



主 编 杨振山

[意] 桑德罗·斯奇巴尼

执行主编 黄 风 费安玲

DIRITTOROMANO, DIRITTOCINESE
E CODIFICAZIONE DEL DIRITTO CIVILE

罗马法·中国法与民法法典化

——物权和债权之研究



中国政法大学出版社



罗马法·中国法与民法法典化

——物权和债权之研究

*DIRITTO ROMANO, DIRITTO CINESE
E CODIFICAZIONE DEL DIRITTO CIVILE
SUI DIRITTI REALI E SULLE OBBLIGAZIONI*

主 编 杨振山

[意]桑德罗·斯奇巴尼

执行主编 黄 风 费安玲

副 主 编 丁 玫 刘家安 [意]纪尉民

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

罗马法·中国法与民法法典化:物权和债权之研究/
杨振山,(意)斯奇巴尼主编. —北京:中国政法大学出版社,
2001. 11

ISBN 7-5620-2192-9

I. 罗... II. ①杨... ②斯... III. ①罗马法:物权法
—研究②罗马法:债权法—研究③物权法—研究—中国④
债权法—研究—中国 IV. ①D904.1②923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 082471 号

书 名 罗马法·中国法与民法法典化
—物权和债权之研究
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 850×1168mm 1/32
印 张 22.5
字 数 540 千字
版 本 2001 年 11 月第 1 版 2001 年 11 月第 1 次印刷
印 数 0 001—3 000
书 号 ISBN 7-5620-2192-9/D·2152
定 价 36.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码:100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆

声明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现印装质量问题,请与出版社联系调换。

CURATORI/ *Yang Zhenshan, Sandro Schipani*

REDATTORI/ *Huang Feng, Fei Anling*

ASSISTENTI CURATTORI/ *Ding Mei, Liu Jiaan,*
Giuseppe Terracina

EDITORE/ *Casa Editrice Universita' della Cina di*
Scienze Politiche e Giurisprudenza (Beijing)

序 一

1994年10月和1999年10月，中国政法大学罗马法研究中心与意大利罗马第二大学、意大利罗马法传播研究组共同在北京组织了第一届和第二届“罗马法·中国法与民法法典化理论讨论会”。来自意大利、德国、俄罗斯、日本、巴西、哥伦比亚、墨西哥、秘鲁、阿根廷、埃及、韩国等国的法学家和中国的法学界同仁们，就罗马法的意义及其对后世影响等主题，进行了富有成果的讨论。应该说，1994年10月举行的第一届会议，是中国和意大利两个具有悠久历史文化和法律传统的民族在研究罗马法这一重大问题上的第一次直接交流，该次会议的主题主要是罗马法在中国的复兴这一重大课题，其成果已由中国政法大学出版社于1995年出版。有如第一届会议，1999年10月举行的第二届理论研讨会亦汇集了众多大陆法系国家的学者，会议主题则主要围绕着中国民法制度建设中的两大问题——物权与债权——而展开。本届会议的主要成果结集出版本书。相信本书继第一届讨论会后出版的《罗马法·中国法与民法法典化》之后，将会进一步引起中国学者对研究罗马法与中国法制现代化问题的关注。

自清末法制改革始，中国已走上了以大陆法系法律模式为蓝本的法制建设的道路。而大陆法系国家的典型民法典如《法国民法典》、《德国民法典》、《意大利民法典》等，都是罗马法的直接继受者，它们无一例外地皆坚持并贯穿着罗马法的传统。因此，作为大陆法系国家的中国法学者研究罗马法，对中国法、尤其是

对中国民法法典化具有历史溯源的重大意义。

我在学习和研究罗马法的过程中，最关注的是两个问题：一是主体的形成问题，二是所有权问题。当然，对于这两个问题，我还正处于进一步探索之中。我的基本思路是，从根本上说，这两个问题是相辅相成的，它们构成一个问题的两个方面，即在一定物质生活条件下人作为法律主体的存在形式和存在内容。这在罗马法中可以清楚地看到。罗马法上，指称法律主体的概念“persona”原意为“面具”，而所谓“面具”，当然是一个人对外标示其人格的形式存在。主体根据他所享有的权利内容不同而具有不同的“persona”，换句话说，法律主体的存在内容（权利义务）决定着其存在形式（persona）的性质。存在内容与存在形式的整体构成了一个法律上的“人”。

民事主体是人能够在法律上作为一个独立经济体的存在，能够享有所有权是人在法律上作为民事主体的基本条件。而所有权是如何起源的？这种起源的经济与社会条件是如何变迁的？所有权在不同历史条件下又是怎样实现与发展的？其间的异同是什么？这些问题正是各该时代法律精神之所在。

以上述问题为出发点，我在研究所有权起源的过程中，逐步形成了如下观点：第一，物的使用价值是所有权产生的物质前提。物是人的生存条件，人体的成长和维持是物的使用价值通过人体机能进行变换的结果。因此，自有人类以来，人们对物的使用价值从本能上就已有认识。但是，如果人类仅仅停留在对物的使用价值的认识上，所有权这种法的观念仍然是不可能产生的，因为法律上的所有权要求权利人的控制意识。

第二，物的交换价值的发现是所有权产生的历史渊源。分工和交换的出现及发展，使人们对物的认识产生了飞跃，即不仅认识到物有使用价值，而且发现了物有交换价值。主体之间通过交

换可以获得自己所需要的一切。当人们发现“一物换万物”的可能性后，人们对物的认识就不再局限于使用价值的层面，而更多的集中于其交换价值，于是，财富的观念随之产生。所有权产生的原始基因出现了。

第三，物的交换价值的排他性独占是所有权产生的主观条件或称经济条件。当交换以部落为单位进行时，交换的结果自然也就为部落成员共同享有。此时，私人所有权尚未产生，但它已经奠定了私人所有权产生的基础。随着分工的发展与家庭生活方式的形成，交换价值的私人排他性独占就历史地发生了。占有被早期的法学家认为是私有财产起源的根据，认为“先占”最初对于世人来说是一种排他性的但又只是暂时享有的权利。到后来，这种权利一方面保持其排他性，同时又具备永久性，占有物的交换价值的人把物看成是自己的财富而不是公共的财富。这在历史上虽然是一个自然演进的过程，但其间必定会产生激烈的暴力冲突。

第四，从自力救济向公力救济的发展是所有权产生的客观条件或称政治条件。在原始社会的公有被冲破、私有的主张被提出之时，可以想见，它必然会受到原始传统的顽强抵抗。因此，独占物的私人就要采取各种措施来设法保护其占有物的排他性，如修筑城堡、山寨等防御工程，雇用私人武装，私设监狱、公堂等暴力机关，以自力救济的方式来保护其私人财产。进而，各所有者为强化力量而结成共同体，直至联合成国家，用公共的暴力对私人所有权实施保护。其结果是，他们不仅以国家法律来确认私有权之合法性，而且用公力保护其神圣不可侵犯性。因此，在我看来，正是国家政权之诞生，才使所有权获得了法律上的正当地位；而国家政权之所以得以诞生，恰恰又正是为满足所有权保护之所需。国家政权与所有权这种互为表里的依存关系，就是我所

说的“政权是所有权的外壳，所有权是政权的内核”之含义。

所有权产生之后，自然就存在一个所有权如何实现的问题。结合罗马法，我在研究“所有权实现论”的过程中，发现所有权及其实现方式构筑了民法的财产权体系。所有权实现的法律结构有二：一是所有权人自己实现；二是由非所有权人实现。前者相对简单，它所要处理的无非是所有权人如何通过自己的意志来实现所有权各项价值的问题；后者则较为复杂。在以所有权为核心的民法财产体系中，正是基于非所有权人实现所有权这一法律结构，他物权（尤其是用益物权）、债权、股权、信托财产权等多种实现所有权的方式方得以权利的型态出现，其要旨即在于达到所有权人与非所有权人两利的目的。非所有人运用所有人的财产进行经营，获取收益，并对此收益在所有人与财产经营人之间进行合理的分配，令原所有人的财产增值，亦让所有人以经营的收益作为自己所有权的客体。可见，所有权是一切权利的典范，是万权之源。实现所有权乃是民事主体奋发的原动力之一。

本次研讨会集中在物权、债权两大制度的理论讨论，说明它们是民法的核心基础制度。有理由相信，本次研讨的成果对于我国物权法的制定、债法的完善以及民法典的研究皆具有非常重要的参考意义。进一步深入研究“罗马法·中国法与民法法典化”这一重大课题，是中国学者的一项历史性艰巨任务。这不仅是提升中国法学学术水平的需要，而且是提高中国法律质量的要求。在这一过程中，中国学者与世界各国学者的交流会在更广的范围和更深的层次上获得延续，使我们研究的成果更好地为中国人民和世界人民服务，使中国与世界各国在经济、法律、文化与教育等方面的合作更好地向前发展。

两次研讨会的顺利召开，是中国政法大学和罗马第二大学，中国政法大学罗马法研究中心和意大利罗马法传播研究组多年诚

信合作的结果。非常感谢桑德罗·斯奇巴尼教授在这一合作中的主导作用和卓越贡献；同时，我们亦对比萨大学阿尔多·贝杜奇教授和罗马第二大学朱塞佩·德拉奇纳（纪蔚民）博士多方面的贡献表示感谢。还需要特别致以谢意的是意大利国家科研委员会，该机构对于培养我国罗马法学者、出版《民法大全选译》和罗马法学家的名著、召开国际研讨会等各项活动提供了宝贵的资助。在我们与罗马第二大学的合作过程当中，中国政法大学的领导和中国法学界同仁的热情支持与帮助令我们深为感动。在该论文集的编辑过程中，黄凤、费安玲、丁玫、刘家安等人作出了巨大的贡献。而本书的英文目录则完全受惠于我校英语系陈延兵老师的鼎力相助，特在此一并致谢。另外，没有中国政法大学的硕士研究生和博士研究生为大会所作的大量工作，本次大会不可能获得如此圆满的成功。最后，感谢中国政法大学出版社对出版本书的大力支持。

杨振山

2001 年 10 月 16 日于北京

序 二

在江平教授、杨振山教授以及我本人的大力倡导下，第二届“罗马法、中国法与民法法典化（物权与债权）”国际研讨会在北京召开。此次大会是由中国政法大学的罗马法研究中心主办，并由意大利罗马第二大学（Tor Vergata）以及“罗马法研究传播组”协办的。大会召开时正值中华人民共和国的 50 华诞。为庆祝这一盛事并向同行们以及中国人民致敬，意大利代表团中包括了下列人士：司法部长奥利维埃罗·迪利伯托先生（Oliviero Diliberto，他同时还是罗马一大的罗马法教授）；驻最高法院总检察长安东尼·拉·托雷先生（Antonio La Torre，他也是罗马法方面的一个著名学者）；意大利宪法法院副院长凯撒·米拉拜利（Cesare Mirabelli，他同时还是罗马二大的教授）。由罗马二大组织的意大利代表团还包括了其他著名的意大利与非意大利学者。意大利的著名学者有：国家林琴科学院的著名民法学者皮埃尔·莱史纽（P. Rescigno）；国家大学委员会主席路伊吉·拉布鲁纳（L. Labruna）。非意大利籍的学者有：波恩大学的拉尔夫·克鲁泰尔（R. Knütel），开罗艾恩萨斯（Ain Sams）大学法律系的著名学者侯赛因·艾尔·艾瓦尼（Hossam El Ehwany）；海参崴远东国立大学法律系的著名学者谢夫乾科（A. S. Shevtchenko）；秘鲁天主教大学的埃尔韦拉·蒙德斯·张（Elvira Mendez Chang）。他们象征性地代表了罗马法构成其法律体系基础的四个地区。中方的与会代表包括司法部副部长刘飏、中国政法大学校长杨永林以及来自中国政

法大学、社会科学院和其他著名大学的众多学者。

1994 年的第一届大会对法典化问题作了特别的关注，而本届大会则直接把议题集中在两大领域。在我们开始大会的工作之时，合同法生效了。在该领域，中国的学者们正在进行学理和判例的积累，而我们也已将该法翻译成意大利文并已出版。类似合同法这样的法律构成了法律文化的一笔巨大的财富。这种法律文化将社会需求演绎成概念、原则与规则，并在不同的时期、地域对它们进行检验、优选和更新。合同法的基础是由罗马法确立的。罗马法学家们首先确立了以下合同法的核心原则：契约自由的原则；将客观的诚实信用原则作为具有约束力的正直的标准，并且使合同本身符合某个集体中两个正直之人之间的关系；公平原则；尊重社会道德和法律基础的原则。本届大会对上述议题进行了讨论。为施行合同法，需要探究其深刻的内涵和潜力。大会对罗马法所确立的合同法的基础的探讨对该法的施行是有益的。我们所选择的路径是：由该法到其罗马法基础；从这种基础及该法的条文到其适用，并关注实践需要及学术的一贯性。正是这种学术的一贯性确保了结论的得出、讨论和修正，保证了经常性地对法律的整合、改善。我非常想强调我们对合同法的条文的分析工作与这些年来我们的中国同事对罗马法法源的翻译工作之间的紧密联系。这些罗马法的法源看起来离我们已十分遥远，但是，如果人们能够超越这种表述方式上的差异而去寻求法律的概念和规则，那么就会发现实际情况并非如此。这些法源形成并提供了我们今天仍在使用的法律概念、仍在适用的法律规则的最初含义。它们是我们的法律制度的基石。这些被众多法学家研究过的概念和条文保证了学术的一贯性，是罗马法成为世界性法律的重要原因。它们在学术上的权威有助于建立可以达致公正目标的规则。今天，所谓的市场的全球化使公正的目标的实现面临挑战，

而罗马法在这方面却曾经发展出了诚实信用、平等、自由及尊重财产的原则。

物权方面的材料是相当复杂的。在欧洲，在过去的几个世纪里，罗马法中所包含的众多的物权类型因为反对中世纪的领主制度的缘故而被大大简化了。罗马法在“这是我的”和“市民法上的所有权”之间作出了许多替代性的规定。一方面，它直接表明“市民”是“人民的一部分”，前者以在后者中的地位为依据，使用并享有生产资料。在此情况下，法律以直接将生产资料归属与该市民的方式确认他的权利。另一方面，行省土地的所谓“行省所有权”实际上属于罗马人民所有，而不属于某个单一的“私人”所有（值得注意的是，罗马法的法源在此使用的是“私人的”，而非“市民的”一词）。以这样的权利构造为基础，罗马法后来又发育出了地役权、用益权、使用权、居住权、永佃权、地上权、质权及抵押权。罗马法上物权类型的多样化充分满足了各种不同的需求，而且这些物权类型有时甚至显得过剩了（并不是所有的法典都采纳了所有的类型）。尽管如此，物权的类型却仍然有可以被增加的可能性。关于这方面的论题（以及关于债的内容），在1994年的上一届大会我们已经讨论了一些重要的论文，其中包括公用物、占有的起源以及中国的第一个物权法草案等方面的内容。在本届大会上，中方学者的论文占了绝大多数。在一个需要冷静地加以规范的情势面前，这些论文所涉及的论题是开放的、丰富的和自由的。

对于中国政法大学为这本重要的论文集的编纂所做的工作，我要表达我的谢意。同时，我也要感谢意大利司法部对这项工作的参与。这样一本论文集的出版并非易事。为此，我也要向中国政法大学罗马法研究中心，向同事杨振山教授表示祝贺；向就职于罗马法研究中心、民商法教研室以及参与大会的组织工作和本

4 序 二

论文集的编纂工作的比较法研究所的丁玫、费安玲、黄凤、刘家安以及其他同仁表示祝贺。我们与上述所有这些同仁的合作进展得非常顺利。为庆祝我们之间的这种合作关系，在罗马我们向江平教授授予了荣誉法学博士学位，借以表达我们对于这位法学家、罗马法学者、法典化及法律的运作者的敬意。这本论文集的出版有助于拓展法学家之间的对话，使得那些未参加研讨会的学者也能参加到这项法学研究中来。法学研究乃实现正义之途，而对于正义的追求则可达致和平。

桑德罗·斯奇巴尼

2001年10月1日于罗马

(刘家安 译)

目 录

1	序一/杨振山
1	序二/桑德罗·斯奇巴尼
1	罗马物权法的精神和借鉴意义/张玉敏
14	罗马法财产权构造的形成机制及近代的演变/马俊驹 梅夏英
36	新物归属谁? /克努特尔 (Rolf Knütel) ——所有权原始取得: 当代法典中的古代法律思想
42	论物权变动的原因与结果的区分原则/孙宪忠
60	罗马法上的 Traditio、Stipulatio 与近现代私法上无因性概念 的形成/陈华彬
82	所有权概念分析/王 涌
114	论所有权观念的历史演进及其启示/李仁玉 陈 敦
143	罗马法的所有权制度及其历史沿革/林榕年 李利军
157	论所有权的限制/刘凯湘 张海峡
172	买卖中所有权保留之比较研究/余能斌 侯向磊
204	用益权: 解决所有权难题的一个思路/米 健 ——法律的比较研究
225	我国土地用益物权制度研究/陈 健

2 目 录

- 240 地上权：从罗马法到现行意大利民法典/阿尔多·贝杜奇
(Aldo Petrucci)
- 256 土地使用权是与土地所有权同等对待的土地
他物权/寇志新 王 璟
——兼与《“土地使用权”是独立的不动产权》等
文共同探究
- 280 从罗马法的土地分散利用体制看中国土地使用权制度设计
/高富平
- 299 取得时效制度若干问题探讨/刘保玉 钟淑健
- 342 论诚实信用原则在契约法中的推进/胡仕湘 赵冀韬
- 360 单纯合意即形成债：论罗马债法中的合意主义/鲁伊吉·拉
布鲁纳 (Luigi Labruna)
——从历史的足迹到中国债法之引人注目的演进
- 376 自然之债/恺撒·米拉拜利 (Cesare Mirabelli)
- 388 意大利民法典(债编)对罗马法的继受/安东尼·拉托雷
(Antonio La Torre)
- 417 台湾地区“民法”债编部分修正条文要论
(债各部分)/黄茂荣
- 462 后世私法对罗马法 Actio Pauliana 的继承及中国法上债权人
撤销权的构成/韩世远
- 491 保证人抗辩权及其罗马法溯源/费安玲
- 509 传统与变革：保证法律制度原理探析/杨玉熹
- 528 中国的新《合同法》、作为其基础的罗马法

	以及与罗马法系其他法典的联系/桑德罗·斯奇巴尼 (Sandro Schipani)
557	《中华人民共和国合同法》点评/皮埃尔·莱史纽 (Pietro Rescigno)
568	论格式条款订入合同的规则/苏号朋 ——兼评中国《合同法》第 39 条规定之不足
592	射幸契约与衍生金融工具交易/黄 风
608	承担违约责任的方式：从罗马法到现代法/丁 玫
630	无效保证合同的民事责任研究/李明发
641	知识产权基本理论范畴研究/吴汉东 ——以无体物、无形财产、无形财产权为主要研究对象
663	作为拉丁美洲一体化进程中统一因素的罗马法：对普通法的反思/埃尔维拉·门德斯·张 Elvira Mendez Chang

indice

Prefazione I (*Yang Zhenshan*) /1

Prefazione II (*Sandro Schipani*) /1

Lo spirito e l'esperienza dei diritti reali nel diritto romano (*Zhang Yumin*) /1

La formazione del sistema dei diritti reali nel diritto romano e la sua evoluzione moderna (*Ma Junju* , *Mei Xiaying*) /14

A chi appartiene la cosa nuova? Modi di acquisto a titolo delle proprietà'.
Concezioni antiche nei moderni (*Rolf Knütel*) /36

Sui principi di distinzione delle cause di modifica dei diritti reali dai conseguenti risultati (*Sun Xianzhong*) /42

“ Traditio ” e “ stipulatio ” nel diritto romano e la formazione del concetto di “ astrattezza ” nel diritto privato moderno e contemporaneo (*Chen Huabin*) /60

Analisi del concetto di proprietà' (*Wang Yong*) /82

Sull'evoluzione storica del concetto di proprietà' (*Li Renyu* , *Cheng Dun*) /114

Il sistema della proprietà' nel diritto romano e la sua evoluzione (*Lin Rong nian* , *Li Lijun*) /143