

# 善意取得下转让合同效力要件之再研究

## ——兼评《民法典物权编》的立法选择\*

黄 芬

【摘 要】随着无权处分的债权合同效力规则的改变，善意取得下转让合同的效力之争就演化为若合同存在无权处分之外的效力瑕疵情形致合同无效、被撤销，善意取得是否仍然成立。《民法典物权编（草案）》对此仍未置可否。《物权法解释（一）》第21条根据不同效力瑕疵事由给予了不同对待。第21条据以区分的规范要素是转让合同是否违法、违反公序良俗以及受让人是否具有可苛责性。这并不具有妥当性。从转让合同对善意取得的功能及价值的角度分析，善意取得应当以转让合同有效为要件。这不仅符合善意取得的制度机理，凸显善意取得保护交易安全的功能，也可以避免在有权处分下，法律价值评价的矛盾，亦可以为无权处分人与受让人之间合同纠纷的解决提供更合理的请求权基础。未来的《民法典物权编》应当规定转让合同有效为善意取得的要件。

【关键词】善意取得 转让合同 无权处分

【中图分类号】D923.2 【文献标识码】A 【文章编号】1000-114X(2019)03-0234-10

### 一、问题的提出

善意取得与其所依据的转让合同的效力之间的关系，亦即善意取得是否以转让合同有效为要件，在我国民法理论界一直是一个有争议的问题。《民法典各分编》的编纂再次引起了对这个问题的讨论。<sup>①</sup>

作为前提性的问题，这里首先需要明确的是，此处的转让合同究竟何指？在大陆法系国家不同的物权变动模式下，转让合同的内涵和外延并不完全相同。在采取物权形式主义的变动模式之下，物权变动效力的发生同时需要具备债权合同与物权合意（Einigung）。而在采取债权意思主义或债权形式主义的变动模式之下，物权变动效力的发生则仅需具备债权合同。我国的物权变动模式显然属于后者，故转让合同应仅指导致物权变动的债权合同。我国学者一般也都用转让合同指向债权合同。<sup>②</sup>是故，上述争议相应特定化为，为完成善意取得，债权合同是否必须有效？

\* 本文系国家社科基金项目“受益型侵权中的获利赔偿责任规则研究”（项目号14CFX073）的研究成果。

2009年《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《合同法解释(二)》)第15条、2012年《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称《买卖合同解释》)第3条出台之前,转让合同的效力直接链接到《合同法》第51条,得出的结论便是转让合同效力待定,若再链接到善意取得的规则,实质的结论将是转让合同无效。但这个结论未必符合民法的逻辑。以此叙事为背景,当时的争议焦点均围绕着于无权处分的情形下,为成立善意取得,转让合同是否应该有效以及由此延伸出来的如何妥适地整合《合同法》第51条和《物权法》中善意取得的规则的设定。<sup>③</sup>这个时期该争议最典型的示例便是《物权法(草案)》的第二至第五次审议稿把“转让合同有效”作为善意取得的要件;而第六、第七次审议稿以及后来生效的《物权法》则回避了转让合同的效力问题。

但是随着《合同法解释(二)》第15条、《买卖合同解释》第3条以及《民法总则》澄清了无权处分下的转让合同仍是有效的规则后,上述争议变得不再有意义。取而代之的争议焦点便是除了无权处分之外,若因为欺诈、胁迫或违反公序良俗等瑕疵致使转让合同无效或被撤销,善意取得是否仍然可以成立?《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《物权法解释(一)》)第21条首次回应了上述问题,从而将在《物权法》制定时被回避的问题又重新拉回了我们的视线。参看第21条的文义,它对于善意取得与转让合同效力之间的关系给了一个并非十分清晰的答案,如当无权处分人存在欺诈、胁迫、重大误解等瑕疵或者双方当事人存在欠缺行为能力、代理权等瑕疵时,是否可以成立善意取得,第21条不置可否。更重要的是,从第21条的规范意旨而言,意在影响转让合同效力的瑕疵作不同的区分,在善意取得的法律效果上给予不同的结论。那么这种区分背后蕴含的规范要素是什么以及是否具有合理性便成为亟待回答的问题。

新近的《民法典物权编(草案)》第106条仍然延续了《物权法》的规定,对转让合同效力的要件未置可否。是故,《物权法解释(一)》第21条的规定仍然可以配合《民法典物权编》适用。在此意义上,第21条是否妥适,《民法典物权编》在这个问题的处理上是继续遵从第21条的规定还是改弦易辙就变成了一个十分值得探讨的问题。

## 二、对第21条中的规范要素的提炼及分析

依据《物权法解释(一)》第21条的文义,若转让合同无效或因受让人的欺诈、胁迫、显失公平等法定事由致合同被撤销,受让人的善意取得将被阻却。由此,直观地被理出的线索是转让合同的效力与善意取得并非无任何交集而是具有某种关联——转让合同的效力将影响到善意取得的成立。但是再往前的推衍即转让合同效力如何影响善意取得,是正相关关系——转让合同不具有法律效力(无效、被撤销或未被追认),善意取得亦不能成立,抑或是其他面向——转让合同不具有法律效力,善意取得也能成立,从第21条中并不能直接导出。这是因为第21条并没有穷尽导致合同效力瑕疵的各种情形:首先没有规定转让合同效力待定情形,如合同一方当事人是限制民事行为能力人或一方当事人无代理权;其次,在因受让人方面的事由导致合同可撤销的情形中,并未明确列举受让人的重大误解;再次,可撤销的事由均是站在受让人的立场规定,转让人方面存在欺诈、胁迫、重大误解等事由致合同被撤销是否阻却善意取得未被涉及。若采反对解释的方法,则可认为《物权法解释(一)》有意将第21条列举之外的情形如受让人重大误解及受让人的欺诈、胁迫等均排除在影响善意取得的构成之外,所得出的结论将是转让合同没有效力,

善意取得亦能成立；不过，根据最高人民法院的观点，显然不能简单地对第 21 条进行反对解释，“本条是基于司法实践以及理论研究的认识现状所做的非完全列举规定，条文本身应当是开放式的，而非封闭穷尽所有情形……”。<sup>④</sup>既然反对解释的大门已经被关闭，余下的则是要针对不同的效力瑕疵事由及原因进行分别检视、梳理和归类。根据最高人民法院的倾向性意见：在受让人存在重大误解或转让人存在欺诈、胁迫、重大误解等情形，合同虽被撤销，但并不妨碍受让人善意取得。在欠缺民事行为能力、欠缺代理权等效力待定情形（未被追认），善意取得的成立与否取决于受让人的善意、恶意——如果为善意，即不知道转让人欠缺民事行为能力或代理权，则善意取得成立。综上所述，对于转让合同的效力与善意取得之间的关系，根据第 21 条所能得出的结论便是：转让合同的效力与善意取得之间并非正相关关系，转让合同有效或没有效力，均有可能成立善意取得。

这给理论及实践带来了不确定——对于未明确列举的情形是否可以适用第 21 条排除善意取得的成立？所以，首先需要对第 21 条据以做出区分的规范要素进行分析，即为何在合同效力瑕疵事由中选取了第 1 款、第 2 款所列举的情形，其界分点在何处？

就第 21 条第 1 款、第 2 款所列举的因合同效力欠缺阻却善意取得成立的事由而言，也存在着“天壤之别”。第 1 款涉及的是公序良俗维护方面，第 2 款则是交易主体内部的意思瑕疵。为何不同性质的效力瑕疵事由均可导致善意取得不成立？第 1 款之所以选择了“违反《合同法》第 52 条的情形”，根本在于“那些违反《合同法》第 52 条规定的情形，都是构成了对合同正义的违反”，或者说违法及背俗，故不应受保护。第 2 款虽为当事人之间内部的意思瑕疵，但皆因受让人的欺诈、胁迫等引起，则近乎“背俗”——它其实指向了受让人的可苛责性。这也解释了为何第 21 条并未将因“受让人的重大误解”导致合同被撤销的情形列入阻却善意取得的事由：受让人的重大误解与胁迫、欺诈和乘人之危在可苛责的对象及程度上均有不同，胁迫、欺诈和乘人之危等则近乎背俗，<sup>⑤</sup>显示出受让人的恶意，而受让人的重大误解则不具有这种属性。至此，我们可以清晰地梳理出第 21 条据以框定是否阻却善意取得的规范要素是转让行为的违法、背俗及受让人的可苛责性。只要不具备这两个要素，即使转让合同存在《合同法》所规范的可撤销或效力待定的效力瑕疵情形，均不影响善意取得的成立。所以，如果因转让人存在欺诈、胁迫、重大误解等事由导致合同被撤销，受让人依然可以主张善意取得。

一言蔽之，在第 21 条下，转让合同的有效与否与善意取得之间并不存在如同有权处分之下转让合同效力与所有权取得之间的逻辑关系。转让合同有效或被撤销均可完成善意取得。<sup>⑥</sup>取而代之的是，行为是否背俗及受让人的可苛责性的有无成为善意取得构成与否的标准。第 21 条的这种安排虽然闪现了最朴素的善恶价值判断，但在法律规则理性的光辉的检视下，却暴露出若干值得商榷的地方：

第一，规范要素选取的视角和标准不统一。第 21 条第 1 款所选取的规范要素的视角仍建立在对转让合同本身效力及价值的判断之上，其标准仍在于当事人的意思表示不能产生法律效力，如虚假的意思表示无效，不能产生当事人所欲的物权变动的法律效果，故法律不应该通过善意取得给予保护。第 21 条第 2 款所选取的规范要素的视角则跳脱了对转让合同本身的效力和价值的判断，走向了对受让人是否具有可苛责性的视角。同是善意取得所涉的转让合同，同是在研判是否适用善意取得，第 21 条的两款条文却在规范要素的选取上创设不同的视角和标准，不得不说有欠妥当。

第二，以受让人的可苛责性的有无决定善意取得的成立与否欠缺实证法规范的依据及理论基础的正当性。首先，《物权法》《民法典物权编（草案）》第106条关于善意取得的规定中并没有将受让人的可苛责性要素作为构成要件。受让人是否存在恶意，如欺诈、胁迫，对善意取得成立与否的影响在第106条的条文中没有任何体现。受让人的可苛责性要素的植入没有实证法上的依据。那么受让人的可苛责性要素是否能够从善意取得的理论基础中推衍出来？如果它本身内含于善意取得的理论基础之中，为其题中之义，那么即使实证法上没有相应的规范，它的存在也是具有正当性的。不过，善意取得的理论基础中似乎也并不包含这个意旨。

虽然近几年学界对善意取得的理论基础有了很多新的理论发掘，但是不可否认，善意取得制度最为重要的一个基础便是交易安全的保护，以及作为其理论基石的物权公示的公信力——对不动产登记及动产占有公示出来的权利外观的信赖。<sup>⑦</sup>若不保护第三人对于物权公示的信赖，将会增加交易成本以及造成对动态交易安全的破坏。由此引申出对善意取得的“善意”的内涵的解释：对处分人无处分权的不知道或不应当知道且无重大过失，它具有决定受让人对占有（登记）权利外观之信赖是否值得保护之价值判断功能。<sup>⑧</sup>“善意”显然并不包含受让人内心的道德意义上的“诚实不欺”、“善良”，也不包含对受让人是否具有道德上可苛责性的评价，它们并不在交易安全保护的意旨的射程范围之内。

第三，以受让人的可苛责性有无决定善意取得效果的发生与否也欠缺科学性和规范性的内容。这里的可苛责性涵摄的内容并不清晰。与可苛责性比较类似的概念便是权利外观原理中的可归责性概念，后者的判定在学说上有“过错说”、“风险原则说”、“诱因原则说”的不同观点，<sup>⑨</sup>类比可归责性的判定，可苛责性是否要求受让人达到“过错”程度？就最高人民法院对第21条的解释来看，似乎并不完全是。在第21条下聚集的不适用善意取得的情形包括了受让人的欺诈、胁迫、受让人知道或应当知道无权处分人是限制民事行为能力人等，这些情形下受让人具有故意的心态或者因未尽注意义务而具有过失，但是照此逻辑，受让人的重大误解也构成过失，故可归于过错，照理应当被第21条所吸纳，但很显然，受让人的重大误解被排除适用于第21条。所以，可苛责性在这里的含义并非完全符合“过错说”的规格。同理，使用“风险原则”、“诱因原则”验证受让人的可苛责性也将面临同样的问题。而唯一比较合理的解释便是，可苛责性是指受让人在道德上所具有的“可非难性”，比如胁迫、欺诈、乘人之危、明知转让人欠缺行为能力仍与其交易等。但如果这样塑造可苛责性的内涵，显然就会使得可苛责性不具有规范性的特定内容，而是泛道德化的概念。这将导致道德的价值不当地被糅杂到法律规则中，造成司法适用的困难；甚至还存在以道德判断左右法律规则适用的风险。如在最高人民法院的释义中，受让人是否知道转让人欠缺相应的行为能力将决定善意取得是否成立。这种解释将物权的取得完全系于受让人的道德的“高尚性”，其是否合理值得斟酌。

综上所述，第21条在转让合同的效力与善意取得的排除适用的关系上虽然做了精细地区分，但通过对其规范要素的提取与分析，我们发现它存在诸多问题。而这些问题归根结底在于它在规范要素提取的视角与标准上出现了偏差——并没有将第21条第1款所确立的视角和标准一以贯之，如同第21条第2款所显示的，后者完全切断了转让合同的效力和价值与善意取得之间关系的考察，转向了泛道德化的评判路径。而之所以形成这样的结果，追溯源头，仍在于对转让合同之于善意取得构成的功能与意义的模糊不清，有将转让合同虚化和架空的意味。一言蔽之，它没有切中转让合同与善意取得的内在关联的肯綮。

### 三、转让合同效力之于善意取得的检视

#### (一) 被“原始取得”的属性所遮蔽的转让合同的价值

在善意取得的性质上,大陆法系国家历来便有“原始取得”与“继受取得”的争议,我国大陆及台湾地区的通说认为善意取得为原始取得:受让人所取得者,非属继受原权利人之权利,而为一新生之权利。<sup>⑩</sup>基于善意取得的原始取得的定性,很多学者作出了如下的逻辑上的引申:善意取得不再属于基于法律行为的物权变动,与先占等物权取得的特殊方式相同,为基于特殊的法律政策层面的考量;是故,转让行为是否有效对于善意取得并无意义。于此,无权处分人与受让人之间的转让合同对于善意取得的功能及意义被遮蔽,似乎“原始取得”的定性将使得善意取得完全可以超脱法律行为的规范框架,沦为事实行为;对善意取得的认定也完全只是对诸如对价是否合理,是否完成交付或登记等事实构成要件的陈列,转让合同有效与否的评判与善意取得的结果完全剥离。唯恐将转让合同效力的考评与善意取得关联便陷入了“继受取得”理论的逻辑构成。顺理成章地,是否关注转让合同这一法律行为成为了“原始取得”抑或是“继受取得”的分水岭。

我们无意去争论善意取得的“原始取得”或“继受取得”的属性,但值得提出的是,以是否关注转让合同作为“原始取得”或“继受取得”区分的内容之一并不合理。“原始取得”与“继受取得”的分类标准只是说明了受让人取得所有权是否来自转让人(前手)的所有权(或其他物权),<sup>⑪</sup>并不能必然得出据以获得权利的行为的属性。作为继受取得的方式既可以基于法律行为,也可以基于非法律行为,如法定继承。在无权处分的情况下,除非像德国法所解释的“善意”可以补正转让人的处分权缺陷——处分行为有效,从而可以得出善意取得为继受取得的结论,否则只能得出善意取得源于法律的特别规定,为原始取得的结论。是故,“原始取得”的定性也并不应该排除对转让合同之于善意取得构成的要件功能,或者说,即使认可转让合同有效是善意取得的要件也并不能因此而为善意取得打上“继受取得”的标签。

就善意取得而言,受让人取得权利并非来源于转让人,在此意义上,其为原始取得。不过,正如日本学者好美清光所言,“惟善意取得究与无主物的先占,或取得时效完成之原始取得典型有异”,<sup>⑫</sup>后者均是典型的事实行为,并不包含也不取决于任何转让或设定所有权的意思表示,善意取得却恰恰建立在无权处分人与受让人之间转让或设定物权的意思表示(在我国为设定物权变动义务的债权意思表示)之上,“与有权处分(尤其是买卖合同)类似,系一项具有合理对价因素(善意取得的构成要件之一)的交易行为”。<sup>⑬</sup>这恰命中了善意取得的要义,基于转移物权的合意或设定移转物权义务的债权合意在善意取得中的意义被彰显。从这个意义上,与一般有权处分下的物权变动相比,善意取得之无权处分与有权处分一样,包含“交易上之合意”,只是其所导致的物权变动无法将交易上之合意作为物权变动的原因,故须在保护交易安全之构想下,以法律特别规定之力,解决“纵让与人无移转所有权之权利,受让人仍取得其所有权之问题而已”。其他情形,与一般之让与及受让,并无差异。<sup>⑭</sup>易言之,善意取得仍然以当事人之间变动物权的合意或设定物权变动义务的债权意思表示为基础。

对上述认知,不论是在对善意取得采取“继受取得”说的德国,抑或是对善意取得采取“占有权效力”的理论构造及“原始取得”说的日本,在其立法或司法判决中均是有迹可循的。《德国民法典》第932条是关于“善意取得”的规定,它直接链接到第929条有权处分下动产所

有权变动的条款，意在凸显与有权处分下物权变动要件的一体性——债权合同与物权变动的合意。《日本民法典》第192条用“即时取得”来涵摄德国法上善意取得的内容，虽该条文中并未出现类似物权变动的意思表示的要件，但日本学者均主张以“保证动产交易安全”的主旨对即时取得采取限缩解释：<sup>⑮</sup>即时取得仅适用于通过交易继受占有，亦即转让人与受让人之间变动物权的合意的行为，否则，如果受让人只是错误地把他人的土地当作自己的土地而收割了土地上的草木，即使符合第192条的占有的条件，因为并非基于交易行为，也不成立即时取得。

反观我国有关善意取得的理论与实践，转让合同在善意取得构成中的功能往往被架空，例如当面临债权人是否可以就债务人提供的第三人的物行使留置权的问题时，我们经常会自然地提到留置权的善意取得。然而仔细斟酌，便发现这其实是个伪命题。留置权根本就不存在善意取得的问题：其为法定担保物权，它的发生并无当事人之间设定留置权的意思表示，“而善意取得涉及当事人变动物权的意思，当事人有取得物权的意思…故对于连发生物权之意思都不存在的场景，根本就不可能发生是否可善意取得物权的问题。”<sup>⑯</sup>

综上，不论对于善意取得的性质做何解释，均不应该因此而遮蔽转让合同在善意取得中的意义及功能，正是转让合同或者说设定物权变动义务的债权意思表示的存在奠定了善意取得的基础。无此意思表示，则无所谓善意取得的结果的发生。

## （二）转让合同的效力与善意取得

如前所述，既然善意取得与转让合同的存在密不可分，后者构成了前者的基础，那么接下来的问题就是要探讨善意取得与转让合同的效力之间的问题：善意取得的结果是否以转让合同有效为前提，无效或被撤销的转让合同是否同样可以导向善意取得？

这个问题的解答首先需要区分不同的物权变动模式，因为在不同的物权变动模式下，转让合同的功能将会有所区分，其效力对善意取得的影响也将不同。在采行物权形式主义变动模式的国家和地区，主流学说认为，物权行为的独立性及无因性的体系在善意取得制度上依然适用，<sup>⑰</sup>故而转让合同作为无权处分的原因行为存在，基于无因性理论，物权的取得并不系于转让合同的效力，转让合同无论是有效、无效或被撤销均无妨。<sup>⑱</sup>只是在转让合同无效或被撤销时，物权的取得欠缺法律上的原因，无权处分人可以依不当得利的请求权请求返还，从而善意第三人并不能终局保有善意取得的利益。不过，即使在这些国家和地区，对上述观点也存在不同的声音，如史尚宽先生就从善意取得意在使得第三人终局保有物权的主旨出发，得出转让合同应当为有效的结论：“然此与物权行为之为有因或无因，不生关系，该纵以物权行为之原因事实如不存在，当事人间至少有不当地利返还之问题，无法律上之原因取得物权当事人之一方，负有返还之义务，不得保有其权利，此则与善意取得制度之精神不符。”<sup>⑲</sup>

在采物权形式主义变动模式的国家或地区，真正使得物权变动仍是物权合意。因此，其法律行为效力的判断实际是物权行为（合意）效力的判断。对物权合意来说，仍需按照法律行为要求予以检查。<sup>⑳</sup>在无权处分的情形之下，处分权的欠缺将影响物权变动合意的效力，若权利人事后拒绝追认且无权处分人并未取得处分权，则物权变动合意无效。对此，在德国的解释论上有认为善意弥补了处分权的瑕疵，无权处分行为的效力因而被治愈，<sup>㉑</sup>亦即善意取得依然是基于有效的物权变动合意为之。据此，若存在其他效力瑕疵情形，如无权处分人缺乏相应的行为能力或作为代理人没有代理权，物权合意的瑕疵便不能被补正，物权合意仍将是无效，自不能发生善意取得。<sup>㉒</sup>不过，在我国台湾地区亦有认为“然此并不表示因受让人之善意而使处分行为（物权行为）

有效，于此情形，物权行为仍属无权处分，惟受让人得依法律规定取得权利而已。”<sup>②</sup>按照这种解释论观点，无权处分下物权变动合意是无效的，善意取得并非依据物权合意而是由法律的规定发生。虽然解释路径并不相同，但无论是德国还是我国台湾地区，均强调善意只能弥补处分权的缺陷或者说引发法律规定的权利取得，它并不能弥补意思表示过程中其他要件的缺陷，如欺诈、胁迫、行为能力的欠缺等。由此也可以推断作为善意取得的基础的物权变动的合意除了处分权欠缺所致的效力缺陷外应当是有效的；<sup>③</sup>否则，自然无援用“善意”弥补处分权欠缺的必要。

我国在物权变动模式上，原则上采取债权形式主义体例。<sup>④</sup>导致物权变动的仅有债权行为，而无类似德国法的物权合意，所以在分析我国物权变动模式下善意取得与转让合同效力之间的关系时，显然不能套用德国和我国台湾地区主流的解释模式。然而，依据最高人民法院对第21条的释义，所得出的结论恰与上述国家与地区的结论相仿：债权合同被撤销或因未被追认而无效时，亦有可能成立善意取得。这种观点放到债权形式主义的物权变动模式之下有若干值得商榷的地方：

首先，如前所述，第21条存在对规范元素选取的视角和标准不统一的弊病，而且架空了转让合同在善意取得中的功能。第21条第1款是建立在转让合同无效的基础上的结论，以合同的效力为评判的视角：当转让合同不发生法律效力时，善意取得赖以存在的意思表示基础也不存在了，故不发生善意取得。如果坚持这个统一的评判视角，则得出的结论也应当是当转让合同未被追认、被撤销时，均不能发生善意取得。而且从我们前面论证的转让合同在善意取得中的功能和价值而言，既然转让合同中的意思表示是善意取得的基础，则合乎逻辑的推论便是，无论是因转让人还是受让人方面的事由致使相关意思表示的效力被否定而溯及既往的无效时，善意取得便丧失了发生的依据和基础，自是无从发生取得物权的法律效果。

其次，第21条的结论将导致有权处分和无权处分下，法律价值评价的矛盾。以效力待定情形为例，如甲是限制民事行为能力人，未经父母的同意，擅自将自己所有的电脑卖给第三人丙。按照《合同法》第47条的规定，甲与丙之间的合同为效力待定合同，若甲的父母拒绝追认，则该合同无效。丙将无法取得电脑的所有权。现在如果在上述案例的基础上添加“无权处分”的要素，即甲处分了父亲的电脑，合同依然因为甲欠缺行为能力未被追认而无效，<sup>⑤</sup>但是若遵循第21条的结论——善意取得并不以转让合同有效为要件的观点，则丙反而能取得电脑所有权。易言之，无权处分情形下的第三人反而比有权处分情形下的第三人的交易地位更为优势。岂非有失权衡？<sup>⑥</sup>我国有些学者并不同意该观点，他们认为：其一，主张“有失权衡”的观点混淆了善意取得的成立、物权的保有与不当得利的返还之间的关系。前述买卖合同因监护人拒绝追认而无效的场所，第三人虽依善意取得获得所有权，但终因欠缺法律上的根据，须负担不当得利返还的后果。从终局的结果看，善意取得人仍然不能保有标的物的物权，而应予以返还，所以并不会出现上面所谓有失权衡的现象。其二，在无权处分的情形，若丙对于甲的无处分权及甲的限制民事行为能力均是善意地且无过错，使之适用善意取得获得交易标的物，才较好地平衡了各方的利益关系。因为于此场合，甲的监护人具有过错。<sup>⑦</sup>我们认为上述观点是值得商榷的。首先，通过不当得利返还来纠正这种权利归属“失衡”的补救措施的设想植根于德国模式，未必适用于我国。在德国法上，当事人之间买卖合同的债权行为构成物权变动的原因行为，若买卖合同无效，第三人虽然可以根据善意取得规则取得所有权，但是所有权的取得会被认为缺乏法律原因而发生不当得利返还的效果。但是在我国，并不承认物权行为的独立性与无因性，转让合同并非物权取得的

原因行为，难以套用德国法下善意取得与不当得利作用的模式，此其一。其二，在我国，关于善意取得性质的通说是“原始取得”，第三人取得所有权的依据来自于法律的规定，基于此则第三人取得所有权具有法律上的合法根据，自不成立不当得利。<sup>⑳</sup>第三人将终局地保有受让的物权。所谓失衡的现象不能通过不当得利返还来消除。第二，将监护人的过错作为判断无权处分情形下，第三人是否可以善意取得的要素之一，缺乏实证法上的基础。《合同法》第47条在配置限制民事行为能力人、第三人的权利和义务时，并未将监护人的过错作为考虑的因素，它并不能影响合同的效力。再从善意取得的规范体系来看，即使善意取得的理论基础中包含了原权利人的可归责性的权利外观思想，但这里的可归责性也主要是指“权利外观的形成应该基于所有人的意思而发生”，<sup>㉑</sup>并非指原权利人于监护上的过错，并且《物权法》《民法典物权编（草案）》第106条的善意取得的构成要件中也未将其具体化为予以考量的要件。在此范围内，监护人是否有过错不能对善意取得的正当性论证增加任何的砝码。

再次，从比较法的视角，《日本民法典》虽然将善意取得作为占有权效力规定在“即时取得”之下，但从维护交易安全的主旨出发，也认为作为基础的交易行为本身必须是有效的。与我国同样采用债权形式主义的奥地利法的主流学说亦认为物权的善意取得也需要法律行为除处分权的其他有效要件。<sup>㉒</sup>德国和我国台湾地区虽不要求作为原因行为的转让合同有效，但是如前分析的，于善意取得的成立，物权变动合意仍应当有效。我们虽然不能完全照搬德国法的模式，但是也可以考虑“类推适用”。在我国物权变动的模式中，没有独立的物权变动的意思表示存在，物权变动的效果来源于有效的债权行为。债权行为在某种意义上，担当了德国法下物权变动合意的功能——直接构成物权变动的基础，这恰成为了我们构建类推适用的前提。所以，循着上述的德国、我国台湾地区的解释机理——排除无权处分的瑕疵，物权合意应当有效，亦可以得出于债权形式主义的变动模式下，排除无权处分的瑕疵，转让合同应当有效的结论。<sup>㉓</sup>

再次，转让合同有效与善意取得之间的结构安排更能妥适地服务于无权转让人与受让人之间的权利义务的配置。善意取得只是解决了在转让人无权处分时，受让人的物权取得的问题。它并不能解决存在于无权转让人与受让人之间的法律关系的其他内容，如于标的物存在物的瑕疵，受让人拒绝支付价金等情形，当事人之间的权利义务的分配。<sup>㉔</sup>无权处分人、受让人之间针对上述所有权取得之外的纠纷如何进行法律的救济？另外，受让人支付价金的义务及获得交付（占有）的权利基础是什么，也同样是需要回答的问题。显然，善意取得自身无法回答上述疑惑。若善意取得以转让合同有效为要件，则在无权处分人与受让人之间便存在一个有效的交易关系，诸如标的物的瑕疵、价金的支付，标的物的交付或占有的移转、风险负担等问题都可以一体地放置到合同关系的权利义务框架下予以解决<sup>㉕</sup>。

有学者也曾主张，上述问题如价金支付的请求权基础、标的物瑕疵的请求权基础，即使在转让合同无效时也不妨碍通过不当得利制度来解决。如就价金支付的请求权基础而言，“受让人取得所有权虽具有法律上的原因，但善意取得规范目的下的法益变动，应该是受让人的财产一面增加，表现为终局实质地保有标的物，一面减少表现为支付相应代价，两方面保持平衡，”若未支付价金，则并不表现为代价的付出，应适用不当得利返还请求权。<sup>㉖</sup>不过，这种解决方案不仅存在舍近求远的问题，而且在具体的解释路径上也有瑕疵：按照上述逻辑，在不当得利制度下，标的物若不能返还（善意取得旨在使得受让人终局地保有标的物），应当返还所获得的利益，该利益的返还应当以相当于标的物的客观市场价值的价额为限。<sup>㉗</sup>而这个价额与当事人之间约定的转



让价格未必一致，所以它并不能很完美和贴切地解释受让人所负有的按照约定的价金履行支付的义务。若这些问题均能被置于合同关系的构造中，通过价金支付、瑕疵担保、违约等合同请求权，它们均将迎刃而解。

综上，第 21 条的规范及对其释义的结论并不具有妥适性。在我国债权形式主义的物权变动模式下，善意取得下转让合同的效力应当选择有效性的构造。它是转让合同在善意取得制度中功能的必然逻辑引申。未来《民法典物权编》在规范善意取得的要件时应当考虑转让合同有效性要件，以避免法律价值评价的矛盾，实现善意取得规则与合同效力规则、物权变动规则等的契合，完成民法典内部体系性的塑造。

#### 四、结论

《民法总则》再次明确了无权处分下作为债权合同的转让合同有效的规则，先前有关善意取得下转让合同效力的争议焦点已经失去了意义，新的争议焦点渐渐清晰——当因诸如意思表示不真实、违反强制性法律规范、公序良俗、欠缺行为能力或代理权等合同效力瑕疵的情形致使转让合同不具有法律效力时，受让人是否仍然可以主张善意取得。

《物权法解释（一）》第 21 条对这个问题并没有做全面的规范，而是以一个开放性的规范架构予以解决。但从中亦可以窥探出它的倾向是善意取得未必以转让合同有效为要件。只要转让合同不违反强制性法律规范及公序良俗、受让人不具有道德上的可苛责性，即使转让合同不具有法律效力，仍然可以成立善意取得。

《物权法解释（一）》第 21 条在诸多方面不具有妥适性。《民法典物权篇》在规范善意取得下转让合同效力的要件时，不宜继续沿袭第 21 条的处理方式，而是应当以转让合同有效作为善意取得的构成要件。这样不仅在逻辑上更为顺畅，贴合善意取得保护交易安全的主旨，完成转让合同在善意取得构成中的功能与价值的升华，并避免法律价值评价的矛盾，实现民法典内部体系性的塑造，而且也能为无权处分人与受让人之间合意内容的纠纷解决提供更合理的请求权基础。

①参见崔建远 《司法解释对善意取得制度完善的影响度》，上海 《华东政法大学学报》，2017 年第 5 期，第 14 页。梅夏英 《民法典编纂中所有权规则的立法发展与完善》，北京 《清华法学》，2018 年第 2 期，第 38 页。

②崔建远注①文第 14 页。

③参见吴国喆 《善意取得制度的缺陷及其补正——无权处分人与善意受让人间法律关系之协调》，北京：《法学研究》，2005 年第 4 期；彭诚信、李建华 《善意取得合同效力的立法解析与逻辑证成》，北京 《中国法学》，2009 年第 4 期；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》，石家庄 《河北法学》，2006 年第 3 期等。

④杜万华主编 《最高人民法院物权法司法解释（一）

理解与适用》，北京：人民法院出版社，2016 年，第 488 页。

⑤程新文、司伟 《善意取得的构成要件与适用排除解释》，《人民法院报》，2016 年 5 月 4 日，第 7 版。

⑥姚明斌 《善意取得之合同效力要件再检视——基于〈物权法解释（一）〉第 21 条展开》，上海 《法学》，2017 年第 5 期，第 62 页。

⑦郭明瑞 《关于物权法公示公信原则诸问题的思考》，北京 《清华法学》，2017 年第 2 期，第 36 页。

⑧董学立 《论“不动产的善意取得与无权占有”——兼评“连成贤诉臧树林排除妨害纠纷案”》，济南 《法学论坛》，2016 年第 6 期，第 81 页。

⑨Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung,

1981, S. 549.

⑩郑冠宇 《民法物权》，台北：新学林出版股份有限公司，2015年，第105页。

⑪王泽鉴 《民法物权》，北京：北京大学出版社，2016年，第55页。

⑫〔日〕川岛武宜编集 《注释民法（7）》，有斐阁，2007年，转引自谢在全 《民法物权论》（上），北京：中国政法大学出版社，2011年，第280页。

⑬谢潇 《善意取得制度体系瑕疵祛除的拟制论解释——以善意取得中间法律效果的提出为核心》，上海：《政治与法律》2017年第1期，第143页。

⑭姚瑞光 《民法物权论》，北京：中国政法大学出版社，2011年，第68页。

⑮〔日〕田山辉明 《物权法》，陆庆胜译，北京：法律出版社，2001年，第101页。

⑯叶金强 《动产他物权的善意取得探析》，重庆：《现代法学》，2004年第2期，第117页。

⑰王泽鉴 《不当得利》，北京：北京大学出版社，2009年，第130~131页。

⑱Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, S. 198 - 199.

⑲史尚宽 《物权法论》，北京：中国政法大学出版社，2000年，第559~560页。

⑳㉑耿林 《不动产善意取得制度的法政策研究》，北京《清华法学》，2017年第6期，第110页。

㉒〔德〕维尔纳·弗卢梅 《法律行为论》，迟颖译，北京：法律出版社，2013年，第168页。

㉓Jürgen Ellenberger & mehr, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, München: C. H. Beck, 2005, S. 507. S. 1440.

㉔王泽鉴 《三论“出卖他人之物与无权处分”》，《民法学说与判例研究》（第五册），北京：北京大学出版社，2009年，第48页。

㉕参见章正彰 《论我国不动产登记公信力的范围与限度》，武汉《法商研究》，2018年第3期，第24页。

㉖王利明 《物权法研究》（上），北京：中国人民大学出版社，2013年，第252页。

㉗也有学者认为若限制民事行为能力人处分了他人的物，则他与第三人之间的债权合同即使未被法定代理人追认，也应当是有效的。此结论系来自于对行为能力的目的限缩解释。行为能力制度旨在保护限制民事行为能力人因智识不周而遭受不测，倘若限制民事行为能力人处分的是他人之物，则所生的不利后果也并非由其承受，故不妨任其有效。参见郑冠宇 《民法物权》，台北：新学林出版股份有限公司，2015年，第104页。

㉘王泽鉴 《民法总则》，台北：三民书局，2000年，第339页以下。

㉙崔建远 《物权法》，北京：中国人民大学出版社，2014年，第73页。

㉚王文军、雷蜜 《善意取得与转让合同的效力》，郑州《郑州大学学报（哲学社会科学版）》，2011年第3期，第63页。

㉛庄加园 《动产善意取得的理论基础再审视——基于权利外观学说的建构尝试》，北京《中外法学》2016年第5期，第1346页。

㉜参见梅夏英注①文第38页。

㉝刘家安 《善意取得情形下转让行为的效力》，上海《法学》，2009年第5期，第60页。

㉞Brox/Walker, *Besonderes Schuldrecht*, München: C. H. Beck, 2014, S. 17 - 18.

㉟王文军 《为“善意取得”系原始取得申辩——与“善意取得系继受取得说”商榷》，上海《政治与法律》，2009年第6期，第126页。

㊱参见缪宇 《获利返还论——以〈侵权责任法〉第20条为中心》，武汉《法商研究》，2017年第4期，第84页。

作者简介：黄芬，大连海事大学法学院副教授，博士。辽宁大连 116026

[责任编辑 周联合]