

民法体系化的个案考察

——以无权处分为中心

马特

(中国人民大学 法学院, 北京 100872)

摘要: 本文主要运用分析法学的体系化的方法对传统民法上的无权处分问题作了系统考察。全文共分三章, 第一章为“无权处分问题的不同制度背景及其相应解决模式”, 第二章为“无权处分合同效力辨”, 第三章为“无权处分的体系化安排”, 最后设结语为“合同法五十一条之解释, 无法完成的使命”。总结了债权形式主义物权变动模式下无权处分问题的解决途径及其体系构成, 同时对合同法第五十一条的规定提出质疑和批评, 从而对本土经验之利弊, 外国法制继受之得失, 中国民法的体系化构建进行反思和关照。

关键词: 无权处分 体系化 合同效力 物权变动

中图分类号:D9 **文献标识码:**A

绪言

无权处分问题被王泽鉴先生称之为“法学上的精灵”, 困扰实务界数十年, 该问题之复杂可见一斑。我国《合同法》第 51 条规定了无权处分合同的效力, 对该条款的解释在我国法学界众说纷纭, 莫衷一是, 可谓仁者见仁, 智者见智。无权处分问题牵一发而动全身, 涉及物权变动模式、意思表示、缔约过失、善意取得、瑕疵担保、不当得利、侵权行为、无因管理等诸多民法基本制度, 其变数之大可知矣。欲探究其端倪, 必得以体系化的方法予以考察, 逐条梳理, 以达法律体系上的自治; 且无权处分关系日常生活甚巨, 诚有必要采利益衡量的方法以衡平当事人之间的得失, 维护民法公平正义之精神。

所谓体系化的方法, 脱胎于德国历史法学派, 主张以罗马法的历史资料为研究对象, 强调概念的分析、计算与体系的建构, 以逻辑分析的方法实现法学科学化的目的。体系化的方法旨在形成一种以较特殊的概念应隶属于适用范围较广, 表达内容较少的概念之下为原则而构成的抽象概念体系。它不仅能指示概念在整个体系中应有的位置, 也能将具体的案件事实涵摄于法律规范的构成要件之下。以使诸多规范之各种价值决定得藉此法律思想得以正当化、一体化, 并因此避免其彼此间的矛盾。^[1]加拿大民法学家 Jean-Louis Baudouin 则将民法典最本质的特性界定为简明性和内在一致性(internal coherence)。Vanderlinden 则将民法典的本质特性认定为, 多个部分结为整体之形式上的统一性(formal unification)。^[2]体系化的方法注重形式理性的价值, 以科学性、确定性、逻辑一贯性克服法官的恣意裁判, 从而增强法秩序的安定性和法统治的正当性。诚如德国学者所言, 法律秩序如今体现为一个以罗马法为基础而发展起来的制度、概念和原则的完整体系; 通过逻辑的因而也是“科学的”适用, 就能获得对所有法律案件的判决。在这种情况下, 法律的适用就降为一种纯“技术”过程, 一种只听从抽象概念那种臆想的“逻辑必然性”的计算过程。^[3]概念法学^[4]与所谓体系化的方法曾一度作为法学的终极追求, 此种主义经过二十世纪的自由法运动的批判虽已不足为训, 但就技术意义而言, 是为自罗马法以降数千年来法学精英千锤百炼的一种认识方法和分析工具, 不失为一笔弥足珍贵的历史财富。因为社会学上的因素, 不论多么重要, 就法律上的目的而言, 必须呈现于概念架构之中, 否则, 就不能成为法律体系里面有意义的因素。^[5]此外, 为弥补逻辑分析方法过于抽象、僵化、无视社会生活和法律目的的不足, 须辅以利益衡量的方法, 考察具体生活事实, 进行实质的判断。

一、无权处分问题的不同制度背景及其相应解决模式

欲考察无权处分问题，必先解决其前提问题，不同的物权变动模式决定了该问题的不同解决路径。就大陆法传统而言，物权变动模式大体分两种：意思主义与形式主义，其中意思主义可分为纯粹意思主义和登记对抗主义；形式主义又分为物权形式主义与债权形式主义。

（一）意思主义模式下的无权处分问题

在债权意思主义体制之下，本无严格的处分行为的概念，仅依债权合同即可依法直接发生物权变动的效力，即物债合一，不作区分。该立法例以法国、日本、意大利为代表。法国因受自然法学说之影响，舍弃交付主义，而采用意思主义。^[6]日本、意大利历史上受法民影响甚巨，与法民渊源极深。意民本属法国谱系，1942年新法典制定方自立门户。意大利曾在拿破仑战争期间直接采用拿破仑民法典，统一后首部民法典即主要效仿法国模式。一战前后，意、法甚至出现法律统一的潮流。^[7]日本民法双重继受，日民草案最初即取自法国。梅谦次郎先生云：“（日民）体裁上虽酷似德意志法，但法兰西民法与德意志民法都是按照同等程度被参考的。”^[8]

法国民法典第1138条第2款规定：“交付标的物债务的成立从标的物应交付之时起，即使尚未现实移交，使债权人成为所有人。”第1583条关于买卖合同规定：“当事人就其标的物及其价金相互同意时，即使标的物、价金尚未交付，买卖合同即告成立，而标的物的所有权亦于此时在法律上由出卖人转移于买受人。”意大利民法典第1376条，“在以特定物所有权的转移、物权的设立或转让或是其他权利的转让为标的的契约中，所有权或其他权利根据双方当事人合法意思表示的效力而发生转让和取得。”对于特定物而言，合同生效物权移转；对于种类物而言，尚须标的物特定化步骤，盖因所有权之客体须具有特定性。因此，基于意思主义的立法前提，无权处分合同的逻辑选择必然为无效，否则，即发生物权变动之效果，实为侵权行为，不利于真正权利人，此即学者所谓动的安全（交易）与静的安全（财产）之冲突也。^[9]故法民第1599条规定，“就他人之物成立的买卖，无效。”

但为了保护善意相对人，采意思主义立法的国家一般都借助两种制度工具弥补其不足。

一是物权法上的救济，如善意取得、时效取得等制度，如法民第1141条所规定之一物数买问题，后买受人如已基于善意占有动产标的物，其为该物所有人。不动产较为复杂，发展出法民的“表见所有权”、日民的公信力说等学说及判例，如依日民学说，不动产一物数卖，先买受人本已取得所有权，但未登记不得对抗第三人，第二次出卖本为无权处分，但后买受人基于公信力取得该物权。^[10]

二是合同法上的救济，虽然无权处分合同不能对第三人发生效力，但法、日诸国法律并不排除善意相对人可以享有合同法上的救济。其救济方式有无权处分人的获取标的物义务、权利瑕疵担保、违约损害赔偿、解除合同等，与有效的合同无异。例如法民第1599条前半款虽规定出卖他人之物的合同无效，后半款规定“在买受人不知标的物属于他人的情形，出卖人负损害赔偿之责（法国法并无缔约过失概念，此责任应为违约责任）”。此外，法民第1626条还设有追夺担保制度，在标的物被追夺时善意买受人可向出卖人主张权利瑕疵担保责任。后来的日、意民法则在这条道路上走得更远，完全肯定了无权处分合同对买受人的效力，如日民第560条、意民1478条规定，以他人权利为买卖标的时，出卖人负取得该权利并转移于买受人的义务。而合同相对人在善意的情况下，更进一步享有合同解除权的保护，如日民第561、562条则分别规定了买受人和善意出卖人的合同解除权，意民第1479条也有类似规定。^[11]

综上所述，采意思主义立法模式的国家对无权处分合同的效力的规定如同钟摆一般游荡于有效与无效之间，无效是为了避免发生物权变动的效果，维护财产静的安全；有效是为了更好地保护善意相对人，维护交易动的安全。同一个合同为什么对物权变动无效而对相对人

有效呢？意思主义模式不可避免地存在逻辑矛盾、体系混乱的弊端。为解决此矛盾，或有学者以相对无效的理论以济其穷。何谓相对无效？在法律有关合同无效的规定中，某些规定是基于保护社会利益的需要，当合同因违反法律的这些禁止性规定而无效时，是为绝对无效；而另一些规定则是基于保护个人利益的需要，当合同因违反这些规定而无效时，是为相对无效。^[12]相对无效，仅对特定的利害关系人而言无效，除利害关系人外其他人不得主张无效，应为有效。^[13]在这种处理之下，无权处分合同仅对真正权利人而言无效，其所有权不发生变动，同时缔约人受该合同效力拘束，善意买受人可以主张瑕疵担保责任和损害赔偿责任。总之，物债不分的意思主义模式有诸多弊端，最终为解决难题不可避免地还是以另外的形式（如相对无效制度）针对物与债的不同关系作出实际上的区分。

（二）物权形式主义模式下的无权处分问题

物权形式主义采纳物权行为理论，通过处分行为与负担行为的分离区别物权与债权的不同关系，即负担行为的效力仅发生债的请求权，处分行为才发生物权变动的效力。通常情况下，^[14]处分行为都是负担行为发生之债的履行，但由于物权行为的无因性而二者在法律效果上并无必然联系。德国和我国台湾地区为该模式之典型代表。德国之所以采物权行为无因性理论构建其物权变动模式，历史渊源可以追溯到古罗马的要式买卖（*Mancipatio*）和交付（*Traditio*）制度，是对罗马法的交易方式和物权移转制度的理性抽象；现实因素是为了达到对传统普鲁士法关于登记的实质审查主义之弊端以及法国意思主义立法忽视交易安全之不足的克服。德国模式影响深远，我国台湾民法则完全继受之。现居于主流地位的折衷主义立法模式在不同程度上也是源于对德国模式的修正和改造。

在该种模式下，无权处分问题的解决相对清晰、简单。如王泽鉴先生在其著作《民法学说与判例研究》第四、五册中三篇文章专论“出卖他人之物与无权处分”的问题。其论点归之如下：^[15]

第一，此处处分，为狭义之处分，专指处分行为而言。出卖他人之物的买卖契约属负担行为，发生债之效力；交付、登记行为为处分行为，发生物权法上之效力，二者相区别。

第二，故出卖他人之物的债权合同自属有效，当事人受债的拘束，负债之不履行责任；效力未定者系属其处分行为，不当发生物权变动之效力。

第三，权利人之追认，为对处分行为的追认，并不当然加入到债的关系中去。故而权利人不得向买受人主张价金请求权，买受人亦不能取得向权利人请求履行契约之权利。

物权形式主义好则好矣，了则未了，也绝非天衣无缝之设计。王泽鉴先生虽然连续著述探讨无权处分问题，但这个法学上的“精灵”却未必那么容易驯服，在德国模式下仍有若干疑问诚值得进一步探讨，以资我国借鉴。

问题一，无权处分之债权合同不区分当事人善意恶意而一概有效是否妥当？所谓“买受人明知标的物系属他人所有，其买卖契约仍为有效。”^[16]如买受人恶意，无权处分人善意，善意出卖人得否撤销或解除债权合同？相反，如买受人善意，当他知道该合同为出卖他人之物时，得否撤销或解除合同？^[17]且依其无因性原则，即便善意当事人一方促使其债权合同无效，而物权合同也不受影响，当事人依然受其效力状态之拘束。总之，合同当事人很难通过摆脱合同的拘束而及时获得救济。其命运却操纵于合同外的第三人之手，诚可谓怪哉？

问题二，处分行为效力未定，完全系于权利人追认，权利人则可坐待时机，待价而沽。买受人无权催告第三人追认或撤销其物权意思。由无辜之买受人完全承受效力未定状态之商业风险，风险与利益分担显失公平。

（三）我国无权处分问题的制度背景和概念界定

从我国现行法制及立法趋势来看，我国的物权变动既未采取法、日之意思主义，也未采纳德国的物权形式主义，我国立法、判例及学说主流不承认物权行为概念。^[18]我国物权

变动属折衷观点，即债权形式主义，对物与债的关系采区分原则。如我国民法通则第 72 条、物权法草案建议稿（社科院版）第 7 条、物权法草案建议稿（人大版）第 6 条。物权变动非当事人合意的直接效果，该合意仅发生债的效力；除当事人债权合意外，还须登记、交付特定的形式，但不要求独立的物权合意的存在。

债权形式主义，也称意思主义与登记或交付之结合，此种主义因以奥地利民法为其代表，故又称奥国主义。^[19]苏俄 1964 年民法典仅规定“动产物权之移转自物交付之日起产生，不动产物权之移转自登记时产生”，即采此主义。我国民法通则亦同。此外，还存在另一种折衷主义，是由物权形式主义演化而来。物权行为无因性理论因为自身缺陷，饱受抨击，逐渐出现无因性相对化，乃至有因化的趋势。^[20]继而从物权形式主义谱系中发展出物权行为有因化的折衷主义，如瑞士、荷兰立法例。该模式并不排除物权合意的存在，只是否认其无因性，使之与债权行为效力相关联。如瑞士法，在土地买卖、交换等之债权契约，则解释登记承诺兼有物权契约之意义，而在担保物权之设定，则解释设定契约兼有物权契约之内容。史尚宽先生谓，“有因主义与登记制度结合者，为瑞士制度。”^[21]

总之，物权行为的相对无因化、有因化、事实行为化（消解化）是物权变动模式的一个发展潮流。德国法系也不乏学者主张，“现行法”上关于物权变动之规定，似有检讨余地，宜改采意思主义与交付原则之混合制度。^[22]近代德国学说的趋向为，主张维持交付主义（不动产为登记主义），但一般否认物权契约之存在。归根就底，此无非是，商品交易法上，为实现当事人利益之法律行为要素——债权契约（意思要素），与为顾及一般社会交易上利益——交付或登记（形式要素）之相结合体也。^[23]

究其实质，作为折衷主义的债权形式主义与物权行为有因主义在适用效果上并无真正差异，两者都是基于对物权形式主义的改造而产生的，其构造与物权形式主义有不解之缘。从总体把握，物权变动一般受三要素影响：A.债权合意、B.物权合意、C.物权公示。各国取舍不同，形成各自模式。

1. 意思主义只要求 A；
2. 物权形式主义是 B 与 C 结合为物权行为，并以无因化与 A 分离；
3. 物权行为有因化是 B 与 A 相关联，影响物权变动的为 A、B、C 诸因素之和；
4. 债权形式主义依笔者拙见是 A 与 B 结合为法律行为（统称法律行为，不区分为德民之负担行为与处分行为，其效果仅发生债之效力），并与 C 的事实行为结合才发生物权变动，影响物权变动的也为 A、B、C 诸要素之和。

在我国的债权形式模式下，有必要厘清法律行为与处分行为的概念，在明确概念的基础上讨论无权处分问题，否则会出现似是而非，各说各话的情况。

如上所述，法律行为在我国排除了物权行为概念，仅包括所谓的负担行为，即债权行为，只是起一种纯粹的“法律上可期待的信用”的作用。当然，这并不意味着排除了要物行为、要式行为等特别法律行为（该特别法律行为不同于物权行为，“尽管实践法律行为具有消灭一方当事人义务的作用，但它必然仍具有法律行为的真实意义，它足以为另一方当事人设定期待中的权利义务”^[24]）。因而，我国的法律行为比德国法系的传统的法律行为的概念要窄，它以纯粹的表意因素为主，一般只发生债之请求权效力。但比纯粹的债权行为要广一些，因为其中的意思表示不排除具有物权变动的意思，如抵押、出质等设定他物权的合同，与传统的物权行为不同的是仅该行为不能发生直接的物权变动的效果，当事人仅就合同承担违约责任。如物权法草案建议稿（人大版）第 391 条“抵押合同的成立和生效，适用《中华人民共和国合同法》的有关规定”及第 393 条“抵押权自登记之日成立”，社科院版的草案第 310 条，“抵押合同自成立之日生效”及第 312 条“抵押权自抵押登记之日设定”。^[25]

传统民法所谓之处分行为，为法律行为之一种，系指使某特定权利直接发生得丧变更之行为，可别为物权行为与准物权行为。^[26]与负担行为相同者，两者皆为法律行为的下位概念，都须适用法律行为成立要件及生效要件的一般规则。^[27]与负担行为之不同有三：一、处分行为须客体确定；二、处分人须有处分权；三、处分行为一般须公示。^[28]但在否认物

权行为的国家，自不存在当事人依物权意思自治产生物权移转效果的问题。^[29]我国既不承认物权行为，所谓处分行为作为合乎逻辑的必然结果，自当排除在法律行为之外。否定物权行为而同时承认处分行为是不可思议的，否则，难免在逻辑上自相矛盾、体系混乱。因此，在债权形式主义之下，登记、交付等德国法所谓的处分行为（物权行为）必然只能界定为事实行为，一种基于法律行为的履行行为，而非独立的物权行为。其所发生的物权变动效果完全基于法定（由法定的物权变动规则决定），并无物权合意的存在。如有的德国学者所说：“有形的交付，须取得人有事实上管领力的获得及原占有人与取得人两个不同方面的意思。然此意思，非意思表示，故非法律行为，而为事实行为，不得因意思瑕疵而撤销。”^[30]

可见，债权形式主义模式的法律框架中，物权行为概念无形中被消解了，它的物权表意因素被在先的负担行为所吸收，^[31]作为履行行为的处分行为由于排除了内在的意思表示因素而被事实行为化了。如果说物权形式主义的物权变动模式是物权行为（B+C 即物权合意+交付、登记），那么债权形式主义的物权变动模式是吸收了物权合意的债权行为+登记交付的事实行为（A、B+C）。对德国的物权形式主义的改造、扬弃从而形成了我们现在的债权形式主义模式。物权合意与债权行为结和，只能以债权行为的形式表现出来，从而也具有了“法律上可期待的信用”功能。这种对传统物权形式主义改造的核心就是对物权行为的分割，即“物权合意债权行为化，物权公示事实行为化”。^[32]

在我国债权形式主义下，如何把握处分的涵义？处分在传统民法上有三重涵义：一、最广义之处分，包括事实上的处分及法律上的处分；二、广义之处分，仅指法律上之处分而言，包括负担行为和处分行为；三、狭义之处分，系指处分行为而言。^[33]淮南为桔，淮北为枳，由于债权形式主义排除了狭义的处分行为的概念，我国所谓的“处分”作为一种能直接导致物权变动的法律事实，只能理解为法律行为（一般表现为债权合同）与登记交付等事实行为的一体结合，是一种综合的法律事实构成，该事实直接发生物权法上的法律效果。^[34]在此处，“处分”（合同+交付、登记）实质是物权法上的物权移转规则（传统的处分行为则是法律行为制度之一部），其功能相当于罗马法上的让渡规则（*Traditio*）或普鲁士普通邦法及奥国民法（ABGB）所采的 *Titus* 及 *Modus acquirendi* 之理论^[35]。罗马法上让渡发生所有权移转，而债的发生仅需要契约（有言词、要物、要式、诺成四类）而已。远古罗马法契约与物权移转不分，统一于要式买卖（*Mancipatio*），后日益分化为债法上的契约与物权法上的财产之让渡规则。物权行为即是由萨维尼从让渡中抽象而出的。我们所说的债权形式主义，即合同只发生债之效力，而该合同与交付结合为“处分”则发生物权法之效力。罗马法谚云：“任何人只能向他人转让属于他自己的权利（*Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse haberet*）。”^[36]故“处分”须以处分人有处分权为要件，有处分权为有权处分，导致物权变动；无处分权为无权处分，应解释为物权变动之效力未定，权利人之追认使其处分权欠缺得以补正，则物权变动成就。

就目前我国无权处分问题的讨论而言，无论对合同法第 51 条是批评抑或辩护，很多见解无疑脱离了我国法律体系的背景，不免有“错把杭州作汴州”之惑。有批评者认为该效力未定的合同是指物权合同，债权合同应完全有效，此说实际上采纳了德国之模式，无疑与我国立法实践相背离，与我国民法体系也不相协调。亦有辩护者主张，“我国不采德国物权行为理论，民法通则第 72 条已将所有权变动作为合同的直接效力，因此合同法第 130 条对买卖合同的定义，对负担行为与处分行为为一体把握，将处分行为纳入债权行为之中，视标的物所有权变动为买卖合同直接发生的效果。此与法国民法发典和日本民法典的立法思想是一致的。”^[37]该说利用日、法等意思主义立法模式的法理资源来解释我国债权形式主义下的无权处分问题，不免有体系混乱之嫌。在我国立法模式下，处分行为并非是与负担行为为一体把握，否则有回复古典的意思主义的倾向，而是将物权行为分而治之，排除其物权合意而将其公示之事实行为独立出来，再与所谓负担行为相结合作为物权变动的法律要件。

二、无权处分合同效力辨

厘清了无权处分问题的制度前提和基础概念之后，现讨论其效力状态。无权处分行为在现实中主要表现为合同，由于涉及相对人的保护，其争议焦点也集中于合同领域。单方的无权处分行为，如无处分权人为所有权抛弃之行为，法律关系简明，并无重大争议，故此存而不论，本章单就无权处分合同为探讨对象。在我国的债权形式主义立法模式下，无权处分合同作为一种纯粹的债权合意，就其效力而言学者有不同见解，归之有四：

（一）无效说

我国司法实践长期采无效说，但遭到理论界强烈批评，合同法第 51 条已明确否定无效观点，该说影响业已势微。其见解实际上不当地借用法国意思主义的立法模式下的处理方法套用于我国合同法，且法、日、意诸国亦非一概无效。一概无效致使真正的权利人无法行使追认的选择权，无视了当事人之间的通过合同所形成的期待，既不利于合同相对人之间的利益平衡，也不利于保护真正的权利人。

再有所谓无权处分合同因自始给付不能而无效者，也属不当套用德国法概念之结论。盖因我国合同立法从无所谓自始不能概念，嗣后履行不能也是作为一种事实状态而言的，且德国法业已反思该种立法模式，认为立法之失败。再者即便在德国法上无权处分也属于主观不能，自不影响合同效力。

至于我国合同法第 132 条规定买卖合同出卖人应当有处分权，本末倒置，实为不妥。该说的逻辑如同是为了保护一个人安全而将其送入牢狱，为治愈一个人伤痛而将其杀死。盖因处分权之有无仅是合同履行的问题，而非合同效力的问题，其无处分权不能依合同移转标的物所有权，属于履行不能的违约行为，当负违约责任，自不必因此导致合同无效。否则，该条精神推而广之，所有可能导致违约的因素都作为合同的效力要件而对合同效力予以规制，中国恐怕没有多少合同能够有效成立。

（二）效力未定说

该说严格依照合同法第 51 条解释，认为无权处分合同应属效力未定。但该说也受到学者的严厉批评，理由如下：

1. 与善意取得制度不协调。因为善意取得仅能补正让与人权利之欠缺，而不能补正交易行为之欠缺，善意取得须以合法有效的交易为基础。^[38]如果转让人与受让人之间所从事的买卖、互易、赠与等行为是无效的或者得撤销的行为，则不能产生善意取得的效果。^[39]

梁慧星先生负责起草的“物权法草案建议稿”第 145 条也认为善意取得须“基于法律行为有偿取得”。^[40]但该法律行为是否应合法有效，语焉不详。依其解释，善意取得为法定取得、原始取得，^[41]所谓“判断无权处分合同是否有效，应当依据合同法第 51 条；在无权处分合同无效的情形，判断权利人可否从买受人取回标的物，应当依据善意取得制度”。^[42]采善意取得与合同关系相分离之观点，其适用不依赖法律行为之效力。

如此不免产生疑问，若法律行为无效也能适用善意取得，但同时其善意取得制度却又规定须有偿取得，其价金给付义务的法律依据何在？

又台湾学者认为，“该原因行为如有无效或其他不存在之情形，让与人应得依不当得利规定，对受让人请求返还其受让之动产，不另赘言。”^[43]如何调解善意取得与不当得利适用之冲突，亦有解释之必要。

更有甚者，无权处分之法律行为因内容违法或违背公序良俗而无效，例如出卖他人之非流通物，合同当然无效，善意相对人却因善意取得而获取标的物，恐失善意取得制度之本义。早有史尚宽先生曾述及此问题，认为：“受让人之善意取得占有，唯可补正权原之瑕疵，即唯可补正让与人权利之瑕疵。为权利取得原因之法律事实，必须客观的存在，假如无权原之瑕疵，其占有人应即可取得其动产上之权利，从而因无效行为或经撤销成为无效之法律行为，受物之交付之占有人，对于相对人之原状恢复之请求，不得主张善意取得之保护，而拒绝占

有物之返还。”^[44]此外，还有学者批评，由于我国法律不承认物权行为的独立性，则债权合同是物权变动在法律行为上的根据，债权合同无效，在法律上就等同于不存在，那么相对人取得动产的占有，究竟因此而取得了动产的所有权还是质权？没有当事人的意思作为判断标准，必将陷于尴尬。^[45]

2. 忽视动的安全，对买受人严重不公。在缔约后而不能适用善意取得的情况下，如标的物未交付、标的物为不动产或占有脱离物等等，善意相对人无法受到合同的有效保护，不能主张合同责任，只能依靠缔约过失责任救济，其举证责任、赔偿范围、实际履行之救济手段、定金等担保利益大大受限制。

3. 与第 150 条所确定的权利瑕疵担保制度相矛盾，必将使 150 条成为废法。若权利人追认、无权处分人嗣后获得处分权、符合善意取得要件时，买受人取得干净、完整的物权，150 条自无适用必要；除此之外，买受人因取得的权利有瑕疵而被追夺，而此时合同亦无效，150 条所谓权利瑕疵担保亦无适用之余地。

有学者认为不能适用善意取得时，买受人属于恶意，故不应适用瑕疵担保。^[46]该说亦有商榷余地。不能适用善意取得并不意味着必然存在买受人恶意，如买受人善意受让占有脱离物时被权利人追夺（非有偿回复），善意买受人也无法据合同主张权利瑕疵担保。善意买受人无法适用善意取得制度的情况比比皆是，此时买受人善意也无法根据瑕疵担保制度获得救济，与瑕疵担保的宗旨相悖。且善意取得也不能一概排除瑕疵担保的适用，若善意取得之标的物存在物之瑕疵，取得人得否依合同主张瑕疵担保？总之，认定合同效力未定而仅靠单一的善意取得规则（原始取得说）维护交易安全，并不充分。

4. 交易风险全部由相对人承担，权利人待机投机，易诱发权利人道德风险，如标的物价下跌，无权处分之交易对其有利，则行使追认权；反之，则拒绝追认。权利人与合同相对人的风险与利益分配不平衡。更何况《合同法》第 51 条对追认的期限也没有做出明确的规定，这就导致权利人的追认权过大，随时有可能推翻转让人与受让人之间的合同关系，从而不利于交易安全。^[47]

5. 究其源流，我国合同法第 51 条是不恰当地借鉴了物权形式主义的德民 185 条、台民 118 条的产物。在德国模式下该条款是指的处分行为效力未定，由于我国不承认物权行为概念，在我国债权形式主义模式下却变为债权合同效力未定。桔生淮南则为桔，桔生淮北则为枳，罔顾体系背景的规范嫁接，致该条款在中国恐有水土不服之虞。

（三）效力未定，但不得对抗善意第三人说

该说对第 51 条作限缩解释，认为纵使无权处分合同无效，该无效不得对抗善意第三人，即对善意相对人合同有效。权利人的拒绝追认不得排除善意取得制度的适用、不得对抗善意第三人。^[48]该说实际上恢复了原合同法学者建议稿的观点。应当承认，该说以具体化、分类化的方法分析《合同法》第 51 条，在维护第 51 条的情况下，弥补了其中不足，从债法和物法两方面保护了善意相对人，较好地平衡了三方当事人的利益，并且衔接了物法和债法的规则，维护了法律体系的和谐完整。

但该说的适用实际上已经架空了第 51 条，使之几乎无用武之地。试分析之：

合同当事人的主观状态无非两种：善意或恶意。在相对人善意时，无论无权处分人善意抑或恶意，合同都有效。那么剩下的只有两种状态：1、无权处分人与相对人都是恶意；2、无权处分人善意而相对人恶意。

在状态 1 时，又分两种情况，一为意思主义的恶意，一为观念主义的恶意。^[49]当双方都具有意思主义的恶意时，即都具有加害他人的故意时，应适用合同法第 52 条，恶意串通加害第三人的合同无效；当双方都具有观念主义的恶意时，即都明知该标的物非为处分人所有，该合同性质上属自担风险的合同，其买卖的为未来之标的物，当然有效，依王泽鉴先生所说，此时不为无效，“盖出卖人与买受人均有为其意思表示所拘束之意也”。^[50]故在当事

人双方均为恶意时，其无权处分合同不会出现效力为定的状态。

因此，51 条的适用范围仅限于最后一种情况，即无权处分人善意而相对人恶意之时。在现实中，无权处分人善意的误将他人之物为自己之物而为处分，相对人明知此情形而恶意买受，这种情况是很罕见的。51 条可以说几乎无适用之可能。即便在这种情况下，当事人完全可以通过欺诈、错误等手段撤销合同以为救济，事实上，此时最应当受保护的应是善意的无权处分人，而非真正权利人，权利人得随时依物上请求权主张返还原物，赋予权利人追认权并无太大意义。权利人追认若致合同有效反倒使善意处分人无法再撤销合同以获得救济，迫使其受到一个有瑕疵的合同的拘束，不得脱身。

（四）完全有效说

通过对第三种观点的分析，笔者认为在我国的债权形式主义立法模式下，无权处分合同往往是有效的，在理论上也应当是完全有效的。理由如下：

第一，从逻辑上考察，无权处分合同作为一种纯粹的意思表示（债权合同）实质上并无无效或效力不完全的理由。

在我国制度安排下，无权处分合同是作为一种纯粹的债权合意存在的，这一点必须与法国法系的能直接引起物权变动的债权合同和德国法系的处分行为相区别，否则就会轻易得出无效或效力未定的结论。

我国法上的所谓处分合同就其本身而言，如不结合有效的登记或交付的事实行为，只能发生债的请求权，而不能导致物权变动。故该合同之性质为一般的法律行为，其效力状态仅取决于其是否具有一般法律行为的效力要件。依传统民法之通说，即行为人有行为能力；意思表示真实、自由；标的合法、正当、确定、可能。^[51]无权处分之合同就其本身而言，完全符合法律行为的诸要件，并无欠缺，自当发生完全的法律效力，当事人受合同拘束。须讨论者有四：

1. 处分权是否为其特别法律要件？在德国法的物权形式主义模式下，处分行为（物权行为）直接发生物权变动，须以行为人有处分权为特别生效要件，欠缺此要件，该处分行为效力未定。而我国采债权形式主义，买卖、抵押等合同，未交付、登记前仅生债的效力，当事人即承担合同责任，债务人负担设定、移转物权之合同义务。有无处分权对法律行为本身的成立生效并无意义，仅对其履行行为产生影响，无处分权导致不能履行，违反移转、设定物权的合同义务，无权处分人当承担违约责任。正如有学者所批评，“如果按照合同法第 51 条的规定，履行行为无效会导致原因行为无效，那么，任何一种不适当履行合同的行為，都会使合同无效，这岂不是本末倒置？”^[52]

2. 无权处分合同是否因自始给付不能而无效？就该问题前面已有所论及，毋须赘言。可参见王泽鉴先生《民法学说与判例研究（五）》之《三论“出卖他人之物与无权处分”》。

3. 无权处分合同是否因内容违法而无效？

我国合同法第 52 条规定合同违法者无效。此处违法按传统民法乃指意思表示之内容违反强行法之规定。单就无权处分合同内容考察，其内容为对标的物的出卖、出质或设定抵押，该条款往往为通常交易之内容，不具有违法性。且如史尚宽先生所言，“法律行为违反强行法而无效，该项规定须包括法律行为本身，及全部构成要件之禁止，惟当事人一方主观的违反禁止法规或为可罚的行为为未足。”^[53]

若无权处分人恶意处分，其动机不法，能否无效？依传统民法理论，法律行为之存立，于行为人之动机不生影响，相对人知悉动机与否，要与法律行为无关。^[54]除非如该法律行为之内容，因双方当事人之动机或目的而受影响，^[55]例如一方以加害他人之目的出卖他人之物，另一方明知而乘机低价购买之。或动机之不法若已表示于外部，则即构成法律行为之内容，其行为亦应无效。^[56]

4. 无权处分合同是否因侵犯第三人权利而归于无效？

主张效力未定之通说认为，法律赋予权利人以追认权，其基础在于该合同侵犯了第三人的合法权利。法律不允许出卖他人之物，是为了维护财产静的安全，无权处分本应无效，但考虑到经济生活本身的复杂性，虽然属于无权处分，如果权利人追认或处分人事后取得处分权，没有理由强使其无效。^[57]但该说忽略了我国模式下的合同仅是债权合同，只发生拘束相对人的债的效力，对第三人的物权不发生任何直接的作用。而所谓出卖他人之物的合同侵犯了他人权利，干扰了财产静的安全，此处之合同无论是法国的债权合同还是德国的处分行为，都是那些能直接发生物权变动的法律事实，唯此才构成对第三人财产的侵犯。

所谓违法行为，依著名德国学者拉伦茨教授所说，“恒为事实行为”^[58]，就单纯的意思表示而言，仅在相对人间生债之效力，对第三人而言具有内部性、主观性与抽象性，是不可能对第三人造成客观的实际损害而侵犯他人权利的。单纯的意思表示或“法效意思根本不可能脱离其环境事实”构成违法行为，而任何违反“法律禁止者恒为特定事实行为”。这一认识甚至被奉为德国现代民法的“主要贡献”，它成为旨在区分民法中效力性规范与禁止性规范的“规范性质说”、“规范对象说”、“规范重心说”、“规范目的说”的共同理论出发点。^[59]因此，无权处分合同作为一种纯粹的合意不可能为违法行为而实际对他人造成损害，该合意只能接受效力性规则之评价，不受禁止性规范之调整。事实上，该债权合同的成立及效力是缔约人之间的内部关系，旨在协调合同当事人之间的利益平衡，与第三人无涉，第三人也无理由干涉相对人的合意及债权关系。故不应允许第三人以其意思决定他人之间债的关系，仅允许他就自己之物主张物上权利，或就其物权的变动予以介入。

当然，这并不排除当事人的实际交付的事实行为与其主观过错相结合从而构成侵权行为，侵犯权利人基于物权之占有，但这只依法发生侵权损害赔偿之债，也并不影响意思表示本身的成立与效力。

第二，从利益衡量上考察，更有利于保护相对人利益，较好地平衡当事人的利益和风险，兼顾财产静的安全和交易动的安全。

如相对人不能善意取得标的物，可以主张违约责任，要求对方实际履行，或赔偿履行利益的损失，或要求定金、违约金及其它方式之担保权益，且按严格责任归责，无需举证对方之主观过错。

至于一概有效是否有保护善意相对人之嫌呢？此种担忧不无道理，但可以民法其他制度综合调整解决之。如前所述，若双方为明知之恶意，为自担商业风险之合同，缔约人自当负责；若双方为加害之恶意，则构成恶意串通，自当无效；若一方为明知之恶意，一方为加害之恶意，则按合同原因不法而相对人明知处理，亦当无效。至于无权处分人善意而相对人恶意，应依具体条件按欺诈或错误处理，善意处分人享有撤销权。应当注意的是，所谓无权处分合同有效，是指其效力不受无处分权事实的影响，不应受第三人的干涉。但作为相对人间的合意行为不应排除意思表示一般规则的适用，如行为能力规则、真意保留、错误、欺诈、胁迫等制度，只有如此才得以衡平当事人间的利益关系。王泽鉴先生所谓“出卖他人之物，其买卖契约之效力与买受人之善意恶意无关”，^[60]究其本意，乃是仅限于无权处分的框架内，针对出卖他人之物的债权合同有效取决于买受人善意之观点而言的，并未排除其他制度的适用，否则，如以欺诈、胁迫方式出卖他人之物给买受人，若按一概有效论，反不利于对买受人的保护，岂不是矫枉过正？

在债权形式主义模式下，债权合同完全有效相对于效力未定而言是否会更多的害及原权利人？此种担心实属多虑。对真正的权利人而言，虽然无权处分合同有效，但仅生债之效力，依合同之相对性，对权利人并无拘束力；在物权秩序上，所有权没有转移，该合同有效对物权之归属并无影响。因此，完全有效说并未给权利人造成额外负担，其功能只是调整合同相对人之间的利益以达衡平而已。就原权利人的保护而言，在物权没移转前，即未被善意取得前，权利人随时可以以物上请求权要求返还原物，且其只要主张权利，相对人即转为恶意，不能适用善意取得，故对第三人而言，其受到的保护与所谓效力未定说并无实质不同。债权合同无论是完全有效还是效力未定，物权人的权利真正受到损害，只能在发生善意取得

时，此时买受人取得物权，原物权消灭。而善意取得的发生可能性在两种模式下并无不同。

所谓合同的效力实质是立法者对合同的法律评价，属价值判断之范畴。价值判断，具有主观性，取决于立法者的价值取向和利益选择，不存在一个客观的标准。换句话说，该命题的意义不在于真理性而仅在于合理性，赋予其何种效力的问题，不能用逻辑分析和经验实证的方法把握，而只是一个利益衡量的社会妥当性问题。如我国受欺诈、胁迫之合同的效力以前一概无效而现在为可撤销，暴利行为在德国法上为无效而在我国法上为可撤销，其之所以因时间、地域不同而不同，概取决于立法者之意志耳。

第三，从实践上来看，也有承认无权处分合同完全有效之必要。

如学者所言，在现代市场经济条件下，买卖双方签订合同时，出卖人并未现实地拥有合同标的物，而是在合同签订后才积极组织货源。如果否定这类合同的效力，无异于市场交易都必须是现货交易，市场的灵活性和多样性被牺牲殆尽。^[61]

现代社会，大部分交易为种类物的交易，虽然不能履行移转他人之物所有权的义务，但出卖人仍可以同种类的其他物履行给付。因此，法律应从鼓励交易出发，承认该合同的效力，而不必扼杀其交易。^[62]

从立法实践上看，日、法等意思主义模式的国家都罔顾其体系的矛盾而日益倾向于承认该合同的有效。原误读德民而采效力未定说的台湾后经过学者长期批评也逐步确认其债权合同完全有效。《欧洲合同法原则》第4:102条（自始不能）规定，“仅仅由于合同成立时所负债务的履行不能或由于一方当事人无权处分合同关涉的财产，合同并不无效。”^[63]国际私法统一协会制定的《国际商事合同通则》第3.3（2）条规定，“合同订立时一方当事人无权处置与该合同相关联之财产的事实本身，不影响合同的效力。”^[64]可见，完全有效说是世界各国立法的大势所趋。

三、无权处分的体系化安排

合同的效力作为一个价值判断是多元的，但合同效力与相关诸制度的协调则是一个逻辑问题，关系到民法的体系性和逻辑自洽性，涉及法的安定性价值和法的说服力。体系化的作用即在于：诸多规范之各种价值决定得藉此法律思想得以正当化、一体化，并因此避免彼此间的矛盾。^[65]受体系化构建和逻辑演绎的必然力量的约束，立法者意志的自由选择空间也是有限的，正如有学者所言，“你可以不讲道德，但你不能不讲逻辑。”任何一个从本地的实际需要出发进行民事法律继受的国家和地区，在进行法律继受的过程中以及完成法律继受之后，运用体系化的思考方式对将要继受的或者已经继受的法律原则和法律制度进行整理和协调，以保持法律原则与法律原则之间、法律制度与法律制度之间、法律原则与法律制度之间、域外经验和本土资源之间的和谐关系，乃是民法得以成为社会交往中具有权威性的说服工具的重要一环。^[66]

综上所述，无权处分的前置问题是物权变动模式的选择及法律行为的重构，无权处分行为的效力问题被学者认为是物权变动的体系效应的必然结果，无权处分涉及权利人、处分人、第三人三方关系，关系到传统民法中的给付不能、缔约过失、侵权行为、善意取得、瑕疵担保、不当得利、无因管理、合同解除等诸多制度的衔接和谐调。而这些制度在中国的法制体系下由于历史变迁，各有损益，已非本来面目，故而在确定了无权处分行为的效力后，亦须把握其源流，检讨其得失，以便进行体系化安排。

（一）给付不能与无权处分

给付不能在传统民法上被认为是契约法的核心问题之一。给付不能，分自始不能与嗣后不能，主观不能与客观不能。嗣后不能仅涉及债务不履行的问题，自始不能涉及法律行为的效力问题。传统民法认为，法律行为之生效，以标的之合法及可能和确定为生效要件。^[67]

然而，自始不能者无效，使得无效范围过于宽泛，不利于对无过错缔约方的保护。则在德国判例上发展出主观不能与客观不能的学说，以柔化自始不能者无效规则的刚性，缩小法律行为无效的范围。该规定依德国法学界通说，今日一致的见解，认为德民第 306 条的规律是失败的，该条将给付不能的效果规定为无效，以及将债务人的责任局限于赔偿消极利益（第 307 条），是不适当的。^[68]王泽鉴先生认为，从契约本旨而言，当事人双方意思表示趋于一致时，契约即成立，为贯彻私法自治原则，应尽量承认其效力。契约以客观不能之给付为标的者无效，此非基于逻辑之必然性，该法律在此种情形，尽可承认契约之效力，而令债务人赔偿因其不能履行致债权人所受之损害。^[69]

综上所述，我国法律事实上并没有理论上亦无充足理由采纳给付不能之理论，原因如下：

第一，能与不能，缺乏客观的判断标准，脱离当事人的内心意愿与利益追求无从判断。当事人缔约，自主安排其权利义务，自愿受其拘束，如其意思表示不存在瑕疵，则悉听尊便。其意思表示之标的能与不能，在所不问。何谓不能？何谓可能？以科学认识和客观规律作为判断标准而决定其合意之有效与否，以外在的客观的观念压迫、扭曲当事人的自由意志和价值观念，未免与民法意思自治之理念相违背。例如德国杜塞尔多夫高等法院 1953 年 2 月 27 日之判决，某商贾聘某占星家占卜吉凶，对其公私业务提出建议。法院认为，此项约定给付，无论在自然科学上还是在法律意义上均属客观不能，该契约自当无效。德国学者对此提出批评，认为观察天象星座而提出建议，系属一项可能之给付，在科学上是否正确，对当事人是否有利，具有何等价值，可置而不问，故契约仍为有效。^[70]至于非为当事人刻意追求之不能之给付，则可以意思瑕疵理论，依照欺诈、错误等规则处理。

第二，给付不能者契约无效，当事人仅负缔约过失责任，赔偿信赖利益的损失。缔约过失责任与违约责任在归责原则、免责事由、举证责任、赔偿范围诸方面对当事人利益影响甚巨，相对于违约责任而言，缔约过失责任对无过错的缔约方的保护未臻周密。

且传统民法理论认为，此缔约过失责任须以缔约人恶意为要件，即在“契约因以不能之给付为标的而无效者，当事人于订约时知其不能或可得而知者，对于非因过失而信契约为有效之受损害之他方当事人，负赔偿责任”^[71]。此说不免令人乍舌，缔约人明知其履行不能还以此为标的缔结合同，主观上具有恶意，实属自愿承担风险的行为，而契约无效则免除了其应承担的履行责任，仅负消极利益赔偿之责任。且当对方当事人善意无过失时，其明知不能而恶意缔约的行为业已构成欺诈，依欺诈规则该合同并非无效，而应认定为可撤销的合同，善意相对人如不行使撤销权即可要求对方承担履行责任。即在标的不能时，则标的不能与欺诈规则适用竞合，出现合同无效和可撤销的双重法律效果。当事人究竟承担缔约过失责任抑或承担违约责任？亦存在混乱。依利益衡量方法考察，传统民法学说的缔约过失责任对恶意当事人过于宽纵，有保护恶意之弊，而对善意之相对人保护不利，违约责任相对更为优越。

第三，给付不能各类型之间的界别在实践中难以判断。通说以为，自始不能与嗣后不能以契约成立之时为判断标准，缔约时即给付不能，属自始不能，如缔约时买卖之特定物已灭失；不能发生于契约成立之后，即契约成立时给付尚属可能则为嗣后不能，如缔约后交付前买卖之特定物灭失。主观不能与客观不能以不能是否基于个人事由为判断标准，给付以债务人个人事由而不能者为主观不能，如出卖他人之物；给付以本身原因而不能，任何人均不能履行为客观不能，如海底捞月。

但在实践中，缔约时给付可能与否，存在判断和举证上的困难。如当事人双方买卖存放在某地仓库的特定物，货物的状态双方都不知情，则缔约后对于货物的灭失如何处理存在疑义。且标的物灭失时间对当事人权利义务影响被不合理地过分夸大，标的物因不可抗力灭失，于缔约之际，片刻之差而当事人之责任分配判若云泥，但实质上该事件并无实质之不同。何况，对于未来物的买卖、债权的买卖等交易，自始不能与嗣后不能的分野也不甚清晰，更难认定。

关于主观不能与客观不能，并无明确的范围界定，在判断标准上甚为模糊，易生困扰。其区分标准，学者众说纷纭，在学说上至少存在四种观点。^[72]以至于德国 1991 年提出的《德

国债务法修改委员会最终报告书》认为：“区别各种各样的客观不能与主观不能——在什么地方也找不到对这两个概念的定义，或许就根本不可能下定义——常常成为争议的原因，而不能获得充分的解决。”^[73]

第四，缔约时以不能之给付为标的的情况，应结合缔约时当事人的主观状态予以把握。实际上单纯地考察标的不能没有太大意义，标的不能总是与当事人的意思表示结合在一起的。英美法上把履行不能与当事人的错误、合同的解除、风险分担、默示担保等制度联系在一起。按照合同法重述（2）286，35（1），在没有相反的承担风险的规定的情况下，如果成立出售特定货物的买卖合同时，双方都不知道货物从来不存在或不再存在，合同不成立。如果买方在误认货物存在上犯有疏忽，他将凭默示的货物存在保证或过失承担责任。^[74]

与当事人的主观状态相结合，缔约时标的不能可分为三类：

1. 双方当事人均为恶意（明知其不能）以不能之给付为标的时，合同有效；
2. 双方均为善意（不知）时，为双方错误，任何一方均有权撤销合同，有过失的一方负缔约过失责任，赔偿无过错方的信赖利益之损失；
3. 一方恶意，一方善意，得依默示之欺诈处理，善意缔约方享有契约撤销权，得撤销该契约，并就其信赖利益损失主张赔偿，或不行使撤销权，从而向相对方主张履行责任。

第五，从立法上考察，合同法已由不能为中心转向以违约为中心的体系构造。如《联合国国际货物销售合同公约》，没有区分自始与嗣后不能问题，对凡是无正当理由在履行期到来以后不履行和不能履行的，除非有正当的免责事由，否则一律按违约处理。^[75]《国际商事合同通则》第3.3（1）条也规定：“合同订立时不可能履行所承担之义务的事实本身不影响合同的效力。”^[76]《欧洲合同法原则》第4：102条（自始不能）规定，“仅仅由于合同成立时所负债务的履行不能或由于一方当事人无权处分合同关涉的财产，合同并不无效。”^[77]

我国从民法通则到新合同法，在合同的生效要件中都没有关于标的可能的规定，并非立法疏漏，实乃有意为之，可见，我国的立法模式是符合世界潮流的。不区分自始不能与嗣后不能、主观不能与客观不能，以意思表示瑕疵理论解决标的不能的问题，辅以违约责任和风险分担规则解决责任归属及免责问题。有学者认为“以不可能事项为民事行为内容，违反民事行为之本旨，因此，民事行为的内容必须为确定和可能，为题中应有之义”^[78]，此说实不足为训。

在没有标的不能概念的制度背景之下，讨论无权处分与给付不能的关系就不免显得颇为滑稽了。故以给付不能为理由认为无权处分合同无效的主张不应成立。无权处分合同属完全有效的合同，当事人得以违约寻求救济，自无不可。

（二）善意取得与无权处分

善意取得与无权处分关系甚密，善意取得旨在保护交易安全，具有补正权源的效力，使得无权处分的善意受让人取得动产所有权。通说以为，认定无权处分合同之是否有效，应当依据合同法第五十一条；认定权利人可否从买受人取得标的物，应当依据物权法之善意取得制度。第五十一条仅涉及合同效力的判断，而善意取得其性质为法定的原始取得，即便合同无效，并不妨害善意受让人依善意取得制度取得物权。此说之不妥，在于割裂了法律行为与物权变动的有机联系，在诸如原因行为的有效性、当事人设权意思的判断、价金支付的合法性等问题上存在缺陷，在讨论无权处分合同的效力时已有所论述。

在采纳债权形式主义物权变动模式下承认无权处分合同完全有效的背景下，这些难题就可迎刃而解。

其一，因为承认无权处分的债权合同有效，则善意取得完全获得了作为交易基础的有效法律行为的前提。善意取得制度意在保护交易安全，须限于交易行为。^[79]德国民法将第932条“无权利人的善意取得”规定在“让与”目下，并明定受让人得因第929条“合意

与交付”规定的让与成为所有人，即表明了这一见解。此外，瑞士民法第 714 条第 2 项，我国台湾地区民法第 801 条，都做相同的要求。^[80]正是因为基于有效的法律行为，该行为的效力评价问题得以同物权变动的效果分离，不致出现基于一个无效的合同还会适用善意取得的悖论。此外，由于无权处分合同有效，当事人的意思内容得以判断，该意思包含有物权设定及移转的内容，则物权变动的具体效果不难判断。

其二，关于善意取得的须基于有偿行为的要件，在承认无权处分合同为完全有效的合同的前提下也不难满足。善意取得本身为原始取得，并不须当事人支付代价，但善意取得的构成依赖于有效的交易行为，对方当事人基于此交易行为进行动产交付，根据此有效合同的约定以及作为对方的交付行为的对待给付，善意受让人自然负有支付价金的义务。

虽然传统民法上并不要求善意取得必须支付对价，但大都通过扩张不当得利制度予以补足，以平衡当事人之间的利益。无权处分人无偿赠与标的物于善意第三人，第三人善意取得，具有合法原因，但对真正权利人甚为不公，惟有依公平原则，衡量利弊，扩大不当得利的适用，允许权利人依不当得利请求权向第三人请求返还。不当得利本就是调节利益衡平的一个弹性条款，“不当得利返还请求权，对于一切不能圆满解决之情形，负有调节人之使命”，被学者称为“乃自然法的原则也”。如日本我妻荣先生所言，“财产价值的移动，在形式上一般的认为正当，但在事实上相对的如认为不正当时，则本于公平理想，以调整此种矛盾者乃不当得利之本旨也。”^[81]不当得利之基础在于公平，同社会良心正义相吻合，因而所谓无法律上的原因，应扩大解释为受益人之得利违反公平理念。依德国民法典第 816 条第 1 款，无权处分为无偿时，基于该处分而直接取得利益之人，应依不当得利规定负返还义务。

此外，无权处分的效力问题还可反射出善意取得制度构建中的若干理论问题。

1. 关于善意取得的依据，善意取得的依据有数种：

第一，即时时效说。此说源自罗马法，古罗马法奉行“任何人不得将大于其所有的权利让与他人”的原则，强调对所有权的保护，仅以时效制度弥补权原的不足。《十二铜表法》规定的占有期限，土地为两年，其他物及一般的可动物为一年。时效取得的实际功利是向占有者提供保障，古典法中其适用有两种情况，一为无权处分他人之物，一为要式买卖让与中的形式瑕疵，前者通过善意占有和时效取得制度使善意受让人可以取得权利。^[82]后世立法为强化交易安全的保护，遂将罗马法的短期时效缩为瞬间，学理上称之为即时时效或瞬间时效。

第二，占有效力说。将善意取得归诸占有的效力，认为占有虽非物权，但具有权利推定、占有保护、占有持续的三大功能，所谓占有具有持续功能，即占有人根据占有的事实，在某些条件下可以持续保持其占有的功能。^[83]瑞士、意大利、日本与我国台湾地区民法典即将善意取得制度安排在占有一章之下。传统民法亦称之为占有的权利移转效力。此说与即时时效说本质实为一体，学者对古代罗马法的研究表明，时效取得是一种极古老的市民法制度，它的含义只是通过占有实现取得。^[84]

第三，法律赋权说。法律赋予占有人以处分他人所有权之权能。将善意取得的效力系于占有之上，依此说，占有人处分他人之物则为有权处分，其逻辑后果必然为善意取得为继受取得，受让人则依有效的处分行为取得动产所有权。此说实则消解了无权处分问题。

第四，权利外像说。日耳曼法采占有与权利合一的 *Gewere* 观念，占有为权利之外衣，受让占有则可取得权利，权利失去占有其效力因之减弱。由于奉行“所有人任意让他人占有其物的，只能请求该他人返还”的原则，一旦权利人将自己的财产让与给他人占有的，只能向占有人请求返还占有物，如占有人将财产移转给第三人时，权利人不得向第三人主张所有物返还请求权，而只能向转让人请求损害赔偿。通说认为，善意取得制度起源于日耳曼法的“以手护手”观念，导入了罗马法上取得时效制度中善意之要件，因此赋予第三人取得所有权之效果。^[85]

现代学说大都认为善意取得制度系法律上承认占有公信力的逻辑结果，与日耳曼法上的权利外像说渊源颇深，其源流并非来自罗马法，而是以日耳曼法的法律原则为契机演绎发展

起来其源流的。^[86]善意取得并非基于受让人占有的效力，亦非源自权利让与的行为，而是基于善意受让人对于占有公信力的信赖，国家为了保护这种信赖，维护公信力，通过法律制度的直接规定，对生活资源强制进行分配，赋予受让人取得权利的法律效果。公信力说只能为法律对于社会资源分配的干预提供正当性基础，并不意味着基于信赖的有瑕疵的交易就应当转化为无瑕疵的行为，归根究底，善意取得的存废，适用范围的宽狭，都不过是法政策取向的产物而已。

2. 关于善意取得的效力，传统学说认为具有权原补正之效力，该说前提是在物权形式主义变动模式之下，债权行为有效，物权行为因权原瑕疵而效力未定，而善意取得补正物权行为之权原瑕疵，使之转化为有效。即如学者所谓“善意取得权利，虽为原始取得，然占有人与让与人间之关系，仍发生与继受取得之同一效力”^[87]。在债权形式主义之下，有学说认为善意取得不但发生权原补正的效力，且应同时发生交易瑕疵补正的效力，即在适用善意取得的条件下，溯及既往地使效力未定的债权合同也转化为有效。笔者认为，在债权形式主义之下，无权处分合同应为当然有效，而非善意取得效力所及的后果，否则，在标的物为占有脱离物等不适用善意取得的条件下，合同效力无法补正，则此时合同当事人间的利益显失平衡。况且，交易行为的有效成立是善意取得的构成要件，而非其法律效果。否则，因果倒置，因内容违法而无效的无权处分合同也会成立善意取得，更由于没有有效成立的原因行为确定其具体内容，到底善意取得何种权利也无从判断。因此，在无权处分合同当然有效但物权变动不生效力的条件下，善意取得的效力既非补正权原，亦非补正合同，而是依法律规定原始的取得权利。其支付价金义务、对方的交付义务，以及排除不当得利返还义务的效果都可基于有效的合同生成。

3. 关于善意取得的性质，有原始取得说与继受取得说之争。王泽鉴先生认为，原始取得说固有所据，但继受取得说亦有相当理由，此项动产所有权的取得系基于让与行为，与因时效取得、先占或添附而取得所有权，尚有不同。法律所补足者，系让与人处分权之欠缺，继受取得的性质不因此而受影响。^[88]笔者认为，善意取得其构成要件与法律效果虽皆系于法律行为，但究其本质，应认定为原始取得为宜。第一，在债权形式主义之下，法律行为仅发生设定债权的效力，不直接导致物权变动，物权变动可与合同的效力相分离，善意取得则可能限于物权领域发挥作用，直接发生当事人原始取得物权的效果，不必赋予其补足权原的效力。而所谓“与继受取得之同一效力”的效果则可由债权合同的效力完成。第二，继受取得说无法解释其权利到底从何处继受，是从无权处分人处抑或从真正权利人处？杨与龄先生所谓，“占有之让与人，既无让与之权利，受让人自不能因继受其占有而取得权利，或间接继受真正所有权之权利，……足见善意取得权利，非继受原权利之权利，而系由法律之特别规定”^[89]，不无道理。

有学者提出继受取得说的理由有三：一为动产上负担；二为价金支付义务；三为动产抵押的善意取得不必交付；^[90]此说不无道理，但笔者认为，这三点理由尚不足以推翻善意取得原始取得的性质。在原始取得说之下，第一点可由受让人善意的范围即对动产上负担的认知状态决定权利取得的效果；第二点可由债权形式主义之下的当然有效的债权合同予以解决；第三点关于动产抵押的善意取得问题，实则对传统善意取得的实际移转占有的要件提出挑战，这是由于动产抵押的特殊性决定的（我国物权变动模式一般采债权形式主义，但在动产抵押则采登记对抗的意思主义模式，是为特例）。且现代善意取得制度的依据并非源自占有之效力，而属公信力之表现，因此并不以占有为必要。例如，动产指示交付时的善意取得问题，虽德国学说认为，善意受让人如非间接占有人，则须取得动产占有时方取得所有权，但并非通例，我国台湾地区民法即未设此规定，通说认为不以此为要件。故受让人虽未占有其物（直接占有或间接占有），仍能取得其所有权。^[91]不以占有为要件并不妨害其原始取得说的通说地位。

（三）瑕疵担保与无权处分

瑕疵担保责任，分为物的瑕疵担保责任和权利瑕疵担保责任，所谓权利瑕疵担保责任，即保证买受人不致因第三人主张权而丧失其标的物；所谓物的瑕疵担保，即担保标的物具有通常的品质或特别保证的品质。^[92]由于瑕疵担保责任与违约责任中的瑕疵给付责任的关系糅杂，适用混乱，难以理顺，故而瑕疵担保责任的存废在理论上不无争议。

瑕疵担保责任的性质有法定责任说、债务不履行说之争^[93]，法定责任说源自传统罗马法之规定，认为瑕疵担保仅限于特定物买卖，而一般种类物买卖则依违约之瑕疵给付责任处理；债务不履行责任说则将瑕疵担保责任扩充至种类物买卖，使之得以泛化，从而与违约责任发生竞和。有学者认为，现代瑕疵担保责任从法定责任说（旧说）向债务不履行责任（新说）转化是其最近发展趋势。^[94]但其于违约责任适用竞和问题目前尚无有力学说予以阐明，于是对传统的瑕疵担保制度的合理性有学者提出反思和批判，主张建构统一的违约救济制度，实现责任制度的单一化。^[95]

笔者以为，在现代合同法尤其是我国合同法对违约责任日趋严格化的背景下，对传统瑕疵担保责任的意义不无反思的必要。由于我国合同法采纳严格责任的归责原则，使得瑕疵担保的无过错归责丧失其举证方便的优势。且由于违约责任的救济方式多样化，适用更具弹性和灵活性，使得瑕疵担保的单一救济方式也相形见绌。以违约责任吸收瑕疵担保责任，实现瑕疵担保违约化、责任制度的单一化在我国合同制度体系内是一个合理的设计。

至于作为法定责任的瑕疵担保，即将瑕疵担保限于特定物的买卖，由于在特定物买卖中，如合同中没有对特定物的品质特别约定，则特定物的瑕疵可能无法适用合同条款依违约责任解决。在这种情况下，瑕疵担保是否有其独立的意义？笔者认为，法定责任说也不足以确立瑕疵担保制度，因为：第一，现代社会种类物交易为主流，特定物交易仅占少数。第二，特定物交易中当事人可以对特定物品品质订立特别约款，此外现代社会，法定的质量标准被越来越多纳入合同。例如，房屋买卖为典型特定物买卖，但其质量标准多由法律明文规定，合同义务法定化，自得以违约责任处理。即便无当事人特约与法律规定，法官裁判时也可通诚信原则、交易习惯及合同默示条款，课以当事人以特定物须符合的通常品质或特定目的的合同义务。第三，缔约时物的瑕疵可以结合当事人的主观状态依欺诈、错误等制度解决，当事人一方可以撤销合同，并依缔约过失责任主张信赖利益的赔偿。

总之，我国合同法的给付障碍法是以违约为中心建立的，这一点借鉴了英美契约法的历史经验和现代合同法的发展趋势，其体系效应的后果就是使传统大陆法的给付不能和瑕疵担保等制度发生变异和弱化，乃至被排斥于合同法的逻辑架构之外。否则难免叠床架屋，画蛇添足之弊。

因此，我国合同法只有瑕疵给付责任（即不当履行责任），而无瑕疵担保责任。至于无权处分中的权利瑕疵担保，其性质当然为债务不履行责任。实质上，即便是在承认瑕疵担保制度的大陆法国家，瑕疵担保也主要是指物的瑕疵担保，而非权利瑕疵担保。史尚宽先生云：“民法不以权利瑕疵责任为法定担保责任之结果，而以为契约履行之一部，故不以出卖人义务限于赔偿责任，而规定‘出卖人不履行民法第 348 条至第 351 条所定之义务者，买受人得依关于债务不履行之规定行使其权利’（民法 353 条，德民 440 条 *Enn Lehmann*, § 107, I, S. 415）。”^[96]

就瑕疵担保与无权处分的关系，当事人欲主张其瑕疵给负责任，必须依赖于有效的合同，从而与无权处分效力未定说发生逻辑冲突。而在无权处分合同有效，物权变动不生效力说之下，买受人完全可以基于合同请求债务不履行责任。

问题在于，善意买受人如以善意取得制度取得标的物，还能否主张瑕疵给付（瑕疵担保）责任？传统民法以为，原因行为为买卖时，买受人既因善意受让而取得买卖标的物所有权，不发生权利瑕疵担保问题。买受人不得将标的物返还于原所有人，而向出卖人主张权利瑕疵担保责任。^[97]该说逻辑前提是德国物权形式主义之下的善意取得的效力说，由于善意取得

的权原补正效力，使无处分权的物权行为补正其处分权瑕疵，从而转化为有权处分，既然权原瑕疵已不存在，自然所谓的权利瑕疵担保以不复存在。但黄茂荣先生在《买卖法》中提倡之新说主张，善意取得为法律赋予善意受让人的一种利益，瑕疵担保也旨在保护受让人利益，此时应以最大限度保护善意受让人利益为原则，给与善意受让人以选择的权利，由其对不同的制度利益自主做出取舍、选择，提出主张，维护其权利。例如日本、意大利等国民法都规定了善意买受人享有合同解除权。（日民第 561、562 条、意民第 1479 条）使当事人得以从无权处分合同中脱身，从而最大限度保护善意相对人的利益。而在德国法上，无权处分的债权合同属于自始主观履行不能，为有效合同，当事人受其拘束，善意相对人撤销或解除于法无据，处理不免过于僵化。

在我国法上，应赋予善意买受人主张瑕疵给付责任的权利，当事人可以依违约制度获得救济，如无权处分构成根本违约，善意当事人则可解除该有效的无权处分合同。可见，在我国法上，无权处分合同有效为一般原则，善意买受人不但可以依善意取得得到物权，还应当可以选择违约责任，要求定金、违约金、损害赔偿等多种责任，并在构成根本违约时，及时解除该无权处分合同，其救济手段更为灵活，以期给与善意当事人以最充分的保护。至于善意取得的效力，在债权形式主义模式之下，不必须赋予其权原补正的效力，因为该无权处分合同并不存在权原瑕疵，其效力本为有效，可以规定善意取得直接发生取得权利的效果，这也与善意取得制度的原始取得性质相吻合。

（四）侵权行为与无权处分

无权处分处分人处分他人之物，如符合侵权行为要件，权利人得依侵权行为主张损害赔偿。侵权行为之要件，约言之有三，即：1. 须有归责性之意思状态，2. 须有违法性之行为，3. 须有因果率之损害。^[98]此三要件又可细化为六（责任能力、主观过错、行为之违法性、客体被侵害、因果关系、损害事实），我国现在侵权法的通说四要件说（主观过错、违法行为、因果关系、损害事实），即由此说简化、演变而来。无权处分行为的侵犯的客体即为真正权利人之物权。在行为人主观具有过错时，自应对其行为所造成之损害负责。

但损害事实的确定，诚是一个问题。损害作为一种事实状态，是指因一定的行为或事件使某人受侵权法保护的權利和利益遭受某种不利的影响。^[99]我国学者普遍认为，损害事实具有确定性，损害是已经发生的事实，损害须现实存在。损害概念在学说上有利益说（差额说）与组织说之争。利益说较为抽象，以德国学者 Mommsen 认为损害是被害人因该特定损害事故所损害之利益，该项利益，依其所言，乃被害人之总财产状况，于有损害事故之发生与无损害事故下所生之差额。组织说由 Oertmann 所倡，认为损害乃法律主体因其财产之构成成分被剥夺或毁损或其身体受伤害，所受之不利。^[100]两者各有利弊，虽有争论，但在分析无权处分的问题中，后果是一致的。即单纯的无权处分合同本身，并非必然构成对权利人的实际损害。单就无权处分人仅仅与受让人达成合意的事实，尚不能构成损害事实。因为在此种情形下，当事人的合同对第三人无拘束力，且单纯的合意尚不能完成物权的变动，权利人的物权并没有受到现实的损害。前述之拉伦茨所谓的“违法行为恒为事实行为”之判断亦包含此义。

所以，侵权行为在无权处分中的适用范围仅应限于下列几种情况：1. 无权处分人非法占有权利人的财产；2. 无权处分人非法移转占有给买受人 3. 基于善意取得动产上的权利人的原所有权消灭。在第 1、2 种情由，实则由非法占有人侵占权利人财产引起，权利人可基于物上请求权请求返还原物，至于财产损害赔偿应以由该非法侵占行为导致的物之占有使用被剥夺所发生损失为限；第 3 种情形是真正由于无权处分导致物权消灭，故无权处分人应就该物之实际损失负完全赔偿责任。侵权损害赔偿责任的范围采补偿说，奉行全面赔偿原则，权利人得就其遭受的全部财产损失请求赔偿。

（五）不当得利与无权处分

权利人与无权处分人的关系，除构成侵权损害赔偿关系外，亦构成不当得利关系。不当得利的构成要件有四：一方受益；一方受损；两者有牵连关系；无法律上的原因。权利人与无权处分人之间符合不当得利的要件。不当得利的适用范围有三种情况，值得讨论。

其一，在无权处分发生时，如权利人表示追认，则可依不当得利向无权处分人索取出卖标的物之间价金。梅仲协先生云：“在无权处分人所为之处分行为，有时虽不能对真正权利人发生效力，但真正权利人，仍可主张其不当得利之返还请求权。盖此时真正权利人常得就该项无权处分，予以同意，并向无处分权人请求返还其不当之得利。”^[101]对此无疑义。

其二，在无权处分且相对人善意取得动产物权之时。由于无权利人特定物的处分，使第三人获得物之权利，法律为了交易安全，使之不利于真正权利人而生效，因此不当得利请求权，自系公平而合理。^[102]

其三，关于无权处分系无偿行为时，善意相对人取得该财产，权利人是否可以向无偿取得财产的相对人主张不当得利返还？传统民法上并不要求善意取得必须支付对价，因此通过扩张不当得利制度予以补足，以平衡当事人之间的利益。虽该第三人与真正权利人间，无真正的财产损益变动之存在，而依公平之原则，不当得利返还请求权之行使，应向该第三人为之。^[103]所谓不当得利之基础在于公平，同社会良心正义相吻合，因而所谓无法律上的原因，应扩大解释为受益人之得利违反公平理念。但当前我国善意取得制度须基于有偿行为发生，否则相对人即使善意也不能适用善意取得，因此不存在这种利益失衡的情由。可以说该问题在善意取得构成之判断的前提阶段业已圆满解决，因此无须扩张不当得利的必要。

关于无权处分人应负的不当得利返还责任，其返还范围依无权处分人的主观善意与否则有所差异。不当得利返还，一般以恢复原状为原则，衡量利得人之利益与损失人之损失而定。在利益超过损失时，利得人唯于损失之范围内负返还义务；当损失超过利益时，利得人在现存利益限度内负返还责任，但如利得人为恶意，则加重其返还责任，不但就受领时的利益，附加利息，一并偿还，如有不足之损失，尚须负损害赔偿 responsibility。

综上，具体到无权处分行为，笔者认为：

1. 当无权处分价金低于客观价值时，如无权处分人为善意，其返还范围以现存之价金数额为限，且对于其取得价金所支付的交易费用可以提出抗辩；如无权处分人为恶意，除返还其受领的价金之外，还就其差额须负赔偿责任。

2. 当无权处分价金高于客观价值时，如无权处分人为善意，其返还范围以标的物客观价值为限；如无权处分人为恶意，在价金高于标的物之客观价值时，如何处理，诚为一难题？台湾学者黄立先生认为：“不当得利本仅及于标的物本身的价值，但于无权处分人恶意时，依第 182 条第 2 项之规定，应亦及于利润，否则等于鼓励人从事无本生意。”^[104]但该说逻辑上尚缺乏充足的理由支持。对于无权处分之价金高于买卖标的物市场价格时，究竟以何者为返还标的，尚有争论。台湾地区通说认为不当得利非旨在填补被害人的损害，其应返还者，为客观的价格。^[105]笔者赞同后者。

（六）无因管理与无权处分

权利人与无权处分人之间，除构成侵权损害赔偿与不当得利返还关系之外，还可以构成无因管理关系。侵权行为须就行为人的过错负举证责任，且其赔偿范围为实际财产损失（标的物的客观价值）。不当得利旨在平衡当事人间的利益，在无权处分价金高于财产客观市场价值时，无法使权利人取得额外溢出价金，此时对其并不十分有利。欲得到更充分保护，还须寻求民法其他制度的救济。王泽鉴先生认为，让与人明知无权利而让与他人动产所有权，乃明知为他人的事物，仍作为自己的事务而为管理，构成所谓的不法管理。^[106]应类推适用无因管理的相关规定，使权利人向无权处分人请求返还全部价金利益。以利益衡量的方法及

法政策判断,不宜使无权利人取得无权处分的溢价收入,否则法律无疑于鼓励无权处分行为,故此说实值得赞同。

所谓不法管理,为不真正无因管理之一种,乃明知他人之事务,仍作为自己之事务而管理。^[107]亦即管理人为恶意时的非真正无因管理。主要适用于无权处分、不经同意的转租等行为。不法管理原则上适用侵权与不当得利解决,也可准用无因管理的规定。其法律效果为:权利人有两种途径,择一行使:1.得依侵权行为或不当得利行为请求权主张;2.得依无因管理之原则,请求管理人返还其应享有因其管理所得之利益。本人为此项请求时,无庸偿还因管理所支出之费用,唯就其自己因此所获之不当得利,负返还义务。^[108]应当注意,此处之不当得利,非指无权处分的溢价收入,而是指该高出市价的金额是由于无权处分人本身的原因所致,如积极推广宣传取得的较高价金,则该项支出费用本人应依公平原则予以返还。

其中第2项准用无因管理的救济为现代立法发展之趋势,如台湾地区民法修正条文第177条第2项关于不法管理的规定:“前项规定,于管理人明知为他人之事务,而为自己之利益管理之者,准用之。”该条款修正的理由为,不法管理原非无因管理,然而本人依侵权行为或不当得利请求损害赔偿或返还利益时,其返还范围不及于管理人因管理行为所获之利益,如此不啻承认不法管理人得保有不法管理所得之利益,违背公平正义之精神,因此允许准用无因管理的规定,使不法管理的利益归属于本人,以遏制不法管理的发生。^[109]在权利人与无权处分人之间以不法管理解决其利益返还问题,有效弥补了侵权行为和不当得利的不足,更充分地给真正权利人的利益提供了法律保护,从而也最大限度地减少无权处分行为的发生,维护私法秩序的稳定。

结语:合同法五十一条之解释,无法完成的使命

综上所述,在债权形式主义模式下,合同应当完全有效,所谓效力未定的应是“处分”——能直接导致物权变动的综合法律事实。这种制度构造的优越性在于:在不承认物权行为的条件下合理区分了物与债的不同关系,兼顾了体系上的和谐和利益衡量上的妥当。在债的关系上,排除了第三人的不当干涉,相对人得依合同规则调整其间关系,或撤销合同从中脱身或主张合同责任;在物权关系上,也没有削弱对真正权利人的保护,其得以物上请求权主张返还原物、依侵权请求损害赔偿或者行使追认权,使其无权的“处分”有效,并依不当得利或不法管理取得价金。并且使物权法与债法上的诸制度相互衔接,圆融无碍。

但完全有效说面临的一大难以逾越的障碍是《合同法》第51条。如何解释51条?51条在债权形式主义下的正确解读应当为,“无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,该处分有效。”但法律文本白纸黑字,明确表述为“……该合同有效。”如何做出符合体系的解释?这恐怕是摆在中国学者面前的一个无法完成的使命。无论是采体系解释、限缩解释、目的解释、反对解释等方法恐都回天乏术,权宜之计只有采效力未定不得对抗第三人说对其进行限缩解释,以期亡羊补牢,最大限度矫枉补漏。

唯有寄希望于未来,立法者能顺应世界之潮流,把握社会之脉动,探索中国民法之规律,总结合同立法的经验教训,大胆兴利除弊,除旧布新。从传统的无效到现行法的效力未定,不能不说是一大进步,但这仅仅是也只能是一个过渡。从效力未定到完全有效,对德国民法的误读,台湾法院用了将近五十年转变观念。我们有多少时间呢?五十一条从一个侧面折射出中国法制进步之艰难,历程之曲折,本土经验之利弊,外国法制继受之得失,学者们也藉此对中国意义上的民法体系化构建进行反思和关照,这或许就是五十一条的深刻与悲怆吧。

参考文献

- [1]参见[德]拉伦茨.法学方法论[M].台北:五南图书出版公司,1996.
- [2]J-L Baudouin,Reflexions sur la codification comme mode d' expression de la regle de droit, in Unification and Comparative Law in Theory and Practice 17(1984).及 J.Vanderlinden,La Concept De Code En Europe Occidentale due XIIIEme Au XIXEme SIECLE(1967),转引自王涌.私权的分析与建构[D].中国政法大学博士论文,1999.
- [3][德]茨威格特,克茨.比较法总论[M].贵阳:贵州人民出版社,1992.260—261.
- [4]概念法学源于德国潘德克吞法学,为历史法学派发展之产物,依日本学者加藤一郎先生的定义:“所谓概念法学,指仅依形式的三段论法进行判断,即以法律规定作为大前提,以具体的事实作为小前提,然后,依三段论法引出机械的、形式的结论。从来的概念法学就是如此。这正象自动贩卖机,从上面投入事实,在其中适用预先决定的所谓法律规定,然后从下面自动出来结论。”转引自梁慧星.民法解释学[M].北京:中国政法大学出版社,2000.313.
- [5]转引自王涌.私权的分析与建构[D].中国政法大学博士论文,1999.
- [6]史尚宽.物权法论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.22.
- [7]意大利民法典[Z].北京:中国政法大学出版社,1997.2.
- [8]梁慧星.民商法论丛(第4卷)[C].北京:法律出版社,1996.251.
- [9]严格地说,此种价值冲突仅存在于法、日、意等采意思主义立法例的法制体系内,在形式主义物权变动模式下,物与债相区分,合同的效力并不必然导致物权变动,此种价值冲突仅为一种可能性。不少学者在论述该问题时,往往笼统地认为债权合同有效会损害权利人的利益,从而为无效或效力未定说的正当化论证,不免有体系混乱之嫌。
- [10]应当注意,一物数买问题在形式主义模式下一般不涉及无权处分,表现为债法上的问题,适用债的平等性、违约责任、债的保全、第三人侵犯债权等制度即可解决。在意思主义模式下,则表现为无权处分问题,特别涉及到不动产之双重买卖(善意取得无法涵摄),极为棘手,学理解释有相对效力说、债权性双重让与说、物权性双重让与说、公信力说等,诚为困扰意思主义立法的一大难题。其间也不乏受德民影响之学者,试图引入物权意思理论重新阐释日民第176条,以解决其体系混乱的矛盾。参见[日]田山辉明.物权法[M].北京:法律出版社,2001.[日]铃木禄弥.物权的变动与对抗[M].北京:社会科学文献出版社,1999.
- [11]应当承认,日意模式较法国模式更为完善,就实质效果而言,甚至优于物权形式主义,惟其在规范的体系性和逻辑自洽性上存在欠缺。在德国的物权形式主义模式下,债权合同有效,善意买受人不得解除或撤销;物权合同效力未定,完全系于第三人追认,善意买受人也无权催告第三人承认或撤销其物权意思。由买受人完全承受效力未定状态之商业风险,确有失公平。我国立法理应汲取此教训,走出德国模式之误区。
- [12]尹田.法国现代合同法[M].北京:法律出版社,1995.199.
- [13]该说也不无商榷余地。所谓相对无效只对特定人无效,源自德民135条第1款规定。如果法律禁令仅禁止在保护特定人的利益,那么就应当使无效性仅仅相对于这些特定的人发生作用。但实际上该规定在德国法上根本不具有直接的适用范围。参见[德]梅迪库斯.德国民法总论[M].北京:法律出版社,2000.499—503.而最需要该种规定的法国法中的相对无效概念却与德民135条不同,其相对无效其实相当于德国民法的无行为能力、误解、欺诈等产生的后果,是一种不甚严重、可以“治愈”的无效状态,其主张权利属于特定人。参见尹田.法国现代合同法[M].北京:法律出版社,1995.法民的相对无效就后果而言也是合同本身无效,非如德国法仅对特定人无效。
- [14]物权行为与债权行为的关系大致有三:1、有物权行为而无债权行为,如设定他物权、抛弃物权。2、有债权行为而无物权行为,如雇佣合同。3、两者并存,如买卖。
- [15]王泽鉴.民法学说与判例研究(第四册)[M].北京:中国政法大学出版社,1998.147.
- [16]王泽鉴.民法学说与判例研究(第五册)[M].北京:中国政法大学出版社,1998.72.
- [17]在德国法上该合同属于自始主观履行不能,为有效合同,善意相对人撤销或解除于法无据。
- [18]参见梁慧星.民法学说判例与立法研究[M].北京:中国政法大学出版社,1993.王利明.物权法论[M].北京:中国政法大学出版社,1998.董安生.民事法律行为[M].北京:中国人民大学出版社,1994.王卫国.中国土地权利研究[M].北京:中国政法大学出版社,1997.

- [19]参见梁慧星.中国物权法研究[M].北京:法律出版社,1998.178.奥国模式尚存有争议。
- [20]关于无因性相对化趋势主要限于物权形式主义国家本土,参见[德]梅迪库斯.德国民法总论[M].北京:法律出版社,2000.178—185.史尚宽.物权法论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.25.有因化趋势主要发生在后来立法的继受国,如瑞士、荷兰等。苏永钦先生认为,瑞士、奥地利民法承认物权行为的独立性,而不承认其无因性。奥地利物权变动模式确有争议,笔者在此依大陆学者通说,称债权形式主义为奥国主义。
- [21]参见史尚宽.物权法论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.23—25.
- [22]Larenz, aaO. S. 20. 转引自王泽鉴.民法学说与判例研究(第一册)[M].北京:中国政法大学出版社,1998.272.
- [23]刘得宽.民法诸问题与新展望[M].台北:三民书局,1980.472.
- [24]董安生.民事法律行为[M].北京:中国人民大学出版社,1994.164.
- [25]设定他物权合同,如抵押、出质,依传统物权行为理论为单纯的物权合同,不登记交付,合同无效,他物权也不成立;新说则以王泽鉴先生为代表,认为此类合同既有物权性质又有债权性质,不登记交付,债权合同有效,当事人受其拘束,只是物权合同无效,他物权不成立。瑞士之折衷主义亦同。我国原担保法采合同生效要件说,效果类似于传统物权行为理论,但新物权法草案采债权形式主义,合同依合同法有效,发生合同请求权,登记交付仅为他物权设定之要件,可见债权形式主义符合保护权利之进步潮流,与物权形式主义之新趋势有异曲同工之妙。
- [26]梁慧星.民法总论[M].北京:法律出版社,1996.159.
- [27]在法律行为一般规则的适用上凸显出物权行为无因性理论的内在矛盾:如适用,则瑕疵同一性必将击破无因性;如不适用,其体系性和逻辑自洽性无法周全。德国有民法学者也认为,物权行为理论上被认作是法律行为,而在实践上又不令其适用有关法律行为的全部规则,这是存有矛盾的。参见[德]拉伦茨.法学方法论[M].台北:五南图书出版公司,1996.412—413.
- [28]参见[德]梅迪库斯.德国民法总论[M].北京:法律出版社,2000.168—169.除三点之外,其实还有一点区别:在法律效果上,负担行为适用平等原则,处分行为适用次序原则。参见德国民法典第185条第2款。
- [29]董安生.民事法律行为[M].北京:中国人民大学出版社,1994.166.
- [30]史尚宽.物权法论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.549.物权行为内部所包含的物权合意与公示之表征并非恒为一致,物权合意因适用意思表示规则得无效或撤销,故而常处于不稳定之状态,与其外部表征之公示公信效力相矛盾,贯彻公示公信原则往往亦须排斥其合意因素,以保护第三人交易安全,故物权变动模式所强调者为物权之公示,而非其相对人间内在的合意因素。
- [31]拉伦茨先生也认为,此种移转所有权之意思,似不必加以独立化,使其成为独立之物权行为,在理论上尽可将其纳入债权契约之意思表示中,同时表示之。其他赠与、互易、设定担保之等皆可如是。参见Larenz, Schuldrecht, II, S. 19f. 转引自王泽鉴.民法学说与判例研究(第一册)[M].北京:中国政法大学出版社,1998.272.
- [32]传统理论认为,物权行为本身是物权合意的意思表示(B)与物权公示的事实行为(C)不可分割的结合,融表意与履行于一体,直接发生物权变动的法律效果,不具有为当事人设定“法律上可期待的信用”的功能。但德国新说趋向认为物权合意本身即为物权行为,其要点在于物权合意与公示之事实得以分离,物权合意本身亦具有重要法律效果,例如期待权是。参见王泽鉴.民法学说与判例研究(第五册)[M].北京:中国政法大学出版社,1998.7.德国模式内部的发展趋势也从侧面印证了债权形式主义分割物权行为(B+C)的新构造并非“大逆不道”之举,确有其合理性。
- [33]王泽鉴.民法学说与判例研究(第四册)[M].北京:中国政法大学出版社,1998.136—137.
- [34]并非有学者解释51条时所谓的“买卖合同是对负担行为和处分行为一体把握”,以合同代替处分,一语之差,谬之千里,该说的逻辑展开只能是把物权变动的效果系于合同,把我国先进的债权形式主义混同于法日意思主义,从而推导出合同应当效力未定的结论。
- [35]所谓 Titus 指一个为移转所有权为目的之法律关系(例如买卖契约);所谓 Modus 是指标的物之实际交付(Traditio)或其他代替交付之行为。物权的移转必须具备 Titus 及 Modus 两项要件。参见王泽鉴.民法学说与判例研究(第一册)[M].北京:中国政法大学出版社,1998.262.

- [36] [意]彭梵得.罗马法教科书[M].北京:中国政法大学出版社,1992.209.
- [37]梁慧星.物权变动与无权处分[A].判解研究(C).北京:人民法院出版社,2000.47-51.
- [38]王利明.中国物权法草案建议稿及说明[M].北京:中国法制出版社,2001.20.
- [39]王利明.物权法论[M].北京:中国政法大学出版社,1998.299.
- [40]梁慧星.中国物权法草案建议稿——条文、说明、理由与参考立法例[M].北京:中国社会科学文献出版社,2000.363—366.
- [41]梁慧星.中国物权法研究[M].北京:法律出版社,1998.497.
- [42]梁慧星.物权变动与无权处分[A].判解研究(C).北京:人民法院出版社,2000.47-51.
- [43]谢在全.民法物权论[M].北京:中国政法大学出版社,1999.233.
- [44]史尚宽.物权法论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.559—560.
- [45]参见张谷.略论合同行为的效力[J].中外法学,2000,(2):187-202.
- [46]参见梁慧星.物权变动与无权处分[A].判解研究(C).北京:人民法院出版社,2000.47-51.
- [47]王利明.论无权处分[J].中国法学,2001,(3):77-90.
- [48]王利明.论无权处分[J].中国法学,2001,(3):77-90.崔建远先生也认同此说,认为“解决方法相对简单”。参见崔建远.合同法[M].北京:法律出版社,2000.93.
- [49]观念主义的恶意,系指明知某种情形的存在,侧重于行为人对事实的认知,此恶意为中性的事实判断,例如,物权法上的恶意占有、合同法上的恶意第三人等等;意思主义的恶意,系指动机不良的故意,即以损害他人利益为目的,侧重于行为人主观意志的伦理恶性,此恶意概念包含具有道德谴责性的价值判断,例如缔约过失行为中的恶意磋商、侵害债权的恶意第三人等等。
- [50]王泽鉴.民法学说与判例研究(第五册)[M].北京:中国政法大学出版社,1998.68.
- [51]参见梁慧星.民法总论[M].北京:法律出版社,1996.160.张俊浩.民法学原理[M].北京:中国政法大学出版社,1997.223—226.史尚宽.民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.325.王伯琦.民法总则[M].台北:正中书局,1979.130.
- [52]朱建农.无权处分与买卖他人之物的效力的探讨[J].政治与法律,1999,(6):27-30.
- [53]王泽鉴.民法学说与判例研究(第五册)[M].北京:中国政法大学出版社,1998.69.
- [54]梅仲协.民法要义[M].北京:中国政法大学出版社,1998.95.
- [55]梅仲协.民法要义[M].北京:中国政法大学出版社,1998.119.
- [56]李宜琛.民法总则[M].台北:正中书局,1977.230.
- [57]梁慧星.物权变动与无权处分[A].判解研究(C).北京:人民法院出版社,2000.47-51.
- [58]董安生.民事法律行为[M].北京:中国人民大学出版社,1994.117.
- [59]转引自董安生.民事法律行为[M].北京:中国人民大学出版社,1994.117.
- [60]王泽鉴.民法学说与判例研究(第五册)[M].北京:中国政法大学出版社,1998.72.
- [61]孙鹏.论无权处分行为——兼析合同法第51条[J].现代法学,2000,(4):33-36.
- [62]朱建农.无权处分与买卖他人之物的效力的探讨[J].政治与法律,1999,(6):27-30.
- [63]梁慧星.民商法论丛(第12卷)[C].北京:法律出版社,1999.845.
- [64]对外贸易经济合作部条约法律司.国际统一私法协会国际商事合同通则[M].北京:法律出版社,1996.53.
- [65] [德]拉伦茨.法学方法论[M].台北:五南图书出版公司,1996.355.
- [66]王轶.物权变动论[M].北京:中国人民大学出版社,2001.6.
- [67]梁慧星.民法总论[M].北京:法律出版社,1996.160.
- [68]梁慧星.德国民法典债务法的修改[A].梁慧星.民法学说判例与立法研究[C].北京:中国政法大学出版社,1993.297—331.
- [69]王泽鉴.民法学说与判例研究(第一册)[M].北京:中国政法大学出版社,1998.397.
- [70]王泽鉴.民法学说与判例研究(第一册)[M].北京:中国政法大学出版社,1998.398—399.
- [71]史尚宽.债法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.509.
- [72]王利明.违约责任论[M].北京:中国政法大学出版社,1996.160.
- [73]转引自梁慧星德国民法典债务法的修改,载于民法学说判例与立法研究中国政法大学出版社,1993年

5月第1版,第309.

- [74]沈达明.英美合同法引论[M].北京:对外贸易教育出版社,1993.126.
- [75]王利明.违约责任论[M].北京:中国政法大学出版社,1996.163.
- [76]对外贸易经济合作部条约法律司.国际统一私法协会国际商事合同通则[M].北京:法律出版社,1996.53.
- [77]梁慧星.民商法论丛(第12卷)[C].北京:法律出版社,1999.845.
- [78]梁慧星.民法总论[M].北京:法律出版社,1996.161.
- [79]王泽鉴.民法物权(2)用益物权 占有[M].北京:中国政法大学出版社,2001.256.
- [80]王利明,王轶.动产善意取得制度研究[J].现代法学,1997,(5):4-13.
- [81]转引自郑玉波.民法债编总论[M].台北:三民书局,1996.107.
- [82]参见[意]彭梵得.罗马法教科书[M].北京:中国政法大学出版社,1992.220.
- [83]孙宪忠.德国当代物权法[M].北京:法律出版社,1997.108.
- [84][意]彭梵得.罗马法教科书[M].北京:中国政法大学出版社,1992.218.
- [85]谢在全.民法物权论[M].北京:中国政法大学出版社,1999.219.
- [86]王利明,王轶.动产善意取得制度研究[J].现代法学,1997,(5):4-13.
- [87]史尚宽.物权法论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.569.
- [88]王泽鉴.民法物权(2)用益物权 占有[M].北京:中国政法大学出版社,2001.270—271.
- [89]转引自王轶.物权变动论[M].北京:中国人民大学出版社,2001.259.
- [90]参见王轶.物权变动论[M].北京:中国人民大学出版社,2001.260.
- [91]参见史尚宽.物权法论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.562.王泽鉴.民法物权(2)用益物权 占有[M].北京:中国政法大学出版社,2001.265.
- [92]梁慧星.论出卖人的瑕疵担保责任[A].梁慧星.民法学说判例与立法研究[C].北京:中国政法大学出版社,1993.147—179.
- [93]王利明.违约责任论[M].北京:中国政法大学出版社,1996.198.
- [94]梁慧星.论出卖人的瑕疵担保责任[A].梁慧星.民法学说判例与立法研究[C].北京:中国政法大学出版社,1993.147—179.
- [95]参见王利明.违约责任论[M].北京:中国政法大学出版社,1996.202—210.
- [96]史尚宽.债法各论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.20.
- [97]王泽鉴.民法物权(2)用益物权 占有[M].北京:中国政法大学出版社,2001.273.
- [98]史尚宽.债法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.111.
- [99]王利明,杨立新.侵权行为法[M].北京:法律出版社,1996.55.
- [100]参见曾世雄.损害赔偿法原理[M].北京:中国政法大学出版社,2001.119—124.
- [101]梅仲协.民法要义[M].北京:中国政法大学出版社,1998.182.
- [102]参见黄立.民法债编总论[M].北京:中国政法大学出版社,2002.208.梅仲协.民法要义[M].北京:中国政法大学出版社,1998.182.
- [103]梅仲协.民法要义[M].北京:中国政法大学出版社,1998.182.关于基于无偿处分行为所引起的第三人不当得利问题,传统民法诸种学说,大都采肯定态度,可参见王泽鉴.民法物权(2)用益物权 占有[M].北京:中国政法大学出版社,2001.275—276.
- [104]黄立.民法债编总论[M].北京:中国政法大学出版社,2002.208.
- [105]王泽鉴.民法物权(2)用益物权 占有[M].北京:中国政法大学出版社,2001.279.
- [106]王泽鉴.民法物权(2)用益物权 占有[M].北京:中国政法大学出版社,2001.280.
- [107]王泽鉴.债法原理(第一册)基本原理 债之发生[M].北京:中国政法大学出版社,2001.356.
- [108]梅仲协.民法要义[M].北京:中国政法大学出版社,1998.174.
- [109]黄立.民法债编总论[M].北京:中国政法大学出版社,2002.183.

Studies on the Problem of Untitled Disposition

ma te

(Law school, Renmin University of China, BeiJing 100872, China)

Abstract: This dissertation analyses the problem of untitled disposition in traditional Jurisprudence with the method of systemization which belong to the approach of Analytical Jurisprudence. Full text is divided into three chapters altogether, chapter one for "the different system background and corresponding modes about the problem of untitled disposition", Chapter two For "the validity of the contract about untitled disposition", chapter three for "the systematic arrangement of untitled disposition", the conclude the speech for "the explanation of the 51st of contract law, the mission impossible" at last. The article Summarizes the settlement mode and system construction of untitled disposition under the system background of our country legal system, meanwhile queries and criticizes the 51st of contract law, thus puts forward reflections and reviews on the advantages and disadvantages of the native experiences, the gain and loss of foreign legal system transfer and the construction of China legal system.

Key Words: Untitled Disposition; systemization; the validity of the contract; conveyance of title or property

收稿日期:2003-5-08

作者简介:马特(1977—),河北省石家庄市人,中国人民大学法学院民商法学博士研究生,主要从事民商法学基础理论研究。