

Friedrich Carl von Savigny

www.docriver.com
搜索商家 巨力电子书

论占有

Das Recht des Besitzes

[德] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼 著
朱虎 刘智慧 译

法学经典译丛 龙卫球主编



 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

当我直接依据法源而拟定讲座内容时，占有极大地吸引了我的注意力，我觉得，关于占有的通行概念和观点都能够依据法源而被修正。我将我的观点告诉了我的老师Weis，他对此非常赞许，这极大地鼓舞了我，并且他敦促我就这一主题写出自己的著作，这一主题因为它所具有的困难和实践重要性而非常具有魅力。其他的工作推迟了这一计划的实施，直到1802年冬天，这本书才被拟定。

——弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼

法律出版社·法学学术出版分社

一切为了思想



独角兽工作室

平面设计

上架建议

民商法学

ISBN 978-7-5036-6999-6



9 787503 669996 >

定价：36.00元

Friedrich Carl von Savigny

论占有

Das Recht des Besitzes

[德] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼 著
朱虎 刘智慧 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

论占有/(德)萨维尼著;朱虎,刘智慧译.—北京:法律出版社,2007.1

(法学经典译丛)

ISBN 978-7-5036-6999-6

I. 论… II. ①萨…②朱…③刘… III. 物权法—思想史 IV. D913.02

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第004001号

© 法律出版社·中国

(法学经典译丛)

龙卫球 主编

论占有

弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼 著

朱虎 译

刘智慧

责任编辑 徐雨衡

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2007年3月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 16.75 字数 354千

印次 2007年3月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-6999-6

定价:36.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

“法学经典译丛”总序

龙卫球

域外法学名著和典籍的中译,幸有吾国法学界同仁的不懈努力,近些年来已成蔚为大观之势。然而,要使这种势头持续下去,最终完成西学东渐中文资料库的基本建设,还有赖更多的组织和投入,尤其是新生代学人应该以追学前贤的精神,竭力奉献自己的心智和学力。此为全套翻译丛书的缘起,或谓“承继志业”,或谓“众人拾柴火焰高”。参加本丛书的译者主要是一批青年学人,他们的视野比较新锐,学术基础较为宽厚,精力也比较充沛,他们也非常乐于奉献。应该说,本丛书也是他们的热忱推动的结果。全套丛书命名为“法学经典译丛”,其实并非要将法学经典悉数囊括,编者的真实意图在于拾遗补阙而已。吾国前辈译者已经翻译了不同时期的大量经典著述,但是由于精力和时间有限,不免留下

了若干空当。例如,法学成型时期即中世纪注释法学家们的著述;又例如,法学忽然得以空前发展、大放异彩时期即十八、十九世纪法学家们的著述,甚至法学现代化强劲时期的二十世纪初期的相当数量的重要著述,为译者甚少,而这些关乎法学形成和兴起的经典著述、文献的缺译,对于我们历史地体会、研习西方法学、法治的脉络、精髓,不啻为一道鸿沟。本套丛书打算在一定程度上填补这一缺憾。本丛书名义上由我个人主持。我本打算邀请几位学界同道好友组织一个编委会,后来一想这种做法虽然有益于集思广益,但是有时也不免流于形式,有时还有规避个人负责的嫌疑,因此作罢。但这不等于说本丛书就是个人决断,实际上,本丛书每位加入的译者都是隐形编委,他们都参与整体规划,并且在一种开放的商谈中影响本丛书的形成和发展。译事多难为,毋庸赘述,学界同行和读者已经完全能够体会。本书的组织者和译者绝对不敢懈怠,一方面当竭力提升自己的视野和才学;另一方面当以认真对待的态度付诸扎实努力。然而,我们也深知,不足之处终究难免,恳请读者和同行斧正和包涵。

2007年1月12日于军都山下

英译者前言

Sir Erskine Perry

占有是什么？这似乎是一个非常简单的问题，但实际上没有什么问题比这个问题更难以解决，而且，在法律书籍中寻求对于它的解答也是徒劳的：因为其困难之处甚至还没有被意识到。然而，这并不是一个无益的形而上学式的思考。任何对于一个人来说最弥为珍贵的事物——他的财产，他的自由，他的荣誉，甚至于他的生命——都可能取决于这个问题。实际上，为了捍卫我的占有，如果需要的话，在法律允许的范围内我可能会攻击、伤害甚至杀死别人。但是，物是被我所占有吗？如果法律对此没有划分出界限，没有界定什么是占有而什么不是占有，那么即使在行为时具有最良好的动机，我也可能会发现自己犯下了最严重的罪行，并且，我所认为的合法自卫，也许在法官看来却是抢劫或者谋杀。

于是，这个问题就成为在任何一部法典中都

应该被研究的问题,但是它并没有被这样处理。

为了防止长期的模糊不清,我们很有必要仔细地将物理上的 (physical) 占有和法律上的 (legal) 占有区别开来。这里我们来考虑一下前者:它不需要假定任何法律,它在法律出现以前就已经存在;它是指对于对象本身的占有,无论此对象是一个物还是某人的劳役。法律上的占有完全是法律的产物;它是指对于在物上或者在某人的劳役上的权利的占有。享有对于物的物理上的占有,则就和该物发生了某种关系,如果这使得立法者满意,则这种关系的存在就可能具有所被赋予的结果,以便使得对于该物的某些权利能够开始。享有对于某物的法律上的占有,则就已经享有了在该物之上的某些权利,无论这是因为物理上的占有抑或其他。

我已经说过,享有对于某物的物理上的占有,则就和该物发生了某种关系。这就是我说的全部,这也是我在最初所能够说的全部。这种关系是什么?正是从这里开始出现了困难。

定义占有是为了唤回一个观念 (image), 当有必要在双方当事人之间作出决定——哪一方占有物,而哪一方没有占有物——时,此观念就会在我们的脑海中映现出来。但是,如果此观念因人而异,或者如果很多人并没有形成任何此观念,或者此观念因时因地而异,我们如何发现一个定义以确定这样一个不确定以及不断变化的观念?

根据占有对象的性质不同,占有的观念就会不同,这取决于占有的对象是物、人的劳役,还是拟制的实体——如出身、特权、劳役的免除等。

根据占有的对象是动产还是不动产,占有的观念也会不同。对于确定什么构成了居住的建筑物的而言,有多少问题是必要的?它必须是人为建造的吗?但一个天然的洞穴也能够作为居住的地方;它必须是不动产吗?但当一个人在旅途中时,他可以居住在马车中,或轮船中,这些都不是不动产。但是,必须做些什么才能够对于土

地、建筑物进行占有？是实际的占用(occupation)吗？是对于它的长时间占有(habit of possessing it)吗？是不受阻挠或者不顾阻挠的占有的便利(facility)吗？

其他的难点有：排他的占有，还是共同占有——个人占有，还是所有人共同占有。

进一步的难点有：自己占有，还是通过他人的占有。如果你长时间占用这个工厂，你在此时独自占用它；我说你只是我的管理人，但你伪称是我的承租人；债权人主张你是我的合伙人。在这样的情形中，占有这个工厂的是你，还是我，还是我们两者？

一个街道搬运工进入了一间旅馆，把他的包裹放到桌子上，然后出去了。一个人把手放到包裹上对其进行检查；另一个人把手放到包裹上，将包裹拿走，并声称这个包裹是他的。旅馆主人走过来主张包裹是他的，而不是之前那两个人的；那个搬运工返回，或者没有返回旅馆。那么，这四个人中，究竟是哪个人占有那个包裹？

在我和我的家人居住的房屋里，有一张写字桌，它通常通过属于我的职员之物而被我的职员所占用；在这个写字桌中，有一个被锁上的盒子，它属于我的儿子；在这个盒子中，我儿子存放了一个他朋友委托他保管的钱包。那么，这个钱包是被谁占有呢，是我，我的职员，我儿子，还是我儿子的朋友？将这些疑问的数量增至两倍或者三倍都是有可能的；而问题的复杂性可以被任意扩展。

“应该怎样解决这些困难？”——边沁(Bentham)提出了这样一个问题。

边沁(Bentham)先生很好地指出了一些困难的解决方法。在这些方法中，我希望这篇论文的翻译是有助益的，这篇论文被宣称为“在所有关于法律的著作中，是最完美、最精致的”。^①非常奇怪的是，尽管“占有”作为一个普遍的法学术语，它一直出现在法律体系

① Austin's Province of Jurisprudence Determined, App. xxxviii.

中,并且占有的明确而清晰观念对于解决每天都会出现的实践问题是必须的,但是,在所有的英国法律图书馆中,都没有任何专门关于占有的论文。在我开始翻译这篇论文时,我意图写作一篇关于英国法中的相应题目的论文作为对于这篇论文的补充,但是,我甚至需要为此翻译的出版而做出准备,而我需要取得足够的时间做出这些准备,在此过程中,我遇到了很多困难,这些困难阻止了我从事这项任务,因此,我把它作为一件非常值得去完成的工作留给了那些更为年轻又不那么繁忙的同行们。

我同样试图给出罗马法程序的梗概,以便使得该文章对于英国读者们来说更容易理解,并引导他们克服那些并非不自然的矛盾之处以开始研讨这样一篇专题论文。在这篇论文中,需要理解那些技术性的术语,例如“所有权之诉”(vindicatim)、“市民法所有权”(Quiritarian property)、“永佃权”(emphyteusis)、“简易诉讼”(summarissimum)、“令状”(interdicts)等。而且,杰出的现代德国罗马法学派中的研究者对于这一主题的阐明以及新发现的盖尤斯(Gaius)的篇章,都会使得这样一个梗概不会令人厌倦。但是,我同样也被我在上文中所提到的那些商业压力所阻碍。

然而,我会利用这样一个机会指出,所有贯穿于整个英国法律体系的关于占有的主要概念,都可通过 Bracton 直接溯源于罗马法。而且,如果在我们之中,这些概念并没有像在我们的欧洲近邻之中那样清晰并且得到了一致的贯彻,那么,我认为其原因可能是由于我们忽视了对于罗马法的研究,这是在过去的几年中被很多最有才能的教授们注意到且为之感到后悔的事情。

英国普通法所为之感到自豪的最伟大的名字, Matthew Hale 爵士,也许在这里能有所助益,以促使我们对于一部著作进行耐心的研究,如果我自己的经验没有欺骗我的话,这种研究对于哲学法学家和实践法学家都同样有用。

“他(Matthew Hale 爵士)很重视对于罗马法的研究;虽然较之罗

马法中的司法方式,他更喜欢英国的司法方式,后者由陪审团主导,而在前者的情形中,则非常信赖法官,然而,他经常说道,学说汇纂很好地描述了法律的根据和理由,一个人只有对于学说汇纂进行探寻,他才能够更好地将法律理解为科学。因此,他因为英国对于学说汇纂的研究太少而感到非常痛惜。”Bishop Burnet's Life of Sir Matthew Hale, p. 10.

总而言之,我渴望读者能够迁就我的翻译中无疑会出现的很多不完善之处。大部分翻译是我在印度一个山区的几个月的假期内完成的,在那里,我无法参考任何著作甚至是字典。我之后对于此翻译进行了仔细的修订,并且为了出版而进行了校正,我常常感觉到我欠缺关于罗马法中的程序的准确知识,以至于我想我很有可能弄错了很多技术性篇章的主旨。

德文第四版序言

这本书甫一问世便立即部分地受到了友好的接纳,这使得我希望,以下对于这本书的产生和它迄今的命运的陈述会受到欢迎。

只要罗马法的详尽体系几乎完全按照学说汇纂的章节和标题顺序而被陈述,那么似乎很常见的便是,偶然出现在学说汇纂最后一章的主题,相对于其他主题而言,便会因为过分的简短而受到了冷落。这一认识促使我于1801年的夏天在马堡(Marburg)做了一个关于学说汇纂最后十章的特别讲座,这样,就对于前面已经被提及的冷落状况做了一个补偿。当我直接依据法源而拟定讲座内容时,占有极大地吸引了我的注意力,我觉得,关于占有的通行概念和观点都能够依据法源而被修正。我将我的观点告诉了我的老师 Weis,他对此非常赞许,这极大地鼓舞了我,并且他敦促我就这一主题写出自己的著作,这一主题因为它所具有的困难和实践重要性而

非常具有魅力。其他的工作推迟了这一计划的实施,直到1802年冬天,这本书才被拟定。

本书第一版于1803年出版,这一版的开本和出版社与之后的版本是一样的,共有32页序言和495页正文。

对于此版本的以下评论使得我名声大噪:

Göttinger Anzeigen 1804. N. 30. (Hugo 所写)

Hallische Literaturzeitung 1804. N. 41 - 43. (Thibaut 所写)

Neue allgemeine deutsche Bibliothek, B. 104. S. 186.

Juridisches Archiv. Bd. 4. Tübingen 1804. S. 397 - 419.

第二版共有36页序言和560页正文,出版于1806年。所作的完善和补充使得这一版不同于第一版,而且对于这些完善和补充进行了特别的印刷,因此没有必要对此作出特别的说明。

对于此版本的评论如下:

Göttinger Anzeigen 1807. N. 191. (Hugo 所写)

Ergänzungsblätter zur Hallischen Literaturzeitung 1806. N. 44.
(Thibaut 所写)

Oberdeutsche Literaturzeitung 1808. N. 82. 83.

第三版出版于1818年,共有40页序言和600页正文。在这一版本中,首先增加了一个法源索引,在Bickel先生的帮助之下,当时在马堡(Marburg)的Mackeldey枢密官先生拟定了这一索引。在第三版中,作出重要修正或补充的段落如下:页码^①Ⅲ. XXXI. XXXIX. 9. 18. 23. 25. 36. 37. 40. 41. 42. 53. 54. 55. 56 - 59. 95. 98. 102 - 104. 162. 168. 173 - 182. 189. 192. 201 - 205. 229 - 231. 257 - 258. 266. 268. 269. 270. 271. 275. 287 - 290. 291. 307 - 309. 321 - 322. 341 - 348. 357 - 360. 362. 384. 400 - 404. 424. 426. 434. 446 -

① 在三个序言中,所称的页码和章节指的都是德文版中的页码和章节。——译者注

448. 457. 486 - 487. 488 - 491. 503 - 504. 510 - 511. 513 - 515.
524 - 527. 530. 。

对此版本的评论如下：

Göttinger Anzeigen 1818. N. 156. (Hugo 所写)

在目前的第四版中,几乎对于每一个段落都做了重要的修正和补充,因此,在这里,就可以不予列举。最大的修改是在第四篇中。

弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼

1822 年 7 月于柏林

德文第五版序言

在这一版本中,也作出了一些新的补充,大体上这些补充似乎是有必要的,也就是说,大体上这些补充并非只包含文献列举或者类似的东西,这些补充总是会被标明出来。

弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼

1826年6月于柏林

德文第六版序言

在此版本中的新的补充会如同在前两个版本中一样被标明出来。可是,在此版本中的补充较之以前数目更多,并且篇幅更大。重要的补充见于§ §6. 7. 9. 10. 35. 37. 40. 41. 44. 46. 50. 51. 。

弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼

1836年7月于柏林

译者前言

—

弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼(Friedrich Carl von Savigny),德国法学家,于1779年2月21日生于美因河畔法兰克福(Frankfurt am Main)。从1795年开始,萨维尼先后在马堡(Marburg)和哥廷根(Göttingen)学习法律,1800年取得博士学位,1801年冬便开始了漫长的教授生涯,1803年出版了《论占有》(Das Recht des Besitzes),使得他名声大噪。1804年起正式在马堡任教,1808年任Landshut罗马私法教授,1810年在新建的柏林大学任教,1812年至1813年任该校校长。1814年出版了论战文章《论立法与法学的当代使命》(Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft),1815年与Eichhorn、Göschen共同创办了《历史法学杂志》(Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft),成为历史法学派

的顶尖人物。1817年任普鲁士枢密院法律委员,1819年任莱茵州控诉法院兼上诉审核院的枢密法律顾问。1842年他开始担任国务兼司法大臣,1847年被任命为内阁主席,负责枢密院和行政厅,1848年3月辞职。1861年10月25日,萨维尼与世长辞。他最主要的著作包括:

《论占有》(Das Recht des Besitzes)(1803);

《论立法与法学的当代使命》(Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)(1814);

《中世纪罗马法史》(Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter)(1815—1831);

《帝国法讲义》(Landrechtsvorlesung)(1824);

《学说汇纂讲义》(Pandektenvorlesung)(1824—1825);

《当代罗马法体系》(System des heutigen römischen Rechts)(1840—1849);

《著作集》(Vermischte Schriften)(1850);

《作为当代罗马法一部分的债法》(Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts)(1851—1853)。^①

《论占有》一书是萨维尼的成名之作,萨维尼在该书的“第四版序言”中简要说明了他写作的缘起。在《学说汇纂》中,占有这一问题出现在最后十章,在萨维尼之前的对于罗马法的研究中,这一问题受到了忽视。当萨维尼对罗马法进行研究时,他注意到了这一点,将这个被忽视的问题拉到了前台,并且根据罗马法的原始文献对占有进行了研究,于1802年在7个月的时间内完成了这一著作,

^① 更为具体的内容参见[德]克莱因海尔、施罗德主编:《九百年来德意志及欧洲法学家》,许兰译,法律出版社2005年版,第358页以下;[德]格恩里:“弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼传略”,程卫东、张茂译,载许章润主编:《萨维尼与历史法学派》,广西师范大学出版社2004年版;[德]维亚克尔:《近代私法史》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联出版社2006年版,第372页以下。

并于1803年出版。这本专题研究的著作一问世便被认为是杰作,并为萨维尼带来了极大的声望。蒂堡(Thibaut)因这本著作称萨维尼为“我们的第一民法学家”,^①英国法学家奥斯丁(Austin)称这本著作作为“在所有关于法律的著作中,是最完美、最精致的”;^②这本著作甚至被称为是“16世纪以来法律史上发生的最重大的事件”;^③直至今日,它仍被认为是法律释义学的典范之作。这本书的影响如此巨大,以至于在萨维尼生前就出了六版,并在他逝世后又出了第七版。同时,占有这个主题在此著作出版之后便成为被持续探讨的对象,其中最著名的讨论者包括耶林(Jhering)、^④Bruns,^⑤这些讨论直接影响了《德国民法典》对“占有”的规定,并间接影响了《路易斯安那民法典》。^⑥甚至美国的大法官霍姆斯^⑦以及在最近声名鹊起的波斯纳^⑧也对于占有进行了讨论,同样,他们在讨论中也仍然避不开萨维尼的这本著作。

在这本著作中,萨维尼论述了关于占有的所有相关问题,包括占有的概念、取得、持续、丧失、保护以及准占有。在第一篇中,萨维尼首先确定了构成占有法律概念的事实条件是“持有”,而所需要讨论

① 克莱因海尔、施罗德主编:《九百年来德意志及欧洲法学家》,第359页。

② 本书“英译者前言”。

③ [德]格恩里:“弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼传略”,程卫东、张茂译,载许章润主编:《萨维尼与历史法学派》,第303页。

④ Jhering, Rudolf von, *Ueber den Grund des Besitzschutzes*, 2. Aufl., Jena 1869.

⑤ Bruns, Carl Georg, *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*, Weimar 1874. *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, Tübingen 1848. *Besitzerwerb durch Interessenvertreter*, Tübingen 1910.

⑥ See Snyder, *Possession: a brief for Louisiana's rights of succession to the legacy of Roman law*, 66 *Tul. L. Rev.*, 1992.

⑦ 霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社2006年版,第五、六讲。

⑧ Posner, *Savigny, Holmes, and the Law and Economics of Possession*, 86 *Va. L. Rev.*, 2000. 另见波斯纳:《法律理论的前沿》,武欣、凌斌译,中国政法大学出版社2003年版,第六章。

的是与法律关联以及与法律关系相联系的占有,即占有权利(*Recht an des Besitzes*)。这样,首先需要回答的问题就是,占有究竟是与什么法律关系联系起来从而被认为是占有权利?根据对罗马法篇章的分析以及占有在罗马法原始文献的体系之中所处的位置,仅有两种法效果能与占有联系起来,即时效取得和令状。至于其他的法效果,如先占、交付、善意占有之诉等,根据罗马法,都不能归因于占有。这样,可以看出,占有就本质来说是事实,但存在与它相联系的法效果,在这个意义上,占有又等同于权利,这便回答了一个长期以来争论不休的问题,即占有是事实还是权利。而根据体系化的考虑,就必然会追问,占有属于哪一种权利?这个问题不是特别准确,因为占有本质上是事实,它根本不是权利,但根据上文,占有与权利之间存在极大的相似性,所以,最为准确的问题应是,如果根据占有产生了占有令状权,那么这种权利属于何种权利?这同时也可以确定占有在何种意义上与所有权区分开来。而根据对罗马法的分析,占有令状权的根据在于私犯之债,因此这种权利属于债务性(*obligatorische*)权利。同时,就可以确定,占有的保护根据恰恰也在于私犯之债,是因为对于占有进行侵扰会产生不利于占有人的事实状况的变化。

然而,这种对于占有的术语界定的法源基础是否存在?因为罗马法中存在众多的与占有相关的术语,如“市民法占有”(*civilis possessio*)、“占有”(*possessio*)、“自然占有”(*naturalis possessio*)等,如何证明上述的结论?而根据对于罗马法出现这些术语的篇章的细致入微的分析,可以肯定的是,市民法占有是同时与时效取得和令状联系在一起的占有,而单纯的占有则指的是仅与令状联系在一起的占有,这两者都是法律上的占有。而自然占有则仅具有否定的意义,这个术语会出现意义上的分裂,视其否定的对象是市民法占有还是单纯的占有从而指代不同的含义。而且,在罗马法的篇章中, *possessio* 还有可能指代不同于占有的一些东西,如所有权以及被告

关系,虽然这些被指代的东西之间具有历史关联性。这一部分的分析具有承前启后的作用,一方面它可以证实前面所提出的结论;另一方面又为后文中对于罗马法篇章的分析奠定了一个基础,从而避免产生混淆。

上述对于占有的界定都只是形式上的界定,这样,占有的概念便成为一个法律概念,法学能够而且必须对之进行处理,但法律上的占有这个概念在实质上又包含了哪些要素呢?或者说,持有如何才能成为法律上的占有,其需要具备的要件是什么?根据自决的基本理论,持有要成为占有,必须还具备占有心素(意图),或支配意图(*animus domini*),即占有人必须事实上意图对物进行支配,如同所有权人那样,不承认他人比占有人自己更有资格。在准占有中也同样需要占有心素,即对于被占有的权利不承认他人比自己更有资格行使。但是,对此也存在一些例外,即在传来占有(*ableiteten Besitz*)的情形中,这种占有根据他人的原初占有而产生,是从前占有人那里转让而来的占有。不过,即使在传来占有中,仍然存在占有心素,只是这种心素不是支配意图,而是享有之前属于他人的占有权利的意图。这样,基于对罗马法的尊重,萨维尼放弃了对于完全的一致性的探求,承认了不同情形的存在。紧接着,萨维尼对于在他之前的罗马法的评注者所持有的错误的占有概念进行了驳斥。而且,为了给后面的一些分析确定前提,萨维尼讨论了“所有的占有都是排他的”这个规则,即一个物上不可能同时存在两个或两个以上的占有。根据对于罗马法学家观点的分析,萨维尼支持了此规则,这样,很明显的两个结论便由此得出:只要前占有存续,则新的占有就必然不会开始;只要新的占有被承认,那么前占有就必须被认为已经终止。这两个结论对于后文的分析非常重要。

在第二篇至第四篇中,萨维尼对于占有进行了动态的分析,即分析了占有的取得、丧失和保护。他首先论述的是占有的取得,认为占有的实质构成要素包括体素和心素,相应的,如果一个人要取得

占有,则必须存在取得占有的物理行为和伴随着物理行为的意图。其中,取得占有的物理行为就是体控(Apprehension)。之前的学者认为体控是对于物的直接接触,而对于在罗马法篇章中存在的大量没有对于物的直接接触却取得占有的情形,这些学者认为在这些情形中存在一种对于体控的拟制,即拟制体控。但萨维尼认为,罗马法学家明确阐述了对于体控的不同界定,而且拟制体控缺乏基础。他认为,对于体控而言,直接接触并非必须,必须的是直接作用于物的能力;对于不动产而言,体控即为在土地上的现时在场;而对于动产而言,则是物的现时在场;同时,对于所使用的房屋内的动产,使用人基于看管(custodia)能够自然取得对于此动产的占有。通过这种界定,能够对于罗马法篇章进行完满的解释。如果对于物的物理关系在占有被取得之前就已经存在,则仅通过心素就可以取得占有。

在论述占有意图时,萨维尼首先讨论了无法产生意志,即不能产生占有意图从而不能取得占有的一些人,包括法人、儿童。根据罗马法的篇章,儿童(7岁以下)和严格意义上的未适婚人一样,能够在监护人准可的情形下通过自己的行为取得占有,这是类推监护人能够以自己的行为为儿童取得占有这种情形的结果。之后,萨维尼从主体转到了物,论述了对于物的单独部分是否可能取得占有,以及对于孳息的占有取得的问题。这些论述都只适用于原初意义上的占有,但传来占有在哪些情形中能够产生?对此,萨维尼根据罗马法篇章确定了四种情形,即在永佃权以及根据质押合同而产生的质权中总是存在传来占有;在寄托的情形中,原则上不产生传来占有,在例外的情况下才会产生;而在临时让与的情形中,只要不存在明确的约定,就可以产生传来占有。

不过,占有并非都要由自己亲自取得,它同样也可以通过代理人而得到实现。具体而言,如果要实现这种方式的取得,在代理人方面必须存在体控行为和为他人取得占有的意图,占有人自己也必须

意图取得占有,同时,在代理人和占有人之间也必须存在法定的权力关系或者约定的委任关系。之后,萨维尼对于此种取得方式的特殊情形,即占有转移协议(*constitutum possessorium*)进行了详细的讨论。通过这些界定,将占有的取得和权利的取得区别开,这意味着占有甚至可以通过违法的行为来取得。

在第三篇中,萨维尼论述了占有的丧失。他根据占有的构成要素,以及占有取得的规则,依据逻辑上的一致性推导出了两个规则:其一,占有的持续如为可能,必须有体素和心素的同时存在;其二,占有持续与占有丧失是一个问题的两个方面,即占有只能持续到其丧失为止,因此,在体素和心素中只要其中之一不再存在,占有就会丧失。紧接着,萨维尼通过对于罗马法篇章 L. 153. de R. I. 的分析,进一步确定了体素或心素的其中之一不再存在就足以导致占有的丧失,而并不必然需要两者的同时丧失,这一分析证实了上述的规则。就体素这个外在事实而言,如果对物的直接支配关系能够根据意思而不断再现,那么占有就能够持续,在根据意愿处置物的能力完全消失时,占有也就丧失。这个规则同样适用于动产、不动产以及动物,只是其中的具体判定是不同的。不过,在对土地的占有情形中存在一个特殊的规则,即前占有一直持续到前占有人知道土地被占用时为止,在此之前,前占有并不丧失,占用人也不能够取得占有。而就心素这个内在事实而言,为了使占有持续,一种随时能够重现原始意志的能力的这种心素是必须的,即并不要求占有意识在占有持续期间的任何时刻都存在,而只要求再现能力的存在。为了使占有丧失,意志的单纯不存在是不够的,而必须有一个与原始意志相反的新的意志行为,而罗马法篇章中恰恰包含了此规则。

与占有取得相同,占有持续也可以通过代理人达成。萨维尼将此区分为两种情形,一是代理人导致的占有丧失(*Verlust an den Repräsentanten*),即代理人想为他自己取得占有,而在此之前他只是代为行使占有;二是通过代理人的占有丧失(*Verlust durch den*

Repräsentanten),即第三人取得占有,甚至没有人取得占有。这两种情形中导致占有丧失的条件不同。第一种情形能够导致占有的丧失,但根据罗马法篇章,占有的标的不同也导致丧失占有的条件有异,即在涉及不动产的情形中,只有当占有人获知代理人的欺诈时,此欺诈才能够使占有消灭;在涉及动产的情形中,只有当欺诈构成盗窃时,占有才会丧失。而在第二种情形中,又可以进一步区分为不通过代理人的意志和通过代理人的意志两种情形,前者导致占有的丧失;后者根据罗马法中的“代理人的欺诈不应损害占有人”这个原则,不能够导致占有的丧失。

在第四篇中,萨维尼论述了占有的保护,即令状。从令状的一般含义出发,可以认为,占有令状是建立在单纯占有基础之上的令状,它只包括回复占有令状和维护占有令状。在这里,萨维尼并没有遵从罗马法学家的观点,而是否认了通常的分类方式。并且许多学者认为占有令状是临时的所有权之诉,但占有与所有权是不同的,同时,维护占有令状与所有权之诉的预备关系也仅是一种偶然的关系,因此占有令状与所有权之诉是两回事。之后,萨维尼分别论述了维护占有令状(包括现状占有令状和优者占有令状)、制止暴力剥夺令状、针对隐秘占有的令状以及针对临时受让的令状,详细界定了它们各自的要件、效力以及对它们的抗辩,说明了它们各自适用范围的历史演变过程,注重它们之间的相互协调和系统性,避免法律漏洞的产生。最后,萨维尼对通常所认为的在谕令中所存在的新的法律救济方式进行了考察,认为这种新的权利并没有使得旧的令状权被废除或者成为多余,只是在非常特殊的旧的令状权所没有规定的情形中才给予新的特别诉讼,而且构成令状基础的占有规则并没有被改变。

至此,所论述的占有权利都是以保护所有权的行使作为根据,但除此之外,这种保护也延伸到其他一些权利之上从而形成了准占有,即对于权利的占有,这些权利包括人役权、地役权和地上权。萨

维尼分别论述了对于这些权利的占有,界定了对于这些权利的占有的取得、丧失以及保护。

这样,对于罗马法的占有的研究就全部完成了。但是,如果要使得这些理论对于应用有所助益,就必须描述这些理论与现代法(教会法和德国法)之间的关系。在教会法中,占有以完全一致的方式在应用中被扩展至新的标的之上,但不能扩展至债权和亲属权。同时,对于占有的保护,教会法又确立了侵夺之诉(Spolienklage),根据对于教会法的篇章的分析,萨维尼认为,虽然在此诉权之中确实存在一些革新之处,但这种诉权完全能够根据罗马法而得到解释,没有必要认为存在着新的诉权。对于教会法中存在的简易占有之诉(possessorium summariissimum),萨维尼认为这种救济方式只是为了在占有诉讼中防止因为诉讼的拖延而可能产生的不法行为的一种程序,它与罗马法中的占有诉讼仍存在着密切的关联。因此,虽然在现代有了一些新的规定,但罗马法中的占有理论的整体并没有因为这些规定而被打破,罗马法理论在现代仍然有效。

二

显而易见,萨维尼以其独特的细致和敏锐,对他之前的关于占有的通行观点进行了反驳,进而对于所有涉及占有的问题都毫不逃避地进行了清晰、逻辑一贯和系统的讨论,如同维亚克尔所评价的那样:“……从占有意志之前后一贯的建构原则出发,并藉由诠释学的文化与萨维尼自身的平衡感,如同一项音乐主题一样被‘彻底实现’的,精神上,甚至可说是艺术性的整体创作。”^①由此,他的占有理论能够对之后的学者产生如此重大的影响也就不足为奇了。该理论

^① 维亚克尔:《近代私法史》,第376页。

后来被 Bruns 继续发展,但之后却受到了耶林(Jhering)和霍姆斯的批评,尤其是霍姆斯对于萨维尼的占有理论进行了全面系统的批判。如果要彻底理解一个理论,就必然不能忽略对于此理论的批判理论,这里限于篇幅的原因,只结合霍姆斯的批判来对萨维尼的占有理论进行简单的讨论。^①

首先要注意的便是占有保护根据的探寻。萨维尼开始认为,对于占有进行保护的原因在于“一切暴力皆为非法”,(第8页)即暴力根据它的形式就是非法的,这一点在严重的暴力行为中显而易见,但在对于占有进行保护的罗马法中,这一点同等适用于所有的类似情形,如针对临时受让的令状是建立在滥用原告信赖即非法的这个基础之上。所以,占有的保护是“建立在一个根据形式为非法的行为的基础之上”。(第9页)在这一点上,霍姆斯似乎误解了萨维尼,根据霍姆斯的理解,萨维尼的观点是“一切暴力的行为都是不合法的,因此占有应被保护”,由此霍姆斯批评道:“这难以回答,为什么占有被保护不受暴力侵犯之外,也不受欺诈的侵扰。”(第182页)很明显,霍姆斯把萨维尼的观点理解得过于狭窄了。

但萨维尼之后又提出,保护的基础存在于“事实状况与占有人之间的联系之中,根据占有人本身的不可侵犯性,占有人可以被保护以对抗以下这种侵扰,即此种侵扰同时影响到了个人”,即对占有进行侵扰会发生不利于占有人的事实状况的变化,(第41页)这就是占有保护的真正基础。那么,这里所阐述的基础与之前所阐述的基础,即行为根据形式即为非法,之间是什么关系?它们是否属于不同的层次,即前者是真正的基础,而后者是为实现前者而提出的技术性原则?萨维尼对此并没有进行厘清。并且,如果占有保护的

^① 在这一部分以及以下其余部分中,如果没有特别注明,对于本前言正文中括号内的页码,对应于萨维尼的指的是《论占有》德文第六版(Savigny, *Das Recht des Besitzes*, 6. Aufl., Giessen 1837.)的页码,而对应于霍姆斯的则指的是《普通法》中译本的页码。

基础是对于占有进行侵扰会发生不利于占有人的事实状况的变化,那么为何此种事实状况的变化就应该得到保护?因为根据一般的观点,虽然所有的事实状况变化都蕴涵了被侵犯人利益的变化,但并非所有的利益变化都应受到保护,为何法律偏偏对于侵扰占有所产生的事实状况的变化进行保护?

霍姆斯认为,萨维尼对于占有保护根据的阐述并没有继承康德,因为康德是从自由入手。在霍姆斯看来,康德认为意志自由是人的本质,它应受到绝对的尊重,是所有的政府应认识到并加以确认的目标,占有之所以受到保护,就是因为一个人通过占有某客体,就使此客体进入到自己的意志范围之内,从而使得占有人能够将人格扩展至该客体之内或之上。此外,黑格尔也认为占有是自由意志的客观实现,因此,对于占有的侵犯就是对于人格以及自由的侵犯。^①而萨维尼在这一点并没有继承康德,萨维尼是以暴力行为的非法作为占有保护的根据。但霍姆斯的这种观点是有待商榷的。

萨维尼的观点实际上是来自于德国古典道德哲学。康德“悬设”了意志自由的重要性,萨维尼基于这一悬设,认为取得占有必须要存在占有心素(意图),必须意图为自己取得占有,只有在这时,才可以认为占有标的进入到人格的范围之内,自由意志才贯彻到该占有标的之上。同时,如果占有要得以持续,也必须存在占有的意图;在占有意图不存在时,占有也就丧失。可见,占有意图在占有之中具有至关重要的作用。因此,对于占有的侵犯也就是对于人格和意志的侵犯。为此,萨维尼明确陈述,“我对于上述保护的解释也是根据个人的不可侵犯性,以及人身与物之间的联系,这种联系产生于物的自然从属”。(第48页)Puchta认为,对占有的保护实际上是

^① 霍姆斯:《普通法》,第182页。同时参见康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第54页以下;黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第50页以下,尤其是第45节。

对于人格的保护,萨维尼评论说:“我看不出这种对于占有保护的解释与我的解释有何本质上的不同。”(第48页)由此看来,萨维尼也是认为对于占有保护的根据在于意志自由,这同样可以与之前提出的基础协调起来,即占有是自由意志在物上的贯彻,而对于占有的侵犯会导致占有人的事实状况的变化,这同时侵犯了占有人的意志自由或人格。也就是说,只有在侵扰行为导致了主体的事实状况变化,同时又侵犯了主体的意志自由的情形中,保护才是有根据的。而只有在这个基础上才能认为,暴力行为根据形式就是非法的。综上可以认为,即使萨维尼在某些观点上反对黑格尔,但在这一点上他与康德、黑格尔是一脉相承的,即其观点是来自于德国古典道德哲学。

然而,霍姆斯对于道德哲学非常蔑视,他认为应将法律与道德区分开来,甚至主张观察法律的“坏人视角”,^①“法律之最直接的基础一定是经验的”,“法律作为一种实用性的事务,必须以现实的力量为基础”。(第187页)霍姆斯强调萨维尼的理论是从外部研究法律,“而法学家的任务则是让人们知道法律的内容;也就是说,从内部处理它”,(第193页)因此他拒绝认可萨维尼对于占有保护根据的观点。他认为:

“人根据其与家人相同的某种本能——而捕猎海豹是这种本能最引人注目的例子,若不经一番夺回的努力,不会听任自己持有的东西被人用暴力或欺诈夺走。哲学可以找出一百个理由来证明这一本能的正当性,但假如哲学竟然谴责它,并要我们心甘情愿地放弃它,这样的哲学就完全没有价值。只要此本能存在,对于法律来说,合适的做法是以一种有序的方式满足它,而不是将其交给人们自行满足。”(第187页)

^① 霍姆斯:“法律的道路”,载伯顿主编:《法律的道路及其影响》,张芝梅、陈绪刚译,北京大学出版社2005年版。

虽然这种解释表明了法律的社会视角,但这种通过本能来解释法律保护占有的根据似乎过于简略了些。首先,本能如何证明?是否可以认为,侵夺他人的占有来有利于自己也是人的本能?如果不是,如何证明?如果是,又如何证明?其次,为何法律对于本能有许多的限制?例如,也许每个人都有性的本能,为何在涉及性的事务上,法律却在许多方面施加了诸多限制?可见,霍姆斯的这种解释至少是不充分的。因此,如果仅从逻辑一贯和充分性上而言,萨维尼的理论似乎更为可采。

其次,霍姆斯认为,对于占有是事实还是权利的讨论是毫无意义的,因为“凡是指示着这样一组事实的词,就意味着附加于它、作为其法律后果的权利;而凡指示着附加于一组事实的权利的词语,也以同样方式意味着这组事实”,因此,“占有”这个语词与“合同”、“财产权”唯一的区别是,“占有”指示着事实而隐含着后果,而“财产权”、“合同”指示着后果而隐含着事实。(第189页)而萨维尼认为,占有起初也只是一种单纯的事实,而就其产生的后果等同于权利,并进而讨论了占有权利的类型归属。在很大程度上,萨维尼和霍姆斯在这一点上的观点是相同的,之间的差别的原因首先是对于“事实”和“权利”的理解并不相同,所以两者的理论并不构成排斥关系。并且,霍姆斯采取一种实用主义立场,因此他认为,对于这个问题的讨论并没有什么实际价值,是毫无意义的。但萨维尼则是基于一种体系的方法以及对于体系价值的确信,故而仍对之进行了详细的讨论,他将法律作为一个系统来看待,必然要讨论占有的性质,以及占有令状权应归属于哪一类权利。因此,两者在这一点上的差别主要体现了对待法律的态度以及与此相联系的所使用的方法的差异。

在此,霍姆斯也同样认为,为了取得占有,必须存在与占有标的之间的物理关系,即存在对于对象的某种程度的权力。但是,“对对象拥有的足以构成占有权的那种权利与不足以构成占有权的权利之间的区分,仅是一个程度问题,分界线可以在不同的时间、不同的

地点根据刚才提到的依据而划出”。(第191页)也就是说,何种程度的权力可以构成占有不可一概而论,他没有试图给予这种占有体素以明确的定义。萨维尼却给予了占有体素(体控)以明确的界定。并且,根据占有的标的是动产还是不动产,他又作出了更为明确的界定,确立了明确的规则,只是在土地的情形中存在例外。(第227页以下)但即使如此,规则的应用仍会产生一些难题。例如,如果一个人已经使野兽负了致命伤,并且对此野兽进行紧追,那么他在此时是否能够取得对于此野兽的占有?萨维尼认为,他并不能获得占有,因为在此之前,此野兽有可能通过多种方式摆脱他,这样,他便不能随时按照自己的意愿作用于此野兽,而这种作用力对于占有取得而言是必要的。但是,萨维尼同时提出,通过把物送交到我们的住处,原则上就能够取得对于此物的占有,即使当时我们可能并不在场。当然也可能出现这样的情形:在此之后,他人立即使用暴力强占了我们的房屋,这样便使得我们不能将此物处于我们的支配之下。如何理解这种情形?萨维尼解释道:“在物被实际支配之前,阻止对物进行支配的可能性在第一种情形中是很大的,而在第二种情形中非常小,以至于它完全没有进入到占有人的意识之中。”也就是说,必须以社会的外在统一观察作为判断体控存在的因素。萨维尼自己也承认,“如果人们要问,在什么条件下,通过现时在场可以同时产生物理支配的意识,那么,这要取决于个别情势,特别是在涉及第三人的可能的相反作用力的情形中”。(第271页以下)但是,萨维尼仍然认为这只涉及基本规则的应用,而并不涉及基本规则本身。所以,萨维尼与霍姆斯的观察重点并不相同,这同样取决于他们所运用的方法的不同。

霍姆斯同时认为,对于占有的持续而言,“始终对物具有现时权力不是必要的”。为此,他举了一个例子:

假设某人发现了一钱包金子,把它放在自己围了一点点栅栏的乡下房子里,后来他因事入狱,被关在一百英里以

外的监狱中。这房子很偏僻,在它方圆二十英里以内只有一个人,一个全副装备的夜盗贼,在这房子的前门,透过窗户看见了这钱包金子,遂立刻起意要闯进房内拿走它。在本案中,拾得者对金子再次产生原来的那种物理关系的力量肯定是很有限的,但我相信,没有人会说,在这夜盗贼通过一项公然的行为表明他对此金子之排除他人的权力和意图之时,拾得者的占有就终止了。(第209页)

但在这种情形中,萨维尼就会认为拾得者的再现物理关系的能力终止,进而认为占有丧失了吗?根据萨维尼的观点,占有的持续可以建立在看管的基础之上,(第398页)这仍然构成了再现物理关系的能力。在这种情形中,拾得人虽然入狱,但他仍然享有对于房屋的看管,因此,只要夜盗贼没有进入到房屋之中拿走那些金子,再现物理关系的能力就没有终止。而且,拾得人入狱只是一个偶然的情形,他虽然不能亲自进行占有,但他仍然可以委托他人对物进行占有。因此,他再现物理关系的能力并没有丧失,进而他对于金子的占有也就没有丧失。可见,在这一点上,霍姆斯并没有驳倒萨维尼。

在萨维尼的占有理论体系中,最遭人诟病的是他的占有意图理论。如果按照萨维尼的这种理论,承租人、使用借贷人以及他物权人(虽然他物权人可能会享有准物权)就不会享有对于物的真正的占有。(第321页以下)萨维尼根据罗马法篇章,基于历史因素和便利因素,承认在四种例外情形(第335页以下)中会产生传来占有,但也仅限于这四种情形。然而,霍姆斯认为,基于现实的需要,在承租人、使用借贷人等情形中也应承认占有的存在。为了解释这一点,霍姆斯虽然仍然认为要有占有意图的存在,但是他指出这种占有意图并非如萨维尼所界定的那样是“支配意图”(据为己有的意图),而是“排除他人的意图”,(第193页)其差别在于,“若没有排除他人的意图及更多的东西,那种据为己有或作为所有者处理一物的意图,就不可能存在;但排除他人的意图在不存在作为所有者持

有的意图的情况下,也完全可能存在”。(第194页)例如,定期保有人在期满之前具有排除他人的意图,但并没有支配意图,具有某种留置权的受寄人也同样如此。而且,萨维尼的支配意图是绝对的,即排除其他所有的一切人,但霍姆斯则认为排除他人的意图可以是相对的,如抵押或其他可任意终止的寄托中,普通法保护受寄人对抗第三人,而不保护他对抗所有人。(第194页)霍姆斯作出此种界定的理由在于,法律责任先于法律权利。但这一理由似乎过于牵强,即使是非常尊重霍姆斯的波斯纳也同样认为:

“对于反对支配意图的要求,而赞同仅有排他的意图即可主张这一核心主张,他(指霍姆斯——笔者注)所给出的唯一解释就是,法律责任先于法律权利。占有法创造了不干涉占有人对于占有物的排他性使用的责任;这一责任产生了一项相应的禁止干涉或者获得救济的权利;因此一个占有人所需的唯一意图就是排除这样的干涉的意图。这一‘因此’并不是必然的。将对抗所有人的占有救济仅限于意图保持占有的人并没有什么不合逻辑的,无论它明智与否或者与英美法是否一致。”^①

同样,根据萨维尼的占有意图理论,主体就不能取得其没有意识

^① 波斯纳:《法律理论的前沿》,第214页。同样,波斯纳也认为,萨维尼在一些情形中承认传来占有的理由也似乎同样可以适用于承租人的情形,见同书第210页。但是,萨维尼认为,永佃人和临时受让人享有传来占有是基于历史原因而非法律关系本身的性质和条件。(第222页以下)关于提存物扣押人享有的占有与承租人没有多大的联系,而质权人享有传来占有是基于质权的目的,即为了防止债务人很容易通过不法方式重新取得对于物的自然占有,(第337页以下)而且,他对于这个理由不能适用于承租人或使用借贷人的原因作出了明确的阐述,即质押是建立在对债务人不信任的基础之上,这与其他合同不同。(第339页注1)既然以 *jus in re* (对物权) 作为持有根据的持有人,如受益人,享有准占有,那为什么承租人不能享有准占有?萨维尼对其原因也作出了明确的阐述。(第139—141页)波斯纳在论述这一点时,也似乎混淆了萨维尼所说的准占有和传来占有。

到为他所控制的物,即使此物处在他所使用的房屋中。而霍姆斯根据一些案例,证明了在一些情形中,虽然主体没有意识到他所控制的物,但仍被认为存在占有。例如,一顾客将一本口袋书掉在商店地板上,在店主注意到它之前,另一顾客将其捡了起来,这时,应由拾得者取得占有,因为店主没有意识到此物,因此不可能具有支配意图,同样不可能具有排除他人的意图;但是,如果这本书掉在私人房间中,那么在房主发现此书之前,不可能具有支配意图,但“排除他人占有它之意图,却可以包含在即使并不知道这本书的存在但仍排除他人进入其所在房间的更大的意图之中”。(第195页)

但是,值得注意的是,霍姆斯是从一些既往的英美案例中抽象出了这一规则(“交替地参考历史和现有的立法理论”,第1页),在这一点上,他似乎与萨维尼所使用的方法相同,即萨维尼也是从既往罗马法篇章中抽象出了这一规则。^①这样,最多只能认为,萨维尼所抽象出来的规则虽然能够解释罗马法篇章,但却不能解释英美法的既往案例,萨维尼的规则不能在英美世界应用。并且,霍姆斯并没有对于两个规则的合理性作出判定和论证,而基于他的实用主义立场,他也不可能去寻求普适的合理性。由此看来,两者的主张虽然不同,但并不能构成一种排斥关系,甚至,鉴于两个主张具有方法上的相似性,因此在这个意义上实为一种互相证明的关系。

霍姆斯认为萨维尼的占有意图理论与他对于占有保护根据的阐述一样只不过是道德哲学在法学上的阐发,因此没有基于现实的需要。但这种攻击对于萨维尼而言有失偏颇。萨维尼在承认占有意图的情况下,依然承认了传来占有的例外,即对于通常占有关系的偏

^① 波斯纳也同样注意到了这一点,见《法律理论的前沿》,第212页以下,第226页以下。并且,萨维尼认为传来占有是占有规则的一个例外(虽然并不完全是),而霍姆斯在雇员的情形中,也同样认为雇员不享有占有,这同样是一个基于历史原因所形成的例外。(第198页以下)