

2006年第3辑 (总第29辑)

# 判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心◇主办

王利明◇主编

## 本辑要目

### 【物权立法研究】

屈茂辉 / 交付公示方式的法律构造

王 竹 / 论民法通则与《物权法(草案)》的合宪性

### 【公报案例评析】

叶 林 辛汀芷 / 股权优先购买权对股权转让效力的影响

### 【品味民法】

王利明 / 足球坠井与请求权

### 【综述】

杨立新 / 事故侵权责任法律适用的疑难问题及对策

人民法院出版社

2006年第3辑(总第29辑)

# 判解研究

中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办

王利明 主编

人民法院出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

判解研究. 2006年. 第3辑: 总第29辑/王利明主编.  
北京: 人民法院出版社, 2006. 11  
ISBN 7-80217-362-0

I. 判… II. 王… III. ①判例-研究-中国-丛刊②法律解释-研究-中国-丛刊 IV. D920.5-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 138762 号

## 判解研究

2006年 第3辑(总第29辑)  
中国人民大学民商事法律科学研究中心 主办  
王利明 主编

---

责任编辑 吴秀军 兰丽专  
出版发行 人民法院出版社  
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 邮编: 100745  
电 话 (010)85250571(责任编辑) 85250516(出版部)  
85250558 85250559(发行部)  
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>  
E-mail [courtpress@sohu.com](mailto:courtpress@sohu.com)  
印 刷 保定市中画美凯印刷有限公司  
经 销 新华书店  
开 本 787×1092 毫米 1/16  
字 数 226 千字  
印 张 12.875  
版 次 2006 年 11 月第 1 版 2006 年 11 月第 1 次印刷  
书 号 ISBN 7-80217-362-0  
定 价 28.00 元

## 《判解研究》编辑委员会

主任：王利明

副主任：杨立新

委员：(以姓氏笔画为序)

王运声 龙翼飞 刘春田

江伟 孙华璞 纪敏

杨润时 吴汉东 张晓秦

俞灵雨 姚辉 钱锋

郭明瑞 董安生 蒋志培

执行主编：姚辉 吴秀军

编辑：兰丽专 熊诤龙

麻锦亮 刘生亮 周云涛

电话：(010) 85250571 62514868

传真：(010) 85250586 62514868

E-mail: caselaw@sohu.com

支持单位：北京市鑫兴律师事务所

网址：www.xinxinglaw.com

E-mail: xinglaw@yahoo.com.cn

# 目 录

## 物权立法研究

交付公示方式的法律构造…………… 屈茂辉 (1)

论民法通则与《物权法(草案)》的合宪性

——以“实质意义上的物权法”

为核心…………… 王 竹 (22)

## 司法解释之窗

《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干  
问题的解释》第10条的理解

与适用…………… 汪渊智 (43)

## 法学专论

《劳动合同法(草案)》的立法背景

与创新…………… 黎建飞 (57)

公序良俗原则及其适用的宪法学思考

…………… 江登琴 (72)

## 法官论坛

医疗纠纷中举证责任倒置规则的

理解和适用…………… 赵荣生 沈 红 (87)

## 公报案例评析

股权优先购买权对股权转让效力的影响

——北京新奥特集团等诉华融公司股权转让

合同纠纷案…………… 叶 林 辛汀芷 (95)

**判例评析**

**谁是赔偿主体**

——论旅游交通事故中赔偿责任

的承担 ..... 夏秀渊 (115)

物权立法应当设立取得时效制度 ... 何志 (127)

**黑白合同**

——自治与管制之间 ..... 周悦丽 (137)

从西安杨森制药诉北京赛翁咨询服务中心

案看第三人侵犯他人商业秘密

的民事责任 ..... 朱静华 (152)

**品味民法**

足球坠井与请求权 ..... 王利明 (162)

**综述**

事故侵权责任法律适用的疑难问题及对策

——第三届“法官与学者对话”民商法

论坛讨论观点述评 ..... 杨立新 (170)

**海外判例选介**

国际法上管辖与豁免的冲突

——以“灭绝种族罪”为例 ..... 沈鸿 (191)

编辑后语 ..... (202)

## 交付公示方式的法律构造

屈茂辉\*

### 一、交付公示的独立价值

何谓交付?我国民法学者给出了它的一般定义,认为“交付即移转占有”,<sup>①</sup>“交付是指将自己占有的物或所有权凭证移转其他人占有的行为。简言之,交付意味着占有的移转。”<sup>②</sup>有的学者将交付定义为“标的物占有的现实移转”;<sup>③</sup>有些学者则区分古代的交付与现代的交付,有的学者认为古代的交付即为占有的现实移转,而对于现代的交付则未作定义<sup>④</sup>;有的学者认为,交付最初是指对物的实际控制,即直接占有的移转但后来扩大到间

\* 湖南大学法学院教授。

- ① 魏振瀛:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第223页;孙宪忠:《中国物权法总论》,法律出版社2003年版,第251页。
- ② 王利明:《民商法研究》(修订本)第2辑,法律出版社2001年版,第298页;王利明:《物权法论》(修订本),中国政法大学出版社2003年版,第149页。
- ③ 参见申卫星、傅穹、李建华:《物权法》,吉林大学出版社1999年版,第80页;梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社1997年版,第72页。也有的学者对于交付的定义与此类似,即把交付定义为现实交付。参见刘保玉:《物权法》,上海人民出版社2003年版,第103页。
- ④ 王轶:《物权变动论》,中国人民大学出版社2001年版,第147页。

接占有和代理占有的移转。<sup>①</sup>我国台湾学者则大多不作一般定义。史尚宽先生认为,交付原来谓物上现实直接的管领力之移转即为直接占有之移转,然有三种例外情形,与现实交付有同等效力,即占有之观念的移转亦宜认为交付之方法。<sup>②</sup>郑玉波先生认为:“交付乃动产物权变动之公示方法,即移转占有是也。”<sup>③</sup>谢在全先生则言:所谓交付,有“现实交付”与“观念交付”两种情形,前者乃动产物权之让与人,将其对于动产之直接管领力,现实的移转与受让人而言。简言之,即动产占有之现实移转。后者则非真正之交付,乃动产占有在观念上之移转。<sup>④</sup>上述定义,尽管表述有异,但可以肯定学者所言之本旨与德国、法国、日本学者所言的交付具有相同的精神,<sup>⑤</sup>即交付就是占有的移转。不过,交付本有动产交付和不动产交付之分,只是动产交付为交付的通常和主要情形,不动产的交付在现代法上不具有物权公示的意义,故而,除非特别指明,交付一般即指动产交付。

由上可见,交付具有以下几个特点:第一,交付的实质在于将动产物权设立、移转、变更等情况向社会公众公布,使人们能够从动产占有的变动情况知道该动产的物权现状。第二,交付的内容是将动产的占有由一方移转给另一方。第三,交付的对象仅限于动产。同时,依据法律规定应当以登记为公示方式的重要动产,即一些学者所言的“准不动产”亦不得成为交付的对象。

按照现代民法学界的普遍理解,交付是动产物权变动的公示方式,没有登记的繁琐,在交易中简便易行,同时彰显着物权变动的始终,因而有着独特的公示价值,无法以占有这种公示方式进行替代。尽管交付的结果是占有

① 马俊驹、余延满:《民法原论》(上册),法律出版社1998年版,第376页。李开国先生直接将交付定义为“交付是指当事人一方将物之占有转移给另一方,包括转移物的直接占有与间接占有。”参见李开国:《民法基本问题研究》,法律出版社1997年版,第305页。

② 史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第38页。

③ 参见郑玉波:《民法物权》,台湾地区三民书局1992年版,第40页。

④ 谢在全:《民法物权论》(上册),中国政法大学出版社1999年版,第99~100页。

⑤ 关于德国学界的交付定义,参见孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第309~311页;关于日本学界交付的定义,参见[日]我妻荣:《日本物权法》(有泉亨修订,李宜芬校订),台湾地区五南图书出版公司1984年版,第39页。应当注意的是,《法国民法典》第1604条关于交付的定义仅适用于买卖,该交付也含有两个要素:即移转标的物的所有权和占有。



主体的变换,但是交付可以使人们认识清楚物权变动的起点与终点。实际上,占有与交付相辅相成,分别从静态和动态两个方面向世人公开动产物权关系。诚然,交付的公示功能不是全面的,它只能是当事人设立、移转动产物权的公示方法。动产物权的其他变动形式均不以交付为其公示手段。例如,基于原始取得,即不以交付为其公示手段。因为以这些方式取得动产所有权,根本不发生交付,如因先占、添附、时效取得方式取得动产所有权。此外,留置权因是债权人先占有债务人的财产,在债务人到期不履行债务时才发生的,故交付也非取得留置权的公示手段。于此可见,只有基于法律行为设立、移转动产物权时,交付才是动产物权变动的公示手段。<sup>①</sup>不过,应当指出,尽管在这些情况下,交付对于物权变动不属于公示手段,但并不是说,交付在其中没有任何法律意义。

## 二、作为公示方式的交付形态

关于交付的类型,学者们的概括并不完全一致,较多的学者将其分为现实交付和观念交付,而观念交付又分为简易交付、占有改定和指示交付;<sup>②</sup>有的学者不区分现实交付和观念交付而直接将交付分为现实交付、简易交付、占有改定、指示交付、拟制交付等四种。<sup>③</sup>在我看来,问题的关键在于何为现实交付以及拟制交付是否可以现实交付所涵盖或者拟制交付是否可以指示交付所涵盖。

依民法学界的一般看法,现实交付,即一方将对于动产的直接管领力现

① 参见李开国:《民法基本问题研究》,法律出版社1997年版,第305页;梁慧星:《中国物权法研究》(上册),法律出版社1998年版,第210页。应当指出的是,这些学者认为,在继承中继承人取得动产所有权交付在其中不具法律意义,此论恐值得进一步斟酌。

② 参见谢在全:《民法物权论》(上册),中国政法大学出版社1999年版,第99~105页;王轶:《物权变动论》,中国人民大学出版社2001年版,第148~150页;史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第38~40页。

③ 魏振瀛:《民法》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第224页。马俊驹先生、余延满先生也将拟制交付作为独立的交付方式,除此之外,还认可买受人自提货物的时间、出卖人将标的物交付给邮局或承运人。其实,后两种并非交付方式。

实地移转与另一方，亦称直接占有的移转。<sup>①</sup> 它使动产物权的移转脱离了纯粹的观念范畴，而具有了可以被认知的外在形象。可是，直接占有的移转仅限于实物的交换。<sup>②</sup> 换言之，现实交付仅指实物的交付。而拟制交付，当事人并不现实地移转动产的占有，仅是将该动产的权利凭证（如仓单、提单等）移转给另一方当事人占有。<sup>③</sup> 这种凭证只能是物权凭证。所以，拟制交付又可称为物权凭证交付。虽然动产的权利凭证在法律性质上也是动产，但它仅是标的物动产的表征，与当事人的目的动产并不完全相同。即如谢在全先生所言：此等证券为物权证券，动产之权利以证券表彰之，持有证券者，即与占有动产同，对动产权利之行使，亦须依证券而为之，故此等动产物权之变动，须以交付主所表彰之证券为之，或尚须有背书者，是已无指示交付之适用。<sup>④</sup> 因此，依我之见，我们应当继续维持现实交付的传统涵义，将拟制交付与现实交付并列。

拟制交付与指示交付的概念也不能同一化，因为二者发生的前提以及由此所产生法律关系的复杂程度是有本质差别的。首先，拟制交付与指示交付的本质属性各不相同。拟制交付之所以具备公示的效力，是因为拟制交付的客体为能够代表标的物所有权的物权凭证，包括仓单、提单、取款单、载货凭证等，所有人经过严格的法律程序，将动产物权“拟制”在上述物权凭证之上，这些被证券化的动产物权在市场交易中具有同直接占有完全相同的权利表征，即公示力，物权证券因此也可以替代实物在市场中自由流通。因此，拟制交付发生的逻辑前提仍然是直接占有，就其本质而言，拟制交付仍然属于现实占有的移转，而非物权在观念上的移转。而指示交付，本质上为返还请求权的让与，是指所有人让与动产物权时，标的物尚由第三人直接占有，让与人只须将其对第三人的返还请求权让与受让人，便可完成所有权的移转。指示交付的逻辑前提是间接占有的移转，在指示交付前后，动产物权的变动丝毫没有影响第三人基于其与让与人签订的租赁、保管等协议直接占有标的物，且在该协议约定的期限到来之前，第三人仍旧有权占有标的物，

- ① 参见史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第38页；王泽鉴：《民法物权》（第1册），台湾地区三民书局1992年版，第113页；谢在全：《民法物权论》，中国政法大学出版社1999年版，第100页。
- ② 王家福等：《合同法》，中国社会科学出版社1996年版，第200页。
- ③ 王家福等：《合同法》，中国社会科学出版社1996年版，第200页；魏振瀛：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第224页。
- ④ 谢在全：《民法物权论》，中国政法大学出版社1999年版，第104页。

受让人虽然取得所有权，却只能间接占有该标的物。由此可见，指示交付中所发生的所有权移转，由于缺乏物权变动的表象，仅是所有权在观念上的移转。值得注意的是，让与人和第三人之间的租赁、保管等协议是否具备代表物的功能，从而同提单、仓单、运单等物权凭证一样在市场中自由流通？如果上述假设可以成立，那么，就没有区分拟制交付与指示交付的必要了。依我之见，合同不具备物权凭证的性质，在指示交付中，受让人不能够以取得让与人同第三人之间的租赁、保管等协议的方式取得动产物权。此外，基于合同相对性原则，即使让与人将标的物返还请求权让与给受让人，受让人也不能基于其与让与人之间的所有权移转协议，向第三人主张权利，而只能在让与人通知第三人之后，以所有人的身份向第三人主张物的返还请求权。相比之下，拟制交付的受让人在得到提单、运单、仓单等票据之后，完全可以凭借这些物权凭证直接向占有标的物实物的第三人主张返还请求权，让与人也不必将所有权移转的事实告之第三人，第三人只须审查票据的真伪便可以将标的物交付给票据的持有人。其次，拟制交付与指示交付中第三人的地位不同。在拟制交付中，第三人虽然对标的物实行事实上的管领，但这种管领须完全服从于所有人即物权凭证持有人的指示——“见单放货”，从这个角度上讲，第三人不能够被称为真正法律意义上的占有人，而是占有辅助人。在占有辅助的情形下，指示权人才是法律上的直接占有人而非间接占有人，而占有辅助人仅处于从属和服从的地位，因而不具备对物的占有权。在拟制交付中，第三人完全处于一种超脱的地位，提单、仓单、运单等票据的流转，不会影响第三人须按照票据上的指示交货，且第三人不得就票据记载以外的事项，如其与让与人的抗辩事由对抗票据持有人。而在指示交付中，第三人基于与让与人之间签订的租赁、保管等合同对物进行实际控制，让与人因受到合同的约束以及占有现实状态的限制而失去了对物的直接干预，因此，让与人对物的占有只能是间接占有。与此同时，第三人对物的直接支配不再仅仅处于从属地位，并可以在一定程度上脱离所有人的指示，以自己的意思对物进行支配。第三人成为真正意义上的直接占有人，其占有权受到法律的保护，即使是所有权人本人，都不能随意剥夺这种权利。动产物权的让与在第三人与让与人的合同期满之前，不但不能够改变第三人对标的物的直接占有，倘若其妨碍了第三人占有权的行使，第三人甚至可以与让与人的抗辩权来对抗受让人。可见，在指示交付中，法律给予第三人对于标的物的直接占有以充分的保护，而这种保护在拟制交付法律制度中是见不到的。再次，拟制交付与指示交付的立法意图存在差异。拟制交付的对象为物权证

券，以证券的流转代替实物流转，故以拟制交付方式使得动产商品流通更为简单易行。而且在物权证券的基础关系存续期间内，物权证券可以连续在不同交易主体间流转，甚至该流转可以不受其基础关系的束缚而独立进行，后持票人也不承受前持票人在证券上的瑕疵。正因为物权证券具有较强的流通性，立法者对拟制交付法律制度的创设意图集中体现为简化交易、提高效率。指示交付的最大特点在于，动产物权变动并没有改变第三人对标的物直接占有人的地位。一方面，受让人从让与人那里取得了标的物的所有权；另一方面，第三人仍有权对物直接占有、使用和收益。由此看来，在指示交付情形下，所有权的移转不但没有打破原有的法律关系，反而保全了物的使用效益得以继续的、安全的、充分的发挥，更为关键的是，这种保全并没有限制该动产在市场中的自由流通。所以，指示交付的最大功能在于使物的交换价值与使用价值在同一时间得以实现，从而起到鼓励交易、增进效益的作用。最后，让与人是否承担通知义务不同。在拟制交付情形下，由于动产物权被表彰为物权证券，持有证券者即与占有动产同，对动产物权之行使，亦须依证券为之，故此等动产物权之变动，只须基于合意以交付其所表彰之证券为之（无记名证券之情形下），或者以背书方式为之（在记名证券之情形下）。并且，由于物权凭证较强的流通性及实践中的流通职能，而与其对应的动产交付并无关系，故不直接涉及第三人利益，让与人也无须通知第三人，物权证券的流通性，也使得让与人无法准确通知第三人有关受让人的具体情况，此与典型的证券流通并无二致。而在指示交付情形下，由于动产并无对应表彰凭证，故此合意能否当然约束第三人，则不无疑问。由于让与人对第三人的返还请求权兼具债权返还请求权和物权返还请求权双重性质，因而有必要分别讨论：在所让与的对象为债权返还请求权时，依据债的相对性原理，债权返还请求权的让与应以通知第三人为必要，否则不能约束第三人；在所让与的对象为物返还请求权时，虽无债的相对性原理适用之余地，但由于指示交付中第三人并未有如拟制交付中法定的物权凭证可资参考，极有被他人欺骗的可能，这对该第三人有失公平，所以，即便在让与的对象为物之返还请求权时，让与人仍应负担通知义务。

还应当研讨的是，保留所有权的交付是否为一种独立的交付形态。所谓所有权保留，是指在买卖合同中，买受人虽先占有、使用标的物，但在双方当事人约定的特定条件（通常是价金的一部或全部清偿）成就之前，出卖人

仍保留标的物的所有，待条件成就之后，再将所有权移转给买受人的制度。<sup>①</sup> 在所有权保留买卖中，买受人虽然在尚未满足当事人约定的特定条件因而不能取得标的物的所有权之前，仍然享有对转让所有权的期待，这种权利在法律上称为期待权。此种期待权从性质上看仍然是一种债权而非物权，因为在条件尚未满足之前，买受人无权请求出卖人移转标的物的所有权，但由于买卖合同已经成立并生效，所以出卖人也不得随意解除合同，而使买受人的期待权落空。而买受人只要完成了约定的条件，其期待权就应当得到实现。可见，其期待权已经在当事人之间产生了拘束力。<sup>②</sup> 由于贯彻交付的生效要件主义，那么，所有权保留规则就应当成为交付效力的特殊规则，理应在交付制度中规定。但是，它不是一种交付方式。

如此，交付便有三种基本形态，即现实交付、拟制交付、观念交付。

如前所言，我国现行立法只规定了交付对所有权移转的效力，没有涉及交付的具体规则。自然，确认具体的交付形态则是我国物权立法的任务。梁慧星先生等人的《物权法建议稿》以4个条文规定了交付，并确认了现实交付、简易交付、指示交付、占有改定四种交付形态，但未采用简易交付、指示交付的概念。<sup>③</sup> 王利明先生主编的《物权法建议稿》以9个条文规定了交付，同样确认了现实交付、简易交付、指示交付、占有改定四种交付形态并规定了所有权保留制度，将指示交付改称为替代交付。<sup>④</sup> 《物权法第四次审议稿》则以4个条文规定了交付，虽然确认了现实交付、简易交付、指示交付、占有改定四种交付形态，但未使用这些概念。<sup>⑤</sup> 我认为，由于观念交付又分为三种具体的交付形态，在将这三种交付形态分别规定时，立法无须统一规定观念交付；特别是在法律文件中不采用条文标题时，现实交付、简易交付、指示交付、占有改定等概念都要在条文中出现。但是，如果有条文标题，就不能将指示交付改称为“替代交付”，因为，在理论上，替代交付即

① 参见王秧：《所有权保留制度研究》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第6卷），法律出版社1997年版，第594页。

② 参见王利明：《中国物权法草案建议稿及说明》，中国法制出版社2002年版，第204~205页。

③ 参见梁慧星：《中国物权法草案建议稿——条文、说明、理由与参考立法例》，社会科学文献出版社2000年版，第12页。

④ 参见王利明：《中国物权法草案建议稿及说明》，中国法制出版社2002年版，第10~12页。

⑤ 参见《中华人民共和国物权法（草案）》第四次审议稿第26、28~30条。

观念交付。<sup>①</sup>

此处特别需要言明的是，既然拟制交付是独立于现实交付的制度，我国物权法就没有理由不确认这种交付方式。实际上，我国合同法已经承认了拟制交付。我国合同法第135条规定：“出卖人应当履行向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证，并转移标的物所有的义务。”据此，有些学者认为，该条中规定出卖人可以向买受人交付提取标的物的单证，以取代标的物的现实交付，从而可看出，我国立法承认指示交付。<sup>②</sup>也有学者认为，本条规定的出卖人应当履行向买受人交付“提取标的物的单证”的义务，就是一种拟制交付，也可以称为是指示交付。<sup>③</sup>依我之见，可以说该条规定承认了拟制交付，但不能说该条已承认了指示交付。因为，在该条中所说的单证是指仓单、提单等物权性有价证券，这些单证本身可以作为货物所有权的凭证，因此一旦将单证交付给买受人，便可以认为已经将交付给了买受人。如果未经出卖人同意，买受人亦可自行将提取标的物的单证从出卖人处取走，则不仅不构成交付，而且还构成非法侵害财产。<sup>④</sup>所以，这种单证的交付应不属于指示交付而属于拟制交付。

上述三种交付方式，即现实交付、拟制交付、观念交付，是否都能够成为动产物权变动的公示方式呢？这是极值得研讨的。就现实交付、拟制交付而言，现实的物的占有移转以及物权凭证占有的移转，即可以表征物权变动，此点应无疑义。令人产生疑问的是观念交付是否可以成为物权变动公示方式的问题。对简易交付来说，出让人在转让动产物权之前，受让人已通过委托、借用、租赁等方式而实际占有了该动产，采用简易交付并没有使占有状况发生改变，占有的公示效果仍然存在，因此，依简易交付移转动产物权不会影响物权移转的公示效果即简易交付能够成为动产物权变动的公示方式。<sup>⑤</sup>而占有改定、指示交付是否能够形成一种公示方法则是值得探讨的，这其中关键点在于对于观念交付的价值判断与利益衡量。

关于我国物权法是否应承认占有改定和指示交付，学者间存在两种截然

- 
- ① 谢在全：《民法物权论》，中国政法大学出版社1999年版，第100页；魏振瀛：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第224页；王轶：《物权变动论》，中国人民大学出版社2001年版，第148页。
- ② 王轶：《物权变动论》，中国人民大学出版社2001年版，第149页。
- ③ 胡康生：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社1999年版，第215页。
- ④ 王利明：《民商法研究》（修订本·第2辑），法律出版社2001年版，第304页。
- ⑤ 参见王利明：《物权法论》（修订本），中国政法大学出版社2003年版，第153页。

对立的观点。一为赞成说,<sup>①</sup>一为否定说。<sup>②</sup>我认为,否定说应当为我国物权立法所采纳。这是因为:

第一,占有改定与指示交付不具有占有的公示作用。在占有改定的情况下,在发生转让行为以后,转让人继续占有动产,而受让人仅取得对动产的间接占有,这样对世人表现出来的只是转让人的占有而不是受让人的占有。受让人的占有只是一种观念的占有而不是一种现实的占有,因此这种占有欠缺物权变动的外部表象。实际的占有人仍然是出让人,受让人并没有现实地占有该财产,除非社会一般人都了解当事人之间已经因为占有改定转化为租赁等关系,否则很难认定出让人的实际占有构成动产所有权移转的公示。如果当事人达成了占有改定的约定,该约定在当事人之间自然能够产生效力,但是并不具有公示性,因而不能对抗第三人。就指示交付而言,出卖人和买受人之间达成让与请求权的协议只能在当事人之间产生效力,不能约束第三人。如果让与请求权协议生效以后,第三人必须要受到该协议的拘束,这与合同的相对性规则是矛盾的。除非第三人同意交付,否则不能认为第三人必须负有交付的义务。也就是说,指示交付只是移转了一种请求权,标的物仍然处于第三人占有之中,而没有完成一种标的物占有的现实移转,所以它不具有占有的公示性。如果他人对该标的物的所有权归属发生争执,受让人也不能以其与转让人之间达成了返还请求权转让的协议来对他人进行抗辩。

第二,占有改定的基础是间接占有,而间接占有制度有着不合理性,我国物权法不应确认间接占有制度,自然不应承认占有改定。间接占有的规定,主要适用于物的所有人将物的占有通过合同关系让与他人的场合。据学者研究,德国民法典之所以规定间接占有,是认为它使得占有的规定扩张了自身的适用范围,尤其是在占有保护请求权和取得时效上的规定,原则上适用于间接占有,从而扩张了法律保护的功能范围。需要注意的是,间接占有的规定,主要适用于物的所有人将物的占有通过合同关系(占有媒介关系)让与他人的场合。此时,可能对物的所有人造成侵害的情形:一是占有的受让人侵害所有人的权利;二是第三人侵害占有物。在第一种情形下,所有人

<sup>①</sup> 参见梁慧星:《中国物权法草案建议稿——条文、说明、理由与参考立法例》,社会科学文献出版社2000年版,第12页;王利明:《中国物权法草案建议稿及说明》,中国法制出版社2002年版,第11页;《中华人民共和国物权法(征求意见稿)》。

<sup>②</sup> 参见王利明:《民商法研究》(修订本·第2辑),第305~311页;王轶:《物权变动论》,第152~153页。

可向占有人主张所有物返还请求权，也可向占有人主张违反合同及损害赔偿的责任，此以来保护所有人的权利；在第二种情形下，占有人可向第三人实行自力救济或者行使占有保护请求权，所有人也可以请求占有人让与其对于第三人的请求权。至于取得时效制度的规定，即使不承认间接占有，也可通过占有合并的规定予以解决，即当物的所有人主张取得时效中断时，前占有人可以主张将自己的占有和现占有人的占有合并计算，以享受取得时效的利益。<sup>①</sup> 更何况，间接占有大都是所有人，不可能对自己的财产通过取得时效来取得所有权，但所谓的直接占有人是否可以在所有人举证不能的情况下依取得时效制度取得所有权呢？可能还是一个值得认真对待的问题。因此，应像有的学者主张的那样，为简化占有制度，以不承认间接占有为宜。<sup>②</sup> 既然不承认间接占有，那么占有改定自然难有用武之地。

第三，确认占有改定和指示交付不利于交易安全。由于占有改定和指示交付不具有占有的公示作用，如果他人对该标的物的所有权归属提出要求，即买受人与其他人对该动产的所有权发生争议时，买受人要么抗辩力很弱，要么根本不能抗辩。

第四，指示交付对第三人而言过于不公平。在物由第三人占有时，第三人是出卖人的债务辅助人，当事人之间达成让与请求权的协议以后，也不应该改变这种关系。因此，如果因为第三人的交付不符合合同的约定，那么买受人只能继续请求出卖人承担违约责任，而不能找第三人承担违约责任。如果承认返还请求权可以当然产生动产物权移转的效果，则将会使第三人的交付行为的一切后果，都移转给第三人负担，而不是由出卖人承担，这对买受人来说是不公平的，同时也违反了合同的相对性规则。并且，在标的物由第三人占有的情况下，并不是说出卖人通知第三人向买受人交付动产以后，第三人就应该无条件地向买受人交付该动产。在大多数情况下，第三人是基于其与出卖人之间的合同而占有该动产的，其与出卖人之间具有某种交易关系。如果在这种关系中，出卖人本身就构成违约，或者因其他的合法的原因使第三人享有一种对抗出卖人的返还动产的请求权的抗辩，则这种抗辩权不仅可以对抗出卖人，也可以用来对抗买受人。如果承认指示交付可以在任何情况下当然产生物权移转的效力，则忽视了第三人可能对出卖人所具有的抗

① 王轶：《物权变动论》，中国人民大学出版社2001年版，第152页。

② 参见梁慧星等：《中国物权法草案建议稿——条文、说明、理由与参考立法例》，社会科学文献出版社2000年版，第787~787页。该部分内容为张广兴先生执笔。



辩权。<sup>①</sup>

第五，物权法不确定占有改定和指示交付，并不会妨害社会生活。占有改定中出卖人占有性质的改变，在社会实际生活中并不多见；尽管占有改定在当代德国法上已经成为让与担保的法律基础，<sup>②</sup>但是，对于让与担保并不必然要求只能以占有改定这种方式进行公示，完全可以通过登记进行公示。居于同一地方的出卖人、买受人及动产的实际占有人实际上可当面完成现实交付，出卖人、买受人、动产实际占有人非处于同一地方时，没有指示交付虽然可能对其不太方便，可能有害于交易便捷，但更有利于交易安全，二者相较，当然舍轻就重，为了交易安全而牺牲当事人的方便了。

综上所述，正是因为占有改定和指示交付的交付方式只是通过当事人之间的约定而产生的，这种约定只可能在当事人之间产生效力，而不能对抗善意的第三人。因此，我赞同王利明先生的观点，<sup>③</sup>即将有关特殊交付的规则可以由合同法予以规范，物权法在确认作为公示方式的交付时仅规定现实交付、拟制交付、简易交付。

### 三、交付的法律构成

之所以要考察交付的法律构成，是因为既然交付意味着占有的移转，为什么这种占有的移转会导致所有权的移转呢？而在所有权权能移转时，标的物与所有人的分离也会发生占有的移转，为什么所有权并不发生移转？

关于交付的法律构成，我认为，它属于表意行为与事实行为的结合，即交付行为由两部分构成：其一，交付动产的意思表示；其二，移转动产的占有。后者属于事实行为。从生活经验观察，当事人如果没有交付的意思表示，交付行为是无法完成的。这种意思表示的内容决定了占有移转的后果，比如移转所有权的意思表示决定交付的后果是所有权发生转移，在所有权保留买卖中交付的意思表示为不移转所有权而仅移转占有、使用、收益权，质权设定中交付的意思表示为设立质权而不是移转所有权，等等。

现在的问题是，交付动产的意思表示是否当然地内含于动产物权变动的

① 王利明：《民商法研究》（修订本·第2辑），法律出版社2001年版，第310页。

② 参见孙宪忠：《德国当代物权法》，法律出版社1997年版，第341页。

③ 参见王利明：《物权法论》（修订本），中国政法大学出版社2003年版，第157页。