

中国法评注
与适用丛书
物权法系列

总主编 王利明



物权法占有编

宁红丽 著

 中国人民大学出版社

D923.24

17

2007

中国法评注与适用丛书·物权法系列

总主编 王利明

物权法占有编

宁红丽 著

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

物权法占有编/宁红丽著.

北京:中国人民大学出版社, 2007

(中国法评注与适用丛书·物权法系列/王利明总主编)

ISBN 978-7-300-07997-4

I. 物…

II. 宁…

III. 物权法-研究-中国

IV. D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 047226 号

中国法评注与适用丛书·物权法系列

总主编 王利明

物权法占有编

宁红丽 著

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 河北三河市新世纪印务有限公司

规 格 155mm×235mm 16 开本

版 次 2007 年 4 月第 1 版

印 张 14

印 次 2007 年 4 月第 1 次印刷

字 数 227 000

定 价 25.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

代序

物权法是一部什么样的法律



《中华人民共和国物权法》的制订工作自 1993 年启动，历经立法机关八次审议，已由十届全国人大五次会议审议通过。《物权法》的制订与颁行在我国法治进程中具有里程碑的意义，必将对我国经济社会的发展和社会主义和谐社会的构建产生深远影响。物权法的制订与讨论之所以在海内外引起极大的关注，备受世人瞩目，就是因为物权法是保护最广大人民群众利益的基本法律，是维护我国社会主义基本经济制度的重要法律，是社会主义市场经济的基本法，也是鼓励人民群众创造财富的法律。它的颁布将更加坚定广大人民群众坚持改革开放、努力创造社会财富的信心。

物权法是保护最广大人民群众利益的基本法律

我国《宪法》将“依法治国，建设社会主义法治国家”确立为一项基本治国方略。而衡量一个国家是否属于法治国家的重要标志，就是要看是否有一套完善的法律制度，以充分保护公民的人身和财产权利。在一个法治社会里，拥有公共权力的政府机关可以对公众施加义务约束，但义务的设定必须以保护人民的基本权利为出发点，因此，物权法规定公民、法人所享有的财产权是依法行政的基础。我们学习物权法，首先要牢固树立依法平等保护和正确行使财产权利的物权观念，为实施物权法营造广泛的社会思想基础。

物权法始终以维护最广大人民群众根本利益为目的，关注民生，保护老百姓的切身利益。什么是民生？首先是要维护老百姓的基本权利。民生的最大问题就是民众的权利问题，权利问题都没有解决好，产权得不到应有的保护，就根本谈不上民生。物权法对实践中广大人民群众最



关注的问题作出了规定，具体来说：

物权法切实维护了广大城市居民的财产权益。物权法规定：“住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期。”在我国土地使用权实行有偿转让制度，因此，城市居民购买房产之后，其虽然对房屋享有永久的所有权，但土地使用权则是有期限的。而土地使用权到期之后，地上的建筑物的所有权是否依然受到法律的保护，成为广大城市居民普遍关注的重大问题，物权法的上述规定使城市居民的房产权得到了充分的保障。物权法规定了城市居民对其购买的商品房所享有的各项财产权利，特别是物权法中所规定的业主的建筑物区分所有权制度。鉴于道路、绿地关乎业主的重大利益，且涉及城市的环境保护，因此物权法规定，建筑区划内的道路、绿地属于业主共有。物权法为了保护广大购房人的利益，防止开发商将房产一房数卖，规定了商品房预告登记制度。物权法还确认了对物权的保护制度和方式，确立了物权的各项规则。可以说，物权法通过对各类财产权的保护，奠定了法治社会的基础。

物权法中有关保护农民财产权的制度，切实维护了广大农民的权益。保护八亿农民的合法权益，首先需要保护农民对土地的财产权，这也是建设社会主义新农村、完善制度建设的基础。我国物权法第一次在用益物权中规定了承包经营权，承认了承包经营权为物权，这是在不改变我国农村集体土地的性质基础上，最大限度地保护农民利益的重大举措。土地承包经营权的物权化也为稳定承包经营关系提供了法律保障。为了使农民享有长期稳定的承包经营权，《物权法》第126条第2款规定，耕地、草地或者林地的承包期届满，由土地承包经营权人按照国家有关规定继续承包。其次，物权法确认承包经营权为用益物权，有利于在土地被征收的情况下，保护承包经营权人的利益。《物权法》第121条、第132条都规定了承包地被征收的，土地承包经营权人有权依照本法第42条第2款的规定获得相应补偿。再次，物权法还规定了农村集体组织的成员权，对涉及土地承包方案以及将土地发包给本集体以外的单位或者个人承包，个别土地承包经营权人之间承包地的调整，土地补偿费等费用的使用、分配办法，集体出资的企业的所有权变动等事项规定必须依照法定程序经集体成员决定。物权法还规定了集体经济组织、村民委员会或者其负责人作出的决定侵害集体成员合法权益的，受侵害的集体成员可以请求人民法院予以撤销，这些举措都切实维护了广

大农民的利益。

物权法是维护我国社会主义基本经济制度的重要法律

《物权法》规定：“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。”这就是对平等保护原则的具体规定。之所以要实行平等保护，是因为：一方面，按照《宪法》第6条的规定，我国目前处于社会主义初级阶段，在所有制形态上实行公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。既然要实行多种经济成分的共同发展，就需要对公有经济和非公有经济实行同等保护。另一方面，我国实行社会主义市场经济体制，这就需要保障所有市场主体的平等的法律地位和发展权利。市场经济天然要求平等，因为交易本身就是以当事人享有平等的法律地位为前提和基础的。

物权法强化对国有财产的保护，主要有这么几个特点：第一，物权法明确了行使国家所有权的主体。物权法明确规定，国有财产由国务院代表国家行使所有权，但法律另有规定的，依照其规定。全国人民代表大会毕竟是国家最高权力机关、立法机关和法律监督机关，它本身不具体地具体地管理各项财产。对国有财产的管理，只能通过法律的授权，由最高国家权力机关的执行机关（即国务院）来行使。第二，物权法明确界定了国有财产尤其是国家专有财产的范围。《物权法》第41条规定：法律规定专属于国家所有的不动产和动产，任何单位和个人不能取得所有权。例如，物权法规定城市的土地、矿藏、水流、海域、无线电频谱资源等只能由国家所有。而对于森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，第48条规定属于国家所有，但法律规定属于集体所有的除外。第三，物权法对国家机关、国有企事业单位管理和使用国家财产的权限作出了规定。《物权法》第53条、第54条分别对国家机关和国家举办的事业单位所直接支配的国有财产的权限作出了规定。国家机关对其支配的国有财产，不得享有收益权，因此，国家机关不能将国有的财产出租或者从事其他的交易行为从中获取利益。针对实践中较为突出的国有资产经营中的流失问题，《物权法》第57条规定了履行国有财产管理监督职责的机构和工作人员的责任，尤其是规定了违反国有财产管理规定，在企业改制等过程中造成国有财产流失，依法应当承担法律责任。这些责任主要还是行政责任，但造成国有资产损失也要承担相应的民事责任。在国有财产受到侵犯后，物权法赋予国有财产的管理机关和



企事业单位可以请求不法行为人停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还原物、恢复原状、赔偿损失的权利，从而保护国家所有权。

物权法强化了对私人所有权的保护。物权法规定的私人所有权，就是指公民个人依法对其所有的动产或者不动产享有的权利，以及私人投资到各类企业中所依法享有的出资人的权益。私人所有权是私人所有制在法律上的反映。我国物权法从三种所有制形态的分类出发，分别确定了国家、集体和私人所有权。物权法扩大了对私人所有权的保护范围，实际上就是要坚持党的十六大的“毫不动摇”的方针，强化对非公经济的保护，鼓励非公经济的发展。

物权法是社会主义市场经济的基本法

从世界范围来看，衡量一个国家或地区的经济体制是否是市场经济，关键要看市场是否在资源的优化配置中发挥基础性作用，而其中一个重要的标志就是规范市场经济的民商法体系是否建立和健全。一些历史学家的研究表明，我国千余年来商品经济、市场经济始终没有得到充分发育，其根本原因在于我国封建制度之下，私有财产无法得到法律的支持和保护。我国宪法明确规定我国实行社会主义市场经济，社会主义市场经济体制的构建首先要求产权清晰、权责明确，这样交易关系才有可能顺利进行。物权法不仅是确认和保护所有制关系的法律，而且是规范市场经济的基本法律规则。

物权法对于市场经济的基础性作用表现在以下几个方面：一是物权法构建了产权制度的基本框架，为市场的正常运行奠定了基础。在物权法上，通过确认各类物权，来确认交易的安全。二是确认了平等保护原则，维护市场主体的平等地位和基本财产权利。我国物权法规定，国家保护一切市场主体的平等地位和发展权利。《物权法》第4条规定：“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。”这就是说，即使是没有进入交易领域的财产，都要同等地受到法律的确认和保护。在遭受侵害以后，也要受到物权法的平等保护。这种平等对待要求各类市场主体享有并行使财产权，以及其权利遭受侵害的情况下都要遵循共同的规则，这也是市场经济的内在要求。三是维护市场经济的正常秩序和交易安全。物权法的一系列规则，如公示公信原则、所有权转移规则、善意取得制度等都是直接服务于交易关系的。当前，市场交易中存在一些混乱现象，确与物权法不完善有关。例

如，在商品房买卖中，由于登记制度的不健全，一些消费者在购买商品房时，不能通过查阅不动产登记，了解该房屋是否已经设定抵押或者出售等情况，从而在交易中上当受骗或蒙受巨大的损害。极少数不法行为人将一物数卖，或以已经出售的财产作抵押，欺骗他人财产，甚至从事金融欺诈行为，造成经济秩序混乱，社会信用降低。因此，物权法的建立和完善对于维护交易安全，整治市场秩序具有重要的作用。

物权法是鼓励人民群众创造财富的法律

制订物权法是构建社会主义和谐社会的重要保障，法律本身虽不能直接创造财产，但是可以通过确认和保护财产来鼓励财富的创造。法律的这一功能，主要就是通过物权法来实现的。古人说，有恒产才能有恒心。如果缺乏完备的物权法，不能形成一整套对财产予以确认和保护完整规则，那么人们对财产权利的实现和利益的享有都将是不确定的，从而就不会形成所谓的恒产，也很难使人们产生投资的信心、置产的愿望和创业的动力。物权法的制订有利于推动人民创造财富、增强我国综合国力。物权法通过对于所有民事主体一体保护，有利于鼓励亿万人民创造财富，从而实现共同富裕的伟大历史使命。

物权法的制订也是制定民法典、完善社会主义市场经济法律体系的重要步骤。我国要到2010年形成中国特色社会主义法律体系，就必须尽快制订和颁行作为市场经济法律体系主干的民法典。物权法的制订和颁行实际上是制订民法典的最核心的部分。从现实情况看，由于物权法基本规则缺乏，使已经颁布的《合同法》、《担保法》等法律也难以发挥其应有的作用，因此物权法的制定是建立和完善有中国特色的社会主义法律体系的重要内容。

contents 目录

第一章 占有的基本理论	1
第一节 占有的概念	1
第二节 占有的要素	19
第二章 占有的类型	27
第三章 占有的功能	38
第四章 自主占有	50
第一节 自主占有概论	50
第二节 先占	53
第三节 取得时效	64
第五章 善意占有	83
第一节 善意占有概述	83
第二节 区分善意占有与恶意占有的实益	85
第三节 善意取得	95
第六章 间接占有	116
第七章 占有的推定	133
第八章 占有与债权	145



第九章 占有的保护	157
第一节 占有保护请求权的源与流	157
第二节 占有的物权法保护	180
第三节 占有的债权法保护	195
 第十章 准占有	204
第一节 概述	204
第二节 准占有的效力	211

第一章 占有的基本理论

第一节 占有的概念

一、占有的概念及其历史溯源

占有制度经过自罗马法以来近两千年的发展，已经成为现代物权法中的一项重要制度。通常认为，占有指占有人对于物的事实上的控制和支配。占有是物权变动（特别是动产物权）的要件以及风险负担确定的标准。那么现代占有制度到底是如何形成的？它在各国物权法中究竟居于何种位置？本章将分别予以阐述。

（一）罗马法中的“占有（Possessio）”

1. 罗马法中占有的概念

占有的概念起源于罗马法。在罗马法上，占有为“possession”，在词源学上，拉丁文“possession”一词的后半部分“session”来源于动词“sit”，与德文“Besitz”和英文中的“seisin”相对应，具有“坐”、“占据”的意思。从词义上来看，罗马法上占有与对物的一种事实上的占据和支配状态有关。罗马法的所有权观念形成较早。依照现代罗马法学者的看法，所有权观念的成熟使得占有能从物权中分离出来，从而具有独立的意义。因此在当时，占有指的就是对物件的事实上的支配、管领，或称对物件有事实上的管领力。^①日本罗马法学者原田庆吉也认为，“Possessio”是将物的事实支配状态（即事实）与得以支配该事实的权利（本权）相分立而加以保护的一种制度。^②

罗马最早的成文法《十二表法》第六表就定名为“所有权和占有”，共11条，另外第七表“土地和房屋（相邻关系）”、第八表“私犯”以及第十二表中均有对占有的规定。在这些规定中，占有都是指对物予以实际的控制。根据萨维尼的解释，罗马法中的占有法起源于对公有地的

① 参见周相：《罗马法原论》，407页，北京，商务印书馆，1994。

② 参见〔日〕原田庆吉：《罗马法》，修订版，135页以下，日本，有斐阁，1989。



占有。从公元前4世纪到公元3世纪期间，罗马将其势力扩张到整个地中海地区，帝国的版图逐渐形成，但这些被征服的地区并没有采纳罗马式的法律，而是根据当地的具体情况建立起了自己的法律体系。罗马法对这些被征服的土地作了两种规定，一是将这些土地授予罗马公民，即私人；二是让这些土地归全体罗马民众所共有即公同所有，这种土地占有形式又称为“战胜者土地”或“从敌人手中取得的土地”，由元老院统一管理并且由元老院决定它的用途：或用以建立新的城邦，或分给较为富有的市民，而且不必上缴年税。这些赋予市民对土地拥有的权利就被称为占有（*possessio*）。在帝国占据了大量新的领土之后，为了开辟的目的，开始允许人民占田耕作。由于这些领土属于公有地，而公有地又属于不融通物，因此，这种对土地的事实上的支配并不属于市民法上的所有权，因此也不能基于所有权诉讼获得保护。不过，基于事实之需要，“为了保护大地主的利益，裁判官创制了保护不动产占有令状。这一令状禁止任何对占有的侵犯，土地的占有者可以援用这一令状对抗任一侵犯者，这使这种占有是非暴力、非临时、非隐蔽的。”^①护民官依其命令发布的占有保护命令，就是罗马法中对后世占有法中占有保护制度影响至深的“*interdictum possessionis*”，即“占有保护命令”或者“占有保护禁令”。依照这种令状，占有人可以获得救济手段排除其他人干扰自己的占有，并且据以恢复自己的占有。这种权利在最开始只有贵族（*patricii*）才享有，后来逐渐又扩及到平民（*lex Licinia*）。平民基于对国有耕地的占有，只需向国家支付一定的地租就可以耕种这些国有土地，对这种土地的支配，即使基于先占也不能获得所有权。^②

随着罗马私有制和罗马私法的发展，所有权的概念逐渐得以确立，同时占有制度也朝着体系化和制度化的方向发展。^③可以认为，罗马法中关于占有的对近现代法最具有深远影响的概念，就是将占有理解为事实，并试图将其与所有权区分开来，“新罗马法的伟大的、决定性的贡献是十分适当的，它发展了‘绝对财产’的概念——民法所有权（*dominium ex jure Quiritium*）”，而在此之前，所有权都是相对的，换言

① [意] L. 拉布鲁那著，丁玫译：《关于有益于中华人民共和国民法法典化的占有制度的若干问题思考》，载杨振山等主编：《罗马法·中国法与民法法典化》，237页，北京，中国政法大学出版社，1995。

② 参见[日]川岛武宜：《所有权法の理论》，128页，日本，岩波书店，1987。

③ 参见刘智慧：《占有制度研究》，中国政法大学1999年博士学位论文。

之，都是其他当权者和派别的、更高的或附属权利的条件限制，或负有的对他们的义务。罗马司法规程通过发展单纯的“占有权”（对财物的实际控制）和财产（对财物的完全的法律所有权之间的新差别），第一次将私人财产所有权从任何外在的条件和限制中解放出来。^① 罗马人在制度上设定占有和权利之间的界限，也为占有制度独立发展创设了可能。这是因为对于罗马法来说，占有是同所有权相对而存在的，从这种意义上说，占有是事实，而不是权利，所有权的存在不依是否存在实际的表现转移，而占有的成立却取决于是否存在这样的表现。占有可能因为某个非法的侵犯行为而终止，而对于所有权来说，所有权具有永久性，除非物品毁灭。也就是说，如果与占有有关的事实不再存在，无论是否出于非法原因，占有均将终止。正是在这个意义上，罗马人认为占有是一种事实，同时，他们又希望能够保持占有的继续性，并因此发展出了占有诉讼制度。不过，虽然后期罗马法中有了各种占有类别，但对占有的概念一直并未作明确的界定，这就使得罗马法中规定的占有并未能在概念上得到统一。

2. 占有的心素与体素

占有具有两个要素，即心素（*animus*）和体素（*corpus*）。这里的心素指的是“以所有人的意思为占有”，萨维尼将之称为“主人心素”（*animus domini*）。体素则是指人对物有事实上的管领力，即对于特定的物得以支配，并排除他人干涉。

是否有事实上的管领力，一般依社会观念、生活观念以及斟酌外部可以认识的空间关系与时间关系予以认定。从空间关系上看，如人与物已有场所上的结合关系时，即通常认为该人对于该物有事实上的管领力。例如，甲将购买的物品放置在自己的房屋，或者将贵重物品存放于保险箱等，即可视为甲与这些物品之间具有空间上的结合关系，从而甲对该物品成立占有关系。从时间关系上看，人与物在时间上需要有相当的连续性结合关系，如仅有暂时性的结合关系，不得认为行为人的行为取得了对物的事实上的管领力，从而不得成立占有。因此，甲在公园对椅子的占有以及对餐厅餐具的占有，均不能取得法律上的占有效力。

取得占有时需要具备心素和体素两个要素，但对于维持占有来说，

^① 参见[英]佩里·安德森著，郭方、刘健译：《从古代到封建主义的过渡》，59页，上海，上海人民出版社，2001。



仅具有心素就可实现,这种情形可称为“纯意愿占有”(animo solo),即使占有的体素完全丧失,出于便利的考虑,也仍然可认为占有继续存在。^①古罗马法学家保罗指出,一个人通过精神的活动和身体的活动(animo et corpore)取得占有,精神的活动必须是自己的,但身体的活动可以由他人补充。

3. 罗马法中占有的特点

现代民法学者在研究罗马法中的占有制度的时候,一直倾向于将占有与权利分离开来,认为占有是一种受令状保护的事实,与权利存在着本质的区别。罗马法中占有和所有权之间的界限体现在如下方面:

第一,罗马法中的占有制度以占有诉权为中心。现代学者认为,罗马法中的占有本为对物的单纯支配状态,与物的真实权利全无关系,因此,“占有之保护,仅为占有之保护,占有之争讼,仅为占有之争讼”,不得依其真实的权利而为审判。罗马法上的占有制度的发达,纯粹以其保护为中心。^②罗马法中的占有以维护社会秩序为中心,并因而发展出以法务官令状(praetorische Interdikte)为基础的占有诉讼制度,以保护占有不受暴力的侵夺或妨害。^③

第二,占有主要限于自主占有而言,并不包括他主占有。罗马法中关于占有的观念与事实上的支配存在着很大的关系,因此也不可能产生日耳曼法系中间接占有的观念。占有首先是一个事实,依此事实,占有人占有其达到一定的时效期限,即取得该物的所有权。

应当认识到,在罗马法时代,所有权和占有虽然分别是关于物的归属和利用的制度,但它们在理论上并不成熟。从《十二铜表法》中所设立的“获得物占有权法”中有关占有的两条规定,可以反映出早期罗马法关于占有的概念:其一是“占有土地的时效为二年,其他一切物品则为一年”,其二是“不愿意确定丈夫对自己有支配权的妇女,每年应离开其家三夜,因而中断占有的一年时效”^④。这至少说明,在十二铜表法中,占有其实相当于初级阶段的所有权。罗马法中的占有并非一种简

① 参见[英]巴里·尼古拉斯著,黄风译:《罗马法概论》,118页,北京,法律出版社,2000。

② 参见李宜琛:《日耳曼法概说》,45页,重庆,商务印书馆,1943。

③ 参见王泽鉴:《民法物权(2)用益物权·占有》,143页,北京,中国政法大学出版社,2001。

④ 转引自冯卓慧:《罗马私法进化论》,202页,西安,陕西人民出版社,1992。

单的持有事实，而是具有了一定的排他性。再加上在古罗马法中并没有形成完善的关于物之利用的制度，物之占有人一般即为物之所有人，因此，如同有观点所指出的那样，在罗马法的演进进程中，占有充当着权利替身的角色，其本身虽然没有形成物权，却促使他物权形成，而当时的物权的两个主要的经济功能，也仰赖占有才得以实现。^① 对此，萨维尼在其 1803 年完成的《占有论》（Das recht des Besitzes/Eine zivilistische Abhandlung）中指出，“占有是一种事实，就这一点来说，它以由一种单纯的事实上的、非法律上的关系（持有）为基础；故而，在上述情形中，买卖或租赁合同等不会对占有的取得产生哪怕是最轻微的影响。但是，占有又是一种权利，在这一点上，诸多权利与前述事实关系的单纯存续相联系；由此，不仅考虑到占有，而且考虑到所有权，才能够赋予买卖及其他合同以有效性。”^② 在占有的本质问题上，他又进一步指出，“在我们看来，占有首先是对某物单纯在事实上的支配，是一种非法（Nichtrecht）[区别于不法（Unrecht）]，即一种不具有法律意义的事项。尽管如此，为了对抗特定种类的侵扰，它受到保护，而且，出于这种保护的目，有关占有之取得和丧失的特定规则得以确立，就像占有是一种权利一样。”^③ 占有之作为权利实际上就是请求占有令状（即占有保护的权利），因此属于一项债权。罗马法并没有清楚地将占有从所有权中独立出来，对罗马人来说，占有所代表的就是所有权的形象及其全部内容。^④

（二）日耳曼法中的“占有（Gewere）”

1. Gewere 概述

日耳曼民族的命名取自罗马人的“Germanen”，在语言学上，其属于欧洲共同始祖 Indo-Arier 的一支，经过数千年分化而形成。从公元 343 年起，日耳曼人开始了民族大移动，即“蛮族大迁移”，这一迁移使得日耳曼民族与罗马国家之间开始了长期的对抗局面。公元 843 年，

① 参见张立中：《占有制度之近代化》，台湾政治大学 1984 年硕士学位论文，23 页。

② [德] 弗里德里希·卡尔·萨维尼著，常鹏翱、陶斌译：《萨维尼论占有是什么》，载《中德私法研究》，第 1 卷，227～228 页，北京，北京大学出版社，2006。

③ 参见 [德] 弗里德里希·卡尔·萨维尼：《萨维尼论占有是什么》，载《中德私法研究》，第 1 卷，232 页。

④ 参见 [意] 彼德罗·彭梵得著，黄风译：《罗马法教科书》，272 页，北京，中国政法大学出版社，1992。



日耳曼部族建立了自己的王国之后，基于其民族的共同属性，逐渐表现出日耳曼部族特有的法意识和法律生活。在此基础上形成的日耳曼法多为习惯法。^①而日耳曼法，是公元5世纪至9世纪以马尔克（Mark）为主要制度的西欧早期封建制时期的适用于日耳曼人的法律的总称，它是日耳曼各部族在侵入西罗马帝国，建立国家的过程中，在罗马法和基督教会法的影响下，由原来的氏族部落习惯法逐渐发展而成的。日耳曼法没有像罗马法那样完整发达的私有土地制度，也没有形成抽象的所有权观念，其所有权的主体和客体都非常具体，其对于物之上的权利均以Gewere表示。

关于日耳曼早期的土地制度，我国学界较为普遍地接受了摩尔根在《古代社会》一书中提出的“马尔克”制度的观念，这一观念后来得到恩格斯的支持。依照这一观念，日耳曼实行土地总有制。在这种制度下，村落是一个封闭的单位，后来被称为“马尔克”公社。“马尔克”公社是以血缘为纽带联系起来的自治团体，在土地的归属上意味着共同占有和共同利用，因此，在马尔克公社的体制下，全部土地都归公社所有，然后由公社将土地分给社会占有、使用、收益等，村落成员必须居住在马尔克之内，才在村内享有以户为单位的住宅用地的单独支配权，动产的占有随从于其所在的不动产的占有。除了对住宅用地的占有之外，古日耳曼法中的占有包括对属于宅地的家族奴婢等动产的占有。但无论是对物的支配还是对人的支配，占有（Gewere）都是其基础性概念。

Gewere一词相当于英文中的“Seisin”，法文中的“Saisine”，其在日耳曼法中具有两种含义：其一，认为Gewere有“保护”、“防御和保护”之意，是指对物的法律上的保护与防御，是指对法律所保护的物进行支配，享有对于该物得请求裁判上的保护的权力。其二，认为Gewere有“穿衣”、“着装”之意，表示对物的实际取得的意义，以事实上的力量取得对土地的支配。在德意志的古代时期，一切物权都用占有Gewere表示，所有不动产上的权利都以“着”Gewere这一“权利之外衣”而获得表现。因此，对于“Gewere”一词的确切含义，我国学者大都认为它兼具现代法意义上的占有和所有权的某些作用，与现代民法

^① 参见戴东雄：《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》，7～16页，台北，三民书局，1981。

典中的“占有”并不等同，即使称之为占有，也并非从本权个别独立而与本权相对立的占有，其当然预示着本权的存在，是表彰着本权的占有。但由于在现行概念中没有一个与之相对应的名称，一般还采用德文将之译成“占有”的做法，也有学者直接将之翻译为不同于一般民事权利意义的“支配权”^①，这种译法能够反映出 Gewere 具有的一个最为明显的特点，即对物的实际支配与真实的权利归属之间的结合性，或者说表象与本权的结合性。诚如有学者所言，如要探察日耳曼法上 Gewere 的本质，莫如将它称为占有与本权的结合体，“由占有的一面视之乃占有，就另一面视之则为本权”，此便为 Gewere 之本质。^②但简单地将“Gewere”称为“支配权”仍不能确切表达其含义，由于不同层次之间的“Gewere”仍有着效力的强弱之分，其在权利的内容上也存在着区别，我认为，“Gewere”的更确切的内容应为“相对的支配权”。

日耳曼法中的物权制度相对单纯，Gewere 的客体包括不动产（土地）以及土地上的权利在内。当时的人们尚没有产生绝对的私人所有权的观念，Gewere 在对土地上存在权利的表征、保护以及确定方面都发挥了巨大的作用；日耳曼法上存在着“双重所有权”的概念，所谓双重所有权，是指将同一土地的所有权分为“直接所有权”（dominium directum）和“利用所有权”（dominium utile）两种，它们分别是指领主对土地的管领权、处分权和耕作人对土地的使用权、收益权。^③现代学者将日耳曼法中的双重所有权或者分层的占有认定为以德国民法典为起点的区分直接占有和间接占有做法的源头，认为日耳曼法上对物的利用并不要求利用人必须具备据为己有的意思，因此，在同一土地之上可以成立重叠的利用和占有，如土地的承租人为直接占有人，出租人为间接占有人。

2. Gewere 的要件

如前所述，Gewere 是以对不动产的事实上的支配为中心而形成的

① 易继明：《论日耳曼财产法中的团体主义特征》，载《比较法研究》，2001（3）。应该说这种译法比将“Gewere”简单称为“占有”要更为准确，但鉴于此“支配权”与传统民法理论中与请求权相对应的支配权概念在含义上并不相同，而且本书是在“事实的占有”的意义上对“Gewere”的概念展开分析的，因此仍然将之译为“占有”。

② 参见刘得宽：《日耳曼法上之占有——Gewere》，载刘得宽：《民法诸问题与新展望》，307页，台北，三民书局，1980。

③ 参见李宜琛：《日耳曼法概说》，49页以下。