

# 论背俗一物二卖中的回复原状救济

张弘毅\*

## 目次

- |                      |                     |
|----------------------|---------------------|
| 一、问题的提出              | 四、应有状态的确定：破产和执行风险分配 |
| 二、单方背俗时的回复原状救济       | 五、双方背俗时的相对无效救济      |
| 三、应有状态的确定：出卖人处分自由的影响 | 六、结论                |

**摘要** 一物二卖中第二次买卖违背善良风俗时,如何救济第一买受人对于取得实物的期待利益,是民法学中的经典疑难问题,也是实践中经常发生的代表性案型。就此存在“处分背俗无效”与“处分有效+背俗侵权”两种救济进路,无效进路下可进一步分为“绝对无效”与“相对无效”方案,侵权进路下可分为“标的物返还出卖人”“标的物直接让与第一买受人”等侵权责任承担方式。救济第一买受人的目标是使其法律地位回复到应有状态,影响回复原状方式选择的实质因素包括出卖人原本另行处分之可能性、出卖人原本破产和被执行的风险大小。根据这一分析框架,第二买受人单方背俗时,所有权变动并不无效,只能采侵权进路,第二买受人应将标的物直接让与第一买受人;出卖人与第二买受人双方背俗时,应采相对无效方案,所有权变动相对于第一买受人无效。

**关键词** 一物二卖 背俗侵权 回复原状 破产和执行风险 相对无效

## 一、问题的提出

物之所有人出卖其物后,再次出卖并移转所有权与第三人,通说依据债之相对性以及促进自由竞争的实质考量,认为第二次买卖原则上有效。然而,若个案情事表明第二次买卖<sup>〔1〕</sup>因过分侵害第一买受人之利益有违善良风俗,法律效果又将如何?王泽鉴先生曾于四十年前认为,第二买受人故意背俗侵害第一买受人之债权,应承担回复原状的侵权责任,但具体的回复原状方式“甚有争议”,疑难之处在于,第一买受人得否请求第二买受人将已取得之标的物让与自己(侵权+直接

\*北京大学法学院博士研究生。

〔1〕严格说来,负担行为并不会侵害第一买受人之利益,构成背俗的只可能是出卖人对第二买受人的处分行为,下文所称“第二次买卖”均指其中的处分行为。

让与方案),抑或只能请求第二买受人将标的物返还给出卖人,由其继续向自己履行买卖合同(侵权+返还出卖人方案)。〔2〕四十年过去,这一民法学上的经典疑难问题仍未得到解决,学者继续认为这一问题“甚有争议”。〔3〕本文拟结合本土学说判例及比较法上之发展对此问题展开探讨。

我国司法实践中,背俗一物二卖的案例时有发生,〔4〕法院大多依据出卖人和第二买受人约定的价款显著低于市价〔5〕或者存在亲属或任职等特殊关系〔6〕,认定其恶意串通损害第一买受人之债权,因此第二次买卖无效。在最高人民法院第33号指导案例中,金石公司(出卖人)与田源公司(第二买受人)的实际控制人间存在亲属关系,且约定的买卖价款2569万远低于市价3225万,最高人民法院综合其他情事认定双方构成恶意串通损害嘉吉公司(第一买受人)之债权,最终判令买卖合同无效,田源公司应向金石公司返还财产,从而继续向嘉吉公司履行合同(无效+返还出卖人方案)。比较法上也存在大量认定第二次买卖背俗的判例,德国学者有如下类型化的总结:第二买受人具有故意损害之意图、毫无顾忌地追求自己利益、有计划地影响出卖人、承诺代出卖人承担对第一买受人的违约责任、对出卖人行贿等。〔7〕中外司法实践中的这些案例是否真的构成背俗,当然不乏可议之处,不过,要件方面的争议并非本文所关心,本文更想探讨的是,在公认成立背俗的那些典型情形或者司法实践基于特定社会经济原因强烈需要认定背俗时,应当如何构造法律效果以更好地实现救济第一买受人的目标。

我国学说关于上述问题的立场,基本与司法实践相同。有代表性的学者观点认为:“在出卖人与第二买受人通谋并以此逃避债务履行或强制执行时,可认定其行为构成恶意串通,并据此确认不动产物权变动的基础关系及物权合意无效,第一买受人可据此请求涂销登记,并请求出卖人履行合同……在特殊的情形下,〔8〕若第二买受人明知第一买受人的存在,仍然坚持参与竞争,可构成以故意违反善良风俗的方式侵害第一买受人的债权,第一买受人可据此请求恢复原状,确认第二买卖合同无效,〔9〕涂销登记,并请求出卖人履行合同。”〔10〕最终的效果都是第二次买卖无效(无效+返还出卖人方案)。〔11〕

可见,我国判例学说中的一致意见在实质上均采王泽鉴先生问题中的返还出卖人方案。形成对比的是,德国通说自1920年代的帝国法院(Reichsgericht)判例(参见下文)以来,始终坚持第二

〔2〕 参见王泽鉴:《二重买卖》,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》,北京大学出版社2015年版,第474页。

〔3〕 参见茅少伟:《论恶意串通》,载《中外法学》2017年第1期,第168页(脚注108);孙鹏:《不动产二重买卖研究》,载《比较法研究》2005年第1期,第40页。

〔4〕 中国裁判文书网上以《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第7条为法律依据的民事案件多达3561件(截止检索时间:2023年7月30日)。

〔5〕 参见最高人民法院二审民事判决书,(2013)民二终字第29号;河北省石家庄市中级人民法院二审民事判决书,(2020)冀01民终3032号。

〔6〕 参见广东省广州市中级人民法院二审民事判决书,(2018)粤01民终15858号;北京市昌平区人民法院一审民事判决书,(2016)京0114民初6163号。

〔7〕 Vgl. Michaels, Sachzuordnung durch Kaufvertrag, 2002, S. 378.

〔8〕 经与许德峰教授确认,其所谓“特殊的情形”即指不构成恶意串通的情形。

〔9〕 第一买受人享有的仅是一项产生自侵权行为的债权,如何能够“确认”第二次买卖无效?许教授或许借鉴了其所介绍的法国法模式,但法国最高法院判决原文Civ. 3, 22 mars 1968并未使用任何“撤销”“无效”“取消”等词,其准确的观点是:第二买受人所取得之权利“不得对抗”(inopposabilité)第一买受人。

〔10〕 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100、103页。

〔11〕 相同观点参见崔建远:《一房成为数个权利标的物时的紧张关系及其理顺》,载《清华法学》2013年第5期,第171页;王海燕、侯国跃:《无权处分与一物数卖的理论和实践问题》,载《西南政法大学学报》2013年第5期,第23页;前注〔3〕,孙鹏文,第40—41页。

次买卖有效,第二买受人应承担侵害债权的侵权责任,将标的物直接让与第一买受人(侵权+直接让与方案)。<sup>[12]</sup> 学者指出,德国通说的形成很可能与当时恶性通货膨胀的社会背景有关。在货币极度贬值的背景下,标的物本身对第一买受人更有价值,因此为充分救济其利益,判令第二买受人直接让与标的物,即有强烈的经济动因。<sup>[13]</sup> 无独有偶,在当下中国社会,住房的价格一直高企,房价在未来微小的上涨也意味着巨大的利益差距,因此各方当事人都十分重视对实物的争夺。由此,德国通说也就为中国法提供了借鉴的可能性,基于此有必要深入梳理和检讨德国法的相关发展。

德国通说采取的侵权+直接让与方案并非没有受到学说批判,其中最显而易见的问题是:既然已经构成背俗,为何不直接认定第二次买卖无效? 第一买受人原本仅享有一项债权,令第二买受人直接让与标的物是否构成过度赔偿? 但另一方面,我国通说采取的无效+返还出卖人方案,也会产生不小的疑问:认定第二次买卖背俗的根本原因,在于其不法地损害了第一买受人的利益,而令标的物回到出卖人处的救济手段反倒可能无法救济第一买受人(如出卖人陷入破产或被强制执行)。这种目的与手段的南辕北辙,已在司法实践中造成不小的负面影响:在第33号指导案例中,最高人民法院已查明“金石公司无可供执行的财产”,却仍坚持判令田源公司将财产返还给金石公司,如此,嘉吉公司虽得成功主张在后买卖无效,到头来却只能取得一项破产债权,其法律地位远未回复到损害发生前的状态(参见下文)。

由此可见,如何恰当地确定救济第一买受人的目标,既不过度赔偿,又不赔偿不足,并在教义学构造上完满贯彻,诚非易事。下文第二至四部分将首先以第二买受人单方背俗情形为导引,探究德国通说所持侵权+直接让与方案的实质理由与具体构造;第五部分继续讨论出卖人和第二买受人双方背俗情形,着重比较无效+返还出卖人方案与侵权+直接让与方案的优劣,并提出本文所支持的相对无效方案。

## 二、单方背俗时的回复原状救济

背俗情事可能处于第二买受人和出卖人双方范围内,也可能处于第二买受人单方范围内。前者如出卖人明知第二买受人具有背俗情事而予以配合,或者出卖人为阻止第一买受人取得标的物主动寻找第二买受人串通。后者如学说上常举出的第二买受人本不需要标的物、但为报复第一买受人而出高价购买,此种专门以损害他人为目的之举动已超出自由竞争的范围,构成背俗,<sup>[14]</sup>但在不知情的出卖人一端看来,这与普通一物二卖无异,因此背俗情事仅存在于第二买受人单方。<sup>[15]</sup>

仅第二买受人单方背俗时,第二次买卖和所有权变动均应有效,否则无辜的出卖人将被迫承担无效的不利后果。<sup>[16]</sup> 此时可以考虑的对第一买受人的救济只有令第二买受人承担

[12] Vgl. MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 826 Rn. 75 - 81. 瑞士联邦最高法院持相同立场,参见 BGer 4C.273/2002; BGE 114 II 329, 333.

[13] Vgl. Köhler, Die „Beteiligung an fremdem Vertragsbruch“, FS-Canaris, Bd. I, 2007, S. 599.

[14] 见前注[2],王泽鉴书,第474页。

[15] 其他案型参见 Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, 2. Halbband, 13. Aufl. 1994, S. 457.

[16] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编解读》,中国法制出版社2020年版,第501页;王利明主编:《中国民法典释评·总则编》,中国人民大学出版社2020年版,第372页。德国法结论相同,参见 RGZ 60, 273; [德]卡纳里斯:《法律禁令和法律行为》,赵文杰译,载《中德私法研究》2016年第13卷,第64页。

侵权责任。<sup>[17]</sup> 债之关系外的第三人故意以违背善良风俗的方式引诱债务人违约可以成立侵权责任,这一点在我国法上已不存在疑问。<sup>[18]</sup> 尚存疑问的是,第一买受人受到的损害是什么,以及第二买受人承担侵权责任的具体方式为何。

### (一)“损害”的认定

我国通说对损害采差额说或自然损害概念。第二买受人取得标的物后,第一买受人的继续履行请求权将因给付不能而消灭,但同时又将产生一项违约损害赔偿请求权。有观点认为,“损害赔偿请求权依其定义(per definitionem)与继续履行请求权价值相等,因此很难说存在一项财产损害”,只有当出卖人支付不能时,第一买受人才得就未获赔偿部分请求第二买受人赔偿。<sup>[19]</sup> 本文认为,这一观点值得商榷。

#### 1. 自然损害概念的缺陷

一方面,损害赔偿请求权与继续履行请求权的财产价值未必相等,这取决于标的物嗣后市价上涨时能否请求二次赔偿。例如,第一买受人由于同地段暂无合适房屋出售,而请求出卖人赔偿标的房屋当时的市价;两年后,第一买受人终于购得同地段合适房屋,但此时市价已上涨了50万,其能否请求出卖人再次赔偿差价部分? 无论依据《民法典》第1184条损失数额如何计算,出卖人已通过第一次赔偿完全清偿了自己的债务,第一买受人请求再次赔偿显然缺乏根据。可见,继续履行请求权的价值(取得实物)在市价预期上涨时高于损害赔偿请求权(金钱赔偿)。

当受害人可在市场上轻易购得替代物时,只允许一次赔偿不会有什么问题,金钱赔偿也能保障受害人最终取得实物。不过很多商品并不总是存在充分竞争市场,例如不动产历来被认为是独一无二的。在物资匮乏时期,这一点更为突出,例如我国计划经济年代,学说曾一致强调继续履行是合同法的基本原则;<sup>[20]</sup> 前文提及的德国帝国法院判例从价值赔偿走向实物赔偿,而且更加激进地采纳让与第一买受人方案,也与1920年代德国恶性通货膨胀、物资匮乏的时代背景密不可分。详细了解德国法上的两件奠基性判例对于理解继续履行请求权与价值赔偿请求权的差别将有很大帮助。

在1922年的判例<sup>[21]</sup>中,出卖人于1919年6月1日将一批家具以2万马克卖给原告,一天后又把这批家具连同其他家具以2.46万马克卖给被告并交付。在被告的鼓动下,出卖人向原告谎称家具为其父所有并要求解除合同,原告在得知实情后要求被告返还家具。帝国法院第六民事审判庭认为,第二买受人使用不法手段唆使出卖人违约,构成故意背俗侵权,第一买受人有权向其请求金钱赔偿,但不得请求让与标的物。然而,短短两年之后,帝国法院的观点突然发生了剧变。在事实高度近似的1924年判例<sup>[22]</sup>中,出卖人于1922年2月17日将五台缝纫机以3.15万马克卖给原告,十天后又将这些缝纫机连同其他生产设备以7万马克卖给被告并交付。第二民事审判庭在判

[17] 参见魏振瀛主编:《民法》(第8版),北京大学出版社2021年版,第799页;程啸:《侵权责任法》(第3版),法律出版社2021年版,第177—180页;韩世远:《合同法总论》(第4版),法律出版社2018年版,第901页。

[18] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第18页。

[19] Vgl. Köhler(Fn.13), S. 598.

[20] 参见谢鸿飞:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第466页。英美法在例如石油危机时也更倾向授予特定履行救济。See Mindy Chen-Wishart, *Contract Law*, Oxford University Press, 2018, p. 548.

[21] Vgl. RGZ 103, 419.

[22] Vgl. RGZ 108, 58.

决中明确反对第六审判庭的在先观点,认为其对损害赔偿法上回复原状原则的理解过于狭窄,回复原状并非回到损害事件发生前之原有状态,毋宁要回到原有状态继续发展至今的应有状态,当不存在第二买受人的侵权行为时,第一买受人能够实现债权、取得标的物,因此支持了原告针对被告直接让与标的物的请求。德国学者<sup>[23]</sup>猜测,帝国法院的观点骤变,源于德国经济彼时前所未有的极度通货膨胀,以通胀顶点的1923年为例,年初时兑换1美元需要1.7万德国马克,至年末已变为惊人的4.2兆。<sup>[24]</sup>在此种经济环境下,实物自然远比金钱更有价值,前述两案中的原告无一例外都要求被告交出实物,法院可能正是为了满足此种需求,而开始对回复原状的概念作扩大解释。总结而言,当某类实物在社会中的不可替代性越强时,继续履行请求权比金钱赔偿请求权的价值就越高,此时坚持差额说或自然损害概念无法充分填补损害。

另一方面,自然损害概念还值得商榷的地方在于,第二买受人仅对出卖人支付不能的部分负有赔偿责任,这实质上赋予了第二买受人一项先诉抗辩权。此种结果不甚合理,因为构成背俗的恰恰是第二买受人,其可归责性远大于出卖人。要求第一买受人必须先对出卖人提起诉讼和执行,待执行不能后方得请求第二买受人赔偿,过于烦琐,也给了第二买受人隐匿转移财产的时间。

## 2. 走向规范损害

在自然损害概念力所不逮之处,学说转向规范损害理论:损害是指具体、个别的法益客体受损本身,无需考虑总体财产变动。在背俗一物二卖中,应认为损害即体现为第一买受人继续履行请求权之消灭(可得利益丧失),而不应将同时产生的违约损害赔偿请求权纳入考量。

值得注意的是,违约赔偿请求权也不应被纳入损益相抵制度处理,否则结果上将与差额说无异。正确的处理应为:出卖人与第二买受人构成不真正连带之债;<sup>[25]</sup>出卖人承担违约责任后,可向第二买受人追偿,或者享有自第一买受人处法定移转来的对第二买受人的侵权请求权(类推《民法典》第519条第2款)。在内部份额上,由于背俗因素完全存在于第二买受人处,第二买受人应当承担全部的终局责任。

### (二) 承担责任的具体方式

#### 1. “回复原状”的实证法依据

认定损害存在于继续履行请求权的消灭之后,侵权责任的具体承担方式也就相应确定下来了。第一买受人在买卖合同下对于可以取得标的物的期待利益,由于未来市价上涨等原因无法简单以金钱赔偿得到填补,而应采用回复原状(Naturalrestitution)<sup>[26]</sup>的责任承担方式。

虽然学说对我国损害赔偿法是否以回复原状为原则仍然存在一定争议,但没有疑问的是,《民法典》第179条列举的“停止侵害”“返还财产”“恢复原状”等显然是回复原状的具体体现。<sup>[27]</sup>此外,第179条也明确指出所列举的仅是“主要”的责任承担方式,该条并非封闭性规定,而应根据权益被侵害的形态确定责任承担的具体方式,因此,在金钱赔偿并不能完全弥补第一买受人的

[23] Vgl. Köhler(Fn.13), S. 599.

[24] 参见[英]理查德·J.埃文斯:《第三帝国的到来》,赖丽薇译,九州出版社2020年版,第115—120页。

[25] Vgl. Wolf/Zingg, Zivil-und notariatsrechtliche Aspekte des Doppelverkaufs von Grundstücken, FS-Wiegand, 2005, S. 721.

[26] 本文特别使用“回复”原状,目的是与“恢复”原状相区分。“恢复原状”仅指对有体物的修复(《民法典》第179条第1款第5项),而“回复原状”乃与价值赔偿相对,是所有救济完整性利益的赔偿方法的上位概念。

[27] 参见周友军:《侵权法学》,中国人民大学出版社2011年版,第49—54页;朱岩:《什么是“恢复原状”?》,载《月旦民商法杂志》2009年第26期,第106—130页。

情况下,要求第二买受人承担回复原状责任与实证法并不冲突。

## 2. 回复至“应有状态”

真正的问题在于,应当如何具体回复原状:第二买受人应将标的物返还出卖人、由其向第一买受人继续履行,抑或直接让与第一买受人?对此首先应注意的是,回复原状并不要求“原路返回”。回复原状注重的是债权人利益状态之回复,只要结果上能够到达目标法律地位即可,至于具体路径则属于债务人的自由选择空间。<sup>[28]</sup>因此在一物二卖情形中,两种方案毋宁都是可行的,问题的关键在于,哪一种方案更加贴近回复目标。

有观点认为,第二买受人应将标的物返还给出卖人,从而回复到侵权行为发生前的状态;由于第一买受人的损害表现为履行请求权消灭,返还出卖人可以使继续履行请求权复活,这一方案最为贴近原本的利益状态。要求第一买受人直接向第二买受人请求让与标的物,使其获得一项物权,反而构成过度赔偿。<sup>[29]</sup>

但是,这种对回复原状的理解过于简单,忽视了原有状态发展至请求赔偿时事物的变化情况,很可能构成赔偿不足。现今多数观点对回复原状的理解,已从回复至“原有状态”转变为回复至“应有状态”。<sup>[30]</sup>第一买受人原本享有的债权很有可能会继续发展、得到履行,从而取得实物。下文第三、四部分将对此具体展开分析。

## 三、应有状态的确定:出卖人处分自由的影响

回复原状救济的核心问题是应有状态的确定。前述德国1924年判例认为,“在应有状态下,当不存在相反因素时,可以认为第一买受人的请求权能够行使并得到实现”。<sup>[31]</sup>但这一点明显存在疑问:债权并非总是可以实现,就算假设第一买受人原本会提起诉讼和执行,但那毕竟还需要一定时间,出卖人完全可以将标的物让与其他非背俗买受人或作其他处分。

问题的关键因而在于,第一买受人原本取得标的物的可能性有多大,出卖人会否以及能否行使其处分自由从而切断第二买受人的侵权行为与第一买受人无法取得物之间的因果关系。

### (一) 可得利益的证明优待原理

前述德国帝国法院判例之所以认为第一买受人原则上可以取得标的物,与德国民事诉讼法上有关可得利益的证明优待理论密不可分。

在一般法层面,德国法在此适用表见证明(初步证明)、间接证明、事实上之推定等制度。<sup>[32]</sup>这三项制度本质上都是依据强弱不同的经验法则在事实上改换证明对象,它们虽然不构成客观证明责任的倒置或证明标准降低,但由于替代事项的证明更加容易,当事人的举证困难在事实上得到了缓解。<sup>[33]</sup>

在特别法层面,德国法还为第一买受人额外提供了优待。《德国民事诉讼法》第287条规定,对于损害是否存在以及损害的具体数额,法官应在衡量全部证据后通过自由心证形成确信。尽管

[28] 参见王泽鉴:《损害赔偿》,北京大学出版社2017年版,第116—117页。

[29] Vgl. Dubischar, Doppelverkauf und „ius ad rem“, JuS 1970, S. 6, 9.

[30] 见前注[28],王泽鉴书,第117页。

[31] RGZ 108, 58.

[32] Vgl. Baumgärtel/Bearbeiter, Handbuch der Beweislast, 3. Aufl. 2016, Kap. 18 Rn. 16, 20, Kap. 19 Rn. 30 f.

[33] 参见周翠:《从事实推定走向表见证明》,载《现代法学》2014年第6期,第119页。

该条在文义上也使用了“确信”，但德国通说一致认为，第 287 条是一项证明标准降低的规定，不那么高度盖然的发展进程也可形成法官确信。<sup>[34]</sup> 在损害表现为所失利益时，这一优待具体化<sup>[35]</sup>为了《德国民法典》第 252 条第 2 句：按事物通常发展可以期待取得之利益，视为损害事件所导致的可得利益丧失，即视为损害范围因果关系成立。德民立法理由书特别指出，该规定旨在提示法官，“一方面，证明债权人本可完全确定地取得利益，是不必要的，另一方面，受害人具有取得利益的单纯可能性也是不够的，关键毋宁在于，需要存在一定之可能性”。由此可见，德国立法者有意将此处的证明标准降低为优势证据标准。<sup>[36]</sup>

瑞士法的立场与德国法相当，在一件 1924 年的案例<sup>[37]</sup>中，原告（第一买受人）尚未与出卖人缔结买卖合同，仅是具有取得土地之可能性，瑞士联邦最高法院认为，原告仅需证明“根据事物通常发展，合同可能被缔结是可以期待的即可”，这一表述与《德国民法典》第 252 条第 2 句文义完全相同。

上述证明优待的正当性在于，责任范围因果关系相较于其他要件事实证明起来尤为困难。绝对权被侵犯或合同义务违反等事实的证明，涉及的是过去真实发生的事实，证明起来总是有迹可循的；而责任范围因果关系的证明，则涉及假设性因果，<sup>[38]</sup>这一事实未在真实世界中出现过，而有赖于生活经验的综合估计。在法史上，德国共同法时期就不存在相似规定，导致众多受害人因举证困难无法获得救济，因此 1877 年德国旧民事诉讼法（CPO）立法时引入了第 260 条，并在德民立法时又于第 252 条第 2 款重复强调，不应对损害范围因果关系的证明提出严苛的要求。<sup>[39]</sup>

## （二）我国实证法上的解释依据

德国和瑞士法的上述立场可资赞同。我国民诉通说认为，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 108 条第 1 款采取了大陆法系的高度盖然性标准。<sup>[40]</sup> 为避免出现大面积的赔偿不足，我国也有必要借鉴德国法在合理范围内降低证明标准。现行法下，《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第 11 条第 3 句规定：“对于可以预见的损失，既可以由非违约方举证，也可以由人民法院根据具体情况予以裁量。”该条文义并未限定于赔偿数额，因而可以将证明优待扩张解释至损害范围因果关系之上，以此实现与《德国民民事诉讼法》第 287 条相当的效果。

此外，在一般法层面，也可以考虑借助《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 10 条第 1 款第 4 项的事实上之推定/表见证明制度。不妨认为，“债权人实现债权、取得标的物”构成典型发展进程，第一买受人证明自己享有债权后，即可同时完成所失利益为标的物本身的证明；第二买受人或出卖人如欲推翻该推定，需举反证证明出卖人原本享有另行处分标的物的具体、现实的可能性，例如，他人曾承诺购买（为防止串通伪造证据，应对相关证据严格审查），或者某物特别紧

[34] Vgl. Pohlmann, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 361.

[35] Vgl. MüKoBGB/Oetker, 8. Aufl. 2019, BGB § 252 Rn. 30.

[36] Vgl. Würthwein, Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile?, 2001, S. 309.

[37] BGE 50 II 375.

[38] 德国学说一般认为，责任成立层面的要件适用第 286 条完全证明标准，责任范围层面的要件适用第 287 条疏明标准。但是，责任成立因果关系也涉及假设性因果，有观点认为也可以适用第 287 条。

[39] Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2019, § 115 Rn. 2.

[40] 参见张卫平：《民事诉讼法》（第 4 版），法律出版社 2016 年版，第 242—243 页。

俏,寻找到买家十分轻松。<sup>[41]</sup>

之所以要在一物二卖的情形中给予第一买受人如此的帮助,除了前述防止出现大面积的受害人无法得到救济的理由外,另一项理由在于,尽管出卖人享有处分自由,但该处分自由能否总是得到实现,同样是不确定的,如果直接依据仅在理论上存在的抽象处分可能性而判决第一买受人败诉,某种意义上不啻为直接适用了另一项盖然性不高的经验法则。

综上所述,凭借民法上的证明优待理论,第一买受人一般能够成功证明自己受有标的物实物的可得利益损失,出卖人的抽象处分自由并不构成障碍。直接让与方案并未突破回复原状的内涵。

#### 四、应有状态的确定:破产和执行风险分配

在应有状态中,出卖人原本还可能会陷入破产,或者标的物被出卖人的其他债权人执行,这些因素同样会影响第一买受人能否取得标的物。因此,此处继续讨论应有状态下第一买受人本应承受多大范围内的出卖人破产和被执行的破产风险。

##### (一) 出卖人破产之风险

##### 1. 应有状态下出卖人主动履行时

若不存在背俗的第二买受人,第一买受人作为一般债权人,仍应承受出卖人的破产风险。在侵权+直接让与方案下,第一买受人需承受第二买受人的破产风险,风险主体相比应有状态有所更换,这有违第一买受人缔约时的期待。不过在侵权+返还出卖人方案下,第一买受人要同时承受第二买受人和出卖人的双重破产风险,<sup>[42]</sup>显然比直接让与方案偏离应有状态更远。两相比较,直接让与方案似乎更值赞同。

有观点认为,直接让与方案使第一买受人逃避了本应承受的出卖人破产风险,<sup>[43]</sup>当第二买受人的资信状况好于出卖人时,将构成过度赔偿。本文认为,这一观点有误,其忽略了破产撤销权的影响。可以如下案例作说明。假设第一买受人于1月1日缔约,无外界干扰时计划于2月1日取得标的物,现第二买受人于1月2日缔约并于2月2日实际取得标的物。(1)若出卖人于8月2日破产,在应有状态下,由于2月1日落在偏颇清偿的6个月临界期内,破产管理人可以撤销对第一买受人的处分;在直接让与方案下,管理人同样可以撤销2月2日对第二买受人的处分,<sup>[44]</sup>从而标的物仍然属于出卖人的破产财产,结果与应有状态相同。可见,由于破产撤销权的存在,直接让与方案下的第一买受人其实并未免于承担出卖人的破产风险,而是同样承担了双重破产风险。<sup>[45]</sup>这样看来,两种方案似乎没有区别。

[41] 还可考虑借鉴学者提出的“盖然性较低经验法则的弱化适用模式”,参见曹志勋:《经验法则适用的两类模式》,载《法学家》2019年第5期,第39—40页。

[42] Vgl. Michaels(Fn.7), S. 395.

[43] Vgl. Dubischar(Fn.29), S. 8.

[44] 当然,这仅限于第二买受人先支付价款、出卖人后交付标的物的情形。同时履行或第二买受人后支付价款等第二买受人未授信的情形,不得撤销。参见许德风:《破产法论:解释与功能比较的视角》,北京大学出版社2015年版,第399—400页。

[45] 下列情形构成例外:第一买受人计划于3月1日取得标的物,第二买受人于2月2日实际取得标的物,出卖人于9月2日破产。在应有状态下,第一买受人无法取得标的物;而在直接让与方案中,破产管理人无法撤销第二买受人的取得行为。此时应认为因果关系要件不满足,侵权责任不成立。

不过,我们还应在时间范围上对“出卖人破产风险”作更细致的辨别。在前述案例中,(2)若出卖人于8月3日破产,在应有状态下,第一买受人可以终局取得标的物;在返还出卖人方案下,标的物回到出卖人破产财团;在直接让与方案下,管理人可以撤销第二买受人的受让。两方案结果相同,都无法回复至应有状态。(3)若出卖人8月4日破产,在应有状态下,第一买受人可以终局取得标的物;在返还出卖人方案下,标的物回到出卖人破产财团;在直接让与方案下,管理人不得撤销第二买受人的受让。此时,只有直接让与方案可以实现应有状态之回复。

由此可见,返还出卖人方案令第一买受人持续不断地承受着出卖人破产的风险,比应有状态下其本应承担的风险范围在时间上要更长,第一买受人对第二买受人的侵权诉讼与执行程序所需时间越长,其所须承受的出卖人破产风险的时间范围也就越长。本文将此风险扩大部分概括为“延长的(verlängert)出卖人破产风险”<sup>[46]</sup>或“出卖人嗣后破产的风险”。正是由于这一出卖人嗣后破产风险的存在,直接让与方案才更加贴近应有状态,比返还出卖人方案更为妥当。

司法实践中,不少法院未能注意到出卖人嗣后破产风险分配的问题,导致第一买受人救济不足的情况频发。第33号指导案例即是如此:若不存在金石公司与田源公司恶意串通转移财产的行为,嘉吉公司于2007年即可实现对金石公司的债权;但由于田源公司的介入,嘉吉公司不得不先提起恶意串通之诉,直至2012年才取得终审判决,足足被拖延了5年之久。在应有状态下,金石公司原本可能资产充足;但因田源公司的背俗行为,嘉吉公司被迫额外承受了金石公司5年之久的破产风险。法院在做出胜诉判决时明确认识到了“金石公司已无可供执行的财产”,却仍然坚持返还出卖人方案,将嘉吉公司原本应在5年前就可取得的财产交由金石公司的全体债权人共享。一方面,这导致嘉吉公司胜诉判决之意义贬损殆尽,该案之后的事实恰表明,金石公司经两次申请最终进入了破产程序,嘉吉公司在历经冗长的程序后可能仍未实现债权。另一方面,这也不当地偏惠了其他债权人(构成“天外飞财”,Windfall)。金石公司的其他债权人已有破产撤销权足以保护自己的正当利益,在破产撤销权的触及力之外,田源公司受让责任财产仅仅是因为侵害嘉吉公司的利益而具有背俗性,并没有损害金石公司其他债权人的利益,对于他们而言处分行为并不具有背俗性,因此标的物已经有效地从金石公司的责任财产中流出,允许金石公司债权人分享本应属于嘉吉公司的财产,属于过度保护。<sup>[47]</sup>

## 2. 应有状态下出卖人不履行时

上文的讨论建立在“若无第二买受人、出卖人原本愿意主动向第一买受人履行”的假设之上,当出卖人不愿意主动履行时,第一买受人需启动诉讼和执行程序,此时破产风险的格局有所不同。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》(以下简称《破产法解释二》)第15条规定,“经诉讼、仲裁、执行程序对债权人进行的个别清偿”原则上不得撤销。按该条文义,第一买受人取得胜诉判决后出卖人主动履行或被强制执行,均不得撤销。<sup>[48]</sup> 按此,假设第一买受人于1月1日缔约,原本经强制执行预计可于10月1日取得标的物,现第二买受人于1月2日缔约并于2月2日受让标的物。(1)若出卖人于8月3日之前破产,在应有状态下,诉讼或执行程序将被中止,第一买受人无法取得标的物;返还出卖人方案下,标

[46] Vgl. MüKoBGB/H. P. Westermann, 4. Aufl. 2004, Vorbemerkung § 433 BGB Rn. 9 Fn. 31.

[47] 完全相同的问题,参见辽宁省沈阳市中级人民法院二审民事裁定书,(2020)辽01民终8162号。

[48] 参见最高人民法院民事审判第二庭主编:《最高人民法院关于企业破产法司法解释理解与适用——破产法解释(一)、破产法解释(二)》(第2版),人民法院出版社2017年版,第233页。

的物回到出卖人破产财团；直接让与方案下，破产管理人可以撤销2月2日对第二买受人的处分。此时两方案结果相同，均能实现回复目标。（2）若出卖人于8月4日至10月1日间破产，应有状态下，第一买受人仍无法取得标的物；返卖出卖人方案下，标的物仍回到出卖人破产财团；直接让与方案下，破产管理人不得撤销对第二买受人的处分。此时，直接让与方案将构成过度赔偿。（3）若出卖人于10月2日之后破产，应有状态下，第一买受人通过执行行为可以最终取得标的物；返卖出卖人方案下，标的物回到出卖人破产财团；直接让与方案下，第一买受人可以取得标的物。此时，返卖出卖人方案构成赔偿不足。由此可见，此时妥当的回复原状方案取决于个案中出卖人何时陷入破产。

不过，关于《破产法解释二》第15条的适用范围，学界还存在不同观点。<sup>[49]</sup> 本文采取折中立场。一方面，债权人取得胜诉判决后债务人主动清偿的情形，与不存在胜诉判决时的主动清偿无任何区别。撤销债务人的清偿，与胜诉判决的公信力无关，因为胜诉判决仅认可了债权人享有一项债权，并不保证该债权一定可以实现，正如买受人取得胜诉判决后，标的物完全可能毁损或者遭遇颁布禁令一样。<sup>[50]</sup> 另一方面，在债权人取得胜诉判决并强制执行的情形，撤销强制执行这一公法行为，确实可能会与一般民众对执行程序的信赖相违背。但有时全体债权人平等受偿的目标可能更加重要，且确立强制执行可被撤销的规则后，经过一定时间民众也可以调整自己的合理预期。这确是一个开放的价值判断问题，《破产法解释二》在当前环境中选择重视司法公信力建设可以理解。综合以上两方面理由，本文支持限缩第15条，不可撤销的仅是“经诉讼/仲裁以及强制执行”的情形。对于判决后出卖人主动履行的情形，仍可撤销，因此仍可坚持上文的直接让与方案。

### （二）标的物被执行之风险

应有状态下，第一买受人还可能因为出卖人的其他债权人抢先执行，而无法取得标的物。不过如同上文有关处分自由的讨论，此时可以推定不存在其他适格的债权人，第二买受人和出卖人如欲推翻这一推定，必须充分证明其他债权人原本有具体且现实可行的执行计划。此外，在标的物已被处分给第二买受人的情况下，其他债权人要想回复标的物也需像第一买受人一样提起背俗侵权之诉，因此容许第一买受人和其他债权人公平竞争、以侵权之诉提起的先后顺序确定标的物如何分配，相比法院在认定应有状态时面临的不确定性，应是更加令人满意的局面。因此，执行风险不构成直接让与方案的障碍。

若采纳返卖出卖人方案，反倒可能会因“嗣后执行风险”无法充分救济第一买受人。例如，应有状态下，第一买受人原本于2月1日可以取得标的物，现出卖人于1月2日将标的物处分给第二买受人，3月1日出卖人的其他债权人提起强制执行。按返卖出卖人方案，标的物回到出卖人处后，会被其他债权人执行，此时只有直接让与方案才能让第一买受人免于承受不当的嗣后执行风险。

### （三）小结

综合以上第二至四部分的讨论可以得出，第二买受人单方背俗时，所有权移转并不存在效力

<sup>[49]</sup> 认为执行行为仍能被撤销、第15条应尽量限缩适应的观点，见前注[44]，许德风书，第374—375页；胡利玲：《危机期间个别清偿行为撤销构成要件实证研究》，载《湖北社会科学》2019年第6期，第145页。相反观点，参见王欣新：《破产法》（第4版），中国人民大学出版社2019年版，第163页；张善斌主编：《破产法研究综述》，武汉大学出版社2018年版，第214页。

<sup>[50]</sup> Vgl. MüKoInsO/Kirchhof/Piekenbrock, 4. Aufl. 2019, InsO § 141 Rn. 6 f.

瑕疵,第一买受人受有合同履行请求权消灭的损害,第二买受人应承担回复原状的侵权责任,具体回复方式原则上应采直接让与方案,但若第一买受人本需通过执行程序才能取得标的物,则应根据出卖人破产的具体时间个案选定回复方式。

## 五、双方背俗时的相对无效救济

出卖人与第二买受人双方均背俗时,问题的处理似乎与上文单方背俗情形不同。此时出卖人具有可责难性,认定所有权变动因背俗而无效不存在任何障碍,如此,标的物自始属于出卖人,由其继续向第一买受人履行即可,在逻辑上无需、也无法适用侵权规则。<sup>[51]</sup>

然而,德国通说坚持对双方背俗和单方背俗作一体处理,均采用侵权+直接让与方案。受其影响,我国也有观点奉行侵权方案。民国时期的1942年上字第891号判例明确指出:第二买受人“诚系以悖于善良风俗之方法加损害于他人,应负赔偿责任,然此系另一问题,究不得因此遽认为[第二买受人]所受之移转为无效”。至今还有学者持此观点。<sup>[52]</sup>因此,下文将着重讨论双方背俗情形是否仍应继续适用侵权+直接让与方案,抑或可以适用更直接的背俗无效方案。

### (一) 绝对无效方案的问题

出卖人对第二买受人的处分有效,是成立侵权责任的前提,因此坚持对双方背俗情形适用侵权方案的观点,实际上预设了处分行为仍然有效。德国通说为正当化排除适用背俗无效的一般规则,提出了以下两点理由。

#### 1. 不法原因给付规则

第一点理由与不法原因给付规则有关。学者认为,当第二次买卖背俗无效时,出卖人构成不法原因给付,不得请求第二买受人返还标的物,这样标的物无法回到出卖人处、继续向第一买受人履行。<sup>[53]</sup>此时为救济第一买受人,仍需借助侵权法课与第二买受人直接让与的责任,不如一开始就直接认定处分有效更加简便。

本文认为,以上论证并不成立,其对不法原因给付规则的理解过于片面。在不法原因给付规则下,若存在更值得保护的社会公共利益或第三人利益,应例外允许给付人请求返还。<sup>[54]</sup>基于此,由于背俗一物二卖中第一买受人的利益更加值得保护,因此应允许出卖人请求返还标的物。<sup>[55]</sup>允许标的物回到出卖人处,并不等于出卖人即可终局保有之,其仍须转交第一买受人,并不会危及一般预防等目的之实现。

#### 2. 破产和执行风险分配

绝对无效方案真正的缺陷是,标的物必须途经出卖人的责任财产才能到达第一买受人处,上文侵权+返还出卖人方案下第一买受人被迫承受出卖人嗣后破产风险的问题,在此会重新出现。例如,假设第一买受人本可于2月1日取得标的物,现第二买受人于2月2日取得标的物,出卖人于8月3日陷入破产;在应有状态下,第一买受人本可终局取得标的物;在绝对无效方案下,标的物

[51] 参见孙森焱:《论双重买卖》,载《法令月刊》1970年第9期,第7页。德国法上少数相同见解,参见Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, § 3 II 9 b).

[52] 见前注[10],许德风文,第100页(脚注72)。

[53] Vgl. Gernhuber(Fn.51), § 3 II 9 b).

[54] 参见[德]威灵:《德国不当得利法》(第4版),薛启明译,中国法制出版社2021年版,第40、44页;Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 225.

[55] Vgl. Köhler (Fn.13), S. 600.

将自始属于破产财团,对第一买受人的救济显然不足。

## (二) 直接让与方案的问题

绝对无效方案存在破产风险分配不当的根本缺陷,德国通说所持侵权+直接让与方案亦非无懈可击。德国学者杜比沙尔(Roland Dubischar)基于预防背俗一物二卖发生的视角,米夏埃尔斯(Ralf Michaels)基于破产风险分配视角,都对其提出了批评意见。

### 1. 预防原则

德国学者杜比沙尔提出,在侵权+直接让与方案下,第二次买卖完全有效,第二买受人受到第一买受人侵权请求权的追夺,出卖人无须为此承担权利瑕疵责任(因第二买受人系明知),因此第二次买卖属于履行完毕,出卖人可以获得双份买卖价金;然而,“很难说出卖人比第二买受人更值得保护,因为正是出卖人的配合才让背俗二卖成为可能,如果其得以保有该笔(通常数额更高的)价金,将构成一种奖励,激励背俗二卖的发生”。<sup>[56]</sup>

作为解决办法,杜比沙尔没有因此即回到无效方案,而是在侵权方案下改变回复原状方式。其主张,第二买受人负有侵权损害赔偿义务,出卖人负有违约损害赔偿义务,这两项义务要求他们必须将第二次买卖“还原到未发生的状态”,详言之,即第二买受人有义务与出卖人合意<sup>[57]</sup>解除第二次买卖合同、出卖人有义务对此表示同意。如此,第二个买卖合同被合意解除后,第二买受人应将标的物返还给出卖人,同时出卖人有义务将第二份价金返还给第二买受人,背俗的激励便被消除了。<sup>[58]</sup>

要探讨杜比沙尔的观点是否正确,重点在于两份买卖合同的命运如何。杜比沙尔对第二个买卖合同的分析无疑是正确的,有疑问的是第一个买卖合同应如何处理。有学者认为,第一买受人从第二买受人处取得标的物的同时,应继续向出卖人支付价金,因为其在应有状态中本就应向出卖人支付价金。<sup>[59]</sup> 本文认为这一观点有误。当出卖人将标的物处分给第二买受人后,第一次买卖构成给付不能。第一买受人此后通过侵权救济从第二买受人处取得标的物,也非出卖人促成,仍不改变给付不能的结果。因此,第一买受人得解除合同,无需再向出卖人支付价金。其免于支付价金的费用节省应根据损益相抵向第二买受人偿还。<sup>[60]</sup> 因此,出卖人并不会保有双份价金,杜比沙尔的担心是多余的。

不过,按前文分析,个案中有时有必要采取侵权+返还出卖人方案,此时第一个买卖合同的给付不能状态消除、可继续履行,出卖人确实将获得双份价金,杜比沙尔的担心不无道理。但对此也要考虑到,除出卖人可能是背俗二卖的主要动因外,第二买受人引诱违约、挑起事端的情形也所在多有,此时允许出卖人保有双份价金反倒更能抑制背俗二卖的发生。因此,究竟应当如何分配价金以发挥预防作用,应取决于个案中出卖人和第二买受人的可归责性大小比较。侵权方案缺少无效方案下的不法原因给付排除规则,无法精细地根据个案情事调整价金返还,这确是一大问题。

[56] Dubischar(Fn.29), S. 9.

[57] 杜比沙尔未明确提及合意解除,而是认为:“若第二买受人的赔偿义务内容是将标的物反向让与出卖人,那么这意味着,出卖人必须接受‘如同第二买受人有效地解除了合同、因而标的物被返还’的局面。出卖人被要求拿回物——或者是由于解除,或者是由于瑕疵解除,或者像这里一样由于第二买受人的损害赔偿给付——之后,也必须返还价金。”本文认为,合意解除是此观点唯一可行的解释构造。

[58] Vgl. Dubischar(Fn.29), S. 9.

[59] Vgl. Köhler(Fn.13), S. 599 f.; Gernhuber(Fn.51), § 3 II 9 d.

[60] 损益性质不同时,相抵的具体方式为成立两个处于同时履行关系的请求权,见前注〔28〕,王泽鉴书,第301页。

就此而言,杜比沙尔提供的解决方案虽不无拟制色彩,<sup>[61]</sup>但也可予借鉴。

## 2. 破产和执行风险分配

如果说借助杜比沙尔的建议侵权方案尚可应对第一个问题的话,那么德国学者米夏埃尔斯指出的第二个问题就是侵权方案的致命缺陷了。米夏埃尔斯认为,德国通说所持侵权+直接让与方案使第一买受人被迫承担第二买受人的破产风险,有违其缔约时的预期。<sup>[62]</sup>

实际上,如前文分析,由于破产撤销权的存在,第一买受人还会承受出卖人的破产风险。在单方背俗情形,为了保护出卖人的利益,处分不得被认定为无效,双重破产风险实属无奈。而在双方背俗情形,认定处分无效不存在任何障碍,侵权方案仍令第一买受人无端承受双重风险,正当性显然不足。

### (三) 相对无效方案的优势

综合以上两方面批评,绝对无效(以及侵权+返还出卖人)方案的主要问题在于,标的物必须途经出卖人的责任财产,第一买受人被迫承受了出卖人嗣后破产和被执行的风险。而德国通说坚持的侵权+直接让与方案也存在第一买受人不当承受第二买受人破产风险的问题。这两种方案各自的问题启发我们思考,是否存在其他方案能够妥善分配破产和执行风险。

本文提出,相对无效(relative Unwirksamkeit)方案可以完满解决前述问题。相对无效之下,受保护之特定人有权选择是否主张无效。<sup>[63]</sup>当第二买受人破产时,第一买受人可以主张处分相对于自己无效,标的物自始属于出卖人,由其继续向自己履行;当出卖人出现嗣后破产时,第一买受人可以主张处分有效,进而根据侵权法请求第二买受人将标的物直接让与自己。<sup>[64]</sup>这样即可避免承受双重风险。同时,相对无效方案也不会使第一买受人逃避本应承担的出卖人破产和执行风险,例如第一买受人计划于2月1日取得标的物,第二买受人于2月2日取得标的物,出卖人于8月2日陷入破产,相对无效方案下,破产管理人可以撤销对第二买受人的处分(相对无效之行为也可被撤销),此时标的物将归入出卖人的破产财团,第一买受人承受了其本应承担的出卖人破产风险。<sup>[65]</sup>

相对无效是解决双方背俗型一物二卖问题最为妥当的方案,但在德国法下却难以实现。德国通说认为法律行为背俗的效果为绝对无效,即便是仅损害特定人利益的暴利行为,因其构成对社会整体秩序的挑战,仍绝对无效。<sup>[66]</sup>相反,我国有学者主张,当违法或背俗因素仅体现为对特定人利益的过分侵害时,应将《民法典》第153条和第154条的法律后果限缩为“相对无效”。<sup>[67]</sup>这一立场差异根本上源于对“个人究竟在多大程度上对自己利益享有处分自由”这一问题的分歧。德

[61] 因为出卖人的违约责任、第二买受人的侵权责任,目的都是救济第一买受人,而非为预防背俗二卖的发生。

[62] Vgl. Michaels(Fn.7), S. 390.

[63] 见前注[3],茅少伟文,第161—163页。

[64] 也可以选择处分相对于自己无效,由于处分相对于出卖人其他债权人等仍是有效的,标的物不属于出卖人的破产财团,第一买受人的继续履行请求权具有取回效力。

[65] 不过在前文脚注[45]的情形中,仍有必要例外限制第一买受人主张无效。

[66] 参见[德]布洛克斯、瓦尔克:《德国民法总论》(第33版),张艳译,中国人民大学出版社2012年版,第220页。

[67] 参见章程:《从基本权理论看法律行为之阻却生效要件》,载《法学研究》2019年第2期,第32、40页;李宇:《民法总则要义》,法律出版社2017年版,第713—717页;广东省高级人民法院二审民事判决书,(2017)粤民终3095号。

国法选择了否定立场,强调受损害之人的弱势地位以及相关利益的重要性;<sup>[68]</sup>而我国学者则偏向肯定立场,赋予个体更广泛的形成空间。

本文认为,对第153条中仅涉及特定人利益的情形以及第154条作相对无效的限缩解释是合理的。否定相关行为效力的规范目的是救济特定人,允许该特定人选择才更加符合比例原则,不应超出救济目的使法律行为受到绝对无效如此猛烈的制裁。特别是在第二买受人与出卖人的其他债权人的关系中,背俗情事与其他债权人根本毫无关系,令处分绝对无效会使这些债权人借机分享标的物利益,超出了救济第一买受人的目的。

至于有学者认为我国《民法典》未规定相对无效此种效力形态的疑虑,则可通过与《民法典》第151条进行比较消除。《民法典》第151条规定的乘人之危在客观上同样有违善良风俗,但我国立法者更加注重对特定人利益的救济,容许受害人选择是否撤销。这一规定与相对无效分享相同的价值判断,均是最大限度尊重受害人的自我选择。因此,第151条可以构成限缩解释第153条、第154条的实证法依据。至于它们为何在效果上存在相对无效和可撤销的差别,则可从法技术角度得到解释:<sup>[69]</sup>第151条中,受害人乃法律行为当事人,可以撤销自己做出的意思表示;而第153条和第154条中,受害人乃是法律行为之外的第三人,并不存在自己的意思表示可供撤销,<sup>[70]</sup>法律只能保护其不受不利影响,也即相对其无效。

综上所述,在双方背俗型的一物二卖情形中,通常可以适用《民法典》第153条或第154条认定处分行为相对于第一买受人无效。此时虽然无需适用侵权法上的回复原状救济,但在实质价值判断上与回复原状一致,均追求合理的破产和执行风险分配,使第一买受人的地位回复到应有状态。

## 六、结 论

一物二卖是私法上历久弥新的经典案型,有学者甚至称之为永恒的利益冲突,<sup>[71]</sup>众多基础理论都可以在此案型之上展开讨论。

以第33号指导案例为代表的司法实践,简单以恶意串通认定所有权变动无效、判令第二买受人将标的物返还出卖人,在出卖人嗣后破产风险分配方面存在不当。返还出卖人的回复原状方案,不仅不当地偏惠了出卖人的其他债权人,也导致嘉吉公司胜诉判决之意义折损殆尽。这一现象的频繁发生,或许正与司法实践对“回复原状”的认识不到位有关:回复原状不是对所发生的一系列行为的反向复归,而是要在利益状态上实现债权人应有地位的回复。

在背俗一物二卖中,回复原状救济的目标是使第一买受人原本享有的取得标的物之期待利益得到实现。在单方背俗中,只能课与第二买受人侵权责任,原则上其须将标的物直接让与第一买受人,但若第一买受人本需通过执行程序才能取得标的物,则应根据出卖人破产的时间个

[68] 米夏埃尔斯也对此提出了反思:“第138条的效力太过强大。处分行为绝对无效远远超出了保护第一买受人的目的,使无效延及与第四人的关系之中,并且剥夺了第一买受人选择是否主张无效的权利。”Michaels(Fn. 7), S. 390; Staudinger/Fischinger (2021) BGB § 137 Rn. 33 - 35.

[69] 见前注[3],茅少伟文,第163页。

[70] Vgl. Leenen, BGB Allgemeiner Teil; Rechtsgeschäftslehre, 2. Aufl. 2015, § 6 Rn. 138 f.;见前注[67],李宇书,第439页。

[71] Dubischar(Fn.29), S. 7. 关于一物二卖在法史上的不同处理及其背后价值考量,参见 Wieling, Jus ad rem durch einstweilige Verfügung? JZ 1982, S. 839 ff.

案选定回复方式。在双方背俗中,应认定处分行为相对于第一买受人无效。

以上有关回复原状方式的建议均是原则性的,在例外的个案中或许不乏调整之余地;不过,本文就回复方式选择提出的思考框架仍然具有普适的生命力:在确定救济目标(应有状态)时,应着重考虑的实质因素包括出卖人另为处分之可能性、出卖人破产风险、出卖人被强制执行的风险等;确定救济目标后,可以在直接让与方案、返还出卖人方案、相对无效方案等教义学工具中灵活选择具体回复方式。

---

**Abstract** When the same property is sold for twice and the transfer to the second buyer is in breach of bone fides, the question of how to protect the first buyer's interest in obtaining the property is not only a classic dilemma in literature, but is also a representative case that often arises in judicial practice. In this regard, two possible remedies could be conceived, namely, the remedy of invalidity and the remedy of tort law. The aim of the remedy for the first buyer is to restore his legal status to the proper state. The material factors affecting the choice of the relief method include the possibility of the seller's original disposal, the seller's original risk of bankruptcy and the risk of enforcement. According to this analytical framework, the change of ownership is not invalid when the second buyer is unilaterally in breach of bone fides, but can only take the tort remedy, and the second buyer should directly transfer the subject property to the first buyer; when the seller and the second buyer are both in breach of bone fides, the relative invalidation scheme should be adopted, and the change of ownership is only invalid in relation to the first buyer.

**Keywords** Double Sales, Invalidity Deriving from Breach of Bone Fides, Restoration of Status Quo Ante, Risk of Insolvency and Enforcement, Relative Invalidity

---

(责任编辑:肖俊)