

# 物权法 研究

◎陈华彬 著

金桥文化出版(香港)有限公司

# 物 权 法 研 究

陈华彬 著

金桥文化出版(香港)有限公司

---

# 物权法研究

作者 陈华彬

责任编辑 王 玲

出版·发行 金桥文化出版(香港)有限公司  
香港中环干诺道中 68 号华懋广场二期  
六字楼 A 室

北京办事处 电话(010)68028094

深圳办事处 电话(0755)5517258

中国内地进口总代理 中国出版对外贸易总公司

中国内地发行总代理 现代书店有限公司

印刷 福利印刷

版次 2001 年 10 月第 1 版第 1 次印刷

书号 ISBN 962 - 85837 - 7 - 8

出版声明 版权所有 侵权必究

## 序

这本书,上起古日耳曼时代,下迄当今之世,其所论述的范围,是20世纪及其以前的物权制度。

13年前我考上西南政法学院民法研究生,宗李开国教授研习物权法,从此走上民法学术之路。1991年考入中国社会科学院研究生院,在梁慧星教授指导下,做建筑物区分所有权问题的博士学位论文。1994年8月以后,留在中国社会科学院法学研究所继续从事民法学术研究。从那时起,我将全部心力倾于物权法的研究上,倡言中国应有自己的物权法学说与理论,于1998年出版了《物权法原理》(国家行政学院出版社)一书。嗣后,在参与《中华人民共和国物权法草案》之起草的同时,亦研习日耳曼时代及其以降的德国、瑞士和日本的物权制度,将研究所得汇编成书,是为本书《物权法研究》。这是我关于物权法问题的第三部著作,为《物权法原理》的姊妹书。

对物的权利,即物权的起源和发达,恒较请求人为一定行为或不为一行为之债权,为期更早。不过,在人类的开天辟地时代,是无所谓有对于物的权利的。当此之时,鸿蒙未辟,宇宙洪荒,海洋在隆起,陆地沉沦,风雪在飘摇,内海在荡漾,月桂树在摇曳,剑齿虎在咆哮,皑皑的冰河正以清洁的冰雪替人类洗刷这个原始的世界。(葛伯赞语)往后,再经过一段深长的时期,人类在共同的生产生活中萌生了对于无主物的排他的占有的观念,此对于无主物的排他的占有,直可以说是罗马法、日耳曼法以至近现代民法的物权制度与物权观念的端绪。关于罗马法、日耳曼法以前的人之对于物的占有的情况,我在撰写本书时,原本想涉及之,仅因这方面的资料随

Aug 10/01

着时代的悠迈而多已散佚且零零碎碎，深感文献之不足征，故把它放弃了。对它进行研究，是我多年的心愿，现在看来，这一心愿只有留待将来去实现了。

值此本书付梓之际，我要感谢父母的恩情。我敬爱的父亲与母亲，抚我成立，艰苦备尝，不胜感禱！心感之余，谨把本书献给他们！

是为序。

作者于北京朝阳寓所

2000年12月8日

# 目 录

<b>第一章 德国物权制度的沿革与形成史</b> ·····	( 1 )
<b>第一节 日耳曼法中的物权制度与物权观念</b> (公元5—9世纪)·····	( 1 )
<b>第二节 中世纪(Mittelalter)时期的物权制         度与物权观念</b> ·····	( 22 )
<b>第三节 中世纪以降至1896年德国民法典         成立前的物权制度与物权观念</b> ·····	( 26 )
<b>第四节 德国民法典物权编的体系构造及其         特色</b> ·····	( 31 )
<b>第五节 德国物权的性质</b> ·····	( 38 )
<b>第二章 日本、德国民法典关于物权总则的规定</b> ·····	( 45 )
<b>第一节 日本民法典关于物权总则的规定</b> ·····	( 45 )
<b>第二节 德国民法典关于物权总则的规定</b> (一)·····	( 73 )
<b>第三节 德国民法典关于物权总则的规定</b> (二)·····	( 92 )
<b>第三章 19世纪的德国普通法学围绕所有权的         移转而对尤里安和乌尔比安的法言的         解读</b> ·····	( 103 )
<b>第一节 关于物权行为的独立性的罗马法的         法言的解释论</b> ·····	( 106 )
<b>第二节 围绕所有权的移转而对尤里安的法</b>	

	言的无因性解读 .....	(129)
第三节	不当得利的返还请求权与所有权移 转的无因性 .....	(141)
第四节	围绕所有权的移转对尤里安的法言 的有因性解读 .....	(144)
第五节	结语 .....	(152)
第四章	物权契约概念的形成与发展 .....	(157)
第一节	萨维尼《现代罗马法体系》与《债权 法》问世以前的物权契约思想 .....	(159)
第二节	《现代罗马法体系》、《债权法》与物 权契约理论 .....	(169)
第三节	1872 年《普鲁士土地所有权取得 法》与债权契约和无因性理论 .....	(175)
第四节	德国民法典的制定与物权契约和无 因性理论 .....	(177)
第五节	德国民法典施行后物权契约思想的 发展轨迹 .....	(204)
第六节	依法律行为的物权变动, 瑞士民法 是否承认有独立的物权契约 .....	(215)
第五章	罗马法的 traditio、stipulatio 与物权契 约的无因性和无因债务 .....	(225)
第一节	无因性, 是现代民法一项重要的 法概念 .....	(227)
第二节	罗马法的 traditio 与物权契约的无 因性 .....	(231)
第三节	罗马法的 stipulatio 与无因债务 .....	(234)
第四节	结 语 .....	(241)
第六章	德国与瑞士的登记制度 .....	(244)

第一节	概述·····	(244)
第二节	德国、瑞士法登记簿册的物的编成主义 ·····	(248)
第三节	登记的种类——以异议登记和预告 登记为中心·····	(256)
第四节	关于物权变动的要件登记的(登记 簿册的设权效力)·····	(268)
第五节	登记的公信力·····	(286)
<b>第七章</b>	<b>瑞士、德国的相邻关系制度</b> ·····	(311)
第一节	瑞士的相邻关系制度·····	(311)
第二节	德国的相邻关系制度·····	(327)
<b>第八章</b>	<b>日本、德国民法典上的用益物权制度</b> ·····	(336)
第一节	日本民法典上的用益物权·····	(336)
第二节	德国民法典上的用益物权·····	(373)
<b>第九章</b>	<b>德国的债权担保制度</b> ·····	(412)
第一节	不动产担保权——抵押权、土地债 务和定期土地债务·····	(414)
第二节	质权(Pfandrecht)·····	(441)
第三节	人的担保·····	(459)
<b>第十章</b>	<b>从保全抵押到投资抵押——德国不动产 担保权的发展轨迹考</b> ·····	(473)
第一节	德国不动产担保权(土地担保权)发 展史的素描(一)——继受罗马法以 前的不动产担保权与普通法时期的 抵押权·····	(474)
第二节	德国不动产担保权(土地担保权)发 展史的素描(二)——抵押权制度的 改革时期·····	(483)



第三节	德国不动产担保权(土地担保权)发展史的素描(三)——流通(投资)抵押权立法的最终完成·····	(496)
第四节	投资抵押权的本质与特征·····	(506)
第五节	投资抵押权与现代抵押权论·····	(521)
第六节	结    语·····	(525)
<b>第十一章</b>	<b>所有人抵押权</b> ·····	(529)
第一节	各国民法上的所有人抵押权·····	(530)
第二节	所有人抵押权的法律构成·····	(539)
第三节	所有人抵押权和民法诸原则的关系·····	(551)
第四节	所有人抵押权的形态与成立·····	(557)
<b>第十二章</b>	<b>瑞士的不动产担保权法制</b> ·····	(565)
第一节	瑞士不动产担保权的缘起与形成·····	(567)
第二节	瑞士民法典对不动产担保权的统一·····	(578)
第三节	瑞士不动产担保权的特质·····	(587)
第四节	结    语·····	(594)
<b>第十三章</b>	<b>债权的消灭时效与担保物的返还</b> ·····	(599)
第一节	德国法·····	(599)
第二节	法国法·····	(607)
第三节	英国法·····	(618)
第四节	日本法·····	(623)
第五节	我国民法的立场·····	(625)
<b>第十四章</b>	<b>日本、德国与瑞士民法典上的占有制度</b> ·····	(630)
第一节	日本民法典上的占有制度·····	(632)
第二节	德国民法典的占有制度·····	(661)
第三节	瑞士民法典的占有制度·····	(670)



---

**附录：**

目

(一)19、20 世纪的德国民法学说史 ..... (676)

(二)瑞士民法典的创制与特色 ..... (701)

录

**主要参考著作** ..... (736)**后记** ..... (739)

# 第一章 德国物权制度的沿革与形成史

## 第一节 日耳曼法中的物权制度与物权观念(公元5—9世纪)<sup>〔1〕</sup>

### 一、日耳曼法概述

按照现代西洋历史学,<sup>〔2〕</sup>德国的历史最早可以追溯到日耳曼时代。研究1896年以前的德国物权制度与物权观念,需从日耳曼时代的日耳曼法开始。

日耳曼法,是公元5—9世纪以马尔克为主要制度的西欧早期封建制时期适用于日耳曼人的法律的总称。它是日耳曼

---

〔1〕关于德国法制史的时代区分,日本学者栗生武夫在《中世私法史》(1932年),西本颯在《西洋法制史讲义》里写道:中世前期(5—9世纪)为“部族法时代”,中期(10—12世纪)为“封建法时代”,后期(13—15世纪)为“都市法时代”。

〔2〕把世界历史甄别为西洋史与东洋史,为日本史学界的做法。与此不同,我国史学界大抵不作这样的区分,而是笼统地谓为“世界史”。论者认为,西洋各民族与东洋各民族于历史的起源、风俗习惯、文化传统、民族精神以至礼仪人情等方面皆有细微差异,故把世界史大别为西洋史和东洋史来研究,似有其合理性。

各部族在侵入西罗马帝国，建立“蛮族”<sup>〔1〕</sup>国家的过程中，在罗马法和基督教会法的影响下，由原有的氏族部落习惯逐渐发展而成的。其范围，从空间来看，凡属日耳曼人所建立国家的法律都包括在内，因此，斯堪的纳维亚人的法律，以及在不列颠岛建国的盎格鲁撒克逊人、裘特人的法律也属于日耳曼法的范畴。<sup>〔2〕</sup>

恩格斯曾谓：日耳曼的法律，即古代的马尔克法律，马尔克制度，是整个德意志法的基础。马尔克，是公元376年民族大迁徙前后，日耳曼人按地域关系组成的农村公社组织，代替了原来以血缘为基础的氏族公社。依恩格斯之说，学者指明，日耳曼人在侵入罗马以前还未曾形成马尔克制度，因此亦就不存在以这种制度为基础的日耳曼法。<sup>〔3〕</sup>在民族大迁徙之前，日耳曼人的社会制度，基本上还是处于前国家阶段，氏族的原则虽然遭到了一定程度的破坏，但其主体还基本被保留着，对土地仍然实行由部落进行分配的原则。<sup>〔4〕</sup>此一时期，除口耳相传的习惯外，日耳曼人没有其他法规。

从376—568年，日耳曼各部落联盟（西哥特、苏维汇、汪达尔、勃艮第、法兰克、盎格鲁萨克逊、伦巴德等），大举侵入西罗马帝国，进行民族大迁徙。对罗马的征服，使日耳曼人的社会制度发生了戏剧性的变化。正在瓦解过程中的氏族制度彻

---

〔1〕 古代罗马人把居住在其国家东北方的外来部族称为“蛮族”，这些外来部族中人数最多的是日耳曼人、凯尔特人和斯拉夫人。因此，历史学家把日耳曼诸部族侵入西罗马帝国以后相继建立的各“王国”，称为“蛮族国家”。

〔2〕 由嵘《日耳曼法及其在西欧法律史上的地位》，载陈守一编著《法学论文集》，北京大学出版社1984年版，第155页。

〔3〕 由嵘著前揭文，第156页。

〔4〕 叶秋华《论日耳曼人国家的形成和法兰克王国的法律》，载《法学家》1999年第6期，第55页。

底地崩溃了,氏族机关为国家机关所替代,氏族转为国家,这就是最初的日耳曼王国。国家产生后,日耳曼人的习惯也发生了变化,转变为法律。<sup>〔1〕</sup>此即日耳曼法。

日耳曼法时期,是欧洲法律史上制定成文法较多的时期。从公元5世纪末叶开始(主要是在6世纪),多数日耳曼王国以各部族的习惯为基础,纷纷效仿罗马人将文明的成果记录于法典而编纂成文法典,即所谓“蛮族法典”。这类法典主要有5世纪末、6世纪初西哥特国王尤列克(Euric)颁布的法典,法兰克王国的萨里克法典(Lex Salica)、拜罗布里亚法典(Lex Baiuvariorum),里普利安法典,东哥特王国的狄奥多理法典(Edict of Theodoric),勃艮第国王耿多巴德(Gundobad)颁布的法典,7世纪伦巴德王国的法典(Edict of Lombards),等等。<sup>〔2〕</sup>在不列颠,由盎格鲁萨克逊建立的诸王国以及后来统一的英吉利王国,也颁布了类似的法典,如7世纪初肯特王国的埃塞伯特法典,7世纪末西撒克斯王国的《伊尼法典》和9世纪末叶英吉利王国的《阿尔弗烈德法典》等。斯堪的纳维亚的北欧各国编纂成文法典稍晚,13世纪之时,地方习惯才开始编成法典,主要的一部是1241年的《裘特法典》。<sup>〔3〕</sup>

以上各法典中,最为有名的,是法兰克王国的《萨里克法典》(Lex Salica)。该法典是日耳曼法中最具代表性的法律文献之一。由于该法典是对法兰克人的习惯法的几乎是原原本本的记述,<sup>〔4〕</sup>所以,透过它可以明了日耳曼法物权制度与物权观念的基本情况。

〔1〕 由嵘著前揭文,第158页。

〔2〕 由嵘著前揭文,第159页。

〔3〕 林榕年编著《外国法制史》,中国人民大学出版社1999年版,第94页。

〔4〕 【日】山田晟《德国法概论》(第三版),有斐阁1987年版,第3—4页。

日耳曼法中没有像罗马法那样的完整的财产制度,没有抽象的所有权主体和客体的概念。在日耳曼法中,所有权的主体和客体是具体的,主体的身份地位不同,享有所有权的性质和范围也就不同;客体不同,所有权的效力和保护方法也有差别。所有权的客体主要有不动产和动产,这种分类毋庸置疑是受罗马法影响的结果。<sup>〔1〕</sup>下面先考察日耳曼法的土地制度特别是土地的总有权制度。

## 二、古日耳曼的土地制度素描<sup>〔2〕</sup>

关于古日耳曼的土地制度,素来为一项重要的研究课

---

〔1〕 李宜琛《日耳曼法概说》,第35—36页;转引自林榕年主编《外国法制史》,第96页。

〔2〕 以下依据的文献,是日本学者石田文次郎教授的《土地总有权史论》的第一章。《土地总有权史论》(岩波书店昭和11年9月5日第二刷发行),是一部研究古代日耳曼民族的固有土地制度——土地总有权制度——的重要著作,在日本有重要影响,值得重视。论者对于可以借写作本书的机会把这一名著介绍给中国的法律界而深感荣幸,同时亦对已故的石田先生在此领域的贡献表示敬意。需说明的是,石田先生的此一著作在我国台湾地区有部分译本(印斗如译,中国地政研究所、台湾土地银行研究室印行,1949年2月版),论者在撰写本部分时参考了该部分译本。在此谨向印先生致谢。

题。<sup>[1]</sup>而研究这一问题的基本材料,如所周知,是古罗马凯撒的《高卢战记》(Caesar de Bello Gallico)和塔西佗的《日耳曼尼亚志》(Tacitus, Germania)。以下依此两本书的记述,分别考疏这两个时期中日耳曼土地制度的情况。

### (一)凯撒时代的日耳曼土地制度

凯撒在《高卢战记》第四、六卷里,对当时日耳曼人的生活状况有这样的描述:日耳曼人“不大吃粮食,生活的大部分都依靠乳类和家畜,特别着重打猎”。“他们的全部生活,只有狩猎与战争”。<sup>[2]</sup>依此可以推断,当此之时,日耳曼人的生活,是以狩猎和战争为主。盖狩猎民族,原则上即是战争民族。关于当时日耳曼人的农业情况,《高卢战记》第六卷说:“他们对农耕不怎样热心,他们的食物中间,绝大部分是乳、酪和肉类,也没有一个私人拥有数量明确、疆界分明的土地,官员和首领们每年都把他们认为大小适当、地点适宜的田地,分配给集居一起的氏族和亲属,1年以后,他们又被强迫迁到别处去。”<sup>[3]</sup>

[1] 公元8世纪末至9世纪初崛起的法兰克王国,曾实行过土地的支配制度。但法兰克时代的日耳曼——即此处所谓古日耳曼——的土地制度,是否经历过一般的土地私有制和豪族的土地支配制,尔后演进为法兰克时代的封建的土地支配制?抑或古代日耳曼,就根本上未存在过土地私有制,土地,属于血族团体所有,村落内部实行农业共产制,耕地按年轮流耕作,经过一定时期后则停止轮流分配耕作,而成为私有权?抑或土地所有权集中于豪门权贵之手,嗣后才形成法兰克时代的封建土地支配制?要言之,法兰克时代的土地制度,是否为古代日耳曼土地支配制度发展的当然结果,抑或为古代日耳曼土地总有制度崩溃的结果,乃为19世纪后半期学术界所热烈讨论的问题。主张古代日耳曼社会曾实行土地私有制或土地支配制的重要学者,有 Knapp、Fuchs、Wittich、Hildebr 及 Dopsch 等人;而主张当时的土地制度是土地共有制或农业共产制的重要学者,有 Hanssen、Sybel、Roscher、Maurer、Gierke、Laveleye、Meitzen、Max Weber、Brunner, 及 Schroder-Kunssberg 等。此项争论,迄无定论。惟多数学者认为,古代日耳曼是实行土地共有制或农业共产制的。参见【日】石田文次郎《土地总有权史论》,第1—3页。

[2] 【古罗马】凯撒《高卢战记》,商务印书馆1979年版,第79、142页。

[3] 【古罗马】凯撒《高卢战记》,商务印书馆1979年版,第143页。

依这段话语,可知当时的土地,是每年由官员和首领们分给各血族团体和亲属,且每年调换,不作永久利用,说明当时的土地主要是草地;当时的经济状况,是比较有规律的统一管制的“草地经济”(Feldgrass-wirtschaft)。易言之,当此之时,日耳曼民族的经济生活,是以畜牧为主,农业屈居于次要的地位。<sup>〔1〕</sup>

既然当时日耳曼民族的经济生活,是以畜牧为主,而属于草地经济,则人民对于土地,自也无永续的关系存在。上引《高卢战记》第六卷就此写道:土地按年分给血族团体,且每年轮流调换占有。此外,该书第二卷还有“随土地的丰穰而择居”的记述。由此也可以推断,当时的血族团体,是在官员和首领的指挥下,轮流调换对土地的占有,并每年迁移其居所。<sup>〔2〕</sup>此等情况表明,这一时期的日耳曼民族,处于非定居的生活状态中。

对土地的占有既然按年调换,则居住地,也必然会随而迁移。从而,也就自然不发生对土地的私的占有关系。此点可由《高卢战记》第四卷“他们没有私有的、划开的土地,也不容

---

〔1〕 值得注意的是,在此时的日耳曼社会,所谓财产,仅指家畜、乳牛与货币。近现代德语的“财产”(Vermogen)概念,即由“家畜”(Herdenvieh)一语演变而来。

〔2〕 持相反见解者,有 Dopsch 等。认为当此之时的日耳曼民族并无战争,也不是过移动不居的生活,而是过平静且有定居的生活。此一见解,同凯撒《高卢战记》的记述有异。



许停留在一个地方居住1年以上”的记载,得到证明。<sup>〔1〕</sup>

在凯撒时代,日耳曼民族的社会结合,乃是以身份的、血缘的关系为纽带的。当时的 Civitas 族,是由共同祖先所结合的人类团体。在此种团体中,复分成许多 pagi,而 pagi 乃由更小的 Sippe 血族团体结合而成。此际,日耳曼民族的社会组织与军队组织一致,军队的组成,以血族团体为基础。Civitas 的军队制度,是分为“千人组”(Tausendschaft)。千人组即 pagi。此千人组,乃由“百人组”(Hundertschaft)编制而成。百人组相当于 Sippe。这一时期,为开垦土地或畜牧而按年分配土地,便是依该种组织而实施的。

《高卢战记》第六卷说:只在战时设立最高行政机关,平时则由大部落的酋长,掌管法律与警察事项。可见,当此之时,集体居住的血族团体所受领的土地,是共同占有、共同开垦的。由于对土地的占有是按年轮换,故血族团体,也需按年随土地而集体迁移其居所,于新分得的土地上,再作集体居住,并为共同占有、共同开垦。

在共同占有、共同开垦土地的情况下,血族团体内部的经济组织是什么?亦即,在血族团体内,是实行“个别经济”还是“共产经济”——是共同利用土地、平均分配共同的收获物,还是各人单独利用、单独收益?对此,《高卢战记》未有明确的记载。但该书第六卷推断:当时日耳曼民族的社会状态,同当时高卢人实行的土地支配制度,和有阶级的组织完全不同。且

〔1〕【古罗马】凯撒《高卢战记》说:当人类尚未在土地上居有定时,人与人之间的社会的结合关系,是血缘和身份关系。至于人与人之间发生经济的和物的结合,人类结合的要害,由身份进到经济,则需要以人类定居于土地之上为前提。文化的进步,也以此为前提。至于基于利害与共的人的自由意志的决定,使土地变为资本,人与人之间形成纯粹的资本的结合,则只有在文化臻于高度的发展阶段后,始有其可能。故此仅为近世的现象。