

# 间接占有与占有改定下的 所有权变动

## 兼评《中华人民共和国物权法》第 27 条

庄加园\*

**摘 要** 我国《物权法》第 27 条允许采用占有改定的方式,以替代动产物权变动的“交付”要件。但该条却认为动产物权变动的生效时间完全由占有媒介关系的生效时间所决定,不免混淆了占有改定的形成和约定占有媒介关系的生效。本文通过分析占有改定的形成,来区分占有事实上的意思变动与占有媒介关系的效力。并以动产所有权变动为例,强调出让人占有意思在此过程中的变动,由此得出间接占有的成立在占有改定中的决定性作用。

**关键词** 占有改定 占有意思 间接占有 占有媒介关系

### 引 言

根据物权公示原则,《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)要求基于法律行为发生的动产物权变动,出让人必须交付标的物(《物权法》第 23 条),〔1〕即移转物的直接占有。〔2〕但

\* 中国社会科学院法学所博士后研究人员。

〔1〕 对基于法律行为而发生的动产物权变动而言,除船舶、航空器和机动车以登记为对抗要件(《物权法》第 24 条)的特殊动产之外,其他动产原则上以交付为要件(《物权法》第 23 条)。

〔2〕 梁慧星主编:《中国物权法建议草案稿》,社会科学文献出版社 1999 年版,页 181;王泽鉴:《民法物权》第 1 册(通则、所有权),中国政法大学出版社 2001 年版,页 134。

若严格贯彻实际交付原则,并不符合当事人需要,甚至妨碍交易便利。<sup>〔3〕</sup>由此,通过占有改定的方式,承租人只要与出租人订立借用、租赁等合同,就可在避免无效率地移转直接占有的情况下,同时又使转让物的所有权发生变动。

因此,有学者认为,在卖出租回或卖出借回等“混合交易”的情况下,占有改定有其适用空间。<sup>〔4〕</sup>该观点虽然认识无误,但若将占有改定仅限于“混合交易”,则不免认识略有狭隘。占有改定除了具备便利交易的功能之外,还能发挥所有权功能(使用功能与担保功能)分离的作用,其典型的应用方式为动产的让与担保。<sup>〔5〕</sup>另外,占有改定还可采取预先转让的方式(预先的占有改定),以便出让人转让尚未获得的动产。

在以上场景的占有改定中,何时发生动产所有权变动,对于当事人利益影响重大。因为该时刻直接决定了物权变动当事人及相关利益人对于转让物的权利状态,尤其是在强制执行程序与破产程序中,更是直接影响权利人能否行使《中华人民共和国民事诉讼法》第204条的案外人异议之诉(学理上称为“第三人异议之诉”),以及《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《破产法》)第38条的取回权。所以,动产所有权变动的时刻在占有改定中具有重大意义。

根据《物权法》第27条,双方约定出让人继续占有动产,该约定的生效时刻为所有权变动的时间点。不过,该条对于约定内容仅表示为“出让人继续占有该动产”,未免过于简略,使得以下诸多问题无法得到解答:①出让人继续占有该动产究竟使受让人取得何种法律地位?②占有媒介关系对间接占有的成立与延续与有何影响?③作为占有媒介关系得约定生效时间时,如果出让人还未取得转让物,或者已经失去转让物,是否得以移转该物所有权?④占有改定是否必须明示约定,还是也能经由默示发生,或还存在其他发生可能?

对于以上问题,我国文献与著述论述不多。因此,本文拟整理目前国内已达成一致的理論,并总结实践中的一些案例,对于间接占有、占有媒介关系、占有改定以及相互之间的关系进行系统的论述,以期取得抛砖引玉的效果。

---

〔3〕 例如,承租人打算将他租赁房屋中的家具转让给出租人。但租赁合同尚未到期,承租人搬出该屋前仍要使用这些家具,出租人又希望即刻取得家具的所有权。若根据交付原则来完成所有权变动,承租人必须运送该家具给出租人。同时,承租人为继续使用这些家具,仍需将其从出租人处取回。此时可采用占有改定替代现实交付。

〔4〕 郭明瑞:《物权法》,中国法制出版社2008年版,页57。

〔5〕 德国法上的动产让与担保作为非典型担保形式,在经济生活发挥着不可或缺的作用,是中小企业融资的重要担保手段。虽然《德国民法典》对此未作规定,但习惯法与法官法基于《德国民法典》第930条关于占有改定的规定,使得让与担保的建构获得了法律依据。我国《物权法》立法之时,曾因让与担保缺少公示手段而可能危及交易安全,对此未予明文规定。其实,成熟的法律体系往往需要其他相关措施来共同保证交易安全,不能仅由于缺少公示手段,就简单地否决一种满足实践需要的担保方式。参见笔者的博士论文《让与担保缺乏公示性引发的利益冲突》(Interessenkonflikte wegen des Mangels an Publizität bei der Sicherungsübereignung), Peter Lang, Frankfurt, 2012。

## 一、出让人、受让人的占有地位:间接占有的成立

### (一)间接占有的立法缺位

我国《物权法》仅设五个条文(第 241—245 条)规范占有制度,其中并无关于间接占有的规定。其原因可能在于:曾有学者在《物权法》颁布之前主张,没有必要赋予所有人以间接占有人的地位。既然如此,也无必要区分直接占有和间接占有制度。<sup>〔6〕</sup>其依据的理由是,赋予所有人以间接占有人的地位仅仅在于物被第三人侵犯后,占有人不愿或不能主张占有的保护,或者不愿或不能接受被侵夺的占有物时,才可能具有意义。所有人可直接以所有人身份行使请求权。<sup>〔7〕</sup>不过,《物权法》既规定了所有物返还请求权(第 34 条),又规定了占有返还请求权(第 245 条)。当所有人也是间接占有人时,理应存在这两种请求权的竞合可能性。为何当间接占有人为所有人时,他却不能行使《物权法》第 245 条的占有返还请求权?这一论据纯以简化占有制度为目的,其适当性尚需加以检讨。缺乏对间接占有制度的相关规定还会导致对他主占有人相关保护制度的缺失。当间接占有人并非所有人时,如果占有物遭受他人侵夺或妨害,所有人此时又不便行使占有保护请求权,<sup>〔8〕</sup>此时若不承认间接占有,就剥夺了他主占有人主张占有保护请求权的可能性。

也有学者否定间接占有制度的立法必要性,却又同时认为“区分直接占有和间接占有,对于全面理解占有的概念,强化对占有的保护,仍然具有一定的意义”。<sup>〔9〕</sup>此间矛盾之处,值得注意。况且,我国《物权法》允许动产物权变动采取占有改定、返还请求权让与(指示交付)的方式,无疑佐证了承认间接占有制度的必要性。<sup>〔10〕</sup>

〔6〕 梁慧星主编,张广兴执笔:《中国物权法研究》(下),法律出版社 1998 年版,页 1113—1114。

〔7〕 同上注,页 1112—1113。

〔8〕 例如,甲将机器设备出租于乙,随后出国。乙征得甲允许后,将该物出租给丙。当第三人丁妨碍丙对该机器的占有时,在国外的甲不便行使所有物保护请求权,丙又不愿直接出面向丁主张占有保护请求权时,如果乙没有间接占有的法律地位,则无法向丁主张占有保护请求权。

〔9〕 王利明:《物权法研究》(下册),中国人民大学出版社 2007 年版,页 727。王利明教授认为,间接占有无须《物权法》规定的理由在于:第一,不通过间接占有制度,也可以有效地保护所有权;第二,关于取得时效的适用,我国《物权法》未予规定,间接占有于此也无适用余地;第三,间接占有对于继续占有的意义,可以通过占有合并来解决。针对第一个理由,可参见上文的反对意见。第二个理由虽然内容无误,但间接占有制度的设置并非为了取得时效,而是规定取得时效与间接占有之后,才可能适用两者。该理由有倒果为因之嫌。第三个基于占有合并的理由,在我国《物权法》上并无现行法规可为依托。若认为某一法律中未被规定的制度可以替代同一法中另一个未被明文规定的概念或制度,实难令人信服。

〔10〕 认为我国立法有必要采用间接占有制度的论文,参见张双根:“间接占有制度的功能”,《华东政法大学学报》,2006 年第 2 期。承认间接占有的观点,参见崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社 2011 年版,页 137;江平主编:《中国物权法教程》,知识产权出版社 2007 年版,页 39;魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社 2001 年版,页 292—293;我国台湾地区学者观点,参见王泽鉴:《民法物权》第 2 册(用益物权、占有),中国政法大学出版社 2001 年版,页 185;谢在全:《民法物权论》(下册),中国政法大学出版社 2001 年版,页 1152—1154。

从比较法上来看,对我国《物权法》具有重大影响的《德国民法典》第 868 条规定了间接占有。因此,当第 930 条的占有改定替代交付要件,受让人根据所有人和受让人约定的法律关系获得间接占有时,间接占有的适用就可以直接援引《德国民法典》第 868 条。而间接占有在我国立法处于缺位状态,只有结合民法学说与我国现行相关法律规定,才能予以合理解释。由此,本文将以《物权法》第 27 条为基础,对占有改定及间接占有的构成要件予以逐一分析。

## (二)“出让人继续占有”与受让人间接占有

《物权法》的各个草案几乎都规定了“出让人应当将该动产交付给受让人,但双方约定……”的语句。虽然“出让人应当将该动产交付给受让人”的前半段在《物权法》的正式文本中被删除,但《物权法》第 27 条“出让人继续占有动产”的表述与之前的各个草案相比,并无多少实质差别。<sup>[11]</sup>

《物权法》第 27 条只提到“出让人继续占有动产”,却没有直接规定“受让人取得转让物的间接占有”(《德国民法典》第 930 条),这一表述与我国台湾地区“民法典”第 761 条第 2 款前半段“让与动产物权者,而让与人继续占有动产者”颇为类似。不过,我国台湾地区“民法典”第 761 条第 2 款后半段还规定,让与人与受让人之间可以订立契约,使受让人获得间接占有。由此受让人取得转让物的间接占有,方能发生占有改定。尽管在论述占有改定的构成要件时,我国学者也指出受让人必须间接占有标的物,以替代实际交付(《物权法》第 23 条)。<sup>[12]</sup>但遗憾的是,《物权法》第 27 条并未规定如台湾地区“民法典”第 761 条第 2 款后半段的内容,也就是说,“受让人获得间接占有”在该条中被遗漏。由此带来的问题是,“出让人继续占有动产”是否等同于“受让人获得间接占有”?

笔者以为,“出让人继续占有动产”的表述并不等同于出让人获得间接占有。因为“出让人继续占有动产”并未直接体现出让人的占有意思变动,或者受让人取得间接占有的内容。而在所有权变动的时刻,恰恰是出让人的占有意思发生了变更。具体而言,占有改定前,出让人的占有意思为自主占有,即以所有人的意思占有该物;当该物所有权以占有改定的方式移转于受让人时,出让人的占有意思转为他主占有,即不再以所有人的意思占有该物。此时,出让人他主占有的意思体现为占有媒介意思:行使物的事实管领力,并承认受让人的返还请求权,由此使得受让人获得间接占有。<sup>[13]</sup>不过,即使出让人继续占有转让物,他的占有意思也未必是为受让人而占有。如果他的占有意思没有发

[11] 2005 年公布的《物权法》草案就将占有改定的物权变动与约定生效联系起来。以后的各个草案几乎都照搬 2005 年第一次审议稿的表述。《物权法》第二次审议稿虽然在表述上略有不同,“……约定生效时视为交付”,但依然将约定生效作为替代交付的时间点,实质上与其他草案并无区别。

[12] 王利明:《物权法研究》(上册),中国人民大学出版社 2007 年版,页 187;梁慧星等,见前注[2],页 186;郭明瑞,见前注[4],页 57;高富平:《物权法原论》(中),中国法制出版社 2001 年版,页 626。

[13] MünchKommBGB/Joost, 5. Aufl., 2009, § 868 Rn. 17.

生变动,那么他就延续了自主占有;他也可能为受让人之外的第三人占有该物,此时他虽然是他主占有,但间接占有人并非受让人。所以,《物权法》第 27 条的文字表达得并不完整,“由出让人继续占有该动产”至少应当补充为“由出让人为受让人继续占有该动产,受让人由此获得间接占有”。

在目前的情况下,由于受让人获得间接占有在立法中被忽视,我们只能对《物权法》第 27 条的法律条文“物权自该约定生效时发生变动”予以考察,希望明确受让人是否居于间接占有人的地位。通过《物权法》法律条文的表述不难看出:转让物的所有权在双方当事人约定生效时,就移转于受让人。如此一来,继续占有动产的出让人由于移转所有权于受让人,就不再以自主占有的意思,而是以非所有人的意思,即以他主占有的意思对该物行使管领力。同时,根据双方当事人约定的关系,出让人又承认了受让人的返还请求权,出让人的他主占有意思表现的是:为了受让人占有该物的占有媒介意思。同时,受让人也藉由出让人承认他对转让物所享有的返还请求权,从而间接地支配该物,获得转让物的间接占有。由此可知,尽管《物权法》第 27 条只提到出让人继续占有动产,但结合该条所反映的动产物权变动,仍可得出出让人占有意思变动的结论。

根据以上的分析,在占有改定的动产所有权变动中,不仅需要出让人继续占有转让物的事实,而且要具备出让人的占有媒介意思,由此受让人才能取得间接占有。如果间接占有在《物权法》中未被明文规定,又没有在占有改定中被提及,那么只有结合《物权法》第 27 条法律效果的解释,才能得出受让人在所有权变动后取得间接占有的结论。

## 二、占有媒介关系与间接占有

### (一) 间接占有的成立

我国学者通常将间接占有定义为本人并不享有对物的事实管领力,只是基于一定的法律关系,对于直接占有该物之人享有返还请求权,因而对于该物有间接的支配力。<sup>[14]</sup> 由此定义,可以得出间接占有的构成一般需要具备占有媒介关系、他主占有的意思,间接占有人对直接占有人的返还请求权三项要件。<sup>[15]</sup> 其中,出让人的他主占有意思,在“出让人继续占有”的分析中已被讨论,此处不再赘述。

占有改定中当事人约定的法律关系,藉此使得出让人保持直接占有,受让人取得间接占

[14] 崔建远,见前注[10],页 137;王利明,见前注[9],页 726;朱岩、高圣平、陈鑫:《中国物权法评注》,北京大学出版社 2007 年版,页 787。

[15] 崔建远,见前注[10],页 137;朱岩等,见前注[14],页 788。

有,在学理上被称为占有媒介关系。<sup>[16]</sup> 它的内容表现为,占有媒介人通常只是暂时占有转让物;在将来的某个时刻,间接占有人可以行使返还请求权,重新获得该物的直接占有。占有媒介关系不同于引起所有权变动的关系,例如买卖、赠与、互易合同,它包括租赁、借用、保管、行纪等合同关系,还涵盖质押等物权法上的法律关系。<sup>[17]</sup> 举凡合同一方负有义务暂时地占有转让物,并在将来的某个时刻须向间接占有人返还该物,都可成立占有媒介关系。所以,占有媒介关系并不限于上述有名合同。

为使受让人获得间接占有,出让人必须承认受让人的返还请求权,由此今后返还该物,而非永久占有。因此,受让人享有返还请求权是间接占有不可或缺的要件之一。<sup>[18]</sup> 不过,间接占有毕竟是事实关系,而非发生返还请求权的债务关系。即使发生返还请求权的租赁、保管等占有媒介关系无效,受让人仍然可以基于无效之后的清算关系,如所有物返还请求权、不得当利请求权要求出让人返还转让物。<sup>[19]</sup> 由此,占有媒介关系的效力并非间接占有成立的前提要件。

[16] 在占有改定中,约定由出让人继续占有动产的原因关系,在学理上被称为占有媒介关系。王泽鉴,见前注[10],页185;王利明,见前注[9],页726; *Staudinger/Wiegand*, 13. Aufl., 2004, § 930 Rn. 12. 有观点认为,占有媒介关系的有效性不应依赖于发生占有媒介关系的法律关系(如租赁、保管等合同关系)的效力,两者应当被分别确定。因为占有是事实关系,那么发生间接占有的关系也不能是法律关系,必须在此之外还存在一个事实类型的法律关系,即占有媒介关系。它应是一个不依赖于形成它的原因关系的、抽象的、事实上的关系,而发生该“占有媒介关系”的法律关系应该是通常所理解的租赁、保管等协议。 *Westermann/Gursky*, *Sachenrecht*, 7. Aufl., Heidelberg 1990, S. 191; Vgl. *Ernst*, *Eigenbesitz und Mobiliärerwerb*, Tübingen 1992, S. 125—126. 我国学者崔建远也认为:“占有媒介关系,是就其外观判断的,于是即使成立此类的法律关系的合同未生效、无效、终止,间接占有不因此而受影响。”该观点貌似也区分占有媒介关系与成立占有关系的合同。崔建远,见前注[10],页137。反对意见则认为:相对《德国民法典》第868条而言,这个独立的“占有媒介关系”只是法律理论上的构造,对于法律适用毫无实益。适用法律方面仅有两个要件事实至关重要:要件之一是当事人一方取得自主占有,这在通过租赁等合同方式交付占有物时不成问题;另一要件是占有保护,即另一方当事人行使占有物的事实管领力,它也不取决于占有媒介关系。考虑到占有效果,无需假设这样这个“事实上”的占有媒介关系。以上主张概念上分离占有媒介关系与法律关系的观点,并无太大实际意义。 *Ernst*, a. a. O., S. 126. 而且,假设这一“事实上”的占有媒介关系,除了强调间接占有是一个事实上的关系,并无其他特殊的功效。而这一强调的必要性早已包含在占有自身的概念中。因为占有本身就是事实上对物的管领支配力。间接占有的成立既然不依赖于占有媒介关系的效力,而取决于占有媒介意思的成立,又何必徒增一个所谓事实上的占有媒介关系? 纯粹为了突出占有媒介关系属于一个事实,而区分发生占有媒介关系的法律关系(租赁合同、保管合同等类似的法律关系)与事实上的、抽象的、不受法律关系影响的占有媒介关系,实有画蛇添足之嫌,难以令人信服。

[17] 谢在全,见前注[10],页1153;崔建远,见前注[10],页137。

[18] 崔建远,见前注[10],页137;朱岩等,见前注[14],页788; *MünchKommBGB/Joost* (Fn. 13), § 868 Rn. 17; *Staudinger/Bund*, 13. Aufl., 2007, § 868 Rn. 23; *Baur/Stürner*, *Sachenrecht*, 18. Aufl., München 2009, S. 76. 反对意见参见 *Wieling*, *Voraussetzungen, übertragung und Schutz des Mittelbaren Besitz*, AcP 184 (1984), 447 ff.

[19] 崔建远,见前注[10],页137; *Baur/Stürner*, a. a. O., S. 76—77; *Staudinger/Bund* (Fn. 18), § 868 Rn. 23; *Westermann/Gursky*, a. a. O., S. 116.

## (二) 间接占有的终止

间接占有的终止,在我国文献中关注较少。不过,既然占有媒介关系的效力并不直接影响间接占有的成立,那么其无效也不会影响间接占有的存续。所以占有媒介关系的无效也同样不会必然终止间接占有。

当出让人作为直接占有转让物的占有媒介人时,他可将为受让人占有的意思更改为为受让人以外的他人占有的意思,也可以复归自主占有的意思,以此终止间接占有。例如,出让人侵占占有物。由于占有媒介人占有意思的变更,便会导致受让人失去间接占有。这样一来,就使得占有媒介人的占有意思变更具有重要的意义。

占有意思本系占有人的主观意思,它的变动应以占有人的主观视角作为出发点。根据德国民法学说,若占有媒介人决定不再为间接占有人占有,需要有将该意思付诸实施的外部行为,但不必针对间接占有人作出,而是根据交易习惯为外界所能识别。<sup>[20]</sup> 所以,我国文献提到间接占有终止时,认为直接占有人必须“公然”或“公开”抛弃占有媒介意思,<sup>[21]</sup>也是出于同样的考虑。

由此看来,解释占有媒介意思时,不仅需要考虑占有媒介人的主观意思,而且必须考察表现占有媒介意思的外部行为。这一解释的合理之处在于:倘使间接占有的存续完全基于直接占有人的主观意愿,那么将使占有意思的发生与变动过于偶然,不利于保护交易安全。仅有直接占有人一度表示,从今开始不再为间接占有人管理占有物,尚不能满足一个客观行为的要求。因此,仅有直接占有人放弃占有的表示,例如,租赁人仅公开表示,从今日起只为自己占有,不会向出租人归还租赁物,而无实际的客观行为相佐证,仍不足以终止间接占有。除了租赁人这一抛弃占有媒介意思的表示之外,他必须作出相应的行为,比如连续拒绝支付租金,藉此外界方可郑重地推断出他确有放弃占有意思的表示。反之,若他依然向出租人支付租金,那么这一行为并不足以支持他已终止间接占有的推断,出租人间接占有应该得到延续。

占有媒介人的占有意思往往影响间接占有的存续。一方面,在考察其主观的占有意思的同时,不能仅根据占有媒介人的单方表示而加以判断,更需要考虑其客观的外在行为来综合认定占有媒介人的意思。当内在的主观意思与外在的客观行为并不一致时,需要以理性的第三人角度来考虑占有人的占有媒介意思。此时外在的客观行为在推断占有媒介意思中往往发挥着更大的作用。

由此可见,无论间接占有的成立与终止,都不依赖于该占有媒介关系的效力。而占有媒介人的占有意思变更足以影响间接占有存续。这一占有意思变更,不能单以占有人主观视角加以考察,而是需要借助于外界可以获知的客观行为来佐证。

[20] 周梅:《间接占有中的返还请求权》,法律出版社2007年版,页87;MünchKommBGB/Joost (Fn. 13), § 868 Rn. 17.

[21] 宁红丽:《物权法占有编》,中国人民大学出版社2007年版,页123;周梅,见前注[20],页87。

### 三、物权转让的时间——自约定时生效?

《物权法》第27条规定:“物权自该约定生效时发生效力”。本句“物权自……发生效力”的表述,在文义上显得并不通顺。因为物权都具有对第三人的效力,无须在此予以强调。由于此处关系到物权转让的时间点,联系上下文应解读为“物权转让自该约定生效时发生效力”。也就是说,物权转让的时间点依赖于占有媒介关系生效的时间点。

正如上文所述,占有改定的核心是出让人改变自主占有的意思,使受让人获得间接占有。接下来需要讨论的问题就是,约定占有媒介关系生效的时间点,是否与受让人取得间接占有的时间点相同。

如果约定的占有媒介关系已确定受让人取得间接占有的时间,那么所有权移转就从这一时刻发生。比如,双方在买卖合同之外,又在同一标的物的租赁合同中明示:甲即刻起为乙占有这七台机器设备。乙对家具的间接占有即刻起成立。即便占有媒介关系中无此约定,只要该占有媒介关系未附时间或期限,也可推断出让人将基于占有媒介关系的生效,使受让人取得转让物的间接占有。<sup>[22]</sup> 因为出让人通过移转所有权的意思,表现了放弃自主占有的意思。同时,根据占有媒介关系中出让人所负有的义务,通常可推断他将履行租赁合同所约定的义务,并以占有媒介人的意思为受让人占有转让物。<sup>[23]</sup> 只要移转所有权的合意发生于占有媒介关系的约定前,也可推断动产所有权自该占有媒介关系生效时发生移转。

以上两种情况下,占有媒介关系生效的时间点与受让人取得间接占有的时间点完全相同,自不发生问题。若是两者的发生时间可能并不一致,可能发生疑惑。此时物权究竟如何变动,需要详细分析。

#### (一)无效和被撤销的占有媒介关系

例1:飞镖公司甲向乙出卖一台“智能飞镖机”,并与其订立买卖合同。随后甲又与乙订立了租赁合同,乙同意将该飞镖机返租给甲经营,并收取租金。不过飞镖公司甲由于涉嫌“以高额回报为诱惑,不断地扩大‘购机返租’的营销模式,严重扰乱了社会经济秩序”,被认为构成变相的传销。它与乙订立的租赁合同也由于违反法律、行政法规的强制性规定,被认定为自始无效。<sup>[24]</sup>

占有改定在现实经济活动中可表现为动产“售后返租”这种交易方式。据此,出卖人随着货物出售而收回价款,但继续占有和使用货物,支付租金给买受人。买受人通过买受货物而取得货物的所有权,但将占有和使用货物的权利保留给出卖人,并从出卖人一方收取租金,将货

[22] Westermann/Gursky, a. a. O., S. 109.

[23] MünchKommBGB/Oechsler, 5. Aufl., 2009, § 930 Rn. 17.

[24] 成蔚冰:《从占有改定看“售后返租”》, [http://article.chinalawinfo.com/Article\\_Detail.asp? ArticleID=43040](http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=43040), 最后访问时间:2012年9月25日。



物的占有和使用权直接转化为收益权。<sup>[25]</sup>

当移转所有权的合意发生在约定占有媒介关系之前,此时移转所有权的原因行为——买卖合同——已经成立,而占有媒介关系却成为无效,如上例中的租赁合同“违反法律、行政法规的强制性规定”(《合同法》第 52 条)。<sup>[26]</sup> 这一情况下,物权转让当事人倘若不知占有媒介关系无效的事由,依然愿意履行占有媒介关系中的权利义务。<sup>[27]</sup> 也就是说,继续保留(直接)占有的出让人也愿为受让人行使该物的事实支配力。当然,若能根据交易习惯或其他情况得知,出让人甲明知占有媒介关系无效的事由,仍然与受让人乙订立占有媒介关系,便可推断甲自始就缺少为受让人乙的占有转让物的意思。即使出让人嗣后通过其他行为改变其占有意思,如侵占或藏匿该物,也不影响占有改定时所发生的所有权变动。

本例的争议在于:占有媒介关系的无效是否影响到受让人的间接占有。我国目前的主流学说一致认为:受让人取得间接占有,并不依赖于占有媒介关系的效力,而是取决于出让人是否具有为受让人占有的占有媒介意思。<sup>[28]</sup> 因为占有媒介意思只是事实上的意思,不同于法律行为的意思表示,只要具备一般的认知能力即可。<sup>[29]</sup> 即使五岁儿童作为无行为能力人,也能为物权法承认而成为占有人。<sup>[30]</sup> 所以,约定占有媒介关系无效,仅使当事人基于法律行为所生的意思表示无效,并不直接影响出让人的占有媒介意思。只要承租人依然有为出租人而占有该物的意思,后者就可以继续保持间接占有的地位。即使租赁合同嗣后被确认自始、溯及既往的无效,也不会影响出租人的间接占有。<sup>[31]</sup> 基于我国主流学说对此一致的观点,可以得出的结论是:决定间接占有的并非租赁合同的效力,而是他主占有的占有媒介意思。

因此,当占有媒介关系为可撤销的合同(《合同法》第 54 条)时,受让人也可取得间接占有。同时,由于当事人缔约时的意思表示瑕疵,占有媒介关系可能被撤销。在上例中,受让人可能由于“重大误解”(如《合同法》第 54 条第 1 款第 1 项)与出让人订立租赁合同。出让人作为受让人的租赁人,由于不知重大误解原因,仍然承认受让人的间接占有地位。即使受让人之后知

[25] 同上注。

[26] “飞镖公司案”中最核心的法律问题就是:“购机返租”是否涉嫌非法经营?,同上注。

[27] MünchKommBGB/Oechsler (Fn. 23), § 930 Rn. 17.

[28] 崔建远,见前注[10],页 137;申卫星:《物权法》,中国人民大学出版社 2008 年版,页 196;张礼洪:《物权法教程》,北京大学出版社 2007 年版,页 198;马新彦主编:《物权法》,科学出版社 2007 年版,页 282;朱岩等,见前注[14],页 788。德国学说和判例参见 BGHZ 96, 61, 65; 学说参见 Schönfeld, Verwendungsansprüche des Werkunternehmers bei Unwirksamkeit des Werkvertrages, JZ, 1959, 301, 302; Westermann/Gursky, a. a. O., S. 109; MünchKommBGB/Joost (Fn. 13), § 868 Rn. 15; Soergel/Stadler, 13. Aufl., 2002, § 868 Rn. 7。从《德国民法典》的立法资料来看,立法者虽然在《德国民法典》第 868 条列举租赁、保管等法律关系,却未明确表示这些占有媒介关系以“有效”为前提。MünchKommBGB/Joost (Fn. 13), § 868 Rn. 15.

[29] 张双根,见前注[10],页 50;Wieling, a. a. O., 454.

[30] Wieling, a. a. O., 453.

[31] 参见王泽鉴,见前注[10],页 185;史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社 2000 年版,页 537;崔建远,见前注[10],页 137。

悉了订立租赁合同中的重大误解原因,并依据《合同法》第54条向法院要求撤销该租赁合同,由此使租赁合同自始、溯及既往地无效,但这一无效的后果并不影响受让人乙所取得的间接占有。

由此看来,在占有媒介关系无效或被撤销的情形,占有媒介关系的生效时间与间接占有的成立时间并不一致。

## (二)预先的占有改定

例2:家具商甲向其供货商订购了一批家具。家具尚未被制作完毕之前,甲就与零售商乙订立了买卖合同,出卖这批家具。甲又打算以这批家具参加展览,又与乙订立了租赁合同,约定家具到货后,租赁三个月。

在通常的占有改定中,物权转让的行为发生在先,约定的占有媒介关系发生在后。而在本例中,双方当事人达成所有权移转合意与占有媒介关系之时,出让人甲的转让物尚未制作完毕,该物间接占有的取得更是无从谈起。此时,占有媒介关系不仅先于物权转让而成立、而且先于受让人取得该物的间接占有。

只有当甲取得该家具的所有权和占有之时,受让人乙才能依据先前约定的占有媒介关系取得该物的所有权,这种转让所有权的方式被称为“预先的占有改定”。<sup>[32]</sup> 据此,双方早就达成所有权移转的合意,并在出让人取得转让物之前约定:出让人自取得转让物所有权的时刻,为受让人占有转让物;所有权也将自那一时刻起移转给受让人。在这一过程中,甲的所有权仅持续了“逻辑上的一秒”,就移转于受让人乙。<sup>[33]</sup>

在预先的占有改定中,由于出让人甲在占有媒介关系生效时,尚未获得转让物的占有及其所有权,受让人乙自然不能取得所有权。<sup>[34]</sup> 不过,因为租赁合同的生效取决于当事人意思表示的内容,即便出让人尚未获得标的物,作为占有媒介关系的租赁合同也已生效。由此,乙作为将来的受让人,负有义务将该家具交由甲使用,甲也负有义务支付租金,并在租期届满之后将该家具交付于乙。倘若出租人已声明不愿履行租赁合同,承租人也可向出租人追究违约责任。

对于预先的占有改定,我国学说虽少有提及,<sup>[35]</sup>但不能简单地否定它对转让将来物所有权的适用空间,比如仓储货品的让与担保以及转让将来物。<sup>[36]</sup> 在适用预先的占有改定来转让将来物的所有权时,由于出让人尚未占有转让物,预先达成的占有媒介关系却已生效,所以

[32] *Baur/Stürner*, a. a. O., S. 651; *Westermann/Gursky*, a. a. O., S. 324.

[33] *Baur/Stürner*, a. a. O., S. 652; *MünchKommBGB/Oechsler* (Fn. 23), § 930 Rn. 27; *Staudinger/Wiegand* (Fn. 16), § 930 Rn. 33.

[34] 不过,这并不影响预先占有改定的效力。标的物的特定性(Bestimmtheit)要求在占有改定中已为德国通说所放弃。通说仍坚持标的物应满足“可特定化(Bestimmbarkeit)”的要求。也就是说,被转让的标的物至少在转让时可被确定。*Staudinger/Wiegand* (Fn. 16), § 930 Rn. 31.

[35] 史尚宽,见前注[31],页39-40;王泽鉴,见前注[2],页136-137;贾登勋主编:《物权法析论》,中国社会科学出版社2010年版,页33-34。

[36] *Staudinger/Wiegand* (Fn. 16), § 930 Rn. 30.

占有媒介关系的生效先于受让人的所有权取得而发生。此时,如果依照《物权法》第 27 条而主张占有媒介关系生效,转让物所有权即生移转,就会面对无法解释的荒谬。

### (三) 出让人已失去占有

例 3:甲与乙订立买卖合同,欲出卖某名贵家具给乙。但甲早已将该家具出质于丙,并完成交付。因此甲只能与乙订立借用合同,由甲继续为乙占有该家具。但在甲乙订立借用合同前,质权人丙已经将家具转卖于丁,并完成交付。

一般情况下,借助于占有改定移转所有权的出让人直接占有转让物。如果存在多层次的间接占有关系,出让人也可继续间接占有该物,从而满足占有改定的构成要件。此时,出让人的占有媒介人是转让物的直接占有人,出让人则获得第一层级的间接占有,而受让人通过出让人取得了第二层级的间接占有。本例中的质权人丙作为出让人的占有媒介人,成为该家具的直接占有人,出让人甲则获得第一层级的间接占有,而受让人乙通过甲而取得第二层级的间接占有。<sup>[37]</sup> 由此得以发生占有改定,受让人乙也就取得由出让人甲间接占有的动产所有权。

在占有媒介关系订立前,当作为直接占有人的占有媒介人失去占有时,出让人也同时失去间接占有。即使占有媒介关系生效,出让人也无法通过占有改定的方式,使受让人取得转让物的间接占有。此时,倘若按照文义“物权转让自约定生效时发生”来进行解释,那么既无直接占有、也无间接占有的出让人将能转让其已失去占有的动产。这一结果显然荒唐可笑。此外,倘若该占有媒介人已将转让物出卖并交付于第三人,则该第三人可以根据善意取得的规则(《物权法》第 106 条)获得所有权。此时所有权转让自该约定生效时发生效力,将因第三人善意取得转让物的所有权,而失去实际意义。

在上述多层级的间接占有情形下,如果直接占有的媒介人改变占有媒介意思,也会导致出让人作为第一层级的占有媒介人失去占有。例如,直接占有人改变占有媒介意思在先,占有媒介关系的订立在后时,将会发生这样的结果。正如上文所述,<sup>[38]</sup> 该占有媒介意思的变更,不能仅有直接占有人的意思表示——从今开始不再为他人行使占有,而必须由占有媒介人的其他客观行为相佐证。如果直接占有人丙通过侵占、藏匿转让物而改变占有媒介意思,将使得出让人甲与受让人乙所预想的多层级的占有改定无法发生。

因此,当占有改定通过多层级的间接占有实现时,尚须保证直接占有的占有媒介人继续保持为出让人的他主占有的意思。也就是说,占有媒介人必须直接占有转让物(例如直接占有),并且没有改变为受让人的他主占有的意思。否则,即使约定的占有媒介关系生效,受让人也无法获得多层级的间接占有。

### (四) 分析

在上述情况下,如将所有权移转的生效取决于占有媒介关系生效的时刻,那么当占有媒介

[37] 关于多层级间接占有的案件参见“梁结贞与张学武财产损害赔偿纠纷上诉案”,广东省佛山市中级人民法院,北大法宝引证码 CLI.C.58314。此案中存在甲——乙——丙之类的多层间接占有。法院认为,返还机械设备适用占有改定,应为对适用占有改定的误读。

[38] 参见二(二)部分关于间接占有终止的论述。

关系无效或被撤销时,原本取得间接占有的受让人将失去所有权;采用预先占有改定转让将来物的情况中,由于占有媒介关系生效时,出让人尚未取得转让物,也就无法移转将来物的所有权;间接占有的出让人,虽然订立了占有媒介关系,却因丧失占有而无法实现所有权移转。单纯依据“约定生效”使所有权随之发生移转,就会导致已取得间接占有的受让人失去所有权,未取得间接占有的出让人转让尚不存在的物品,已丧失间接占有的出让人得以转让可能已为他人所有之物的结果。这样不合理的结果,在任何一个法律体系中都无法被接受。

以上问题的原因在于,《物权法》立法者没有认识到占有媒介关系生效与受让人间接占有的取得是两个完全不同的概念:前者是法律行为的生效,后者是事实的发生。通常情况下,占有媒介关系生效时,受让人也取得转让物的间接占有,但两者发生的时间并不必然一致。《物权法》第27条所明示的物权变动与约定生效相联系的情形,必须要符合一定的前提要件:双方达成物权变动的合意在先,占有媒介关系生效在后(排除例2预先的占有改定);出让人在所有权移转时依然维持占有,即他必须客观上具有对转让物的支配力(排除例3出让丧失占有);出让人在所有权移转时必须有为受让人占有的意思,即便占有媒介关系无效时(例1无效和被撤销的占有媒介关系)。缺少以上前提中的任何一个,都会使占有媒介关系的生效时间不同于受让人取得间接占有的时间。

要解决以上的问题,应该回归到占有改定的基本涵义。也就是说,占有改定的核心要素在于:出让人(原占有人)的占有意思变更为为受让人占有转让物,使其获得间接占有。在占有改定中替代现实交付的要件究竟是约定的法律关系,还是受让人的间接占有?学说史上曾经存有争议,但时至今日,我国和德国学说都一致认为,占有改定中替代交付要件的要件是受让人获得转让物的间接占有。<sup>[39]</sup> 既然当今的中外学说都持有如此相同的观点,那么占有改定的关键,就自然应该摆脱占有媒介关系效力的影响,而是在于受让人取得转让物的间接占有。也就是说,转让物所有权的移转应基于出让人占有的自主意思变为他主意思、受让人取得间接占有的那一刻。这一时间点未必等同于占有媒介关系的生效时间,如例1中虽然占有媒介关系无效,而间接占有依然成立即为例证。<sup>[40]</sup>

不过,《物权法》第27条既然明示了物权变动“自约定生效时起”,解释上只能对“自约定

[39] 王利明,见前注[12],页187;梁慧星等,见前注[2],页186;郭明瑞,见前注[4],页57;高富平,见前注[12],页626。德国学说参见MünchKommBGB/Oechsler(Fn.23),§930Rn.9;Staudinger/Wiegand(Fn.16),§930Rn.4。我国台湾地区学者也持此观点。王泽鉴,见前注[2],页136;史尚宽,见前注[31],页38。

[40] 倘若由于占有媒介关系(如租赁合同)无效,而双方当事人都不知该占有媒介关系的无效事由,此时,出让人甲则成为转让物的无权占有人。受让人乙可以依据无效合同清算关系所生的返还请求权(《合同法》第58条第1句)或者所有物返还请求权(《物权法》第34条、《物权法》第243条前半句),要求无权占有人甲返还转让物。占有媒介关系的无效,在此仅影响了当事人对转让物约定的使用关系,并未波及转让物的所有权移转。如果受让人乙与甲所约定的占有媒介关系无效,受让人乙由于取得间接占有而获得转让物所有权,之后可以通过返还请求权让与(《物权法》第26条)的方式,将甲直接占有的转让物转让给第三人丙。虽然占有媒介关系无效,但依据无效合同清算关系所生的返还请求权,仍可以《物权法》第26条来进行转让。此时,乙作为所有人转让其所有物乃有权处分,与《物权法》第106条的善意取得规则无关。

生效时起”的文义进行限缩。在发生预先的占有改定时,因出让人尚未取得转让物,在占有媒介关系生效时,这一将来物的所有权自然无法移转,所以《物权法》第 27 条在此并无适用空间。如果间接占有的出让人已失去占有,那么即使占有媒介关系生效,出让人也无法通过占有改定转让已失去事实控制力的动产,甚至是他人已取得所有权的动产。这里显然也排除了适用物权变动“自约定生效时起”的余地。所以,以上两种情况在解释上并不构成难题。

占有媒介关系无效或被撤销时,如何正确解释动产物权的变动就十分令人为难了。由于法律关系的无效,在我国是自始、绝对、当然地无效。所以占有媒介关系无效或被撤销时,如同该法律关系自始未生效一样。《物权法》第 27 条明文规定:“物权自该约定生效时发生效力。”由此动产物权变动失去了依据,占有改定也无从发生。此处立法者的文义清楚,若强行以间接占有成立的时间替代约定生效的时间,公然有悖法条文义,解释学上实难采纳。

通过上述的解释,在我国现行法律框架下,占有改定中物权变动的时刻,还是只能遵循“自约定生效时起”的规定。不过在预先的占有改定、或者间接占有的让与人丧失占有的情形下,所有权的移转应当在让与人取得间接占有时发生。在占有媒介关系无效或被撤销的情形中,让与人虽然可能依然保有间接占有,但此时只能尊重《物权法》第 27 条的规定,受让人因占有媒介关系的无效或被撤销而丧失所有权。如果该物已被第三人所得,只能依善意取得规则,保护交易安全。

#### 四、物权变动当事人未有约定

既然《物权法》第 27 条明示“物权自该约定生效时发生效力”,那么当事人如未约定占有媒介关系,或者占有媒介关系并非基于当事人约定而发生,是否由于缺少“双方又约定由出让人继续占有该动产”,从而否认占有改定的适用可能?

当事人在日常交易中只约定“转让物所有权在协议生效时转让给受让人”,却未在协议中约定由出让人继续占有转让物。出让人在协议生效后继续占有该物,受让人也未立即领取该物。此时,当事人仅有变动所有权的意思表示,未约定占有媒介关系,是否构成占有改定,颇值探讨。

##### (一)当事人仅明示所有权移转的时刻

例 4:港润(聊城)印染有限公司(以下简称港润公司)共欠青岛源宏祥纺织有限公司(以下简称源宏祥公司)纺织货款 1195139.17 元,便将其所有的七台机器设备,折价转让给源宏祥公司。2009 年 11 月 20 日,双方约定,七台设备的所有权自该协议生效之日起移转于乙,港润公司应在 2010 年 3 月 31 日前将该设备交付源宏祥公司。但在协议约定的交付时间到期后,港润公司并没有将这些机器设备交付于源宏祥公司。在港润公司进入破产程序后,源宏祥公司要求确认港润公司七台设备的所有权归其所有。<sup>[41]</sup>

[41] “青岛源宏祥纺织有限责任公司诉港润(聊城)印染有限公司取回权确认纠纷案”(二审),山东省高级人民法院,审结日期 2011 年 5 月 5 日,北大法宝印证码 CLJ.C.833382。案件事实涉及三方,因第三方与动产物权变动无关,故在事实陈述中省略该方,并对无关事实予以简化。

在这一案件中,二审法院根据《物权法》第27条认为:

占有改定构成要件表现为:一、当事人之间达成动产物权变动协议。该协议是发生交付的基础;二、除了达成物权变动协议,就该动产另外达成让与人继续占有使用该动产的协议。虽然双方当事人签订的七台设备物权转让协议包含有所有权变动内容,但没有就被上诉人港润印染公司继续占有使用该七台设备另外达成协议。<sup>[42]</sup>

所以,二审法院认为,当事人之间的协议不构成占有改定。因该七台设备并未现实交付,尽管当事人签订的协议有效,也只是产生债权效力,并未发生物权变动效力,上诉人源宏祥公司并没有实际取得该七台设备的所有权,故其在被上诉人港润公司破产案件中并不享有取回权。<sup>[43]</sup>

二审法院将动产物权变动的协议作为占有改定构成要件之一,<sup>[44]</sup>不免有误。因为物权变动协议(如买卖合同)只是引起占有改定的原因行为,并非占有改定的构成要件。占有改定只是原占有人的占有意思发生变更,从自主占有人转变为占有媒介人。买卖合同虽然引起了占有改定,但其本身并非占有改定的构成要件。

本案的争议之处在于,双方当事人虽然约定了转让物所有权在协议生效时移转,但并未约定由让与人继续占有该动产。对于“出让人继续占有转让物”,有学者认为,必须双方当事人明确约定方可。这里的明确约定可以采取多种方式,既可单独设立占有改定的合同条款,也可在买卖、租赁等合同中加以约定。<sup>[45]</sup>本案中的占有媒介关系,既未在单独的占有条款中约定,也没有写入双方当事人的买卖合同中。由此法院否认了本案中占有媒介关系的存在。

二审法院在本案中,区分了协议的债权效力和转让物的物权变动,这一观点值得肯定。但若一味地强调当事人除所有权变动的协议外,仍须达成继续占有使用转让物的占有媒介关系,则不免显得过于机械,没有尊重当事人的真意,也有碍交易的便利。笔者认为,《物权法》第27条规定的占有媒介关系不限于明示约定,而且可基于默示的意思表示而发生。因为法律行为的发生,不仅可以基于当事人明示,而且在默示的场合,甚至在一方当事人沉默的情形都有存在的余地。约定的占有媒介关系作为法律行为的下位概念,并没有排除基于当事人默示而发生的充分理由。<sup>[46]</sup>尤其在当事人已明示约定所有权移转的时刻,自然可期待出让人自那一时刻起,由自主占有改变为他主占有,受让人也自那刻起取得了转让物的间接占有。由于协议订立时生效,七台设备依然由港润公司直接占有,可以推断当事人通常会实现协议中所表示的真实意思,并履行其所负有的义务,港润公司将其原来自主占有的意思转变为占有媒介的意思,他作为源宏祥公司的占有媒介人继续占有该物。由此,源宏祥公司获得了七台设备的间接

[42] 同上注。

[43] 同上注。

[44] 此类观点参见王利明,见前注[12],页382;史尚宽,见前注[31],页38。

[45] 王利明,见前注[12],页382。

[46] 德国学说变化参见 *Ernst*, a. a. O., S. 132 ff..

占有。至于当事人究竟基于哪个具体的占有媒介关系:保管、委托、借用等,则可根据案件事实而得出。本案当事人约定,转让物的交付应在所有权移转后进行,至少可以认定当事人达成了默示的保管合同。

在本案中,双方当事人达成默示的占有媒介关系也有事实支持。出让人港润公司共欠受让人源宏祥公司纺织货款 1195139.17 元,为此才转让七台设备所有权,用以代物清偿。这一转让所有权的约定符合正常的交易目的,也是当事人真实的意思表示。更为重要的是,占有改定的标的物需要被特定化,否则将无法确定物权变动的标的物。从案件事实来看,协议中所转让的七台设备应该已经被特定化,由此也满足了物权客体特定的要求。

在当事人明示所有权变动的时刻,占有改定基于默示的占有媒介关系而发生,也符合当事人的真实意思和保护受让人的利益。尤其在受让人需要即刻取得所有权,进行继续转让或融资担保时,如果僵硬地固守当事人必须另外订立一个明示约定占有媒介关系的合同,既不符合当事人要求即刻转移所有权的意思,也不符合当事人的利益需要。当然,如果从出让人的行为,可以推断出相反的占有意思,比如侵占转让物,那么出让人变更占有意思的推断将被推翻。

本案中,受让人源宏祥公司应就占有改定的构成要件承担证明责任,主张并证明默示占有媒介关系的成立。它已经证明双方达成协议生效,被特定化的七台设备所有权移转的事实。那么,依照协议所确定的时间,港润公司作为出让人的占有意思应当由自主占有变为他主占有。相应地,港润公司此时可以证明其占有意思未发生变更。若就该事实未能完成证明,那么对于港润公司占有意思发生变化的推断就应当成立。

由此,源宏祥公司得以根据港润公司被推定的占有意思变更,基于默示的占有媒介关系(保管)而获得间接占有,从而根据占有改定获得这七台设备的所有权。当出让人港润公司破产时,源宏祥公司作为所有人,可以主张《破产法》第 38 条的取回权,重新获得这些设备的直接占有。从这一案件可以得知,《物权法》第 27 条的约定不局限于明示约定,在当事人明示所有权移转的时刻,应该能推断成立默示的占有媒介关系,从而发生占有改定。

## (二)法定占有媒介关系

例 5:当父母赠与财产给未成年子女时,<sup>[47]</sup>他们往往并不放心将贵重的财物交由未成年子女管理,而是等到子女们将来成人后再为交付。因此父母依然作为直接占有人,为未成年子女占有赠与物;而子女则已取得赠与物的所有权,只是由父母代为管理赠与物。这种情况下,子女是否能根据占有改定取得赠与物的所有权?

《物权法》第 27 条仅规定了基于当事人约定而发生的占有媒介关系。学界也对此表示支

[47] 未成年人因法律行为能力欠缺而不能为有效意思表示,需要父母作为代理法律行为。若父母将财产赠予未成年子女,那么父母既作为赠与人,又作为受赠人的代理人出现(自己代理〔《德国民法典》第 181 条〕)。

持:出让人与受让人可以订立“契约”<sup>[48]</sup>或“合同”而发生占有改定。<sup>[49]</sup>不过,占有改定是否能够根据法定占有媒介关系而发生,并无明文规定。但我国学说早已认可法定占有媒介关系的存在,<sup>[50]</sup>其具体范围大致包括:父母就未成年子女的财产管理关系(参见监护人对被监护人的财产管理关系(《民法通则》第18条第1款)、夫妻共同财产的管理关系(《婚姻法》第17条第2款)、无因管理(《民法通则》第93条)、以及破产管理人与破产人(《企业破产法》第25条)、遗嘱执行人与继承人的法律关系等。<sup>[51]</sup>接下来的问题就是,缺少法律明文规定时,占有改定可否基于法定占有媒介关系而发生?

首先应当分析的是当事人的占有意思和间接占有的取得。基于占有媒介关系,受让人可以认为,出让人将郑重地处分转让物,并履行占有媒介关系中的权利义务。由此受让人获得了由占有媒介人所承认的间接占有的地位。<sup>[52]</sup>受让人究竟基于法定占有媒介关系、还是基于约定占有媒介关系,对于承认出让人的间接占有并不重要。如果法定占有媒介关系的当事人要求即刻移转占有物的所有权,如上例中父母赠与财产给未成年子女,并替他们保管该赠与物,反映了家庭关系或社会生活的正常需要,那么自当允许占有改定基于法定占有媒介关系而发生。<sup>[53]</sup>另外,从德国民法上来考察,虽然《德国民法典》第930条的占有改定也仅规定了根据“约定”而发生的占有媒介关系。但德国通说认为该条中所使用的“约定”词语,仅具有例举的意义,基于法定占有媒介关系而发生的占有改定也得到承认。<sup>[54]</sup>

《物权法》第27条虽明示了约定的占有媒介关系,却不存在反面解释的空间,从而排除了

[48] 梁慧星主编,陈华彬执笔:《中国物权法研究》(上),法律出版社1998年版,页212。

[49] 王利明,见前注[12],页187。

[50] 崔建远,见前注[10],页137;王利明,见前注[9],页726;孙宪忠:《中国物权法总论》,法律出版社2003年版,页259;申卫星,见前注[28],页195—196;马新彦等,见前注[28],页282。

[51] 史尚宽,见前注[31],页536—537;王泽鉴,见前注[10],页185。德语文献参见 MünchKommBGB/Oechsler (Fn. 23), § 930 Rn. 21; Soergel/Henssler, 13. Aufl., 2002, § 930 Rn. 14。

[52] Staudinger/Wiegand (Fn. 16), § 930 Rn. 26; Baur/Stürner, a. a. O., S. 647; Soergel/Henssler (Fn. 52), § 930 Rn. 13; MünchKommBGB/Oechsler (Fn. 23), § 930 Rn. 19。

[53] 有人会由此担忧,夫妻或者家庭成员通过占有改定的方法转让共同财产,以不法逃避一方债权人的强制执行。德国法对此早有相关制度加以防范。根据其强制执行程序,执行员通常只就事实占有的财产而调查,只要是夫妻一方占有的财产,都被推定为夫妻双方占有的财产(《德国民法典》第1362条第1款),法院执行员可以直接径而执行,而不问究竟被执行财产属于哪一方。如果被执行的财产不属于被执行的夫妻一方,那么另一方应提起第三人异议之诉(《德国民事诉讼法》第771条),这样才具有阻碍转让被执行物的权利。如果异议方能够证明所有权人的地位,债权人还可依据《撤销法》(Anfechtungsgesetz)第9条,以撤销的方式提出抗辩,消灭对方的第三人异议之诉的效力。对于故意损害债权人的行为,《撤销法》规定的撤销期限最长为十年(《撤销法》第3条),无偿的行为也有四年之久(《撤销法》第4条)。所以债权人的利益应该得到了足够的保障。我国《合同法》第74条规定的撤销权、《企业破产法》第31、32条规定的撤销权分别类似于德国《撤销法》第9条的撤销权、德国《破产法》第129条以下的撤销权。只是我国关于撤销权的法律在行使期限、适用范围、证明责任等方面尚缺少具体的法律规范,对于债权人的保护仍显欠缺。

[54] Baur/Stürner, a. a. O., S. 74。



法定占有媒介关系适用的可能性。当学说已经普遍认识到占有媒介关系既可根据约定而生,也可基于法定发生时,《物权法》第 27 条仍未予重视法定占有媒介关系,未免令人感到可惜。对于本该适用占有改定的情况而未予规范,造成了法律“违反立法计划的不圆满性”,由此构成公开的法律漏洞。<sup>[55]</sup> 约定占有媒介关系与法定占有媒介关系都能使受让人取得转让物的间接占有。因此,可以考虑类推适用《物权法》第 27 条,基于约定占有媒介关系所发生的占有改定,适用于法律未规定的法定占有媒介关系,<sup>[56]</sup>以便于后者的当事人也能借助于占有改定来移转所有权。

倘若认可法定占有媒介关系也能发生占有改定,那么接下来的问题就是:在此情形下,何时发生动产所有权的移转?有学说主张,间接占有的成立要求间接占有人应当知道,占有媒介人具有为其成立占有的意思。也就是说,间接占有人必须认识并希望,占有媒介人不是自主占有,而是为他占有。<sup>[57]</sup> 一般而言,当占有媒介关系基于约定而发生,间接占有人自然知道占有媒介人将为他占有的意思。但某些基于法定占有媒介关系而发生的间接占有,如无因管理、监护等,<sup>[58]</sup>间接占有人(本人)起初可能并不知道,谁在为他占有,所以也不知究竟谁是占有媒介人。因此,这一前提并不能完全适用于法定占有媒介关系。

笔者认为,物权出让人(占有媒介人)自主占有意思改变为他主占有意思的时刻,是占有改定发生的依据。那么,自然应由这一时刻来决定法定占有媒介关系的生效时间。若在物权转让之前,双方当事人间就存有法定占有媒介关系,那就可以推断,出让人随着原因行为(买卖、赠与)的生效而形成占有媒介的意思,为受让人行使事实管领力。如在上例中,当父母赠与财产给未成年子女时,赠与物所有权的移转,需要转移所有权的合意,并交付赠与物。如果父母保持赠与物的直接占有,所有权移转就缺少交付这一要件。此时,赠与物所有权移转可通过占有改定实现。倘若父母已成为直接的他主占有人,就无须再与子女约定保管合同之类的占有媒介关系,而是直接基于对子女的监护关系,作为他们的占有媒介人来管理赠与物。<sup>[59]</sup> 如果法定占有媒介关系发生在物权变动的原因行为之后,那么出让人为受让人占有的意思通常形成在占有媒介关系发生时,物权变动应伴随法定占有媒介关系发生。

## 四、结 语

由于我国学说尚未重视间接占有制度,导致其在《物权法》立法中的缺位,也由此导致了

[55] *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin Heidelberg u. a. 1991, S. 373; 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社 2007 年版,页 433。

[56] 黄茂荣,同上注,页 492。

[57] *Wieling*, a. a. O., 454; *Soergel/Stadler* (Fn. 29), § 868 Rn. 9; 反对意见参见 *MünchKommBGB/Joost* (Fn. 13), § 868 Rn. 21.

[58] *Wieling*, a. a. O., 454; *Staudinger/Bund* (Fn. 18), § 868 Rn. 26.

[59] *Baur/Stürmer*, a. a. O., S. 647; BGH NJW 1989, 2544, 2546.

《物权法》第27条的欠缺。该条虽明示以占有改定替代实际交付,但只表述为“出让人继续占有该动产”,未能反映出让人占有意思的变动,也未突出间接占有在占有改定中的作用。在法律尚未修改之时,只能结合该条所规定的物权变动的发生,得出出让人具有占有媒介意思和受让人取得间接占有的结论。

《物权法》第27条的另一不足之处在于,它将动产物权变动与约定占有媒介关系的生效时间相联系。但是约定占有媒介关系的生效与间接占有的成立是两个不同的概念。虽然两者经常同时发生,但也存在不一致的场合。由于约定占有媒介关系无效、被撤销,占有物尚未被出让人取得(预先的占有改定)、占有物已经丧失或占有媒介意思的变动这些情况下,约定占有媒介关系的生效时间与间接占有的成立时刻都不相同。此外,占有媒介关系并不限于当事人明示发生,还可根据默示发生;如果当事人明示所有权变动,且出让人继续占有转让物,通常也可推断当事人具有默示约定占有媒介关系的意思。由此可知,占有改定下动产物权的变动发生的时刻并非是占有媒介关系的生效时间,而是受让人取得间接占有的时刻。

综上所述,笔者建议《物权法》第27条应该改为“动产物权转让时,双方又约定由出让人继续占有该动产的,自受让人获得间接占有时,物权变动发生效力”。在立法未予变动时,只能将占有改定中物权变动的时刻,遵循“自约定生效时起”的文义,解释上尽量使得所有权的移转发生于受让人取得间接占有时。但当占有媒介关系无效或被撤销时,即使受让人仍可能依然间接占有转让物,他也将无法依据占有改定保有原来的所有权。同时,对于约定之外所发生的占有改定,在合理的范围内可以尽量扩张其适用范围,解释上不必限于明示约定的文义,将《物权法》第27条类推适用于基于法定占有媒介关系而发生的占有改定。

(责任编辑:张双根)