

占有改定与善意取得

——兼论民法规范漏洞的填补

税 兵^{*}

内容提要：占有改定和善意取得的关系，考验着法律人的抽象思维能力和具体情形中符合事理的判断力，需要运用成文法解释模式进行法律论证。在物权法的意义脉络中，立法文本所表述的“交付”概念从未涵括占有改定。作为法律拟制产物的占有改定，其物权变动效果不等同于现实交付，与善意取得之间具有不相容性。占有改定的物权合意只能在传来取得的情形中产生效力，在善意取得的情形中则不生效力。为填补规范漏洞，物权法第106条所言“交付”应作目的论限缩解释，以免法律激励出“坏的”交易风险，有悖于此条款追求交易安全的价值取向。

关键词：占有改定 善意取得 物权变动 目的论限缩 成文法解释模式

一、问题的缘起与研究的意义

物权法第106条规定善意取得须以交付为要件，却未明示交付是否兼括现实交付和观念交付，尤其是否涵盖占有改定。此乃立法者的有意沉默，还是无意留白，法律文本的阅读者不得而知，从而引发法律适用的疑问。譬如，出让人甲将其自行车出售于乙并约定由甲继续租用，而后来甲又将自行车出售于丙，并作相同约定由甲继续使用该自行车，丙能否主张善意取得的适用而取得自行车的所有权？具有规范效力的法律文本一旦有疑义，即产生出法条不圆满所造成的规范漏洞问题，需要依靠法律解释方法予以填补。^{〔1〕}

物权法颁布以后，各释义版本大量面世，其中最具影响力的应属全国人大常委会法制工作委员会编写的《中华人民共和国物权法释义》（以下简称《释义》）。^{〔2〕}《释义》认为，物权法第106条所言之“交付”应该包括占有改定，前例中的丙能善意取得自行车的所有权。理由有三：

* 南京大学法学院副教授。

南京大学法学院解亘、周梅、叶金强等诸位同仁对论文初稿提出了许多富有启发性的修改意见，在此一并致谢。

〔1〕 行文之初，应首先区分规范漏洞和规整漏洞两个概念，前指法律条文本本身不圆满，是一种法律“违反计划的不圆满性”，造成法律规范无法适用，后指对应于规整的问题欠缺适当的规则。参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第249页以下。

〔2〕 胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第77页。全国人大常委会法制工作委员会编写的各种法律释义，并未严格依照立法解释的法定程序完成，亦不同于立法理由书，在性质上当属学理解释，而非有权解释。但鉴于释义编写者的权威性和影响力，本文权且称其为立法理由解释。

首先,物权法关于善意取得构成要件所规定的“已经交付给受让人”并不排除观念交付的适用;其次,如果承认乙可通过观念交付获得所有权,那么自无排除丙以同样方式取得所有权的理由;最后,乙因信赖出让人而承担的风险,是自己选择的结果,完全符合私法意思自治的原则,并且如果要避免风险,乙完全可以要求现实交付。^{〔3〕}简言之,占有改定人能够善意取得。^{〔4〕}由于《释义》所具有的权威性,其观点遂成通说,并被作为定论写入众多物权法教科书。^{〔5〕}

然而,《释义》所作的法律解释难以令人信服。第一条理由采用文义解释的方法,却未把法律文本置于物权法的整体语境中去解析;第二条理由采用体系解释的方法,却没有充分讨论占有改定所产生的物权变动效果,尤其是只注意到乙、丙皆为占有改定中的受让人,却忽略了乙是以继受方式取得,丙是以原始取得方式取得,权利基础殊异;第三条理由采用法益衡量的方法,却同样不能解释为何对丙的保护要优先于乙。鉴于此,重新检讨占有改定与善意取得之间的关系问题,确属必要。

为保证讨论的严谨,在展开讨论前还需明确本文的研究对象。依物权法第106条,广义上的所有权善意取得的客体包括以占有为权利表征的动产和以登记为权利表征的不动产,而本文所讨论的善意取得标的物仅限动产。此外,在观念交付的三种具体形式中,以简易交付方式完成的所有权转移,自然发生受让人实际占有标的物的效果;在指示交付的情形,出让人同样丧失了原本对标的物的实际占有,二者殆无发生多重转让的可能,在善意取得问题上与现实交付无甚区别,故本文对观念交付的讨论聚焦于占有改定。

本文的研究兼具解释论和方法论的双重意义。一方面,能否以占有改定方式实现善意取得,关涉到物权法体系中的核心问题——物权变动,考验着法律人的抽象思维能力和具体情形中符合事理的判断力;另一方面,随着中国民法历经百年完成对潘德克顿法学的大规模继受,^{〔6〕}在摆脱立法惯性或立法迷信的窠臼之后,民法解释学的运用成为摆在法律人面前的重要课题。本文的探讨与其说是试图旧题新解,毋宁是想探寻一个法律方法论的适例:如何在法律文本的意义脉络中去解释有歧义的民法规范。

二、语文学论述:中国物权法意义脉络中的“交付”

(一) 成文法解释模式的分析框架

从19世纪后半叶开始,法哲学及方法论的学者就已主张,在进行法律解释时,不应该放任由解释者个人自由解释,必须给解释者提供一些可以作为准则的解释标准。为填补规范漏洞,民法方法论提供了多种法律解释方法,包括为人们熟知的文义解释、历史解释、学理解释、体系解释和目的解释。真正的问题是,诸多法律解释方法之间是否存在不同的位阶或者顺位?^{〔7〕}拉伦茨教授在其经典著作《法学方法论》中多次提及,解释者不可以任意选择解释标准,各种解释方

〔3〕 前引〔2〕,胡康生主编书,第77页。

〔4〕 占有改定是指动产物权的让与人使受让人取得对标的物的间接占有,以代替该动产现实转移的交付。物权法第27条明确规定了占有改定制度:“动产物权转让时,双方又约定由出让人继续占有该动产的,物权自该约定生效时发生法律效力。”

〔5〕 例如,普通高等教育国家级规划教材《物权法》的编著者即持此观点:“动产善意取得需要动产交付,并不以现实交付为限,此外还包括观念交付,即简易交付、占有改定和指示交付”。参见梁慧星、陈华彬编著:《物权法》,法律出版社2007年版,第209页。

〔6〕 参见孙宪忠:《中国民法继受潘德克顿法学:引进、衰落和复兴》,《中国社会科学》2008年第2期。

〔7〕 萨维尼认为,法律解释应该包含“文法”、“逻辑”、“历史”和“体系”四要素,但未分析诸要素间的位阶问题。参见〔德〕考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第127页。

法均有各自的重要性，它们不能形成一种固定的位阶关系。^{〔8〕}至今，各种解释规准的排位和价值，仍是民法方法论待决的问题。^{〔9〕}值得注意的是，英国比较法学者麦考密克分析了不同解释方法在各国法律制度中的实际运用情况后，提出了一种阐明各种解释方法之间优先顺序的成文法解释模式，认为在解释成文法规定时，应依照下列顺序考虑论述类型：层次Ⅰ. 语义学论述；层次Ⅱ. 体系性论述；层次Ⅲ. 目的—评价性论述。^{〔10〕}

在麦考密克的理论模式中，语义学论述具有最初的优先性，除非有更好的理由运用体系论述，层次Ⅰ优先于层次Ⅱ；同样，除非有更好的理由运用目的—评价性论述，层次Ⅱ优先于层次Ⅲ。

麦考米克的理论模式无疑提供了一个可行的分析框架。解释立场的证立是一次对话，解释对话的出发点是某人A和某人B之间关于某一特定解释的分歧。^{〔11〕}为把法律解释体现为真正的对话过程，笔者把《释义》阐述的立法解释理由转化为不同意见者之间的争议问题，具体包括：层次Ⅰ（语义学论述）：“并不排除”可否反向解释为“当然包括”？层次Ⅱ（体系性论述）：以占有改定替代交付产生了何种物权变动效果？层次Ⅲ（目的—评价性论述）：占有改定人不能善意取得的实质理由何在？这三个问题恰好是从逻辑层面、事实层面到价值层面依次递进的论述议题。下文首先从层次Ⅰ开始进行论述。

（二）法律文本的考察

法律术语不同于数理语言，往往欠缺明确界限，其可能的意蕴需要置于法律文本的整体语境中，借助法律解释方法来考察。物权法第106条第3款对所有权善意取得构成要件的立法表述为：“转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人”。如前所述，此条款中的“交付”并未明示是否包括观念交付。《释义》作者认为，该条款既然未明确排除观念交付的适用，自然意味着将其包含在内。这种解释在逻辑上似乎可以成立，却不符合传统民法的习惯表述。在传统民法理论中，观念交付非真正之交付。^{〔12〕}“通常所说的交付是指对物的实际控制即直接占有的移转，并未涵盖或完全涵盖观念交付。”^{〔13〕}在意思主义立法例中，交付的本来含义就是指移转动产上的现实和直接的支配力。^{〔14〕}相对而言，法国民法上的交付概念难以厘定。法国民法典制定者信奉“契约即等于交付”（le contract vaut tradition）的思想，在其民法典第1138条排除了任何实际交付和观念交付的必要性，交付概念也就失去了讨论的空间。^{〔15〕}在形式主义立法例中，交付的涵义则很清晰。例如，在德国物权法上，观念交付干脆被视为“交付原则的突破”，即在以观念交付实现所有权转移的情形中，只需要一个所有权让与的合意，而无须交付。^{〔16〕}因此，在大陆法系国家，无论采意思主义还是形式主义物权变动模式的立法例，大多认为“交付”即为动产直接管领力的转移，语同现实交付。

《释义》把“交付”一词的范畴扩展到了观念交付，不仅有悖通常理解，而且疏忽了一个细微却极重要的事实：作为法律拟制产物的观念交付具有交付的效力，并不等同于“交付”概念自

〔8〕 参见前引〔1〕，卡尔·拉伦茨书，第200页以下。

〔9〕 参见〔德〕罗伯特·阿列克西：《法律论证理论》，舒国滢译，中国法制出版社2002年版，第289页。

〔10〕 D. Neil MacCormick & Robert S. Summers, *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Brookfield: Dourtmouth Publishing, 1991, pp. 16-18.

〔11〕 〔荷〕伊芙琳·菲特丽丝：《法律论证原理》，张其山等译，商务印书馆2005年版，第126页。

〔12〕 谢在全：《民法物权论》，中国政法大学出版社1999年版，第100页。

〔13〕 杨震：《观念交付制度基础理论问题研究》，《中国法学》2008年第6期。

〔14〕 参见〔日〕我妻荣：《新订物权法》，有泉亨补订，罗丽译，中国法制出版社2008年版，第197页。

〔15〕 参见〔法〕弗朗索瓦·泰雷、菲利普·森勒尔：《法国财产法》，罗结珍译，中国法制出版社2008年版，第483页。

〔16〕 参见〔德〕鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》下册，申卫星等译，法律出版社2006年版，第353页。

然涵盖观念交付。原因在于，只有将“交付”一词限定为现实交付即实际控制的转移，简易交付和指示交付的概念表述在逻辑上才能成立。例如，简易交付其实就是“现实交付的简化”，如把简易交付一词中的“交付”理解为同时包含现实交付和观念交付，简易交付的定义就变成了“现实交付和观念交付的简化”，导致表述上的逻辑混乱。同样，指示交付是指“如其动产由第三人占有时，让与人得以对第三人的返还请求权让与受让人，以代交付”。^{〔17〕}显然，指示交付所替代的“交付”只能是现实交付，否则必会衍生出“自己替代自己”的悖论。

为印证前面的逻辑分析，本文接下来把“交付”一词置于物权法的特定语境中去考察。据笔者的检索，第一次在我国民事法律条文中出现“交付”概念的是1995年颁布的票据法（已于2004年被修订）。^{〔18〕}而在物权法全部247个条文中，“交付”一词总共出现了11次，其中3次出现在标题中，8次出现在7个具体条文里。此处暂且把物权法第106条搁置一旁，先分析其余条文中的“交付”概念是否包括观念交付。为便利讨论，姑且认为“交付”概念包括广义和狭义两种定义，前者为广义的交付概念，后者为狭义的交付概念。

物权法具体条款中首次出现“交付”概念，是其第23条，即“动产物权的设立和转让，自交付时发生效力，但法律另有规定的除外”。由于此条款中有但书的立法表达，只用文义解释的方法很难判断此条款中的交付概念是采广义还是狭义。如果但书所言的“法律”包括物权法第25条的简易交付、第26条的指示交付和第27条的占有改定，那么该条中的“交付”为狭义的交付；如果但书中的“法律”不含上述三个条款，则该条中的“交付”为广义的交付。因此，从文义解释的视角，物权法第23条所表述的“交付”概念可称为“内涵不确定型”。但若运用体系解释的方法，此概念的外延仍可以清晰化。在交付的各种形式中，现实交付为常态，观念交付为例外，二者是一般与特殊的关系。“法律另有规定”是例外情形，观念交付应居其中。此解释结论与另一本同样具有高度权威性的物权法释义的论点完全吻合。全国人大法制工作委员会民法室编著的《中华人民共和国物权法：条文说明、立法理由及相关规定》明确指出，“本条规定的‘法律另有规定的除外’主要指本节对动产物权的设立和转让的一些特殊情况”。^{〔19〕}由此可见，物权法第23条所言的“交付”并不涵盖观念交付。紧随第23条，物权法规定指示交付的第26条又出现“交付”概念，即“动产物权设立和转让前，第三人依法占有该动产的，负有交付义务的人可以通过转让请求第三人返还原物的权利代替交付”。如前所述，运用文义解释的逻辑方法，该条款中的“交付”应被解释为狭义的交付。因此，物权法第26条所表述的“交付”概念可称为“确定属狭义型”，以区别于第23条。

再往下，在物权法第208条、第210条、第212条和第224条的立法表述中又四次出现“交付”概念。与第23条相同，仅靠文义解释的方法，难以确定这些条款中所含的“交付”是采广义还是狭义，因而亦可归入“内涵不确定型”。可以发现，上述四个条款均出现在物权法第17章“质权”，分别规定的是动产质权（第208条、第210条和第212条）和权利质权（第224条）的物权变动规则。依通说，移转质物的占有是质权和抵押权的根本区别，动产质权和权利质权皆需以移转标的物的占有为前提，但此移转占有应否以物的现实交付或直接转移占有为限，各国规定

〔17〕 史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第40页。

〔18〕 该法第20条规定：“出票是指出票人签发票据并将其交付给收款人的票据行为。”由于票据行为的无因性，此处所言的票据交付意指现实交付。

〔19〕 全国人大法制工作委员会民法室编：《中华人民共和国物权法：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2007年版，第36页。

不尽一致。^[20]

需要注意的是，物权法第 27 条明确占有改定的适用范围为“动产物权的转让”，物权法所规定的简易交付（第 25 条）和指示交付（第 26 条）的适用范围为“动产物权的设立和转让”，第 27 条的“设立”二字被立法者刻意去除，就完全排除了以占有改定方式设立动产质权的可能。^[21]依照依体系解释的方法，这些条款中所言的“交付”纵然不能完全限定为狭义的交付，但当然不涵括占有改定。

至此，层次 I 语义学论述的结论是，物权法文本语境中的“交付”概念是一贯之的，从未涵括占有改定。《释义》把“并不排除”反面解释为“当然包括”，在逻辑层面是不能成立的。

三、体系性论述：占有改定与物权变动模式

物权法第 106 条所言“交付”，仅从语言用法本身不能获得清晰的字义，亦属“内涵不确定型”定义。在字义存在多种可能的解释时，应优先考虑与其他条文一致的解释结果，拉伦茨称之为“促成个别法律规定间事理上的一致性”。^[22]在此意义上，把物权法第 106 条所言“交付”解释为不涵盖占有改定，遵循了“事理上的一致性”，具有相当的合理性。但此解释终究是推论，未必精准，还要配合其他实质性理由，靠艰苦的法律解释工作来作出终局判断。

按照《释义》作者的阐释，在本文篇首所举案例中，既然前一个受让人乙可以通过占有改定的方式获得自行车所有权，后一个受让人丙同样可通过占有改定的方式获得自行车所有权，否则有失公允。然而，《释义》的作者存在一个法律判断上的缺漏：在该案例中，乙、丙诚然都是自行车所有权的受让人，但乙是以继受取得的方式（以甲所享有的自行车所有权为前提）取得所有权，丙是以原始取得的方式（不以甲所享有的自行车所有权为前提）取得所有权。以占有改定继受取得所有权，和以占有改定原始取得所有权，在法律效果上有何不同？对此问题的探讨需要放在物权变动模式的分析框架中，运用层次 II 的体系论述方法作出回答。^[23]

（一）占有改定与善意取得关系的学说争议

作为法律拟制产物的占有改定，通过一个占有媒介关系的约定，借助间接占有的形式，来替代现实交付。^[24]在占有改定情形下的物权变动效果是否会完全同于现实交付，对这个问题的回答需要区分意思主义和形式主义两种物权变动模式。

[20] 由于指示交付缺乏公示，允许以指示交付方式设立质权的立法例为克服一物数质时的质权冲突，大多规定质权的实现顺序取决于质权的设立顺序。参见前引 [13]，杨震文。

[21] 不允许以占有改定方式设立动产质权的理由较为复杂。倘若根据“举重以明轻”的法律解释方法，效力远胜于动产质权的所有权都可通过占有改定方式来完成移转，自不应排除以占有改定设立动产质权。其实，动产质权不能以占有改定方式设立的根本原因在于，占有改定破坏了动产质权的留置效力，不能给出质人造成心理压力以促进债务的尽早清偿。鉴于此，笔者认为指示交付和占有改定均不能成为动产质权的设立方式。但为避免模糊主题，笔者暂且认为物权法未排除以指示交付设立动产质权的可能。

[22] 前引 [1]，拉伦茨书，第 204 页。

[23] 语义学论述（semantic argument）用于证立或批评某个解释，或者标明它至少在语义上是可以承认或不可以承认的。体系论述（systematic argument）立足于法律是一个融贯体系这样的假设，表明法律规范应放在不同的法律体系结构中加以解释。显然，语义学论述的论证深度和说服力都要弱于体系论述。Neil MacCormick, *Legal Deduction, Legal Predicates and Expert Systems*, International Journal for the Semiotics of Law, Vol. V, No. 14, pp. 181-202.

[24] 占有媒介关系（Constitutum Possessorium）对于占有改定具有重要的意义，间接占有人和直接占有人之间的关系即是占有媒介关系。占有媒介关系是典型的德国抽象法律思维的产物，通过德国民法典第 868 条关于间接占有的规定，“占有的这一概念得到了扩张：占有人不一定要自己拥有对物的事实上的支配力，只要有别人为其行使这种支配力即可。”Vgl. Soergel/Mühl, Kommentar zum bürgerlichen Recht Gesetzbuch, § 868 Rn. 1, 转引自周梅：《德国法上的占有中介关系之构成要件》，《南京大学法律评论》2009 年春季号。

出让人和受让人之间可以约定占有改定以实现所有权转移，这是意思主义和形式主义物权变动模式共同遵循的基本规则。例如，德国民法典第930条规定：“所有人正在占有该物的，可以以如下方式替代交付：所有人和取得人之间就某一法律关系达成协议，而根据该法律关系，取得人取得间接占有。”日本民法典第183条规定：“代理人对自己的占有物，已经做出此后乃为本人而为占有的意思表示时，本人因此取得所有权。”二者均承认以占有媒介关系来替代交付，其区别在于，意思主义模式下的占有改定为所有权继受取得的对抗要件，形式主义模式下的占有改定为所有权继受取得的生效要件。

在两种物权变动模式下，占有改定能否导致所有权原始取得，立法态度明显不同。善意取得是所有权原始取得的重要方式。在德国民法上，占有改定不能导致善意取得。德国民法典第933条规定：“依照第930条而让与的物不属于让与人，且让与人将该物交付给取得人的，取得人成为所有人，但取得人在此时非为善意的除外。”德国民法第933条的规定“遵循的是第932条以下的基本思想，即取得人的占有状态是纯粹的，占有人的任何一种占有都必须被排除。所以，在取得人与出让人的关系上，出让人的占有所造就的权利外观必须导致的是取得人的单独占有。换句话说，为了实现权利的取得，取得利益必须通过对取得人的占有状态的确定而得到加强”。〔25〕善意取得须以取得人的“单独占有”为前提，排除了间接占有的存在，其实就是否定了以占有改定来实现善意取得。例如，甲有一把笛子，由乙保管，乙擅自把它出让给善意的丙，乙谎称要参加演出会，而与丙订立租赁合同，使丙取得间接占有，以代交付。在此情形下，丙不能取得笛子的所有权，只有待乙把笛子实际交付给丙，而丙在接受交付时是善意的，才能取得所有权。〔26〕

在日本民法上，占有改定和善意取得的关系向来争议颇大。〔27〕作为即时取得构成要件的占有是否包括间接占有，日本民法典第192条语焉未详。日本早期的判例认为，“从无权利人处受让动产时，受让人为能够依据民法第192条取得该所有权，一般需有使以往占有状态发生变更的外观上的占有取得，而未给该状态带来一般外观上变化的依所谓占有改定的取得是不够的。”〔28〕但判例上的见解其后被不断质疑和修正，进而在日本学说中产生以下几种代表性观点：

1. 否定说。该说认为占有改定乃是一种最不确切的占有转移方式，以此承认善意取得而剥夺原权利人的权利，“纵谓为维护交易安全，但对原权利人未免过酷而欠缺妥当性”。〔29〕还有学者认为，作为对抗要件的交付和作为权利取得要件的占有应分开考虑，没有带来外观变化的占有改定不能满足即时取得的要件。〔30〕依否定说，本文篇首所举案例中的丙不能通过善意取得的方式原始取得自行车的所有权。

2. 肯定说。“在近代法中，只要设立即时取得，且存在对相对人的占有的信赖，就不应区分取得者一方的占有。”〔31〕换言之，肯定说认为，善意取得制度旨在保护交易安全，现实交付和观念交付均应成立善意取得。依肯定说，只要出于对甲占有事实的信赖，不管丙是否实际占有自行车，均可善意取得自行车的所有权。

〔25〕前引〔16〕，鲍尔/施蒂尔纳书，第404页。

〔26〕王泽鉴：《用益物权：占有》，中国政法大学出版社2001年版，第262页。

〔27〕日本民法仿法国民法，将“善意取得”称为“即时取得”，但却把即时取得制度放在“占有权”一章中予以规定。

〔28〕大审院大正5年16日判决，载《民事判决录》第22辑，第961页。转引自〔日〕近江幸治：《民法讲义Ⅱ：物权法》，王茵译，北京大学出版社2006年版，第118页。

〔29〕〔日〕舟桥淳一：《物权法（法律学全集）》，有斐阁1964年版，第246页。转引自刘得宽：《民法诸问题与新展望》，中国政法大学出版社2002年版，第371页。

〔30〕前引〔28〕，近江幸治书，第117页。

〔31〕前引〔14〕，我妻荣书，第232页。

3. 折衷说。该说虽然主张占有改定可以实现善意取得,但有一个条件,即观念交付须转化为现实交付。日本民法学宗师我妻荣最初赞同肯定说,后来在其著述中修正自己的观点,为折衷说的代表。我妻荣认为,占有改定中的受让人能够善意取得,“但在获得现实交付之前,该所有权的取得尚不是确定的”。〔32〕依折衷说,本案中的乙与丙,谁先实际占有自行车,谁就享有自行车的所有权;在乙、丙皆未实际占有自行车前,自行车的所有权推定为丙享有。

4. 共同分担损失说。该说认为,折衷说会导致“先下手为强”的不公平现象,故应在占有改定人之间平摊损失。〔33〕依此观点,本案中乙、丙之间按实际占有的先后确定自行车所有权的归属,但所有权人应承担其他占有改定人的一半损失。

由此观之,日本学说上争议颇大。在四种代表性学说中,共同分担损失说在刻意追求公平的同时,却失之浪漫。在出现多个占有改定人的情形,损失的认定极为困难,损失的分担难以实现,所以该说从未成为通说。折衷说看似为对肯定说的修正,但此说仍以现实交付(实际占有)为所有权归属的最终判断标准,其实更接近否定说,理应称作“有条件的否定说”。〔34〕总之,在占有改定的善意取得效果上,德国民法持否定说,日本民法则在肯定说和否定说之间摇摆。

(二) 意思主义模式的结构矛盾

日本学说的争议能够引发以下思考:占有改定和即时取得(善意取得)的关系,为何在日本会成为长期争议的问题?是立法偶然为之,还是存在某种不被人们察觉的必然性?笔者思考后的答案是,争议的根源仍在于日本民法所遵循的意思主义物权变动模式。在意思主义模式下,以占有改定的方式移转所有权,交易中受让人和第三人的信赖利益都不能得到充足的保护,法益衡量常顾此失彼,徒增学者的困扰。

我国学者没有严格区分物权的公示原则和公信原则,往往将其统称为物权的公示公信原则。其实,公示原则和公信原则的法律属性和制度机能并不相同。公示原则系指物权变动之际,必须以一定的公示方法表现物权变动内容,始能发生一定法律效果;公信原则系指依公示方法所表现的物权纵使不存在或者内容有异,对于信赖此项公示方法所表示的物权而为交易的第三人,法律仍承认其具有与真实物权存在之相同法律效果。〔35〕公示原则和公信原则均在保护交易主体的信赖利益,但是“前者指的是受让人对自己受领交付或取得占有的信赖,后者指的是受让人对出让人占有的信赖,二者不可混淆”。〔36〕在笔者看来,公示力体现为对交易关系内部主体的保护力,受让人得以对抗出让人和第三人,以实现财产动的安全;公信力体现为对交易关系外部主体的保护力,谋求保护让第三人信赖的权利表征,第三人得以对抗真实的所有权人,以实现财产静的安全。就动产交付而言,一方面,交付具有发生物权变动的机能,本身即产生公示力;另一方面,交付具有保护善意第三人的机能,对信赖公示而从事交易的第三人产生公信力。

虽然在动产物权变动的过程中公示力和公信力如影随形,但在适用各种规则时却存在配置方式的明显差异。在形式主义模式下,交付为动产物权变动的生效要件,对于物权变动具有决定性意义,当事人一旦完成动产交付,物权变动随之完成。形式主义模式下的交付体现为“强公示力—强公信力”的法律构造。“强公示力”意味着,一个已经受领的交付使得物权合意具有不可撤

〔32〕 前引〔14〕,我妻荣书,第233页以下。

〔33〕 [日]谷口知平、加藤一郎编:《新版·民法演习Ⅱ》,有斐阁1979年版,第98页。

〔34〕 近江幸治总结了否定说和折衷说的不同:其一,否定说认为占有改定人在现实交付时应为善意,而折衷说认为其在占有改定时应为善意,交付时为恶意不影响善意取得;其二,在发生双重占有改定时,否定说认为所有权由原权利人享有,折衷说认为所有权处于不确定的状态。参见前引〔28〕,近江幸治书,第118页。

〔35〕 前引〔12〕,谢在全书,第56页以下。

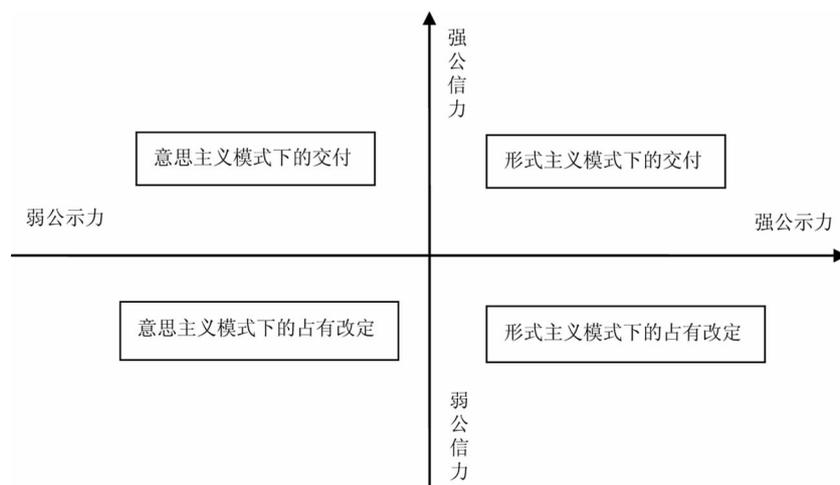
〔36〕 汪志刚:《动产善意取得的法理基础》,《法学研究》2009年第3期。

销性。例如，A卖给B一台电脑，在电脑交付之前，如果A作出拒绝移转电脑所有权的意思表示，则B不得成为电脑的所有权人。但在交付电脑之后，即使A作出撤销物权变动的意思表示，也不影响B成为电脑的所有权人。“强公信力”意味着，不管A能否撤销物权变动的意思表示，只要A把电脑交付给B，B又将其转让给C，而C对B占有电脑的权利外观产生信赖，则无论B是否为真实权利人，均不影响C成为电脑的所有权人。一言以蔽之，在形式主义模式下，交付就是“硬道理”。

在形式主义模式下，占有改定的物权变动效果与交付稍有不同。一方面，作为替代交付的占有改定能产生与交付相同的公示力，占有改定一旦完成，物权合意即具有不可撤销性。例如，A卖给B一台电脑，并约定以占有改定方式移转所有权，占有改定一旦成立，即使A作出撤销物权变动的意思表示，也不影响B成为电脑的所有权人。但是，占有改定的权利外观和权利真实状况不一致，占有改定的公信力变弱甚至消失，对第三人信赖的保护无从谈起。因此，形式主义模式下的占有改定体现为“强公示力—弱公信力”的法律构造。

在意思主义模式下，交付为物权变动的对抗要件，对物权变动具有决定性意义的是债权合意而非交付行为，原因行为一旦无效或被撤销，交付也就失去了物权变动的效力。意思主义模式下的交付可看作一种“弱公示力—强公信力”的法律构造。“弱公示力”意味着，一个已经受领的交付也不能决定物权是否变动。例如，A将电脑卖给B并已实际交付后，如果合同被撤销、解除或宣告无效，则电脑的所有权复归于A。^{〔37〕}意思主义模式下交付的公示效力较低，公信力却并不显弱。例如，在日本民法上，买卖合同被撤销或解除后，动产所有权复归于出让人，但如果出让人没有从受让人处接受交付，则不得对抗善意第三人。^{〔38〕}而意思主义模式下的占有改定，公示力原本就不强，再加上先天性的弱公信力，最终使得意思主义模式下的占有改定成为“弱公示力—弱公信力”的法律构造。

至此，笔者把公示力和公信力的强弱变化区分为四个维度，以物权变动模式和具体物权变动方式为两组范畴，绘出如下的物权变动效果图。



可见，正因为意思主义物权变动模式下的占有改定具有公示力与公信力皆弱的先天性缺陷，会导致受让人和第三人利益处于颠簸状态，因而必将引发占有改定和善意取得的关系问题。

〔37〕 合同解除的法律效果在日本民法上存在争议，有直接效果说、物权效果说和债权效果说三种观点。判例和通说均认为，解除的效果是合同的溯及性消灭，已经完成的物权变动当然溯及性恢复。前引〔28〕，近江幸治书，第76页。

〔38〕 前引〔14〕，我妻荣书，第195页。

(三) 具体交易情形中的法效果考察

为详细讨论物权变动模式对占有改定法律效果的影响，让我们回到篇首的案例中，假设甲又将自行车以占有改定方式出售于丙后，现实交付随之发生变化，则在意思主义和形式主义模式中，会产生不同的物权变动效果：

假设情形 1. 丙占有改定后，甲将自行车实际交付给乙

(1) 形式主义模式坚持物权变动的独立性原则，交付是单独的物权合意，意味着乙由于甲的交付行为而享有自行车的所有权，丙不能对乙主张物上请求权。

(2) 在债权意思主义模式下，当事人的合意同时发生债权生效和物权变动的双重效果，物权行为被债权行为吸收。甲与乙、甲与丙的合意导致乙、丙均获得自行车的所有权，但由于甲对乙的交付产生对抗效力，乙获得完全的所有权。

假设情形 2. 丙占有改定后，甲将自行车实际交付给丙

(1) 在物权形式主义模式下，发生两次所有权转移。乙继受取得所有权后，甲对丙的转让为无权处分，丙由于甲的交付行为而原始取得自行车的所有权。

(2) 在债权意思主义模式下，由于甲与乙、丙之间的合意均生效，发生两次所有权转移，甲对丙的交付具有对抗效力，丙获得完全所有权，乙不能对丙主张物上请求权。

假设情形 3. 丙占有改定后，甲继续保持对自行车的实际占有，未设定新占有改定人

(1) 在物权形式主义模式下，自行车所有权发生一次转移。甲通过占有改定方式将自行车所有权移转给乙；甲、丙之间未为现实交付，丙不具有原始取得的请求权基础，不能对乙主张物上请求权。

(2) 在债权意思主义模式下，自行车所有权发生两次转移。甲与乙、丙之间的合意均生效，但由于未为交付，乙、丙获得不完全的所有权，二者之间的权属争议持续存在。

假设情形 4. 丙占有改定后，甲继续保持对自行车的实际占有，并设定新占有改定人丁

(1) 在物权形式主义模式下，自行车所有权发生一次转移。甲对乙的转让为有权处分，乙继受取得自行车所有权；此后甲对丙、丁的处分皆为无权处分，由于未为现实交付，丙、丁不能原始取得自行车所有权，不能主张物上请求权。

(2) 在债权意思主义模式下，自行车所有权发生三次转移。在所有权移转过程中，乙、丙、丁均不能借助交付而拥有对抗力，三者的所有权均不完全，权属争议必然存在。

假设情形 5. 丙占有改定后，甲将自行车实际交付给丁

(1) 在物权形式主义模式下，发生两次所有权转移。乙首先继受取得自行车所有权；甲、丙之间的转让为无权处分，因未为交付行为，丙不能取得自行车所有权；甲对丁的转让行为同样为无权处分，但丁因甲的交付行为原始取得自行车的所有权。

(2) 在债权意思主义模式下，发生三次所有权转移。甲与乙、丙、丁之间的合意形成后，不管是否存在交付行为，自行车的所有权均发生转移。丁因甲的交付行为而得以对抗乙、丙，从而享有完全所有权。

分析后可以发现，假设情形 1、2 中，两种模式下物权变动的法律效果完全相同。在假设情形 3、4 中，形式主义模式通过一次物权变动就明确了所有权的归属，而意思主义模式发生了多次物权变动，并且所有权归属仍不明确，导致物权冲突持续存在。在假设情形 5 中，两种模式下物权变动的最终效果相同，但形式主义模式通过两次物权变动即可完成，意思主义模式需要三次物权变动方可完成，且在前两次物权变动时，所有权的最终归属一直属于悬空状态。

(四) 小结

层次 II 体系论述的结论是，占有改定、简易交付和指示交付等观念交付形式，完全是以一个

纯粹的物权合意发生物权变动，与债权意思主义模式本身就是格格不入的。在意思主义模式下，由于不承认物权行为的独立性，占有改定是一种债权合意，只能通过赋予当事人在合同中特别约定的权利来实现，导致占有改定的公示力和公信力均积弱难返，交易中受让人和第三人的信赖利益始终危若累卵，易陷入所有权权属争议的泥潭。物权形式主义模式下以占有改定方式发生的物权变动，固然存在弱公信力的弊病，但只要坚持善意取得须以现实交付为要件，就能简化交易关系，起到定分止争的作用。

我国物权法所确立的物权变动模式，当下仍是一个极富争议的问题，存在“债权形式主义说”和“物权形式主义说”的分歧。^{〔39〕}如认为物权法采纳了债权形式主义模式，当事人之间以占有改定方式移转所有权的约定是一种债权合意；反之，如认为物权法采纳了物权形式主义模式，当事人之间以占有改定方式移转所有权的约定则是一种物权合意。两厢比较，就占有改定的法律效果而言，“物权形式主义说”更具说服力。债权形式主义模式下，动产物权变动要遵循“债权合意+交付”的生效要件，而观念交付属于非真正的交付，是占有的观念的移转。但是，“在债权形式主义物权变动模式下，观念交付是没有理论依据的”。^{〔40〕}

债权形式主义意图折衷债权意思主义和物权形式主义两种模式，但在占有改定情形下，暴露出折衷之道的脆弱性。例如，双方当事人签订买卖十吨钢材的合同，在合同约定的履行期到来时，由于买受人尚不具备储运钢材的能力，就与出卖人约定以占有改定方式替代交付。由于此时不存在动产的交付行为，债权形式主义被逼到了墙角。一旦否认占有改定是物权合意，就意味着承认出让人与受让人有两个债权合意（买卖合同和占有改定），进而承认物权变动是依债权合意发生，横亘在形式主义和意思主义之间的楚河汉界荡然无存，物权法第15条所确立的物权关系和原因关系区分原则也无从适用。因此，观念交付就是一个没有外观表征的纯粹的物权合意，有别于作为负担行为的债权合意。

总之，一个重要的事实是，占有改定和善意取得的关系与物权变动模式须臾不可分。随着我国民法对形式主义模式的确立，日本民法关于占有改定与善意取得的学说争议也就失去了“中国意义”，我们只能在中国物权法的意义脉络中继续追寻自己的答案。

四、目的—评价性论述：占有改定人为何不能善意取得

观念交付为我国民事法律制度所承认，发轫于民法通则第72条所保留的抽象的合法性空间，并由合同法第133条、第140条对其合法性空间予以补强，最终在物权法中得到全面系统地确立。如果把合同法在1999年的颁布施行视为观念交付制度步入实定法范畴的时间原点，那么迄今已有十年之久，但在实际生活中，以占有改定方式移转所有权却并非交易的常态。笔者详细查阅了自1999年10月至2009年5月的《最高人民法院公报》，《公报》所公布的典型案例中尚未发现当事人以占有改定方式移转所有权的民事案例。此外，笔者检索了北大法意、北大法宝等案例数据库，在最高人民法院审理的案件中，因占有改定移转所有权导致的争议很少，最近的一起典型案例发生在2000年，即“青岛润生祥贸易有限公司诉英国环球（铝业）有限公司、达利丰

〔39〕 持“债权形式主义说”的代表观点，参见前引〔5〕，梁慧星、陈华彬编著书，第209页。持“物权形式主义说”的代表观点，参见孙宪忠：《中国民法继受潘德克顿法学：引进、衰落和复兴》，《中国社会科学》2008年第2期；葛云松：《物权行为：传说中的不死鸟》，《华东政法学院学报》2007年第6期。

〔40〕 前引〔13〕，杨震文。

集团有限公司确权纠纷案”。〔41〕

在日常社会生活中，以占有改定方式移转所有权的情形同样不多。个中原因不难理解，“十鸟在林，不如一鸟在手”或“不见兔子不撒鹰”的传统观念，让与担保制度的阙如，都会妨碍占有改定制度功能的发挥。〔42〕最能感知市场风险的恰恰就是市场中的交易者。占有改定成为交易异态，不能就此轻率得出该制度失去存在价值的结论，但至少表明此制度存在当事人难以消弭的风险。更为重要的是，一旦允许依占有改定成立善意取得，交易风险将被恶性放大，而这正是占有改定人不能善意取得的实质理由。

（一）占有改定与善意取得在制度机能上的对立冲突

几乎所有的民法教科书都写到，善意取得制度的法律机能在于保护交易安全。在讨论占有改定与善意取得的关系时，这个结论并不圆满。占有改定制度意味着，交易双方可以通过法律所认可的关于所有权移转的特别约定，来产生法定的物权变动效果，进而提高交易效率；善意取得制度意味着，交易双方可以通过信赖法律所认可的事实外观，来产生法定的物权变动效果，进而保障交易安全。于是问题产生了，效率与安全，可否兼得？

本文的观点是，追求效率的占有改定和追求安全的善意取得，在制度机能上是矛盾冲突的，二者并不相容。在占有改定的情形，物权变动没有外观表征，便利了占有改定人，却牺牲了第三人的合理信赖，套用我妻荣先生的话，是“欺骗了一般债权人的信赖”。而善意取得制度的正当性在于，“只要存在使取得人信赖合理化的占有状态，他就可以从无权利人处获得权利”。〔43〕在善意取得的情形，法律把对第三人合理信赖的保护置于首位，与占有改定的制度机能宛如阴阳之隔。法律如果允许占有改定人亦为善意取得人，会出现有悖社会情理的事实：信赖利益的被保护者（善意取得人），竟又同时扮演着信赖利益破坏者（占有改定人）的角色。法律不允许占有改定人亦为善意取得人，其实蕴含着一条朴素的生活哲理：信赖别人和让别人信赖，其实一样重要。

善意取得以限制并排除当事人的约定为规则前提，它依靠公信力来切断前手交易的瑕疵，因此只能产生原始取得的法律效果。与此相反，占有改定以扩展当事人的约定为规则前提，当事人之间约定的法律效果等同于物权变动法定形式，因此它只能产生继受取得的法律效果。换言之，善意取得制度对交易安全的保护是有条件的，即善意取得人不能是占有改定人。如果以占有改定方式善意取得，还会产生一个无法调和的矛盾：此时的物权变动到底是基于法定原因发生还是基于法律行为发生？例如，在“青岛润生祥贸易有限公司诉英国环球（铝业）有限公司、达利丰集团有限公司确权纠纷案”中，一旦达利丰公司约定仓单项下货物所有权移转给润生祥公司，〔44〕其再将货物出售给环球公司就构成无权处分。环球公司欲享有货物所有权，只能基于作为法定原

〔41〕 该案讼争焦点在于同一货物的双重买卖问题。达利丰公司在与润生祥公司约定仓单项下货物所有权归润生祥公司后，又与环球公司签订买卖合同和回购协议书，通过两份买卖合同达到短期融资的目的。法院判决认为，“由于达利丰公司在将讼争货物出卖给环球公司之前已经约定货物的所有权转移给润生祥公司，则达利丰公司丧失了货物的所有权，不能再对货物进行处分。由于达利丰公司不能处分讼争货物，则环球公司也无法取得货物的所有权，达利丰公司与环球公司签订的买卖合同无效。在环球公司与达利丰公司签订买卖合同时，润生祥公司已经提起诉讼，查封了讼争货物，环球公司没有尽到谨慎的注意义务，环球公司也就不能受到善意取得的保护。”参见最高人民法院民事判决书（2000）经终字第163号。

〔42〕 如我妻荣先生所言，“让与担保是一种没有被民法从正面上认可的制度，即它是一条小道。因此那里存在着许多风险。”参见〔日〕我妻荣：《新订担保物权法》，申政武、封涛、郑芙蓉译，中国法制出版社2008年版，第544页。我国物权法没有规定让与担保制度。让与担保制度一旦确立，将使法律生活中出现占有改定的情形大增。

〔43〕 前引〔16〕，鲍尔/施蒂尔纳书，第394页。

〔44〕 此案中，移转所有权的方式具有双重特殊性，既是观念交付（相对现实交付而言），又是拟制交付（相对实物交付而言）。

因的善意取得制度，而不能基于达利丰公司与环球公司之间的约定。^{〔45〕}达利丰公司与环球公司的关于所有权移转的约定不能产生物权变动的法律效力。“在这里，法律认为关于占有改定的约定是无意义的。”^{〔46〕}简言之，当事人之间包含占有改定的物权合意，只能在传来取得的情形中方可产生效力，在善意取得的情形中则不生效力。

此理由同样解释了篇首案例中的丙为何不能取得自行车所有权。由于甲为无权处分人，因而丙不能基于其与甲之间的法律行为（物权合意）取得自行车的所有权，而只能基于法律的特别规定（依物权法第106条）取得自行车的所有权。甲与丙之间形成的关于占有改定的物权合意已经完全被法定原因所吸收，失去了法律效力。

总之，占有改定的成立，意味着约定排除法定，当事人的意思自治被充分实现；善意取得的成立，意味着法定排除约定，当事人的意思自治被彻底消灭，二者在法理上如水火般不相容，彼此就是天生的反对派。皮之不存，毛将焉附？当事人之间关于所有权移转的约定本已不生效力，关于所有权移转具体方式的约定岂能仍生效力？遗憾的是，这个未被日本民法学者们注意到的重要问题，同样也被《释义》的作者所忽略。

（二）占有重叠所产生的“坏的风险”

1. 何谓“坏的风险”

“法律是一种激励机制，它通过责任的配置和赔偿规则的实施，内部化个人行为的外部成本，诱导个人选择社会最优的行为。”^{〔47〕}换言之，法律永远不可能消除交易风险，但法律应努力遏制会导致社会成本增加的交易风险。由此，交易风险可分为两大类，一类是不会导致社会成本增加的风险，一类是会导致社会成本增加的风险。姑且将前者称作“好的风险”，以说明它不会激励当事人恶意增加社会成本；将后者称作“坏的风险”，以说明它会激励当事人恶意增加社会成本。交易中典型的“好的风险”是标的物的意外灭失，不管采日本民法的债务人主义、传统民法的所有人主义还是我国民法的交付主义，风险成本的总量恒定，一般不会因为风险负担原则的差异而导致社会成本的增加。交易中典型的“坏的风险”是标的物的物权主体不明，它使得交易秩序处于不稳定状态，没有交易主体能从中受益，个人行为的外部成本全部由社会承担，必会导致社会成本的增加。^{〔48〕}“坏的风险”既破坏了公平，又降低了效率。

占有改定不能善意取得，根源就在于它将会产生“坏的风险”，不能诱导个人选择社会最优的行为。“在不移转占有而承认善意取得的情况下，一方面使得借善意取得制度促成权利和占有复合的作用无法产生，而无权处分的‘恶行’可能层出不穷；另一方面可能使不知情的所有人因为不知情而无法请求法律保护。”^{〔49〕}

2. 何谓“占有重叠”

一旦当事人可以依占有改定实现善意取得，就会导致“占有重叠”现象的产生。本文所称占有重叠，是指在一个标的物上存在若干个间接占有人，而且每个间接占有人都是以所有为意思的自主占有人。例如，篇首案例中的丙如能依占有改定实现善意取得，就会在自行车上成立一个他

〔45〕 参见最高人民法院民事判决书（2000）经终字第163号。该判决书可圈之处在于以善意取得来决定货物所有权的归属，其错误在于没有区分债权合同效力与物权处分效力，以无权处分为由宣告合同无效。不过，如果考虑到此案的审理发生在距离物权法颁布施行还很遥远的2000年，彼时大多数民法学者对物权行为理论的认识尚停留在基尔克“手套”比喻的阶段，也就能充分理解为什么最高人民法院的法官会误用合同法第51条。

〔46〕 前引〔16〕，鲍尔/施蒂尔纳书，第403页。

〔47〕 张维迎：《信息、信任与法律》，三联书店2003年版，第63页。

〔48〕 例如，由于海域在历史上长期被视为公物，造成用海活动中酷渔滥捕、随意圈占、养殖与其他行业争海的混乱局面，出现“公共海悲剧”，所有用海者都是受害者。

〔49〕 苏永钦：《动产善意取得若干问题》，载其《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2004年版，第183页。

主占有的直接占有人甲、两个自主占有的间接占有人乙与丙。

考察我国法律实践，间接占有关系的发生可能是基于租赁合同、^[50]保管修理合同、^[51]委托运输合同^[52]等债权合同关系；也可能是基于质押、让与担保等物权合同关系；^[53]还可能是基于物的不可分性，^[54]或者是受让人暂时难以受领标的物。^[55]在以占有改定继受取得所有权的情形下，存在一个直接占有人和一个间接占有人，不会导致占有重叠现象的发生。如果出让人一物二卖，第三人受到善意取得制度的保护，占有改定的受让人完全承担了此时产生的交易风险。在以占有改定原始取得所有权的情形下，则会发生占有重叠，形成一个直接占有人和若干个间接占有人，产生不必要的交易风险。

3. “占有重叠”如何产生“坏的风险”

以假设情形4为例。假设甲设立占有改定人丁，如依占有改定可以善意取得，则会同时出现乙、丙、丁三个间接占有人。^[56]

此时可能出现概率极低但不能排除的情形，即乙、丙同时又将标的物指示交付给他人，产生新的占有改定人。一石击水，涟漪不断，占有重叠的怪圈不断扩大。吊诡的是，在丙、丁依次善意取得自行车所有权后，纵然乙幡然顿悟从甲手中实际占有自行车，在债权意思主义模式和债权形式主义模式下，甲、乙之间的交付行为仍然可能因原因关系的瑕疵被宣告无效或被撤销。在此情形下，懊丧的乙也许会效仿甲，赶紧再找一个善意受让人戊把自行车卖出去……如此循环，无穷尽也。换言之，如果承认占有改定能适用善意取得，在理论上就意味着，甲只需保持对自行车的实际占有，就可随意设定N个占有改定人，随之出现N次物权变动，使N-1个受让人在毫不知情的情形下丧失自行车的所有权。反过来，如果不承认占有改定能适用善意取得，除非丙实际占有该自行车，否则他将不能获得自行车的所有权，占有重叠不会发生。在此情形下，恶意设定占有改定的可能性被杜绝，不必要的交易风险被遏制。

现实交付是交易常态，占有改定是交易异态。以占有改定继受取得标的物所有权时，出让人承担标的物意外灭失的风险，受让人承担“一物二卖”的风险，正常交易风险在当事人之间合理分担，不会制造出“坏的风险”，此时的交易异态并没有严重偏离交易常态，由此造成的外部信赖完全可以借助善意取得制度来保护。善意取得一旦发生，权利外观和真实权利相背离的状况立即终结，交易复归常态。与此相反，以占有改定方式原始取得所有权时，善意取得人一方面因信赖作为权利外观的占有而获得保护，另一方面又使得权利外观和真实权利相背离的状况持续存

[50] 在“梁结贞诉张学武财产损害赔偿纠纷”案中，双方当事人以机器设备抵债，同时又新签一份机器设备租赁合同，即为以占有改定方式移转所有权的典型情形。参见佛山市中级人民法院民事判决书，（2004）佛中法民一终字第272号。

[51] 在“温州蓝捷公司诉青岛金驰公司船舶买卖建造、修理、改建和拆解合同纠纷案”中，出卖人与两位买受人分别签订《船舶买卖合同》后，继续实际占有出让船舶并进行修理，后买受人因合同中的占有改定条款而获得船舶所有权。参见青岛海事法院民事判决书，（2003）青海法海商初字第214号。

[52] 在“敖成公司诉顺发公司买卖合同纠纷案”中，买受人在工厂提货后，又委托出卖人代办托运，双方以占有改定方式移转货物所有权。参见武汉市中级人民法院判决书，（2003）武经初字第329号。

[53] 在“青岛润生祥贸易有限公司诉英国环球（铝业）有限公司、达利丰集团有限公司确权纠纷案”中，达利丰公司与润生祥公司签订质押协议，明确仓单项下货物的所有权归润生祥公司，但质押给达利丰公司，润生祥公司取得达利丰公司的融资人民币1500万元。参见最高人民法院民事判决书（2000）经终字第163号。

[54] 在“仙霞别墅业主管理委员会诉上海市房屋土地管理局行政诉讼案”中，小区门卫室无法单独获得房屋所有权证，开发商在出售别墅住宅后又受业主委托进行物业管理而继续占有、使用系争门卫室，构成占有改定。参见上海市长宁区人民法院行政判决书，（1997）长行初字第20号。

[55] 在日常生活中经常出现这样的情形，消费者到商场购买某特定商品后，约定择日取货。

[56] 鲍尔和施蒂尔纳揶揄此为直接占有人在玩“一仆二主”的游戏。根据德国最高法院的裁判，在有两个占有改定人的情形，存在两个占有媒介关系，有两个间接占有人。参见前引[16]，鲍尔/施蒂尔纳书，第411页。

在,由此制造出“坏的风险”,导致真实权利人、善意取得人和潜在交易主体的利益都处于不稳定状态,并为此付出高昂的社会成本。

本文提出的“占有重叠会导致坏的风险”理论,亦可解释德国物权法理论上的一道难题,即德国民法典第933条和第934条之间的矛盾冲突。依据第933条,占有改定人不能善意取得;依据第934条,法律却允许用指示交付方式善意取得。围绕该问题的学说争议,自1968年德国“铣床案”发生后,延宕至今。德国学者主张,“化解这一矛盾的最佳思路,在于以德国民法典第933条为准而对第934条第1种情形进行矫正,亦即在通过返还请求权而转让的情形,使对取得人为物之交付作为善意取得的构成要件”。^[57]问题在于,同属观念交付,占有改定和指示交付为何具有不同的法效果?德国物权法学者鲍尔和施蒂尔纳的答案是:“法律关注的是出让人完全地丧失占有,在第934条的第1种情况是这样,而在第933条中却不是这样。”^[58]本文的论述印证了鲍尔和施蒂尔纳的观点。在占有改定的情形,出让人未丧失占有,可能会因占有重叠产生“坏的风险”;在指示交付的情形,出让人丧失占有,不会发生占有重叠,进而避免了无权处分“恶行”的层出不穷。

让我们再次思考篇首案例。一旦允许丙作为占有改定人善意取得自行车,首先会对乙不公。甲是有权处分给乙,无权处分给丙,乙无过错而丙有过错(未充分查明甲此时为无权处分人),丙却从乙手中夺走了自行车。其次,如果允许丙原始取得自行车所有权,对第三人不公平,即对其他占有改定人丁、戊、戊不公平。大家都是占有改定人,为何唯独丙可以取得?最后,如果允许丙原始取得自行车所有权,最大的问题是激励甲的“恶行”,制造出本文中所述的“坏的风险”。总之,排除占有改定人能善意取得,就意味着每一个占有改定人都要查明出让人是否为有权处分。一旦出让人为无权处分,占有改定人就得不到保护。换言之,法律苛以占有改定人更高的注意义务,对其保护力度逊于实际交付人。这就是为什么占有改定可以继受取得而不可以原始取得的重要原因。

综上所述,物权法第106条所言之“交付”应为目的论限缩解释,不能涵括占有改定,占有改定人不能善意取得。

五、余 论

三十年前,台湾民法学者刘得宽教授探讨占有改定与善意取得关系的论文,在中国大陆曾被大量“印刷”,遍及诸地。^[59]日本民法上的相关学说也因此被中国大陆学者所熟知。遗憾的是,在其后的漫长岁月里,鲜见对此问题的进一步探讨。从肯定说到否定说,再到折衷说,日本民法学者几乎已经言说了所有可能的理论选择,留给中国学者的似乎是一道只需打勾的选择题。然而,本文的研究表明,日本民法的学说之争不过是债权意思主义语境中的产物。随着中国物权法规定区分原则以建立形式主义的物权变动模式,如果简单套用意思主义模式的某种学说,在讨论之初就犯了一个逻辑起点的错误。相反,如果我们不再寻找“日本问题”的“中国答案”,把占有改定和善意取得的关系置于中国物权法的意义脉络中去考察,就会发现物权法第106条所言“交付”应作目的论限缩解释。如若不然,法律将激励出“坏的”交易风险,与该条款追求交易安全的价值取向南辕北辙。

[57] [德]托马斯·吕福纳:《间接占有与善意取得》,张双根译,载张双根主编:《中德私法研究》2006年第2卷,北京大学出版社2007年版,第51页。

[58] 前引[16],鲍尔/施蒂尔纳书,第408页。

[59] 参见刘得宽:《民法诸问题与新展望》,中国政法大学出版社2002年版,中国大陆再版序。

对于许多习惯了宏大叙事的研究者而言，本文的研究也许过于琐碎。笔者想借用黄卉女士的一个比喻为自己辩护：成文法律多数时候是一架有年头的、新旧设备齐全但配置不一定合理的相机，只有“傻瓜相机”经验的使用者不一定能照出清晰的照片。^{〔60〕}无论怎样的式样和品质，任何一部法律相机都价值不菲，如果使用中出了问题，别轻易嚷着弃之另购，而应查明是不是操作出了问题。施行不久的物权法也许是一架最新款式的法律相机，刻上“中国制造”，零部件却大部分为进口。令人困顿的是，分明是德式设备，生产厂家却常常配以日式或美式的产品说明书，这对广大使用者而言，不啻为难上加难。要想照出优美的法律图景相片，除了提高摄影者技艺，还应不断修订操作手册，使相机的配置更为合理。本文以期提醒物权法暨未来民法典的生产厂家们：世界上可能找不到最好的法律相机，但永远有最适合自己的操作手册。

Abstract: The relationship between constructive delivery and good faith acquisition is a puzzle which should be argued according to the mode of statute law interpretation, thus challenges scholars' ability of abstraction and reasonable judgment. Where a thing alienated by way of constructive delivery does not belong to the alienor, can the acquirer in good faith become the owner? No answer can be found directly in Chinese Property Law, so the analysis has to proceed in semantic, systematic and teleological approach.

In semantic argument, the legal term “delivery” in Article 23 and 26 of Chinese Property Law is confined to actual delivery. Although the definition of “delivery” after Article 208 of Chinese Property Law is ambiguous, we can also sure that it cannot be interpreted as constructive delivery according to systematic interpretation. Therefore, in the context of Chinese Property Law, generally speaking, the legal term “delivery” can not be interpreted as constructive delivery.

From the view of systematic argument, the relationship between constructive delivery and good faith acquisition depends on the mode of how to transfer the ownership of a movable. Under the mode of transfer of a movable according to obligations, the effects of public notification and public trust of constructive delivery are both very limited, thus the reliance interests of the acquirer and third parties are in peril. Under the mode of transfer of a movable according to property right contract, although the public trust of constructive delivery is limited, trade relationships can also be simplified so long as actual delivery is the pre-condition of good faith acquisition.

As a technologically legal mechanism, constructive delivery has different legal effect compared to actual delivery. Only in the condition of derivative acquisition can the property right contract of constructive delivery take effect, whereas in the condition of good faith acquisition, it cannot. In other words, constructive delivery is incompatible with good faith acquisition. To fill up the gap in the statute law, Article 106 of Chinese Property Law should be restrictively interpreted in teleological argument, otherwise “bad risk”, which is far from the aim of this article, would be induced by law.

Key Words: constructive delivery, good faith acquisition, transfer of the ownership of a movable, restrictive interpretation

〔60〕 黄卉：《一切意外都源于“各就各位”：从立法主义到法律适用主义》，《读书》2008年第11期。