



法律与社会丛书



我国物权立法难点问题研究

崔建远 主 编

申卫星 副主编



清华大学出版社



法律与社会丛书

我国物权立法难点问题研究

崔建远/主编 申卫星/副主编

清华大学出版社 /
北京

内 容 简 介

本书对长期困扰我国物权立法的重大疑难理论问题进行了充分研究,既有对物权立法宏观理论和结构的反思,例如对是否采纳物权行为理论以及我国物权立法的模式选择、物权客体的特定性理论的反思,也有对诸如典权、居住权、地役权、准物权、优先权、让与担保、所有权保留等具体制度取舍的论证,以及具体的制度设计研究,还包括对我国物权立法中不动产物权登记的设计、国有土地使用权制度重构的设想、现有土地承包经营权制度的完善。这些研究成果会对我国物权立法产生积极影响,增强立法者的信心,提高立法的科学化。

本书适合法学大专院校的学生和研究生学习,也适合司法实践人士阅读。

本书系司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目的最终研究成果。

版权所有,翻印必究。举报电话:010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

我国物权立法难点问题研究/崔建远主编. —北京:清华大学出版社,2005.6

(法律与社会丛书/高鸿钧主编)

ISBN 7-302-10705-X

I. 我… II. 崔… III. 物权法-立法-研究-中国 IV. D 923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 022885 号

出 版 者: 清华大学出版社 地 址: 北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn> 邮 编: 100084

社 总 机: 010-62770175 客 户 服 务: 010-62776969

责任编辑: 方 洁

印 装 者: 北京国马印刷厂

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 155×230 印 张: 28.75 彩 插: 1 字 数: 428 千字

版 次: 2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-10705-X/D·165

印 数: 1~4000

定 价: 40.00 元

目 录

第一章 我国物权立法与物权行为理论	(1)
第一节 从解释论看我国现行法与物权行为	(1)
第二节 从立法论看我国物权立法与物权行为	(43)
第二章 物权客体的特定性及其反思	(65)
第一节 物权客体与特定性	(65)
第二节 各类物权与客体的规格	(69)
第三节 概括物权客体属性的思维方式	(74)
第三章 我国物权法应当选取的物权变动模式	(76)
第一节 物权变动模式选择的问题类型与研究方法	(79)
第二节 物权变动模式的比较考察	(91)
第三节 中国内地物权变动模式的立法选择:在意思主义 与形式主义之间	(103)
第四节 中国内地物权变动模式的立法选择:在物权形式 主义与债权形式主义之间	(111)
第四章 典权制度应予承继	(135)
第一节 典权的概念分析	(135)
第二节 新中国法律对于典权的态度	(136)
第三节 典权的存废之争	(143)
第四节 典权的效力	(148)
第五节 典权的取得、期限和消灭	(155)
第六节 典权与他国相似制度的比较	(160)



第五章 国有土地使用权制度的重构	(167)
第一节 权利的称谓	(167)
第二节 权利的目标模式	(168)
第三节 关于创设区分地上权	(170)
第四节 关于法定地上权	(178)
第五节 地上权的取得	(181)
第六节 放宽对地上权的流转限制	(181)
第七节 地上权的撤销与终止	(182)
第六章 土地承包经营权制度的完善	(185)
第一节 概念分析	(185)
第二节 农用权的成立要件	(186)
第三节 流转条件的修正	(189)
第四节 规范转让、转包、互换等用语	(189)
第五节 农用权的撤销、调整与终止	(190)
第七章 地役权制度的立法价值与模式选择	(193)
第一节 立法空间:地役权与相邻关系的比较	(193)
第二节 立法价值:地役权制度的独特功能	(196)
第三节 立法设计:名称与体例的考量	(200)
第八章 居住权制度及其创设	(205)
第一节 居住权的发展历史与继受现状	(205)
第二节 居住权制度的功能	(212)
第三节 居住权制度的构建	(222)
第九章 优先权制度的立法思考	(231)
第一节 优先权的立法趋势:优先权是一项已经衰微了的 法律制度吗	(231)
第二节 优先权的立法价值:优先权非其他担保物权所 能替代吗	(237)
第三节 优先权的性质:究为物权还是债权,抑或一项 “四不像”的权利	(242)
第四节 优先权种类的立法选择	(248)

第五节	优先权的效力	(250)
第六节	优先权的顺位	(251)
第七节	设立优先权制度的理论难点及其解决	(254)
第十章	让与担保及其区别对待	(261)
第一节	德、日让与担保制度的发展概况	(261)
第二节	让与担保的社会机能	(264)
第三节	我国物权立法应否规定让与担保	(266)
第四节	让与担保中的法律关系	(284)
第五节	让与担保的公示	(295)
第六节	结语	(297)
第十一章	所有权保留制度及其借鉴意义	(299)
第一节	所有权保留制度的历史与比较	(299)
第二节	所有权保留制度的基本构成	(313)
第三节	所有权保留的种类	(325)
第四节	所有权保留的适用范围	(334)
第十二章	我国物权立法与准物权	(338)
第一节	准物权概述	(338)
第二节	从学术性的角度看准物权与物权立法	(357)
第三节	从实用主义的角度看准物权与物权立法	(358)
第十三章	不动产登记与我国物权立法	(360)
第一节	我国不动产登记立法和运作的现状	(360)
第二节	我国不动产登记法的定位	(362)
第三节	我国不动产登记机关的设计	(366)
第四节	我国不动产登记的适用范围	(368)
第五节	我国不动产登记类型的设计	(377)
第六节	我国不动产登记程序的设计	(430)
第七节	我国不动产登记簿的设置和登记的顺位	(437)
第八节	登记机关的赔偿责任	(442)
第九节	登记费用	(444)
后记		(452)

第一章 我国物权立法与物权行为理论

第一节 从解释论看我国现行法与物权行为

一、问题的提起

物权行为的独立性,有学者译为物权行为的区分原则(Trennungsgrundsatz)或分离原则,是指将物权行为和债权行为在观念上截然分开,赋予两者以完全独立意义的原则。物权行为的无因性,有学者译为抽象性原则(Abstraktionsgrundsatz),是指将物权行为的原因或原因行为从物权行为中抽离,不以原因或原因行为的欠缺或不存在影响物权行为的效力的原则。它们系德国民法特有的理论,后被中华民国的民法理论所继受,至今仍然盛行于中国台湾地区。中国内地的许多学者主张中国民法应承认物权行为理论,有的只赞同采取物权行为的独立性,有的主张彻底确立物权行为的独立性和无因性,其理由种种。在这个题目上,至少存在着三方面的问题需要讨论。其一,在解释论的层面,应否以物权行为理论解释中国现行法的规定和处理实际案件;其二,在立法论的角度,制定中国的物权法典乃至民法典时,是否应将物权行为确立为一项民法制度;其三,在学说上,如何认识和评论赞同物权行为制度及其理论的理由。

二、对立的观点

在解释论的层面,应否以物权行为理论解释中国现行法的规定和处理实际案件,存在着截然对立的肯定说与否定说。

肯定说认为,我国现行法坚持了分离原则,其例证是立法者在制定



《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)时并未考虑承认还是否定物权行为,其第72条第2款并未否定物权意思表示,《中华人民共和国合同法》(以下简称为《合同法》)第133条亦未否定所有权转让中的物权合意,这显示了我国现行法是承认物权行为理论的。^①《合同法》第51条关于无权处分的规定,应被解释为买卖等债权行为有效,只是物权行为的效力待定。^②肯定说还认为,最高人民法院于1995年12月27日发布的《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》第12条、第14条的规定,同样确认了物权行为制度。

笔者认为,肯定说关于我国现行法已经承认了物权行为理论的断语,不符合立法原意,忽视了立法背景及理论背景,违反了全部民法制度的体系化的要求。不是“我注六经”,而是“六经注我”。笔者坚持在解释论上应采否定说。

三、如何解释《民法通则》第72条第2款、《合同法》 第133条的规定

有些赞同中国民法采取了物权行为理论的学者认为,《民法通则》第72条第2款关于“按照合同或者其他合法方式取得财产的,财产所有权从财产交付时起转移”的规定、《合同法》第133条关于“标的物的所有权自标的物交付时起转移”的规定等条文,是否承认了独立的物权意思,并未明确。在这种情况下,应当按照《民法通则》第72条第2款所处的位置来确定所谓“合同”的性质。“按照合同”取得所有权,显然要求有关于取得所有权的合意,该合意属于物权合意。^③由于《合同法》第2条关于合同的界定未排除物权合同,所以,《合同法》第51条所谓合同的效力待定是指物权合同的效力待定。^④

对此观点,笔者从以下几个方面予以分析和评论。

① 田士永:《物权行为理论研究》,72页,北京,中国政法大学出版社,2002。

② 丁文联:《无权处分与合同效力》,载《南京大学法律评论》,1999年秋季号,78页;田士永:《物权行为理论研究》,224~232页,北京,中国政法大学出版社,2002。

③ 田士永:《物权行为理论研究》,73页,北京,中国政法大学出版社,2002。

④ 田士永:《物权行为理论研究》,228~230页,北京,中国政法大学出版社,2002。

第一,如果“立法者制定《民法通则》时并未考虑承认还是否定物权行为,其第72条第2款并未否定物权意思表示”之语,只是在陈述客观现象,那么,笔者没有异议。如果论者把当事人双方关于移转标的物所有权的合意,作为构成买卖合同的意思表示的组成部分,换言之,形成买卖合同的效果意思由两部分构成,即由发生债权债务的效果意思和引发物权变动的效果意思组成,那么,笔者表示赞同。但如果论者是在遵循“《民法通则》未否认物权行为,其第72条第2款就是规定了物权合意,承认了物权行为”的逻辑,那么,笔者则持有不同见解。

该观点及其逻辑的第一点不妥,表现在它不合中国民法对非常重要的原则的处理习惯。对于一项非常重要的原则,中国民法若认可,就从正面予以规定,至少要在立法说明中特别指出来,如平等、诚实信用、公平、自愿等原则;若反对或观望,则不予设置条文明确规定,或者在立法说明中予以解释,如计划、情事变更等原则。对于非常重要的原则,中国民法并不会一方面不予正面否认,另一方面却通过有关条文予以承认。

该观点及其逻辑的第二点不妥,表现在它的极不周延。其例证之一是,中国民法未明确表态否认约因制度(consideration),《民法通则》第4条关于民事活动应当遵循有偿原则的规定,《合同法》第186条第1款关于任意撤销赠与的规定,以及其他有关条款的规定,与约因制度的精神及功能相像,是否就应解释为承认了约因制度?恐怕多做否定的回答。其例证之二是,中国民法未明确表态否认亲权制度,《民法通则》第16条至第19条以及第133条关于监护的规定,与亲权制度的许多内容重合,是否就应解释为对亲权制度的承认?通说同样持否定意见。其例证之三是,中国民法未明确表态否定“口头证据规则”(parol evidence rule),《合同法》第61条和第125条关于合同解释的规定,有些方面与“口头证据规则”的内容或功能相符,是否就应解释为承认了“口头证据规则”?至今未见有人如此表达。^①其例证之四是,中国民法未明确表态否定惩罚性损害赔偿,《合同法》第113条第2款规定,经营者对消费者提供商品或者服务

^① 崔建远:《从解释论看物权行为与中国民法》,载《比较法研究》,2004(2)(总第72期),60~61页。

有欺诈行为的,依照《中华人民共和国消费者权益保护法》(以下简称为《消费者权益保护法》)的规定承担双倍的损害赔偿责任。这是《合同法》将惩罚性损害赔偿作为自己的责任类型吗?回答又应当是否定的。其理由在于,首先,如果是将惩罚性损害赔偿作为自己的责任类型,《合同法》就应当从正面直接规定,而不是规定“依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任”。其次,《合同法》确立违约损害赔偿制度的目的是使守约方获得合同正常履行时所能取得的利益,而非助他取得不当得利。如此,《合同法》不宜承认惩罚性损害赔偿。再次,《消费者权益保护法》不像《合同法》那样温情脉脉,要求等价交换,坚持完全赔偿原则,而是旗帜鲜明地高扬优先保护消费者的大旗,明确规定惩罚性损害赔偿(第49条)。《消费者权益保护法》属于经济法的范畴,而补救民法自然运行所带有的天然缺陷,是经济法的天职,作为民商法范畴的《合同法》对此无权也不应该予以否定,只能尊重,于是,出现了《合同法》第113条第2款规定的模样。^①

第二,如果此处所谓“物权合意”属于物权行为范畴,那么,笔者认为这是曲解了《民法通则》第72条第2款规定的本意,忽视了相关制度未体现出物权行为理论这一事实。

由于法律制度并不是由各个具体的法律规范相加而成的总和,而是一个内容连贯的规则体系,其中的每一项规范都有其特别的意义。因此,我们不仅要正确理解各个用语或句子的意义,同时还必须正确理解某些规则的意义以及各项规则之间的关系。我们“适用”的不仅仅是某一个别的法律文句,而是整个法律规则,并且时常同时适用若干项法律规则。所以,解释法律不仅要揭示某个具体的用语的意义,而且往往要说明整个规则组合的意义以及各个规范之间的关系。^② 这个思想及方法具体运用到解释《民法通则》第72条第2款、《合同法》第133条的规定上,就形成这

^① 当然,《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释[2003]7号)规定了若干类型的惩罚性损害赔偿(第8条、第9条),值得重视,它带来的法律思想的变化,需要深思。

^② [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译,谢怀栻校,102页,北京,法律出版社,2003。

样的结论:如果《民法通则》第72条第2款和《合同法》第133条的规定承认了物权行为的独立性与无因性,那么,在相当的民法领域必然有相应的体现,相关的民法制度必须予以衔接和配合,否则,就不宜得出法律承认了物权行为制度的结论。

需要予以衔接和配合的领域之一,是法律行为无效的原因。《民法通则》第58条第1款第5项规定,违反法律或者社会公共利益的民事行为无效。《合同法》第52条第4项规定,损害社会公共利益的合同无效。它们适用于包括各类合同在内的一切民事行为。假如按照上述物权行为肯定论者的解释,我国法确立了物权行为制度的话,那么它们也适用于物权行为。这样一来,问题便产生了:物权行为在于履行债务,仅具技术性,伦理上为中立,不发生其内容是否悖于公序良俗之问题,物权行为本身仍属有效,基于无因性之理论,并不受原因行为(私娼馆买卖)无效之影响。^① 物权行为是否独立实在是一个高度技术性的选择,完全不涉及任何价值理念的选择。^② 在事实上也很难想像,一个关于所有权转让的单纯合意,会是违反善良风俗的。^③ 就是说,买卖合同等“债权行为”不得违反社会公共利益,违反者无效,但在“债权行为”被确认为无效之前,因履行它而形成的物权行为不受其影响,即依然有效。^④ 事实是,《民法通则》第58条和《合同法》第52条未作这样的区分,在民事行为因侵害社会公共利益无效场合,没有例外承认什么物权行为依然有效。这表明,物权行为肯定论者对《民法通则》第72条第2款和《合同法》第133条规定的解释,

① 王泽鉴:《债法原理·不当得利》(总第2册),105页,北京,三民书局,1999。

② 苏永钦:《跨越自治与管制》,227页,台北,五南图书出版公司,1999。

③ 联邦德国最高法院:《新法学周刊》,613页、615页,1973;385页,1990;[德]鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,97页,北京,法律出版社2004。

④ 现今德国通说则认为,物权行为的内容固为中性,原则上无法违反公序良俗,然而在某些案件中,物权移转本身,即在追求违反公序良俗的不正当性,甚或其不正当性的目的系经由物权的移转而促成。于是,部分学者对物权行为是否违反公序良俗,则采取较严格的标准,亦即惟有在第三人的利益或公共利益因物权行为而受损害时,始得认定该物权行为违反公序良俗而无效。见[德]鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,97页,北京,法律出版社,2004;Flume, II, S. 188; Larenz, AT, S. 22 III, S. 449 ff; Medicus, AT, Rn. 712。转引自郑冠宇:《物权行为无因性之突破》,载《法学丛刊》,第43卷第4期(总第172期),1998,64页。



得不到相应制度的支持。^①

需要衔接和配合的领域之二,是民事行为无效、被撤销、不被追认时的法律效果。如果说我国现行法确立了物权行为制度,那么,《民法通则》第61条第1款规定的民事行为无效、被撤销后的返还财产,须是以不当得利为其法律基础,考察《合同法》第58条规定的返还财产也应如此理解。但是,若把返还财产的法律基础定为不当得利,那么,《合同法》第58条关于“合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿”的规定,就显得不可思议。因为,不当得利中的所谓“利益”,既可以表现为有体物(所有权)的类型(侵权行为引起的不当得利类型常为此种表现),也可以表现为“差额”的利益形态(给付不当得利中时有发生),还可以表现为量化的价值(添附造成的不当得利类型的利益形态)。无论何者,都“能够返还”,且“有必要返还”,除非债权人免除此项债务。如此,《合同法》第58条规定“因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿”,不是莫名其妙吗?其实,只要我们不按《合同法》承认了物权行为及其无因性来解释,其第58条规定的各个层次就各有妙用,意味深长:如果财产为有体物并且继续存在,合同无效或被撤销时该有体物所有权复归于给付人,从权利的角度看,所谓“返还财产”为所有物返还请求权。如果该有体物被受领人消费或者变卖,或者给付本来就是劳务,那么,形成“不能返还”,就“应当折价补偿”。虽然仅就文义,可以将“应当折价补偿”解释为损害赔偿的性质,也可以不当得利为法律基础,但从体系解释的方面考虑,因第58条后段规定“有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失”,所以,只有把“应当折价补偿”的法律基础解释为不当得利,才符合逻辑。如果双方均有所给付,合同无效或者被撤销时,当事人愿意采用“差额”法返还不当得利,即“应当折价补偿”的法律基础为不当得利,那么,也就“没有必要返还”给付的原物了。^②

^① 崔建远:《从解释论看物权行为与中国民法》,载《比较法研究》(总第72期),2004(2),61页。

^② 崔建远:《从解释论看物权行为与中国民法》,载《比较法研究》(总第72期),2004(2),62页。

需要予以衔接和配合的领域之三,是合同解除制度。有溯及力的合同解除,可能发生的法律后果,《合同法》第97条并列规定了“恢复原状”、“采取其他补救措施”、“赔偿损失”三种。考察《合同法》草案到现行合同法条文的演变,会发现“恢复原状”仅仅指原物返还,在给付物为不动产且已经办理了移转登记时,则是先将受领人的登记注销,使不动产登记恢复到给付人的名下;“采取其他补救措施”是从“几种类型的不当得利返还”改过来的。为了说明这一点,有必要做一些简要的考察。

1995年1月提交给法工委的《中华人民共和国合同法(建议草案)》(以下简称为《合同法建议草案》),将合同解除的效果分为三大类,一类是恢复原状(第103条),一类是损害赔偿(第104条),一类是同时履行(第105条)。第三类是对前两类所生义务在履行时可以抗辩的规定,与前两类义务不是一个层次的问题,不属于此处所讨论的问题。关于恢复原状,在当事人双方均无给付的情况下,自动恢复到当事人双方未订立合同时的状态;在当事人一方或者双方已经有所给付的情况下,产生恢复原状的义务,依据《合同法建议草案》第103条的规定,其形态表现为:(1)返还原物;(2)受领的标的物为金钱的,应同时返还自受领时起的利息;(3)受领的标的物为劳务或物品使用的,应以金钱偿还;(4)受领的标的物生有孳息的,应一并返还;(5)就应返还的物已经支出了必要或有益费用,有权在他方受返还时所得利益的限度内,请求返还;(6)应返还的物因毁损、灭失或其他事由不能返还的,应按该物的价款予以返还。《合同法建议草案》设置了若干新制度,规范相对复杂,受到一些同志的批评。

全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室(以下简称为民法室)于1995年10月16日起草的《中华人民共和国合同法(试拟稿)》把合同解除的效果浓缩为“当事人解除后,当事人应当履行因解除合同产生的义务。有过错的一方给对方造成损失的,应当承担民事责任。”(第60条)该义务的法律基础是什么,从该规定中不易判明。因该试拟稿基本上没有对《民法通则》和《中华人民共和国合同法》(以下简称为《经济合同法》)做出改进,不适应新形势需要的部分,受到了许多学者的批评。

有鉴于此,法工委发扬民主作风,广泛听取各方面的意见,于1996年5月27日至6月7日,在北京西郊龙泉宾馆召开由立法部门、司法部门、



行政管理部门的代表和专家学者组成的修改合同法草案的研讨会,以《合同法建议草案》和1995年10月16日的民法室试拟稿为基础,将这二稿相互对照,并阐明沿用《民法通则》等法律相关规定与否的理由,修改形成1996年6月7日的《中华人民共和国合同法(试拟稿)》。试拟稿第73条第1款规定:“合同解除后,需要恢复原状的,应当恢复原状。因一方违约致使合同解除的,应当承担违约责任。”^①从总的精神看,在合同解除的效果方面,吸收了《合同法建议草案》的恢复原状、损害赔偿两项效力,但不再具体列举恢复原状的表现形式。

法工委于1997年5月14日交由专家学者讨论的《中华人民共和国合同法(征求意见稿)》在合同解除的效果方面,沿用了1996年6月7日法工委试拟稿的规定(第69条)。

1997年9月20日,法工委草拟的《中华人民共和国合同法(征求意见稿)》,于第88条规定:“合同解除后,需要恢复原状的,应当恢复原状。合同解除不影响当事人请求赔偿损失。”

1998年12月21日印制的、向全国人大常委会提交的三次审议稿《中华人民共和国合同法(草案)》在合同解除的效果方面,表述有所变化,其第98条规定:“合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以请求恢复原状,或者采取其他补救措施。”第99条规定:“合同终止,不影响合同中结算和清理条款的效力,不影响当事人请求损害赔偿的权利。”

《合同法》肯定了上述“三次审议稿”关于合同解除效果的思想,将《中华人民共和国合同法(草案)》第99条涉及合同解除的损害赔偿并入第98条之中,形成《合同法》第97条的规定:“合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔偿损失”。

总结上述的演变,对《合同法》第97条关于合同解除效果的规定,可作如下解释:所谓“恢复原状”,其含义较《合同法建议草案》第103条规定

^① 梁慧星:《民法学说判例与立法研究》(二),138~149页,北京,国家行政学院出版社,1999。

的恢复原状为窄,在给付物为动产时仅仅指“有体物的返还”,在给付物为不动产且已经办理了移转登记时,则是先将受领人的登记注销,使不动产登记恢复到给付人的名下,不再包括“所提供劳务的恢复原状”、“受领的标的物为金钱时的恢复原状”、“受领的有体物灭失时的恢复原状”等。“所提供劳务的恢复原状”、“受领的标的物为金钱时的恢复原状”、“受领的有体物灭失时的恢复原状”等类型属于“采取其他补救措施”。如果合同法采纳了物权行为理论,“恢复原状”、“采取其他补救措施”就不应并列,只规定一种就足够了。其道理在于,返还原物或者先将受领人的登记注销,使不动产登记恢复到给付人的名下,固然是使双方当事人的关系恢复到未订立合同时的状态,返还受领的金钱同样是使双方当事人的关系恢复到未订立合同时的状态;在受领的标的为劳务或物品利用的场合,其返还依旧是使双方当事人的关系恢复到未订立合同时的状态;应返还的物因毁损、灭失或其他事由不能返还的,应按该物的价款予以返还,这仍然是使双方当事人的关系恢复到未订立合同时的状态。^① 在采用物权行为独立性与无因性的制度下,这些恢复原状的法律基础是不当得利返还请求权,而非物的返还请求权。既然如此,对于这些返还类型完全可以用一个上位概念,如“不当得利返还”,或“恢复原状”,或“返还财产”,或其他什么表述加以概括,而不应采用“恢复原状”和“采取其他补救措施”两个范畴并列的模式。《合同法》第97条把“恢复原状”、“采取其他补救措施”、“赔偿损失”并列,只要立法者未犯逻辑错误,就表明它们各自具有自己的法律基础,如果以直接效果说作为分析合同解除的法律效果的基础,那么,“恢复原状”适用于原物返还场合,在给付物为不动产且已经办理了移转登记时,则是先将受领人的登记注销,使不动产登记恢复到给付人的名下;从权利的角度讲,属于物的返还请求权;“其他补救措施”适用于给付劳务、物品利用、交付金钱、受领的原物毁损灭失等场合,从权利的角度看,属于不当得利返还请求权;“赔偿损失”适用于上述救济方式运用之后,当事人还有损失的情形,为民事责任的范畴。这些解释,只有在《合同

^① 当然,准确地说,只有不再有损害以及损害赔偿的情况下,上述所谓“恢复原状”才是真正的恢复原状,并且只是利益关系意义上的恢复原状。



法》未确立物权行为制度的情况下才能成立。^①

需要予以衔接和配合的领域之四,是债权让与制度。在舍同生教与权利移转的关系上,债权让与非常类似于现物买卖,债权让与合同(德国民法所谓的债权行为)的生效和债权从让与人处移转至受让人处的行为(德国民法所谓的准物权行为)或曰债权移转的结果,是同时发生的,即使按照物权行为理论的分析框架,也是“负担与处分的合意合并于一个表示(至多可以说其间有‘逻辑的一秒钟’)”,“整个交易简单到三种合意(一个债权合意、两个物权合意)可与事实行为的‘交付’同时完成,以至物权得即时移转”^②。尽管我妻荣教授把债权让与作为准物权行为,但是他也认为,因债权让与契约^③同买卖契约、赠与契约一样通过不要式的意思表示而表现,即使在理论上属于不同的存在,而实际上通过同一行为而表现是不存在任何障碍的。^④在债权让与场合,失去了交付、登记这些识别物权行为的外观标志,也使得交付、登记是否为物权行为的组成部分的争论不再必要。使得法国民法的债权意思主义彰显出简洁合理性。^⑤既然如此,从《合同法》第54条第1款第1项、第58条、第97条体系化解释的规则出发,不认为《合同法》第79条等关于债权让与的规定承认了准物权行为,更为妥当。

依据中国台湾地区“民法”第294条第2项的规定及解释,债权人与债务人特约,债权不得让与,在受让人知晓该特约时,不能有效取得债权,只有在受让人为善意时,才保护善意受让人利益。^⑥本来,既然采纳物权行为无因性原则,受让人应当取得债权,不受其是否善意善意的影响,也不受债权让与合同这个债权行为有效无效的影响。中国台湾地区“民法”在债权让与问题上妥协,反倒表明其采纳准物权行为理论的不适当性。

需要予以衔接和配合的领域之五,是错误制度。如果《合同法》采取了物权行为理论,那么因错误而撤销合同就得区分何种情况下撤销债权

① 崔建远:《从解释论看物权行为与中国民法》,载《比较法研究》(总第72期),2004(2),62~63页。

② 苏永钦:《跨越自治与管制》,228页,台北,五南图书出版公司,1999。

③ 此处所谓债权让与契约,是指准物权行为。

④ [日]我妻荣:《新订债权总论》,527页,东京,岩波书店,1964。

⑤ 崔建远、韩海光:《债权让与的法律构成论》,载《法学》(总第260期),2003(7),58页。

⑥ 苏永钦:《跨越自治与管制》,240页,台北,五南图书出版公司,1999。

行为或物权行为。

依据区分债权行为和物权行为的法律制度,债权行为上的意思表示有错误,如甲出卖某画给乙,误书价金,而甲撤销其意思表示时,若设画尚未交付,甲免除给付义务,已为给付的,可以按照不当得利的规定请求返还。物权行为上的意思表示有错误,如甲出卖 A 画给乙,误交 B 画,而甲未撤销其意思表示时,可以不当得利规定请求返还 B 画的所有权。在撤销的情形,则得主张所有物(B 画)返还请求权。^①

不过,在中国内地的民法上,上述误交 B 画之例属于不适当履行买卖合同,除非成立代物清偿,就要一方面由乙返还 B 画,另一方面请求甲承担违约责任。对于乙返还 B 画的处理模式,不认为交付 B 画是个物权行为,也不需要先撤销存在着重大误解的该“物权行为”,甲只要径直基于所有物返还请求权^②,请求乙返还 B 画,就能达到目的。此外,有的案例是合同无效,返还错误交付的物品。就是说,《合同法》第 52 条第 1 款第 1 项不会适用于误交 B 画之例。笔者尚未发现以物权行为错误的理论来处理误交标的物的判决。下面通过一份判决加以说明。

1992 年 9 月 22 日,辽宁省海城市农业银行劳动服务公司综合服务部(以下简称为服务部)与辽宁省鞍山市民政企业公司民众商店(以下简称民众商店)签订了购销汽车合同,约定,民众商店以分期付款的方式从服务部购进苏制 24 吨乌拉尔大型载重货车 15 辆,每辆价款 34 万元,总货款 510 万元;交货地点和方式为需方在供方所在地自提。该批货车交付使用后,民众商店发现车的载重吨位达不到合同约定的 24 吨。通过翻译随车俄文资料方知主车载重 7 吨,挂车载重 6.745 吨。买方要求退车未果,于是诉至辽宁省高级人民法院。辽宁省高级人民法院审理认为:服务部没有销售汽车的经营范围,且合同约定的载重吨位与随车资料记载的载重吨位不符,因而该购销合同应当认定无效。服务部对合同无效负有责任。由于所购汽车已投入使用,无法返还原物。因此,民众商店应给付服务部该批车等值的款项。民众商店和服务部均不服原审判决,上诉

① 王泽鉴:《民法总则》,412 页,台北,三民书局,2000。

② 在学说上,有的主张甲是基于不当得利返还请求权请求乙返还 B 画。