

物权请求权的独立与合并^{*}

——以返还原物请求权为中心

朱 虎

内容提要:在对包括返还原物请求权在内的物权请求权进行规范阐释的基础上,根据制度目标、构成要件和法律后果方面的差异,物权请求权应当与侵权损害赔偿请求权区分开,在理论分析和规范适用中应避免两者的混淆。但是,这种区分并不必然导致物权请求权与侵权请求权的区分,德国法式的独立物权请求权也并非必然的立法和解释选择。即使承认德国法方式具有实现物权债权区分的体系功能,但在承认物权债权体系区分的前提下,仍然存在多种制度构建和阐释的可能性。德国法式区分的不清晰、侵权法本身的发展变化以及我国所一贯采取的救济法思路,所有这些导致了对我国民法的另一种可能阐释方式,即将物权请求权解释为不同于侵权损害赔偿请求权的其他侵权请求权。《物权法》第34、35条就能够相应地被解释为《侵权责任法》的特殊规范,由此避免既有解释方案中的规范适用难题。

关键词: 物权保护 物权请求权 侵权责任请求权 返还原物 损害赔偿

朱虎,中国人民大学法学院副教授。

《物权法》第34、35条将返还原物、停止侵害、排除妨害和消除危险作为保护物权的方式,在其条文表述中并未明确将过错作为这些请求权产生的要件。《侵权责任法》第15条则将这些都作为侵权责任的具体形式,但并未规定特殊的适用要件,故似乎要连接第6条第1款予以解释,而与其他责任形式一样要以过错作为产生要件。此时,如何协调《物权法》与《侵权责任法》之间的规范适用关系,存在诸多观点。这个以解释立场所提出的问题,在《物权法》制定过程中已经在立法立场上被讨论过,即是否有必要在立法上承认德国法式的独立物权请求权。⁽¹⁾ 虽然语境和立场不同,但所有这些讨论却都围绕着一个问题:物权请求

^{*} 本文系“北京高等学校青年英才计划”资助成果之一。

(1) 本文所使用的“物权请求权”系返还原物、停止侵害、排除妨害和消除危险请求权的便利性集合指称,并不指代德国法的区别于债权请求权的独立物权请求权这种制度构建方式,对于后者本文更多地使用“独立物权请求权”予以指代。“侵权请求权”则是在我国《侵权责任法》所规定的侵权责任形式多元化的规范背景下使用的,侵权请求权包括但不限于侵权损害赔偿请求权。本文在具体论述返还原物请求权时,也多集中于讨论根据所有权而产生的返还原物请求权,但相关论述也可扩展于根据其他物权所产生的返还原物请求权。

权究竟应独立于还是被合并于侵权请求权?

有学者主张在立法上合并,⁽²⁾有学者主张二者对立,⁽³⁾最后一种观点则在立法上主张侵权责任承担形式多元化,同时规定独立的物权请求权;这种观点反映在解释的立场上,就是认为在物权的保护上构成侵权请求权和物权请求权的竞合。⁽⁴⁾本文则是在以上争论的基础上,主要以规范适用的立场讨论,如何协调《侵权责任法》第 15 条和《物权法》第 34 条以下规定之间的适用关系。

一 规范阐释:《物权法》第 34 条的制度目标、要件和后果

(一) 制度目标和构成要件

《物权法》第 34 条规定了返还原物请求权,但其要件和后果存在诸多不清晰之处,而解释的基础是其制度目标。按照通说观点,返还原物请求权是以物权所具有的支配性和对世性作为基础,其制度目标在于确立和实现与物权内容相符合的支配状态。如果法律上所分配的对物支配和事实上的对物支配之间存在不一致,法秩序就会做出反应,“只要由于第三人介入其中,对物的事实支配不符合法律上的支配,物权请求权就存在和可被行使”,⁽⁵⁾通过返还原物请求权保障权利人对物的现实支配和直接控制,使得和物权相应的状态得以实现,从而具有维护权利现状的保全性质。具体来说,返还原物请求权具有双重目标:个人—主观权利以及超个人—客观法,即一方面要确保占有人不会损害所有权人利益,另一方面要防止所有权人为重新取得对物的占有而进行自力行为;前一个目标要求权利的客观侵扰,而不要求过错或可归责性,后一目标要求在消除侵扰时注意到法律和平并排除权利人的自力行为。⁽⁶⁾

该制度目标清晰地反映于占有人放弃占有消灭返还原物请求权的情形中。《德国民法典》的立法者强调,为了使得权利状态和事实状态相一致,返还原物请求权要“将物拉近至权利人处”,因此占有人无需积极作为,而仅仅是不干涉上述拉近或不否定原告与某物之间的直接关系为已足。⁽⁷⁾该观点来源于罗马法,“我们将不被迫在对物之诉中进行应诉,因为可以合法地声称不占有……”,⁽⁸⁾占有人放弃占有就能免除成为被告,占有人之所以成为请求权相对人,是因为他的占有,故如果占有人不再进行占有,则权利篡越地位就消灭,权利状态和事实状态之间的矛盾就不再存在,返还原物请求权自然就消灭。⁽⁹⁾同时,根据返还原

(2) 魏振瀛《论请求权的性质与体系——未来我国民法典中的请求权》,《中外法学》2003 年第 4 期,第 385-410 页;《侵权责任法在我国民法中的地位及其与民法其他部分的关系》,《中国法学》2010 年第 2 期,第 27-39 页;《论返还原物责任请求权》,《中外法学》2011 年第 6 期,第 1171-1193 页。

(3) 参见崔建远《论物权救济模式的选择及其依据》,《清华大学学报》(哲学社会科学版)2007 年第 3 期,第 111-116 页;《论归责原则与侵权责任方式的关系》,《中国法学》2010 年第 2 期,第 40-50 页。

(4) 王利明《侵权责任法研究》(上),中国人民大学出版社 2010 年版,第 148 页;梁慧星《我国〈侵权责任法〉的几个问题》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2010 年第 3 期,第 2-15 页;杨立新《制定民法典侵权行为法编争论的若干理论问题》,《河南省政法管理干部学院学报》2005 年第 1 期,第 27-35 页。

(5) *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Bd. 3, 1888, S. 397. (Motiv, III, 397)

(6) Vgl. Picker, *Der vindikatorische Herausgabanspruch*, in 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 1, 2000, S. 708.

(7) Hrsg. Schubert, *Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Sachenrecht*, Teil. 1, 1982, SS. 1018f.

(8) D. 6, 1, 80.

(9) Vgl. Mager, *Besonderheiten des dinglichen Anspruch*, AcP 193 (1993), 74.

物请求权的上述第二个目标 权利人自己能够取得物并不会侵入到他人的权利领域 不会危及到法律和平 因此同样有理由使得请求权消灭。因此 返还原物请求权并非通过“履行”使得所有权人重新取得物时才消灭 只要占有人放弃了对物的占有 该请求权就消灭 其他责任的承担则是基于其他基础 例如 如果放弃占有而导致占有物灭失 则根据《物权法》第242条以下承担责任 这些规范所产生的请求权不是为恢复和所有权相应的状态服务的 而是为所有人的其他利益服务的。

如果返还原物请求权的价值目标在于消除权利状态和事实状态的不一致 那么无权占有究竟是因为何种原因引起的就无关紧要了 因此 《物权法》第34条的构成要件不包含无权占有的原因和占有人的主观要件 返还原物请求权的构成与占有人的可归责行为无关 即使因第三人的行为、所有权人自己的行为或者自然事件导致无权占有 仍可构成返还原物请求权。⁽¹⁰⁾ 同样由上述制度目标所决定 无占有权利也并非构成要件 而是抗辩事由 请求权人在行使返还原物请求权时仅需证明占有人为占有和自己享有适当物权即可 占有人可以自己占有权利作为抗辩。⁽¹¹⁾ 基于同样的理由 《物权法》第34条也不需要以现实损害作为构成要件。

(二) 法律后果

《物权法》第34条规定了法律后果是“返还原物” 但其所指为何并不清晰。⁽¹²⁾ 德国法早期学说认为返还义务是单纯的容忍义务 如同《德国民法典》第867、1005条所规定的许可寻找和取走的义务 返还原物请求权是要“将物拉近至权利人处” 故占有人不负有积极作为的义务 而仅需不妨碍此种拉近 占有人的义务并非是真的像债务人那样的给付义务 这似乎也构成了《德国民法典》立法者的观点。⁽¹³⁾

但是 占有人的单纯被动不足以完全实现上述制度目标 德国通说观点要求占有人具有对物的“交出”义务 即占有人仅需使得物处于可被返还状态 而非实现所有权人的占有 但占有人又必须积极协助使得所有权人取得对物的占有 从而要做出一定的积极行为。在该学说看来 在返还原物请求权中存在较之单纯容忍义务更强的义务 但又不像《德国民法典》第546、604条所规定的债法上的返还义务那样强 后种义务要求取走设备和消除变更 在不动产情形中体现为腾房。⁽¹⁴⁾

这种交出义务的具体内容取决于具体情势 总体而言是将物从占有人的占有范围中分离出来 例如占有人须在其支配领域内将物找出来 并将物与其他物分离 使得权利人能够

(10) 通过对“北大法宝”中相关案例的检索分析,可以看出我国法院都非常清晰地认识到了这一点。

(11) 具体参见王洪亮《物上请求权的功能和理论基础》,北京大学出版社2011年版,第57页以下。

(12) 《欧洲私法共同参考框架》(DCFR)在案例中认为,占有人应当将对动产的物理控制转移给所有权人,但转移的具体内容同样不清晰,See Bar and Clive ed., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Vol. 5, Sellier, 2009, p. 5172.

(13) Motiv III, 393.; Tuhr, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Bd. 1, 1910, SS. 247ff.

(14) BGHZ 104, 304, 306; BGH WM 1998, 2041; Staudinger/Gursky, § 985, Rn. 59ff.; MünchKomm/Medicus, § 985, Rn. 20; Westermann, *Sachenrecht*, Aufl. 5, 1966, S. 133; Wieling, *Sachenrecht*, Bd. 1, 1990, S. 251. 王泽鉴教授认为返还原物所有权的内容是将物复归于所有人之事实上的支配(王泽鉴《民法物权》,北京大学出版社2009年版,第126页),似乎义务内容稍显过强。在实践中,我国法院似乎没有注意到这一点,而直接根据《物权法》第34条得出“腾房”的法律后果,例如“刘刚与杨争特殊类型的侵权纠纷上诉案”(2009)郑民一终字第1104号判决书“王某与骆某某等返还原物纠纷再审案”(2012)浙甬民再字第7号判决书等。

直接发现和取到物,为权利人取走物做好准备。⁽¹⁵⁾ 如果占有人不具有这种交出义务,那么法律和平也无法被最好程度地确保,因为权利人排除占有人的权利篡越地位而取回物的过程中,可能会侵入到占有人的私人领域,而可能会产生新的争议,同时对权利人而言也是非常困难的,因为物可能会与占有人的其他物混合在一起而难以寻找和分离,因此最好的办法就是占有人负有上述交出义务,以此防止权利人的自力行为,杜绝新争议的产生,这也同时划定了此义务的范围,即限制在所有权人能够取回占有物又不会侵入占有人的权利这个范围。⁽¹⁶⁾

同样与《物权法》第 34 条的制度目标和无需过错要件相对应,占有人的返还义务属于一种往取之债,即交出义务在物之所在地履行即可。该结论的得出仅仅类推《合同法》第 62 条第 3 项的规定是不充分的,因为动产并不必然处于债务人的所在地,而必须依据《物权法》第 34 条的制度目标得出。物的分离费用、找寻费用等交出义务的履行费用应当由义务人也即占有人承担,当然就这些费用他可依据《侵权责任法》第 6 条第 1 款向对此有过错的人请求侵权赔偿;而占有转移费用,尤其是取回动产的费用由权利人承担,权利人由此所遭受的这些费用损失,可依据侵权损害赔偿请求权向占有人请求赔偿,其请求权基础是类推《物权法》第 242 条,或者是向有过错的第三人请求赔偿,其请求权基础是《侵权责任法》第 6 条第 1 款。⁽¹⁷⁾

(三) 《物权法》第 34、35 条的功能统一性

上文对《物权法》第 34 条的制度目标等的界定同样也适用于第 35 条,它们的制度目标和功能具有统一性。事实上,返还原物请求权被置于整个物权请求权的核心,其他物权请求权根据对返还原物请求权的模仿而被设立,是返还原物请求权的派生,因此返还原物请求权具有模范与原型的作用。在罗马法中,返还原物之诉被置于有关所有权诉讼的核心,以它为模式,设计出了其他的对物之诉,这些诉讼也因其明显的同质性被归为一类。⁽¹⁸⁾

《物权法》第 35 条所规定的保全性或预防性请求权在罗马法之中还没有被置于所有权理论中予以阐述,而是被置于役权中,这与保全之诉在罗马法中适用于役权和用益权有关。最早将这些保全性请求权放于所有权中阐述的是(Heise),温德沙伊德在所有权理论中,将所有权请求权区分为“由于物之扣留”和“由于侵入”所产生的请求权,区分根据仅仅在于是完全的还是部分的干涉,从而形成双重物权保护体系。这种非常形式化的区分被《德国民法典》的立法者所遵从,将返还原物请求权和保全性请求权作为功能上具有同一性的权利保护的两种具体形式区分开。⁽¹⁹⁾

虽然两者在历史上和立法形式上都是分开的,但在功能上和教义上是相互补充的。《德国民法典》第 1004 条规定了“以侵夺或扣留之外的其他方式”侵害的,这实际上涵盖了第 985 条适用范围之外的所有情形,而起到了兜底的补充性作用,且两者之间的区分也是流

(15) BGHZ 104 304, 306; BGHZ 148, 252, 254; Staudinger/Gursky, § 985, Rn. 60.

(16) Picker 将这种交出义务定性为类似于债法中的协助义务,而 Gursky 认为该义务是给付义务(Staudinger/Gursky, § 985, Rn. 62.) 但却承认该义务并非可诉的义务,因此两者的区别仅仅是程度上的甚至是表述上的,而非实质上。

(17) 德国法也持有同样的观点, Vgl. Staudinger/Gursky, § 985, Rn. 63; MünchKomm /Medicus, § 985, Rn. 23.

(18) I. 4 § 1; 4, 6, 15; Gaius 4, 1, 1-3 《学说汇纂第六卷 原物返还之诉》陈汉译,中国政法大学出版社 2009 年版,斯奇巴尼序,第 13 页。

(19) 具体的历史发展,请参见 Picker, *Der “dingliche” Anspruch, in Im Dienste der Gerechtigkeit: Festschrift für Franz Bydlinski*, 2002, SS. 292ff.

动的,即是否干涉程度过强已经达到了侵夺的地步,对我国《物权法》第34、35条也应做出同样的理解。返还原物请求权和保全请求权的教义结构、意义和功能具有相同性,形成了广泛和无漏洞的物权保护体系,虽然两者在立法形式上被区分开,但必须注意到它们的功能都涉及到事实上的权利僭越地位的终止,从而能够对两者做出统一的处理。有学者基于这种功能关联,甚至将返还原物请求权和保全请求权统一称之为保全性请求权,以“事实权利篡越”作为统一的保全性请求权的共同构成要件。⁽²⁰⁾返还原物请求权的示范性和物权请求权的功能统一性既为本文之后的论述奠定了基础,又同时证成了本文以返还原物请求权作为中心而讨论的正当性。

二 解释前提:物权请求权和侵权损害赔偿请求权

(一) 理论上的一般区分

如果包括返还原物请求权在内的物权请求权的目标是消除权利僭越状态,取消权利状态和事实状态的不一致,具有保全的功能,那么其就与填补损害、回复原状的损害赔偿和行为责任无关,与占有人方面的归责基础无关,其法律后果就是交出义务。这就与侵权损害赔偿请求权的目标、构成和后果不同,侵权损害赔偿请求权的制度目标是损失的转移。换句话说,物权请求权是拿回属于自己的物或使自己的物得以保全,而侵权损害赔偿请求权则是拿别人的东西补偿自己的损失,因此构成要件上自然有所不同,必须要求行为人具有可归责性才能将受害人的损失转由他承担,而产生的法律后果则是回复。⁽²¹⁾

具体到物权保护领域,物权请求权的制度目标是消除权利篡越地位,而侵权损害赔偿请求权涉及到权利僭越地位的产生、维持和终止方面的义务人行为的制裁,两者在功能上相互补充和配合。此时,在民法中就存在三重责任体系,单纯的保全性请求权不足以充分保护所有权,必须在功能上补充以损害赔偿请求权和不当得利请求权,三者和功能上相互区分和配合,即权利实现、补偿和利益剥夺。⁽²²⁾

根据制度目标的不同,物权请求权和侵权损害赔偿请求权的性质也是不同的。物权请求权具有属物性,即由物到人,在确定双方当事人主体时,是以物作为基点,请求权人必须是“现时”物权人,其请求权相对人则是“现时”占有人或侵扰;物权请求权不问行为人为何人,一旦物权遭受侵害,就可以随时产生。物权的移转会导致物权请求权的重新发生和当事人的变化,因此在这个意义上可以说物权请求权是“对物的”,而非“对人的”,指向的是物而不是人。而侵权损害赔偿请求权具有属人性,在确定当事人双方主体时不以物作为基点,请求权人和请求权相对人不会因为物权移转而发生改变。同样基于这一点,排除妨害请求权要与侵权损害赔偿请求权区分开,⁽²³⁾具体就要区分妨害和损害,否则可能会完全掏空整个过错侵权责任体系,侵权损害赔偿请求权所适用的过错责任将被取消,从而蜕变为结果责任。

(20) Vgl. Picker, *Der "dingliche" Anspruch*, SS. 298ff.

(21) 魏振瀛教授表达了大致相同的观点,参见魏振瀛《论返还原物责任请求权》,《中外法学》2011年第6期,第1171-1193页,虽然其认为返还原物请求权不会给侵权人增加负担的观点似乎有些简单化。

(22) Vgl. Picker, *Der "dingliche" Anspruch*, S. 310.

(23) 《侵权责任法》第15条所规定的“排除妨碍”和《物权法》第35条所规定的“排除妨害”在实际意涵上似乎并无区别。

解决这种困扰的出路就是区分损害与妨害,为两种请求权寻找各自的领地和适用领域。⁽²⁴⁾

(二) 实践适用中的混淆

在我国,物权请求权和侵权损害赔偿请求权的不同在知识产权法领域已经被明确注意到。⁽²⁵⁾但在物权法领域,两者的不同同样在一般论述中早已存在,但在具体适用和阐述中却可能被混淆,这尤其是体现在返还原物请求权中的返还地和返还费用负担问题上,该混淆在德国法实践中也同样存在。

以德国联邦最高法院的一个案例为例:⁽²⁶⁾R 已将 11 辆机动车转让给信贷机构 V 和 F,由于资不抵债,R 被发布了处分限制,被告在知道处分限制的情形下与 R 达成协议,将这些机动车从 R 所处的 A 地运到了 300 公里外的 B 地,之后,V 和 F 将这些机动车转让给原告,原告提起返还原物请求权,并因此获得胜诉判决,据此,被告在 B 地将机动车移交给原告。原告现请求被告赔偿将机动车从 B 地运到 A 地的费用。最高法院赞同了上述请求,判决依据是第 684 条结合第 812 条(不真正无因管理),因为被告负有将机动车运至之前 A 地的义务,在法院看来,根据第 985 条,被告不仅有义务将机动车返还给原告,而且必须将机动车运至 A 地,且义务必须在占有人恶意出现时机动车所在地履行。

该判决采纳了德国通说观点,即认为如果物所处地点改变,善意占有人仅需在物之所在地履行,运回财产的费用也应由权利人承担;但对恶意占有人则要区别对待,他不能因为物所处位置的变动而损害所有权人的利益,因此,恶意占有人须在起诉时或恶意开始时物之所在地履行,他必须自己承担费用将物运返履行地。⁽²⁷⁾具体到本案情形中,返还地应为 A 地,占有人负有自己承担费用将物运返至 A 地的义务,且此义务并非损害赔偿义务也非用益返还义务,而是返还原物请求权内容的一部分。

这种解释方案的结果看起来是合理的,这种合理性可以通过罗马法中的类似处理结果而获得进一步证明。⁽²⁸⁾但是,结果的正当性无法反证解释方案的正当性。既然该解释方案认为善意占有人不负有运返义务,那么运返义务就并非从无权占有中推导出,而是从占有人恶意这种特别情势中推导出,但无论是《德国民法典》第 985 条还是我国《物权法》第 34 条,至少从文义中,返还原物请求权本身的要件和效果并不区分占有人的善意和恶意,也无法得出返还原物请求权本身包含了恶意占有人的运返义务。

但是,这里存在另一种可能的解释方案,即认为运返义务并非返还原物请求权本身所包含的内容,而是以侵权损害赔偿作为依据和责任基础。⁽²⁹⁾值得注意的是,《德国民法典》第

(24) Medicus/Lorenz, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, Aufl. 15, 2010, Rn. 1440. 当然,区分妨害与损害的方式可能存在不同,德国法通说是区分初始妨害源和已经造成的损害, BGHZ 29, 314, 317; 28, 110, 113; Lorenz/Canaris, *Schuldrecht*, II/2, 1994, S. 703. 而《欧洲私法共同参考框架》(DCFR) 第 8-6:101 第 3 款则将妨害表述为“removal of traces”,即可清除的痕迹,即作为结果而遗留在动产上的有形物质,它并未导致对动产实体的损害从而与施加于动产上的损害区分开来, See Bar/Clive ed., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, vol. 5, p. 5173f.

(25) 参见吴汉东《试论知识产权的“物上请求权”与侵权赔偿请求权》,《法商研究》2001 年第 5 期,第 3-11 页;郑成思《侵权责任、损害赔偿与知识产权保护》,《环球法律评论》2003 年冬季号,第 458-467 页,其中区分了 Infringement 和 Torts,后者仅对应于侵权损害赔偿。

(26) BGHZ 79, 211. = NJW 1981, 752f.

(27) Jauernig/Berger, Aufl. 14, 2011, § 985, Rn. 7; Palandt/Bassenge, Aufl. 66, 2007, § 985, Rn. 10; Schwab/Prütting, *Sachenrecht*, Aufl. 28, 1999, Rn. 519; [德]鲍尔-施蒂尔纳《德国物权法》张双根译,法律出版社 2004 年版,第 211 页; [德]沃尔夫《物权法》吴越、李大雪译,法律出版社 2004 年版,第 130 页。

(28) D. 6, I, 10.; 6, I, 12.

(29) Staudinger/Gursky, § 985, Rn. 60; MünchKomm/Medicus, § 985, Rn. 22.; Ennecerus/Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, Bd. 2, Aufl. 15, 1958, SS. 4f.; Picker, *Der vindikatorische Herausgabeanspruch*, S. 729ff.

989 条根据其文义并不涉及物之地点改变所导致的费用。但是,物之地点的改变也同样是对物之所有权的侵犯,对所有权人而言是一种不利,与对物的毁损并无不同,没有任何理由将它们区别对待。故约霍夫(Johow-Preuben)所起草的前草案和第一委员会的立法动议中的表述都是“由于占有对物的无权处置”,“处置”这个概念应包含物的不法移动、毁损、灭失等仅仅是无权处置的事例而已,这种理解也与第 987 条以下规定的总体价值安排并不矛盾。⁽³⁰⁾ 可以认为,第 987 条以下规定存在一个因用词不准确所产生的立法漏洞,需要通过类推方式予以填补。这样,恶意占有人的运返义务就并非适用第 985 条的结果,而是类推第 989、990 条的结果,运返义务就是一种损害赔偿义务,具体而言,就是损害赔偿中的回复原状方式适用的结果。⁽³¹⁾

通说观点和德国联邦最高法院的解释方案混淆了返还原物请求权和侵权损害赔偿请求权的区别,返还原物请求权的目的在于终止权利篡越状态,与损害赔偿法上的补偿义务无关,恶意是损害赔偿请求权的归责依据,但该解释方案却将恶意这个因素引入到返还原物请求权本身中,这导致了返还原物请求权和侵权损害赔偿请求权之间的功能区分模糊化,而这种做法并没有太多教义学上的基础,因为此时并不存在非采纳通说观点则无法消除的规范漏洞。⁽³²⁾ 而后一种解释方案认为无论善意占有人还是恶意占有人,物都应依其当时的状态在当时的地点被返还,所有权人应以自己的费用承担物的运返,但如果是恶意占有人,所有权人则可以依据侵权损害赔偿请求权请求包括回复原状在内的损害赔偿,从而使得恶意占有人以自己的费用履行物的运返义务。这样,虽然两种解释方案的结果是相同的,但后一种解释方案维持了侵权损害赔偿请求权与物权请求权的区分,因此更符合整体体系。

上述混淆最为常见的就是侵权损害赔偿请求权与其他保全性请求权的混淆,尤其是在费用负担中的情形,但在返还原物请求权中也同样体现出来,这种混淆在我国学者中也可见到。具体到我国法的解释中,可能的解释方案是,《物权法》第 34 条所规定的返还原物请求权仅仅确立了占有人的交出义务,而该义务的履行地应当是物之现时所在地,物的分离费用、找寻费用等交出义务的履行费用应当由占有人承担,包括运返费用内在的其他费用应当由请求权人承担。但在恶意占有人的情形,恶意占有人负有运返物至恶意发生时物之所在地的义务,该义务的规范依据并非第 34 条,而是类推适用第 242 条,具体而言,需要将第 242 条规定的“因使用……致使该不动产或者动产受到损害的”扩张理解为所有致使所有权人受到损害的情形,且第 242 条所规定的“赔偿责任”应当被理解为包括回复原状在内的广义损害赔偿,而并非仅指的是金钱赔偿损失;⁽³³⁾ 第 34 条和第 242 条所产生的请求权据此形成请求权聚合关系;至于此处的运返费用,则类推《合同法》第 62 条第 6 项由履行义务一方也即恶意占有人负担,但将物从原所在地取走的费用仍由请求权人承担,当然,如前所述,请求权人就所付出的该等费用可以向占有人请求赔偿,其请求权基础同样是类推《物权法》第 242 条,或者是向有过错的第三人请求赔偿,其请求权基础是《侵权责任法》第 6 条

(30) Hrg. Schubert, *Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB*, Sachenrecht, Teil. 1, SS. 1019f.; Motiv, III, 394.

(31) Staudinger/Gursky, § 985, Rn. 60.; MünchKomm/Medicus, § 985, Rn. 22. 需要说明的是,《德国民法典》第 987 条以下条款所产生的请求权被称为从请求权,确定的是一种法定债之关系,而第 989、990 条确定的就是法定的损害赔偿请求权,该法定损害赔偿请求权也能被包含入侵权损害赔偿请求权中,见下文论述。

(32) Vgl. Picker, *Der vindikatorische Herausgabeanspruch*, SS. 739f.

(33) 或者直接适用《侵权责任法》第 6 条第 1 款,这里涉及到《物权法》第 242 条和《侵权责任法》第 6 条第 1 款之间的关系,是将前者理解为完全规范还是不完全的引致规范,限于篇幅,这里不予赘述。

第 1 款。⁽³⁴⁾

(三) 回复原状与返还原物

另外一个需要解决的问题是,作为侵权损害赔偿方式之一的回复原状是否包含了物权请求权中的返还原物等责任方式。⁽³⁵⁾所谓回复原状,是指即义务人应当通过经济手段使得被侵权人处于假设无致害事件发生时的应有状态,即处于经济上具有等值性的状态,而非原有状态。其维护受害人的完整性利益,而与维护受害人价值利益的金钱赔偿相对,回复原状和金钱赔偿是损害赔偿的两种方式。⁽³⁶⁾回复原状的具体形式多种多样,在物损情形中,回复原状主要指向修理、更换或重作,但并不限于此,还包括在修理过程中或购置新物过程中所提供的供受害人使用的替代物等。⁽³⁷⁾

我国有学者主张,在德国法中,物权法中的排除妨害请求权和侵权损害赔偿请求权形成请求权竞合关系,但是,德国法中这两者毋宁是一种请求权聚合关系。如前所述,根据德国法通说观点,区分妨害与损害,依据排除妨害请求权,妨害人应排除持续发生影响的初始危险源;而排除后续妨害或结果性妨害的责任则应依侵权损害赔偿请求权承担责任,此时过错侵权法以及危险责任法才不至于被规避,因此损害赔偿并不包括排除妨害等保全性责任方式。但回复原状是否包含返还原物则似乎并不是特别清晰。我国有学者主张,回复原状的具体内容非常丰富,它包括了返还原物,因此返还原物既是损害赔偿请求权的内容,也是物权请求权的内容,两种保护方式并列,侵权损害赔偿请求权和物权请求权就会处于竞合关系。⁽³⁸⁾

但是,排除妨害等方式和返还财产具有功能上的统一性,为何前者因区分妨害和损害从而不属于回复原状,而后者却属于回复原状呢?如果仔细观察德国法上的规定,却似乎更倾向于认为回复原状不包含返还财产。《德国民法典》第 992 条规定侵权占有人应依据因侵权行为损害赔偿的规定承担责任,第 848 条则以受害人享有返还原物请求权为前提,但仅解决在因物意外灭失、基于善意取得或时效取得等原因以及意外毁损等情形下侵权占有人的责任问题。因此,在侵权占有的情形中,在因物的灭失或其他原因不能返还“原物”从而第 985 条所产生的返还原物请求权无法被行使时,此时应适用第 848 条的损害赔偿请求权,或者在物的毁损情形下,返还原物请求权和损害赔偿请求权是一种聚合关系,两种请求权针对

(34) 关于物权请求权中的费用负担问题,有学者表达了类似的观点,认为费用问题应由损害赔偿请求权解决,从而与物权请求权本身区分开,参见温世扬、廖焕国《论物权的民法保护之范式》,《中南大学学报(社会科学版)》2004 年第 1 期,第 28-32 页。

(35) 为了与《侵权责任法》第 15 条所规定的“恢复原状”相区别,本文将与金钱赔偿损失相对的损害赔偿方式称为“回复原状”,“回复原状”包括但不限于第 15 条所规定的“恢复原状”,还可能包括消除影响和恢复名誉。最高人民法院也做类似理解,参见奚晓明主编《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》,人民法院出版社 2010 年版,第 117 页以下。

(36) Vgl. Medicus, *Bürgerliches Recht*, 2004, S. 572.; MünchKomm/Oetker, § 249, Rn. 325; 德国法中回复原状的损害赔偿方式优先,而我国法原则上由受害人自由选择回复原状和金钱赔偿损失,另有规定的例如《国家赔偿法》第 32 条。

(37) 回复原状还具有多种形式,例如通过欺诈手段与受害人签订合同情形中的取消合同、因侵害行为使得受害人对侵害人之债权时效届满情形中的禁止侵害人行使时效届满抗辩、因侵害行为使得受害人对第三人产生债务情形中的由侵害人替受害人偿还债务、侵犯人格权领域中的消除影响和返还资料等, Vgl. Lange, *Schadenersatz*, 1979, SS. 140ff.。这些大多属于《侵权责任法》第 15 条所规定的“恢复原状”的范畴。

(38) 例如,史尚宽《债法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 295 页;朱岩《什么是恢复原状》,《月旦民商法》2009 年 12 月,总第 26 期;王洪亮《物上请求权制度的理论继受》,《中外法学》2006 年第 1 期,第 23-35 页;李承亮《损害赔偿与民事责任》,《法学研究》2009 年第 3 期,第 135-149 页。但也存在反对意见,刘家安《侵权责任方式的类型化分析》,《广东社会科学》2011 年第 1 期,第 237-241 页。在笔者所阅读的德国法文献范围内,尚未见到返还原物属于回复原状形式之一的原始直接表述。

不同的事项,但无论如何两者并非竞合的关系;而在其他无权占有情形,根据第987条以下的从请求权规范,两种请求权也同样并非竞合关系。因而,回复原状方式就不包含返还原物。

仍然以侵权占有人作为例子,在偷盗的情况下,偷盗人就是侵权占有人,如果认为回复原状包括返还原物,则返还原物请求权和侵权损害赔偿请求权就出现竞合。但是,如果被偷盗人选择行使侵权损害赔偿请求权,则在物的灭失或毁损情形下,无从适用从请求权的特殊规定,就会使得对不同类型无权占有人区分对待的立法意图无法实现。除非认为这些从请求权并非始终附着于返还原物请求权,而只要返还原物请求权的构成要件被充足,即使权利人不选择行使返还原物请求权,也必须适用这些从请求权规范。但更为简单的解决方案就是认为回复原状不包含返还原物,返还原物请求权和侵权损害赔偿请求权不会出现竞合。

事实上,就回复原状作为一种制度价值目标而言,返还原物当然也服务于这一价值目标,损害赔偿的目的是回复原状,但不能说回复原状仅仅由损害赔偿来实现。但是,价值目标意义上的回复原状和法概念或者说是技术实现意义上的回复原状要予以区分。就后一种意义而言,回复原状是损害赔偿的方式之一,而侵权损害赔偿请求权与物权请求权存在根本的区分,这一点当然也反映于返还原物请求权和回复原状请求权的本质差异上,回复原状往往并非回复“原物”,而是要求达到法律上同等性质和经济上同等价值的状态,这和返还原物请求权的目标宗旨根本上存在不同。同时,在侵害物权领域中,似乎也没有必要认为损害赔偿方式包括返还原物,因为返还原物请求权足以解决将物予以返还的问题,返还原物请求权和损害赔偿请求权在功能上恰恰能够相互衔接配合。⁽³⁹⁾

三 解释基础:物权请求权与侵权请求权关系的多元可能

(一) 独立物权请求权的体系功能

物权请求权和侵权损害赔偿请求权泾渭分明,但这并不意味着物权请求权和债权请求权的区分同样明显,也不意味着就应当存在不同于债权请求权的独立物权请求权。在承认侵权损害赔偿请求权属于债权请求权,且区分侵权损害赔偿请求权和物权请求权的前提下,同样存在多种制度构建和阐释可能:第一,物权请求权不属于债权请求权,与属于债权请求权的侵权损害赔偿请求权相区分,由此构成一种外部区分;第二,物权请求权和侵权损害赔偿请求权都属于债权请求权,物权请求权和侵权损害赔偿请求权由此是一种内部区分。

从比较法经验观察,以返还原物请求权为例,各国都会确立不同于侵权损害赔偿请求权的、不需要以过错作为要件的返还原物请求权或返还原物之诉。⁽⁴⁰⁾但在此前提下,各国却

(39) 在侵犯名誉和其他人格权领域,回复原状可能会包含要求返还可能侵权的资料或照片[德]巴尔《欧洲比较侵权行为法》(下),焦美华译,张新宝校,法律出版社2001年版,第173页,但这并非物权法领域中的返还原物。DCFR也认为,回复原状中的返还财产主要适用于侵犯人格权领域,See Bar/Clive ed., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, vol. 4, p. 3724.

(40) Vgl. Sliwka, *Herausgabensprüche als Teil des zivilrechtlichen Eigentumsrechts*, 2012, S. 539. 以英国法为例,对动产的保护主要是通过 conversion 和 trespass to chattels 予以侵权法保护,1977年法律改革之后通过 wrongful interference with goods 统合了故意情形下的具体侵权类型,并通过 negligence 保护非故意的侵权;而对不动产则通过 trespass to land 和 action for recovery of land 予以侵权法保护,这些诉都不需要过错,See Heuston/Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, ed. 21, London, 1996, p. 93.;可能的异议是 conversion 要求占有转移或侵扰中的自愿行为,但自愿行为不同于权利侵害中的过错,通过这一要件,所要排除的仅仅是对于特定物不存在具体占有意思的情形,且对物之使用的非自愿行使很难被想象, Vgl. Sliwka, *Herausgabensprüche als Teil des zivilrechtlichen Eigentumsrechts*, S. 540.

并非必然采取独立的物权保护方式,英格兰、瑞典、丹麦、挪威等国家地区并未规定独立的物权保护方式,唯一的救济方式是侵权;而德国、瑞士、奥地利、意大利、荷兰等国家在侵权保护方式之外规定了独立的物权保护方式。⁽⁴¹⁾尤其是德国法,侵权损害赔偿请求权属于债权请求权的一种,因此物权请求权与侵权损害赔偿请求权的区分就被上升为物权请求权与债权请求权的区分,存在独立的物权请求权。如果抛开请求权和诉之间的区别,那么问题就转换成,为何德国法要规定独立的物权保护方式,区分物权请求权和债权请求权或侵权请求权呢?

客观上讲罗马法中的对物之诉与对人之诉的区分产生出了德国法中的物权和债权的区分,物权和债权的区分通过对物之诉和对人之诉的区分表现出来,而请求权概念产生出来之后,物权和债权的区分就要求存在独立的不同于债权请求权的物权请求权。物权和债权的主观权利区分要求存在物权法和债法的客观法区分,产生出物权法自治性的内在体系观念,也即相对于私法的其他组成部分而言,物权法本身是独立的,并具有自治、自洽、绝对和抽象等属性,债法规则原则上不能适用于物权法领域,两者完全区隔。外在体系中的相应规则都围绕该体系观念予以构建,不同于债权请求权的物权请求权也因此被构建出来,这就使得对物权的保护只适用物权法中的规则,而侵权法归属于债法,由此债法规则不能在物权法中适用,债法和物权法的区隔得到了进一步加强。

物权请求权与债权请求权的区分关涉到物权和债权的区分,并且与物权法和债法之区分和关系相对应,故这种区分是财产法秩序体系构建的本质基础,体现了债法和物权法的相互关系。⁽⁴²⁾“可能的情况是,绝对权利之概念与所有者的返还请求权是密不可分的。……在存在所有者的返还请求权的法律中,也存在独立的所有权法,或者如在欧洲更普遍地规定的那种状况:即存在一个独立的其核心是保护和实现所有权的排他权利之物权。相反,在没有关于绝对权规定的法律制度中,‘财产法’这一表述只有描述性的功能。”⁽⁴³⁾这充分说明了,德国法中独立物权请求权制度的正当性在于其体系功能。

(二) 独立的物权请求权?

基于上述体系功能,大多数德国学者将两种请求权的区分作为自明之理,但仍有少数学者认为独立物权请求权的体系价值不应被过分重视。确实,物权请求权和债权请求权的区分似乎并非看上去那样清晰。虽然物权请求权被称为“物权性的”,但它同债权一样指向他人的作为或不作为,因此也是一种相对权。⁽⁴⁴⁾这里更多地是指出了两种请求权的相似性而非区别。从逻辑上而言,如果要两者区分开,那么就确定一个特别的标准,该标准只能由物权请求权独享,而债权请求权却不具备,换言之,物权请求权的“物权性”体现于何处?

可能被认为的标准之一是,物权请求权针对所有第三人,而债权请求权针对特定第三人。这种观点起源于温德沙伊德,但讨论针对所有第三人的物权请求权是没有意义的。物权请求权并非针对任何人的请求权,而是能够针对任何人的请求权。作为绝对权的物权在

(41) 关于各国规定的简单分析 See Bar and Clive ed., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Vol. 5, pp. 5175ff.

(42) Vgl. Dulckeit, *Die Verdinglichung Obligatorischer Rechte*, 1951, SS. 7ff.

(43) [德]巴尔《欧洲比较侵权行为法》(上) 张新宝译,法律出版社 2001 年版,第 651 页。

(44) Wolff/Raiser, *Sachenrecht*, Aufl. 10, 1957, S. 8.

它的排他功能上也还不是一个“请求权”,因为排他功能是针对所有他人的,只要没有人作出违背上述权利的行为,它就不具有作为请求权标志的针对特定人的特点。因此,物权人一开始并未获得针对其他人的请求权,而仅对所有其他人享有排除权能,请求权要到某个他人侵犯和危害绝对权时方才现实化地产生。⁽⁴⁵⁾

可能的标准之二认为,物权请求权产生于物权,因此依赖于所要保护的物权,是一种服务性和救济性的权利。⁽⁴⁶⁾但是,如果抛开所服务和救济的权利不同以外,这个论断可同样适用于侵权请求权、不当得利请求权以及违约请求权这些债权请求权,它们也同样是实现了产生于合同或法定债之关系的权利,此时债权请求权与物权请求权在功能上是相同的,它们同样是一种服务性和救济性的请求权。因此,该标准仅仅指出了个自明之理,即救济性的权利需要以一个基础权利为前提。即使承认这个前提,但为何作为合同债权之救济的违约请求权就是债权性请求权,而对物权进行救济的就是物权性请求权?物权请求权的物权性又体现于何处呢?

有学者进一步论述认为,物权请求权是一种原请求权。在这些论者看来,物权请求权是一种旨在达到允许所有权人行使其权能之状态的请求权,就此而言,它等同于债法中的履行请求权,是原请求权,是为了权利的实现;而不当得利的价值补偿请求权以及侵权损害赔偿请求权是第二位请求权,与违约责任处于一个层次。⁽⁴⁷⁾按照这种观点,如果履行请求权被认为是合同债权的内容,那么物权请求权就也同样是物权的内容。但从另外一个角度而言,物权请求权同样也是对于物权的救济,与侵权请求权和违约请求权类似,从而并非物权的内容,而是从物权内容中产生出来的独立救济性权利,同样是第二位请求权。

可以看出,物权请求权和债权请求权的不同性却都终结于两者之间的共同性,物权请求权的概念就像法律和教义上的“鬼火”,其存在似乎没有争议,但却捉摸不定。⁽⁴⁸⁾当然,基于物权请求权和债权请求权的区分,一般认为物权请求权具有诸多特殊之处,这主要表现在能否被独立转让、能够适用诉讼时效以及是否具有破产别除权和强制执行中的特殊权利。但是,对于破产别除权和强制执行中的特殊权利而言,需要思考的是,这些权利的基础到底是物权请求权还是物权本身,例如在占有人破产的情形下,其占有的他人之物根本不属于“破产财产”,其债权人对其根本不能享有请求权,故不可能发生返还原物请求权和其他债权人之间的“竞争”。因此,究其根本,返还原物请求权之所以具有这些特征,其原因仍在于物权本身,而非因为返还原物请求权是物权请求权。⁽⁴⁹⁾物权请求权能否适用诉讼时效,也与物权请求权的性质无关,而与诉讼时效功能相关。至于物权请求权能否被独立转让,同样与物权请求权的上述制度目的相关,而非与物权请求权性质相关。因此,所有这些物权请求权的特征并非决定于物权请求权本身,而是具有其他实质性理由,换言之,并非从物权请求权的性质推导出这些特征,而是从这些特征推导出物权请求权的性质,其性质恰恰是这些特征的集合性描述,因此只要这些实质性理由是正当的,那么就必要承认这些特征,即

(45) [德]拉伦茨《德国民法通论》(上),王晓晔等译,法律出版社2004年版,第325页;[德]施瓦布《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第140页以下。

(46) Mager, *Besonderheiten des dinglichen Anspruch*, AcP 193 (1993), 73.; [德]拉伦茨《德国民法通论》(上册),第325页。

(47) [德]梅迪库斯《请求权基础》,陈卫佐等译,法律出版社2012年版,第120页。

(48) Picker, *Der “dingliche” Anspruch*, S. 281.

(49) 同样的观点,参见尹田《论物权请求权的制度价值》,《法律科学》2001年第4期,第21-29页;张新宝《侵权责任立法研究》,中国人民大学出版社2009年版,第339页以下。

使并不将这些请求权规定为独立的物权请求权。

(三) 制度构建和阐释的多种可能

与上文论述直接相关的最为关键的问题在于是否需要存在不同于侵权请求权的物权请求权。需要明确的是,这个问题与是否存在不同于侵权损害赔偿请求权的物权请求权是两个不同的问题。如前所述,在承认物权和债权区分以及物权法和债法区分的前提下,有必要承认不同于侵权损害赔偿请求权的特殊物权保护方法,但这是否必然要通过规定独立的物权请求权这种方式而得以实现,则是值得进一步思考的问题。

如果物权请求权和债权请求权的区分目的是为了实现在物权和债权的区分,进而实现物权法和债法的区分,那么前种区分就是后两种区分的技术性实现方式。但是,如果物权人所享有的针对一切人的消极性物权请求权无需被承认,且物权请求权和债权请求权的一般性区分也无法在理论上被清晰阐述,那么这种技术性实现方式就并非唯一的选择。

另外一个可能的选择存在于英国法之中,即不承认物权和债权的体系区分,不承认独立的物权请求权对物权进行保护,而通过侵权法予以实现,这样,英美财产法就仅仅是一个描述性概念,“英国财产法不能被认为是一个封闭的、独立的和系统的法律部门。它更多的是有关合同、信托和侵权行为法的要素的聚合。”⁽⁵⁰⁾但是,这种选择的体系前提完全不同,而且在法律效果方面存在巨大不同,例如在侵占不动产情形中,受害人可要求返还,但在侵占动产情形中则依据侵权法返还动产的市场价值或者赔偿干涉所造成的损失,仅在例外情形中法院才会命令将动产返还给所有权人,⁽⁵¹⁾由于这种法律效果方面的不同规定,通过侵权法统一解决更具有正当性,而在德国法中,返还原物毋宁为一般情形,因此确立独立的物权请求权更具有正当性,这体现了法律效果和体系定位的交互影响。因此,这种选择需要以采纳英国法的体系前提和具体规定作为基础。

但这里恰恰蕴含另一种可能的选择,即接受德国法的区分物权和债权以及物权法和债法这个体系前提,但不区分物权请求权和债权请求权,而确定统一的请求权概念。这样,虽然物债的区分被保留,但物权请求权和债权请求权这种区分所实现的区分物债的功能被取消。由此,不确立德国式的独立请求权,而是在承认侵权责任承担方式不限于损害赔偿,而是包括返还原物以及保全性责任的同时,在侵权法中规定对物权的特殊保护。

第二种方式的体系改革和规则变动过大,并且涉及到重大价值判断的变动,例如侵占他人之物的适当法律后果是返还原物还是返还市场价值,如果原则上返还市场价值,这是否鼓励了一种强迫交易,以及是否破坏了物权保护在法秩序中的地位等。⁽⁵²⁾因此,在我国《物权法》制定过程中基本没有被考虑,相关的争论主要集中于第一种和第三种方式的选择。

首先要确定的是,与第二种方式不同,第一种和第三种方式的选择与物权保护在法秩序中的地位没有任何关系,而仅仅是实现保护的技术方式不同。有学者主张,侵权技术使得法官享有更大的可能性介入市民社会权利之中,因此要用物权请求权这种权利技术,以体现权利理念。这可能过于夸大两者之间的区别了,似乎是一种理念上的杞人忧天,毕竟与物权保

(50) [德]巴尔《欧洲比较侵权行为法》(上),焦美华译,张新宝校,法律出版社2001年版,第650页。

(51) See Bar and Clive ed., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Vol. 5, p. 5168. 可以认为,该法律后果的不同主要是因为英国法中交易原则的更强适用。

(52) Bar and Clive ed., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Vol. 5, p. 5169. 有学者进一步认为这里存在经济学上“财产规则”与“责任规则”的区别。

护在法秩序中的地位相关联的是保护的具体要件和后果,而非对性质的定位。据此,王轶教授将该争论定位为“立法技术问题”,即在一部法律中,如何妥善容纳价值判断的结论。⁽⁵³⁾第一种和第三种方式都承认对物权的保护具有特殊性,区别仅仅在于对物权进行保护的制度是规定在物权法中而成为独立的物权请求权制度,且侵权责任方式仅限于损害赔偿,还是规定在侵权法中,侵权责任方式不限于损害赔偿,还包括返还原物和保全性责任方式,使得第一种方式中的独立物权请求权被侵权请求权所吸收,成为侵权损害赔偿请求权之外的另一种侵权请求权。

事实上,第一种方式是基于特定的价值衡量做出的,故具有独特意义,但不能由此反推出,除此之外就不能实现妥当的利益平衡,第一种和第三种方式都仅仅是实现特定价值衡量和判断的技术工具而已。由于都不否认返还财产等形式较之侵权损害赔偿形式的特殊性,第一种和第三种方式的差异可以被概括为:侵权责任方式限定于损害赔偿前提下的物权请求权和侵权请求权的“外部两分”,还是侵权责任方式不限定于损害赔偿前提下的“内部两分”。这两种方式在价值判断上并没有分别,而仅仅是外部区分还是内部区分的立法技术问题,对物权的完善保护是目的,而如何实现此种保护则是手段,有区别的是方法和技术,而并非结果和目的。

对此进行选择的重要依据在于如何整合和协调体系。这两种方式选择中的关键问题在于是否将侵权责任方式限定于损害赔偿,如果回答是肯定的,则外部两分更有理由;如果回答是否定的,则内部似乎更有理由;两种选择的逻辑都非常清晰,适用范围也由此得以大致地清晰化,无法在论证理由上完全地“东风压倒西风”。既然如此,最好将视角集中于讨论在这两种选择之下,如何进行更好地体系协调。从《民法通则》第134条的规定一直到《侵权责任法》第15条的规定,我国一直采取了一种责任法或者救济法的思路,倾向于以如何救济民事主体为重点,侵权责任方式并不限于损害赔偿,而是采取了多元化的责任方式。必须承认,侵权责任方式的多元化带来了诸多问题,导致规则适用上的困难,例如,《侵权责任法》中哪些条文应当仅适用于侵权损害赔偿责任而非所有侵权责任,如何从形式上区分侵权损害赔偿责任和其他侵权责任,是采取目前的立法方式,还是将损害赔偿责任之外的其他责任形式单独另行规定,等等。⁽⁵⁴⁾但是,不可否认的事实是,我国的侵权责任方式不仅限于损害赔偿责任,也包括返还原物等责任方式。既然如此,在我国法体系中,在阐释上不采纳第一种而是第三种方式就具备了相当理由。

这一点在排除妨害等预防保全性责任方式的变迁中可以明显地看出来。在德国法中,通过《德国民法典》第1004条和第894条以下的规定,并通过援引技术,将预防保全性的保护仅仅适用于所有权和其他一些物权。但这些保护仅适用于物权仍然过于狭窄,除了第12条所规定的对姓名的保护以及其他特别规定之外,预防性的保护无法适用于其他权利,出现了法律漏洞。因此,德国法院通过准用第1004条的方式,将本来仅适用于物权保护并是物权请求权的预防性保护首先扩张适用于非物权的绝对权利,例如无体财产权、人格权等,之后并进一步扩张至任何一种侵权法上受保护的权利与利益,凡是《德国民法典》第823条第1款中的绝对权以及同条第2款中保护性法律所保护的法益被侵害的,都可适用该预防性

(53) 王轶《物权保护制度的立法选择》,《中外法学》2006年第1期,第36-43页。

(54) 参见张谷《作为救济法的侵权法,也是自由保障法》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2009年第2期,第12-28页。

保护。⁽⁵⁵⁾ 德国侵权法已经通过法官法发展出了针对即将发生的客观不法侵害的一般预防性保护实体性请求权, 并被认为是德国侵权法在学说和判例上的发展的四种主要表现之一, 以致不能使用这种保护形式的案件, 仅仅是特定情况下成立的例外。⁽⁵⁶⁾ 《欧洲共同私法参考框架》(DCFR) 第 6-1:102 条也规定预防性保护的适用范围不限于绝对权, 而是所有受侵权法保护的权利和利益。因此, 预防性保护已经成为侵权责任承担方式的一种, 而并非单纯的物权请求权了。在我国, 通过《专利法》第 61 条、《著作权法》第 49 条和《商标法》第 57 条的规定, 预防性请求权已经可以适用于知识产权, 而由于《侵权责任法》第 21 条的规定, 更使得预防性请求权在“危及他人人身、财产安全”情形下使用, 其适用范围已经不限于物权, 甚至也不限于绝对权, 因此同德国法的发展相同, 预防性请求权已经渐渐脱离出物权请求权的范畴, 成为侵权请求权的一种, 《物权法》第 35 条的规定反而成为了《侵权责任法》的特殊规定和例示性规范, 是侵权法中所规定的预防性请求权规范在物权保护领域的特殊规范。既然如此, 为何要对返还原物请求权区别对待? 虽然两者具有适用范围上的不同, 返还原物请求权似乎仅适用于物权保护, 但是至少有理由将两者在性质上等同对待, 也将返还原物请求权作为侵权请求权的一种。如果能够如此, 那么返还原物请求权和预防性请求权就不是上述第一种方式下的架构, 即独立的物权保护; 而是第三种方式下的架构, 成为不同于侵权损害赔偿请求权的另一种侵权请求权。

同样, 《物权法》第 242 条以下的各个规范, 在性质上被认为是物权法领域中的法定债之关系, 因此第 242、244 条的规定就基于区分对待不同占有人的理由可以成为侵权法的特殊规范, 既然如此, 那么进一步的, 为何作为本体的返还原物请求权不能也成为侵权法的特殊规范, 从而成为一种侵权请求权呢? 虽然德国通说认为, “附从关系”并不会导致返还原物请求权和附随于它的各个从请求权的法律性质发生改变, 各从请求权不因此成为物权请求权, 而返还原物请求权不丧失作为物权请求权的特征,⁽⁵⁷⁾ 但是, 对此却并没有提出决定性的理由。反而基于返还原物请求权和从请求权之间的附从关系, 更有理由将两者的性质等同对待。

实际上, 主张必须采取第一种方式的学者往往先预设了侵权请求权的原型图像, 再区分侵权请求权与物权请求权的不同, 并认为将物权请求权规定为侵权请求权将导致体系上的冲突。但是, 预防性保护适用范围的扩张、无过错责任的采纳、损害类型的区分以及侵权责任承担方式的多元化, 所有这些现象都导致侵权法本身在发生变化, 侵权法的功能出现了损害和预防、风险分配的并行, 侵权请求权不必然以过错和损害作为构成要件, 甚至因果关系要件也会发生变化, 侵权责任承担方式也不限于损害赔偿。侵权法本身已经出现了分化, 预防性保护请求权在侵权法中的采纳是这种分化的明显表现之一, 那么再将返还原物请求权采纳为侵权请求权也不过是这种分化的另一表现。如果侵权法分化是一种无奈之举, 那么

(55) RGZ 48, 114; RGZ 60, 6; RGZ 148, 114. 参见 Brox/Walker, *Besonderes Schuldrecht*, S. 589; Medicus, *Bürgerliches Recht*, S. 426. [德]施瓦布《民法导论》, 第 266 页以下。

(56) Vgl. Deutsch/Ahrens, *Deliktsrecht*, Aufl. 5, 2009, Rn. 736.; [德]克默雷尔《侵权行为法的变迁》(上) 李静译, 《中德私法研究》第三卷, 北京大学出版社 2007 年版, 第 74 页; 但毫无疑问, 在绝对权以外的其他相对权利或法益上, 例如营业权、纯粹经济损失、交往安全义务等方面, 虽然一定程度上可以适用预防性保护, 但究竟在多大程度上可以适用是一个仍需探讨和司法控制的问题。参见 Vgl. Esser/Weyers, *Schuldrecht*, Bd. 2, Aufl. 7, 1991, S. 630.

(57) MünchKomm/ Medicus, *Vorbemerkung* § 987 - 1003, Rn. 2.

上述理由就仍不充分,但是这种分化本身具有相当的正当性。⁽⁵⁸⁾ 如果以固化的侵权法作为原型图像,得出侵权请求权在体系上无法包含物权请求权,这似乎是一种削足适履。更需要做的,是在承认侵权责任功能和责任方式多元化的基础上,区分清晰侵权损害赔偿请求权(包括补偿性和惩罚性损害赔偿请求权)、非损害赔偿请求权(返还财产、停止侵害、排除妨害和消除危险请求权)以及其他请求权(对应于加害人或者受益人在特定情形下须负担的牺牲补偿义务、损失分担义务甚至不当得利返还义务)不同的构成要件和法律后果,⁽⁵⁹⁾ 并探讨符合这些内部区分的妥当规范形式,而并非是在社会图景已经变化的前提下对侵权法进行纯化处理,试图重塑侵权法的预设原型图像。

四 解释方案:《物权法》和《侵权责任法》的适用关系

(一) 既有的解释方案

《物权法》第34、35条规定了返还原物请求权和预防保全性请求权,而《侵权责任法》第15条规定了侵权责任的承担方式,除损害赔偿外,还包括返还财产、停止侵害、排除妨碍、消除危险等方式。⁽⁶⁰⁾ 在此,规范解释方案出现了区别。一种方案认为《物权法》第34、35条规定了德国式的独立物权请求权,并在此前提下认为物权请求权和侵权请求权之间存在请求权竞合关系。但该解释方案可能会出现难以回避的困境。如果认为《物权法》所确立的物权请求权不以过错作为要件,而《侵权责任法》第15条所规定的责任形式必须要连接第6条第1款予以解释,从而返还财产、预防性责任方式与损害赔偿责任方式一样要以过错作为要件,这样似乎就会出现矛盾,即内容相同的请求权的构成要件并不相同;当事人在保护物权时也往往会选择物权法规定,从而使得《侵权责任法》第15条的返还财产和预防性责任形式至少在物权保护领域成为在实践中无用的条文,可以想象,这绝非立法者所欲,对教义解释而言也似乎是无法接受的。

如此,则只能认为《侵权责任法》第15条所规定的返还财产和预防性责任形式不需要以过错作为要件,过错仅是侵权损害赔偿请求权的要件。但是,如果构成要件和后果相同,至少就返还原物请求权而言,就只能认为立法者进行了不理性的重复规定,这同样对教义解释而言是无法接受的。并且,返还财产和预防性责任形式不需要以过错作为要件的规范依据何在?即使根据《侵权责任法》第21、45条,认为预防性责任形式的要件仅是“危及他人人身、财产安全的”,得出预防性责任不需要以过错作为要件,但认为返还财产无需以过错作为要件的规范依据在哪里?即使将《侵权责任法》作为《民法通则》的补充,结合《民法通

(58) Vgl. Henckel, *Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht*, AcP 174 (1974), 97-144; Kötz, *Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht*, AcP 174 (1974), 145-166. 中文资料请参见叶名怡《论侵权预防责任对传统侵权法的挑战》,《法律科学》2013年第2期,第121-131页。

(59) 这三种责任形式对应于张谷教授所说的狭义、中义和广义侵权责任,前者被称为真正的侵权责任,而后者被称为不真正侵权责任,参见张谷《论〈侵权责任法〉上的非真正侵权责任》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2010年第3期,第43-51页,但真正和不真正侵权责任的说法本身就已蕴含了侵权法的预设原型图像。

(60) 按照立法资料和最高院的理解,《侵权责任法》中的“返还财产”就是《物权法》中的“返还原物”;另外,《物权法》第36条所规定的修理、重作、更换和恢复原状等同于《侵权责任法》第15条第5项所规定的恢复原状,而《物权法》第37条所规定的损害赔偿等同于《侵权责任法》第15条第6项所规定的赔偿损失。参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编著《中华人民共和国侵权责任法解读》,中国法制出版社2010年版,第66页以下;奚晓明主编《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2010年版,第117页以下。

则》的规定和《侵权责任法》的制定过程,仍只能推导出损害赔偿需要过错,但并不能直接推导出返还原物请求权不需要过错,认为返还财产请求权无需过错的规范基础仍然不存在。基于体系协调成本的考虑,协调成本最高的方式可能就是,一方面侵权责任形式不限于损害赔偿,另一方面又将《物权法》第 34、35 条解释为确立了德国式的独立物权请求权,即机械结合上述内部区分和外部区分的方式,而该种解释方案就是如此。

第二种解释方案则由于在立法上主张应采纳德国式的独立物权请求权,并将侵权请求权限制为损害赔偿请求权,故反对物权请求权和侵权请求权构成请求权竞合关系。在此反对竞合的前提下,由于《侵权责任法》第 15 条规定了侵权责任承担方式的多元化,因此在规范解释上,只能认为《物权法》第 34、35 条并未确立德国式的独立物权请求权,而主张预防性责任方式根据《侵权责任法》第 21 条无需以过错作为要件,而返还财产责任由于欠缺《侵权责任法》上的依据,因此适用《物权法》第 34 条的规定,同样无需以过错作为要件。但是,在预防性责任形式上,如果按照这种解释方案,可能会产生《侵权责任法》第 21 条和《物权法》第 35 条之间的请求权竞合的问题,而该解释方案恰恰反对请求权的竞合,虽然可以用立法论和解释论的区分证成这种矛盾,但这种矛盾是否必然无法通过解释而排除?一种可能的方法是将《物权法》第 35 条理解为引致规范,需引致并适用《侵权责任法》第 21 条。但如果这样的话,该解释方案却又将《物权法》第 34 条理解为完全规范,那么,既然《物权法》第 34 条和第 35 条具有大致相同的表述方式和体系位置,为何在解释上却又如此不同呢?

因此,第三种解释方案主张,《物权法》第 34、35 条都是一种引致规范,是不完全规范,需要引致和适用《侵权责任法》中的规范。如此,《物权法》并未确立德国式的独立物权请求权,排除了请求权竞合的可能性,并且在逻辑上更为自洽。但在预防性责任形式上,《物权法》第 35 条所引致的《侵权责任法》第 21 条能够作为独立的请求权基础,从而不以过错作为要件;但由于返还财产责任无需以过错作为要件在《侵权责任法》中欠缺规范基础,因此《物权法》第 34 条引致《侵权责任法》中的哪个规范就成为一个问题。

(二) 另一种解释方案

虽然既有的三种解释方案各有不足,但基于对它们的分析,仍然可以提取出若干启示。首先,如果在学理上认为《物权法》第 34、35 条规定了德国式的独立物权请求权,那么这两条就必然是完全规范,在此前提下,就只能承认第一种解释方案所主张的请求权竞合,但这种解释方案却具有诸多问题而无法被采纳,故如果要达致合理的解释方案,就只能认为《物权法》第 34、35 条未确立德国式的独立物权请求权。

其次,《物权法》第 34、35 条具备相同的规定形式、体系位置和制度目标,因此应对它们进行等同处理。第一种解释方案将这两条都作为完全规范,第三种解释方案将它们都作为引致规范,因此都符合该要求;而第二种解释方案将《物权法》第 34 条作为完全规范,却将第 35 条作为引致规范,无法达到体系上的一致要求。

再次,在物权保护领域,基于返还原物和预防性保护的功能同一性,返还原物和预防性保护都应与侵权损害赔偿区分开,不需要以过错作为要件,但是,必须在规范上为这一点寻求到明确的规范依据。

至此,另一种解释方案就有可能成为现实。既然将《物权法》第 34、35 条解释为德国式的独立物权请求权会产生问题,将其解释为侵权责任请求权会如何呢?根据《物权法》第三章的标题和具体规定的文义,无法判断《物权法》是否采纳了德国式的独立物权请求权,既

然如此,就将《物权法》第34和35条解释为在物权法中确立了特殊的侵权请求权。从整体体系上而言,这意味着我国法律采取了上文所述的侵权责任形式不局限于损害赔偿前提下的内部区分方式。如果认为我国法体系采纳了外部区分方式,则第34和第35条就确立了独立的物权请求权,由于它们与侵权请求权性质上根本不同,就只能认为这两种请求权之间构成了竞合关系,就会出现上文所说的问题。而如果以内部区分作为解释基础,则《物权法》第34、35条就确立了特殊的侵权请求权,而构成了《侵权责任法》的特殊规范,是完全规范而非引致规范。⁽⁶¹⁾这样,即使将这两条作为完全规范,也并不就意味着必须承认《物权法》第34、35条规定了德国式的独立物权请求权,而同样也能以内部区分作为解释基础。

由此,在物权保护领域,如果按照客观目的论将《侵权责任法》第21条解释为独立的请求权基础,那么,《物权法》第35条与《侵权责任法》第21条依据特别规范与一般规范的关系构成了一种排除的法条竞合,从而应当适用前者的规定。同样,《物权法》第34条也构成了《侵权责任法》一般规定的特殊规定,从而也构成了一种排除的法条竞合关系,故应适用《物权法》第34条的规定。⁽⁶²⁾由于《物权法》第34、35条是完全规范,因此其适用无需以过错和损害作为要件。按照这种解释方案,就返还原物、停止侵害、排除妨害和消除危险责任而言,在物权保护领域,应当适用《物权法》第34、35条的规定,从而不可能构成请求权竞合关系。但返还原物请求权或预防性请求权可能会与侵权损害赔偿请求权(包括回复原状和赔偿损失)形成请求权聚合关系,据此,当事人可在诉讼中同时提出这两个不同的请求,从而不会增加诉讼成本。据此,就上文所述的恶意占有人改变物之所在地情形,如果认为《物权法》第242条确定了特殊的侵权请求权,那么权利人就可以同时提出返还原物请求权和损害赔偿请求权,要求恶意占有人将物运返至物的原所在地;同样,就权利人为取得原物所付出的费用,权利人可以依据侵权损害赔偿请求权向占有人或第三人请求赔偿,如果是向占有人要求赔偿费用,那么权利人就可以同时提出返还原物请求权和侵权损害赔偿请求权,而并不会付出更多的诉讼成本。

最高人民法院在注释书中认为“本法对侵权责任只是一般性规定,若在适用上有特殊性的,可在其他法律中规定。如物权法第三章规定了返还原物请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权、恢复原状请求权和损害赔偿请求权,此为侵害物权时应承担的侵权责任的几项特别规定,《物权法》没有规定的,可以适用本法的一般规定。”⁽⁶³⁾关于返还原物、排除妨害和消除危险请求权的观点与本文提出的解释方案类似,都将《物权法》中的规定作为特别的责任规定,因此在适用上应适用《物权法》中的特别规定。

(61) 无论是否认为《物权法》第34、35条所确立的是《侵权责任法》第7条意义上的无过错侵权责任,只要承认这两条确立了特殊的侵权请求权,构成侵权法的特殊规范,就对这里的解释方案没有影响。《侵权责任法》第7条使用了“损害”,而非第6条第1款所使用的“侵害”,是否意味着第7条的规定仅能适用于侵权损害赔偿责任?即使将这里的损害也理解为侵害,但是由于条文中的“侵权责任”这个限制,因此,只有首先认为《物权法》第34、35条所产生的是侵权责任而非德国式的独立物权请求权,才可在《侵权责任法》第7条意义上将《物权法》第34、35条理解为确立了无过错责任。

(62) 对于物权之外的其他权益保护,如适用预防性责任形式的,如无特别规定(例如《侵权责任法》第45条),则可考虑以《侵权责任法》第21条作为规范依据,不以过错为构成要件。值得思考的是,在侵犯物权之外的其他权益时,是否有返还财产责任的适用余地,例如甲将乙的股权登记在无过错的丙名下,乙可否以不当得利请求权而以侵权请求权要求无过错的丙返还财产。如果在价值判断上对此作出肯定回答,那么返还财产的外延就大于返还原物,此时我国的规范就仍存在法律漏洞,无法为返还财产责任不以过错为要件寻找到规范依据。但无论如何,这对这里的解释方案不会发生影响。

(63) 奚晓明主编《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2010年版,第122页以下。

关于《物权法》第 36、37 条所规定的恢复原状请求权和赔偿损失请求权,这两个请求权都属于德国法上的损害赔偿范畴,根据前文所述,与返还原物请求权和预防性请求权存在制度目标上和要件的极大不同,因此应与第 34、35 条做完全不同的理解。质言之,第 36、37 条应被理解为引致规范而非特别规范,因此应引致并适用《侵权责任法》中的规范。

五 结 论

在承认侵权损害赔偿请求权和物权请求权不同的基础上,制度构建和阐释仍具有多种可能性,即使以物债区分作为体系前提,仍非必须采取德国法的独立物权请求权这种阐释方式。对我国民法的更佳阐释方式是将物权请求权解释为不同于侵权损害赔偿请求权的其他侵权请求权,由此《物权法》第 34、35 条构成特殊规范。该解释方案在价值判断上和德国法方案并无太大区别,不同的仅是规范实现方式。同时,本文的隐含立场是立法论和解释论并非截然二分,立法价值和体系正当性的思考恰恰构成了规范解释的前提,也许重新回到对事实本身、价值判断和内在体系的度量,是规范解释的基础,也是新的立法体系形成的先声。

[Abstract] On the basis of the interpretation to the norms of proprietary claim, which includes the claim to recover, according to the differences of institutional aims, constitutive requirements and legal consequences, proprietary claim should be distinguished from tortious claim of reparation, the confusion between them should be avoided in the matter of theoretical analysis and application of norms. But this distinction can't necessarily lead to the distinction between proprietary claim and tortious claim. The special and independent proprietary claim of German law isn't an inevitable legal and explanatory choice. This mode adopted by German law certainly has the systematic function of distinguishing real right from obligatory right, but there are also some possibilities of legal system construction and interpretation, even if the distinction between real right and obligatory right should be maintained. The vagueness of the mode adopted by German law, the developments of tort law and the thought of "remedy law" adopted consistently by Chinese law lead to another interpretation to Chinese law, that is, proprietary claim can be interpreted as a kind of tortious claim which is different from the tortious claim of reparation. Accordingly Article 34 and 35 of Chinese Real Right Law can be deemed accordingly as the special norms of Tort Law, thus the disadvantages in the existed interpretations can be avoided.

(责任编辑:姚 佳)