

妨害排除与损害赔偿

王洪亮*

内容提要：我国物权法规定了防御性物上请求权，并承认其物权效力。同时，侵权法上也存在防御性请求权制度，与德国法上防御性物上请求权一般化相合。在防御性物上请求权一般化后，需要重新区分防御性请求权与损害赔偿请求权。二者的主要区别在于妨害的持续性以及排除妨害之效力只及于初始的妨害源。排除妨害请求权中的妨害应具有结果违法性。由于妨害排除法并未体系化，缺少明确的构成及适用范围规则，可以准用损害赔偿法的部分规则。

关键词：物上请求权 防御性请求权 妨害排除 妨害防止 损害赔偿

一、引言

我国物权法第35条第一次明确规定了物权性质的排除妨害请求权与消除危险请求权，〔1〕该术语直接来自于民法通则第134条第1款，在立法例上则参照了德国民法典第1004条。但在立法理由中，消除危险不仅同时指向作为与不作为，而且同时指向防止侵害与消除既存的危险，包含了一部分排除妨害的内容，因而应对消除危险请求权加以限缩解释，即将其限定为仅指向将来妨害的不作为请求权。尽管存在这一模糊之处，但基本可以认为，我国物权法上的排除妨害请求权与消除危险请求权大体相当于德国民法典第1004条的排除妨害请求权与妨害防止请求权。立法之后最为急迫的当是解释论的工作，而解释论的工作又有赖于疏通其中的法理。故本文拟对排除妨害与妨害防止请求权在民法体系中的位置进行梳理，就其中的关键问题，即其与债法上损害赔偿请求权的区分以及二者的关系进行论述。

二、物权法上防御请求权在债法上的扩展

德国民法典从三个层次规定了所有权的保护，并通过“援引”技术辐射到其他物权。第一个层次是所有物返还请求权（德国民法典第985条）。第二个层次是排除妨害与妨害防止〔2〕请求

* 清华大学法学院副教授。

〔1〕 参见全国人民代表大会常务委员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，第53页。

〔2〕 妨害防止请求权的德文表述为 Unterlassungsanspruch，字面含义为不作为请求权，但通常将其译为妨害防止请求权。

权,二者又可以被合称为否认性请求权(negatorische Ansprüche)或防御性请求权(Abwehransprüche),防御性物上请求权调整的是以侵夺或者扣留占有以外的方式妨害所有权的情况。〔3〕第三个层次是一般条款,根据通说,妨害防止请求权的规定还具有物权保护一般条款的功能,〔4〕如有其他妨害之虞,所有权人可以提起不作为之诉,从而调整所有物返还请求权、排除妨害与妨害防止请求权以外的情况。通过这三个层次,所有权的绝对性得到完全的保护。

防御性物上请求权可以被看作是绝对权的排他性表现或者物权的效力,〔5〕但这是否意味着不存在债权性质的防御请求权呢?从法律发展史来看,答案是否定的。德国法出现了防御性请求权一般化的趋势,在满足侵权法客观构成要件的情况下,也会产生侵权性的妨害防止与妨害排除请求权。也就是说,对于权利与权益之侵害,不仅要事后通过损害赔偿等予以救济,而且在事前就通过防御请求权进行预防。〔6〕

(一) 防御性物上请求权的一般化

首先,考察一下防御性物上请求权所适用的权益范围的扩张。德国法明文规定了基于占有的防御请求权(德国民法典第862条)和基于本权(主要是物权)的防御请求权(德国民法典第1004条)。除此以外,自19世纪起,知识产权法逐步规定了防御请求权制度,如德国商法典第37条第2款,德国商标法第14条第5款、第15条第4款,德国实用新型法第24条第1款,德国模型著作权法第139条第1款,德国专利法第97条第1款,德国著作权法第97条第1款。

对于营业权的保护,德国反竞争限制法第1条、第3条、第6a条以下、第13条以及德国反不正当竞争法第33条都提供了竞争法上的妨害防止请求权保护方式。尽管如此,德国法院还是愿意运用侵权法为营业权提供保护,并逐渐将防御请求权扩张适用到营业权之保护上。〔7〕

从整体来看,民法权益体系尚缺少对人格权以及竞争关系以外的财产利益的防御请求权。为补充这两个漏洞,德国民法典颁布不久,司法判例首先在一般财产利益领域发展出了侵权法上的防御请求权,被称为准防御请求权(actio quasi negatoria),其次发展了保护一般人格权的防御请求权,主要是撤回陈述制度。

1901年4月11日,德国帝国法院在处理一个涉及不正当竞争的案件时,首次承认了侵权性的妨害防止请求权。在该案中,原告是一个运输企业,被告是一个海运企业,二者都从事海运商业活动,在使用澳大利亚海港上存在竞争关系,同时,被告还委托原告从事一定的运输活动。为了获得对海港的绝对使用权,被告对原告施加压力,要求其退出海港使用关系,并威胁将来收回对他的委托。汉堡高等法院认为被告的行为不具有违法性,驳回了起诉。在原告上诉到德国帝国法院后,帝国法院以此案为契机,作出了第一个侵权性妨害防止之诉的判决,判决被告不得从事不正当竞争行为。〔8〕但帝国法院在此案中并没有类推适用物权性妨害防止请求权规则(德国民法典第1004条),而是直接适用了德国民法典第823条、第826条等侵权法规范,要求原告证明被告具有过错。〔9〕

德国帝国法院在1905年1月5日的判决〔10〕中进一步承认了侵权法上的妨害防止请求权,

〔3〕 Brehm/Berger, Sachenrecht, 2000, § 7 Rn. 8.

〔4〕 Staudinger/Gursky, § 1004, Rn. 2.

〔5〕 最高人民法院物权法研究小组编:《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148页以下;陈华彬:《物权法原理》,国家行政学院出版社1998年版,第97页以下。

〔6〕 首次表达一般性的预防之法律保护思想的是RGZ 60, 6. MünchKomm/Wagner, § 823, Rn. 13 ff.

〔7〕 RGZ 60, 6, 7 f (妨害防止请求权); RGZ 148, 114, 123 (妨害排除请求权); Hohloch, Die negatorischen Ansprüche und ihre Beziehungen zum Schadensersatzrecht, 1975, S. 41 ff.

〔8〕 RGZ 48, 114 ff.

〔9〕 前引〔7〕, Hohloch书,第42页。

〔10〕 RGZ 60, 6.

并类推适用物权性妨害防止请求权的规则，称其为准妨害防止请求权。在这里，侵权法上的妨害防止请求权并不以过错为构成要件。^{〔11〕}

德国帝国法院在1902年12月14日的判决^{〔12〕}中首次承认了侵权性的妨害排除请求权，但要求过错要件，以排除继续损害的危险源。1931年，在竞争法领域，德国帝国法院承认了所谓的准排除妨害请求权。^{〔13〕}在该案中，被告发表了有损原告商誉的言论，法院判决被告作出撤销陈述的声明，但并没有要求被告具有过错这一要件。^{〔14〕}至此，独立的侵权法上的防御请求权全部得到了承认。

上述司法判决不仅为后来的司法所遵循，而且也学说所接受。目前在理论上，所有侵权法保护的绝对权利、权益或者其他法律上受保护的利益被侵害或者有被侵害之虞时，被侵害人都可以提起侵权法上的防御之诉。^{〔15〕}如邻人没有注意房屋间距，建筑房屋影响他人采光但又没有过错的情况，原则上他必须拆除该建筑物。在违反交往义务（Verkehrspflichterletzung）的情况下，一般也可以行使排除妨害等防御请求权，如腐烂之木材威胁到邻居人身安全。但在产品责任情况下，能否基于侵权法上的请求权要求生产者召回危险产品并进行修理，学者观点中尚存有争议，但一般持肯定态度。^{〔16〕}防御性物上请求权在侵权法上的适用在理论上被称为防御性物上请求权的一般化。

（二）防御性物上请求权一般化带来的新问题

在物上请求权的构成上，并不要求妨害人具有过错这一要件，其制度功能在于物权或所有权之实现。^{〔17〕}而自19世纪以来，侵权法上的损害赔偿则一直奉行过错原则，侵权人就其过错行为须对他人权利领域的侵害负赔偿责任。^{〔18〕}二者的区分是明显的，防御性物上请求权是物权法上的请求权，损害赔偿请求权是侵权法或债法上的请求权，而且，前者不以过错为要件，后者一般以过错为要件。在此基础上，还发展出如下思想，即在侵害人没有过错（可归责性）的情况下，所有权人一般要承受损害，但不承受妨害。我国司法实践也体现了上述承受损害、但不承受妨害的思想，而且过错责任也是侵权法的核心要素。^{〔19〕}

但是，在防御性物上请求权一般化，即承认侵权法上的防御请求权后，每一个侵权法规则就都成为防御性请求权的基础。^{〔20〕}如此一来，侵权法上请求权的法律效果就不仅是损害赔偿，而且也包括排除妨害与妨害防止；受防御性请求权保护的也不仅仅是绝对权，还包括其他法益，如有侵害德国民法典第823条第1款所保护的權利或者通过第823条第2款、第826条所保护的法益之虞的，即可构成侵权法上妨害防止请求权。并且，防御性请求权也可产生与侵权法上恢复原状请求权或损害赔偿请求权类似的效果。^{〔21〕}因此，如果不明确防御性请求权与损害赔偿请求权各自的适用范围，在实践中往往会出现这样的危险，即本应适用以过错为要件的损害赔偿规则，但却适用了不以过错为要件的防御请求权规则，从而架空了侵权法上的过错原则。另一方面，侵

〔11〕 前引〔7〕，Hohloch书，第44页。

〔12〕 RGZ 56, 271, 286.

〔13〕 MuW 1931, 276, 278.

〔14〕 前引〔7〕，Hohloch书，第47页。

〔15〕 同上书，第49页。

〔16〕 MünchKomm/Wagner, § 823, Rn. 76.

〔17〕 Heck, Sachenrecht, § § 31, 32.

〔18〕 v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, 1960, S. 65 ff.

〔19〕 前引〔5〕，陈华彬书，第101页。

〔20〕 Larenz/Canaris, Schuldrecht, 1994, II/2 § 86 I 2a, S. 670.

〔21〕 前引〔7〕，Hohloch书，第11页以下。

权法上也有无过错责任,如危险责任等,在立法技术上,法律采取的是列举原则(Enumeration-sprinzip)。^[22]因此,如果不将防御请求权与损害赔偿请求权区分开来,也会破坏危险责任的列举及法定原则,最终危及危险责任等制度。

所以,防御性物上请求权的一般化产生了区分防御性请求权与损害赔偿请求权的特别需要。也就是说,不能再简单地从两者所属的法域或其归责原则上进行区分,因为防御请求权已经横跨物权法与债法两个领域,而且,过错要件是两者区分的结果,而非前提,只有在区分两者的情况下,才能决定是否以过错为要件,否则,在适用上,防御性请求权特别容易侵入损害赔偿法领域。

(三) 附论:从防御请求权到预防性权利保护思想

侵权法上防御请求权的形成带来了防御请求权一般化的趋势,德国法学家并没有止步于此,而是在此基础上,根据德国民法典第1004条及其援引规则的基本精神,进一步抽象出预防性权利保护(vorbeugender Rechtsschutz)的基本原则,即对于权利或者权益,不仅要在它们已经被损害的情况下给予损害赔偿的救济,而且要在它们有被侵害之虞时,通过不作为/妨害防止请求权加以保护,^[23]由此将合同法上的从义务以及诉讼法上的异议之诉等制度概括在一起。预防性保护制度的本质特征是对即将发生的妨害的防御,对已经发生的改变或侵害物之状态的妨害的排除请求权不属于预防性保护制度,但对即将发生危险之排除妨害(Gefahrenbeseitigungsanspruch)则属于预防性保护措施。妨害防止请求权一般只针对将来发生的妨害,其预防性特征不容反驳。

从功能上讲,侵权法与合同法上的损害赔偿请求权都是对已发生的义务违反行为的否定,而预防性权利保护措施则是对将来义务违反行为的防御。在合同法中,有主义务与从义务之分,从义务又被分为独立的从义务与非独立的从义务,非独立的从义务一般不具有可诉性,如保护义务或者包装义务等。在德国法上,积极侵害债权制度使诸多不可诉的从义务成为可诉的义务,义务违反之效果为损害赔偿;而通过预防性权利保护制度,指向妨害防止与危险之妨害排除的非独立之从义务也逐渐转变为可诉之义务。在传统侵权法上,一个人通常不会因为不作为而承担责任,作为义务通常是判断过去行为的标准,即判断行为人之行为是否违反了注意义务。但在现代侵权法上,被侵害人可以诉请侵害人为一定行为或者为其不作为承担责任,这在实质上具有预防之效果,通过对防御性请求权的承认,侵权法上的作为义务也成为可诉的、独立的义务。总体上看,通过预防性权利保护的扩张,民法上的诸多义务得到加强,成为可诉的、独立的义务。^[24]所以,预防性保护所确定的义务之基础在于实体法规定,并非程序上权利保护之需求。

预防性权利保护之扩张并非意味着实体权利的扩张。有学者认为预防性保护之实体法基础不在于任何绝对主观权利,而在于一个独立的不作为/妨害防止请求权。^[25]其错误之处在于,将预防性权利保护与侵权法的关联完全切断,只类推适用德国民法典第1004条。正如上文所指出的,预防性权利保护只不过是把不可诉的、非独立的义务扩展为独立义务,但这些义务的基础还在合同法与侵权法。

如上所述,我们应将这些预防性权利保护扩展的领域放在合同法或者侵权法框架内观察。但这样一来,又会带来与过错责任相混淆的问题。有鉴于此,德国的学说与判例逐渐将其放在德国民法典第1004条(防御性物上请求权)的框架内观察与解决,出现了准防御请求权的概念。虽然预防性权利保护的思想根据是对第1004条的准用,但它保护的不仅仅是绝对权,也包括侵权法所保护的法益(德国民法典第823条第2款、第826条),其典型适例为一般人格权益以及营

[22] 前引[20],Larenz/Canaris书,第669页。

[23] Henckel, Vorbeugender Rechtsschutz in Zivilrecht, AcP 174 (1974), 97.

[24] 同上文,第111页。

[25] Esser, Schuldrecht II, 1973, § 113, II 4, S. 474.

业权益。

从诉讼的角度来看，不作为/妨害防止之诉也并非一种新的权利保护形式。一般而言，权利保护形式只限于确认之诉、给付之诉与形成之诉。不作为/妨害防止之诉的客体是不作为/妨害防止义务，是给付之诉的内容，也就是说，对于独立的从义务，也可以通过给付之诉主张。^{〔26〕}

最后，需要明确的是，预防性权利保护首先具有警告功能，可以从权利本身出发，通过法院之命令与禁令明确行为自由的界限，^{〔27〕}使被告明确知道其行为之界限，并且不再会因假想的行为自由而侵害权利。^{〔28〕}其次，预防性保护还具有强制执行功能，根据不作为以及排除危险之判决，原告可以获得强制执行之名义，有效地阻止对其权利的妨害。^{〔29〕}意大利法由于没有赋予不作为之诉以强制执行力，其实践意义几乎丧失殆尽。^{〔30〕}

三、妨害排除与损害赔偿的区分

如上所述，由于防御性物上请求权的一般化，需要重新寻找它与损害赔偿的区分点。在详细论述这个问题之前，需要先限定讨论的范围。

（一）区分对象的确定

防御性请求权包括妨害排除与妨害防止请求权两种。通常来讲，排除妨害请求权要以“因现存的妨害源而产生的妨害在持续”为要件，即针对现存的妨害；而妨害防止请求权则以存在重复发生之危险（Wiederholungsgefahr）为要件，已经发生的妨害构成“妨害可能再次发生”这一事实推定的表面证据，妨害人虽然不必推翻该推定，但须举证动摇该推定。但德国民法典并没有将已经发生过一次妨害作为妨害防止请求权的构成要件，判例上也不要求此要件。^{〔31〕}在所有权人面临第一次妨害之威胁时，也可以主张妨害防止请求权，法院不会因第一次妨害尚未发生而驳回诉讼。^{〔32〕}

妨害排除与妨害防止的区别在于：在前者，某人占据了按照所有权/物权秩序不归属于他的位置，因而阻碍了所有权的实现，也就是说，妨害已经存在并且正在持续，如有爆炸危险的物品堆放在他人土地之上；而后者只针对将来发生的妨害。^{〔33〕}在法律效果上，在前者，妨害人要让其占据的位置，即负有排除妨害的义务；而在后者，妨害人不应占据该位置，即负有不为妨害的义务。

如此看来，妨害防止请求权与损害赔偿请求权的界限较为清楚，前者指向将来发生的妨害，而后者主要针对已经发生的损害。但是，依赖此点却仍然无法区分妨害排除与损害赔偿，因为妨害排除针对的是过去发生或现在发生的现存的妨害。有鉴于此，本文将防御性请求权与损害赔偿的区分限缩为妨害排除与损害赔偿的区分。

在德国法上，损害赔偿包括金钱赔偿与恢复原状两种情况，^{〔34〕}并统领合同法、侵权法等债

〔26〕 前引〔23〕，Henckel文，第115页。

〔27〕 同上文，第114页。

〔28〕 同上文，第113页。

〔29〕 同上文，第115页。

〔30〕 前引〔7〕，Hohloch书，第126页。

〔31〕 RG JW 1931, 1191, 1192.

〔32〕 Jauernig/Jauernig, BGB, § 1004, Rn. 11.

〔33〕 Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 82.

〔34〕 根据我国民法通则第134条，赔偿损失与恢复原状是两种各自独立的责任形态。物权法第37条称赔偿损失为损害赔偿，主要是金钱损害赔偿，司法实践也是如此理解的，包括折价赔偿与实物赔偿。参见前引〔5〕，最高人民法院物权法研究小组编书，第145页以下。

法领域。妨害排除与金钱损害赔偿的区分是比较明显的,因为前者一般不指向金钱,涉及金钱时,也多体现为费用。相比起来,区分排除妨害与恢复原状则较为困难。

恢复原状可以是恢复原来的法律关系、返还财产、修理、治疗等,与所有物返还及其从请求权规则的内容^[35]可能是一致的;^[36]另外,恢复原状与排除妨害的法律效果也可能是相同的,只有在物被毁坏的时候,不适用排除妨害请求权,对超出物之损害本身以外的财产损失,如所失利益,也不能适用排除妨害请求权。^[37]尽管在实际效果上,恢复原状与预防请求权存在相似之处,但不能认为它可以取代或包括排除妨害等预防性请求权,因为恢复原状一般不具有预防功能。由此,本文将主要以恢复原状为例,说明(广义的)损害赔偿与妨害排除的关系。

在实践中,法院也不是一直能准确地区分恢复原状与妨害排除,如在自来水管崩裂或者水坝决堤而淹没邻地的情况下,对于妨害与损害的区分,德国不同法院有不同的裁判。巴伐利亚州最高法院根据妨害排除请求权,判决被告承担堵上水坝缺口的责任;而哥廷根的州高等法院则判决被告支付清除地窖积水的费用;根据斯图加特的州法院的观点,原告甚至可以要求被告修复被淹没的土地。如果按照后一判决,防御性请求权就侵入了以过错为要件的损害赔偿请求权的适用范围,破坏了法律既有的利益平衡。对于上类案件,德国联邦最高法院的观点与巴伐利亚州最高法院的观点是一致的,被告只要采取阻止再次发生水灾的措施,即为排除了妨害,而清除地窖积水或者修复被淹没的土地则属于损害赔偿的内容,为过错责任。^[38]

(二) 妨害与损害的区别

在学说上,学者力图在客观构成要件上区分排除妨害与损害赔偿。德国通说认为,妨害不同于损害,妨害是人须承担责任的持续的影响或继续产生影响的障碍原因。^[39]基于此点区分妨害排除与损害赔偿,也就是说,在妨害持续的情况下,构成妨害排除请求权,而不存在妨害持续的情况下,则不构成妨害排除请求权。

具体地从妨害来源上看,妨害可以产生于现在的行为,也可产生于过去的行为,可以产生于相邻土地,也可产生于动产或者企业。对于因正在进行的行为而产生的妨害,被妨害人可以进行正当防卫,大多数情况下还可以进行占有防御(德国民法典第859条),但基于尽量限制私人行使暴力的思想,对于现行行为产生的妨害也可以主张防御请求权,但这种情况极为少见。在妨害产生于现在的行为的情况下,排除妨害与损害赔偿的界限是明确的。

如果妨害来自于土地或不动产,则根据相邻关系规则处理(德国民法典第906条以下),在这里既可能存在行为责任,也可能存在有状态责任,但即使是状态责任,也要求存在妨害土地的“人的行为”,即妨害至少可以间接地归责于其所有权人或者占有人的意思,^[40]而且还要求被妨害人是土地的所有权人或者占有人。妨害产生于动产或企业的情况与产生于不动产的情况大体类似,在此不予详述。在这种情况下,如果妨害还持续存在,即成立排除妨害请求权,否则受损害赔偿法调整。

在实践中比较常见的还有对因过去行为产生的妨害主张防御请求权的情况。在妨害行为持续

[35] 关于所有权人与占有人的关系,参见拙文:《论所有权人与占有人关系——所有物返还请求权及其从请求权》,载王洪亮等主编:《中德私法研究》第1卷,第69页以下。我国物权法第242条继受了这一制度。

[36] 有学者将恢复原状视为排除妨害的一种方式。对于这种观点,笔者持否定态度。参见刘凯湘:《论基于所有权的物权请求权》,《法学研究》2003年第1期。

[37] 前引[33],Picker书,第20页。

[38] 上述判例引自前引[33],Picker书,第20页。又见前引[7],Hohloch书,第14页。

[39] Westermann, Sachenrecht, 2. Aufl. § 36 III 1; Erman—Peter, Kommentar zum BGB, § 1004 Anm. 2 a. 该观点也是德国立法者的观点。

[40] [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233页。BGHZ 28, 110, 111.

存在的情况下，被妨害人可以主张排除妨害；但如果在被妨害人主张排除妨害时，妨害行为已经停止，此时是否成立排除妨害请求权，在学说上则存在争议。

皮克尔（Picker）从“篡越权利（Rechtsusurpation）理论”出发，认为排除妨害请求权需要“妨害行为持续”这一要件。^{〔41〕}所谓“篡越权利”，是指被妨害的所有权为他人的权利空间所叠加。^{〔42〕}皮克尔认为，只有妨害人以其行为或某状态作用于他人之物上，并因此阻碍了所有权人等对物的支配或者行使了所有权人在物上的权利，所有权人才可以享有防御性物上请求权。^{〔43〕}该观点突出了防御请求权的物权性质以及与所有物返还请求权的关联，很好地区分了防御请求权与损害赔偿请求权。^{〔44〕}根据该理论，在上述水管案例中，妨害人并没有对淹没的土地主张按照所有权秩序不归属于他的支配地位，因为妨害人并没有主张对水的所有权；所以，根据妨害排除请求权，所有权人只能请求妨害人修补水管或者关上水管，而不能要求将水泵出。只有在妨害人有过错的情况下，才能根据侵权法上的请求权要求妨害人将水泵出。由此，可以清楚地区分排除妨害与损害赔偿法中的恢复原状。

皮克尔的理论直接源自于罗马法。排除妨害请求权来源于罗马法上的否认之诉（actio negatoria）。在古典罗马法时期，否认之诉涉及的一般是土地上的妨害，往往是在第三人主张其在土地上享有役权（servitut）时，所有权人进行否认的诉讼，主要目的是确定所有权自由以及恢复原状，其适用范围很窄，仅限于对超越特定使用、相邻权利的防御。^{〔45〕}从罗马法模式出发，皮克尔将自己的理论根据建立在所有权归属范围之上，而且排除妨害请求权与所有物返还请求权的学理结构是一致的。如人们所知，如果原所有权人丧失了所有权，就不再享有所有物返还请求权。而且，在占有人抛弃妨害他人之物时，占有人在该物上就不再主张所有权的权能，此时，他就不再是占有人或无权占有人，那么该物的所有权人也就不再对其享有所有物返还请求权或者排除妨害请求权。根据这一理论，如果妨害来自于过去完成的行为，则妨害人无须承担行为责任，而且通过放弃妨害物也可以逃避状态责任，也就是说，在妨害人放弃占有或者对物没有支配的情况下，防御请求权就不能成立。^{〔46〕}如小偷将所盗窃的汽车丢弃在他人土地上，小偷就不是妨害人，所有权人才是妨害人。^{〔47〕}在这一点上，该学说备受批评。

对于皮克尔的学说，反对意见认为：如果将垃圾倾倒在他人土地上的妨害人通过放弃对垃圾的所有权就不负有物权法上的排除妨害义务而只承担债权法上的恢复原状义务，这种结论不符合德国民法典第1004条的规范目的。第1004条不仅调整所有权人之间的冲突，也调整相冲突的意思空间，所以，其构成应当不取决于妨害他人之物上的物权状况。^{〔48〕}而且，皮克尔的学说无法解释撤销陈述请求权为什么具有排除妨害性质，因为需要撤销的陈述一般都是过去完成的行为。^{〔49〕}对不正确陈述的撤销并不以妨害行为的持续存在为前提，只要有在先行为即可，其典型适例为侵害名誉与损害信誉的陈述。^{〔50〕}

另外，还可以从体系上批驳皮克尔的观点。排除妨害请求权是占有防御请求权/自力救济权的对应物，二者应贯穿同样的价值。基于占有的防御请求权（德国民法典第862条）针对的是禁

〔41〕 前引〔33〕，Picker书，第86页以下，第130页，第175页以下。

〔42〕 同上书，第50页以下。

〔43〕 同上书，第129页。

〔44〕 前引〔20〕，Larenz/Canaris书，第696页。

〔45〕 Kaser, Röm. Privatrecht I, 2. Aufl. 1971, § 103 II. S. 367 f.

〔46〕 前引〔33〕，Picker书，第153页。

〔47〕 同上书，第130页。

〔48〕 前引〔3〕，Brehm/Berger书，§ 7, Rn. 9; MünchKomm/Medicus, § 1004, Rn. 26 ff.

〔49〕 前引〔20〕，Larenz/Canaris书，第696页。

〔50〕 同上书，第676页。

止之私力行为。对于发生在过去的私力行为可以行使排除妨害请求权；对于将来的行为，可以行使妨害防止请求权；对于现在之行为，则可以行使占有防御权。在这里，基于占有的排除妨害请求权恰恰是针对过去发生的行为的，既然基于本权的排除妨害请求权在体系上是与其对应的，那么，妨害行为的持续性就不能作为是否构成排除妨害请求权的要件。

最后，从客观目的性解释来讲，如果被妨害人放弃了法律允许的自力救济，则妨害人至少应该承担排除妨害的费用，即使被妨害人由于不知道妨害存在等原因事实上不能自力救济，只要该妨害还继续存在，妨害人就应该承担排除妨害的费用，不能因为纯粹时间上的原因（即妨害行为是否存续）就削弱被妨害人的地位。^{〔51〕}

基于上述理由，德国学者对该理论进行了修正，提出了“风险说”。拉伦茨认为，排除妨害请求权的责任基础应在于风险责任（Risikohaftung）。^{〔52〕} 风险责任的学理基础在于评价法学，即对法律规范中既有的价值衡量进行评价，从评价利益衡量的角度来看，关键的问题在于谁更应该承担因排除妨害而需要支出的费用。^{〔53〕}

排除妨害请求权上的行为责任制度是正当防卫以及占有法上自力救济权的对应物，根据该制度，排除妨害费用的风险总体上被分配给为妨害行为之人，对于过去完成的行为，其责任基础在于基于过去行为而产生的义务，这里的利益衡量是合理的。对于状态责任，立法者将排除妨害义务的关联点置于所有权之上，而自主占有是承担排除妨害义务的推定根据。这里的防御请求权指向的不是为特定行为的人，而是土地的所有权人与占有人，在学理上是一种对土地状态承担的义务。对此，风险分配说提出了新的责任正当性理由，认为状态责任的基础应当在于对自己权利领域的范围责任（Bereichshaftung）思想，与土地上的权利状况、占有状况并无关系。^{〔54〕} 根据风险说，妨害排除与损害赔偿的区分点被前移了，即指向了危险源，从危险源的归属范围确定责任的承担。

（三）法律效果上的不同

有学者认为，在法律效果上，排除妨害请求权解决的是为了将来而排除损害源（Schadenquelle）或妨害源（Störungsquelle）的问题，而不是赔偿已经造成的损害；^{〔55〕} 对于后者，在妨害人有过错的情况下，由侵权法解决。也就是说，排除妨害指向的是妨害的原因，而不是妨害的结果。^{〔56〕} 该区分标准首先是由鲍尔提出的。他认为，基于排除妨害这一物上请求权可以向妨害人提出的请求是，要求他对自己的妨害活动为取消行为（*contrarius actus seiner störenden Taetigkeit*），他必须在可能的范围内消除妨害行为，排除该妨害行为将来继续产生影响的可能性，即指向妨害源的排除。但是，对于那些由妨害产生的其他阻碍、损害，则不必排除。^{〔57〕} 比如，水管破裂淹没邻居的土地，根据防御性物上请求权，所有权人可以请求妨害人修补水管或者关上水管，并将水泵出，但不能要求赔偿诸如因此造成的庄稼腐烂的损害。批评意见认为，该观点违背了德国民法典第1004条第1款第1句的文意。^{〔58〕} 但拉伦茨赞同鲍尔的观点，他认为，只有将排除妨害的法律效果限定在对初始妨害源的排除上，才能区分排除妨害与损害赔偿，过错侵权法以及危险责任法才不至于被规避。^{〔59〕}

〔51〕 前引〔20〕，Larenz/canaris书，第677页。

〔52〕 同上书，第696页以下。

〔53〕 同上书，第677页。

〔54〕 前引〔20〕，Larenz/Canaris书，第697页。

〔55〕 BGHZ 29, 314, 317. BGHZ 28, 110, 113.

〔56〕 前引〔20〕，Larenz/Canaris书，第700页。

〔57〕 F. Baur, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB, AcP 160 (1961), S. 489.

〔58〕 前引〔23〕，Henckel文，第92页，脚注8。

〔59〕 前引〔20〕，Larenz/Canaris书，第703页。

具体而言，妨害人须排除持续产生影响的危险源，但无须承担排除后续妨害或结果性妨害的责任。如在毒气泄漏的情况下，排除妨害的法律效果只是关闭相关设备，不包括为邻居房屋消毒，因为而后产生持续妨害的危险源已经不存在了。但有学者主张，在有些情况下，妨害的结果恰恰可以构成继续妨害的原因，如水管破裂淹没他人土地，需要将土地中的水清除以便他人继续使用土地。^{〔60〕}有学者更进一步认为，排除妨害之结果也是排除妨害请求权的效果。^{〔61〕}在这里，虽然在理论上可以区分妨害源与后续性妨害，后续性妨害也的确可能构成危险源，但这样一来，妨害源与妨害结果的区分又模糊了。根据风险责任学说，相邻妨害人就其权利领域承担一种范围责任，将修复水管或者关闭水闸的责任分给他是正当的，但如果将消毒或者排除积水的责任也分配给他，则是不恰当的。上述德国联邦法院判例的观点也是如此，因为关闭水管后，就不存在造成持续妨害的危险源，不能构成排除妨害请求权。

另外，德国通说认为，伴随性损害（Beleitschäden）以及避免妨害的费用（Störungsvermeidungskosten）并非妨害的结果性损害，应是排除妨害的法律效果。^{〔62〕}伴随性损害属于排除妨害费用的一种，应当由妨害人承担，如树根阻塞他人管道，除了清除树根以外，如果在清除树根时毁坏了管道，需要补偿购买安装新管道之费用。^{〔63〕}

（四）评论

皮克尔的学说具有很高的学理价值。在其新近作品中，他以此为出发点发展出了新的责任体系理论。他认为，从所有物返还请求权以及防御请求权中抽象出的统一的责任体系，在事实构成、法律效果上大大不同于损害赔偿以及不当得利责任，该责任体系应被定位在否认性责任（negatorische Haftung）之上，指向越权情况，目的在于权利之实现（Rechtsverwirklichung）；而损害赔偿指向的是对债务人行为的禁止，目的在于补偿（Widergutmachung）；不当得利请求权则指向利益之穷尽（Abschöpfung）。^{〔64〕}他认为，通过责任形式统一所有物返还请求权以及防御请求权的观点，其优点在于，避免物上请求权中“物上”的模糊性及其与请求权含义的矛盾；而且，可以清楚地确定其制度功能，即防御事实上的权利篡越、保护权利归属，以此区别于其他责任形式。在请求权层面，如果将所有物返还请求权、妨害排除请求权以及妨害防止请求权统一称为“否认性请求权”，就可以抛弃物上请求权这一概念。^{〔65〕}妨害排除请求权、妨害防止请求权的保护对象已经不限于物权，而是扩展到知识产权以及人格权等绝对权上，而且也包括债权，所以，以否认请求权代替物上请求权，更为准确、清晰。

但是，任何“完美”的理论都会遇到其无法解释的“盲区”，在解释排除妨害是否以“妨害行为的持续”为要件上，该学说丧失了合理性，这是致命的，因为妨害的大部分来源都是过去的行为。而风险分配学说根据价值判断确定排除妨害请求权的基础，并进行了类型化。在向他人土地倾倒垃圾或者小偷将所盗窃的汽车丢弃在他人土地上等情况下，根据风险分配说，倾倒者与丢弃者仍应就造成持续妨害的危险源承担排除妨害责任，其责任基础在于因过去行为产生的义务。在水泵破裂案中，根据风险分配说，妨害人仅负担排除危险源（即关闭水泵或水闸）的责任，其责任基础是权利领域上的范围责任。伴随性损害产生于排除妨害的过程中，在价值衡量上，应为排除妨害的内容。两种学说相比较，风险责任说更具有说服力，笔者从之。

最后，值得注意的是，如果将排除妨害定位在风险责任上，它就与危险责任非常相似了。但

〔60〕 MünchKomm/Medicus, § 1004, Rn. 71.

〔61〕 前引〔7〕，Hohloch书，第167页以下。

〔62〕 前引〔20〕，Larenz/Canaris书，第700页。

〔63〕 同上书，第701页。

〔64〕 Picker, Der “dingliche” Anspruch, in Im Dienste der Gerechtigkeit, FS für Bydlinksi, 2002, S. 308 ff.

〔65〕 同上文，第312页。

二者还是能区别开的，而且区别点仍是妨害的持续性以及责任被限定在妨害源的排除上。^{〔66〕}

综上所述，从事实构成方面来看，妨害排除请求权要求妨害的持续性，即因现存的妨害源而产生的妨害在持续；在法律效果方面，妨害排除请求权被严格限定在妨害源之排除上，因此，如果侵害源枯竭了，就无法或无需排除。^{〔67〕}

四、容忍义务与违法性

从德国民法典第1004条第2款的措辞来看，如果所有权之上负有容忍义务，所有权人即不得行使排除妨害请求权。这是一种无须主张的抗辩权。就容忍义务是否构成，应由妨害人或被请求权人负担举证责任。从立法者的角度来看，妨害他人所有权通常是违法的，只有例外情况下才有正当理由。此种抗辩权的效果不是拒绝对方的请求，而是有权妨害。

私法上容忍义务之产生，可基于一般性法律规定，亦可基于所有权人与侵害人间特别的法律关系，前者如相邻关系，后者如合同或者物权关系。紧急避险（德国民法典第228条、第904条）也是容忍义务产生的根据。容忍义务还可基于公法规定产生，如对于公物的公共使用权以及特别使用权。在合法或者有正当理由的所有权妨害构成事后违法的情况下，容忍义务消失，如根据租赁合同存放的奶粉，在失火前，存放奶粉有合法根据，但在失火后，奶粉因大火而含有危害人体健康的物质，丧失了存放的合法根据。

按照德国通说，排除妨害请求权上的妨害必须具有违法性（*rechtswidrig*），但此违法性是法律推定的，对所有权的侵入本身就构成了违法，除非所有权人有许可/容忍义务。^{〔68〕}比如，邻居在自己土地上已采取所有必要的注意手段，固定了吊车，但不知什么原因，吊车脱落，落入他人土地中，此时仍构成违法之妨害。可见，排除妨害的义务并不取决于其行为是否违反了照料义务，而是采结果违法主义，对所有权的侵入本身就构成了违法。这类似于侵权行为法中的结果违法说。^{〔69〕}

相反观点认为，违法性要件是多余的，可以为所有权人是否有容忍义务所代替。^{〔70〕}因为排除妨害请求权并不以占有被侵夺或者违法获得为前提，而是考虑是否违反了德国民法典第903条所规定的所有权的内容；^{〔71〕}而妨害防止请求权也不可能以违法性为前提，在提起妨害防止之诉时，如果已经发生过一次妨害，只要证明妨害发生过就可以了，由此可以推定有再次发生妨害的可能性，如果没有发生过妨害，则要证明有发生妨害之虞。^{〔72〕}而且，在建筑越界的情况下，尽管具有违法性，但相邻所有权人仍必须容忍（德国民法典第912条第1款）。反过来，尽管有时妨害行为是合法的，比如土地所有权人允许的行为，土地所有权的继受取得人并不受该允许的限制，仍可行使排除妨害请求权。^{〔73〕}

折中说则认为，违法性要件理论对于妨害防止请求权有意义，但对妨害排除请求权则没有意义。容忍义务在妨害防止/不作为请求权情况下可以被具体化为违法性要件，因为不能要求停止合法行为。但对于妨害排除请求权，容忍义务涉及的是德国民法典第1004条第1款意义上的

〔66〕 前引〔20〕，Larenz/Canaris书，第697页。

〔67〕 同上书，第697页。

〔68〕 前引〔40〕，鲍尔/施蒂尔纳书，第230页。

〔69〕 前引〔57〕，Baur文，第491页以下。

〔70〕 前引〔3〕，Brehm/Berger书，§7，Rn. 20.

〔71〕 BGHZ 66, 37, 39.

〔72〕 前引〔3〕，Brehm/Berger书，§7，Rn. 31.

〔73〕 MünchKomm/Medicus，§1004，Rn. 60.

“妨害”，即涉及的是被妨害法益的现在状态，不存在违法行为的问题。^{〔74〕}

反对说与折中说都关注于行为本身是否违法，而非行为的结果是否违法。如果采行为违法说，那么产生妨害的行为确实并不一定违法。例如，状态责任并不要求存在违法行为，如由于树根生长而阻塞他人下水道，不能认为过去发生的种植树木行为具有违法性。在行为责任情况下，如果妨害行为具有持续性，则排除妨害责任的前提是妨害人的违法行为；但如果妨害行为是过去发生的行为，排除妨害义务也并非只针对违法行为。因此，反对说与折中说的观点，只有在将违法性要件理解为行为违法时才能成立。

综上所述，如果采结果违法说，可以认为容忍义务即为违法性的反面表达（即从抗辩权角度进行表述），即排除妨害请求权以违法性为构成要件，当然，这里存在一定的例外。但如果采行为违法说，则不能认为排除妨害请求权以违法性为构成要件。

五、债法规则在防御性请求权上的适用

在德国民法典上，与损害赔偿规则相比，物上请求权的规则相对要简单得多，由此在学说上多有探讨损害赔偿规则是否可准用于物上请求权者。我国物上请求权的规则规定得也比较简单，虽然合同损害赔偿与侵权损害赔偿规则较为完善，但尚存在法律漏洞，尽管如此，这些损害赔偿规则能否适用于物上请求权在我国也是一个重大问题。

（一）损害赔偿法规则在防御性请求权上的适用

1. 德国民法典第 251 条第 2 款

德国民法典第 1004 条对防御请求权构成要件与法律效果的规定都比较概括，在德国民法典颁布不久，人们就开始讨论损害赔偿法在多大程度上能够适用于防御请求权。争论的核心是德国民法典第 251 条第 2 款是否适用。根据该条款，如果恢复原状之费用不成比例地巨大，债权人不得请求恢复原状，侵害人可以通过金钱予以赔偿。在历史上，图尔认为可以将该规则适用于排除妨害请求权，其思路是：指向排除妨害的请求权常常是既产生于以过错为要件的侵权损害责任，也产生于防御性物权请求权，如果不考虑其不同的法律关系，内容是一样的。^{〔75〕}在司法实践中，也有准用第 251 条第 2 款之判例。^{〔76〕}尽管该学说后来获得了不少学者的支持，但大部分学者还是表示反对。^{〔77〕}虽然在具体个案中妨害排除请求权可能会产生与损害赔偿（恢复原状）相同的效果，但其自身并非损害赔偿请求权。所以，德国民法典第 249 条以下规定的损害赔偿规则一般不适用于妨害排除请求权。

有学者区分情况予以部分肯定。如果不需要恢复原状，侵害人只需从被侵害人的权利空间撤出即可，则无适用第 249 条到第 251 条损害赔偿规则的余地；而在排除妨害请求权具有恢复原状功能的情况下，则可以适用。如在排除妨害费用与被妨害人因此获得的利益相比过高时，则不适用排除妨害规则。^{〔78〕}按照此观点，在限制排除妨害义务时还要考虑妨害人的过错因素。该观点在结果上会使排除妨害与损害赔偿趋同，所以，对此观点亦有反对者。^{〔79〕}有学者认为可以通过容忍义务来解决这一问题，如被妨害客体特别脆弱或者被妨害人因重大过失而不知道不可量物排

〔74〕 前引〔20〕，Larenz/Canaris 书，第 692 页。

〔75〕 v. Tuhr, JherJB 46 (1904) 39, 54 ff. 转引自前引〔7〕，Hohloch 书，第 183 页。

〔76〕 BGHZ 62, 388, 394.

〔77〕 前引〔7〕，Hohloch 书，第 184 页。

〔78〕 前引〔7〕，Hohloch 书，第 189 页；前引〔20〕，Larenz/Canaris 书，第 702 页。

〔79〕 MünchKomm/Medicus, § 1004, Rn. 79.

放源的,被妨害人都有容忍义务。〔80〕

2. 德国民法典第251条第1款

在排除妨害不能的情况下,是否可以适用德国民法典第251条第1款,即恢复原状不能时以金钱进行赔偿的规则,也存在争议。但排除妨害请求权的规范目的在于维护特定财物的完整性,以金钱取代恢复原状的规则违反了该规范目的。在保护人格权的撤销陈述请求权的情况下,一般只有通过撤销请求权才可能恢复被侵害人的名誉,如果允许金钱赔偿,恰恰与精神损害赔偿规则相冲突。〔81〕基于同样理由,一般也不可以适用德国民法典第249条第2款以金钱赔偿取代恢复原状的规则。

3. 德国民法典第254条

一般认为,在所有权人对妨害之产生与有过错时,可以适用损害赔偿法中的与有过失规则(德国民法典第254条)。〔82〕有学者认为,适用第254条的前提是侵害人与被侵害人之间存在与债之关系类似的关系。在妨害已经发生、妨害人承担排除妨害责任的情况下即存在该关系,可以适用该规则。在人格权妨害上,如果名誉损害主要是被妨害人的行为造成的,妨害人可以不承担责任。〔83〕

对此,皮克尔则持反对意见,他坚持认为防御请求权涉及的不是对被妨害人所有权的恢复原状,而是对妨害人之物权的纠正,以排除其所有权上有违常态的状态,对于该状态,被妨害人不可能有共同过错。〔84〕

(二) 其他债法规则的适用

1. 给付障碍法

在妨害不可能被排除的情况下,基于与履行不能同样的思想,〔85〕使德国民法典第1004条之责任得以免除。进而言之,履行障碍法的一般规则都可以适用于已成立的妨害排除请求权。比如侵害人履行妨害排除义务陷于迟延时,必须排除在此期间所产生的其他妨害,并赔偿其他损害。〔86〕债法中诚实信用(德国民法典第242条)规则也可以适用于防御请求权。

2. 费用负担

一般来讲,因排除妨害所生之费用应由妨害人承担,权利继受人亦同。〔87〕多个所有权人之间的费用追偿准用德国民法典第426条。在等不及妨害人排除妨害的情况下,所有权人也可以自费排除妨害,再根据不当得利规则或无因管理规则请求所支出费用之偿还。

3. 诉讼时效

妨害防止请求权不适用诉讼时效,因为该请求权指向将来的妨害。〔88〕在德国债法改革前,排除妨害请求权适用普通诉讼时效,即30年。德国债法改革后,则适用第195条、第199条,为3年,自所有权人知道或者因重大过失而不知道请求权确立之事实以及侵权人那一年的年终开始计算。根据第199条第2款、第4款,涉及生命、身体、健康、自由妨害的物上请求权,应自妨害起10年经过诉讼时效。但如果对为妨害行为之承租人行使排除妨害请求权,则自返还租赁

〔80〕 MünchKomm/Medicus, § 1004, Rn. 82.

〔81〕 前引〔7〕, Hohloch书,第190页。

〔82〕 前引〔40〕, 鲍尔/施蒂尔纳书,第238页; BGHZ 110, 313; 135, 235; NJW 95, 395.

〔83〕 前引〔7〕, Hohloch书,第195页。

〔84〕 前引〔33〕, Picker书,第164页。

〔85〕 即履行不能排除债务人的原给付义务,参见德国民法典第275条,我国合同法第110条。

〔86〕 前引〔40〕, 鲍尔/施蒂尔纳书,第239页。Horstmann, Untersuchungen über die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Normen auf dingliche Ansprüche, 1938, S. 26 ff.

〔87〕 MünchKomm/Medicus, § 1004, Rn. 90.

〔88〕 MünchKomm/Medicus, § 1004, Rn. 98.

物 6 个月后诉讼时效即经过。

根据德国民法典第 902 条，基于被登记（或者被异议登记）的土地所有权而产生的请求权不适用诉讼时效，但此规则不适用于重复性给付之未支付部分的请求权以及损害赔偿请求权，因为损害赔偿请求权等并不登记在土地簿册上。排除妨害请求权也不能登记在土地簿册上，所以，有学者认为第 902 条不适用于排除妨害请求权，^{〔89〕}对此观点存有争议。因为第 902 条的规范目的不只在保护登记簿册上可见的请求权，而是为了实现被登记的权利。^{〔90〕}

在涉及妨害源的情况下，排除妨害请求权的诉讼时效自该妨害源建立时开始起算；如果涉及的是基于该妨害源的个别妨害行为，则根据每个妨害确定起算点。^{〔91〕}有判例认为，对于被妨害人一方的权利继受人来讲，并不扣除从时效起算到其继受权利的时间。但学说反对这种观点，认为应重新起算，否则买受人承担了在土地簿册中无法查知的负担。^{〔92〕}

六、结 论

20 世纪中期以来，德国学术界对排除妨害与损害赔偿的区分与关系问题进行了热烈而持久的讨论。在一定程度上，讨论的目的在于建立一套与损害赔偿法相媲美的学术体系。

经过学说与判例的努力，防御性物上请求权被上升为一般性的请求权，即适用于所有民法领域的请求权。但如此一来，从适用法域以及过错要件角度区分防御性请求权与损害赔偿请求权就不充分了，而只能从客观要件以及法律效果层面区分二者。从客观要件来看，妨害排除请求权要求妨害的持续；在法律效果上，排除妨害请求权的效果被严格限定在妨害源之排除上。

排除妨害请求权应当以违法性为构成要件，但这里的违法性应当是结果违法性。可以认为，容忍义务是违法性的反面表达。

由于防御性物上请求权规则的简单性，对于防御性请求权，可以准用若干债法规则，如共同过错、给付障碍、费用负担等债法规则可以准用于防御性物上请求权。对于费用不成比例规则是否准用于防御性物上请求权，则存在争议。而借助民法典立法之契机，若可以构建独立的防御请求权总则，当可成为中国法学家对民法体系的贡献。

Abstract: The Property Law of China provides for the first time expressly the denied or defensive claim right (negatorische Ansprüche), and recognizes that, it is the effect of the property right and has the function of prevention. At the same time, according to the General Rules of Civil Law of China, there is also preventive claim right in tort law, which is in line with the defensive claim right in Germany. In German law system, the creation of the defensive claim right in tort law brings about the general trend of the defensive claim right. On the ground of § 1004 of the German Civil Code (BGB) as well as other relevant rules, some scholars have abstracted the basic principles of preventive right protection (vorbeugender Rechtsschutz). That is to say, rights should be protected not only when they have been damaged, but also when they are being or to be damaged.

〔89〕 MünchKomm/Medicus, § 1004, Rn. 84.

〔90〕 Staudinger/Gursky, § 1004, Rn. 194.

〔91〕 MünchKomm/Medicus, § 1004, Rn. 85.

〔92〕 BGHZ 125, 56, 65; MünchKomm/Medicus, § 1004, Rn. 86.

The result of such development is that, whether the actor has fault or not can not be a distinction standard of the defensive claim right in property law and obligation law. The key point of distinction between them is their different legal effects, i. e., whether the actor should abate nuisance or should compensate damages. In Germany, it's generally held that, nuisance is some sustained obstacle which one should be responsible for, and damage is the non-sustained obstacle. There are also different opinions about this problem, and the author of this paper approves the theory of risk allocation. According to this theory, the cost to remove the nuisance should generally be assigned to person who has caused such nuisance. A person should be responsible for the nuisance if his act or property has caused the nuisance. As far as the element of illegality is concerned, there are significant differences of the defensive claim right in property law and tort law.

Compared to the damage compensation law system, the nuisance abatement law has not been systematic yet. So the defensive claim right in property law can refer to certain rules of the obligation law, e. g. the rules of the common fault, and so on. The idea of preventive right protection and the distinction between compensation for damage and abatement of nuisance, however, are very significant for the maintenance of self-government system of property right, as well as for the establishment of tort law system.

Key words: property claim right, the denied claim right, abatement of nuisance, prevention of nuisance, compensation for damage
