

动产所有权变动中的“交付”

庄加园

内容提要:《物权法》第 23 条规定的交付原则是动产所有权变动的生效要件,它在物权法与合同法领域都具有重要的地位。本文的目的在于明晰交付的概念,突出当事人意思在其中的作用,而非无意识的纯粹客观行为。交付在有形交付的框架下被理解为行为人有意识地取得占有和丧失占有的事实行为,而非法律行为。交付要求出让人必须为受让人而丧失占有,以使后者在行使事实管领力上不存在障碍。因此,移转所有权的交付不同于设立质权的交付,也不同于租赁合同、保管合同的交付,更区别于买卖合同中交付需要运输的标的物等情况。在占有辅助人、占有媒介人、受指令人等第三人大量参与交易的情况下,交付的含义已经不再局限于直接占有的移转;交付概念应适应现代社会的交易需求,以事实管领力为中心进行相应的扩大化。

关键词:事实行为 直接占有 间接占有 指令取得

庄加园,上海交通大学凯原法学院讲师。

引言:民法中的交付

《物权法》第 23 条前段规定“动产物权的设立和转让,自交付时发生法律效力”,^[1]被学界称为交付原则。根据该原则,动产物权的变动以交付为生效要件,只有在法律另有规定的情形下,才能免去交付而适用《物权法》第 25 - 27 条所规定的简易交付、指示交付、占有改定三种交付替代形式。

“交付”不仅被规定于我国《民法通则》第 72 条第 2 款、《合同法》第 133 条为首的买卖合同及其他合同的条文中,^[2]而且也出现在《物权法》第 6 条、第 23 条和第 106 条等条

[1] 《物权法》第 23 条有两处颇具特色。首先,该条规范的是动产物权变动,而非不动产所有权变动,这在比较法上突破了《德国民法典》第 929 条以下的条文只适用于所有权的范围。其次,该条相较于仅适用让与动产物权的我国台湾地区“民法典”第 761 条,不仅规范动产物权的转让,而且包括动产物权的设立,其适用范围也大得多。

[2] 《合同法》的“交付”出现于许多有名合同,如买卖合同,供用电、水、气、热力合同,赠与合同,租赁合同,融资租赁合同,承揽合同,建设工程合同和运输合同等。

文之中。“交付”可称得上是一个贯穿于整个民法的概念。物权法领域的交付不仅牵涉到从有权利人处的权利取得(《物权法》第 23 条),而且也关系到从无权利人处的权利取得(《物权法》第 106 条第 1 款第 3 项),其学理意义不可谓不重要。

由此可知,在基于法律行为的动产物权移转中,交付发挥着举足轻重的决定性作用——物权的归属作用。但究竟什么是交付,它到底具有何种性质,学界探讨尚少。学界关注《物权法》第 23 条中的“但法律另有规定的除外”较多,^[3]却较少关注交付本身的涵义。因此,本文尝试在《物权法》第 23 条框架下探讨基于所有权变动的交付。该条其他文义的射程,如当事人通过交付来让与或设立其他限制物权(如动产质权),并不在本文的讨论之列。另外,不少论述直接以买卖合同下的交付义务(《合同法》第 135 条以下)来解释《物权法》第 23 条的交付。但《合同法》第 135 条以下交付义务的涵义是否等同于物权法第 23 条的交付,需要比较两者之后才能得出结论。

一 买卖合同中的交付义务与所有权移转

在探讨物权法的交付义务之前,首先面临的问题是:买卖合同中的交付义务与所有权移转义务究竟是什么关系?德国学者马丁内克认为,交付在合同法上的作用表现为占有获取功能,即保证动产所有权受让人行使其权利。^[4]这一功能较典型地体现为买卖合同的占有移转义务(《合同法》第 135 条)。虽然我国合同法(《合同法》第 130 条)对买卖合同的类型定义中仅提到了出卖人移转标的物的所有权于买受人,但学界结合第 135 条前段,一致认为出卖人基于买卖合同所负有的主要义务,除了移转所有权义务之外,便是交付标的物。^[5]这一义务作为买卖合同固有的主给付义务,是为使买受人直接占有买卖标的物,以供其使用标的物,并自交付时起获得标的物产生的收益。

有观点认为,仅将合同法中的“交付”理解为移转占有尚不充分,其法律含义尚包括“转移所有权”的内涵。^[6]其依据在于:“买卖之交付别样于借用、租赁,就在于买卖之交付是所有权的交付。”笔者认为这一观点有待商榷,虽然买卖合同的目的在于使标的物所有权由出卖人移转至买受人,又考虑到动产所有权移转原则上以交付为生效要件(《物权法》第 23 条),交付确实具有服务于所有权变动的功能。但交付标的物义务在买卖合同中并非所有权移转义务的附庸,而是具有独立的法律意义。它可以确保买受人获得占有的权利,并获得使用、收益的可能。出卖人仅交付标的物,而不即刻移转所有权,不仅在经济上具有意义,而且也常发生于生活实践。最典型者便是附所有权保留条件的买卖,当事人约定标的物所有权自价款付清时移转,即所有权移转附一定的停止条件。当买受人向

[3] 崔建远著:《物权法》;中国人民大学出版社 2010 年版,第 86 页;韩强:《论动产物权变动规则的“约定例外”》,《政治与法律》2009 年第 6 期;罗昆:《〈物权法〉第 23 条对物权变动规则的影响》,《法学》2009 年第 5 期。

[4] Martinek, Traditionsprinzip und Geheißerwerb, AcP 188 (1988), 577.

[5] 魏振瀛主编:《民法学》,北京大学出版社 2013 年版,第 487 页;崔建远主编:《合同法》,法律出版社 2003 年版,第 333 页;陈小君主编:《合同法》,高等教育出版社 2004 年版,第 273-274 页;韩世远著:《合同法学》,高等教育出版社 2010 年版,第 389 页;郭明瑞、王轶著:《合同法新论·分则》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 10 页。

[6] 赵家仪、陈华庭:《我国买卖合同中的“交付”与“风险移转”》,《法商研究》2003 年第 2 期,第 76 页。

出卖人交付标的物时,由于买卖价款尚未付清,买受人因该条件未发生而不能取得所有权,出卖人却已完成交付标的物的义务。买受人就此享有占有标的物的权利,并可对标的物使用、收益,满足其生产、消费等需要。

同时,买卖合同的交付义务可能因为目的实现而消灭。若买受人在订立买卖合同前已占有标的物,则其已能使用、收益该标的物,出卖人所负有的标的物交付义务由于目的实现而归于消灭。^[7] 此时,借助于《物权法》第25条的简易交付,由出卖人与买受人就所有权变动订立法律行为,即可发生买卖标的物的所有权变动。在此场合下,仅有所有权移转,却未发生标的物交付。^[8]

买卖合同当事人还可约定排除出卖人的交付义务,比如标的物所有权移转借助于占有改定和指示交付完成。在前者中,出卖人基于占有改定而继续占有标的物,买受人仅获得间接占有,也可使得出卖人负有的交付义务消灭。若继续占有的出卖人在所有权移转后不愿交付标的物,也不构成违反买卖合同的交付义务,因为该义务已经消灭。买受人只能基于在前的占有,如租赁、保管和借用等合同,以此为依据要求出卖人返还标的物。在指示交付的情况下,当标的物由买卖合同当事人之外的第三人占有时,出卖人也可将其对第三人的原物返还请求权让与买受人,买受人由此通过第三人间接占有该标的物。出卖人基于约定的返还请求权让与,已经丧失了对标的物的事实支配力,其交付义务因此而消灭。买受人若嗣后不能由第三人获得标的物的直接占有,只能根据其享有的返还请求权要求后者返还标的物。

由此,基于买卖合同的占有移转义务体现了独立于所有权移转义务的独立性。尽管《物权法》第23条也强调交付,但这里的占有获取功能旨在使受让人获得转让动产的所有权。它以“交付原则”的形式表现在基于法律行为的动产物权变动之中。^[9] 因此,也有学者将交付的作用称为“物权变动的根据效力”,因为交付具有决定物权能否按照当事人意愿设立、变更与废止的作用。^[10] 我国学界虽就承认物权行为存有争议,但都一致肯定交付在基于法律行为的物权变动中具有决定作用。^[11] 也就是说,当事人约定的动产所有权归属发生变动时,原则上应该交付该动产。它在这一过程中,并非宣示性要素,而是构成性要素;不交付者,不能发生动产所有权变动。

二 交付的性质

有关物权法意义上“交付”的探讨,都无法回避一个先决问题,即交付究竟是一个什么性质的行为? 国内学说对交付的性质存有争议,争论焦点在于“交付指向的究竟是一

[7] Staudinger/Beckmann, 2004, § 433 Rn. 72.

[8] 我国《合同法》第140条认为,此时“合同生效的时间为交付时间”,似有混淆两者之嫌。请见下文关于典型交付的讨论。

[9] 鉴于我国《物权法》第24条也规定所谓的登记对抗要件,另待今后专文讨论。

[10] 孙宪忠:《物权行为理论探源及其意义》,《法学研究》1996年第3期,第85页。

[11] 而在非基于法律行为的动产物权变动中,例如判决或征收、继承或遗赠、事实行为而生的物权变动等(《物权法》第28-30条),不以动产交付作为生效要件。

个脱离当事人意志的客观‘事实行为’，还是包含当事人主观上移转所有权意思的‘法律’行为？”^[12] 否认物权行为的学者多认为交付只是事实行为，^[13] 但其立论基于否认物权行为，认为有关物权变动的合意只能涵盖在合同之中，交付不具有法律行为的性质。但交付的性质为何是事实行为，却少有充分论证。支持物权行为的学者多持法律行为观点。^[14] 我国法学家谢怀栻就曾指出：“在买卖交易行为里面，先有一个债权行为，后有一个交付行为，交付行为就是一个物权行为。”^[15] 不过，也有少数坚持物权行为的学者认为交付只是事实行为。因为无论何种交付，只能产生移转占有的效果；交付只是事实行为，虽然它也是有意识的行为，但当事人的意思针对的却是占有的事实，而非权利变动。^[16]

依笔者看来，交付并非当事人无意识的纯粹客观行为，而是由行为人意识所支配的事实行为，是行为人有意识地取得占有和丧失占有的事实行为。^[17] 有人根据《德国民法典》第 854 条的文义认为，该条既然只要求占有人取得事实上的管领力，那么占有取得便无需占有人具有主观的占有意思。^[18] 交付作为占有的继受取得，也无须当事人有关占有意思的变动，只须受让人取得事实支配力即可。概言之，交付与添附、先占和创作文学作品等事实行为相同，无需当事人的意思，只要发生特定的事实即可。这一观点事实上忽视了交付与添附、先占和创作文学作品等事实行为的不同之处。后者无需当事人的意思，法律规则仅涉及基于行为所创造的后果，是“不以引起法律上相关后果为目的的事实行为”，^[19] 也被称为“无任何目的意思的事实行为”。^[20] 与之相反，交付不仅要求客观上具有对物支配的后果，而且还需要出让人具有为受让人放弃占有的意思，以及受让人表示接受占有的意思，主观意思只有与客观后果相结合才能构成这一事实行为。

（一）占有取得和占有丧失的意思

假使我们仅从移转有体物占有的层面理解交付，则该行为虽以引起相关后果为目的，它却旨在产生某一事实上的后果，即出让人失去某物的占有，受让人取得某物的占有。这一引起事实上后果的行为，并不要求行为人具有发生法律约束力的表示意思，也无须具备针对特定法律效果的效果意思，至多仅要求具备最低层次意义上的行为意思。它并非无

[12] 刘家安：《交付的法律性质——兼论原因理论的发展》，《法学研究》2004 年第 1 期。这一争论又卷入我国民法学界关于物权行为无因性的论战，成为检验双方立场的一个标杆。

[13] 崔建远：《从解释论看物权行为与中国民法》，《比较法研究》2004 年第 2 期，第 63 页以下；朱岩：《物权法中交付的体系解释及相关疑难问题》，《中国社会科学》2008 年第 3 期，第 6 页。

[14] 谢怀栻、程啸：《物权行为理论辨析》，《法学研究》2002 年第 4 期；孙宪忠编著：《物权法》，社会科学文献出版社 2005 年版，第 335 页；谢鸿飞：《物权行为的三重问题：概念体系与词语还原》，《法商研究》2002 年第 5 期，第 38 页；李永军：《我国民法上真的不存在物权行为吗？》，《法律科学》1998 年第 4 期，第 62 页以下；刘文涛、邢军：《交易立法的分离原则与物权行为——谈交易行为的法律性质》，《政法论坛》2000 年第 6 期。

[15] 谢怀栻、程啸：《物权行为理论辨析》，《法学研究》2002 年第 4 期。国内学者持此观点，如果从交付行为证实了物权合意的范围来看，还是值得赞同。

[16] 田土永著：《物权行为理论研究》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 182 - 185 页；葛云松：《物权行为理论研究》，《中外法学》2004 年第 6 期，第 711 页。

[17] 参见维尔纳·弗卢梅著：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社 2013 年版，第 128 页。请见下文对无第三人参与的交付中关于“主观要件：交付的意思”的讨论。

[18] Westermann/Gursky, Sachenrecht, 6. Aufl., Heidelberg 1990, S. 101 ff.

[19] 维尔纳·弗卢梅著：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社 2013 年版，第 127 页。

[20] 常鹏翱：《事实行为的基本规范》，《法学研究》2010 年第 1 期，第 53 页。

须行为人作出一定的表示行为,其所引起的后果只作用于法律秩序中的事实构成要件。

有学者认为交付行为由所谓表意行为与事实行为两部分构成:其一,交付动产的意思表示;其二,移转动产的占有。前者法律效果的实现依赖于当事人的意思表示,因此适用意思表示的发出或到达规则,究竟是对话的意思表示,还是非对话的意思表示。^[21] 这一观点似乎混淆了法律行为所需的意思表示与事实行为中的自然意思。交付中存在着原占有人放弃占有的意思与新占有人取得占有的意思。这两个意思显著区别于意思表示之处在于:取得占有与丧失占有虽应具备外部识别性,却无须明确表达,无须特意主张。^[22] 新占有人获得占有的意思,只要是一个概括的意思,^[23] 未必指向特定物品,只要相关物处于某人支配范围内,不妨根据经验事实推定占有人有取得占有的意思。这里的意思并非法律行为中的意思表示,而是行为人在其意识支配下所实施的活动。它类似于法律行为层面的行为意思,并不要求行为人具备行为能力为要件。

学界之所以将交付赋予法律行为的性质,在某种程度上受到交付双方对占有移转达成“同意”的影响。为此,有必要分析交付与占有取得与占有丧失的不同之处。占有取得若是从受让人的角度观察,它既可能是原始取得,即不依赖于他人意思的获得占有,如添附、先占、偷盗、抢夺和发现遗失物,也有可能是继受取得,即依赖于他人意思的占有获得(交付),典型者如因让与所有权而获得占有。若以占有的原始取得的角度观察,如甲拾得垃圾桶内某件物品,其行为无须对任何人表示,拾得行为便足以使甲获得对该件物品的直接占有,这纯为事实后果。垃圾桶内的该件物品根据社会经验可认定为无主物,甲不必具备获取所有权的目的是意思,而只要具有自主占有的意思,就可基于先占行为取得该件物品的所有权,这才是事实行为所引发的法律效果。再如,乙将其所有的空水瓶扔到垃圾桶内,也不必对他人表示,只要将该瓶扔到垃圾桶就已放弃对该瓶的直接占有。这一事实行为引起的法律后果是乙丧失该空水瓶的所有权。无论其内心究竟如何考虑,失去该瓶所有权的法律效果确定发生。

若是以上两个事实行为偶然结合,仍未改变其事实行为的本质。如甲抛弃其所有的某件物品,为乞丐乙所拾到。甲虽然丧失了对该件物品的直接占有,但他并没有为乙放弃对该件物品占有的意思。该件物品究竟是被人拾到,还是在自然界自行消灭,对甲而言并不重要。乙直接占有该件物品也并非基于甲的意思而发生,其占有取得依然是属于原始取得。因此,这一占有获得并不构成交付,只是偶然结合而导致占有放弃和占有获得。我国早有学者强调构成事实上管领力的移转,需要让与人的意思,受让人自行占有标的物,不构成交付。^[24] 有关占有的得丧仅是事实上的效果,不依赖于当事人究竟希望发生何种法律效果的认识。这两个行为所引起的法律效果却是甲因抛弃而丧失对该件物品的所有权,乙如基于自主占有而先占该件物品,乙就取得它的所有权。

[21] 屈茂辉:《动产交付规则的解释和适用》,《政法论坛》2008年第6期,第156页。

[22] 常鹏翱:《事实行为的基本规范》,《法学研究》2010年第1期,第55页。

[23] *Staudinger/Bund*, 2007, § 854 Rn. 18; *Baur/Stürmer, Sachenrecht, München 2009*, S. 71.

[24] 梁慧星主编:《中国物权法研究》(上),陈华彬执笔,法律出版社1999年版,第211页。

(二)“占有移转”的意思

倘若以上两个事实行为并非偶然结合,而是甲为乞丐乙放弃对该件物品的占有,后者由此获得对该件物品的直接占有,以上行为是否依然构成事实行为?有学者认为,在动产所有权变动中,伴随事实管领力的移转是双方当事人在事实上的合意:出让人放弃自主占有的意思,受让人发生这一取代前者的意思,^[25]或者说受让人是在当前所有权人的促成下获得对物的占有。^[26]这一事实上的合意似乎具有合同的性质。《德国民法典记录书》中提到,“在交付的情形下,占有的终止与其说是通过停止事实支配力,倒不如说是经由撤回占有意思;交付因此具有合同类型的特性”。^[27]正是基于这一所谓事实上的合意,才使得交付披上法律行为的外衣。

此处提到的具有“合同类型的特性”或者“基于合意”,并非指交付具有法律行为的性质、需要当事人的意思表示,而仅指事实层面的“同意”。倘使我们将这一同意纳入与意思表示进行比较的范畴,那么它至多作用于行为人的行为意思层面,而不涉及表示意识和效果意思。换言之,原占有人必须表现出放弃占有的意思,新占有人亦必须具备获得占有的意思。仅有一方当事人的意思,尚不足以构成交付。交付要求转让物的占有移转必须是基于原占有人的意思,放弃原先的占有,而使受让人获得占有。^[28]倘若受让人经出让人的同意,直接取走标的物,这里虽缺少出让人主动放弃占有的行为,但也能等同于交付。^[29]反之,若受让人侵夺他人的物,则其虽获占有,却因缺少他人的同意而不能构成交付。此时,占有人可以根据《物权法》第 245 条第 1 款主张占有物返还请求权。

需要明确的是,这一行为的意思仅限于引起事实上的法律后果,如占有的丧失或取得。至于原占有人究竟是针对特定人放弃占有,还是为不特定的人放弃占有,仅是其放弃占有的意思指向存在不同,并不影响该行为在事实层面的后果,也不会使得这一行为由事实行为转化为法律行为。交付中行为人的意思不涉及法律行为所要求的意思表示,而是关系到出让人是否愿为受让人放弃占有,受让人是否愿意接受占有。如出卖人甲因误认第三人丙为买受人乙,移转标的物占有于丙,丙受领该标的物。甲虽出于误认,但移转买卖标的物于丙,是出于其自由意志的支配,并没有受到外力的干扰和妨碍,这样的意思便足以引起占有的放弃。丙即使明知自己并非买受人,仍然受领标的物占有,也是其意思支配下的行为。这样程度的意思便可满足占有的取得和丧失。

正如本文一再强调的,事实行为中旨在引起事实上后果的意思属于法律行为的事实构成要件,^[30]它与客观事实的发生共同作用才能发生事实行为的结果。这一引起相关后

[25] MünchKommBGB/Oechsler, 2013, § 929 Rn. 48.

[26] 鲍尔/施蒂尔纳著:《物权法》,申卫星、王洪亮译,法律出版社 2006 年版,第 363 页;原书使用的标题是“Besitzübertragungswille”des Veräußerers,译者译为“占有让与”的意思,但按文义的理解只是“占有移转”的意思。Baur/Stürner, Sachenrecht, München 2009, S. 71; S. 640, 643.

[27] Protokolle (1. Komm.) Folioseite 3430, zitiert aus Ernst, Eigenbesitz und Mobiliärerwerb, Tübingen 1992, S. 55.《德国民法典立法理由书》提到交付时,也认为它是“基于合意的占有取得(konsensualen Besitzerwerb)”。Motiv III 93 = Mugdan III 51, zitiert aus Ernst, Eigenbesitz und Mobiliärerwerb, Tübingen 1992, S. 55.

[28] Baur/Stürner, Sachenrecht, München 2009, S. 71; S. 643.

[29] Staudinger/Wiegand, 2004, § 929 Rn. 67; MünchKommBGB/Quack, 2004, § 854 Rn. 29.

[30] 参见维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社 2013 年版,第 129 页。

果为目的的自然意思,并不能引起占有的取得或丧失,必须与客观的事实后果相结合,才能引起占有物的事实管领力变动。

(三)“占有移转”与权利移转的差异

交付被学界赋予法律行为的另一原因在于,交付被认为是直接占有的继受取得,发生了“占有移转”,也被称为占有的让与。^[31]我国台湾地区的学界认为“占有移转”需要当事人的意思表示,以法律行为为之。^[32]大陆学者虽也承认“占有移转”,但对该行为的性质要么追随我国台湾地区的见解,^[33]要么鲜有问津。其实,民国时代的民法教科书就曾谈及占有的取得。梅仲协曾将其划分为基于事实上管领力的取得占有与基于法律行为的取得占有,后者指的是当事人基于法律行为(例如租赁、运送等)而应为占有之移转。^[34]但据此只能得出当事人所负有的交付义务来自于法律行为,不能推断出交付行为就是法律行为的结论。

交付之所以能引起法律效果,在于当事人除事实上具有占有得丧的自然意思之外,还存在着旨在发生特定法律效果的效果意思:移转所有权、设立质权或设立动产抵押权等。我国学者曾指出,在占有移转的同时,经常伴有其他的法律关系,即经常存在所有权或其他占有物的权利的设定或让与等等同时进行。^[35]事实层面的自然意思或许在现实生活中混杂于法律层面的意思表示,使人难以一目了然。但在区分事实行为与法律行为的民法世界,二者却作用于不同的层面,不能将其混淆。

法律语言之所以使用“占有移转”的表述,更多是来自于权利移转的影响,如所有权、债权等其他权利的移转。权利移转强调的结果是受让人获得与出让人完全同一的权利,如诉讼时效相同、享有相同抗辩权以及享有相应从权利(如担保权)等。权利移转若为权利的继受取得,则要经过当事人意思表示一致而实现。作为有体物占有移转的交付,从结果上表现为新占有人获得的占有如权利移转一样。新占有从外部看来也是与原占有没有差别,但这并不表示直接占有能如同权利一样,由出让人经由一致的意思表示移转于受让人。作为事实行为的交付,其作用表现为原占有人为新占有人放弃直接占有,而在实质上使得后者得到一个新的直接占有。^[36]由于这一占有的放弃与取得在时间上紧密相联,才使得后者的占有在结果上与前者完全同一。既然我国学说认为占有的取得和丧失为事实

[31] 孙宪忠著:《物权法》,社会科学文献出版社2005年版,第335页;崔建远著:《物权法》,中国人民大学出版社2011年版,第145页。

[32] 王泽鉴著:《民法物权》第2册,中国政法大学出版社2001年版,第218页;史尚宽著:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第548页;谢在全著:《民法物权论》下册,中国政法大学出版社1999年版,第957页。王泽鉴曾在上页举例道:“例如甲出租某屋于乙,半年后甲交付该屋于乙时,已受禁止产宣告。在此情形,乙不能以有效的让与行为,而受让该屋的事实管领力,应认为系原始取得其占有”。

[33] 孙宪忠著:《物权法》,社会科学文献出版社2005年版,第335页;崔建远著:《物权法》,中国人民大学出版社2011年版,第145页;刘家安著:《物权法论》,中国政法大学出版社2009年版,第228页;陈华彬著:《物权法》,法律出版社2004年版,第637页;申卫星著:《物权法原理》,中国人民大学出版社2008年版,第206页。

[34] 梅仲协著:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第623页。

[35] 魏振瀛主编:《民法学》,高等教育出版社2013年版,第340页。此处删除其他应占有物的权利的“应”,疑为多字。

[36] MünchKommBGB/Joost, 2004, § 854 Rn. 30.

行为,则在交付中似无必要创设例外,仍应维持理论一致与体系和谐。

(四) 小结

根据以上分析,交付更明显地体现其事实行为的性质。因为交付过程只是发生了占有移转的法律效果,这一效果并非是由当事人的意思表示所引起,而是当事人的意思加上特定的客观事实共同所致。概言之,交付既非否认物权行为的观点所认为的那样,其只是无意思的客观行为;交付也并非多数支持物权行为的观点所想象的那样,其意思是针对法律行为的意思表示。从德国法的经验来考察,交付的性质虽在《德国民法典》制定时存有争论,但今日德国学界多认为,根据《德国民法典》第 854 条第 1 款的有形交付为事实行为。^[37] 物权合意则具有独立的法律地位,并不与交付重合。由此推断,交付为法律行为或事实行为,未必与承认物权行为存在必然联系。因此,本文依然主张交付为事实行为,以此展开学理阐释。

三 无第三人参与的交付

(一) 典型交付

出让人通过移转直接占有,^[38]亲自将转让动产转交给受让人本人,便是最理想的交付类型。^[39] 这一原来由出让人直接行使的占有,在不借助他人的情况下,经由转让物交递与受领而使该物交入受让人手中,是德国民法典的立法者所考虑的典型情形。我国学界在理解《物权法》第 23 条的交付时,也多认为交付就是直接占有的移转。^[40]

倘使我们将交付等同于直接占有的移转,占有人必须获得对物的事实支配力。尚须确认的问题是,当事人的意思在此发挥何种作用。正如本文在论及交付的性质时所指出的,当事人在交付中依然具有一定的自然意思,交付正是藉此意思才能区别于“占有变动”和“取得占有”。占有变动只是意味着前占有人失去占有的同时,后占有人取得占有,占有变动并不必然是基于前占有人的意思而发生,这也是交付与占有变动的差别所在。史尚宽指出,德国民法中“有形的交付,须取得人有事实上管领力之获得及原占有人两个之同方向的意思”。^[41] 这一观点究竟如何解释交付中获得事实上的控制力与占有意思,将在下文讨论。

[37] Westermann/Gursky, Sachenrecht, 6. Aufl., Heidelberg 1990, S. 104; MünchKommBGB/Quack, 2004, § 929 Rn. 118.

[38] 尽管使用“移转”直接占有的表述,会有引人误解之感。但考虑到交付相当于“直接占有移转”这样约定俗成的用法,笔者还是沿用国内学界的这一表述。

[39] Staudinger/Wiegand, 2004, § 929 Rn. 46; Martinek, Traditionsprinzip und Geheißerwerb, AcP 188 (1988), 582. 国内也有学者主张交付行为除现实交付标的物之外,还包括简易交付、占有改定、指示交付等各种特殊的交付行为,王利明著:《物权法研究》(下册),中国人民大学出版社 2007 年版,第 732 页。

[40] 史尚宽著:《物权法论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 38 页;魏振瀛著:《物权法》,北京大学出版社 2013 年版,第 230 页;梁慧星主编:《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社 2000 年版,第 181 页;崔建远著:《物权法》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 48 页;王轶著:《物权变动论》,中国人民大学出版社 2001 年,第 148 页。

[41] 史尚宽著:《物权法论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 549 页,注 1。

1. 客观要件:占有的得丧

交付要求受让人必须获得相应的占有地位,即占有物的事实管领力。^[42] 这一占有取得必须是真实的、持续的。因此,纯粹的象征性行为,如张贴标记或悬挂标牌,并未使得受让人获得对占有物的事实管领力,尚不足以满足占有的取得。仅仅口头表示,如出让人表示从今开始受让人获得直接占有,并未使受让人获得事实管领力,也不足以构成占有的取得。^[43] 占有取得要求具备一定的持续期间的事实管领力,比如,散步游客坐在公园椅子上,只是临时性使用,并未取得该椅子的占有,再如,客人在主人家用餐时使用餐具,虽然其使用餐具系基于主人的许可,但依照交易观念仅为短时控制力,其并未取得餐具的占有。^[44]

当出让人亲自递交标的物于受让人时,该物的直接占有由出让人移转于受让人。德国通说认为,出让人在交付时不能再保留任何最微弱的占有残余。因为受让人对物行使事实管领力时,不必再依赖于出让人的协助,也无须出让人的容忍。只有这样,受让人对物的支配时,才不会由于出让人的缘故而受到阻碍。^[45] 因此,倘若出让人暂时或部分地保有占有,则不能构成交付。例如,当出让人通过占有改定替代交付时,便使占有呈现为“分裂”的状态:受让人虽取得间接占有,但出让人仍保有直接占有。由于出让人并未完全丧失占有,交付便无法实现。因此,通说认为,出让人必须完全失去占有,^[46] 才能完成交付。

同理,若出让人出卖动产于受让人后,仍然共同占有转让物,也无法构成交付。^[47] 设想甲乙将某名贵首饰交付银行保管,放置于双重加锁的保险柜中,两个人各有一把钥匙,只有两人共同到场使用各自的钥匙,才能取出该首饰,后甲因手头拮据,便将该首饰出卖于乙,但并未交付钥匙给乙。可见,该首饰依然处于甲乙共同(间接)占有之下,由于甲尚未完全失去占有,乙便无法基于交付而取得该首饰的所有权。因此,交付不仅意味着出让人失去占有,而且意味着出让人必须完全丧失转让物的占有。只有这样,受让人才能在对物行使事实上的支配力时彻底贯彻他的意志,排除出让人的干预可能性。

就此而言,《物权法》第 23 条的交付概念也不统一。若出质人将质物交付于质权人(《物权法》第 212 条),以期设立质权。质权人虽获质物的直接占有,也只根据质权关系成为出质人的占有媒介人,由此负有妥善保管质物的义务(《物权法》第 215 条第 1 款)。质权人的占有并非自主占有,而是他主占有,一旦质权担保的主债权获得实现时(《物权法》第 219 条第 1 款),质权人就应当将质物返还给出质人。出质人借助于质权人获得质物的间接占有,他在交付质物之后并未完全丧失占有。这一交付并不符合所有权变动所要求的构成要件。因此,即使同为《物权法》第 23 条的交付,也要区别物权变动或设立的

[42] Westermann/Gursky, Sachenrecht, 6. Aufl., Heidelberg 1990, S. 285.

[43] MünchKommBGB/Quack, 2004, § 929 Rn. 115.

[44] Staudinger/Bund, 2004, § 854 Rn. 10.

[45] Ernst, Eigenbesitz und Mobilärerwerb, Tübingen 1992, S. 56.

[46] Staudinger/Wiegand, 2004, § 929 Rn. 62.

[47] Westermann, Sachenrecht, Heidelberg 1998, S. 284.

种类,而界定交付的不同要件。

《物权法》第 23 条的交付更是不同于《合同法》中的诸多交付。首先存在明显差别的是租赁物的交付(《合同法》第 212 条)和保管物的交付(《合同法》第 365 条)。租赁合同和保管合同之中标的物的交付并未使得出租人、寄存人完全丧失占有。因为承租人基于租赁合同、保管人基于保管合同分别成为出租人与寄存人的占有媒介人,由此使得后者获得对租赁物、保管物的间接占有。既然出租人、寄存人尚未丧失对标的物的事实控制力,那么以上合同中标的物的交付就不能满足《物权法》第 23 条的构成要件,不能构成基于所有权变动的交付。

其次,托运人根据货物运输合同负有向运输人交付货物的义务,《合同法》虽然未在货运合同中明示这一义务,却在多式联运合同中确认托运人向承运人的交付义务(《合同法》第 319 条第 1 句、第 141、145 条)。《合同法》在此所使用的“交付”是指出让使得标的物脱离其事实控制的范围,^[48]并未使受让人获得完全的占有。作为我国《合同法》借鉴来源的《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)与国际贸易中大量运用的商业条款,使用出卖人“交付”义务的表述。纯就买卖合同而言,倘若标的物需要运输,只要出卖人将标的物送交第一承运人,他就完成了基于买卖合同所负有的交付义务(《合同法》第 141、145 条),^[49]买受人对出卖人交付标的物的请求权便随之消灭。之后,即使发生标的物毁损、灭失的情况,也不影响出卖人交付义务的完成。在以上被称为寄送买卖的实践中,出卖人作为托运人常与承运人订立运输合同,第一承运人与买受人并无占有媒介关系,而与出卖人存在占有媒介关系。出卖人若将标的物交付第一承运人,他只是失去标的物的直接占有,依然通过后者获得间接占有。^[50] 买受人并未取得在途标的物的事实控制力,自然谈不上获得任何占有。所以,就此而言,出卖人没有完全放弃占有,买受人也未曾获得一丝占有。出卖人在买卖标的物需运输时所负担的“交付”义务,并不完全等同于《物权法》第 23 条的交付,动产所有权变动也无法实现。

再次,需要辨析的是《合同法》第 140 条后半段规定:“合同生效的时间为交付时间”。有学者认为,在买卖合同订立前,买受人已实际占有标的物,那么标的物交付系于合同生效的交付方式。^[51] 这一观点将合同生效完全等同于标的物交付,有待商榷。按照我国的通说,买卖合同生效并不发生标的物所有权的移转,只是使买受人根据《合同法》第 135 条享有对出卖人要求移转标的物所有权和占有的请求权。买卖标的物所有权移转,应适用《物权法》第 23 条,原则上自标的物交付方能生效。根据本文的分析,既然买卖标的物的交付,原则上只是事实行为,无需意思表示,那么交付与合同生效便应适用各自的构成

[48] Staudinger/Beckmann, 2004, § 433 Rn. 76.

[49] Staudinger/Beckmann, 2004, § 433 Rn. 75.

[50] 根据《合同法》第 308 条,在货物交付收货人之前,出卖人作为托运人有权要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人,他由此还保留着对货物的事实控制力。通常认为承运人根据运输合同而成为托运人的占有媒介人。不过,海上运输合同的承运人可以根据托运人请求而签发海运提单。提单签发后,提单权利人才能实施以上处置。托运人若无提单,则不再能根据海上货物运输合同对货物实施处置,也失去了借助承运人对货物实施事实上控制的可能性(间接占有)。

[51] 陈小君主编:《合同法》,高等教育出版社 2004 年版,第 274 页。

要件,而不应混淆。即使偶有巧合,也不能得出两者一致的结论。

由此可知,《合同法》第140条将合同生效的时间等同于交付时间,混淆法律行为与事实行为的发生时间。这里所谓的交付,并非事实行为意义上的交付,而只能理解为发生于物权变动的简易交付(《物权法》第25条),即物权变动生效。这样一来,占有转让动产的受让人与受让人嗣后订立买卖合同的生效时间成为简易交付(动产物权变动)生效的时间,如此方能与《物权法》第25条“自法律行为生效时起”保持一致,维护法律体系内在的和谐。

2. 主观要件:交付的意思

根据本文的观点,交付并非法律行为。因此,意思表示所要求的表示意识、效果意思都非占有的要素。占有人只须具备行为意思即可,也就是说,当事人移转占有的意思与获得占有的意思一样,都不具有法律行为的性质。^[52] 所以,即使出让人为限制行为能力人,都不应直接影响交付。

虽然交付表现为物的直接占有移转,但它并非自然事件,而是由人的意识所支配的行为。当行为人为事实行为时,“只是”旨在引起事实上的后果。^[53] 作为事实行为的交付,取决于出让人是否具备自然的意思能力。换言之,判断当事人丧失占有的能力,要根据具体情况才能判断。^[54] 限制行为能力人以他放弃占有时的判断能力为标准,而无行为能力人放弃占有的意思则通常不予考虑,但若其确实在物理上和心理上具有能力放弃占有,也应认可。

在交付的过程中,出让人失去占有、受让人得到占有,均应出于自愿。任何一方都不得将自己的意思强加于对方,更不得违背对方的意思,使用法律所禁止的私力侵夺占有。设想甲乙达成买卖某幅名画的买卖合同,约定甲于次日将该画交付于乙。但乙又不想花重金购买,便于当晚潜入甲家,盗取该画。即便乙获得这幅画的直接占有,他也确实基于买卖合同享有向甲移转该画的请求权,有关该画的占有外观也符合当事人约定的后果,但该画的占有移转并非基于出让人甲的意思所发生,属于非自愿的占有丧失,所以并不构成交付,^[55] 因此,即便此时的占有状况符合物权公示的外观,也不应导致该画所有权的移转。

通常情况下,出让人若同意受让人取走标的物,也可与交付等同视之。^[56] 不过,如果双方当事人仅约定,在出让人不履行合同义务时,受让人有权取走出让人的转让物,此时是否构成交付,有待讨论。如出让人出卖他人之物,受让人纵使在占有改定的情形下主观为善意,也不能取得受让物的所有权。因为转让动产尚未交付(《物权法》第106条、《德国民法典》第933条)。出让人约定继续租用出让动产一年,如其不按期支付租金,受让人有权拿走该物。因出让人未能按时支付租金,受让人解除租赁合同,并在出让人不知情

[52] Baur/Stürner, Sachenrecht, München 2009, S. 643.

[53] Flume: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Berlin u. 1979, S. 110.

[54] Staudinger/Wiegand, 2004, § 935 Rn. 9.

[55] Vgl. BGHZ 67, 207. “…… dem Erwerber der Besitz an ihr vom Veräußerer, mit dessen Willen’ eingeräumt werde.”

[56] Staudinger/Wiegand, 2004, § 929 Rn. 67; MünchKommBGB/Quack, 2004, § 854 Rn. 29.

的情况下取走转让动产,他在此时依然不知该动产不属于出让人,仍为善意。争议焦点在于,受让人取走动产是否构成“交付”,由此是否满足善意取得的要件?德国通说认为,这一概括授权尚不足以满足交付的主观要件,它只是排除了违法性要件,却不符合受让人知情的要求。^[57] 在出让人不知情时,受让人直接取走转让物的情况下,这一占有移转依然不是受让人和出让人共同意愿的结果,而只是受让人基于单方意思的占有取得。因此,受让人即使事后取得标的物的占有,也不能基于交付完成(《德国民法典》第 933 条)而主张善意取得所有权。

同时,出让人无意识地失去占有也无法满足交付的要求。最典型的情形,即,如出让人遗失转让物,该物其后由于其他原因被受让人所得。即使该物的取得符合了双方当事人转让该物的最终意思,也在客观上实现了公示后果,但非基于出让人意思而失去转让物的占有,无论如何也不能构成交付。

交付作为事实行为,原则上不会受到诸如错误、欺诈和胁迫等意思表示瑕疵的影响。不过,存在疑问的是,出让人的自然意思是否存在由于受到上述瑕疵的影响,而导致非自愿地放弃占有,由此无法满足交付的主观要件。有观点认为,受胁迫的交付也符合公示要求,物权应当正常变动。^[58] 据此,出让人在交付时放弃占有,即使受到错误、欺诈和胁迫等影响,也依然可以实现占有移转的效果。

由于我国通说不承认物权变动中存在物权合意,而只将物权变动的原因归因于合同,就使得合同订立时意思表示真实、而交付时出让人或受让人的意思存有瑕疵时,难以通过意思表示的撤销、变更来给予必要的救济。当合同订立时间不同于动产交付时,通常表现为合同订立在先,动产交付在后。此时,在表意人仅交付动产时发生错误、受欺诈,或暂时丧失行为能力,依然构成有效的动产交付。在现行法体系下,这些情况难以救济,不免有些遗憾。

德国通说在判断是否构成占有脱离物的情形下,认为错误和欺诈不能改变占有放弃的自愿性,而胁迫则要视胁迫程度而定。由于占有放弃是事实行为,所以,占有人由于错误放弃占有,并不发生意思与表示的不一致,也构成了自愿的占有放弃。^[59] 正所谓,错误的交付也是一个有效的交付,但在胁迫情况下则必须有所区分。^[60] 德国联邦最高法院曾有类似案例:“占有人在如此重大且不可承受的威胁下作出放弃占有的意思”(无法抵抗的暴力或心理上的暴力),占有人便是非自愿地放弃占有。^[61] 例如,出卖人甲与买受人乙就甲的动产于 10 月 1 日订立买卖合同,约定 10 月 5 日交付该动产。10 月 3 日,乙持刀威

[57] BGHZ 67, 207. 反对意见主张,出让人同意受让人自力取走转让物,且后者也确实照此行使,与交付等同视之。这样的事先许可,不仅排除了法律禁止的私力救济,也实现了交付。Wieling, Sachenrecht, 2. Auflage, Berlin und Herdelberg 2006, S. 299 - 300.

[58] 葛云松:《物权行为理论研究》,《中外法学》2004 年第 6 期,第 717 页。早在德国民法典起草之时,立法理由书就已提及欺诈和胁迫:尽管存有暴力下的法律行为的瑕疵,“通过胁迫和欺诈,违法影响放弃占有者意思所导致的放弃”所表现的并非是无意思的失去占有,而是自愿的失去占有。Motiv III, 348, zitiert aus Ernst, Eigenbesitz und Mobilärerwerb, Tübingen 1992, S. 73.

[59] Staudinger/Wiegand, 2004, § 935 Rn. 11.

[60] Staudinger/Wiegand, 2004, § 935 Rn. 11.

[61] BGHZ 4, 10, 33 ff.

胁甲,如不交付该动产,就将杀害甲,甲只得提前将动产交付于乙。这一情形下,出让人的放弃系基于无法抵抗的暴力所致,并非其基于自愿而放弃占有。虽然该行为在外部表现为基于出让人意志而作出,但其实质则与抢夺财物无异。甲即使不交付动产,乙也会持刀将其杀害,取走该动产。这种情况下,应认定存在如此重大且不可承受的威胁,出让人根本不同意受让人取走占有物,此时不应构成交付而致所有权移转。即使现行法不承认物权合意,也应在出让人受到此般胁迫时否认交付,尽量保护非自愿丧失占有人的利益。反之,若受让人乙威胁出让人甲曾有偷税漏税情形,如不提前交付动产,则向有关机关举报以上行径。但是这种程度的威胁尚不能构成无法抵抗的暴力上或心理上的暴力,出让人面对这种胁迫而交付,是经过权衡两种选择所带来的利弊后,基于其自由意志而作出的选择。这时,他同意将占有移转于受让人,而并不发生所谓法律禁止的私力,依然构成交付。

(二)基于合意的占有移转

在动产物权变动中,原则上以交付动产为生效要件,也就是出让人移转直接占有于受让人。但若受让人已对转让动产实施了事实上的控制力,或转让动产因其特性不易移动,使得受让人在内的任何人都能对该物行使事实管领力。此时,法律是否还要坚持交付原则,要求双方当事人必须移转直接占有?

我国学界对此鲜见讨论。不过,《德国民法典》第854条第2款却对此肯定,若受让人已有能力对物行使事实控制力,则出让人与受让人达成合意时,受让人就获得占有,由此构成交付。^[62]此时,双方当事人通过简单合意所实现的占有取得,被归类为法律行为,更确切地说是合同。^[63]这一类基于合意的占有移转表现为以下类型:

1. 占有辅助关系的建立与废止^[64]

占有移转通常都会导致转让物在物理上的移动,但当占有人与占有辅助人作为物权变动的双方,建立或废止其社会依赖关系,转让物虽未发生物理上的移动,德国通说也认为满足了交付的要求。例如,某公司的职员正驾驶公司的汽车出差,作为该车主的雇主将向他转让该车所有权。为此,该职员废止与雇主的占有辅助关系,而取得该车的所有权。同样,正在驾驶自己汽车出差的职员,也可与其雇主建立有关该车的占有辅助关系,转让汽车所有权于雇主。^[65]

当占有人与占有辅助人旨在变动物权而废止其社会依赖关系时,占有辅助人已获得转让动产的事实上的控制力,但占有辅助人并非占有人。正如职员驾驶公司的汽车,是为公司占有,占有者是公司,而非该职员。由于占有辅助关系的废止,公司失去汽车的直接

[62] Ernst, *Eigenbesitz und Mobiliärerwerb*, Tübingen 1992, S. 56 – 57; Westermann/Gursky, *Sachenrecht*, 6. Aufl., Heidelberg 1990, S. 105; MünchKommBGB/Joost, 2004, § 854 Rn. 31, 34. Westermann 和 Joost 都认为,《德国民法典》第 854 条第 2 款不限于“公开的占有”。

[63] Staudinger/Bund, 2004, § 854 Rn. 29; Ernst, *Eigenbesitz und Mobiliärerwerb*, Tübingen 1992, S. 57. 反对学说主张该合意非法律行为,只是当事人达成的事实上的合意。参见 Wieling, *Sachenrecht*, 2. Auflage, Berlin und Heidelberg 2006, S. 161; MünchKommBGB/Quack, 2004, § 854 Rn. 32. 按其观点,当事人所达成的合意并不希望引起任何的法律效果,而只是涉及到一个事实过程。但所谓占有移转的意思,若不与客观的占有移转相结合,并不构成事实行为。

[64] Westermann/Gursky, *Sachenrecht*, Heidelberg 1990, S. 105.

[65] Baur/Stürner, *Sachenrecht*, München 2009, S. 641.

占有,职员便由他主占有而转变为自主占有。在这一情况下,既然直接占有由公司移转于职员,立法者并无强求当事人践行交付的理由,而且省却标的物的直接占有移转,也符合他们的利益选择。因为当事人所希望的符合所有权变动的占有状态已经实现,没有必要多此一举,由出让人获得直接占有,再移转直接占有于受让人。^[66]

当占有辅助人与占有人建立社会依赖关系时,作为占有辅助人的职员本是直接占有人,由于建立占有辅助关系而失去其对汽车的直接占有。公司对该车不曾享有任何占有地位,在二者的社会辅助关系建立后成为直接占有人。这一占有的取得,纯粹是基于合意而发生,并未发生事实控制力的移转。

2. “开放占有”的移转

在罗马法上,当标的物为土地时,受让人可根据交易观念获得开放占有而取得对该物的事实支配力。这一方式当然也可适用于动产,不过此类动产的特征多为不易运输,以致该物的物理移转不太可行。^[67] 因此,德国民法典的立法者并未拘泥于交付原则,而是采取了变通的方法,允许双方当事人通过达成合意,便可移转此类动产的占有。

根据德国通说,基于合意而移转占有,要求出让人对物的占有处于开放状态,即任何人都能对该物行使事实管领力。比如,放在森林某处的一堆木材,放置于自家院外的柴草,任何人行使支配力都没有障碍。倘若出让人将木材放置于自家围有栅栏的院内,则根据交易观念,并非任何人都能对此行使事实上的支配力。此类“开放占有”的移转只须当事人达成合意即可。这一合意并非事实上的合意,而是法律行为的合意,因此,有关行为能力、意思表示的原理也要得到适用。^[68]

占有被归类于事实上对物的管领力,因此占有的得丧需要经由获得或失去物之事实上的管领力。但在受让人已能对物行使事实管领力时,再移转直接占有就不符合当事人的需要,甚至与其利益背道而驰。德国民法典的立法者没有固守教条,而是允许当事人以合意来移转占有,顺应了正当的交易需求,值得我国立法仿效。

四 一般的第三人参与的交付

我国学界所理解的交付,大多指出让人将标的物直接占有移转于受让人。这也符合 19 世纪末期德国民法典立法者的设想:典型交付(《德国民法典》第 929 条第 1 句)应通过移转直接占有,由出让人亲自递交转让动产于受让人本人。^[69] 然而随着社会的发展,这

[66] 这正是发生简易交付时(《物权法》第 25 条),立法者免去交付的理由。这一占有移转方式却不能扩展于占有人与占有媒介人之间的建立与废止占有媒介关系。因为作为受让人的占有媒介人之前已获得直接占有,通过废止占有媒介关系以及通过简易交付的方式取得了所有权,直接占有的地位并没有发生变化,变化的只是由他主占有人成为了自主占有人。同理,双方当事人建立占有媒介关系时,受让人通过占有改定取得受让物的所有权,原来作为出让人的自主占有人由于失去所有权而变为他主占有人。出让人的占有意思虽然发生变动,但他原先便是直接占有所有物,失去所有权后还是直接占有,只是占有的是他人之物,并未导致直接占有的移转。

[67] *Wieling, Sachenrecht, 2. Auflage, Berlin und Herdelberg 2006, S. 161.*

[68] 倘若当事人由于错误、欺诈等原因达成合意,则享有撤销权的一方当事人可以撤销这一合意,由此导致占有物非基于出让人意思而由他人占有,即构成占有脱离物情形。

[69] *Staudinger/Wiegand, 2004, § 929 Rn. 46.*

一观点显得越来越不合时宜,并受到日渐增多的批评。^[70] 现代社会中的人借助于他人参与社会交往,完成交易行为已成为常态。在社会分工日益加剧的情况下,所有人无须亲自占有、使用、收益、处分其物,而可委任他人管理、使用、处分。亲力亲为的情况在当代已不再成为常态,每个人都不得不借助他人来完成一些力所不及或不便亲自处理的事务。^[71] 比如,上海的寄件人若要邮寄一个普通包裹给北京的朋友,自会委托邮局或快递公司办理,而不会跋涉万水千山亲自交递。再如,出卖人如已将其表交于钟表行修理,也会嘱托钟表行将该表交给买受人,或让买受人直接去钟表行取表,免去自行提取转交的麻烦。大量的第三人参与动产交付的过程,在债法上可表现为借助于履行辅助人履行债务,^[72] 在占有关系上则体现为借助于占有辅助人和占有媒介人参与的动产交付。

(一)借助于占有辅助人的交付

日常生活中大量的动产交付都借助于占有辅助人来完成,如公司雇员、商店职员和工厂工人等。他们既可作为出让人的占有辅助人来交付动产,也可作为受让人的占有辅助人来受领交付,甚至出让者与受让者都借助于占有辅助人亦非罕见。由于占有辅助人只是为他人占有,其本身并非占有人,所以无论有多少占有辅助人参与交付,直接占有始终只在出让人与受让人之间发生变动。这一过程与出让人直接递交动产在法律上都会引起相同的结果:直接占有的移转。

交付不仅呈现为占有辅助人参与转让物的交递,而且也包括出让人与占有辅助人之间社会依赖关系的废止,受让人与占有辅助人建立新的社会依赖关系但转让物却未发生物理上的移动。倘若出让人通知其占有辅助人,遵从受让人的指示,占有辅助人照此指示执行。由于占有辅助人已经对外在事实上控制转让物,因此一旦受让人和占有辅助人建立新的社会依赖关系,受让人便经由占有辅助人取得对转让物的直接占有。例如,出让人将其所有的存货转让给受让人,他指示保管其存货的雇员与受让人建立占有辅助关系,一旦其雇员遵从指示,与出让人终止雇佣关系,基于新的雇佣关系而成为受让人的雇员,受让人就获得转让物的直接占有,出让人便失去对该物的直接占有。虽然转让物自始至终都在该雇员的控制之下,也未发生物理上的移动,^[73] 但该雇员作为占有辅助人并未获得一丝的占有,转让物的直接占有从出让人移转于受让人。

这种隐蔽的交付发生在双方当事人之间,但占有辅助关系的变化并不能轻易为他人所察觉。因为转让物自始至终都在第三人控制之下,而物权法所要求的交付已经发生,所有权也发生了相应的移转。

(二)借助于占有媒介人的交付

1. 交付的形态

除了占有辅助人之外,出让人与受让人还可借助于租赁人、保管人、仓储人和承运人

[70] *Siß*, in: FS Wolff, S. 141 – 152; *Bauer*, in: FS Bosch, S. 1 – 25. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 17. Auflage, München 2009, S. 637.

[71] *Hübner*, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, Erlangen 1955, S. 65.

[72] 后者的履行辅助人是以清偿人的名义履行债务,不属于第三人清偿。韩世远著:《合同法总论》,法律出版社2004年版,第271页。

[73] *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 17. Auflage, München 2009, S. 641.

等占有媒介人参与交付。例如,出让人指示其转让物的保管人向受让人交付动产。此时,出让人原先只是间接占有人,他的保管人才是直接占有人。保管人将保管物交付受让人,使得后者获取直接占有,出让人由此仅失去间接占有。再如,受让人获得转让物所有权之前,就与他人订立租赁合同,然后指示出让人直接向其承租人交付该物。作为出让人的直接占有人,通过向受让人的承租人交付该物,以使后者获得直接占有。由此,出让人失去的是直接占有,受让人获得的却是间接占有。

所有权变动的双方也可借助于占有媒介人来完成交付,如出让人的保管人交付转让物给受让人的租赁人。由于双方都借助于占有媒介人,使得出让人的保管人丧失直接占有,出让人也随之失去间接占有,而伴随着受让人的租赁人取得物的直接占有,受让人取得的只是间接占有。在出让人与受让人之间变动的仅仅是间接占有,而并未发生直接占有的变动。

2. 交付的要件:出让人至少取得间接占有

我们在以上的几种情况中可以发现,出让人与受让人之间的占有移转并非是通常理解的直接占有移转。第一种情况下,出让人虽失去间接占有,却借助其占有媒介人使受让人获得直接占有。第二种情况下,出让人将动产交付于受让人的占有媒介人,失去的是直接占有,却仅使受让人获得间接占有。在最后一种情况中,即占有移转双方都借助占有媒介人的情况下,仅有间接占有的得丧,即出让人失去的是间接占有,受让人也只得到间接占有。以上三种情况要么是出让人一方或受让人一方失去或得到间接占有,要么是双方仅移转间接占有,这无疑与国内通说将交付理解为直接占有的变动有所不同。^[74] 因为通说所理解的交付,即使不强调占有移转双方亲自移转直接占有,而可借助于第三人移转直接占有,却也没有扩张到间接占有的移转。而一般所理解的间接占有移转,多被认为发生于观念交付的场合,比如在占有改定、指示交付等场合。

我国通说理解的交付要求受让人必须获得直接占有,似乎并无充分理由。尤其在借助间接占有人交付的情况中,倘若转让物不是交给受让人,而是交给受让人的间接占有人,则受让人不能取得直接占有,如此便不能构成《物权法》第 23 条的交付。另外,受让人通过占有媒介人来完成交付,也不构成《物权法》第 25 - 27 条的任何一种交付替代方式:简易交付、占有改定、指示交付。此时,倘若受让人既不能通过交付获得动产所有权,又不能以法律规定的替代交付方式得到所有权,那么借助于占有媒介人的受让人就无法基于法律行为而获得所有权。倘若这一常见的交易需求无法在现行法律体系中得到认可,则难以令人接受。要是立法者强求受让人必须废止占有媒介关系,自占有媒介人取回受让物时方能获得所有权,则又显得画蛇添足。

今日德国通说一致认为,受让人在交付中取得占有未必是直接占有,间接占有亦无不可。^[75] 我国台湾地区学者王泽鉴在其教科书中也追随该学说,认为“在受让人方面,须取

[74] 史尚宽著:《物权法论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 38 页;魏振瀛:《民法》,北京大学出版社 2002 年版,第 215 页;梁慧星主编:《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社 2000 年版,第 181 页;崔建远著:《物权法》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 48 页;王轶著:《物权变动论》,中国人民大学出版社 2001 年,第 148 页。

[75] *Staudinge/Wiegand*, 2004, § 929 Rn. 48 ff.; *MünchKommBGB/Quack*, 2004, § 932 Rn. 111.

得直接占有或与第三人成立间接占有关系”。^[76] 所以,受让人获得间接占有也能构成交付,不应存在理论上的障碍。

3. 交付的要件:出让人完全失去占有

根据我国通说,交付意味着受让人自出让人处受让直接占有,逻辑上的必然推论就是出让人必须失去直接占有。但若考察借助于占有媒介人来移转占有的情况,则通说所持的立场未必正确。如果转让物本就由出让人的占有媒介人占有,之后由占有媒介人交付给受让人。也就是说,当受让人取得转让物的直接占有之时,出让人只是失去了对该物的间接占有,而不是丧失直接占有。因为早在出让人将转让物交由占有媒介人时,出让人就丧失了直接占有,而只能通过占有媒介人来享有间接占有,更何谈在占有媒介人递交转让物时再次失去直接占有。

有学者认为,交付要件之一是让与人方面必须失去直接占有,^[77]就此而言并非完全正确。若强求出让人交付时失去直接占有,则势必逼迫他废止占有媒介关系而取回转让物,并亲自将转让物递交给受让人。这种方法无疑会使得出让人无法借助于占有媒介人递交转让物,在现代分工日益明细的社会中,不能借助他人之手,势必人为地导致交易效率的降低,注定是行不通的。

倘若出让人之物由其占有媒介人占有,那么出让人的占有媒介人一旦将占有物转交受让人或受让人的间接占有人,便使出让人失去间接占有。此时,出让人手中不再有一丝占有,他也就无法阻碍受让人对该物行使事实管领力。这就满足了交付的客观要件:出让人完全地失去占有。

4. 占有指示

我们可以由此认为,交付不只限于直接占有变动,那么出让人失去间接占有、或(和)受让人获得间接占有都足以构成交付。只是出让人必须完全地失去占有,受让人必须取得占有,如此方能构成交付的客观要件。

以上假设若能成立,发生于出让人、占有媒介人与受让人之间的交付还可呈现为以下形态:间接占有人指示他的直接占有人,从今起不再为其占有某物,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,该物的占有就移转于第三人。^[78]由此,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。

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。为此,甲指示乙终止与自己的保管合同,让乙与丙订立新的保管合同。当丙与乙订立保管合同之时,就获得该首饰的间接占有。甲在原占有媒介人乙与受让人丙建立新的占有媒介关系时,便失去了间接占有。尽管这一过程只发生了间接占有的变动,只要这一变动是基于双方的意思所致,只要出让人完全失去了占有,而且受让人至少获得间接占有,依然足以构成物权法

[76] 王泽鉴著:《民法物权》第1册,中国政法大学出版社2001年版,第135页。

[77] 王泽鉴著:《民法物权》第1册,中国政法大学出版社2001年版,第135页; Westermann/Gursky, Sachenrecht, Heidelberg 1990, S. 290.

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

的交付。

占有指示不同于当事人借助占有媒介人交递转让物,因为前者只有间接占有的变动,后者则是间接占有的移转。受让人基于占有指示与占有媒介人建立的占有媒介关系,获得新的间接占有。也就是说,受让人的占有媒介人基于出让人占有媒介人的意思,而取得转让物的直接占有。占有媒介人虽然一如既往地处于直接占有之中,但其他主占有媒介意思在间接占有移转后发生变化,由原先为出让人占有,改为为受让人占有。

五 特殊第三人参与的交付:指令取得

(一)指令取得的社会背景

正如上文所述,所有权变动中的出让人和受让人借助于占有辅助人、占有媒介人等第三人来完成交付,已逐渐成为交易的常态。同时,当前社会高度分工、现代通讯系统的日益发达,促使货物的流通逐渐加快,缩短了给付和供货链。买卖双方所转让的货物不再需要通过中间商逐层转手,而是可以由批发商或生产者直接向消费者配送。销售商(指令人)向生产商订货后、在货物交付前就将货物转卖于第三人(受让人),为此他指示生产商(运送人)将货物直接向第三人运送。^[79] 生产商为销售商向第三人履行合同,表现为向第三人履行的合同、或由第三人履行的合同。^[80] 在前者中(不真正的第三人合同),“经由被指令人而为交付”的过程引发的合同法效果是,生产商在货物直接运送给第三人的那一刻,就先后履行了他与销售商订立的第一个买卖合同的所有权移转义务、以及销售商与第三人订立的第二个买卖合同的相同义务。而这个过程的物权法效果则表现为:标的物所有权仅在销售商那里停留了“逻辑上的一秒”,就移转于第三人。^[81]

由此,这一交易形态却对交付的既有形式提出了考验:在货物交付的过程中,生产者、批发商、零售商作为买卖双方的第三人,究竟对转让的动产享有何种占有地位?尤其值得思考的问题是,在销售商与第三人订立第二个买卖合同时,由于货物尚未被现实交付,销售商也没有取得货物的直接占有,不能满足动产所有移转的交付要求。^[82] 因此,该第三人的占有地位究竟如何,颇值探讨。

(二)指令人的占有地位

1. 占有媒介关系

有学说认为,当指令人甲给予运输人丙以运货指示时,可以视作他们对占有媒介关系

[79] 实践中的案例尤以“连环买卖”最为典型。参见“海盐金海工贸有限公司与上海森源煤炭有限公司买卖合同纠纷上诉案”,(2009)沪一中民四(商)终字第1597号,北大【法宝引证码】CLI.C.316241。

[80] 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年版,第308页以下。

[81] 王泽鉴:《民法物权》(第一册),中国政法大学出版社2001年版,第134-135页;Staudinger/Beckmann, 2004, § 433 Rn. 77.

[82] 恩斯特(Ernst)总结了德国学界主要三种观点:(1)冯·卡梅尔(V. Caemmerer):通过扩张解释,最后受让人的占有取得等同于指示人的占有取得(“心胸开阔”地对待交付原则)。(2)弗卢梅(Flume):最后受让人的取得不是基于指示人的前手取得,而是根据所有人(供货人)的授权。(3)马丁内克(Martinek):达成物权合意者的取得,在《德国民法典》第929条第1句中根本没有必要,由此也使指示人的占有取得得到合理说明。Ernst, Eigenbesitz und Mobiliarerwerb, Tübingen 1992, S. 88.

达成合意，^[83]甲作为转卖人由此取得货物的间接占有，而丙作为指令人的占有媒介人取得货物的直接占有。^[84]据此，即使直接占有尚未移转，丙也可根据占有改定与甲订立占有媒介关系，从而取得货物的所有权。丙在接受甲的指示后，移转直接占有于第三人乙，便使乙通过中间人甲而取得货物的所有权。

但以运货指示权为基础而拟制占有改定，并不符合当事人的意思。因为出卖人通常基于买卖合同，准备交付标的物于买受人时，并未成为间接占有人。即使出卖人基于买受人的指示欲将交付标的物于第三人，他也不会改变占有意思。^[85]因此，作为出让人的运送人接受转卖人甲的指示，通常并不会改变原先自主占有的意思，依然以所有人的意思来占有转让物。^[86]德国帝国法院早在1918年的判决中就否定了拟制占有媒介关系的解释路径。^[87]

2. 占有辅助人

送货人若非指令人的占有媒介人，得否能成为指令人的占有辅助人？例如，送货人丙基于与甲订立的买卖合同，接受甲的指示送交货物于受让人乙，但丙仍以自主的意思占有该物，这并不符合占有辅助的要求。此外，送货人与指令人的买卖合同以及运输合同的法律关系，不同于占有辅助所要求的家务、营业行为、类似基于指令而为给付的关系。占有辅助关系要求辅助人与占有人必须具有社会依赖关系，辅助人藉此才听命于占有人。^[88]这种关系的结构由上下级通过命令与服从来决定。比如，送货人作为所有人，基于与指令人之间的买卖合同负有向第三人送货的义务，但这种关系并非上下级的、通过命令与服从来决定的社会依赖关系。因此，送货人也并非指示人的占有辅助人。

3. 独立的占有地位

由此看来，送货人既非指令人的占有辅助人、亦非指令人的占有媒介人，^[89]因为他对运送物只有一个孤立的直接占有：对所有物享有独立的自主占有。^[90]在运送人交付标的物之前，作为出让人的指令人甲并未取得标的物的任何占有，也未获得所有权；标的物的直接占有并未由指令人移转于受让人，而只是从出让人方的运送人丙移转于受让人。同样，接受指令的第三人也可作为受让人方来接受出让人的交付，这样就使受让人也未获得转让物的直接占有，因为直接占有只是由出让人转移给指令人指示的第三人。更有甚者，双方参与直接占有移转的人（占有出让人和占有接受人）都可以是受指令人，占有出让人受指令人甲指示，作为出让人一方转移直接占有，占有接受人按照受让人乙指令，作为受让人一方接受直接占有移转。概而言之，如果第三人与出让人或受让人都没有占有关系，

[83] Baur/Stürner, Sachenrecht, München 2009, S. 574.

[84] Franz-Josef Kolb, Geheißerwerb, Frankfurt am Main, 1997, S. 101 – 102.

[85] Hans Josef Wieling, Sachenrecht, Berlin u. Heidelberg 2006, S. 344, Fußnote 7.

[86] “给予运货指示权”由于缺少持续性，不能作为《德国民法典》第 868 条上占有媒介关系的普遍前提。“Elmar Wadle, Die Übergabe auf Geheiß und der rechtsgeschäftliche Erwerb des Mobiliareigentums, JZ 1974, S. 693; Franz-Josef Kolb, Geheißerwerb, Frankfurt am Main 1997, S. 104.

[87] RGZ 92, 347 (352), Franz-Josef Kolb, Geheißerwerb, Frankfurt am Main 1997, S. 104.

[88] Westermann/Gursky, Sachenrecht, Heidelberg 1998, S. 78.

[89] Michael Martinek, Traditionsprinzip und Geheißerwerb, 188 (1988), 600.

[90] Übergabe auf Geheiß des Veräußerers, Koks Fall, BGHZ, 36, 56.

却受他们的指令,参与了直接占有的移转(交付占有物或接受占有物或者两者皆符合),这就构成了学说上所称的指令取得。^[91]

(三)指令取得的法律效果

德国民法典生效后,布洛德曼(Brodmann)首先发现了指令取得,并认为基于出让人的指令取得也能构成交付;直接占有人受出让人指令而交付标的物,被他称为“辅助人的协助”。^[92]但他又回到先前学说和判例的观点,要求辅助人必须作为出让人或受让人的占有辅助人,才能完成该交付。^[93]马丁·沃尔夫(Martin Wolff)批评了这一观点,在他看来,交付不应限制于出让人一方,而且应扩大到受让人一方。举凡直接占有人基于出让人的指令,移转占有于受让人,就满足了交付的要求;同样,只要受让人指令某人接受标的物,且出让人将该物交付给他,也能满足交付的要件。^[94]这一观点基本为后世学说所遵循。^[95]

由于指令取得大量出现于社会生活之中,这就迫使有关交付的传统见解不得不进行改造。根据原先的学说,出让人必须完全失去占有,受让人必须基于出让人的占有丧失而完全取得占有。但出让人在指令取得中可能根本未曾取得占有,而是受指令的运送人失去直接占有;受让人也可能没有得到占有,而是他指令的第三人取得直接占有。由此,关于“出让人失去占有”、“受让人取得占有”的交付要求在指令取得中无法得到满足。^[96]为此,德国通说将交付的涵义进行相应扩张:交付的当事人不再局限于出让人、受让人,而是扩大到出让人一方、受让人一方。^[97]

即便占有移转的参与人扩大到出让人一方、受让人一方,依然坚持的构成要件除了需要指令人的指令外,尚需参与直接占有移转的中间人(这里指受指令的运送人)服从该指令,通过这种方式才能把直接占有人的占有放弃归属于指令人,学界称其为服从理论。^[98]因为出让人作为指令人不曾享有占有,他只是借助于第三人转移直接占有。如果第三人与他没有任何关系,交付的效果自然无法归属于他。^[99]当参与直接占有移转的中间人是占有辅助人或者占有媒介人时,归属的要求通常都能得到满足,因为占有媒介人是为指令人占有,而在占有辅助人完成交付的情况下,占有人只是指令人,所以这一效果自然归属于他。但当直接占有人基于指令人的指示送货时,这一情况应当被特别审视,因为被指令

[91] Brehm/Berger, Sachenrecht, Mohr Siebeck, 2006, S. 410.

[92] Elmar Wadde, Die Übergabe auf Geheiß und der rechtsgeschäftliche Erwerb des Mobiliareigentums, JZ 1974, 690.

[93] Elmar Wadde, Die Übergabe auf Geheiß und der rechtsgeschäftliche Erwerb des Mobiliareigentums, JZ 1974, 690.

[94] Wolff/Raiser, Sachenrecht, Tübinger 1957, S. 235 - 236; Vgl. Elmar Wadde, Die Übergabe auf Geheiß und der rechtsgeschäftliche Erwerb des Mobiliareigentums, JZ, 1974, S. 690; Michael Martinek, Traditionsprinzip und Geheißerwerb, 188 (1988), 602.

[95] Elmar Wadde, Die Übergabe auf Geheiß und der rechtsgeschäftliche Erwerb des Mobiliareigentums, JZ 1974, 690. 至少对于直接占有人基于出让人的指示而交付标的物的指令取得类型,学说还没有提出异议。

[96] 除非采取弗里兹·博尔(Fritz Bauer)的解释路径,将交付或受领交付的指令人看作是转让人或出让人的占有媒介人。

[97] MünchKommBGB/Quack, 2004, § 929 Rn. 111; Staudinge/Wiegand, 2004, § 929 Rn. 48, 50; Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl., München 2009, S. 572.

[98] Michael Martinek, Traditionsprinzip und Geheißerwerb, 188 (1988), 605.

[99] Michael Martinek, Traditionsprinzip und Geheißerwerb, 188 (1988), 604.

的直接占有人对于指令人而言,享有的是一个孤立的占有地位,被指令的直接占有人的占有丧失(受让人的占有取得)必须作为交付归属于出让人(指令人),^[100]才能满足所有权移转的交付要件。当出让人转让直接占有于受让人指定的第三人时,这里的解释路径与运送人作为出让人一方送交标的物没有太大差异。^[101]

(四) 指令取得对交付概念的冲击

与传统学说相比,尽管交付在现代社会远远超过了直接占有移转的范畴,但其扩大并非漫无边际。交付的涵义依然围绕着“对物的事实管领力”进行扩展。对于通常事例,受让人必须完全丧失占有,受让人至少要获得间接占有,以便受让人可以独立地对转让物行使完全的支配。这一交付的最低要求至少在双方当事人借助于占有辅助人、占有媒介人来转移直接占有或间接占有时还能维持。但在指令取得的情况下,尤其发生链式交易时,由于出让人本来就不享有任何占有,受让人也未获得一丝占有,交付的最低要求也被打破,而只能以占有移转在出让人一方和受让人一方之间发生这样的模糊用语来替代。

尽管只是第三人接受出让人的指令移转直接占有于受让人,而不是出让人本人来完成直接占有;或是第三人根据受让人的指令接受出让人的直接占有,而不是受让人亲自受领直接占有;甚至直接占有移转发生于两个第三人之间。但指令取得的实质却是将现实的占有移转力与占有等同视之。也就是说,一旦作为直接占有人的第三人基于出让人的指令将其直接占有移转于受让人,便会毫无争议地也呈现为交付。由此,交付的概念以链式交易为代表的指令取得中得到发展。^[102]

六 交付原则的反思和总结

(一) 交付概念的扩大化

交付虽决定着动产物权变动,并频繁出现于诸多民事法规之中,但究竟何为“交付”,并无明文规定。我国通说认为交付系出让人移转直接占有于受让人,这一理解出于对日常生活的观察,自然无可厚非。但若交付在现代社会中只限于此直观生活经验,则不免因循守旧,无法满足时代发展的需要。

一方面,直接占有的移转,通常系基于事实行为完成,但若受让人已能对转让物实施事实上的控制力,则从交易便捷考虑,无须强求必须机械地遵循交付原则。也就是说,当

[100] *Michael Martinek*, Traditionsprinzip und Geheißerwerb, 188 (1988), 604 - 605. 在直接占有人受指令人的指示向受让人运送标的物时,当受指令人的取得人,误认为自己 and 受让人订立合同,将标的物交付作为自己的义务向受让人履行时,则标的物的直接占有移转并非基于指令人和受让人的移转所有权的合意。此时,需要探讨的是,受让人能否在指令取得中依据善意取得的规定,而获得运送的标的物所有权。BGHZ 36, 56, Kokshändlerfall; BGH NJW 1974, 1132, Hemden-Fall. 在这两个案件中,联邦最高法院都肯定了受让人在指令取得中善意取得运送物的所有权,但学界通说对此持批评态度。

[101] 对于受让人一方的指令人完成指令取得,是学说持反对立场,因为他们虽然不再坚持转让人必须放弃占有,但仍然坚持受让人必须取得占有的立场,否则有悖于交付原则。*Michael Martinek*, Traditionsprinzip und Geheißerwerb, 188 (1988), 605; *Elmar Wadde*, Die Übergabe auf Geheiß und der rechtsgeschäftliche Erwerb des Mobiliareigentums, JZ 1974, 694.

[102] *Westermann/Gursky*, Sachenrecht, 6 Aufl., Heidelberg 1990, S. 285.

事人此时仅为合意,便可移转直接占有。这一认识已经突破了只将交付限制于事实行为的观点。

另一方面,由于现代社会分工日益显著,当事人借助他人来参与交易已成常态,大量的第三人参与交付已成不可避免之事实。在借助于占有辅助人交付的过程中,由于占有辅助人并非占有人,直接占有只是移转于出让人与受让人之间,尚能为通说所涵盖。但若租赁人、保管人等占有媒介人也参与交付,协助出让人或受让人,或者协助双方移转直接占有,则导致要么出让人失去间接占有,要么受让人得到间接占有,甚至双方当事人之间仅有间接占有的得丧。这就使得将交付仅限于直接占有移转的传统观念无法继续维持。

更有甚者,在发生占有指示的场合,作为出让人的间接占有人指示他的直接占有人,从今起不再为其占有某物,而是为受让人行使事实上的管领力。一旦直接占有人遵从了间接占有人的指示,受让人便取得间接占有。当事人基于合意引发间接占有变动的这一过程,无法被纳入法定的观念交付,也不能为交付所涵盖。

此时,为顺应当代社会交易的需要,交付的涵义不得不进行扩展。我们有理由认为,交付的涵义不应局限于“移转直接占有的”,或者固守传统学说的典型事例,而应扩张本文所提及的多种交易形态。不仅如此,当享有独立占有地位的第三人基于出让人的指令递交标的物时,或当其根据受让人的指令接受标的物时,要么是出让人未曾得到占有,要么是受让人未获占有。甚至在转让双方都借助于指令人参与占有移转的过程中,出让人和受让人自始至终都未曾享有占有,标的物的直接占有已经发生了移转,由此发生的法律效果还能归咎于转让双方。就此而言,无疑更是突破了传统观念的交付。

德国学说遇到的问题在于,《德国民法典》第 929 条第 1 句明文规定,所有人必须将转让动产交付给受让人。所以,学说和判例必须不遗余力,突破该条狭窄的文义:所有人交付给受让人。其在解释上进行各种延伸,比如,将主体扩及至占有辅助人、占有媒介人等第三人,大大超越了文义所覆盖的范围。甚至在指令取得中,学说借助于种种理论,使得交付的效果能够归属于指令人。

我国《物权法》第 23 条前段只规定了“动产物权的设立和转让,自交付时发生效力”,并未如《德国民法典》第 929 条第 1 句那般要求所有人将转让动产交付给出让人。这一模糊性遗漏,不管是否有意为之,至少在文义解释方面为交付概念的扩张提供了广阔空间。举凡占有辅助人、间接占有人,甚至与出让人和受让人没有占有关系的受指令人,都能根据实际的交易需求,而被直接纳入我国《物权法》第 23 条前段的交付。

(二) 交付和所有权变动的分离

以上这些交付方式早已不是传统意义上直观可见的占有移转,占有的移转也不再简单地对应着所有权变动,而是伴随着千变万化的法律关系,如租赁、保管和委托等。在借助于第三人完成交付的过程中,尤其在当事人借助于占有媒介人移转直接占有时,直接占有发生于占有媒介人与一方当事人之间,但所有权变动却发生于转让方与受让方之间。当直接占有的移转和所有权移转发生于不同主体之间,由于占有媒介关系的相对性和不透明,外人更难知悉物权变动。

即使占有在法律意义上发生变动,标的物却可能无物理移动。这在基于合意的占有

移转上表现得非常突出。当占有辅助人与占有人通过废止或建立占有辅助关系来移转所有权时,尽管占有和所有权都发生变动,标的物一直处于占有辅助人的事实控制。当标的物处于开放的占有状态时,每个人都可对其施加事实控制力,所有权和占有的变动只是基于当事人的合意发生,标的物外观并未发生变化。此外,基于占有指示而移转间接占有时,也有相同的情况。而这一占有变化纯粹基于当事人的合意而实现,无须对外公示,也不必通知第三人。因此,他人很难洞悉其中的占有和所有权变动。

在借助指令人完成交付标的物的过程中,基于指令取得的所有权变动更是令人眼花缭乱,直接占有的移转和所有权移转呈现为分离的状态。三人之间的指令取得中,当出让人指令第三人向受让人交付时,直接占有移转发生于第三人与受让人之间,所有权却是由第三人移转于出让人,再从出让人移转于受让人;当受让人指令第三人接受出让人送货的货物时,直接占有从出让人移转于第三人,而所有权移转依次发生于出让人与受让人、受让人与第三人。倘若指令取得表现为链式交易,可能连所有权变动的当事人都无法洞悉权利变动的过程。

倘若交付再也不限于典型意义上的直接占有移转,而是扩大为间接占有移转,扩大为借助于指令人的占有移转,那么占有关系与所有权变动会呈现高度分离化的状态。即使交付只限于直接占有移转,倘若交易当事人采取合意的方式,使得标的物不发生物理上的移动,也可被理解为交付。此时,具体、直观的交付已经被基于合意、隐蔽的交付所取代,当我们面对如此纷繁复杂的交付形态时,倘若继续试图以直观的交付来反映抽象的所有权变动,未免有掩耳盗铃之感。

结 语

交付作为民法中频繁出现的重要概念,不仅在物权法中非常重要,而且在合同法中亦具有举足轻重的地位。学界争议集中于交付的性质究竟是事实行为还是法律行为。笔者认为,交付并非当事人无意识的纯粹客观行为,而是由行为人意识所支配的事实行为,是行为人有意识地取得占有和丧失占有的事实行为。有形的交付虽然作为事实行为,仍然需要当事人具有变动占有的意思,即受让人必须具有为出让人放弃占有的意思。它虽有为特定人放弃占有或取得占有的意思,但与占有取得或占有丧失的意思并不存在本质差别。取得或放弃占有得意思并非法律行为的意思,只是旨在引起占有事实变动的自然意思,必须与事实管领力的取得和丧失结合之后才能引起一定的事实后果。

作为动产所有权变动要件的交付要求出让人必须完全丧失转让物的占有。只有这样,受让人才能在对物行使事实上的支配力时彻底贯彻他的意志,排除出让人的干预可能性。因此,《物权法》第23条的交付不同于质物、租赁物以及保管物等的交付,也有别于买卖标的物交于第一承运人,更有别于买受人已经占有标的物后,作为法律行为的买卖合同发生效力。在受让人已能对标的物实施事实控制力的场合下,当事人例外地以合意完成交付,也应得到学说和判例的认可。

我国通说依然坚持传统的交付概念:转让人移转直接占有于受让人。现代社会为适

应交易需求,将借助于占有媒介人、占有辅助人所完成的占有移转也纳入交付的概念。但在指令取得的情况下,只要被指令人遵从出让人或受让人的指令,移转直接占有或者接受直接占有,也能与交付等同视之。这就使得学说改造后的交付的最低要求,即“受让人必须完全丧失占有,受让人至少要获得间接占有”也难以维持。但交付概念的扩张仍然没有摆脱传统的“事实管领力移转”的学说,只是现代社会中移转事实管领力,早已根据时代的交易需要发展出复杂多样的形态。

[**Abstract**] The principle of delivery provided for in the first half of Article 23 of Chinese Property Law is one of the essential elements of transfer of real right of movables. Although the meaning of delivery is not specified in the Law, it is generally understood as the transfer of direct possession from the transferor to the transferee. As an actual perceptible act, delivery reflects the transfer of abstract ownership. The purpose of this article is to clarify the concept of delivery, to construe it as factual act within the framework of physical delivery, and to highlight the role played by the will of the parties in such act. Against the background of participation by auxiliary possessor and other third parties in transaction, the concept of delivery should be appropriately expanded so as to be adapted to the need of transaction in contemporary society.

(责任编辑:姚 佳)