

# 论民法上的占有

*Lun Minfa Shangde Zhanyou*

季 境◎著

季 境

市场经济的大门打开之后近20年的今天，现代物权法发生了由归属中心主义向利用中心主义的价值转向，人们对物质财富的占有已渗透到社会经济生活的各个方面，占有与本权的关系对债权物权化及向本权的转化影响已无法回避。故此，仅从所有权之权能的角度规范占有已无法满足现实经济生活关系的需求，但作为社会主义国家，是重发展经济还是重维护人们的道德情感，在制度设计上的衡平即体现立法者的价值取向。

中国检察出版社

# 论民法上的占有

季 境 著

中国检察出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

论民法上的占有/季境著. —北京: 中国检察出版社, 2012. 8  
ISBN 978-7-5102-0722-8

I. ①论… II. ①季… III. ①民法-研究 ②物权法-研究  
IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 196472 号

## 论民法上的占有

季 境 著

---

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷东街 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电 话: (010)68650028(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 6.25 印张

字 数: 171 千字

版 次: 2012 年 8 月第一版 2012 年 8 月第一次印刷

书 号: ISBN 978-7-5102-0722-8

定 价: 20.00 元

---

检察版图书, 版权所有, 侵权必究  
如遇图书印装质量问题本社负责调换

# 内容摘要

本书共分五章，第一章研究占有的渊源，第二、三章从静态、动态的角度研究占有的概念，第四章研究占有的功能，第五章研究占有的保护机制。

第一章研究了占有作为一种法律现象所具有的属性，并讨论了罗马法、日耳曼法占有的特征。本章通过对占有法史学的考察，认为占有之所以能获得习惯法上的认可，是因为其自然属性，是法律保护自然占有的结果，~~其法律上的效力~~；人的主观意志因素在占有制度中起着重要的作用，~~其法律上的效力~~，占有制度即是通过对人类意志因素的规范评价其事实行为的外在效力，这就使得在占有构成中~~意志因素的作用~~，诚信等道德力量的渗入，充分体现了民法对人性的~~关注~~，从某种意义上也决定了民法价值目标及其体系构建；同时各国在构建占有制度时，之所以日耳曼法上的 Gewere 较占优势，就源自占有的经济属性：以对财产の利用为核心而建立人际关系。在现代社会，占有的经济属性还表现为各国出于交易效益及安全之目的赋予占有外观效力，从而使占有成为调整交易秩序的工具。本章遵循占有产生及发展规律并对罗马法及日耳曼法下占有制度进行了比较，试图探寻其历史形成的原因，以寻找对现实问题的参考性求解：在罗马时代，随着奴隶制商品经济的发展和人们对物质财富需求的增长，“私”的观念形成，物权观念成为定分止争的法律制度，由于新疆界的开拓及新事物的发现总会引发争执乃至暴力，占有最初就是用来规范私人以各种方式对土地进行利用的权利，成为所有权的补充，并作为与所有权分离的制度产生并发展起来。罗马法取得时效制度为了达到物尽其用的目的及社会关系的稳定，借助诚信原则建立了占有取得时效。从而罗马法

上的三大特点是：占有与所有权分离、占有制度目的是社会和平与秩序、诚信原则不同程度地渗入。而在日耳曼法上，早期日耳曼人苦寒的游牧生活，人们以实际利用价值确认财产的概念，加上王权统治下自给自足的经济特点，使得日耳曼法上的占有呈现与所有权并行、调整利用关系及注重交易安全保护的\*\*特色。这一点，恰恰迎合了现代经济发展由归属转向利用这一趋势对法律制度的需求。本章并对占有的公示机能变迁进行了历史考察，发现罗马法因占有与本权分离，占有功能集中表现为占有的权利推定效力，占有人无须证明本权的存在，即可主张占有诉权保护，排除外界对占有的侵夺、欺诈，从而维护社会秩序。占有功能与近代民法的交易安全毫不相干，相反，在罗马法和日耳曼法上，都是通过严格的程式保护交易安全的，既可以看到罗马法上采用曼兮帕蓄和拟诉弃权的交易方式，也可以追溯到日耳曼法上“以手护手”的起源。所以，占有公示机能是近代民法价值选择的结果，是出于交易需要而在强行法上赋予其相应效力的结果。

第二、三章是在给占有性质重新定位的前提下，通过对民法制度中占有关系的检索，在静态与动态两种法律关系中对占有的理性阐释。第二章通过占有性质、占有构成的特点阐释占有概念，也是在静态下对占有内部构造机理的定位。对占有的准确定位是占有保护的前提，而民法中的占有保护制度，似乎只有对无权占有才有重要意义，所以传统意义上对占有概念是针对无权占有而言的。本书认为，正如物权法调整的关系范畴包括静态归属及动态交易秩序一样，占有以其所具有的自然属性、伦理属性调整着无权状态下事实关系，以维护社会和平安宁的秩序，此为第二章静态占有的内涵；同时，占有因其独占性、排他性以及\*\*在动产上所独具的权利和外观效力，以在其上负载的权利与第三人利益的冲突，成为物权法调整客观公正及交易安全的一把利剑，此为本书第三章动态占有的内涵。而通过对这两种状态下占有关系的剖析，通过对两种占有概念所体现的利益冲突的概括，抽象出占有的性质——法益。本书认

为，占有之所以成为民法保护的對象，是因其上负载的利益，这种利益是以一定的法律价值为表现客体的：在静态占有中，体现为抽象的法律价值，如社会的和平与安宁、诚信等道德观念，在与本权的价值冲突上体现为位列式冲突，保护方法上即体现为顾此及彼，如保护权利为主，占有人利益为辅；而在动态占有中，体现为具体法律价值，如要不要交易，要不要安全的问题，在与本权的冲突上体现为排他性冲突，保护方法上体现为非此即彼，或保护权利或保护第三人利益。这就在具体的法律关系及其冲突中表现了李斯特在法理论上对法益的界定：法益是指法所保护的价值的客体。这就突破了民法理论上争议百年的事实说及权利说，既回答了事实说中为什么民法对占有不加区分地加以保护的原因，又回答了权利说之“权利”异与通常权利之特征；同时也回答了法律事实说难以解释的问题：即那些与法律规范竞合的生活事实或自然事实的内在规定性的要素，并在理论上解决了占有可以同权利一样获得侵权行为保护及保护方法上异与权利的原因。

第四章是对占有功能的讨论。无论是从调整财产归属及财产利用的角度，还是源自从占有所具有的权利推定力对社会秩序的影响；无论是制止暴力维护和平，还是对交易效益的追求和交易安全的保护；无论是源自占有本身，还是源自法律的赋权，无不是从占有与本权关系的角度解释占有功能的。本书遂得出占有保护本权、表彰、强化甚至回归本权以及占有表意功能的特点。其中强化本权是占有与本权相依托时，借助占有事实上的支配力，本权之功能得以强化。因近代民法权利的观念化，占有表彰本权及向本权的回归之功能已不真实，其制度设计是立法者选择的结果，在技术上是通过赋予占有表意机能来实现的。

第五章是对占有保护机制的研究。由于占有的性质为法益，以及占有在静态及动态关系中体现出的价值客体的不同特点，决定了民法对法益保护采取了异与权利的保护方法，以及在静态占有中二者兼顾和动态占有中保此舍彼的不同观念。本书提出，因占有所具

有的事实上的支配力，既可以自力救济，也可以援引物权的保护方法；因占有法益作为价值客体的抽象性及模糊性，既要在民法中对侵害占有作出原则性规定，又要在具体情形下列举一些侵权行为；因占有在不同财产关系中体现价值方式的不同，对其保护也应体现在民法的一些具体制度中。

# 目 录

引 言 .....	( 1 )
一、研究背景 .....	( 1 )
二、立法现状 .....	( 2 )
三、理论纷争 .....	( 3 )
四、方法与切入点 .....	( 4 )
五、现实意义 .....	( 6 )
第一章 占有的渊源 .....	( 9 )
第一节 罗马法占有制度变迁 .....	( 11 )
一、占有之观念 .....	( 11 )
二、占有观念演变特点 .....	( 18 )
三、占有的保护 .....	( 19 )
第二节 日耳曼法之占有解读 .....	( 24 )
一、对德语“Gewere”的质疑 .....	( 25 )
二、对德语“Gewere”一词的解读 .....	( 32 )
三、古代占有制度的特质及对后世立法的影响 .....	( 32 )
第三节 占有公示机能变迁 .....	( 37 )
一、占有公示机能追溯 .....	( 37 )
二、公示机能与交易安全 .....	( 39 )
三、现代法上的发展 .....	( 41 )
第四节 对占有属性的历史考察 .....	( 43 )
一、占有的自然属性 .....	( 44 )
二、占有的伦理属性 .....	( 45 )
三、占有的经济属性 .....	( 47 )



<b>第二章 静态占有</b> .....	( 50 )
<b>第一节 问题的提出</b> .....	( 51 )
一、占有保护请求权基础：无权占有的确认 .....	( 51 )
二、损害赔偿请求权提起的前提：占有概念的界定 .....	( 52 )
三、占有概念的不同论域考察 .....	( 54 )
<b>第二节 占有的性质</b> .....	( 56 )
一、有关占有性质的争论 .....	( 56 )
二、理论上的分析 .....	( 57 )
三、对占有性质的阐释 .....	( 62 )
<b>第三节 占有的成立要件</b> .....	( 66 )
一、有关占有构成的理论学说 .....	( 66 )
二、各国法之践行 .....	( 72 )
<b>第四节 余 论</b> .....	( 77 )
一、对占有概念的断思 .....	( 77 )
二、一物二租的救济机制引发的思考 .....	( 79 )
<b>第三章 动态占有</b> .....	( 87 )
<b>第一节 问题的引申</b> .....	( 87 )
<b>第二节 占有外观上的利益冲突</b> .....	( 89 )
一、占有与所有权的关联样态 .....	( 90 )
二、基于法律行为导致所有权与占有分离的利益 争执 .....	( 93 )
三、非基于法律行为导致所有权与占有分离的利益 争执 .....	( 96 )
<b>第三节 利益结构的动态分析及衡平</b> .....	( 100 )
一、利益衡平的情形 .....	( 101 )
二、利益结构的分析 .....	( 103 )
<b>第四节 占有概念的发展及意义</b> .....	( 105 )
一、各国立法对占有的分类 .....	( 106 )
二、占有的发展及对我国的启示意义 .....	( 112 )

---

第四章 占有的功能 .....	(114)
第一节 占有功能形成及其意义 .....	(117)
一、占有功能的形成 .....	(117)
二、实益 .....	(119)
三、占有功能的意义 .....	(120)
第二节 占有保护功能 .....	(121)
一、占有人救济权 .....	(122)
二、占有诉权(占有之诉) .....	(126)
第三节 强化、转化机能 .....	(133)
一、表彰本权 .....	(135)
二、强化本权 .....	(139)
三、向本权回归 .....	(142)
第四节 占有表意机能 .....	(143)
一、占有推定力 .....	(143)
二、占有公信力 .....	(146)
三、权利推定效力与公信力的关系 .....	(147)
第五章 占有的保护 .....	(150)
第一节 占有保护机制概说 .....	(151)
一、侵害占有救济机制体系 .....	(151)
二、占有保护请求权 .....	(154)
第二节 依债权请求权对占有的保护 .....	(160)
一、占有成为侵权行为客体的理论依据 .....	(160)
二、占有成立侵权行为客体之可能 .....	(162)
三、占有债权保护方法的适用 .....	(165)
第三节 损害赔偿请求权对占有的保护 .....	(166)
一、侵害占有法益的类型及特征 .....	(166)
二、对第三人侵害有权占有的损害赔偿请求权保护 方法 .....	(167)
三、对侵害无权占有的损害赔偿请求权保护方法 .....	(168)

---

第四节 占有保护的侵权法立法构想 .....	(170)
一、各国立法模式 .....	(171)
二、我国立法对该模式的借鉴分析 .....	(172)
三、占有保护的侵权法模式的立法构想 .....	(174)
结    语 .....	(175)
参考文献 .....	(177)

# 引 言

## 一、研究背景

占有是人与物（资源）的关系的自然属性，是人的生存本能的体现和力量对比的结果，是法律尚未积极干预并评价时的状态。如果不产生对资源的暴力争夺导致社会无序，也不会产生民法上的占有及占有的保护。只有当自然资源稀缺导致占有关系处在极不稳定的状态时，人们才能深切地感受到有必要对占有关系予以确认和保护，这就是民法上的占有。

占有概念自罗马法创立以来就是作为一个含义可变的法律概念出现的，占有制度于是就成为一个不可解释的现象，其包括主观意志和客观状态的变化，既可以表现为事实状态，又可以体现为法律上的权利，而且往往是静态与动态交替，适用于多种民事主体，只要在其上形成了一个有效的占有。在现代社会，随着人类社会生产、生活在广度和深度上的不断发展，人类的需要在范围和层次上不断递进和扩大，加之世界人口规模的急剧扩张，被占有物的范围、内容和层次也在发生着剧烈的变化，几乎所有的物和权利都具有了实在的或潜在的稀缺性，成为占有的对象，因此占有的客体出现广泛性和不可预测性的特点。在争取财富的最大化利用与增值的今天，如何利用一物使其在性能上发挥更大的功效成为私法自治的范畴，使得占有在内容上呈现开放性。在占有方式上，自先法权时代的自然占有，至今天交易中广泛使用的已被虚化了的占有，使得占有概念更加变幻莫测。法律常识告诉我们，一个事实、一种状态是否构成民法上的占有，构成何种占有是请求权的行使基础。因此，明确占有概念是对占有进行保护的前提。

## 二、立法现状

近代各国立法表明，占有制度作为罗马法与日耳曼法之融合，在大陆法系国家和普通法系国家都得到了不同程度的继承和发展。尽管两大法系在占有的理论和实践方面存在诸多差异，但有一点却是共同的，即把占有在物权法中作为一个特殊问题加以规制，以完善物权法（财产法）的调节功能。在立法编制体例上，德国民法典将占有视为物权的前提和基础规定为物权篇首；瑞士民法典将占有作为对物或权利事实上的支配力，作为类似物权规定在各种物权之后；日本名古屋大学教授加货山茂指出，占有本质上并不是一个物权法的概念，其实际上是一种保护或取得本权（物权或债权）的前提性制度，应规定在民法总则中<sup>①</sup>。在调整方法上，德瑞日民法均是通过在占有构成上放宽或取消对心素的要求而拓宽占有制度保护的范 围，一方面使其与所有权分离，成为调整财产关系的法律制度；另一方面又通过赋予占有诸多法律上功能如本权推定力、公示公信力的方法，使其接近甚至转化为所有权，从而实现物权法对公平正义与交易安全的调整功能，体现民法对本权的深切关注。

我国由于计划经济体制下对财产运行模式的格式化，对于占有，是将其依附于所有权制度，作为所有权的权能体现的。而在市场经济的大门打开之后近 30 年，在现代物权法发生了由归属中心主义向利用中心主义的价值转向的今天，人们对物质财富的占有已渗透到社会经济生活的各个方面：既有有权占有，又存在无权占有；既有物权意义上的占有，也有债权意义上的占有。故此，仅从所有权之权能的角度规范占有已无法满足现实经济生活关系的需求，但作为社会主义国家，是发展经济还是维护人们的道德情

---

<sup>①</sup> 参见陈华彬著：《外国物权法》，法律出版社 2004 年版，第 335 页。

感<sup>①</sup>，考虑到我国民法体系的残缺<sup>②</sup>及制度架构上的特点<sup>③</sup>，是否还要完全仿照欧洲国家的模式构建中国占有制度就很值得思考了。有学者主张要站在财产利用的立场上看待占有，并以此作为构建中国占有制度乃至整个物权的基点。当我们以国际经济的发展趋势前瞻我们今天物权立法的时候，既要考虑到将占有作为调节财产法的特殊工具活跃市场，又要根据我国的现实做出调整，要对占有制度之功能进行全面的把握。我国于《物权法》中对占有作为类似物权在篇末作了专章规定。鉴于此，本书在对占有理论基本问题进行研究探讨时，希望能够探究与我国物权法立法背景的契合点，并对一些具体问题的立法机制及实务研究提供理论上的支撑。

### 三、理论纷争

对占有的性质的争论已有几百年的历史。目前我国学界的通说是：占有是事实而非权利，这也涉及法律对于占有加以保护的根据。但问题在于，当我们以占有为权利的观点解释法律对占有采取何种方式保护时，却不能说明为什么法律对占有的保护不加区分善意与恶意，合法与非法？而当我们以“事实说”解释法律之所以能对一切占有加以保护的理据时，却又无法说明对法律事实，法律采取侵权行为法加以保护的依据。于是我们不免产生这样的疑问：事实和权利一定是非此即彼吗？如果占有性质为法律事实，对该类法律事实进行保护的内在规定性又是什么呢？

从理论上讲，罗马法的法律事实理论主要是在客观法的层次上

---

① 如取得时效制度、脱离物的善意取得问题。这些问题在本书第二章、第三章相应部分进行了探讨。

② 如侵害占有的损害赔偿请求权行使的法律依据，因占有概念本身的模糊性、不确定性，应在民法总则中对占有保护作出原则性规定，而不应仅限于物权法中的相关规定。参见本书第五章相关内容。

③ 如契约被宣告无效、撤销、解除后构成无权占有，在我国不采取物权形式主义立法例下，是否产生不当得利请求权就出现了例外。本书第三章对此进行了探讨。

将法律事实与法律后果联系起来，是根据一定的立法标准以及立法所代表的法律意识对法律与客观事实（生活事实或自然事实）的关系做出的理性阐发，需要解决的是法律规范的正当性和自洽性问题。只有在生活事实或自然事实与法律规范竞合时，生活事实或自然事实才会与法律规范发生关联，从而导致相应的法律后果，而这时，生活事实和自然事实就成为法律行为和法律事件。所以，本书认为，将占有定性为法律事实，一方面是法律形式理性的需要；另一方面也是从社会和平的角度上扩大对财产的保护范围，预留民法这一利益平衡器的空间。

准确界定事物应包含评价对象与对象评价两个方面，对占有性质的界定既要有客观的描述，又要有主观的价值判断。认为占有是一种事实固然不错，但这只是反映了占有的客观状态，并未对占有的本质进行价值评价。因此，作为一事物固有属性的性质有多种外在表现，法律事实只是其表现方式的一种，是从作为权利、义务产生根据的角度而言的。如果将占有仅仅定性为法律事实，只是满足了法律形式理性的需要，而没有对之所以能够导致一定的法律后果的内在规定性的原因进行理论说明。

#### 四、方法与切入点

本书认为，正如物权法调整的关系范畴包括静态归属及动态交易秩序一样，占有以其所具有的自然属性、伦理属性调整着无权状态下的事实关系，以维护社会和平安宁之秩序，此为静态占有。同时，占有又因其独占性、排他性以及动产上所独具的权利和外观效力，以在其上负载的权利与第三人利益的冲突，成为物权法调整客观公正及交易安全的一把利剑，此为动态占有。通过对这两种状态下占有关系的剖析，通过对两种占有所体现的利益载体的概括、抽象，本书认为，占有之所以成为作为民法保护的客体，是因为其上负载着一定的利益，这种利益是以一定的法律价值为表现客体的：在静态占有中，体现为抽象的法律价值，如社会的和平与安宁、诚信等道德观念，在与本权的价值冲突上体现为位列式冲突，保护方

法上即体现为顾此及彼，如保护权利为主，占有人利益为辅；而在动态占有中，体现为具体法律价值，如要不要交易，要不要安全的问题，在本权的冲突上体现为排他性冲突，保护方法上体现为非此即彼，或保护权利或保护第三人利益。这就在具体的法律关系及其冲突中表现了李斯特在法理论上对法益的界定：法益是指法所保护的价值的客体，这就突破了民法理论上争议百年的事实说及权利说。既回答了事实说中为什么民法对占有不加区分地予以保护的原因，又回答了权利说之“权利”异与通常权利之特征；同时也回答了法律事实说不能回答的问题：即那些与法律规范竞合的生活事实或自然事实的内在规定性的要素，并在理论上解决了占有可以同权利一样获得侵权行为保护及保护方法上异与权利的原因。

本书在对罗马法及日耳曼法占有制度变迁的考察，印证了理论上对罗马法和日耳曼法上财产观念特点的描述，以及这些特点对占有观念的影响；同时起源于罗马法占有时效制度中的诚信观念及该观念在后世演变中的特点，使得立法者将道德观念导入民法制度，占有、善意成为与占有制度时时相随的工具，成全民法利益衡平器的功能。我们今天将占有作为调节权利人与第三人利益冲突的工具，原因之一就是占有的权利推定外观，并赋予其公示公信力以保护交易安全。我们发现，占有制度之所以在罗马法上受到占有诉权的保护也是源自其权利推定作用，但罗马法与日耳曼法上的占有与交易安全无关，相反，二者均是借助一定的程式完成其对交易保护的需要。所以，本书对占有的功能进行了探讨，由于占有与本权的关系上的特点，本书对占有功能的研究是从与本权关系的角度出发的：保护本权；对本权的转化、强化与回归；表意功能。

古罗马立法者认为，如果每个占有者为了重新获得他人以恶劣方式从他那里夺走的物品都必须证明自己的权利，那么这种剥夺情况将会成为最常见的东西；而且如果由于占有者证明不了自己的权利而让剥夺者逍遥法外，将是对欺诈精神的极大纵容，这是罗马法采取占有权利推定力的目的。近代民法从财产交易便利出发认为，在实际生活中，如果让交易中的受让人不仅必须证明自己系以合法



的方式取得，而且还必须证明其取得权源的话，对经过多重辗转流动标的物在流通的每一个环节都须证明，一直追溯到最初的取得人，这将会使得交易无法进行。更何况在现代工商业社会，动产占有人与权利人并非同一人的情况非常普遍。在罗马法中，占有是作为与本权分离的制度存在的，占有现象背后并不必然导致本权的存在。所以，罗马法上为了交易安全，采取了极其复杂的公示方法：交易采用曼兮帕蓄和拟诉弃权的方式进行方有效。很显然，罗马法上占有公示机能仅指占有具备权利推定效力，同时辅之以占有诉权保护占有外观，其目的在于保护社会和平与秩序。而现代民法以保护交易安全为名，借助占有权利推定效力，采取法定的方法赋予其为公示方法，并赋予其公信力，实际上是虚伪的制度设计。为了补强动产物权公示方法这一缺陷，法律一方面将一部分动产上的权利证券化，以对证券的背书交付代替动产本身的交付；另一方面对车辆、船舶、飞行器等特殊动产例外地以登记为公示方法；同时对基于占有公信力而导致权利变动的情况，附加诸多要件限制。这一点也不同于登记的公信效力。登记的公示方法，由于是国家组织力量的介入，经过严格的程序，具有文字记载，能直观地反映权利状况，准确率高，因此登记的外观作用较大，可以获得相对完整的公信力。

本书正是通过对罗马法及日耳曼法相关理论的重新解读，通过对现代经济生活状态的省思，结合物权制度已成熟的相关理论得出民法上占有相关结论的。

## 五、现实意义

本书认为，占有是一种法益，与物权具有同质的内涵，都属于法律保护的利益范畴，只不过法益与权利是不同层次利益的载体，法律实现该两种不同利益所借助的方式不同而已。作为一种法律给予某种利益强制力保护的武器，权利本身没有可保障的必要，需要得到强制力保障的是权利背后的利益，这一点，其与占有背后的利益并无质的不同。所以，从法律保护手段来讲，对占有的妨碍与侵