

动产善意取得的法理基础

汪志刚*

内容提要：在关于动产善意取得法理基础的诸说中，对我国影响最大的是占有公信力说。该说不仅有悖于法理和民法体系逻辑，而且在实践中也会遭遇许多困难，不足为采。善意取得的本质是保证本着诚信而行为的交易主体能在社会公认的正常交易环境下依法实现其交易目的，其法理基础是交付的效力，伦理基础是诚实信用原则，交易安全保护则是该制度内含的经济理性。

关键词：动产善意取得 占有 公信力 交付 公示

一、问题的提出

在现代民法上，动产善意取得是一项为各国法普遍承认的制度，我国物权法第106条、第107条也对此作了明确规定。依据这些规定，在动产所有权转让中，即便出让人无处分权，善意受让人仍得依该制度无瑕疵地取得动产所有权，但遗失物、盗窃物等占有脱离物原则上不适用善意取得。^{〔1〕}

善意取得制度作为“任何人不得以大于自己的权利让与他人”之罗马法原则的例外，从受让人的角度看，无疑是一项有利于保护其利益和交易安全的制度，但从真正所有权人（本文不讨论他物权的善意取得）的角度看，这又等于是对他的所有权的“征收”。由此，善意取得制度内含的善意受让人和真正所有权人的利益冲突得以显现。在国内学者的论述中，这一冲突经常被化约为交易安全（动态安全）和所有权保护（静态安全）这两个当今社会弥足珍视的神圣价值之间的冲突。面对这一冲突，法律在作出抉择时不仅十分困难，而且还必须尽到必要的说理义务，即为什么法律在此要优先考虑受让人的利益，而不是所有权人的利益；为什么在所有权人非自愿丧失占有的情况下，法律又不给予受让人以优先照顾。这就是本文所要讨论的动产善意取得的法理基础或正当性问题。

* 景德镇陶瓷学院副教授。

〔1〕 关于此项例外，各国立法体例大致有二：一是原则上不承认占有脱离物可适用善意取得，惟在盗窃物、遗失物为金钱、无记名证券以及公开拍卖物时，仍得适用善意取得制度，这以德国民法典第935条为代表；二是赋予所有权人在法定期间内请求返还其物的权利，但若受让人系从公共市场、拍卖会或贩卖同种之物之商人处善意买得该物，原所有权人须向受让人支付其所付费用，方得请求返还其物。这以法国民法典第2279条第2款、第2280条为代表，日本民法典第194条、瑞士民法典第935条、我国台湾民法典第950条、物权法第107条亦大体如此。另外，须注意的是，意大利和荷兰民法已经放弃了对占有脱离物和占有委托物的区分。

二、关于动产善意取得法理基础的诸学说

迄今为止,对上述问题还没有令人满意的答案,学理上也是众说纷纭。扼其要者,大致有取得时效说、占有效力说、权利外观说(Rechtsschein,即占有公信力说)、交易安全与便利保护说或权利外观引致加交易安全与便利保护说、法律赋权说和法律特别规定说等诸说。考虑到后两说仅为少数学者所主张且明显不当,^{〔2〕}以下仅就其他诸说作一简要分析。

(一) 从取得时效说到占有效力说

取得时效说认为,善意取得完全是“即时时效”或“瞬间时效”作用的结果,因此,善意取得亦被称为“即时取得”。通常认为,此说系受罗马法时效取得制度的影响而形成,并为法国民法所采。在法国民法典上,构成善意取得规范基础的是第2279条第1款关于“涉及动产物品时,占有即等于所有权证书”的规定,而该条又规定在取得时效一章。因此,在此立法体例之下,将善意取得的法理基础归结为瞬间时效的作用,既可以说是一种符合法典外部体系安排的理论解说,也可以说是从该体系安排中可自然导出的结论。

取得时效说虽然从形式上看比较符合法国民法典的体例安排,但细究起来,该说实际上与法国法上善意取得制度的构成并不相符。因为,在法国民法典第2279条第1款之下,善意取得仅须以“受让人须取得有效的、无瑕疵的自主占有”和“受让人取得自主占有时须为善意”为要件,与时间的经过完全无关,即“当占有人获得出让人无支配权的动产时,如其为善意,其自主占有可使其即时获得所有权,此为动产的即时取得制度,这一制度基于交易安全的保护,在一定程度上‘牺牲’了真正所有权人的利益。这是动产占有之最主要的效果”。^{〔3〕}由此看来,虽然从形式上看,可以认为法国法采取取得时效说,但实质上法国法上善意取得的基础乃是受让人所取得的自主占有的效力。有鉴于此,日本现行民法一改其旧民法将善意取得制度规定在动产取得时效章节的做法(此乃受法国民法典影响的结果),转而将善意取得制度规定在占有的效力一节中。该法第192条规定:“平稳而公然地开始占有动产者,如系善意且无过失,则即时取得行使于该动产上的权利。”经此转变,无论是从体例安排上还是从实质构成看,日本民法所采纳的都是占有效力说,即善意取得系由于受让人受让占有后,其现有占有之效力使然。^{〔4〕}

与日本民法相类似,深受法国民法影响的意大利民法典也没有将善意取得规定在时效取得中,而是将其规定在占有章占有效力一节中(第1153条),隶属于动产的善意占有,与时效取得制度并列。瑞士民法典则在将善意取得规定在动产所有权一节中(第714条)的同时,也通过对占有保护规定(第933条)的援引,表明善意取得与受让人所取得的占有的保护(占有的效力)之间的联系。我国台湾民法典也参考瑞士立法例,分别于物权编第二章所有权(第801条)及第十章占有(第948条以下)中对动产善意取得作了较详尽的规定。但是,由于在学理上受德国学说影响较深,我国台湾学者大多倾向于采权利外观说(占有公信力说)或交易安全与便利保护说等相关学说。

(二) 从权利外观说(占有公信力说)到权利外观引致加交易安全与便利保护说

权利外观说系受日耳曼占有(Gewere)制度——一种无占有和所有权之分的占有法——影响

〔2〕 法律赋权说认为,善意取得系由于法律赋予占有人处分他人动产之权能,其处分为有效,故受让人能正常取得。法律特别规定说则认为,善意取得是一种法律直接规定的特别制度。以上二说的根本缺陷就在于,它们根本未就法律为何要“赋予占有人处分权能”或“将善意取得作为特别制度加以规定”给出法理上的说明,因而也就未正面回答善意取得的法理基础问题,不足为信。

〔3〕 尹田:《法国物权法》,法律出版社1998年版,第218页。

〔4〕 谢在全:《民法物权论》,中国政法大学出版社1999年版,第220页。

而形成的早期德国学说。在德国民法典确立善意取得制度之前，德意志普通商法典（ADHGB）第306条就已经规定了可适用于商业领域的善意取得制度。^{〔5〕}为了使德国民法典与商法典保持协调，同时也为了避免“将判断所有权是否取得的问题，悬系于另一个可能更为困难的确定问题，即物之让与是否由某一商人在其商业营业中所为”，^{〔6〕}德国民法典第一起草委员会最终采纳了以德伊沙德（Derscheid）提案为基础的承认善意取得人自无权利人取得物之所有权的方案，该方案基本上为德国民法典第二草案及最终的德国民法典（第932—935条）所承袭。

在第一起草委员会嗣后公开的立法理由书中，立法者对采纳善意取得制度的理由作了如下说明：“在动产交易中，确保善意买受人的取得安全甚为重要，在不动产交易中，这一保障作用可以通过不动产登记簿实现，而在动产交易中，相当于不动产登记簿的是出让方对动产的占有”。^{〔7〕}很明显，在该说明中内在地包含了“交易安全保护”和“占有具有相当于不动产登记簿的公信力”的思想。受此影响，德国学者对善意取得法理基础的说明也大多是从以上两个角度出发，并因其侧重点不同而形成以下诸说。

1. 权利外观说（占有公信力说）与权利外观引致说

权利外观说认为，占有为动产物权之外观，且动产的占有人在法律上可被推定为所有权人，善意受让人对此权利外观的信赖值得保护，故能善意取得。在该说之下，占有不仅被视为动产物权的外观或公示方法，而且，在占有所表现的物权与真实权利状态不符的情况下，（出让人的）占有也具有保护信赖占有外观之善意第三人的机能，故权利外观说亦被称为占有公信力说。^{〔8〕}

作为德国早期学说，权利外观说曾为德国联邦最高法院和许多德国学者所采，^{〔9〕}但该说也存在一个明显的不足，即该说不能对上文所述的“为什么在所有权人非自愿丧失占有的情况下，法律又不给予受让人以优先照顾”的问题作出合理的说明。进一步说，该说没有对所有权人失权的正当性作出全面的说明。这表明，要对善意取得的法理基础作出合理的说明，不能仅从受让人方面出发，而是必须同时考虑所有权人方面的因素。正是出于这一考虑，德国学者在权利外观说的基础上发展出了权利外观引致（Veranlassung）说。依据后说，善意取得的基础在于所有权人自愿将占有托付他人的行为给第三人创造了一个可使之产生信赖的权利表象。因此，只有在出让人的占有外观是由所有权人的自愿行为所引致时，才适用善意取得，反之则否（但有例外）。^{〔10〕}

与单纯的权利外观说相比，权利外观引致说除依然包含着“占有具有相当于不动产登记簿的公信力”的思想外，还内在地包含了一种风险分配或诱发思想。具体说来，在所有权人自愿将占有托付给他人时，该行为不仅给第三人创造了一个权利表象，而且也诱发了占有人可能进行无权处分的风 险。出于权利表象系由所有权人所引致以及“所有权人将物托付给某人，他肯定比取得人更有能力去估量该人的可靠性”^{〔11〕}之理由，法律决定将占有人背信的风险分配给所有权人，

〔5〕 该条规定：（1）商人于其商业经营中让与并交付商品或其他动产者，即使让与人并非所有权人，善意取得人仍获得所有权。此前存在的所有权消灭。任何此前存在的质权或其他物权，凡在让与时不为取得人所知者，均归于消灭。……（4）本条不适用于盗窃物或遗失物的情形。

〔6〕 [德] 罗士安：《善意取得、间接占有与〈德国民法典〉的设计者——〈德国民法典〉第933条与第944条间价值冲突的缘起》，张双根译，载张双根等主编：《中德私法研究》2006年第2卷，北京大学出版社2007年版，第63页。

〔7〕 Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band III, Sachenrecht, Verlag von J. Guttentag, 1888, Berlin und Leipzig, S. 344.

〔8〕 “公示方法有保护从事交易之善意第三人之机能，此种机能，自法律上效果观之，即为公信力。”前引〔4〕，谢在全书，第60页。

〔9〕 “动产所有权的善意取得的前提，除了善意以外，还要有建立在占有基础上的权利外观（Rechtsschein）。”BGHZ, 19, 81; Vgl. Westermann, Die Grundlagen des Gutgläubensschutzes, JuS 1963, 1.

〔10〕 参见 [德] 鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》下册，申卫星、王洪亮译，法律出版社2006年版，第398页。

〔11〕 同上书，第399页。

以求相对公平。^[12]虽然“在一个人以最大善意将其所有权由手中交出这一点上，并不存在对自己的过错，即使权利丧失正当化的过错”，^[13]且所有权人也无加害他人的意思，但毕竟所有权人的行为创造了一种权利假象——无权处分人的占有，且他也应该能够认识到他人可能会信赖这种假象。因此，“表意人未曾具备的自决，为责任原则替代”，^[14]即原所有权人应负丧失所有权之不利或“责任”，这是一种近似于纯粹的信赖责任或表见责任的“责任”。^[15]反之，如果所有权人不情愿地丧失对物的占有，那么原则上他就无须承担这种风险或责任。

权利外观引致说的提出，不仅克服了权利外观说不能说明占有脱离物原则上不适用善意取得的缺陷，而且也使动产善意取得制度被解释为是与不动产登记之公信原则、^[16]表见代理、撤销意思表示表意人的赔偿责任等制度具有法理一致性的制度。正因如此，该说逐渐取代了权利外观说之地位，并为德国和我国台湾许多学者所采。^[17]

2. 交易安全与便利保护说与权利外观引致加交易安全与便利保护说

与权利外观说或权利外观引致说的论证方式主要是立足于规范逻辑不同，交易安全与便利保护说则主要是一种从规范目的角度展开论证的方式。该说认为，在一个以自由贸易为基础的商品社会中，商品交易频繁而重要，若由交易中的受让人承担无权处分之风险，则受让人势必会为降低此类风险而辗转调查出让人有无处分权，从而使交易所需耗费的人力、物力和时间成本大幅增加。如此，不仅交易快捷和便利难以实现，而且交易安全也得不到有效保障，这与市场经济的内在需求是相悖的。正是出于这种考虑，现代各国民法大多确立了能更好地保护交易安全和促进交易快捷和便利的善意取得制度。诚如学者所言：“每个立法者都是他那个时代的产物，就民法典该决定而言，也是受到了当时那个时代的国民经济思想的影响。这种思想倾向于尽量使自由贸易免于可能来自外界的所有权请求方面的干扰。因此，善意取得可被视为：贸易精神对所有权规范的胜利。”^[18]

交易安全和便利保护说由于能对允许善意取得的必要性和重要性作出清晰的说明，因而也为许多国家学者所采。只不过，在采信该说的学者中，有的学者认为，善意取得制度虽主要是建立在交易安全与便利之确保上，但占有之公信力仍为其不可或缺之基础，此为占有公信力加交易安全与便利保护说。^[19]该说在我国台湾和大陆曾几近通说，且目前仍为许多学者所坚持。^[20]德国也有学者认为，将交易安全与便利保护说与权利外观引致说相结合——权利外观引致说加交易安全与便利保护说，可以为善意取得制度提供“更为令人满意的正当性根据”。^[21]与之相对，另一些学者则认为，允许善意取得比较可以接受的理由还是交易安全与便利，至于权利外观说，则因占有在现代社会并不足以充当权利外形而颇有可疑之处，因而难以为信，^[22]此为单纯的交易安

[12] 关于所有权人失权的正当性，除存在本文所述的权利外观引致说外，还存在过失责任说和危险支配说等其他诸说。参见前引[4]，谢在全书，第970页。

[13] 前引[10]，鲍尔/施蒂尔纳书，第398页。

[14] [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》下册，王晓晔等译，法律出版社2003年版，第484页。

[15] 同上书，第887页。

[16] 力倡权利外观说的威斯特曼(Westermann)认为，动产善意取得依据的是“权利外观引致”原则，但不动产善意取得依然是以权利外观说(登记公信力说)为依据的。这主要是因为不动产登记和动产占有的权利外观有本质的差异。参见前引[9]，Westermann文。

[17] 参见苏永钦：《动产善意取得若干问题》，载氏著：《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2004年版，第171页。

[18] Musielak, Eigentumserwerb an beweglichen Sachen nach § 932 ff. BGB, JuS 1992, 713.

[19] 前引[4]，谢在全书，第220页。

[20] 参见史尚宽：《物权法》，中国政法大学出版社2000年版，第123页；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247页以下；梁慧星、陈华彬编著：《物权法》，法律出版社2003年版，第206页。

[21] 前引[10]，鲍尔/施蒂尔纳书，第398页。

[22] 前引[17]，苏永钦书，第172页。

全与便利保护说。

（三）小结

综上所述，以上各说所采的论证思路大致有三：一是立足于规范逻辑层面，试图将善意取得的法理基础建立在民法内部制度的体系关联性上。取得时效说、占有效力说、权利外观说与权利外观引致说可以归于此类，并分别对应着各国不同的法制背景和制度构成。二是立足于规范目的层面，试图将善意取得的法理基础建立在外部的社会政策目标之上。交易安全与便利保护说属于此类。三是综合以上两种思路，以期能对善意取得的法理基础作出更为全面的说明。占有公信力加交易安全保护说与权利外观引致加交易安全保护说即是如此。^{〔23〕}

比较以上三种思路，本文认为，交易安全与便利保护说虽然成功揭示了善意取得制度内含的“保护物权交易中的善意第三人”的精神，但从方法论上看，仅仅将善意取得的法理基础建立在某种外部的社会政策目标之上并不完全可取。原因有二：第一，交易安全与便利值得保护始终不等于交易安全与便利应优先于所有权得到保护。第二，善意取得是对物权绝对性的突破，对于这样一项突破了基本法理的制度，如果只是将其存在的合理性归结于某项政策目标，而罔顾其与其他民法制度的体系关联，就等于完全放弃了在法律体系内部合乎逻辑地证成其合理性的努力。如此，结论就只能是“善意取得制度是法律为保护交易安全与便利而特意设立的制度”，而这和法律特别规定说的思维方式并没有什么本质的不同。由此看来，对于善意取得制度，法律如果要尽到其说理义务而不至于沦为政策学的注脚，首先要做的就是将该制度还原至民法之中，从该制度与民法内部其他制度、理念的逻辑和价值的体系关联上对其作出合理的说明。当然，如果穷此努力依然一无所获或仍无法对其法理基础作出合理阐明，社会政策目标的说明仍不失为一种辅助的或替代的说理方式。从这个意义上讲，第一种和第三种思路应更为可取。考虑到在是否应优先保护交易安全与便利的问题上，上述诸学说并无实质分歧（惟在保护程度上略有差异），差异主要是在法理逻辑上，因此，下文将重点就我国许多学者所采的占有公信力说的妥当性作一讨论，以期在结合我国立法和现实的基础上，对善意取得的法理基础作出更为合乎逻辑和现实需要的学理阐释。

三、对占有公信力说的质疑

（一）占有公信力说的逻辑构成

对占有公信力的肯定是权利外观说和权利外观引致说的共同点。受这些德国学说的影响，我国台湾和大陆许多学者也倾向于以占有公信力作为善意取得的法理基础。例如，有学者认为，善意取得的理论基础“首要者乃在于交易安全与便利……其次则为占有之公信力，动产以占有为其公示方法，虽有不能完全公示权利状况之缺点，在所有权观念化，导致占有与本权分离之现象日益增加后，此种缺点益形显著，但占有终究是目前较可采取之动产公示方法。是以，受让人与让与人就商品从事交易行为，何以无须调查其处分权之有无，即在于动产以占有为公示方法，而受让人予以信赖之故”。^{〔24〕}

又如，“与登记对不动产物权的表征力不同，占有对动产物权的表达不尽人意，用权利外观来作为其二者共同的基本，确有点差强人意……但这种区别引发的信赖异质性未必如同人们想象

〔23〕 关于善意取得的法理基础，还有一种常见的思路，即从其制度渊源的角度切入，依罗马法上的时效取得或日耳曼法上的占有（Gewere）制度内含的法理来解释。但出于“单单是引用历史纪录这一点并不足以使现代事物被正当化”，真正为学者看重的思路主要还是规范逻辑和规范目的或二者的综合。

〔24〕 前引〔4〕，谢在全书，第220页。

的那么大。占有虽然不如登记那样有程序制定化的保障，但它之所以充任动产物权的外观形式，并非法律规定的结果，而是人们在生活或者交易中不断进行选择 and 试错的产物……而且，法律进一步确定占有与登记的同等地位……就是占有和登记的推定力使得占有者和登记权利人不证自明地成为物权人，这体现了建立在高度盖然性之上的法律推定技术……在建构在日常生活或者交易经验基础之上的社会共识和经由一定价值指引之法律制度的双重保护下，占有对物权的表征已经成了制度化的现实，由此产生的信赖与登记产生的信赖几乎无异，均属于非针对个体的体系性信赖”。〔25〕

从以上颇具代表性的论述可以看出，论者为占有公信力命题所提供的论据或前提性逻辑要素主要有以下几个：1. 经验，即“动产的占有和所有权在大多数情况下是统一在一起的”这一日常生活经验。〔26〕2. 占有是动产物权的公示方法。对于占有公信力来说，承认这一点是十分必要的。因为，依持此说学者所见，“公信力所要解决的正是被公示的物权现状与真实的权利状态不一致，其所保护的依据是对占有的信赖而不是对交付的信赖”。〔27〕若占有不是物权的公示方法，则信赖“占有之所在即物权之所在”也就失其法律依据，所谓的占有公信力也就成了空中楼阁。3. 占有推定力，即占有人在法律上可被推定为所有权人，基于此，受让人可信赖占有人为所有权人，而保护善意受让人所付出的这种信赖就是占有公信力的体现。

综上，可以将占有公信力的形成逻辑简化如下：经验支持了占有是动产物权的公示方法的判断，而法律赋予占有这一公示方法以推定力又使受让人更有理由信赖相应的占有状态，并因此受到保护。也就是说，这里存在一个“经验——占有是动产物权公示方法（非法律规定的结果）——占有推定力——对善意信赖占有者的保护即占有公信力”的逻辑链条。

（二）对占有公信力说逻辑构成的解构

本文认为，上文所述的支撑占有公信力说的逻辑链条不仅在整体上不符合民法体系逻辑，而且在实践中也会遭遇许多困难。关于该说在实践上可能遭遇的困难，本文将在第四部分讨论德国“铣床案”时予以详述，此处仅从法理上由近及远地就以上逻辑链条的每一逻辑环节能否成立逐一加以分析。

1. 占有推定力规则并不以保护善意第三人的信赖为目的

所谓占有推定力，是指动产的占有人在法律上可被推定为所有权人。在占有公信力说之下，这种推定不仅对占有人有利，而且对与占有人进行物权交易的相对人（受让人）也有利，即后者也可以基于这种推定而信赖占有人为所有权人。在受让人为善意时，这种信赖即可受到保护。

从表面上看，这种将占有公信力建立在占有推定力基础之上的论证方式在逻辑上并无太大问题。但在笔者看来，事实并非如此。以下不妨以德国民法典第1006条和法国民法典第2279条第1款为例加以说明。

德国民法典第1006条规定：“为有利于占有人，推定占有人为物的所有权人……为有利于前占有人，推定前占有人在其占有期间为物的所有权人。”关于该条，须注意两点：第一，“为有利于占有人”或“前占有人”的措词表明，该条是为了保护占有人——准确地讲，是自主占有人——的利益而设，即“推定仅为那些以自主占有人或以用益权占有人、质权占有人身份，对物实施占有之占有人的利益而作出”。〔28〕第二，赋予占有以所有权推定效力的本质“只是确立了一个证明规则，而该规则没有触及实体权利”。〔29〕亦即，该规则只是赋予占有人以证明优先权的防御

〔25〕 常鹏翱：《善意取得的中国问题——基于物权法草案的初步分析》，载前引〔6〕，张双根等主编书，第9页。

〔26〕 Westermann, Sachenrecht, 7. Aufl. 1998, § 45 II.

〔27〕 肖厚国：《物权变动研究》，法律出版社2002年版，第11页。

〔28〕 [德] 鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》上册，张双根译，法律出版社2004年版，第177页。

〔29〕 前引〔10〕，鲍尔/施蒂尔纳书，第394页。

机制，推定的目的只是为了便于实现对自主占有人利益的保护，但它本身并不创造任何实体权利，也不是终局性的决定——占有的所有权推定可被反证推翻。^{〔30〕}

法国民法典第 2279 条第 1 款规定：“对于动产，自主占有具有与权利证书相等的效力。”依法国学者通常见解，该款主要包含两项含义：一项是占有如同权利证书，占有人可用以证明其所有权的存在，亦即它导致了一项推定的产生，即自主占有被推定为所有权。这是一项证明规则，是单纯的推定，且可为相反证据推翻。另一项是占有是动产所有权的一种取得方式，依此，善意受让人可以通过获得自主占有成为所有权人，即使该项动产不是出让人的财产。概言之，自主占有不仅是对所有权的推定，而且是对属于他人的动产的一种即时取得方式。^{〔31〕}乍看起来，以上被包含在同一规则中的两项含义似乎恰恰分别对应占有推定力（前一项含义）和占有公信力（后一项含义）。但细究起来，事实并非如此。前一项含义与德国民法典第 1006 条没有本质区别，都是有利于自主占有人的证明规则，仅具防御和保护功能。就后一项含义而言，可以说它在客观上起到了保护善意第三人的作用，但必须注意的是，在法国法上，这种善意保护的基础并不在于善意受让人对出让人的占有的信赖，而是信赖自己的占有可使之取得所有权。质言之，在法国法上，构成善意取得基础的不是出让人的占有具有公信力，而是善意受让人受让占有后其自主占有的效力使然，即法国法所采实为占有效力说。由此看来，法国民法典第 2279 条第 1 款包含的两项含义都是用来保护物的占有人的，已取得占有的善意受让人得以对抗真正所有权人的法律依据仍是其自主占有的效力。

综上所述，在实证法上，占有之所有权推定是一项仅有利于占有人的推定，其规范目的并不在于保护他人对占有的信赖——他人也不得为自己利益而主张占有的所有权推定，而是为了给占有人构筑一个防御工事，以便占有人能借此在与他人的对抗中获得有利地位。^{〔32〕}这表明，占有推定力和占有公信力其实是两个不同的法律构造，二者至少存在以下几个方面的明显差异。（1）二者保护的利益主体不同。前者保护物的占有人（通常为现占有人，在现占有人与前占有人为诉讼相对方时为前占有人），后者保护与占有人进行物权交易的相对人。（2）二者的功能和效力不同。前者仅具保护占有（也兼及本权）的功能，但不创设实体权利，且其推定效力是可反驳的、非终局性的；后者则具有信赖保护功能，其效力是终局性的，可为第三人创设实体权利。简言之，前者重在消极地防御和守护，后者重在积极地赋权和得权。（3）二者的规范目的不同。前者旨在通过保护占有人来维护静态的财产秩序，后者旨在通过保护与占有人进行交易的相对人来维护动态的交易安全，这是二者最根本的不同。

以上差异表明，以占有推定力为基础推论出占有公信力，就等于是将为占有人的利益而设置的规则转换成了为占有人的相对人的利益而设置的规则，其间不仅逻辑断裂至为明显，而且也有悖于法律赋予占有以推定力之立法目的，甚为不当。

2. 将占有视为静态的动产物权公示方法不合公示法理

在占有推定力与占有公信力之间的逻辑关联被割断之后，要想修复上文所述的支撑占有公信

〔30〕 这和以下罗马法规则的精神基本上是一致的：“你说占有之物归你所有，你可以提起该诉讼（返还所有物之诉），因为占有人没有责任证明占有之物归他所有，因此，如果你不能证明物之所有权属于你，所有权便属于他”。[意] 桑德罗·斯奇巴尼选编：《民法大全选译：物与物权》，范怀俊译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 66 页。

〔31〕 前引〔3〕，尹田书，第 200 页。

〔32〕 “仔细比较一下民法典第 1006 条与第 891 条，就会发现二者间存在着重要区别：民法典第 1006 条所规定的，是仅有利于占有人之推定；而在土地登记簿中体现的法律关系，任何人均得主张，故其推定作用完全有可能不利于登记者”（前引〔28〕，鲍尔/施蒂尔纳书，第 63 页）。该论述表明，登记的推定力和公信力是统一的，而占有与登记的重要区别恰恰在于占有仅具推定力，而不具有公信力，即占有人之外的其他人不能为有利于自己而主张占有的所有权推定。

力说的逻辑链条,就必须在逻辑上直接将“占有是动产物权公示方法”和“占有公信力”勾连在一起。亦即,论者可以在这里先确立“占有是动产物权公示方法”,即占有是动产的权利外观,然后再把公示力和公信力赋予给占有,从而使占有公信力说继续得到维护。不过,这一逻辑构成依然很难成立。因为,依物权公示法理,“占有是动产物权公示方法”这一命题难以成立。

其一,动产物权变动的法定公示方法是交付,而非占有。

不管是在德国还是在我国大陆和台湾,物权法定原则都是物权法的基本原则。在此原则之下,不仅物权种类、内容是法定的,而且物权变动公示方法和效果也是法定的。因此,如果没有法之明文,将占有视为物权变动公示方法是没有法律依据的。综观各国立法,自始至终都不存在此类明文,而是只有非经交付公示,动产物权变动不生效力之明文。^[33]这表明,在实证法,动产物权变动的唯一法定公示方法是交付,占有并非法定公示方法。

当然,在此须特别注意交付与占有的关系,以免将“交付是动产物权的公示方法”混同于占有公信力说所持的“占有是动产物权的公示方法”。具体说来,在占有公信力说之下,“占有”作为一个名词,指的是“出让人的占有”,指向一种静态的“占有享有状态”;而在交付公示中,交付是一个动词,指的是一个加入了时间要素的动态的占有转移过程,其公示力的达成系来自“受让人的占有取得”。二者一静一动,是两个相对的不同事物,不可混同。

其二,物权公示原则仅适用于物权变动领域,物权的静态享有无须公示。

既然交付在动态的动产物权变动领域独占了公示方法之地位,那么留给占有这一所谓的“动产物权公示方法”的唯一空间就是静态的物权享有领域了。但是,依各国立法和学说,“公示原则仅适用于以法律行为方式而生的物权变动,而不适用于基于法定原因而生的变动”,^[34]当然也就更不适用于物权根本未发生变动的物权静态享有领域。在法律上,静态的物权享有是不需要公示的(至少在动产上是如此),在当事人没有变动物权的意思时,他完全可以任意地、秘密地通过各种合法方式来享用(占有、使用、收益)其物或对物进行事实上的处分,也可以授权他人享用其物,而不需要负担任何的公示义务。进一步说,在动产物权变动领域,交付的完成本身就已经表明法定的公示要件已经得以充足,受让人在交付完成后并不负继续保持占有的义务,法律也不能要求动产所有人恒保持自己占有的状态。既然所有权人无须维持占有外观之义务,所有权的存在也不依赖占有,占有何以又能反过来成为所有权的外观或公示方法呢?^[35]

其三,在法律上,无法依公示法理赋予占有公示力。

退一步讲,即使承认占有是动产物权的(静态)公示方法,也无法依据公示的基本规则将相应的法律效果赋予占有这一公示方法。依据“未公示不对抗”的公示基本规则,在占有被视为公示方法的情况下,可以推出“不享有占有就不享有可对抗第三人的动产物权”的规则。依据该规则,若动产所有权人失去占有这一公示外观,则当他向其他人主张所有权时,该他人皆可通过援引“未公示(占有)不对抗”的规则对抗之;反过来,如果权利主张是向物的现占有人提出的,占有人也可通过援引“公示(占有)即可对抗”击退之。如此一来,不仅出租、出借、保管、运输、出质、所有权保留买卖等交易方式不可能顺利发展起来,而且现代法上的所有权制度也会因

[33] 德国民法典第 929 条,我国台湾民法典第 716 条,我国物权法第 23 条。

[34] 前引 [28], 鲍尔/施蒂尔纳书, 第 65 页。

[35] 对此,我国台湾学者苏永钦曾精辟论述道:“……以完全不加入‘时间’因素的动产占有和土地登记簿的记载、收据的持有、授予代理权的表示来比,是否具有等量齐观的权利外形,在物权与占有分离毋宁极为平常而有必要的今天,实在很有疑问。不但表现代理或不动产错误登记发生的情形远少于无处分权的占有,而且要求本人或不动产权利人防止或除去这权利外形可说十分合理,对于动产所有人却不能要求他恒保持自己占有的状态。如果占有的所谓权利外形不能成立,受让人的信赖又何值保护? 物权人失权的合理性又如何建立? 双方的利益显然有失平衡。”前引 [17], 苏永钦书, 第 172 页。

所有权重新被还原为占有而遭到扼杀，从而使物权制度被迫回到无所有权和占有之分的日耳曼法时代。既然无法依公示法理赋予占有公示力，所谓占有的公信力也就无从而生。

3. 占有与所有权的分离是常态的生活经验

依前文所述，在支撑占有公信力说的诸逻辑要素中，尚有一个本文还未加以分析的非规范性要素，那就是“经验”。在占有公信力论者那里，即便占有在法律上并不享有公示方法的地位，但在经验领域，它依然可以被视为动产物权的公示方法，而所谓的占有公信力就是这种经验的、非法定的公示方法的效力体现。本文以为，暂且不论以经验作为一项法律规则之学理支持的可靠性和可行性，仅就经验本身而言，也不可武断地认为动产的占有与所有权在大多数情况下是统一的。

事实上，对于该经验，占有公信力论者也是颇有疑虑的，这从论者在提及占有是动产物权公示方法这一命题时，每每都会提及“占有有不能就物权为准确公示之缺点”这一点就可以看出。只不过，为维护占有公信力说，论者往往都会对该说内含的自己反对自己的矛盾加以容忍，或认为该矛盾并不足以从根本上动摇占有的公示地位。

与之相对，另一些学者的态度则要明朗得多。例如，德国学者沃尔夫认为，“在民法典开始试行时人们还可以认为，通常情况下占有人就是所有权人，第1006条的所有权推定和第932条以下条款对善意取得的规定也是根据这一点作出的。但是占有作为公示手段的功能在今天的经济制度中已经大大地丧失了，因为在所有权保留、融资租赁以及担保所有权中的商品都是经常被非所有人的占有人使用，债权人再也不能因为自己的债务人占有有很多物就相信他有很多财产”。^[36] 鲍尔也认为，“在今天，从占有上推断所有权反而比以往更缺乏正当性。”^[37] 我国也有学者认为，“动产占有权利推定是很容易推翻的，因为动产非所有人的占有和所有人的占有一样成为生活的常态，占有公示的权利内容不具有明晰性，因而占有的公信力不能被过高评价，只能借助法律的技术处理而具有‘从占有人处取得权利的人推定为善意者’的功能，并借助善意保护的一般法律原则保护权利取得人以维护交易安全。”^[38]

综上所述，即便是单纯从经验的角度看，学者也早就明确认识到，在今天，“占有与所有不一致”和“占有与所有相一致”一样，都是人们所习见的生活常态。在此背景之下，占有人就是所有权人这一经验已经变得不再可靠，单纯从某人占有某物就判断该人是该物的所有权人也往往有违常识和经验。在有些情况下甚至可以认为，如此行为的人不是欠缺行为能力，就是存在恶意。

换言之，论者所谓的人们在日常生活中的所习得的“占有人就是所有权人”的经验，总体上应被视为过去的经验。对于那些生活在一个没有发达市场经济的时空中的人们来说，这一经验或许是足资依赖的，甚至法律也可以这种经验为基础。因为在早期人类共同体中，商品经济大多不发达（罗马帝国应是一个例外），以他物权、债权等形式让渡占有的情形也较少，因此占有和所有一般是结合在一起的，很少分开。正如梅厄所言，在此时期，在100例中有99例权利（所有权）与外形（占有）相一致，因此占有表彰本权，是无须证明的自足命题。^[39] 在法制史上，最能反映这种经验的就是古日耳曼习惯法上的占有制度。但问题是，经验往往并不具有超历史性，而且，更为重要的是，将占有和所有权相分离进而建立抽象的所有权概念和制度，本身就是以与上述经验相反的实践为基础的。如果不是因为罗马社会中已经出现大量的所有与占有相分离的现象的话，罗马法是没有必要型构一个所有权概念的。而所有权制度的形成又反过来进一步促进了各种各样的以分离占有与所有的方式做成的交易，促进了商品经济的发展。这直接导致了这样一种

[36] [德] 曼弗雷德·沃尔夫：《物权法》，吴越等译，法律出版社2004年版，第15页。

[37] 前引[10]，鲍尔/施蒂尔纳书，第391页。

[38] 张家勇：《物权法区分原则的意义及其贯彻逻辑》，《法商研究》2002年第5期。

[39] 参见肖厚国：《动产善意取得制度研究》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第13卷，法律出版社2001年版，第54页。

现象,即在一个发达的商品经济社会中,越来越多的所有权人不再直接支配他们的物品,越来越多的占有人不再是所有权人。于是,占有与本权的不一致也就逐渐成了为人们所习见的生活常态,成了一种常识和“新经验”。

由此看来,将占有公信力建立在占有人通常就是所有权人的生活经验之上,其实是一项十分危险的举动。因为经验宛如流沙,一旦其流至别处,构筑在其上的学理建筑也就岌岌可危了。事实证明,这种危险已经成为现实。

4. 以占有作为权利外观有违“所有权与占有毫无相同之处”之法理

所有权(物权)观念的产生过程本身就是一个占有和所有权逐步实现分离的过程。正是通过与占有的分离,所有权成了“一种可以通过心灵想象的,撇开一切时间和空间条件的抽象的概念或纯粹拥有思想”,^[40]成了一种可以“撇开一切经验要素”的抽象名义和法权形式,而剩下的对物的经验的、事实的支配则被占有所“占有”。罗马人率先完成了这一分离,在制度上的典型表现就是占有之诉和所有权之诉的分离,在观念上的典型代表则是乌尔比安所说的“所有权与占有毫无共同之处”。

正是通过以上分离,所有权和占有才得以各自显现其本质。所有权作为对物之最高主宰或法律支配,可以通过与占有等权能的分离派生出整个他物权体系,同时也支撑了只有通过占有和所有权的分离才能做成的债权交易(使用借贷、寄托、租赁等)。而且,不管物之上堆叠了多少他物权或债权人的占有,所有权依然是所有权,即盖尤斯所说的“赤裸的所有权”。至于占有,则形成了“一个与整个物权领域相平行的事实关系领域”,^[41]并且,占有的保护与物权的保护也是平行的,在占有诉讼中,原则上不容许为本权之抗辩。^[42]

近代物权法承袭了这一罗马法精神。正如学者所言:“在日常生活用语中,所有权与占有是不加区分的,但法律却严格地区分这对概念:所有权是完全物权,而占有是事实性的、不依赖于占有权源的、对物的有意识的持有。”^[43]这种所有权和占有的区分反映在物权法中,就是“近代物权法之特色在于将对物之支配,划分为观念的支配与事实的支配,前者具有法律上之正当权利,系抽象的支配,所有权与他物权属之,后者则与有无法律上之正当权利无关,系事实之支配,占有制度属之,而物权法就此两项制度予以并列,分章予以规定”。^[44]

由此可见,严格区分所有权(或本权)和占有乃是大陆法系的一个制度传统。这一区分不仅是整个物权法体系的发生基础,而且是相关合同法制度和占有制度本身种类化(如他主占有和自主占有,有权占有和无权占有)和独立受保护的前提。正是通过这种分离,所有权成了一个不依赖于占有的观念存在,占有也成了一个与有无法律上正当权利无关的事实,二者泾渭分明。而占有权利外观说之所以为德国法所采,与现行德国法上的占有制度系“以日耳曼法上的占有(Gewere)较占优势,同时又混合了罗马法上的占有(possession)”^[45]的构造不无关系。恰恰是这种混合使德国民法典上的占有制度成为最复杂难解的部分之一,而第985条以下关于所有权人与占有人之间关系的规定则被称为“德国民法典中最不成功的部分”之一。^[46]

[40] [德] 康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第64页。

[41] [意] 彼得罗·彭梵德:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第273页。

[42] 在罗马法上,占有令状所保护的是占有利益本身,而非本权。对此,乌尔比安曾说道:“发布令状的理由是占有应有别于所有权,因为可能发生一个人是占有人却非所有人而另一个人是所有人却非占有人的情况,还可能发生某人既是占有人又是所有人的情况”。前引[30],桑德罗·斯奇巴尼选编书,第187页。

[43] 前引[28],鲍尔/施蒂尔纳书,第33页。

[44] 前引[4],谢在全书,第935页。

[45] 这种占有制度也影响了瑞士、日本等国,并为我国台湾民法所继受。参见前引[20],王泽鉴书,第146页。

[46] Vgl. Köle, Das Eigentümer Besitzer Verhältnis im Anspruchszstem des BGB, 1971, S. 19.

四、德国“铣床案”的启示

在解构了占有公信力说之后，本文需要为善意取得寻找到更符合逻辑的法理基础。在此，不妨先提出假说，即善意取得以交付的公示功能为法理基础，或者说，善意取得就等于善意加交付公示力。为了对交付在善意取得制度中的基础地位和功能有一个更直观的理解，同时为了彰显占有公信力说在实践中所面临的困难，不妨先看一个案例——1968年德国“铣床案”。

（一）案情简介

原告甲将一台铣床以所有权保留的方式出售并交付给乙企业，乙虽尚未付清全款，但仍以占有改定的方式将该机器所有权转让给丙银行，丙又通过向丁银行让与他对乙的返还请求权的方式将该机器所有权转让给丁。现甲和丁就这台机器的所有权归属发生争议并提起诉讼。地方法院支持了甲的返还所有权的诉讼请求，但上诉法院驳回了甲的该诉讼请求，在申诉过程中，德国联邦最高法院认定该机器所有权属于丁。^{〔47〕}

（二）判决理由

在该案中，前后存在三笔交易，分别涉及动产所有权保留买卖（甲乙之间），通过占有改定进行的所有权转让（乙丙之间）、通过返还请求权让与进行的所有权转让（丙丁之间）。在第一笔交易中，乙没有付清价款，依德国民法典第455条关于所有权保留（2002年以后为第449条）的规定，乙尚未取得该机器的所有权。这就使第二笔交易中的出让人乙向丙转让机器所有权的行为成为无权处分。由于乙和丙是通过占有改定进行所有权转让的，因此对于乙丙之间的交易应适用德国民法典第933条，“根据第930条（占有改定）的规定出让的物不属于出让人的，在出让人将物交付于受让人时，受让人成为所有权人”。本案中，乙（出让人）并未将机器交付给丙（受让人），而是仍通过占有改定保留了对该机器的直接占有，因此，丙不能依据第933条取得所有权，即使其为善意。

既然丙未取得所有权，那么在第三笔交易中，丙以返还请求权让与的方式将该机器所有权转让给丁的行为也属于无权处分。依据德国民法典，这种情况应该适用第934条，“根据第931条（让与返还请求权）的规定出让的物不属于出让人的，如果出让人是物的间接占有人，受让人在取得让与的请求权时成为所有权人；在其他情况下，受让人从第三人处取得物的占有^{〔48〕}时成为所有权人，但受让人在让与或者取得占有的当时非出于善意的除外”。依据该规定，要确定丁能否善意取得所有权，就必须首先确定丙是否是间接占有人，即丙是否已从乙那里取得间接占有。而要判断丙是否已经从乙那里取得间接占有，就必须考察德国法关于占有改定的规定，因为丙和乙是通过占有改定方式交易的。

依据德国民法典第930条的规定，所谓的占有改定是指“物由所有权人占有的，可以通过所有权人与受让人之间的约定法律关系使受让人因此取得间接占有而代替交付”。在本案中，乙（第930条中的所有权人）在和丙交易时是物的直接占有人，因此，在他和丙达成占有改定协议时，乙将不再为甲媒介占有，而是通过占有心素的变化，转而成为丙媒介占有。如此，丙也就通过他和乙之间的约定法律关系取得了间接占有，依据第934条，受让人丁在取得让与的返还请求权时，善意取得该机器的所有权。这就是德国联邦最高法院将所有权判给丁的法律依据。^{〔49〕}

〔47〕 BGHZ 50,45ff; NJW, 1968, 1382ff.

〔48〕 依德国学者通常见解，这里的“占有”也包含间接占有。参见前引〔10〕，鲍尔/施蒂尔纳书，第409页。

〔49〕 参见〔德〕托马斯·吕福纳：《间接占有与善意取得》，张双根译，载前引〔6〕，张双根等主编书，第49页。

（三）学界的纷争

德国联邦最高法院的上述判决虽然看起来符合法律的规定，但其结果却令人难以理解。尤其是丙不能善意取得所有权，而与他进行交易的受让人丁却能善意取得所有权。正因如此，该判决一出，即在法学界招致一片批评声。但批评的焦点主要不在法院的判决本身，而是通过该案判决被淋漓尽致地显示出来的德国民法典第933条和第934条之间的矛盾。依据第933条，在善意受让人已通过占有改定的方式取得间接占有的情况下，其依然无法从无权处分人处取得所有权，而是须受领交付；但依据第934条，在所有权转让通过返还请求权的让与进行时，善意受让人却能通过取得间接占有从无权处分人处取得所有权，而无须受领交付。

在这一矛盾之下，构成难题的不仅是要解释为什么不能通过占有改定从无权利人处善意取得所有权，而且还要解释为什么通过返还请求权的让与又能从无权利人处善意取得所有权，且这两种解释应保持逻辑一致。就此，德国学者在权利外观说之外作了各种各样的学理尝试，此间争论不仅热烈，而且枝节蔓延，甚为复杂，欲对其一一评述，非本文所能及。但依德国学者所述，“原则上支配德国法学界的观点是，在这两条规范中，德国民法典第933条所体现的是一项正确的原则，反之第934条第1种情形则是一项错误的规定。也就是说，人们认为仅仅只是间接占有的创设，应普遍禁止所有权善意取得效果的发生。因此化解这一矛盾的最佳思路，在于以德国民法典第933条为准而对第934条第1种情形进行矫正，亦即在通过返还请求权而转让的情形，使对取得人为物之交付作为善意取得的构成要件”。〔50〕

（四）启示

很明显，这一修正立法的思路强调交付在善意取得中的功能，强调交付公示原则在此间的贯彻。德国学者之所以褒第933条贬第934条，其出发点也是交付公示原则，而不是因为受让人对出让人的占有的信赖有什么不同。第933条由于坚持以交付作为善意取得的要件，因而是值得肯定的，而第934条不要求交付公示违反了公示原则，导致真正所有权人在无形中丧失了所有权。

前文所述的权利外观说以及权利外观引致说恰恰忽视了这一点。正是这种忽视，使该说很难对为什么不能通过观念化交付从无权利人处善意取得所有权加以妥当的解释。因为单纯从善意受让人对出让人的占有所赋予的信赖的角度看，不管是在通过占有改定或返还请求权让与进行的所有权转让中，还是在通过交付或简易交付进行的所有权转让中，这种信赖并没有实质的不同，也不足以导致法律作出相反的决定。而且，在通过占有改定进行的转让中，出让人通常是直接占有人，在通过返还请求权让与进行的转让中，出让人至多是间接占有人，甚至“一无所有”。而依据占有是动产物权外观之学说，直接占有应比间接占有更能公示物权，因此，占有改定中的善意受让人因出让人的直接占有所产生的信赖应该“更强”于返还请求权让与中的善意受让人因出让人的间接占有所产生的信赖。既然如此，那么理应是前者更应受到保护，而不是像德国法所规定的那样正好相反。

由此可见，德国法关于善意取得的规定是存在明显缺陷的，而制造这一缺陷的恰恰是那些认为善意取得是建立在占有权利外观之上的德国民法典立法者，他们自觉不自觉地受到了日耳曼法上占有制度的影响，并且受到了他们那个时代国民经济状况的局限。在德国学者已经明确承认占有转让在善意取得制度中具有重要功能，善意取得制度应该和公示（交付）原则保持一致之后，作为德国学说的继受者，我们更有必要反思占有公信力说。更何况，这一学说并不能准确反映我国物权法第106条的立法精神，因为依据该条，受领交付是所有情况下善意受让人从无处分权人处取得动产所有权的必备条件。

〔50〕 前引〔49〕，托马斯·吕福纳文，第51页。

五、善意取得等于善意加交付公示力

依据“未交付不生效或不对抗”和“交付即生效或对抗”这一公示基本规则来解释和构造善意取得制度，不仅逻辑顺畅，而且能更好地平衡善意受让人和所有权人的利益。

（一）公示基本法理及其与善意取得基本理念的关系

保证一个本着诚信而行为的交易主体能在一个社会公认的正常交易环境下依法实现其交易目的，乃是市场经济对法律提出的最基本要求。在法律上，债权变动和物权变动的主要区别不在于当事人是否应具备善意或诚信（答案显然是肯定的），而在于物权交易主体须另外履行一个义务，即公示义务（当然还存在其他区别）。在公示原则之下，这一义务与两种法律效果相连接，并分别对应着两种不同的信赖保护——第三人的消极信赖和物权取得人的积极信赖。

首先，如果物权交易当事人未尽公示义务，则物权不能发生变动或不能发生可对抗第三人的变动，此为“未公示不生效或不对抗”的规则。从信赖保护的角度看，该规则保护的是第三人的消极信赖，即依据该规则，如果某项物权变动没有通过公示对外表现出来，第三人可以相信其未变动，且有权以物权变动未公示因而对其不发生效力（对抗力）来抗辩未尽此义务的物权取得主张者。^{〔51〕}

其次，如果当事人已经尽到公示义务，则物权发生有效的变动，物权取得人可取得对抗第三人的物权，此为“公示即生效或对抗”的规则，它保护的是物权取得人的积极信赖，即物权取得人可信赖公示要件的满足可以使其确定地取得具有对抗第三人的效力的物权（当然还需满足其他物权变动生效要件）。从信赖保护的角度看，占有效力说所保护的其实就是这种信赖——善意受让人信赖其自主占有可以使自己取得无瑕疵的物权。不过，此处需说明的是，本文所述的积极信赖与其他学者所谓的第三人对“公示之所在即物权之所在”的积极信赖（依占有公信力说，善意取得保护的就是这种信赖）的含义是不同的。前者指的是受让人对自己受领交付或取得占有的效力的信赖，后者指的是受让人对出让人占有的信赖，二者不可混淆。

依据以上规则，在一个社会公认的正常交易环境下，若物权取得人行为诚信且履行了公示义务，那么他就应该能够取得可对抗第三人的物权，即使出让人无处分该物权的权利。若非如此，则正如交易安全与便利保护说所言，交易中的受让人可能会因担心交易目的无法实现而减少交易或不交易，或者为降低交易风险而增加调查权利真实状况的成本。这样一来，市场经济必定会因交易安全难以保障和交易成本大幅增加而受挫。反之，如果物权交易当事人没有履行公示义务，则即使物权取得人是本着诚信而行为的，交易环境看起来也是一个社会公认的正常环境，他也不能取得可对抗第三人的物权。若不如此，则第三人将会担心，在他所享有或取得的某项权利之外，还潜藏着一个可消灭或压制其权利的权利。如此一来，第三人势必可能会因担心这种危险而裹步不前，也会因担心自己手中的权利在无形中被扼杀而惶恐不安。这同样会导致市场经济大面积受挫，也无法保障财产秩序的稳定。公示原则的存在，就使市场交易主体得以放心大胆地投入交易之中，市场交易得以健康正常的运行。

从上述基本原理可以发现，动产善意取得与物权公示原则（交付原则）在法理上是一致的。首先，从规范目的上看，公示原则和善意取得制度都以保护交易安全为主要目的。交易安全与便利保护说正确地揭示了这一点。其次，从信赖保护的角度看，公示规则具有保护物权取得人的积极信赖的作用，这一作用体现在善意取得制度中，就是善意受让人在履行其公示义务后，即受领

〔51〕 依法理，“未公示不对抗”的抗辩仅可由那些受该规则保护的第三人援引，至于那些损及财产完整性或伪造权利证书的个人则不得利用该规则规避其对受损物权人的责任。

交付或取得占有后,有权信赖法律将保护其无瑕疵地取得物权。占有效力说在很大程度上体现的就是这一法理,因而较占有公信力说更符合民法的体系逻辑。

(二) 善意取得的技术构成分析

1. 交付

依据物权公示原则,交付原则上应该是所有动产物权变动发生可对抗第三人效力的前提,这体现在善意取得制度中,就是交付必须成为善意取得的基本要件。而且,也正是交付这一要件为善意取得的效力发生提供了直接的法律依据,同时也从公示原则的角度为善意受让人的“得权”或所有权人的“失权”提供了法理上的正当性支持。

在动产所有权转让中,如果未交付,则依据未交付不对抗的规则,善意受让人不能取得对抗真正所有权人的所有权。这不仅对于所有权人来说是正常的(因为善意受让人没有公示),而且对善意受让人来说也是正当的或者说是符合当事人的意思的。在未交付的情况下,法律可以认为当事人还不具备通过公示的完成将此物权变动固定下来的意思(这里存在一个推定,即所有交易主体都知道未经公示不能确定地取得物权)。既然如此,法律自然应尊重意思自治原则,没有必要“强行”将物权变动固定下来。

反之,如果善意受让人已受领交付,则不管是从维护法律(交付公示原则)的确定性和交易安全的角度来讲,还是从尊重当事人物权变动意思的角度讲,法律都应该将此物权变动固定下来。这不仅因为受让人已经履行了公示义务,而且也是诚信和公平原则的要求。在法律面前,受让人、无权处分人、真正所有权人其实都是“同一个人”,一个抽象的、平等的民事主体。该民事主体只要本着诚信,在一个被社会公认为正常的交易环境下依法进行了交易,法律原则上就应该为他实现交易目的提供保障。换句话说,虽然在具体个案中,善意受让人的利益和所有权人的利益看起来是冲突的,但一旦把他们摆在同样的交易环境下,他们的利益诉求其实是一样的。

2. 善意

(1)“善意”的含义。表面看来,善意取得与正常取得最大的差异就在于前者要求善意,而后者不需要,由此,善意取得也就显得特别起来。但依据上文所述法理,善意取得其实并不特别,因为所有的从他人处的权利取得本质上都是本着诚信而行为的交易主体在一个社会公认的正常交易环境下的“善意取得”——广义的善意就是指诚信。善意受让人在处分人为有权处分人时是如此,在处分人为无权处分人时亦是如此。只不过在前一情形下,善意(诚信)的问题并不凸显,而是一个市场法制内在包含的“潜规则”;在后一情形下,交易出现了“病态”——出让人无处分权,从而使原本存在的因素凸显出来,并使善意一词获得了其特别含义——非明知或因重大过失而不知物不属于出让人。这种现象就如同只有在健康的生命体受到病毒入侵时,人们才会发现生命体内原本就存在可抗击这种入侵的抗体一样。因此,在善意取得中被凸显出来的“善意”要件其实就是市场经济体内含的诚信,它承担的是矫正交易行为的功能,如果物权取得人不具备善意,即明知或因重大过失而不知物不属于出让人,那么进行该笔交易的双方都是恶意的,因此这一物权交易行为应该被矫正和清除。反之,若物权取得人为善意,出于前文所述理由,法律应保护他能顺利实现交易目的,至于恶意的无权处分人,则应承担赔偿责任。

总之,站在善意受让人的角度看,善意取得其实是一个完全正常的交易,与正常情况下通过公示取得对世所有权无本质区别。以“善意”为标志的善意取得之所以在现代法上被广泛法典化,其真正的原因应作如此理解,即为了维护被背叛或侵害的所有权人的利益,同时也为了维护诚信,法律给所有权人提供一个通过诚实信用原则来拷问第三人的诚信的机会,使他可以通过击破第三人的善意来维护自己的利益。这应是善意取得的现代精神,即“不得恶意取得”。

(2)善意的认定及与其他要素的关联。关于如何判断受让人是否具备善意,各国法都没有确

定的标准，而是将此问题留给学理和司法实践。从各国学理和司法实践的发展来看，善意的认定或恶意的证明通常都需要综合各种与该当交易密切相关的因素才能作出。其中，出让人拥有占有只是判定受让人是否具有善意的一个经验性要素，或者说是一个有利于认定善意的要素，但并非决定性的。原因有二：第一，在占有与所有相分离已经成为生活常态的今天，仅仅因为出让人拥有占有就判定受让人为善意是不符合社会常识的，也欠缺法律正当性。第二，依社会常识，人们在判断受让人是否明知或应该知道出让人（占有人）没有所有权时，通常会综合考虑该当交易场景下的各种显著相关的要素，这些要素有时可能是交易相对人的表见身份、交易时间和交易地点，有时可能是交易条件（如价格）和交易惯例等因素，甚至在特定情况下，社会整体秩序（战乱或和平）或治安环境（盗贼盛行与否）都是需要加以考虑的因素。或者，抽象地讲，善意的认定或恶意的证明是灵活的，并不完全取决于出让人对物的占有，而是取决于该当交易是否可以被认为是社会或法律所公认的正常交易环境下进行的，取决于受让人是否已经尽到了一个诚信交易主体在该交易环境下应尽的注意。

通过拍卖或在公开市场中购买可善意取得占有脱离物的规定，贯彻的依然是善意标准。占有脱离物原则上不适用善意取得是自罗马法^{〔52〕}以来就存在的例外，作为该例外的次级例外，各国法大多承认，受让人依然可以通过拍卖或在公开市场上购买而善意取得动产的所有权。对于这种“双层例外”，可以作如下理解：第一，从维护交易利益（安全、便捷）和贯彻物权公示原则的角度讲，法律原则上倾向于承认所有的动产都可以善意取得，只要受让人是善意地依法进行交易。因此，所谓的“双层例外”可以被理解为一个例外，即唯一不适用善意取得的就是在公开市场和拍卖场之外被转让的占有脱离物。法律之所以承认此一例外，原因主要在于，若允许此类善意取得，很可能间接地给打击盗窃和维护社会良好道德风尚带来负面影响，进而不利于财产秩序的维护。因此，为求衡平，法律例外地赋予真正所有权人对于那些在非典型的交易环境下被转让的占有脱离物以绝对的追及权。第二，对于在公开市场或拍卖场内被转让的占有脱离物，法律之所以承认受让人仍可善意取得或在所有权人请求返还该物时有权要求补偿，其内在理由还是善意。因为，将“向公众开放的、合法的公开市场”和“有着更严格经营资质要求的拍卖场”视为一个正常的交易环境是符合社会公众的通常判断的。或者说，法律在这里采取了化约的方式，将公开市场和拍卖场视为典型的正常交易环境，从而将在这样的交易环境里取得物权者推定为善意之人。虽然具体到个案，这未必妥当，但这本质上只是一个技术问题，其内在精神仍值得肯定。

（3）善意要件在承担以上技术功能的同时，也为善意取得提供了伦理支持。在善意取得的构成要件中，直接体现善意取得伦理基础的就是善意。正是通过善意这一要件，诚实信用原则得以贯彻，并为善意取得提供了伦理上的支持。惟需再次强调的是，所有依法取得的权利都应该是有伦理上的正当根据的。在善意取得中，受让人所做的其实就是一个诚信的交易主体应该做的，如果他做了这些，那么由他取得相应的权利也就具有了法律上和伦理上的正当性。

六、结 论

综合以上分析，本文认为，赋予占有以公信力并以之作为善意取得的法理基础是不能成立

〔52〕 关于善意取得的起源，学说上大致有三种意见：一种是起源于罗马法上的时效取得制度，一种是起源于日耳曼法上的占有制度，一种是起源于德国民法。本文认为，从规范功能和制度构造上看，现代善意取得制度与罗马法上的时效取得制度最为接近。这不仅体现在善意、取得自主占有都是二者共同的构成要件上，同时也体现在盗窃物、遗失物等占有脱离物不适用善意取得或时效取得上。进一步说，甚至可以对二者的历史关联性作如下理解：善意取得制度其实就等于罗马法上的时效取得“减去”时效要件，而时效要件消失的历史原因很可能是该要件已经无法适应交易日益频繁和快速的现代社会的需求。

的。善意取得保护受让人的利益，在本质上是保护每一个交易主体都能在依诚信而行为的前提下，能在一个被社会公认为正常的交易环境下依法取得物权。这不仅是必要的，而且也是正当的。善意取得中的善意要件体现的是诚信这一伦理准则和法律原则的基本要求，这为善意取得提供了伦理上的正当性基础；交付要件则是贯彻公示原则的必然要求，这为善意取得提供了法理逻辑基础。至于交易安全和便捷利益的保护，则是善意取得所体现的时代精神和经济理性。我国物权法第106条将交付和善意规定为善意取得的必备要件是符合法理和实践需要的，值得肯定。

Abstract: Among various doctrines on the legal basis of good faith (*bona fide*) acquisition, one theory argues that possession has the effect of public credibility, and such theory has great influence on Chinese jurisprudence. On the Basis of examining such theory and others theories, this article analyzes the three elements which provide the “public credibility of possession” theory with logical backbone, that is, the experience that the possessor is in most cases exactly the owner, the idea which views possession as a notification method of ownership of movables, and the idea which thinks the rule that “possessor is presumed to be legal owner” can protect a third party’s trust in transferor’s possession.

So far as these elements are concerned, this article proposes some criticisms by theoretical analysis and experience test. First of all, the rule that “possessor is presumed to be legal owner” is not designed to protect the trust of a third party in good faith. Secondly, the idea which views possession as a notification method of “static” ownership of movables is not in accordance with the principle of public notification in property law. Thirdly, it is also an experience that possession and ownership are often not simultaneously belonging to the same person, so the opposite experience cannot be depended on. Fourthly, the idea which treats possession as the appearance of ownership of movables is contradictory to the adage of Roman law which is stated as “ownership and possession have nothing in common”. On the other hand, in practice, the “milling machine” case (a famous German case) not only makes it clear that there exists contradiction between § 933 and § 934 of German Civil Code, but also indicates that the “public credibility of possession” theory has been in trouble in dealing with practical problems, and that “delivery” plays an important role in good faith acquisition system.

Through analyzing the public notification function of delivery, that is, to protect a third party’s passive trust and the transferee’s positive trust, this article draws some conclusions. The essence of good faith acquisition is to assure a dealer in good faith to realize his intention of bargain in a normal trading environment in society. The legal basis of good faith acquisition is the legal validity of delivery, the ethics foundation of it is good faith doctrine implied in the requirement of good faith, and the value of safe and convenient trading reflects the economic rationality and the spirit of the times embodied in good faith acquisition system.

Key Words: good faith acquisition of movables, possession, effect of public credibility, delivery, public notification
