

再论动产物权变动的生效要件

崔建远

摘 要 我国《物权法》第23条关于动产物权以交付为变动的生效要件的规定，统领各种类型的动产物权变动，其但书仅适用于动产抵押权、浮动抵押权、海上运输的指示单证及非基于法律行为的动产物权变动等极个别的情形。从物物权的变动、船舶、航空器和机动车诸物权变动，只要是基于法律行为的，依然以交付而非登记为生效要件。我国《物权法》第26条关于指示交付的界定过于狭窄，应予扩张。

关键词 动产物权变动 生效要件 指示交付 现实交付

作者崔建远，清华大学法学院教授。

一、关于《物权法》第23条所设但书的适用范围

《中华人民共和国物权法》（以下简称为《物权法》）第23条规定：“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。”学说认为，此处所谓“动产物权的设立和转让”，指的是基于法律行为而生的动产物权变动。其中所谓的“法律另有规定的除外”，有两层意思：一是指非基于法律行为而生的动产物权变动不以交付为生效要件；二是指某些基于法律行为而生的动产物权变动，如海上运输的指示单证，是以记名背书或空白背书为生效要件的（《中华人民共和国海商法》第79条第2项），而不以交付为生效要件。此外，动产抵押权、浮动抵押权的设立也不需要交付抵押物（《物权法》第181条、第188条、第189条）。

有学者认为，《物权法》第23条关于“但法律另有规定的除外”的但书，除了上述意思外，还包括《物权法》第115条规定的“主物转让的，从物随主物转让，但当事人另有约定的除外。”其意在指，从物为动产场合，在主物的所有权已经移转的情况下，从物无须交付便已移转所有权。对此，笔者不敢苟同，因为基于一物一权主义，主物和从物系两个物，每个物上各存在着一个所有权，其物权变动的法律行为仍应个别为之，始能生物权变动的效力，亦即从物为不动产或动产时，应分别为登记或交付，并非因主物（无论是不动产或动产）物权已经变动，其效力即可及之。^①此其一。假如不遵循上述规则，认为从物无须交付便移转所有权，就意味着主物所有权的变动按照基于法律行为的物权变动规则处理，而从物所有权的变动则遵循非基于法律行为的物权变动规则处理，不够协调，缺乏美感。此其二。更为重要的是，从物所有权的变动一律不以公示为生效要件，不利于交易安全。此其三。

^① 谢在全：《民法物权论》（上册），三民书局2003年修订2版，第156页；王泽鉴《民法物权·通则·所有权》（总第1册），三民书局2003年8月增补版，第57页。

二、《物权法》第23条等规定与《合同法》第133条但书之间的关系

诚然,笔者注意到,《物权法》未再沿袭《中华人民共和国合同法》(以下简称为《合同法》)第133条后段关于“当事人另有约定的除外”的债权意思主义的思想,仅仅保留了“法律另有规定……除外”的但书,明文规定动产物权的变动以交付为生效要件(第23条),动产质权以交付质物为生效要件(第212条),只有动产抵押权、浮动抵押权除外(第180条第1款第4项和第6项、第181条、第188条、第189条第1款)。这是否意味着《合同法》第133条关于“当事人另有约定的除外”的但书不再有效?换种表述就是,在特定物买卖场合,当事人双方没有遵循《物权法》第23条等规定实施交易,而是约定该买卖物的所有权自买卖合同生效时移转时,该项约定能否发生法律效力?回答这个问题,离不开确定《物权法》第23条、第5条等有关规定是否为强制性规定,以及物权法定主义是否含有物权公示的内容。

虽然物权及其变动的公示关乎众人的利益,但因善意取得等制度的存在,即使当事人双方约定特定物买卖的所有权移转时间点,也不会损及善意的交易相对人的合法权益,所以,不把《物权法》第23条等关于动产物权变动的公示要求划入强制性规定的范围,并非强词夺理。尤其是联系我国现行法关于基于法律行为的动产物权变动的下述规定,在整体上把握,该项结论就更加显现出道理:(1)《合同法》第134条允许买卖物的所有权保留,变更了《物权法》第23条的规定;(2)《物权法》第29条关于因遗赠取得物权自遗赠开始时发生效力的规定,显然没有遵循《物权法》第23条的规定;(3)《物权法》第26条承认了指示交付、第27条承认了占有改定,都变通了典型的交付形态。我们可以将之理解为在实质上修正了以交付为动产物权变动的生效要件的模式。此外,《物权法》第127条第1款关于土地承包经营权的设立不以公示为生效要件的规定、第158条前段关于地役权的设立不以公示为生效要件的规定,也在一定意义上加强了前述结论的可信度。

既然动产物权变动在公示方面的要求可由当事人通过约定加以改变,就表明此类法律规定并非强制性规定。而《物权法》第5条关于物权法定主义的规定被认为是强制性规定,为了避免法律及其理论内容存在矛盾,不宜认定该强制性规定包含公示强制的内容。由此亦可见,德国民法理论将物权法定主义限于类型强制和类型固定,确有道理。

总之,当事人双方若约定特定物的所有权自买卖合同生效时移转,法律就不宜否定。当事人双方若无此约定,就要完全按照《物权法》第23条等规定确定动产物权变动的时间点。其道理在于,相对于《合同法》第133条关于“当事人另有约定的除外”的但书,《物权法》第23条及第212条等规定更为理想,因为按照动产的占有或交付确定动产物权的状态,更加符合物权及其变动的公示原则及其规范意旨;尽量使真实的物权关系与外观所表征的物权关系相一致,也与公信原则的创设前提之一相契合;在法律部门的分工方面,物权变动应由《物权法》而非《合同法》予以规范,因为在物权变动方面,《物权法》为“特别法”;再者,《物权法》相对于《合同法》为新法。

三、《物权法》第26条界定指示交付的不足及其补救

《物权法》第26条规定:“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。”学说认为,这是关于指示交付的规定。其中请求第三人返还原物的权利,又称让与返还请求权,或返还请求权代位。所让与的对第三人的返还请求权,兼指债权的返还请求权和物权的返还请求权。这是为了解决标的物仍在第三人占有时的的问题,法律特别设计的规则。例如,甲出租A车于乙,后甲与丙又订立该车的买卖合同,甲可

以将其对乙的返还 A 车的请求权让与给丙，以代交付，使丙取得对 A 车的所有权。

问题不在于此，而在于《物权法》第 26 条将指示交付限定于“动产由第三人依法占有”的场合，只能包括如下三种指示交付的类型：（1）转让人系间接占有人（如出租人、出借人、寄托人）时，可将他基于占有媒介关系（租赁、借用、寄存）所生债权返还请求权让与受让人，以代交付。这种返还请求权的让与同时为间接占有的移转。应注意的是，这种情形并非所有物返还请求权的让与，而是受让人因取得动产所有权，发生所有物返还请求权。（2）转让人既非间接占有人，亦无其他可让与的返还请求权，仅有所有物返还请求权。例如遗失 A 表并不知在何人之手。于此场合，通常认为转让人得让与其所有物返还请求权，以代交付。其理由有二：一是所让与的返还请求权不以对特定第三人为限；二是对于第三人的返还请求权包括所有物返还请求权。（3）动产所有权证券化时，其所有权的移转必须交付该证券，以代该动产之交付。^②

《物权法》第 26 条将指示交付限定于“动产由第三人依法占有”的场合，作茧自缚，使一些本应通过指示交付来解决动产物权变动的问题却无法如愿，只得先由转让人从占有动产的第三人之处收回，再交给受让人，徒增周折和成本。此其不足之一。如果删除《物权法》第 26 条关于“依法占有”的限定，就会使局面改观，使如下的问题可通过指示交付得到解决：（1）转让人非间接占有人时，可让与其基于侵权行为或不当得利而生的返还请求权。这种返还请求权的让与，与占有的移转无关。于此场合，所让与的也不是所有物返还请求权，而是受让人因取得所有权，而得主张所有物返还请求权。（2）第三人对标的物的占有原有本权，但其后本权不复存在，导致第三人无权占有标的物，例如，第三人作为借用人占有借用物，其后借用合同终止，变为无权占有。在这些情况下，物权人将此类标的物出卖与他人，因不符合《物权法》第 26 条关于指示交付必须发生在“动产由第三人依法占有”的要求，故只得先由转让人从占有动产的第三人之处收回，再交给受让人，影响交易的迅捷与简便。如果删除“依法占有”的限定，允许采取指示交付的方式，问题将可得到有效解决。《物权法》第 26 条将指示交付限定于“动产由第三人依法占有”的不足之二表现在：无法使受让人于让与合同生效不久就可取得标的物的直接占有，因为此时第三人对该标的物仍处于有权占有的状态。

解决《物权法》第 26 条规定的不足，在解释论上，应尽最大限度地限缩其中所言“法”的范围，将若干第三人无权占有的情形视为“依法”，而不作为“违法”对待。在这方面，最高人民法院制定物权法的司法解释时可大有作为。站在立法论的立场上，未来修改《物权法》时，应将《物权法》第 26 条中的“依法”二字删除。

还需指出，让与的返还请求权若为债权的返还请求权，按照《合同法》第 80 条第 1 款的规定，需要通知债务人，否则，让与对债务人不发生效力。让与的若为物权的返还请求权，是否需要通知第三人（占有动产之人），法律未作规定，宜类推适用《合同法》第 80 条第 1 款的规定。^③

四、关于船舶、航空器、机动车诸物权变动的生效要件

交付不仅为动产所有权移转的生效要件，而且应是一切动产物权变动的生效要件。就是说，《物权法》第 23 条的规定具有普遍适用性，统领各种类型的动产物权的变动，仅有极个别的情形例外。例如，按照《物权法》的规定，交付质物是动产质权的设立要件（第 212 条），交付权利凭证

^② 同注①，王泽鉴书，第 137-139 页；谢在全书，第 152 页。

^③ 同注①，谢在全书，第 153 页。

是以不记名仓单等为标的物的质权设立的要件(第224条)。提单的交付等同于货物的交付,实现货物所有权的移转。提单的转让不仅转让单证本身,同时转让提单所代表的权利。^④

应当指出,交付本非完全的公示方法,再加上有观念交付的存在,更使其无法完全公示物权状况的缺点加深,故法律就某些动产物权变动的公示方法,兼采登记的方法或将动产证券化,把交付作为动产物权变动的生效要件,将登记作为对抗(善意)第三人的要件。《物权法》第24条关于“船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭,未经登记,不得对抗善意第三人”的规定,显然采取了这种模式。^⑤不过,这却引发了登记是否为船舶、航空器、机动车诸物权变动的生效要件的争论。一种意见认为,这三类物权的变动,有时以交付为生效要件,但在仅有登记尚未交付时则以登记为生效要件。在一物多卖的情况下,有的买受人已经占有了买卖物,而其他买受人虽未占有买卖物但已经成为登记名义人的场合,也以登记作为物权变动的生效要件。

对此,笔者坚决反对,因为《物权法》第24条关于船舶、航空器和机动车辆诸物权变动场合将登记作为对抗第三人的要件的规定,不是对《物权法》第23条规定的交付为动产物权变动的生效要件主义的否定,而是对效力强弱和范围的补充,即此类物权变动仍以交付为生效要件,而非以登记作为生效要件。换句话说,转让人向受让人交付了船舶、航空器或机动车辆,即使没有登记,物权也发生了变动,只是不能对抗善意第三人;反过来说,转让人没有交付船舶、航空器或机动车辆,即使办理了登记,受让人也未取得其物权。

将《物权法》第24条的规定解释为“把交付作为船舶、航空器和机动车诸动产物权变动的生效要件,将登记作为对抗(善意)第三人的要件”,有如下理由支持:(1)文义解释:该条没有正面规定船舶、航空器和机动车等动产物权变动的要件,既没有说自变动合同生效时发生物权变动,也没有说自登记完毕发生物权变动,属于不完全法条,需要结合有关条文加以解释,于是有(2)体系解释和目的解释:该条处于《物权法》第二章“物权的设立、变更、转让和消灭”的第二节“动产交付”之下。该章共有三节,其中,第一节“不动产登记”,贯彻基于法律行为而发生的不动产物权变动以登记为生效要件的精神(《物权法》第9条第1款等),只承认法律另有规定不以登记为生效要件的例外;第二节“动产交付”,贯彻基于法律行为而发生的动产物权变动以交付为生效要件的原则(《物权法》第23条),同样只承认法律另有规定不以交付为生效要件的例外;第三节“其他规定”,贯彻非基于法律行为的物权变动不以公示为生效要件的理念,只有遗赠导致的物权变动属于基于法律行为的物权变动,也不要求公示作为物权变动的生效要件。现在的问题是,法律对船舶、航空器和机动车的物权变动是否例外地规定了不以交付为生效要件?查《中华人民共和国海商法》没有正面规定船舶所有权变动、船舶抵押权设立的生效要件,只是明确地将登记作为对抗要件(第9条、第13条第1款);《中华人民共和国民用航空法》同样未正面规定民用航空器所有权变动、民用航空器抵押权设立的生效要件,只是明确地将登记作为对抗要件(第14条第1款、第16条);《中华人民共和国机动车登记办法》也没有正面规定机动车物权变动的生效要件。既然法律对于船舶、航空器和机动车的物权变动未作另外规定,就应当按照动产物权变动的原则(《物权法》第23条)解释《物权法》第24条的规定,只有在设立抵押权时例外。(3)《物权法》第24条的规定原则上总揽船舶、航空器和机动车的所有权产生、转让、设立质权、设立抵押权、消灭等类型的物权变动,且未设例外。而《物权法》第212条明确规定:“质权自出质人交付质押财产时设立。”在这种情况下,只有认为《物权法》第24条的规定贯彻的是“把交付作为船舶、航空器和机

④ 司玉琢主编:《海商法专题研究》,大连海事大学出版社2002年版,第68、94页。

⑤ 同注①,谢在全书,第150页。

动车等动产物权变动的生效要件，将登记作为对抗（善意）第三人的要件”模式，才能自圆其说。当然，设立抵押权时例外。假如将其解释为登记为船舶、航空器和机动车等动产物权变动的生效要件，则会造成《物权法》第24条和第212条之间的矛盾。（4）与“（3）”中道理类似的还有，《物权法》第188条规定，以交通运输工具设立抵押权的，抵押权自抵押合同生效时设立，未经登记，不得对抗善意第三人。表明以船舶、航空器和机动车设立抵押权，仍然不以登记为生效要件。（5）在理论上，通说坚持我国的物权变动采取债权形式主义，《物权法》第二章等规定予以落实，只有土地承包经营权和地役权的设立采取了债权意思主义（第127条第1款、第158条），至于船舶、航空器和机动车的物权变动则未见有明确的条文采取债权意思主义。就此而言，也应当认为《物权法》对船舶、航空器和机动车的物权变动采取了交付为生效要件的模式，而非合同生效时发生物权变动，只有设立抵押权时例外。（6）假如将登记作为船舶、航空器、机动车诸物权的变动的生效要件，则会产生负面的结果。其道理如下：《物权法》第24条明文规定登记为这些物权变动的对抗要件，而作为对抗要件的登记，难以时时、事事地表征着真实的物权关系，即登记所昭示的物权关系与真实的物权关系有时不一致。因此，假如把登记作为船舶、航空器、机动车诸物权变动的生效要件，就可能误将已经变动的船舶、航空器、机动车的物权关系当作尚未变动的物权关系，或者误将尚未变动的物权关系作为已经变动的物权关系看待。属于前者的例证有若干，例如，甲已经将作为买卖物的船舶现实地交付给了买受人乙，但尚未办理过户登记手续，若依据登记为船舶物权变动的生效要件说，则会仍然认为该船舶归甲所有，即使第三人明知该船舶所有权已经移转给乙的事实，乙也无权对抗该第三人。这显然违背了《物权法》第24条规定的规范意旨。属于后者的例证同样存在，例如，甲已经将作为买卖物的船舶现实地交付给了买受人乙，随后又将该船舶登记在第二个买受人丙的名下。于此场合，丙本来没有取得该船舶的所有权，但按照登记为船舶物权变动的生效要件说，则得出丙已经取得该船舶所有权的结论。这显然是不符合客观实际，因为其不适当地侵害了乙的合法权益。避免此类弊端的有效办法，就是坚持这样的观点：交付为船舶、航空器、机动车诸物权变动的生效要件，登记仅为对抗善意第三人的要件。

为了清晰而适当地适用《物权法》第24条与第23条的规定，有必要区分情况，确定船舶、航空器、机动车诸物权变动的规则及理论：（1）甲将其A船卖与乙，且已交付并办理了过户登记手续，后又卖与丙，无法交付和登记。于此场合，乙取得A船的所有权，并能对抗包括丙在内的一切人，应无疑问。甲和丙之间构成出卖他人之物的关系，按照《合同法》第51条的规定，乙有权不予追认甲和丙之间的买卖A船的合同，该合同因而消灭，丙不能请求甲履行合同，将A船交付并过户，只能依据《合同法》第58条的规定，请求甲承担缔约过失责任。不过，按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（以下简称为法释〔2009〕5号）第15条关于“出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，合同均不具有合同法第五十二条规定的无效情形，买受人因不能按照合同约定取得标的物所有权，请求追究出卖人违约责任的，人民法院应予支持”的规定，买卖A船的合同有效，但不影响A船所有权的归属，只是因甲无法将A船交付并登记给丙，成立违约责任。（2）甲将其A船卖与乙，尚未交付和登记，又将该车卖与丙，同样没有交付和登记。于此场合，两个买卖A船的合同都有效，按照债权平等和债务人任意履行的原则，谁先请求甲履行合同，甲也满足此项请求，则该买受人取得A船的所有权；当然，虽然后请求甲履行合同，但甲先满足该项请求，后请求者同样取得该车的所有权。需要说明，司法实务中，有些判决没有遵循债权平等和债务人任意履行的原则，在有证据证明后签订合同者明知一物多卖的，就不支持他（它）取得买卖物。对此，笔者持折衷的立场：如果有证据证明一物多卖符合《合同法》第52条第2项关于恶意串通损害第三人合法权益的规定的，可确认合同无效，恶意的买受

人不得取得买卖物,否则,还是应当坚持债权平等和债务人任意履行的原则。(3)甲将其A船卖与乙,尚未交付和登记,后又卖与丙,已经交付且办理了过户登记手续。于此场合,丙应当取得该车的所有权,并可对抗包括乙在内的所有的人。乙没有取得该车的所有权。(4)甲将其A船卖与乙,已经交付,但未办理过户登记手续,后又卖与丙,没有交付和登记。于此场合,乙取得该车的所有权,但不能对抗包括丙在内的善意第三人。丙没有取得该车的所有权。(5)甲将其A船卖与乙,且已交付,但未办理过户登记手续;后又卖与丙,没有交付但办理了过户登记。于此场合,乙取得了A船的所有权,但因尚未办理过户登记,不能对抗善意第三人;丙若不知甲已经将A船卖与乙的事实且无重大过失时,构成善意,乙也不能对抗丙。不过,丙和甲之间没有交付A船的行为,按照《物权法》第23条的规定,丙并未取得A船的所有权。如何解开此扣?笔者认为,应当准用《物权法》第19条第1款的规定,乙有权凭A船买卖合同和基于合法占有该车的事实,请求机动车登记部门更正登记。丙若书面同意更正,问题迎刃而解,若不同意,因证据确凿,登记部门也应予以更正。更正后,乙及时办理登记,对抗他人。同时,甲也有义务和权利请求登记部门注销登记,因丙的A船所有权不符合事实。(6)甲将其A船卖与乙,尚未交付,但已办理过户登记手续;后又卖与丙,已经交付但尚未办理过户登记手续。于此场合,丙取得了A船的所有权,但因尚未办理过户登记手续,不能对抗善意第三人;乙若不知甲已经将A船卖与丙的事实且无重大过失时,构成善意,丙也不能对抗乙。不过,乙和甲之间没有交付A船的行为,按照《物权法》第23条的规定,乙并未取得A船的所有权。在这种情况下,仍应准用《物权法》第19条第1款的规定,丙有权凭A船买卖合同和基于合法占有该车的事实,请求机动车登记部门更正登记。乙若书面同意更正,机动车登记部门注销乙的登记,将A船的所有权登记在丙的名下;乙若不同意,因证据确凿,登记部门也应予以更正。更正后,乙及时办理登记,对抗他人。同时,甲也有义务和权利请求登记部门注销登记,因乙的A船所有权不符合事实。(7)甲将其A船卖与乙,交付采取了占有改定的方式,也办理了过户登记手续。此后,甲又与丙签订了A船的买卖合同,并将A船现实交付与丙。于此场合,谁取得A船的所有权?首先,乙取得了A船的所有权应无疑问。甲与丙之间的买卖关系为出卖他人之物的合同关系,按照《合同法》第51条的规定,乙若追认甲和丙之间的买卖合同,则该合同有效,丙可取得A船的所有权,乙丧失A船的所有权;乙若不追认甲和丙之间的买卖合同,则该合同归于消灭,丙是否取得A船,取决于如下因素:丙为善意时,买卖价格又合理,则基于《物权法》第106条第1款的规定取得A船的所有权;丙为恶意时,或虽为善意但买卖价格不合理的,则不能取得A船的所有权。需要指出,法释[2009]5号第15条的规定,虽然修正了《合同法》第51条的规定,甲和丙之间的买卖合同有效,不受乙追认与否的左右,也不受丙善意恶意的影响,但A船所有权的归属不因此而受影响。

五、附论:法释[2009]5号第15条规定的利弊分析

上文所论涉及法释[2009]5号第15条的规定,牵涉重大的理论问题,对实务的运作及其结果影响不小,有必要顺带分析,以尽可能地减少其负面影响。

法释[2009]5号第15条的规定,实际上承认了出卖他人之物的合同可有效,因为违约责任以存在有效合同为前提。这也就承认了买卖等合同的效力不受处分权有无的影响,显然已经修正了《合同法》第51条的规定。对此,笔者简要评论如下:

首先,必须看到,法释[2009]5号第15条的规定过于绝对,且不说它直接与《合同法》第51条的立法计划、规范意旨相抵触,即使撇开《合同法》第51条的规定不管,它也忽视了《合同法》第52条以外的若干无效的情形。例如,无行为能力人出卖他人之物或转让他人权利时,不但

标的物的权属不发生移转的效力，而且买卖合同或转让合同本身也归于无效。

其次，法释〔2009〕5号第15条的规定也忽视了出卖他人之物或转让他人权利同时构成撤销事由并且撤销权人行使撤销权的情形。例如，在出卖他人之物或转让他人权利的情况下，若买卖合同或转让合同存在着错误、诈欺或胁迫，则这些合同可被撤销。一旦撤销权人行使撤销权，买卖合同或转让合同便自始失去法律约束力。在这种情况下，显然不会成立违约责任，买受人无法向无权处分人追究违约责任。

再次，法释〔2009〕5号第15条的规定还忽视了出卖他人之物或转让他人权利同时符合《合同法》第47条、第48条规定的效力待定原因、有关权利人不予追认的情形。例如，出卖他人之物同时符合无权代理，被代理人不予追认该无权代理行为的场合，同样不会成立违约责任，买受人只得主张缔约过失责任。

复次，法释〔2009〕5号第15条的规定不合逻辑。其道理在于，在区分负担行为和处分行为的德国民法上，两种行为各负其责，负担行为无需处分权。在不区分这两种行为的中国现行法上，买卖等合同同时肩负着发生债权债务和引起物权变动的双重任务，自然就需要处分权。可是，该司法解释却将处分权置之度外，即便欠缺处分权，买卖等合同也有效，在逻辑上不尽完美。

最后，应当承认，在实务上，众多法院都依据法释〔2009〕5号第15条的规定裁判案件，可使买受人、受让人可追究出卖人、让与人的违约责任。其利，它较为周到地保护了善意的买受人、受让人；其弊，它对恶意的买受人、受让人同样优惠，有失权衡。从立法法及其理论上讲，法释〔2009〕5号相对于《合同法》而言为下位阶的规范，不应与《合同法》的规定相抵触，抵触的，不应有效。应当承认，此类情形在我国较为普遍，司法解释的若干规定又确实具有优越性，一律机械地按照立法法及其理论处理，其效果不见得最佳。

有鉴于此，对法释〔2009〕5号第15条这把双刃剑，可有若干处理方案：（1）继续按照《合同法》的立法计划、立法目的、体系及制度安排，解释其第51条的规定，结论是买卖等合同因欠缺处分权而效力待定，而法释〔2009〕5号第15条的规定作为下位阶的法律文件，与《合同法》第51条的规定相抵触时，不具有法律效力。所谓不具有法律效力，可软化处理，在具体操作上，可以是限缩法释〔2009〕5号第15条规定的含义，将出卖他人之物或转让他人权利的合同排除在外。（2）为了利益衡量，不太顾及形式逻辑，认为法释〔2009〕5号第15条适用于出卖他人之物或转让他人权利的合同场合，并不是建立在承认物权行为理论的基础之上的。（3）认为法释〔2009〕5号第15条的规定承认了物权行为理论。究竟选取哪种方案？

笔者认为，从立法计划、立法目的、法律体系及制度安排看，中国现行法没有承认物权行为，最高人民法院出台的司法解释中也有相当数量的规定与物权行为的理论不符，加上按照物权行为理论无法解释《合同法》第52条第4项、第54条第1款第1项、第58条、第97条等条款的规定，所以，第三种方案不可取。至于前两种方案的选取，可以继续思考。

【主要参考文献】

1. 谢在全：《民法物权论》（上册），三民书局2003年修订2版。
2. 王泽鉴：《民法物权·通则·所有权》（总第1册），三民书局2003年8月增补版。
3. 司玉琢主编：《海商法专题研究》，大连海事大学出版社2002年版。

（责任编辑：朱 岩）