编者按:十届全国人大常委会第 12 次会议通过了物权法草案(第二次审议稿)。本刊在此基础上,特约请梁慧星等专家学者就该草案以及物权法其他理论问题进行专门讨论,以期对我国《物权法》的制定有所裨益。

物权法草案(第二次审议稿)若干条文的解释与批判*

梁慧星

(中国社会科学院法学研究所,北京　100720)

引言:物权法草案(第二次审议稿)概要

第二次审议的物权法草案是在原草案的基础上作了一些修改形成的,它总共分为五编,22 章,共计 297 条。结构如下:第一编总则,包括第一章一般规定,第二章物权变动,第三章物权保护;第二编所有权,包括第四章一般规定,第五章所有权的基本类型,第六章建筑物区分所有权,第七章相邻关系,第八章共有,第九章所有权取得的特别规定;第三编用益物权,包括第十章一般规定,第十一章土地承包经营权,第十二章建设用地使用权,第十三章宅基地使用权,第十四章地役权,第十五章典权,第十六章居住权;第四编担保物权,包括第十七章一般规定,第十八章抵押权,第十九章质权,第二十章留置权,第二十一章让与担保;第五编占有,仅第二十二章占有。

物权法草案(第二次审议稿)的内容,可以分为三类:一类是正确的规定,这占大多数;另一类是不适当的规定,并不是没有道理,而是不符合中国国情(当然这也只是包括我在内的部分学者的认为),无论如何不能说是错误规定,当然也不好说是正确的规定;第三类是显然错误的规定,因为违反常识。我现在就对第三类规定作评论。

一、不动产登记簿的"证据资格"

请看物权法草案(第二次审议稿)第十七条:"不动产登记簿记载的事项,是物权归属及其内容的根据"。关于不动产登记制度的一个重要问题是,不动产登记簿在诉讼当中起什么作用?能不能作为诉讼证据呢?按照物权法草案的规定,不动产物权变动是以"登记生效主义"为原则,"不经登记,不发生物权效力",既然其效力如此绝对,则不动产登记簿在诉讼当中应当是关键证据,应当具有"证据资格"。而不动产登记簿是否具有"证据资格",需要在物权法上规定下来,这就是物权法草案(第二次审议稿)规定第十七条的理由。显而易见,本条规定的目的,是要赋予"不动产登记簿"以"证据资格"(亦称"证据能力"),使诉讼当事人可以用"不动产登记簿"这个"有形物"作为"证据",以证明某种"事实状态"(如"物权"的归属),而绝对不是要赋予不动产登记簿"记载的事项"以"证据资格"。

按照证据法原理,证据分为"人证"和"物证"。所谓"物证",指以"有形物"作为"证据",包括"文书"和"检证物"。现行民事诉讼法(第六十三条)将具有证据资格的"文书"称为"书证",将"检证物"称为"物证"。"书证"再分为"公文书"和"私文书"。不动产登记簿,属于"公文书"。无论是根据证据法原理,或者根据现行民事诉讼法,唯作为"有形物"的不动产登记簿,才能成为法官据以判断案件事实的"证据",而不动产登记簿所"记载的事项"绝非"证据"。

法律赋予不动产登记簿"证据资格",只是表明"不动产登记簿"可以作为诉讼"证据"使用,并不是说不动产登记簿"记载的事项"就一定"真实",法官就一定要采纳。而不动产登记簿所"记载的事项"是否

* 收稿日期　2005-02-27

作者简介　梁慧星(1944-),男,四川青神县人,中国社会科学院法学研究所研究员。

© 1994-2008 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

真实,必须由法官作出判断。法官应当如何判断不动产登记簿“记载的事项”,取决于作为证据的不动产登记簿的“证据力”(证明力)。而关于不动产登记簿的“证据力”,将由物权法草案另作规定,亦即下面将要讲到的不动产

w e

法,一般动产物权不要求登记,没有登记簿可以作为根据,因此,动产交易的善意第三人的特殊保护问题,需要创设别的制度予以解决,这就是动产的善意取得制度。

根据特殊保护不动产交易的善意第三人的同样的政策上的理由,动产交易的善意第三人当然也应当特殊保护。如果属于"特殊动产",即法律规定以"登记"为公示方法的动产,如船舶、飞机、机动车以及动产抵押权,可以用登记的"善意保护"制度去保护;其余的动产、一般的动产,法律规定以"交付"为公示方法,没有登记簿作为根据,这就需要创设一个新的制度,以排除无权处分的效力,实现特殊保护善意第三人的政策目的,这就是"动产善意取得"制度。

例如,张三的手机借给李四,李四把这个手机卖给了王五,李四把借人家的手机出卖了,这叫无权处分。按照合同法第五十一条的规定,如果张三不追认、李四不能取得处分权,无权处分合同无效,无效合同不发生所有权转移,王五不能取得手机所有权,张三有权起诉要求王五退还手机。但考虑到第三人王五是善意的,他不知道李四是无权处分,如果强行让他退,将来他就不敢买了、市场交易就不能进行,有必要特殊保护他。因此就创设动产善意取得制度,规定动产交易的第三人如果属于善意,从动产交付之时就取得所有权。王五从无处分权人李四手里买手机,如果王五属于善意第三人,一旦李四把手机交到王五的手上,王五就取得手机所有权。自手机交付之时,善意第三人王五取得手机所有权,张三的所有权也同时消灭。张三的损失怎么办呢?他当然有权请求李四赔偿。这叫动产的善意取得制度。

基于特殊保护善意第三人的政策目的,用登记的"善意保护"制度(登记的"公信力")保护不动产交易的善意第三人,以及特殊动产(船舶、飞机、机动车)交易的善意第三人;因为一般动产没有登记簿,不得已创设动产善意取得制度,以保护一般动产交易的善意第三人。有的同志不知道这个逻辑关系,他提出质问:难道不动产的善意第三人就不保护吗?他不知道不动产的善意第三人已有前面讲的登记公信力制度保护他。还有的同志坚持认为,发生善意取得要以无权处分合同有效为前提条件,因为他没有理解善意取得制度是无权处分规则的"例外",正是要用"善意取得制度"否定无权处分规则,以实现特殊保护善意第三人的政策目的。

值得注意的是,现在的物权法草案(第二次审议稿)正好发生同样的错误。

物权法草案(第二次审议稿)第一百零六条规定:

"无处分权人将不动产或者动产转让给受让人,符合下列情形,受让人即时取得该不动产或者动产的所有权:

(一)受让人在受让时不知道或者不应当知道转让人无处分权的;

(二)以合理的价格有偿转让的;

(三)转让的不动产依法应当登记的已经登记,不需要登记的已经交付给受让人的;

(四)转让合同有效的。

当事人善意取得其他物权的,参照适用前款规定。"

你看,条文规定"即时取得该不动产或者动产的所有权",起草人居然忘记了草案第二十五条已经规定了不动产登记的"善意保护"制度,把实现同样政策目的的两个制度弄混淆了;条文规定以"转让合同有效"为发生善意取得的前提条件,则更是匪夷所思,如果"转让合同有效",则受让人基于有效的买卖合同当然取得标的物所有权,还有规定"善意取得"制度的必要吗?起草人显然未弄懂"善意取得"制度的立法目的,正是针对无权处分合同无效,而强行使善意第三人"原始取得"标的物所有权。如果无权处分合同有效,则不仅不需要"善意取得"制度,且该第三人之取得所有权将属于"继受取得"。

五、以移转返还请求权代替交付

物权法草案(第二次审议稿)第三十二条规定:"动产物权设立、转让前,第三人占有该动产的,可以通过转让向第三人返还原物的请求权代替交付。转让向第三人返还原物的请求权的,出让人应当通知第三人。物权自出让人通知第三人时发生效力。"

本条规定的是"以返还请求权代替交付",这个例外规则所针对的是"运输中的动产"和"委托保管中的动产"的买卖、质押。先看"运输中的动产"买卖,买卖合同订立时,标的物还在承运人的轮船上,而轮船还在海上航行,没有办法进行"交付",于是按照惯例,将"提单"交给买受人以代替"货物"的"交付"。按照海商法第七十九条的规定,"提单"分为"记名提单"、"指示提单"和"不记名提单",其中"指示提单"可以背书转让,"不记名提单"无须背书即可转让。海商法第七十一条规定:"提单,是指用以证明海上货

© 1994-2008 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

物运输合同和货物已经由承运人接收或者装船,以及承运人保证据以交付货物的单证”。按照这一规定,“提单”既是证明运输合同成立的证据,也是“承运人保证交付货物的单证”,亦即“提单”是请求承运人交付货物的请求权凭证。教科书上称为“债权凭证”,谁持有“提单”,谁就享有请求承运人交付货物的债权请求权。

按照物权法草案(第二次审议稿)第三十二条的规定,货主在转让运输中的货物时,不必等待轮船到达目的港自己去提取货物后再“交付”给受让人,他可以将“提单”交给受让人以代替实际货物的“交付”,因此货物所有权自“提单”交付时移转于受让人。依本条规定,交付“提单”即等于“交付”货物,即发生货物所有权变动的效果,使“提单”因此具有“物权凭证”的性质,谁持有“提单”谁就享有货物的所有权。与所有权移转相同,如货主以货物设定“动产质押”,他也当然可以“交付”提单代替货物的实际“交付”,质权亦于“提单”交付时成立。

再看“保管中的动产”,货主订立买卖合同之时,货物还保管在仓库经营者的库房里,此时货主与仓库经营者之间的仓储保管合同仍然存在。现行合同法第三百八十七条规定:“仓单是提取仓储物的凭证。存货人或者仓单持有人在仓单上背书并经保管人签字或者盖章的可以转让提取仓储物的权利。”因此,谁持有“仓单”谁就有权提取仓储物,他还可以转让该提取仓储物的债权。存货人或者仓单持有人如果出卖保管中的货物,不必亲自去仓库提取货物后再将该货物实际“交付”于受让人,他只须将“仓单”交付给受让人以代替货物的实际交付。而按照物权法草案(第二次审议稿)第三十二条的规定,保管中的货物的所有权,亦于出卖人将“仓单”交付于受让人之时移转于受让人。因本条的规定,“仓单”不仅是债权凭证,同时也具有了“物权凭证”的性质,“仓单”持有人即是该货物的所有权人。

顺便讲到,各国关于“仓单”的立法有“一单主义”与“两单主义”之分。按照“一单主义”的立法,保管人只能开出一个“仓单”,持有人既可以通过“交付”此“仓单”移转货物的所有权;也可以通过“交付”此“仓单”设立动产质权。显而易见,如果已经设立动产质权,此“仓单”在质权人占有之下,出质人(货主)将不可能再转让该货物的所有权。按照“两单主义”的立法,保管人应存货人的请求可以开出两个“仓单”,一个叫“存入仓单”,一个叫“出质仓单”。从理论上说,“存入仓单”用于转让货物所有权,“出质仓单”用于设立动产质权,二者并行不悖。但在实际上,以“出质仓单”设立动产质权之后,就很难仅以“存入仓单”转让货物所有权,因为受让人担心所购买的货物有随时被质权人扣押、拍卖的风险。因此,不得已在转让货物所有权时一并交付“存入仓单”和“出质仓单”,“两单”实际上等于“一单”。鉴于我国合同法规定的“仓单”系采“一单主义”,即“仓单”既是所有权凭证,可以通过“仓单”交付发生“所有权移转”的效力,也可以通过“仓单”交付发生动产质权设立的效力。一旦货主通过交付“仓单”而设立了“质权”,则该货主不能再转让该货物的所有权,因为“仓单”在质权人占有之下。在一个实际案例中,货主在通过交付“仓单”设立了“质权”之后,另以书面“转让协议”方式将货物所有权转让给他人,一审法院判决认定该转让行为无效,二审法院改判该转让行为有效,结果使质权人遭受了重大损害。显而易见,二审判决是错误的,因为“仓单”是“保管中的货物”的“物权凭证”,转让“保管中的货物”应当以“仓单”的交付,代替实际货物的“交付”。

必须指出物权法草案(第二次审议稿)第三十二条的错误:一是条文第一句中把“向第三人请求返还原物的请求权”,误为“向第三人返还原物的请求权”,把“返还请求权”的权利人和义务人弄颠倒了;二是条文第二句和第三句,增加规定以出让人“通知第三人”为物权变动的生效条件,是完全错误的。因为,在以“提单”交付代替实物“交付”的情形,载货船舶在茫茫大海上航行,如何“通知”?仅通知船东而不通知代理船东签发提单并占有货物的船长行不行?有通知的必要吗?在以“仓单”交付代替实物“交付”的情形,事先已经保管人在“仓单”上“签字或者盖章”,还有再通知保管人的必要吗?并且,这样规定是对“提单”、“仓单”的“物权凭证”性质的彻底否定,与现行海商法关于提单制度和现行合同法关于仓单制度的规定显然抵触,在理论上是错误的,在实践上是有害的。使人不解的是,起草人为什么不查一查现行海商法和合同法的规定?

六、占有改定

请先看我负责的物权法草案建议稿第二百五十四条关于“占有改定”的规定:“出让动产物权时出让人有必要继续占有该项动产的,出让人与受让人应该设定一项由受让人取得间接占有的法律关系,以代替实际交付。”条文说“出让动产物权时出让人有必要继续占有该项动产的”,人们会问,既然要出卖该动

© 1994-2008 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

产,又何以“有必要”继续占有该动产,这难道不是矛盾的吗?按照常理,要出卖就不能继续占有,要继续占有就不要出卖。为什么一方面要出卖,另一方面又要继续占有?这是针对融资租赁的一种特殊形式:“卖出租回”,或称“回租”。

假设某个企业急需一笔生产资金,它向银行贷款,银行不贷给它,因为它此前的贷款都还没有还,或者银行虽然同意贷款,但要求设立抵押担保,而它的房地产早已抵押给银行了。该企业急需资金而又没有银行愿意贷款给它,这种情形它想到融资租赁中的“卖出租回”,于是它找到一家租赁公司签订买卖合同,将自己最值钱的一条生产线的设备出卖给租赁公司,取得一笔价款以解决企业急需的生产资金;但是它并不是真的要出卖这套生产线,相反它还要靠这条生产线进行生产,因此它“有必要继续占有”这些已经出卖给租赁公司的设备。这种情形,显然不能把这些设备“交付”给买受人租赁公司,以完成设备所有权的移转。怎么样才能够既使该企业“继续占有”这些设备又实现其所有权向租赁公司的移转呢?有办法,该企业再与该租赁公司签订一份租赁合同,把这套生产线的设备再租回来不就行了吗?

你看,现行合同法第二百四十二条明确规定:“出租人享有租赁物的所有权。承租人破产的,租赁物不属于破产财产。”虽然没有现实的“交付”,但因为签订了租赁合同,合同法明确规定租赁公司享有这些设备的所有权,可见正是这个租赁合同代替了设备的实际“交付”,而实现了设备所有权向租赁公司的移转,并同时使该企业作为承租人继续占有这些设备。按照民法关于占有的原理,在租赁合同关系中,承租人是租赁物的“直接占有人”,出租人是租赁物的“间接占有人”。这一租赁合同关系,正是物权法草案建议稿第二百五十四条所谓用“以代替实际交付”的这样一项“由受让人取得间接占有的法律关系”。可见,关于“占有改定”的特殊规则,正是针对现实生活中的“卖出租回”这种特殊融资租赁合同形式的,其实质是用一项“租赁合同关系”实现标的物所有权移转,并满足出卖人继续占有该标的物的需要。

值得注意的是,物权法草案(第二次审议稿)的起草人没有理解这一点,该草案第三十三条规定:“动产物权转让时,出让人应当将该动产交付给受让人,但根据双方约定由出让人继续占有该动产的,约定生效时视为交付。”

假设在一份买卖合同中,“双方约定由出让人继续占有”标的物,我们的法院将如何对待这份买卖合同?现行合同法第一百三十五条规定:“出卖人应当履行向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证,并移转标的物所有权的义务。”显而易见,这份假设的买卖合同中这样一个“约定由出让人继续占有”标的物的条款,“剥夺了”买受人请求出卖人交付标的物并移转标的物所有权的“主要权利”,“免除了”出卖人交付标的物并移转标的物所有权的“主要义务”,如果属于“格式合同”,法院将依据合同法第四十条的规定认定该条款无效;如果不属于“格式合同”,法院将认定构成合同法第五十四条“显失公平”的合同,而根据买受人的请求予以撤销或者变更。可见,条文规定“双方约定由出让人继续占有”,是绝对行不通的,应当改为“双方应该设定一项由受让人取得间接占有的法律关系,以代替实际交付”。这样的法律关系,主要是租赁合同关系,还有借用合同关系。

七、法律行为之外的物权变动

须注意一个问题,并不是所有的物权变动都须要“公示”(登记、交付)。这就是法律行为之外的物权变动,法律行为之外的不动产物权变动不必进行“登记”,法律行为之外的动产物权变动不必进行“交付”。所谓“法律行为之外”的物权变动,有下面几种情形:

(一)因公权力的行使发生的物权变动

物权法草案(第二次审议稿)第三十四条规定:“因人民法院的生效法律文书、人民政府的征收等行为导致物权的设立、变更、转让和消灭的,自法律文书生效之日或者人民政府的征收等行为作出之时发生效力。”法院的生效判决、政府的征收命令,属于公权力的行使行为,所引起的物权变动,按照本条规定,不需要进行“公示”。因法院生效判决导致的物权变动,自判决生效之时发生效力;因政府征收命令导致的物权变动,自政府的征收命令作出之时发生效力。

例如,法院审理产权争议案件,最后作出判决“争议房屋归李四所有”,自判决生效之时李四就得到了该房屋的所有权,亦即自判决生效之时争议房屋的所有权就自动移转于李四名下。显然,这个时候还没有办理产权过户登记,不动产登记簿上张三仍然是“所有权人”,但李四从判决生效时就已经得到了所有权,李四才是“真正的”所有权人”。判决一经生效,李四就可以拿着判决书到登记机构办理“登记”手续。特别要说明的是,李四凭生效判决办理的“登记”,不是“过户登记”而是“变更登记”。政府征收也

© 1994-2008 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

是这样,政府征收命令一经作出,国家就取得所征收土地的所有权。

(二)因继承发生的物权变动

物权法草案(第二次审议稿)第三十五条规定:"因继承取得物权的,自继承开始时发生效力。"本条规定,因继承发生的物权变动,从"继承开始"之时发生效力。什么叫"继承开始"?"继承开始"是继承法上一个重要概念。现行继承法第二条规定:"继承从被继承人死亡时开始"。可见,"继承开始"就是"被继承人死亡"之时。按照继承法的规定,自"被继承人死亡"之时,被继承人的财产就成为"遗产",其所有权就转移到继承人名下,如果只有一位继承人,"遗产"就归该继承人所有,如果继承人在二人以上,"遗产"就归全体继承人共有。

实际上,被继承人死亡之时,其是否留有"遗嘱"尚不确定,是按"遗嘱继承"还是按"法定继承"尚不确定,所以还不能确定继承人的人数,还不能确定继承人是谁,因此没有办法"分割遗产",没有办法办理"产权过户登记"。但是,被继承人已经死亡,权利主体已经消灭,不能让"遗产"处于无主状态,因此物权法草案(第二次审议稿)第三十五规定:自"继承开始"(即被继承人死亡)之时,由继承人取得"遗产"的所有权。"遗赠"也准用同样的规定,从被继承人(遗赠人)死亡之时,即"继承开始"之时,遗赠财产的所有权就归了受遗赠人。到后来分割遗产时,如果受遗赠人"放弃"受遗赠,则该遗赠财产的所有权就归其他继承人。

须要注意的是,因继承而发生物权变动的这个规则,对法官裁判案件会有影响。例如父亲去世以后房产没有分割,由母亲管理使用,最后母亲又去世了,这个财产由农村的老大继续使用,老二在国外几十年后回来向法院提起诉讼。假设他以"侵害继承权"为由起诉,老大自然会以诉讼时效经过作为抗辩,法院审查诉讼时效确已经过,于是判决驳回老二的诉讼请求。假设老二以"分割共有财产"为由起诉,他不说侵害继承权,因为父亲去世时遗产就归属于兄弟二人共有,只是共有财产一直在大哥的掌管之下,他现在请求分割共有财产,而请求分割共有财产的请求权不适用诉讼时效,如果老二以这个理由起诉,法院就不能驳回他。法院查明这个遗产没有进行过分割,一直处于共有状态,法院就应当认可老二的请求,作出"分割共有财产"的判决。可见,因继承发生物权变动的这个规则,对当事人、对法院都关系重大。

上面谈到"继承开始"即是"被继承人死亡"之时,而此所谓"死亡"既包括"事实死亡",如老死、病死、意外事故致死,也包括"宣告死亡"。在"宣告死亡"的情形,自判决所确定的"死亡之时"继承开始"。这里顺便讲一个实例,一个人在"大跃进"年代失踪,致 1959 年所在单位及配偶均认为"已经死亡",在配偶(母亲)主持之下分割"遗产",农村的房屋分给老大,城里的房屋分给老二。后来母亲也去世了,兄弟二人一直相安无事。到改革开放以后,因房地产开发,城里的房屋显著升值,于是老大在 1999 年向法院申请宣告其父亲死亡,法院作出了"宣告死亡"的判决,而这时该人如果活着的话将已 130 多岁。宣告死亡的判决下达后,老大立即向法院起诉请求重新分割遗产,因为 1959 年父亲尚未"死亡"、继承尚未开始。于是,法院于 2002 年作出判决,认定当年母亲主持进行的遗产分割无效,并进行重新分割"遗产"。这样的判决是否正确?当然不正确。在母亲主持分割遗产已经四十多年之后,法院否定四十多年前的遗产分割协议,显然不合情理。其失误在于,把"死亡宣告"看作独立的诉讼行为,未注意到法院作出的死亡宣告将发生物权变动的效果,因而未注意到宣告死亡申请人要否定四十年前的遗产分割的意图。最后二审法院以"法律不溯及既往"为根据,先撤销"宣告死亡"的判决,再据此撤销"重新分割遗产"的判决。这一实例的教训是,法院审理案件不可"就事论事",一定要弄清楚当事人的真实目的,弄清楚案件的实质是什么,避免上当事人的"圈套"。

(三)因事实行为发生的物权变动

物权法草案(第二次审议稿)第三十六条规定:"因合法建造住房等事实行为设立和消灭物权的,自事实行为成就时发生效力。"所谓"事实行为",就是指用钢筋、水泥、砖瓦、木石建造房屋、用布料缝制衣服、用木料制作家具等行为。建成一栋房屋就发生房屋的所有权,制成一件衣服就发生衣服的所有权,完成一个书柜就发生书柜的所有权。房屋建成后还没有办理"登记",但房屋所有权已经发生。制成一件衣服,还没有"交付",但衣服的所有权就已经发生。完成一个书柜,还没有"交付",但书柜的所有权就已经发生。条文所谓"事实行为成就时",就是房屋建成之时、衣服制成之时、书柜完成之时。这些情形所有权之发生,属于法律行为之外的物权变动,按照本条规定自"事实行为"成就"(完成)之时生效,而

© 1994-2008 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

不是自“登记”或者“交付”生效。

(四)上述三种情形的物权变动的“限制”

在上述三种情形,即草案第三十四条规定因判决和征收、第三十五条规定因继承和遗赠、第三十六条规定因事实行为,发生的物权变动,虽然在办理“登记”或者“交付”之前已经发生效力,但是有一个“限制”,就是在完成“登记”或者“交付”之前,所有权人不能进行“处分”。例如,李四因法院判决而取得争议房屋的所有权,或者因继承而取得遗产房屋的所有权,但在李四持判决书或者遗产分割的协议书到不动产登记机构办理变更登记之前,不能处分该房屋(出卖、抵押);例如,建造房屋,虽然房屋一经建成就发生了建设单位的所有权,但建设单位必须先到不动产登记机构办理了“所有权初始登记”,然后才能转让该房屋所有权或者设定抵押权。同样,制作衣服、家具,虽然在衣服、家具完成之时就已经发生所有权,但在所有权人实际“占有”该衣服、书柜之前(衣服还在缝纫店、书柜还在木工作坊),不能出卖;所有权人必须实际“占有”之后,才能出卖。制造船舶、飞机、机动车也是如此,自事实行为成就(组装完成)之时发生船舶、飞机、机动车的所有权,但在到有关登记机构办理“所有权初始登记”之后才能处分(出卖或抵押)。

可见上述三种情形发生的物权变动,如为不动产物权而未进行不动产登记的,如为动产物权而未交付占有的,法律限制所有权人的处分权,即限制“进入市场交易”,其政策目的,是为了建立市场交易的物权法律秩序,为了避免不动产登记制度被“架空”。此与物权公示原则的“登记对抗主义”是不同的。但现在的物权法草案(第二次审议稿)正好混淆了这一点,其第三十七条规定:“依照本法第三十四条至第三十六条的规定,导致不动产以及船舶、飞行器和机动车等的物权设立、变更、转让和消灭的,应当依法及时补办登记。补办登记前,不得对抗善意第三人。”

按照现在的物权法草案(第二次审议稿)第三十七条的规定,建造的房屋、继承的房屋、判决取得的房屋,未办理登记前就可以转让、可以设定抵押,不动产物权变动的登记生效主义,就变成了“登记对抗主义”,显然是与前面关于物权公示原则的规定冲突的。此外,本条未提及一般动产,则制作的动产、判决取得的动产、继承取得的动产,还没有交付给所有权人“占有”,权利人就可以处分,显然会导致经济生活的混乱。因此,本条应当修改为:“依照本法第三十四条至第三十六条的规定发生的物权变动,如为不动产物权而未进行不动产登记的,如为动产物权而未交付占有的,权利取得人不得处分。”

八、物权请求权

物权法草案(第二次审议稿)第三章“物权的保护”,规定了一项新的制度,就是“物权请求权”。“物权请求权”是专门针对“物权”的法律救济措施,是“物权”的特殊保护方法。我们知道,“物权”同样受侵权责任制度的保护,“物权”受侵害将发生侵权责任请求权。这样一来,“物权”既受“物权请求权”制度的保护,也受侵权责任制度的保护,我们就须要弄清楚:为什么在民法规定了侵权责任制度之外,还要规定一个“物权请求权”制度?“物权请求权”制度与“侵权责任”制度的区别何在?二者的区别,主要是两点:第一是保护对象不同,物权请求权制度的保护对象只是“物权”一种,而侵权责任制度的保护对象,包括“物权”、“人格权”、“知识产权”及其他具有“排他性”效力的民事权利;第二是“构成要件”不同,“物权请求权”只有一个构成要件,即存在“物权”,而一般侵权责任的构成要件包括“加害行为”、“损害后果”、“因果关系”和“过错”,即使特殊侵权责任也须有前三项要件。物权请求权的优点,也正是在于其“构成要件简单”,既然我是房屋的所有权人,我就根据这一点行使物权请求权,请求法院保护我的所有权,因为构成要件简单,因此物权请求权行使的程序就特别方便,只须提供证明自己享有“物权”的证据就足够了,法院也仅凭我享有“物权”这一点就给予保护。这就使请求权人避免了就侵权责任的“构成要件”举证的麻烦。因此,民法在侵权责任制度之外,特别规定“物权请求权”制度,作为保护“物权”的特殊救济措施。

例如张三把房屋出租给承租人李四,租赁合同期满后承租人李四不退房,这时出租人张三可以按照违约责任起诉,也可以按照物权请求权起诉,如果张三按照物权请求权起诉,他只要证明自己是房屋所有权人就够了。当法院查明张三真的是所有权人时,法院就作出判决责令承租人李四限期搬家。可见物权请求权在行使程序上非常简便。反过来,物权请求权也有一个限制,这就是行使物权请求权一定要有“物权”存在。“物权”什么时候存在?“标的物”存在,“物权”就存在。标的物一旦“毁损、灭失”,例如房屋都已经烧毁,汽车已摔下悬崖变成一堆废铁,手机已经灭失,这时“物权”(所有权)已经消灭,你就不能再行使物权请求权,你只能向法院提起侵权责任之诉。这种情形,如果你不按照侵权责任起诉而按照

© 1994-2008 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

物权请求权起诉,法院查明因标的物消灭而物权已经消灭,当然无所谓"物权请求权",于是法院作出判决驳回你的诉讼。因为没有物权也就没有物权请求权,你只能根据侵权责任起诉。这就是物权请求权和侵权责任的严格划分。也即是,为什么物权在受物权请求权保护之外,还要受侵权责任制度保护的理由。下面介绍具体的物权请求权:

(一)确认物权请求权

物权法草案(第二次审议稿)第三十八条规定:"因物权的归属及其内容发生争议的,利害关系人可以请求确认权利。"这是关于"确认物权请求权"的规定。过去的教科书上并没有"确认物权请求权",迄今也有学者不赞成规定"确认物权请求权",因为"确认物权请求权"是针对法院的,实质上是一种"诉权",不似针对民事主体的"实体权"。起草人认为,按照法律原理,程序法上的"诉权"是为实体法上相应的"实体权"之实现而存在的,换言之,有一种"诉权"就必定有与之相对应的一种"实体权"。既然诉讼法上有"确权之诉",与之对应的物权法上的"实体权"就是"确认物权请求权"。物权法规定"确认物权请求权",就使诉讼法和司法实践中的"确权之诉",有了实体法上的权利根据,于法于理均无违背。按照本条规定,发生物权归属及其内容的争议的利害关系人,享有"确认物权请求权",亦即发生物权争议的任何一方,都可以行使这个请求权,向法院提起"确认物权之诉"。须注意的是,"确认物权请求权"的目的和作用,在于采用诉的方法解决物权争议,维护正常的物权法律秩序,因此"确认物权请求权"不应适用诉讼时效,只要物权争议存在,"确认物权请求权"就存在,不受诉讼时效的限制。

(二)返还请求权

物权法草案(第二次审议稿)第三十九条规定:"无权占有他人不动产或者动产的,权利人可以请求其返还原物。"本条是关于"返还请求权"的规定。返还的对象是被他人占有的物权客体(标的物),无权占有他人物权客体(不动产或者动产)的人,是返还义务人。前面已经谈到,物权请求权的构成要件是"物权"必须存在,而"物权"存在的前提是作为物权客体的"物"(不动产或者动产)必须存在,这个"物"被他人无权占有,我就根据"物权"行使"返还请求权",请求无权占有人返还"原物"。如果"原物"已经灭失,当然也就无所谓"返还请求权",原物权人只能行使侵权责任请求权。

"返还请求权"是否适用诉讼时效?按照民法原理,"返还请求权"虽然性质上属于"物权请求权",但与属于"债权请求权"的"履行请求权"、"损害赔偿请求权"类似,应当同样适用诉讼时效。但如果请求返还的财产是办理了登记的财产(不动产、船舶、飞机、机动车),因为诉讼时效期满而允许无权占有人拒绝返还,就势必与登记制度的效力发生冲突。而登记的公示效力、对抗效力、权利推定的效力,是不应该因时间的经过而消灭的,否则就将否定登记制度本身。因此,请求返还办理了登记的动产、不动产的请求权,就不应当适用诉讼时效。例如,张三的房屋所有权是办理了所有权登记的,该房屋被李四无权占有,张三请求无权占有人李四返还房屋的请求权,就不适用诉讼时效。当然,如果被无权占有的财产没有登记,无论是不动产或者动产,其返还请求权应当适用诉讼时效。

(三)排除妨害请求权

物权法草案(第二次审议稿)第四十一条规定:"妨害行使物权的,权利人可以请求排除妨害。"这是关于"排除妨害请求权"的规定。所针对的是妨害人的"妨害行为",这与后面的"消除危险请求权"针对危险设施等造成的"危险状态",是不同的。排除妨害,就是请求法院判决强行排除妨害人的妨害行为。因此,依据"排除妨害请求权"提起的诉讼,称为"排除妨害之诉",是以实施妨害行为之人为被告。你把人家通道给切断了,责令你恢复通道畅通。你把人家的楼梯给封堵起来了,责令你拆除封堵物恢复楼梯畅通。须注意的是,由规定"排除妨害请求权"的立法目的决定,"排除妨害请求权"不适用诉讼时效,只要妨害行为的结果存在,受妨害的物权人就可以行使此项请求权,提起排除妨害之诉,受理法院就要做出"排除妨害"的判决,强行排除妨害行为及其结果,恢复物权的正常行使。

(四)消除危险请求权

物权法草案(第二次审议稿)第四十二条规定:"有可能危及行使物权的,权利人可以请求消除危险。"这是关于"消除危险请求权"的规定。"消除危险请求权",针对的不是人的行为,而是某种"危险状态"。依据"消除危险请求权"提起的诉讼,称为"消除危险之诉",是以造成危险状态的树木、设施、建筑物等的所有人或者管理人为被告。受理法院应作出判决责令被告消除该"危险状态"。例如一棵大树的枝干伸到邻居的院子上面,枝干已经枯朽、摇摇欲坠,下面刚好是邻居停放奔驰汽车的车位,这个邻居随

© 1994-2008 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

时就提心吊胆,你的枯枝掉下来把我的"大奔"砸坏了怎么办?这就造成一种危险状态。这个邻居就可以行使消除危险请求权,向法院提起"消除危险之诉",请求法院责令大树的所有人或者管理人限期把枯枝砍掉,否则许可这个邻居自己雇人去砍,让被告承担费用。你那堵墙已经倾斜,随时可能倾倒,威胁到邻居的安全,邻居可以行使"消除危险请求权",提起"消除危险之诉",让法院作出判决责令你限期把危墙加固或者拆掉。基于"消除危险请求权"的立法目的,只要"危险状态"存在,就应当责令造成危险状态的设施等的所有人或者管理人予以消除,因此"消除危险请求权"也不适用诉讼时效。

(五)附带的损害赔偿

可能有这样的情况,因为"妨害行为"或者"危险状态"的存在,已经给受害人造成实际的损害(损失),是否许可受害人在行使"排除妨害请求权"或者"消除危险请求权"的同时,一并请求损害赔偿?有两个解决方案:第一个方案是坚持"物权请求权"以恢复"物权之圆满状态"为目的,不许可受害人一并请求损害赔偿,受害人应当在行使"排除妨害请求权"或者"消除危险请求权"之后,依据侵权法的规定另案提起"侵权损害赔偿之诉"。其结果是徒增当事人讼累和程序的繁复,并违反诉讼经济原则。因此,我负责的物权法草案建议稿采第二个方案,其第二百七十条规定受害人在行使"排除妨害请求权"或者"消除危险请求权"的同时,可以一并请求损害赔偿。但此"损害赔偿"不构成一项独立的请求权,必须在行使"排除妨害请求权"或者"消除危险请求权"的同时一并请求。换言之,不允许受害人单独请求损害赔偿,其单独请求损害赔偿,必须依据侵权责任的规定。

遗憾的是,物权法草案(第二次审议稿)的起草人未能理解许可"附带的损害赔偿"的政策目的,错误地规定了属于物权请求权性质的"损害赔偿请求权"。该草案第四十三条规定:"侵害物权,造成权利人损害的,权利人可以请求损害赔偿。"导致了"物权请求权"制度与"侵权责任"制度的混淆。这样一来,凡物权受侵害,受害人都必然依据本条行使属于物权请求权性质的"损害赔偿请求权",民法侵权责任制度就被取代(取消)了。而在物权受侵害的情形,法院仅根据"物权"存在一项要件(这是物权请求权的性质和立法目的决定的),完全不考虑"加害行为"、"损害结果"、"因果关系"、"加害人过错"等要件,怎么可能作出合情、合理、合法的"损害赔偿判决"?有鉴于此,建议将第四十三条修改为:"在第四十一条和第四十二条的情形,物权人受有损害的,可在请求排除妨害或者消除危险的同时,附带请求损害赔偿。"

例如,你把人家楼梯堵了,人家不得已从阳台架设梯子上下发生人身伤害,这笔医药费怎么办?因楼梯被堵,人家没法进出自己的房屋而到外面去住旅馆的那笔费用怎么办?你的大树枯枝摇摇欲坠,别人不敢在下面停汽车,把汽车停到收费停车场支出的停车费怎么办?这些都是"妨害行为"和"危险状态"给受害人造成的实际损害,应当许可受害人行使"消除危险请求权"和"排除妨害请求权"的同时一并附带请求损害赔偿。这个损害赔偿不是单独的请求权,是附带的,因此法院要在判决"排除妨害"或者"消除危险"的同时一并做出判决。当然,法院作出附带的损害赔偿的前提条件是,这笔"损失"(费用)与"妨害行为"、"危险状态"之间有"因果关系"。

现在的物权法草案(第二次审议稿)上还有一个条文,即第四十条:"造成他人不动产或者动产毁损的,权利人可以请求恢复原状。"按照此条文规定,"不动产或者动产"已经"毁损",例如房屋已经"毁损"变成一堆残砖断瓦、汽车已经"毁损"变成一堆废铁,原来的"房屋所有权"、"汽车所有权"已经不存在,因此当然不再有什么物权请求权,受害人只能根据侵权责任请求赔偿。可见,本条规定的"损害赔偿请求权"属于"侵权责任"性质,而不是"物权请求权"。建议删去本条。

九、动产加工制度

现在再讲"所有权编"的"动产加工"制度。物权法草案(第二次审议稿)第一百一十九条规定:"加工他人的动产的,加工物的所有权属于材料的所有权人。但是,因加工致使其价值显著大于原材料的价值的,加工人取得该加工物的所有权。法律另有规定或者当事人另有约定的除外。"这就是关于"动产加工"制度的规定。特别要注意的是,此所谓"加工"属于物权法上的制度,与债权法上的"承揽合同"截然不同。

现行合同法第十五章规定"承揽合同",其第二百五十一条规定:"承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作,交付工作成果,定作人给付报酬的合同。承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验的工作。"基于"承揽合同"的性质和目的,无论是由定作人提供材料,或者由承揽人提供材料,所制作完成之"工作成果"(动产),均归属于定作人。换言之,承揽人完成的"工作成果"的所有权必定属于定作人。

© 1994-2008 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

定作人从什么时候取得该“工作成果”的所有权呢？鉴于定作人通过承揽人的“工作”而取得“工作成果”(动产)的所有权，属于因“事实行为”而发生的物权变动，按照物权法草案(第二次审议稿)第三十六条的规定，定作人应自“完成工作”的“事实行为”成就之时，取得该“工作成果”的所有权。在现实生活中，我们委托缝纫店制作西服、委托照像馆冲印照片、委托木器厂制作书柜，均不在“承揽合同”中“约定”承揽人所完成的“西服”、“照片”、“书柜”的所有权归属，为什么？因为承揽合同的性质和目的决定，承揽人所完成的“工作成果”当然归属于定作人，而无须当事人约定。

本条规定的“加工”，属于物权法上的一项“物权制度”，其“适用范围”是加工人“因故意或者过失”，以他人的动产为材料而制作新的动产。换言之，“加工人”既不是“材料”所有权人，也未受“材料”所有权人的“委托”。因此，所谓“加工”行为，应当构成侵权行为，该“加工人”应依据侵权法的规定，对“材料”的所有权人承担侵权损害赔偿责任。例如，张三误将李四的木料当作自己的木料“加工”完成一个“书柜”，如果李四将张三告上法庭，法庭将根据侵权法的规定判决张三对李四承担侵权损害赔偿责任，即向李四支付相当于该“木料”价款的一笔损害赔偿金，而用该“木料”制成的“书柜”，当然属于张三的所有权。假设李四在法庭上表示不愿意接受“损害赔偿金”，而要求取得该“书柜”的所有权怎么办呢？如果张三对此表示同意的话，法庭当然可以判决该“书柜”的所有权归属于李四，同时判决李四向张三支付该“书柜”价值超过“木料”价值的一笔补偿金，这样一来，李四于判决生效之时即取得该“书柜”的所有权。这种情形，实际上是用“书柜”所有权代替了损害赔偿金。但是，万一出现这样的情形，李四在法庭上坚持要求取得“书柜”的所有权，而张三却坚持不同意，法庭将怎么办呢？这种情形，就须要有一个判断“书柜”所有权归属的法律标准，用来指引法庭裁判并限制其随意性。这个法律标准，就是本条规定的“动产加工”制度。

按照本条第一句规定，“加工物”所有权归属于“材料”所有人，此为“原则”。本条第二句是关于此原则的“例外”规定：“因加工致使其价值显著大于原材料的价值的，加工人取得该加工物的所有权”。在前述假设材料所有人李四和加工人张三均要求取得该“书柜”的所有权的情形，法庭就不再适用侵权法的规则而根据本条第一句关于“一般原则”的规定，判决“木料”所有人李四取得该“书柜”的所有权。如果我们把这个例子改变为：张三误将属于李四的“黄杨木”当作自己的，用来加工成一尊精美的“黄杨木雕像”，在法庭上双方均坚持要求取得该“雕像”所有权。考虑到“因加工致使”该“雕像”的价值“显著大于”原材料的价值，法庭就应当根据本条第二句关于“例外”规则的规定，判决“加工人”张三取得该“雕像”的所有权，当然应同时根据侵权法的规定判决张三向李四支付一笔相当于“材料”价值的侵权损害赔偿金。

我在前面已经谈到，“动产加工”制度与“承揽合同”制度的不同，如果当事人之间存在“承揽合同”，就绝无适用本条“动产加工”制度的余地。只是在“加工人”因故意或者过失而对他人所有的“材料”进行“加工”而不能按照侵权法的规定解决“加工物”所有权归属(即“加工人”和“材料”所有人均要求取得“加工物”所有权)的情形，才能适用本条关于“动产加工”制度的规定。可见，在适用本条的情形，绝对不可能存在“当事人”之间关于“加工物”所有权归属的约定(无论是“事先的”或者“事后的”)，并且本条规定了在既不能适用合同法也不能适用侵权法的前提之下解决本案型的“一般”规则和“例外”规则，因此，绝不可能再有与本条不同的“法律规定”。可见，本条第三句关于“法律另有规定或者当事人另有约定的除外”的规定，属于“画蛇添足”，应当删去。

© 1994-2008 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net