

论侵害占有的损害赔偿

吴香香^{*}

摘 要 我国《物权法》不仅承认了独立的占有保护,而且还规定了侵害占有的损害赔偿。本文以分析该损害赔偿规范的属性为切入点,检讨占有侵害是否适用一般侵权行为规则,侵害何种形式的占有得产生损害赔偿义务,以及占有损害的范围如何确定等问题,旨在论证侵害占有的损害赔偿规范并非独立的请求权基础,而系参引过失侵权规则。从法律效果与规范目的观察,对单纯占有的侵害无法构成侵权行为,也不存在可得赔偿的“占有损害”,因为单纯占有无归属内容。有收益权限的占有人虽可请求损害赔偿,但得主张者实为“权利损害”,损害赔偿的范围也须以权利的内容为断。换言之,单纯占有不受侵权法保护,不存在真正意义上的“占有损害”。

关 键 词 占有侵害 损害赔偿 占有保护 占有本权

引 言

虽然潘德克顿体系的正式创立者海泽(Arnold Heise)早在1819年就指出,不了解占有就无法透彻了解民法体系,^{〔1〕}但在我国大陆,占有制度一直受到冷遇。《物权法》出台以前,“占有”只是作为所有权的权能之一,被规定于《民法通则》第71条,学说理论亦多局限于此。直到《物权法》颁布,占有才被作为一项独立的法律制度得到实证法的肯认,但也只有区区五个位于末章的条文,且其中前四条其实是德国法上被称为“所有人与占有人关系”的规则(Eigentümer—Besitzer—Verhältnis),真正属于占有本身的规定唯第245条而已。该规范确立了占有被侵

^{*} 外交学院国际法系讲师。本文受外交学院中央高校基本科研业务费专项基金资助,项目名称:私法中的占有保护——德国法与中国法,项目编号:ZY2012KC003。

〔1〕 Heise, Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten—Vorlesungen, 3. verb. Ausg., 1819, S. 34.

夺时的占有返还请求权、占有被妨害或有被妨害之虞时的排除妨害与消除危险(妨害防止)请求权,以及侵害占有的损害赔偿请求权。与德国法中关于占有保护的规则(《德国民法典》第858条以下)相比,《物权法》的立场既有保守的一面,又有激进的一面:保守的是仅确立了占有保护请求权,而未确认占有人的自力救济权;^{〔2〕}激进的最主要表现则是直接规定了“因侵占或者妨害造成损害的,占有人有权请求损害赔偿”。^{〔3〕}虽然“关于本条中关于占有保护的规则,立法过程中无太大争议”,^{〔4〕}但立法过程中的平静或许恰是问题的潜藏之处。如果说确立占有保护请求权意味着即使是窃盗者的占有被侵扰也可以要求回复原来的占有状态,那么占有损害赔偿请求权的赋予是否意味着窃盗者的占有被侵害时也可以请求损害赔偿?

本文所要探讨的正是《物权法》在占有保护制度上的这一激进表现,即侵害占有的损害赔偿。^{〔5〕}具体而言,涉及以下四个问题:第一,该请求权是否适用一般侵权行为的要件,尤其是过失要件。对该问题的分析从另一个角度而言就是探讨《物权法》第245条第1款第3分句的规范属性,即该项规范是一项独立的请求权基础,抑或只是一项指示参引性规范。第二,无论任何形式的占有,如有权占有与无权占有、善意占有与恶意占有,被侵害时是否均产生损害赔偿请求权。第三,侵害占有的“损害”范围如何确定。第四,占有损害赔偿与所有权损害赔偿的关系,因为对占有的侵害也同时构成对所有权的侵害。前两个问题关乎占有损害赔偿的要件,后两个问题则指向其法律效果。除第一个问题外,其他三个问题均须区分不同的占有类型而分别检讨,有鉴于此,本文的论证结构如下:

第一部分通过探讨占有侵害之损害赔偿是否以构成一般侵权为前提,厘清占有损害赔偿的规范属性,意在论证该项规范实为参引性规范,指示参照一般侵权行为规则,而非一项独立的请求权基础。这一部分将为下文区分(无权)恶意占有、(无权)善意占有以及有权占有三种情形展开论述确立讨论前提。

第二部分检讨恶意占有与损害赔偿。分别从体系解释与规范目的解释的维度,探讨侵权法的保护意旨与占有保护的规范目的是否支持恶意占有人的损害赔偿请求权。由于上述两个问题所涉者实为恶意占有人之使用收益损害,因而还须分析恶意占有人所谓的“费用损害”与“责任损害”得否请求损害赔偿。

第三部分考量善意占有与损害赔偿。前提问题是对善意占有的侵害是否应当产生损害赔偿

〔2〕 支持在实证法中确立占有人自力防御权的文献主要有张双根:“占有的基本问题:评〈物权法草案〉第二十章”,《中外法学》2006年第1期;王洪亮:“论基于占有的物上请求权:实体与程序上的理论继受”,《清华法学》2007年第3期;王利明主编:《中国民法典学者建议稿及立法理由·物权编》,法律出版社2005年版,页587—588;梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由书·物权编》,法律出版社2004年版,页440—442。

〔3〕 此外,《物权法》第245条第2款将一年期间届满即消灭的占有保护请求权仅限于原物返还请求权,也是其激进态度的体现。

〔4〕 全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,页434。

〔5〕 讨论间接占有的损害赔偿,须先回答是否应承认间接占有,限于篇幅无法在文中展开,本文的讨论暂以侵害直接占有的损害赔偿为典型。

偿义务,然后始得在此基础上进一步分析侵害善意占有之损害范围如何确定,以及善意占有之损害赔偿与所有权损害赔偿的关系。

第四部分探讨有权占有与损害赔偿。在占有本权中,对于物权的侵害得主张损害赔偿无疑义,但对占有是否使债权得受侵权法保护则有不同见解,因而该部分的论述主要集中于基于债权的占有。所涉问题依次为基于债权的占有是否是侵权法的保护对象、损害范围的确定、以及占有损害赔偿请求权是否受债之内部关系的影响。

最后是简短的结论。

一、占有损害赔偿规范的属性

从《物权法》第245条第1款第3分句的文义观察,“因侵占或者妨害造成损害的,占有人有权请求损害赔偿,”占有人对占有侵害行为不仅可以主张占有保护请求权,并可就因此所生之损害主张损害赔偿,似乎上述规范所确立者为一项独立的请求权基础。但是,如果认为该项规范确立了一项独立的请求权基础,就必须确定该请求权的性质。由于物上请求权的功能仅限于物权效力的实现本身,而不涉及对于物之损害的价值赔偿,^[6]故以损害赔偿为内容的请求权性质上应属于债权。侵害占有所生之损害赔偿请求权明显不符合其他法定之债的成立要件,所以只能是侵权请求权。由此必然产生的追问是:该侵权请求权是基于一般侵权的请求权,抑或基于特殊侵权的请求权。其间的关键在于,该请求权是否以侵害人的过失为要件。

在《物权法》中违反体系地规定债法内容,通常意味着它有特别之处,所以合乎逻辑的解释似乎应当是该规范构成了《侵权责任法》第7条所规定的无过失责任。而且,全国人大常委会法制工作委员会(以下简称“全国人大法工委”)也在《物权法》第245条的立法理由中明确表示:“侵害人只要实施了本条所禁止的侵害行为,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。”^[7]这似乎为侵害占有之损害赔偿构成特殊侵权责任提供了另一有力论据。为了避免法律内部的价值评价冲突,任何规范都只能按照它们在整个法律体系中的地位与功能进行解释与适用。因而,仍有必要检讨将上述规范解释为特殊侵权规则是否与过失归责的一般原理相悖。这一检讨也同时在检验另一问题,即上述规范是构成一项独立的请求权基础还是参引性规范。

本文认为,侵害占有之损害赔偿义务必须以过失为前提。原因在于:

其一,侵害占有之损害赔偿以过失为要件是责任限制的要求。诚如苏永钦教授所言,侵权行为制度的设计如果不作一定的选择,每个人都将处于动辄得咎的窘境,自由意志很难挥洒,社会也将因无穷的相互追诉而秩序大乱。私人间追究责任势必须从“期待可能性”着眼,只有

[6] Vieweg/Werner, Sachenrecht, 4. Aufl., 2010, § 9, S. 233; Wilhelm, Sachenrecht, 3. Aufl., 2007, S. 465f.

[7] 全国人大常委会法制工作委员会民法室,见前注[4],页434。

对加害于人的结果有预见可能者要求其防免,而对未防免者课以责任,才有意义。^{〔8〕}因而,侵权责任原则上以过失为要件。而且,对所有权、身体、健康甚至生命的侵害尚以“过失”为责任成立要件,而侵害占有这一是否属于权利仍有巨大争议之状态,却不必以“过失”为要件,显然有悖“举重以明轻”的一般法律原则。

其二,不存在对占有侵害行为适用无过失责任的正当化理由。因为无过失责任的适用,或者是特定企业、物品或设施的所有人、持有人制造了危险来源,或者是在某种程度上仅该所有人或持有人能够控制这些危险,或者是基于正义的要求由获得利益者承担责任,或者是因危险而生的损害,得经由商品服务的价格机能及保险制度予以分散,^{〔9〕}其实质并非不法行为所引起的责任,而是因危险行为或状态所引起的风险分配。^{〔10〕}而占有侵害显然不具备上述适用无过失责任的理由。对占有侵害适用无过失责任,会导致特殊侵权责任适用范围的无端扩大。

其三,比较法上的考量也不支持不问过失的占有损害赔偿责任。《德国民法典》和我国台湾地区民法均未在占有保护部分规定损害赔偿请求权。《德国民法典》的立法者甚至明确表示在占有保护程序中不得支持损害赔偿请求权,因为占有保护仅限于回复之前的占有状态,而非之前的财产状态。^{〔11〕}《瑞士民法典》(第 927 条第 3 款、第 928 条第 2 款)与《日本民法典》(第 198 条、第 200 条)虽然规定了侵夺占有与妨害占有的损害赔偿请求权,但均以其为参引性规范,须适用一般侵权行为规则。瑞士学者多认为,对所有权、身体与生命的侵害尚以过失为损害赔偿义务的成立要件,对于侵害占有的损害赔偿没有理由偏离侵权法的一般规则,《瑞士民法典》第 927 条第 3 款所规定的损害赔偿并非独立的请求权基础,而只是参引性规范(参引《瑞士债法典》第 41 条),行为人仅在具有过失时才负担损害赔偿义务,^{〔12〕}该法第 928 条第 2 款中的损害赔偿规范亦然。^{〔13〕}日本学理也认为,《日本民法典》第 198 条、第 200 条针对占有妨害与占有侵夺规定的损害赔偿与侵权责任同质,是纯粹的债权,而非物上请求权,只是为方便起见规定于占有诉权的内容之中,仍须以过失为要件,按侵权行为原理处理。^{〔14〕}在日本的判决实务中,占有人也须依据一般侵权行为的原则提请损害赔偿请求。^{〔15〕}

因而,《物权法》第 245 条第 1 款第 3 分句未将过失纳入,并不足以得出此处所涉损害赔偿不以过失为要件之结论,更合乎体系的解释是它并非独立的请求权基础规范,而只是指示参引

〔8〕 参见苏永钦:“再论一般侵权行为的类型”,载苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社 2002 年版,页 300—334。

〔9〕 参见王泽鉴:《侵权行为法》(第一册),中国政法大学出版社 2001 年版,页 16。

〔10〕 Medicus/Petersen, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 9. Aufl., 2011, § 23, Rdn. 322.

〔11〕 Motiv zum BGB, Bd. III, 1888, S. 119, 124.

〔12〕 E. W. Stark, in: Berner Kommentar, Band IV, 3. Abteilung, Besitz und Grundbuch, 3. Aufl., 2001, § 927, Rdn. 26ff.; Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 2. Aufl., 2003, § 5, S. 49.

〔13〕 E. W. Stark, a.a.O., § 928, Rdn. 45ff.; Schmid/Hürlimann-Kaup, a.a.O., § 5, S. 50.

〔14〕 参见(日)我妻荣:《我妻荣民法讲义 II·新订物权法》,有泉亨补订,罗丽译,中国法制出版社 2008 年版,页 516; (日)近江幸治:《民法讲义 II·物权法》,王茵译,渠涛审校,北京大学出版社 2006 年版,页 147。

〔15〕 参见大审院昭和 9 年(1934 年)10 月 19 日判决,载《大审院民事判例集》第 13 卷,页 1940,转引自(日)田山辉明:《日本侵权行为法》,顾祝轩、丁相顺译,北京大学出版社 2011 年版,页 60。

一般侵权行为的规则,侵害占有之损害赔偿义务仍须以行为人的过失为前提。^[16]由此,是否侵害任何形式的占有都能产生损害赔偿义务这一问题,也就转化为是否对任何形式之占有的过失侵害都构成侵权行为。

我国《侵权责任法》第6条第1款将过失侵权的客体表述为“权益”,又在第2条中以“列举+概括”的方式对“权益”予以界定,包括“生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益”。概括条款与列举法的结合,实质是要求法官以类推的方式进行操作,赋予法官对类似的情形作相同处理。^[17]占有不在列举之列,因而应探讨占有是否与上述规范中所列举的权利相类似。而在被列举的权利中,与占有最相近者为所有权。所以,于此应当讨论在侵权法上是否存在将占有与所有权相同对待的理由。而这也正是德国民法界处理这一问题的切入点。与《侵权责任法》类似,《德国民法典》也采取了“列举+概括”的方式界定过失侵权的保护对象为“生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利”(第823条第1款)。对于一项权利或法益是否属于该规范所谓之“其他权利”,德国学者一般认为,此处之“其他权利”并非指任何性质的权利,而仅指与所有权具有相似性的权利。^[18]因而,被归列为“其他权利”必须满足与所有权类似的两项要件:第一,绝对性,即任何他人均须尊重此项权利,且该项权利可针对任何人主张;第二,终局性,即该项权利对权利人具有终局性的归属内容。^[19]占有能否被视为“其他权利”,就取决于它能否满足这两项要件。

占有可分有权占有与无权占有,无权占有又有善意占有与恶意占有之别。^[20]恶意占有

[16] 王洪亮,见前注[2]。

[17] 参见(德)亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”:兼论类型理论》,吴从周译,颜厥安审校,台湾学林文化事业有限公司1999年版,页63。

[18] Esser/Weyers, Schuldrecht, B. II/2, 8. Aufl., 2000, § 19, S. 163; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, B. II/2, 13. Aufl., 1994, § 76, S. 392; Medicus, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl., 2003, S. 41.

[19] Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., 2006, § 107, S. 764; Larenz/Canaris, a.a.O., § 76, S. 392; Medicus, Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadensersatz, AcP 165(1965), 115, 117.

[20] 关于恶意占有与善意占有的界分,在学理上有误信说与不知说之争。其中,误信说以占有人无怀疑地误信其有占有的权利为善意的判断标准,参见史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,页539;王泽鉴:《民法物权2:用益物权·占有》,中国政法大学出版社2001年版,页177;谢在全:《民法物权论》(下册),中国政法大学出版社2011年版,页1149。不知说则纯以占有人是否知悉其无占有的权利区分善意与恶意,参见姚瑞光:《民法物权论》,中国政法大学出版社2011年版,页254。德国通说更接近误信说,恶意占有人须在占有取得时,明知或因重大过失而不知道自己无占有之权利。若嗣后知悉无权占有者,自知悉时起成为恶意占有人。被提起物之返还之诉的占有人,因诉状之送达而须重新审视自己的法律地位,与恶意占有人等同视之。相反,非因重大过失而不知道自己对物不享有占有之权利者,则为善意占有人。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,页187-188。此外,德国法上的“侵权占有人”是有过错地通过禁止的私力或犯罪行为取得占有者(《德国民法典》第992条),法律地位比一般的恶意占有人更为不利,应属恶意占有人之一种。2010年我国台湾地区“民法”物权编修正之后,在第948条第1款但书部分明确将“明知或因重大过失而不知”占有的权利者规定为恶意占有人,而与德国法立场一致。本文亦采此说。

的保护价值最低,善意占有与有权占有则依次递增。倘若保护价值低者尚且构成一般侵权规则的保护对象,那么高价值者更不待论。有鉴于此,下文依恶意占有、善意占有、有权占有的次序展开讨论。

二、恶意占有与损害赔偿

对单纯占有,尤其是恶意占有的侵害能否产生损害赔偿义务,自《物权法》第245条第1款第3分句的文义而言,似应予肯定。但在体系上,如上文所述,该项规范只是参引性规范,侵害占有的损害赔偿应适用一般侵权行为规则。因而仍须探讨侵害恶意占有的损害赔偿是否符合侵权法的规范意旨。

(一)恶意占有与侵权保护

恶意占有是否受侵权法保护,须诉诸上文所述的绝对性与终局性标准。

1.恶意占有与绝对性

德国法上,恶意占有是否具有绝对性值得怀疑。在占有侵夺情形,占有回复请求权并不能针对任何占有人,而仅能针对瑕疵占有人主张(《德国民法典》第861条)。如果物被善意后手取得,则该项请求权消灭。^[21]而且,若被侵夺或妨害的占有对现占有人或妨害人而言是瑕疵占有,且在被侵夺或妨害前一年内取得者,即排除占有保护请求权(《德国民法典》第861条第2款、第862条第2款)。

我国《物权法》第245条规定的占有保护请求权无上述限制,从立法理由中“侵害人只要实施了本条所禁止的侵害行为,即应承担相应的责任”^[22]之表述看来,至少存在将占有,包括恶意占有,解释为具有绝对性之法律地位的可能。

2.恶意占有与终局性

所有权的终局性不仅体现在所有物被侵夺时可以请求物之返还,所有人还可以保持对物之占有,对物为收益和处分。而在恶意占有,情况则完全不同。就恶意占有的法律效果而言,恐怕难谓其具有终局性。

第一,恶意占有保护具有时限性。德国法上,如果侵害占有者获得一项确定享有占有权利的既定判决,占有保护请求权即消灭。即便义务人没有取得此类判决,那么至多在一年以后,该项请求权也归于消灭(《德国民法典》第864条)。我国《物权法》也规定了占有返还请求权的存续期间仅为侵占发生之日起一年(第245条第2款)。对于占有妨害排除与妨害防止请求权,本文认为没有理由反对此期间的类推适用。^[23]对权利之终局保护与对占有之暂时保护间的显著区别,使得单纯占有不能被视为与所有权类似的“其他权利”。^[24]

[21] Medicus (Fn. 19), S. 117.

[22] 全国人大常委会法制工作委员会民法室,见前注[4],页434。

[23] 张双根,见前注[2]。

[24] Medicus (Fn. 19), S. 117.

第二,更重要的是,与所有权相比,恶意占有无任何归属内容,欠缺受侵权法保护所必须的前提。^[25] 恶意占有人虽有事实上获益之可能,但是以侵害他人作为前提获得占有,法律上无权对物进行收益,即使已经获得收益也有义务返还(《德国民法典》第 987 条、我国《物权法》第 243 条)。任何人都不应从不法行为中获利,不法收益被剥夺不能成为损害赔偿请求权的依据。而且,占有人对权利人负有占有返还义务,权利人得随时主张,这也使得恶意占有不具有法律上的终局性。

第三,即使将恶意占有定性为权利,也无法得出它具有终局性的结论。将占有解释为权利的学说有物权说与人格权说之别。物权说以占有的客体是物为依据认为它是物权。^[26] 但物权必须同时具有防御功能与归属功能。而占有仅具有防御功能,不具有归属功能,占有人没有权利使用或处分物。^[27] 即使可以将占有视为一项物权,它也只能是一项特别的不具有归属功能的物权,^[28] 不能主张侵权法的保护。将占有归列为人格权也无法得出不同的结论。因为人格权并非财产权,对人格权的侵害并非对财产的侵害。虽然人格权也受侵权法的保护,但此种保护却不能类推适用于占有;这一方面是基于占有与一般人格权的巨大差异,另一方面则是因为就程度而言,对占有的侵害与可主张损害赔偿的人格侵害完全不具有可类比性。^[29]

日本民法虽然明确规定占有为一种权利,但学说上仍认为无本权的单纯占有,除善意占有人取得由占有物所生的孳息外,就占有自体的侵害无主张不法行为赔偿请求权的余地。^[30] 即使是在德国学理中,将占有视为一项绝对权的扬·威廉(Jan Wilhelm)也认为,^[31] 因为占有在财产归属上的中立,损害赔偿的保护方式对其并不适宜。^[32]

据此,恶意占有的法律效果不因将其定性为权利或事实而有所不同。侵权法仅保护具有归属内容(终局性)的法律地位,而恶意占有并不具有这样的特征。所以,就体系解释而言,恶意占有的法律效果与侵权法的保护意旨相悖,恶意占有并非侵权法的保护对象。^[33] 不过上述讨论以恶意占有在实证法上的效果不具有归属内容为依据,至于恶意占有是否应当具有归属内容,还需诉诸占有保护应有的规范目的。

[25] Larenz/Canaris (Fn. 18), § 76, S. 396.

[26] v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, B. I, 1910, § 6, S. 137; § 11, S. 208.

[27] Wieling, Grund und Umfang des Besitzschutzes, FG— Lübtow, 1980, S. 565ff.

[28] “权利的第二层含义是其排除功能(Ausschließungsfunktion),但排除功能也可能构成某项权利的基本内容。这一点特别适用于占有(当然尚有人怀疑占有是不是一项真正的权利)。”(德)迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2001 年版,页 61。

[29] Wieling (Fn. 27), S. 565ff.

[30] 王泽鉴,见前注[9],页 167。

[31] Wilhelm (Fn. 6), S. 205.

[32] Wilhelm (Fn. 6), S. 228.

[33] Wieling (Fn. 27), S. 565ff.; Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl., 1999, § 9, S. 88; Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, 24. Aufl., 2008, § 5, S. 68; Larenz/Canaris (Fn. 18), § 76, S. 396; Esser/Weyers (Fn. 18), § 19, S. 163; Fikentscher/Heinemann (Fn. 19), § 107, S. 764.

(二)占有保护的正当性与损害赔偿

对于占有保护的正当性,全国人大法工委的解释是:“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。”^[34]可以看出,我国立法者以和平秩序和公共利益作为占有保护的依据,但和平秩序与公共利益要求的满足,以占有返还、妨害排除或防止为已足,无法为占有人在私法上的损害赔偿请求权提供正当化说明。

如果就此结束目的论维度的分析,可能会面临这样的质疑,即目的论解释虽以立法者的目的为重要依据,但法律自颁布之日起即脱离立法者意志而独立,真正应探求者乃规范内存的意义,因为“法律可能比制定者更聪明——它甚至必须比制定者更聪明”^[35]。对于占有保护的根据,历史上的确聚讼纷纭。举其要者,有和平秩序继续理论、所有权保护理论、继续利益理论与人格保护理论。

和平秩序继续理论是当今德国民法学界的通说,认为占有保护的根据在于防止私人暴力、维护公共秩序。^[36]但该理论面临以下质疑:首先,虽然避免某些占有侵害的确与公共利益有所关联,但此关联应当仅限于刑法与行政法等公法上的规范,而这些公法规范具有更严格的适用条件,公共利益不能成为私法上保护占有的原因。^[37]其次,对公共秩序的妨害不能产生私法上的请求权,仅能引致行政或刑事处罚。再次,若占有人通过侵权或犯罪的方式取得占有,物之权利人(如所有权人)侵夺其不法占有后,依据占有保护制度,权利人对占有人负担占有返还义务,即须恢复占有人的不法占有状态,而对公共秩序的维护并不能成为恢复不法状态的理由。^[38]最后,该理论无法支持侵害占有的损害赔偿,只是为了公共利益维护占有状态,且是暂时性的维护,并非保障持续之财产归属。^[39]

所有权保护理论最早由耶林提出。在耶林看来,占有是推定的所有权,占有保护的正当性在于将所有人从所有权证明这一“恶魔证明”中解脱出来。所有权人之占有被侵夺时,无须证明自己的合法名义。虽然可能少数非所有人的占有人因此获益,但这却是为了所有权之完整保护不得不付出的必要代价。^[40]但所有权保护理论不能解释在占有人分明不是所有人的情形,占有何以仍然受保护,更不能解释在占有构成对所有权的侵害时为何仍受保护。而且,在当代法的语境下,占有原则上只是动产的权利表象,若仍持此主张则难以解释对不动产占有的保护。最关键的是,若占有保护的目的在于减轻所有权人的举证负担,那么,合乎逻辑的结论

[34] 全国人大常委会法制工作委员会民法室,见前注[4],页434。持相同见解者如王利明,见前注[2],页566;梁慧星,见前注[2],页423。

[35] Radbruch, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1932, S. 111.

[36] Rudorff, Über den Rechtsgrund der possessorischen Interdicte, ZGR 7 (1830), 90, 114; Joost, in: MünchKomm, 4. Aufl., 2004, vor § 854, Rdn. 15.

[37] Heck, Grundriß des Sachenrecht, 1930, § 3, S. 12f.

[38] Wieling (Fn.27), S. 565ff.

[39] Sosnitza, Besitz und Besitzschutz, 2003, S. 273.

[40] Jhering, Über den Grund des Besitzschutzes, 2. Aufl., 1869, S. 45ff.

只能是废除独立的占有保护制度,因为占有保护要求证明占有的成立,而占有的成立可以推定所有权的存在,那么,占有保护制度也就失去了其独立于权利保护的价值。所有权保护理论无法为占有保护的独立提供充分依据,更谈不上支持侵害占有的损害赔偿了。

继续利益理论由黑克(Philipp Heck)提出,认为无论背后是否有权利支撑,继续本身就是需要被保护的利益。“私人的继续利益”(privat Kontinuitätsinteresse)才是占有保护的根本所在,被保护的法律利益是占有所体现的生活关系与“组织价值”(Organisationswert)的继续。^[41]但法律没有理由保护窃盗者对其赃物的继续利益,^[42]否则权利人主张占有物之返还岂不是也侵害了窃盗者的继续利益?而且,此一持续性随时可被打断,此一物之组织价值随时可被摧毁,是否仍可称为法律所承认的“利益”,实可怀疑。^[43]继续利益理论只是说明了使用占有物可能对占有人有事实上的经济价值,却未说明其在法律上的正当性,^[44]也无从证立侵害占有的损害赔偿。

人格保护理论认为占有之所以被保护,是因为其中体现着占有人的意志,是占有人之自由的外化。对占有的侵害就是对占有人人格的直接侵害,是对其自由的侵犯。^[45]一如权利,占有人对于物所实施的管领,同样有助于人格发展。人格不仅体现于人自身,也体现于物体之上。对占有的侵害,将直接侵犯占有人的人格,即便该占有本身并不合法,故而偷盗占有人虽然负有返还义务,但他对于物的管领体现着他的意志与人格,不得侵害。^[46]不过,人格保护理论同样不能为恶意占有的损害赔偿提供充分的正当化理由,不能改变恶意占有只有排他效力而无归属内容的法律效果。事实上,反对将侵权法上的人格保护类推于占有的,正是坚持人格保护理论的魏灵(Hans Josef Wieling)教授。^[47]

由上文的分析可知,恶意占有的法律效果不具有归属内容,赋予恶意占有人损害赔偿请求权有悖侵权法的保护意旨,而占有保护的正当化原因也无法支持损害赔偿请求权。不过上述分析结论的根本在于,恶意占有无归属内容,无收益权,也就无所谓“损害”,从而也就无从主张损害赔偿。换言之,上述理由所否定的其实是恶意占有人对“使用收益损害”(Nutzungsschaden)的赔偿请求。对恶意占有被侵害而导致的“费用损害”(Verwendungsschaden)与“责任损害”(Haftungsschaden)能否主张赔偿,仍须分别进行探讨。

(三)恶意占有之费用损害与责任损害

梅迪库斯(Dieter Medicus)虽然反对恶意占有人就使用收益损害主张赔偿,但认为恶意占有人仍可主张费用损害与责任损害的赔偿。因为即使是恶意占有人也有权要求所有权人偿还

[41] Heck (Fn. 37), § 1, S. 5 f.; § 3, S. 12f. und Exkurs1, S. 485f.

[42] Joost (Fn. 36), vor § 854, Rdn.16f.

[43] 参见苏永钦:“侵害占有的损害赔偿”,载苏永钦:《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,页67—83。

[44] Wieser, Der Schadensersatzanspruch des Besitzers aus § 823, Jus 11 (1970), 557, 557.

[45] Wieling (Fn. 27), S. 565ff.

[46] Wieling, Sachenrecht, B. I, 2. Aufl., 2006, § 3, S. 137f.

[47] Wieling (Fn. 27), S. 565ff.

必要费用(《德国民法典》第 994 条),在所有权人为必要费用补偿之前,占有人有权留置占有物(《德国民法典》第 1000 条),对占有的侵害,会导致占有人无法主张此类权利。^[48]此外,恶意占有人对所有权人负有占有返还义务,若他遭受占有侵害,该义务即无法实现,该责任损害也属于可请求赔偿的范围。^[49]

1. 恶意占有人的费用损害

费用损害与占有本权及对占有的收益权无关,^[50]对恶意占有之收益损害赔偿的否定,还不足以否定其费用损害赔偿请求权。我国《物权法》仅承认了善意占有人对权利人的必要费用偿还请求权,在此语境下恶意占有人似乎无所谓费用损害可言。但本文认为,恶意占有人仍不妨依据不当得利的一般规则要求权利人返还必要费用。不过,若因占有侵害导致物之毁损,占有人的费用偿还请求权是否丧失,则仍须进一步探讨。于此情形,支持占有人得向侵害人主张费用损害赔偿的理由可能是,因占有物之毁损,导致所有权人并未从占有人的费用支出中得利,从而使得占有人丧失对所有权人的费用偿还请求权,此损害应由占有侵害人赔偿。

本文则倾向于认为,在上述情形,占有人对所有权人的费用偿还请求权仍然存在,原因在于既然占有人所支出者为必要费用,也就意味着若非此费用的支出,即无法保存或维护占有物,从而会使其价值减损。以占有物灭失为例,所有权人得向侵害人主张物之价值补偿,此处之价值乃物被毁损当时的价值,即因占有人支出必要费用而未致减损的物之价值。换言之,若非占有人支出必要费用,所有权人因物之灭失而得向侵害人所主张者只能是占有物未予保存和维护时的价值,其间差额正是占有人支出的必要费用。因此,若所有权人已自占有侵害人处受领物之价值补偿,仍应向占有人偿还必要费用(不当得利,应支出的费用而未支出)。在所有权人未获得物之价值补偿之前,可以占有人支出的必要费用数额为限,部分让与其对侵害人的债权,以清偿其对占有人的费用偿还债务。据此,物之毁损并不影响占有人的费用偿还请求权,也就无所谓费用损害问题,更不生费用损害的赔偿请求权。

退一步讲,即便承认恶意占有人可向侵害人主张此项损害赔偿,其赔偿依据也并不在占有损害。虽然若无占有,费用请求权即无以产生,但仅占有本身也不足以产生费用支出,更明确地说,费用支出并非占有的法律效果,对占有物的费用支出是占有人对归属于自己之其他财产自愿所为之处分,若因此可产生应予赔偿的损害,也是其他财产损害,而非占有损害。^[51]

2. 恶意占有人的责任损害

为方便论述,下文以第一盗窃人向第二盗窃人(自第一窃盗人处窃取标的物者)主张责任

[48] *Medicus* (Fn. 19), S. 124; *Wieser* (Fn. 44), S. 558.

[49] *Medicus* (Fn. 19), S. 145f.; *Wieser* (Fn. 44), S. 558f.

[50] *Wieser* (Fn. 44), S. 558.

[51] 梅迪库斯以占有人因费用补偿请求权所产生的留置权与取回权之损害作为费用损害的依据,换言之,他也并非将费用损害视为占有损害,而是占有人的其他权利损害。*Medicus* (Fn. 19), S. 124.

损害为例进行说明,于此,第二窃盗人侵夺了第一窃盗人的占有。支持侵害恶意占有须赔偿责任的学者认为,由于第一窃盗人须对所有权人负担全部的损害赔偿,包括在占有物第二次被盗期间未收取的收益,故应使其受侵权法保护,得主张责任损害赔偿。^[52]

然而问题在于,两次盗窃均构成对所有权的侵害,如果第一窃盗人得主张损害赔偿,其路径不外有三:其一,第二窃盗人须就同一损害分别向第一窃盗人与所有权人为两次赔偿,但该路径使第二窃盗人因一次侵害行为负担了双重赔偿义务,显然不公,不足取。其二,第二窃盗人须向第一窃盗人赔偿,之后由所有权人向第一窃盗人追偿,侵害人不必再为给付,但如此安排无异于剥夺了所有权人对第二窃盗人的损害赔偿请求权,恶意占有人可主张所有物损害赔偿,而所有权人却无权为此主张,这显然也是荒诞的结论。其三,为了避免上述不公的发生,恶意占有人虽可就责任损害主张赔偿,但其请求权的内容却并非向自己为给付,而是向侵害人主张责任负担的排除,即要求侵害人向所有权人赔付损害。此外,侵害人也可通过向所有权人赔付,而使其对所有权人及占有人的赔偿义务都得以清偿。如此,既未限制所有权人,也承认了恶意占有人的责任损害赔偿请求权。^[53] 上述试图承认恶意占有之责任损害赔偿的路径中,仅第三种尚有可取之处,但此种路径的实质也只在名义上承认了占有人的责任损害,侵害人仍仅得向所有权人给付损害赔偿。

本文认为,责任损害并非真正意义上的“损害”,缺乏必要的责任构成要件,而且也没有必要承认此种类型的赔偿请求,不得因恶意占有人无法履行其对所有权人的责任而限制所有权人的权利。在上述情形中,所有权人可以选择向第一窃盗人或第二窃盗人主张权利。若第一窃盗人已经对所有权人为赔付,则有权要求所有权人让与其对第二窃盗人的损害赔偿请求权(《德国民法典》第255条可资借鉴),并向第二窃盗人主张。^[54] 若第一窃盗人已经受领了第二窃盗人的赔付,则应返还于所有权人(《物权法》第244条)。^[55]

(四)小结

虽然对于恶意占有的侵害也许会对占有人造成经济上的不利益,但这并不能构成具有法

[52] *Lopau*, Der Rechtsschutz des Besitzes, Jus 7 (1980), 501, 506.

[53] *Medicus* (Fn. 19), S. 146.

[54] *Wieling* (Fn. 46), § 5, S. 222f.

[55] 至于第二窃盗人是否因向第一窃盗人的给付而对所有权人免责,本文认为,可以参照《德国民法典》第851条之规定:“因侵夺或损坏动产而负有损害赔偿义务的人,向该物在侵夺或损坏时的占有人给予补偿的,即使第三人是该物的所有人或享有物上的其他权利,赔偿义务人也因给付补偿而免除义务,但赔偿义务人知道或因重大过失而不知道该第三人权利的除外。”对于不动产,占有虽不构成所有权的表征,但受领损害赔偿的权限并不限于所有权人,更多的时候归于占有人,因而应予考虑的并非占有是否是不动产所有权的表征,而是占有能否表征占有人的受领权限。对此应予肯定,无论占有物是动产还是不动产。相同观点可参见 *Dieter Medicus* (Fn. 19), S. 146f.; 王泽鉴:“侵害占有之侵权责任与损害赔偿”,载苏永钦:《民法学说与判例研究》(第三册),中国政法大学出版社2005年版,页208—219。

律意义的损害,因恶意占有无归属内容,对占有物无收益权限,相反,占有人负有返还物的义务。^[56] 侵权法的保护意旨与占有保护的规范目的均不支持恶意占有的损害赔偿。而所谓“费用损害”并不存在,因占有人对所有权人的费用偿还请求权并不因占有侵害而受影响。“责任损害”也并非可赔偿的损害,否则无异于剥夺了所有权人选择赔付义务人的权利。据此,恶意占有人不得主张损害赔偿,因其无“占有损害”可言。换言之,对单纯占有的侵害无法产生损害赔偿义务。^[57]

三、善意占有与损害赔偿

善意占有与恶意占有同属无权占有,据上文的分析可知,侵害善意占有并不产生损害赔偿义务,那么问题即在于,“善意”因素的存在是否足以导致二者在损害赔偿问题上的不同命运。

(一)善意占有与侵权保护

善意占有是否是侵权法的保护对象,同样取决于它是否具有与所有权相类似的绝对性与终局性。而对此问题的探讨,须诉诸善意占有的法律效果。

依据我国《物权法》第242—244条之规定,善意占有人负担占有物与孳息的返还义务,若占有人因占有物之毁损、灭失而取得保险金、赔偿金或补偿金等替代物,也须返还,其相对于恶意占有人的有利地位体现为不必就物之损害负担赔偿责任,并享有被明定的必要费用偿还请求权。由于我国《物权法》并未确认善意占有人的收益权,相反,还使其与恶意占有人一样负担孳息返还义务,导致善意占有也无任何归属内容可言,从而无法满足上述与所有权相类似的“绝对性”与“终局性”要求,也无从享有侵权法的保护。

但上述实证法的立场在立法论上值得怀疑。罗马法上的善意占有依字面含义乃指“诚信占有”(bonae fidei possessio),德国法上善意占有的另一称谓也是“诚信占有”(redlicher Besitz)。^[58] 德国法对善意占有人的保护,体现于“所有人与占有人关系”的相关规范之中(《德国民法典》第985条以下)。上述规范以占有物返还为主要内容,并涉及无权占有人所收取之物之出产物及孳息能否保留,所支付的费用得否请求偿还,以及占有物毁损灭失时应否承担责任等问题。其中,对善意占有人的特别保护大致可归纳如下:

其一,“物之收益权”(Nutzungsbehaltungsrecht)。除按照通常的经营规则不能被看作物之孳息的收益即“过度孳息”(Übermaßfrüchte)以外,善意占有人有权保留其在占有期间所收

[56] 恶意占有人仍享有占有返还请求权与占有妨害排除、妨害防止请求权,但上述请求权不能指向金钱给付,即使发生给付障碍也不适用给付障碍的一般规则,因为不诉诸对物的权利损害即无法计算,而占有并非财产归属,对单纯占有之侵害的损害无法计算。Bund, in: Staudinger, Neubearbeitung, 2007, § 861, Rdn. 3f.; Klinck, in: Staudinger/Eckpfeiler, Neubearbeitung, 2011, V. Rdn. 58f.; Joost (Fn. 36), § 861, Rdn. 4.

[57] Wieling (Fn. 27), S. 565ff.; Baur/Stürner (Fn. 33), § 9, S. 88; Larenz/Canaris (Fn. 18), § 76, S. 396; Esser/Weyers (Fn. 18), § 19, S. 163; Fikentscher/Heinemann (Fn. 19), § 107, S. 764.

[58] 史尚宽,见前注[20],页539。

取的孳息。^[59]而恶意占有人则必须向所有人返还其恶意占有期间所收取的用益。并且,若恶意占有人因过失而不收取其按照通常的经营规则本可收取的用益,还负有向所有人赔偿的义务。^[60]

其二,不负担物之损害赔偿。善意占有人对于物之毁损灭失不必向所有人负担损害赔偿,即使善意占有人对于物之毁损灭失具有过失。而恶意占有人,则须就因其过失而导致的物之毁损灭失,以及因其过失造成的物之返还不能而产生的损害,向所有权人承担赔偿责任。^[61]

其三,费用偿还请求权。费用可区分为必要费用和有益费用。必要费用,指为了维护物之管领而必须支出的费用。对于必要费用,善意占有人与恶意占有人均可请求所有权人予以补偿。但因善意占有人无须返还用益,所以在用益归于善意占有人期间的通常保持费用,所有人无须偿还。而有益费用,指占有人所支出的除必要费用以外的、使物的价值在所有人重新获得物时有所增加的费用。仅善意占有人可以向所有权人主张有益费用的补偿,恶意占有人则无此权利。^[62]

在“所有人与占有人关系”中,区分善意占有人与恶意占有人的权利与责任,旨在保护善意信赖(自己之)权利外观者。善意占有人无重大过失地信赖自己为有权占有人,而对物为使用收益,若仍须负担因过失致占有物毁损或灭失之损害赔偿责任,或负担返还孳息之不当得利危险,实有违善意信赖保护原则。^[63]据此,善意占有人的孳息收取权甚至被称为“最小限度的善意取得”(Minimalform des gutgläubigen Erwerbs)。^[64]由此亦可见得,善意占有保护与善意取得等其他善意人特别保护制度的契合之处,也不难理解何以瑞士、日本及我国台湾地区等法域均对此予以确认。^[65]既然我国大陆实证民法承认了善意取得(《物权法》第106条)、表见代理(《合同法》第49条)等类似制度,就应该一以贯之地对善意占有人对自己之有权占有的善意信赖提供保护,质言之,承认占有人在其善意占有期间的收益权限。

果如此,则善意占有人所享有的用益收取和保留权将具有绝对性与终局性,因其可对任何人包括所有权人主张,且可终局性地由善意占有人享有,因而侵害善意占有所导致的收益权限“损害”,也将成为侵权法上可得赔偿的损害。不过,这里被保护的实质仍是善意占有人的收益

[59] 过度孳息之返还义务是基于公平的衡量,即使是善意占有人也只能保留通常的收益,鲍尔/施蒂尔纳,见前注[20],页190。此外,在善意占有人无偿取得占有时,也须依据不当得利规则对所有权人负担返还义务(《德国民法典》第988条)。

[60] Gursky, in: Staudinger, Neubearbeitung, 2006, vor § § 987—993, Rdn. 3.

[61] Gursky, a.a.O., vor § § 987—993, Rdn. 3.

[62] Gursky (Fn. 60), § § 994—1003, Rdn. 2.

[63] Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 22. Aufl., § 23, Rdn. 574; 郑冠宇:“无权占有之人之使用利益——评‘最高法院’九十一年度台上字第一五三七号判决”,《月旦法学杂志》2004年第4期。

[64] Gursky (Fn. 60), vor § § 987—993, Rdn. 4.

[65] 参见《瑞士民法典》第938—940条,《日本民法典》第189—191条,我国台湾地区“民法”第952—956条。

权限,而非占有本身。换言之,善意占有人的收益损害也并非“占有损害”,而是“权利损害”。〔66〕

(二)侵害善意占有的损害范围

如上文所述,在承认善意占有人之收益权限的前提下,收益损害可得赔偿。但善意占有人的该项权利是其善意信赖自己有权占有所致法律效果,因而不得超出其善意信赖的权利范围。具体而言,因自主善意占有人与他主善意占有人而有不同。前者误信自己为所有权人对物为用益,自当保护。但在后者,因持“他主”意思,即承认他人为所有权人,在其“超越假想的占有权”(Fremdbesitzerexzeß)〔67〕而为使用收益时,则超出其善意信赖之占有权限范围,从而丧失被保护的正当性。例如某占有人善意信赖自己为物之保管人,则不享有收益权限,否则在其为真正保管人时尚且不享有此权利,在无权他主占有时法律地位反而更有利,显然不合理。

对于所谓“费用损害”与“责任损害”,恶意占有部分的理由于此同样可以适用。〔68〕占有人对所有权人的费用偿还请求权并不会因物之毁损而丧失,仍得基于不当得利向所有权人主张返还,因而不因占有侵害而生费用损害问题。占有侵害也可能导致善意占有人无法履行其对所有权人的物之返还与过度孳息返还等义务,由此产生的所谓“责任损害”也并非真正意义上的损害,否则无异于剥夺所有权人对占有侵害人的损害赔偿请求权。

即使承认时效取得制度,在善意占有人处可能发生的时效利益损害也并非可得赔偿的损害。因为物若灭失将导致时效取得没有可指向的标的,而且,大多数情形下时效于被侵害之占有人处完成并不具有抽象的盖然性,也不具有具体的可证性。无权占有本为法律所不容,占有人负有返还占有物的义务,时效完成前的期待地位在法律上无保护必要。〔69〕允许对时效利益损害进行赔偿不仅与时效取得的规范意旨相悖,还会导致侵害人负担双重的所有权侵害责任。〔70〕

(三)善意占有损害赔偿与所有权损害赔偿

在善意占有人与所有权人的关系中,前者对后者负有物之占有返还义务。因而须探讨侵害善意占有是否会造成善意占有损害赔偿与所有权损害赔偿的重叠。首先,母物的损害仅是所有权损害,而非占有损害,无论善意占有人是否享有收益权,对母物本身都无权利可言,而且负担母物的返还义务,即使他受领了侵害人对此的赔付,也构成不当得利。其次,侵害占有导致的收益损害,如孳息损害,因善意占有人是否享有收益权而分别构成占有损害或所有权损害,但不会同时构成对二者的损害。〔71〕最后,善意占有人的费用损害并不存在,而责任损害与时效利益损害并非可得赔偿的损害。所以,善意占有的

〔66〕 *Medicus* (Fn. 19), S. 136.

〔67〕 鲍尔/施蒂尔纳,见前注〔20〕,页202。

〔68〕 参见上文二、(三)。

〔69〕 王泽鉴,见前注〔55〕,页208—219。

〔70〕 *Medicus* (Fn. 19), S. 125f.

〔71〕 *Medicus* (Fn. 19), S. 122.

损害赔偿与所有权损害赔偿并无真正的重叠可能。^{〔72〕}在不承认善意占有之收益权限的我国大陆,情况更是如此。

综上所述,在我国大陆现行法之下,善意占有人不享有侵权法的保护,收益损害因其无收益权限无法成立;费用损害并不存在,因占有人对所有权人的费用偿还请求权不因占有侵害而丧失;责任损害、时效利益损害也无法成立。在未来的立法发展中,我国大陆若如德国法般承认善意占有人的收益权限,收益损害赔偿所保护者也并非占有本身,而是占有人基于对自己享有权利之善意信赖而享有的权利。

四、有权占有与损害赔偿

既然单纯占有因其无归属内容而无法成为侵权法的保护对象,那么侵害有权占有能否产生损害赔偿义务,实质即取决于占有背后的本权是否受侵权法保护。物权是侵权法的保护对象无可争辩,有争议的是占有能否使债权得以适用侵权规则。下文的分析即以作为占有本权之债权为中心展开。

(一)基于债权的占有与侵权保护

对于债权这样不具有对世性、公示性的相对权,第三人固然有侵害的可能,但因无从查知它的存在,从而也就很难期待第三人履行不侵害的义务,这是把债权排除在侵权法保护之外的真正原因。不是债权不值得保护,也不是债权不会被第三人侵害,而是因为债权一般不具有公示性,从而不能合理期待第三人去防范加害。换言之,一般侵权行为的重点不仅在于权利,更在于该权利的对世性,其目的就在于建立最起码的期待可能性,以保留合理的行为空间。^{〔73〕}因而,基于债权的占有是否受侵权法保护,即取决于它是否足以使占有本权可被第三人识别。

拉伦茨(Karl Larenz)/卡纳里斯(Claus-Wilhelm Canaris)指出,基于债权的占有本权不仅可对物为使用收益,而且因其占有可排除任何第三人对物的干涉,自其取得占有之时起即具有归属内容,实践中与限制物权人的地位相似,享有类似物权的保护,从而得以“物权化”,应作为受侵权法(《德国民法典》第823条第1款)保护的“其他权利”。^{〔74〕}王泽鉴教授也认为,有权占有之人,依其权原,得对占有物为特定范围之使用收益,此种基于特定权原所生使用收益之权能,与占有结合之时,强化了占有之地位,使占有人处于类似物权人之地位,具有权利之性

〔72〕 至于赔偿义务人得否因向占有人给付母物的损害赔偿而对所有权人免责,本文观点同前注〔55〕。而对善意占有人的孳息损害,占有侵害人得否因向所有权人为赔付而对占有人免责,本文认为,既然通常情形下,孳息归属于母物所有权人,在母物所有权得以确证的前提下,基于对赔偿义务人的信赖保护,得使其因对母物所有权人为赔付而对占有人免责,由受领给付的母物所有权人对占有人为不当得利返还。

〔73〕 苏永钦,见前注〔8〕,页300—334。

〔74〕 Larenz/Canaris (Fn. 18), § 76, S. 396.

质,而受侵权法之保护。为保护占有人之利益,应使具有基础权原之占有“权利化”或物权化。^{〔75〕}杜尔凯特(Gerhard Dulckeit)甚至称,因占有的取得,债权强化为物权。^{〔76〕}

德国法和我国台湾地区现行法的实务也都承认债权具有占有外形者,如租赁债权可以受侵权法之保护。^{〔77〕}德意志帝国法院在1904年的一则判决中写道:“通过租赁物的交付,承租人的权利超出了纯粹的债权范畴。它不仅是基于债而得以联结的权利义务,而且是任何人都须予以尊重的经占有得以公示的租赁权。……债之关系以外的第三人违法侵害该权利,也会产生损害赔偿请求权。”^{〔78〕}德国联邦法院继受了这一立场,在一起医生因其承租的诊所楼下施工造成的噪音而无法正常营业的案件中,明确承认,“承租人的占有,属于《德国民法典》第823条所规定的‘其他权利’。”^{〔79〕}不过反对者依然认为,即使是占有的公示效力,也无法正当化经由交付取得占有之债权的侵权保护。因为仅占有本身尚不足以使第三人识别占有人的权利内容。单独占有并不足以公示据以占有的权利及该权利有效与否。^{〔80〕}

本文认为,侵权损害赔偿的依据在于行为人须对侵害他人可识别的权利范围负责。行为入也许不知道被害人是所有权人抑或承租人,但他可从被害人的占有中判断这是他人的权利范围。因而,具占有外观的债权因其可识别性得受侵权法保护。换言之,不必一定承认此类债权的物权化,仅因其可识别性即足以支持基于侵权的损害赔偿请求权。^{〔81〕}既然占有的作用仅在于使债权(如租赁权)可以识别,侵害有权占有之损害赔偿的范围也就与占有无关,而须以占有本权的内容为断。可见,侵权法所保护的并非占有本身,而是通过占有得以强化的占有本权。当占有本权是债权时,占有使得该债权成为侵权法的保护对象,但单纯占有本身因无归属内容而并非侵权法所意在保护者。^{〔82〕}因此,与其说占有因其存在本权而得到侵权法的保护,不如说是本权因占有而得以凸显并成为侵权法的保护对象。

(二)侵害有权占有之损害范围

1. 占有利益与物之价值

首先应区分占有利益与物的价值。占有利益因具体情形而有不同范围,其计算标准不是物的价值,而是占有人原本在特定期间使用占有物可以带来的收益。不能仅仅因为占有损害难以确定,即以物之价值取代占有损害的确定。有权他主占有被侵害时,占有人可主张的损害

〔75〕 王泽鉴,见前注〔55〕,页208—219。

〔76〕 Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951, S. 15.

〔77〕 苏永钦,见前注〔8〕,页300—334。

〔78〕 Oppermann, Schadensersatz aus unerlaubter Handlung wegen Verletzung des Besitzes, 1958, S. 55.

〔79〕 Oppermann, a.a.O., S. 61.

〔80〕 Sosnitza (Fn. 39), S. 277ff.

〔81〕 Diederichsen, Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, 1965, S. 66f.

〔82〕 Oppermann (Fn. 78), S. 56f.

赔偿并非物的价值,而是他对占有之存续所具有的利益。物之价值损害仅存在于所有权人处。^{〔83〕}

2. 损害范围与占有本权

对占有损害的计算必须以占有的基础关系为前提,因为没有占有本权,占有的利益即无法计算。侵害有权占有之损害范围应取决于占有本权的内容。就债权而言,主要因债权人是否享有对占有物的收益权而不同。享有收益权的占有人可在收益权范围内主张收益损害之赔偿,^{〔84〕}无收益权的占有人则不得请求此项损害赔偿。如承租人可对租赁物为使用或收益,租赁物被第三人侵害时,承租人可基于其对租赁物的占有请求基于侵权的损害赔偿,其损害在于无法以他原本可以使用的方式行使其租赁权。而保管人对保管标的物无使用收益的权限,也就无收益损害可言。

有疑义的是,买受人在取得标的物所有权之前对物的占有是否是有权占有,梅迪库斯对此予以肯定。^{〔85〕} 沃尔夫(Martin Wolff)甚至认为,即使买受人自第三人或精神障碍的出卖人处,或通过拾得,甚至是强力取得占有,也享有对占有的权利,因为买受人请求交付标的物之债权的目的并非交付本身,而是占有移转。若未经交付即实现此目的,则请求交付的权利即因实现而消灭。^{〔86〕}

至于责任损害,即基于债权的占有人若因占有被第三人侵害而对相对方负担义务所产生的损害。本文认为,上文恶意占有部分关于责任损害的论述于此同样可以适用,^{〔87〕}不得因占有人无法履行其对所有权人的责任,而限制后者选择赔付义务人的权利,责任损害并非真正的损害。

(三) 占有损害赔偿与债之内部关系

对基于债权之占有的侵害,可能发生两方面的效力重叠。以租赁关系为例,承租人的占有被侵害时,如租屋的窗户被第三人毁损时,一方面作为所有权人的出租人与作为他主占有人的承租人均可对侵害人主张由此发生的损害赔偿,由此发生权利重叠。而另一方面,在债之内部关系中,出租人可能负担租赁物的维护义务,由此又发生出租人与侵害人对承租人的义务重叠。因而,须分别就这两种情形探讨债之内部关系对占有损害赔偿的影响。

1. 损害赔偿请求权的重叠

对于债权人与债务人对侵害人之损害赔偿请求权的重叠,可能有四种解决方案:

〔83〕 Wieser (Fn. 44), S. 558f.

〔84〕 Medicus (Fn. 19), S.140; Wieser (Fn. 44), S. 558.

〔85〕 Medicus/Petersen (Fn. 10), § 21, Rdn. 297.

〔86〕 Wolff, Das Recht zum Besitze, 1903, S. 7ff. 奥珀曼(Helmut Oppermann)认为在此类情形,占有人的瑕疵仅存在于其与所有权人的关系之中,而非与第三人的关系之中,虽然债权人取得占有的行为有瑕疵,但仍是有权占有。Oppermann (Fn. 78), S. 69.

〔87〕 参见上文二、(三)、2。

方案一：由占有侵害人向债之内部关系中更优权利者为赔偿。此方案的问题在于，内部关系无由产生外部效力，不得苛求赔偿义务人知悉。而且，若侵害人向内部关系中非更优权利者为赔付时，还会产生他对更优权利人是否仍负担赔偿义务之问题。若侵害人仍负担该义务，则对侵害人不公；若侵害人不再负担该义务，则又无异于剥夺了更优权利人的损害赔偿请求权。

方案二：占有侵害人须向所有权人为赔付。如此安排，在债之内部关系中他主占有人权利更优时（如出租人对承租人负担租赁物修缮义务时），也会产生侵害人是否仍对他主占有人负担损害赔偿义务之问题，同样会出现方案一中的两难。若肯定，则侵害人须为一个侵害行为负担双重责任；若否定，又会导致他主占有人的损害赔偿请求权实质被剥夺。而且，所有权人仍须依内部关系向他主占有人继续移转赔偿额，故不足取。

方案三：由占有侵害人向所有权人与他主占有人共同给付。梅迪库斯认为，除了在所有权人与他主占有人内部关系中可以确定他主占有人为更优权利人时，只得向后者为赔付以外，其他情形下，占有侵害人均须向二者共同为给付。^{〔88〕}其中，对除外情形之处理的不可采理由同方案一。其他情形下，若要求占有侵害人必须向所有权人与占有人共同为给付，面临的问题则是在仅其中一方向侵害人主张赔偿时，侵害人若因无从得知另一方的存在而仅对请求的一方为给付后，得否免责。对此问题，梅迪库斯区分了仅向他主占有人给付与仅向所有权人给付两种情形。若侵害人仅向他主占有人给付，则依据《德国民法典》第 851 条侵害人对“占有人即为权利人”的善意信赖应予保护，得对所有权人免责。但若侵害人仅向所有权人为给付，其免责即丧失实证法上的依据，因为所有权并非德国法所承认的权利外观，不过在立法政策上此结论则未必可靠。^{〔89〕}换言之，即使在梅迪库斯看来，侵害人虽然应当向所有权人与占有人共同为给付，但在其基于善意信赖而仅向一方为给付时，仍得免责。本文以为，如此迂回，倒不若将所有权人与占有人视为（不真正）连带债权人。

方案四：所有权人与他主占有人间成立（不真正）连带债权。于此，又须区分两种情形：

其一，所有权人与他主占有均尚未取得损害赔偿。此时，侵害人既可以向所有权人也可以向他主占有人为损害赔偿，且向其中任何一方为给付，对另一方均产生免责效力，否则无异于使侵害人负担了双重债务。之后的法律关系取决于所有权人与他主占有人的内部关系，如二人间存在债权契约，则以契约内容判断损害赔偿的最终取得人。^{〔90〕}

其二，所有权人或他主占有人已经自侵害人处取得损害赔偿。于此，侵害人也不需要向另一方再为给付，因为不应使侵害人负担判断他主占有与所有人内部关系的义务，至于取得

〔88〕 *Medicus* (Fn. 19), S. 144f. 梅迪库斯在文中一般性地讨论所有权人与他主占有人的损害赔偿请求权重叠，二者的内部关系不限于债之关系。不过，本文虽以所有权人与他主占有间存在债之关系为中心进行探讨，此处的结论也可适用于其他情形，如他主占有人为他物权人时。

〔89〕 *Medicus* (Fn. 19), S. 147.

〔90〕 *Oppermann* (Fn.78), S. 108.

损害赔偿的一方是否需要继续向他方移转损害赔偿,同样取决于其内部关系。以租赁契约为例,出租人负担租赁物维护义务时,若出租人取得损害赔偿,则须修缮租赁物或移转损害赔偿于承租人;若承租人取得损害赔偿,则其损害得到填补,也不得再向所有权人主张标的物的维护。而若承租人在内部关系中负担租赁物维护义务,出租人取得损害赔偿时须以此金额为租赁物的修缮或将其移转于承租人使其为修缮,否则无异于使所有权人两次得利,既取得了损害赔偿,又使承租人以自己的费用对租赁物为修缮;若承租人取得损害赔偿,则须以此金额对租赁物为修缮。

2. 损害赔偿义务的重叠

于此要讨论的问题是债的内部关系是否会影响占有人的损害赔偿主张。仍以上文房屋租赁为例,在租屋窗户被第三人毁损时,第三人得否主张承租人处根本未发生损害,因为出租人对他负担租赁物维护义务;或者抗辩称在承租人处发生损益相抵(Vorteilsausgleichung),因而自己无须再为赔偿?

本文认为,被害人因损害事实的发生对其他人享有相同内容的请求权时,不足以否定其损害本身的存在。否则在上例中,出租人与侵害人都可因对方义务之存在而主张否定自己的义务,结果将致承租人的请求权完全落空。而且,在因承租人保管不善导致租赁物被第三人毁损情形,作为所有权人的出租人既对承租人享有契约上的损害赔偿请求权,也对第三人享有基于侵权的损害赔偿请求权,这两个请求权并未因彼此的存在而消灭。同理,占有租赁物之承租人的请求权亦然。

出租人对承租人的义务也不能成为损益相抵的事由。损益相抵的正当性在于,受损方不得因损害赔偿而处于优于其倘若未受损时的状态。对于个案中是否存在应予扣除的得利,《德国民法典》的立法者未予明确,而有意留待法学与实务解决。德国法律实务中,是否构成损益相抵事由须诉诸损害赔偿的目的,不能使债务人处于不公正的有利地位。^[91]换言之,债务人是否因第三人对债权人的给付或给付义务而免责,取决于第三人的给付或给付义务是为了债权人利益还是债务人利益。若第三人给付或给付义务是为了债权人利益,则不构成损益相抵事由,债务人不得因此而免责,典型情形如身体受伤害的债权人针对侵害人之请求权并不因其有其他抚养义务人而丧失(《德国民法典》第843条第4款)。若第三人给付或给付义务是为了债务人利益,如侵权人投保事故责任险,则保险公司的赔付是为了债务人利益,构成受害人的获益应从损害赔偿额中扣除。本文认为上述观点可资借鉴。在上举案例中,出租人的维修义务显然是为承租人利益而存在,因而不能成为损益相抵的事由。

据此,无论是权利重叠,还是义务重叠,债之内部关系均不影响侵害占有的损害赔偿。侵

[91] Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 33. Aufl., 2009, § 31, S. 350; (德)迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢琪译,法律出版社2004年版,页454、530。

害有权占有的损害赔偿范围以占有本权的内容为断,因为侵权法所保护者并非占有本身,而是占有背后的权利。

五、结 语

侵害占有的损害赔偿规范(《物权法》第245条第1款第3分句)并非一项独立的请求权基础规范,而是一条参引规范,指示参照《侵权责任法》关于过失责任之规则。循此解释路径,既不至于违反体系,因为在物权法中规定参照债法的指示性规范并无不可,也不必为了逻辑上的一贯而牺牲过失责任原则的适用。因而,侵害占有得否请求损害赔偿的实质即占有是否是侵权法的保护对象。

恶意占有之法律效果无归属内容,占有保护的规范目的也无法正当化其归属内容,因而也就无“占有损害”可言,不受侵权法保护。至于占有人对所有权人的费用偿还请求权,并不因占有侵害而受影响,也就无所谓“费用损害”。即使认为有此损害并可得赔偿,其实质也只能是其他财产损害,而非占有损害。“责任损害”也并非真正意义上的损害。据此,侵害单纯的占有并不构成侵权行为,不会产生损害赔偿义务。对于善意占有人,我国大陆实证民法并未承认其收益权,因而也就无所谓可得赔偿的损害。不过,即使在立法论上承认善意占有人的收益权,其收益损害也并非占有损害,而是基于其对自己为有权占有人的善意信赖所获得之收益权的损害。有权占有,包括债权占有,被侵害时均得主张损害赔偿,但于此侵权法所保护者也是占有背后的权利,而非单纯占有本身,故此,侵害有权占有的损害赔偿的范围也取决于占有本权的具体内容,但不受债之内部关系的影响。

概言之,并不存在真正意义上的“占有损害”,占有人是否得主张损害赔偿取决于他是否享有收益权限,而有收益权限的占有人在我国大陆民法仅限于有权占有人。对有权占有的侵权法保护实质是对占有本权的保护。单纯占有不具有财产归属内容,对于单纯占有的侵害无法构成侵权行为,不能对其以损害赔偿的方式予以保护。

(责任编辑:张双根)