

文章编号: 1674-5205(2011)01-0149-(007)

# 论善意取得制度中的转让合同效力问题

## ——兼谈《合同法》第 51 条与《物权法》第 106 条之关系

娄爱华

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

〔摘要〕通过对善意取得制度的渊源及模式的比较法考察,可以发现不同物权变动模式下善意取得均以“转让合同除无权处分外并无其他瑕疵”为前提,在未来统一编纂我国民法典时,应将之与《物权法》第 106 条规定的诸构成要件并列,作为善意取得的构成要件之一予以规定。在善意取得成立后,因公示公信原则的权利拟制,无权转让合同变为有权转让,可以作为各项合同请求权的基础。对《合同法》第 51 条采何种解读,以及采取何种物权变动模式,并不影响善意取得时对转让合同效力的认定,只影响对何为“转让合同”的认定。

〔关键词〕善意取得; 无权处分; 有效性

Abstract: Through the observation from comparative law we may discover that the basic requirement of bona fide acquisition consists in that “there is not any other defaults but the disposition without proper right concerning the contract of bona fide acquisition”, which should be adopted as a requirement of the bona fide acquisition together with the other requirements stipulated by Art 106 of Property Law. After all the requirements of bona fide acquisition were satisfied for the fiction of the right by the principle of public display and public confidence the contract of bona fide acquisition conversed into full validity. How to explain Art 51 of Contract Law and which general rules of transferring property right may be chosen have no impact on the attitudes towards the contractual effects of bona fide acquisition however they may only impact on the judgment of the nature of the contract of transfer.

Key Words: bona fide acquisition; disposition without proper right; validity

中文分类号: DF521 文献标识码: A

在《物权法》通过之前,2005年7月公布的《物权法(草案)》第111条规定了无权处分时的“转让合同有效”作为善意取得的要件,这一规定与《合同法》第51条对无权处分时转让合同“效力待定”的一般规定在文义上发生冲突。《物权法》最终颁行时删掉了“转让合同有效”的规定,使得《物权法》与《合同法》中的相关规定至少在形式上没有明显的矛盾,但转让合同效力与善意取得的关系问题,并未因立法的回避而不再成为一个问题。在《物权法》颁布前后,均有学者就此撰文予以论述,且意见颇不一致<sup>①</sup>。

本文认为,依善意取得制度的基本逻辑,应将“转让合同除无权处分外并无其他瑕疵”解释为善意取得的构成要件之一,在构成善意取得之后,因公示公信原则的拟制效力,转让合同发生从无权转让到有

权转让的转变。将转让合同直接界定为有效的观点,与善意取得制度的基本逻辑不符。在未来统一编纂我国民法典时,应将“转让合同除无权处分外并无其他瑕疵”作为善意取得的构成要件予以规定,与《物权法》第106条规定的诸构成要件并列,《合同法》第51条之规定的存废,应取决于目前似仍在进行中的

<sup>①</sup> 王利明先生认为,《物权法(草案)》第111条规定的“转让合同有效”相对于《合同法》第51条的规定而言属于特别规定,应优先适用,以此缓解二者的紧张关系。参见王利明:《善意取得的制度构成——以我国物权法草案第111条为分析对象》,载《中国法学》2006年第4期,第93页。崔建远先生认为应坚持《合同法》第51条的立场,并废除《物权法(草案)》第111条的规定。参见崔建远:《出卖他人之物合同的效力设计——善意取得构成要件的立法论》,载《河北法学》2006年第3期,第7页。彭诚信先生与李建华先生认为,《合同法》第51条的规定应予废弃,立法时应直接规定“转让合同有效”。参见彭诚信、李建华:《善意取得合同效力的立法解析与逻辑证成》,载《中国法学》2009年第4期,第85页。刘家安先生认为,宜将《合同法》第51条的规定理解为对处分行为而非负担行为的规定,在解释论上认可作为负担行为的转让合同的效力。参见刘家安:《善意取得情形下转让行为的效力》,载《法学》2009年第5期,第61页。

收稿日期: 2010-06-12

作者简介: 娄爱华(1981—)男,宁夏石嘴山人,厦门大学法学院博士研究生。

物权行为理论与债权形式主义的争鸣结果<sup>①</sup>，而不应取决于善意取得制度。

下文拟先在比较法上考察善意取得制度的起源及其两大范式，并从中探求善意取得制度的基本逻辑，然后基于这一基本逻辑对我国《物权法》善意取得制度中的转让合同效力予以解读，最后基于立法论及解释论的视角提出本文的见解。

### 一、善意取得制度的两种模式

一般认为，善意取得制度源于日耳曼法上的以手护手规则，亦有学者认为罗马法上就有了善意取得制度。对于日耳曼法上的以手护手原则，由于该原则仅仅着眼于原所有权人不得向第三人追夺，第三人的取得仅仅是附随结果，对于第三人也并不存在善意与否的要求，<sup>[1]219</sup>因此很难说是善意取得制度的滥觞，只是由于该原则阻碍所有权人无限追夺权的表象，与善意取得制度有异曲同工之处。认为罗马法上存在善意取得制度，也是一种误读。

善意取得制度的本质在于善意取得人取得所有权并得以对抗原所有权人，被学者误读的罗马法上的善意取得制度，<sup>[2]134</sup>实际上是善意占有制度，只是赋予第三人针对原物权出让人的抗辩权，并非赋予第三人针对原物之所有权人的抗辩权，因此从根本上区别于善意取得制度。

善意占有制度被误认为是罗马法上的善意取得制度，在于该制度的目的与善意取得制度具有方向上的一致性。善意取得制度的根本目的在于保护善意第三人，进而保护交易秩序，而善意占有制度的目的也是保护善意第三人，在这一点上二者的目的相同，但罗马法上的善意占有制度并不能产生对抗原所有权人的效力，其目的也不在于此。

普布利西安之诉（普布流斯之诉）的目的不在于剥夺所有人之物（创设该诉讼的根据首先是公平，其次是“如果物不属于占有人”之抗辩），而是为了保证善意购买某物并因此获得物之占有的人更好地享有该物。<sup>[3]122</sup>

罗马法上的善意占有制度，是取得时效制度的附属制度，通过普布流斯之诉予以保护。其基本原理是：在取得时效期间未届满时，如果善意占有人的占有受到了侵害，可以拟制时效届满进而提起物权性质的原物返还之诉，由此获得类似所有权人的保护。但如果侵害其占有的是物的原所有权人，善意占有人并不能主张拟制时效届满的普布流斯之诉。<sup>[4]136-137</sup>此时的善意占有人实际上还没有因为取得时效获得物的所有权，而原所有权人仍未出让自己对物的所有

权，后者的所有权当然优于前者的占有，自然可以主张物的返还。

要之，善意取得制度在日耳曼法或罗马法中并不存在，日耳曼法与罗马法均未能以保护善意受让人为核心，构建有损原所有权人、有利善意受让人，进而保护交易安全的善意取得制度。善意取得制度的构建，有赖法国法学家对巴黎习惯法的改造，其成果最终反映在《法国民法典》之中，嗣后的《德国民法典》另创了一套善意取得制度的模式<sup>②</sup>。当今世界的大多数民法典，非采法国模式即采德国模式<sup>③</sup>，对这两种模式的考察具有典型意义。

#### （一）《法国民法典》模式——占有即名义之规则

《法国民法典》第 2279 条第 1 款规定了善意取得制度。第 2279 条在动产方面规定，占有即等于所有权证书（名义）。<sup>[5]1607</sup>该条中规定的“占有即名义”之规则在罗马法中并不存在，<sup>[6]72</sup>据信是源自法国法学家布尔琼（François Bourjon）的观点，布尔琼因此也被认为是第 2279 条的精神之父，也就是善意取得制度的缔造者。此人专于强调对善意买受人的保护。巴黎习惯法对善意买受人之利益的强调则源于巴黎作为当时贸易中心的现实需要，在其 1747 年的作品中强调，对取得人的保护对于交易之确定性是必不可少的，并因此被认为是对善意买受人保护制度进行经济分析的鼻祖。<sup>[7]6</sup>尽管布尔琼的观点源于巴黎习惯法，但第 2279 条位列取得时效的章节，其基本原理也借助了罗马法上的取得时效制度，并因此被称为即时取得制度。

布尔琼有关“占有即名义”规则的如下文字被认为照搬了《法国民法典》第 2279 条：“有关动产，单

① 在《物权法》颁布前，学界对于物权变动模式的争论异常激烈，一般认为在立法论的层面，《物权法》采纳了债权形式主义。在《物权法》颁布后，若干学者从解释论的角度，认为基于我国《物权法》的相关规定，完全可以解释出我国物权法规定了物权行为理论的结论。相关问题可以参见葛云松：《物权行为：传说中的不死鸟》，载《华东政法大学学报》2007 年第 6 期；田土永：《〈物权法〉中物权行为理论之辨析》，载《法学》2008 年第 12 期。

② 有必要对法国模式和德国模式的区分予以特别强调，由于德国学说在我国学界的主导地位，我国学者惯于从公示公信的德国模式理解善意取得制度，如彭诚信老师及李建华老师认为“善意取得是公信原则的外在制度表现，公信原则是善意取得的内在法理基础”。彭老师在文中另引了谢在全先生、姚瑞光先生、德国学者沃尔夫的观点以为佐证。实际上，基于公示公信原则对善意取得制度的解读，只是善意取得的一种模式，法国法依附于取得时效制度构建的“占有即名义”之规则远较德国模式古老，其影响也不逊于德国模式，如不明辨这种区分，以公信原则解读法国模式，则会失去法国法的本义，进而失去比较法的意义。参见彭诚信、李建华：《善意取得合同效力的立法解析与逻辑证成》，载《中国法学》2009 年第 4 期，第 96 页。

③ 在若干重要民法典中，《意大利民法典》（第 1153 条）、《阿根廷民法典》（第 2412 条）等追随了《法国民法典》的模式，《瑞士民法典》（第 943 条）等则追随了《德国民法典》的模式。

占有就足以产生完备名义 (*titolo perfetto*) 具备的所有效力, 也就是说, 对动产的占有, 哪怕仅仅只有一天, 也相当于所有权的名义。”<sup>[8]301</sup>

该段文字可以说是《法国民法典》第 2279 条第 1 款的详细版, 二者的基本意思是一致的。条文中“所有权的名义”究竟何所指, 还需结合《法国民法典》中取得时效制度的基本原理予以详述。

《法国民法典》第 2265 条规定了其取得时效制度。第 2265 条依据正当的证书 (名义) 善意取得不动产的人, 如真正的所有人居住在该不动产所在地的王国法院 (上诉法院) 管辖区内, 经过 10 年, 得因时效完成而取得该不动产的所有权; 如真正的所有人居住在法院管辖区以外, 经过 20 年, 善意取得人即可取得该不动产的所有权。<sup>[5]1607</sup>

在体系上, 《法国民法典》第 2265 条规定的是不动产的时效取得。其中“正当名义” (*juste titre*) 是那些若当事人有处分权, 所有权就可以因此而正常移转的行为,<sup>[9]558</sup> 其具体所指是一些可以变动所有权的行为, 如买卖、赠与、遗赠等等。<sup>[9]561</sup> 尽管被称为“正当的 (*juste*)”, 但由于缺乏处分权, 这一“名义”实际上并不能移转物权。

除了“正当名义”, 对于《法国民法典》第 2265 条规定的对善意受让人的时效取得制度, “占有”作为取得时效制度的必备要素也是不可或缺的, 因而也是善意取得制度的前提。<sup>[10]295</sup> 可见, 适用《法国民法典》第 2265 条规定的 10 年时效期间, 除了需要时间的届满, 还要满足“正当名义”、“占有”、“善意”三项条件。

《法国民法典》第 2279 条的规定, 是对这一规则的变造。其规定的“占有即名义”规则之适用, 指的是在具备了“正当名义”、“善意”、“占有”三个要件后, 拟制存在一个“完备名义”,<sup>[8]302</sup> 凭借该拟制的名义善意占有人得以取得所有权, 从而不再要求时效期间的届满。因而, “占有即名义”的善意取得规则中蕴含了两个名义, 一个是实际存在的, 一个是拟制的<sup>①</sup>。前者是无效的 (*inefficace*), 因为处分人是并非所有人的无权处分人, 后者是有效的, 并因此足以移转所有权。<sup>[8]304</sup>

《法国民法典》第 1599 条明确规定了买卖他人之物的合同无效, 但在学说上, 认可买受人为善意时, 假想的名义相当于实际发生的名义, 也就是拟制买卖他人之物具有合同效力, 以此解决善意买受人在存有“标的瑕疵”及“迟延履行”等情形时的请求权依据问题。法国学说最终为《阿根廷民法典》所采, 《阿根廷民法典》以第 2357 条予以明确规定。<sup>[11]505</sup>

尽管布尔琼草创善意取得制度的灵感源自巴黎习惯法, 但却在源自罗马法的取得时效制度中找到了很好的切入点。善意取得制度作为时效取得制度的一种, 仅适用于动产, 与不动产的时效取得形成对应关系。在相同情形下, 不动产适用 10 年取得时效, 动产则适用即时时效取得 (善意取得), 基于法律对不动产与动产的保护力度不同, 《法国民法典》的相关规则层级分明、体系和谐。也正是将善意取得制度依附于取得时效体系, 所以不动产的善意取得, 对《法国民法典》来说不只是一项制度的创新, 而是需要改动体系的大手笔。

(二)《德国民法典》模式——基于公示公信的拟制

《德国民法典》分别在两处规定了善意取得制度: 一处与法国法的做法相同, 规定动产的善意取得; 另一处则规定了不动产的善意取得。

《德国民法典》第 932 条规定了动产善意取得制度的一般性规则。

从无权利人处善意取得: 即使物不属于让与人, 取得人也因依照第 929 条所为的让与而成为所有人, 但取得人在依照该条的规定本来会取得所有权时非为善意的除外。但在第 929 条第 2 句的情形下, 仅在取得人已从让与人处取得占有时, 才适用前句的规定。<sup>[12]338</sup>

德国学者对《德国民法典》第 932 条中规定的动产善意取得的适用前提的理解是: 存在一项具备第 929 至 931 条规定形式的物权处分行为。唯一不同的是, 出让人不是所有权人并且没有处分权。<sup>[10]284</sup>

较之于《法国民法典》第 2279 条要求的正当名义、善意、占有三要件, 对动产的善意取得, 《德国民法典》要求无权处分行为与善意两要件, 仅在特定情形下要求必须取得占有。

正当名义与无权处分行为的共同之处在于二者都是“无权处分”, 法国法上“正当名义”的概念是德国法所没有的, 而德国法上的“无权处分行为”在法

① 彭诚信和李建华先生对此问题的理解似有偏差, 他们认为对《法国民法典》第 2279 条可做如下解读: “即使他人动产之买卖, 买受人依公信原则取得所有权时, 买卖有效成立。”二位老师并没有区分“正当名义”与“完备名义”, 直接认为依公信原则作为“正当名义”的买卖可以直接变为“完备名义”, 这种认定似乎是在以德国模式解读法国制度。《法国民法典》中的善意取得制度依附于取得时效制度, 并非以公信原则为基础, 《法国民法典》第 2279 条规定的“占有即名义”之规则, 是通过拟制“完备名义”, 也就是拟制无瑕疵的买卖, 以此作为受让人取得所有权的依据。至于出卖他人之物的真实的买卖, 在同一法典第 1559 条中已明确规定为无效。可参见彭诚信、李建华: 《善意取得合同效力的立法解析与逻辑证成》, 载《中国法学》2009 年第 4 期, 第 92 页。

国法上也并不存在。概因在法国法意思主义模式下,并不细分负担的意思与处分的意思,仅德国法上基于物权行为理论有此区分,“处分行为”因此不存在于法国法;法国法上正当名义概念赖以依存的取得时效制度与德国法上的又不同,德国法并不要求取得时效须以正当名义为要件,“正当名义”概念因而在德国法上并不存在。

对占有的要求也有不同,法国法上要求善意取得需以直接占有为前提,德国法在占有改定及转让返还请求权时亦可适用善意取得,并不要求必须取得直接占有,并在《德国民法典》第 934 条中做了具体规定。<sup>[12]339</sup>

法国法上的善意取得制度依附于取得时效制度,德国民法中的善意取得制度则与公示公信原则紧密关联,其有关不动产善意取得的法律条文明确地表达了基于公示公信原则的善意取得制度。

第 892 条规定的有关土地登记簿的公信力问题:为以法律行为取得土地上的某项权利或此种权利上的某项权利的人的利益,土地登记簿的内容视为正确,但对正确性的异议已被登记或不正确性为取得人所知的除外。<sup>[12]326</sup>

这一规定表明,善意相信不动产登记簿的人,即使登记簿上的权利人或权利状况与实际不符,也可以通过法律行为依登记簿上的规定取得相应的权利,也就是所谓的“从无权利人处取得”,其效力在于:

善意取得人取得权利,好像土地登记簿中登记的法律状况就是实际的法律状况一样。善意取得人因此而取得被登记的权利,尽管该权利在实际中并不存在。<sup>[10]252</sup>

德国法上的善意取得制度明显区别于《法国民法典》第 2279 条规定的“占有即名义”规则。按照“占有即名义规则”,在动产转让具备“正当名义”、善意、占有三要件后,得以拟制“名义”,即拟制布尔琼所说的“完备名义”或法国当代法学家所说的“所有权名义”,善意受让人依该被拟制的名义取得所有权。按照《德国民法典》第 892 条阐明的法理,不论动产或不动产,在无权处分的情形下,善意受让人得以取得被拟制的权利,被拟制的权利对动产而言是动产移转时表现的权利,对不动产而言是登记簿中记载的情况。

要之,仅就善意取得制度而言,《法国民法典》只规定了动产的善意取得,《德国民法典》中的善意取得制度则兼跨动产与不动产;《法国民法典》拟制的是法律行为,《德国民法典》拟制的是“权利”;《法国民法典》中善意取得制度依附于取得时效制度,《德

国民法典》中善意取得制度立基于公示公信原则。恐怕也正是所依附制度的不同,导致法国学者多认为善意取得为原始取得,而德国学者多认为善意取得为继受取得。<sup>[13]98</sup>尽管有如此大的差别,但《法国民法典》与《德国民法典》所规定的善意取得制度均遵循了善意取得制度的基本逻辑。

## 二、善意取得制度的基本逻辑

善意取得制度的出现源于商业繁荣的实践及现实需要,其目的也在于商业之繁荣。对善意取得制度之解释也多从此入手,荷兰阿姆斯特丹大学的萨罗蒙斯(Salmons)教授甚至总结说商业主导型国家如荷兰与农业主导型国家如葡萄牙对善意取得制度采取了迥然不同的政策,前者侧重保护善意受让人,后者侧重保护原所有权人。<sup>[7]7</sup>我国学说一般也认为,善意取得制度基于对善意受让人的保护,强调对任意善意受让人信赖的保护,进而保护交易之稳定性,促进贸易繁荣。

以善意取得制度对善意受让人利益的保护,意味着对原物权人利益的损害,前者取得物权,后者则丧失了物权。善意取得制度因此可以看作是对善意受让人利益与原所有权人利益的一种取舍机制,这一取舍机制只涉及善意受让人与原所有权人,与当事人意思自治及由此达成的利益交换以及公共利益并没有直接关系。这也是《德国民法典》第 932 条所说的“本来会取得所有权”,即若非出让人没有所有权,所有权是本应转移的,而本应移转的所有权自然应无意思自治及公共利益。换言之,只有本来无损意思自治与公共利益的交易才有可能得到善意取得制度的保护。

因此,作为善意取得之前提的正当名义及物权行为首先不能违反法律的禁止性规范,其次,不应存在意思表示上的瑕疵,如胁迫、欺诈等;前者涉及公共利益的保护,后者涉及私人自治赖以实现的意思自治。对前者的违反必然导致不得适用善意取得制度,对后者的违反则要区分情况予以不同对待,如果权利人知晓意思表示瑕疵且基于瑕疵提出了主张,则善意取得制度对正当名义的要求不再满足,因而不适用善意取得制度,如果权利人知晓但放弃了提出主张,此时仍只存在无权处分的瑕疵,依然可以适用善意取得制度。要之,善意取得制度的适用要以公共利益和私人自治得到保障为前提,其基本逻辑为,转让合同本身必须满足“除无权处分外无其他瑕疵”的要求。前述《法国民法典》及《德国民法典》中规定的善意取得制度的模式尽管完全不同,但均贯彻了这一基本逻辑。

《法国民法典》要求“正当名义”，即转让行为除无权处分外不能有其他瑕疵，将善意取得制度限定在对善意第三人及原所有权人利益的取舍，避免该制度损及私人自治及公共利益，因而要求善意取得合同满足其他的有效要件。基于相同的法理，基于公示公信原则确立善意取得制度的《德国民法典》同样要求其“善意取得的物权行为”是“本可以变动物权”的。可以说，“正当名义”的要求，对“无权处分行为”本可以移转所有权的要求，是法德两国民法典对善意取得制度的根本性规定，体现了善意取得制度的基本逻辑。

以实例来看，在《法国民法典》与《德国民法典》各自的模式下，要求“转让合同”除无权处分外并无瑕疵，能够很好地保障私人自治与公共利益。

若某人被欺诈缔结买卖合同，后实际交付标的物，出让人系无权处分，被欺诈的买受人则为善意占有人。如果适用法国法之原理，若被欺诈之人发现自己被欺诈，且基于买卖之瑕疵提出主张，则不再适用善意取得；若发现自己被欺诈，但放弃撤销或变更合同的权利，则买卖仅为无权处分，得以适用善意取得；若未发现自己被欺诈，首先构成善意取得，但后来发现被欺诈并基于买卖之瑕疵提出主张，此时合同因不符合“正当名义”之要求，不再能构成善意取得，因而善意取得自始无效，应恢复原状。可见，买受人的私人自治受到了绝对的保护，与买受人真实意思相违背的各种情形，均不能适用善意取得。如果合同标的为禁止流通物，则买卖本身无效，不符合“正当名义”之要求，因而公共利益也得以获得绝对保护。

如适用德国法之原理，缔结买卖合同时是否被欺诈与交付标的物时的物权行为并不必然关联，构成善意取得，但若被欺诈的买受人发现自己被欺诈，且基于被欺诈主张债权行为无效，则善意取得依然成立（相同情形物权行为亦依然有效），所有权依然发生变动，但该所有权变动由于缺乏债权行为的支撑，相关的权利人得以主张不当得利返还。买受人的意思自治同样获得了保障，嗣后发现受欺诈的买受人，尽管已经出让了所有权，但仍可受到不当得利制度的救济。而若合同标的为禁止流通物，物权行为本身无效，不符合善意取得制度“本应变动所有权”的前提，因而公共利益也得以获得绝对的保护。

要之，善意取得制度的本质在于以“转让合同”除无权处分外并无其他瑕疵为基本逻辑，法德两国民法典均贯彻了该逻辑，以保障私人自治及公共利益。对我国相关法律的解释，自然也应以该逻辑为基点展开。

### 三、《物权法》第 106 条规定下的“转让合同”效力问题

我国《物权法》第 6 条规定了公示原则，第 16 条规定了不动产登记簿的公信力，学说上则一致认为动产占有具有公信力，可以认为我国法律上确认了公示公信原则。对我国法律上善意取得制度的讨论，也应基于公示公信原则展开。不论是否承认物权行为理论，由于确立了公示公信原则，善意取得时的转让合同，有如德国法中的处分行为，也有作为善意取得构成要件的无权转让合同及构成善意取得后的有权转让合同之分。

#### （一）作为善意取得构成要件的无权转让合同

诸多学者在探讨《物权法》第 106 条规定的转让合同效力时，均涉及转让合同的定性问题，即转让合同究竟只是处分行为，还是债权形式主义下的合同<sup>①</sup>。这一问题无疑非常重要，但确立善意取得制度，及确定善意取得的诸项要件，并不以澄清转让合同的性质问题为前提。对善意取得之基本逻辑的规定，无需考虑物权变动模式，善意取得制度在何种环境下展开，就会相应地具有某种模式的特征，正如法德两国模式有所不同。善意取得制度就像一粒种子，种在不同的环境下就有不同的结果，甚至有南橘北枳的结果，但这粒种子本身是不变的，不论橘枳，都来自相同的种子。《物权法》第 106 条规定的转让合同效力问题，正是种子的问题。

对作为善意取得之基础或前提的转让合同，须依善意取得制度的基本逻辑将之界定为“除无权处分外，并不存在其他瑕疵”，以此满足善意取得制度的基本功能，即在保证私人自治及公共利益的前提下调整善意受让人及原所有权人的利益格局。这一界定与《法国民法典》第 2279 条对正当名义的要求、《德国民法典》第 932 条要求“本可转让所有权”之规定的精神是一致的。

<sup>①</sup> 王利明先生则在探讨转让合同效力时，强调不应以物权行为理论作为善意取得制度的解释基础。参见王利明：《善意取得的制度构成——以我国《物权法》（草案）第 111 条为分析对象》，载《中国法学》2006 年第 4 期，第 91 页。崔建远先生强调债权形式主义下的买卖与物权行为理论中的买卖不同，并认为《物权法》（草案）规定转让合同有效只是不谙此理的拙劣模仿。参见崔建远：《出卖他人之物合同的效力设计——善意取得构成要件的立法论》，载《河北法学》2006 年第 3 期，第 7 页。彭诚信先生与李建华先生则在不同的物权变动模式下分别探讨了转让合同的效力问题。参见彭诚信、李建华：《善意取得合同效力的立法解析与逻辑证成》，载《中国法学》2009 年第 4 期，第 91—94 页。刘家安先生则认为应将《合同法》第 51 条的相关规定解释为处分行为，并认可善意取得制度中作为债权性的转让合同的效力。参见刘家安：《善意取得情形下转让行为的效力》，载《法学》2009 年第 5 期，第 61 页。

不论转让合同指债权形式主义下的合同,还是指处分行为,对其“除无权处分外并不存在其他瑕疵”的要求均应坚持。且不论采何种物权变动模式,对转让合同做何界定,这一界定均属正确,可顺畅地实现善意取得所预期的功能,且不会存在体系上的不协调。学界对我国法上物权变动模式尚无定论,若采物权行为理论,则情形与上述德国法的情形相同;若依债权形式主义理论,则在上述案例中,情形有如下述,依然不会有任何体系或功能上的问题。

若被欺诈之人发现自己被欺诈,且基于买卖之瑕疵提出主张,则转让合同不符善意取得制度的基本逻辑,因此不再适用善意取得制度,转让合同的效力如何,由合同法之一般规则调整;若发现自己被欺诈,但放弃撤销或变更合同的权利,则买卖仅为无权处分,得以适用善意取得制度,此时的转让合同,首先作为适用善意取得制度的前提,用以满足善意取得制度的基本要件,在构成善意取得后,由于公示公信原则的适用,转让合同变为转让“拟制”之权利的合同,从无权转让变为有权转让,实际上具有两重身份,并最终为有效合同;若未发现自己被欺诈,且首先构成善意取得,但后来发现被欺诈并基于买卖之瑕疵提出主张,此时转让合同因不符合善意取得制度基本逻辑的要求,不再能构成善意取得了,因而善意取得自始无效,应恢复原状。若合同标的为禁止流通物,转让合同本身无效,也不存在对善意取得制度的适用。

总之,无论我国法上采何种物权变动模式,甚至部分场合采物权行为理论,部分场合采债权形式主义理论,均无碍将“转让合同除无权处分外并不存在其他瑕疵”规定为善意取得的构成要件。

## (二) 构成善意取得后的有权转让合同

依公示公信原则,在成立善意取得后,原本的王权转让合同就因公示公信对权利的拟制变为有权转让合同。无论采物权行为理论的物权变动模式,还是采债权形式主义的物权变动模式,转让合同均因公示公信原则存在从无权转让到有权转让的转变。

物权行为理论区分负担行为和处分行为,公示公信原则所拟制的权利,仅针对处分行为,此时的转让合同指的也是作为处分行为的物权合同。处分行为首先作为善意取得的构成要件,除无权处分外并不存在其他瑕疵,此时的处分行为是无权处分,如果存在其他的瑕疵,则并不能构成善意取得,也就不能援引公示公信原则,进而拟制出权利使之变为有权处分;如果不存在其他瑕疵,则可以顺利构成善意取得,进而因公示公信原则变为有权处分。在构成善意取得前后,处分行为存有一个区分,在善意取得成立之前

为无权处分,在善意取得成立之后为有权处分。因为区分了负担行为和处分行为,且采纳了抽象原则,所以在物权行为理论之下,即使构成了善意取得,也存在因负担行为之瑕疵而适用不当得利制度的可能。

债权形式主义下,在构成善意取得前后,转让合同也有一个从无权转让合同到有权转让合同转变的过程,其原理与物权行为理论下处分行为从无权处分到有权部分的转变是一样的。区别在于,债权形式主义下的转让合同则没有区分负担行为和处分行为,善意取得因而就具有了终局性,也就不存在适用不当得利的可能,且在物权行为理论下,基于负担行为提出各种主张,并不以构成善意取得为前提。以买卖为例,依物权行为理论,买卖是负担行为而非处分行为,因此其效力并不受当事人无处分权的影响,即使出卖人无权处分,且无论是否构成善意取得,买受人皆可基于买卖提出各种主张。但债权形式主义下的买卖,并无负担行为与处分行为的区分,出卖人无处分权时,买卖合同效力待定,当事人并不能基于效力待定的买卖合同提出各种主张;只有在善意取得成立后,买卖合同才因公示公信原则从无权转让变为有权转让,且因此可以提出各种主张。

总之,不论采何种物权变动模式,在善意取得成立后,转让合同均因公示公信原则从无权转让变为有权转让,此时,一旦存有“物品瑕疵”或“迟延给付”,即可依照合同法的有关规定提出主张,因为此时的转让合同已经是有权转让了。不区分转让合同效力的此种转变,出于解决相同问题的需要,往往会径直认为转让合同自始就是有效的<sup>①</sup>,这样的认定,本身并不符合善意取得制度的基本逻辑,在我国现行法的框架内,也会导致与《合同法》第 51 条在文本上的冲突。

## 四、结语

善意取得制度源于《法国民法典》而非罗马法或日耳曼法,在《法国民法典》及《德国民法典》中表现为两种不同范式,并为其他大陆法系国家追随,两种模式具有一致的基本逻辑,即在法律行为仅有无权处分之瑕疵时存在善意取得适用的可能,亦即“转让合同”作为善意取得适用的前提,首先应不存在除无权处分之外的其他瑕疵。转让行为的这种特性,有学者将之概括为抽象地有效,<sup>[14]290</sup>足见其“准有效”的

① 彭诚信先生、李建华先生与刘家安先生皆持此种观点。参见彭诚信、李建华:《善意取得合同效力的立法解析与逻辑证成》载《中国法学》2009年第4期,第91—94页;刘家安:《善意取得情形下转让行为的效力》载《法学》2009年第5期,第61页。

特征。这一基本逻辑为善意取得制度之本质属性,尽管法德两国民法典所采物权变动模式不同,但这一本质并无不同,这一基本逻辑旨在保证善意取得制度无损私人自治与公共利益。

我国法上“转让合同”之效力,在方法论上,首先应诉诸善意取得制度的基本逻辑。物权变动模式的不同仅仅导致善意取得制度的立法与解释模式不同,并不影响善意取得制度的基本逻辑,学者亦不应将对物权变动模式的有关争论延伸至善意取得制度。基于其基本逻辑,应将《物权法》第 106 条规定的要件解释为包括了“转让合同除无权处分外并无其他瑕疵”。对“转让合同”做何界定,究属处分行为还是兼含负担与处分的意思表示,有赖于对物权变动模式的选择。且不论采债权形式主义的物权变动模式,还是采物权行为理论的模式,“转让合同除无权处分外并无其他瑕疵”的善意取得构成要件均可成立。

在成立善意取得后,基于公示公信原则所拟制的权利,使得“转让合同”从无权转让变为有权转让,基于此“有权转让合同”,合同当事人自然可提出相关主张。只要采纳公示公信的基本原则,物权变动模式的不同并不会影响转让合同从无权转让到有权转让

的转变,影响的只是对“转让合同”作出何种界定。

基于此种转变,《合同法》第 51 条规定的无权处分合同效力待定,与善意取得制度的基本逻辑并无冲突,即与“转让合同除无权处分外并无其他瑕疵”的善意取得构成要件并无冲突。在构成善意取得前,无权处分合同仅仅是善意取得的构成要件,是否可基于该无权处分合同提出主张,是合同法而不是善意取得制度的问题,即使《合同法》第 51 条的规定有弊端,那也只是《合同法》第 51 条的问题,而非善意取得制度的问题;在成立善意取得后,转让合同已从无权转让变为有权转让,自然也谈不上与规定了无权转让问题的《合同法》第 51 条的冲突问题。

在我国未来制定民法典时,应考虑增加“转让合同除无权处分外并无其他瑕疵”作为《物权法》第 106 条规定善意取得制度的构成要件之四,对“转让合同”究竟是债权形式主义下的合同,还是物权行为理论下的处分行为,应留待学说予以澄清。《合同法》第 51 条的规定是否应予以修正废止,虽与善意取得制度相关,但并非由善意取得制度决定,本末之序,应予明辨,对《合同法》第 51 条做何解读或处置,应由学界对物权变动模式的最终定论决定。

## 参 考 文 献

- [1] 谢在全. 民法物权论(上)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [2] 孙宪忠. 再谈物权行为理论[J]. 中国社会科学, 2001(5).
- [3] [意] 桑德罗·斯奇巴尼. 民法大全选译物与物权[M]. 范怀俊, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [4] [英] 巴里·尼古拉斯. 罗马法概论(第二版)[M]. 黄风, 译. 北京: 法律出版社, 2004.
- [5] 法国民法典(下)[M]. 罗结珍, 译. 北京: 法律出版社, 2005.
- [6] Carb Fadda I Contratti Speciali. Lezioni di Diritto Romano Bibliofite
- [7] Arthur F. Salomons How to draft new rules on the bona fide acquisition of movables for Europe? Some remarks on method and content. Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No 2007/02 <http://ssrn.com/abstract=979458>
- [8] Marcadé. Spiegazione del Codice Napoleone Del Titolo XX(XXI). Palermo I fratelli pedone laurici. 1855.
- [9] [法] 弗朗索瓦·泰雷, 菲利普·森勒尔. 法国财产法(上)[M]. 罗结珍, 译. 北京: 中国法制出版社, 2008.
- [10] [德] 曼弗雷德·沃尔夫. 物权法[M]. 吴越, 李大雪, 译. 北京: 法律出版社, 2002.
- [11] 最新阿根廷共和国民法典[Z]. 徐涤宇, 译注. 北京: 法律出版社, 2007.
- [12] 德国民法典(第 2 版)[Z]. 陈卫佐, 译注. 北京: 法律出版社, 2006.
- [13] 郑玉波. 民法物权[M]. 台北: 三民书局, 1984.
- [14] Francesco Gazzoni Manuale di Diritto Privato Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane 2006.

(本文责任编辑 松 明)