



中德私法研究 11

占有的基本理论

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

荣誉顾问 江 平 王泽鉴

主 编 王洪亮 田士永 朱庆育 张 谷 张双根

元照系列

本期主题

占有的基本理论

主题报告

占有保护缘由辨 [吴香香]

占有保护的正当性 —— 一个难题? [张双根]

主题文献

占有属于何种性质的权利? —— 权利分类视角下的考量

[格奥尔格·弗里德里希·普赫塔 著 吴香香 译]

耶林论占有 [鲁道夫·冯·耶林 著 纪海龙 译]

占有保护的原因和历史发展 [菲利普·黑克 著 钟 昊 译]

占有规定的产生历史 [舒伯特 著 王洪亮 译]

主题论文

日耳曼法的权占、“以手护手”与《德国民法典》的善意取得 [王立栋 任倩霄]

持有 —— 一个不易把握的概念 [亚历山大·尤克泽 著 胡强芝 译]

专家专稿

德国法上的股权善意取得制度——背景、构造与不足(上) [张双根]

欧洲法院司法实践中的平均消费者形象 [张学哲]

私法教室

买卖合同中的风险负担 [纪海龙]

侵权责任法中的权利和法益 [孙维飞]

法律评注

法律技术抑或法律文化? —— 关于中德合作编纂中国法律评注的可能性的讨论记录

[黄 卉]



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

中德私法研究 ⑪

占有的基本理论

Archiv für chinesisch-deutsches Privatrecht

荣誉顾问

江 平 王泽鉴

学术顾问

(按姓氏笔画排序)

米 健 孙宪忠 苏永钦 邵建东 黄 立 黄茂荣

Rolf Stürner[德] Rolf Knütel[德] Thomas Raiser[德]

主 编

王洪亮 田士永 朱庆育 张 谷 张双根

编辑委员

(按姓氏笔画排序)

王洪亮 田士永 申卫星 朱庆育 朱 岩 许 兰 许德风 李 昊
吴从周 吴香香 沈冠伶 陈卫佐 陈自强 陈聪富 杨 继 杨淑文
张双根 张 谷 金可可 涂长风 唐 勇 黄 卉 常鹏翱 董一梁
詹森林 蔡明诚

Thomas Rüdner[德] Sebastian Lohsse[德] Beate Gsell[德]

执行编委

吴香香 唐 勇



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中德私法研究. 11, 占有的基本理论/王洪亮等主编. —北京: 北京大学出版社, 2015. 6

ISBN 978 - 7 - 301 - 26168 - 2

I. ①中… II. ①王… III. ①私法—研究—中国 ②私法—研究—德国
IV. ①D923.04 ②D951.63

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 185145 号

- 书 名** 中德私法研究(11): 占有的基本理论
- 著作责任者** 王洪亮 田士永 朱庆育 张 谷 张双根 主编
- 责任编辑** 苏燕英
- 标准书号** ISBN 978 - 7 - 301 - 26168 - 2
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** yandayuanzhao@163.com
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
- 印 刷 者** 三河市北燕印装有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 965mm × 1300mm 16 开本 22.75 印张 327 千字
- 2015 年 6 月第 1 版 2015 年 6 月第 1 次印刷
- 定 价** 49.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010 - 62756370

清华大学郑裕彤法学发展基金资助

本期主题:占有的基本理论

主题 报告

- 3 占有保护缘由辨 [吴香香]
- 44 占有保护的正当性
——一个难题? [张双根]

主题 文献

- 61 占有属于何种性质的权利?
——权利分类视角下的考量
[格奥尔格·弗里德里希·普赫塔 著 吴香香 译]
- 73 耶林论占有 [鲁道夫·冯·耶林 著 纪海龙 译]
- 110 占有保护的原因和历史发展
[菲利普·黑克 著 钟 昊 译]
- 123 占有规定的产生历史 [舒伯特 著 王洪亮 译]

主题 论文

- 163 日耳曼法的权占、“以手护手”与《德国民法典》的
善意取得 [王立栋 任倩霄]
- 206 持有
——一个不易把握的概念
[亚历山大·尤克泽 著 胡强芝 译]

专家
专稿

- 223 德国法上的股权善意取得制度
——背景、构造与不足(上) [张双根]
- 285 欧洲法院司法实践中的平均消费者形象 [张学哲]

私法
教室

- 299 买卖合同中的风险负担 [纪海龙]
- 316 侵权责任法中的权利和法益 [孙维飞]

法律
评注

- 333 法律技术抑或法律文化?
——关于中德合作编纂中国法律评注的
可能性的讨论记录 [黄 卉]



主题报告

占有保护缘由辨

吴香香*

摘要:关于占有保护缘由,自萨维尼以降,最具代表性的学说可归并为四种,再依与占有人的密切程度,由远及近可作如下排序:和平秩序维护理论、本权保护理论、继续利益理论与人格保护理论。四种学说在逻辑上形成三个层级的论证链条:第一,占有制度以公共利益抑或私法主体为其保护对象?第二,如果占有制度旨在保护私法关系,借助占有得到保护的是占有背后的本权或是占有自身?第三,如果占有保护的意義在于保护占有自身,保护的是占有人的财产利益或是人格?本文认为,应以人格保护解释占有保护缘由。占有保护是意志自由与人格平等的逻辑必然,反之,借由占有保护,人格尊严与意志自由才能得到全面的法律贯彻。

关键词:占有保护 和平秩序 继续利益 本权保护 人格保护

* 法学博士,外交学院副教授。本文获外交学院中央高校基本科研业务费专项基金资助(supported by “the Fundamental Research Funds for the Central Universities”),项目名称:“利益法学与占有制度——管窥德国法学方法的转向”,项目编号:3162013ZYKB02。

一、问题的提出

占有为何值得保护,是占有法乃至整个民法最具挑战性的问题之一,以至于美国著名法学家霍姆斯(Oliver W. Holmes, Jr.)称之为德国法学家用来锻炼智力的工具。^[1] 19世纪以来,德国几乎所有法学大家都对此问题有所贡献。然而,占有保护的缘由有如普洛透斯之面,似乎为之投入的智力越多,越是呈现出不同的面目。直至“二战”之后,德国有关占有保护缘由的讨论才渐趋平淡,再无新说涌出。然而,这丝毫不意味着我国已当然共享这些研究成果,更不意味着我们可直接越过这一问题,任意设置或解释实证法规范。

经过旷日持久的论争,《德国民法典》终以自力防御权、占有保护请求权与追踪权三项权利以及与之配套的本权抗辩之禁止,为占有人构建起周全的保护制度。^[2] 与之相比,我国《物权法》虽在第245条规定了占有保护请求权^[3],正式以制定法的形式明确承诺对占有提供保护,但除该规定本身具有解释空间之外,既缺乏本权抗辩之禁止规定,亦无自力防御权与追踪权制度,似又存在规范漏洞。而在对占有保护缘由加以足够省思之前,不仅如何适用已被制定法化的占有保护请求权容易陷于无所适从的境地,是否有必要以及如何进行法律续造等问题,更是缺乏思考起点。可见,占有保护缘由虽属理论问题,但不仅占有保护的具体规范设置系其逻辑展开,法律漏洞之填补也必须遵其意旨,无怪乎德国利益法学的创立者黑克(Philipp Heck)视其为整个占有保护制度的核心。^[4]

基于上述考虑,本文尝试厘清占有保护缘由这一基本问题,以期为我

[1] Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law*, Boston 1881, p. 206.

[2] 参见《德国民法典》第858条至第864条、第867条、第869条。

[3] 《物权法》第245条第1款第3分句还规定了占有人的损害赔偿请求权,但这只是一项对侵权法的指示参引性规范,而非独立的请求权基础,损害赔偿请求权主体仅限于享有益权的占有人,单纯占有人无此权利。参见吴香香:《论侵害占有的损害赔偿》,载《中外法学》2013年第3期,第598—617页。

[4] Phillip Heck, *Grundriss des Sachenrechts*, Tübingen 1930, S. 11.

国占有保护规范的解释与续造确定目的论前提。^{〔5〕}

二、占有本质与占有保护

占有本质与占有保护缘由错综缠绕^{〔6〕},甚至可以说,占有保护缘由与占有本质之间的关系是近代法学最棘手的交叉问题。^{〔7〕}而占有的本质与占有的概念问题一样古老^{〔8〕},自罗马法直至当代,争议从来不曾停止。^{〔9〕}有视占有为事实者,也有将占有定性为物权、债权、人格权或特别权利者。本文无意介入争论,所关注的只是:占有本质与占有保护之间究竟有何关联?为此,首先须梳理关于占有保护缘由的各家之言,以及他们各自对占有本质的归列。

关于占有保护缘由,19世纪以来形成的学说不胜枚举,但其中最具影响者,当属萨维尼(Friedrich Carl von Savigny)与耶林(Rudolf von Jhering)两大家。^{〔10〕}萨维尼的学说是人格保护理论,和平秩序维护理论虽然与之大相径庭,但因其在萨维尼理论的基础上发展而来,故亦归入其列;耶林创立所有权保护说,后世学者将其扩展为本权保护理论,另外,继续利益理论是“利益方法”贯彻的结果,直接受到耶林目的法学的影响,同属耶林派成员。

〔5〕 我国民法学说多取道德国,因而本文集中于梳理德国的占有保护缘由理论。另需注意的是,虽然德国的占有理论受到罗马法与日耳曼法等多重因素的影响,但日耳曼法的影响主要体现为占有的权利表征功能,德国当代占有保护制度则更多承袭自罗马法的占有令状,只是将占有保护从自主占有保护为主一般性的扩展至他主占有,因而德国民法典制定前以罗马法上的占有令状为研究对象的占有保护学说,对于当代的占有保护制度仍有重要的参考意义与说明价值。

〔6〕 Adolf August Friedrich Rudorff, Über den Rechtsgrund der possessorischen Interdicte, in: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 7, Heft 11 (1830), S. 91; Hans Josef Wieling, Grund und Umfang des Besitzschutzes, in: De iustitia et iure, Festgabe für Ulrich von Lübtow, Berlin 1980, S. 565.

〔7〕 Ernst Immanuel Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern, Leipzig 1880, S. 12.

〔8〕 Wieling, Grund und Umfang des Besitzschutzes (Fn. 6), S. 566.

〔9〕 Hans Josef Wieling, Sachenrecht I, 2. Aufl., Berlin 2006, S. 135.

〔10〕 需要说明的是,下文所谓萨维尼与耶林派的学者,对二者的观点既有承继也有反动。另外,也有学者主张,占有保护缘由问题不能一概而论,随时代、地域的不同而不同,如 Bekker, Das Recht des Besitzes (Fn. 7), S. 14 ff.

（一）萨维尼的解读

1. 萨维尼的人格保护理论

19 世纪初, 法学文献中“人格”(Persönlichkeit)之表述开始频繁出现, 与此同时, 这一语词亦大量出现于其他学科文献之中。^[11] 这与康德哲学的影响不无关系。康德哲学以人的意志为核心, 尊崇人的自在目的性, 这在他的占有理论中也有体现。^[12] 在康德看来, 对经验占有, 即本义占有的侵害, 并非对外在权利(物权)的侵害, 而是对“内在的我”, 即自由、人格的侵害。^[13] 他指出: “经验的占有是分析命题, 因为它不外乎是说……如果我是一物的持有者(以物理的方式与它联系), 未经我的同意而干扰它(如从我的手中夺走苹果)之人, 即干扰并侵害了内在的我(我的自由), 他的行为就直接与权利的原则与公理相矛盾。”^[14]

萨维尼的成名作《论占有》, 不仅开启了占有理论的新时代, 也为整个物权体系的重塑提供了前提。^[15] 该书所确立的占有理论明显受到康德的人格与自由观念之影响。^[16] 萨维尼认为, 占有既是事实也是权利, 就其本质而言占有是事实, 就其法律后果而言, 又相当于权利。^[17] 由其事实本质决定, 占有保护的正当性存在于对物事实支配与占有人的联系中, 此等联系使得占有侵扰同时波及占有人本身。根据人格的不可侵性, 占有人可以得到保护以对抗上述侵扰。虽然在占有侵害中, 并没有一个独立的权利与人格一起受到侵犯, 但却发生了不利于此人的事实状况的

[11] Georg E. Kodek, Die Besitzstörung, Wien 2002, S. 27 f..

[12] Paul Sokolowski, Der Besitz im klassischen Recht und dem deutschen Bürgerlichen Gesetz, Halle 1907, S. 211 f..

[13] Wieling, Grund und Umfang des Besitztutzes (Fn. 6), S. 568 f..

[14] Immanuel Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1797, S. 63.

[15] Kenichi Moriya, Savignys Gedanke im Recht des Besitzes, Frankfurt 2003, S. 3.

[16] Staudinger/Bund (2007), Vorbem zu §§ 854 ff., Rn 16; Wieling, Grund und Umfang des Besitztutzes (Fn. 6), S. 569; Olaf Sonsnitza, Besitz und Besitztutzes, Tübingen 2003, S. 34; Sokolowski, Der Besitz im klassischen Recht und dem deutschen Bürgerlichen Gesetz (Fn. 12), S. 218 ff..

[17] Friedrich Carl von Savigny, Das Recht des Besitzes, 6. Aufl., Giessen 1837, S. 25 f.. 相同观点参见王洪亮:《论基于占有的物上请求权》,载《清华法学》2007 年第 3 期。

变化。针对个人的暴力行为所生之后果,只能通过恢复原状或保护对物的事实管领得以消除。^[18]因而,占有保护的真正依据在于占有人人格的不可侵性,目的在于保护占有人免受外在侵扰的自然意志力。^[19]

2. 人格保护理论的发展

在萨维尼的影响下,普赫塔(Georg Friedrich Puchta)、布伦斯(Carl Georg Bruns)、兰达(Anton Randa)、甘斯(Eduard Gans)、温德沙伊德(Bernhard Windscheid)、冯·图尔(Andreas von Thur)以及当代德国学者埃伯哈德(Raimund Eberhard)与维林格(Hans Josef Wieling)等,均以人格保护解释占有保护的正当性。^[20]他们认为,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。此外,威廉(Jan Wilhelm)将占有保护缘由归结为法律秩序对私人自治的尊重,也可以理解为人格保护说的变种。^[21]

不同的是,这些学者中有将占有定性为权利者,亦有将其定性为事实者,还有权利事实两可说者。事实说的倡导者有布伦斯、温德沙伊德、维林格等。^[22]其中,维林格即认为,物权必须具有两项功能,即防御功能(Abwehrfunktion)与归属功能(Zuordnungsfunktion)。而占有仅具有防御功能而无归属功能。换言之,占有因其不具有任何归属内容(Zuweisungs-

[18] Savigny, Das Recht des Besitzes, a. a. O., S. 40 f.

[19] Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts I, Berlin 1840, S. 336 f.

[20] Georg Friedrich Puchta, Zu welcher Klassen von Rechten gehört der Besitz, in: Rheinisch-es Museum für Jurisprudenz, 3. Jahrgang, Heft 2 (1829), S. 305 ff.; Carl Georg Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Neuzeit, Tübingen 1848, S. 489 ff.; Anton Randa, Der Besitz nach österreichischem Recht, 4. Aufl., Leipzig 1895, S. 373; Eduard Gans, System des römischen Civilrechts, Berlin 1827, S. 211 ff.; Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I, 6. Aufl., Frankfurt 1887, S. 479; Andreas von Tuhr, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I, Berlin 1910, S. 56 ff., 137 f.; Reimund Ebérhard, Wesen des Besitzes und Grund des Besitzschutzes, in: Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege, Rechtswissenschaft, Verwaltung 6 (1935), S. 213 ff.; Wieling, Sachenrecht I (Fn. 9), S. 137 f.

[21] Jan Wilhelm, Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 2007, Rn 445 f.

[22] Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Neuzeit (Fn. 20), S. 489 ff.; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I (Fn. 20), S. 479; Wieling, Sachenrecht I (Fn. 9), S. 137 f.

gehalt)而非属权利,仅是事实。^[23] 权利说的倡导者中,有持人格权说者,也有将其归列为物权者。普赫塔与埃伯哈德认为占有是人格权,是占有对自身人格的权利,与其他物上权利同时体现意志对自身的间接关系不同,占有就是人格之物质表达,是人格范围的扩展,因而,占有侵害是直接的人格侵害,占有保护是人格权保护。^[24] 甘斯则认为占有是物权,且是初始的直接所有权(anfangendes unmittelbares Eigentum),理由是,权利的本质是意志支配力,占有体现了占有人的特别意志,因而属于权利,它与所有权的不同仅在于,所有权体现的是被普遍认可的一般意志,而占有体现的只是特别意志。^[25] 冯·图尔也将主观权利理解为意志支配^[26],在他看来,占有作为对物事实管领是一项支配关系,应当受到所有人的尊重,而一项被法律承认且保护的支配必然是主观权利,若此项支配体现为一项对物的支配,则属物权,只不过与所有权相比,占有是一项弱化的权利。^[27] 持两可说的威廉则以为,就物之归属秩序而言,占有是事实,而就对人的尊重而言,占有是权利。^[28]

概括而言,人格保护理论之下,权利说的共性是均以意志力解释主观权利,又因占有体现了占有人的对物意志,因而将其归列为权利。而事实说虽承认占有人的对物意志应予保护,但并不认为无归属内容的占有可以纳入权利范畴。究其实质,其间分歧并不在于对占有保护缘由的认识,而在于对权利的不同界定。

3. 和平秩序维护理论

和平秩序维护理论为鲁道夫(Adolf August Friedrich Rudorff)所倡,他是萨维尼《论占有》一书第七版的修订者^[29],贝克尔(Ernst Immanuel

[23] Wieling, Grund und Umfang des Besitzschutzes (Fn. 6), S. 574 f.; ders, Sachenrecht I (Fn. 9), S. 136.

[24] Puchta, Zu welcher Klassen von Rechten gehört der Besitz (Fn. 20), S. 289 ff.; Eberhard, Wesen des Besitzes und Grund des Besitzschutzes (Fn. 20), S. 213 ff.

[25] Gans, System des römischen Civilrechts (Fn. 20), S. 211 ff.

[26] v. Tuhr, AT des BGB I (Fn. 20), S. 56 ff.

[27] v. Tuhr, AT des BGB I (Fn. 20), S. 137 f.

[28] Wilhelm, Sachenrecht (Fn. 21), Rn 450.

[29] Savigny/Rudorff, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl., Wien 1865.

Bekker)甚至用“找不到第二个更忠诚的鲁道夫”^[30]评价萨维尼对他的影响之深。不过,对占有保护缘由的解释,鲁道夫却偏离了萨维尼的航道。

鲁道夫认为,私法主体间的争议不能通过私人暴力,而应诉诸公共的权利保护机构。占有保护是禁止私力救济之一般原则的适用,换言之,占有为何应免受非司法性侵害之问题,不过是非司法性暴力为何应予禁止这一普遍性问题的一部分。所以,占有保护的实质不在于为个人提供保护,而在于维护公共的和平秩序。因而,占有绝不能被理解为权利。^[31]萨维尼在《论占有》第六版中指出,任何暴力行为都同时侵害了公共秩序与个人,他认为自己与鲁道夫的不同在于,鲁道夫将对公共秩序的侵害,即公法关系作为占有保护的基础,而他本人则更倾向于在私法关系中寻求占有保护的依据。^[32]由此推断,鲁道夫承继的只是萨维尼“任何暴力皆为不法”^[33]之观念,却未接受人格保护之解释模式,他以公共秩序的维护为占有保护的基础,实质上是将之转换为公法关系,这一进路与萨维尼不同。

和平秩序维护理论是当今德国通说^[34],也是中国目前的主流学说。^[35]该理论的追随者一般认为,占有因其不具有归属内容而非属权

[30] Bekker, Recht des Besitzes (Fn. 7), S. 10.

[31] Rudorff, Über den Rechtsgrund der possessorischen Interdichte (Fn. 6), S. 108 ff.

[32] Savigny, Das Recht des Besitzes (Fn. 17), S. 49 f.

[33] Savigny, Das Recht des Besitzes (Fn. 17), S. 8.

[34] Prot. Der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB III, Berlin 1899, S. 31, 39; MünchKomm/Joost (2004), vorbem zu § 854, Rn 15; Dieter Medicus, Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadensersatz, AcP 165 (1965), S. 119.

[35] 参见史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第587页;王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2010年版,第534页;谢在全:《民法物权论》(下册),中国政法大学出版社2011年版,第1218—1219页;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,第423页;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,第566页;崔建远:《物权:规范与学说》(上册),清华大学出版社2011年版,第359页;孙宪忠:《物权法》,社会科学文献出版社2005年版,第334页;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,第434页;最高人民法院物权法研究小组编著:《〈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711页。

利,仅是事实。^[36] 不过也有少数学者认为,占有因获得法律上的保护而成为一项物权。^[37] 可见,如同人格保护理论,和平秩序维护理论阵营内的分歧也不在于对占有保护缘由的不同解说,而在于对权利概念的不同理解。

(二) 耶林的解读

1. 耶林的所有权保护说

对于萨维尼的占有理论,耶林也许是最具影响力的反对者。耶林认为,占有与所有权均具有对物支配效力,不同之处仅在于,占有是对物的事实支配,所有权则是法律支配。^[38] 同时,“所有权的经济价值由占有决定。有所有权而无占有,就像有藏宝箱却没有钥匙,有果树却没有采摘梯”。^[39] 因而,占有保护的目的在于保护所有权人在经济上使用物之目的实现。^[40] 占有是所有权的通常形态,是所有权的事实面向与外观,据此占有可被称为推定的所有权。^[41] 当所有权人的占有被侵夺时,所有权人无须证明自己的合法名义,可直接援引占有的保护手段。占有本身有其保护手段,虽然可能使少数不享有所有权的占有人因此获益,但这是为了所有权之完整保护而不得不付出的必要代价。重要的是,通过占有保护,法律对所有权提供了更为周全的保障。^[42] 在此意义上,占有保护是“较便宜的所有权保护”^[43],相应的,占有保护的正当性在于,将所

[36] Sonsnitzer, Besitz und Besitzschutz (Fn. 16), S. 79; Medicus, Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadensersatz (Fn. 34), S. 116 ff.; (同上注)史尚宽:《物权法论》,第530页;王泽鉴:《民法物权》,第424页;谢在全:《民法物权论》(下册),第1218—1219页;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》,第434页;最高人民法院物权法研究小组编著:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,第711页。

[37] 持和平秩序维护理论的Sintenis即认为,占有是一项物权,参见E. Meisehder, Besitz und Besitzschutz, Berlin 1876, S. 30 f.

[38] Rudolf von Jhering, Der Besitz, in: Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 32, 1893, S. 42.

[39] Jhering, Der Besitz, a. a. O., S. 43.

[40] Jhering, Der Besitz, a. a. O., S. 79.

[41] Jhering, Der Besitz, a. a. O., S. 58 f.

[42] Rudolf von Jhering, Über den Grund des Besitzschutzes, 2. Aufl., Jena 1869, S. 45 ff.

[43] Jhering, Der Besitz (Fn. 38), S. 58.

有人从所有权证明这一“恶魔证明”中解脱出来。

对于占有的性质,耶林一方面认为占有是所有权的事实面向,但同时又指出,占有是一项类似于所有权的权利。耶林指出,权利是受法律保护的利益。^[44]而占有体现了所有权利益、构成物之经济价值的前提,既然此等利益受法律保护,自属权利无疑。^[45]又由于占有体现了人对物的直接关系,故而属于物权,体系上位于所有权之后。^[46]

巴龙(Julius Baron)附随耶林,也以所有权保护解释占有保护缘由,但在占有本质问题上与耶林的观点相左。巴龙认为,占有本身并非权利,但由于占有侵害总是或很可能包含对权利的侵害,因而应保护占有人继续此事实状态。^[47]由此亦可见,二人对于占有本质的不同归列,根源也在于对权利概念的不同界定,而非对占有保护缘由的不同认识。

2. 本权保护理论

所有权保护说源于耶林对罗马法物之占有保护缘由的解释。但在罗马法上,除了以自主占有为典型的物之占有,还有权利占有。耶林指出,有如物之占有与所有权之间的关系,权利占有是对他主物之权利的事实面向,是权利的常态与外观,保护权利占有是为了保护权利本身。至于非真正权利人的权利占有人也因而受保护,则是为了保护权利而不得不付出的必要代价。结合物之占有与权利占有,占有保护的目的在于保护权利人。^[48]由于《德国民法典》仅将役权占有规定为权利占有(第1029条、第1090条),而将罗马法上其他权利占有纳入物之占有,所以有理由推测,假如耶林有机会解释《德国民法典》中的占有保护规范,将所有权保护说发展为本权保护说应是毫无悬念。

实际上,耶林的当代追随者维泽尔(Eberhard Wieser)即以本权保护解释《德国民法典》中的占有保护缘由。他认为,占有保护的目的在于尽

[44] Rudolf von Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung III, 1, 8. Aufl., Darmstadt 1954, S. 351.

[45] Jhering, Der Besitz (Fn. 38), S. 63 ff..

[46] Jhering, Der Besitz (Fn. 38), S. 75.

[47] Julius Baron, Pandekten, 9. Aufl., Leipzig 1896, S. 219 f..

[48] Jhering, Der Besitz (Fn. 38), S. 87 ff..