

文章编号: 1674 - 5205(2014)02-0106-(009)

# 占有行为的规范分析

常鹏翱

(北京大学法学院,北京 100871)

〔摘要〕占有行为是指占有的取得或丧失行为,它既不同于遗失等可归于自然事实的占有取得或丧失,也不同于埋藏物发现等形式上有占有要素,但该要素并无实质效用的形似行为,还不同于善意占有变为恶意占有等占有变更。占有行为包括了取得占有或丧失占有的目的意思,该意思不能独立于取得或丧失对物支配的事实状态,故占有行为是目的意思不独立的事实行为。尽管占有行为与法律行为相当不同,但它们之间存有协力、制约、衔接、并存等紧密的规范关联。在法律效果归属领域,在适用占有辅助规范和间接占有规范的基础上,还应类推适用代理规范。

〔关键词〕占有;取得与丧失;事实行为;目的意思;规范分析

**Abstract:** As the shortened form of the action of acquisition and relinquishment of possession, the action of possession is different from the acquisition and relinquishment of possession which should be ascribed to natural fact, and missing something is the representative for such natural fact. Moreover, the action of possession is not same as the kind of action which includes useless possession factor; for instance, unearthing. In addition, the change of possession such as the conversion from goodwill possession to malice possession is not the action of possession. Because the intent meaning of acquisition or relinquishment of possession does not depend on the fact to dominating the thing or losing control of the thing, the action of possession belongs to the factual act with dependent intent meaning. Though the action of possession is distinguished from juristic action, these two have close relationship such as cooperation, restriction, connection, coexistence, etc. In the field of adscription of legal effect, the rules of possession assistance and indirect possession should be applied, and the rule of agent should be referred to.

**Key Words:** possession; acquisition and relinquishment; factual act; intent meaning; normative analysis

中图分类号: DF521 文献标识码: A

## 一、引言

《物权法》第 19 章有 5 条,按照区分有权占有和无权占有的思路展开,第 241 条指向有权占有,第 242 - 244 条涉及无权占有的损害赔偿、原物及孳息的返还,第 245 条调整占有的保护。<sup>〔1〕</sup> 512 - 522 与对我国大陆物权法影响深远的德国法和台湾地区法相比,《物权法》第 19 章相当简略,最直观的是缺乏有关占有取得和丧失的规范<sup>〔1〕</sup>。以占有或占有人为要素的法律规范在适用时,应确定谁是占有人,对此无法从

“占有人”的字义或从法学之外的语言运用上找到答案,只能依据占有取得或丧失规范进行确定。<sup>〔2〕</sup><sup>36</sup> 这样说来,《物权法》缺乏占有取得或丧失的规范,诚属法律漏洞。本文尝试着在学理层面上填补这项法律漏洞。为了使论题更集中,本文以取得和丧失占有的行为为主要分析对象,该行为可简称为占有行为<sup>〔2〕</sup>。鉴于直接占有是占有的最一般形态,其取得和丧失行为最有代表性,本文就把占有行为的对象界定为直接占有。在论述时,本文除了汲取我国大陆的学理成果和实践经验,还将借鉴德国和台湾地区的规范与学

收稿日期: 2013 - 06 - 13

基金项目: 2008 年国家社会科学基金项目(08BFX068) “民法中的事实行为研究”

作者简介: 常鹏翱(1974—),男,河南栾川人,北京大学法学院副教授,法学博士。研究方向: 民法总论、物权法、债法。

① 《德国民法典》第 854 条调整直接占有的取得,第 855 条调整通过占有辅助人的占有取得,第 856 条调整占有的丧失,第 857 条调整占有的继承,第 868 条界定间接占有,第 870 条调整间接占有的移转。台湾“民法典”第 941 条界定间接占有人,第 942 条界定占有辅助人,第 946 条调整占有的移转,第 947 条调整占有的合并。

② 这一简称来自德文“Besitzakte”,有德语著作使用了该称谓,参见 Siedler, Zurechnung von Realakten im Buergerlichen Recht, Hamburg 1999, S. 20。

理,并特别注重在规范功能引导下,辨析规范的异同及关联,以求相同规范能被相同对待,相似规范能辨明似而不同的区别,不同规范能达到既不错位、又理清相互关联性的理解效果。为此目的,本文融合了相应规范的文义、体系和功能,从特定规范的词语本身、与相关规范的关联以及规范功能中理解规范意义。

## 二、形态厘定

欲厘定占有行为的形态,首先须排除作为自然事实的占有取得和丧失,再结合具体规范的功能,排除那些虽包含占有要素、但并非占有行为的行为,本文将这些行为称为形似行为。经由这两个步骤,可厘定占有行为的形态。但问题并未终结,教科书常提及的占有变更能否归入占有行为,也需讨论。

### (一) 对非占有行为的排除

#### 1. 排除自然事实

用以调整自然事实的法律规范通过客观事实来确定法律效果,不考虑事实起因是否人的行为,如谷物混合导致所有权重新界分,至于这种物的不可分状态源自风力还是行为,在所不问;在用以调整行为的法律规范中,法律效果与人的行为相关,如加工导致所有权重新界分,而加工物的生成须源自加工行为。<sup>(3)109</sup>在这种二分法的限定下,占有行为无论如何不能涵盖应归为自然事实的占有取得或丧失。

占有取得,继承取得属于典型的自然事实,即被继承人死亡这一客观事实导致继承人取得占有,以外的其他占有取得是否自然事实,在德国曾有较大的争议,缘由是对占有的认识不同:若把占有视为对物完全客观的支配状态,则占有取得为自然事实;若把占有视为主客观要素的结合,即根据生活观念,占有除了支配的客观要素,还需意思要素,则占有取得须有取得占有的意思,占有取得就是行为。<sup>(4)15-16</sup>后一认识为现今通说,据此,占有取得的构成要凸显取得意思,这无疑合理的,因为无该意思的人无法对物实施管领,如A不知B把书放于A的房屋中,虽然书客观上在A的支配范围,但A无法有意识的管领,也就不能说取得占有。我国法院在认定是否取得占有时,同样也注重综合主客观要素,比如,从当事人在其购买的宅院周围垒院墙的行为,来认定支配行为在事实上已经及于该宅院,当事人因此是宅院的占有人<sup>①</sup>;又如,从当事人搬入所购房屋居住,并届至诉讼时仍控制与支配该房屋的行为,来认定当事人占有该房屋<sup>②</sup>。

在占有丧失,占有人以放弃占有的意思而自愿失去对物的管领,如质权人向出质人返还质物,属于占

有行为。与此相反,诸如自行车被盗、遗失等非自愿丧失占有情形则是自然事实。这种区分的实际意义主要在于:

第一,影响动产善意取得规范的适用。无处分权人处分所占有的他人动产,只要该占有源自动产所有权人自愿丧失占有的行为,就要引发动产善意取得规范的适用,如A把笔记本电脑借给B,B对电脑的占有源自A的自愿丧失行为,B擅自把电脑以合理价格出卖并交给C,在德国应根据《德国民法典》第932条来处理,在我国大陆则应依据《物权法》第106条来处理,即善意的C可取得电脑所有权。非自愿丧失不能适用上述规范,如B捡到A丢失的笔记本电脑,擅自把电脑以合理价格出卖并交给善意的C,对此在德国应适用《德国民法典》第935条,结果是除非C通过公开拍卖而购得电脑,否则无法善意取得;在我国应适用《物权法》第107条,C欲取得电脑所有权,还需其他额外条件,如A在知道或应当知道C之日起2年内,不向C请求返还电脑。

第二,决定占有型担保物权是否当然消灭。动产质权、有价证券质权与留置权均以对标的的占有为前提,属于占有型担保物权,只要权利人自愿丧失占有,这些物权将当然消灭,但占有丧失并非出于权利人意思,根据“台湾民法典”第897-898条、第901条、第937条第2项,权利人只有在占有丧失2年内未请求返还的,这些物权才消灭。<sup>(5)250-252,325,383</sup>我国大陆在此方面的规范不像台湾地区这样明晰,但思路大致相同,如根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第87条,质权人把质物返还出质人,质权就不能对抗第三人;质权人因不可归责于自己的事由而丧失质物占有的,可以向不当占有人请求停止侵害、恢复原状、返还质物。

#### 2. 排除形似行为

与占有完全无关的行为固然不是占有行为,但并非所有包含占有要素的行为均为占有行为,若占有要素在规范构成中仅有形式意义,对规范功能无实质效用,则该行为只是形似占有行为的行为,也应予以排除。埋藏物发现就是典型的形似行为,以《德国民法典》第984条为例,其表述包含了发现与占有,它们因此是两个独立的要素,但规范支点是发现,占有在此没有实际意义,一旦发现人和占有人不同一,受保护的只是发现人。<sup>(6)232</sup>《物权法》虽未明确埋藏物发

<sup>①</sup> 参见河南省商丘市中级人民法院(2011)商民终字第1078号民事判决书。本文引用的我国大陆地区法院判决均出自北大法宝网。

<sup>②</sup> 参见重庆市璧山县人民法院(2010)璧民初字第857号民事判决书。

现的构成,但我国学理同样认为应重在发现而不在占有。<sup>(7) 257(8) 101</sup>受制于此,在判断某一具体行为是否符合埋藏物发现规范时,发现人有无取得占有的意思就不是考量因素,这与占有行为明显不同。

需要注意的是,遗失物拾得与埋藏物发现的构成相当接近,用以规范遗失物拾得的《德国民法典》第965条第1款同样要求发现和占有这两个要素并存,但意义被稀释的对象不同,即在遗失物拾得规范中,发现服务于占有,因为该规范旨在通过保护遗失物来管理失主的事务,仅有发现而无占有,就并未真正保护遗失物,与此相应,只有占有遗失物才符合规范功能,才能为拾得人取得酬金或遗失物所有权提供正当性基础;而且,根据《德国民法典》第966-970条,拾得人有保管、通知、交付、返还等义务,这些义务的履行均需拾得人占有遗失物。<sup>(9) 188-189</sup>《物权法》未明确遗失物拾得的构成,但学理认同占有的决定性地位<sup>①</sup>,且遗失物拾得的主要规范(《物权法》第109-112条)也围绕拾得人占有遗失物来展开。既然占有在此有决定性作用,遗失物拾得应是占有行为,而非形似行为。

除了埋藏物发现,租赁关系中物的取走、占有有人在占有期间支出必要费用、加工、住所的设立等行为也是形似行为,它们虽然均以对物的占有为前提,取得或丧失占有的意思似应占一席之地,但它们的规范目的不在占有的取得或丧失,占有于此可忽略不计,它们因此也不是占有行为。<sup>(9) 18-21</sup>

(二) 占有变更的规范定位

占有形态于占有存续期间发生变化,即所谓的占有变更,学理往往把它与占有取得、丧失并列讨论,<sup>(7) 456-459 (10) 553-555</sup>这样一来,占有变更看上去似乎不能为占有行为所涵盖,这一猜测能否成立,应根据具体的变更情形逐一进行鉴别。

1. 直接占有与间接占有之间的变更

本类变更被学理普遍接受,但从实态来看,其独立存在的意义颇值怀疑,如A把自行车借给B,看上去是A从直接占有人变为间接占有人,但实质是A在丧失自行车直接占有的同时,取得间接占有,B则取得直接占有,该过程就是占有的取得和丧失,属于占有行为规范的调整范围。故而,本类变更只有占有变更的名义,实属“假装占有变更”,<sup>(11) 167-168</sup>应归入占有行为。

2. 单独占有与共同占有之间的变更

单独占有因他人加入而变成共同占有,如A把公寓的一间租给B,他们共同占有厨房,这种状态是B取得占有的结果。共同占有通常因某一或某部分

占有人退出而变成单独占有,如上例中的B不再租住A的公寓,A恢复单独占有,这种状态是B丧失占有的结果;共同占有也会因某一占有人受共同占有人的委托而单独占有,如公寓由A、B共有,经A同意,B单独居住,这表现了A丧失直接占有而取得间接占有的过程。故而,本类变更也属于“假装占有变更”,也应归入占有行为。

3. 自主占有与他主占有之间的变更

本类变更不涉及对物的管领状态,只指向占有意思的内容,属于占有变更的典型。占有意思相当抽象,其内容是占有人把自己当成所有权人的自主意思,还是相反的他主意思,不易确定,它们之间的变更同样如此。对此情形,法律的任务就是增加确定性,如台湾“民法典”第945条规定,自他主占有人向所有人表示自主意思时起,如自行车承租人A向出租人B表示以所有的意思占有该车,或有买卖、赠与等使他主占有人取得所有权为目的的新事实完成时起,如上例中的B把自行车出卖并简易交付给A,自主占有就变更为他主占有。<sup>(5) 487-489 (12) 447-449</sup>显然,在自主占有与他主占有的变更规范中,相应的表示或新事实是证明占有意思具体内容发生改变的手段,由此不妨说,该规范是用切实可见的客观因素固定了无形的意思变化,属于证明规范,与占有行为的规范意旨相去甚远,本类变更因此不同于占有行为。

4. 有权占有与无权占有之间的变更

区分有权占有与无权占有的标准是占有取得有无正当权源,规范的着力点是占有之外的本权,故本类变更只是借了占有变更之名,实为权源事项的变化,与指向事实状态变化的占有行为不在同一层面。

5. 各类无权占有之间的变更

无权占有项下的各种占有变更也不同于占有行为,因为它们均未产生取得或丧失占有的效果。在占有形态变更的情形,如强暴占有变为和平占有、公然占有变为隐秘占有、继续占有变为非继续占有等,仅涉及对物具体管领样态的改变,管领的基本事实并未改变,与占有取得和丧失的差异相当明显。在占有意思变更的情形,即善意占有与恶意占有之间的变更,

① 参见王利明《物权法研究》上卷,中国人民大学出版社2007年修订版,第458页;崔建远《物权法》,中国人民大学出版社2009年版,第99页。我国有法院认为,遗失物拾得以拾得人发现并占有遗失物为要件,故一审被告在发现了塑料袋之后取走离开的行为,构成遗失物拾得,参见广东省深圳市中级人民法院(2011)深中法民一终字第1326号民事判决书。这种实务认识强调占有是发现的后果,这种因果关系在发现人和占有人同一的情况下自无疑问,一旦发现人和占有人不同一,如何认定拾得人就成问题,为了避免该问题的发生,应像学理认识一样突出占有的地位。

并不涉及管领事实的变化,法律加以规范的主要目的,在于解决善意或恶意的证明问题,如台湾“民法典”第959条规定,善意占有人,自确知没有占有本权时起变为恶意占有人,或在本权诉讼败诉时,自诉状送达之日起,视为恶意占有人。这种规范如同自主占有与他主占有之间的变更规范一样,也属于证明规范,显然不同于占有行为规范。

综上所述,占有行为指向取得或丧失占有的行为,它不同于因自然事实而发生的占有取得或丧失,也不同于占有要素不发生实质作用的形似行为,还不同于自主占有与他主占有之间的变更、有权占有与无权占有之间的变更、各类无权占有之间的变更。

### 三、属性界定

#### (一) 对占有的原始取得行为的定性

不是基于他人的占有而取得占有的行为,如捕获野兽,或不是基于原占有人转让占有的意思而取得占有的行为,如捡到钱包,就是占有的原始取得行为,在我国海峡两岸均被定性为事实行为,<sup>(5)496(13)334</sup> 这一确定性与德国的见解完全一致。<sup>(3)109-111</sup> 该界定与占有的事实属性相互映照<sup>①</sup>,表明原始取得行为的直接后果,是物从无人实际管领变为被人实际管领,这种事实状态变化不是权利变动,占有的原始取得因此不是以权利变动为法律效果法律行为。<sup>(14)4-6</sup> 与此相应,取得占有意思被称为自然意思,<sup>(3)110-111</sup> 以区别于旨在产生权利变动的效果意思。

需要注意的是,占有的原始取得行为往往伴随权利变动的结果,但这并不影响该行为的事实行为定性。比如,基于遗失物拾得,拾得人支付必要费用的请求权(《物权法》第112条第1款),或国家在一定条件下取得遗失物所有权(《物权法》第113条),这些权利变动的结果与拾得人取得占有的意思无关,而是法律根据拾得人占有遗失物的事实状态所做的限定,这种效果法定的构造与法律行为的由效果意思决定法律效果的构造大相径庭,故拾得不是法律行为。此外,拾得人取得占有的意思无需表示,这不同于准法律行为的对外表达内心意思的构造,<sup>(15)19</sup> 故拾得不是准法律行为。法律行为、准法律行为和事实行为是作为法律事实的合法行为的全部,此外没有其他的合法行为,遗失物拾得不是法律行为,也不是准法律行为,就只能事实行为,其构造也说明了这一点。

与遗失物拾得相比,先占有特殊,因为它在构成上要求自主占有无主物,《德国民法典》第958条就是如此,有学理认为自主占有意思是效果意思,先占由此被定位成法律行为<sup>②</sup>。不过,自主占有意思只

是说占有有人把物属于自己所有的意思,而不是说通过先占来取得所有权的意思,该意思因此并非决定权利变动的效果意思。而且,先占规范注重自主占有无主物的事实,只要该事实客观存在,即便占有有人不知标的物为无主物,也能取得所有权,占有有人有无取得所有权的实际意思因此没有意义,<sup>(3)110(4)73</sup> 这种基于人为的事实状态而由法律确定法律效果的构造,完全符合事实行为的特性。我国大陆学理普遍认为先占是事实行为,<sup>(7)262(16)306</sup> 值得赞同。这样一来,即便我国大陆缺失先占规范,但在事实行为的平台上,仍可运用依事实行为的物权变动规范(《物权法》第30条)来调整捡垃圾、捕获无主的野生动物、采摘无主的野生植物等先占行为。

#### (二) 对占有的继受取得行为的定性

占有的继受取得行为以原占有人的转让意思为基础,主要分为两种情形:一是占有移转<sup>③</sup>,即取得人从原占有人处取得对物的事实管领,如拾得人把遗失物还给失主,其特性是取得人有直接支配物的客观表现;另一是合意取得,其特性在于取得人无需直接支配物,如《德国民法典》第854条第2款规定,取得人能对物实施管领的,只要原占有人与取得人达成移转占有的合意,就足以使取得人取得占有。

##### 1. 占有移转的定性

与占有的原始取得行为一样,占有移转在德国是事实行为,<sup>(3)109(17)70-71</sup> 但在我国海峡两岸被定性为法律行为。<sup>(8)155(12)453-454</sup> 本文认为,把占有移转定性为法律行为的见解值得商榷,主要理由是:

第一,在占有是事实的前提下,占有移转的结果是原占有不再持续而新占有即时发生,这仍是事实状态的变化,不涉及权利变动,这与占有的原始取得行为完全相同。若把占有的移转界定为法律行为,就与法律行为以权利变动为法律效果的构造相悖。

第二,占有的移转需要原占有人的交付意思和取得人的取得意思,这些意思均无需表示,与意思表示

① 《物权法》未明确占有的属性,但立法部门的释义指出,占有是对物的事实上的控制与支配,参见胡康生主编《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第512页;有法院文书更明确地指出,占有是指对于物事实上的控制与支配,该种占有仅体现为一种事实而非权利,参见广东省高级人民法院(2012)粤高法民一申字第1906号民事裁定书。

② 德国先前的这种见解,参见Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1939, S. 367; 晚近的见解,参见(德)卡尔·拉伦茨《德国民法通论》下册,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第429页。

③ 从语义上讲,作为事实的占有无法移转,因为受移转人取得的占有,是不同于原占有的新事实,故用“占有的取得”来替代“占有移转”更恰当,但出于尊重用语习惯,不妨仍采用“占有移转”的称谓。参见郑冠宇《物权法之理论与变革》,科学出版社2009年版,第58页注2。

的构造不符。而且,仅有这些意思,不能发生取得占有的事实后果,它们还须与移转物的客观支配相结合,才能导致占有移转,也就是说,单凭意思要素无法决定占有移转的后果,这又不同于法律行为的效果意思决定法律效果的构造。

第三,占有移转与原始取得行为的差异是有无原占有人的交付意思,此外没有本质不同,取得人均要有支配物的客观表现与取得占有的主观意思,该意思在原始取得行为中尚属自然意思,仅因原占有人交付意思的介入,它就变性为法律行为的效果意思,这种质变实属异常。其实,无论在原始取得行为还是在占有移转,取得占有的意思具有质的同一性,它既不指向特定物,也不同于法律行为的效果意思,属于概括性的自然意思,这就为这两种取得行为的转换提供了基础,即有占有移转外形但无原占有人交付意思的,不是占有移转,但可以是原始取得,<sup>(17)70-71</sup>如酒醉不省人事的A把电脑交给B,A无交付的意思,B无法继受取得电脑的占有,但B有取得占有的意思,也实际控制了电脑,其占有属于原始取得行为的结果。而把占有移转界定为法律行为,则上例中A与B之间的占有移转无效,B不能据此取得占有,还只能靠原始取得行为为其占有寻找根据,但这会陷入矛盾,即这样一来,B取得占有的意思既是法律行为的效果意思,同时又是占有行为的自然意思,逻辑悖论明显。

第四,把占有移转定性为法律行为,缺乏实益的支持,如为了履行租赁合同,出租人A把机器交给承租人B,在通常情况下,把该占有移转界定为法律行为,与把它界定为事实行为,在后果上没有任何差别,<sup>(18)57-58</sup>但法律行为的定性却会产生上述的逻辑悖论,显然不妥。不仅如此,法律行为的定性还可能妨碍交易,如在交付机器时,出租人A丧失完全行为能力,但有认知能力,若把占有移转界定为事实行为,则A的行为能力变化不影响承租人B取得占有;若界定为法律行为,则B欲取得占有,还需A的法定代理人的同意。两相对比,法律行为的定性额外增加了B辨别A有无行为能力、征询A的法定代理人同意等成本,对交易进展并无实益。

上述理由说明,把占有移转界定为法律行为,在规范逻辑和实践效益上均无正当性,修正之道是像《德国民法典》第854条第1款那样,把占有移转与原始取得行为整合于同一规范当中,并保持事实行为的同一性。

## 2. 合意取得的定性

合意取得的典型例子,如A把堆放在公共空地的木材移转给B,只要A与B就木材移转达成合意

即可,无需B现实支配这些木材。我国海峡两岸未规定这种取得方式,有这种规定的德国对移转占有的合意在定性上是法律行为还是事实行为颇有争议。<sup>(9)144-145</sup>从规范体系一致性的角度来看,事实行为的定性更为可取,主要表现为:

第一,合意取得的后果是占有事实状态的变化,而非权利变动,应属于事实行为。

第二,在合意取得中,除了合意,还要求取得人对物实施管领,如上例中A移转木材的占有,使占有处于开放的状态,无需A或其他第三人的同意,B能随意进入空地取木材,使占有成为现实。这意味着,在合意取得,尽管不要求取得人现实管领物,但仍强调物处于可被取得人管领的客观状态,没有该事实状态,合意无法产生占有取得的后果,既然合意受制于该事实状态,合意取得也就不失其事实行为的本性。<sup>(15)20</sup>也就是说,在取得人完全有能力对物进行管领这个要素的限定下,合意不过是取得占有的事实过程的一部分,合意取得处理的仍是事实变化,与占有的移转没有本质差异。<sup>(19)49</sup>概括说来,占有移转与合意取得共享了大致相同的构造要素,即占有移转虽然强调对物的客观支配,但意思要素不可或缺,合意取得虽然重无形的合意,但客观支配也未完全消失。把合意取得当成事实行为,可保持占有继受取得行为规范的体系一致性。

第三,这种体系效应还会波及动产善意取得规范。具体而言,若把合意取得作为法律行为,则其无效将导致原占有人非自愿丧失占有,理应排除善意取得,如上例中的B通过合意取得木材占有,后把木材运到自家仓库,合意的无效不仅表明A未把木材交付B,B没有取得木材所有权,还表明A非自愿地丧失了木材的占有,在B把木材所有权转让给C时,无法适用善意取得规范。但在这种情况下,为了保护第三人,又不得不适用善意取得规范,即只要A同意B运走木材,就不妨认为是自愿丧失占有,从而不影响善意取得。<sup>(17)72</sup>这一迂回显然背离了占有丧失与动产善意取得的关联性,即动产善意取得规范只适于自愿的占有丧失。把合意取得作为事实行为,就不存在合意无效的问题,只要合意取得的要件完全具备,原占有人无论如何都是自愿丧失占有,从而可与动产善意取得规范无缝衔接。

## (三) 占有行为是目的意思不独立的事实行为

取得或丧失占有意思是占有行为不可或缺的元素,故占有行为是有意思要素的事实行为。由于该意思指向取得或丧失占有的事实,目的性相当明显,占有行为因此是有目的意思的事实行为。

因为目的意思的存在,占有行为就不是纯粹客观的事实行为。前文说到,埋藏物发现是形似占有行为的行为,它不要求发现人有发现埋藏物或取得埋藏物占有的意思,是无目的意思的纯客观的事实行为<sup>①</sup>。与此不同,遗失物拾得要求拾得人取得占有的意思。由此来看,尽管遗失物拾得与埋藏物发现都是事实行为,都是动产所有权原始取得的特别事由,在法律和教科书中往往被相提并论,但它们在构成上对有无目的意思存在不同的要求,理应分类存在。

再进一步看,尽管占有行为有目的意思,但该意思仅指向物的事实管领,没有对物是否支配的客观状态的配合,该意思就没有独立存续的意义,如在占有的自愿丧失,仅有放弃占有的意思并不足够,还须有可从外界识别的占有放弃行为,<sup>(20)82</sup>占有行为因此属于目的意思不独立的事实行为。<sup>(3)109-111(9)20</sup>前文说过住所设立虽然是事实行为,但并非占有行为,原因是其规范目的并非取得住所的占有;此外,住所设立虽也有意思要素,即设立住所的意思,但该意思独立于在住所里实际居住的客观实态,住所设立因此是目的意思独立的事实行为<sup>②</sup>,这是它不同于占有行为的另一理由。这种界分除了有助于准确理解规范意蕴,对行为成立与否的证明也相当有用:占有行为的目的意思无从脱离对物是否客观支配的实态,有这样的实态基础,就能推论占有行为成立,提出反对主张的人要证明不存在目的意思,这种反证有利于行为人;而目的意思独立的事实行为需要积极的证成,行为人应证明目的意思的存在。

#### (四) 占有行为与法律行为的规范关联

作为目的意思不独立的事实行为,占有行为与法律行为的差异明显,在规范适用上不能混淆,如占有丧失行为不要求行为人有完全行为能力,而放弃动产所有权则要求行为人有完全行为能力。不过,占有行为规范与法律行为规范在不冲突时,会相互关联,形成了紧密的规范网络,为调整现实情况提供了足够的规范机制。这些关联主要表现为:

第一,协力关系。在同一规范中,占有行为与法律行为作为不可或缺的构成要素相互协力,以实现共同的规范目的。比如,根据《德国民法典》第929条第1句,为了完成动产所有权的移转,既要有作为事实行为的动产交付,还要有作为法律行为的移转所有权的合意,它们缺一不可。又如,根据《德国民法典》第959条,在动产所有权的抛弃,权利人既要有抛弃占有的事实过程,还要有放弃所有权的效果意思。

第二,制约关系。在动产所有权移转规范中,交付与合意看上去分别独立存在,但它们的内在张力不

小。在该规范中,合意虽然指向所有权移转的法律效果,但缺乏交付的支持,合意的存续对当事人无实际拘束力,<sup>(17)53-54</sup>再加上交付是动产所有权移转的标志,故交付实际上是制约合意能否生效的特别要件。<sup>(21)159-163</sup>与此相当,根据《担保法》第90条,交付定金是定金合同的特别生效要件。与此类似但又不同的是要物合同,如根据《合同法》第367条,交付决定了保管合同能否成立,交付因此又是要物合同的特别成立要件。交付无论是合同的特别生效要件还是特别成立要件,均表现出占有行为对法律行为的制约。

第三,衔接关系。即占有行为规范与法律行为规范在适用上相互衔接,其形态相当多样,比如,因履行买卖合同、租赁合同而交付标的物,需合同规范和占有移转规范的衔接适用;A抛弃书本所有权,B先占该书,动产所有权抛弃规范和先占规范也相互衔接。

第四,并存关系。即针对同一实态现象,需由占有行为规范和法律行为规范共同介入调整,如根据德国法,A把空地上堆置的木材转让给B,由B即刻运走,该实态现象中既有转让所有权的合意,也有移转占有的合意,法律行为规范与占有行为规范可同步适用。

#### 四、效果归属

基于占有行为规范,行为人即可承担自己实施的占有行为的结果,但对他人实施的占有行为,还需借助效果归属规范来确定效果归属<sup>③</sup>,占有辅助和间接占有就承担了这个任务。有关这两个效果归属规范的构成均缺乏占有取得或丧失所不可或缺的意思要素,在效果归属的通道上存在缺口,下文就对这些缺口及其弥补措施予以展开。

##### (一) 占有辅助规范的缺口及其弥补

占有辅助与自己占有相对,它适用于雇佣之类的

<sup>①</sup> 以德国法为例,债法中的给付现实提出、实际清偿、租赁关系中物的取走、承租人支出费用,物权法中的加工、埋藏物发现、攻击性紧急避险、移转不动产所有权的当事人同时在场、占有人支出费用,继承法中的当事人同时在场等属于这类行为。Vgl. Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin u. a. 1992, S. 108 f.; Siedler, Zurechnung von Realakten im Buergerlichen Recht, Hamburg 1999, S. 18 f.

<sup>②</sup> 以德国法为例,住所设立或废止、无因管理、物的表见成分认定、从物的认定等属于这类行为。Vgl. Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin u. a. 1992, S. 111 f.; Siedler, Zurechnung von Realakten im Buergerlichen Recht, Hamburg 1999, S. 21 ff.

<sup>③</sup> 效果归属规范译自德文“Zurechnungsnormen”,也称为归属规范,是指将一个人的行为所产生的法律后果归属于另一个人的规定,如代理是法律行为的归属规范,占有辅助是占有行为的归属规范。参见(德)迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第671-673页、第678-679页。间接占有通常也被视为占有行为的归属规范,参见(德)迪特尔·施瓦布《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第523页。

社会从属关系,在满足以下条件时,雇员对物支配的行为效果将归属于雇主,由雇主取得占有:(1)雇员服从雇主的指示;(2)雇员对物支配的基础是为雇主的利益;(3)雇员和雇主之间的从属关系可为公众识别<sup>①</sup>。在此,雇员是占有辅助人,雇主是占有主人,主人即便在客观上没有直接支配物,仍不失为占有人。不过,在上述构成中,主人取得占有的目的意思悄然缺位,而它是占有取得行为的要素,这样一来,主人欲借力辅助人来取得占有的通路就有不小的缺口<sup>②</sup>。

弥补这一缺口的学理方案有三种:(1)不考虑辅助人自身的意思,只要满足上述构成要件,就认为占有辅助关系已蕴含了主人的目的意思;(2)考虑辅助人支配物的意思,认为该主观意思与辅助人支配物的客观情况予以合力的效果,是通过占有辅助规范而由主人取得占有,即辅助人的意思借助占有辅助规范而归为主人的目的意思;(3)考虑辅助人支配物的意思,认为通过类推适用代理规范,将该意思归为主人的目的意思,辅助人支配物的客观情况则通过占有辅助规范归为主人的对物的支配,它们分别为主人取得占有提供了主观和客观的支撑要素。<sup>(9)155-158</sup>

在评析这些方案之前,首先要明确,辅助人要想支配物,除了有客观表现,还要有支配的意思,如保安A受雇照看B的房屋,B的朋友C把戒指放在该屋,A不知这一情况,也就无法进行支配。从实际形态上看,辅助人对物的支配与占有意义下的管领没有区别,只不过占有辅助不是占有,故从法律概念上讲,辅助人取得支配的意思不同于占有行为的目的意思,可谓占有辅助意思。

上述第一种方案无视占有辅助意思,直接从占有辅助关系来推定主人的目的意思,其好处是简单明了,只要满足占有辅助的构成要件即可,劣势则是产生与实际情形不符的结果,如在上例,若从占有辅助关系中推定B有取得占有的意思,就意味着,只要A按照B的指示照看B的房屋,A与B的占有辅助关系就确定存在,即便A没有支配C戒指的意思,B也能取得对戒指的占有,这显然脱离了实际情况。不仅如此,这种结果也与占有行为的构造相悖,正如本文第二部分在讨论自然事实处的例举,A不知B把书放于A的房屋中,A不应取得对该书的占有,而在上例中,辅助人不知戒指反而不影响主人取得占有,悖谬之处相当明显。

后两种方案均顾及了占有辅助意思,只是归属途径不同,第二种直接适用占有辅助规范,第三种则类推适用代理规范。两者相比,第三种方案相对复杂,但它更契合占有辅助的构造。具体而言,占有辅助的

构成并未给占有辅助意思预留位置,该意思无法直接通过占有辅助规范而归为主人的目的意思,占有辅助因此并非占有辅助意思的归属规范,第二种方案在此方面的失误较明显。若要采用第二种方案,就应把辅助人具有占有辅助意思增列为占有辅助的构成要件,否则,就应考虑采用第三种方案。

不过,第三种方案面对的最大障碍是,代理是法律行为的归属规范,占有行为的要素能否类推适用代理规范?着眼于法律行为和事实行为的属性差别,占有行为与代理规范不应有瓜葛,但从规范功能的角度考虑,占有行为与纯客观的事实行为的最大不同,就在于目的意思对占有取得或丧失的决定作用,目的意思的这种效用与效果意思接近,表现出行为人自治的特点,这为其类推适用代理规范提供了基础。<sup>(9)147-149</sup>也就是说,基于占有行为与法律行为均蕴含的意思自治,使占有行为中意思借助代理规范而找到归属根据,并非无稽之谈,事实行为的定性因此不是目的意思类推适用代理规范的障碍。

这样一来,在满足占有辅助构成要件的前提下,占有辅助规范为主人取得对物的支配提供了依据,至于主人取得占有的意思,需类推代理规范,代理规范在此弥补了占有辅助规范的缺口。当然,这种解说完全出自论理的角度,是说在雇佣等可适用占有辅助规范的情形,主人之所以能取得占有的效果,是占有辅助规范和代理规范合力的产物,在实践中对辅助人或主人并无额外的要求,故第三种方案在保持学理自治的同时,又不增加交易成本,可谓两全其美。

其实,在雇佣等占有辅助的情形,不止取得占有的意思需类推适用代理规范,更为具体的占有意思也有这种需求。比如,A有一批精密仪器寄放在他人仓库,B向A租用其中一台,B的员工C误取机型较旧的另外一台,在使用中造成仪器严重损坏。C在此是B的占有辅助人,B是旧仪器的无权占有人。B对A的赔偿范围,因B是善意占有人或恶意占有人、自主占有人或他主占有人而不同,在判断时,就要类推适用代理规范,由B承受C的善意或恶意、自主占有意

<sup>①</sup> Vgl. Siedler, Zurechnung von Realakten im Buergerlichen Recht, Hamburg 1999, S. 150 ff. 我国海峡两岸基本也持这种见解,参见王泽鉴《民法物权》,北京大学出版社2010年第2版,第438-439页;韩松、赵俊芳、张翔、郭升选编著《物权法》,法律出版社2008年版,第453页。

<sup>②</sup> 史尚宽先生指出,占有辅助不要求主人有取得占有的意思,参见史尚宽《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第544页。从占有辅助构成而言,的确如此,但不能由此说主人在取得占有时,无需取得占有的意思。

思或他主占有意思<sup>①</sup>。这表明,第三种方案除了可应对雇人看房等简单情形,还能有效地应对关系更复杂的企业生产活动,适用范围相当宽泛。

## (二) 间接占有规范的缺口及其补救

在满足以下条件时,出租人、子女等将取得间接占有这种弱化的对物管领的事实:(1)存在租赁、亲权等占有媒介关系,至于该关系是否有效,在所不问;(2)承租人、父母等以他主占有意思而取得直接占有,这种意思被称为占有媒介意思,它在间接占有中占据核心地位,如在占有媒介关系存续期间,承租人把占有媒介意思改为自主占有的意思,或改成为出租人之外的第三人而占有的意思,间接占有将因此丧失;(3)承租人、父母等直接占有者是占有媒介人,他们承认出租人、子女等间接占有者有更强的法律地位;(4)间接占有者对占有媒介人有返还请求权<sup>②</sup>。上述构成缺乏间接占有者取得间接占有的意思,而该意思应是取得间接占有的要素,因为间接占有仍是事实,不能失去相应意思的支持。<sup>(9)169-172</sup>就此而言,间接占有规范不足以给间接占有的取得或丧失提供完全的根据。

为了弥补这个缺口,学理认为,在租赁等意定的占有媒介关系,出租人等间接占有者同意承租人等占有媒介人取得直接占有,自己则愿意通过返还请求权的方式对物进行管领,由此可知间接占有者有取得间接占有的意思。但亲权等法定的占有媒介关系就有所不同,因为该关系基于法律规定而发生,间接占有者未必知道占有媒介关系的存在,也未必知道谁在为他进行直接占有,由此无法确定间接占有者有取得间接占有的意思。对此予以弥补的办法,是在肯定占有媒介意思是占有媒介人取得直接占有意思的同时,又把它作为间接占有者取得间接占有意思的来源,即通过类推适用代理规范,把占有媒介意思归为间接占有者取得间接占有的意思,<sup>(9)172-174</sup>从而确保间接占有的取得有完整的构造要素。

这样一来,在占有媒介关系是法定关系的情形下,代理规范与间接占有规范之间也有分工合作的协力关系<sup>③</sup>,这一点与代理规范和占有辅助规范之间的关系没有实质差异。之所以有这样的分工合作关系,根本原因仍在于占有行为是有目的意思的事实行为,既要有取得或丧失对物支配的客观表现,还要有相应的主观意思,在由他人实施行为时,占有主人缺乏取得或丧失直接占有的意思,法定占有媒介关系中的间接占有者则缺乏取得或丧失间接占有的意思,而占有辅助规范或间接占有规范对此无能为力,只能类推适用代理规范,把辅助人的占有辅助意思归于主人取得

或丧失直接占有的意思,把占有媒介人的占有媒介意思归于间接占有者取得或丧失间接占有的意思。

## 五、结语

对占有行为的规范分析表明,取得或丧失占有的行为是目的意思不独立的事实行为,它不同于非自愿丧失占有等自然事实,也不同于埋藏物发现、住所设立等与占有有关,但并非占有行为的行为,还不同于善意占有与恶意占有的变更、自主占有与他主占有的变更等占有变更。在由他人实施占有行为的情形,还需在占有辅助或间接占有的基础上,类推适用代理行为规范,由占有主人或间接占有者取得或丧失占有。

根据上述结论,《物权法》中相应规范可从以下方面来完善:

第一,在《物权法》第19章,应补足取得或丧失直接占有的行为规范,重点在占有取得,完整布局包括原始取得与继受取得,无论哪种取得,均应凸显其事实行为的法律属性,明确取得人取得对物支配的事实以及取得占有的目的意思。

第二,区分占有行为与属于自然事实的占有取得或丧失,这对以下规范的完善特别有意义:(1)《物权法》第106条的动产善意取得以自愿丧失占有为基础,非自愿丧失占有情形不是该条的调整范围,借鉴德国法的经验,这些情形应包括遗失、被盗、占有辅助人私吞物品、无行为能力人转让等,<sup>(17)679-681</sup>而《物权法》第107条仅调整了遗失物的善意取得,未涉及其他非自愿丧失占有情形,一旦理解不当,就可能

<sup>①</sup> 就本例而言,C对误取仪器并不知情,故B为善意;C知道B租用A的仪器,其占有辅助意思包含了以A为所有人的意思,故B是他主占有者。参见苏永钦《所有人与占有关系》,载苏永钦主编:《民法物权实例问题分析》,清华大学出版社2004年版,第254-255页。在此需要补充的是,我国大陆《物权法》没有规定自主占有和他主占有,有法院认为,自主占有是占有者以自己为产权人的意思表示而为的占有,参见上海市闸北区人民法院(2012)闸民三(民)初字第1451号民事判决书。照此说来,自主占有和他主占有在效果归属上直接适用代理规范即可,但这种认识显然不妥,违背了占有是事实而非权利、占有行为事实行为而非法律行为、占有意思是自然意思而非效果意思的最基本界定。

<sup>②</sup> 这些要件在德国和我国海峡两岸具有共识,参见【德】曼弗雷德·沃尔夫《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2002年版,第83-85页;王泽鉴《民法物权》,北京大学出版社2010年第2版,第434-435页;韩松、赵俊芳、张翔、郭升选编著《物权法》,法律出版社2008年版,第452页。

<sup>③</sup> 需要注意的是,占有改定和指示交付有明显的法律行为特征,它们的取得可经由代理规范而完成。Vgl. Baur/Stuerner, Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009, S. 91 f. 间接占有的代理取得也显示出间接占有与代理的关系,但这不在本文的讨论范围,在此不赘。还应注意的是,在罗马法的占有取得中,有代理占有的形态。参见周相:《罗马法原论》上册,商务印书馆1994年版,第451-453页。但究其构造和功能,似乎与后世的占有辅助类似,不能将它与本文此处所谓的代理取得混为一谈。



会扩张《物权法》第106条的适用范围,故而,宜把《物权法》第107条的适用对象扩及所有类型的非自愿丧失占有。(2) 返还质物和留置物是丧失占有的行为,会直接导致质权或留置权的消灭,与此不同,非自愿丧失质物或留置物属于自然事实,不会直接产生权利消灭的效果,而是应给权利人预留请求返还质物或留置物的期间,该请求权在该期间内不能实现的,权利才消灭,我国的相关规范对此语焉不详,应予明确补足。

第三,区分占有行为和形似行为,在此方面最典型的例子是遗失物拾得与埋藏物发现,《物权法》没有界定它们的构成,学理普遍认为有发现与占有,但由于占有在埋藏物发现中没有实际效用,埋藏物发现因此是无目的意思的事实行为,而遗失物拾得是目的意思不独立的事实行为,它们不能完全同理。为了明确起见,不妨把遗失物拾得的要件缩限为占有,埋藏物发现的要件缩限为发现。由此再来适用《物权法》第114条,即埋藏物发现参照遗失物拾得的规范时,埋藏物发现就不能参照遗失物拾得的构成要件,只能参照适用其法律效果。

第四,增设善意占有与恶意占有、自主占有与他主占有的证明规范,以及与此相关的占有变更规范。

《物权法》第242-244条规定了对无权占有人的请求权,其中明文提及善意占有和恶意占有,若借鉴“台湾民法典”第956条,在占有物灭失、毁损的情形,他主占有和恶意占有人负同样的赔偿责任,就应再涉及自主占有和他主占有。由于这些占有类型完全围绕占有人的主观意思而设,不同于自己占有与占有辅助、直接占有与间接占有的分类,它们的规范重点应是如何证明占有人的善意或恶意、自主占有意思或他主占有意思。在此基础上,还应规范善意占有与恶意占有之间的变更,以及自主占有和他主占有之间的变更,规范重点应是占有人具体占有意思的转换提供证明规则,以显示它们与占有行为的不同。

第五,明确效果归属规范。对于由他人所为的占有行为,占有辅助与间接占有充当了效果归属规范。在规定占有辅助和间接占有的构成时,应给占有主人和间接占有人的目的意思提供位置,否则,就需类推适用代理规范。规定占有辅助和间接占有,还能补足《物权法》占有类型不足的缺陷,能更周延地实现相关规范的目的,比如,间接占有规范的缺失导致《物权法》第27条的占有改定存在欠缺,要想准确适用占有改定规范,就必须准确界定间接占有。<sup>(22)</sup>

#### 参 考 文 献

- (1) 胡康生. 中华人民共和国物权法释义 (M). 北京: 法律出版社 2007.
- (2) [德]迪特尔·施瓦布. 民法导论 (M). 郑冲,译. 北京: 法律出版社 2006.
- (3) Flume. Das Rechtsgeschäft (M). 4. Aufl., Berlin u. a. 1992.
- (4) Von Becker. Die Rechtshandlungen (M). Muenchen, 1936.
- (5) 谢在全. 民法物权论(下册) (M). 台北: 作者修订5版 2010.
- (6) Schwab/Pruetting. Sachenrecht (M). 27. Aufl., Muenchen 1997.
- (7) 韩松, 赵俊芳, 张翔, 郭升选. 物权法 (M). 北京: 法律出版社 2008.
- (8) 崔建远. 物权法 (M). 北京: 中国人民大学出版社 2009.
- (9) Siedler. Zurechnung von Realakten im Buergerlichen Recht (M). Hamburg 1999.
- (10) 王利明, 尹飞, 程啸. 中国物权法教程 (M). 北京: 人民法院出版社 2007.
- (11) 刘智慧. 占有制度原理 (M). 北京: 中国人民大学出版社 2007.
- (12) 王泽鉴. 民法物权 (M). 北京: 北京大学出版社 2010.
- (13) 魏振瀛. 民法 (M). 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社 2010.
- (14) Von Tuhr. Der Allgemeine Teil des Deutschen Buergerlichen Rechts( Bd. I, 1. Haelfte) (M). Berlin 1957.
- (15) Luebbert. Hilfspersonen bei Realakten (M). Jena 1933.
- (16) 孙宪忠. 中国物权法总论 (M). 北京: 法律出版社 2009.
- (17) Baur/Stuerner. Sachenrecht (M). 18. Aufl., Muenchen 2009.
- (18) 郑冠宇. 物权法之理论与变革 (M). 北京: 科学出版社 2009.
- (19) Wieling. Sachenrecht (M). 3. Aufl., Berlin u. a. 1997.
- (20) [德]曼弗雷德·沃尔夫. 物权法 (M). 吴越, 李大雪, 译. 北京: 法律出版社 2002.
- (21) 苏永钦. 私法自治中的经济理性 (M). 北京: 中国人民大学出版社 2004.
- (22) 庄加园. 间接占有与占有改定下的所有权变动 (J). 中外法学 2013 (2): 349-364.

( 本文责任编辑 松 明)