

无权占有和间接占有的两个基本问题^{〔*〕}

——与李锡鹤教授商榷

○ 章正璋^{1,2}

- (1. 苏州大学 王健法学院, 江苏 苏州 215006;
2. 苏州大学 东吴公法与比较法研究所, 江苏 苏州 215006)

〔摘要〕人民法院司法实践中一贯坚持占有是事实而非权利, 无论是有权占有还是无权占有, 甚或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。除私力救济外, 争议中的任何一方无权单方面改变占有之现状。赃款、赃物的追缴应该通过行政处罚程序或者刑事诉讼程序予以解决, 不应该通过占有之诉予以解决。间接占有具有重要的理论意义和实践价值, 早已为我国司法解释和司法实践所接受, 其存在不违背任何法理。

〔关键词〕无权占有; 间接占有; 占有保护

《物权法》第五编规定了占有, 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。^{〔1〕}与《物权法》第 245 条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, 包含了从 61 到 64 共四个子类, 即: 61、占有物返还纠纷; 62、占有排除妨害纠纷; 63、占有消除危险纠纷; 64、占有物损害赔偿纠纷。另据 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〔2011〕41 号), “占有

作者简介: 章正璋 (1970—), 苏州大学王健法学院副教授, 法学博士, 德国马普法学所、瑞士苏黎世大学访问学者, 主要从事民商法的教学与研究。

〔*〕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。

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4个小类的名称和数量维持不变。《物权法》实施6年以来,人民法院审理了大量占有保护案件,但是,由于我国恢复占有保护诉讼只有6年多时间,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仍然存在一些误解,现对于学界流传甚广、具有一定影响力的李锡鹤教授的一些学术观点,提出如下商榷。

一、无权占有是否受占有保护请求权之保护

关于无权占有是否受占有保护请求权之保护,国内学界目前存在肯定说和否定说两种见解,李锡鹤教授在《物的概念和占有的概念》一文(以下简称为李文)中持否定见解,认为无权占有不受占有保护。李教授认为:“法律是对行为的评价,占有制度是对占有行为的评价。所谓非法占有,表示法律否定了该占有行为,占有人不得为该占有行为。因此,非法占有人不享有占有保护请求权。”^[2]“借用合同到期,出借人不能采取暴力夺回自行车,是为了保护借用人的权利,包括人身权和财产权(非对借用标的物的权利),并非保护借用人的无权占有,如借用人将车停在公共场所,出借人完全可以取走。”^[3]“任何人不得通过非法手段从非法占有人处取得占有,但不能推论非法占有受法律保护、非法占有人享有占有保护请求权。”^[4]李教授由此得出结论:“在法理上,主张非法占有人享有占有保护请求权,与主张无过错也要承担法律责任一样,都是对系争行为的双重评价,法理上不能成立。”^[5]

受李文观点影响,国内学界一些学者也认为无权占有不应受占有保护请求权之保护,比如有学者认为:“从民法占有的基本理论考察,占有的本质仅是一种客观事实,其本身并不必然受法律保护。我国《物权法》第245条关于占有保护的适用范围,仅适用于民法范畴内的占有,故包括小偷对其窃款窃物在内的违法犯罪行为产生的恶意占有、非法占有,不应该也不可能受到法律的保护。”^[6]“如果A小偷窃得的赃物被B小偷窃取,而且A、B均无法证明其为该动产的权利人,依我国的法律,无论依照哪条途径,法庭都不会将涉案的赃款赃物返还给任何一个小偷。质言之,以法庭为典型代表的中国法律保护的是合法的,包括正当的权益,但不保护刑事犯罪或行政违法意义上的非法利益或相应的关系。”^[7]

国内学界持上述观点的学者为数不少,限于论文篇幅不再一一列举,由此可见即便是专业人士对于占有保护也并非全部具有客观、全面、正确的认识。对于李教授无权占有不受占有保护的观点,笔者难以赞同,原因如下:

1. 无权占有不受法律保护的提法过于笼统,如果认为无权占有不受任何法律的保护,包括占有保护请求权之保护,则这种观点显属谬误。该观点明显混淆了占有与权利、占有之诉与本权之诉之间的关系。占有之诉并不涉及本权,占有人依法提起占有之诉无须证明其占有属于有权占有。^[8]我国《物权法》没有采纳日本民法和韩国民法将占有规定为权利的立法例,《物权法》对于占有的调整主

要基于其事实属性,我国现行民法亦明确区分了占有保护和本权保护,按照《物权法》第32-37条、《侵权责任法》第2条等规定所提起之诉讼,属于本权保护的范畴,而依照《物权法》第245条所提起之诉讼,则属于占有保护的范畴,这在最高人民法院《民事案件案由规定》中有着清楚的体现。“占有保护的理由在于,已经成立的事实状态,不应受私力而为的扰乱,而只能通过合法的方式排除,这是一般公共利益的要求。

例如甲借用乙的自行车,到期不还构成无权占有,乙即使作为自行车的物主也不可采取暴力抢夺的方式令甲归还原物……因此可以看出,占有人无论是有权占有还是无权占有,其占有受他人侵害,即可行使法律赋予的占有保护请求权;而侵害人只要实施了法律所禁止的侵害行为,即应承担相应的责任,法律不问其是否具有过失,也不问其对被占有的不动产或者动产是否享有权利。”^[9]同理,甲向乙购买某狗,并已付款,乙迟不交狗,甲无权自行牵狗。甲向乙购买西藏高原出产的冬虫夏草,业已付清价金,乙藉故不交付,甲无权强行取走。^[10]占有之诉的唯一前提是占有受到侵害。占有保护仅仅与事实上的物之支配相联系,在于维护法律秩序,与占有人是否有权占有无关。^[11]目前,国内学界许多有识之士均已清醒地意识到,占有保护请求权之行使不以证明本权之存在为必要,否则占有之诉的立法目的与功能将大打折扣,占有之诉亦无法脱离本权之诉而完全独立。^[12]

2. 无权占有不受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。行使占有保护请求权所提起的占有之诉,属于民事诉讼的范畴,现行《民事诉讼法》无一条文涉及赃款赃物之处理,民事诉讼程序通常亦不涉及所谓的赃款赃物问题。依照我国现行法,赃款赃物的扣押、收缴主要涉及行政处罚与刑事诉讼,与占有之诉无涉。例如我国《治安管理处罚法》第11条第2款规定:“违反治安管理所得的财物,追缴退还被侵害人;没有被侵害人的,登记造册,公开拍卖或者按照国家有关规定处理,所得款项上缴国库。”《刑事诉讼法》第234条第1款规定:“公安机关、人民检察院和人民法院对查封、扣押、冻结的犯罪嫌疑人、被告人的财物及其孳息,应当妥善保管,以供核查,并制作清单,随案移送。任何单位和个人不得挪用或者自行处理。对被害人的合法财产,应当及时返还。对违禁品或者不宜长期保存的物品,应当依照国家有关规定处理。”^[13]

3. 如果A的财物被B窃取,A可以行使自力救济权,就地或者追踪至财物之所在,取回己物。无法就地或者追踪取回财物时,A可以报案,寻求公力救济。A如果意外撞见B占有失窃财物,应该收集有关证据并且即时报案,寻求公力救济。情况紧急时,A可以进行自助,暂时扣留失窃财物或者限制B的人身自由,并且及时报案。A财物失窃后没有报案或者无法证明财物系失窃而丧失了占有,则A可以依《物权法》第245条之规定,提起占有之诉,要求B(或者委托B占有的其他人)返还占有,占有之诉无须证明本权之存在,但须证明先前之占

有。A也可以依《物权法》第34条、《侵权责任法》第2条之规定提起本权之诉,要求B返还原物,本权之诉须证明本权之存在。但是,B的占有成立后,如果A以禁止之私力,自B处强行取回遭窃之物,则B有权行使占有保护请求权,要求A返还占有。针对B所提起的占有之诉,目前我国司法实践中允许A直接以本权作为对抗,A也可以反诉B无权占有,以作对抗。^[14]A如果不享有本权或者本权无法证明,那么B的占有保护请求权当然成立。如果A小偷窃得的赃物被B小偷窃取,只要A的盗窃行为没有案发,针对系争之物的治安侦查或者刑事诉讼等程序尚未开始,A均有权对B提起占有之诉,要求B返还占有,B不得以A不享有本权以作对抗,但是B可以告发A的盗窃行为,要求主管机关依治安管理处罚法或者刑事诉讼法追缴窃取物,在有关的行政处罚程序或者刑事诉讼程序开始以后,占有之诉的民事诉讼程序应该中止,然后根据行政处罚程序或者刑事诉讼程序的最终结果决定占有之诉是继续还是终结。此外,本权人对于现时占有盗窃物的A或者B,可以区别不同情形按照上述方法选择提起占有之诉或者本权之诉,自不待言。

可见,不同的制度设置及诉讼程序担负不同的法律功能,期望一项制度或者一种程序解决所有的权益冲突既不科学,也不可能。占有之诉的目的与功能在于保护占有,并不直接涉及本权,赃款、赃物之追缴,不应该通过占有之诉予以解决。

4. 从我国目前占有保护的司法实践来看,人民法院对于占有保护案件的审理,主要从占有的事实属性出发,而非权利属性出发,无论是有权占有还是无权占有、占有权属不明或者占有权属有争议,均一体地予以占有保护。占有保护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的现状。例如在“曾菊容等与黄志和排除妨害纠纷上诉案”中,受诉法院认为:“本案中,双方当事人讼争的宅基地位于被上诉人黄志和的原伙房占地范围内,虽然被上诉人黄志和未取得该讼争宅基地的使用权证,但其长期占有使用该讼争宅基地是客观事实。”^[15]在“王克平与王玉林物权保护纠纷上诉案”中,受诉法院认为:“原告王玉林自2007年10月26日与王东方登记结婚后,就一直在商城县运管所家属院的房屋内居住和生活,对该房屋已经形成了一种事实上的占有与支配。被告王克平在未经占有人许可的情况下,伙同他人采用翻墙、换锁的方式强行入住该房屋,构成了对原告占有权利的伤害,原告根据占有保护请求权的规定,要求被告退出侵占原告居住的房屋,要求被告停止侵害、排除妨害的诉讼请求符合法律规定,应当予以支持。”^[16]这方面的案例很多,此处不再一一列举。

二、我国物权法是否承认间接占有

间接占有是指通过占有媒介——直接占有人,而成立之占有。对于间接占有,李锡鹤教授认为:“既有占有意志、又有占有外观的行为,在确定物的静态和

动态的归属上,具有特殊的重要意义,立法者因此制定了占有制度。而出质人、出租人、寄托人的行为,无占有外观,不适用占有制度,不发生占有效力,不属于占有。正如一物不能同时受两个以上相冲突的意志和行为的支配,一物也不能同时受两个以上相冲突的意志和行为的控制。两个以上主体占有意志一致,均有占有外观,发生共同占有。除共同占有外,一物之上不能同时存在两个以上的占有。一切占有均须有占有外观,在这一意义上,可以说一切占有均为直接占有。将占有分为‘直接占有’和‘间接占有’,有违法理。”^[17]“在法理上,质押、出租、保管,均须移转占有,即一方丧失占有,另一方取得占有,称其为‘间接占有’和‘直接占有’,不符合事实,无任何实益,只会导致占有理论的混乱。”^[18]受李文观点影响,国内学界一些学者也认为我国《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。^[19]对于李教授的上述见解,笔者难以赞同,原因如下:

1. 早在《物权法》施行之前,于2000年12月13日起施行的最高人民法院《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,人民法院业已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”^[20]、“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司湛江市分行所有权确认纠纷案”^[21]、“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”^[22],等等。李教授认为间接占有制度“不符合事实、有违法理、无任何实益,只会导致占有理论的混乱”,该观点只有论点和论断,没有论据,李教授根本没有指出也无法指出间接占有如何违反以及违反了何种法理,其观点明显与上述司法解释和判例不符,理论和实践两个方面均经不起推敲。

2. 《物权法》是否承认间接占有制度,纯属价值判断以及利益考量之下的法律解释与法律构造问题,以《物权法》对于间接占有法无明文而得出《物权法》不承认间接占有制度,既不符合逻辑也不符合我国物权法的立法事实。因为我国《物权法》对于共同占有、占有的取得、丧失与继承、占有的自力救济等等问题同样缺少明文,那么是否意味着《物权法》同样不承认上述制度呢?

3. 《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,《物权法》不承认间接占有制度之断言明显与该条规定不合。^[23]而《物权法》第106条规定了善意取得制度,如果无权处分人将某动产转让给受让人,并且按照受让人之指示将该动产直接交付给受让人的承租人或者保管人,如果不承认间接占有,那么仅仅承租人、保管人取得了占有,受让人没有取得占有,因此受让人无权主张动产的善意取得,这与生活实情多么的不相容!《物权法》第245条规定了占有保护措施,但是并没有断言该条所谓的占有人只能是直接占有人,不能是间接占有人,非但

不能是间接占有人,并且《物权法》根本不承认间接占有。因此,仅仅依据该条遽将间接占有人排除在外,似嫌鲁莽。从《物权法》的立法体系上看,该法于25、26、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。^[24]

4. 当侵害占有的行为发生以后,直接占有人不能或者不愿行使占有保护请求权,自身又缺乏赔偿能力,那么承认间接占有之占有形态,使得间接占有人亦有权行使占有保护请求权,这对于确实维护间接占有人的利益,最大限度地实现占有保护的立法功能,有益无害。^[25]因此,我们应该看到,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。^[26]这种间接占有,也就是观念性占有,在社会生活中广泛存在,不以人的意志为转移,法律上无法忽视。

5. 从人民法院民事司法实践来看,间接占有的概念与法理早已为许多的司法裁判所接受和运用,仅北大法宝网—中国法律信息总库所收录的内容涉及间接占有的案例截止2013年12月31日即有36个,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等。^[27]例如在“王某等诉蔡某等房屋买卖合同纠纷案”中,受诉法院认为:“通常,买卖合同的出售方有交付标的物的义务。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,则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。”^[28]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其自身对涉案汇票占有权的结果。”^[29]限于篇幅,本文不再一一列举。

综上,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,产生了良好的社会效果和法治效果,没有任何违背法理之处,其积极意义值得肯定。

注释:

[1]占有保护的方法包括物权法保护方法和债法保护方法,物权法保护方法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罗马法以来称为占有诉讼或者占有之诉(possessorische Klage Besitzklage)。债法保护方法除了赋予占有人侵害占有的损害赔偿请求权之外,占有人亦有权主张不当得利返还请求权或者无因管理的费用返还请求权等权利。siehe Dieter Medicus, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 8. Auflage, Carl Heymanns Verlag München 2008, S. 154ff.

[2][3][4][5][17][18]李锡鹤:《物的概念和占有的概念》,《华东政法大学学报》2008年第4期。

[6][7]廖新仲:《关于〈物权法〉第245条占有保护适用范围的理解》,《法律适用》2011年第5期。

[8][10]王泽鉴:《民法物权(二)》,三民书局,2005年版,第368、216页。

[9]胡康生:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社,2007年版,第520页。

[11]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161页。

[12]孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社,1997年版,第104页。

[13]具体内容详见《治安管理处罚法》第11条,第116条第5项;《刑事诉讼法》第234、282条。

[14]见上海市第一中级人民法院(2010)沪一中民二(民)终字第1511号,北大法宝网—中国法律信息总库,【法宝引证码】CLI.C.437321;广东省深圳市中级人民法院(2011)深中法民五终字第1346号,北大法宝网—中国法律信息总库,【法宝引证码】CLI.C.840032;山东省青岛市中级人民法院(2011)青民五终字第1063号,北大法宝网—中国法律信息总库,【法宝引证码】CLI.C.421367,等等。

[15]海南省第一中级人民法院(2012)海南一中民二终字第199号,北大法宝网—中国法律信息总库,【法宝引证码】CLI.C.1345270。

[16]河南省信阳市中级人民法院(2012)信中法民终字第171号,北大法宝网—中国法律信息总库,【法宝引证码】CLI.C.976638。

[19]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。

[20]江苏省南通市中级人民法院(2007)通中民二初字第0026号,北大法宝网—中国法律信息总库,【法宝引证码】CLI.C.229579。

[21]最高人民法院(2010)民四终字第20号,北大法宝网—中国法律信息总库,【法宝引证码】CLI.C.811578。

[22]上海市徐汇区人民法院(2005)徐民二(商)初字第106号,北大法宝网—中国法律信息总库,【法宝引证码】CLI.C.146499。

[23]梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社,2010年版,第95页。

[24]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。

[25]例如《德国民法典》第869条第2句规定:“原占有人不能或者不欲回复占有的,间接占有人可以请求将对物之占有返还自己。在第867条规定的情形下,间接占有人可以依同样要件请求许可其寻找或者取回物。”

[26]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。

[27]在北大法宝网—中国法律信息总库的“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”的案例总数截止2013年12月31日民事部分为36个。

[28]上海市徐汇区人民法院(2010)徐民三(民)初字第1393号,北大法宝网—中国法律信息总库,【法宝引证码】CLI.C.336154。

[29]湖北省高级人民法院(2001)鄂民四终字第5号,北大法宝网—中国法律信息总库,【法宝引证码】CLI.C.45036。

[责任编辑:刘 鏊]