世私法史》,[日]铃木禄弥译,创文社1961年版,第477页以次。

[3] [日]水本浩、平井一雄编:《日本民法学说史》(分论),信山社1997年版,第376页。

者而蜚声世界^[1]，而且作为萨维尼的开门弟子于法学领域也有重要成就。例如，他的《论法中的诗意》（《法の内なるポエジー》，1816年）便是在法典论争犹酣之时写成的名著。另外，他还出版了《德意志法古事志》（1828年）和四卷本的《习惯法判告录》（1840~1863年）等著作。雅各布·格林作为罗马主义的日耳曼法学者，主张从历史和语言的角度来把握法律现象。即在日耳曼的习惯法中，确认民族固有的历史与语言，进而倡导作为整合（统一）法学、历史学、语言学的新学问的“日耳曼学”（即德意志法学）。就此而论，忠实地践行历史法学的宗旨和纲领的，不是萨维尼本人，而是雅各布·格林其人。萨维尼和雅各布·格林尽管是历史法学派的双璧，但无论于学问抑或政治立场上，两人俱有对立的意见。另外，在方法论上，与萨维尼坚信法的概念的论理性相左，雅各布·格林则是确信“法的语言的、诗的、象征的风格”^[2]。

（三）潘德克吞法学

即秉承罗马法继受的传统，由历史法学中的罗马法学者于19世纪后半期构筑起来的德意志私法学，他们以对德意志普通法和潘德克吞进行研究为工作的中心。所谓潘德克吞，即《罗马法大全》中的《学说汇纂》（Digesta），也就是罗马帝政时代被赋予“解答权”的法律学者们的学说集成。萨维尼的后继者们，从这个“学说法”中抽出法的概念，并用以构筑19世纪的私法学。就此而言，可以说“潘德克吞法学”（Pandektenwissenschaft），乃是“罗马法的现代的惯用”的产儿。

[1] 雅各布·格林，与其弟威廉·格林被后人合称为“格林兄弟”。人们对格林兄弟的了解通常仅限于其在文学和语言学领域的成就，尤其是家喻户晓的《格林童话》（出版于1812~1815年），一百多年来，这部童话集一直都是每一代儿童的经典读物。除此之外，格林兄弟合编的《德语大辞典》以及雅各布·格林撰写的《德语语法》，在德国语言学史上也具有举足轻重的地位。事实上，格林兄弟也是法学家，尤其是雅各布·格林，其在日耳曼法律史方面有出色研究，以至成为历史法学派日耳曼法分支代表之一，1840年被柏林科学院聘为法学教授，并于1846~1847年任法兰克福、吕贝克日耳曼法学家大会主席。参见《萨维尼法学方法论讲义与格林笔记》，杨代雄译，法律出版社2008年版，第2页。

[2] [日]水本浩、平井一雄编：《日本民法学说史》（分论），信山社1997年版，第376~377页。