

物权法

前沿理论与实务研究

WUQUANFA QIANYAN LILUN
YU SHIWU YANJIU

马特 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



其制定本身就是对宪法条款的具体化落实，而涉及国家所有权、国有资产保护等国家根本制度问题应当并只能由宪法予以确认。

宪法的归宪法，民法的归民法，则各得其所。而宪法民法化，过多的宪法条款纳入物权法，同一内容双重规定，流弊甚多，择其要者有三：其一，体系紊乱。宪法条款的重复规定，导致公法、私法混同，法部门分工失调以及民法的不合理膨胀，从而将宪法的“限政”精神淹没于公私法不分的大民法之中，无疑与宪法的精神背道而驰。其二，法律解释和适用上人为设障。例如，《物权法》第3条规定：“国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。”该条文重申的是《宪法》第6条第2款的规定：“国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。”但这种援引不完整的重复性规定，导致立法资源上的浪费和适用中宪法解释和民法解释的不可调和的矛盾。其三，违法后果难以处理。作为平等主体的公民、法人在现实中不可能违反这种宪法性条款，法院也不可能援引该条款，则违法者到底承担的是民事责任还是违宪责任？是由民事法院管辖还是交由全国人大进行违宪审查？这都是难以破解的司法难题。

总之，物权法毕竟只是一部私法，所谓平等保护原则也只是贯彻私法最基本的功能而已，物权法不是有求必应的万能灵药，它不可能负担起财产权保障的所有使命，也不可能满足不同群体的所有价值诉求。现代社会，法律分工的专门化和精细化，同一调整对象往往由跨越法域和法部门的多种法律予以规制，例如不动产，除了物权法提供一般保护之外，还受到宪法、不动产登记法、市政建设规划法、自然资源保护法、文物保护法、强制执行法，甚至税法的综合调整，方臻其功。然而，这绝不意味着所有这些规则都须纳入一部物权法，否则将会出现一个公私不分、诸法合体的庞然大物。这是物权法不能承受之重。

二、平等保护是规则平等：富人的别墅和穷人的茅屋是否平等

平等与公正、公平等概念相似，虽然是法治的重要价值之一，但却如同冥王普露透斯之面一样从来没有明确的含义，一般可以将平等区分为起点平等、规则平等和结果平等。^① 物权法上的平等保护原则，是指物权的主体在法律地位上是平

① “规则平等”与经常使用的“机会平等”在强调权利平等、差异原则上大体相同，但究其内涵未尽一致。规则平等仅指平等地适用相同的规则；而机会平等指所有的人应当在生活中拥有平等的机会。由于事实上基于个人禀赋、家庭背景等不同导致起点不平等，人所面临的机会实际上是不平等的，由此罗尔斯等学者反对将机会平等绝对化，而关注补偿性的结果平等。从这个意义而言，机会平等除了规则平等之外尚包含某些起点平等的要求。



物的效能,可以带来财富增长和社会繁荣,但由于无法否定的先天差别和偶然因素,即使在同样的条件下自由竞争,人们获得的结果也是不同的。长期以来,小农经济、君主专制、儒家思想使中国成为一个“平铺”的社会^①,其文化传统更强调结果平等,所谓“不患寡而患不均”。这种对结果平等的偏好和追求,历经数千年农民起义的轮回和数十年社会主义集体生活的积淀,又深受近三十几年改革开放贫富分化负面效果的刺激,藉此次物权法制定而勃发,其情固有可原,其理却未必尽然。无差别的平均主义,绝不是真正的公平,而是抑制优越,以牺牲社会效率为代价换取“廉价”的稳定。市场经济必然优胜劣汰,结果的不平等在一定程度上是需要容忍的,对于弱势群体的补偿则可通过社会保障法、累进税制等予以调整。物权法的目的是保护财富而不是对财富进行再分配,通过物权法达到结果平等无异于缘木求鱼。

物权法的平等保护实质上是规则平等。这种规则的平等是抽象的形式上的平等,其具体内容有学者归结为三:一是物权主体的平等;二是在物权发生冲突的情况下,针对各个主体都应当适用平等的规则解决其纠纷;三是在物权受到侵害之后,各个物权主体都应当受到平等保护。^② 物权法旨在确保各方在规则适用上相同的地位,赋予当事人平等的权利和救济渠道,通过自由的博弈,形成公平的社会秩序。公平是博弈的结果。公平不是天生的或者与生俱来的(人生而不平等即起点不平等),同时也不是自动实现的。^③ 自由主义经济学家诺齐克认为,一个富可敌国的人,只要他的最初财产来路清白,嗣后的财富积累是通过自由交易实现的,那么他的富有拥有完全的合法性,在道德和法律上无可非议。那些诸如“物权法是把富人的别墅和穷人的茅屋平等保护”的指责不足为训。事实上,当法律不能保护富人别墅的时候,它同样也不能保护穷人的区区茅屋!而在目前物权法缺位的背景下,其实最受伤害的不是既得利益者,恰恰是那些得不到平等保护的社会弱势群体,试想一下拆迁纠纷中的业主、城市化进程中失地的农民即不难明了。

物权立法是一项科学的工程,而不是民粹情绪的产物。民事立法的专业化、科学化,不免使法律在一定程度上与现实产生距离,不能迎合普罗大众的口味。而公众的意见和情绪往往易变,也更容易受到道德、舆论等各种世俗力量的影响,例如,目前社会转轨时期的某些“仇富”心态很容易被转化成为对物权法的曲解和反对。这种民粹的平均主义诉求和实质公正观貌似优越,实则偏颇。在现代社会,利益关系高度分化,价值多元化和相对化。如果连个人也会将他暂时的利益

① 参见钱穆:《中国历代政治得失》,三联书店2001年版,第171页。

② 王利明:“试论物权法的平等保护原则”,见王利明主编:《中国民法年刊》,法律出版社2006年版,第45-46页。

③ 夏光志:“对公平问题的看法:权利平等是最大的公平”,载《学习时报》2006年9月5日。



权、听证权、陈述权、申辩权、参与决策权等程序权利和民主权利的有效行使。(5) 权力制约性。(6) 权责统一性。^① 因此,笔者认为,对于公共利益应当严格限定其范围,例如公共道路交通、公共卫生、灾害防治、国防、科学及文化教育事业,以及环境保护、文物保护,均属于社会公共利益。在判断是否属于社会公共利益时,特别要注意:只有全体社会成员都能“直接”享受的利益,才属于社会公共利益。而除此之外的一切商业性的土地开发及其他财产取得,都必须遵循自愿、公平、等价、有偿的原则,即便政府本身参与经济活动,此时也应作为私法上的平等主体,通过交易取得财产,而不应以行政手段征收、征用。

2. 必须严格依照法律规定的程序

对于征收程序应当严格法定,限制征收的强制执行措施,保障公民的知情权、参与权、申请复议权和获得合理补偿的权利,并且基于司法最终救济的法治原则,赋予其诉权,请求司法审查。

3. 必须予以公正补偿

关于补偿的标准,理论上有二:(1) 完全补偿论。对成为征用对象的财产的客观价值,应按其全额予以补偿。(2) 适当补偿论。对财产权限制,只需综合斟酌征收的目的及其必要程度等因素,并参照当时社会的观念,给予公正和恰当的合理金额,便足以视为正当补偿。笔者认为,征收虽然具有强制性特征,但在市场经济条件之下,仍然属于一种商品交换关系,应当符合等价交换的规律。征收补偿的目的在于填补被征收人财产所遭受的损失,以符合社会公平负担的原则,所以征收补偿的范围及标准应当限于被征收人所受到的财产损失。

我国物权法规定的补偿标准,较之以往法律有三大创新。

1. 首次确定了“足额”的标准

《物权法》第42条第2款规定:“征收集体所有的土地,应当依法足额支付土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用,安排被征地农民的社会保障费用,保障被征地农民的生活,维护被征地农民的合法权益。”但该“足额”标准并不是市场价值的“全额”补偿,因为农村土地不是完全市场化的,其真实的市场价值无法有效计算。所谓“足额”是指土地的成本价值,即土地补偿费、安置补助费、地上附着物和青苗的补偿费等费用。依照《土地管理法》第47条的规定,土地补偿费为该耕地被征收前三年平均年产值的6至10倍。而农村土地一旦开发为商业用地,其市场价值可能远远高于作为耕地使用时平均年产值的6至10倍。

2. 首次明确了用益物权人的补偿请求权

《物权法》第121条规定:“因不动产或者动产被征收、征用致使用益物权消

^① 参见莫于川:“判断‘公共利益’的六条标准”,载《法制日报》2004年5月27日。

同,表现在以下几个方面。

1. 客体不同

土地、矿藏、空间、海洋、地下资源、野生动植物资源及特殊文物等,只能由国家所有,其不能成为私人所有权的客体。

2. 取得方式不同

国家所有权的取得主要通过征收、税收,此外还有没收敌产、罚没财产等方式。当然,国家也可以通过交易的方式取得财产。

3. 目的和价值不同

国有财产不是凭空而来的,是几代中国人前仆后继、无私奉献的结晶,是全体人民共同的一点“家底”。国家对于这笔财产的经营、维护和分配,不仅负有道义上的义务,而且承载着深刻的历史责任。从这个意义而言,我国的国有财产与其他市场经济国家中的公有物不可同日而语。国家所有权的来源和性质决定了其只能用于公益目的,原则上为社会公众服务。当然,国有财产为公众服务的实现方式上可能是多样的,有些是免费的,例如公园;有些是有偿的,例如邮政、教育;有些甚至进入市场采取企业化的方式经营,则完全适用市场规则,例如国有企业。

4. 易受侵害性不同

产权本身是一种最佳的激励机制,私有财产有天然的维护者,权利人有足够的动力促使物尽其用,保值增值,抗拒外来侵害。而国有财产的主体虚化,缺乏天然的维护者,信息不对称导致“内部人控制”问题严重,因而其天生对侵害的免疫力不足,需要设置一套不同的信息机制和激励机制。

因此,所有权三分法实乃国情使然,在某种意义上也符合“不同的情况不同对待”的弱势意义上平等对待。需要注意的是,纵然所有权区别对待,但绝不意味着所有权有高下之分,只要进入民事领域,物权法对各式所有权一概平等保护。我国一度盛行所谓国有财产特殊保护论,为苏联民法之流风余韵,至今未息。其要领归之有四。

1. 归属推定

任何物主不明或无主的财产,推定归国家所有。例如《民法通则》第79条规定所有人不明的埋藏物、隐藏物归国家所有;《继承法》规定无人继承的遗产收归公有。遗憾的是,物权法承续了这种立法精神,确认所有人不明的埋藏物、遗失物归属国家。

2. 取得限制

如孟勤国教授建议,任何人不得以不支付对价或者对价显著不合理而取得国有资产;重大国有资产的处置,须经国有资产管理部门批准或备案等。^①该种限制

① 参见孟勤国:《物权二元结构论》,人民法院出版社2002年版,第193-194页。

是人类的同胞兄弟。

最早动物权利论者是功利主义法学家边沁，他曾写过广为动物权利论者引用的名言：“长有几条腿、皮肤是否长有绒毛、骺骨孔是否闭合，这些都不能构成剥夺一个生灵享有与人类同等权利的原因……问题不在于它们是否能推理？也不在于它们是否会说话？而是它们是否能够感觉痛苦？”继而，边沁质问道：“为什么法律不能对一切生灵提供保障？总有一天，博爱将荫蔽所有生灵……”彼得·辛格（Peter Singer）和汤姆·里根（Tom Regan）是现代动物解放运动最著名的两位倡导者。彼得·辛格于1975年出版的《动物解放》（Animal Liberation）被誉为“动物解放运动的圣经”，但他只是提出了动物解放的观念，尚不及于动物权利。^①汤姆·里根则干脆认为动物和某些弱势群体一样，我们必须赋予其基本权利方可从根本上保障它们不受到无谓的伤害，而界定哪些动物拥有权利的判据是要看它们是不是“生命主体”（subject of life），即它们是不是“拥有期望和愿望，记忆和未来，拥有伴随着快乐与痛苦的内心世界，拥有一个完整的心理”。所有的“生命主体”都拥有一些基本道德权利，它们不能被看作达成任何其他目的的工具。用里根教授的话来说，我们想要的不是大一点的笼子，而是一个空的笼子！虽然里根教授认为拥有感知力的动物才是“生命主体”，但越来越激进的观点认为这种权利应当推广到所有动物身上，包括那些没有自我意识甚至没有神经系统的动物。^②

动物权利论以悲天悯人的情怀占据了道德的制高点，这种伦理观对法律产生了巨大的压力，导致“动物不是物”的规定进入民法典，最为典型者为奥地利、德国、俄罗斯和瑞士等国的民法改革。始作俑者为奥地利。1988年3月10日，奥地利国民议会通过一部关于动物法律地位的联邦法律，专门对其民法典进行修正。《奥地利民法典》第285条规定：“一切与人相区别且供人使用者，在法律意义上称为物。”该条下新增的第285a条规定：“动物不是物。他们受到特别法的保护。关于物的规定仅于无特别规定的情形适用于动物。”旋即，德国紧随其后，1990年8月20日，立法机关在《民法典》第90条项下增加了一条a款的规定“动物不是物。动物应受特别法律的保护，除另有规定外，准用关于物的规定。”同时，在第903条关于“所有权人的权限”的条款中，又加上了“动物所有权人在行使其权利时，应注意有关保护动物的特别规定”的词句。其实，这些国家不是没有动物保护法，例如德国1989年《野生动物保护法》已对野生动物的特殊保护问题作了规定，依照“特别法优于普通法”的原则，民法典中再增加的“动物不是物”条款在法律适用上没有实际意义，仅仅是基于应对动物解放运动的回应而做的一种“政治正确”的姿态。如德国学者科勒（Kolher）就认为：“德国动物保护法已有

① 参见[美]彼得·辛格：《动物解放》，孟祥森、钱永祥译，光明日报出版社1999年版。

② 参见[美]汤姆·雷根：《动物权利论争》，杨通进、江娅译，中国政法大学出版社2005年版。

方有权要求他方提供必要的便利，他方应给予必要的方便。所谓必要的便利，是指非从相邻方得到便利，就不能正常行使其所有权或使用权。这种提供便利，接受限制的关系构成不动产相邻关系的内容。

(3) 相邻关系的客体主要是行使不动产权利所体现的利益。相邻关系的客体并不是财产本身，而是由行使所有权或使用权时所引起的和邻人有关的经济利益和其他利益，对于财产本身并不发生争议。

我国《民法通则》第83条规定，不动产相邻的各方，应当按照有利生产，方便生活，团结互助，公平合理的精神，正确处理排水、通行、通风采光等方面的相邻关系。给相邻方造成妨碍或者损失的，应当停止侵害，排除妨碍，赔偿损失。根据本条规定，法院通常将此种纠纷作为相邻关系案件对待，认为在相邻一方损害另一方不动产权利时，另一方可直接依相邻关系规定，要求赔偿损失，停止侵害。这种观点在法理上值得探讨。因为相邻关系不是一种独立的权利，而是相邻不动产所有权之间的相互关系，这种关系表现为所有权本身的扩张和限缩，因而应当属于所有权的内容。我国《民法通则》规定的“按照有利生产，方便生活，团结互助，公平合理的精神”，只是宣示性的原则性规范，不是具有可操作性的裁判规范。根据传统民法上的相邻关系理论，相邻关系包括更多类型的具体内容：(1) 侵害防免，包括营业或行使权利、开掘危险、建筑物危险、不可量物侵入等；(2) 越界问题，包括越界建筑、越界竹木根枝、越界果实等；(3) 邻地使用，包括管线通过、袋地通行、营缮利用、邻地樵牧、失物取回等；(4) 水风光的相邻关系，包括排水、用水、通风、采光等。但在具体的相邻关系类型中，所依据的法律基础还是物权法、侵权行为法上的请求权，例如在所谓开掘危险的相邻关系中，请求权相邻不动产权利人停止侵害、消除危险的请求权是物权法上的预防妨害请求权，而非相邻关系，相邻关系只是就具体的相互关系类型予以规定。我国《民法通则》第83条明确规定了在相邻一方给相邻另一方造成妨碍或者损失的，应当停止侵害，排除妨碍，赔偿损失，这只是意味着法律允许受害人可以要求加害人停止侵害，排除妨碍，赔偿损失，而受害人提出请求的根据乃是其物权受到侵害，其享有和可以行使的请求权是物上请求权和基于侵权行为的请求权。这不过是物上请求权和侵权行为责任的规定，而不能认为因此产生出一种独立的请求权。因此，所谓相邻权的侵害，在性质上仍然属于不动产所有权的侵害。本案中，被告的行为已直接侵害了原告的不动产所有权，在性质上，双方纠纷的性质不是权利的限制或延伸问题，而是对他人物权的侵害。关于相邻关系与所有权的关系以及相邻关系的处理原则，我国《物权法》在第四编（所有权）下设第七章（相邻关系）的第84条至第92条予以规定。

从受害人享有的请求权角度出发，在受害人物权受到侵害时，可以依据法律通过如下两项请求权来保护其物权：



我国的集体所有制，从合作社到人民公社，很大程度上借鉴了苏联式的集体制度。而苏联的集体制度则有着深刻欧洲传统。社会主义思想中的“集体”观念实际上起源于中世纪欧洲古老的村社、采邑或札德鲁加（家族公社）制度。以俄国为例，车尔尼雪夫斯基断言，村社与社会主义可以相关联。他认为，在社会发展的高级阶段，在形式上可与初级阶段相吻合；俄国社会的初级阶段是村社所有制，俄国社会的高级阶段则是联合人们之间的生产；因此，利用俄国村社可以跨过资本主义而直接建设社会主义。沙皇被推翻以后，虽然村社制度迅速走向衰败。但是，共有制的村社意识并没有消失。斯大林时期实行农业集体化，发展集体农庄和国营农场，使农业生产的共有方式以新的形式出现。俄罗斯学者认为，布尔什维克为了抵制土地私有制，建立了集体农庄和国营农场，实际上使村社制度以另外的形式得以恢复，并将这种生产方式扩大到工业企业。^①

近来，有学者依据中国的文化传统和本土资源对集体制度尝试进行阐释和改造，主张以传统乡土社会中的农村自治体为现在的集体所有制探寻一条出路。其将历史上农业社会、乡土社会、宗法社会描述为一个以宗法伦理为纽带的自治体：整个国家由宽仁无为的皇帝和儒生官僚集团统治，社会秩序主要靠伦理道德来维持，而这些伦理道德之基础在于以血缘关系为纽带而结合而成的家族秩序。费孝通先生也认为：“乡土社会的信用并不是对契约的重视，而是发生于对一种行为的规矩熟悉到不假思索时的可靠性。”^② 简言之，即所谓：“国权不下县，县下唯宗族，宗族皆自治，自治靠伦理，伦理造乡绅”。^③ 而秦晖先生在考察了长沙走马楼吴简等文物资料的基础上认为，即使是在大族势力强盛，中央集权相对较弱的时代，在帝国官府之下，乡村社会依然不是宗族的社会，而是编户齐民的吏民社会。于是，我们的乡村社会真实传统看来该是：国权归大族，宗族不下县，县下唯编户，户失则国危。^④ 在现代计划经济之下，我国的集体制度不是建立在村社自治的基础之上的，而恰恰是承续了传统中国吏民社会的传统。作为集体前身的人民公社这个现象与其说是“集体主义”，不如说是“国家主义”的产物，是由国家一手建立起来的贯彻国家意志的工具，即一种新型的“齐户编民”。周其仁先生曾指出这种经济并不是什么“集体经济”，国家控制人民公社的程度并不比控制国营工厂差，区别在于国家控制了工厂，国家是承担了这种控制的后果的。而人民公社则不同，它是“国家控制，但由农民承担控制后果”的经济。

① 参见董晓阳：“村社意识与俄罗斯社会发展”载《东欧中亚研究》2002年第6期。

② 费孝通：《乡土中国》，三联书店1985年版，第6页。

③ 法学界也有学者根据这种伦理自治体说创作出来的“秋菊”、“山杠爷”等形象证明“西方的”法治不适用于中国，挖掘所谓“本土资源”。参见朱苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版。

④ 参见秦晖：“传统中华帝国的乡村基层控制：汉唐间的乡村组织”，见秦晖：《农民中国：历史反思与现实选择》，河北人民出版社2003年版。

权，俾与费用性担保物权相对。^①

法定担保权，特别是优先权制度，是基于税法、劳动法、诉讼法等公共政策性目的而通过立法创设的，实质上是立法者为了优先保护特定群体，而使特定债权受到法定优先权的保护，从而具有优先受偿的效力。法定担保权体现了国家干预的思想，现代国家是福利国家、社会国家，保障劳动者等群体的生存权是现代国家的使命，所以，现代社会中，优先权等法定担保权可能会呈现增长的趋势。但是，值得注意的是，法定担保权与意定担保权存在着此消彼长的关系。法定担保权的过度膨胀，必然产生抑制交易、妨害意思自治的消极影响。意定担保权不仅保障信用，而且具有资金融通功能。通过约定产生的金融担保，即融资性担保，是维持信用，建构市场经济的支柱。而法律往往规定法定担保权具有优于意定担保权的效力，这无疑将增加信用风险，妨害债权实现，动摇交易安全，从而不利于鼓励交易。况且，担保物权以公示为原则，非经公示不能成立或者不能对抗第三人，从而也不具有优先效力，以免妨害交易安全。而法定担保不以登记为要件，不具有公示性，这种不经公示、无影无形的权利对其他债权人的经济安全是致命的威胁。法定担保与意定担保的消长体现了国家干预与自由主义的冲突，立法应当妥善地协调两者的价值差异，将以优先权为代表的法定担保权限制在合理的、必要的范围内，既保护弱势群体的福利，又维护交易自由和信用安全，促进经济增长，将蛋糕做大，以期达到双赢。

四、信用建设：为建设一个免担保的社会而奋斗

制度建设绝非外在的强制，制度的发展是由外在的强制性规范最终转变为内在的道德规范，即回归到人本身。亚当·斯密在《关于公正、警察、税收和军队的演讲》一书中对不同国家商人的信誉进行了比较，指出荷兰人的信誉高于英格兰人，英格兰人的信誉又高于苏格兰人，得出结论为生活在商业中心的人的信誉高于偏远地区的人，市场经济越发达，商业交易越频繁，市场主体的信誉越高。相信这一点会给我们以乐观的启示。目前的转型社会中严重的道德失范和信用缺失，体现了传统的断裂，这可能意味着一个促使人格化的信用向制度化的信用转化的契机。市场经济与相应的制度建设相互因应，同构共生，市场经济不仅仅是物质文明，而是一系列法权关系，它必须依赖上层建筑——国家与法律的制度建设为骨干。

和谐社会是诚信社会。法律意义上的信用逐渐培育出伦理意义上的信用，对社会而言就意味着形成了一种珍贵的社会资本。随着法律制度内化为风俗、习惯、

① 谢在全：《民法物权论》（下册），中国政法大学出版社1999年版，第533页。



三人必须受到该协议的拘束。况且,指示交付可以在任何情况下当然产生物权移转的效果,忽视了第三人可能对转让人所享有的抗辩权。^①

肯定说认为,占有改定和指示交付等观念交付摆脱了实物移转的束缚,导致所有权彻底的观念化,从而促进物的自由流转,降低交易成本,达成交易的迅捷便利。因此,观念交付利大于弊,关于否定的理由,反驳如下:

第一,占有改定和指示交付的公示性不足的缺陷,可以通过善意取得制度的承认加以修正。当事人的占有改定、指示交付约定,在当事人之间有拘束力,但因为不具有公示性,因此不能对抗第三人。此时可以发生善意取得的效果,第三人可以基于善意取得制度即时取得所有权。

第二,把占有改定、指示交付与间接占有绑在一起,认为如果没有间接占有,占有改定也将无从存身的观点是片面的。虽然德国法上的占有改定是建立在直接占有与间接占有的分立之上的,但实际上,占有改定究其本质无外乎让与人与受让人之约定,正是以双方之约定代替了现实交付,占有改定才得以成立。因此,是否承认占有改定的问题实质应转化为是否承认当事人意思合致产生物权变动的效力问题。我国《民法通则》第72条及《合同法》第133条明确肯认当事人合意发生物权变动的效力。因此,占有改定本该称为“所有权约定转移”。可见,占有改定是否承认,与间接占有之存废并无牵连。^②如梁慧星教授主持的物权法草案建议稿,一方面旗帜鲜明地否定间接占有,一方面却在对占有改定和指示交付的说明部分肯认间接占有,即为实例。

第三,关于占有改定对一物多重交付的情形,通说认为,占有改定不能适用善意取得,故此,第一个占有改定的买受人取得所有权,其他的买受人订立的合同为无权处分,不得以占有改定主张善意取得标的物所有权。

第四,指示交付不一定导致第三人的损害,因为直接占有动产的第三人针对让与人的抗辩权同样可以对抗受让人,此时,则请求权的转让只能在让与人和受让人之间产生效力,受让人可以向让与人主张违约责任。除抗辩权之外,如果第三人对出让人享有抵销权或留置权,同样也可据此拒绝向买受人交付。

因此,我国物权法虽然没有承认间接占有,在理论上并不妨碍对观念交付的肯定,基于对自由意思的尊重,《物权法》第25条至第27条允许当事人以观念交付替代现实交付。

① 王利明:《民商法研究》(第2辑),法律出版社2001年版,第310页。

② 参见杨佳红:“我国物权立法应否定间接占有制度”,载中国民商法律网 www.civillaw.com.cn。