

WUQUAN FA

LIFAGUANNIAN

YU YINANZHIDU

PINGZHU

# 《物权法》

立法观念与疑难制度评注

江平 审定  
刘智慧 主编

凤凰出版传媒集团  
江苏人民出版社

W

WUQUAN FA

LIFAGUANNIAN  
YU YINANZHIDU  
PINGZHU

# 《物权法》

立法观念与疑难制度评注

江 平 审定  
刘智慧 主编

凤凰出版传媒集团  
江苏人民出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

《物权法》立法观念与疑难制度评注/刘智慧主编. —南京:江苏人民出版社,2007.4

ISBN 978-7-214-04593-5

I. 中... II. 江... III. 物权法—立法—研究—中国 IV. D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 042412 号

书 名 《物权法》立法观念与疑难制度评注  
主 编 刘智慧  
策划编辑 韩 鑫  
责任编辑 韩 鑫 朱 超  
出版发行 江苏人民出版社(南京中央路 165 号 210009)  
网 址 <http://www.book-wind.com>  
集团地址 凤凰出版传媒集团(南京中央路 165 号 210009)  
集团网址 凤凰出版传媒网 <http://www.ppm.cn>  
经 销 江苏省新华发行集团有限公司  
照 排 南京奥能制版有限公司  
印 刷 者 丹阳教育印刷厂  
开 本 960×1304 毫米 1/32  
印 张 10.625 插页 2  
字 数 290 千字  
版 次 2007 年 5 月第 1 版 2007 年 5 月第 1 次印刷  
标准书号 ISBN 978-7-214-04593-5  
定 价 25.00 元

(江苏人民出版社图书凡印装错误可向本社调换)

# 导 论

在我国,由于长期受计划经济体制的影响,物权法律制度缺失,使得合同法、担保法等法律也难以发挥其应有的作用,严重阻碍了社会主义市场经济法律体系的建立。因此,全国人民代表大会常务委员会于1994年将物权法列入立法规划,并于1998年正式成立“民法起草工作小组”,负责起草《物权法》和编纂《中国民法典》,由此拉开了物权法正式立法的序幕。我国《物权法》的制定经历了一个漫长而曲折的过程。2001年底,全国人大法制工作委员会完成了物权法草案的制定,其后又经反复斟酌讨论、征求意见和修改完善,在经历了2002年至2006年7次审议后,又于2007年3月提交第十届全国人民代表大会第五次会议审议并获得通过。然而,相对于《合同法》而言,《物权法》毕竟是一部技术性很强,也相对更为抽象的法律。“徒法不足以自行”,我们必须了解《物权法》的立法背景和立法中遇到的观念冲突,准确认识《物权法》通过的意义,并正确把握《物权法》中涉及的疑难制度的本质,才能真正做到让《物权法》掷地有声、落地生根,发挥其应有的作用。

## 一 《物权法》通过的意义

历经13载,2007年3月16日,中国《物权法》在社会各界的欢呼声中获得高票通过,将于2007年10月1日实施。《物权法》一共经历了8次审议,每一次审议都引起舆论的强烈关注,让普通民众也开始

对其中的一些专业法律概念津津乐道。《物权法》以传统物权法理论为基础并借鉴了各国或者地区物权制度的先进经验,同时吸收了我国改革开放以来有关物权的民事立法和民事审判实践经验,符合我国目前的国情。毋庸置疑,《物权法》的制定和通过是我国法制进程中的一个里程碑。伴随着《物权法》的通过,与老百姓的社会生活密切相关的物权制度体系得以确立,我国法治建设的步伐又迈入一个新的历史阶段。

物权法是调整民事主体对客体进行占有、支配和利用的法律规则的总称,是现代民法的重要组成部分。其通过的意义至少可以归结为下列几个方面:

首先,物权法是我国社会主义市场经济的法制基础,其通过有利于我国立法体系的完善。宪法确立了所有权的保护和负有一定社会义务的原则,但其实现需要下位法予以具体化和明确化。物权法规定了所有权等物权的效力、变动规则以及相应的限制条件,这正是从宪法原则迈向制度建构的重要手段。物权法通过确认财产的占有、归属和利用关系,维护了社会平和,促进了财产的合理与有效利用,刺激了财富的创造和积累,与合同法共同构成了我国社会主义市场经济法律体系的重要支柱。

其次,物权法为权利的保障提供了有效途径,适应了司法实践的需求。物权具有绝对性和直接支配性,具有排他效力、优先效力,是一项重要的财产权利。对于实践中出现的大量物权纠纷,需要法律提供解决方案。《物权法》的通过为该项权利提供了有效的法律救济途径,可以起到定纷止争、促进社会和谐发展的作用。

第三,《物权法》的制定也适应了国际交往的需要。随着世界经济一体化的发展,我国也在积极地进行自我调整。物权法保证了市场主体能够对其财产享有完整的所有权,从而创造良好的投融资环境,使市场机制的作用充分发挥。此外,物权法规定各种用益物权,实现“物尽其用,财尽其值”;通过规定各种担保物权,充分提供融资渠道,并适应国际金融一体化的需要。

## 二 《物权法》中的重大立法观念

对物权法立法观念的考察与分析是我们探索物权法中具体制度的适用理念以及把握未来发展趋势的重要途径。本书第1章和第2章的安排旨在集中探讨我国《物权法》中所体现的立法观念。《物权法》是迄今为止我国立法史上经过审议次数最多的一部法律。在《物权法》的起草和审议过程中,立法机关采取了专家论证、全民征求意见以及立法调研等各种方式,使人民群众能够广泛参与到《物权法》的制定过程中,这表明了我国的立法进程更加科学化和民主化。也正是在这一过程中,各种观念冲突也显露无疑。从某种意义上看,《物权法》的被“叫停”风波即是观念冲突的重要产物之一。

在这一部分中,作者首先对罗马法、日耳曼法以及世界各主要国家或者地区的物权立法历程、社会背景和立法观念进行考证,以挖掘某些具体制度的历史根源,阐释中国物权立法的现实意义和可行性条件。在此基础上,作者对我国物权立法过程中令人瞩目的一个现象,即全民征求意见所体现出来的民主化给予肯定。紧接着,以物法定原则为中心阐明了物权的性质,展示了物权法中贯彻私法自治理念的表现。在对物权法的具体功能展开探讨时,作者主要就具体物权制度中所体现出来的物权法适用理念进行剖析。虽然目前《物权法》中善意取得等具体制度的设置,已经在一定程度上体现出该法对于保障交易安全、提高交易效率、降低交易成本、物尽其用等理念的追求,但仍然没有达到民法学家们的预期。不过,《物权法》中对合法财产一体保护这一重要的价值判断的坚持,使得该法最终走上了正确的方向。我们应该相信,在这一正确方向的指引下,通过社会各界的努力,《物权法》的完善就是一件可预期的事情。对《物权法》的完善离不开对物权法未来发展趋势的追寻,比如,对土地法律关系稳定的保护、对群体关系的明晰、财产担保手段的扩展等,无不与物权法的发展趋势相关。所以,在这一部分的最后,作者对物权法的发展趋势作了预测性分析。

### 三 物权立法中的疑难制度

如果说本书对于现有法律制度的诠释是旨在给司法者提供更加精致的执法标准的话,那么,对于那些在《物权法》审议稿出现过,但因为各界尚未达成一致认识而未能体现在现行立法中的制度,以及对于那些虽然已经在现行法中有所体现,但属于探路式的浅尝辄止的制度,本书的阐释则是致力于今后的物权立法完善尽微薄之力。这一目的的达致作者寄希望于本书的第3章和第4章。

我国《物权法》第5条恪守了传统物权法上的物权法定原则。法律规定物权的类型实际上是对人们利用财产形式的法律认可。在物权法定原则的背景下,物权种类相对固定,人们不能像创设债权那样在物权体系之外任意创设新的物权类型。由于一个国家法律中规定的物权种类会(而且也应当)随着社会的发展和实际生活的需要而发展、变化,再加上物权与债权划分中的模糊状态,在法律上确认哪些权利为物权以及如何对这些类型进行梳理,无论是在理论上还是立法上,均不是一件容易的事。本书第3章旨在就《物权法》中对于用益物权、担保物权的具体类型的取舍,以及准物权在物权法体系中的地位进行理论评注。通过对物权类型选择基础的分析,作者发现:随着物权种类和适用范围的扩张,相应地可以带来权利社会功能的转换和扩展。在物权法定主义的背景下,法律需要尽可能多地规定物权的种类,以便为人们利用财产提供多种可选择的形式。这种转换和扩展不仅有利于法律获得更大的技术上的灵活性和适应性,而且也能够进一步满足人们利用财产的形式上的多样性需求,更好地贯彻权利人的意志,体现私法自治之特质。

在《物权法》的制定过程中,无论是在学者们发表的著作、论文中,还是在立法机关主持的立法研讨会上,有那么几个问题似乎是每一次的讨论都难以绕开的。本书第4章在这些问题中选取了物权变动模式、建筑物区分所有权、取得时效制度以及占有4个讨论对象,运用比

较法的方法进行分析。本章选取它们,旨在提示其在物权法理论、立法以及实践中的重要性。

#### 四 物权法司法实践中的难题

《物权法》通过了,作为司法者,不仅要准确把握物权立法的精神,而且还要对物权法中的具体制度有足够的理解,这样才能使《物权法》在司法中真正发挥其定纷止争、物尽其用的价值。但是,《物权法》中有一些原则性的规定,仍然需要在理论上作出科学的回答。本书第5章即旨在对某些具体制度予以前瞻性分析,试图对司法实践有所指引。具体而言,该章选取了在物权法司法实践中可能会遇到的难题,归纳了十个司法实践中典型的案例进行了深入研究,即对于有价证券的转让与权属、优先购买权、遗失物和盗赃物的善意取得、拆迁协议与土地使用权归属、抵押标的物、抵押权的“次序升进主义”与“次序固定主义”、担保物权与用益物权并存时的效力、物的担保与人的担保并存时的权利行使、准物权、占有的效力十个问题,在案情简介和审理意见的基础上进行了理论评析。

**刘智慧**

2007年3月28日于北京



# 目 录

导 论 .....	1
<b>第一章 中外物权立法历程及社会背景综述 .....</b>	<b>1</b>
【本章导引】 .....	1
一 大陆法系国家和地区物权立法历程及社会背景考察 .....	2
二 中国大陆物权立法历程及社会背景考察 .....	15
<b>第二章 中外物权法观念透视 .....</b>	<b>49</b>
【本章导引】 .....	49
一 物权概念从否定到肯定再到全民征求意见——民主化 与科学化 .....	50
二 物权法的性质论——以物权法定原则为中心 .....	56
三 物权法的功能论 .....	70
四 对物权法观念发展趋势的分析 .....	97
<b>第三章 中国物权法体系构造考量 .....</b>	<b>103</b>
【本章导引】 .....	103
一 物权法的定位 .....	104
二 关于用益物权的类型 .....	117
三 关于担保物权的类型 .....	152

---

四 关于准物权 .....	197
<b>第四章 关于《物权法》中几个疑难制度的讨论 .....</b>	<b>205</b>
<b>【本章导引】 .....</b>	<b>205</b>
一 物权变动模式的选择 .....	206
二 取得时效制度问题 .....	217
三 建筑物区分所有权问题 .....	226
四 占有问题 .....	238
<b>第五章 模拟案例分析 .....</b>	<b>249</b>
一 有价证券的转让与权属 .....	249
二 优先购买权问题 .....	254
三 遗失物、盗赃物是否可善意取得 .....	259
四 拆迁协议与土地使用权归属 .....	265
五 用益物权可否作为抵押物 .....	270
六 抵押权的“次序升进主义”与“次序固定主义” .....	275
七 他物权并存时的效力冲突 .....	280
八 物保与人保并存时的权利行使问题 .....	285
九 准物权问题 .....	291
十 占有的效力问题 .....	295
<b>附 录 中华人民共和国物权法 .....</b>	<b>299</b>
<b>后 记 .....</b>	<b>328</b>

# 第一章 中外物权立法历程及社会背景综述

## 【本章导引】

在我国《物权法》的制定过程中,无论是立法机关还是物权法研究者,对各国或者地区的物权立法例进行考察是其中一个重要任务,有学者甚至在其建议稿的每一个条文后面都列出域外典型立法例,这一环节之重要性可见一斑。虽然物权立法总是根植于特定社会的法律制度,但其同时也受着政治、经济和文化等因素的强烈影响,所以物权法也是随着一国社会政治、经济、文化的变迁而不断发生变迁的法律,与特定的社会基础相吻合。这一特点决定了一国的物权立法历程与其社会背景密不可分,对于物权制度的研究也就必须置于当时特定的社会背景中。正是基于上述两个原因,本书开篇便对中外物权立法历程及社会背景进行考察,作为总结物权立法规律、探索物权立法趋势的重要基础。此外,如德国学者拉伦茨所言,每一种学问都必须采用一定的方法,或者遵循特定的方式来回答其所提出的问题,而法学为一种以某个特定的、在历史中逐渐形成的法秩序为基础及界限,借以探求法律问题之答案的学问,<sup>①</sup>因为物权制度的起源可以追溯到古罗马法和日耳曼法,其中体现的物权观念以及所规定的具体制度对后世产生了深远的影响。<sup>②</sup> 所以,在对各国或者地区的物权立法历程进行

---

① 参见[德]Karl Larenz《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第2页。

② 虽然物权制度产生于罗马法,但是物权一词,却是由中世纪注释法学派提出的。法律上正式使用“物权”一词始于1811年《奥地利民法典》(可参见[意]朱塞佩·格罗索《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第122页)。对此,可参见本书“物权概念的基本界定”部分。

考察之前,作者先对罗马法与日耳曼法上的物权观念进行了分析。

## 一 大陆法系国家和地区物权立法历程及社会背景考察

### (一) 罗马法与日耳曼法的物权观念

#### 1. 出现在古罗马法与日耳曼法中的几个基础概念

(1) 罗马法的物权观念。在《法学阶梯》的分类中,第二部分涉及的是物(res)。在法学家看来,物(res)既可以指某一物质客体,例如一块土地、一张桌子;也可以指抽象的物,例如一项债务、一项通行权。这两种类型的物的共同要素是都具有经济价值,盖尤斯和优士丁尼就是从这种最为广泛的意义上讨论物法的(包括了所有可以用货币加以估算的权利),因此排除了产生于人法的权利。盖尤斯将物法再分类为财物(狭义物)法、继承法、债法,这种划分为优士丁尼所保留,并成为民法法系最富有特色的体系之一。<sup>①</sup>由此可见,古罗马法的物法包括了“物权法”的实质内容,但不限于“物权法”。概括而言,罗马人所承认的物权形式或种类主要有所有权、役权(地役权、人役权)、永佃权、地上权、质权和抵押权。此外,还包括那些必须依赖于某一物权关系的义务,比如相邻义务、缴纳永佃租金的义务等等,以及那些法律将其归入物权来加以保障的、行使权利的事实状态,这种事实状态同所有权相对应时叫做“占有(possessio)”,同其他权利相对应时则称为“准占有(quasi possessio)”或“权利占有(iuris possessio)”。了解罗马法的物权观念必须对出现在罗马法中的下列概念或者概念之间的关系有所认识。

一是特定意义上的物的概念。在具体的和特定的意义上(即与物

<sup>①</sup> 参见[英]巴里·尼古拉斯《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2002年版,第100页。

权相联系),罗马法上“物(res)”的概念仅是指外部世界的某一有限部分,它在社会意识中是孤立的并被视为一个自在的经济实体。罗马法上物权的标的只能是这种意义上的物,即可明显感知的实体的物,罗马人称它为“物体(corpus)”。<sup>①</sup>在罗马法中,根据不同的标准,对“物”进行了不同的分类。比如,“物”可以分为不可动物与可动物,一方面因为前者内在的重要性,另一方面也因为前者显然是不能移动的,例如土地、建筑物等。在《十二表法》中,规定对不可动物(res immobiles)的取得时效(usucapio)为2年,对可动物(res mobiles)的取得时效取得则为1年。需要说明的是,在罗马法中,不可动物与可动物的区分不具有非常重要的地位。在英国法中,这种区分表现为“不动产(real)”和“动产(personal)”之间的区别,它有着核心的地位。<sup>②</sup>再如,“物”还可以分为要式物与略式物,这是罗马法上特有的分类。要式物包括奴隶、牲畜、驮畜、一定的土地和针对上述土地的乡村地役权;所有其他的物则是略式物。按照市民法的规则,对于要式物只能通过要式买卖(mancipatio)或者拟诉弃权(in iure cessio)的方式加以转让,简单的交付不足以使所有权的转移成立。到共和国后期,裁判官允许以让渡方式获得要式物的人享有几乎所有的实质性权利,它后来名存实亡,最终被优士丁尼所废除。此外,还有一种重要的区分,即将“物”分为有形物与无形物。这种区分的实践意义在于:无形物不能被占有,因为占有的实质性条件为实际持有,因而无形物既不能通过时效取得(usucapio),也不能通过让渡(traditio)来转让。

二是对于所有权与占有的关系。在罗马法的财物法中,最基本的划分就是所有权与占有之间的区分。正如罗马法学家乌尔比安所言,“所有权与占有毫无共同之处”。其中,所有权是最重要和广泛的权利。从大部分情况看,占有是享有所有权的基础,因此有形的略式物通过占有的转移来转让,并且通过时效取得(usucapio)获得的权利也

<sup>①</sup> 参见[意]彼德罗·彭梵得《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1998年版,第183页。

<sup>②</sup> 参见[英]巴里·尼古拉斯《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2002年版,第108-109页。

同样依赖于占有。从性质上看,所有权是所有人对所有物的绝对的、全面的支配权,是具有排他性的完全物权,因而奉行一物一权主义。从效力方面看,所有权具有“弹性性”或“归一力”,即其权能可以与所有权发生分离,但这种分离是暂时的,分离出去的权能最终要回复于所有权,使所有权回复到圆满、完全状态。所有权的分割仅指量的分割,即在共有情况下允许数个共有人共同享有一个所有权,对该所有权可以进行分割,但分割前、后的所有权性质与效力不发生变化。从所有权与在其上设定的其他物权的关系方面看,其他物权尤其是役权是从属的权利,它们只能在已属某人所有的物上产生。罗马人称它们为“*iura*(权利)”或“*iura in re*(对物的权利)”,现代人称其为“他物权(*iura in re aliena*)”。从取得方式上看,市民法和万民法的规定有所不同,依市民法有拟诉弃权、买卖、时效、赠与、分配和法定取得等方式;依万民法则有先占、添附、加工、埋藏物发掘、孳息和引渡取得等方式。从诉讼保护方式看,对所有权的保护有返还所有物之诉、禁止妨害之诉和“普保利斯之诉”<sup>①</sup>等。

三是对物诉讼与对人诉讼。如前所述,古罗马法虽然包含了物权的实质内容,但并未提出物权的抽象概念。在罗马法中,有“对物之诉”与“对人之诉”的区别。一个人的财产既可以表现为物,也可以表现为债,财物和债之间的区别主要在于前者是拥有,而后者是应当拥有,这种区别适用于诉讼后被罗马法学家表述为“对物(*in rem*)之诉”和“对人(*in personam*)之诉”。其中,对物诉讼维护的是人与物之间的关系;对人诉讼维护的则是人与人之间的关系。显然,争议不可能发生在人与物之间,因此在对物之诉中也必须有被告,但被告的出现不是因为被认为对原告负有义务,而是因为它正在采取某些行为否认原告所主张的权利。在要求返还所有物之诉中,被告通过对被要求返还之物的占有来否认原告的所有权。典型的对物之诉是“要求返还所有物之诉(*rei vindicatio*)”,在这种诉讼中,原告主张某一物品归自己所

<sup>①</sup> “普保利斯之诉”是以取得时效为基础,根据引渡出卖物的抗辩而设置的一种特殊诉讼。可参见由嵘《外国法制史》,北京大学出版社2001年版,第52页。

有。最简单的对人之诉是“请求给付之诉(*condictio*)”,在这种诉讼中,原告主张被告应当向自己给付一笔钱款或者某一物品。由此可见,罗马人是从诉讼的角度而不是权利的角度考虑问题,但实际上,前一种诉讼是在主张针对某物的权利,后一种诉讼则是在主张针对某人的权利,这也正是物权和债权划分的基础。

(2) 日耳曼法的物权观念。有学者在分析世界文明史的发展历程时提出,“就在基督教从内部征服罗马帝国的同时,日耳曼蛮族部落正从外部威胁着罗马帝国”。<sup>①</sup> 公元5世纪初,在西罗马帝国的废墟上建立起来的东哥特、西哥特、法兰克、汪达尔和勃艮第等日耳曼王国,大多数是直接来自原始社会转向封建制国家,仍然保留着大量的习惯法。经过几个世纪的交往与融合,日耳曼习惯法经罗马法学家和基督教僧侣的改造,欧洲大陆出现了众多“蛮族法典”,如《尤列克法典》、《耿多伯德法典》、《萨克森法典》、《巴伐利亚法典》和《萨利克法典》等;在不列颠也有盎格鲁·萨克森人颁布的《埃塞伯特法典》、《伊尼法典》和《阿尔弗特列法典》等。这些法律对财产的规定,大多带有日耳曼法的特征——团体主义。这种特征对整个欧洲大陆封建时代都有重大影响,并通过罗马法直接影响到我们今天的生活。<sup>②</sup> 概括而言,在日耳曼法中,所有权和他物权都称为“*Gewere*”,地上权、地役权、永佃权等他物权不是作为与所有权性质相异的物权,而是作为所有权的一部分,是所有权权能的表现形式。了解日耳曼法的物权观念必须对出现在日耳曼法中的下列基础概念或者概念之间的关系有所认识。

一是财产。日耳曼法中只有关于“财产”的笼统概念而没有“物”的抽象概念,并且承认财产作为客观存在具有单独的价值和意义。所谓“财产”,是指由过去、现在和将来存在的众多的权利和法律关系构成的单一体。一般认为,构成财产的权利或法律关系必须具有金钱的价值;财产也包括债务,这是一种消极的财产;财产结合的契机在于

<sup>①</sup> [美]菲利普·李·拉而夫、罗伯特·E·勒纳、斯坦迪什·米查姆、爱德华·伯恩斯:《世界文明史》(上卷),赵丰等译,商务印书馆1998年版,第387页。

<sup>②</sup> 参见易继明《论日耳曼财产法团体主义特征》,载于中国法学网。

人;财产具有单一的存在性和同一性。<sup>①</sup>财产按其目的可以分为一般财产(指人们为一般生活目的而存在的财产总称)、结合财产(指继承人自己的财产与继承的财产的结合体)、部分财产(指一般目的之外,依特别目的而结合的财产,如破产财团清算财产)、独立财产(指以独立的目的结合的,从一般财产中独立出来的财产,一般适用特别法规)、集合财产(指为特殊目的归属于众多主体的财产的一部分结合而为一财产,如合伙财产)。

二是所有权与占有。日耳曼法中不区分占有与所有权,只有惟一的支配权(Gewere)制度,Gewere 不仅仅是指占有,而且代表了对财产的一种总的拥有的事实状态。通常情况下,Gewere 不是从本权分离出来的独立的并与本权相对的占有,而是在其背后设定了本权、表现本权的占有。而且如果把 Gewere 视为本权的话,那也不是从本权中分离出来的赤裸的本权,而是带有对物进行事实上的支配的外衣的本权,因此说它是占有,它就是占有,说它是本权,它也是本权,在 Gewere 之诉以外不存在本权诉讼或者占有之诉。日耳曼法上最有特点的是其“双重所有权”制度,即将同一土地的所有权分为“上级所有权”(拉丁文为“dominium directum”)和“下级所有权”(或称“利用所有权”,拉丁文为“dominium utile”)两种,它们分别代表领主(或地主)对土地的管领权、处分权和耕作人对土地的使用权、收益权,主体身份地位不同,享有所有权的性质和范围也不相同,带有浓厚的封建主义特征。亨利·梅因曾经指出:“封建时代概念的主要特点,是它承认一个双重所有权,即封建地主所有的高级所有权以及同时存在的佃农的低级财产权或地权。”<sup>②</sup>

## 2. 罗马法与日耳曼法物权观念的差异及影响

罗马法和日耳曼法源于各自不同的民族传统和习俗,有着不同的经济发展水平、民族起源史乃至种族起源史,从上述对出现在罗马法与日耳曼法的几个基础概念来看,两者有着不同的物权观念,大致可

<sup>①</sup> 参见[日]石田文次郎《财产法中动的理论》,严松堂书店1942年版,第40-42页。

<sup>②</sup> [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1997版,第167页。



以概括为下列四个方面：

(1) 对物和财产有不同的理解。罗马法原则上不承认独立的财产概念,作为财产在法律上进行特别处理的只是例外情况。所有的财产都是家长的权利,本身不具有独立的价值,而是融入了家长的人格属性。所以说罗马法以人中心,所有的权利都归结为人,<sup>①</sup>因此,在每笔财产上只能成立一个权利,即所谓“一物一权主义”。而日耳曼法没有权利主体和客体的一般概念,承认财产作为客观存在具有单独的价值和意义,并且以财产为中心,所有的权利归结为财产,人只不过是作为财产管理人而行为的。因此,在集合物、集合财产上可以成立一个权利。这也正是后世法人制度,尤其是财团法人出现的理论依据。

(2) 对于所有权和占有的关系的认识不同。罗马法以所有为中心,认为对于财产的全面支配是一种具有弹力性的所有权,而对于财产の利用,是利用人对于财产的一种抽象的支配权,对财产的全面支配和一面支配的差异是质的差异。罗马法区分所有与占有,将对物的支配权与表现该支配权的占有(Possessio)进行严格区别,占有与本权是各自独立存在的;而日耳曼法以利用为中心,对物的每一种利用权都是一种独立的权利,对于特定财产的全面支配则是各种利用权的集合,对财产的全面支配和一面支配的差异是量的差异。此外,在日耳曼法中,因为不区分所有与占有,对于物的利用权的变动、支配权的变动,均伴有对于物的占有(Gewere)的变动。物的占有的变动,也就意味着对于物的利用权、支配权的变动,两者是结合在一起的。

(3) 有不同的权利体系支撑。罗马法中存在完整的财产权权利体系,如所有权、他物权(用益物权、担保物权等)和准物权(或称类物权)等;而在日耳曼法中,所有权和他物权都称为“Gewere”,地上权、地役权、永佃权等他物权不是与所有权性质相异的物权,而是属于所有权的一部分,是所有权权能的一个表现形式。

(4) 思想背景不同。罗马法反映了“个人主义”思想,认为物权是

---

<sup>①</sup> 从这个意义上可以认为,法国《民法典》的体例安排、总体财产理论等方面均体现出其继承罗马法而比德国《民法典》更加彻底的特点。