

基于指示交付的动产所有权移转

——兼评《中华人民共和国物权法》第26条

庄加园*

内容提要：我国物权法第26条规定了指示交付的方式，通过转让基于占有媒介关系的原物返还请求权，使出让人无须占有媒介人的同意和协助，就能移转动产的所有权，更无须将第三人的占有限于“依法”占有。出让人是否通知占有媒介人，并非动产所有权移转的要件，而只是设立动产质权的前提，并在债法领域发挥保护债务人的作用。为使无占有的出让人也能同其他占有人一样移转其动产所有权，以满足合理的交易需求，建议借鉴德国通说，允许当事人仅根据其合意来移转所有权，该种情形超出了物权法第26条的文义范围。我国法院不少判决以转让提单、仓单等交付证券作为适用物权法第26条的情形，有误解之嫌。当事人以该类证券的交付替代证券项下货物的交付，仍然是适用物权法第23条的现实交付。此类交易方式虽法无明文，但应根据商事交易习惯予以认可，以便证券项下的货物便捷流通。

关键词：指示交付 返还请求权 间接占有 占有脱离物 交付证券

引言

基于法律行为的动产物权变动，原则上要求出让人交付标的物（物权法第23条），即移转物的直接占有。但在分工日益细化的现代社会，出让人未必直接占有转让物，更多的是借助于保管人、仓储人、借用人、承租人等占有媒介人管领转让物。在此情形，如强行要求贯彻交付原则，则出让人必须从占有媒介人处取回该物，再移转直接占有于受让人。这一直接占有的往返移转，并不符合当事人的需要，而且妨碍交易便利，沦为无意义的形式主义之举。为此，物权法第26条规定了指示交付的方式，由出让人向受让人转让对占有媒介人的返还原物请求权，以替代交付在物权变动中的作用。

有关指示交付的构成要件，学界存有诸多争议。因我国物权法第26条规定第三人（占

* 上海交通大学凯原法学院讲师。

有媒介人) 必须“依法”占有转让物, 由此引发第三人依法占有是否作为构成要件的争论。此外, 动产所有权的移转是否需要通知占有媒介人, 学界也有截然相反的意见。甚至还有观点主张, 指示交付所让与的返还请求权不能含有抗辩, 倘若返还请求权的行使遇有障碍, 则不能适用指示交付。〔1〕

倘使以上三点都得到肯定, 指示交付的适用势必大受限制, 并且导致受让人在出让人陷入危机时无法得到足够保护。如当出让人陷入破产时, 基于指示交付的动产受让人可能沦为普通债权人而无法行使取回权, 或当转让物被出让人的债权人申请法院扣押时, 受让人也无权提起第三人异议之诉。以上后果影响当事人利益甚巨, 是否符合指示交付的立法目的, 实有讨论必要。

此外, 学说上尚有争论的是: 转让的请求权究竟是债权请求权还是物权请求权,〔2〕或者二者兼而有之。〔3〕如果出让的动产既未由出让人直接占有, 也未由他的占有媒介人占有, 那么出让人根本未曾享有所谓的请求权, 又如何转让原物返还请求权?

对于指示交付这一舶来制度, 不仅理论界争论颇多, 而且实务部门也存在诸多疑惑。裁判文书中出现“指示交付”较多的情形, 当属海商法的提单纠纷、运输合同纠纷。〔4〕指示交付对此是否适用, 存有争论。〔5〕此外, 不少判决文书虽也提到“指示交付”, 但它只是指当事人按照指示向第三人交付标的物。〔6〕曾有判决文书指出: “经债权人指示债务人直接向第三人履行义务的方式, 在法律上称之为指示交付。”〔7〕这一观点混淆了指示交付与现实交付的特殊形式——指令取得(指令交付), 因为后者中交付动产之人既非占有辅助人, 也非占有媒介人, 而是享有独立占有地位的第三人。〔8〕它与物权法第26条的不同之处在于, 这里移转的只是直接占有, 并未发生间接占有的移转。〔9〕

当我们将上述裁判文书一一过滤后, 便会发现与指示交付相关的案例十分有限。究其

-
- 〔1〕 参见王利明:《物权法研究》上册, 中国人民大学出版社2007年版, 第380页。
- 〔2〕 参见梁慧星主编:《中国物权法草案建议稿》, 社会科学文献出版社2001年版, 第185页; 梅仲协:《民法要义》, 中国政法大学出版社1998年版, 第522页。
- 〔3〕 参见王胜明主编:《中华人民共和国物权法解读》, 中国法制出版社2007年版, 第58页; 朱岩、高圣平、陈鑫:《中国物权法评注》, 北京大学出版社2007年版, 第157页; 申卫星:《物权法》, 中国人民大学出版社2008年版, 第174页。
- 〔4〕 在北大法宝以“指示交付”为关键词搜索所得的178个案例中, 这类纠纷总计84个, 几乎占到一半。2013年5月14日最后访问(以下同)。
- 〔5〕 支持适用指示交付的参见王泽鉴:《民法物权》第1册, 中国政法大学出版社2001年版, 第138页; 前引〔3〕, 朱岩等书, 第156页; 杨代雄:《拟制交付在物权公示中的效力——兼谈我国〈物权法〉第26条的修订》, 《重庆工学院学报(社会科学版)》2008年第6期。反对意见参见杨震:《观念交付制度基础理论问题研究》, 《中国法学》2008年第6期。
- 〔6〕 这类所谓指示交付的判决总计35个, 约占总数的1/5。
- 〔7〕 俞某某诉丁某某、李某某不当得利纠纷案, 上海市徐汇区人民法院(2007)徐民三(民)初字第2350号, 北大法宝引证码CLI.C.941924。
- 〔8〕 有关指令交付的理论介绍, 参见庄加园:《德国法上三角关系的指令取得(Geheißerwerb)》, 载崔建远主编:《学理与判例——民法原理与案例分析》, 法律出版社2010年版, 第98页以下; [德] 鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》下册, 申卫星、王洪亮译, 法律出版社2006年版, 第360页; 前引〔5〕, 王泽鉴书, 第134页。
- 〔9〕 指令取得情形下, 直接占有的移转可能发生于出让人与受让人一侧的指令人, 也可能发生于出让人一侧的指令人与受让人, 也可能在出让人与受让人两侧都有指令人, 直接占有的移转根本没有发生于出让人与受让人之间。第三种情形在链式交易中最为典型。例如, 生产商甲出卖某物于中间商乙, 乙又转卖于中间商丙, 丙又与消费者丁订立买卖合同。转让动产直接从生产商甲运到消费者丁, 绕开了分别与生产商、最终消费者订有买卖合同的中间商乙与丙。

原因,恐怕是理论研究尚欠深入,学界对于一些基础理论尚未达成最小共识。从历史上考察,指示交付规则并非来自于罗马法,也非法国民法的产物,而是历经德国民法典起草时的多次修改,直至其第二草案才被确定。所以,为解决以上争论,实有必要回顾这一制度在德国民法典立法时的发展历程,起到正本清源之效。

一、间接占有动产下的指示交付

(一) 从占有指示到指示交付

今日物权法的指示交付,在德国民法典起草之时尚未出现。当时的草案只在占有移转的部分规定了占有指示(Besitzanweisung),^[10]即间接占有人指示他的直接占有人,从现在起不再为其占有转让物,而是为第三人行使占有管领力。一旦直接占有人遵从了间接占有人的指示,后者的占有就移转给了该第三人。^[11]由此,原间接占有人与直接占有人的占有媒介关系便告终止,直接占有人与第三人之间发生了新的占有媒介关系。在动产所有权移转中,以受让人取得对转让物的事实控制力为前提,至少也需要受让人取得新的间接占有。例如,出让人甲将其首饰委托乙保管,之后甲欲出卖该首饰于丙,甲为此指示保管人乙终止与甲的保管合同,让乙与丙订立新的保管合同。丙在与乙订立保管合同时,获得了该首饰的间接占有与所有权。

不过,在所有权变动中,因占有指示需要直接占有人(占有媒介人)的协助,所以不能满足所有权移转的便捷要求。一旦直接占有人不遵从出让人的指示,拒绝与受让人订立新的占有媒介关系,所有权的移转便无从实现。^[12]而且,倘若占有媒介人沉默,就会失去向受让人主张原抗辩的权利,不利于其利益的保护。^[13]德国民法典第一草案虽采取了折中的办法(第804条第2句),使占有媒介人对指示的同意能根据推定而发生,^[14]但依赖于占有媒介人同意的占有指示由于以上明显的缺陷,还是在立法中遭到拒绝。^[15]

德国民法典第二草案将商法领域转让诸如仓单、提单等交付证券(Traditionspapier)的方式移植于民法中,^[16]由此才在动产所有权的移转规则中添加了让与返还请求权(德国民法典第931条)的方式。^[17]它的基本思想来自于这一考虑:交付证券的交付通常也就让与了该证券上记载的货物交付请求权。这一请求权的让与使得受让人得以根据证券上记载的

[10] 民国年间的物权法教科书,有将民国民法第761条第3项的“依让与返还请求权之交付”(Abtretung des Herausgabeanspruchs)的德语误作为“Besitzanweisung”。参见刘鸿渐:《中华民国物权法论》,朝阳学院1933年版,第53页。

[11] Hans Josef Wieling, Sachenrecht, 2. Auflage, Berlin und Herdelberg 2006, S. 314; MünchKommBGB/Oechsler, 2009, § 929 Rn. 66.

[12] 同上引 Hans Josef Wieling 书,第315页。

[13] Werner Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, Berlin 1966, S. 81. 由于受让人与占有媒介人达成新的占有媒介关系后,受让人并非出让人的权利继承人,占有媒介人就无法向受让人主张依原占有媒介关系所生的抗辩。

[14] 前引[11], Hans Josef Wieling 书,第315页;前引[13], Werner Schubert 书,第63页。

[15] 德国民法典第二草案将罗马法以来“自主占有”的概念扩及到“他主占有”,包含§804 E I的很多占有条文(§798-803, 804-809, 811-813 E I)在第二草案中被删除。参见前引[13], Werner Schubert 书,第90页。

[16] Wolfgang Ernst, Eigenbesitz und Mobiliärerwerb, Tübingen 1992, S. 278; MünchKommBGB/Oechsler, 2009, § 931 Rn. 1.

[17] 前引[11], Hans Josef Wieling 书,第316页。

请求权，向占有媒介人要求交付该货物，由此就获得了证券项下货物的间接占有。在交付证券的适用领域，移转证券项下货物的间接占有并不依赖于占有媒介人具有为某个具体占有人“意思指向”的改变，他只具备为某个不特定的证券持有人的他主占有意思。^[18] 在民事交易中，虽然没有交付证券中记载的货物交付请求权，却存在着让与人基于占有媒介关系所生的返还请求权。让与人只须向受让人移转这一返还请求权，就排除了其重新取得直接占有的可能性，受让人便随着受让基于占有媒介关系的返还请求权，获得了转让物的间接占有（德国民法典第 870 条）。

指示交付的登场使得物权变动不再依赖于占有媒介人的协助，同时它又能使占有媒介人得以向受让人主张原占有媒介关系所生的抗辩，由此完全克服了占有指示的缺陷。^[19] 出让人只需将其对占有媒介人的返还请求权转让给受让人，便可实现所有权的移转。至于出让人是否向占有媒介人发出指示，并非指示交付的构成要件，而只是涉及债权让与中债务人的保护。就此而言，“指示交付”这一名称并不符合物权法第 26 条的内容。但考虑到“指示交付”的译名已沿用至今，本文就不再使用“让与返还请求权”的德语直译来替代“指示交付”，只是在叙述德国民法典立法史或介绍德国学说判例时，使用“让与返还请求权”的表述。

（二）指示交付的基础——间接占有的取得

动产物权变动通常要求交付转让物，出让人通过向受让人移转动产的直接占有，使后者取得对该物的事实控制力。而在基于交付替代方式的动产所有权移转中，让与人虽未将转让物直接交付给受让人，但受让人或者已经获得占有，至少也已取得间接占有，后者由此能对转让物行使事实上的支配力。动产物权变动采用简易交付时，受让人已经直接占有或间接占有转让动产，动产交付已成多余之举。动产物权变动采用占有改定的方式时，出让人不仅需要继续占有出让动产，而且必须具备为受让人占有的意思，由此受让人才能取得转让动产的间接占有。^[20] 当指示交付得到适用时，让与返还请求权之所以能够替代交付，是因为出让人将其间接占有移转于受让人。

由此可能带来的结果是：一方面，出让人通过让与返还请求权将间接占有移转于受让人；另一方面，占有媒介人依然为出让人占有转让物。这样的结果显然与间接占有的一般规则相违背。因为间接占有以占有媒介人的占有意思为前提，倘双方当事人让与返还请求权之时并未通知占有媒介人，而占有媒介人也不曾通过其他途径知晓返还请求权让与的发生，那就并未改变他为出让人占有的意思。^[21] 这样一个违反了间接占有基本规则的反常规定，强行将间接占有分配于受让人，自然遭到学说的质疑。

对于以上矛盾的学理解释是，移转间接占有之所以无须占有媒介人明示的占有意思改变，是因为发生返还请求权让与时，倘若占有媒介人知悉这一请求权让与，他通常也会变

[18] 前引 [16]，Wolfgang Ernst 书，第 278 页。当商法中的直接占有人面对他人出示交付证券并要求交付证券项下的货物时，他可向该人移转占有物，由此消灭对原债权人所负的债务。出示交付证券的人即被推定为间接占有人。

[19] 前引 [16]，Wolfgang Ernst 书，第 278 页；前引 [13]，Werner Schubert 书，第 164 页。

[20] 参见庄加园：《间接占有与占有改定下的所有权变动：兼评〈中国人民共和国物权法〉第 27 条》，《中外法学》2013 年第 2 期。

[21] Hans Josef Wieling, *Mittelbarer Besitz*, AcP 184 (1984), 439, 457.

更其占有意思，转而由受让人占有转让物。^[22] 这样一个占有媒介人的占有意思变更推定，使得受让人即刻取得所有权，而不必等待占有媒介人表示愿为受让人占有的意思。此点正是指示交付相对于占有指示的优点之一。倘若占有媒介人收到关于让与返还请求权的通知后，郑重地表示不愿为受让人占有转让物，受让人依然取得所有权。因为该推定依然发挥作用，只是自占有媒介人表示不愿为受让人占有那一刻起，受让人失去间接占有。^[23] 受让人自可向原占有媒介人取回已取得所有权的该物，占有媒介人并不承担什么不利后果。由此，该推定发挥了不可推翻的作用。占有媒介人的意思在这一推定中之所以不予考虑，一是为了使财产移转不再依赖于他的意思，二是占有媒介人的利益也已得到充分照顾，他对原返还请求权人（出让人）的抗辩仍可向受让人主张。占有媒介人是否表示异议，并不能影响转让动产的物权移转。

从这一角度而言，以指示交付为代表的观念交付，并未背离物权变动的交付原则，而只是以间接占有的取得替代了交付中移转直接占有的要求。

（三）适用指示交付的争议

1. 第三人“依法”占有转让物

我国物权法第26条和德国民法典第931条都规定，负有交付义务的人可以通过转让请求占有转让物的第三人返还原物的权利代替交付。但两者的差别在于，物权法第26条中被请求的第三人必须“依法”占有该动产。但这一规定并未出现于物权法第一、二、三次审议稿，甚至在物权法通过前的第七次审议稿中都未出现。最后的法律文本中突然出现“依法”二字，颇令人感到意外。

有学者认为，添加“依法”占有的理由在于，若是第三人非法无权占有，第三人就应返还其占有的动产，指示交付自然无法得到适用。^[24] 因为当第三人非法地无权占有动产时，权利人可以随时请求返还被占有的转让物，第三人由此便会失去该物的占有。这一论据是否充分，颇值怀疑。

出让人转让的返还请求权乃基于占有媒介关系而生，如常见的租赁、借用、保管、行纪等合同关系，也包括质押等物权法上的法律关系。^[25] 占有媒介关系不限于当事人的约定，还可基于法律规定而生，如父母就未成年子女的财产管理关系、夫妻共同财产的管理关系、无因管理以及破产管理人与破产人、遗嘱执行人与继承人的法律关系等。^[26] 甚至当占有媒介关系无效或被撤销时，根据合同法第58条，“因该合同取得的财产，应当予以返还”，根据由此所生的合同清算关系，所有人也享有对直接占有人的原物返还请求权。

因此，若第三人之前系有权占有，之后他与出让人的占有媒介关系由于违反法律的强制性规定（合同法第52条）而无效，致使该第三人因丧失占有本权而不再“依法占有动

[22] MünchKommBGB/Oechsler, 2009, § 931 Rn. 4.

[23] 同上。

[24] 参见前引[1]，王利明书，第379页。

[25] 参见谢在全：《民法物权论》下册，中国政法大学出版社2011年版，第1153页；崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社2011年版，第137页。

[26] 参见史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第536页；王泽鉴：《民法物权》第2册，中国政法大学出版社2001年版，第185页；MünchKommBGB/Oechsler, § 930 Rn. 21, Fn. 23; Soergel/Henssler, 2002, § 930 Rn. 14.

产”。此时，若出让人打算转让该动产的所有权，则可向受让人转让其对无权占有人的原物返还请求权，以此来实现所有权移转的目的。在以上情形，权利的享有者和移转者是具有正当权利的出让人，并不是非法占有的第三人。第三人根据受让人的要求返还出让物，恰恰是出让人让与返还请求权的结果。所以，第三人丧失占有权源不会影响指示交付的适用。

若第三人自始便为无权占有，如某人侵夺所有人的占有物致后者失去占有，则所有人与该非法的无权占有人之间并无占有媒介关系，自然也不存在基于占有媒介关系的返还请求权。

由此可见，将让与返还请求权限于“第三人依法占有动产”的场合，毫无合理依据。而且在第三人初始为有权占有，嗣后变为无权占有的场合，这一弊端体现得尤为明显。学者由此认为，物权法第 26 条的这一规定纯属“作茧自缚”，阻碍交易便利。在解释论上，应尽最大限度地限缩该条中“法”的范围，将若干第三人无权占有的情形视为“依法”，而不应作为“违法”对待。^[27]换言之，“依法占有”不等于“有权占有”，与占有是否具有本权没有关联。

笔者以为，指示交付的目的是为了在转让间接占有的动产时，免去无效率的现实交付，直接移转第三人占有物的所有权。占有媒介人究竟有权占有还是无权占有，都不应成为适用指示交付的障碍。举凡出让人享有原物返还请求权的情形，其占有都存在法律上的根据，皆应纳入“依法”的范畴，允许出让人自由转让。

2. 转让的请求权

指示交付所转让的返还请求权并非无所不包，它仅限于要求返还原物的请求权。受让人得到这一请求权，通常也就取得了转让物的间接占有。这一转让的请求权必须“给予所有人这样的权利，取走物的占有，并将该物置于自己的处分权下，而且这一转让使得受让人能行使与出让人相同的权利”，^[28]如基于约定占有媒介关系、法定占有媒介关系所生的返还原物请求权。

当出让人为转让间接占有的动产而适用指示交付时，转让的究竟是何种性质的返还原物请求权，存有两种较有代表性的观点。第一种观点主张，出让人可以同时转让债法上的请求权和所有物返还请求权。^[29]第二种观点认为，出让人转让的只能是债法上的请求权。^[30]两种观点的差别在于，出让人依据占有媒介关系所生的原物返还请求权是否排斥所有物返还请求权，还是这两类返还请求权可以选择性并存，由出让人择一而让与。

两者争论的实益体现为，若出让人与占有媒介人已约定禁止让与返还请求权，则出让人不得转让该请求权，即使他将该请求权让与受让人，债权让与也将基于合同法第 79 条第 2 项的明文规定而无效，由此指示交付将由于请求权让与无效而不能发生。若指示交付中转让的请求权可以是所有物返还请求权，则出让人可以规避禁止让与的约定，借助于让与所有物返还请求权而移转间接占有物的所有权。

[27] 参见崔建远：《再论动产物权变动的生效要件》，《法学家》2010 年第 5 期。

[28] RGZ 69, 36, 43. 转引自 Staudinger/Wiegand, 2004, § 931 Rn. 10.

[29] 这一观点曾在 20 世纪的德国法学界获得很多学者支持，最有影响的首推 Oertmann。Vgl. Karl H. Neumayer, Die sogenannte Vindikationszession (§ 931 BGB) im dogmatischen Spannungsfeld zwischen übereignung und procuratio in rem, in: Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag, 25. März 1970, Hrsg. von Kurt Kuchinke, München 1970, S. 306.

[30] Staudinger/Wiegand, 2004, § 931 Rn. 11; MünchenKommBGB/Quack, 2004, § 931 Rn. 8; 前引 [25], 崔建远书, 第 87 页。

要解答上述争议，有必要从历史维度考察物权请求权与债权请求权。学界一致公认，现代私法请求权的概念可以追溯至温德夏特的请求权学说。他的学说与萨维尼所理解的诉权相反：请求权的发生不再以权利受到侵害为前提，而是在主观权利发生时就已被包含其中。^[31]所以，无论是债法请求权还是物上请求权，都不是因债权或物权受到侵害而发生，而是自债权或物权产生而同时发生。当德国通说接受这一理论适用于债法请求权（主要是履行请求权）时，却反对将这一理论适用于物上请求权。因为温德夏特理解的物上请求权是针对每个人的请求权，即要求权利人以外的每个人都负有不干涉所有物的义务，只是在他人妨害所有权圆满状态时，这一抽象的请求权才转化为具体的请求权，变为针对特定妨害人的请求权。德国通说的这一反对导致物上请求权重新回归至萨维尼的实体诉权说：请求权因权利受到侵害才发生。时至今日，温德夏特“针对每个人的请求权”的构想早已被学说和立法所放弃。

尽管请求权概念在相对权和绝对权所生的请求权领域被统一地使用，但在绝对权领域不再涉及温德夏特的请求权概念。由此带来的后果是，今日在请求权概念的同一屋檐下，存在着两种不同前提的请求权。一方面，债法请求权从作为其基础的债权发生时就被包含其中，无需其他额外的发生前提。即使债法上的请求权由于履行期未到而附有抗辩，这一履行请求权也自债权成立时发生。另一方面，由绝对权所生的请求权却作为主观权利受到侵害的后果始得发生。物上请求权只是在物的圆满状态受到妨害时才发生，作为物上请求权的所有物返还请求权也只是于他人无权占有时始发生，并延伸至占有人继受的占有来自于无权占有人的情形。

基于后世学说对温德夏特请求权概念的继受和批判，并结合整个物权法体系，笔者认为，当出让人基于指示交付而移转间接占有物的所有权时，仅存在让与债法请求权的可能，并不存在让与物上请求权（所有物返还请求权）的适用空间。

首先，物权与物权请求权不可分离。所有物返还请求权并非独立的请求权，它只是为实现所有权的圆满状态而发生，不能与所有权分离而单独转让。^[32]出让人移转所有权于受让人，也就导致出让人强制性地失去了所有物返还请求权，受让人取得所有权也就同时得到了该返还请求权。^[33]就此而言，所有物返还请求权只是所有权的附属品，^[34]基于所有物而生的请求权移转不是所有权移转的前提，而是所有权移转的结果。所有人如果不放弃所有权，就不能同时转让基于所有权所生的请求权。^[35]所以，主张通过移转所有物返还请求权来实现移转所有权的目的是，有混淆前提和结果之嫌。

其次，处于间接占有地位的所有人，通常并不享有对其占有媒介人的所有物返还请求

[31] 温德夏特请求权理论的功绩在于，将请求权发生之时自权利受到侵害提前到主观权利发生时，并改造了罗马法上请求法庭保护的诉，使其成为实体法上针对其他私法主体的请求权。Bernhard Windscheid, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856, S. 165; Rimmelspacher, *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß*, Göttingen 1969, S. 29.

[32] 参见前引〔1〕，王利明书，第210页；前引〔25〕，崔建远书，第87页；前引〔3〕，申卫星书，第126页；前引〔3〕，朱岩等书，第170页。

[33] 前引〔11〕，Hans Josef Wieling书，第322页。

[34] Felicitas Einsele-Wili, *Die Vindikationszession*, Zürich 1975, S. 52.

[35] Staudinger/Wiegand, 2004, § 931 Rn. 11; 前引〔29〕，Karl H. Neumayer文，第308页。

权。^[36]按照目前的主流学说，物上请求权只是在所有权的圆满状态受到妨害时才发生。因此，无论是德国法（德国民法典第985、986条）还是我国物权法（第34条），都将所有物返还请求权的前提要件限定为“他人无权占有”。^[37]也就是说，只有当他人无权占有所有物时，所有权的圆满状态才会受到妨害。占有媒介人多为有权占有，占有媒介关系的当事人若就占有发生争议，应该诉诸于他们的基础关系，如租赁、保管、质押等，行使占有媒介关系所生的返还请求权。由此可见，当事人存有占有媒介关系的情况下，通常并不发生所有物返还请求权。

再次，单纯让与所有物返还请求权，未能使受让人丧失干预转让物的事实可能性，受让人也未获得对转让物的间接占有。当转让物由占有媒介人占有时，受让人通过转让基于占有媒介关系的原物返还请求权，使得受让人获得间接占有，由此才发生指示交付。因为指示交付的要点并非让与返还请求权，而是使受让人取得转让物的间接占有，受让人丧失对物干预的可能性。在此体现了与交付原则（物权法第23条）相同的思想：受让人必须基于出让人的意思受让完全的占有。两者的不同之处在于，物权法第23条要求直接占有的完全移转，第26条则要求间接占有的完全移转。由此可见，通过转让所有物返还请求权的方式来移转所有权，并不符合受让人在观念交付中至少取得间接占有的要求。

最后，在指示交付的善意取得中，将因出让人不享有所有物返还请求权而无法适用善意取得。物权法第106条规定，动产交付是动产善意取得的要件之一。这里的交付究竟是现实交付或是包括观念交付（交付替代形式），存有争议。如果承认指示交付也能适用善意取得，那么让与人究竟应向受让人转让何种请求权？让与人作为无权处分人，可能并不享有转让物的所有权，从而也无法让与所有物返还请求权，只有通过让与基于占有媒介关系的原物返还请求权，才有适用善意取得的可能。^[38]

基于以上四点体系上的考虑，当间接占有人适用指示交付时，应只允许转让债法上的原物返还请求权，方可避免无必要的请求权竞合，纯化物上请求权的适用范围。学说上所谓物权请求权的转让，在此并无适用空间。

3. 指示交付与债权让与的关系：区分债法和物权法的效力

让与返还请求权的对象既然是基于占有媒介关系所生的债法请求权，对其即应适用合同法第79条以下债权让与的规则。由此，基于指示交付而发生的所有权变动，既适用合同法关于债权让与的规定，又适用物权法的规则。在适用以上规则的过程中，究竟发生了哪些债法效力，发生了哪些物权法的效力，有待澄清。尤其重要的是，通知第三人（占有媒介人）是否作为指示交付的要件，还是仅基于债法上保护第三人的考虑，更是需要通过区分债法和物权法两个不同的效力领域，才能得到妥当说明。

（1）让与通知的效力

根据合同法第80条第1款，出让人将对第三人的返还原物请求权转让给受让人时，应通知作为债务人的占有媒介人，否则债权让与对作为债务人的占有媒介人不发生效力。占

[36] 前引〔29〕，Karl H. Neumayer文，第310页。

[37] 参见梁慧星主编：《中国物权法研究》上册，法律出版社1998年版，第109页；前引〔1〕，王利明书，第223页；前引〔3〕，朱岩等书，第172页。

[38] 前引〔29〕，Karl H. Neumayer文，第312页。

有媒介人可以向出让人（债权让与人）返还转让物，以实现免责地清偿债务。^{〔39〕}为保护受让人的利益，让与原物返还请求权时应向占有物的第三人通知该让与事实。

这一过程中尤其需要区别的是，让与通知对于占有媒介人（债务人）的债法效力与返还请求权让与的物权效力。物权法草案第二次审议稿第32条曾规定：“动产物权设立、转让前，第三人占有该动产的，可以通过转让向第三人返还原物的请求权代替交付。转让向第三人返还原物请求权的，出让人应当通知第三人。物权自出让人通知第三人时发生效力。”^{〔40〕}因此，有一种观点认为，为了更好地发挥让与返还请求权的功能，应当将对第三人的通知作为受让人对第三人享有合法的返还原物请求权的行使条件。^{〔41〕}还有类似观点主张，出让人转让的返还请求权应当是对特定第三人的返还请求权。这就必须由负有交付义务的人向实际占有财产的第三人作出指示，表明该物的返还请求权已经移转于受让人，因而受让人才享有向第三人直接请求的权利。只有在指示到达第三人的情况下，第三人才负有向受让人返还转让物的义务。^{〔42〕}

正如上文所论，出让人是否向占有财产的第三人作出指示，并非指示交付的构成要件。这里的核心要素是出让人向受让人让与对间接占有人的原物返还请求权。这一请求权让与并非要式行为，只要转让双方当事人意思表示一致，就可使该请求权转让于受让人（也是债权让与的受让人）。根据物权法第26条，受让人在受让返还请求权时，便立即取得了这一转让物的所有权。由此可知，这一动产所有权的取得，并不以第三人是否收到出让人的通知或指示为前提要件。^{〔43〕}这也正是指示交付与占有指示相比的优点之一。因此，物权法草案第二次审议稿的上述内容在物权法文本中被删除，便是顺理成章之事。

至于占有媒介人是否收到出让人的通知，并不影响受让人向其要求返还原物的请求权。通常情况下，虽然多由出让人通知第三人转让返还请求权的事实，但受让人亦可为之，只要其能使占有媒介人确信该请求权让与。倘若占有媒介人有所怀疑，自可向出让人询问或求证，无碍于转让物的所有权变动。

此外，物权法生效之前，曾有法院判决认为：因指示交付而导致的所有权变动欠缺从外部加以认识的物质形态，从保护交易安全和善意第三人利益出发，通常应通知标的物的实际占有人。^{〔44〕}这一观点的依据在于，以指示交付设立动产质权时，通知占有媒介人是质权的生效要件（德国民法典第1205条第2款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法担保法〉若干问题的解释》第88条第1句）。^{〔45〕}动产质权作为担保物权，其实现直接牵涉

〔39〕 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2011年版，第478页。

〔40〕 转引自前引〔3〕，朱岩等书，第157页。

〔41〕 同上书，第158页。

〔42〕 参见前引〔1〕，王利明书，第379页。

〔43〕 参见孙宪忠主编：《中国物权法：原理释义和立法导读》，经济管理出版社2008年版，第160页；最高人民法院物权法研究小组编著：《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》，人民法院出版社2007年版，第120页。

〔44〕 参见上海金山化工厂与中化上海进出口公司财产损害赔偿纠纷上诉案，上海市第二中级人民法院（2004）沪二中民四（商）终字第23号，北大法宝引证码CLI.C.11229。

〔45〕 最高院司法解释第88条第1句规定，“出质人以间接占有的财产出质的，质押合同自书面通知送达占有人时视为移交。”该条虽未指出适用指示交付的情况，但允许出质人以间接占有的财产出质，无疑是在实质上认可可以指示交付设立动产质权的方式。另可参见肯考帝亚农产品贸易（上海）有限公司与广东富虹油品有限公司、第三人中国建设银行股份有限公司湛江市分行所有权确认纠纷案，最高人民法院（2010）民四终字第20号，北大法宝引证码CLI.C.811578。

到第三人的利益，尤其在出质人破产时更为明显。因此，质权变动的公示要件远比所有权变动要严格得多，法律多要求通过通知占有媒介人的方式，使得实际控制人获悉这一质权设立的事实，以免日后出质人借占有媒介人不知而作出有害于质权人的指示。但这一忧虑并不存于动产所有权变动中。借助指示交付的动产所有权变动主要是为了便捷间接占有动产的所有权移转，并兼顾占有媒介人的抗辩利益。所有权变动双方是否通知第三人，在此并不重要，也不应成为影响所有权变动的因素。

（2）返还请求权行使的障碍与所有权移转

还有学者主张，在双方约定生效后，若转让人对第三人的返还请求权不能行使，或行使遇到障碍，不宜发生物权变动的效果。^{〔46〕}例如，转让人与第三人之间存在保管关系，因转让人未支付保管费用，第三人对该物享有留置权而拒绝返还。这一观点的依据在于，“如果转让人不能实际行使返还原物的请求权，也就不能通过指示交付发生物权的变动。在转让人自己都不能够行使物权时，自然不能将这种有瑕疵的权利转让给受让人。因为请求权在转让后才能替代交付，请求权有瑕疵就无法转让，物权也就不能发生变动。”^{〔47〕}

笔者认为，这一观点还是混淆了基于指示交付发生的物权法效果与债法效果。指示交付为交易便捷计，无需占有媒介人从中协助，同时也考虑了占有媒介人在原占有媒介关系中的抗辩利益。指示交付的所有权变动后，占有媒介人可以援引合同法第82条，其基于占有媒介关系（如租赁、保管）得以向出让人主张的抗辩，也可向受让人主张。由此，占有媒介人作为债权让与关系中第三人的利益，并未因所有权移转而受损。如在借用合同中，借用期间尚未届满，出借人可向受让人转让合同届满后的借用物返还请求权，以移转所有权。由于借用期未届满，受让人即使受让借用物的所有权，也无法向借用人要求提前返还借用物。再如，在有偿保管合同中，寄存人将依据合同法第376条的保管物返还请求权让与受让人，使其随之取得保管物的所有权。如果作为寄存人的出让人未按约定支付合同法第379条第1句的保管费，受让人要求保管人返还该物时，保管人可以主张寄存人未支付保管费，将原来对寄存人行使的同时履行抗辩权（合同法第66条）转而向作为返还请求权人的受让人来行使。此时，受让人可通过代位清偿的方式向保管人支付保管费用而取回该物。至于受让人代为支付保管费用后是否向出让人求偿，与转让物所有权移转并无关系。

当出让人的返还请求权负有债务人的延时性抗辩权时，出让人作为所有人依然可以对该物行使完整的物权。就积极方面而言，他可以对该物行使物权法第39条所赋予的权能：享有孳息（收益）、处分该物（移转所有权于他人）。从消极方面来看，当该物受到他人侵夺或妨害时，他可以主张物权法第34、35条规定的物上请求权，要求该他人返还所有物或停止妨害行为。仅仅存在暂时的、债法上的抗辩权，并不妨碍出让人行使物权。该观点所谓的“瑕疵”，仅是债法关系上的抗辩，不应作为当事人正常行使物权的限制，尤其是对物处分的限制。

在区分债权让与的债法效力与指示交付的物权法效力之后，我们会发现，立法者所追求的物权变动便捷与债务人保护的目标，都可在现行法中得到实现。

〔46〕 参见前引〔1〕，王利明书，第380页。

〔47〕 同上。

二、无占有动产的让与

指示交付的典型情况为出让人让与间接占有的动产。但德国学说认为,若出让人失去对所有物的占有,也可借助于指示交付来移转该物的所有权。^[48]我国台湾学者多从之,并以出让人转让被窃或遗失的手表举例,此时转让的返还请求权应为对第三人的所有物返还请求权。^[49]全国人大法工委民法室也认为,无法律上的正当原因而占有动产的无权占有人,也属于物权法第26条的适用范围。^[50]在上述转让物被盗的情形,出让人可向受让人转让他对盗贼的返还原物请求权,以代替现实交付,盗贼也属于本条所指的“第三人”。国内学说大多追随以上见解。^[51]

针对以上观点,存有疑惑的是:遗失物、被窃物等出让人根本未占有的动产,因何时能取得占有尚不确定,是否具有交易价值而适用指示交付?另外,指示交付作为观念交付的一种方式,通常也需要通过让与返还请求权来移转间接占有,无占有的动产自然无从移转占有,这一例外是否具有正当性?

(一) 立法史与学说演变

要解答以上问题,有必要考察这一制度的历史发展。出让人让与其丧失占有物的返还请求权的雏形,早在罗马法时就已出现。权利人由于失去对所有物的占有而享有损害赔偿请求权,若其获赔后继续保有该物的所有权,则导致其获赔后的财产总额超过获赔之前,违背了损害填补的目的。因此,他应将所有物返还之诉让与赔偿义务人。这种情形主要有两类:^[52]第一类情形出现在合同领域,买卖交易为其代表。遇有买卖标的物在买卖合同订立和履行之间脱离出卖人的占有,而出卖人已尽到监管和保护义务的情形,买受人在向出卖人支付买卖价款后,可以要求出卖人转让所有物返还之诉和不当得利之诉。第二类是合同之外的情形,如所有人作为原告诉请被告返还原物占有。如果被告非恶意地丧失了该物占有,则必须支付赔偿金额,但他可同时要求原告向其让与返还原物之诉。

立法者在起草德国民法典时,由于受到数百年继受罗马法的影响,很自然地将罗马法有关诉之让与的思想作为德国民法典的理论来源。第二委员会将让与返还请求权引入民法典时认为,如果所有人对转让物既无直接占有,也无间接占有,那么所有权应随着返还请求权的让与而被直接移转于受让人。^[53]否则,出让人若无法交付该物,又不能让与返还原物请求权,他将无法转让无人占有物的所有权。这会导致他与间接占有转让物的出让人相比,处于明显的劣势。学说也基本遵循这一立场,将德国民法典第931条的适用情形区分为出让人间接占有动产以及出让人丧失占有两种情形。

但是,德国民法典颁布不久,便有学者反思以转让物权请求权来实现所有权移转的缺

[48] Siber 在其著作 *Passivlegitimation* 中表述了这一观点,并认为此时转让的请求权只能是物上请求权(第245页),转引自前引[11], Hans Josef Wieling 书,第321页;前引[34], Felicitas Einsele-Wili 书,第56页。

[49] 前引[5], 王泽鉴书,第138页。

[50] 前引[3], 王胜明主编书,第58页。

[51] 前引[37], 梁慧星主编书,第213页;前引[25], 崔建远书,第87页;前引[3], 申卫星书,第174页。

[52] 前引[34], Felicitas Einsele-Wili 书,第2页以下。

[53] 前引[13], Werner Schubert 书,第165页。

陷。由于所有物返还请求权仅是保护所有权圆满状态的手段，不能单独地让与，因此，罗马法上孤立地转让所有权返还之诉，即使被转换为让与所有物返还请求权，也无法在德国民法典中找到安身立命之所。德国法学家冯·图尔对此评价道，将这一所有权移转过程解释为让与所有物返还请求权，是披着罗马法外衣却远离现代法律意识的解释手段。^[54]

此外，指示交付的出让人如未亲自占有，也无占有媒介人为其占有，便会陷入无返还请求权可让与的困境。^[55]有观点认为，若窃贼抛弃被盗之物，且该物不为任何人占有，出让人可让与将来发生的所有物返还请求权。^[56]但指示交付的构成要件要求受让人必须得到返还请求权，这样才能发生指示交付的物权效果。^[57]倘若所有权的取得依赖于将来请求权的发生，而该请求权的发生又有很大的不确定性，即使出让人让与这一请求权，受让人仍未得到现实存在的请求权，而是只享有一个法律地位远弱于请求权的可能性。这样的解释路径无法满足指示交付的构成要件，也无法满足受让人在指示交付中即刻获得所有权的交易需要。

退一步说，即便上述观点成立，转让无人占有之物也要根据占有物是否已为他人占有而适用不同的转让方式。出让物已由他人占有的，出让人转让既存的所有物返还请求权；出让物无人占有的，则转让将来的所有物返还请求权。这一人为割裂的方式在适用指示交付时不具有可操作性。因为转让人失去动产的占有时，通常也不知道其动产是否已为第三人占有，又如何选择不同的物权变动方式？显然，上述观点对出让人提出了过高的认知标准，背离日常生活经验。

针对无人占有动产的所有权移转，德国学者科勒（Kohler）早在20世纪初就提出基于当事人合意移转所有权的观点。按照其观点，在出让人缺少占有和交付替代方式时，当事人之间转让物上返还请求权并非必要，仅凭其单纯合意就足以移转所有权。这一观点已在德国学界成为通说。^[58]只是我国台湾学者未能与时俱进，间接继受德国法理论的我国大陆学界也由此裹足不前。

（二）合意移转所有权与物权公示原则

在奉行物权公示原则的我国物权法体系，这一纯以当事人意思而发生所有权变动的方式势必面临不少质疑。因为仅凭当事人内在的意思变动，而没有转让物的占有变动，甚至连间接占有变动都未发生，由此发生的物权变动不能为外部的第三人所识别，似与物权公示原则相抵触。

这一质疑虽有理论基础，但对物权公示原则的理解略显僵化。物权公示原则要求物权变动的双方交付动产，以使物权变动能为第三人所识别。根据德国民法典立法者的设想，交付应移转直接占有，由出让人亲自转交给受让人本人。由此，交付作为事实上可感知的行为，才能反映抽象的所有权移转。^[59]随着社会经济的发展，这一观点受到越来越多的质

[54] Anders von Thur, Der Allemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Leipzig 1910, S. 266, Fn. 106.

[55] 前引〔11〕, Hans Josef Wieling书, 第315页。

[56] Kohl, Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, AbR 18. S. 88; 前引〔26〕, 史尚宽书, 第41页。

[57] 前引〔54〕, Anders von Thur书, 第266页, 边码106; Martin Avenarius, übereignung besitzloser Sachen und Vindikationszession, JZ 1994, 511.

[58] 当时具有极高声望的 Von Thur 和 Martin Wolff, 之后的 Raiser、Westermann、Oechsler、Baur 等著名学者都支持该观点。参见前引〔34〕, Felicitas Einsele-Wili书, 第55页; 前引〔29〕, Karl H. Neumayer文, 第309页。

[59] Süß, Das Traditionsprinzip-Ein Atavismus des Sachenrechts, Tübingen 1952, in: FS Wolff, S. 144.

疑,因为交付原则已经无法适应交易需要,逐渐为众多的例外所打破。^[60]最典型者,莫过于交付替代方式的出现,如简易交付、占有改定、指示交付,使得此等情形下交付转让物成为多余之举。

从立法者允许以上交付替代方式可以看出,交付原则在当代物权法已被强烈弱化。立法者将当事人变动物权的交易需求置于第一位,并同时考虑了交付物之事实管领力在所有权移转中的作用。可以想见,在出让人未占有动产时,立法者将不再坚持交付或者其他交付替代方式,而是会例外地允许通过合意来变动所有权。这一所有权变动方式与简易交付一样,都是根据当事人的意思引起所有权变动。两者的不同之处在于,简易交付的受让人已经占有动产,无须再行交付,而无人占有物的所有权移转中,出让人并未占有转让物,无法完成交付,因此便免去这一要件。

换句话说,若能认定当事人具有变动物权的真实意思,即使公示方式有所欠缺,甚至不具备公示方式,也存在承认物权变动的可能。尤其当交易便利与物权公示发生冲突时,法律会根据利益衡量,在某些情况下放弃公示的要求,直接允许并未交付的动产也能发生物权变动。正如德国民法典的立法资料所示,德国民法典第929条第2句至第931条的基础在于,立法者认为这类物权移转要件存在着不可拒绝的需求,因此打算接受失去物权公示所带来的损失。^[61]

在出让人失去转让物占有的情形,倘若其转让该物的交易需求得到肯定,则便捷交易的需求应优位于物权公示原则。出让人既然无法移转直接占有和间接占有,那么例外地允许出让人与受让人通过合意来移转所有权,并无不妥之处。

所有人转让无占有之物并非天方夜谭。出卖遗失的手表一块,或者转让沉船所有权于有意承担这一风险的打捞者,乃至苏富比拍卖行拍卖前苏联遗留在月球上的探险车,此类交易的猎奇效果可能更大于实际交易需求,但法律没有必要加以禁止,而应听由交易当事人自行决定。^[62]转让无占有之物实践中最为典型者为保险业理赔。当保险标的发生保险事故,保险人赔付被保险人保险金后,可直接取得保险标的物的物权。^[63]保险法学者称之为物上代位权(保险法第59条、海商法第256条)。例如,沉船事故发生后,船舶所有人受领保险金后,原则上也应移转沉船所有权于保险公司。另外,在海事保险中,保险人取得物上代位权,还可通过推定全损的“委付”制度来实现(海商法第249条)。此时,被保险人要求赔偿全部损失时,应向保险人委付保险标的,移转保险标的的所有权及附属于保险标的的财产权,如船或货的受损残骸。^[64]

[60] 参见前引[59], Süß文,第141页以下; Marianne Bauer, Zur Publizitätsfunktion des Besitzes bei übereignung von Fahrnis, in: FS Bosch, Bielefeld 1976, S. 1-25; Baur/Stürmer, Sachenrecht, 18. Aufl., 2009 München, S. 637.

[61] Motiv III 335, Protokoll III, 197, zitiert aus Staudinger/Wiegand, 2004, Vorbem. zu §§ 929 Rn. 22.

[62] 前引[57], Martin Avenarius文,第511页。

[63] 在足额保险情形下,当保险标的是动产时,保险人按全部损失支付保险金后,应取得保险标的的所有权。参见许崇苗、李利:《最新保险法适用与案例精解》,法律出版社2009年版,第335页;温世扬主编:《保险法》,法律出版社2007年版,第193页。保险法虽于2009年被大幅修订,原第44条改为第59条,但仅为条文序号改动,内容并无变化。

[64] 按照海商法学者的定义,委付是将保险标的的权利义务移转交付的意思表示,但该意思表示若要引起动产物权变动,必须遵循物权法规定的变动要件,否则该意思表示只能发生债法上的效力,并不足以引起物权效力。参见伍载阳、陈映红:《论海上保险中的推定全损与委付制度》,《西南政法大学学报》2000年第1期。

不过，若保险标的物失踪或不知去向，该物的所有人（被保险人）就无法通过现实交付或交付替代方式来移转该物的所有权。对于以上两类保险物上代位权如何引起所有权变动，我国保险法学界鲜有论及。这一动产的所有权移转对保险业具有重大意义，因为在发生保险事故的标的物不知去向时，保险人在支付保险金后对于即刻取得该物的所有权享有合法的利益。^[65]但是，以转让所有物返还请求权的方式来移转所有权，与现代物权法体系不相符合，而且面临着逻辑和法律适用的种种缺陷，不足为取。德国通说主张当事人仅达成单纯合意便可引起出让人无占有之物的所有权变动，相较而言更为妥当。

在我国动产物权的变动模式之下，物权变动通常需要原因行为与物权变动的形式要件：交付或交付替代方式。但如果已经失去转让物占有的所有人有移转所有权的正当交易需求，拘泥于形式要件势必剥夺其移转所有权的可能性，也与保险法、海商法的物上代位及委付制度相违背。因此，可以例外地允许双方当事人根据一致的意思表示来引起动产所有权的变动。至于德国民法典制定时的批评意见所称，转让无人占有的动产不符合交易需要，可留待交易双方自行决定，倘若受让人愿意取得出让人无占有动产的所有权，立法者自无必要越俎代庖、横加干涉。

三、基于交付证券的物权移转

从历史部分的描述可以得知，让与返还请求权与商法的交付证券有着千丝万缕的联系。提单、仓单等凭证或证券在德国法上被称为“交付证券”。货物的占有媒介人通过签发交付证券，负有为证券持有人妥善保管证券项下货物的义务，并应向出示该证券的持有人交付货物，由此表现了为后者占有的意思。因此，证券受让人获得该证券，也就获得证券项下货物的间接占有。交付证券并非设权证券，没有在证券上设立一个新的请求权，而只是将民法上的货物交付请求权记载于交付证券。交付证券持有人通过移转该证券，便将该证券的所有权连同证券上的货物交付请求权一同移转给证券接受人。^[66]交付证券作成后，非依该证券不得处分或要求交付证券记载的物品（参见我国台湾民法第630条）。^[67]如果缺少交付证券的移转，那么货物交付请求权的移转与据此的间接占有移转也未发生，因为交付和交付替代的要求在动产物权变动中都未满足。^[68]

我国有学者认为，移转交付证券时应适用让与返还请求权规则。^[69]而反对意见则认为，通过转让提单、仓单等权利凭证来移转货物所有权，只是最常见的拟制交付。^[70]这一

[65] MünchKommBGB/Quack, 2004, § 931 Rn. 11.

[66] GroßKommHGB/Canaris, 2004, § 363 Rn. 142.

[67] 史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社2000年版，第589页。

[68] GroßKommHGB/Canaris, 2004, § 363 Rn. 143.

[69] 前引〔5〕，王泽鉴书，第138页；前引〔3〕，朱岩等书，第156页；前引〔5〕，杨代雄文。杨代雄认为，应将拟制交付作为特殊的指示交付方式，在物权法中加以明文规定。按照他的理解，仓单和海商法规定的提单具有类似的问题，即仓单项下的物权必须经过通知才能转让给他人，不能单纯通过转让仓单来转让仓单项下的动产物权，因此仓单在我国法中并未被作为真正的物权凭证来处理，仓单与提单移转应通过指示交付的方式方能进行。笔者以为，这一观点纯以民法的规则对商事实践进行削足适履，完全不考虑已经成型商事交易习惯，难以令人信服。

[70] 前引〔5〕，杨震文。

争论的实质是，转让物究竟是根据物权法第23条的交付移转，还是根据物权法第26条的指示交付移转。德国同样存在类似的争议。德国商法对于交付证券规定了特殊效力：这些证券的交付，对于有受领权限的权利人，与证券之下的货物交付具有同一效力（德国商法典第448、475g、524条），因而也存在商法的规定与民法上的让与返还请求权在法律适用上的关系问题。那么，交付证券项下的货物所有权究竟是依照何种规范发生移转的呢？对此，德国学界提出了不少理论，可供借鉴。

（一）相对说

据此理论，德国商法典第448、475g、524条并非独立的处分要件，交付证券的效果取决于民法上是否发生同样的效果。借助于交付证券所发生的所有权移转，只是德国民法典第931条的次级类型（Unterfall）。〔71〕根据这一理论，证券移转的效力只能等同于以间接占有为基础的（权利）取得类型。〔72〕随着该证券的移转，证券上记载的货物交付请求权也移转于受让人，受让人因获得该货物的间接占有而获得证券项下货物的所有权。

我国实务中也有判决持此意见。上海市第一中级人民法院在其判决中认为，“因为仓单具有债权凭证的效力，仓单的交付也就具有债权转让的性质，也即‘通过转让请求第三人返还原物的权利代替交付’，根据‘指示交付’规则，仓单的交付也就产生了物权变动的效果，仓单据此具有了物权凭证的效力。”〔73〕这一判决的实质基础就是“相对说”。学界也有人撰文主张，因我国并无类似德国商法典之规定，仓单、提单项下货物所有权的移转应通过指示交付的方式进行。〔74〕

不过，批评意见指出，相对说仅具有宣言作用，它会使得商法的特殊规定丧失独立价值，成为具文。〔75〕而且，它与法条文义不符，因为法律明文规定了证券交付同证券项下记载的货物交付具有同一效力。〔76〕

更为重要的是，如果仓单、提单记载的货物通过民法上让与返还请求权的方式转让，不利于这些证券记载下货物的快速流通。我国早有学者基于对海商法上提单效力的分析，指出适用相对说的不利后果：〔77〕第一，相对说赋予承运人、仓库保管人（占有媒介人）提起基于原因关系的抗辩的权利。根据上文所述，占有媒介人依然能向受让人主张其对出让人基于占有媒介关系所生的抗辩。但商法为确保提单的流通性，通常只允许占有媒介人主张文义证券上记载的权利义务，不能基于原因关系而提起抗辩。第二，善意取得提单项下的货物所有权时，相对说不利于买受人。按相对说，当受让人对于出让人的所有权属有怀疑时，应尽到调查义务。若其由于重大过失而未尽到调查义务，则无法适用善意取得。而提单接受人在海运货物交易中只需信赖提单上的记载，无需调查提单项下的货物状况。尤其当海运货物的提单被多次转让时，提单受领人也难以调查海运中货物的权属。第三，基

〔71〕 GroßKommHGB/Canaris, 2004, § 363 Rn. 96.

〔72〕 Hans J. Abraham, Das Seerecht, 4. Aufl., Berlin 1974, S. 173.

〔73〕 “上海朗合经贸有限公司诉上海大宗农产品商务有限公司等仓储合同案”，《人民法院案例选》2010年第3辑，人民法院出版社2011年版。

〔74〕 参见前引〔5〕，杨代雄文。

〔75〕 GroßKommHGB/Canaris, 2004, § 363 Rn. 97.

〔76〕 前引〔11〕，Hans Josef Wieling书，第353页。

〔77〕 参见王文军：《提单项下海运货物赔偿之请求权基础研究》，法律出版社2011年版，第58页。

于指示交付的善意取得所有权与设立质权可能会发生不利于取得人的后果。根据德国民法典第 936 条，基于指示交付而善意取得所有权，若动产上负有第三人（如占有媒介人）的权利，如动产上负有他人质权，则该权利并不消灭。另外，根据德国民法典第 1205 条第 2 款，基于指示交付设立质权，权利人应当通知占有媒介人，否则质权不能发生。这一通知要求不仅给设立质权带来障碍，而且很难实现于运输中的货物。尤其在以前通讯技术尚不发达时，运输货物的船舶航行于茫茫大海，通知占有货物的船长更是困难。因此，适用德国民法典第 931 条来转让提单项下的货物，显然无法实现货物快速流转、信赖交易外观的商法目的。

（二）绝对说

鉴于相对说的明显缺陷，绝对说认为，商法典的规定是独立于民法规定的所有权移转方式。根据以上条文的权利取得仍需物权合意与交付，只是货物交付根据商法典的特殊规定被证券交付所替代。权利取得完全与占有相脱离，仓库营业人在交付仓单时，是否占有仓单记载物品，并无影响。^[78] 即使承运人、仓储人并非货物占有人，货物的所有权也能通过证券交付而实现转让。^[79]

按绝对说，借助于转让交付证券而实现的拟制交付下的所有权变动，不仅无须占有媒介人（承运人、仓储人）的协助，而且还借助于交付证券切断了占有媒介人对于出让人的抗辩，并且通过对交付证券记载内容的信赖强化，使得受让人善意取得更容易得到适用。由此，借助于交付证券的转让，证券项下的货物可以迅速在流通领域中转让，而不受原因关系所生抗辩的束缚。受让人通过拟制交付而获得的地位大大优于其在指示交付中的情形。这也是转让交付证券被广泛应用于商事领域，而指示交付多用于民事交易的重要原因之一。

但是，绝对说将货物物权变动与货物占有完全脱离，将赋予交付证券过于强大的流通效力。法律之所以使证券移转发挥着如同货物交付的作用，主要是考虑当事人暂时无法或不便交付运输、仓储中的货物。这一便捷交易的立法目的，并不应使得证券交付在任何情况下都能发挥货物交付的作用。^[80] 如果货物的实际占有人已经失去货物占有，或者他已经改变了占有意思，即使证券受让人获得证券，也无法获得货物的占有，从而无法获得货物的所有权。

另外，绝对说还会与民法既有规则相冲突，造成体系内部的矛盾。如果某窃贼将偷盗之物出卖他人，按照德国民法典第 935 条无法发生善意取得。若窃贼订立有关该物的仓储合同，并由仓储人签发仓单，则窃贼根据绝对说可移转该物的所有权。立法者已在民法典对保护交易安全予以一般规定，借助于仓单而获得所有权的受让人，与一般的善意取得人并

[78] 前引〔26〕，史尚宽书，第 563 页。

[79] 我国学者主张此类证券的所有权移转乃拟制交付，而非物权在观念上的移转，仍属现实交付的一种，显然受到绝对说的影响。但我国学说将提单、仓单等视为“物权凭证”，则难以令人信服。虽然交付证券的移转替代了物的交付，但为发生证券记载项下的所有权移转，还需当事人的物权合意。若无行为能力人借助交付证券向善意第三人转让货物，则受让人因缺少有效的物权合意，而无法取得货物的所有权。所以，当事人之间的物权合意仍然不可或缺，它可以表现为变动所有权，也可体现为设立担保物权。我国通说虽不承认物权合意，但要求物权变动至少具备原因行为，如买卖、赠与、出质等。倘使缺少此类原因行为，如他人偷盗或拾得提单，并不发生货物物权的变动。所以，认为持有提单者就享有提单项下货物之物的观点，其缺陷之处十分明显。王文军博士对此提出详细分析与批驳理由，参见前引〔77〕，王文军书，第 72 页以下。

[80] Hans Mai, Die Wirkung der Traditionspapier, 1932, S. 101.

无本质差别，在此没有借助绝对说而创设例外的必要。^{〔81〕}

（三）代表说

德国通说采代表说，即证券“代表”了货物的间接占有。^{〔82〕}交付证券项下货物的所有权或质权取得，以承运人或仓储人享有占有为前提。这也就保证了权利人之后能够从承运人或仓储人那里获得货物。^{〔83〕}这一要件要求承运人必须为运输而接受货物。若承运人、仓储人签发空单，即使受让人基于法律行为而获得该证券占有，受让人也无法取得交付证券项下货物的所有权。而且，只有当承运人或仓储人也为证券持有人占有时，证券所代表的（间接）占有才能维持。

就为获取物权所必需的交付而言，证券的交付被拟制为货物的交付。因此，根据代表说的物权变动不是根据德国民法典第931条，而是根据德国民法典第929条得以实现。换言之，货物的现实交付通过证券的交付得以替代。

代表说与绝对说的相同之处在于，它们都不涉及让与返还请求权的交付替代形式，而是一种独立的物权变动形式：物权合意与证券交付。据此，德国民法典第934条、第936条第1款第3句与第3款、第1205条第2款有关返还请求权让与的规定原则上都不能被适用。

该说与绝对说的不同之处在于，交付作用的发生依赖于承运人或仓储人在证券交付时是否愿意为合法的证券持有人占有货物。只有当 they 与货物存在充足的事实关系时，也就是他们对货物仍然具有事实上的干预可能性时，交付证券才能“代表”货物。^{〔84〕}若是交付该证券时，承运人或仓储人已经失去占有，或他们已经改变占有意思，如变为自主占有，证券持有人的间接占有就不复存在，则证券项下的货物所有权也不能移转。^{〔85〕}同理，在货物为占有脱离物的情形，证券的交付不能构成货物所有权的移转，因为出让人作为证券持有人已失去间接占有。^{〔86〕}

（四）评论

以上各种学说都是围绕占有货物与移转物权的联系展开讨论。绝对说完全舍弃与占有的联系，而相对说、代表说则在不同程度上将物权变动与占有相关联。如果回到相对说的最初立场，将交付证券的交付解释为证券项下货物的交付请求权与证券同时移转，使得证券受让人根据指示交付（物权法第26条）而获得证券项下货物的间接占有，由此获得该物的所有权，在我国当前成文法框架内似乎是最为省事之举。但指示交付的方式无法切断民事原因关系的抗辩，使得交付证券在商业流通中发挥的价值大大降低。而且在善意取得和设立质权的过程中，指示交付与现实交付相比都处于明显的劣势，不利于受让人取得物权。因此，目前相对说的支持者非常少见。

为了便利运输中的货物权利快速移转，商法上的特殊规则使交付证券的交付对于有受领权限的权利人（受让人）与证券项下的货物交付具有同一效力。所以，交付证券项下所记载的动产物权之变动，或仍须进行背书，但没有适用指示交付的空间。不过，若出让人

〔81〕 前引〔80〕，Hans Mai书，第107页。

〔82〕 GroßKommHGB/Canaris, 2004, § 363 Rn. 101.

〔83〕 前引〔72〕，Hans J. Abraham书，第174页。

〔84〕 GroßKommHGB/Canaris, 2004, § 363 Rn. 101.

〔85〕 前引〔72〕，Hans J. Abraham书，第174页。

〔86〕 Westermann/Gursky/Hickmann, Sachenrecht, 8. Aufl., Heidelberg 2011, S. 342.

未获得货物间接占有，即使他向受让人交付该证券，也无法发生物权移转效力。就此而言，代表说是对绝对说的修正和完善。

这一解释路径在德国、我国台湾存在明文规定的前提下有其依据。虽然我国对此并无明文规定，但提单等交付证券却在实践中发挥着如同货物交付的作用。鉴于相对说无法满足商事实践的需要，不如承认提单的交付可以替代货物的现实交付，根据代表说的路径来解释提单项下的货物物权移转，才能更好地发挥提单等交付证券的流通价值。当事人以该类证券的交付替代证券项下货物的交付，仍然是适用物权法第 23 条的现实交付。

Abstract: According to Article 26 of the Property Law of the PRC, delivery may be replaced by assignment of claim for possession, whereby the owner assigns to the acquirer the claim to delivery of the thing. The transfer of the ownership takes place without the help of direct possessor and the possession is not limited to legal possession. Notification to the direct possessor plays only the role of debtor protection in the field of Law of Obligations. It is not the premise of transfer of ownership of movables, but a precondition of creation of chattel pledge. In order to enable owners without possession to transfer their ownership in the same way as owners with possession, so as to meet the needs of reasonable transaction, the author of this article suggests that China draw on the German experience and allow owners to transfer their ownership through agreement with acquirers. But this is beyond the scope of Article 26 of Property Law. Many Chinese courts apply Article 26 of the Property Law to negotiable bills of lading and other title documents and believe that such documents can be regarded as substitute for delivery of the goods under the item of documents. Actually this is a misinterpretation of the Law: delivery of such instruments as substitute for the delivery of the goods under the item of documents should still be regarded as actual delivery, to which Article 23 of the Law is applicable. Although there is no express legal provision on such transactions, they should still be recognized according to the custom of commercial transaction, so as to facilitate the circulation of the goods under the item of documents.

Key Words: assignment of claim for possession, claim for restitution, indirect possession, lost property, title document
