

论物权的民法保护之范式

——以物上请求权与侵权请求权为中心考察

温世扬, 廖焕国

(武汉大学法学院, 湖北武汉, 430072)

摘要: 物权的民法保护不仅涉及物权的安全, 还决定了民法责任体系的构架。物权保护有不同方式, 即侵权请求权方式、物上请求权方式和物上请求权—侵权请求权方式。其中第三种方式具有合理性, 建议我国采纳该范式。物权保全请求权具有适宜保护绝对权利的特点, 我国绝对权保护可准此建立。

关键词: 物上请求权; 侵权请求权; 绝对权; 范式

中图分类号: D913 **文献标识码:** A **文章编号:** 1672-3104(2004)01-0028-05

物权的民法保护范式有 3 种可能, 即侵权请求权方式、物上请求权方式和物上请求权—侵权请求权方式。我国立法采取哪种方式较为科学, 不仅关系到物权之安全, 同时还影响民事责任体系的构架。笔者希望对该重大理论问题的探讨, 有助于我国立法选择理想的保护范式。

一、侵权请求权方式

侵权请求权保护方式, 是指用侵权请求权代替物权请求权, 物权保护与其它绝对民事权利一样, 适用侵权请求权救济。在我国, 这种方式不但得到了现行立法的确认^{[1](78)}, 而且学者中也不乏支持者。如有学者认为, 我国未来的民法典不应规定物上请求权, 而应以侵权责任形式对物权加以保护。因为民法通则已经将返还原物、妨害排除和妨害防止作为民事责任形式规定, 而在民法典中继续作为民事责任形式规定, 不仅可以使民法典体系达到和谐一致, 而且在实践上也有优越性。^[2]还有学者认为, 民法的物上请求权与侵权请求权有统一的趋势及合理性。应当在《民法通则》的基础上将物上请求权纳入侵权请求权体系, 并依此建立起科学统一的具有中国特色的物权的民法保护机制。^[3]

事实上, 物上请求权为侵权请求权所取代是普

通法系与大陆法系的根本区别之所在。自从普通法有了侵权行为法, 移物行为的侵权请求权就取代了所有者返还请求权。尽管法系背景不同, 但大陆法系似乎有将传统属于物上请求权保护的领地让与侵权请求权的苗头。如不可量物侵害传统上为物权法所调整(如德国民法第 906 条与第 1004 条), 但在现代社会, 若将不可量物侵害限定于土地以及所有人, 从环境保护的角度来看是十分落后的。在法国, 这个问题交由近邻妨害侵权请求权解决。而在德国, 有学者主张将不可量物侵害作为一般人格权侵害加以构成。其原因在于不可量物侵害的被害者已经不再局限于土地保有者或直接相邻人, 受害者所受的损害不仅仅表现为其物权的损害, 在精神感官、行为自由和感情领域也带来相应的损害。^[4]不过, 不可量物侵害的加重与扩大虽造成了侵权请求权将取代物权请求权的假象, 但大陆法对于不可量物侵害的救济依然在物权请求权的框架内进行。如德国依然是通过第 906 条与 1004 条加以规范。同时德国法院以最可能的合理方式解决了不可量物侵害中的损害赔偿问题: 即在侵权行为法之外发展起来一个损害赔偿请求权, 它与严格责任非常接近。这种解决方式为荷兰、意大利和瑞士等国家的立法与司法实践所接受。我国立法秉承了大陆法系的传统, 将物上请求权归入侵权请求权无疑是打破大陆法系物权与债权的二元财产法结构, 否定物权的优先效力, 与大陆法系的民法体系格格不入。其理由如下。

首先,物上请求权的存在是区分物权与债权的基础与表现。大陆法系传统理论认为,物权效力优先于债权,而物上请求权既是这种区分的基础,也是这种区分的结果。如在破产程序中,所有人对其物享有取回权,这种取回权的依据就是所有物返还请求权。若否认物上请求权的存在及其合理性,则物权的优先效力便不复存在,物权与债权的界限也会消逝殆尽。

其次,从物上请求权的行使条件来看,物上请求权原则上不考虑相对人是否有过错。如果物权人的物权受到妨害,只须证明相对人已实施了妨害其物权的行为,便可要求相对人排除妨害,不必就相对人是否有故意或过失问题举证。而侵权行为则以过错责任为主体,需要过错作为其构成要件。若将所有的请求权规定于侵权行为法的一般条款中,则可能出现两种结果:一是该请求权需要过错为要件,二是以过错为中心的侵权行为法演变为无过错责任法。显然,这两种结果都是不能接受的。物上请求权纳入侵权请求权,在实践中已经出现了问题。如停止侵害、排除妨碍、妨害预防等物上请求权用于一般侵权,并不需要过失,而一般侵权行为的构成中,过失为不可或缺的要件,这样会出现一般侵权行为法内部的不和谐。^[5]

再次,物上请求权与侵权请求权目的不同。侵权行为请求权主要是一种损害赔偿请求权,损害赔偿只是取得对赔偿金的支配,具有债的一般担保作用。物上请求权的行使的目的,在于恢复对物的圆满支配状态,物上请求权中的停止侵害请求权、排除妨碍请求权、物的返还请求权起不到一般担保的作用。

最后,侵权请求权不利于对物权的保护。我国采纳了广义的债权的概念,将传统物权法中的物上请求权包含于侵权请求权之中。这种立法体系虽然带来了民事责任体系的统一性,但由于侵权请求权在主观要件和客观要件以及时效适用方面,均比物上请求权严格得多,因此,这种做法对于物权人利益保护是极其不利的。^{[1](79)}

二、物上请求权方式

物权请求权方式认为,每一项物上请求权均可

能包含丰富的附随请求权,如原物返还请求权除了返还请求权外,一般涉及物所产生的附属物(含孳息)如何返还问题、相对人占有期间因物而支出的费用是否得向请求权人求偿、因占有使用原物而获得收益返还、原物有损害时的损害赔偿、物上请求权的行使费用等问题。物上请求权方式即指对物上请求权及其附随性请求权所涉及的问题,物上请求权本身即可加以全面调整,无需侵权请求权介入其中。德国民法即属于这种方式。在德国民法中,关于所有权与占有人的规定自成一个体系,除了少数例外的情况外,它不涉及侵权行为与不当得利的问题。^[6]如德国民法第985条规定所有权返还之诉后,第987条至993条为所有权人提供了收益返还请求权与损害赔偿请求权。这两种请求权以所有权返还请求权的存在为前提,是所有权返还请求权的补充。依据第993条第1款后半句的规定,即(正当)占有既不负收益返还的义务,也不负损害赔偿的义务,对于所有权返还请求权中的收益返还请求权与损害赔偿请求权原则上排除除了第987至992条之外法律条款的适用,即排斥了812条以下以及第823条一般规定的适用。这样物上请求权就形成了一个自我封闭的体系,该条因此也被称之为封闭性特别规定。^{[7](123)}

这种方式对于物权保护堪称全面有力,但并非完美无缺。以物上请求权行使的费用分配为例。如A的土地与B的院子相邻,A下挖土地使之与B的院子有一米的落差,某天B院子的堆放物滚落到A的土地上。A可以要求B搬走其物。但搬运费用如何负担,则有不同观点。^[8]一是行为请求权说。该说认为,物上请求权是无过错责任,通常应为对方承担费用返还或者排除妨碍。该观点的不足在于,若该妨害为不可抗力造成,则也需要相对人承担责任,是极不公平的。同时还会造成争先恐后行使请求权的局面,因为谁后行使请求权,谁将承担责任。二是所有人责任说。这一观点的基本思想是,费用应该由造成妨害的所有人承担。若占有人非基于本意占有,则只要占有人容忍所有人将其标的物拿走,此时费用理所当然的为所有权人负担。此种观点不妥之处在于,如小偷将某人的汽车用后弃置他人的庭院,而某人必须负担费用将其拖去报废站,对于某人而言,不免过于严酷。三是请求权人承担费用说。该

说认为,物上请求权的对方只有容忍相对方排除妨碍的消极义务,而行使请求权所需的劳务与费用,原则上应为行使请求权人负担,若引起侵害的原因在于对方,则可以侵权行为请求对方赔偿。如因A的下挖,造成堆放物滚落,则A应该负担相应的费用。不过,依此观点B需要自己负担费用,然后对A的侵权行为举证,这种做法既不经济,对于B而言也不公平。四是支配与责任区分说。该说认为,请求权的行使毫无疑问应该是有支配权者,而对方仅有容忍支配权人除去妨碍的义务;至于责任问题,则应属于“责任”原理的问题。所谓的责任原理,即是指侵权行为法及其相关的债法上的责任原则。当然,若涉及到相邻问题,应利用相邻关系的责任原理加以解决。四种观点之中,第四说将权利实现所必需的费用按照责任原理来处理,较为妥当,是目前最有影响的观点。

物上请求权行使的费用分担问题实质上只是物上请求权体系中众多附随性请求权中的一种。费用之所以难以合理分配,主要在于物上请求权是不区分过错的。但在涉及费用、利益返还与损害赔偿之时,却不能不依据相关的责任原则来确定,否则会与法律的正义公平原则背道而驰,并使无过错责任扩大化,这不能不说是物上请求权封闭性带来的弊端。第一、二种学说,由于没有触及到责任分担时的有责性问题,因此往往顾此失彼,即所谓按下葫芦又浮起瓢;第三种学说虽然也意识到这个问题,但其技术上有欠成熟。第四种学说将请求权的行使与责任隔离,通过责任原则加以解决,问题就迎刃而解了。事实上,即使在采取封闭性的所有权请求权方式中,并不能排除有责性检验。在德国民法中,有责性一方面通过第993条的反面解释而介入:第993条的第1款的立法目的排除了占有人的进一步的责任,但这种占有人应为善意的占有人,在占有人过分(例如损坏出租屋后主张该屋不宜居住,依据993条第1款不承担责任)、占有人具有恶意、权利未决状态开始之后或者占有人有违法行为时,第823条就可以单独或者与993条第1款同时适用。另一方面,物上请求权的附随性请求权中,为了避免导致无过错责任的扩大化,均规定了有责性检验标准。如德国民法第987条规定占有人权利未决状态开始后,由于过失导致其占有中应收取的利益未收取的,对所有

人应负担赔偿责任。在第989992条中都有类似的规定。由此可见,德国民法虽然在形式上建立了统一的物上请求权的物权保护体系,但却并没有在实质上否定有责性的存在。有责性与物上请求权及其附属请求权总是如影随行,对物权进行全面保护。

三、物上请求权—侵权请求权方式

物上请求权—侵权请求权方式认为,物权保护的两种方式在责任基础、损害形态、责任方式、归责原则与价值功能等方面各不相同,因此,物权应采纳物上请求权与侵权行为法共同保护。^[9]但如何对二者的调整范围加以合理界定,则成为理论上的难点。综合而言,有以下几种观点:一是以物权是否发生损害为标准加以区分。有学者认为,若物权遭受侵害但没有发生价值减损,或者物权仅有遭受侵害的可能性而并未影响物权人的现有权利时,就只能行使物上请求权保护物权;若物权发生损害,而且损害没有必要或者没有可能通过恢复原状等物上请求权获得救济,就只有通过损害赔偿的侵权请求权获得价值上的补偿。^[10]二是以发生的时间为基准,将过去的、已经结束的损害划入侵权请求权的范畴,而对于持续性的妨害排除或对将来可能发生的妨害预防,则为物上请求权。^[11]三是以是否合法作为标准,因合法的原因引起的物权状态变异(如不可抗力、自然形成等),只能采取物权的请求权;而不法原因造成的,则既可以采取物上请求权,也可以利用侵权请求权。^[12]这几种标准均有一定道理,但又都失之偏颇。第一、二种标准具有以下通病:一是其需要区分妨害与损害,而二者的区分虽然在理论上非常清晰,但在实践中却难以把握。如妨害通常指造成物权不应有的、相反的状态,该状态一般具有持续性的特点且不具有违法性,它是一个仅仅从被害所有者与妨害者之间的关系上加以把握的概念,其主要的功能在于否认这种状态;相应的,损害是仅为被害人方面加以考量的概念,它的主要功能在于补偿。但在多数情况下,这种区分仅具有理论意义,并不给予司法实践明确的指导。二是对于过去的、已经发生损害的所有物权均不得行使物上请求权,并不一定符合效率原则的要求。比如在该物发生的损害仅为一种轻微的损害,且对于物的使用并无大碍,若不得返还占

有, 仅得提起损害赔偿之诉, 对于物权人并非有利。最后, 对于已经结束的妨害, 且旧的妨害成为新妨害发生原因的情况下, 到底将其断定为妨害已经完成而适用侵权请求权, 还是视为原妨害的继续而适用物上请求权? 原妨害视为妨害还是损害? 依此标准则并不清楚。如某作家楼下有一个流动卖艺者, 吹拉弹唱, 以致该作家无心写作, 并致精神失常。若依排除妨碍请求权, 虽可请求其离开, 但精神失常造成不能写作, 是否可以请求治疗, 依据第一、二种论点则难以解决。就第三种观点而言, 其表述上毫无问题, 但依此标准进行判断时, 必须区分合法与非法, 而这本不是物上请求权的一个行使要件, 不符合物上请求权的效率价值目标。同时, 合法的原因所引发的物权状态变化, 并不一定具有物上请求权。如当事人具有正当权源(如租赁等), 则可产生抗辩权, 当事人不得行使物上请求权。由此可见, 从原因角度加以区分也难以达到预期效果。

物上请求权按其内容可以分为纯粹的物上请求权与完全意义上的物上请求权。纯粹意义上的物上请求权是指针对物权本身而发生返还、排除妨害或者消除危险, 而完全意义上的物上请求权, 除了上述内容外, 尚包括上述关于物上请求权的伴随性请求权在内。物上请求权—侵权请求权方式针对这种分类, 将纯粹的物上请求权归入物上请求权调整, 而剩下的则由侵权行为法或者其它制度来规范。如可以把损害赔偿请求权、物权占有人占有期间所支付的费用以及所获得收益、行使物上请求权的费用负担等, 委诸侵权行为或不当得利制度调整, 剩下原物和附属物(含孳息)返还、妨害排除和妨害预防等三方面归于纯粹的物上请求权。这种区分方式也可称为“范围”区分方法, 其实质是将物上请求权的范围加以限制, 而将物权附随性请求权委诸以侵权请求权为中心的其它制度加以调整, 从而实现对物权的全面保护。

此种保护方式在理论界不乏支持者, 在立法上也有先例可循。如王泽鉴先生认为, 所有人得请求排除者, 为所有权妨害之“源头”, 因此所生之各种不利益, 系属侵权行为损害赔偿之范畴。^[13] 荷兰1992年新民法典有意将第五编(物权法)规定得很简略(参见该编第37、39、40条), 涉及到责任的问题都规定在第6编中。如荷兰民法典第5篇第37条仅

调整行为, 而对土地所有者对其邻居之土地进行妨害的法律后果保持沉默, 而关于令状救济的请求权和赔偿请求权则规定在侵权行为法中的第6篇第168条和第6篇第162条中, 这样就保持所有权法与民事责任法之间清晰的区分。在笔者看来, 此种保护方式一方面保持了大陆法系财产二元结构体系对于物上请求权的依赖, 有利于物权得到及时有效的保护; 另一方面合理界定了物上请求权与侵权请求权的关系, 在突出物上请求权效率价值的同时, 有效运用了侵权请求权所蕴含的社会公平正义的原则, 使二者在物权保护上达到了和谐统一。因此, 笔者建议我国物权的民法保护采纳该种模式。

四、物上请求权—侵权请求权的扩张适用

物上请求权的首要法律价值是效率, 它具有及时有效保护物权的特点。它除了能有效保护物权外, 其中的物权保全请求权还可广泛用于与物权类似的民事绝对权益。这也是采纳物上请求权—侵权请求权模式的又一优越之处。

按照德国民法, 妨害除去与妨害预防请求权的效力除了及于物权外, 姓名权(第12条)、占有权(第862条)、商号权(《商法》第37条)、商标权(《商标法》第24条)、特许权(《特许法》第47条)、著作权、渔业权、矿业所有权、专卖权、居住权等权利均承认妨害除去与妨害防止的效力。随着法院依据第1004条的妨害预防请求权形成一般不作为之诉后, 其除了适用于一般的绝对权, 同时还广泛用于法院认为需要保护的不具有权利外衣的法益。例如对信誉、信用和一般营业权等。第1004条所规定的妨害除去请求权, 若能扩大其适用范围, 则也能成为一切人格权和人格权法益遭受侵害时的保护根据。由此可以得出结论, 每一种绝对权利均与第1004条的适用相应, 通过不作为与排除妨害请求权得到救济。^{[7](123)} 因此, 无论是违反第823条第1项的权利还是一般人格权, 是违反公司企业的股东权或者会员权, 还是违反企业经营权, 都可以通过物权保全请求权获得保全。在保全之后, 同样需要损害赔偿请求权对双方的权利义务关系加以界定。

我国同样有必要依此建立绝对权益的保护制

度。例如在我国知识产权学界,学者多主张通过物上请求权的方法保护知识产权。^[14]有学者认为我国实际上已经认可了知识产权请求权制度。^[15]更有学者认识到知识产权与人格权的保全上的共同点,而提出物上请求权保护方式,即传统民法对物权提供防卫性保护与进取性保护,使物权之权利主体拥有物上请求权与损害赔偿请求权,人格权与知识产权之上亦应存在此双重保护,即不但存在损害赔偿请求权,亦当存在人格权请求权与知识产权请求权。^[16]这些观点从个别民事权利立论,虽然发现了其与物上请求权的某些共性,但并没有看到物上请求权—侵权请求权适用于整个绝对权体系。在将来的我国民法中,物权保全请求权可进一步上升为绝对权保护范式;侵权请求权则与之配合,着力解决责任分配问题,二者合力构建和谐民事绝对权益保护体系。

参考文献:

- [1] 温世扬. 物权法要论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1997.
- [2] 魏振瀛. 论请求权的性质与体系[J]. 中外法学, 2003, (4): 385-410.
- [3] 王明锁. 物上请求权与物权的民法保护机制[J]. 中国法学, 2003, (1): 59-66.
- [4] 陈华彬. 德国相邻关系制度研究[J]. 民商法论丛, 1999, (4): 300.
- [5] 崔建远. 绝对权请求权抑或侵权责任方式[J]. 法学, 2002, (11): 40-43.
- [6] 罗伯特·霍恩. 德国民商法导论[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996. 192.
- [7] 曼弗雷德·沃尔夫. 物权法[M]. 北京: 法律出版社, 2002.
- [8] 我妻荣. 日本物权法[M]. 台北: 台湾五南图书出版公司, 1999. 21-23.
- [9] 刘凯湘. 物权请求权研究[J]. 法学研究, 2003, (1): 25-40.
- [10] 王利明. 物权法研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2002. 106.
- [11] 梁慧星. 中国物权法研究(上)[M]. 北京: 法律出版社, 1998. 90.
- [12] 彭诚信, 傅穹. 物权的自我救济[J]. 法制与社会发展, 1999, (6): 30-35.
- [13] 王泽鉴. 民法物权(1)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001. 180.
- [14] 吴汉东. 试论知识产权的“物上请求权”与侵权损害赔偿请求权[J]. 法商研究, 2001, (5): 3-11.
- [15] 蒋志培. 我国立法和司法中确认的知识产权请求权[J]. 中国律师, 2001, (10): 63-65.
- [16] 唐昭红. 论人格权请求权与知识产权请求权的确立[J]. 法商研究, 2002, (2): 67-72.

On civil protection mode of sachenrechts

WEN Shiyang, LIAO Huanguo

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: The civil protection mode of sachenrechts decides not only the security of sachenrechts but also the construction of civil liability system. There are three protection models to jus ad rem, namely: claim of torts, claim of jus ad rem and claim of torts-jus ad rem, and the last one is reasonable and should be adopted by our nation's legislation. The preservation claim of jus ad rem is ready to protect the absolute rights, and China should establish the protection system of absolute rights according to the preservation claim of jus ad rem.

Key words: claim of jus ad rem; claim of torts; absolute rights; mode

[编辑: 苏慧]