

无权处分的侵权救济

张平华*

目 次

- 一、问题与思路
- 二、依权利法应对无权处分之不足
- 三、对无权处分进行侵权救济的必要性
- 四、无权处分侵权的归责原则和责任构成
- 五、无权处分侵权的多样化救济及其相互关系
- 六、余论

摘要 无权处分存在权利法和救济法两种应对思路，前者虽然不否认无权处分侵权，但却囿于“法律行为 + 善意取得”调整无权处分，存在规范对象受限、评价不够整体、利益衡量过简等不足。侵权救济是克服权利法应对不足的工具，可以对无权处分进行全面评价与利益衡量，并能产生更有效的激励。无权处分侵权应适用过错责任一般条款。尽管未发生善意取得，但有增设负担、剥夺占有以及已履行负担行为并造成现实损害的，均可构成侵权。无权处分侵权的违法性、过错不应混同于法律行为的违法、过错，侵权违法属于终局性判断，同意或追认无权处分不同于作为免责事由的受害人同意，不能当然阻却违法。无权处分侵权存在多样化救济，须理顺侵权责任和违约责任、不当得利返还责任、物权请求权的关系。

关键词 无权处分 法律行为 侵权救济 多样化的救济

一、问题与思路

权利和救济向来被视为一个问题的两个方面：权利是救济的内生力量，救济是权利的外在体现。因此，同一民法现象往往可以兼跨权利法和救济法两大领域，产生两种应对思路：权利法追求私法自治和交易安全，具有“内向式发展”特点，习惯于将救济融于权利制度中，重视打造包括权利确认、分类、行使与变动在内的规范体系。法律行为是权利变动的主要原因，也

* 山东大学法学院教授，法学博士。

是制度设计之核心。如果大陆法系为典型的权利法，英美法系则可称为救济法。救济法的宗旨是对权益提供全面保护，具有“外向式发展”特点，不精心构造权利体系、不知法律行为为何物，⁽¹⁾ 而注重发展独特的程序机制、依靠救济证成或保护权利，⁽²⁾ 侵权法得到实务的高度重视。

无权处分以无处分权者实施处分行为为起点，如果受让人因此而取得物权将明显导致利益失衡，只有对原物权人提供充分救济才能重建平衡。长期以来，人们习惯了采用权利法的思路，倾向于将无权处分框定为处分行为，由此派生的抽象处分行为理论更是达到了“内向式发展”之极致：处分行为与负担行为相对、专用于权益变动；仅需“最小合意”，⁽³⁾ 保持价值中立，无所谓有偿/无偿、合法/违法，也不存在意思表示瑕疵；基于无因性，原因之欠缺并不影响处分行为的效力；⁽⁴⁾ 负担行为仅仅用来设定负担，不会导致损害，除非因为处分行为而引发善意取得。在坚持“外向式发展”的救济法看来，处分和负担行为之区分仅仅是内部事务，只具备局部的、技术上的意义。所谓处分是包摄原因和后果，覆盖权益变动全过程的整体现象。物权变动仅以债权合同为基础，而债权合同效力对物权变动存在影响。⁽⁵⁾ 为权利人提供全面救济或保护无须以善意取得为前提，无权处分也可以构成侵权责任。⁽⁶⁾ 自《民法通则》以来，我国民事立法兼采两大法系之特长，逐步形成了高度重视救济法的传统，《民法典》坚持侵权责任独立成编正式形成了“权利法—救济法”两翼展开的格局，更加有利于我们突破既有的思维传统，从救济法角度全面透视无权处分现象。

“权利法—救济法”的区分

	权利法	救济法
研究对象	醇化为处分行为的无权处分	整合了处分和负担行为的无权处分
思维风格	分离、局部	统合、整体
总体特点	内向式发展	外向式发展
对应法系	大陆法系	英美法系
规范重点	权利行使和变动	侵权责任构成、责任效果
立法目的	私法自治、交易安全	对合法权益提供全面救济
法律行为	体系核心	微观细部
价值中立	处分行为是价值中立的	处分行为并非价值中立
无权处分侵权	难以成立	自然成立

(1) 参见 [日]近江幸治《民法讲义1：民法总则》(第6版补订)，渠涛等译，北京大学出版社2015年版，第150页。

(2) 参见 [澳]彼得·凯恩《侵权法解剖》，汪志刚译，北京大学出版社2010年版，第88页。

(3) 按照物权行为的抽象性，物权契约在内容上只包括三项：具体的标的物、具体的相对人和转让所有权的意思，被称为“最小合意”。参见郝丽燕《所有权转让的抽象性研究》，法律出版社2019年版，第350页。

(4) 参见王泽鉴《民法总则》(增订版)，中国政法大学出版社2001年版，第268页。

(5) 参见王利明《论债权形式主义下的区分原则——以〈民法典〉第215条为中心》，载《清华法学》2022年第3期，第5页。

(6) 在英国法上这是一个纯粹侵权问题，可以通过移物行为之诉予以解决。参见 [德]克里斯蒂安·冯·巴尔《欧洲比较侵权行为法》(上)，张新宝译，法律出版社2001年版，第670页。



鉴于此，本文以无权处分的侵权救济为研究对象，检讨依权利法应对无权处分之不足，发掘无权处分侵权救济的必要性或优越性，梳理无权处分侵权之归责原则与责任构成，在理顺侵权责任与其他责任关系的基础上形成多样化的救济机制。

二、依权利法应对无权处分之不足

面对无权处分，权利法主要依托民法总则、合同法、物权法进行调整，给出的应对机制是“法律行为 + 善意取得”，这无疑有利于彰显意思自治，但在规范对象、评价方式、利益衡量等层面却存在一定的不足：

（一）规范对象受限

作为法律行为，无权处分的对象并不限于所有权，而是普遍适用于民商法各个领域，也可引发其他财产权之得丧变更^{〔7〕} 例如：知识产权法上的转让他人知识产权、婚姻家庭法中的未经同意处分共有财产、继承法上的对他人财产的遗嘱处分、商法上的转让他人股权、破产宣告后处分破产财产等。^{〔8〕} 如何规范多样化的无权处分法律行为？《合同法》试图统一规定无权处分分为效力待定的合同，但因为立法者并未明确无权处分究竟是处分还是负担行为，引发学界对普遍承认无权处分效力待定合同的广泛批评。《民法典》总则编并未设立相关统一规定，只在合同编规定了无权处分买卖合同，承认无处分权的买卖合同有效，相对人享有解除合同、主张违约责任的权利（第 597 条），规范对象明显不完全。依据《民法典》第 646 条，买卖合同中关于无权处分之规定可以适用于其他有偿合同，但却不能直接适用于无偿行为。理由是买卖合同中无权处分之所以有效，绝非为了设立行为样板、鼓励无权处分，而是为使当事人依托合同主张违约救济，从而重建对价关系，实现利益平衡。对无偿合同、遗嘱中的无权处分而言，因为不存在预设的对价，也无须维持利益平衡，不能适用买卖合同的规定，更妥当的做法是直接宣告无权处分无效，以维护馈赠者的优越利益。^{〔9〕} 应予强调的是，即便是作为法律行为，无权处分也可具备侵权行为（事实行为）的面相^{〔10〕} 现行法对后者并无明确统一的规范，理论上也缺乏足够的关注，本文以其为研究重点。

善意取得是和无权处分关联最为紧密的制度，其进一步明确了处分的后果，但却未弥补法律行为制度调整对象的不足，反而进一步限缩了权利法的相关调整范围。具体而言：其一，善意取得将无权处分的客体限定为委托物。善意取得创设之初，遗失物、盗赃物等脱离物就是制度例外。即便善意第三人从公开市场购得盗窃、抢劫动产，原所有人也可以要求返还，只不过

〔7〕 参见吴从周《2016 年民事法发展回顾：方法论与释义学之实务观察》，（台湾地区）《台大法学论丛》第 46 卷特刊（2017 年），第 1399 页。

〔8〕 参见周清林《无权处分的重新定义和定位——对我国〈合同法〉无权处分定义和定位的反思》，载《西南民族大学学报（人文社科版）》2017 年第 2 期，第 105 页。

〔9〕 参见《最高人民法院关于财产共有人立遗嘱处分自己的财产部分有效处分他人的财产部分无效的批复》（〔1986〕民他字第 24 号）。

〔10〕 参见黄茂荣《债法总论》（第一册），中国政法大学出版社 2003 年版，第 26 页。

须向善意购买人支付买价。⁽¹¹⁾ 现代民法无不进一步强调善意取得须以法律行为为前提，我国《民法典》上善意取得的客体也限于委托物，对遗失物设定2年时限允许所有者恢复所有权。同时，不承认盗抢物的善意取得，而期待通过刑法追赃退回。通说认为，即便适用善意取得，其适用要件也不应比遗失物更为宽松。⁽¹²⁾ 其二，民法对善意取得设立较为严格的适用条件，而商法则广泛接纳善意取得并承认宽松的规范构成，两者无法实现一致性的立法目的，反而形成了民商分立的格局。⁽¹³⁾ 就制度源流而言，善意取得制度事实上以商事交易为模板，对交易安全的重视度远甚于公平。⁽¹⁴⁾ 就价值取向而言，民法以保护静的安全为一般原则，故将善意取得制度定位为所有权取得的例外或“特别规定”。而商法则以保护动的安全为一般原则，动的安全乃商法善意取得制度的法理基础和价值追求，善意取得制度遂为一般商行为的原则或“基本规定”⁽¹⁵⁾。受外观保护、交易诚信等商事利益机制之驱使，⁽¹⁶⁾ 商事领域更容易接受善意取得，有着更广泛的适用范围。

（二）评价缺乏整体性

法律离不开评价，而针对同一事物可出现多元的评价结果，并衍生出多样化的具体制度。其中，无权处分是否有效关乎交易能否高效实现；能否以及如何适用善意取得则主要涉及对所有者、第三人的公平对待。不同制度所追求的价值目标未必一致，如不予以妥当把握，则既容易导致评价分裂，使制度设计过于碎片化；也会表现为评价冲突，破坏价值体系的和谐自洽。

所谓法律评价之分裂突出体现于法律行为制度之中，因其并非纯然的生活事实而是抽象的法律构造，将连贯的交易、整体性的事实区分为不同阶段，围绕不同立法目的产生不同评价结果。例如，按照不同行为目的，财产行为可以进一步分为物权和债权行为，其中物权行为直接创设、移转、变更、消灭权利；债权行为旨在设立买卖、赠与、租赁等负担。在承认法律行为

(11) 参见陈添辉《动产善意取得制度之起源及发展》，载（台湾地区）《法令月刊》第66卷第8期（2015年），第58页。

(12) 参见崔建远《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（上册），清华大学出版社2011年版，第101页。

(13) See Arthur Salomons, *The Purpose and Coherence of the Rules on Good Faith Acquisition and Acquisitive Prescription in the Draft Common Frame of Reference: A Tale of Two Gatekeepers*, 21 European Review of Private Law 843, 854 (2013); Arthur Salomons, *On the Economics of Good Faith Acquisition Protection in the DCFR*, in Arthur Salomons, *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Kluwer Law International, 2009, p. 203; 朱广新《不动产适用善意取得制度的限度》，载《法学研究》2009年第4期，第52页。

(14) See Giuseppe Dari-Mattiacci & Carmine Guerriero, *Law and Culture: A Theory of Comparative Variation in Bona Fide Purchase Rules*, 35 Oxford Journal of Legal Studies 543, 543–574 (2015); [德]克里斯蒂安·冯·巴尔、[德]埃里克·克莱夫主编《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案——第8卷物的所有权的取得与丧失》，朱文龙等译，法律出版社2014年版，第481页。

(15) 曾大鹏《商法上的善意取得制度研究——比较法的启示与中国法的完善》，载《时代法学》2011年第5期，第76页。

(16) See Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Rethinking the Laws of Good Faith Purchase*, 111 Columbia Law Review 1332, 1335 (2011); Caspar Rose, *The Transfer of Property Rights by Theft: An Economic Analysis*, 30 European Journal of Law and Economics 247, 260 (2010).



分裂的基础上，只有将法律行为和物权变动制度匹配起来才能实现评价完满。而在不同的物权变动规范模式中，无权处分设立之初究竟是产生债权还是物权又有不同的答案。按照物权形式主义，无权处分是欠缺处分权的权利移转，所对应的债权行为原则上有效。立法者希望借助抽象原则使处分行为摆脱贫负担行为的制约。⁽¹⁷⁾ 在债权意思主义或债权形式主义模式下，单凭债权行为即可引起物权变动，此时的无权处分因欠缺处分权而属于效力待定的行为，须依托当事人意愿决定最终的效力。无论采取何种模式，无权处分效力如何及其是否影响物权变动又最终取决于公示制度。法律既承认现实交付和观念交付等效力存在明显差异之公示方式，又在双重买卖中按照交付、付款、订约先后、登记等确定物之归属，事实上使公示方式更加多元。⁽¹⁸⁾ 多元的公示方式在不同程度上超越了物权法的内在要求，并不具有同等法律地位，引发了一系列体系问题，尤其突出的是，在双重买卖等场合何种公示更加优越？观念交付中的指示交付、占有改定可否引起善意取得？针对上述问题可以给出多种不确定的评价，而评价的基准主要是物权变动的秩序需求而不是当事人之间的利益得失，这就使评价结论无法实现完整的经济社会意义。⁽¹⁹⁾ 既然法律行为分裂为不同的具体制度，各项制度仅仅承载阶段性价值判断，未必承载完整的价值追求，那么，单独看无权处分是否有效并无多大价值，必须把所有相关制度整合起来，将无权处分和物权变动模式、公示制度的具体要求结合起来，才能得出完整的价值判断。

法律评价冲突多发于不同制度之间的衔接，在法律行为和善意取得的衔接上，善意取得对无权处分效力提出了不同要求，形成了两种模式：一是承认无权处分效力待定，并以此为基础建立善意取得。德国法坚持抽象物权行为理论，无权处分不受债权行为效力之影响，但因为缺乏处分权而效力待定。⁽²⁰⁾ 我国《合同法》将无权处分规定为效力待定行为，待至《民法典》又改为有效行为。二是原则上否定无权处分的效力，至于其对善意取得的影响，不同国家又有不同应对。《法国民法典》明确规定无权处分的买卖合同无效，但判例上却承认善意取得不以合同有效为前提，淡化了无效评价的作用。⁽²¹⁾ 葡萄牙、捷克、斯洛伐克等国的民法也规定无权处分行为无效（如《葡萄牙民法典》第892条），但基于无效无权处分不发生善意取得。⁽²²⁾ 可见，如果不以无权处分的效力为善意取得之前提，则无效法律行为也可以引起善意取得，从而导致

(17) 参见 [德] 哈里·韦斯特曼《德国民法基本概念》(第16版)，张定军等译，中国人民大学出版社2013年版，第73页。

(18) 参见王泽鉴《民法物权2：用益物权·占有》，中国政法大学出版社2001年版，第259页；关于双重买卖及其公示，参见《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》(法释〔2020〕17号)第6—7条。

(19) 参见 [德] 迪特尔·施瓦布《民法导论》，郑冲译，法律出版社2006年版，第319页；[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176页。

(20) 参见 [德] 曼弗雷德·沃尔夫《物权法》，吴越、李大雪译，法律出版社2004年版，序言第4页、第253页。

(21) 法国判例基于占有之权利推定效力创设了善意取得制度。因为《法国民法典》于第1599条规定“就他人之物所成立的买卖，无效”，其善意取得并不以交易有效为前提。

(22) See Arthur Salomons, *How to Draft New Rules on the Bona Fide Acquisition of Movables for Europe? Some Remarks on Method and Content*, in Wolfgang Faber & Brigitta Lurger eds, *Rules for the Transfer of Movables: A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, Sellier European Law Publishers, 2008, pp. 141—154.

规范效力评价和权利变动评价不一致，引发私法自治和公信力两项评价目标之间的冲突。如果把无权处分有效作为善意取得之前提，则无权处分有效反而可以引发善意取得、进而构成侵权，从而导致规范效力和侵权归责在评价上的矛盾，无法兼容私法自治和公平正义两项评价目标。在法律行为和侵权行为的衔接上，如果基于特定目的所做的评价普遍适用于所有领域，将对法律行为的评价结论直接扩及于侵权法领域，就可能得出下列结论：既然无权处分成立之初仅创设债权，而债权只是相对权，就无法构成对第三人的侵权。⁽²³⁾ 在“一物二卖”中，既然两个买卖合同都有效，当事人也就无须承担侵权责任。

（三）利益衡量失衡

法律行为以意思表示为核心，具有固有的规范逻辑和相对封闭的体系，要求限制规范对象，仅仅作出阶段性的评价。这样做容易满足于维持单项评价目标，形成利益衡量过简的格局：无权处分之于私法自治、善意取得对应于公信力之维护，相应地，法律构成和法律效果也最大限度地予以简化。也正是因此立法者不去考量当事人的行为能力是否适格、意思表示有无瑕疵、标的违法严重程度等，径行得出无权处分原则上有效的结果。⁽²⁴⁾ 诚然，承认处分行为抽象性、独立性、无因性，尽量使处分行为有效的确有利于充分发挥意思自治的主导地位，最大限度地确保将善意取得建立在有效法律行为之基础上，实现体系顺畅与安定。问题是，即便是在权利法的视野中，也存在所谓的“瑕疵共同说”，在某种程度上应将处分行为和负担行为一体对待，无权处分完全可以因为意思表示瑕疵、标的违法而无效。⁽²⁵⁾ 还有，理想中的法律行为制度坚持相对性，强调行为人自我决定、自负责任，效力限于拘束相对人，而现实法律行为具有极强的社会关联性，常常涉及他人，须回答行为对他人产生何种效力的问题。⁽²⁶⁾ 无权处分会衍生包容多方主体的复杂架构，须依靠善意取得或侵权行为制度保护第三人权益或追究第三人责任。无权处分利益关涉复杂，简化而成的规范天生需要一种弥补机制，以维持评价的整体性，防止利益失衡。

总之，按照法律行为规范调整无权处分就必须服从在调整对象、评价方式、衡量方法上的内在要求，所形成的无权处分并非生活世界的真实影像而是被人为塑形的学理概念，只是一种“理想类型”：⁽²⁷⁾ 拘泥于内涵狭窄的法律行为致其调整对象有限，区分式评价使其评价局部化而不完整，这些都最终导致并加重了利益衡量的简化、失衡。据此，善意取得非但无法弥补法律行为制度的不足，还会进一步限缩无权处分的适用范围，导致与法律行为、侵权责任的评价矛盾，加剧评价的非整体性带来的不利影响。善意取得和无权处分法律行为都属于从积极层面对处分行为的规范，不足以全面应对无权处分，侵权救济是克服财产法应对不足的工具。

⁽²³⁾ 参见徐晓峰《违法转租与无权处分、不当得利》，载《法律科学（西北政法学院学报）》2003年第1期，第94页。

⁽²⁴⁾ 2002年修改民法典后，德国法上的自始客观履行不能的合同不再当然无效，尽管其完全可能基于其他原因而无效。参见[德]汉斯-约哈希姆·穆斯拉克、[德]沃夫冈·豪《德国民法概论》（第14版），刘志阳译，中国人民大学出版社2016年版，第157页。

⁽²⁵⁾ 参见同前注（19），[德]迪特尔·梅迪库斯书，第181页；同前注（19），[德]迪特尔·施瓦布书，第331页。

⁽²⁶⁾ 参见[德]维尔纳·弗卢梅《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第70页。

⁽²⁷⁾ 参见[德]阿图尔·考夫曼《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2004年版，第203页。



三、对无权处分进行侵权救济的必要性

(一) 弥补了权利法规范对象上的限制

在未构成法律行为的无权处分领域，侵权法单独发挥调整作用。其中，在所有者和受让人之间，除非法律行为的效力可以扩及受让人，否则，仅存在侵权而无法律行为；在处分人和受让人之间存在法律行为而没有侵权行为。

对于买卖合同之外的无偿法律行为（例如赠与合同），立法者未明确规定因其而实施之无权处分的效力，法院又不能直接类推适用买卖合同，径行认为赠与中的无权处分有效。此时，依靠侵权法可以填补法律漏洞，维护当事人权益。对于以买卖合同为代表的有偿合同，在所有者和处分人之间，整体意义上的无权处分内在包含了负担行为，仍然需要被履行，而所谓的无权处分实际上违反了合同的派生义务，例如，承租人违反保管义务实施无权处分，同时构成对出租人的侵权。考虑到不同法律效果的具体目的不同，但都受制于全面救济这一最高目的，如果不同法律效果都能满足全面救济，则须适用责任竞合、择一承担；否则，完全可以并用多样化责任、发生责任聚合。

无权处分侵权广泛适用于民法各个领域，而按照物的归属不同又可分为三大基本类型：其一，无权处分他人之物。例如，未经出质人同意质权人处分质物（《民法典》第431条）、设立转质（《民法典》第434条），留置权人未通知债务人按照约定履行债务，或者虽经通知而宽限期未满直接变价留置物的，都构成侵权行为。⁽²⁸⁾ 其二，自己的物可以被限制乃至被剥夺处分权，此时，权利人自己实施处分也构成无权处分。⁽²⁹⁾ 例如，被查封扣押财产不得被处分、⁽³⁰⁾ 未经预告登记权利人之同意也不得处分该不动产（《民法典》第221条）。其三，未经他方同意，共有人一方处分共有财产的。⁽³¹⁾ 以上无权处分侵害的客体分别是所有权、他项权利，尽管侵害机理有所差异，但都违反了法定义务、造成他人损害，可以构成侵权。

(二) 对无权处分进行完整法律评价

无权处分中多元的价值追求最终须落定于不同的法律制度，导致同一生活事实在不同制度中展示出多重面相。当立足于权利行使层面，以意思表示为中心解读无权处分时，无权处分可属于法律行为，习惯上归总则或合同编调整，可称为无权处分法律行为。当从权利救济角度看，无权处分也可以是事实行为，符合侵权的要求，无权处分侵权可以发生于行为成立、履行、终止的全过程。在不同领域，权利法、救济法存在不同的显示度。其中，委托物的处分以意思表

(28) 参见《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》（法释〔2000〕44号，已失效）第113条。

(29) 参见同前注〔19〕，〔德〕迪特尔·施瓦布书，第327页；最高人民法院民事审判第二庭编著《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》，人民法院出版社2019年版，第244页。

(30) 参见《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》（法释〔2020〕21号）第26条第1款《最高人民法院关于转卖人民法院查封房屋行为无效问题的复函》（〔1997〕经他字第8号）；山东金龙地产有限公司诉山东魅力四射文化娱乐管理有限公司确认合同效力纠纷案，最高人民法院（2016）最高法民申字第1365号民事裁定书。

(31) 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（法释〔2011〕18号，已失效）第11条第1款。

示为起点，意思表示可以贯通无权处分、善意取得，法律行为的显示度高，制度设计围绕权利行使展开。脱离物的处分不以意思表示为起点而存在非自愿的物的分离，需要法律的强行干预和优越保护，就更有必要加强法定介入，整体上事实行为的显示度就更高，制度设计应当围绕权利救济展开。

侵权法应对机制依托损害、违法性、过错等抽象要件，包摄多样复杂的具体情形，可以对无权处分的侵害救济提供整体性评价。发生于物权编的善意取得不必成为无权处分侵权的前提要件，而只会使侵权变得更加明显。转让合同有效与否不应成为善意取得之必要条件，而只是使善意取得更加顺畅。因此，不能径行认定：法律行为无效，就一定存在过错、构成侵权；法律行为如可撤销，就一定无过错、不构成侵权。事实上，即便法律行为无效、被撤销，已交付的物应予恢复，此前进行的无权处分仍可构成侵权。⁽³²⁾ 在这一意义上，无权处分之有效或无效仅仅为阶段性结论，⁽³³⁾ 无法覆盖全部损害，不应对是否构成侵权产生直接影响。相较于法律行为，侵权救济是一种更全面的评价。

善意取得制度设计越是具体、全面，就越容易和侵权相关联。与其试图建立统一的善意取得制度，不如起初就承认脱离物中存在侵权，而盗赃物之所以不发生善意取得，是因为盗窃本身已经构成侵权，进而须按照侵权制度实现具体的法律强制。对此，瑞士法谚谓“一旦为盗赃，永远为盗赃”；在我国，针对盗抢物再行处分的情形，审判实践已经明确提出“二次侵权”的概念。⁽³⁴⁾ 类似的是，拾得遗失物而未予妥善保管将会构成侵权，如果再行处分的也产生“二次侵权”。此外，若采用侵权过错理念，提高商事主体的注意标准，也可以更好地解释商事善意取得：所有者参与商事交易疏于注意自身权益，而第三人基于对外观的信赖不存在过错，由此发生的善意取得无非是侵权免责的进一步结果。

侵权归责中的损害范围、违法性的综合判断、因果关系确定或推定等方面都以已经发生的事事实为基础，包含比法律行为更高的确定性。这也决定了无权处分法律效力的判断和合法性判断并不同步，即便无权处分有效，也不意味着免责。财产法注重通过公示公信实现物权变动的安全性，以多元的制度设计解决具体问题，而如何化解因多元公示产生的不利于全面评价之难题？对策是突破财产法应对机制的局限，淡化公示方式的影响，承认无论是否引起物权变动都可计算侵权损害赔偿，通过权利救济制度保护当事人的权益。事实上，若承认侵权责任的方式还包括恢复原状，侵权制度也会成为校正公示制度的重要手段。⁽³⁵⁾

（三）对无权处分进行全面利益衡量

财产法最终需要确定绝对权之归属，一旦确定归属将排除其他主体的同类利益诉求，从而导致利益失衡。这就不同于侵权法可以忽略绝对权归属问题，通过课加责任变相承认他人的使用权。⁽³⁶⁾

(32) See Alessio Greco, *National Report on the Transfer of Movables in Italy*, in Wolfgang Faber & Brigitte Lurger eds., *National Reports on the Transfer of Movables in Europe Volume I: Austria, Estonia, Italy, Slovenia*, Sellier European Law Publishers, 2008, p. 402.

(33) 参见同前注〔20〕，〔德〕曼弗雷德·沃尔夫书，第186页。

(34) 参见王娜与烟台龙大养殖有限公司财产损害赔偿纠纷案，山东省烟台市中级人民法院（2019）鲁06民终字第2010号民事判决书。

(35) 参见许德风《不动产一物二卖问题研究》，载《法学研究》2012年第3期，第104页。

(36) 参见〔美〕威廉·M. 兰德斯、〔美〕查理德·A. 波斯纳《侵权法的经济结构》，王强、杨媛译，北京大学出版社2005年版，第34页。



其依靠善意取得优越保护买方的信赖，有利于加快商业流转，但却不利于保护所有人、处分人，难以兼顾多方利益。其依靠法律行为规范无权处分导致利益衡量过简，善意取得在体系上又过度容忍例外，区别不同的客体适用不同的规则，加剧了利益失衡。这种利益失衡使规范设计左右为难。其中，以当事人自治为起点的委托物自可适用善意取得，但脱离物在起点上就是违法的，如承认善意取得，则有用物权变动遮蔽非法行为之嫌，易发生信号失灵的现象。然而，不对盗赃物适用善意取得也使得在合法市场上利用稀缺资源变得困难，从而无法高效地利用资源，反而刺激了更多的资源投入非法领域。

重视无权处分侵权制度，将有利于发挥归责原则在契合经济社会、道德文化发展要求上的作用，坚持过错责任原则的主导地位，在无权处分人的行为自由和所有者的权益保护之间实现平衡；⁽³⁷⁾ 将有利于依托损害、过错、行为的违法性、免责事由等抽象要件全面涵摄无权处分的生活事实，将无权处分、善意取得都纳入侵权的起因或损害当中，覆盖多样化的交易类型，容纳包括盗赃物、遗失物在内的不同客体。

（四）有利于产生更加有效的激励

在经济学家看来，由于所有者原则上享有原物返还请求权，这种救济上的便利反而容易使其注意力下降，不去采取有效的预防措施，进而提升了财物被盗、被侵占的几率；又因为信息成本过高，一旦丧失所有权，所有者通常缺乏足够激励去搜寻被盗、被侵占之物。加之，买方基于可以取得所有权的信赖，也不会保持足够谨慎避免买到有权属争议之物，最终常常须将所购买货物予以返还。这说明财产法应对机制存在诸种激励失灵的可能。为克服上列不足，降低交易成本，实现有效激励，应以侵权路径替代财产法应对机制，限制适用善意取得。尤其是可以依托过失对行为的控制机制，以所有者过失之有无决定无权处分的后果。例如，应该承认无权处分构成侵权，处分人须承担损害赔偿责任，从而避免纵容或鼓励无权处分人擅自处分他人财产、积极地实施侵害他人财产的行为。只有在所有者已经采取了社会最优预防水平的情况下，才允许其追回标的物。若所有者有过失，买方可以最终拥有所购买的盗赃物，从而使所有者产生最大搜寻激励。⁽³⁸⁾

四、无权处分侵权的归责原则和责任构成

（一）无权处分侵权的归责原则：多元抑或统一？

比较法针对不同占有人实施的无权处分并未适用统一的过错侵权责任。德国法上，占有的侵权责任具备阶梯式对应关系：善意占有人无须承担责任、非善意占有人承担过错责任、侵权占有人则须对意外事件承担责任。葡萄牙法与德国法类似，只不过其对应方式有所不同：若原物毁损，善意占有人承担过失赔偿责任；恶意占有人承担无过失责任，除非可以证明即使该物为正当权利人占有也会灭失或毁损（《葡萄牙民法典》第1269条）。⁽³⁹⁾ 人们很容易将上述阶梯式对应关系和德国、葡萄牙法上的“三阶层式的侵权责任条款”联系在一起，然而，所谓三

(37) 参见 [德] 马克西米利安·福克斯 《侵权行为法》，齐晓锐译，法律出版社2006年版，第1—4页。

(38) 参见同前注〔16〕，Alan Schwartz & Robert E. Scott文，第1332页。

(39) 参见同前注〔19〕，〔德〕鲍尔、〔德〕施蒂尔纳书，第77页；张礼洪 《物权制度设计现代化的几点思考——以葡萄牙民法为视角》，载《环球法律评论》2012年第2期，第96页。

阶层结构是针对不同权益所设，体现了权利保护和利益保护程度上的差别，不应和无权处分侵权产生对应关系。无论是善意还是恶意占有都涉及对同种权益的保护，善意、恶意占有反映了占有人对无权占有是否知情的状态，并不等同于侵权主观上的过错，也不能决定适用不同的侵权归责原则，相反，不同的无权处分应统一适用侵权过错责任一般条款（《民法典》第1165—1166条）。既然如此，各种具体侵权类型中没有必要详尽规定具体责任构成，所缺漏者完全可以依据过错责任一般构成要件获得补充。以处分被卖方保留所有权的物为例，^{（40）}《民法典》第642条相较《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》（法释〔2012〕8号，已被修改）第35条删除了出卖人损害赔偿请求权的规定，起到了避免立法重复的作用。

（二）无权处分侵权责任构成之释疑

无权处分侵权应适用过错侵权责任一般要件，在四个构成要件中，“因果关系”要件并无特别之处，其他要件中值得特别解释、证成的疑难问题有：

1. 未引发善意取得的无权处分也可以导致损害

虽实施了无权处分，但未发生善意取得，是否存在损害？日本判例曾经认为，此时受害人可选择向第三人主张返还原物请求权或向无权处分人请求损害赔偿，现今则要求受害人优先主张返还原物请求权。^{（41）}本文认为，这一改变并不恰当。因为无权处分侵权不以权利发生变动、所有者丧失返还请求权为前提，而贯穿于处分行为之全局，具有普遍适用性。善意取得要求的实际交付、变更登记将导致所有权最终发生变动，进一步实现侵权结果；但不能说只有实际交付、变更登记才实施了侵权。^{（42）}不过，从救济的现实性、必要性角度出发，侵权法不可能对任何轻微损害都提供救济，这就要求无权处分的损害须达到一定的程度。^{（43）}对此，欧洲通行做法是要求造成实际损害，但并不强求必须是物理的有形毁损。^{（44）}在德国，无权处分可属于废止或妨碍物的归属（关系）的侵权，须达致对所有权地位的“物理干涉”，以至于所有者无法或难于对物控制。^{（45）}在美国，无权处分侵权适用“侵占”（conversion）进行救济，须达到实质性干涉的程度，而这是综合衡量主客观要素得出的结论。^{（46）}

^{（40）} 处分被卖方保留所有权的物在法国是善意取得的主要案型。参见尹田《法国物权法》，法律出版社1998年版，第210页。我国实务上在保留所有权的场合严格审查善意取得之适用，以防止所有者权益受到肆意侵害。参见海安县农村信用合作联社诉海安县爱之缘服饰有限公司借款合同案，江苏省南通市中级人民法院（2006）通中民二终字第215号民事判决书。

^{（41）} 参见于敏《日本侵权行为法》（第3版），法律出版社2015年版，第295页。

^{（42）} 参见同前注〔6〕，〔德〕克里斯蒂安·冯·巴尔书，第650页。

^{（43）} See Scott G. Johnson, *What Constitutes Physical Loss or Damage in a Property Insurance Policy?* , 54 *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal* 95 , 95 – 124 (2019) .

^{（44）} 参见〔德〕克里斯蒂安·冯·巴尔《欧洲比较侵权行为法》（下），焦美华译，法律出版社2001年版，第7页、第49页。

^{（45）} 参见〔德〕埃尔温·多伊奇、〔德〕汉斯-于尔根·阿伦斯《德国侵权法——侵权行为、损害赔偿及痛苦抚慰金》，叶名怡、温大军译，中国人民大学出版社2016年版，第94页；同前注〔19〕，〔德〕迪特尔·施瓦布书，第234页。

^{（46）} 参见〔美〕丹·B.多布斯《侵权法》（上册），马静等译，中国政法大学出版社2014年版，第118页。



《民法典》对无权处分的损害程度要求存在差别。有的未明确要求损害程度，只要质权人的无权处分“造成出质人损害的”，就应当承担赔偿责任（《民法典》第431条）。有的强调必须造成现实物理损害，例如，若质权人转质，只有侵权造成质押财产毁损、灭失，才须向出质人承担赔偿责任（《民法典》第434条、《物权法》第217条）。本文认为，法律不必对损害程度作特别要求，原则上，一切损害都可构成无权处分侵权。因为损害之本质通常采取“差额说”，凡是侵害前后权益人的利益状态存在差额的就应该存在损害。^{〔47〕}这种利益差额是以权利而非权利客体为对象计算出的结果。无权处分侵害的是物权而不是物，物权的观念性、抽象性也决定了其侵害形态复杂多样。无权处分引发善意取得的，自然会导致损害。即使未发生善意取得、未丧失所有权或共有权，也可能构成侵权，这主要包括三种情形：①增设负担。基于善意取得而使第三人取得抵押权或质权，原物之上增设负担的，可以构成无权处分侵权。若第三人行使担保物权，损失应为实际担保范围。若未行使担保物权也存在未来发生损失的可能。^{〔48〕}②剥夺占有。虽未发生所有权变动，但如果已经剥夺占有，所有人也可以主张侵害占有的侵权责任，要求赔偿因恢复占有、确立所有权所支出的费用。^{〔49〕}③无形损害。无权处分可以导致登记错误、标的物价值下降、物的使用利益损失、转售利益损失等无形损害。^{〔50〕}

2. 基于多样化侵权类型的无权处分违法性

无权处分侵权的违法性、过错不应混同于法律行为的违法、过错。其中，行为的违法性是侵权归责的桥梁，不仅有利于我们按照阶层式归责进程，通过法律妥当性判断进一步启动有责性判断，还将有利于我们梳理无权处分的多样化的类型。

(1) 无权处分侵权行为可以包括负担行为、间接行为等。由处分行为引起的权利变动可以构成侵权的明显标志，因此无权处分侵权以处分行为为典型。此外，若当事人已经履行负担行为并最终造成现实损害，也可以构成无权处分侵权。例如，擅自租赁他人财产且未得到所有人追认的构成侵权，除应解除出租合同、返还租赁物外，还须赔偿所有人的财产损失。^{〔51〕}依据《民法典》第716条，经同意转租时由第三人造成损失的，承租人承担损害赔偿责任；举轻以明重，未经同意转租时，第三人造成租赁物损失的，承租人更应承担损害赔偿。如果次承租人须承担终局责任的，将成立不真正连带责任。^{〔52〕}无权处分侵权行为可以由处分人实施，也可以是再许可、委托、指派他人实施；^{〔53〕}可以是直接行为、间接行为或两种行为之结合，例如“未经同意扣押他人车辆并予以拍卖”，其中扣押车辆是直接侵权，而拍卖可构成无权处分，属于直接侵权的延伸进阶；^{〔54〕}可以是处分人单独侵权，也可以是处分人、受让人或其他主体的共

〔47〕 关于损害本质的进一步探讨，参见张平华《事实与法律：损害的二象性及其展开》，载《现代法学》2016年第2期，第85页。

〔48〕 参见同前注〔40〕，海安县农村信用合作联社诉海安县爱之缘服饰有限公司借款合同案民事判决书。

〔49〕 参见林诚二《民法债编总论——体系化解说》，中国人民大学出版社2003年版，第155页。

〔50〕 参见同前注〔43〕，Scott G. Johnson文。

〔51〕 参见杨立新主编《类型侵权行为法研究》，人民法院出版社2006年版，第225页、第230页。

〔52〕 参见黄立主编《民法债编各论》，中国政法大学出版社2003年版，第298页；邱聪智《新订债法各论》（上），中国人民大学出版社2006年版，第304页。

〔53〕 参见同前注〔37〕，〔德〕马克西米利安·福克斯书，第22页。

〔54〕 参见韩建平与西安永泰祥置业有限公司、中国工商银行股份有限公司西安北大街支行财产损害赔偿纠纷案，陕西省西安市中级人民法院（2016）陕01民终字第8942号民事判决书。

同侵权。⁽⁵⁵⁾

(2) 侵权违法判断的特殊性。第一，侵权违法和法律行为上的违法在评价目的或后果上存在明显差别。就评价目的而言，前者总体反映了国家是否对行为进行制裁进而科以责任的态度，须为实质性、整体性的判断。后者表明法律对意思自治的支持程度，行为合法性的评价结果是阶段性的判断，须融合到效力判断当中才能最终发挥作用。⁽⁵⁶⁾ 在评价后果方面，在法律行为视角下，处分行为与负担行为分离，具有价值中立的特点，除负担行为违反善良风俗等情形外，处分行为原则上不受负担行为违法、无效之影响。⁽⁵⁷⁾ 但是，在侵权行为视野中，法律评价可以推开法效评价而更为完整，整合处分行为和负担行为为一体，只需按照权益侵害之结果（结果违法）或者注意义务之违反（行为违法）判断其是否具备违法性。从法律行为角度看，不同的违法性对应无效、可撤销等不同的法律效力。相反，在侵权视野中，无论违法类型如何、法律行为是否生效、有无发生善意取得，这些阶段性违法判断最后都不能替代终局性违法判断，并不直接决定原所有权人对无权处分人、受让人的侵权请求权。

第二，善意取得在判断行为违法程度上的作用。对于委托物，只有法律规定或当事人约定禁止处分、限制处分仍予以处分的，才不发生善意取得构成明显违法。对于遗失物，拾得人本应返还，如不予返还反加处分，拾得人的处分行为明显违法。若受让人通过“拍卖或者向具有经营资格的经营者购得”，处分行为的违法性因为维持整体交易秩序之必须而被冲淡，此时尽管不能善意取得，但所有权人追回标的物的，须向买受人支付价款。盗抢物的违法性最为明显，不适用善意取得。无论其流转到谁手中、处于何等交易环境，相关行为均构成违法，此时的违法性在处分人、不同的受让人之间具有“可传递性”。

第三，同意或追认无权处分行为不意味着当然阻却行为的违法性。通说认为，权利人的同意或追认是所有人行使处分权的具体体现。经过同意或追认，无权处分变成了合法行为，阻却了侵权责任的发生。⁽⁵⁸⁾ 本文不赞成这一观点。同意或追认无权处分可以授予行为人处分权，但该行为只是弥补了处分权之不足，使其于交易上合法，并不能等同于侵权免责事由中的“受害人同意”⁽⁵⁹⁾。

3. 不应与法律行为制度混同的无权处分侵权过错

只有无权处分人有过错的，才须承担侵权损害赔偿责任，对此《民法典》虽无明确规定，但应参照比较法通例做同一解释。⁽⁶⁰⁾

(1) 无权处分侵权过错应结合注意义务的违反情况加以认定，而不得混同于法律行为中的过错。无权处分可以涉及多样化的制度，不同制度的构成要件之间亦存在紧密关联。但是，制度关联不意味着可以将不同制度的构成要件径直混同。例如，人们很容易将侵权故意和无权处分中的恶意相挂钩，认为凡是被告具有恶意的就“不受善意取得制度保护”，也就当然构成故意

(55) 参见同前注〔19〕，〔德〕鲍尔、〔德〕施蒂尔纳书，第252页。

(56) 参见曾世雄《民法总则之现在与未来》，中国政法大学出版社2001年版，第204页。

(57) 参见同前注〔26〕，〔德〕维尔纳·弗卢梅书，第204—205页。

(58) 参见梅夏英《法律行为的体系价值解读及其对合同效力的影响》，载《华东政法大学学报》2018年第5期，第34页。

(59) 同前注〔26〕，〔德〕维尔纳·弗卢梅书，第171页。

(60) 参见同前注〔20〕，〔德〕曼弗雷德·沃尔夫书，第294页。



侵权。⁽⁶¹⁾ 有的裁判直接承认违反注意义务也就不得成立善意取得。⁽⁶²⁾ 在此前提下，过错就成为善意取得中的决定性要件，更加明显地彰显侵权理念。⁽⁶³⁾ 但事实上，侵权故意和无权处分中的恶意并非一致。⁽⁶⁴⁾ 受让人知情而受让标的物的构成恶意，但不等于其必定有过错。⁽⁶⁵⁾ 就善意取得看，其中的过错是指对不知情的过错而不是因为违反注意义务所导致的过错，是违反形式审查义务而不是实质审查义务的结果，且至少须为重大过失。⁽⁶⁶⁾ 考虑到物权公示的制度现实难谓完美，其仅仅产生权利正确性推定效力而不是绝对效力，因此，除了考察相对人知情与否外，还需要辅之以其有无过错才能更显公平。从举证责任角度看，过错一般由原告承担举证责任，而善意则适用举证责任倒置。⁽⁶⁷⁾ 此外，恶意的基准点是受让时，受让后而知情不构成恶意。⁽⁶⁸⁾ 而侵权过错更注重整体动态性，无权处分成立后的处分行为，侵权确立后发生新的损害的，也构成新的过失进而导致新的侵权。这些都在一定程度上体现了侵权救济的兜底作用。

(2) 过失是无权处分侵权的基本过错形态。通说认为，无权处分侵权限于故意侵权而不包括过失侵权，除非这种无权处分须承担无过错责任。⁽⁶⁹⁾ 本文不赞成这一观点，与故意一样，过失也应成为无权处分侵权的基本主观状态。现实中，由于公示情况时常与物权的真实情况不一致，基于疏忽而不知道真实权利人或误信自己是真实权利人进而实施无权处分的，并不罕见。例如，代理人代理本人谈判出售某产品，事后证明本人对产品不享有所有权，代理人也须对所有者承担过失侵权责任。⁽⁷⁰⁾ 由于侵权过失不同于善意取得中的过失，若受让人存在一般过失，也可以构成无权处分侵权，同时，若受让人对于不知情仅仅是一般过失却可以发生善意取得。此时，如果忽略过失含义之具体差别，的确会产生价值判断上的矛盾或误读。为防止这种不必要的误读，考虑到侵权过失判断更具有全局性，解释上应坚持只要侵权上构成一般过失的，就应该推定在不知情上存在重大过失，不发生善意取得。

(61) 参见嘉峪关市华城置业有限公司与靳春玉、靳德胜等侵权责任纠纷案，甘肃省嘉峪关市中级人民法院（2017）甘02民终字第67号民事判决书。

(62) 参见黄春涛与顾连英等所有权确认纠纷上诉案，江苏省南通市中级人民法院（2015）通中民终字第2934号民事判决书。

(63) See Izhak England, *The Law of Torts in Israel: The Problems of Common Law Codification in a Mixed Legal System*, 22 *The American Journal of Comparative Law* 302, 302 – 329 (1974).

(64) 参见同前注〔62〕，黄春涛与顾连英等所有权确认纠纷上诉案民事判决书。

(65) See Martijn W. Hesselink, *The Concept of Good Faith*, in Arthur S. Hartkamp et al. eds, *Towards a European Civil Code*, 4th Edition, Kluwer Law International, 2011, pp. 619 – 649.

(66) 参见张顺玉与韩金钟所有权确认纠纷案，湖北省荆门市中级人民法院（2019）鄂08民终字第532号民事判决书。

(67) 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典物权编〉的解释（一）》（法释〔2020〕24号）第14条第2款。德国法上善意基本上是推定的。参见杨宏晖《动产所有权善意取得制度之比较与再检讨》，载（台湾地区）《台大法学论丛》第41卷第4期（2012年），第1779页。

(68) 参见同前注〔14〕，〔德〕克里斯蒂安·冯·巴尔、埃里克·克莱夫主编书，第485页。

(69) 参见史尚宽《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第116 – 117页。

(70) 参见同前注〔46〕，〔美〕丹·B.多布斯书，第117页。

五、无权处分侵权的多样化救济及其相互关系

（一）侵权责任和违约责任的关系

无权处分同时违反法定和约定义务的，可以构成侵权和违约的竞合，由受害人选择其一提起救济。若因无权处分而解除合同（例如房屋买卖）的，善意买受人除有权要求出卖人返还房屋外，还可主张包括赔偿房屋差价损失在内的违约责任。⁽⁷¹⁾ 这里的违约责任也可与侵权损害赔偿责任竞合。此时，为简化三方关系，无论处分人有无过错，其对受让人的请求权应依法由所有人承受，所有人据此也得向受让人主张违约责任。⁽⁷²⁾

不过，如果立法者对无权处分中的竞合存在特别应对举措，则应按照立法目的适用特别规定，受害人无须或不能做出选择。例如，代理人无代理权而以被代理人的名义进行处分的，可以同时构成无权代理和无权处分。此时当事人应选择按照无权代理进行救济，直接适用《民法典》第171条对无权代理损害赔偿责任的特别规定。

（二）侵权责任和物权请求权的关系

我国《民法典》侵权责任编集中规定损害赔偿，而停止侵害、排除妨害、消除危险责任方式无非是行使物权请求权的结果。物权请求权是基于物权圆满状态而生的直观性、原生性的救济；而侵权损害赔偿、不当得利请求权是兜底性、派生性的救济。⁽⁷³⁾ 从这一角度而言，停止侵害、排除妨害、消除危险等物权请求权和侵权损害赔偿、不当得利返还请求权的救济目的明显不同，完全可以发生聚合。侵权损害赔偿的方法有恢复原状和金钱赔偿之分，不同的损害赔偿方法将导致侵权责任和物权请求权不同的关系。无权处分引发善意取得的，原所有权人无法请求恢复原状而只能主张折价赔偿，此时不存在物权请求权和侵权责任的竞合；未构成善意取得的，受让人须返还财产，并赔偿其他损失，物权请求权和侵权责任可以并用而构成聚合，⁽⁷⁴⁾ 此时，侵权损害赔偿的方法既可以是恢复原状也可以是金钱赔偿。

问题是，《民法典》物权编直接规定的损害赔偿究竟是侵权损害赔偿还是物权请求权？或者说，两种损害赔偿是何种关系？对此，比较法上多区别善意占有、恶意占有而予以不同对待。德国法认为对恶意占有人的损害赔偿既可以是侵权损害赔偿，也可以是物权请求权，二者互不替代，可以构成竞合。但是，对善意占有人的损害赔偿请求权仅限于占有人存在重大过失的情形，损害赔偿范围也比恶意占有情形要小得多。⁽⁷⁵⁾ 该规定具有特别立法目的，应排除侵权法的适用，也就不存在责任竞合。《法国民法典》的物权请求权体系远不如德国法那么统一、发达。为弥补所有者的损失，返还之诉中可以并用损害赔偿，同时，根据占有人善意或恶意之不同而

⁽⁷¹⁾ 参见李丹、张荣华《无权处分共有房产致买卖合同解除时的损害赔偿》，载《人民司法（案例）》2017年第20期，第54页。

⁽⁷²⁾ 参见同前注〔20〕，〔德〕曼弗雷德·沃尔夫书，第294页。

⁽⁷³⁾ 参见同前注〔19〕，〔德〕鲍尔、〔德〕施蒂尔纳书，第205页。

⁽⁷⁴⁾ 参见翟竞某等与秦海某等房屋买卖合同纠纷上诉案，北京市第二中级人民法院（2018）京02民终字第3783号民事判决书。

⁽⁷⁵⁾ 参见同前注〔19〕，〔德〕鲍尔、〔德〕施蒂尔纳书，第186页、第284页。



返还范围有所差别,⁽⁷⁶⁾ 其中恶意占有人须对偶然事件引起的损害承担责任。恶意的出卖人也须赔偿善意买受人损失, 返还不当所得。但这一做法被认为和“优越保护善意占有人、物权请求权及从请求权优位于侵权请求权”的立法初衷相违。⁽⁷⁷⁾

我国《民法典》物权编于物权保护(第238条)、占有(第459条)等章节规定了损害赔偿请求权。理论上对该请求权性质存在争议, 形成物权请求权⁽⁷⁸⁾或侵权请求权⁽⁷⁹⁾两种观点。本文认为, 单纯争论物权编上的损害赔偿是否属于物权请求权, 其价值并不大。问题的关键是善意、恶意占有人的损害赔偿是否存在明显差别, 在不同情形中分属于两编的损害赔偿可以存在何种不同的关系。无论物权编还是侵权责任编都承认恶意占有人的损害赔偿责任, 且责任范围并无实质差别。⁽⁸⁰⁾ 在此基础上, 两种损害赔偿究竟构成责任竞合还是排除责任竞合, 结果并无多大差别。至于善意占有人的损害赔偿责任, 物权编和侵权责任编采取了不同的态度, 在物权编, 如果对第459条作反对解释, 自然可以得出善意占有人不须承担赔偿责任的结论。在侵权责任编, 第1165条的一般侵权损害赔偿责任却没有区分善意占有人与恶意占有人, 事实上, 善意仅仅意味着主观上的不知情, 至于是否违反注意义务则属于侵权过错问题。基于过失而善意占有他人之物的, 占有人对物仍须负善良管理义务, 如有违反将产生损害赔偿责任。从全面救济的角度说, 没有必要简单排除善意占有人的侵权损害赔偿责任, 而应适用责任竞合, 由当事人进行选择。只不过, 与恶意占有的情形不同, 若当事人选择适用物权编, 则不能获得损害赔偿, 结果存在明显差异。

(三) 侵权责任和不当得利返还责任的关系

不当得利是无权处分中的重要救济方式。其中, 善意取得人之获得所有权存在法律上的原因而不发生不当得利,⁽⁸¹⁾ 至于对无权处分人则可以普遍适用不当得利。问题是, 侵权损害赔偿可否包括无权处分人因处分而获得的利益? 如果答案是肯定的, 则侵权损害赔偿和不当得利返还构成竞合; 否则, 二者可以并用, 适用聚合。在英美法, 一旦确定构成侵占, 法院会强制将物品出售给被告, 被告必须支付相当于动产全部价值之价款。处分人明知无处分权而为处分的, 被侵权人可请求其返还非法获利。在德国, 按其民法典第816条第1款的规定, 在构成善意取得时, 无权处分人对权利人负有返还“处分所得”的义务, “所得”应为无权处分人的非法获利而不局限于标的物的市场价值, 权利人可得到处分人的全部非法获利。⁽⁸²⁾ 受让人是故意的, 还要承担基于不真正无因管理所产生的责任(《德国民法典》第687条第2款)。按照我国台湾地区“民法”第181条的规定, 无权处分人在无法返还原物的情况下“应偿还其价额”, 若无权处分

(76) 参见 [法] 弗朗索瓦·泰雷、[法] 菲利普·泰勒尔《法国财产法》(上), 罗结珍译, 中国法制出版社2008年版, 第620—626页。

(77) 参见苏永钦主编《民法物权实例问题分析》, 清华大学出版社2004年版, 第252页。

(78) 参见龚赛红《关于侵权责任形式的解读——兼论绝对权请求权的立法模式》, 载《法学杂志》2010年第4期, 第44页。

(79) 参见崔建远《侵权责任法应与物权法相衔接》, 载《中国法学》2009年第1期, 第139—144页。

(80) 参见同前注〔12〕, 崔建远书, 第354页。

(81) 参见吴某与吴财有、邵文芳不当得利纠纷案, 安徽省芜湖市鸠江区人民法院(2018)皖0207民初字第5717号民事判决书。

(82) 参见同前注〔19〕, [德] 鲍尔、[德] 施蒂尔纳书, 第203页。

人存在恶意，则其返还范围及于所获得之利润。⁽⁸³⁾ 可见，比较法上多承认侵权损害赔偿的范围可以包括处分获利，基于此，可以适用责任竞合化问题，选择适用不同救济之结果并无多大差别。我国《民法典》第1182条只是原则上承认侵害人格权益获得利益的，损害赔偿范围应包括侵害获利，此一规定能否当然扩及适用于财产侵权尚且存疑；而按照第1184条，财产侵权原则上按照市场价格确定损失，尚不能包含获利。第986—988条按照得利人善意、恶意区别返还范围，但缺乏关于非法获利返还的一般规定。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》[法（办）发（1988）6号，已失效]第131条规定：“返还的不当利益，应当包括原物和原物所生的孳息。利用不当得利所取得的其他利益，扣除劳务管理费用后，应当予以收缴。”若允许无权处分人保留市场价与处分价金之溢额，显然有悖诚实信用，考虑到无权处分系处分他人之物，溢价处分又不违背该他人的意思，故此可类推无因管理之规定，将价金溢额作为管理利益归于权利人。考虑到我国法上侵害财产权的损害赔偿未必包含处分获利，当无权处分导致的不当得利返还和侵权损害赔偿构成责任竞合时，选择适用不当得利将更有利于保护所有者。

总之，无权处分的复合性自然导致其对应于多样的法律制度，且不同制度之间又难免存在紧密关联，只有将权利法和救济法融合起来才能全面调整无权处分。不同的责任之间可以构成竞合或聚合关系。这种竞合或聚合关系，也可以避免直接以善意取得或法律行为有效无效作为侵权责任的前提。

六、余 论

真实世界中的无权处分丰富而又复杂，要求充分发挥《民法典》的体系效应予以全面地观察和应对。权利法固守“法律行为+善意取得”的应对组合，失之于规范对象受限、评价不够整体、利益衡量过简等。《民法典》“权利法—救济法”两翼展开的格局要求我们以侵权为起点观察无权处分，从而不局限于权利法的老路子，这不意味着否定既有的法律制度，只是可以更好地兼容多样化的制度设计，更有利于全面法律评价与利益衡量，并产生更加有效的激励。

其实，总分结合的法典结构意味着纵横交错的视野，依此无论考察哪个核心概念（例如，权利、行为、责任），都应存在纵向上的一般法和特别法关系，同时也要注意横向上不同领域间的相互影响，需要将法律行为与事实行为、权利法和救济法应对机制对照统一起来。在这方面，我们还有很长的路要走。

⁽⁸³⁾ 参见黄立《民法债编总论》，中国政法大学出版社2002年版，第208页。