**论先占制度在我国的构建**

杨春凡[[1]](#footnote-0)（宁夏大学 政法学院，宁夏 银川 750021）

# 摘要

罗马法通过成文法的形式最先明确规定了先占作为所有权的取得方式之一。日耳曼法继承和发展了罗马法中先占取得制度，其强调了先占的法制性，近现代以来大多数国家认可并且建立了先占取得制度。我国古代立法中有明文规定类似先占的法律法规，我国物权法草案审议稿中所有权取得方式中包括先占取得和时效取得方式，但是在物权法敲定之时，人大未通过先占制度和时效制度作为物权所有权的取得方式，原因是建国时期我国立法思想受到苏联立法的严重影响，国家公权力介入明显，但是随着大量无主物案件的出现，我国立法的不健全就显得更加明显。随着社会主义市场经济的日益发展，私有化不断壮大，以及自由、平等理念的发展。在我国建立健全先占取得制度已经十分必要了。本文的主要内容包括四个部分。第一部分是对先占制度进行了简要概述，第二部分是对域外先占制度分析和对我立法的借鉴与启示。第三部分阐述了在我国构建先占制度的必要性和可行性。第四部分是为我国构建先占取得制度提供一些立法意见。

**关键词：**先占、立法体例、无主物

# 一、先占制度的概述

## （一）先占的内涵

最早占有即为先占，罗马法学家认为所有权的取得方式包含了先占。优士丁尼认为依照罗马万民法的规定，世间所有的无主虫鱼鸟兽，一旦被人捉住，该物的所有权就归于此人。现代，我国的一些法学家亦对先占的内涵予以阐述。孙忠宪先生认为先占是指占有人基于取得所有权的意思在事实上管领并且控制着无主物的事实行为。王泽鉴先生认为先占是指先占人基于所有的意思占有无主动产从而取得其所有权的法律事实。史尚宽教授认为先占是占有人单方面自发的占有无主物并且取得所有权的一种事实行为。梁慧星教授认为先占是具有支配该无主物的能力且以所有的意思占有无主动产。一定程度上各位法学家对无主物先占取得的理解达成了共识。但是侧重点不同，尤其是在客体的适用范围与意思表示上。这直接影响到先占取得制度的立法模式与先占的法律性质认定[[2]](#endnote-0)。

## （二）先占的法律性质

先占性质的认定有利于把握先占的内涵。在我国先占的法律性质目前有以下几种不同的观点。

法律行为说：意思表示是法律行为的核心，意思表示即为意思和表示。意思包括目的意思和效果意思。占有人占有无主物时具有占为己有的目的，并且该意思表示是占有人取得标的物所有权的真实效果意思。

准法律行为说：准法律行为也包括意思表示。其效果不是表意人的表示，而是来源于法律的直接规定。行为人在这类行为中有可能并不包括一定的意思，只是情况或者事实的表示。该种学说认为先占仅需要具有占有的意思表示，法律就直接规定其取得所有权。但是在日常生活中存在没有占有的意思的情况下依然占有物的现象。所以此种学说存在不妥之处。

事实行为说：该学说认为先占制度是最先占有人对物进行事实上的支配和管理。其与法律行为最大的区别就是无需意思表示。该事实行为的法律效果来源于法律的直接规定。在这种观点下，先占人先占取得时无主物，与行为人的民事行为能力无关。笔者亦赞同此种观点。例如：4岁的小孩在海边拾到一颗珍珠，小孩可能基于好看而捡起，但是小孩在拾捡珍珠时，在事实上已经控制着物，法律便直接规定小孩为所有者[[3]](#endnote-1)。

## （三）先占制度的理论基础

### 1.自然法理论

崇尚和敬畏自然法的古罗马而言，自然法能够说明先占的合理性来源，自然法可以解释物权的原始取得方式包括先占。为了让每个人物尽其用，罗马法强调诚实信用原则。自然法在罗马法时期占有重要地位。善良和公正是自然法的重要内容。在理论上自然理性为先占制度的建立提供了合法性来源。先占制度的客体为无主物。先占人基于先占取得无主物的所有权的做法既没有违背自然法的精神也没有损害他人的利益。先占制度使得人类社会从原始社会向私有制社会发展，原始社会大量的公有制财产出现了私有化，虽然自然法理论从源头上为先占提供了合理的基础理论。但代际间的先后问题无法合理合法的通过自然法理论予以解决。即如何妥善处理当代人和后代人的需求，及当代人和后代人利益孰优孰劣的问题。若仅仅以时间先后予以调整和分配，后代人的合法利益将会被损害，最终与自然法的公平善良的精神冲突。

### 2.功利主义

边沁的功利主义提倡追求最大幸福。在功利主义的倡导下，社会每成员都应该做出以追求最大福祉为目的的行为。该制度的好坏用用具体的词语（欢乐、财富、幸福等）来评价，很容易让人们直观把握。功利主义将获得财产作为实现目的的一种手段。民事主体的整体幸福指数是通过财产的私有化程度来实现。先占取得财产权利的目的是达到世间最大的善和最快的效率。先占制度满足只要能增加快乐值就能拿来使用的标准，符合追求最大善的目的，理所应当被支持。当然，不可否认的是功利主义理论忽略了公平正义与善良风俗，亦没有论证为何先占先得，只单纯将其作为一种促进社会功利手段。

3.劳动说

洛克的《政府论》中认为劳动将处于共有状态下的物转变为私有物，从而产生了私有财产。此理论论述了人生而平等，每一个公民都拥有自由的权利，每个人只属于他个人，因此每个人的劳动成果理所应当的属于他个人所有。自然资源通过劳动转化为个人所有。劳动说有利于激发人们的劳动热情，鼓励人们积极劳动。劳动获取所有权体现了投入与回报成正比的思想理念。在劳动说的理论下，先占的合理性在于付出的劳动，而不是时间上的先后顺序。劳动可以取得财产的所有权，先占需要付出劳动成本，所有必然能够取得财产。从劳动的角度论证了先占的合理性。但是由于劳动理论仍然存在局限性——以自然法理论为前提论证的。代际间的机会不平等问题在劳动说理论仍然是不可逾越的问题。为试图解决劳动说的缺陷，洛克对先占者的行为进行了相关的限制。如规定节约原则和公平原则。但是这两个原则仅仅作为指引性原则，无法实现具体的社会操作，并不能实质上解决劳动说的缺陷。

# 二、我国构建先占制度的必要性和可行性

## （一）我国构建先占制度的必要性

### 1.完善物权法体系

我国由于先占制度的缺失才导致在司法实践活动中出现价值较大的无主物纠纷案件时不能很好的解决。从整个法律体系层面上分析，我国物权法深受大陆法系影响，建立了以所有权为中心的物权体系。随着市场经济的高速发展，资源的有限行以及人类需求不断膨胀。在当今世界各国或地区的民事立法中，不再着重强调财产的归属。立法上更加注重财产的利用和使用价值，因此，占有制度的地位在物权法中日益凸显。我国《物权法》中占有体系并不完善，立法上只规定了通过法律行为取得占有的权利，而没有规定通过先占的事实行为取得占有的权利。占有关系和秩序因占有体系不健全而等产生了不良影响。先占制度通过确定先占人与其他人的权利义务界限，以避免不必要的纠纷，维护正常的社会生活秩序。在社会文明不断进步，现代科技高度发达的背景下，很多人误以为无主物的存在数量日益减少，且价值不大。但实际并非如此，大量工业、生活垃圾的出现，回收垃圾已形成拉动国民经济发展的行业。而且，正如历史法学家梅因所言，每一个财产都应该有自己的主人。尤其是价值较高的无主物，例如：天降陨石。若其归属不能确定，将对社会的稳定产生不利的影响。先占制度是为了消除无主物的无主状态，明确占有人和被占有物之间的支配关系以及占有人和其他人之间的权力义务关系[[4]](#endnote-2)。

### 2.物尽其用

先占制度设立的最终目的是发挥物的效用，促进物的全面和最大限度利用。物权关系的变动目的是将物的效用发挥到极致，以求对有限的资源进行充分的、全面的利用。无主物通常需要靠先占人去主动的发现，如果全部收归国有，就需要公民主动的来上交国家。这就出现以下问题，一是，这种行为的前提条件是需要公民具有良好的拾金不昧精神，但是目前我们处在社会主义的初级阶段，人民的物质需求和道德标准就决定了这点要求很难实现，法律是最低的道德标准，如果将此行为从道德的层面强制上升到法律的层面，必然适得其反，使得公众不去主动的发现无主物，也就失去了无主物的发现价值。其二，本来无主物的发现是一件有价值的事情，如果法律能够承认无主物的发现先占规则，让先占人取得先占物的所有权，那么人们发现和利用无主物的积极性自然而然的会被提升，如果法律强行否定先占的法律地位，就有可能使得发现人为了避免自己利益的损失而对无主物实施破坏。规定了无主物的先占取得制度并不会扰乱社会秩序，也不会纵容人们的劣根性。

## （二）构建先占制度的可行性

### 1.先占取得制度同当前市场经济发展相契合

社会主义市场经济包括开放、自主、公平公正、竞争等基本特征，其赖以存在和发展的前提是多元化利益诉求。多元化利益诉求发展的原因是私营企业及私人财产的蓬勃发展。私营企业是社会主义市场经济的重要组成成分。私人的企业及资本为市场经济注入了新鲜血液。我国《物权法》中规定国家实行社会主义市场经济，保障一切市场主体的平等法律地位和发展权利。私人、集体、国家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。如何将保障私有财产落实到实处呢？此时立法需要适应新形势、新时代、新问题，才能促进社会主义市场经济体制的建立健全。因此，在保护市场经济主体私权上首先要做到立法上的保护。我国关于无主物仅在《民事诉讼法》中规定无主财产公告满一年没有人认领的，收归国家或集体所有。然而财产和物的内涵有不是完全重合的，所以二者绝对不可以等同。由此可以得出我国在立法上缺乏对无主物的法律规定。为了促进社会主义市场经济的繁荣、稳定发展。本人认为立法应该建立健全无主物的取得制度，促进现有资源合理、有效利用。而确立物之所有权也恰恰是正常市场经济的必然要求，正常的商品交换关系要求主体对其交换的财物享有所有权，然后才谈得上权利的让渡、商品的转移。在确立无主物先占取得制度的过程中，国家和个人的市场地位都是平等的，而在法律实践中也应一样平等保护。发展社会主义市场经济的内在要求和前提条件是要产权清晰，也只有通过立法才能进一步明确物之所有权，才能更加严格保护各种市场主体权利，发展社会主义市场经济。

### 2.先占取得同社会主义法治理念相契合

法律是上层建筑。其能反映国家的价值理念，其中所有权法律制度则是最好的表现形式。先占制度作为物之所有权原始取得最古老也是最重要的方式之一，在一定意义上反映出国家对公民的权利义务和资源进行分配的价值取向。笔者认为，将无主物所有权取得方式确定为先占先得具有令人信服的理由：一是先占意味着谁最早占有，谁就得到该物，这体现了自然法中机会平等原则；二是事实占有行为方便快捷，这一方式对于当代民法追求效率的目标价值是相契合的。三是将先占通过法律制度确立下来，使得无主物尽快明确其所有权人，能够很好地避免产生纠纷。

# 三、我国先占制度的基本制度设计

## （一）立法体例

目前，在世界各国当中，对于先占制度的相关规定，主要有以下几种，德国的二元主义、法国的先占权利主义。世界上大多数国家都确定了适合自己的先占立法体例，由于我国先占制度的缺失，便在立法体例的运用上留下了可以选择的余地。到底确立哪种立法体例更适合我国的建立先占制度呢？在先占权利主义中，对于动产无主物与不动产无主物作出了区分，只有国家才有权利依法占有不动产无主物，个人只能享有动产无主物的先占取得权；二元主义是对于动产无主物适用先占自由主义，都可以通过先占取得其所有权，而对于不动产无主物，则只能由国家独享其所有权。由于我国实行社会主义公有制，因此在在立法条例的适用上，必须是适合我国的基本国情、社会现状和和现有的法律法规，与国家政策相契合，与大多数人的合法权益相适应。笔者认为，我国在建立无主物取得制度时应该采取二元主义的立法例，先占自由主义应用于无主动产，其所有权的获得可以是任何民事主体通过先占取得；将先占权利主义应用于无主不动产，其所有权只有国家可以先占取得。土地，作为一种特殊的资源，应该单独规定不适用先占制度，主要是有以下几个原因：第一，在现今经济生活实践中，无主物的大部分形式都是动产，在发挥这些动产无主物的效用方面，只有把这些动产无主物归于个人、家庭，才能发挥出其最大的效用，因此，在物的利用方面，为了最大限度的发挥出物的效用，将自由先占主义应用于动产无主物，发挥物尽其用的作用。第二，我国对不动产采用的是登记生效主义公示公信原则，在此情况下，可以说无主不动产在现实情况中几乎是不存在的，并且证明不动产为无主物，在取证责任方面比较困难。但若由国家对其进行核实调查，则会很方便。在确定了其为无主物之后，其所有权就可以被国家基于先占而取得，一般来说，不动产相较于动产来说价值较高，在维护社会稳定方面，将国家先占主义应用于无主不动产也是非常有利的。第三，在我国现行法律中规定，土地都是归国家或集体所有的，所以说无主土地是不存在的，在国家先占无主不动产中，土地应该被先占适用制度排除在外。

## 我国无主物先占取得制度的构成要件

其构成要件归纳为四要件说更为合适。第一，标的物须为无主物，即没有设定任何权利负担。第二，标的物的种类须为动产无主物，不包括不动产。第三，先占人须具备自主占有的意思而非所有的意思。第四，先占人的实际占有行为。具体如下：

一、标的物为无主物，先占的概念决定了先占的标的须为无主物，行为人先于他人占有无主动产并以所有的意思而取得所有权是先占的定义，先占的权利只有在无主物上才能够实现。无主物的含义是任何人都没有其所有权的物。王泽鉴教授认为，无主物的判断应该根据客观事实而非主观认知来判断是否是为无主物。如果一个物原本是无主物，而我们却把它当成有主物而先占，则不会妨碍该物的所有权被占有人取得。如果我们误将有主物当成无主物来处理，所有权的归属不会应为此行为而发生变化。

二、先占的标的物必须为动产。法律上把无主物划分为动产与不动产，无主动产则是指在空间上移动不会损害其经济价值的无人所有之物，现实生活中大部分物均为动产。而不动产通常有固定的位置，移动之后会减少甚至会损坏其经济价值。因为物权变动对其产生的影响不同，而将物予以区分。不动产物权变动的模式在我国采用登记的公示方法，不仅要求权利人占有不动产，还要求不动产进行登记，权利的变更和消灭以登记为准。因此，对于不动产而言，不能适用无主物先占取得制度。而对于动产而言，在现实生活中流动性和物权变更较为频繁，同时上文中特别列举的特殊的无主物动产，抛弃物和特殊的野生动植物，适用无主物先占取得制度则可以实现物尽其用。具体操作上，可适用占有的公示方法，对于抛弃物，先占即可拥有所有权，其他无主动产可采用占有推定的方式确定所有权，除非有相反的证据加以证明。

三、主观上的自主占有。自主占有是占有人以所有的意思排他的占有该物，并以实际的行为占有该物，自主占有不考虑占有人的占有行为的合法性，亦不要求占有人是否知晓物的权属状态，只要占有人主观上具有占有的意愿即可。自主占有的判定只考虑占有人的主观意愿，占有人的民事行为能力即是否为完全民事行为能力人，在所不问，即使是限制民事行为能力人和无民事行为能力人，也可能成立自主占有。无主物占有取得是占有人以占有的意思对进行支配，自然只能是自主占有，而如果是他主占有，如保管他人之物，借用他人之物，则不能构成占有的状态。

四、先占人的实际占有行为和管控行为。占有是一种事实行为，是占有人先于他人占有该物，要求占有人有实际的占有行为，处于对该物的统领事实上的管控状态。先占要取得法律上的效果，必然要具备两方面的条件，主观上自主占有的意思，客观上还要管领行为，达到对该物的支配与控制，如果没有这个外在的行为，也无法推定占有的主观意思。应从时间和空间上综合判断占有的行为和事实状态。时间上占有人对物的占有与控制有一定的持续性，短暂的控制不能确立占有关系。空间上人和物要有一定的联系足以让其他人知晓对物的现实管控。

## （三）先占的适用范围

### 1.主体的适用范围

先占制度作为一项民事制度，其主体即为民事主体。我国的民事主体根据《民法总则》有自然人、法人、非法人组织三种类型。法律明确规定所有的民事主体在从事民事活动地位相同。国家在从事民事活动时与其他民事主体地位平等。在先占制度中，先占人的个人利益应当得到及时的维护。国家和集体不得以任何借口加以干涉。当然在强调个人作为先占主体时，也不得忽视先占制度的限定性要求。只有这样才能保证自然人作为先占主体时，不有损于集体利益和国家利益。当个人先占违背了限定性要求时，先占人应当承担法律责任[[5]](#endnote-3)。

当个人不能先占取得时，上交给国家或集体时应当被给予相应的劳动报酬，这样既维护了国家和集体的利益，同时也保障了先占人的权利。法人和非法人组织同样可以作为先占制度的主体，这也是先占制度发挥制度价值的前提，即允许各类民事主体平等的享有先占取得的权利。

2.先占的客体范围

无主物先占取得的客体范围是针对有体物中的无主动产。无主不动产所有权的归属问题，则可以参照国外的二元主义立法体制，即无主不动产的所有权只归国家所有。无主动产，主要包括以下两类：抛弃物和无法律明文规定的自始没有所有权人的自然物。抛弃物是无主物先占取得的最主要客体，具有较深研究价值和广阔的适用空间。抛弃物是指物品的所有人放弃继续拥有该物品，而将该物品进行抛弃。抛弃物是指该物品的所有人不仅要有抛弃该物品的想法，还要有抛弃该物品的行为。随着人类脚步的不断前进，有许多以前人类未发现的新生事物，这类新生事物是法律条文中没有记录的，而这类事物往往是自然生长的，根本就不存在所谓的所有人，在这种情况下，就需要尽快制定明确的法律法规，对此类物品的先占问题进行详细分析，充分考虑国家和个人的利益，当问题真正发生时可以减少许多不必要的麻烦，有助于社会的和谐稳定。

其次，对无主不动产的先占进行严格限制。因为无主不动产往往是一个国家赖以生存发展的根本所在，是一个国家重要的经济支柱，并且根据国家性质不同对不动产是否能根据先占取得的规定而有所不同。所以世界上的大多数国家都对无主不动产的先占采取非常严格的限制措施，规定土地等无主不动产的所有权只能归国家或集体所有，而不能由个人所有。笔者认为，我国在制定无主不动产的先占制度时也应采用先占权利主义，明确规定土地等无主不动产个人无权进行先占，只有国家和集体才有先占的权利。

1. 作者简介：杨春凡（1994-03），女，陕西榆林人，宁夏大学政法学院民商法学专业硕士研究生； [↑](#footnote-ref-0)
2. 李永军.民法总则[M]北京：中国法制出版社,2018 .

   [↑](#endnote-ref-0)
3. 王泽鉴.民法物权[M]北京：中国政法大学出版社,2001. [↑](#endnote-ref-1)
4. 丁贤达.论我国先占制度的构建[D].华侨大学2017. [↑](#endnote-ref-2)
5. 秦静云.物权请求权制度之存废与民法体系的选择[J].现代法学2015 ( 4) [↑](#endnote-ref-3)