

# 物权法要义

陈华彬作品系列

THE ESSENCE  
OF REAL RIGHT LAW

陈 华 彬 著



中国政法大学出版社

# 物权法要义

陈 华 彬 著

THE ESSENCE  
OF  
REAL RIGHT LAW

陈华彬作品系列



中国政法大学出版社

2018·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

物权法要义/陈华彬著. —北京:中国政法大学出版社, 2018. 10  
ISBN 978-7-5620-8688-8

I. ①物… II. ①陈… III. ①物权法—研究 IV. ①D913. 204

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第239166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 010-58908437(编辑室) 58908334(邮购部)  
承 印 北京中科印刷有限公司  
开 本 720mm × 960mm 1/16  
印 张 43.25  
字 数 680 千字  
版 次 2018 年 10 月第 1 版  
印 次 2018 年 10 月第 1 次印刷  
定 价 160.00 元



## 序

这本书，上起古罗马、古日耳曼时代，下迄当今之世，其所论述的范围，是大陆法系主要国家的物权制度。

30年前我考上西南政法学院（现今的西南政法大学）民法研究生，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，攻读民法博士学位。1994年7月以后，留在中国社会科学院法学研究所民法研究室继续从事学术研究。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1995年出版了《现代建筑物区分所有权制度研究》、1998年出版了《物权法原理》。往后，在参与《中华人民共和国物权法草案建议稿》（中国社会科学院）之起草的同时，也研习古罗马、古日耳曼时代及其以降的德国、日本、瑞士等大陆法系主要国家的物权制度，将研究所得汇编成书，是为本书。

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定行为的债权，为期更早。不过，在人类的开天辟地时代，是无所谓有对物的权利的。当此之时，鸿蒙未辟，宇宙洪荒，海洋在隆起，陆地在沉沦，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（翦伯赞语）。往后，复经过一段深长的时期，人类在共同的生产生活中萌生了对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及当代民法的物权制度与物权观念的端绪。对于罗马法、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。

如所周知，近现代及当代意义的物权法及其系统的建立，是以1896年制定、公布的《德国民法典》设专编规定物权制度为其嚆矢的。在这以前，虽然《奥地利普通民法典》（1811年）已然规定了物权概念，但其涵义与《德国民法典》所指称的物权概念绝不可同日而语，等量齐观。《德国民法典》对物权法缜密而系统的规定肇开近现代及当代物权法的先河。《德国民法典》由此而成为后世各国或地区物权立法的先声和母法。而《德国民法典》物权法，其制度史上的源流，自远处说源自于日耳曼法，从近处或从直接的方面说，则主要来源于普鲁士法中的物权法（尤其是它的不动产物权法）。也就是说，普鲁士物权法，乃是《德国民法典》物权法的母法。正因为如此，本书自一开始即研究日耳曼法的物权制度与物权观念，然后于有关章节中研究直接成为《德国民法典》不动产物权制度的立法蓝本和立法成例的普鲁士物权法，如1872年《普鲁士土地所有权取得法》中的不动产登记制度、所有人抵押权、登记的形式审查主义等。此点为本书的一个特色（一般的物权法著作很少涉及普鲁士物权法）。本书研究了《德国民法典》中的各项物权制度，涵括物权契约概念的肇源、确立与演进、不动产相邻关系、用益物权、债权担保权、德国不动产担保权由保全抵押权而流通抵押权的演进历程、不动产登记制度、所有人抵押权及占有制度等。作为对德国物权法研究的补充，本书的附录一和附录二附有“潘德克吞体系的肇源、确立与演进”及“19、20世纪的德国民法学说史”二文。通过此二文，我们可以于更加广阔的视野上纵览19世纪以降德国民法学的发展全貌。

瑞士是现当代大陆法系的一个重要国家，其民法系统属于德国民法支流。《瑞士民法典》作为20世纪潘德克吞法学的第二大法典，对各国家或地区民法典的制定产生了重要影响。该法典规定的不动产担保权制度颇具特色，故设专章研究。此外，作者还对《瑞士民法典》中的不动产相邻关系、不动产登记制度以及该法典是否承认有独立的物权行为等作了研究。同样，作为对瑞士物权法研究的补充，于附录三中附有“瑞士民法典的制定（统一）及其特色”一文。通过该文，我们可以更加全面地了解《瑞士民法典》与瑞士物权法的情况。

《日本民法》中的物权法主要是参考《法国民法典》的财产法而制定的，如

物权变动采意思主义等，即是直接来源于法国民法。当然，它的某些物权制度也是本国传统的、固有法上的制度，譬如入会权、永小作权（永佃权）等。本书对日本物权制度的研究涵括：《日本民法》中的物权总则、用益物权、占有权、债权罹于消灭时效时担保物权的效力等。

罗马法时期虽然没有近现代及当代意义的物权概念，但存在各种物权学说，尤其是罗马法学家的法言。在民法学说史上，对于一方怀抱赠与的意思交付标的物，而对方却误为消费借贷受领标的物时，标的物的所有权是否移转，乌尔比安与尤里安形成了对立的意见：乌尔比安认为所有权不移转，而尤里安认为所有权移转。前者称为所有权移转的“有因性说”，后者称为“无因性说”。本书考量了19世纪德国普通法学（者）围绕所有权是否移转而对尤里安和乌尔比安的法言进行有因性解读或无因性解读的情况。

物权行为、物权契约、物权行为独立性及物权行为无因性等概念，主要是20世纪90年代中期以降在我国民法学界流布开来的。这些概念皆源自于德国。在我国民法学界，一时间，曾有学者积极主张立法上采用这些概念和制度，但我国2007年通过的《物权法》从中国的实际出发，科学地拒绝了这一主张。但是，作为科学的民法学，无论出于纯粹的学术兴趣，抑或本着追根溯源的旨趣，对德国民法上的这些概念和制度进行研究始终是必要的、不可或缺的，这也是一个科学工作者应有的责任。尤其是为了使我国民法学界了解这些概念和制度的真实情况，我们更有必要对这些概念和制度进行翔实和科学的研究。为此，本书分设三章对德国民法上的此等概念和制度进行研究，即第三章“19世纪德国普通法学围绕所有权移转对尤里安与乌尔比安法言的解读”、第四章“物权契约概念的肇源、确立与演变脉络”及第五章“罗马法的交付、问答契约与私法上无因性概念的确立”。并且，在本书的附录四中附有“论基于法律行为的物权变动——物权行为与无因性理论研究”一文。该文发表于《民商法论丛》第6卷（1997年4月），时值德国民法的前述概念传播到我国，并有人士极力主张在我国民法上采取这些概念和制度。21年过去了，此文依据的材料与表述的观点丝毫未过时，反而在今天更加证实了其正确，其有力，其科学！

大陆法系各国的物权法，尤其是德国和瑞士的物权法，其源流、传统纷繁复

杂，盘根错节，加之有封建的因素掺杂其间（主要指德国物权法），所以它尽管逻辑严谨、概念精确、规定细密，但相应地也就有复杂烦冗、一般人难懂的缺点。另外，一个国家的法律制度总带有各自民族的特色，德国、瑞士物权法中有许多规定是该国传统的东西，如土地债务、定期土地债务、指名证券土地债务、土地的产物负担（“物上负担”）、地租证券、抵押债务证券、土地抵押证券（登记担保权）等，我们很不熟悉，有时甚至难以理解，而且这些制度也涉及物权法以外的其他法域，如债法、证券法、票据法等，这就更增添了我们对它们理解的困难。这是研究德国、瑞士这些国家的物权法时不可避免的。

本书是我从事民法学术研究以来撰写的一部主要以域外物权法为研究对象的著作。本书中的德语法律术语、拉丁文法律术语、德国学者的德语人名、德国学者的德文著述的名称，大多出自于各章节所参考、依据的日本学者的著述。但愿我的这部著作能为民法学者、法律史学者、教员、法科学生等研究物权法、讲授物权法、学习物权法提供参考和助益！

以上所述，是为序！

陈华彬

二〇一八年十月十八日

序 ..... 001

第一章 德国物权法的肇源、发展脉络与基本状况 ..... 001

第一节 日耳曼法中的物权制度与物权观念（公元5世纪至  
9世纪） ..... 001

一、日耳曼法概要 ..... 001

二、古日耳曼的土地制度概要 ..... 004

三、土地总有权制度 ..... 008

四、日耳曼法的占有（Gewere） ..... 009

五、日耳曼法的所有权观念 ..... 014

第二节 中世纪（Mittelalter）时期的物权制度与物权  
观念 ..... 017

第三节 中世纪以降至1896年《德国民法典》制定前的  
物权制度与物权观念 ..... 020

一、1794年《普鲁士普通邦法》与1811年《奥地利普通  
民法典》 ..... 021

二、德意志同盟时代 .....	022
三、北德意志联邦、德意志帝国的立法与《德国民法典》的制定：德国形式意义的物权法的形成 .....	023
<b>第四节 《德国民法典》物权编的系统构造与特色 .....</b>	<b>024</b>
一、《德国民法典》物权编的系统构造 .....	024
二、物权限定原则（物权法定原则）与物权的类型系统 .....	025
三、物权编系统构造上的特色 .....	028
<b>第五节 德国物权法的特性 .....</b>	<b>031</b>
一、资本主义的特性 .....	031
二、物权法的封建色彩 .....	033
三、非个人主义与非资本主义的倾向 .....	034
<b>第二章 日本与德国民法典的物权总则 .....</b>	<b>037</b>
<b>第一节 《日本民法》的物权总则 .....</b>	<b>037</b>
一、概要 .....	037
二、基于法律行为的物权变动采意思主义 .....	047
三、物权变动的公示（对抗要件） .....	051
<b>第二节 《德国民法典》的物权总则（一） .....</b>	<b>059</b>
一、概要 .....	059
二、基于法律行为的物权变动 .....	061
三、物权的推定 .....	072
<b>第三节 《德国民法典》的物权总则（二） .....</b>	<b>073</b>
一、物权的善意取得 .....	073
二、物权的顺位 .....	078
三、物权的混同 .....	079

### 第三章 19 世纪德国普通法学围绕所有权移转对尤里安与 乌尔比安法言的解读 | 081

- 第一节 关于物权行为独立性的罗马法法言的解释论 ..... 083
- 一、格鲁克的解读 ..... 083
- 二、萨维尼的解读 ..... 085
- 三、普赫塔的解读 ..... 093
- 第二节 围绕所有权移转对尤里安法言的无因性解读 ..... 101
- 一、格鲁克的解读 ..... 101
- 二、萨维尼的解读 ..... 104
- 三、普赫塔的解读 ..... 108
- 第三节 不当得利的返还请求权与所有权移转的无因性 ..... 110
- 第四节 围绕所有权的移转对尤里安法言的有因性解读 ..... 112
- 第五节 结 语 ..... 117

### 第四章 物权契约概念的肇源、确立与演变脉络 | 121

- 第一节 萨维尼《当代罗马法体系》与《债权法》问世以前的  
物权契约思想 ..... 122
- 第二节 《当代罗马法体系》《债权法》与物权契约理论 ..... 130
- 一、《当代罗马法体系》《债权法》与物权契约理论的公表 ..... 130
- 二、萨维尼物权契约理论与 17、18 世纪启蒙时代自然法  
学者的物权契约思想 ..... 131
- 三、萨维尼物权契约理论的影响 ..... 132
- 第三节 1872 年《普鲁士土地所有权取得法》与物权契约和无因  
性理论 ..... 134
- 第四节 《德国民法典》的制定与物权契约和无因性  
理论 ..... 136
- 一、莱茵霍尔德·约霍夫起草的“德国民法典物权编草案” ..... 136
- 二、《德国民法典第一草案》中的物权契约 ..... 137

三、《德国民法典第二草案》与物权契约和无因性理论 ..... 148

四、《德国民法典》 ..... 151

第五节 《德国民法典》施行后物权契约理论的演变脉络或  
轨迹 ..... 157

第六节 基于法律行为的物权变动，瑞士民法是否认可  
独立的物权契约 ..... 165

一、围绕物权行为独立性的议论：以不动产所有权的让与为  
中心 ..... 166

二、动产所有权让与中的物权契约问题 ..... 171

## 第五章 罗马法的交付（traditio）、问答契约（stipulatio） 与私法上无因性概念的确立 | 173

第一节 概 要 ..... 173

第二节 无因性：近现代及当代民法一项重要法概念 ..... 174

第三节 罗马法的交付与物权契约无因性 ..... 178

第四节 罗马法的问答契约与无因债务 ..... 180

第五节 小 结 ..... 185

## 第六章 德国与瑞士的登记制度 | 187

第一节 概 要 ..... 187

第二节 德国与瑞士登记簿册的物的编成主义 ..... 190

一、德国的物的编成主义 ..... 190

二、瑞士的物的编成主义 ..... 194

三、德国与瑞士土地登记簿册的构成 ..... 195

第三节 登记的种类：以异议登记和预告登记为中心 ..... 196

一、德国法的临时登记（预记登记）：异议登记和预告登记 ..... 197

二、瑞士民法的预记登记：预告登记和异议登记 ..... 200

三、德国与瑞士登记制度的差异（兼及日本的登记制度） ..... 203

#### 第四节 物权变动要件的登记（登记簿册的设权效力） ..... 205

- 一、概要 ..... 205
- 二、德国法与瑞士法的各种登记考量 ..... 209
- 三、抵押权变动与登记 ..... 213

#### 第五节 登记的公信力 ..... 217

- 一、概要 ..... 217
- 二、采取公信力的前提 ..... 220
- 三、登记官吏的审查义务（德国，Prüfungspflicht des Grundbuchbeamten；瑞士，Od. des Grundbuchverwalters）：登记的实质审查主义与形式审查主义 ..... 220
- 四、国家赔偿制度 ..... 228
- 五、受公信力保护的条件 ..... 228
- 六、公信力的效果 ..... 230
- 七、抵押权与公信力 ..... 231

### 第七章 瑞士与德国的相邻关系法 | 235

#### 第一节 瑞士的相邻关系法 ..... 235

- 一、概要 ..... 235
- 二、《瑞士民法典》相邻关系规定的特色 ..... 237
- 三、不可量物侵害制度及其规则 ..... 243

#### 第二节 德国相邻关系法 ..... 249

- 一、概要 ..... 249
- 二、不可量物侵害法（无形侵害法，Immissionsrecht） ..... 251
- 三、逾越自己土地的疆界而建构建筑物 ..... 256
- 四、围绕地（Notweg）通行权 ..... 256
- 五、可能发生危险的设备、挖掘、越界的根与枝等 ..... 257
- 六、日照权（Lichtrecht） ..... 257
- 七、创制窗户的权利（Fensterrecht） ..... 258
- 八、建筑物等定着物与疆界（土地的边界）的距离 ..... 258

## 第八章 日本与德国民法的用益物权制度 | 259

### 第一节 《日本民法》的用益物权 ..... 259

一、地上权 ..... 261

二、永佃权 ..... 273

三、地役权 ..... 280

四、入会权 ..... 284

### 第二节 《德国民法典》的用益物权 ..... 289

一、地上权 ..... 289

二、永佃权 ..... 297

三、役权 ..... 297

四、先买权 (Vorkaufsrecht) ..... 311

五、物上负担 (Reallast) ..... 315

六、长期居住权和长期使用权 ..... 319

## 第九章 德国的担保物权与人的担保制度 | 321

### 第一节 概 要 ..... 321

### 第二节 不动产担保权 (抵押权、土地债务与定期土地 债务) ..... 326

一、概要 ..... 326

二、抵押权 (一): 流通抵押权 ..... 329

三、抵押权 (二): 保全抵押权 ..... 333

四、土地债务 ..... 339

五、特殊的不动产担保权 ..... 345

### 第三节 质权 (Pfandrecht) ..... 347

一、概要 ..... 347

二、动产质权 (Pfandrecht an beweglichen Sachen) ..... 349

三、权利质权 (Pfandrecht an Rechten) ..... 357

四、债权质权 (Pfandrecht an Forderungen) ..... 359

五、有价证券质权 (Pfandrecht an Wertpapieren) ..... 360

#### 第四节 人的担保 ..... 361

一、普通保证 (Bürgschaft) ..... 361

二、特殊保证 ..... 364

三、与保证相类似的制度 ..... 368

## 第十章 从保全抵押权到流通抵押权：德国不动产担保权的 演进脉络考 | 371

第一节 德国不动产担保权 (土地担保权) 演进史素描 (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 ..... 372

一、继受罗马法以前的不动产担保权 ..... 373

二、德国普通法时期的抵押权 ..... 376

第二节 德国不动产担保权 (土地担保权) 演进史素描 (二):  
抵押权制度的改革时期 ..... 379

一、德国普通法抵押权的缺陷及其改革 ..... 379

二、普鲁士 1722 年《抵押权与破产令》 ..... 380

三、金融转换时期的抵押权立法：流通抵押权 (投资抵押权) 的  
萌芽 ..... 382

四、土地银行 (旧土地银行) 的设立 ..... 383

五、18 世纪后期的流通抵押权 (投资抵押权) 立法 ..... 385

第三节 德国不动产担保权 (土地担保权) 演进史素描 (三):  
流通 (投资) 抵押权立法的最终完成 ..... 388

一、19 世纪中期的抵押权改革运动与 1872 年《普鲁士土地所有权  
取得法》 ..... 388

二、新担保权理论的提倡 ..... 393

三、《德国民法典》 ..... 395

第四节 流通抵押权的本旨与特性 .....	396
一、流通抵押权的本旨 .....	396
二、流通抵押权的特质与本质特性：抵押权的流通性 .....	405
第五节 流通抵押权与当代抵押权论 .....	407
一、何谓当代抵押权论 .....	407
二、当代抵押权论提出的社会背景 .....	407
三、对当代抵押权论的评析 .....	408
第六节 小 结 .....	410

## 第十一章 所有人抵押权 | 413

第一节 各国家或地区民法的所有人抵押权 .....	414
一、罗马法 .....	414
二、德国法 .....	414
三、瑞士法 .....	417
四、奥地利法 .....	417
五、法国法 .....	418
六、《日本民法》与我国台湾地区“民法” .....	419
第二节 所有人抵押权的法构成 .....	421
一、诸学说的分析与考量 .....	421
二、所有人抵押权的本旨 .....	427
三、所有人抵押权的发展趋向 .....	429
第三节 所有人抵押权与民法诸原则的关系 .....	430
一、所有人抵押权与混同原则 .....	430
二、所有人抵押权与抵押权的附从性 .....	431
三、所有人抵押权与顺位固定原则 .....	432
四、所有人抵押权与对自己之物的权利 .....	432
五、顺位保留 .....	434

#### 第四节 所有人抵押权的形态与成立 ..... 435

一、所有人抵押权的形态 ..... 435

二、所有人抵押权的成立 ..... 436

### 第十二章 瑞士不动产担保权法 | 443

#### 第一节 瑞士不动产担保权的源起与确立 ..... 444

一、地租证券 (Gült) ..... 444

二、抵押债务证券 (Schuldbrief) ..... 449

三、登记担保权 (Grundpfandverschreibung) ..... 451

#### 第二节 《瑞士民法典》对不动产担保权的统一 ..... 452

一、统一不动产担保权的背景与要达成的目标 ..... 452

二、《瑞士民法典》关于不动产担保权的规定及其特性 ..... 454

#### 第三节 瑞士不动产担保权的特质 ..... 458

一、瑞士不动产担保权的共同特质 ..... 458

二、地租证券与抵押债务证券的共同特质 ..... 462

#### 第四节 小 结 ..... 463

### 第十三章 债权的消灭时效与担保物权的效力 | 467

#### 第一节 德国法 ..... 467

一、请求权的消灭时效 ..... 467

二、消灭时效的效力 ..... 470

三、被担保债权的消灭时效与担保物权的关系 ..... 472

四、被担保债权的消灭时效与留置权 ..... 473

#### 第二节 法国法 ..... 473

一、消灭时效的类型 ..... 473

二、消灭时效的效果 ..... 475

三、被担保债权罹于消灭时效时担保物权的效力 ..... 476

第三节 英国法 .....	482
一、出诉期限（消灭时效）的涵义 .....	482
二、契约法上的出诉期限 .....	483
三、被担保债权的出诉期限与担保物权的关系 .....	483
第四节 日本法 .....	486
一、被担保债权的消灭时效与留置权 .....	486
二、被担保债权的消灭时效与质权 .....	486
三、被担保债权的消灭时效与抵押权 .....	487
第五节 我国台湾地区“法” .....	487
第六节 我国的学理、未来应有立场及《物权法》第 202 条 评析 .....	488
一、我国的学理与未来应有立场 .....	488
二、对《物权法》第 202 条的评析 .....	490

## 第十四章 日本、德国与瑞士民法的占有制度 | 492

第一节 《日本民法》的占有制度 .....	494
一、占有的涵义、特性及周边 .....	494
二、占有权的成立与形态 .....	496
三、占有权的取得 .....	500
四、占有权的效力 .....	503
五、善意占有人的孳息收取权与恶意占有人的返还义务 .....	505
六、占有人与回复请求人的权利义务 .....	506
七、依占有而取得家畜以外的动物 .....	507
八、占有诉权 .....	508
九、占有权的消灭 .....	514
十、准占有 .....	514
第二节 《德国民法典》的占有制度 .....	517
一、占有的涵义与功用 .....	517
二、占有的类型 .....	519

三、占有的取得与丧失 .....	522	
四、侵害占有的保护 .....	523	
五、前占有人的请求权 .....	525	
<b>第三节 《瑞士民法典》的占有制度 .....</b>	<b>526</b>	
一、占有的涵义与分类 .....	526	
二、占有的移转（让与）：交付及其形态 .....	527	
三、占有的保护 .....	528	
四、善意取得 .....	529	
五、占有人与回复请求人的权利义务 .....	529	
六、占有的合并 .....	530	
附录一	<b>潘德克吞体系的肇源、确立与演进 .....</b>	<b>531</b>
附录二	<b>19、20 世纪的德国民法学说史 .....</b>	<b>545</b>
附录三	<b>瑞士民法典的制定（统一）及其特色 .....</b>	<b>559</b>
附录四	<b>论基于法律行为的物权变动——物权行为与无因性 理论研究 .....</b>	<b>585</b>
	<b>主要参考文献 .....</b>	<b>657</b>
	<b>后 记 .....</b>	<b>671</b>

## 德国物权法的肇源、发展脉络与基本状况

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

#### 一、日耳曼法概要

按照当代西洋历史学,<sup>2</sup>德国的历史最早可以追溯到日耳曼时代。<sup>3</sup>研习1896年《德国民法典》制定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世纪至9世纪以马尔克为主要制度的西欧早期封建制时期

---

1 关于德国法制史的时代区分,日本学者栗生武夫于《中世纪私法史》(1932年),西本颖于《西洋法制史讲义》里写到:中世纪前期(5世纪至9世纪)为“部族法时代”,中期(10世纪至12世纪)为“封建法时代”,后期(13世纪至15世纪)为“都市法时代”。

2 把世界历史界分为西洋史与东洋史,为日本史学界的做法。与此不同,我国史学界大抵不作如是的分隔,而是笼统地谓为“世界史”。本书作者认为,西方各民族与东方各民族于历史的起源、风俗习惯、文化传统、民族精神乃至礼仪人情等方面皆有差异,故将世界史大别为西洋史与东洋史来研究,仍有其合理性、科学性乃至妥当性。

3 德意志民族与古代日耳曼人有着历史渊源。于3000年前,古代日耳曼人即已定居在波罗的海(Ostsee)沿岸及一些岛屿上,公元前500年开始南迁。后来,一些日耳曼人部落留在易北河(Elbe)以东地区,另一些日耳曼人部落继续向西或向南迁移,直到公元前半世纪,大部分日耳曼人部落才定居于莱茵河(Rhein)以东、多瑙河(Donau)以北和北海(Nordsee)之间的广大地区,这一地区称为“日耳曼尼亚”(Germanien)。自公元3世纪左右开始,日耳曼人部落开始结成部落联盟,其中较大的部落联盟有法兰克人(Franken)、盎格鲁-撒克逊人(Angelsachsen)、苏维汇人(Sueben/sweben)、伦巴第人(Lombardei)、东哥特人(Goten)、西哥特人等。对此,请参见吴友法:《德国现当代史》,武汉大学出版社2007年版,第2—3页。

适用于日耳曼人的法律的总称。其为日耳曼各部族在侵入西罗马帝国，建立“蛮族国家”<sup>1</sup>的过程中，于罗马法和基督教会法<sup>2</sup>的影响下，由原有的氏族部落习惯逐渐发展而成的。其范围，自空间来看，凡属日耳曼人（Germane）所建立的国家法律皆涵括在内，故此，斯堪的纳维亚人的法律，以及于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>3</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。按照恩格斯的思想，学者指出，日耳曼人于侵入罗马以前尚未曾形成马尔克制度，故此也就不存在以此种制度为基础的日耳曼法。<sup>4</sup>于民族大迁徙之前，日耳曼人的社会制度基本上尚处于前国家阶段，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加以分配的原则。<sup>5</sup>此一时期，除口耳相传的习惯外，日耳曼人并无其他法规。

自376年至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-撒克逊、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

1 古代罗马人将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、克尔特人与斯拉夫人。故此，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 与世俗法迥然不同，教会法（*ius canonici/canon law*）是中世纪西欧罗马法和英国普通法之外的另一主要的法律体系。在16世纪宗教改革之前，教会法是通行于全西欧教会的法律。在此之后，罗马天主教会依然保留源远流长的教会法传统，并加以改革和发展。“教会法”一语包含了源自希腊文的特殊词语（*canon*），该词的本义是工匠所用的规尺，引申义为规矩和规范。在教会史上，这一词语有多种用法，可以指正式认可的《圣经》卷册，或指某一主教教堂所属教士的名单，其动词化的用法（*canonization*）则指封神。该词语也被用来指称基督徒应该遵循的符合信仰的宗教和道德生活方式，所以信徒们也以此称呼宗教会议通过的有关法令，后来就有“教会法”这一专门的术语。对此，请参见彭小瑜：《教会法研究》，商务印书馆2003年版，第11—12页。

3 由嵘：“日耳曼法及其在西欧法律史上的地位”，载陈守一等著：《法学论文集》，北京大学出版社1984年版，第155页。

4 由嵘：“日耳曼法及其在西欧法律史上的地位”，载陈守一等著：《法学论文集》，北京大学出版社1984年版，第156页。

5 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。