

# 占有之诉抗辩权问题研究

章正璋

(苏州大学 王健法学院暨东吴公法与比较法研究所, 苏州 215006)

**摘要:**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区分为8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存在与有过失(又称促成过失)、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、被告享有本权对于侵害占有的损害赔偿请求权具有一定的对抗效果,但是无法对抗其他的占有保护请求权。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。

**关键词:**占有保护请求权;抗辩与抗辩权;释明

中图分类号:DF72 文献标志码:A DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2016.02.14

## 一、问题的提出

罗马法以来占有保护(可导致占有之诉)与本权保护(可导致本权之诉)即并列存在,二者互不隶属,区别明显,各自承担不同的诉讼功能和社会功能,构成财产归属秩序从事实到权利的双重保护格局<sup>[1]</sup>。长期以来,我国学界和司法实践中,一直存在着重本权保护研究而轻占有保护研究、重本权保护而轻占有保护的现象,对于占有保护的理论研究

与实践关注意识明显不足<sup>[2]</sup>。传统民法上的占有保护诉讼只包括占有物返还诉讼、占有排除妨害诉讼和占有消除危险诉讼,系采狭义的占有诉讼模式,该模式为我国《物权法》所不采<sup>①</sup>。《物权法》第245条在传统的、狭义的占有保护请求权之外,同时还规定了侵害占有的损害赔偿请求权。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<sup>[1]187</sup>。

可以说,占有保护类诉讼是继公司诉讼、证券诉讼之后我国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

收稿日期:2015-08-24

基金项目: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);2015年度国家社会科学基金项目“占有保护疑难法律问题研究”(15BFX163);江苏高校优势学科建设工程资助项目(PAPD)

作者简介:章正璋(1970),男,安徽来安人,苏州大学王健法学院暨东吴公法与比较法研究所教授,法学博士。

<sup>①</sup> 所谓狭义的占有诉讼模式,是指物权性质的占有保护请求权诉讼模式。按照该模式,占有之诉只包括占有物返还之诉、占有排除妨害之诉以及占有妨害预防之诉(我国物权法上称为占有消除危险之诉),而不包括占有损害赔偿之诉这种债权性质的占有保护诉讼在内。

诉讼案件即达 4500 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,目前这个方面的研究才刚刚起步,尤其是对于占有之诉的抗辩权问题的研究和关注尚付阙如。该问题对于《物权法》占有保护制度的理解和适用,对于占有保护与民事抗辩权之间的关系,无疑具有重要的理论和实践意义。德国法系的请求权基础理论和请求权基础之诉讼思考模式已经广为我国学界和司法实践部门所接受,有请求一般就会有抗辩,这是一个问题的两个方面。<sup>①</sup> 对于物权法上占有保护请求权之理论研究,离不开针对上述四类占有保护请求权之抗辩或者抗辩权问题之研究,只有这样才能从整体上、体系上把握占有诉讼以及占有保护制度,此乃其一。其二,物权法上所规定的四类占有保护请求权以及伴随而来的大量占有保护类诉讼,对于我国理论界和司法实务部门均属于新鲜事物。由于理论研究和理论储备不足,司法实践中业已产生了诸多的疑问与困惑,诸如民法上的抗辩权对于占有保护诉讼是否均得以适用,哪些抗辩权之行使以当事人无过错为前提,哪些抗辩权法官可以依职权予以援引或者释明,哪些抗辩权法官不得依职权予以援引或者释明,物权性占有保护请求权与债权性占有保护请求权之抗辩权是否应予严加区别等等疑问,在许多占有保护诉讼中一再出现,理论与实践两个方面均无法回避。本文拟对此加以研讨,希望能起抛砖引玉之效,也希望学界和实务部门能够重视和思考这个方面的理论与实践问题。

本文将首先对于占有之诉抗辩权的具体类型进行研究,同时对于实践关注度较高的一些问题,例如哪些民法上的抗辩权对于占有保护诉讼可以适用而哪些不可以适用,有关抗辩权之行使与当事人过错之关系,物权性占有保护请求权与债权性占有保护请求权在抗辩权方面的区别等问题逐一进行探究,在此基础上将着重研究哪些抗辩权法官可以依职权予以审核、提醒或者释明,而哪些抗辩权法官不可以依职权予以审核、提醒或者释明。

## 二、占有之诉抗辩权的具体类型

抗辩权具有广狭二义,广义上的抗辩权不仅包括实体法上的抗辩权,亦包括程序法上的各种抗辩在内,是指一切对抗请求权以及其他诉讼主张之抗辩;狭义上的抗辩权专指实体法上的抗辩权,包括永久抗辩权和一时抗辩权<sup>[2]</sup>。下文所谓的抗辩和抗辩权,如无特别说明,取其广义。

侵害占有与侵权行为既存在共同之处,又存在根本性区别,此处不赘。因此,侵权法上之一般抗辩事由,比如受害人与有过失、受害人同意、不可抗力、紧急避险以及自助行为等,亦能够有条件地成为占有之诉当事人之抗辩事由,这部分内容因为具有共通性因此本文在论述上从简。而对于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、除斥期间届满、原告的占有为无权占有、被告享有本权等专属于占有之诉的抗辩权,鉴于国内学界目前尚无专门研究,司法实践中在上述抗辩权能否行使、如何行使、行使的范围等事项上仍然存在诸多争议,而司法实践中对于如何处理这些抗辩事由的问题又存在迫切需要,故本文将对其予以重点关注和研究。

(一)原告方面未曾占有某物。占有保护的首要前提是“占有的”不动产或者动产被侵占妨害(《物权法》第 245 条),如果侵占妨害行为发生时,原告方未曾实际占有某物,那么占有保护的前提便不存在,当事人之间的争端即无法通过占有之

<sup>①</sup> 截止到 2016 年 2 月 11 日,“北大法宝”—中国法律信息总库“司法案例”栏目项下所收录的占有保护类司法裁判案例总数计 4500 余篇,其中“占有保护”类案例 374 篇,“占有物返还”类案例 3080 篇,“占有排除妨害”类案例 491 篇,“占有消除危险”类案例 7 篇,“占有侵权”类案例 7 篇,“占有(物)损害赔偿”类案例 207 篇,“占有物返还、赔偿”类案例 3 篇,等等。据笔者粗略统计,在上述“占有保护”案件的审理过程中,被告方面至少 80% 以上提出了内容各异的抗辩事由,其中主要的抗辩事由包括原告方面未曾占有某物、原告的占有为无权占有、原告亦具有过错、被告享有本权、损害没有证据或者证据不足、侵害行为和损害之间没有因果关系、除斥期间已经届满,等等。而受诉法院对于被告方面所提出的各种抗辩事由之处理,亦颇不一致,有时甚至出现同案不同判现象,法官释明权之处理同样标准不一。由此可见,对于占有之诉抗辩权问题之理论研究已经刻不容缓。

诉予以解决。在我国目前的占有诉讼司法实践中,有些法官意识到了这一占有保护之前提,舍此前提占有保护不能成立。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”、<sup>[4]</sup>“孙红福与洪谦益等排除妨害纠纷上诉案”<sup>[5]</sup>等占有诉讼纠纷案中,判决书中即明确指出占有保护须以原告方占有或者曾经占有某物为前提,现原告方无法举证证明其占有或者曾经占有过争讼标的物,占有保护的前提并不存在,被告方的抗辩理由成立。但是,也有一些法官尚未注意到占有保护的这个前提条件,对于一些诉请归还出资款、补偿款、赔偿款以及安置费等金钱债务以及投资纠纷,仍然按照占有保护案件立案审理,并且援引《物权法》第245条占有保护之规定进行判决。例如“吴兆娃诉吴营军占有物返还纠纷案”、<sup>[6]</sup>“张某娥等诉米某泽等占有物返还纠纷案”,<sup>[7]</sup>“钱某诉万某占有物返还纠纷案”<sup>[8]</sup>等案件即如此。在上述案件当中,直到起诉之时,被告方面并无侵夺妨害原告方面占有的行为,原告对于争讼财产无论现在还是过去亦未曾占有过,占有保护之逻辑前提并不存在。笔者认为,被告方的抗辩成立,受诉法院依照占有保护之规定进行判决,法律依据有待进一步补充。在另外一些案例中,被告占有原告一方之金钱财物等系基于投资合同、联营合同,当事人之间对于特定财产占有之转移开始时系基于自愿,此种情形下原告能否行使占有保护请求权,学界仍然存在争议。笔者认为,对于此种依据合同而自愿转移占有之情形,一般不宜认定原告一方有权主张占有保护请求权,因为当事人之间原先的占有转移系基于合意,现在的占有结果并非基于“侵夺妨害行为”,而是执行原先合意行为之结果。罗马法以来,大陆法系占有保护请求权之立法目的在于禁止以私力改变占有现状,以维护社会和平。对于上述情形,并不存在私力侵夺妨害占有之情形,因此不宜认定原告一方有权主张占有保护请求权。每一种制度的设置均有其目的和调整范围,各项制度之间不能越俎代庖。

按照两大法系目前之通说,对于货币的返还原物请求权通常不适用占有保护之规定。因此,对于货币所有人所提起的占有物返还之诉,被告有权以

货币不适用占有物返还请求权进行抗辩。但是古钱币、纪念币或者客体范围能够确定之货币除外,这些货币属于特定物,其客体范围明确具体,返还原物没有现实障碍,占有保护请求权得以成立,可以适用占有返还之诉。而对于占有返还之诉外的其他占有保护请求权,尽管货币能够成为占有标的,亦可以成为侵害对象,但其他请求权之内容与原物返还无关,所以被告无权进行上述抗辩<sup>[9]</sup>。

最后,占有可以区分为直接占有和间接占有,作为占有保护抗辩权之“原告方面未曾占有某物”,包括原告方面未曾直接占有某物和原告方面未曾间接占有某物这两种情形。也就是说,被告不得仅仅以原告之占有不是直接占有而是间接占有而主张“原告方面未曾占有某物”以作抗辩。因为我国现行民法上的占有保护请求权,按照学界通说,其请求权人包括了直接占有人和间接占有人。如果直接占有人不能或不欲行使之,那么间接占有人有权代替行使<sup>[1]199</sup>。此乃目前大陆法系之通说,亦为我国司法实践所采纳,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》中对于“吴锦潮与于小红财产损害赔偿上诉案”之判决即体现了这一法理。

(二)被告方面不存在侵占妨害占有的行为。占有保护以存在侵占妨害占有的行为为前提,如果被告方面不存在侵占妨害占有的行为,占有之诉和占有保护请求权自然无法成立,被告方面当然可以以此为合法抗辩。例如被告能够举证证明,其占有、使用争讼标的系基于有效的租赁合同等,属于正常的占有和使用关系,所谓的侵占妨害占有的行为根本不存在,此时该项抗辩无疑能够对抗原告方面之请求权。

对于国家机关工作人员依法履行公务的行为,例如海关监管部门依法查扣走私物品、警察依法暂扣违章车辆、城管部门依法拆除违章建筑等,因其不具有违法性,属于正常的履行公务,因此不属于侵占妨害占有,因此能够成为对抗占有保护请求权之合法抗辩事由;但是,如超越法定权限、不当的履行公务而侵害占有时,有关的行为人以及国家机关不得行使该项抗辩权。《民法通则》第121条以及

《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》第152条等对此具有明文规定,此处不赘。

由于不可抗力而侵害占有的情形,例如因为龙卷风导致树木倒伏从而侵入邻人之地,使得邻人的汽车受损、车位不能正常使用等情形,针对受害人的占有保护诉讼,树木的所有人能否以不可抗力而为抗辩事由呢?对此问题,国内学界目前鲜有专门研究。笔者认为:在不可抗力侵害占有的情形下,侵害人往往并无过错,但是,大陆法系各国民法对于不可抗力可以免责之抗辩,其适用情形大多仅限于损害赔偿之诉,而对于侵害占有的返还原物、排除妨害以及消除危险之诉,其诉讼目的并不在于损害赔偿,亦不以侵害人具有过错为要件。因此,对于占有人的这三项请求权,笔者认为侵害人无权以不可抗力而为抗辩<sup>[10]</sup>。而对于侵害占有的损害赔偿请求权,应该适用侵权法上的过错责任原则,通常须侵害人具有过错,侵害人无过错的可以免责<sup>[11]</sup>。因此,对于因为不可抗力侵害占有而导致的损害赔偿请求权,侵害人可以不可抗力而为抗辩<sup>①</sup>。

无权处分人处分占有标的,从而侵害权利人之间接占有时,例如出租人出卖租赁标的物给善意第三人,如果标的物已经交付,那么善意第三人即时取得无权处分之标的物,权利人针对善意第三人提起占有保护之诉时,善意第三人有权以善意取得进行抗辩<sup>[9] 235-237</sup>。

(三)除斥期间届满。《物权法》第245条为占有物返还之诉规定了一年除斥期间,由此除斥期间届满能够成为占有返还之诉的抗辩权。该项抗辩之效果,并不在于对抗请求权,而在于消灭请求权。

除了返还原物请求权,有学者认为《物权法》第245条所规定的一年除斥期间,应该统一适用于所有的物权性质的占有保护请求权,仅侵害占有的损害赔偿请求权除外<sup>[12]</sup>。但是也有学者对此表示异议,认为占有人的排除妨害和消除危险请求权没有必要也不应该受一年除斥期间之限制<sup>[13]</sup>。笔者赞同将《物权法》所规定的返还原物的一年除斥期间统一适用于所有的物上请求权性质的占有保护请求权之主张,此项争议的焦点实质在于如何理解占

有保护制度中所谓的“侵害”或者“妨害”,即是否区分“侵害”或“妨害”的行为与其后果。否定说只考虑到妨害已经消失或者危险已经不复存在,以及妨害或者危险持续发生的情形,但是对于“侵害”或“妨害”的后果持续存在的情形却没有顾及,该观点明显有误。如果对于“侵害”或“妨害”的行为与其后果不加区分,那么对于侵占他人之物的行为,只要侵害人不返还侵占物,则侵害的后果一直持续,那么原占有人也就一直有权行使占有物返还请求权,这种理解有悖我国《物权法》设立占有保护请求权一年除斥期间的立法目的。因此,以除斥期间届满作为抗辩权应该具有抗辩所有的物上请求权性质的占有保护请求权之效力,建议将来的《物权法》司法解释能够对此予以明确规定。

(四)原告的占有为无权占有。无权占有遭受侵害,无权占有人是否享有占有保护请求权,侵害人能否以原告之占有为无权占有进行抗辩,目前学界尚存争论。有学者认为,非法占有概念本身即体现出法律的否定性评价,非法占有不受占有保护<sup>[14]</sup>。“恶意占有、非法占有,不应该也不可能受到法律的保护”<sup>[15]</sup>。因此,针对非法占有人的占有保护诉讼,侵害人当然得以原告之占有为无权占有进行抗辩。也有学者认为:占有是事实而非权利,权利保护之逻辑无法完全适用于占有保护,无论是有权占有、无权占有抑或是权属不明之占有,只要占有受到侵害,占有人即可行使占有保护请求权,这与占有属于有权占有抑或无权占有无关<sup>[16]</sup>。例如,甲向乙购买某狗,并已付款,乙迟不交狗,尽管此时乙依约负有交狗的义务,但甲亦无权自行牵狗<sup>[17]</sup>。因此,针对非法占有人的占有保护诉讼,侵害人不得以原告之占有为无权占有进行抗辩。

针对上述两种对立观点,笔者认为:占有是事实而非权利,狭义占有之诉的目的与功能在于保护占有,并不直接涉及本权,也不以占有人享有本权为保护前提。占有保护与本权保护亦存在根本性区别,不容混淆。对于无权占有人所提起的狭义占

① 《中华人民共和国侵权责任法》第29条规定:因不可抗力造成他人损害的,不承担责任。法律另有规定的,依照其规定。

有之诉,侵害人不得以原告之占有为无权占有进行抗辩,而对于无权占有人所提起的损害赔偿之诉,侵害人通常得以原告之占有为无权占有进行抗辩。总之,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之情形,被告仅仅在此情况下才享有抗辩权,无权占有不受任何占有保护的观点难以成立<sup>[18]</sup>。

(五)占有人对于损害的发生及其扩大存在与有过失。如果占有人对于损害的发生或者扩大存在与有过失,那么侵害人之赔偿责任得以减轻。而如果损害发生的主要原因归咎于被害人一方,也就是损害主要是由被害人方面所引发,或者被害人方面能够采取预防措施防止或者减少损害之发生而未采取,则被害人无权要求侵害人赔偿,侵害人可以与有过失进行抗辩(Einrede)<sup>[19]</sup>。对此问题,《德国民法典》第254条有明文规定。我国《民法通则》第131条、《侵权责任法》第26条对于被害人与有过失的情形,只规定了可以减轻侵害人的民事责任,而没有规定可以免除侵害人的民事责任,该规定明显与《德国民法》之规定有别,但是被害人存在与有过失无疑可以成为侵害占有损害赔偿之诉侵害人要求减轻赔偿责任之抗辩事由。

(六)被告享有本权。例如,租赁期满承租人拒不返还租赁物时出租人强行取回,此时如果承租人请求占有保护那么出租人能否以享有本权进行抗辩。对此问题,《日本民法典》第202条、《德国民法典》第863条、《韩国民法典》第208条等均设有明文,对于占有之诉法院不得依本权进行裁判,当事人亦不得以本权进行抗辩。当事人如欲援引本权,应该反诉或者另行起诉,我国台湾地区在司法实践中亦持占有之诉不依赖于本权的原则<sup>[20]</sup>。

从我国目前司法实践的具体情况来看,本权人与占有人之间频发利益冲突,而《物权法》等现行法律对于占有之诉能否以本权进行抗辩的问题则法无明文。例如在“胡某与冯某物权保护纠纷上诉案”<sup>[21]</sup>以及“姜美妍与贾海涛等财产损害赔偿纠纷上诉案”<sup>[22]</sup>等案件中,受诉法院对于本权人侵害无权占有的情形并未为无权占有人提供占有保护,而是直接依据本权人之本权抗辩进行裁判。该裁判

方法有利有弊,利在于允许被告以享有本权进行抗辩,可以终局性解决纠纷。弊在于允许被告以享有本权进行抗辩,混淆了占有之诉与本权之诉的界限,不利于占有之诉的时效性和占有保护立法目的之实现,使得占有之诉被本权之诉取代或架空。

值得注意的是,大陆法系传统民法上的占有之诉,专指狭义上的占有保护诉讼,只包括行使物权性占有保护请求权而引发之诉讼,而不包括行使债权性占有保护请求权而引发之诉讼,即侵害占有的损害赔偿诉讼在内。侵害占有损害赔偿之诉,其立法目的主要在于填补损害,对于时效性并无过高要求,应该允许以本权直接抗辩<sup>[19] 140-142</sup>。因此,笔者认为,被告享有本权仅能够有条件地对抗债权性占有保护请求权——占有人所提起的损害赔偿之诉,对于占有人所提起的物权性占有诉讼,本权人(被告)不能以享有本权进行对抗。被告如欲主张本权,应该通过本权之诉解决。

(七)受害人同意。罗马法以来,受害人同意一直是侵权损害赔偿的免责事由之一。所谓受害人同意,是指受害人自愿承担某种损害后果的明确意思表示。例如受害人同意侵害人利用自己的墙壁发布广告,受害人同意侵害人占有、使用自家闲置的车库、车位、杂物间等。

受害人同意作为抗辩事由,其成立要件主要包括:第一,同意之内容必须明确、具体,仅仅表示出“我同意”、“我愿意”或者在上述字样下面签名,此项抗辩尚不足以成立。第二,受害人同意系出于真实和自愿,侵害人方面不存在欺诈、胁迫甚至暴力干涉等情形。第三,受害人具有同意能力。德国学界通说认为,受害人的同意能力通常不能以受害人有无行为能力作为判断标准,而应根据个案具体情况加以衡量。但是,如果同意系以合同方式约定,那么同意人必须具有行为能力<sup>[23]</sup>。英美侵权法也认为同意能力不同于行为能力,儿童、醉汉、神志不清者、精神病人以及弱智者不具有同意能力<sup>[24]</sup>。第四,加害人尽到充分合理的告知义务,尤其是对于侵害的方式、方法、期限以及后果,应该尽量详细地予以告知,尤其是对于消除加害后果、恢复原状的代价亦应明确告知。第五,不得违反法律的强行

性、禁止性规定以及公序良俗等。Larenz 教授指出,对于杀人、放火行为所表示之同意,因其违反强行法以及公序良俗,该同意无效,行为人无权以受害人之同意作为抗辩<sup>[25]</sup>。

《民法通则》以及《侵权责任法》等现行法对于受害人同意没有明文,仅仅规定了被侵权人对损害的发生存在与有过失时,可以减轻侵权人之赔偿责任(《民法通则》第 131 条、《侵权法》第 26 条)。自解释论的角度而言,受害人之同意完全可以为受害人存在与有过失所涵盖,从而减轻受害人的民事责任。从司法实践来看,受害人之同意大多表现为合同,比如租赁合同、承揽合同等,也有一些表现为单方的允诺,但是随着另一方对于合同标的或者允诺标的持续不断的占有和使用,当事各方对于占有和使用的方式、方法、期限和范围等发生了争议<sup>[25]445,446</sup>。对于此种争议,首先应该考虑在《合同法》第 122 条以及《物权法》第 241 条的框架内予以解决。

最后,在不动产相邻关系中,相邻各方应该为他方的生产、生活提供必要的便利,例如为邻人的“截水、排水、通行、通风、采光”等提供必要的便利(《民法通则》第 83 条),为邻人的“建造、修缮建筑物以及铺设电线、电缆、水管、暖气和燃气管线等”提供必要的便利(《物权法》第 88 条等),提供必要的便利也就是对于他方的行为表示同意并且予以配合,因此对于己方的权利予以某些限制,对于由此而发生的轻微的侵害、妨碍和造成的不便,同意人有容忍的义务,行为人有权以受害人之同意作为抗辩。但是,相邻关系只要求为相邻方提供基本的必要便利,超出相邻关系之合法限度,行为人即不得以受害人之同意作为抗辩。

#### (八) 紧急避险、自助行为以及无因管理

我国现行《物权法》、《侵权责任法》等法律明确区分了本权保护与占有保护,对于侵害占有与侵害本权,由不同的法律规范确立不同的请求权基础。占有之诉与本权之诉在请求权基础、立法目的等诸多方面存在明显区别。本权之诉无法完全取代占有之诉的立法功能<sup>[17]345</sup>。占有一旦成立,即与本权关系相对独立,如果侵害占有的同时亦构成侵

害占有背后之本权,并且该本权亦属《侵权责任法》保护之列,则发生请求权竞合。当事人可以选择一个于己有利之请求权提起诉讼<sup>[26]</sup>。

那么,针对侵害本权的抗辩事由,例如紧急避险、自助行为以及无因管理等,对于占有保护请求权能否适用呢?对此问题,学界鲜见讨论。笔者认为,占有虽非权利,但是亦属法律所保护之利益。罗马法以来,侵害占有一直属于广义上的侵权行为,我国学界通说亦认为侵害占有也是侵权行为。按照举重以明轻之原则,侵害本权之人,如其行为符合紧急避险、自助行为以及无因管理等构成要件,况且因为违法阻却而得以免责,而占有与本权相比明显属于次级法益,那么侵害占有之行为如其符合紧急避险、自助行为以及无因管理等构成要件时,当然得以抗辩和免责。但是,正当防卫之情形通常构成例外,因为正当防卫主要是对于加害人之人身进行钳制和反击,通常与占有无涉,因此正当防卫构成典型的侵权抗辩事由,但是一般无法成为侵害占有的抗辩事由<sup>[25]445</sup>。

### 三、关于法官的释明权

与占有之诉抗辩权密切相关的一个问题是,在诉讼中,如果被告方面享有某种抗辩权但是被告忽略了该抗辩权而没有提出,或者被告对于其享有某种抗辩不知情,此时承办案件的法官可否提醒或者释明?目前国内学界对此问题的研究甚少,比较具有代表性的看法是:对于诉讼上之抗辩,当事人纵未提出,法院亦应审查事实,如认为有抗辩事由之存在,为当事人利益,须依职权作有利的裁判。反方的观点则认为,对于抗辩权,其效力不过是对已存在的请求权发生一种对抗的权利而已,义务人是否主张,有其自由。义务人放弃抗辩的权利时,法院不得予以审查。所谓诉讼上之抗辩,是指程序法上的抗辩,包括权利障碍的抗辩和权利毁灭的抗辩。所谓抗辩权,是指实体法上的抗辩权,包括永久抗辩权和一时抗辩权<sup>[27]</sup>。德国学界通说也认为:权利(包括请求权)之不存在与权利之行使遭受抗辩等阻碍并非一回事,权利不存在、未形成、或者权

利已消灭之事由应依职权予以审核和释明,而对于权利行使的抗辩则必须当事人自己提出,法官不得予以释明<sup>[28]</sup>。我国现行法对于诉讼上之抗辩以及抗辩权的行使规则规定甚少,在相关司法解释中对于诉讼时效之抗辩具有一些简略规定(参见最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第三条)而《合同法》、《物权法》、《侵权责任法》、《公司法》、《证券法》等众多民商事法律中对于抗辩以及抗辩权的行使规则法无明文,学界的观点大体上与德国学界的通说一致<sup>[29]</sup>。

笔者认为,判定民事诉讼过程中法官能否对抗辩权进行释明,应该综合考虑以下几点因素:第一,司法的过程和目的在于实现和维护社会的公平正义,保证法律的贯彻实施。在法律对于抗辩权的行使规则和能否释明具有明文时,当然得遵守法律。在法无明文时,释明的界限应该限于维护基本的公平正义所必须的范围之内。第二,抗辩权本质上属于一种民事权利,义务人行使与否,法院不应过多干预,这是民法意思自治原则的基本要求及该原则在诉讼法领域的自然延伸,同时亦符合民事诉讼上之处分原则。第三,民事诉讼过程中,法院和法官处于中立地位,在义务人不依法行使抗辩权的情形下,人民法院不应越俎代庖,这与法院居中裁判的地位相适应。因此,德国学界区分权利不存在与权利之行使遭受抗辩并以此确定法官能否释明之界限,对于我国目前占有保护诉讼的司法实践具有借鉴意义。按照这一理论,上文的抗辩事由中,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、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有关的请求权,法官可以依职权予以审核、提醒和释明。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存在与有过失、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提醒和释明。■

#### 参考文献:

- [1] 章正璋. 我国民法上的占有保护——基于人民法院六年来占有保护案例的实证分析[J]. 法学研究, 2014(3): 187-193.
- [2] 李可. 法学方法论的局限: 从方法的缺陷开始追问[J]. 重庆理工大学学报: 社会科学, 2013(1): 61-64.
- [3] 柳经纬, 尹腊梅. 民法上的抗辩与抗辩权[J]. 厦门大学学报: 哲学社会科学版, 2007(2): 90-93.
- [4] 上海市第一中级人民法院(2009)沪一中民二(民)终字第1601号[DB/OL]. [2015-07-01]. <http://www.pkulaw.cn>.
- [5] 上海市第一中级人民法院(2009)沪一中民二(民)终字第2011号[DB/OL]. [2015-07-01]. <http://www.pkulaw.cn>.
- [6] 平顶山市郟县人民法院(2012)郟民初字第615号[DB/OL]. [2015-07-01]. <http://www.pkulaw.cn>.
- [7] 湖南省辰溪县人民法院(2012)辰民一初字第316号[DB/OL]. [2015-07-01]. <http://www.pkulaw.cn>.
- [8] 重庆市潼南县人民法院(2011)潼法民初字第01873号[DB/OL]. [2015-07-01]. <http://www.pkulaw.cn>.
- [9] Ulrich von Lübtow, Hand wahre Hand, Verlag Franz Vahlen G. m. b. H Berlin, 1955: 170-172.
- [10] Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Verlag C. H. Beck München, 2006: 2458, 2459.
- [11] 王利明. 物权法研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2007: 761.
- [12] 张双根. 占有的基本问题——评《物权法草案》第二十章[J]. 中外法学, 2006(1): 125.
- [13] 王胜明. 中华人民共和国物权法解读[M]. 北京: 中国法制出版社, 2007: 523.
- [14] 李锡鹤. 物的概念和占有的概念[J]. 华东政法大学学报, 2008(4): 28.
- [15] 廖新仲. 关于《物权法》第245条占有保护适用范围的理解[J]. 法律适用, 2011(5): 66-68.
- [16] 胡康生. 中华人民共和国《物权法》释义[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 520.
- [17] 王泽鉴. 民法物权(二)[M]. 台北: 三民书局, 2005: 344.

- [18] Thomas W. Merrill. Accession and Original Ownership[J]. *Journal of Legal Analysis*, 2009,1(2):460.
- [19] Dieter Medicus, Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadensersatz, AcP 165(1965):138,140ff.
- [20] Dieter Medicus, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 8. Auflage, München: Carl Heymanns Verlag, 2008: 154 - 156.
- [21] 广东省深圳市中级人民法院(2011)深中法民五终字第1346号[DB/OL]. [2015 - 07 - 01]. <http://www.pkulaw.cn>.
- [22] 山东省青岛市中级人民法院(2011)青民五终字第1063号[DB/OL]. [2015 - 07 - 01]. <http://www.pkulaw.cn>.
- [23] *Neue Juristische Wochenschrift*, NJW 61, 255.
- [24] 李亚虹. 美国侵权行为法[M]. 北京:法律出版社,1999:36,37.
- [25] Walter G. Becker, Das Recht der unerlaubten Handlungen, Duncker & Humblot, Berlin Verlag, 2006: 446.
- [26] BGHZ 73, 355, 359 = NJW 1979: 1358. Spiess JZ 1979: 717f.
- [27] 王泽鉴. 法律思维与民法实例[M]. 北京:中国政法大学出版社,2001:172 - 174.
- [28] Roth, Die Einrede des Bürgerlichen Rechts, C. H. Beck München, 1998: 211ff.
- [29] 王葆蔚. 德国民法典中抗辩概念的发展史[J]. 西南政法大学学报, 2004(1):61,62.

## Study on the Objections of the Possessory Action

ZHANG Zheng-zhang

(Kenneth Wang Law School of Soochow University, Suzhou 215006, China)

**Abstract:** Where there are claims, there are also objections. In the nature the objections can be divided into eight categories. Objections, such as the possession by the plaintiff never occurred, the deprivation of possession and the interference with possession do not exist, the claims are statute - barred, can the judge interpret them during the civil suit. While objections, such as the possession by the plaintiff was unauthorized, contributory negligence of the plaintiff, the action of the defendant was based on the right, the consent of the principal, necessity, self - help and agency without specific authorization, can't the judge interpret them during the civil suit. Although the self - defence against persons is one kind of objections against torts, it isn't one kind of objections against the claim to legal protection of possession.

**Key Words:** claim to legal protection of possession; defence and objection; interpretation

本文责任编辑:林士平