

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

章正璋^{*}

内容提要：我国物权法采广义的占有保护立法模式，注重法律规范的完整性和实用性，赋予占有人从物权到债权四种不同的占有保护请求权。占有保护与本权保护兼容互补、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。当事人选择行使一种保护方法败诉以后，仍然可以要求他种方法的保护。占有是事实而非权利，无论是有权占有还是无权占有，甚至是权属不明或者权属有争议之占有，均可享受占有之诉的保护。占有保护的一个首要前提是对物之占有或者曾经占有受到侵害或有受侵害之虞，否则占有保护无法成立。对于侵害占有的损害赔偿请求，当事人得以本权直接抗辩，而对于占有之诉，当事人不得以本权直接抗辩。间接占有、共同占有以及占有辅助已为现行立法、有关司法解释和司法实践所接受，在民事生活中广泛存在，其占有保护应区别具体情形分别处理。

关键词：占有保护 本权保护 占有保护诉讼

引言

占有是指人对物的实际控制与支配。占有制度起源于罗马法，在古罗马优士丁尼时期已经成熟。近现代大陆法系各主要国家，比如德国、瑞士、荷兰、意大利、葡萄牙、西班牙、日本、韩国以及我国民国时期民法典，均规定有占有以及占有保护制度。“建国以后，我国的民法学一般都在谈所有权的权能时提到占有，而未对其作深入的研究。我国民法通则第71条，也仅将占有作为一种权能加以规定。”〔1〕改革开放以后，随着商品经济的发展和社会经济的变迁，财产的所有和占有分离频繁，财产的占有和利用关系日益复杂，理论上对于构建我国占有制度的呼声很高。有学者认为：“占有本质上属于财产利用范畴。财产

^{*} 苏州大学王健法学院副教授。

本文系2013年度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”（13YJA820071）的阶段性成果。

〔1〕周相：《罗马法原论》上册，商务印书馆1994年版，第409页。

利用在现代社会具有独立的价值,这是非所有人利用他人财产日益普遍和自主、财产所有和财产占有高度分离的结果。我国物权制度应该以所有和所有权表述财产归属状态及其法律性质,以占有和占有权表述财产利用状态及其法律性质。”〔2〕而在我国司法实践中,早在物权法施行之前,人民法院已经开始尝试引用和阐释占有保护的法理。比如,2002年广东省深圳市中级人民法院在“陈本林诉深圳市兆神实业有限公司返还财产纠纷案”的判决中认为:“我国立法虽未建立占有法律制度,但依世界多数各国立法通例及法理,当占有物被侵夺或妨害时,除了所有权人得行使物上请求权外,占有人也独立地享有请求侵害人返还占有物的权利。……无论占有是否可以解释为权利,占有人在占有物上行使事实上的权利而享有的利益应受法律保护,不受非法侵害,唯此市场经济秩序和交易安全才得以维护。”〔3〕

2007年10月1日起施行的物权法第五编初步建立了我国的占有制度。该法第245条规定了占有保护制度,赋予占有人四项占有保护请求权:返还原物请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权和损害赔偿请求权。其中前三项请求权属于物上请求权,行使该三项请求权而引发的诉讼,传统民法上称为占有之诉(possessorische Klage/Besitzklage),属于狭义上的占有保护诉讼(下文如无特别说明,占有之诉专指狭义上的占有保护诉讼)。侵害占有的损害赔偿请求权,性质上属于债权请求权。侵害占有的损害赔偿诉讼加上狭义的占有保护诉讼(占有之诉),构成我国现行民法上完整的占有保护诉讼体系,也就是广义上的占有保护诉讼。从比较法的角度来看,占有之诉是占有保护诉讼的主要形态,绝大多数占有保护诉讼均表现为狭义上的占有保护诉讼,不涉及损害赔偿问题。我国占有保护诉讼的情形亦如此,见下文表1。〔4〕

〔2〕 孟勤国:《占有概念的历史发展与中国占有制度》,《中国社会科学》1993年第4期。

〔3〕 广东省深圳市中级人民法院(2002)深中法民终字第3590号民事判决书。本文所引案例均出自北大法宝网。

〔4〕 说明:(1)本文表1、表2、表3和表4中的主要数据均来自北大法宝网。(2)本文关于东部、中部、西部的划分,参照国家发改委的区域划分政策。(3)北大法宝网提供“标题”和“全文”两种检索模式。在“司法案例”栏目下输入“占有”,选择“标题”匹配“精确”进行检索,可以检索到标题中包含“占有”的案例总数民事部分为785个,其中包括15个与占有无关的案例。这些案例分别是:张占有与袁峰等健康权纠纷上诉案,原告姜占有、吉四立、刘耀中诉被告驻马店市天佳汽车运输公司、吴金美运输合同纠纷案,杨桂亭诉宁占有、翟荣明、中国人民财产保险股份有限公司南阳市分公司机动车交通事故责任纠纷案,王占有诉许文博机动车交通事故责任纠纷案,陈倩倩诉吕占有委托代理合同纠纷案,范占有诉杨志军民民间借贷纠纷案,胡占有诉李二涛等人身损害赔偿纠纷案,徐学森、登封市告成镇庙庄煤矿与徐占有、登封市告成镇庙庄村村民委员会所有权确认纠纷案,张占有诉张其、张西坤道路交通事故人身损害赔偿纠纷案,高铭杨与刘占有、连桂玲买卖合同纠纷案,孙小中诉王希平、孙占有、孙生元买卖合同货款纠纷案,张占有诉郑州市胜利房地产开发有限公司借款合同纠纷案,徐学森与徐占有等合同纠纷再审案,梁小敏诉张其、张西坤、张占有道路交通事故人身损害赔偿纠纷案,宝坻县长城公司诉中博科贸公司给付对其承租房进行装修的工程欠款并要求出租人57619部队因占有添附的装修物而对该欠款承担连带偿还责任案。因此,该数据库实际收录的占有保护类案例总数为770个。(4)表2中“返还占有”的196个案例中,包括两个最高人民法院终审的案例,分别是公主岭市甲热力有限公司与李某某等7人返还财产纠纷再审案和中国人民解放军第3507工厂与西安常瑞房地产开发有限公司项目转让合同纠纷案。笔者将这两个案例按照原审地分别划入了吉林省和陕西省。(5)表1、表2、表3和表4均没有包含我国台湾、香港和澳门的数据。(6)司法实践中还存在着“占有保护”和“占有侵权”这两类占有保护的诉讼案由,因此表1中的案型分布一栏总共有6类占有保护的案型。按照《民事案件案由规定》(法发〔2011〕41号),如果当事人同时提出了两种以上的占有保护请求,比如当事人既要求返还占有物又要求侵害占有的损害赔偿,那么原则上人民法院就不应该以任何一个并列的、低一级请求权的名称作为诉讼案由,而应该以高一级的“占有保护”作为诉讼案由。之所以有“占有侵权”类案由,是因为个别法院将侵害(妨害)占有的行为当作占有侵权处理。但是《民事案件案由规定》中并不存在“占有侵权”的诉讼案由,从北大法宝网收录的7个“占有侵权”案件来看,当事人提出的诉讼请求均未超出《民事案件案由规定》确立的四类占有保护纠纷之范围。(7)表1、表2、表3和表4所采集数据的截至时间为2013年10月1日,截至该日,物权法占有保护制度实施整六年。

与物权法第245条规定的占有保护制度相呼应,最高人民法院2007年10月29日制定通过的《民事案件案由规定》(法发〔2008〕11号)在其第三部分“物权纠纷”的第九大类新增加了“占有保护纠纷”案由,包括占有物返还纠纷、占有排除妨害纠纷、占有消除危险纠纷和占有物损害赔偿纠纷四个子类,^[5]而此前于2001年1月1日起施行的《民事案件案由规定(试行)》(法发〔2000〕26号)中,尚无“占有保护纠纷”之案由。

物权法实施六年来,人民法院审理了大量占有保护案件,物权法第245条已经成为司法裁判中引用频率很高的一个法条。从北大法宝网“司法案例”栏目收录的占有保护类司法案例来看:如果输入“占有”二字,选择“标题”匹配“精确”进行检索,能够搜索到“占有保护纠纷”总数为770个。其中“占有保护”类案例31个,“返还原物”类案例453个,“排除妨害”类案例187个,“消除危险”类案例没有收录,“占有侵权”类案例7个,“占有损害赔偿”类案例92个。具体数据详见表1。如果输入“占有”二字,选择“全文”匹配“精确”进行检索,则涉及占有保护的案例总数为316个。其中“妨害占有”的案例69个,“侵害占有”的案例2个,“占有保护”的案例49个,“返还占有”的案例196个。上述案例当中于物权法实施前审结的案例27个,于物权法实施后审结的案例289个。具体数据详见表2。可见,占有保护诉讼已经成为我国一类极为重要的民事诉讼。但是,我国占有保护制度建立较晚,普通民众甚至一部分专业人士对于占有保护制度和占有保护诉讼缺乏

表1 占有保护案例一览(在标题中检索)

检索位置	检索词条	案例数量	案型分布						地域分布			审理程序		
			占有保护	占有物返还	占有排除妨害	占有消除危险	占有损害赔偿	占有侵权	东部	中部	西部	初审	终审	再审等
标题	占有	770	31	453	187	0	92	7	407	314	49	446	305	19
比例(%)			4	59	24	0	12	1	53	41	6	58	39.6	2.4

表2 占有保护案例一览(在全文中检索)

检索位置	检索词条	案例数量	判决时间		地域分布			审理程序		
			物权法实施前	物权法实施后	东部	中部	西部	初审	终审	再审等
全文	妨害占有	69	0	69	22	39	8	37	31	1
	侵害占有	2	0	2	1	1	0	0	2	0
	占有保护	49	0	49	18	27	4	22	24	3
	返还占有	196	27	169	72	105	19	97	92	7
汇总		316	27	289	113	172	31	156	149	11
比例(%)			8.5	91.5	35.8	54.4	9.8	49.4	47.1	3.5

[5] 根据2011年2月18日《最高人民法院关于修改〈民事案件案由规定〉的决定》(法发〔2011〕41号),“占有保护纠纷”在修改后的《民事案件案由规定》中的小类序号有所改变,位于第三部分“物权纠纷”第九大类“占有保护纠纷”的第62—65小类,但是四个子类的名称和数量维持不变。

了解,学界对于占有保护制度的研究目前还比较薄弱。占有保护涉及一系列理论与实践问题,目前理论上关注度比较高、实践中案例频发且争议较多,因此研究价值较大的问题主要包括:占有之诉与本权之诉的区别,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保护,以及占有之诉与侵害占有的损害赔偿诉讼之间的关系等。笔者不揣冒昧,拟对上述问题从实证的角度进行考察分析,目的在于完善我国占有保护制度的相关理论与实践。

一、占有之诉与本权之诉的区别

占有可以区分为有权占有和无权占有。有权占有是指有本权的占有,本权是指得为占有之权,主要是指物权,此外还包括债权、人身权等。对于有权占有,某一侵害行为在侵害占有的同时,往往亦构成对本权之侵害,被害人除了可以提起占有之诉请求占有保护外,也可以提起本权之诉请求保护本权,比如依照物权法第34条、第35条等提起本权之诉,或者依据侵权责任法第2条等提起本权之诉。“传统上占有保护请求权仅仅包括占有物返还请求权、占有妨害排除请求权、占有妨害防止请求权,而不应当包括占有损害赔偿请求权”。〔6〕从上文表1中可以看出,人民法院审理的占有保护类案件中,有相当比例表现为传统民法上的占有之诉,占有物返还纠纷和占有排除妨害纠纷,两项合计所占比例为全部占有保护类案件的83%。〔7〕可见,区分占有之诉与本权之诉具有重要的理论意义和实践价值。

综合来看,占有之诉与本权之诉存在以下区别:

1. 请求权基础不同。本权之诉的请求权基础在于确定的本权,而占有之诉的请求权基础在于对物之占有或者曾经占有,并非基于特定的权利。〔8〕
2. 立法目的不同。占有之诉的立法目的在于维护现存之财产占有秩序,以维护社会和平与物之秩序。除本权人行使自力救济权等情形外,占有一旦成立,任何人即不得以私力改变占有之现状。〔9〕而本权之诉的立法目的主要在于保护本权,并非在于维护现存之财产占有秩序,本权与直接占有亦时常分离,当本权与直接占有分离时,尤其当权属不明或者有争议时,占有保护的功能愈发彰显出来。

〔6〕 王利明:《物权法研究》下卷,中国人民大学出版社2007年版,第761页。

〔7〕 目前,北大法宝网上尚检索不到消除危险类占有保护案例。但是如果以“消除危险”作为一级标题以“标题”模式进行检索,则有案例54个,主要涉及地面、地下施工造成地基摇动、建筑受损或有受损之虞;架设电线、信号线等与他人不动产安全距离不足,危及人身财产安全或有潜在危险;煤气、液化气、化学品堆场等与他人不动产安全距离不足,危及人身财产安全或有潜在危险等;其他方面的案例甚为少见。全部54个消除危险类案件,当事人均以本权而没有以占有保护作为请求权基础。法院判决的主要法律依据是物权法第35条等对于物权保护之规定,此外亦有少量判决援引了不动产相邻关系和侵权责任的有关规定。消除危险类的占有保护案件发生较少,笔者认为可以说明三点:首先,在本权确定并且易于举证的前提下,受害人倾向于选择本权之诉而非占有之诉解决法律纠纷,本权之诉亦可以终局、彻底地解决纠纷。其次,当某一不动产之上存在着客观的、外观可见的危险或者危险可能性时,该不动产往往难于流转,造成直接占有与本权难于分离,此时他主占有难以发生,他主占有人的消除危险请求权便无从谈起。再次,如果某不动产的本权与直接占有已经分离,当直接占有人面对危险或者危险可能性时,亦往往依据合同向本权人主张权利、寻求救济,或者督促本权人采取维权措施,作为直接占有人的他主占有人对于占有的不动产往往不具有恒久的利益,不愿意为了临时性占有利益而牵扯讼累,因此对于占有物的消除危险请求权态度消极。

〔8〕 Vgl. Westermann, Sachenrecht, 7. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1998, S. 149.

〔9〕 参见王泽鉴:《民法物权(二)》,台湾三民书局2005年版,第172页。

3. 归责原则不同。占有之诉不以相对人具有过错为前提。^[10]而本权之诉,除了停止侵害、排除妨害、消除危险等物权保护方法外,其归责原则一般实行过错责任原则。

4. 举证责任不同。本权之诉,当事人对于其享有合法有效之本权负举证责任,否则本权保护无法成立。而占有之诉,当事人无须证明其享有何种本权,只须证明其过去或者现在是在占有人即可,即使本权存在瑕疵或者存在争议,占有亦受法律保护。

5. 诉讼时效与除斥期间的适用不同。按照我国现行民法,除所有权等物权保护不受诉讼时效限制外,其他本权之保护多受诉讼时效之拘束,而物权法第245条第2款明确规定占有人返还原物请求权适用一年除斥期间,不适用诉讼时效的规定。

6. 诉讼结果不同。占有之诉,其结果仅具临时性,不具终局性,其诉讼结果可能为本权诉讼所推翻,而本权诉讼的结果具有终局性。占有之诉所保护者仅为事实状态,本权人一旦能够证明其本权并提起本权之诉,原先占有之诉的结果往往全部或者部分被推翻。在占有保护与本权保护的冲突中,最终应依据占有人与本权人之间的法律关系决定物的归属,即法律上的权利义务关系而非事实上的支配关系取得最终胜利。^[11]

从比较法的角度考察,大陆法系一些国家(地区)在民法典中规定(比如德国民法典第863条、日本民法典第202条、韩国民法典第208条等),或者在司法实践中坚持(比如我国台湾地区)占有之诉不依赖于本权的原則,对于占有之诉,当事人不得直接以本权作为抗辩,法院亦不得以本权作为裁判的依据。当事人如欲以本权进行抗辩,应该反诉或者另行起诉。^[12]之所以坚持该原则,与占有之诉的立法目的有关。占有之诉的立法目的在于保护占有的事实关系而非权利关系,藉占有保护维护现存之财产占有秩序,以维护社会和平。占有的事实状态相较于权利归属状态易于证明,不允许当事人以本权作为抗辩,能够简化程序、提高效率,突出占有之诉的时效性,从而有利于占有保护立法目的之实现。如果允许当事人以本权进行抗辩,势必需要对本权进行举证和调查核实,这往往会延宕占有之诉的进程,占有保护的时效性不复存在,从而害及占有保护立法目的之实现。

对于占有之诉能否以本权进行抗辩的问题,我国物权法等法律没有明文规定。实践中本权人与占有人发生利益冲突的情形不在少数。从人民法院占有保护的司法实践来看,在一些占有之诉中,享有本权之被告(侵害人)往往直接以本权进行抗辩,人民法院并没有要求侵害人提起反诉或者另行起诉,而是对侵害人所依据之本权的真实性、合法性进行调查,如果本权真实合法,则法院最终将依据本权而不是依据占有进行裁判。例如,在“中原公司与胜邦公司因排除妨害纠纷上诉案”中,在房屋出租方委托代表在场的情况下,房屋出租方许可一承租人将另一承租人先前私自封堵的墙体拆除,从而侵害另一承租人之占有,对此受诉法院认为:“涉讼房屋产权属案外人铜陵有色金属集团上海有限公司所有,上诉人与被上诉人分别通过与案外人签订租赁合同获得相应租赁部位的使用权。根据物权法第241条、第243条规定,基于合同关系等产生的占有,有关不动产或者动产的使用、收益、违约责任等,按照合同约定;合同没有约定或者约定不明确的,依照有关法律规定。不动产或者动产被占有人占有的,权利人可以请求返还原物及其孳息。对系争部位的使用,

[10] 参见前引[6],王利明书,第761页。

[11] 参见温世扬、廖焕国:《物权法通论》,人民法院出版社2005年版,第917页。

[12] Vgl. Dieter Medicus, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, S. 154ff.; 前引[9],王泽鉴书,第368页。

上诉人既未提供证据证明其与案外人签订的租赁合同中包括该部位,也未提供证据证明其使用已获得案外人的同意,故被上诉人经案外人同意,在不影响房屋结构的情形下,对上诉人为使用方便自行封堵的浦东南路976号朝西的墙体予以拆除,并未侵犯上诉人的合法权益,上诉人要求被上诉人恢复原状,依据不足,本院难以支持。”^{〔13〕} 受诉法院裁判的依据显然是房屋所有权和租赁使用权,最终以本权保护否定了占有保护。在“胡某与冯某物权保护纠纷上诉案”中,胡某作为“合作建房人”之一,房屋建造完工之后一直与其他“合作建房人”共同占有建造的房屋,但是胡某与案外人邱某的合作建房协议并未经有关政府主管机关的审批同意,该房屋产权最终办理在案外人邱某的名下并被案外人邱某转卖他人,该案受诉法院对于原告占有保护的请求不予理会,最终依据登记之房屋本权进行判决。^{〔14〕} 而在“姜美妍与贾海涛等财产损害赔偿纠纷上诉案”中,^{〔15〕} 原告在承包合同到期被告不愿续租的情形下继续占有承包地、搭建并占有大棚没有合法依据,构成无权占有,被告凭私力推倒原告所建的大棚,从而侵害原告对于土地及地上建筑物之占有,原告在一审中诉请占有保护,被告以本权直接抗辩,一审和二审法院均依本权进行裁判,驳回了原告占有保护的诉请。

针对人民法院的上述司法实践,笔者认为,在占有之诉中是否允许当事人以本权进行抗辩,取决于我国占有保护的立法目的。如果我国占有保护的立法目的不仅仅在于弥补本权保护之不足,还具有尽快保护和恢复现存财产占有秩序、维护社会和平的目的,那么对于占有之诉就不应当允许当事人以本权直接进行抗辩。允许当事人以本权进行抗辩,无疑会延宕占有之诉的诉讼进程,有损占有保护上述立法目的的实现。

此外,大陆法系一些国家(地区)对于占有之诉适用简易程序进行审理,以期简便高效,突出时效性,而本权之诉并非全部适用简易程序。比如,按照我国台湾地区民事诉讼法第427条第2款第4项,占有之诉不问其标的之金额或价额,一律适用简易程序,期能迅速处理。^{〔16〕} 按照德国民事诉讼法第708条第9项、第935条、第940条,对于占有之诉一律适用假处分并且先予执行,该先予执行案之申请无须提供担保。之所以适用假处分之快速审理程序,目的同样在于简化程序、提高效率、突出时效性。^{〔17〕} 我国现行民事诉讼法对于占有之诉以及占有保护诉讼并未专门提及,当然不可能为此设置特殊的诉讼程序。该法最近一次修正是在2012年8月31日,当时物权法已经施行,最高人民法院《民事案件案由规定》也已发布。按照民事诉讼法第157条第1款对于适用简易程序须“权利义务关系明确”之条件性规定,占有之诉并不必然符合简易程序的适用条件,因为占有本质上是一种事实,占有关系是一种事实关系,谈何权利义务关系明确。从人民法院占有之诉的司法实践来看,一些占有之诉适用了简易程序进行审理,比如“叶甲诉叶乙占有排除妨害纠纷案”、^{〔18〕} “某公司诉贺某占有物返还纠纷案”、^{〔19〕} “姚X鹏诉姚X群占有物返还纠纷案”^{〔20〕}

〔13〕 上海市第一中级人民法院(2010)沪一中民二(民)终字第1511号民事判决书。

〔14〕 广东省深圳市中级人民法院(2011)深中法民五终字第1346号民事判决书。

〔15〕 山东省青岛市中级人民法院(2011)青民五终字第1063号民事判决书。

〔16〕 参见前引〔9〕,王泽鉴书,第367页。

〔17〕 Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck München 2009, S. 65, 66.

〔18〕 广西壮族自治区柳州市鱼峰区人民法院(2012)鱼民初字第1530号民事判决书。

〔19〕 上海市黄浦区人民法院(2012)黄浦民四(民)初字第831号民事判决书。

〔20〕 上海市徐汇区人民法院(2012)徐民四(民)初字第2206号民事判决书。

等,而多数占有之诉适用普通程序进行审理。笔者认为,我国占有保护立法同样具有保护现存财产占有秩序、维护社会和平的目的。为了更好地实现此项立法目的,应该考虑对于占有之诉适用简易程序,必要时甚至可以先予执行,为此需要对民事诉讼法的有关条文进行修改或者扩大解释。对于占有之诉的当事人依据本权提起的反诉或者另行起诉,通常不应与占有之诉合并审理。即使合并审理,为了防止诉讼程序过分拖延,对于占有之诉也应该在查清事实的基础上先行判决并且先予执行。德国学界通说也认为,占有之诉与本权之诉相互对立时,两个诉讼并行不悖,应该依法分别裁判。如果本权人于占有之诉败诉而于本权之诉胜诉,并且本权人已经以私力实现了与其本权相符的占有状态,那么占有人的占有保护请求权消灭(德国民法典第864条第2款)。^[21]

既然占有之诉与本权之诉明显有别,那么在诉讼程序上如何处理二者之间的关系?对此学界尚存在不同认识。有学者认为:“此两种之诉(本权之诉与占有之诉),得同时提起,或分别提起之,其一败诉时,仍得提起其他之诉,不受一事不再理的拘束。”^[22]也有学者认为:“物权人在其权利受到侵害的情况下,一般应当行使物权请求权,而不能行使占有保护请求权,但如果权利人对其是否享有物权难以举证,也不妨行使占有保护请求权。此时两种请求权发生竞合,当事人只能选择一种请求权加以行使,因此,如果一种请求权不能得到支持,请求权人则不能再行使另一种请求权,更不能同时行使两种请求权。”^[23]目前大陆法系的德国、奥地利、瑞士和我国台湾地区的司法实践中,对于占有之诉与本权之诉的关系均采纳上述第一种观点,即占有之诉与本权之诉得同时提起或分别提起,其一败诉时仍得提起其他之诉。我国学界对于当事人可以依据不同请求权基础选择提起占有之诉或者本权之诉没有异议,^[24]但是对于受害人能否同时提起占有之诉与本权之诉,除上述第二种观点外,未见其他研究。从我国目前占有保护的民事司法实践来看,享有本权的受害人往往选择一个对自己方便有利的请求权行使,同时提起占有之诉和本权之诉的案例尚未检索到。但是,人民法院对于受害人于本权之诉败诉以后,又依据占有保护请求权提起的占有诉讼并不排斥,对于符合占有保护构成要件的诉求,仍然给予占有保护。比如,在“徐某等诉某公司等占有保护纠纷案”中,受诉法院认为:“徐某曾向本院提起诉讼要求某公司及某公司三公司返还朝阳一村18栋101房的所有权,虽然该诉讼请求已经生效判决驳回,但本案中徐某及徐某某向本院提起的是房屋占有及使用权保护之诉,与前案属于不同的法律关系,不当适用一事不再理的法律原则,故某公司三公司的上述答辩意见,本院不予采信。”受诉法院支持了原告占有保护的请求。^[25]

笔者认为,上述人民法院对于本权之诉与占有之诉关系的处理值得肯定。本权保护与占有保护具有不同的立法功能和构成要件,二者适用的诉讼时效或者除斥期间并非完全相同,因此二者无法相互替代,这两项制度是互补而非排斥的关系。选择其中一种保护方法败诉以后应该有权依照他种保护方法再行起诉,只有这样才能充分实现占有保护的立法目

[21] 参见前引[17],慕尼黑评注,第72页以下。

[22] 前引[9],王泽鉴书,第367页。

[23] 前引[6],王利明书,第753页。

[24] 最高人民法院物权法研究小组编著:《中华人民共和国物权法条文理解与适用》,人民法院出版社2007年版,第712页。

[25] 湖南省长沙市芙蓉区人民法院(2010)芙民初字第1902号民事判决书。

的, 弥补本权保护之不足。至于本权之诉与占有之诉能否同时提起的问题, 须指明以下两点: 首先, 物权法以及《民事案件案由规定》采纳了广义上的占有保护立法及诉讼模式, 占有保护诉讼包括了侵害占有的损害赔偿内容。以德国和我国台湾地区等狭义占有之诉的标准进行评判, 这已经属于可以同时提起占有之诉和本权之诉, 而德国和我国台湾地区等之所以允许占有之诉和本权之诉可以同时提起或者分别提起, 狭义的占有之诉无法包含和解决侵害占有的损害赔偿问题, 恰是其中一个方面的原因。^[26] 其次, 对于我国广义的占有保护立法和司法模式而言, 当事人选择占有保护或者本权保护之一即可实现完整的权益救济目的, 因此似无允许当事人同时提起本权之诉与占有之诉的必要。

二、占有保护请求权的成立要件

综合来看, 占有保护请求权的行使须具备以下要件:

1. 一方对于某动产或者不动产存在或者曾经存在过占有。对于侵夺占有的行为, 丧失占有者(曾经的占有人)有权要求返还占有。对于排除妨害或者消除危险请求权, 必须是现在的占有人才有权提出请求, 如果占有已丧失, 就无法行使此种权利。^[27]

目前, 在我国占有保护司法实践中, 有些法院注意到了占有保护须以占有或者曾经的占有为成立要件, 而有些法院还没有意识到这个前提。例如, 在“上海勤帆纺织有限公司与朱国娟排除妨害纠纷上诉案”中, 受诉法院认为: “排除妨害请求权的权利人即行使主体应为物权人及占有人。根据本案所查明的事实, 朱国娟虽于2003年3月26日与万宏村委会签订了《厂房转制、土地流转协议书》, 并按约支付了相应对价, 但尚无证据显示朱国娟已就上述协议书所约定之受让厂房及土地取得了相关物权。因此, 即便勤帆公司对其目前使用的厂房及土地是否包含在上述协议书所约定的厂房及土地范围内不存在争议, 现朱国娟仅凭上述协议书即行使排除妨害请求权, 缺乏法律依据。即便朱国娟作为上述厂房及土地占有人欲行使排除妨害请求权, 朱国娟也应就其原先占有厂房及土地的事实负举证责任。”^[28] 最终, 因为朱国娟无法证明其对于争议标的原先存在过占有且该占有为被告所侵夺, 人民法院对于朱国娟的诉讼请求不予支持。在“孙红福与洪谦益等排除妨害纠纷上诉案”中, 受诉法院认为: “排除妨害请求权的权利人即行使主体应为物权人及占有人。现洪谦益既未取得系争房屋之所有权, 亦未在孙红福进入系争房屋之前合法占有该房屋, 故其诉请缺乏请求权基础, 本院不予支持。”^[29] 上述两案中受诉法院注意到了占有保护须以占有或者曾经占有为前提, 值得肯定。而在“吴兆娃诉吴营军占有物返还纠纷案”、^[30] “张某娥等诉米某泽等占有物返还纠纷案”、^[31] “钱某诉万某占有物返还纠纷案”^[32] 等案件中, 原告分别诉请归还土地赔偿款、交通事故赔偿金、拆迁安置补偿款等钱款, 但是直至原告起诉之时

[26] 参见前引[17], 慕尼黑评注, 第1812页以下。

[27] 参见前引[6], 王利明书, 第756页。

[28] 上海市第一中级人民法院(2009)沪一中民二(民)终字第1601号民事判决书。

[29] 上海市第一中级人民法院(2009)沪一中民二(民)终字第2011号民事判决书。

[30] 河南省郑县人民法院(2012)郑民初字第615号民事判决书。

[31] 湖南省辰溪县人民法院(2012)辰民一初字第316号民事判决书。

[32] 重庆市潼南县人民法院(2011)潼法民初字第01873号民事判决书。

原告并无占有或者曾经占有讼争财产之事实存在,被告亦无直接侵夺、侵害原告占有之行为发生,受诉法院将上述案件以占有保护作为案由立案审理并且全部或者部分支持原告的诉讼请求,尽管笔者对其判决结果不持异议,但是认为存在以下两点不妥之处:其一,对于货币通常不适用占有保护之规定(对此下文还将详细阐述);其二,上述案件中原告对于讼争财产并无占有或者曾经占有之事实存在,被告亦无侵夺占有之行为,占有保护之前提并不存在。

对于占有或者曾经占有之标的、范围,占有保护请求权人有义务予以证明,占有之标的、范围无法确定的,占有保护之请求同样无法成立。在“杨许民诉陈成安占有侵权纠纷案”中,原告杨许民诉被告陈成安侵占其占有的六棵核桃树,构成侵害占有。受诉法院认为:“被告提交的林权证显示,被告自留山面积为7亩,四至为东至场后沟脑中梁,西至高坑梁,南至过坡路上,北至过坡路下。原告的北至边界与被告的南至边界相邻,林坡中有两条过坡路,双方争议的焦点是以哪条过坡路为参照。原告提交的林权证显示北至孙某某过坡路下,被告提交的林权证显示南至过坡路上。双方提交的证据均不能有力证实其主张。由于双方对边界界址不能达成一致,造成双方林木以及林地使用权争议……原告主张被告侵占其六棵核桃树,要求赔偿经济损失1500元,证据不足,本院不予支持。”^[33]而在“薛朝钦与尉氏县惠民家俱城占有返还纠纷案”中,原告薛朝钦依占有保护请求权诉请被告尉氏县惠民家俱城“退还‘香江商厦’二楼21号商铺,并恢复该商铺及其通道原状,赔偿损失13000元,承担本案诉讼费用”。一、二审法院以争议标的尚未交付给原告占有、占有保护不成立为由,驳回原告薛朝钦的诉讼请求。原告薛朝钦不服一、二审判决申请再审,而再审法院认为:“薛朝钦请求返还商铺,因标的物四至不清,坐落位置不确切,没有交付的证据,故本院不予支持。”^[34]人民法院的上述判决值得肯定。占有具有绝对法律关系的属性,因此也称为类物权,占有人以外所有不特定的主体均负有不得侵害、扰乱占有的义务。因此,占有保护涉及社会一般公众的行为自由和切身利益,如果占有的客体和范围不确定,他人便无法确认某物之上是否存在占有,占有保护请求权便不应该成立。

2. 一方的占有被侵夺、妨害或存在妨害之虞。侵夺占有是指非基于占有人的意思而排除其对物的事实上管领力。对占有物的侵夺得为全部或一部,如使单独占有变为共同占有,完整占有变为部分占有,侵夺占有人得为自己创设占有,或使第三人取得占有,等等。

妨害占有是指妨碍占有人管领其物,致其使用可能性及利益遭受侵害,如丢弃垃圾于他人土地,散放煤气、烟尘、振动等侵入邻地。是否存在占有妨害之虞,非依占有人的主观意思决定,应依社会观念,就其发生的盖然性,客观地加以判断。妨害占有只须将来有发生之虞,即为已足,不以一度发生妨害,而有再度发生的危险性为必要。过去曾数度发生妨害行为时,倘无相反情事,通常可认为将来亦有妨害之虞。^[35]

3. 侵害行为没有合法事由。对于合法的剥夺、妨碍占有的行为,行为人通常无须承担责任,比如因执行公务等而强制执行、没收、收缴等。对于自助行为以及因为相邻关系邻人有义务容忍之行为,行为人同样无须担责。而对于紧急避险以及防卫过当等行为,尽管

[33] 河南省卢氏县人民法院(2011)卢五民初字第1号民事判决书。

[34] 河南省高级人民法院(2011)豫法民申字第00164号民事判决书。

[35] 参见前引[9],王泽鉴书,第346页,第365页。

这些行为一般不具有非法性，但是行为人通常仍然须承担侵害占有的责任。^{〔36〕}

此外，对于侵害占有损害赔偿请求权之成立，还须占有人因侵害占有而受到损失。我国占有保护司法实践还强调，侵害占有损害赔偿请求权之成立通常以有权占有为条件。对于占有保护请求权的成立要件，理论和实践上深具意义的两个法律问题值得研究。

首先，关于货币是否适用占有保护之规定。占有保护请求权的立法功能在于维护现存之财产占有秩序，以维护社会和平。货币被侵夺，除即时（当场）的自力救济外，往往无法返还原物，因为货币作为消费物很容易被消费掉。货币作为种类物，受害人亦无法证明其原物之范围、性状及所属，因此原物返还殊为困难。货币作为替代物和流通物，亦无须返还原物，只须返还价值相当之同种甚至异种货币即可。此外，由货币的高度流通性决定，货币的占有即所有，否则对于交易安全殊为不利。因此，货币之返还请求权通常属于债权请求权，一般不适用属于物上请求权性质的占有返还规则。占有物返还请求权之行使，须存在侵夺占有之行为，并且原物仍然存在，客体范围能够确定和证明，从而能够原物返还。因此，货币通常不适用占有保护之规定。但是，作为特定物之古钱币、纪念币或者客体范围能够确定之货币被侵夺，应该适用占有保护之规定。目前，某些法院在占有保护司法实践中，将一些既不存在侵害占有，又无法、无须原物返还的一方要求返还投资款、集资款、借款、赔偿款、安置费、补偿款等债务纠纷，按照占有保护案件进行裁判，或者以占有保护作为案由立案审理，笔者认为这些做法值得商榷。例如，在“段某某诉段某某占有物返还纠纷案”中，受诉法院认为：“原告段某某没有与红日山庄的合伙人签订书面合伙协议，亦没有实际参与管理合伙项目，因此其不是红日山庄项目部的合伙人。被告段某某收取原告段某某10万元，并向原告出具了收条，被告段某某占有该10万元一直没有返还给原告。根据法律规定，占有人有权请求返还。因此对原告要求被告返还10万元的请求，本院予以支持。”^{〔37〕}而在“谢某某诉谢某某占有物返还纠纷案”中，受诉法院认为：“被告谢某某在竞标煤矿承包权失败后，理应将所退押金200万元返还给各集资人。根据庭审查明的事实，本院认定原告谢某某在（被告）谢某某名下的投资款为85万元，被告谢某某在中标失败后一直占有该笔款项，根据法律规定，权利人可以请求占有人予以返还，故被告谢某某是本案的适格承担民事责任主体，应当承担返还集资款85万元的义务。”^{〔38〕}这方面的案例较多，无法一一列举。笔者对于上述司法裁判之结果没有异议，但是对于上述案件适用占有保护之规定持怀疑态度。

其次，占有保护请求权之成立是否以有权占有（合法占有）为要件，质言之，无权占有受不受占有保护？从人民法院六年来占有保护的司法实践来看，人民法院明确采纳了狭义占有之诉的占有保护不以有权占有为前提的观点，无论有权占有还是无权占有，甚至是权属不明或者权属有争议之占有，均可享受占有之诉的占有保护。在纠纷解决前，任何一方无权侵害、改变占有之现状。因为无权占有或者权属有争议、权属不明而拒绝给予占有保护的案例，目前尚未检索到。例如，在“朱学习与朱新亚恢复原状、财产损害赔偿纠纷案”中，受诉法院认为：“占有是指人对物事实上的控制和支配。为维护社会安宁和稳定，

〔36〕 参见前引〔8〕，Westermann书，第141页。

〔37〕 湖南省冷水江市人民法院（2012）冷民二初字第40号民事判决书。

〔38〕 湖南省冷水江市人民法院（2011）冷民二初字第75号民事判决书。

我国物权法设立占有制度,维护物的占有状态,禁止他人以私力等非法手段加以破坏……朱学习如认为朱新亚家的墙确须拆除,应与朱新亚协商解决或通过有关机关进行处理,朱学习无权以私力手段拆除朱新亚家的墙,其行为已侵害了朱新亚对物之占有,朱新亚享有占有妨害除去请求权,有权请求被告朱学习排除妨碍、恢复原状。”〔39〕在“李无宪诉康幸福、康南方、张秋琴排除妨害纠纷案”中,受诉法院认为:“原告购买康店镇康北村十三组建的小产权房违背国家有关法律规定,原告与巩义市康店镇康北村第十三村民小组签订的房屋销售合同不受法律保护。本院认为,巩义市康店镇康北村十三组组长康红恩将位于康店镇大桥西端街道南侧楼房中西门洞四楼西户住房一套交付给原告后,原告即实际占有了该套住房,该占有状态即使与他人的权利相抵触,也不应受到其他非法行为的侵害。对妨害占有的行为,占有人可以请求排除妨害。故对三被告的此项辩解,本院不予采信。”〔40〕在“代有章等与董连松等排除妨害纠纷上诉案”中,受诉法院认为:“被告胡家庄组辩称租赁协议及转让协议均无效,要求收回兰草园占用的土地应采用正当的手段主张权利,如被告认为该兰草园的土地使用权有争议,应当由当事人协商解决,协商不成由政府及有关部门处理,在争议解决前,任何一方不得改变土地使用现状,被告胡家庄组因此指使代有章挖断兰草园出路改变土地使用现状,实属不当。原告依据合同占有该兰草园,对妨害占有的行为,占有人有权请求排除妨害和赔偿损失。”〔41〕在“王胜艾与刘献叶返还原物纠纷案”中,受诉法院认为:“本院认为涉诉车辆现属所有权不明状态……(但是)占有作为一种事实状态,应受到法律的保护,以维护社会的和平、安全和秩序。占有是指人对物在事实上的控制。占有的不动产或动产被侵占的,占有人有权请求返还原物。”〔42〕而在“曾菊容等与黄志和排除妨害纠纷上诉案”中,被告对于原告长久以来占有的宅基地的归属存在争议,诉讼双方对于该幅宅基地的权属均无法证明,对于被告侵害占有的行为,受诉法院认为:“双方当事人争议的宅基地位于原告黄志和的原伙房范围内,且该伙房的南面墙体尚未拆完,不管该伙房是在1949年前建造,还是在上世纪60年代建造,原告黄志和都已占有使用该争议地达40年以上之久,基于尊重历史,理应维持现状。被告曾菊容、侯国潘、侯国昌没有提供证据证明其对争议地享有使用权,仅以争议地是其祖上遗留的老宅基地为由,强行将石头搬进争议地内,阻碍原告黄志和建房,其行为违反了相关法律规定。原告黄志和请求判令三被告停止侵权,搬走其房屋地上的石头及妨碍物,排除妨碍,于法有据,应予支持。”〔43〕这方面的司法实践案例较多,限于篇幅不再一一列举。

人民法院的上述判决值得肯定。笔者认为,无权占有不受占有保护的观点仅仅能够有条件地适用于侵害占有损害赔偿请求权的情形,对此将在下文阐述。无权占有不受任何占有保护的观点不能成立,无权占有、权属不明或者权属有争议之占有,均应享受占有保护,理由如下:

1. 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。无权

〔39〕 河南省漯河市中级人民法院(2010)漯民一终字第44号民事判决书。

〔40〕 河南省巩义市人民法院(2011)巩民初字第2030号民事判决书。

〔41〕 河南省南阳市中级人民法院(2009)南民一终字第243号民事判决书。

〔42〕 河南省南阳市宛城区人民法院(2011)宛民初字第448号民事判决书。

〔43〕 海南省第一中级人民法院(2012)海南一中民二终字第199号民事判决书。

占有仅仅对于确定占有的发生及其权源具有意义,无权占有并不必然意味着该占有不受法律保护。保护无权占有对于有权占有与无权占有的区分并不存在任何逻辑上的矛盾。

2. 占有保护仅仅具有临时性,不具有终局性,本权人完全能够依赖本权之诉排除无权占有,因此无权占有受到占有保护,不会导致社会的道德危机和不公平的结果。让本权人承担侵害占有的责任,可以指引本权人遵循合法途径行使权利、排除非法占有,对于社会的和平与安宁、对于法治有益无害。

3. 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。这样循环往复,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。

三、间接占有、共同占有以及占有辅助的保护

我国现行立法是否承认间接占有,学界甚有分歧。主张我国现行立法承认间接占有的学者认为:物权法第27条明文规定了占有改定制度,动产的出让人于出让动产以后继续占有该动产,受让人则取得受让动产的间接占有,这是物权法对于间接占有的明确规定。另外,从物权法的立法体系上看,该法于第25—27条分别规定了简易交付、指示交付和占有改定制度,这些制度若不借助间接占有的概念,就无法得到说明,交付或替代交付的概念也就无从建立。^[44]同时还应该看到,那些将事实的对物支配力转让给他人行使的人,或许也有这样一种强烈的合理利益,即针对侵害人行使占有保护权利,或者将自己还余有的对物关系转让给他人。这些人要把自己当作占有人来对待的利益,是值得保护的。他们对物的关系虽仅是间接的,也就是通过直接占有人而媒介的,但这种间接的对物关系应是具有同等价值的占有。^[45]反对者则认为:我国物权法并未承认间接占有制度,物权法所提到的占有,应理解为直接占有。^[46]针对该项争议,笔者认为:

1. 我国物权法对于共同占有、占有的取得、丧失与继承、占有的自力救济等问题同样缺少明文规定,因此不能以物权法条文中没有出现“间接占有”字样,即推断出我国现行民事立法和司法实践不承认间接占有。

2. 如果我国民法不承认间接占有,那么对于物权法第27条规定的占有改定的替代交付方式该如何理解、适用和解释?

3. 早在物权法施行之前,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第88条即明确规定:“出质人以间接占有的财产出质的,以质押合同书面通知占有人时视为移交。”该条规定目前仍然有效,人民法院依据该条规定作出了若干判例,比如“通州市农村信用合作联社诉南通祥泰面粉有限公司等借款质押合同案”、^[47]“肯考帝亚农产品贸易(上海)有限公司与广东富虹油品有限公司、第三人中国建设银行股份有限公

[44] 参见张双根:《间接占有制度的功能》,《华东政法学院学报》2006年第2期。

[45] 参见[德]鲍尔·施蒂尔纳:《德国物权法》上册,张双根译,法律出版社2004年版,第113页,第122页。

[46] 参见石佳友:《〈物权法〉占有制度的理解与适用》,《政治与法律》2008年第10期。

[47] 江苏省南通市中级人民法院(2007)通中民二初字第0026号民事判决书。

司湛江市分行所有权确认纠纷案”、^{〔48〕}“上海立原实业有限公司诉上海长江计算机进出口有限公司等质押合同纠纷案”^{〔49〕}等。认为我国民法不承认间接占有，明显与上述司法解释和判例不符。

另外，从实证的角度来看，物权法施行以来，仅北大法宝网收录的涉及间接占有的案例即有34个，人民法院在大量的民事司法裁判文书中一再对于间接占有的概念与法理加以阐释和运用，具体数据详见表3。^{〔50〕}例如，在“原告杨玉枝、付二红、何凯弦与被告刘新生、漯河市中远运输有限公司、中国人寿财产保险股份有限公司驻马店市中心支公司道路交通事故人身损害赔偿纠纷案”中，受诉法院认为：“该机动车作为物权法上的‘物’，对机动车的间接控制应当视为间接占有，即车辆所有人虽然不对机动车予以直接占有，但对于直接占有机动车的人具有返还请求权，从而间接地对机动车具有管理、支配、处分的权利，故被告漯河市中远运输有限公司对豫LA8615号重型半挂牵引车享有一定的运行支配权……应当对三原告的诉讼请求承担一定的赔偿责任，即对被告刘新生不能赔偿的部分承担补充赔偿责任。”^{〔51〕}在“李某等与孙甲房屋买卖合同纠纷上诉案”中，受诉法院认为：“物权法上所称占有改定，是指转让动产物权时，让与人与受让人约定，由让与人继续占有该动产，受让人取得该动产的间接占有，以代替现实交付。”^{〔52〕}“梁结贞与张学武财产损害赔偿纠纷上诉案”同样体现了占有改定和间接占有的物权法原则。^{〔53〕}在“王某等诉蔡某等房屋买卖合同纠纷案”中，受诉法院认为：“两原告与被告蔡某签订房屋买卖合同后，原告王某又与被告蔡某签订具有租赁合同性质的《补充协议》，约定由蔡某一家继续租赁使用涉案房屋，故双方签订的《补充协议》生效时，买卖合同的标的物即视为交付，买受人作为涉案房屋的所有权人取得间接占有。本案中，被告蔡某至今未向两原告交房，系违反租赁合同中约定的义务，故原告要求追究被告在房屋买卖合同中逾期交房的违约责任，本院难以支持。”^{〔54〕}在“范桂英诉北京市八宝山殡仪馆等返还原物案”中，受诉法院认为：“尽管段金荣持有骨灰保管凭证而间接占有死者骨灰，但段金荣的上述占有缺乏合法权利的支持，因而构成无本权的占有即属于无权占有。虽然段金荣对死者骨灰的保管不具有恶意，属于善意的无权占有，但是范桂英作为物权权利人有权要求无权占有人返还骨灰，这是行使物权请求权必然产生的法律后果。”^{〔55〕}而在“湖北省工业建筑总承包集团第三工程公司宜昌经理部与宜昌美联电力发展有限公司借款合同纠纷上诉案”中，受诉法院认为：“鉴于同月6日美联公司以其自身的名义向宜昌经理部出具借据，据此即可认定，吴祥胜于1999年4月4日依照周兆福的指令交出涉案汇票之时宜昌经理部即失去了对涉案汇票的占有，同时，美联公司即间接地占有了亦即经过他人占有了涉案汇票，且此种间接占有是美联公司处分

〔48〕 最高人民法院（2010）民四终字第20号民事判决书。

〔49〕 上海市徐汇区人民法院（2005）徐民二（商）初字第106号民事判决书。

〔50〕 在北大法宝网“司法案例”栏下输入“间接占有”，选择“全文”匹配“精确”进行检索，案例全文涉及“间接占有”的民事案例总数截至2013年10月1日为34个。

〔51〕 河南省舞阳县人民法院（2012）舞民初字第545号民事判决书。

〔52〕 上海市第二中级人民法院（2010）沪二中民二（民）终字第381号民事判决书。

〔53〕 广东省佛山市中级人民法院（2004）佛中法民一终字第742号民事判决书。

〔54〕 上海市徐汇区人民法院（2010）徐民三（民）初字第1393号民事判决书。

〔55〕 北京市石景山区人民法院（2008）石民初字第121号民事判决书。

其自身对涉案汇票占有权的结果。”^{〔56〕}限于篇幅,不再一一列举。总之,我国民事立法和司法对于间接占有早已公开、大量承认,其调整领域主要涉及间接占有动产的出质、以占有改定替代动产的现实交付从而实现物权移转、间接占有人的补充赔偿责任、间接占有人的原物返还义务、通过全资子公司间接占有股份、间接占有情形下的动产善意取得、汇票等票据的间接占有等。

笔者在此引用上述案例和数据,无意以结果证明存在之合理性。但是,上述案例大量存在本身即说明了间接占有存在深厚的实践基础,并非人为想象之结果。人民法院司法实践中依照物权法、担保法司法解释以及占有保护的基本法理对于间接占有法律关系和法律现象的解释,对于间接占有人权利义务关系的界定和处理,符合公平正义的理念,没有任何违背法理之处,其积极意义值得肯定。

既然我国民事立法、司法解释和司法实践已经承认间接占有,间接占有在民事生活中亦大量存在,那么间接占有人可以主张物权法第245条规定的占有保护请求权吗?笔者认为是可以的。首先,物权法第245条并没有限定只保护直接占有,不保护间接占有,将物权法第245条的占有保护制度适用于间接占有,没有任何制度构造上的困难。其次,间接占有虽非对于物为事实上的管领,但是间接占有此种观念上的占有与直接占有具有同等的保护价值。再次,如果一方面承认间接占有,另一方面又否定间接占有的占有保护,必然导致间接占有的存在意义和价值大打折扣。

尽管间接占有亦可受占有保护,但是间接占有毕竟属于一种观念性占有,不具有直接占有的占有外观。按照我国物权法,结合大陆法系成熟的立法经验,笔者认为,我国间接占有的保护应该坚持以下原则:

1. 物权法第245条规定的占有保护请求权,即返还原物请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权和损害赔偿请求权,原则上间接占有人均得以行使。

2. 在侵夺占有的情况下,间接占有人仅得请求向直接占有人回复占有,直接占有人不能或不欲收回占有的,间接占有人有权请求向自己回复占有。

3. 对于侵害占有的损害赔偿请求权,直接占有人不能或不欲主张时,间接占有人方得以行使,如果直接占有人主张了损害赔偿,则间接占有人不得再行主张该权利。目前人民法院在占有保护的司法实践中已经贯彻了该原则,例如在“吴锦潮与于小红财产损害赔偿上诉案”中,间接占有人在接受原审法院询问时均表示同意由直接占有人向侵害占有者追偿,而间接占有人则放弃向侵害占有者追偿的权利。^{〔57〕}实践中的该做法值得赞同。

4. 占有人自力救济权的行使,仅限于直接占有人,间接占有人不享有占有人自力救济权,但是可以对侵害行为进行正当防卫。^{〔58〕}所谓占有的自力救济,是指占有人对于侵夺或妨害其占有的行为,得以己力进行防御。不动产被侵夺时,占有人得即时排除、驱赶加害人而收回,动产被侵夺时,占有人得以己力就地或追踪由侵害人处取回。

物权法第五编对于共同占有没有明文规定。但是,由于民法通则(第32条、第78条)、物权法(第93—105条)以及婚姻法(第17条、第19条)等法律对于财产的共同所

〔56〕 湖北省高级人民法院(2001)鄂民四终字第5号民事判决书。

〔57〕 广东省广州市中级人民法院(2011)穗中法民一终字第1280号民事判决书。

〔58〕 参见王泽鉴:《用益物权·占有》,中国政法大学出版社2001年版,第367页。

有设有明文,因此,由财产的共同所有而产生的共同占有情形在我国民事生活中大量存在,这方面的纠纷亦时常出现,目前仅北大法宝网所收录的涉及共同占有的民事案例数即有125个,具体数据详见表3。^[59]

大陆法系各国在共同占有的保护问题上均坚持两个原则:一是在共同占有人的内部关系上,以涉及各占有人有权使用的范围为限,不成立占有保护。二是在外部关系上,各共同占有人得单独请求占有保护,占有被侵夺时,仅得请求返还占有于全部共同占有人,共同占有人得将其占有的地位让与他人。^[60]对于共同占有的保护,我国物权法没有明确规定。从人民法院审理的涉及共同占有的法律纠纷来看,我国司法实践中对于上述第一项原则多有运用,而对于第二项原则之司法运用与阐释,目前尚未检索到。比如在“王某某诉王某某一占有保护纠纷案”中,受诉法院认为:“本案属占有保护纠纷。王某某原所建的沱江镇某某路某某号一层房屋,是其夫妻共同财产,王某某个人无权主张权利。现在,该房屋已由王某某、王某某两兄弟加建成三层,该房屋的产权、产值发生了变化。王某某、王某某一父子的家庭矛盾,或分家析产,可自行协商解决或另案处理。”^[61]在“郑建成诉郑水明等占有保护纠纷案”中,受诉法院认为:“原告作为讼争的厦门市思明区仙岳路301号之二602室房屋的共同使用权人,对该房屋享有占有、使用、收益的权利,从厦门市人民检察院工作人员到讼争房进行现场调查情况及《报警回执》的内容看,被告拒绝原告进入讼争房,原告用钥匙也无法开门,被告的行为妨害了原告对讼争房屋的占有使用权,已构成侵权。被告负有包括交付讼争房门钥匙在内的排除妨碍之义务,并不得阻碍原告对讼争房西北方卧室及客厅、厨房、卫生间的共同使用。”^[62]而在“刘某诉刘某等占有排除妨害纠纷案”中,三原告系争讼房屋的产权人和共同占有人,三被告系争讼房屋的共同占有人,原告诉讼请求被告排除妨害、搬离房屋。受诉法院认为:“公民的合法权益受法律保护。三原告虽然是系争房屋的产权人,但三被告系该房的同住人,对系争房屋享有使用权,故三原告要求三被告迁让的诉讼请求,缺乏依据,本院难以支持。”^[63]人民法院的上述司法裁判,符合共同占有人地位平等、利益共享的原则,符合占有保护之法理和立法目的,能够平衡各共同占有人之利益诉求,亦符合全体占有人之共同利益,可资赞同。

所谓占有辅助,是指基于特定的从属关系,受他人之指示而对于物为事实上的管领。^[64]物权法对于占有辅助同样未设明文,从法律逻辑以及社会生活实情出发,人民法院在一些司法裁判中业已引入占有辅助的有关概念和法理,以期对于有关纠纷的裁决合法、合情、合理。从法理上看,我国民法亦有必要承认占有辅助现象之存在。

从权利义务一致性的角度考察,如果赋予占有辅助人以占有人之地位,那么占有辅助

[59] 在北大法宝网“司法案例”栏下输入“共同占有”,选择“全文”匹配“精确”进行检索,案例全文涉及“共同占有”的民事案例总数截至2013年10月1日为125个。其中包括两个最高人民法院终审的案例,即“中国机电设备西南公司与中国农业银行四川省分行等信用证垫款、借款合同及担保纠纷案”和“中国建设银行郑州市金水支行与中国农业银行濮阳分行油田基地支行等存单纠纷案”。笔者将这两个案例按照原审地分别划入了四川省和河南省。

[60] 参见前引[9],王泽鉴书,第199页。

[61] 湖南省江华瑶族自治县人民法院(2011)华民一初字第310号民事判决书。

[62] 福建省厦门市思明区人民法院(2011)思民初字第4665号民事判决书。

[63] 上海市杨浦区人民法院(2010)杨民四(民)初字第574号民事判决书。

[64] 参见前引[9],王泽鉴书,第189页。

人必然要对占有物所生之损害及损害之虞负责，而占有辅助人对于交付其管领之物并无运行归属利益，亦无决定决策之权，显然不应该承担此项法律责任。

改革开放三十多年来，我国社会主义商品经济获得了长足发展，社会生活中存在着大量的基于从属地位、受他人指示对物进行事实上管领的人，比如处于他人营业、家政或者类似关系中的人，也就是处于从属地位的人。^{〔65〕} 这些处于从属地位的人，其法律地位完全不同于直接占有人。直接占有人只要依据法律或者合同行事即可，无须接受所有者的命令指示，而占有辅助人对物之使用管领，必须接受交付其管领之人的命令指示。如果占有辅助人对于交由其使用的物具有事实上的管领力而能够成为占有人，那么他将有权针对包括其雇主（所有人）在内的任何人行使占有保护请求权，有权转让占有给第三人，甚至是抛弃占有，这显然与通常之生活观念不符。^{〔66〕} 可见，占有辅助人并非我国物权法上的占有人，未获授权时无权向包括其雇主在内的任何人行使物权法第 245 条规定的占有保护请求权，无权抛弃或者转让占有给第三人，亦不对其事实上管领之物所生之损害及损害之虞负责。但是，从一般社会公益以及公序良俗原则出发，占有辅助人对于侵害其管领物的行为，有权进行正当防卫或者私力救济，对此学界未见不同见解。

目前，人民法院业已在一些占有保护案件的审理中，引入占有辅助的概念和相关法理，据此确定和分配相关当事人的权利与义务，化解当事人之间的利益冲突。目前北大法宝网收录涉及占有辅助的案例共有 4 个，具体数据详见表 3。^{〔67〕} 例如在“张仁桂等诉肖际银占有物返还纠纷案”中，受诉法院认为：“公民的合法财产受法律保护，禁止任何组织或者个人侵占。本案中，按照各原告的合伙协议，被告肖际银受合伙负责人肖鸿寅指定为出纳，与肖鸿寅存在命令与服从的从属关系，在占有法律关系上属于占有辅助人；被告肖际银作为营运收入的占有辅助人，现提出证据证实受肖鸿寅指令用相关营运收入支出相关费用，符合情理，至于相关支出费用是否应该支出的问题，属于合伙负责人、各原告及被告对收入与支出的结算范畴，因此，本案存在结算纠纷，所以，原告要求返还营运收入分配款总额无法确定，占有事实难以认定。”^{〔68〕} 在“曾某等与张某等案外人执行异议之诉纠纷上诉案”中，受诉法院认为：“曾某和张某、钱某发生争议后，法院是从拍卖公司处扣押了系争拍品，拍卖公司是实际占有人。拍卖公司占有的合法性，曾某和张某、钱某没有争议；但拍卖公司没有主张系争拍品的物权，属于占有辅助人，是占有（权利）推定规则的例外情形。”^{〔69〕} 而在“张前春与王洪运、王洪帅、中国人寿财产保险股份有限公司鹤壁市中心支公司机动车交通事故责任纠纷案”中，^{〔70〕} 汽车因为交通事故受损，作为雇员和占有辅助人的驾驶员，通过与车主以及车载物品所有人签订求偿权转让协议的方式，取得了向侵权人追偿的权利，以此解决占有辅助人赔偿请求权基础的问题。上述司法实践符合占有辅助之

〔65〕 从属地位之产生，是基于私法还是公法，是基于契约还是法律，其存续是长期还是临时，均在所不问，甚至法律关系无须一定有效。参见前引〔45〕，施蒂尔纳书，第 135 页。

〔66〕 同上书，第 133 页。

〔67〕 在北大法宝网“司法案例”栏下输入“占有辅助”，选择“全文”匹配“精确”进行检索，案例全文涉及“占有辅助”的民事案例总数截至 2013 年 10 月 1 日为 4 个。

〔68〕 湖南省慈利县人民法院（2012）慈民三初字第 25 号民事判决书。

〔69〕 上海市第一中级人民法院（2012）沪一中民一（民）终字第 2973 号民事判决书。

〔70〕 河南省滑县人民法院（2012）滑民一初字第 175 号民事判决书。

法理，值得肯定。

表 3 间接占有、共同占有、占有辅助案例与占有保护一览

检索位置	类型	案例数量	地域分布			是否受到占有保护	涉及内容、情节
			东部	中部	西部		
全文	间接占有	34	25	8	1	是(但有条件限制)	间接占有动产的出质、占有改定、间接占有人的补充赔偿责任、间接占有人的原物返还义务、间接占有人的占有保护、通过全资子公司间接占有股份、间接占有情形下的善意取得、汇票等票据的间接占有等。
	共同占有	125	52	54	19	是(但有条件限制)	夫妻共同占有、家庭成员共同占有、合伙人共同占有、遗产的共同占有、数承租人的共同占有、数侵权人的共同占有等。
	占有辅助	4	3	1	0	否	受雇人为雇主利益而占有、使用交托物。

四、占有之诉与侵害占有的损害赔偿

罗马法以占有令状保护占有，一些占有保护令状，比如现状占有令状、优者占有令状、制止暴力剥夺令状等，除了包含有返还原物、排除妨害和消除危险请求权外，同时还包含有侵害占有的损害赔偿内容。^{〔71〕} 上述占有保护令状在法律性质上被归入债权之列。^{〔72〕} 后世立法则认为，只有侵害占有的损害赔偿请求权方属债权请求权之列，而返还原物、排除妨害和消除危险请求权性质上则属于物上请求权。而从我国目前的民事立法和司法实践来看，物权法第 245 条第 1 款末句明确规定了侵害占有的损害赔偿请求权，最高人民法院发布的《民事案件案由规定》（法发〔2008〕11 号及法发〔2011〕41 号）亦明确将“占有物损害赔偿纠纷”纳入“占有保护纠纷”之内。从表 1 中可以看出，占有损害赔偿纠纷案件占全部占有保护纠纷案件的 12%，这还不包括占有保护以及占有侵权案件中当事人请求损害赔偿的情形。目前大陆法系许多国家（地区）民法典规定的占有保护制度，内容上包括了物上请求权的保护方法和损害赔偿请求权的保护方法，各国（地区）立法赋予占有人的请求权也大同小异，但在具体的立法模式上可以区分为以下两类：

一是民法典物权编中只规定性质上属于物上请求权的、狭义上的占有保护请求权，即占有物返还请求权、占有妨害除去请求权、占有妨害预防请求权等，属于债权性质的侵害占有损害赔偿请求权不在物权法部分规定，该请求权交由侵权法调整。目前德国民法典第 861—862 条、意大利民法典第 1168—1170 条、我国台湾地区民法第 962 条等立法采纳了该立法模式。

二是民法典物权编中采广义的占有保护请求权立法模式，无论是物上请求权性质的占

〔71〕 参见〔德〕萨维尼：《论占有》，朱虎、刘智慧译，法律出版社 2007 年版，第 342 页以下。

〔72〕 同上书，第 27 页以下；另见译者前言第 4 页。

有保护请求权，还是债权性质的侵害占有损害赔偿请求权，均一体纳入物权法占有保护制度中。目前瑞士民法典第 926—928 条、葡萄牙民法典第 1276 条、日本民法典第 198—200 条、韩国民法典第 204—205 条和我国物权法第 245 条采纳了该立法模式。

上述第一种模式注重法律规范的体系性和逻辑性，第二种模式注重法律规范的完整性和实用性。两种占有保护立法模式在占有保护请求权种类的设计上并没有本质区别，区别仅仅表现在立法形式上。

物权法实施以来，人民法院审理了大量侵害占有损害赔偿纠纷案件，仅北大法宝网收录者即达 92 个。具体数据详见表 4。^{〔73〕}

表 4 侵害占有损害赔偿案例一览

检索位置	检索 词条	案例 数量	地域分布			审理程序			审理结果		不赔偿的理由
			东部	中部	西部	初审	终审	再审等	赔偿	不赔偿	
标题	占有物损害赔偿；占有保护；占有侵权；占有物返还、赔偿等。	92	30	51	11	53	34	5	55	37	损害没有证据或者证据不足；没有损害发生；侵害行为和损害之间没有因果关系等。

可见，侵害占有的损害赔偿问题已经成为我国占有保护诉讼的重要内容。在我国的占有保护诉讼中，当事人可以单独提起侵害占有的损害赔偿请求，也可以与其他的占有保护请求权一并提起该请求。但是，侵害占有的损害赔偿请求权与占有的返还原物、排除妨害和消除危险请求权性质上毕竟存在明显区别，理解和适用物权法第 245 条侵害占有的损害赔偿问题时应该注意以下五个方面：

1. 关于侵害占有损害赔偿责任的诉讼时效。从大陆法系各国的司法实践来看，侵害占有的损害赔偿责任适用侵权法的有关规定，即适用侵权法的归责原则、构成要件和诉讼时效等。因此，侵害占有的损害赔偿责任适用侵权法一般侵权行为的诉讼时效期间，该期间在我国为两年，学界对此未见异议。^{〔74〕}

2. 关于责任成立与过错的关系。大陆法系各国民法对于占有的返还原物、排除妨害和消除危险请求权的行使，均不以侵害人具有过错为要件，而对于侵害占有损害赔偿责任的成立，适用侵权法上的过错责任原则，通常须侵害人具有过错。目前人民法院对于侵害占有损害赔偿的诉讼请求，均按照过错侵权的归责原则处理，侵害人无过错的可以免责，实践中的该做法值得赞同。

3. 关于是否具有不问权源性。从人民法院六年以来占有保护的司法实践看，对于占有的返还原物、排除妨害请求权的行使（占有物消除危险类案例目前尚未检索到），具有不问

〔73〕 目前人民法院受理的侵害占有损害赔偿案件的名称并不统一，主要的名称是“占有物损害赔偿纠纷”，但是“占有保护纠纷”、“占有侵权纠纷”、“占有物返还、赔偿损失纠纷”、“占有物返还及赔偿纠纷”等亦包含或者亦可能包含侵害占有损害赔偿的内容，因此检索侵害占有损害赔偿案件的词条有多个。

〔74〕 参见前引〔24〕，最高人民法院物权法研究小组编著书，第 712 页；前引〔6〕，王利明书，第 761 页；宁红丽：《物权法占有编》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 198 页。

权源性,无论有权占有、无权占有抑或权属不明或者权属有争议之占有,均受占有之诉的保护,任何人不得以私力改变占有之现状,对此上文已有论述。而对于侵害占有损害赔偿责任的成立,司法实践中均强调受害人占有须为有权占有,对于无权占有给予损害赔偿救济的案例,目前尚未检索到。从北大法宝网收录的92个侵害占有损害赔偿案例来看,凡是人民法院判决支持占有人损害赔偿诉讼请求的案件,均以有权占有为条件。例如,在“顾某某诉上海徐某(集团)有限公司等占有物损害赔偿纠纷案”中,^[75]原告占有的承租房屋遭被告损毁,原告诉请被告损害赔偿获得法院的支持。在“株洲市石峰区某美语幼稚园石峰园诉株洲市某房地产开发有限公司占有物损害赔偿纠纷案”中,^[76]原告承租中铁某公司所有的房屋开设幼稚园,被告在紧邻原告幼稚园的街区进行商品房开发,因地基防护不力,造成原告承租房屋发生部分坍塌、损毁,原告作为占有人诉请占有物损害赔偿,诉讼过程中法院主持调解,最终以被告赔偿原告经济损失45万元结案。在“李XX等诉庞XX占有物损害赔偿纠纷案”中,^[77]被告侵占原告承包的虾塘,原告诉请被告损害赔偿,诉讼过程中法院主持调解,最终以被告赔偿原告经济损失28,000元结案。而在“某某诉某某某占有物损害赔偿纠纷案”中,原告侵占被告所有的集体土地擅自搭建住房被被告拆除,原告诉请被告侵害占有物的损害赔偿。受诉法院认为:“原告主张被告拆除原告位于汕头市龙湖区新津街道南碧埠金桂街六巷1号土地上搭建建筑物的行为违法,要求被告赔偿经济损失18万元的诉讼请求,因原告没有提交证据证明被告的拆除行为违法,也没有举证证明其要求赔偿经济损失18万元的计算依据,故原告的诉讼请求,缺乏证据,不予支持。被告提出原告没有用地依据和损失事实,其诉讼请求缺乏事实和法律依据的主张,理由成立。予以采纳。”受诉法院最终以原告无权占有其所侵占的集体土地以及损害无法证明为由,驳回了原告要求侵害占有损害赔偿的请求。^[78]这方面的案例很多,在此无法一一列举。

笔者对于人民法院上述各项司法裁判不持异议。从理论上,对于侵害占有的损害赔偿是否仅限于有权占有的问题,主要存在着肯定说和否定说这两种观点。德国学者黑克从经济的观点采否定说,强调无权占有人亦有保护的必要。例如甲以其无权占有的某件机器从事生产,已成为企业的一部分,具有继续占有使用的经济利益,所有人乙强行取回该件机器,导致生产停顿时,应负损害赔偿的责任。^[79]也有否定说从权利的角度进行分析,认为凡是法律规范赋予无权占有人以收益权时,其占有均可视为“其他权利”,因此受到侵权法之保护。^[80]国内也有学者认为:“即使是无权占有,占有人受到侵害,其也应当受到侵权法的保护。”^[81]而肯定说则坚持“不法行为不产生权利,违法者不获益”的法律原则。例如德国学者耶林认为:“强盗与小偷亦享有占有保护,但仅止于自力救济或占有保护请求权(占有之诉),以维护社会秩序,似不能因此而言为强盗与小偷得对取回其物的所有人,

[75] 上海市徐汇区人民法院(2012)徐民四(民)初字第3766号民事判决书。

[76] 湖南省株洲市石峰区人民法院(2011)株石法民一初字第972号民事判决书。

[77] 广西壮族自治区钦州市钦南区人民法院(2012)钦南民初字第102号民事判决书。

[78] 广东省汕头市龙湖区人民法院(2011)龙民二初字第56号民事判决书。

[79] 参见前引[9],王泽鉴书,第385页。

[80] 参见前引[45],施蒂尔纳书,第168页。

[81] 前引[6],王利明书,第763页。

亦得请求不能对盗赃物为使用收益而生的损害。”〔82〕目前，德国的司法实践坚持肯定说，侵害占有的损害赔偿请求权仅限于有权占有人享有。对于善意占有人则适用德国民法典第955条、第987条、第990条、第1006条等关于善意占有人取得权、物之用益归属、所有权推定等项规定。〔83〕而我国台湾地区司法实践中则采否定说，肯定恶意占有人亦得依侵权行为法则请求使用收益（营业上的收入损失）。〔84〕我国物权法第245条将占有保护请求权人限定为“占有人”，按照通常的字面理解，无权占有人也是占有人，因此无权占有人亦得请求占有保护。这对于占有之诉中的占有保护固无问题，但是对于侵害占有的损害赔偿请求权则不无疑问。笔者认为，确定无权占有人是否享有侵害占有的损害赔偿请求权，应该着重考虑以下两个方面：

第一，从法理上分析，任何非法行为均不应产生权利和利益，无权占有也不例外。占有之诉之所以保护无权占有、权属不明以及权属有争议之占有，乃因其具有维护社会和平的特殊功能，而侵害占有的损害赔偿之诉并不直接具有这种功能。因此，无权占有人一般不能主张侵害占有的损害赔偿，这应该成为侵害占有损害赔偿之诉的基本原则和未来司法裁判的发展趋势。从逻辑上说，总是先有无权占有，然后才会发生对于无权占有的侵害，无权占有不受侵权法保护有助于从源头上预防和减少无权占有情形的发生。

第二，但也应该看到，我国社会主义法治的建立和完善需要一个过程，各方面的制度和法律也是逐步建立和完善起来的，这在不动产领域尤为明显。各地仍然存在一些先建后批、未批先建、边建边批的政绩工程、形象工程等，城镇房屋私有化过程中仍然存在一些历史遗留问题没有解决，一些以赈灾、经济开发为目的而兴建的简易房、过渡房、拆迁房大量存在，同时大城市周围还存在一些小产权房，而农村宅基地、承包地、开荒地、坟茔地占有的情形还要更加复杂一些。笔者认为，现阶段人民法院对于无权占有人不能主张侵害占有损害赔偿原则的适用不能绝对化，尤其对于非本权人侵害占有的情形，可以考虑以土地管理法和城市房地产管理法的颁布施行作为时间界线，对于两法施行以前形成的对于土地和房屋的无权占有按照历史遗留问题处理，一般应予侵权法保护，而对于两法施行以后形成的对于土地和房屋的无权占有，则应该按照现行法逐步进行清理，一般不予以侵权法保护。此外，无权占有可以区分为善意占有和恶意占有。对于善意占有人，大陆法系各国（地区）民法多赋予其用益权，该权利遭受侵害时，善意占有人可以基于侵害占有的损害赔偿请求权或者其他的请求权得到保护和救济。保护善意占有有利于社会财富的创造，具有一定的合理性。我国物权法只规定了善意占有人必要费用的求偿权（物权法第243条），而没有规定用益权等权利，善意占有人能否主张侵害占有的损害赔偿，在个案中可由法官自由裁量，目前尚未检索到这方面的案例。

4. 关于能否以本权进行直接抗辩。对于侵害占有的损害赔偿诉讼，当事人能否以本权进行直接抗辩，我国物权法无明文规定。从人民法院的司法实践来看，人民法院在一些占有保护案件的审理中采纳了肯定的观点，允许当事人以本权直接进行抗辩，例如上文所述的“某

〔82〕 前引〔9〕，王泽鉴书，第386页。

〔83〕 参见前引〔17〕，慕尼黑评注，第1812页以下。

〔84〕 参见前引〔9〕，王泽鉴书，第386页。

某诉某某占有物损害赔偿纠纷案”^{〔85〕}以及“姜美妍与贾海涛等占有保护纠纷案”^{〔86〕}等，人民法院的上述司法实践值得赞同。首先，占有之诉须突出其时效性，以期迅速保护和恢复占有、维护社会和平，如果允许以本权进行抗辩，会拖延诉讼进程，妨害此一立法目的的实现。而侵害占有损害赔偿诉讼的立法目的主要在于填补损害，对于时效性并无过高要求，应该允许当事人以本权进行抗辩。其次，占有之诉的诉讼结果仅具临时性，不具终局性，虽然不允许当事人以本权进行抗辩，但是本权人有权依据本权提起反诉或者另行起诉，因此本权仍有主张和彰显之机会。与占有之诉不同，侵害占有损害赔偿诉讼的结果具有终局性，如果不允许当事人以本权进行抗辩，本权将难有主张和彰显之机会。再次，从比较法的角度考察，大陆法系的德国、瑞士、奥地利、荷兰、日本、韩国以及我国台湾地区的占有诉讼专指占有之诉，并不包括侵害占有的损害赔偿诉讼。对于占有之诉，当事人不得以本权作为抗辩，法院亦不得以本权作为裁判的依据，而对于侵害占有的损害赔偿诉讼适用侵权法规则，必要时当事人可以本权直接抗辩。

5. 关于受害人一并提起侵害占有损害赔偿请求权与其他占有保护请求权。这类案例在我国目前占有保护司法实践中已经屡见不鲜。例如，在“郭某某诉罗某某占有保护纠纷案”中，原告同时提出如下三项诉求：“（1）判令被告停止侵害，将卡特 70B 挖机一台返还给原告；（2）判令被告赔偿原告经济损失 118525 元；（3）本案诉讼费用由被告承担。”^{〔86〕}在“厦门九可投资担保有限公司与厦门辽望广告有限公司占有保护纠纷上诉案”中，被侵害人（原审原告）辽望广告公司同时提出如下三项诉求：“（1）九可担保公司停止侵占辽望广告公司合法经营的高立柱广告牌、停止且今后不得阻挠辽望广告公司依法进行广告经营；（2）九可担保公司支付高立柱广告牌使用费（按每天 1500 元计算，自 2008 年 11 月 19 日计至 2011 年 6 月 1 日）；（3）九可担保公司赔偿因其侵占高立柱广告牌给辽望广告公司造成的经济损失 11234 元。”^{〔87〕}而在“王冬勇诉黄怀动、第三人漯河市金龙房地产开发有限公司占有保护纠纷案”中，被侵害人王冬勇同时提出如下诉求：“请求判令被告停止侵权、排除妨碍并赔偿损失 1 万元，承担本案诉讼费用。”^{〔88〕}从人民法院的司法实践来看，人民法院对于受害人一并提起侵害占有损害赔偿请求权与其他占有保护请求权的案件，绝大多数适用普通程序进行审理，其中亦有少量案件适用了简易程序进行审理，比如“郑建成诉郑水明等占有保护纠纷案”^{〔89〕}“许建河诉李晴久占有保护纠纷案”^{〔90〕}等。但是，人民法院对于侵害占有损害赔偿请求权和狭义的占有保护请求权（占有之诉），在诉讼程序的处理上并没有加以区分，要么一体适用普通程序，要么一体适用简易程序，对于当事人之间的法律纠纷一次性整体解决。

从比较法上看，当事人一并提起侵害占有损害赔偿请求权和狭义的占有保护请求权的情形，在许多大陆法系国家（地区）具有普遍性。对此问题，德国的判例学说认为：侵害

〔85〕 同前引〔78〕。

〔86〕 同前引〔15〕。

〔87〕 湖南省资兴市人民法院（2011）资民一初字第 488 号民事判决书。

〔88〕 福建省厦门市中级人民法院（2011）厦民终字第 2480 号民事判决书。

〔89〕 河南省漯河市召陵区人民法院（2011）召民二初字第 132 号民事判决书。

〔90〕 福建省厦门市思明区人民法院（2011）思民初字第 4665 号民事判决书。

〔90〕 湖南省湘潭县人民法院（2010）潭民一初字第 686 号民事判决书。

占有的损害赔偿之诉属于本权之诉, 受害人可以同时或者先后提起本权之诉与占有之诉, 侵害人亦可以本权反诉或者另行起诉, 占有之诉与本权之诉并行不悖, 但是二者在保护目的、请求权基础、诉讼程序、举证责任、抗辩事由、诉讼时效等方面存在明显区别。因此, 无论是受害人提起占有之诉, 侵害人以本权反诉或者另行起诉, 还是被害人一并提起本权之诉与占有之诉, 对于占有之诉与本权之诉一般采取分别审理、分别裁判的方式, 适用不同的诉讼程序和裁判规则, 占有之诉应该先予执行, 占有之诉裁判条件成熟时应该先行判决, 不受本权之诉诉讼程序的影响。^[91] 我国学理上对于该问题尚无专门研究, 现行民事诉讼法对于占有之诉适用何种程序并无特别规定。但是, 侵害占有的损害赔偿诉求与占有之诉毕竟存在上文所述的诸多区别。笔者认为, 程序上如何规划、设计受害人一并提起占有之诉与侵害占有损害赔偿诉讼的问题, 取决于我国物权法第 245 条占有之诉的立法目的。如果物权法规定占有之诉同样具有禁止私力、追求时效性、迅速保护和恢复占有、维护社会和平的立法目的, 那么在占有之诉的程序设计上就有必要作出有别于本权之诉的制度安排, 使得占有之诉与本权之诉适度分离, 占有之诉不受本权之诉的诉讼进程的影响, 以便更好地实现此一立法目的。

Abstract: The current Chinese Property Law adopts the generalized legislative mode of protection of possession, which attaches importance to the integrity and practicality of legal norms and endows the possessor with four different claims of protection of possession. The protection of possession and the protection of rights are mutually compatible and supplementary, but not mutually replaceable with each other. Together they form a system of dual protection of possession. Possession is a kind of fact, rather than a kind of right. All kinds of possession, including unauthorized possession, disputed possession and possession with unclear ownership, enjoy the protection of possessory action. The primary premise for protection of possession is that the current or foregone possession is / was disturbed or its further disturbances are to be feared. The possessor has to prove the status quo and the scope of the possession, otherwise there shall be no protection of possession. The question of whether indirect possession and co-possession enjoy the protection of possessory action should be determined in light of specific and concrete circumstances of each case. An agent in possession is not entitled to possession protection against any person, including the employer, without authorization from the person who exercises actual control of the possession. A damages compensation action of possession is a kind of right-based action whereas possessory action is a kind of fact-based action. There are obvious differences between the two in terms of the purpose of protection, the basis of the right of claim, adjudication rule, onus probandi (burden of proof), defense and limitation of action.

Key Words: legal protection of possession, legal protection of rights, possessory action

[91] BGHZ 73, 355, 359 = NJW 1979, 1358. Spiess JZ 1979, 717f. 参见前引〔17〕, 慕尼黑评注, 第 72 页以下。