无 权 处 分 辨

——合同法第 51 条规定的解释与适用

崔 建 远*

内容提要:按照民法解释学,我国合同法第 51 条规定的是买卖等合同的效力待定 - 而非物权行为的效力待定。买卖等合同可以含有引发物权变动的效果意思。处分权宜作处分能力的解释,并影响买卖等合同的效力,其适用范围不限于特定物的买卖等。主张无权处分不影响合同效力的四大理由并不充分,均存疑问。民法总则关于法律行为的标的须可能、确定、合法的要求并未将债权行为排除在外。第 51 条同第 52 条、第 54 条的衔接平滑,与第 150 条的关系可以按特别法优先于普通法的规则协调。善意取得为原始取得,其成立不以无权处分的合同有效为前提,限于有偿合同场合为宜。善意取得确系受让人取得标的物所有权的"合法根据",在受让人尚未支付相应价款的情况下,不当得利可以存在于标的物的变形物上。

关键词:无权处分　效力待定　效果意思　自始不能　善意取得　不当得利

一、引　　言

《中华人民共和国合同法》(以下简称为合同法)第 51 条关于无权处分的规定一出,论者蜂起,见仁见智,不断深入,[①] 诚为民商法学界少有的盛事。同时也应看到,严重的分歧意见会影响合同法的统一适用。有鉴于此,需要澄清若干问题,发展某些理论,发扬光大民法解释学,也不忽视立法论。这是笔者撰写本文的动机之一。

应予说明,对合同法第 51 条的评论,以及对此类评论加以议论,可有解释论与立法论两种方法。若采取立法论,论者完全可以依其价值观及其与之相一致的原理,不受或少受既有

---

* 清华大学法学院教授,博士生导师。

① 参见梁慧星:《如何理解合同法第 51 条》,《人民法院报》2000 年 1 月 8 日;王利明:《物权法研究》,中国人民大学出版社 2002 年版,第 182 页;丁文联:《无权处分与合同效力》,《南京大学法律评论》1999 年秋季号;韩世远:《无权处分与合同效力》,《人民法院报》1999 年 11 月 23 日;刘家安:《买卖的法律结构》,中国政法大学博士学位论文,第 121 页以下;葛云松:《论无权处分》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第 21 卷,金桥文化出版(香港)有限公司,第 185 页以下;王轶:《物权变动论》,中国人民大学出版社 2001 年版,第 209 页以下;崔建远:《新合同法若干制度及规则的解释与适用》,《法律科学》2001 年第 3 期,等等。

法律体系、立法政策等因素的制约,对第 51 条批评乃至否定,提出自己的方案,“随心所欲”的余地较大;对这个层面上的意见进行评论,亦应考虑到这个背景,不可苛求于人。在这个意义上,物权行为效力待定说乃至无效说,买卖等合同的效力待定说,处分权为物权变动的要件说等,都无可厚非。若采取解释论,则须遵循民法解释学的规则,对第 51 条的解释与适用,要受立法目的、立法政策、现行法体系等诸多因素的限制,“随心所欲”大多不适当。如果所设计的方案在功能上与合同法第 51 条规定的相当或者相差无几,仍把该条批评得一无是处,其理由就不充分,其态度亦不可取。因合同法实施不久,宜按解释论对其第 51 条解释,即使该条规定果真有缺陷,也宜通过解释加以消除,以有助于法律的妥当适用。在这方面,郑玉波教授在解释中国台湾民法典第 237 条所谓“不为给付”或“不为完全之给付”时所遵循的思维原则及方法,② 为我们做出了表率。有鉴于此,本文所言基本上是站在解释论的立场而发,当然,出于内容的需要,在个别情况下亦有立法论的考虑。

二、合同法第 51 条的文义解释

因为文字是法律意旨附丽之所在,也因为它是法律解释活动的最大范围,所以,着手解释法律时,首先必须确定文义涵盖的范围。③ 对合同法第 51 条的解释宜先从其文义开始,因争点在于该条所谓“处分”究竟是指物权行为抑或买卖等合同这些“债权行为”,故确定该条的含义就必须探求“处分”的含义与性质。

最广义的处分,包括事实上的处分与法律上的处分。前者指就原物体加以物质的变形、改造或毁损的行为,后者除负担行为(债权行为,例如悬赏、广告、买卖、保证)外,尚包括处分行为,例如所有权之移转、抵押权之设定、所有权之抛弃(物权行为)、债权让与及债务免除(准物权行为)。广义的处分,仅指法律上的处分而言。狭义的处分,系指处分行为而言。④ 所谓处分即为权利的转让、权利的消灭,在权利上设定负担或变更权利的内容,⑤ 基本上是指狭义的处分。即使采纳物权行为的立法例,也承认处分包括负担行为。例如,中国台湾民法典第 819 条第 2 项规定:“共有物之处分、变更及设定负担,应得共有人全体之同意。”此处所谓“处分”,应从广义,包括负担行为在内,故私卖共有物,未得其他共有人之同意,系属效力未定,自得因其他共有人之承认而溯及既往地发生效力。⑥ 若该物为动产,即使未经其他共有人同意,善意受让的第三人仍取得其权利。⑦

既然债权行为⑧ 亦属于处分的范畴,我国合同法第 51 条又未明文将处分界定为物权行为,那么把该条所谓处分仅仅解释为物权行为就显得武断。在这种情况下,按照民法解释学

---

② 参见郑玉波:《论不为给付与不为完全之给付》,载郑玉波主编:《民法债编论文选辑》中册,台湾五南图书出版公司 1984 年版,第 711 页以下。

③ 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 276 页。

④ 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》第 4 册,中国政法大学出版社 1998 年版,第 136 页以下。

⑤ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,第 168 页。

⑥ 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》第 5 册,中国政法大学出版社 1998 年版,第 59 页。

⑦ 参见史尚宽:《物权法论》,荣泰印书馆股份有限公司印刷 1979 年版,第 143 页。

⑧ 因我国现行法未承认物权行为理论,故除非上下文需要使用债权行为的概念,本文对买卖等合同不以债权行为称之。

的规则,欲明了“处分”的含义,可以求助于体系解释、法意解释等,尤其是目的解释。

就合同法的体系而言,因该法未采纳物权行为理论,故若把第51条规定的效力未定解释为物权行为的效力未定,显然使整个合同法的体系出现裂痕。此其一。若把第51条的规定解释为买卖等合同有效,虽然可使该条与第150条等规定的权利瑕疵担保责任制度衔接得更为平滑,但却同第54条乃至第52条规定的因欺诈而成立的合同可以撤销乃至无效配合不妙。所以,那种从体系解释的角度得出第51条所谓效力未定应将买卖等合同排除,买卖等合同有效的结论,⑨ 不是真正意义上的体系解释,而是“局部解释”,舍去了不利于自己观点的法律规定,只抓有利于己的法律制度。此其二。有些学者援引全国人大法制工作委员会民法室在其编辑的《〈中华人民共和国合同法〉与国内外有关合同规定条文对照》⑩ 中在第51条后所附参考条文有中国台湾民法典第118条,而该条意旨是无权处分行为的效力未定,而债权行为有效,旨在从法意解释的角度得出第51条规定的合同效力未定系物权行为的效力未定的结论。如何认识这一现象?其一,外形相像的条文未必规范意旨相同,合同法草拟及讨论过程中,确实参考过德国民法典第185条、中国台湾民法典第118条,但合同法未采区分物权行为与债权行为的立法理论。⑪ 其二,笔者曾参与讨论、起草了合同法的立法方案,参与草拟了合同法草案的学者建议稿,数次参加了合同法草案的讨论会,从未见闻过法制工作委员会及其民法室主张过物权行为理论,相反,在讨论过程中倒是表明合同法不采纳物权行为理论。其三,我们应全面审视立法过程中的有关资料。物权行为理论在合同法立法中有人主张过,但未被采纳。其原因是它同我们已经形成的传统的一般见解实在是距离太远了。合同法所称合同为债权合同。⑫

既然合同法在立法意图上不承认物权行为,那么该法第51条规定的无权处分的合同效力待定,指的就是买卖、互易等合同的效力取决于真正权利人对此是否追认或者履行期限届满前处分人是否取得该标的物的所有权。若追认或者已取得标的物的所有权,该买卖等合同有效;反之,该买卖等合同无效。立法理由得以确定法律规范内容,系法律解释学公认的基本原则。⑬ 立法理由书的重要性,因法律实施期间及社会变迁的程度而有不同。在法典制成初期,社会事实及价值体系,与立法者的认识及价值判断相去不远,立法者的意思,应受高度尊重,自不待言。⑭ 第三种观点认为第51条所谓无权处分的合同效力待定,系指标的物所有权移转合意这个物权行为的效力待定,买卖等合同不论真正的权利人追认与否,都一律有效。这不符合第51条的立法目的,显然违反了民法解释学的基本原则,不足采纳。

按照比较法的规则,对于继受法制的解释与适用,可以直接依据或者参照被继受的法制的意思,来评判所继受的制度及规范的得失;对于异类的法律的解释与适用,另一类的

---

⑨ 参见前引〔1〕,丁文联文、韩世远文。

⑩ 参见全国人大法制工作委员会民法室编:《<中华人民共和国合同法>与国内外有关合同规定条文对照》,法律出版社1999年版,第37页。

⑪ 参见前引〔1〕,梁慧星文。

⑫ 参见谢怀栻等:《合同法原理》,法律出版社2000年版,第102页以下;梁慧星:《民法学说、判例与立法研究》第2册,国家行政学院出版社1999年版,第122页;前引〔1〕,王利明书,第160页。

⑬ Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4, Aufl. 1979, s. 315f. 转引自王泽鉴:《民法学说与判例研究》第3册,中国政法大学出版社1998年版,第56页。

⑭ 参见上引王泽鉴书,第56页以下。

法律规范原则上不得直接用来作为评判准据。我国民法并非直接继受德国民法的产物,所以对合同法第 51条的规定套用德国民法的物权行为理论加以解释,其妥当性值得怀疑。

三、买卖等合同可以含有物权变动的效果意思

基于法律行为发生物权变动,必须具备两个要件。第一个是主观要件,指当事人已为要使物权发生变动的意思表示。第二个是客观要件,即标的物现存且为特定的独立物,当事人起码要具有使物权发生变动的权限等,且客观上不存在发生物权变动的障碍。[15] 因为法律行为的效力一定紧扣在行为人所表示的意思上,[16] 所以第一个主观要件非常重要。因为基于买卖等合同发生物权变动需要引起物权变动的意思表示,意思表示离不开效果意思,而在物权行为独立性与无因性理论看来,买卖等合同这些"债权行为"恰恰不含有发生物权变动的效果意思,所以,买卖等合同无论如何是不能引发物权变动的,于是便有物权变动如何能基于单纯负担移转所有权义务的法效意思而发生的诘问。[17] 十分明显,若作出买卖等合同可以引发物权变动的断语,若赞成合同法第 51 条所谓无权处分的合同效力待定,指的是买卖等合同的效力待定,而非物权行为的效力待定,就必须回答买卖合同中意思表示的内容何以有发生物权变动的成分?换言之,出卖人的效果意思何以只能是发生债权债务的效果意思,而不得包含发生物权变动的效果意思?

正如有学者所指出的,诘问买卖等合同何以含有物权变动的效果意思,这是依照德国民法区分物权行为与债权行为的思维所作出的符合其逻辑的反映,在德国民法、中国台湾民法中,这些诘问言之成理。问题在于,在我国现行法的架构下,即在不采纳物权行为制度及其理论的背景下,仍有学者针对中国大陆民法发出此类诘问,便显出其概念法学的不合时宜。[18]

笔者认为,在不采纳物权行为制度及其理论的背景下,当事人欲通过买卖等合同实现物权变动,由于不存在引发该物权变动的另外的一个物权合同,于是买卖等合同就肩负起引发物权变动的重任。合同法第 130 条关于"买卖合同是出卖人转移标的物所有权于买受人,买受人支付价款的合同"的定义,就表明了这一点。[19] 买卖等合同完成该任务,可有两条路径。其一,在意思表示领域作如下解释:买卖等合同中的意思表示含有物权变动的效果意思;其二,一方面仍然遵循德国民法的思维模式,将构成债权合同的意思表示解释为仅仅含有发生债权债务的效果意思,另一方面则不采取德国民法的物权行为理论,而是认为物权变动系合同履行的结果。因在特定动产的买卖合同约定该物的所有权自该合同成立时移转场合,就日本民法而言,即使是不动产买卖,只要买卖合同成立,不动产所有权在当事人之间就发生移转(第 176 条),登记不过是对抗第三人的要件,[20] 所以采取第二条路径解释物权变动在法理上不通,有时虽然采取第二条路径能够完成物权变动的解释任务,但在法理上却不尽完

---

⑮ [日]我妻荣:《日本物权法》,有泉亨修订,台湾五南图书出版公司 1999 年版,第 54 页。

⑯ 参见苏永钦:《跨越自治与管制》,台湾五南图书出版公司 1999 年版,第 223 页。

⑰ 参见前引〔16〕,苏永钦书,第 224 页。

⑱ 参见前引〔1〕,王轶书,第 60 页。

⑲ 前引〔1〕,梁慧星文、王轶书第 209 页阐述了这一思想。

⑳ 前引〔15〕,我妻荣书,第 51 页以下。

满,于是,笔者放弃第二条路径,选择第一条路径。

之所以把买卖等合同中的意思表示解释为不仅含有发生债权债务的效果意思,同时包括物权变动的效果意思,亦可说买卖等合同中的效果意思含有两个组成因素:一是发生债权债务的效果意思,一是引发物权变动的效果意思,是因为存在以下事实与理论。

其一,这符合普通民众订立这些合同的认识状况。普通民众订立这些合同,希望的就是要取得买卖物的所有权等物权。因其脑海里无物权行为的概念,所以这些效果意思自然不会成为物权行为中意思表示的构成部分,相反,它属于买卖等合同中意思表示的构成部分。

其二,若仅就交易而言,物权行为在于履行债务,仅具技术性,[21] 是对履行债权行为所生债务现象的一种法理解释,称它具有发生物权变动的功能,实为虚幻之说,实际是掠债权行为及其所生债务的履行之美。连物权行为理论都承认,物权行为于物权合意后不当然生效,在合意时未同时为动产交付或不动产登记的情形,须等完成动产交付或不动产登记,才发生处分的效力。若说物权合意有拘束力,对于已经生效、只待履行的交易,全无实益。物权合意的功能不在拘束物权人,而在落实财产权的处分必须基于财产权人的自由意志。[22] 当我们把买卖等合同中的意思表示解释为含有引发物权变动的效果意思时,"财产权人的自由意志"就包含在买卖等合同中,物权合意的"落实财产权的处分"的功能自然地变成了买卖等合同的作用。若把视角再前移一些,就形成更为彻底的结论:如果物权行为只是物权合意,不包括动产交付或不动产登记,那么,当我们把买卖等合同中的意思表示解释为含有引发物权变动的效果意思时,物权行为便被买卖等合同吞并了,失去了独立性,引发物权变动的确实不是物权行为,而是买卖等合同;如果物权行为包括物权合意与动产交付或不动产登记,那么,当我们把买卖等合同中的意思表示解释为含有发生物权变动的效果意思,将动产的交付或者不动产的登记看作买卖等合同履行的组成部分时,发生物权变动的同样不是物权行为,而是买卖等合同。即使在德国民法上,物权行为本身也如同一辆无引擎的挂车,并无引发物权变动的动力,引发物权变动的源泉实际是债权行为及其所生债务的履行。

其三,在不区分物权行为、债权行为的中国法制下,买卖等合同独自承担着当事人取得物权或与物权价值相当的权利的重任,它们成为惟一的引发物权变动的法律事实(在特定动产买卖,当事人约定于合同订立时该动产所有权移转场合),或者是法律事实构成中的重要组成部分(在不动产买卖场合,买卖合同、该合同履行和登记一起引起该不动产所有权的移转)。在法国、日本的民法上,买卖等合同在当事人间是惟一的引发物权变动的法律事实。在这些制度背景下,当事人发生物权变动的效果意思只能被纳入到买卖等法律行为的意思表示之中,舍此无其他去处,于是就必然地出现了买卖等合同的意思表示中含有物权变动的效果意思。

其四,不采纳物权行为制度及其理论,把买卖等合同作为引发物权变动的法律事实,就没有理由将其中的效果意思仅仅限于发生债权债务的效果意思,换个角度说,买卖等合同的意思表示可以含有引发债权债务的效果意思,也可以同时兼有引发债权债务的效果意思与发生物权变动的效果意思。从哲学的角度看,在这个问题上,德国民法采用的是"分析"的方

㉑ 参见王泽鉴:《债法原理·不当得利》,台湾三民书局1999年版,第105页。

㉒ 参见前引〔16〕,苏永钦书,第274页以下。

法,即把一项交易分解为一个债权行为(买卖合同),两个物权行为(买卖物所有权移转行为、价款所有权移转行为),同时将效果意思也分解为发生债权债务的效果意思、发生物权变动的效果意思,并分而置之,把发生债权债务的效果意思装入债权行为中,将发生物权变动的效果意思归入物权行为里。与此不同,中国民法采纳的是"综合"的方法,即把一项交易作为一个法律行为,例如一个买卖合同,把发生债权债务的效果意思与发生物权变动的效果意思一起纳入到这一个法律行为中。只要不是用德国民法的物权行为理论作观察事务的尺度,中国民法这种方法没有任何解释不通之处。对于这样的解释路径,即使完全拥护和倡导物权行为区分原则和物权行为抽象原则的德国民法学者沃尔夫教授,在介绍比较法规定时也未持否定态度:"在法国法中,土地的所有权移转仅仅根据一项没有形式要求的合意来完成,该合意是买卖合同的组成部分(Art. 1138,1583 C. c.)。买卖合同和物权合意不分离"。"意大利法……土地所有权的移转仅仅根据买卖合同中的合意发生(不承认抽象原则)。"[23] 赞成物权行为的中国台湾学者苏永钦教授在评论英美合同法时亦未曾反对:"如果一个法律行为即能从无到有的创设买卖关系,并直接发生物权移转的效果(translative Wirkung),惟一合理的说明就是该法律行为迳以整笔交易为其内容,不存在负担行为与处分行为的二分,英美法的契约法即是如此。"[24] 1811 年 6 月 1 日公布的奥地利民法典在物权变动上采取债权形式主义(第 426 条、第 431 条),认为发生债权的意思表示即为物权变动的意思表示,二者合一,并无区别。[25] 与此相像,我妻荣教授在对日本民法第 176 条关于"物权的设定及移转,仅因当事人的意思表示而发生效力"的规定解释时,也认为发生物权变动的意思表示和发生债权的意思表示,完全是同一种形式,在没有对其进行外形识别的日本民法之下,没有必要对两者进行区分,只要根据意思表示其效果意思的内容,来承认当事人想要的效果意思也就足够了。[26] 在物权变动不需要借助物权行为,债权行为就能胜任这点上,笔者和我妻荣教授的上述观点一致,差别仅在于我妻荣教授认为一个引起物权变动的债权行为中含有两个意思表示,即物权变动的意思表示和发生债权变动的意思表示,在形式上不加区分;而笔者主张是一个意思表示,该意思表示含有两部分因素组成的效果意思,一是发生债权债务,一是发生物权变动。应该说是殊途同归。有趣的是,我妻荣教授对已缔结特定物买卖契约场合意思表示的解释有所变化。他说,一般可以解释为,就履行若没有特别的障碍(他人之物的买卖或根据无权代理人的契约等),其意思表示中已包含了移转所有权这种有效的效果意思。[27] 笔者完全赞成该种解释。在这里,还要提到星野英一教授的下述主张:在特定物的买卖中,很多情形人们在观念上大都会认为发生债权的意思和移转所有权的意思是结合在一起而被包含在效果意思中,不需要有两个意思表示。[28] 这和笔者的观点相像,区别仅在于笔者未限定于特定买卖。高岛平臧教授也说,在日本,基于一个意思表示(债权契约)而同时发生债权关系与物权

㉓ [德]曼弗雷德·沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社 2002 年版,第 230 页。

㉔ 参见前引〔16〕,苏永钦书,第 223 页以下。

㉕ 参见谢在全:《民法物权》上册,第 64 页。

㉖ 前引〔15〕,我妻荣《日本物权法》,第 52 页以下。

㉗ 前引〔15〕,我妻荣《日本物权法》,第 53 页。

㉘ 星野英一:《民法概论》II(1980),转引自前引〔15〕,我妻荣书,第 53 页。

变动,乃是一点也无妨碍。[29]

应该说明,我妻荣教授本是承认物权行为的独立性(而否认无因性)的权威学者,尚且承认一般情况下的买卖合同含有发生债权债务、物权变动两个意思表示,在外形上采用一个形式,这表明买卖合同含有引发物权变动的效果意思的命题并非为逻辑所不容忍。

还需要指出,即使在区分物权行为与债权行为的法制上,也承认负担与处分的合意合并于一个表示的情况,也存在着债权行为发生物权变动的现象。前者如现物买卖,后者如按中国台湾民法典的下列规定:合伙契约中的出资成为公同共有(第 668 条),新建或修缮不动产的承揽契约可以发生承揽人对完工的不动产享有抵押权(第 513 条)。[30] 中国大陆民法不区分物权行为与债权行为,后者要引发物权变动,就更无必要指责买卖等合同何以发生物权变动的效果了。

其实,条条道路通罗马,德国民法的物权行为制度及其理论只是其中一条路,并且是适用区域较窄的一条路,为什么非得要令已经选择其他道路的法制改弦易辙,徒增不可估量的成本呢?为什么非得用它作为"试金石",将不符合者不作为优秀的法制呢?

主张买卖等合同的意思表示含有发生物权变动的效果意思,其优点是,在以特定的动产为买卖物等场合,当事人双方约定于合同订立时该买卖物的所有权移转,会如愿以偿。而采取合同履行引发物权变动说,即第二条路径,则解释不通,故本文弃之不用。

当然,在我国民法上,买卖等合同使物权发生变动的情形不同:其一,在特定动产买卖场合,双方当事人约定标的物所有权自合同有效成立时移转,买卖合同就是物权变动的惟一法律事实。可见,那种认为仅仅有买卖等合同的生效并不能带来权利的变动,就所有权而言,至少还必须有登记和交付[31] 的观点,是不全面的。其二,于此场合,若当事人双方无此约定,买卖合同与交付共同构成物权变动的法律事实。其三,在种类物、未来物买卖的场合,通过该合同的履行,出卖人交付标的物时所有权移转。这种情况下,买卖合同及其履行共同构成物权变动的法律事实。其四,在不动产买卖场合,通过该合同的履行,办理登记手续后,所有权就发生移转。于此场合,买卖合同加上登记共同成为物权变动的法律事实。上述交付、登记系履行的组成部分。其五,在附所有权保留的买卖场合,最后一笔价款的清结为标的物所有权移转的时刻。

四、买卖等合同何以不需要债务人有处分权

批评合同法第 51 条关于无权处分的规定的论据之一是,物权行为直接引发物权变动,故出卖人必须对标的物有处分权,不然就达不到物权变动的目的,无处分权而处分标的物的,属于无权处分,该物权行为的效力未定。买卖等合同仅发生债权债务,不引起物权变动,与标的物的所有权人无涉,自然不要求出卖人有处分权。即使不区分物权行为与债权行为,

---

[29] 高岛平臧:《物权法制的基础理论》,敬文堂 1986 年版,第 69 页以下,转引自陈华彬:《论基于法律行为的物权变动》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第 6 卷,法律出版社 1997 年版,第 97 页。

[30] 参见前引〔16〕,苏永钦书,第 228 页,第 225 页。

[31] 参见前引〔1〕,葛云松文,第 191 页。

处分权也不应该作为买卖等合同的有效要件,作为物权变动的要件也就够了。[32]

笔者认为,买卖等合同的有效不以债务人对标的物享有处分权之说,在区分物权行为与债权行为,并且赋予物权行为引发物权变动的法制下,尚有说服力,因为在此背景下的债权行为不具有发生物权变动的效果意思,无引发物权变动的任务。但在像我国民法等不采纳物权行为的法制下,这种观点则值得商榷。在中国现行法的背景下,买卖等合同作为法律事实就同时肩负着发生债权债务、使物权发生变动的双重任务,从最终目的考察,系完成发生物权变动的任务,实现典型交易目的,换言之,德国民法上由物权行为完成的工作在中国民法上要由买卖合同等来承担,买卖等合同使物权发生变动。如此,债务人只有对标的物享有处分权才能使物权发生变动,才会达到合同目的,并且是买卖等合同的目的;否则,这些合同的目的就会落空。"既然买卖合同的效力包括了标的物所有权移转,则当然要求出卖人对出卖之物有处分权。"[33] 既然债务人对标的物无处分权,买卖等合同的目的就会落空,那么还有充分的理由使买卖等合同一定有效吗?须知,买卖合同这个概念,在德国民法和中国民法上的含义不同,功能有异,如此,将德国民法关于买卖合同有效的规定套用到中国民法上,在方法论上存在着问题。在这个意义上说,合同法第 51 条的规定并无不当。

在这里,笔者要诘问某些物权行为论者:按照德国民法,物权行为需要处分权,欠缺处分权时,其效力待定。对此,你们完成赞同。在中国民法不区分物权行为与债权行为的背景下,可以视为买卖等合同吸纳了德国法所谓的物权行为,买卖等合同要完成德国法上物权行为的任务,物权行为对于处分权的要求应该转换成买卖等合同对于处分权的要求,即只有买卖等合同也需要处分权,才符合逻辑,才会取得德国民法要取得的效果。按理应该赞成中国合同法第 51 条的规定才顺理成章,为什么反倒批评它呢?在这里,存在着双重标准的嫌疑。

某些学者不同意上述观点,在两方面采取归谬法,试图证明合同法第 51 条关于买卖等合同需要处分权规定的错误。其一,若为实现物权变动而需要处分权,那么处分权在合同订立后丧失,合同应该无效,可事实则否。这不正说明买卖等合同不应要求处分权吗?其二,在种类物、未来物的买卖场合,在连环交易中,合同成立时标的物尚未确定,出卖人对该标的物无处分权,依据该第 51 条的逻辑,该买卖合同就属于效力未定的行为。但这有悖于人们的认识,不符合民法原理。事实亦不如此。[34] 以下首先分析第二方面的归谬,然后解析第一方面的归谬。

(一)笔者认为,这种归谬若成立,只能以将该第 51 条所指处分权解释为对特定物处分的具体权能为前提,若把处分权解释为处分能力[35] 时则不尽然。

若把该第 51 条规定的处分权理解为对于特定物处分的具体权能,那么,因此类处分须有特定对象,故该条就只能适用于特定物的买卖等情形,不适用于种类物、未来物的买卖等类型。因该条未作如此限制,违反其立法目的,所以必须对该条进行目的性限缩。如果合同法具有上述立法意旨,这种解释就具有道理,应予赞同。立法目的之探求,有助于澄清解释疑义及适当

---

[32] 参见前引[1],葛云松文,第 199 页以下。

[33] 前引[1],梁慧星文。

[34] 前引[1],葛云松文,第 224 页以下;谢鸿飞:《法律行为的民法构造:民法科学和立法技术的阐释》,中国社会科学院研究生院博士学位论文,2002 年,第 90 页以下。

[35] 参见史尚宽:《民法总论》,台湾正大印书馆 1980 年版,第 334 页。

限界适用的范围。[36] 问题在于,合同法并无这样的立法目的,其原意是要使第51条对于处分权的要求普遍适用于特定物、种类物、未来物的买卖场合,适用于连环交易、二重买卖的情形。就是说,我们不宜把该条所谓处分权一律解释为物权的一种具体权能,而应另辟蹊径——把第51条所谓处分权解释为处分能力乃至履行能力,以表明种类物、未来物买卖、连环交易、二重买卖等情形不属于该条所说的无权处分,而是有权处分,这些合同的法律效力不因此而受影响。

处分能力,作为权利人对其财产处置的能力或者说资格,在特定物买卖场合表现为处分该物的具体权能,同时表现为处分能力;在种类物、未来物的买卖场合,于履行合同时体现为处分它们的具体权能,在合同订立时表现为出卖人对其一般财产具有处分能力。如果这一结论是正确的,那么,我们就不得以订立合同时债务人对种类物、未来物尚无处分权为由,导出合同无效的结论。因为此时的处分能力是以债务人的一般财产为基础的,债务人具有一般财产,就具有处分能力;或者说,作为具体权能的处分权自作为标的物的种类物、未来物成为特定物时具有,也就是在合同履行时具有。

依据上述观点分析二重买卖,就不再困难。在二重买卖场合,出卖人以一特定动产为买卖物,先后与买受人甲、买受人乙签订合同,只要他在缔约时占有该动产、合同无立即移转所有权的约定,就可以认定为他具有处分能力,二个买卖合同均为有效。在不动产买卖场合,也大体如此,差别在于登记。假若出卖人与买受人甲订立买卖合同后,即将标的物交付或办理完过户登记手续,买受人甲即取得买卖物的所有权。当出卖人再与买受人乙订立买卖合同时,出卖人已非买卖物的所有权人,该买卖合同属于无权处分合同。

把处分权理解为处分能力,并非笔者为维护合同法第51条的规定而强词夺理,而是有着以下事实与理由的支撑。其一,早有学者如此主张。[37] 其二,罗马法、后世的法国民法等立法例关于债的标的须可能的规则,可以看出含有这方面的要求。其三,在合同订立时,除了要求当事人具有权利能力与行为能力外,还要求具有其他相应的能力(例如买卖合同场合要求出卖人具有处分权),非买卖、互易等合同场合所独有,建设工程合同场合法律要求承包方具有从事勘查、设计、建筑、安装的资格,技术开发合同中要求开发方具有技术开发能力,保证合同中要求保证人具有代为清偿的能力,均为例证。对此简述如下:1. 按照《中华人民共和国建筑法》规定,从事建筑活动的建筑施工企业、勘查单位、设计单位和工程监理单位,经资质审查合格,取得相应等级的资质证书后,方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动,承揽工程。禁止建筑施工企业超越其资质等级许可的业务范围承揽工程(第12条、第13条和第26条)。原《建筑安装工程承包合同条例》甚至规定,当事人双方均有履行合同的能力是订立承包合同应具备的条件(第5条第4项)。按照当时的理论与实践,此类条件为必备条件,合同不具备它则无效。2. 按照《中华人民共和国担保法》规定,保证人要具有代为清偿能力(第7条)。[38] 3. 技术合同是根据特定当事人的特定能力而建立的合同关系。技术开发是一种强度较高的脑力劳动,属于知识密集劳务活动,它要求投入的劳动者,必须具有较

[36] 前引〔21〕,王泽鉴书,第105页。

[37] 参见前引〔35〕,史尚宽书,第334页;洪逊欣:《中国民法总则》,1981年第11版,第288页,转引自前引〔1〕,葛云松文,注21。

[38] 当然,有学者认为,具有代为清偿的能力不是作为保证人的要件。见李国光、奚晓明、金剑峰、曹士兵:《〈最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释〉理解与适用》,吉林人民出版社2000年,第95页以下。

高的科学理论水平和某种专业技术特长,并富有创造精神。订立技术开发合同,应当有必要的研究开发经费、基础设施、技术情报资料和相应的科技人员。[39] 4. 依据《中华人民共和国农村土地承包法》的规定,土地承包经营权流转,受让方须有农业经营能力(第 33 条)。5. 在李某未办理经销烟花爆竹相关证照的情况下,与吉林某公司订立了烟花买卖合同。江西省萍乡市湘东区法院判决,李某不具有经销烟花爆竹的主体资格,基于合同产生的权利义务失去法律依据。[40] 应当承认,有学者认为,代为清偿能力、技术开发能力等具备与否,应属于商业判断问题,债务人无此能力承担违约责任足矣,不宜作为影响合同效力的因素。笔者认为,把勘查设计等资格、代为清偿能力、技术开发能力、农业经营能力等能力作为影响合同效力的因素,系防患于未然思想的体现,从概率上考虑,合同得到履行的机率不大;商业判断说类似秋后算帐,反映了赔偿至上的观念。果真要贯彻鼓励交易,显然不宜采纳商业判断说。其四,在我国现行法上,买卖等合同肩负着完成标的物权利变动的重任,虽然当事人对其财产具有处分能力未必每次均能完成这一任务,但他对其财产无处分能力,必然达不到这一目的,除非权利人追认。其五,即使德国民法理论,也认为处分的概念含有负担行为,而在负担行为场合,债务人的处分能力大多是指对一般财产处分的能力,仅在少数情况下指向处分特定财产的能力。把这转译为我国民法理论的表述便是,处分概念包括买卖等合同,而在买卖等合同场合,债务人的处分能力大多是对其一般财产处分的能力,只在少数情况下是指对其特定物处分的能力。其六,不具有处分能力,除权利人追认与债务人于履行期限届满前取得处分权以外,合同构成不能,归于无效,可以使当事人从交易目的必定落空的合同束缚中尽早解脱出来,抓住商机,达成新的交易,实现合同目的,取得最佳效益。若不分情况,合同都一律有效,善意受让人就需要等待,尤其在他无多余的资金场合,即使遇到理想的标的物及其价款,也往往不敢成立这一新交易,因为一旦"无权处分人"能够履行且主张履行无权处分合同时,善意受让人因已经把价款用于新交易而不能按时向"无权处分人"支付价款,从而承担违约责任。

(二)有的学者认为,按照合同法第 51 条规定的逻辑,该条所谓"处分权为有效订立合同并且依据合同使权利发生变动的权限",并进一步限定为"依据合同使权利发生变动的权限"。[41] "处分人有处分权在任何时候都是合同生效的前提条件,即,处分人应当始终有处分权。"[42] 合同订立时为无权处分,后来标的物灭失,根据第 51 条推理,此时已经不可能发生该条规定的两个事由,合同应该归为确定无效。[43] 实际上,该条未遵循这样的逻辑,也不要求"处分人始终有处分权",笔者也未曾听说过草拟与研讨该条文的专家学者有此意图。当然,为了鼓励实现第一性目的的真正交易,倒是承认处分人于履行期限届满前取得处分权为补正权源欠缺的事实。但这不是处分人始终有处分权的证据。此其一。归谬者的解释混淆了合同订立、有效、履行诸阶段的不同任务,有越俎代庖之嫌。虽然在正常情况下当事人于合同订立时具有处分权,合同履行的结果就有物权变动,但在有些场合会存在下述现象:合同

---

[39] 参见周大伟:《技术合同法导论》,中国人民大学出版社 1988 年版,第 160 页,第 224 页以下。

[40] 参见《人民法院报》,2002 年 8 月 13 日第 5 版。

[41] 前引〔1〕,葛云松文,第 191 页以下。

[42] 前引〔1〕,葛云松文,第 210 页。

[43] 参见前引〔1〕,葛云松文,第 208 页。

订立时存在处分权,但届期成为事实上的履行不能,物权变动未果。解决这个问题,立法例均不配置合同无效制度或者效力待定制度,而是交由另外的制度。一项制度"包打天下"十分罕见,多种制度各司其职同时衔接配合,方为常态。要求"处分权为依据合同使权利发生变动的权限",于合同订立后消失,合同便归于无效,似有以合同有效制度"包打天下"之嫌。此其二。合同订立时具备有效要件,尔后某些有效要件丧失,如何处理,并不整齐划一。在当事人于缔约后丧失行为能力场合,合同不由无效制度解决。在缔约后履行前,按新法规定,合同构成法律上的不能履行时,便归于无效。因该类无效不宜溯及既往,可以视为确认无效之日以前的合同关系有效。这实际上不同于一般意义上的无效制度。在特定物买卖场合,缔约后该物毁损灭失,处分权消失,不宜归入后一类型,而应按嗣后不能处理。这是通说。归谬者不要求行为能力这个有效要件贯彻于合同始终,非得要求"处分人有处分权在任何时候都是合同生效的前提条件,即处分人应当始终有处分权",以达到证明合同法第 51 条规定是谬误的结果,其思维方式与逻辑令人不敢苟同。此其三。所有这些都说明,"处分权为依据合同使权利发生变动的权限"说,"处分人应当始终有处分权"的观点,难谓妥当,也不符合论者的一贯逻辑。

五、无权处分与自始不能

由于自始主观不能,是指债务人欠缺必要的劳力、能力、处分权及支付能力,致不能提出他人所提出的给付,[44] 出卖他人之物即出卖人欠缺处分权,故它构成主观不能。讨论无权处分合同的效力,不得不讨论自始主观不能与合同效力问题。

以不能之给付为契约标的者,其契约无效,这肇源于罗马法学家 Celsus 所提出的法谚 Impossibilium nulla obligatonest,[45] 本来仅仅适用于少数特定客观不能的案例,德国民法采此原则加以概括化(第 306 条)。多数学者将此处之不能给付解释为自始客观不能。对此,拉伦兹教授认为,这项规定并非基于逻辑的必然性,盖于此情形,法律仍可承认契约有效,而令债务人负不能履行的赔偿责任。[46]

在此,首先须明确两点。第一点,此处所谓自始不能与合同的效力,在德国民法的架构下,涉及两个合同,一个是物权合同,一个为债权合同。其中,物权合同一定是不会确定地有效的,而是效力待定的,无论该自始不能属于客观不能抑或属于主观不能,概莫能外。单就债权合同而言的,按照德国民法的思想,自始客观不能时,合同无效;自始主观不能时,合同有效。这从前者被规定于债务关系法编以及学说阐释中可以得知,后者德国民法未设明文,构成法律漏洞,解释上认为债权合同有效。[47] 中国合同法未采纳物权行为制度及其理论,故此处所谓合同效力仅指买卖等"债权合同"的效力。第二点,对于自始客观不能时合同无效,Larenz 教授认为,这是基于事实需要而作之价值判断,盖在给付客观不能之情形,

---

[44] 参见前引〔13〕,王泽鉴书,第 53 页。

[45] D. 50, 17, 85; Emmerich, s. 5. ,第 57 页以下。

[46] Larenz, *Schuldrecht*,Bd. I. Allgemeiner Teil 1976,11 s. 88. 转引自前引〔13〕,王泽鉴书,第 59 页。

[47] 上引 Larenz 书,转引自上引王泽鉴书,第 53 页。

契约自始即失其目的,失其意义,失其客体,故使之不发生任何效力。不是基于逻辑的必然。[48]

既然不是逻辑的必然,为什么非得排除自始主观不能?归纳其理由,大概有以下几点:1. 鼓励交易原则要求合同有效;2. 意思自治原则要求应尽可能地承认合同有效;3. 从利益衡量的角度着眼,合同有效,债务人届时不能,可追究其违约责任,债权人可以获得履行利益的赔偿。4. 债务人于履行期限届满前可能变为具有履行能力,如取得了标的物的处分权等,合同继续履行对于相对人特别重要时,令合同无效显然不能取得这一结果,而使合同有效则会如愿以偿。对此,笔者作出以下分析:

首先,分析鼓励交易原则与自始主观不能。合同有效,形成交易,符合鼓励交易原则。其实,这只看到了表面现象,对鼓励交易有所误解。原来,当事人订立合同的目的,分为第一性目的和第二性目的。所谓第一性目的,就是典型交易目的,在财产移转类合同中,表现为财产权的移转、价款所有权移转;具体到买卖合同,买受人的第一性目的就是获得标的物的所有权,出卖人的第一性目的则为取得价款的所有权。对此,连物权行为论者都予以承认:"对现实生活中的交易而言,当事人从事法律行为的目的就是为了取得一定的财产(价金或者货物)。这是生活事实"。[49] 所谓第二性目的,就是该合同关系的转化形态,即损害赔偿或支付违约金等。在绝大多数情况下,当事人的缔约目的是第一性目的,合同法承认它为合同目的(第 94 条第 1 项、第 4 项)。只有取得标的物的物权才能达到缔约目的,亦即合同目的;否则,目的落空。只有在第一性目的落空或效益违约情况下,才"不得已地"选择第二性目的,可称之为救济目的。在许多场合,选择第二性目的会遭受较大损失,因为法律对损害赔偿及其范围的限制较多,守约方获得的赔偿数额时常低于合同正常履行带给他的利益。所谓鼓励交易,其真意自然是指鼓励实现第一性目的的交易,而非鼓励违约赔偿这种交易;若是后者并且普遍化,则是病态的经济乃至社会。在出卖人等无处分权,自始不能履行的情况下,一定令买卖等合同有效,为的是等待着债务人届时不能履行,便于追究其违约责任,已经背离了甚至是舍去了第一性目的,时常不符合至少是一方当事人的本意,曲解了鼓励交易原则的真意,其正义性大打折扣。

其次,解析意思自治原则与自始主观不能。的确,意思自治原则在逻辑上含有我们应尽可能地承认合同有效之意;同时,也当然地具有尊重所有权人依其意思行使其权利的内涵。[50] 如此,笼统地依是否符合意思自治原则来证明自始主观不能时合同应该有效,有厚此薄彼之嫌,欠缺说服力。

第三,自始主观不能与赔偿范围之间的关系宜类型化。通说坚持自始主观不能的合同有效,其在利益衡量上的理由,无非是令债务人负不能履行的违约责任,加重其负担;由债权人取得履行利益的赔偿,较之于合同无效时取得信赖利益的赔偿境况稍好些。对此,笔者的回答是,该观点未区分情况,犯了绝对化的错误,缺乏前瞻性,其某些出发点的正义性令人怀疑,兹详述如下。1. 在目前,包括中国法在内的许多立法例及其理论坚持违约损害赔偿以履行利益的赔偿为原则,相当数量的违约损害赔偿案件确实是如此处理的。2. 相当的违约损

---

[48] 前引〔46〕,Larenz 书,转引自上引王泽鉴书,第 58 页以下。

[49] 前引〔34〕,谢鸿飞文,第 75 页。

[50] 参见前引〔5〕,梅迪库斯书,第 142 页以下。

害赔偿案件判予了信赖利益的损害赔偿,也是事实。在中国,其数量虽无统计,但在英美两国则有具体的例证。在 20 世纪,英国法存在着基于允诺的责任在衰落,基于利益的责任与基于信赖的责任却在增长。[51]在英格兰,在多种情形下,存在着基于信赖的责任复活的其他征象。在合同法领域,以未经为之讨价还价的信赖为基础而生的责任有了长足的发展。[52]在美国,一些判例认为,由一项因行为禁反言施加的只是对信赖利益的责任。[53]在代理人对代理权的默示担保方面,Tedder v. Higgin 案的判例公开地将第三人的赔偿限定于信赖利益。[54] 3. 履行利益与信赖利益至少在下述案件中提供等同的或者近乎等同的计算标准。(1) 原告的信赖表现为采取了足以使他有权执行合同的行为方式,比如部分地履行了合同或者为履行做了必要的准备工作,而被告在履行完毕之前违约,原告的诉讼既可以单纯地基于期待利益,又可以基于期待利益与信赖利益的结合。(2) 当信赖利益是由失去与他人缔结类似合同的机会所构成时,信赖利益与期待利益就会有一种彼此接近的倾向。医生作出一个约定安排就会使自己失去一次与另一位病人作极为相似的约定安排的机会,在此类案件中,信赖利益与期待利益之间便具有完全的一致性。(3) 在违约不单造成被允诺的价值的损失,而且造成某些直接伤害的案件中,信赖利益与期待利益会相一致。[55] (4) 一项允诺因未经为之讨价还价的信赖而具有执行力的,应准许拥有与其他任何合同一样广泛的救济。在许多这样的判例中,信赖利益与期待利益会得出相同的救济计算标准。[56] 4. 法理学及合同法的大家 Fuller 与其学生 Perdue 通过梳理美国的众多判例,分析评论各种学说,得出结论:合同法有必要普遍承认信赖利益。赔偿信赖的必要性必须作为一种独具特征的允诺利益而给予特别的承认。[57] 著名合同法专家 Gilmore 通过考察、确认并展望到,随着合同责任与侵权责任两个领域合而为一,合同的损害与侵权的损害已无可分辨。以信任责任和补救的主要因素并非为合同法所特有。[58] 许多新类型的侵权责任在实质上都基于信赖观念。[59]届时,尽管侵权行为法同时承认期待利益的赔偿,但信赖利益的赔偿[60]不会在少数。例如,于 1964 年在 Hedley v. Byrne[61]案中,判例承认了疏忽的不正确陈述为独立的侵权类型,这是广泛承认基于信赖的责任的一个明显路标。[62]在实务中,所判损害赔偿被限于保护信赖利益,在合同与普通商事合同区别甚微的情况下,尤其如此。举例来说,在家庭合同场合,法院更倾向于判决信赖利

---

[51] See Patrick. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, 716(1979).

[52] Ibid. p. 778,771.

[53] See L. L. Fuller and William R. Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 Yale L. J. (1936, 1937). 转引自韩世远译文,载梁慧星主编:《民商法论丛》第 11 卷,法律出版社 1999 年版,第 235 页以下。

[54] 参见上引梁慧星主编书,第 241 页。

[55] 参见上引书,第 436 页以下。

[56] 参见上引书,第 240 页。

[57] 参见上引书,第 256 页以下。

[58] See Grant Gilmore, The *Death of Contract*, 1974. 转引自曹士兵、姚建宗、吴巍 译文,载梁慧星主编:《民商法论丛》第 3 卷,法律出版社 1995 年 1 版,第 280 页以下。

[59] Patrick. S. Atiyah, The Binding Nature of Contractual Obligations, *Contract Law Today* (Anglo-French Comparisons), ed. by Donald Harris & Denis Tallon, Clarendon Press, 30 (1989).

[60] Patrick. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford. Clarendon Press. 761,764,771(1979).

[61] [1964]A. G. 465.

[62] Supra note 52, at 773.

益的赔偿,而不是期待利益的赔偿。[63]就是说,令自始主观不能的合同有效抑或合同无效,其赔偿范围没有区别或者时常相近。这说明其将自始主观不能与自始客观不能异其效力的理由是不充分的。

让我们再看德国债务法修改前的情况。按照德国后来的有力说,在自始主观不能适用权利瑕疵担保场合,债务人负债务不履行责任;在自始主观不能属于出卖物于缔约前被盗场合,债务人要么不负责任,要么负信赖利益的损害赔偿。在德国民法上,通说(尤其是判例)亦认为债务人应负担保责任,[64] 惟学者认为担保责任过于苛严,应加限制,因而主张债务人应仅就其事务范畴负责。申言之,主观不能系因债务人事务范畴以外之事由而发生者,例如纵尽交易上必要注意,仍无法防止第三人的干涉,或给付不能系由不可抗力者,债务人免负责任。[65] 依 Larenz 教授的说明,买卖契约订立前,标的物被盗者,系属自始主观不能,窃盗的发生非因出卖人的过失者,使其负履行利益的赔偿责任,未尽公平。惟出卖人因过失而不知标的物被盗,不能为给付者,应构成缔约上过失,应对买受人所受的信赖损害,负赔偿责任。[66] 惟应注意的是,最近德国不少学者主张,关于自始主观不能,应类推适用嗣后不能的规定,以定债务人责任。申言之,即因不可归责于债务人的事由,致给付自始主观不能者,债务人免负责任;惟债务人于缔约时,明知或可得知其给付不能者,仍应负缔约上过失责任。[67]

这同样表明,对两种自始不能异其效力,说服力不强。用另外的句子表述上述意思就是,出卖他人之物的合同无效,在法律效果上同承认合同有效大多相同。

有人或许说,德国债法现代化法不再区分两种不能并异其效力,于第 311a 条第 1 项后段规定,在合同订立时给付障碍已经存在的,不影响合同的有效性。这不正表明中国合同法第 51 条规定的不合时宜吗?其实,该条项的前段已经明示,该条项的适用必须结合第 275 条第 1 至 3 项的规定。而第 275 条第 1 项明定,对于债务人或任何人都不可能履行的给付,排除要求给付的请求权。再联系第 280 条等规定,债务人有过失时承担损害赔偿责任,无过失时无责任。至此,笔者可得出两点结论:其一,它同中国合同法第 51 条的差别,从结果上观察依旧是赔偿范围的大小。对此,上文已述,不再赘言。其二,它一律承认此类合同有效,有违鼓励交易原则的真意。

第四,自始主观不能时合同有效,最为有力的理由大概是,债务人于履行期限届满前可能变为具有履行能力,如取得了标的物的处分权等,合同继续履行对于相对人特别重要时,令合同无效显然不能取得这一结果,而使合同有效则会如愿以偿。合同法第 51 条规定的效力待定,完全能够满足这些要求,两种制度殊途同归。因为依其规定,无论是出卖人于合同订立后获得了处分权,抑或是权利人对无权处分的合同予以追认,合同都有效。这些都衡平了各方利益,没有什么充足的理由改变它。

即使在德国债法现代化法已经生效的今天,我们仍不该忘记下述观点:法律行为之标

---

[63] Supra note 60, at 25.

[64] 德国民法立法理由书亦采此见解。转引自前引〔13〕,王泽鉴书,第 63 页。

[65] Oertmann, AcP 140, 148f. 转引自前引〔13〕,王泽鉴书,第 62 页以下。

[66] Larenz, *Schuldrecht*, Bd. S. 91. 转引自前引〔13〕,王泽鉴书,第 63 页。

[67] Gaudian, NJW1971, 1279; Evans v. Krehek, AcP 177, 35; Esser-Schmidt, S. 244; Emmerich, S. 39; Kornblum, *Falle zum Allgemeinen Schuldrecht*, 1978, S. 54f. 转引自前引〔13〕,王泽鉴书,第 63 页。

的,既无实现之可能,则纵令以"国家法"对当事人之私法自治予以助之,亦无从促其达成目的。[68] 标的不能,债务人之给付既自始不能,不论其原因系出自债务人之个人事由与否,均无实现之可能。债权人原无从因而获得履行利益。契约系自始失其目的、失其意义、失其客体,以之为无效,对于债权人亦不发生积极损害。倘因善意无过失而信契约为有效,致生损害,则得依第 247 条规定,请求信赖利益之损害赔偿,以资弥补。[69] 按照该见解,无权处分构成自始主观不能时,同样不宜认为买卖等债权合同一律有效。据此观点,合同法第 51 条的规定无可厚非。

六、无权处分与法律行为的标的须可能、确定

民法总则关于法律行为的标的须确定、可能、合法、适格的理论、原则,并未排除债权行为的适用,未仅限于物权行为。合同法第 51 条关于处分权的要求,与债的标的须可能甚至确定的要求相一致,符合这一原则。

罗马人把标的分为三类:给,做,履行。"给"是指转移所有权或其他物权的义务。"做"是一种单纯的行为,不暗含着权利的转移。"履行"一般既包括"给"的意思,又包括"做"的意思,或许更多涉及的是保证、责任,而不是直接的目标或债务。为了成为债的标的,给付必须具备以下在契约问题上具有实质意义的要件:应当是可能的,合法的,确定的或至少是可确定的,并且给债权人带来利益。[70] 对于不能给付的物品不产生任何债。[71] 尽管已就买卖标的达成了协议,但是如果在出售前标的灭失了,那么,买卖不成立。[72] 从上述可知,其一,罗马法明确地承认债的标的须可能,明显不同于这样的观点:法律行为的标的可能不包括债权行为的标的可能,仅限于物权行为的标的可能;其二,在罗马法上,能"给",就能移转标的物的物权,就属于债的标的可能;不能"给",就不能移转标的物的物权,属于债的标的不能,不产生任何债。这种思想在区分物权行为与债权行为的学说上也有体现:"法律行为之标的须可能,即可能实现。以不能实现之事项为标的者,该法律行为无效。例如,订立一小时步行一百公里给赏金一万元之契约,这种契约之内容,本来就是不可能实现,也不能藉国家的力量来强制其实现,故并无承认其法律效果之意义,自亦无从生效。"[73] 这明白无误地阐述了债权行为的标的亦须可能,不能者不生效力。

我国合同法第 51 条规定的无权处分情形,除非权利人追认或者于缔约后出卖人取得处分权,是不能移转标的物所有权的,在不区分物权行为与债权行为的我国民法上,构成不能履行,合同不发生效力,不正类似于罗马法及刘得宽教授的上述思想吗?

---

[68] 洪逊欣:《民法总则》,第 331 页,转引自王泽鉴:《民法学说与判例研究》第 1 册,中国政法大学出版社 1998 年版,第 396 页以下。

[69] 孙森焱:《论给付不能》,载《固有法制与现代法学》,1978 年,第 469 页以下;德国学者持此说者有 Stammler, Dernburg 与 Carolsfeld 等著名学者,转引自前引〔13〕,王泽鉴书,第 53 页以下。

[70] 参见[意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社 1992 年版,第 287 页以下。

[71] 参见杰尔苏:《学说汇纂》第 8 编,转引自[意]桑德罗·斯契巴尼:《契约之债与准契约之债》,丁玫译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 393 页。

[72] 参见保罗:《论萨宾》第 5 编,转引自前引〔71〕,斯契巴尼选编书,第 393 页。

[73] 参见刘得宽:《民法总则》,台湾五南图书出版公司 1982 年版,第 213 页。

应该承认,上文所引罗马法的所谓不可能,究竟属于客观不能抑或主观不能,需要探讨。从“给付的不可能性可以是物质上的,但它必须是真实的和绝对的,换句话说,是一种客观的和普遍的不可能性,而不是相对的和个别的”[74] 分析,似为客观不能。解决这个问题需回到本文第五部分的分析之中。

为了说明处分权、法律行为标的可能、确定之间的关系,有必要考察法律行为的标的须确定的含义。在罗马法上,标的须为确定的,不必是一种绝对的和现实的确定性,只要相对确定即可,例如,留给某一第三人的意思决定,取决于债权人或者债务人的挑选,或者根据其他情形确定。[75] 法国民法典同样要求债的标的确定,同样对确定性的把握富有弹性,债的标的物在种类上可以确定的话,就具有了确定性(第 1129 条)。在合同的标的为某种服务时,对标的确定性的衡量不存在具体的尺度。在法国的司法实务中,对于缔约时标的是否完全确定,法官的要求并不是特别严格,只要标的在合同履行时能够得以确定,或者履行本身便可以使标的物得以确定,合同仍可以成立。[76] 中国台湾学者刘得宽教授也认为,标的不必限于完全确定(例如以特定物为给付),日后有确定可能的(即可得确定)亦无不可,例如种类之债与选择之债,其标的虽未完全确定,但可得确定,亦属有效。[77]

假定其他要件具备,我们分别从债务人有处分权、法律行为标的可能、法律行为的标的确定观察某一特定的买卖合同,会形成以下结论:其一,在特定物买卖场合,出卖人对该物拥有处分权,合同标的是可能的,也是确定的,合同应该有效。其二,在种类物、未来物买卖场合,按上述关于标的可能、确定的观点衡量,合同标的是可能的(在种类物场合若构成不能,应是所有的种类物毁损灭失),也是确定的(因为于此场合不要求完全确定);按本文对处分权的界定,于此场合,出卖人拥有处分权,所以,合同应该有效。其三,同理,在连环交易、二重买卖场合,出卖人具有处分权,合同标的可能,也确定,合同应该有效。一言以蔽之,上述三个角度的考察印证了本文关于处分权界定的合理性。

七、无权处分与合同的无效、得撤销

如果无权处分的合同有效,在构成欺诈的情况下,如何同第 52 条第 1 项关于合同无效和 54 条第 2 款关于合同得撤销的规定协调?

因我国现行法要求出卖人对买卖物须有处分权(合同法第 132 条、《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第 89 条),出卖人无处分权而不告知买受人,构成欺诈,在因此损害国家利益的情况下,合同无效(合同法第 52 条第 1 项);在未因此损害国家利益的情况下,合同可以撤销(合同法第 54 条第 2 款)。无权处分合同有效的观点显然不符合这些规定,效力待定的观点则与之接近。

当然,这里存在着哪种规范优先适用,抑或当事人自由选择的问题。在无处分权构成欺

---

[74] 前引〔70〕,彼德罗·彭梵得书,第 288 页。

[75] 参见前引〔70〕,彼德罗·彭梵得书,第 288 页。

[76] COIRET, L'indetermination du prix dans les contracts, th Bordeau 1. 1989, cite par Flour et Aubert,转引自尹田:《法国现代契约法》,台湾五南图书出版公司 1999 年版,第 167 页。

[77] 参见前引〔73〕,刘得宽书,第 212 页。

诈,同时因此损害国家利益的情况下,按合同法第 52 条第 1 项的规定,合同无效。因我国合同法上的无效,是对严重违背立法目的的合同坚决予以否定的表现,属于绝对无效,任何人都不得主张该合同有效,所以,为防止因适用第 51 条而使合同有效的现象出现,于此场合,第 52 条第 1 项的规定应优先适用,当事人无权自由选择。

在无权处分构成欺诈,但未因此损害国家利益的情况下,如果债权人对于债务人无处分权不知情,那么此类无权处分合同完全被因欺诈而成立的合同所涵盖,第 51 条关于无权处分的规定属于第 54 条关于欺诈规定的特别法,应该优先适用。如果债权人对于债务人无处分权知情,那么此类无权处分不构成欺诈,第 51 条与第 54 条之间不存在特别法、普通法的关系,当事人可以自由选择法律的适用。

八、无权处分与权利瑕疵担保

出卖他人之物还涉及到合同法第 51 条规定与第 150 条规定的权利瑕疵担保的协调。

出卖他人之物而不能移转标的物的所有权,构成不能履行,按合同法第 150 条规定,权利瑕疵担保责任成立。该责任的成立,须权利瑕疵于买卖契约成立时,既已存在。故权利瑕疵担保,系自始主观不能问题,契约仍为有效,出卖人得依关于债务不履行的规定,行使其权利。[78]

因适用权利瑕疵担保规范以合同有效为前提,而适用无权处分规范则是合同效力待定。对此,存在着冲突说与不冲突说的对立。梁慧星教授认为,出卖他人之物属于合同法第 51 条规定的无权处分合同,不适用第 150 条规定的权利瑕疵担保,为该条但书“法律另有规定的除外”。未得其他共有人同意而出卖共有物、出卖抵押物、出卖租赁物均不适用第 51 条规定,可有第 150 条的适用。两条之间不存在冲突。[79]

王轶博士认为,即使在遵循效力待定说的背景下,出卖他人之物,合同效力待定,也仅仅是限制了第 150—152 条规定的瑕疵担保义务的适用范围,出卖人不是依据违反权利的瑕疵担保义务,向善意的买受人承担违约责任,而是依据第 42 条的规定负缔约过失责任。但在出卖人交付给买受人的标的物上,存在有第三人的租赁权等具有一定物权效力的债权时,则可有第 150 条的适用。两种制度之间不存在根本性矛盾。[80]

葛云松博士按照构成要件交集理论,主张第 51 条为第 150 条的特别法,优先适用第 51 条。笔者认为此说有误。因无权处分属于权利无缺担保类型,[81] 在要件构成上,似乎应得出权利瑕疵担保覆盖无权处分的结论。但因无权处分的构成无买受人善意与否的要求,而权利瑕疵担保的构成则有买受人善意的要求,在这点上无权处分又覆盖权利瑕疵担保。可见,它们总是有交集之点同时又有不重合之处,一个难以包含另一个。就是说,依据构成要件交集理论,无法判断出第 51 条与第 150 条谁为特别规范。

笔者认为,如果在立法目的明确的情况下,不存在冲突说、不存在根本矛盾说可资赞同。

---

[78] 参见前引〔4〕,王泽鉴书,第 61 页。

[79] 参见前引〔1〕,梁慧星文。

[80] 参见前引〔1〕,王轶书,第 210 页以下。

[81] 参见前引〔2〕,郑玉波书,第 29 页以下。

如果立法目的及相关法律规定不明确,可以将问题简单化,直接认定第 150 条为特别法,第 51 条为普通法,依据特别法优先于普通法的规则适用。

九、无权处分与善意取得

在无权处分情况下,处分人于履行期限届满前未取得标的物的处分权,权利人又不追认的,合同无效。但该无效不得对抗善意第三人,因而,在第三人为善意时,可以适用善意取得制度,该第三人照样取得标的物的所有权,[82] 权利人不得以买卖等合同无效为由阻止善意第三人取得该所有权。这可以防止权利人以善意取得属于继受取得作为理由而向善意第三人主张所有物返还请求权。其道理、其实益都确实、无误,决不是什么"似是而非"。[83]

于此场合,买卖等合同是否有效?存在相互对立的观点。[84] 笔者对于善意取得赞成原始取得说,而依此说,无论买卖等合同是否有效,善意受让人均能保持住对于标的物的所有权,可以阻断权利人的所有权的追及效力,因此,笔者赞成善意取得不以买卖等合同有效为前提的观点。

在无权处分合同为赠与情况下,是否适用善意取得?德国民法、中国台湾民法予以肯定,我国通说持否定态度,王轶博士则提出新说,主张赋予受让人相对于所有权人先诉抗辩权,在所有权人就无权处分人的财产依法强制执行仍不能补偿其损失前,得拒绝财产的返还。一旦无权处分人能够补偿所有权人的损失,无偿受让人即可取得财产的所有权。笔者仍赞同我国通说,理由如下:其一,在权利人、处分人、受赠人三方关系上,无权处分人不是故意就是过失,受赠人不负任何对价,权利人的所有权遭受侵害,显然,从公平正义、维护社会秩序的角度着眼,最应受到保护的是权利人,而非受赠人。不适用善意取得制度,对权利人是最好的保护措施。一是可以收回其物品及其所有权,尤其是该物品对于权利人非常重要时,更显出其优越性;二是在无权处分人、受赠人的财产不足以清偿数个并存的债权时,权利人亦能优先于债权人而追回其物。至于处分人与受赠人之间的实际交往关系,应在他们两者之间调整,而不宜殃及未从中受益的权利人。其二,受赠人无偿受赠,应有承担风险的意识,俗语说,没有免费的午餐;尤其在法律明文规定无偿行为场合不适用善意取得的背景下,受赠人更应有此风险意识。其三,无偿受益人与其他权利人的重大利益发生冲突时,应予适当让步,为民法学说所承认。[85] 何况其四,如果受赠人因此受到损害,尚有适用合同法第 91 条第 2 款规定的机会,向赠与人主张赔偿责任。

---

[82] 详见前引〔1〕,崔建远文,第 122 页以下。

[83] "似是而非"说,见前引〔1〕,葛云松文,第 218 页。

[84] 持肯定说者,参见前引〔7〕,史尚宽书,第 506 页以下;前引〔1〕,刘家安文,第 121 页。王轶博士对于在物权形式主义下的善意取得,不要求法律行为有效;对于在债权形式主义下的善意取得,则相反。见其所著前引〔1〕书,第 256 页以下。持否定说者,参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》第 2 册,中国政法大学出版社 1998 年版,第 115 页以下;王利明、崔建远:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 304 页;前引〔1〕,梁慧星文;葛云松文。

[85] 参见前引〔84〕,王泽鉴书,第 112 页。

十、无权处分与不当得利

无权处分合同被权利人追认,合同有效,买受人基于买卖合同取得的标的物及其所有权,具有合法根据,无权处分人不得主张不当得利,根据合同原则,只能请求价款的支付或者违约损害赔偿。权利人可否主张非给付不当得利?按照非不当得利请求权辅助理论,强调给付关系的优先性,认为受利益系基于给付关系的,无成立非给付不当得利的余地。另有学者主张,对于权利人而言,买受人不得以他和无权处分人之间的买卖合同,作为其保有标的物所有权的法律依据(债的相对性);权利人之所以不得向买受人主张非给付的不当得利请求权,其理由系善意取得制度旨在使善意买受人终局实质地保有其取得的权利。[86] 对此,将在下文(二)的最后加以评论。

无权处分合同不被权利人追认,合同无效,涉及不当得利的有以下几个问题,需要讨论:

(一)标的物已经交付,买受人已经支付价款且为善意场合,权利人只能向无权处分人主张不当得利的返还。若仍然受有损失时,再基于侵权行为法向无权处分人主张损害赔偿。

(二)标的物已经交付,买受人未支付价款且为善意场合,买受人取得标的物的所有权,究竟谁可以向买受人主张不当得利返还请求权,存在直接请求权说与双重请求权说的争论。[87] 依直接请求权说,原权利人丧失其标的物的所有权,受有损害,得直接向买受人请求返还其所受利益。[88] 依双重请求权说,买受人的受益系基于无权处分人的给付,当给付的法律上原因不存在时,为维护当事人间的利益(例如同时履行抗辩权),应由无权处分人向买受人主张不当得利,换言之,即无权处分人得向买受人主张应将标的物的占有移转于自己,并将标的物的所有权移转于权利人。对权利人而言,无权处分人享有对买受人的不当得利请求权,系受有利益,并无法律上原因,构成不当得利,从而权利人得依不当得利的规定向无权处分人主张返还其对买受人的不当得利请求权(双重不当得利返还请求权)。[89] 这两说各有所据,均具有相当说服力。王泽鉴先生认为,双重请求权说强调给付关系,符合不当得利的基本原则,兼顾当事人利益,似较可采。[90]

笔者在赞同上述观点的同时,指出两点:第一,在无权处分人已经实现了不当得利请求权的情形下,不当得利就只存在于权利人与无权处分人之间。第二,在无权处分人已经向受让人明确表示了放弃不当得利请求权场合,权利人不向无权处分人主张侵权损害赔偿请求权,而向买受人主张不当得利请求权,是否允许?笔者持肯定态度,理由如下:1. 只要买受人未支付价款,他与权利人之间构成不当得利关系就是直接请求权说的当然体现,在我国,符合法律的规定(《中华人民共和国民法通则》第 92 条)。2. 这种不当得利关系与无权处分人

---

[86] 参见前引〔21〕,王泽鉴书,第 183 页。

[87] Boehmer, *Grundlagen der Burgerlichen Rechtsordnung*, II 2. 1951, S. 6f. 转引自前引〔84〕,王泽鉴书,第 116 页。

[88] Fikentscher, *Schuldrecht*, 5 Aufl. 1975, S. 595. Grunsky, JZ 1962, 207f. 转引自前引〔84〕,王泽鉴书,第 116 页。

[89] Von Cammerer, *Leistungsruckgewahr bei gutglaubigen Erwerb*, in Festchrift fur Boehmer, 1954, S. 145f. 引自前引〔84〕,王泽鉴书,第 117 页。

[90] 参见前引〔84〕,王泽鉴书,第 117 页。

与买受人之间的不当得利关系不存在相互依存的牵连,其联系仅在于买受人所受利益这点上。既然如此,一个不当得利关系的消灭不会使另一个不当得利关系灭失。3. 从根本利益角度考虑,真正受有损害的,是权利人;无权处分人只要不向权利人承担侵权责任,就无什么损害可言。所以,从实质而非形式的层面看问题,不当得利应存在于权利人与买受人之间。这个不当得利更应受到重视,不可因无权处分人的放弃权利的行为而受影响。

(三) 善意取得是否为"合法根据"或"法律上的原因"? 传统理论在这个问题上是前后矛盾的。否定说认为,在买卖等合同无效时,买受人取得标的物所有权系无法律上的原因。[91] 肯定说则主张,法律上之原因非专指债之关系而言,确属的论,法律规定本身亦可作为保有所受利益的法律原因,民法关于善意取得之规定,即其著例。[92] 笔者赞成后者,理由如下:1. 我国民法在不当得利的构成上,未使用"无法律上的原因",而是采用了"没有合法根据"的概念。在寻找取得利益的合法根据时,没有必要像德国民法那样首先去寻找物权变动的原因行为,善意取得是地地道道的取得利益的合法根据。2. 把善意取得作为获得利益的合法根据,有利于重新检讨利益形态及其返还方法,不宜一律固守"首先是原物的返还"。

(四) 利益的形态

在原物存在的情况下,得利的表现形态必须为原物,或者说该物的所有权,于是,不当得利的返还须为该原物的返还。依权利的移转方法,将权利移转于受害人(债权人)。这只是德国等民法的立法政策使然,并非不当得利制度所固有的、必备的属性。在这个方面,我国民法关于"利益"及其形态尚未明确界定,没有必要拘泥于德国民法的窠臼。理由如下:

首先,从利益的定义看,利益不一定为原物。所谓受有利益,存在不同见解。一种意见就财产总额计算,以其差额作为一方所受利益。早在罗马法上,就有此类观点。在取得的近因偶然地同在一个在法律上不存在或无效的远因相结合而使财产增加的情况下,虽然对物权或债权的取得受到承认,但是,人们允许受损害者为从另一方获得对财产增加部分的返还而提起诉讼。[93] 中国台湾"最高法院"于 1974 年 4 月 9 日,74 年度第二次民庭庭推总会所作一决议即持此种观点。[94] 有学者也主张,因有一定事实,致使财产总额较诸无此事实当时的财产总额为多,即是受有利益。故法律明认的权利固属利益,其因享有使用、收益、处分的权能获得的财产上利益,和权利以外的利益,均属之。[95] 反对者则批评到:上述观点与不当得利的基本原则不符,在不当得利制度中,一方所受利益及他方所受损害,系个别具体的计算方法,而非就财产总额计算,以其差额作为一方所受利益或他方所受损害。[96] 若按第一种意见,即通过总额增加来体现得利,就不必然具体到某物的所有权,可以用一定的价值额来表示。

其次,返还不当得利,首先为原物的返还,在一定意义上混淆了债权请求权与物上请求权的区分与功能,抹杀了债权法与物权法的界限与分工。因为原物在法律上主要以所有权

---

[91] 参见前引〔84〕,王泽鉴书,第 116 页。

[92] 参见前引〔21〕,王泽鉴书,第 59 页。

[93] 参见前引〔70〕,彼德罗·彭梵得书,第 398 页。

[94] 参见前引〔21〕,王泽鉴书,第 54 页。

[95] 参见孙森焱:《新版民法债编总论》,台湾三民书局 1999 年修订版,第 139 页。

[96] 参见前引〔21〕,王泽鉴书,第 55 页。

来体现,在这个意义上可以说标的物与其所有权具有同一性。只有有体物上才能设定所有权,因而没有必要区分所有权与它的客体。实际上,所有物与所有权常常是可以替代的。[97]就是说,原物的返还,就是所有权的复归。从受害人角度观察,这是藉债权制度收物权制度之效;从受益人方面着眼,是使所有权取得及保有制度形同虚设。这从下文的分析可以看得更清楚。

第三,从善意取得制度的目的及功能实现方面看,"首先是原物返还"的不合理性。通说认为,所有权的取得、他物权的设定等,均为取得的利益。具体到出卖他人之物,买受人善意取得标的物所有权,尚未支付价款场合,不当得利自然是买受人取得的该所有权,故应返还该所有权。[98] 如此,不当得利制度一经发挥作用,善意买受人基于善意取得制度获得的所有权转瞬即逝,使得善意取得制度的功能丧失殆尽。意味着对善意取得是表面上肯定,实际上否定。对此,有学者提出如下理由加以辩护:1. 在买受人返还不当得利前,他已经取得了标的物的所有权,表明善意取得制度的目的业已达到。他基于不当得利而返还标的物与善意取得制度无关。善意取得制度无终局地、永久地使买受人取得标的物所有权的目标。[99] 2. 买受人既然未付代价,法律无必要对其优惠保护,何况其所有权得而复失并未使其受到损害。

对于第一点理由,笔者认为,称善意取得制度无此目标,根据不足。早有学说主张,善意取得制度旨在使善意买受人终局实质地保有其取得的权利。[100] 如果我们灵活地界定不当得利制度中的利益,承认它可以是原物,也可以为其变形物,问题便迎刃而解。既然善意取得制度就是让买受人取得标的物的所有权,如果该买受人愿意取得该物的所有权,那么,其不当得利的返还不是原物的返还,而是变形物这种利益的返还,就既可达成善意取得制度的目标,又保护了权利人的利益,何乐而不为呢!

对于第二点理由,笔者认为,买受人签订合同必有预期,时常定有利用标的物进而取得理想利益的计划。于此场合,标的物及其所有权对于买受人显得特别重要。在合同有效场合,法律设置违约责任制度,特别是其中的继续履行救济方式,正是对这种合理期待有力保护的体现。在合同不成立、无效、被撤销或者不被追认场合,善意取得制度旨在保障买受人取得标的物及其所有权,也是保护买受人合理预期的反映。但是,这些立法目的及其努力因固守"首先是原物的返还"而化为泡影。买受人因此遭受了损失系客观存在,且往往得不到救济。

第四,从利益衡量的角度看,在合同解除无溯及力场合,按原物说,则不存在不当得利,因为合同仅向将来消灭,故该物及其所有权的取得系基于仍然存续的合同关系,具有法律上的原因。但这显然不合理。若采取原物变形的利益说,则形成不同的结论:取得标的物所有权虽然具有根据,但于未支付相应的对价时,该利益则无合法根据,应构成不当得利。如此

---

[97] See B. Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, Oxford University Press, 107(1962).

[98] 参见前引〔1〕,葛云松文,第251页。

[99] 前引〔1〕,王轶书,第257页。

[100] 参见前引〔21〕,王泽鉴书,第183页。

处理,才符合公平正义。

第五,对于不当得利的利益,无论是在原物抑或其变形物上把握,都不违反不当得利制度的本质。因为不当得利制度的重心在于调整无法律依据的损益变动,即令受益人返还不当得利,至于该得利的表现形态如何,显然不是关键之点。

第六,实际上,在不当得利制度中,其利益已经在若干领域表现为原物的变形物。1. 在添附场合,不当得利表现为变形物,而非原物及其所有权。这说明利益可以为所有权的变形物。2. 在给付、对待给付同时存在场合,不当得利的返还可以是两个给付之差的返还,又表明利益不一定以原物为表现形式。3. 在原物转让、消耗掉场合,利益的表现形式不是原物,而是原物的代价或其他变形物。4. 在原物有孳息场合,按德国、中国台湾等民法典的规定,该原物及其孳息一并返还。显然,孳息不是原物,这再次表明利益的表现形态不限于原物。5. 在所受利益为金钱时,亦可径直认为应予返还的,系金钱价值,而非特定货币本身。⑩

Abstract : According to the hermeneutics of civil law, what article 51 of the Chinese Contract Law provides is the uncertainty of the legal effect of contract of sale, rather than the uncertainty of the legal effect of non - juristic act of right in rem. A contract of sale can contain intention that may result in the change of real right. The right of disposal should be interpreted as the capability of disposal. It may affect the effect of the contract of sale and its scope of application is not necessarily limited to the sale of specific goods. The four reasons put forward in support of ex right disposition are insufficient and questionable. Article 51 of the Contract dovetails very well with articles 52 and 54 and its relation with article 150 may be coordinated according to the principle of "special law derogates general law".

⑩ Musielak, Grundkers, BGB, 1986, s. 325. 转引自前引〔21〕,王泽鉴书,第 189 页。