

汤
勇◎著

物权

请求权制度研究

WUQUAN QINGQIQUAN ZHIDU YANJIU

中国检察出版社



汤
勇
◎著

物权

请求权制度研究

WUQUAN QINGQUQUAN ZHIDU YANJIU

中国检察出版社



图书在版编目 (CIP) 数据

物权请求权制度研究/汤勇著. —北京: 中国检察出版社, 2008. 11

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0034 - 2

I. 物… II. 汤… III. 物权法—研究—中国 IV. D923. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 184379 号

物权请求权制度研究

汤 勇 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68639243(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 11. 375 印张

字 数: 293 千字

版 次: 2009 年 1 月第一版 2009 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0034 - 2/D · 2014

定 价: 30. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

前 言

大卫·休谟关于正义起源的命题告诉我们：正义只是起源于人的自私和有限的慷慨，以及自然为满足人类需要所准备的稀少的供应；人类的广泛慷慨和一切东西极度丰富是消灭正义观念的唯一原因。稀少的供应要求财产必须稳定，必须被一般的规则所确立，财产的稳定占有是社会存续和正义维护的基础条件。^① 物权是确定财产归属、稳定社会秩序、增加社会财富的权利，正如史尚宽先生所言：“我们必须借外界物资以生活，而物资有限，在一定范围对于外界物资的支配，认为权利，以使互不相侵而保障物资的安全利用，此为物权的社會作用。”^② 因此，物权秩序一旦被打破，如果没有一套完整有效的机制加以规范和救济，势必导致财产归属的异位，甚至会动摇整个社会的根基。而物权请求权则是保护物权，进而维护财产稳定占有的重要制度之一，在物权秩序救济方面有着得天独厚的优势，是《物权法》不可或缺的重要组成部分。所以，从稳定财产占有，保障和维护个人存在和发展自由空间的维度理解物权请求权制度，是我们认识物权请求权制度的伦理基点。

从法律的层面而言，何为物权请求权？物权请求权的性质如何？作为一种法律制度，其历史生成、立法表达、逻辑基础、功

① [英] 大卫·休谟：《人性论》（下），关文运译，商务印书馆1996年版，第536页以下。

② 史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第1页。

能表征、法律构成、法律效果、具体类型（形态）、行使正当性又何在？等等，这些看似简单而又普通的问题，在一般的物权法教科书中就有可能获得答案。但是，如果仔细推敲这些论述，就会发现对物权请求权的一些基本问题并没有形成大体的共识，夹杂其中的除了理论上的纷争和混乱外，尚有基本观念的误解，出现诸如物权请求权的性质是物权、债权还是独立请求权、救济权以及物权请求权适用诉讼时效还是不适用诉讼时效或者视具体类型而定，有的适用诉讼时效，有的不适用诉讼时效等的争议。值得反思的是，理论尽管混乱，但实务并没有受到影响。这除了说明法学理论与实际的法律操作存有距离，理论没有尽到指导实践的任务，或许也暗示了学者的争论很可能是在使用某些概念时存有分歧，把属于不同范畴和指涉的概念放在一起评析，而实质的争论焦点并不多，甚至还可能涉及方法论上的混淆。所以，本书在此认识基础上，对物权请求权制度的具体构造及其行使的正当性进行了系统、深入的研究。在研究思路上，始终坚持解构和建构的统一，在批判和反思的基础上对其予以重塑。在研究方法上，尤其强调系统论的方法和比较的方法。将物权请求权制度定位于一种系统性存在，在研究过程中始终把物权请求权制度置于系统中予以考察，认为物权请求权制度的系统性存在是外在系统和内在系统的统一。从外在系统看，物权请求权制度牵涉甚广，与不当得利、占有保护、侵权损害等其他请求权制度关联甚密，此为物权请求权制度研究的困难所在，亦为其研究魅力之所在，作者力求在制度关联中展开对物权请求权制度的研究。从内在系统看，物权请求权制度构成中之物权请求权法律事实的构造与物权请求权法律效果的认定具有互动性，物权请求权法律事实的各个构成要件之间更具有互动性。物权请求权之外在系统与内在系统的要素的确立及其间的结构安排决定着物权请求权制度功能的实现，物权请求权制度功能的确立又影响物权请求权制度本身的

安排。在研究过程中，充分运用历史和比较的方法，遵循逻辑思维的原则，通过对各种立法体例和理论学说的比较研究和历史考察，力求构造适合我国实际情况的具有现代意义的物权请求权制度。

本书由正文、尾论两部分构成。正文部分由七章构成，分别论述了物权请求权制度的历史生成和立法表达、物权请求权的概念解读和性质考察、物权请求权制度的基础与功能、物权请求权的法律构成和法律效果、物权请求权行使的正当性与诉讼时效、物权请求权的类型化探讨以及物权请求权与其他请求权的竞合问题。尾论部分运用上述研究结论，对我国物权请求权制度的构造提出立法构想，并设计了物权请求权制度的具体立法条文，以期为我国物权请求权制度的完善贡献绵薄之力。

目 录

前言	/1
第一章 物权请求权制度的历史生成和立法表达	/1
第一节 物权请求权制度的历史生成	/1
一、罗马法中物权请求权制度的萌芽	/2
二、法国法中物权请求权制度的雏形	/17
三、德国法中物权请求权制度的正式确立	/20
第二节 物权请求权制度的立法表达	/26
一、《意大利民法典》中的物权请求权制度	/27
二、《瑞士民法典》中的物权请求权制度	/29
三、《日本民法典》中的物权请求权制度	/30
四、《埃塞俄比亚民法典》中的物权请求权制度	/31
五、《阿尔及利亚民法典》中的物权请求权制度	/32
六、《蒙古国民法典》中的物权请求权制度	/33
七、《越南社会主义共和国民法典》中的物权请求权制度	/35
八、《俄罗斯联邦民法典》中的物权请求权制度	/36
九、我国台湾地区“民法典”中的物权请求权制度	/38
十、我国《民法通则》及《物权法》中的物权请求权制度	/39
第二章 物权请求权的概念解读和性质考察	/41
第一节 物权请求权概念解读	/41
一、物权请求权概念的蕴涵	/41

二、物权请求权与物上请求权辨析	/45
三、物权请求权解读的意义	/47
第二节 物权请求权性质考察	/53
一、有关物权请求权性质观点的解析	/53
二、物权请求权性质考察的路径	/66
三、物权请求权性质考察的意义	/78
第三章 物权请求权制度的基础与功能	/80
第一节 物权请求权制度的基础	/80
一、物权概念的历史考察	/80
二、物权本质意蕴之解读	/81
三、物权本质与物权请求权之间的逻辑关联	/90
第二节 物权请求权制度的功能	/95
一、物权请求权制度功能的确立	/95
二、物权请求权制度功能的构造	/98
三、物权请求权制度的功能性价值	/105
第四章 物权请求权的法律构成和法律效果	/115
第一节 物权请求权的法律构成	/115
一、物权请求权法律构成的方法	/115
二、物权请求权的一般构成要件	/117
第二节 物权请求权的法律效果	/138
一、原物之返还	/138
二、妨害之排除	/140
三、危险之消除	/140
四、费用之负担	/140
第五章 物权请求权行使的正当性与诉讼时效	/143
第一节 物权请求权行使的正当性	/143
一、物权请求权行使正当性的一般考察	/143
二、物权请求权行使正当性的依据	/148

三、物权请求权行使正当性的一般条件	/171
四、物权请求权行使正当性的限度	/173
第二节 物权请求权行使与诉讼时效	/176
一、诉讼时效制度的意义	/177
二、物权请求权行使与诉讼时效的论辩	/179
三、笔者管见	/188
第六章 物权请求权的类型化探讨	/195
第一节 类型化的一般问题	/195
一、立法例探究	/195
二、我国学界的观点	/196
三、笔者管见	/199
第二节 返还请求权	/201
一、返还请求权的法律构成	/201
二、返还请求权的法律效果	/212
三、返还请求权的适用范围	/216
四、其他与返还请求权有关的问题	/220
第三节 排除妨害请求权	/232
一、排除妨害请求权的法律构成	/233
二、排除妨害请求权的法律效果	/250
三、排除妨害请求权的抗辩事由	/251
四、排除妨害请求权与相关权利的关系	/253
第四节 消除危险请求权	/256
一、消除危险请求权的法律构成	/257
二、消除危险请求权的法律效果	/259
三、消除危险请求权的适用范围	/260
四、消除危险请求权与排除妨害请求权的关系	/262
第七章 物权请求权与其他请求权的竞合	/264
第一节 请求权竞合的概述	/264

一、请求权竞合的生成	/264
二、请求权竞合的原因	/270
三、请求权竞合的理论	/278
第二节 物权请求权与合同上的请求权	/286
一、基于合同的债务履行请求权与物权请求权	/286
二、合同终止的义务违反与物权请求权	/287
三、合同被撤销与物权请求权	/288
四、合同解除与物权请求权	/289
第三节 物权请求权与占有保护请求权	/290
一、占有的法律性质	/291
二、占有保护请求权存在的意蕴	/292
三、物权请求权与占有保护请求权的区别	/293
四、物权请求权与占有保护请求权的竞合	/294
第四节 所有物返还请求权与不当得利返还请求权	/295
一、不当得利返还请求权及其法律构成	/295
二、所有物返还请求权与不当得利返还请求权的对立	/297
三、所有物返还请求权与不当得利返还请求权的比较	/299
四、所有物返还请求权与不当得利返还请求权的竞合	/301
第五节 物权请求权与损害赔偿请求权	/304
一、损害赔偿请求权及其法律构成	/304
二、物权请求权与损害赔偿请求权的比较	/305
三、物权请求权与损害赔偿请求权的竞合	/308
尾论：我国物权请求权制度的法律重构	/310
一、从《民法通则》到《物权法》：一个批判的视角	/310
二、从形式到内容：一种建构的维度	/327
参考文献	/336
后记	/351

第一章

物权请求权制度的历史 生成和立法表达

第一节 物权请求权制度的历史生成

巴里·尼古拉斯在《罗马法概论》一书中指出，“对任何法律制度的理解都不能完全脱离该法律制度所为之服务并且对之加以调整的社会的历史”。^① 所以，对物权请求权制度的理解同样也不能完全脱离该法律制度所为之服务并且对之加以调整的社会的历史。虽然在英美法系中，也存在对所有权、占有等进行保护的各项规定，譬如侵权领域中的“返还不法扣留动产之诉”（Detinue）、“返还不法取得动产之诉”（Replevin）、“回复不动产之诉”（Ejectment）以及“侵害禁止令”等，^② 但这些具体规定尚不构成一个抽象的整体，因此还不能称之为一项法律制

① [英] 巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》（第二版），黄风译，法律出版社2004年版，第4—5页。

② 史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第531页；[日] 广中俊雄：《物权法》（增补第二版），青林书院1983年版，第214页。

度。^① 所以，物权请求权制度的“前生今世”亦即历史的嬗变和制度溯源不得不从大陆法系主要国家的法律制度史中去寻查、认知和诠释。

一、罗马法中物权请求权制度的萌芽

民法研究者有谚云：言必称罗马。的确，罗马私法体系之完美、内容之丰富、表达之准确，以及所蕴涵的巨大而深邃的私法文化价值，不仅使其成为后世民法法系的制度楷模、理论渊藪，而且至今仍是研究民法各项制度溯源不可或缺的宝贵的历史资料。所以，从法制史上看，近现代各国民法^②所承认的物权请求权制度乃肇始于两千多年前的罗马法。当时，罗马帝国作为鼎盛的奴隶制国家，在经济高度发达的同时也产生了高度完善的私法制度，当今许多私法制度都可以在罗马法中找到它的本体或者影子。大陆法系的很多法律制度都是对罗马法律制度的继受，其中，罗马法中关于物权的性质、物权的效力、物权的种类、物权的变动等规定相继被民法法系国家所继受。但是在罗马法中并没有物权的概念，而“物权”（Jus in rem）这个法律术语还是后世

^① “法律制度”（Rechtsinstitut）指由法律加以调整的安排，许多法律制度同时也是法律关系，一般而言，法律制度是在抽象的意义上使用的，而法律关系的概念往往指向具体的法律行为或者某项具体的权利，法律制度的概念则没有这种具体的指向。本书物权请求权制度正是在此意义上使用。参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第57页。

^② 梁慧星教授指出，“所谓近代民法，指经过17、18世纪的发展，于19世纪欧洲各国编撰民法典而获得定型化的，一整套民法概念、原则、制度、理论和思想的体系。在范围上包括德、法、瑞、奥、日及旧中国民法等大陆法系民法，并且包括英美法系民法”；“所谓现代民法是指近代民法在20世纪的延续和发展，可以说是现代社会的近代民法”。参见梁慧星：《从近代民法到现代民法——20世纪民法回顾》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第7卷），法律出版社1997年版，第233、241页。

学者对罗马法中有关物权方面内容规定的抽象和概括，是中世纪注释法学派在解释罗马法时所创造，但对物权的概念本身渊源于罗马法这一客观事实在法学界则没有任何异议。^① 罗马法中所创设的物权种类有所有权、役权、地上权、永租权、抵押权五种。^② 这几种类型的物权在现实生活中仍然存在，所以对它们的理解和认知并非难事。同样，在罗马法中也不存在物权请求权制度这个学理概念，但是罗马法上的物权保护制度与现代物权请求权制度的蕴涵及其价值诉求存有许多相似之处，所以，罗马法中的物权保护制度和机理在某种程度上已具有物权请求权制度的萌芽，即使它与现代大陆法系国家的物权请求权制度相比具有较大的差异。

（一）罗马法对所有权的保护

与现代民法的所有权种类不同，罗马法上的所有权分为市民法所有权、大法官法所有权、万民法所有权和行省土地所有权四种。市民法所有权是指由早期罗马法所确认和保护的所有权，其主体是罗马市民，其客体为罗马物；^③ 万民法所有权亦称外国人所有权，是指对外国人在交易中取得的财产进行保护而产生的所有权；大法官法所有权是指大法官为克服“要式买卖”和“拟诉弃权”的弊端，保护买受人的利益而创设的所有权；行省土地所有权是指对被征服的意大利土地之外的外省土地所有权。

罗马法保护所有权的方法，因所有权的形式不同而不同。对

① 参见钱明星：《物权法原理》，北京大学出版社1994年版，第9页；王利明：《物权法论》，中国政法大学出版社1998年版，第1页。

② [英]巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》（第二版），黄风译，法律出版社2004年版，第153—172页。

③ 所谓罗马物，是指被人们视为家庭中贵重财产的妻、子女、奴隶和能驮物拉车的牲畜以及“世袭住宅”等。

市民法所有权的保护方法主要为所有物返还之诉和禁止妨害之诉；^①对万民法所有权的保护方法主要有拟制诉讼；^②对裁判官法所有权的保护方法主要为菩布利西亚那之诉；对行省土地所有权的保护方法主要是占有保护。^③下面仅对所有物返还之诉、禁止妨害之诉和菩布利西亚那之诉这三种主要的保护所有权的诉讼予以诠释。

1. 所有物返还之诉 (Actio rei vindicatio)

所有物返还之诉 (Actio rei vindicatio) 又称“物件返还诉” (Rei vindicatio)，是指所有人用以请求返还其被他人非法占有的所有物为目的的诉讼。

(1) 所有物返还之诉的构成要件。①须标的物被他人非法占有。标的物须符合以下要求：第一，最初须为罗马物（古代法且只限于要式移转物，）以后逐渐扩及其他财物。第二，以有体物为限，故役权和债权均不适用。但“准占有”制度出现后，也可适用于无体物。第三，须经个别指定。第四，须独立存在，如与他物附合，则所有人不能提起返还所有物之诉，而只能请求损害赔偿；如果被侵占的物件能够与其他物分离，则必须先提起“提出物件之诉” (Actiones ad exhibendum)，然后再提起返还所有物之诉。②原告须为失却占有的所有权人。它包括两层含义：

① 此外，还有两种次要的保护方法，即盗窃之诉 (Actio furti furtiva) 和侵害财产之诉 (Actio damnum in iuria datum)。

② 在罗马古代，外国人不受市民法的保护，不得行使罗马人的诉权，所有物被偷盗不得提起偷盗之诉，所有物被毁损，也不得提起侵害财产之诉。但后来，寄居罗马的外国人可拟制为罗马的公民身份，用“拟制诉讼”的方式提起偷盗之诉和侵害财产之诉等保护方式。所谓拟制诉讼 (actiones ficticiae)，即依市民法的诉讼程序进行，但在诉讼中不表明当事人身份，如不称“市民所有人”，而仅称所有人；也不表明所有权的性质，但实际上与保护市民法的所有权相同。

③ 行省土地因不属罗马物件，故不受市民法所有权的保护，不得于时效完成后取得所有权，也不受菩布利西亚那之诉的保护，只受占有原则的保护。

第一，须为所有权人，非所有权人（例如占有人）不适用。所谓“所有权人”，始初仅指市民法所有人，外国人和大法官所有人都不包括在内，到了帝政后期，只要是所有权人即可。第二，所有权人须失去对所有物的占有。所有权人如果没有失去对所有物的占有，则不能充当原告。作为非所有权人的占有人失去占有受占有保护令状的保护，不需要援用繁复的诉讼程序。^③被告。返还所有物之诉可向任何持有该物的第三人提起。在诉讼中，以物的事实占有人为被告。被告包括以下几种人：第一种，实际占有标的物的人。帝政初期，原告只能对在诉讼时占有标的物的人提起诉讼，并需要在大法官前确认被告仍占有其物，否则，诉讼不能成立。被告可以交还其物以息讼争，若被告坚持自己是该物的所有人，并在诉讼中继续保持对该物的占有，则被告应提供保人，保证随传随到，不为任何欺诈行为，并在败诉时支付审判员所判的罚金；若被告不能提供适当的保人，则大法官就维持现状。裁定标的物仍为被告占有，但也可以将标的物交由讼争管理人管理。第二种，持有标的物的人。持有与占有的区别是，占有人有将标的物据为己有的意思，持有人则没有这种意思。乌尔皮亚努斯时，凡标的物持有人（如承租人、受寄人等）都可以作为被告。到了君士坦丁一世时，因为持有人对物件通常无切身的利益，允许其指出占有人而脱离诉讼。第三种，假占有人（*fi-tus possessor*）。即假充真正占有人与原告进行缠讼以帮助真正占有人完成取得时效的人。第四种，前占有人。即曾经是占有人，但在“证讼”前恶意地将所占有的他人的物毁灭、抛弃、隐匿或转移的人，在法律上仍被视为占有人。帝政以后，对实际上没有占有标的物的人，一经查明属实，应立即将其释放。

（2）所有物返还之诉的程序。在“法定诉讼”时期，当事人用宣誓来解决讼争物所有权的归属问题；在“程式诉讼”时期，宣誓决讼的办法仅在大审员审理案件时仍适用。对于一般案

件，原告可以在“协议程序”和“申请程序”中择一进行。^①在诉讼中，原告须证明：原告可以进行抗辩和反证，其方法包括消极的否认和积极的主张。消极的否认包括对原告所有权的否认、对本人占有事实的否认等。积极的主张包括：第一，证明其拥有永租权或用益权等物权；第二，主张被告本人有占有原告所有物的权利以对抗原告的返还请求权；第三，被告证明其享有债权而提出积极抗辩，如“诈欺之抗辩”（*exceptio*）、“让渡出卖物之抗辩”等，以完全推翻原告之诉；第四，以债权为根据，提起诸如留置权（*Jus retentionis*）的积极主张。

（3）所有物返还之诉的效力。^①原物与孳息的返还。如果原告胜诉，被告应将原物返还于原告。对于孳息，善意占有人对诉讼开始前取得的孳息，无须返还；恶意占有人对诉讼开始前后所取得的孳息，都须返还。^②标的物毁损、灭失的赔偿责任。善意占有人对在诉讼开始前标的物的毁损、灭失，即使有重大过失也不负责。但对诉讼开始前因标的物的毁损、灭失而受有利益的，其应在所受利益限度内对原告负返还责任；恶意占有人对诉讼开始前因标的物的毁损、灭失，即使只有轻微过失也应对原告承担损害赔偿责任。^③被告支出费用的返还。对于被告施加于标的物的费用，可否向所有人求偿，则视被告是善意还是恶意、费用是必要费用、有益费用还是奢侈费用而不同。在古典时期，善意占有人可以请求返还必要费用、有益费用，并且在原告返还前对标的物享有留置权，但不得要求返还奢侈费用；恶意占有人对于任何一种费用都不得要求返还。到了优帝时期，对于善意占有人的有益费用，规定应当就标的物因此增加的价格与被告所支出的费用额二者中的较低者受偿，但如果因此于原告不利时，仅承认被告的取回权；对于恶意占有人的必要费用，承认其求偿权；

^① 周相：《罗马法原论》（上），商务印书馆1996年版，第175—181页。

对于奢侈费用，则不论被告是善意还是恶意，都承认其取回权，不过其行使应受到下列条件的限制：第一，所有人不愿偿还费用以维持现状；第二，取回不至加害于标的物；第三，取回对取回人有利。^①

2. 禁止妨害之诉 (Actio negatoria)^②

禁止妨害之诉 (Actio negatoria)，是指所有人在他人妨害其所有权的行使时提起的以消除、防止他人的妨害为目的的诉讼。创设禁止妨害之诉的目的有三：一是要法官宣告被告无权；二是要要求被告赔偿由其妨害行为而产生的损害；三是禁止现在及将来的妨害行为。在必要时，法官可判令被告提供“不再妨害的保证” (Cautio cle non amplius furbando)。提起禁止妨害之诉的主体，最初只限于市民法所有人，后来其他所有人（如万民法所有人）乃至他物权人（用益权人、永租权人等），也可提起。但是，基于债权关系的相关权利人（如承租人）在其利益受到损害时，不得直接提起禁止妨害之诉，只能请求其所有权人（出租人）提起该诉，如所有人不愿起诉，则可通过提起“承租人之诉” (Actio Conducti)，以促使所有权人（出租人）提起禁止妨害之诉。禁止妨害之诉的举证责任同于返还所有物之诉。原告应证明所有权的存在，以及被告妨害其所有权行使的事实；被告如主张其物权或债权的存在，则举证责任转移至被告。禁止妨害之诉的效力在于，禁止妨害人继续为妨害行为并赔偿已产生的损失，以及否定被告实施控制行为的权利。

^① 郑玉波：《论所有物返还请求权》，载郑玉波：《民商法问题研究》（三），作者自版1982年版，第73—74页。

^② 该诉既适用于对市民法所有权的保护，也适用于对万民法所有权的保护；既适用于对所有权的保护，也可以扩大适用于对他物权的保护。