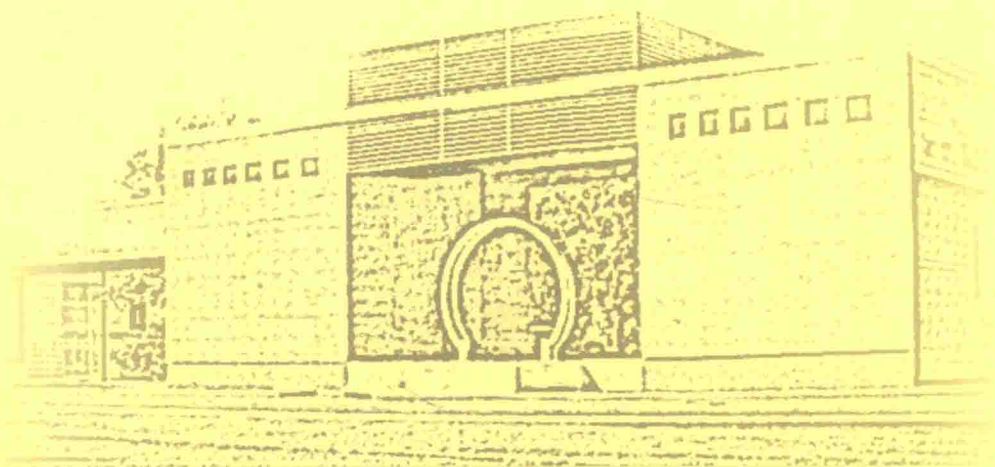


东|吴|法|学|文|丛·私法文丛

占有保护疑难问题研究

章正璋◎著



卷外借



中国政法大学出版社

东|吴|法|学|文|丛·私法文丛

占有保护疑难问题研究

章正璋◎著



中国政法大学出版社

2018·北京

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

占有保护疑难问题研究/章正璋著. —北京:中国政法大学出版社, 2018. 11
ISBN 978-7-5620-8700-7

I. ①占… II. ①章… III. ①所有权—物权法—研究—中国 IV. ①D923. 24

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第253029号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱 zhengfadch@126.com
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 15
字 数 245 千字
版 次 2018 年 11 月第 1 版
印 次 2018 年 11 月第 1 次印刷
定 价 49.00 元





苏州大学优势学科建设工程资助项目
苏州大学公法研究中心研究成果
江苏高校区域法治发展协同创新中心研究成果

自序



对于占有问题之关注，始于大学时代。在其时的法律课堂上，首次接触到“占有”这个概念，并且知道了民法上的“占有”如同数学上的“零”一样玄妙，具有持久的生命力，值得关注和研究。

此后经年，因为生计所困，也是因为自己的惰性，没有能够很好地在这个方向上下功夫，时常引为人生之憾事。2008年于中国社会科学院攻读博士学位期间，在孙宪忠老师的帮助下，得以赴德国汉堡马克斯·普朗克外国法和国际私法研究所（Max—Plank—Institut für ausländisches und internationales Privatrecht）进行为期一年的访学。在此期间，从容收集了欧洲中古以来各位先贤的鸿篇巨著，包括了德国、法国、瑞士以及奥地利许多占有方面的论文、著作、立法和判例资料，其中亦有部分德国以及奥地利的民法资料来自友人——北京大学的张双根教授以及北京航空航天大学的李昊教授，在此顺致谢忱。本书第一章标题四“动产占有的权利推定效力”，亦属借力于上海交通大学凯原法学院庄加国教授及李昊教授之赞助，在此亦致谢忱。

占有法制并非我国固有法制，自春秋战国直至明清时期，我国固有法上从无占有法制之创设。1911年编纂完成的《大清民律草案》在我国历史上首次引入占有制度，但是该法未及实施。旧中国民法典在我国历史上首次建立了比较系统、科学且具有可操作性之占有法制，该法典1949年之后在中国大陆被废止，目前仅在我国台湾地区适用。经过半个多世纪的盘桓往复，2007年10月1日生效的《中华人民共和国物权法》第五编重新规定了占有制度，自241条至245条，共5个条文，其中第245条规定了占有保护制度，包括占有的物权法保护和占有的债法保护。我国大陆占有法制的建立以及占有之诉司法实践之展开，为研究占有保护制度提供了坚实的土壤和契机，使得我国

学界对于占有保护制度之研究可以有的放矢，不至于空发议论。

2013 年度笔者所申报的教育部人文社会科学研究一般项目《物权法与侵权法对占有的二元保护机制研究》得以获准立项。2015 年度笔者所申报的国家社会科学基金项目《占有保护疑难法律问题研究》亦得以获准立项。上述项目的成功立项，使得笔者有机会重拾青葱岁月之梦想，从事一些微薄但亦心之所愿之研究，在此亦对于教育部项目以及国家社会科学基金项目所给予之资助表示感谢。

占有保护类诉讼是继公司诉讼、证券诉讼之后我国民商事领域新增的一类极为重要的诉讼形式。目前仅北大法宝网所收录的占有保护类诉讼案件即达 15 000 余件。由于我国确立占有保护诉讼的时间还比较短，占有保护制度仍然面临着一系列理论和实践难题，理论研究和理论储备仍然相对薄弱，这方面的研究才刚刚开始。出版本书之目的在于抛砖引玉，对于理论与实践中所提出的诸多疑问，尝试予以回应。但是，囿于水平、阅历以及偏见，书中存在错讹之处亦在所难免，期待读者方家批评指正。

章正璋

2018 年 8 月

目
录

Contents

自 序	(1)
绪 论	(1)
第一章 我国占有保护的实践现状	(9)
一、占有保护诉讼的案型、地域分布和审理程序	(10)
二、占有保护请求权的性质之争	(13)
三、占有保护与占有权利推定之必要	(16)
四、动产占有的权利推定效力	(19)
第二章 无权占有、间接占有之保护及占有的取得与丧失	(45)
一、无权占有是否受占有保护请求权之保护	(45)
二、我国物权法是否承认间接占有	(49)
三、占有的取得与丧失	(52)
第三章 侵害占有的损害赔偿责任	(66)
一、侵害占有损害赔偿请求权之基础	(67)
二、占有保护与本权保护	(72)
三、侵害占有损害赔偿的赔偿范围与归责原则	(74)

第四章 占有之诉的抗辩权问题研究	(77)
一、问题的提出	(77)
二、占有之诉抗辩权的具体类型	(79)
三、关于法官的释明权	(88)
第五章 占有保护解释论的三个争议问题	(90)
一、占有物损害赔偿请求权是否属于独立的请求权基础	(90)
二、《物权法》第 245 条所规定的一年期间的性质及其适用范围	(94)
三、侵害占有与侵害本权	(98)
四、结论	(105)
第六章 陪葬文物的占有、所有权归属问题研究	(107)
一、陪葬文物与抛弃物	(109)
二、陪葬文物与无主物、占有物、公产	(114)
三、陪葬文物与埋藏物	(116)
四、陪葬文物与所有权消灭理论	(122)
五、结论	(126)
第七章 人民法院占有保护案例实证分析	(128)
一、占有之诉与本权之诉的区别	(128)
二、占有保护请求权的成立要件	(135)
三、间接占有、共同占有以及占有辅助的占有保护	(145)
四、占有之诉与侵害占有的损害赔偿之间的关系	(153)
第八章 疑难案例讨论	(161)
一、连某贤诉臧某林排除妨害纠纷案	(161)

二、郑州湘元三一工程机械有限公司与潘某旺占有物返还和损害赔偿纠纷案	(179)
三、王某艾与刘某叶返还原物纠纷案	(182)
四、胡某与冯某物权保护纠纷上诉案	(187)
五、姜某妍与贾某涛等财产损害赔偿纠纷上诉案	(191)
六、吴某娃诉吴某军占有物返还纠纷案	(200)
七、钱某诉万某占有物返还纠纷案	(201)
八、段某某诉段某某占有物返还纠纷案	(203)
九、黄某斌与国网福建南靖县供电有限公司占有消除危险纠纷 上诉案	(210)
附 录 各国（地区）占有保护立法资料节选	(218)
参考文献	(228)

绪 论

罗马法时期，所有权概念比较发达，土地所有权关系易于确定，有助于将占有（*possessio*）从物权中分离，予以独立化，认为占有是一种事实，而不是权利，其机能不在于保护权利，而在于保护社会平和。^{〔1〕}罗马法学家乌尔比安（*Ulpian*）曾谓：所有权与占有非属相同。^{〔2〕}保罗斯（*Paulus*）也曾谓：对于占有而言，有无占有的权利，在所不问。窃贼亦为占有人。^{〔3〕}此种占有的概念为后世欧陆各国法律所继受。

Possessio 的取得须具备两个方面的要素：一为心素（*animus*），二为体素（*corpus*）。心素是指占有的意思，体素是指对于物的管领。此种占有意思，不是法律行为意义上的意思，而是一种事实上的意思，故占有意思之有无不依赖于占有者之行为能力。罗马法不承认间接占有，间接占有制度系由日耳曼法发展而来。例如，对于租赁的情形，出租人将租赁物交付给承租人，罗马法认为承租人系为出租人行使事实上的管领力，以出租人为占有人，承租人不是占有人。同时，罗马法时期的占有业已观念化。受让人已经占有某物时，若承租人向出租人购买租赁物，占有自双方当事人达成买卖意思表示的一致时即转移，无须先归还然后再交付，这就是简易交付。我国《物权法》第25、26和27条对于简易交付、指示交付和占有改定作出了明文规定，体现了对于罗马法占有观念化立法思想之继受。罗马法将占有从本权中分离，予以独立化，目的在于保护现实的财产占有秩序，以维护社会和平。整个罗马法

〔1〕 王泽鉴：《民法物权·用益物权·占有》，三民书局2005年版，第140页。

〔2〕 *Ulpian*, D41, 2, 12, 1. *Nihil commune habet proprietas cum possessione*.

〔3〕 *Paulus*, D41, 2, 3, 5. *Summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat*.

时代,对于占有的保护主要是通过占有令状的方式,令状由大法官颁发,所有的占有诉讼同时就是占有令状,占有诉讼的除斥期间为2年。^{〔1〕}罗马法上主要的占有令状形式包括现状占有令状、优者占有令状、制止暴力剥夺令状等。^{〔2〕}对于占有诉讼,当事人各方均不得为本权之主张,也就是当事人不得在占有之诉中主张或者援引本权以作抗辩或者防御之手段。

日耳曼法上的占有(Gewere),是日耳曼物权法上的核心概念之一。在日耳曼法上,占有与所有权并无严格区分,占有不是一种单纯的事实,而是一种权利,以占有推定和表彰某种权利之存在,为日耳曼法的惯常做法。长久以来,日耳曼法将土地所有权区分为上级所有权和下级所有权,上级所有权以领主权为核心,下级所有权以用益权为核心。在此情形下发展出直接占有和间接占有之概念。领主对于土地之占有为间接占有,农民对于土地之占有则属于直接占有。而奴隶和仆人等,则属于占有辅助人,以其主人为占有人。日耳曼法上的占有同样存在着观念化趋势,例如,对于占有的继承,被继承人死亡时,继承人纵然没有取得对于遗产的实际管领,仍然认为继承人为遗产之占有人,其占有受法律保护。

罗马文明属于早熟的文明,很早便确立了个人、家庭以及私有制的地位,罗马物权法以所有权为中心;而日耳曼物权法则以占有为中心。日耳曼氏族和部落的力量一直强大,个体所有权发育迟缓。另外,罗马物权法实现了财产权和身份权的分离,而日耳曼物权法并没有彻底实现财产权和身份权之分离,而是保留了宗主和领主较多的身份权。

关于占有保护的目,有人认为系在于保护占有者的人格,有人认为系在于保护所有权,有人认为系在于保护占有者的意思,有人认为系在于保护社会和平。晚近以来,占有保护之立法目的在于保护社会和平逐渐成为学界通说。^{〔3〕}占有法制并非我国之固有法,自春秋战国时代开始大规模立法直至明清时期,我国固有法上从无占有法制,因此占有法属于典型的继受法。

〔1〕〔德〕萨维尼:《论占有》,朱虎、刘智慧译,法律出版社2007年版,第318页。所谓令状,是大法官颁发的一种谕令,分为禁令和命令,为保护占有而颁发的则为“占有令状”,见周相:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第420页。

〔2〕〔德〕萨维尼:《论占有》,朱虎、刘智慧译,法律出版社2007年版,第342、351、370、371页。

〔3〕王泽鉴:《民法物权·用益物权·占有》,三民书局2005年版,第143页。

1911年编纂完成的《大清民律草案》在我国历史上第一次引入占有制度，该草案第三编物权的第七章章名即为占有，自第1261条至第1316条，总共56个条文。《大清民律草案》未及颁行，清朝已亡。1929年至1931年编纂完成的旧中国民法典第三编物权的第十章规定了占有制度，自第940条至第966条，总共27个条文，该法典目前在我国台湾地区仍然有效。

1949年，新中国成立，国民政府颁行的六法全书在大陆被废止。此后，“中国的民事立法进入了一个新阶段，但在以后几十年的发展中却经历了一个曲折复杂的道路。我国民事立法在相当长的一段时间内，进展缓慢，民事法律、法规大都是零打散敲，缺乏立法规划。民法典起草反反复复，无法出台，许多社会上的经济活动不能适用民法来调整，而只能以行政手段予以干预，民法的作用得不到充分发挥。”^{〔1〕}历史教训十分深刻。2007年10月1日生效的《物权法》第五编规定了占有，自第241条至第245条，总共5个条文，其中第245条规定了占有保护制度，包括占有的物权法保护和占有的侵权法保护。占有的物权法保护是赋予占有人以占有保护请求权（Besitzschutzansprüche），即占有物返还请求权、占有妨害除去请求权以及占有妨害防止请求权，行使占有保护请求权的诉讼自罗马法以来称为占有诉讼或者占有之诉（possessorische Klage/Besitzklage）。^{〔2〕}占有的侵权法保护是赋予占有人以侵害占有的损害赔偿请求权。同时，《物权法》第245条第2款还规定了占有人返还原物请求权行使之除斥期间：“占有人返还原物的请求权，自侵占发生之日起一年内未行使的，该请求权消灭。”至此，经过半个多世纪的盘桓往复，中国大陆物权法上的占有制度以及占有保护制度最终初步建立。与此相应，《民事案件案由规定》（法发〔2008〕11号、法发〔2011〕41号）在“占有保护纠纷”案由项下，亦规定了四个子类的占有诉讼案由，可见我国现行诉讼制度采纳了广义上的占有保护诉讼模式。^{〔3〕}

占有保护类诉讼是继公司诉讼、证券诉讼之后我国民商事领域新增的一

〔1〕 彭万林：《民法学》，中国政法大学出版社1999年版，第8页。

〔2〕 与占有之诉相对，如果受害人基于本权，比如基于所有权、地上权、租赁权等权利而起诉，该诉讼称为本权之诉（petitorische Klage），siehe Dieter Medicus, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 8. Auflage, Carl Heymanns Verlag München 2008, S. 154ff.

〔3〕 章正璋：“我国民法上的占有保护——基于人民法院占有保护案例的实证分析”，载《法学研究》2014年第3期，第187页。

类极为重要的诉讼形式。目前仅北大法宝网所收录的占有保护诉讼案件即达2800余件之多。但是,由于我国确立占有保护诉讼的时间较短,占有保护制度还面临着一系列理论和实践方面的难题,由于理论研究和理论储备不足,对于司法实践中业已产生了诸多疑问与困惑,亟待从理论高度上予以研究、阐释与回应。

本书共分为八章,理论与实务并重,所有理论的建构和展开均尽量联系立法、司法以及法律运行之实际,切忌空发议论,并且书中的第八章专门讨论了一些典型案例。全书研究的中心范畴是我国现行民法上的占有保护制度、占有之诉以及与此密切相关的一系列重大、疑难的理论与实践问题,举其要者包括但不限于如下诸项:

(1) 关于占有保护请求权的性质。我国学界对于占有保护请求权的性质认识不一,有认其为物权请求权者,有认其为广义上的物权请求权者,也有学者认为《物权法》第245条对于占有保护之规定与《物权法》第34、35、37条之规定重复了,这些规定之间并无本质性区别。本书认为:我国《物权法》第245条所规定的四种占有保护请求权性质上可以区分为两类:其一,侵害占有损害赔偿请求权与《物权法》第37条所规定的侵害物权损害赔偿请求权,性质上同属于债权请求权,但是前者属于占有的保护方法,后者则属于本权的保护方法。其二,占有物返还请求权、占有妨害除去请求权以及占有妨害防止请求权性质上属于物上请求权,而《物权法》第34、35条所规定的返还原物请求权、排除妨害请求权和消除危险请求权性质上则属于物权请求权,这两种请求权性质上判然有别。占有保护的物上请求权并非物权请求权,占有保护请求权的行使亦不能准用物权保护请求权的行使。

(2) 关于占有的权利推定。现行《物权法》没有规定占有的权利推定制度,但是,占有的权利推定制度具有保护占有背后的权利、维持社会秩序、促进交易安全、减少诉讼和纷争等作用。占有保护制度出台之前,当事人欲证明其对某物本权之存在,占有某物本身尚不足以为证,还须其他凭证加以佐证,有关的涉案物品方才得以返还。然而,本权不是在任何情况下都能够查明,也都应该查明的事实,否则国家将变为警察国家,法院等司法机构也将不堪重负。对于原始取得物以及绝大多数继受取得物,当事人往往无法证明其本权。在此立法以及实践背景下,《物权法》第245条所规定的占有保护

制度以及全国各地司法实践中业已所涌现出的大量占有保护类诉讼，事实上具有替代占有权利推定制度的作用。有理由认为，在我国立法明确承认占有的权利推定制度之前，我国《物权法》第245条所规定的占有保护制度事实上具有替代占有权利推定制度的作用，部分承担了占有权利推定的法律功能。

(3) 关于无权占有是否受占有保护。关于无权占有是否受占有保护请求权之保护，目前国内学界主要存在着肯定说和否定说，本书赞同肯定说。无权占有通常应受占有保护，但是无权占有人行使侵害占有损害赔偿请求权时，是否应该受到限制以及怎样限制的问题值得进一步观察与研究。无权占有与占有是否受保护具有不同的规范目的，属于不同范畴，不能混淆。认为无权占有不受任何占有保护的观点混淆了民事诉讼、行政处罚与刑事诉讼之间各自的功能与界线。不保护在先的无权占有，意味着任何人都可以侵害无权占有，而对于那些因侵害无权占有而形成的新的无权占有，包括原先的被侵害人在内之他人，亦可以再次侵害。这样因循往复，正常的占有秩序无从建立，社会的和平与安宁无法维护，明显有害于社会公益，不利于正常的生产、生活秩序之建立和维护。

(4) 关于侵害占有与侵害本权。占有属于事实而非权利，本权属于事实但是亦属于权利。物之占有是民事生活中一种普遍的事实，该事实具有可侵性。占有可以区分为有权占有和无权占有，占有本身固为事实，但是占有背后往往存在着得为占有之权（支持占有之本权），这就是有权占有。占有本权主要包括物权、债权、身份权等，比如基于所有权关系、质权关系、租赁关系、亲权关系、监护关系等而占有自己或者他人之物。占有一旦成立，即与本权关系相对独立。通常情况下，对于占有之侵害亦往往构成对于占有背后本权之侵害。但是，侵害占有与侵害本权并非总是一一对应关系，侵害占有也并非总是构成侵害本权，占有本权也并非全部属于侵权法保护之对象。因此，侵害占有与侵害本权判然有别。对有权占有的侵权法保护与对占有本权的保护二者之间并无必然联系。

(5) 关于占有之诉与本权之诉。罗马法以来，占有之诉与本权之诉即并列存在，二者兼容互补、互不排斥且无法相互替代，构成财产归属秩序从事实到权利的双重保护格局。占有之诉与本权之诉在请求权基础、立法目的、归责原则、举证责任、诉讼时效与除斥期间之适用、诉讼程序、诉讼结果、抗辩事由等诸多方面均存在明显区别。这些区别有些已经为我国学界和司法

实务部门注意到并且接受,有些则暂时还没有,这方面的比较研究以及学说判例的整理尚待跟进。

(6) 关于侵害占有损害赔偿请求权之基础。从私法史上看,罗马法以来对于侵害占有损害赔偿请求权之基础,主要存在过四种不同的立法模式:罗马法模式、德国法模式、日本法模式以及中国法模式。我国《物权法》第245条将占有的物权法保护方法与债权法保护方法集中规定于一个条文之中,系采广义的占有保护立法模式,具有鲜明的中国特色。与罗马法模式以及日本法模式相比,中国法模式下的侵害占有损害赔偿请求权基础统一,立法的抽象性、概括性程度较高,方便法律的检索与适用。与德国法模式相比,中国法模式明文规定了侵害占有的损害赔偿请求权基础,无须借助法律解释提供侵害占有的损害赔偿请求权基础,法律关系明晰、确定,避免了理论纷争。将占有的物权法保护与债权法保护集中规定,也便于当事人知晓占有遭受侵害时依法可以享有哪些请求权。中国法模式的不足之处在于将原本不属于物权规范和物权保护方法的侵害占有损害赔偿请求权规定于《物权法》之中,在法律规范的体系性、逻辑性方面明显存在欠缺,这与《物权法》第37条的情形类似。

(7) 关于占有之诉的抗辩权。有请求一般就会有抗辩,针对占有保护请求权之抗辩权主要可以区分为八类,其中原告方面未曾占有某物、被告方面不存在侵占妨害占有的行为以及除斥期间届满等抗辩事由,其抗辩效果在于使请求权不成立或者消灭请求权,法官可以依职权予以释明。而对于原告的占有为无权占有、原告对于损害的发生及其扩大与有过失、被告享有本权、受害人之同意、紧急避险、自助行为以及无因管理等抗辩事由,其抗辩效果在于对抗请求权,法官通常不得依职权予以释明。原告的占有为无权占有、被告享有本权仅仅能够有条件地对抗侵害占有损害赔偿请求权,对于其他占有保护请求权则不能对抗。正当防卫是典型的侵权抗辩事由,一般无法成为侵害占有的抗辩事由。

(8) 关于占有移转行为——交付行为之性质。对此问题,我国台湾地区学界之通说认为占有让与之性质系属法律行为,通常虽多为契约,但亦有为一方行为者。中国大陆学界对此问题的认识不一,有认其为法律行为者,亦有认其为事实行为者。认其为事实行为之主要理由谓,既然买卖合同中已经包含了物权变动的效果意思,那么履行时就不需要再次作出物权变动的意思

表示,这样履行行为也就是交付行为的性质只能解释为事实行为。事实行为不需要行为人具有行为能力,无行为能力人以及限制行为能力人所为之交付亦为有效。

本书认为:交付和登记作为物权变动的公示方法,亦可以作为物权变动的生效要件,但是交付和登记本身无论是作为物权变动结果的公示方法,还是作为物权变动的生效要件,均未能解释物权变动的原因。物权行为主要体现为交易过程中引发物权变动的效果意思,与物权变动结果之公示方法以及物权变动的生效要件之间并无必然联系。

交付和登记行为并非无意识、下意识的行为,其中必然包含有意思表示的因素,此种观点实值赞同。该意思表示不是对于债的产生的效果意思的重复,而是对于物权变动的效果意思。正因为如此,萨维尼才认为交付和登记具备法律行为的本质要素,并且和引发交付以及登记的原因行为完全有别。无论是否承认物权行为的存在,只要以交付以及登记作为发生物权变动效力的要件,该物权变动的效果意思均无法抹杀。正因为交付以及登记行为并非事实行为,所以无行为能力人及限制行为能力人无法进行有效的交付或者登记行为。

(9) 文物的占有与保护问题。本书认为:陪葬文物并非抛弃物,有主墓葬并非无主物。绝户之墓葬连同陪葬文物属于无主物。所有人不明之陪葬文物具备埋藏物之外表不可见以及所有人不明之要件特征,因此属于埋藏物。只要墓主后人持续不断地保有、维护、探视、祭奠墓葬,那么墓葬作为一个整体就一直在墓主后人的占有之下。罗马法以来,有主墓地、墓葬受到侵害,其所有人既可以提起本权之诉,又可以提起占有之诉,物权请求权之保护方法与占有保护请求权之保护方法并行不悖,这在民法上规定了物权保护与占有保护之国家没有任何疑问。我国《文物保护法》第5条关于我国境内地下、内水和领海中遗存的一切文物,属于国家所有之规定,其适用对象应该限于我国境内出土之无主文物以及所有人不明的文物。有主墓葬中的陪葬文物,应该为墓主后人所有,但是古墓葬除外。将《文物保护法》第5条解释为国有化或者征收我国境内普通墓葬出土的有主文物不合时宜。即使按照国有化或者征收予以解释,依照现行《宪法》也应该对被征收陪葬文物的所有权人予以补偿。

此外,本书还讨论了我国物权法是否承认间接占有、占有的取得与丧失、

侵害占有损害赔偿的赔偿范围与归责原则、占有物损害赔偿请求权是否属于独立的请求权基础、《物权法》第 245 条所规定的 1 年期间的性质及其适用范围、占有保护请求权的成立要件、间接占有、共同占有以及占有辅助的占有保护等理论以及实践中的热点问题，限于篇幅，本部分不再赘述。