

· 民商法研究 ·

盗赃占有若干法律问题探讨

刘志强

摘要：盗赃占有虽系无权占有、恶意占有，但盗赃占有亦应享有占有权利推定的效力。占有是时效取得制度的基础，虽然时效取得并不以善意占有为必要，但善意占有与恶意占有在时效取得之时效期间上会有重大差别。占有既为事实，盗赃占有也受占有保护。盗赃占有人所受的保护，不限于自力救济权与占有物上请求权，还包括侵权损害赔偿请求权与不当得利请求权。

关键词：盗赃 占有 时效取得 不当得利 损害赔偿

中图分类号：D923.2 **文献标志码：**B **文章编号：**1672-1020(2008)02-0061-06

盗赃“系指以盗窃、抢夺、或强盗等行为夺取之物而言，不包含因欺诈、侵占所得之物在内。”^①盗赃占有有广义与狭义的界定。盗贼对盗赃的直接占有属于狭义上的界定，而广义之解还包括盗贼将盗赃出借、出租、寄托等形成的间接占有。由于篇幅所限，本文讨论重心侧重在狭义范围。依通说观点，占有在本质上系事实，有无占有的权利在所不问，窃贼也为占有人，所以自罗马法以来的民法典均在一定程度上承认了非法占有人的利益。^②但对盗赃该如何规范，始终是占有制度上的一大难题，自罗马法以来，学者聚讼，各国的立法例不尽相同。虽然已有无数学者为占有制度倾尽心力，也取得了较为丰硕的成果，如德国的萨维尼、布鲁斯、耶林，以及美的波霍姆斯、波斯纳等。但对盗赃占有的诸多问题，至今尚未厘清，争议甚大，概可归纳为：盗赃占有能否适用占有权利推定？盗赃占有人能否通过时效取得盗赃之所有权？盗赃占有人享有自力救济权与物上请求权自无疑义，但能否享有侵权损害赔偿请求权与不当得利请求权？无疑，这些问题的解决，对占有理论之完善与实务之运行，不无裨益。

一、盗赃占有与占有权利推定

1. 占有权利推定

所谓占有权利推定，系指占有人于占有物上行使的权利，推定为其合法享有。因占有所推定的权利，不限于物权，也包括债权，但究竟为何种权利，依其所行使者而定，如占有人以所有的意思占有，

收稿日期：2008-02-12

作者简介：刘志强（1985-），男，湖北随州人，汉族，厦门大学法学院学生，研究民商法，福建厦门，361005。

① 王泽鉴：《民法物权》第二册《用益物权·占有》，中国政法大学出版社2001年版，第283页。

② 张晓军：《论占有在制度在物权法上的定位》，《中国人民大学学报》1998年第4期。

则推定其合法享有所有权。依通说，法律之所以设占有权利推定，理由有四：第一，基于本权存在的盖然性，保护占有背后的权利；第二，免除占有人举证责任的困难，易于排除侵害，维护物的秩序；第三，占有权利既受推定，产生公信力，有益交易安全；第四，可以避免争议，减少诉讼，节省资源，促进物尽其用，符合经济原则。^①

在此需要指出的是，占有权利推定的旨趣在于维护物的事实秩序，并非对权利状态的最终确认，其推定的权利并不一定为真正占有人所享有，故占有推定仅具有防御作用，具有消极性，占有人不得为积极的主张，如占有人不得依占有权利推定主张为所占有的房屋进行产权登记。

2. 盗贼占有是否适用占有权利推定

对盗贼占有是否可适用占有权利推定的问题，学术界缺乏探讨，鲜有触及。但对此问题的回答，涉及到盗贼占有人是否享有侵权损害赔偿请求权与不当得利请求权等诸多问题，甚为重要。一些学者在探讨盗贼占有是否受侵权损害赔偿与不当得利的保护时，往往忽视了此问题。

盗贼占有在实质上系恶意占有，但在占有的外形上，无从判断其究为有权占有抑或无权占有，究为善意占有抑或恶意占有。自罗马法以来，占有从本权中分离，予以独立化，其目的在于维持社会秩序，而非维护个体的利益，正如学说所言，“占有系对物现存的支配关系，就其原状加以保护，俾资维护社会生活秩序”。^②在此意义上，占有关注的是对物的事实支配，而这种事实从何而来，有无权源，实属另一法律关系，在占有层面上法律在所不问，故“关于物之占有，不问其有无权利，足资依据，皆可发生法律上之效力。”^③占有人基于占有事实，得适用占有权利推定，而不问其占有从何而来，是否合法，诚如梁慧星先生所言，“所谓推定权利为占有人合法享有，指占有人只须证明自己为占有人，即可受权利推定的保护。”^④由此可见，从占有制度的目的以及占有权利推定的本意来看，盗贼占有自可适用占有权利推定。虽然这样的处理有时不免庇护了一些不该予以保护的人，但事情总是有利有弊的，权衡轻重，为了大多数人的利益，不得不牺牲少数人的利益另谋补救之方。^⑤何况，占有权利推定是暂时性的，并不能在终局上决定权利利益的归属。盗贼占有人所受各种利益，在遇到本权占有人后应返还；本权占有人所受各种损害，得请求盗贼占有人赔偿；对于占有物，本权占有人得向盗贼占有人行使占有物返还请求权。

二、盗贼占有与时效取得

1. 时效取得

时效取得系指无权利人以行使所有权或其他财产权的意思，公然、和平、持续占有他人的财产，持续一段期间，即依法取得该财产所有权或其它财产权的一种法律事实。^⑥承认时效取得的理由，通说系认为在于保护长期所生之法律关系，以谋求社会的安定。^⑦通过时效取得的权利不限于所有权，还包括除所有权以外的其它财产权，但目前各国立法承认的主要是所有权，其它财产权能否通过时效被取得尚处在理论争议中。

我国台湾地区民法典规定，占有人对动产为自主占有、和平占有、公然占有，经过5年的期间，即可取得该动产的所有权；对不动产，占有之始为善意并无过失者，经过10年期间即可请求为所有权

① 谢在全：《民法物权论》（下册），中国政法大学出版社1999年版，第962页。

② 刘德宽：《民法诸问题与新展望》，三民书局1980年版，第312页。

③ 梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社1998年版，第618页。

④ 中国物权法研究课题组：《中国物权法草案建议稿附理由》（第2版），社会科学文献出版社2007年版，第689页。

⑤ 周鲠：《罗马法原论》（上），商务印书馆1994年版，第422页。

⑥ 彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社2001年版，第370页。

⑦ 具体内容参见谢在全：《民法物权论》（上册），中国政法大学出版社1999年版，第146-147页；梁慧星、陈华彬：《物权法》（第2版），法律出版社2003年版，第128-129页。

的登记，否则需要 20 年的期间（台湾民法典第 768、769、770 条）。由此可见，占有是时效取得的基础，占有人自主、和平、公然占有动产或不动产，经过一定的期间，即可取得所有权。在此需要说明的是占有人的自主占有是推定的，并不需要占有人进行证明，只要占有人不是基于占有媒介关系而占有他人之物，即可推定其为自主占有，如承租人、保管人、借用人、质权人、留置权人等对标的物的占有即为他主占有，不得推定为自主占有。在时效取得中，关于占有之始是否需为善意，自罗马法以来，争议甚大，各国立法例不尽相同。此也直接关系到盗赃占有人能否通过时效取得盗赃的所有权，如果对此持肯定态度，盗赃自然没有通过时效取得所有权的可能；反之，则盗赃可以通过时效取得所有权。

2. 盗赃占有人能否通过时效取得盗赃的所有权

在古罗马法上，盗赃物并不能通过时效取得，“‘阿提尼亚法’说，盗赃物只有回到失去其物的人的支配下才能被通过时效取得”^① 在近现代的立法例上，日本与我国台湾地区民法采否定主义，德国、瑞士与法国民法典则采肯定主义。^② 我国台湾地区学者大多对此持否定态度。“台湾地区学者通说认为，占有人的善意不是动产所有权时效取得的要件”。^③ 学者史尚宽认为“遗失物、盗品，不妨进行时效取得”，^④ 谢在全也认为“抑或是明知无权占有而为占有之恶意占有（窃盗），占有之始，是否合法，均非法律所问。”^⑤ 对此持肯定态度的，如大陆学者王利明，其物权法建议稿第 69 条规定动产所有权的取得时效必须“自其占有之始即为善意并无过失”。^⑥

民法之所以对盗赃设特别规定，主要是因为在此等情形下，物之离去所有人而由他人占有并非基于所有人的意思，应予适当保护。^⑦ 在此意义上，若允许盗赃可通过时效被盗赃占有人取得所有权，的确有违法律的正义观，在道德情理和正义感情上有违妥当。但从占有制度与时效取得制度的价值目标上看，二者均在于维持一种物的秩序，保证社会的平和。何况，承认占有人无论善意与否，都能取得占有物的所有权，更能促进物尽其用的社会功能。^⑧ 在此意义上，允许盗赃可通过时效取得所有权并无不妥。为求二者的衡平，盗赃占有人取得所有权的时效期间应当较善意占有人更长方为合适。这样既能达到占有制度与时效取得制度维护物之秩序与社会安定的目的，又能照顾到盗赃占有的特殊性。我国台湾地区民法典规定善意占有人取得不动产所有权的时效期间较恶意占有人少了一半，但在动产所有权的时效取得中，并未对善意占有与恶意占有作出区分，此乃一大遗憾。我国大陆地区将来民法典的制定，若承认时效取得制度，也应当区分善意占有与恶意占有在时效期间上的差别。

但一些人担心，若承认盗赃可通过时效取得所有权，可能会对那些行为不轨的人哄抢、偷盗他人财产等起到鼓励作用。笔者认为，此种担心实属多余。虽然承认盗赃可以通过时效被盗赃占有人取得所有权，但这并不意味着在盗赃通过时效取得所有权后，就能免除哄抢、偷盗之人的刑事责任，就能免除盗赃占有人对本权占有人的侵权损害赔偿赔偿责任。何况在盗赃通过时效取得之前，法律已经给予了本权占有人足够长的时间去主张权利，寻求救济。

三、盗赃占有与占有保护

1. 占有保护

① [意]桑德罗·斯契巴尼选编：《物与物权》，范怀俊译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 52 页。

② 梁慧星、陈华彬：《物权法》（第 2 版），法律出版社 2002 年版，第 130-131 页。

③ 陈华彬：《物权法》，法律出版社 2004 年版，第 261 页。

④ 史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 71 页。

⑤ 谢在全：《民法物权论》（上册），中国政法大学出版社 1999 年版，第 148 页。

⑥ 王利明主编：《中国物权法草案建议稿及说明》，中国法制出版社 2001 年版，第 18 页。

⑦ 王泽鉴：《民法物权》第二册《用益物权·占有》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 254 页。

⑧ 王泽鉴：《民法物权（通则、所有权）》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 155 页。

占有为事实，抑为权利。自罗马法以来，学者聚讼，各国立法也亦不尽同。将占有定为事实的有德国、瑞士民法典，以及我国台湾地区民法典；将占有规定为权利的有日本民法典。依通说，占有本为一种事实，为维护物的秩序，法律赋予占有有一定的法效果，予以保护。在此意义上，无论将占有规定为权利还是规定为事实，占有在法律上的地位并无不同。因为二者均系赋予某种事实以一定的法律效果并加以保护，使占有人得享受占有所生之利益。^① 法律对占有的保护，可分为物权法上的保护与债权法上的保护。前者包括占有人的自力救济权与占有保护请求权，后者包括侵权损害赔偿请求权与不当得利请求权。对于占有人应否享有侵权损害赔偿请求权与不当得利请求权，先前学者争议甚大，但现在学者多认为占有得成为侵权行为与不当得利的客体而受其保护。

2. 盗贼占有是否受占有保护

依学界恒常观点，民法对占有保护的根据在于保护现实占有关系并据此维持一种理性秩序，^② 故而对占有而言，有无占有的权利在所不问，窃贼也为占有人。在此意义上，盗贼占有也受法律的保护自无疑义。但德国法学家 Jhering 云“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”。^③ 此观点是否妥适，尚有研究的余地。

从表面上看，无论在道德情感上还是在法律的公平正义上，对盗贼占有人并无保护的必要。但对盗贼占有的保护并不是保护占有人的个体利益，而是为了维护物的秩序和社会的和平，乃是为了公众的利益。“法律所谓保障公共利益，退至其极，个别利益当亦受其惠。”^④ 此外，盗贼占有人对侵夺其占有之人（非本权人）纵享有自力救济权与物上请求权，但其物上请求权的除斥期间仅为一年，虽然自力救济权的除斥期间至今尚无定论，但肯定短于一年。一年过后，盗贼占有人对侵夺其占有的人不享有任何请求权。虽然基于盗贼占有瑕疵的永续性^⑤，本权占有人可以对第二顺位的盗贼占有人主张占有的权利，但实际生活中本权占有人很少在一年以后还来主张权利。这在客观上赋予了第二顺位为盗贼以事实上的合法地位。在法律效果上，它鼓励人们用暴力来对待暴力、以非法来对待非法，难免陷入一种恶性循环，遑论占有制度目的的实现。而赋予盗贼占有人以侵权损害赔偿请求权与不当得利请求权，显然更为妥适。何况对盗贼占有的保护仅是暂时性的保护，其基于侵权损害赔偿请求权与不当得利请求权对占有物所生之利益，最终也要归还给本权占有人。

由此可见，盗贼占有与善意占有乃至有权占有在占有保护上并无差别。但盗贼占有何以受侵权损害赔偿与不当得利之保护，有着更为深层的原因。

3. 盗贼占有人是否享有侵权损害赔偿请求权

大体而言，侵权行为可分为通常侵权行为（也称一般侵权行为）与特殊侵权行为，通常侵权行为之构成又有三种情形，即权利的伤害、违背善良风俗的故意加害、违反保护他人的法律。所谓保护他人的法律，系指一般防止危害权益或禁止侵害权益之法律。^⑥ 受法律所保护的权益，即为法益。所谓“法益者，系指法律上主体得享有经法律消极承认之特定生活资源。”^⑦ 简而言之，法益就是指应受法律的保护但尚未被法律明文规定为权利的利益。但“个人对于此种利益，初无任何支配权，只于第三者侵及此规定时，受害者始有损害赔偿之请求。”^⑧ 依通说，占有得为侵权行为法所保护的對象，其依据在于占有受法律的保护，侵害占有即为违反保护他人法律的侵权行为。^⑨ 由此可见，占有应为

① 曾荣振：《民法总整理》，三民书局 1981 年版，第 571 页。

② 刘云生：《占有制度的法哲学、法史学考察》，《汕头大学学报》（人文社会科学版）第 20 卷，2004 年。

③ 王泽鉴：《民法物权》第二册《用益物权·占有》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 381 页。

④ 芮沐：《民法法律行为理论之全部：民总债合编》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 2 页。

⑤ “动产一旦成为盗贼或遗失物，则恒成为盗贼或遗失物，不应辗转买卖而受影响”，此乃占有瑕疵之永续性。参见王泽鉴《民法物权》第二册《用益物权·占有》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 286 页。

⑥ ⑧ 孙森焱：《民法债编总论》（上册），法律出版社 2006 年版，第 174、208 页，第 2 页。

⑦ 曾世雄：《民法总则之现在与未来》，三民书局 1993 年版，第 69 页。

⑨ 王泽鉴：《侵害占有之侵权责任与损害赔偿》、《民法学说与判例研究》，中国政法大学出版社 1997 年版。

一种法益。

虽然占有人应享有侵权损害赔偿请求权已无疑义，但盗赃占有人应否享有侵权损害赔偿请求权争议甚大。对此持否定态度的有德国学者鲍尔/施蒂尔纳。其认为“在有过失地侵害合法占有时，会导致损害赔偿义务的产生”；^①我国大陆学者王利明也认为“非法占有尤其是恶意占有本身是法律所禁止的，不可能形成合法利益并受到法律保护，当然也不应受侵权行为法的保护。”^②我国台湾地区学者王泽鉴认为“无权占有原则上亦在保护之列，惟其得请求赔偿之损害者，应受限制。”^③对此持肯定态度的有德国学者 Heck，其从经济学的观点强调无权占有人已有保护的必要；^④此外，我国台湾地区的司法实践也认为恶意占有人得依侵权行为法请求使用收益之损害。^⑤

在以上反对意见中，德国学者鲍尔/施蒂尔纳并没有对其观点进行论证，无讨论的必要。王利明教授的观点混淆了一个前提。非法占有乃至恶意占有，在本权层面上受法律的禁止；但在占有层面上却是受法律保护的，这本身即是一种利益，遑论非法占有人还享有占有权利推定、时效取得等利益，尽管这些利益只是暂时的推定，并不具有终局性，但只要这种推定没有被推翻，这些利益就归属非法占有乃至恶意占有人所有。非法占有在本权层面上受法律禁止与在占有层面上受法律保护并不矛盾，前者是终局性的裁定，后者只是一种暂时的推定。不加区分的、笼统的断定非法占有受法律的禁止，显然有失妥当。

王泽鉴先生对其观点论证是，无权占有人虽受民法的保护，但仅限于消极方面的保护，即占有人的自力救济权与物上请求权；但在积极方面，无权占有人对于占有物并无使用收益之权能。换言之，物的使用收益，在法律上并不归属于无权占有人，无权占有人自无主张之余地。^⑥笔者认为，此观点有两大缺陷。其一，在法益受他人侵犯时，受害者享有的损害赔偿请求权并非一种积极的支配权能，而是一种被动的、消极的防御手段；其二，物的使用收益在本权层面不属于无权占有人，但在占有层面却是推定属于无权占有人的（详细论证请见后文），并构成占有的一种法益。在无权占有人的法益遭受他人侵害时，自得消极地援用侵权损害赔偿请求权。王泽鉴先生同时认为，从占有保护的规范目的、情理、正义感情上看，虽然强盗与小偷也享有占有保护，但仅止于自力救济或占有保护请求权，以维护社会的秩序，似不能因此而言为强盗与小偷应对取回其物的所有人，也应请求不能对盗赃物为使用收益而生的损害。^⑦笔者认为，此观点最大缺陷在于忽视了占有与本权的关系，导致以偏概全。本权占有人对无权占有人可基于占有而行使占有物取回权、占有物返还请求权，可基于所有权而行使所有物返还请求权，还可行使不当得利请求权、侵权损害赔偿请求权。盗赃占有人在遇到本权占有人的请求后，其占有推定即被推翻，自不得再以占有权利推定主张对物的使用收益，且先前使用收益所获得的利益须依不当得利返还给本权占有人。盗赃占有人虽然对取回其物的本权占有人，不得请求不能对盗赃占有物为使用收益而生的损害，但可向除本权人以外的第三人请求之。

4. 盗赃占有人是否享有不当得利请求权

所谓不当得利，系指无法律上的原因而受利益，致他人受损害者，应负返还的义务。其可分为给付不当得利与非给付不当得利。给付不当得利系指给付因自始欠缺目的或目的不达而生的不当得利；非给付不当得利，系指受益非系本于受损者的给付而生的不当得利，其包括权益侵害不当得利、支出费用不当得利、求偿不当得利。^⑧

占有可以成为不当得利的客体，但盗赃占有是否可成为不当得利的客体？王泽鉴先生认为，无权

① [德]鲍尔·施蒂尔纳著：《德国物权法》（上册），张双根译，法律出版社2004年版，第167页。

② ④ ⑥ 王利明：《物权法论》，中国政法大学出版社1998年版，第836-837页，第837页，第250-251页。

③ [德]鲍尔·施蒂尔纳著：《德国物权法》（上册），张双根译，法律出版社2004年版，第269页。

⑤ 1985年台上字第752号判决。

⑦ 王泽鉴：《民法物权》第二册《用益物权·占有》，中国政法大学出版社2001年版，第381页。

⑧ 王泽鉴：《债法原理》第二册《不当得利》，中国政法大学出版社2002年版，第32、138页。

占有得成为给付不当得利之客体，如甲将其偷来的自行车出买给乙，并为交付，后该买卖合同因意思表示瑕疵而被撤销，甲得以不当得利请求乙返还对该自行车的占有；但盗贼占有不能成为侵害他人权益的不当得利之客体，因为恶意占有人对占有物并无使用收益的权能，欠缺权益归属的内容，他人并没有侵害应归属于善意占有人的权益。^① 笔者认为，既然无权占有得成为给付不当得利的客体，即表明无权占有受法律的保护，得为法益。依此推之，恶意占有也应为法益。盗贼占有既为法益，自可成为为侵害他人权益的不当得利的客体。由此观之，王泽鉴先生的观点在逻辑上难以融通。同时，纵恶意占有人不得享有善意占有对占有物使用受益的权能，但占有利益并不限于对占有物的使用收益，如时效取得、占有权利推定等均是占有法益的内容。对这些占有法益，恶意占有人也适用之。因而，王泽鉴先生将占有法益简单的归结为对占有物使用收益之权能是欠缺准确的。

此外，盗贼占有也应适用占有权利推定，在非有本权占有人提出反证的情况下，盗贼占有人可基于所有的意思，推定对占有物享有使用收益的权能。在此需要说明的是，盗贼占有人对占有物的使用收益，并不同于善意占有对占有物的使用收益。^② 前者系占有权利推定的必然，若被推定的权利包括用益权能，如所有权，对占有物的使用收益的权能当然得推定为为盗贼占有人所享有。但这种使用收益只是暂时性的推定为为盗贼占有人所享有，在本质上仍然构成了对本权占有人的不当得利，始终还是要返还的。但后者是法律赋予善意占有人的一种权利，并不构成对本权占有人的不当得利，因而具有终局性。由此观之，从占有权利推定上看，盗贼占有可成为给付不当得利与侵害利益不当得利的客体而享有不当得利请求权，已无疑义。论

通过上文之论述，学说上对盗贼占有争议甚大的几个问题，已基本明了。虽然迄今为止，盗贼占有得否适用占有权利推定尚未引起学者的广泛关注，亦未见有争议者，但其涉及到盗贼占有得否受侵权损害赔偿与不当得利之保护。从占有制度的目的与占有权利推定的本意来看，盗贼占有适用占有推定并无不妥。从时效取得制度与占有制度的目的价值来看，时效取得并不以善意占有为必要，盗贼占有人亦可主张时效取得。但占有的善意与否，对时效取得期间之长短意义甚大。无论是从利益衡量、法律效果上看，还是从占有本质、占有权利推定、占有法益上看，都应当承认盗贼占有人得享有侵权损害赔偿请求权与不当得利请求权。

[责任编辑：金 晞]

[书摘]:

刑法讲义总论（新编第2版）

[日]大谷实 著，黎宏 译，中国人民大学出版社 2008 年 1 月版

本书是目前最畅销的刑法学教科书之一，本书作者大谷实教授是当今日本刑法学界的代表性学者之一，曾任同志社大学教授、日本司法考试考查委员、日本学术会议会员、法制审议会委员等要职，现任学校法人同志社理事长。

大谷刑法学的特点是，从犯罪的本质是违反社会伦理规范的法益侵害行为的立场出发，意图超越当代日本刑法学中所存在的行为无价值论和结果无价值论之争，实现二者的有机结合。

——摘自该书《译者序》

（苏哲）

① 王泽鉴：《民法物权》第二册《用益物权·占有》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 374-375 页。

② 善意占有对占有物的使用收益指善意占有人可依推定其为适法所有的权利得为占有物之使用及收益。“推定其为适法所有的权利”指依占有权利推定规则推定的权利。但被推定的权利内容上应当包含用益的权能，否则即便占有人为善意，也对占有人无使用收益的权利。参见陈华彬：《物权法》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 641-642 页。