

# 不动产适用善意取得制度的限度

朱广新\*

---

**内容提要：**不动产登记簿的公信力和善意取得制度是两种构造迥异的物之交易信赖保护机制。善意取得制度以占有不足以充分表征动产所有权为构造前提，以竭力衡量所有权人与善意第三人的利益关系为轴心；不动产登记簿的公信力制度以不动产登记簿可以作为权利外观为构造前提，以完备的不动产登记制度为根基。善意取得制度的效果只能是第三人由无权利人取得物权；不动产登记簿的公信力所具有的效果不但有积极信赖保护与消极信赖保护之分，且其积极信赖保护的内容除由无权利人取得物权外，还包括由有权利人取得物权、受领给付、获得权利顺位等。因此，以善意取得制度保护不动产交易的便捷与安全，其局限非常明显。物权法第106条应限缩解释为主要适用于动产，不动产交易的信赖保护可通过解释物权法第16条来实现。

**关键词：**主观权利 信赖保护 善意取得制度 善意取得效果 不动产登记簿的公信力

---

物权是一种主观、抽象的存在，且具有绝对性。如何识别物权并以此确保物之交易的便捷与安全，是物权法上的重大问题之一。大陆法系各国或地区的民法典为此皆确立了物权变动的公示规则，并以公示规则为基础，或仅创立了适用于动产交易的即时取得制度（法国、日本等），或建立了分别适用于动产与不动产交易的善意取得制度、不动产登记簿的公信力制度（德国、瑞士、我国台湾等）。

民法通则虽然确立了动产物权变动的公示规则（第72条第2款），但未规定善意取得制度，至于不动产物权变动的公示规则及不动产登记簿的公信力制度，更是只字未提。不过，立于法制变革潮头的学说与司法，自1980年代末期始，即承认了善意取得制度。<sup>〔1〕</sup>几年后，随着不动产交易市场的形成、不动产物权变动公示规则的建立，不动产交易的信赖保护问题遂凸显出来。对

---

\* 清华大学法学院博士后研究人员。

本文曾在清华大学法学院“民法九人行”学术沙龙中讨论，沙龙成员崔建远教授、王闯法官、王轶教授、王洪亮副教授、韩世远教授、戴孟勇博士、耿林副教授、吴光明博士生、宋鱼水法官、王成副教授等先后提出诸多批评和建议，在此谨致谢意。

〔1〕 参见王利明等：《民法新论》下册，中国政法大学出版社1988年版，第71页以下；《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。

此,有些学者认为应继受不动产登记簿的公信力制度;〔2〕另有个别学者则提出,不动产也可以适用善意取得制度或不动产交易可准用善意取得制度。〔3〕上述两种意见,藉受立法机关委托起草物权法学者建议稿之机而成对立之势。梁慧星教授负责的“物权法草案建议稿”采德国立法例,严格区分动产与不动产交易的信赖保护方式,主张分别确立不动产登记簿的公信力与动产善意取得制度;〔4〕王利明教授负责的“物权法草案建议稿”虽然也提出应分别规定不动产登记簿的公信力与动产善意取得制度,但其又建议对“不动产的善意取得”作特别规定。〔5〕由两部学者建议稿折中而成的“物权法草案”,在肯定不动产登记簿的公信力的前提下,吸收王教授负责的建议稿的意见,将善意取得制度扩张适用于不动产。〔6〕

由王教授负责的物权法草案建议稿之说明及参考立法例看,所谓“不动产的善意取得”,其实就是肇始于德国民法典的不动产登记簿的公信力制度。〔7〕既然两者所指相同,同时规定不动产登记簿的公信力与不动产的善意取得,明显会造成立法重复。梁慧星教授发现了该问题,提议删除善意取得制度中的“不动产”,〔8〕但立法机关却反其道而行之,将专门规定不动产登记簿的公信力的条文删去,在善意取得制度中保留了不动产。这就是物权法第106条规定的也适用于不动产交易的善意取得制度(本文称之为广义善意取得制度)。

立法机关的最终选择,其实并非仅源于王教授负责的建议稿,而是在学界获得了相当大的支持。2000年以来,反对善意取得制度仅适用于动产的学术研究,由星星之火而呈燎原之势。〔9〕在这股弃旧图新的学术思潮的推动下,不动产善意取得制度这一概念得到了一些人的认可。与此同时,不动产登记簿的公信力制度几乎被弃若敝屣。

主张善意取得制度可适用于不动产交易的学者,主要有两种论证思路:一是通过论说不动产登记簿的公信力同样具有善意取得效果,进而主张不动产同样可适用善意取得制度。该思路可称为“效果决定论”。二是通过论说像不动产善意取得是建立在不动产登记簿的公信力之上那样,善意取得制度是建立在占有之公信力之上,进而主张善意取得制度与不动产登记簿的公信力具有相同的构造基础——公信力,“所以,承认不动产善意取得,构建‘物权表征方式→表征方式公

〔2〕 参见梁慧星、陈华彬编著:《物权法》,法律出版社1997年版,第75页以下;孙毅:《物权法公示与公信原则研究》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第7卷,法律出版社1997年版,第494页以下。

〔3〕 参见顾振哲:《建立我国善意取得制度的构想》,《长白论丛》1995年第3期;王利明:《物权法论》,中国政法大学出版社1998年版,第300页。

〔4〕 参见梁慧星主编:《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社2000年版,第156页以下,第363页以下。

〔5〕 参见王利明主编:《中国物权法草案建议稿及说明》,中国法制出版社2001年版,第185页,第233页以下。

〔6〕 如物权法草案(全民征求意见稿)第23条规定了不动产登记簿的公信力,第111条规定了适用于动产与不动产的善意取得制度。

〔7〕 参见前引〔5〕,王利明主编书,第238页。全国人大常委会法制工作委员会民法室集体编著的物权法释义书,也明确将瑞士民法典第973条关于不动产登记簿的公信力的规定等同于不动产善意取得制度。参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国物权法——条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2007年版,第193页。

〔8〕 参见梁慧星:《物权法草案的几个问题——在清华大学的演讲》,http://www.iolaw.org.cn/shownews.asp?id=3391,2009年7月2日访问。

〔9〕 参见秦伟:《物权变动公信力与善意取得关系考——建议善意取得标的物范围通说之修正》,《山东大学学报》(哲学社会科学版)2000年第5期;肖厚国:《物权变动研究》,法律出版社2002年版,第399页以下;常鹏翱:《论不动产法中的“从无权利人处取得”规则》,载孙宪忠主编:《制定科学的民法典——中德民法典立法研讨会文集》,法律出版社2003年版,第378页以下;叶金强:《公信力的法律构造》,北京大学出版社2004年版,第186页以下;李楠:《论不动产善意取得制度》,《江西师范大学学报》(哲学社会科学版)2004年第3期;周铁朋:《国外不动产善意取得法制的考察》,《中南大学学报》(社会科学版)2006年第5期;常鹏翱:《善意取得仅仅适用于动产物权吗?——一种功能主义的视角》,《中外法学》2006年第6期。

信力→善意取得’之统一框架，当属妥当之举”。〔10〕该思路可称为“基础决定论”。当然，为了增强文章的说服力，赞成不动产善意取得制度者，往往协同使用“基础决定论”与“效果决定论”。

对于以上两种思路，非常值得质疑的是：（1）应否严格区分善意取得制度与善意取得效果，凡具有善意取得效果者，是否皆应纳入善意取得制度之中？（2）占有是否如不动产登记簿那样具有公信力，答案如为是，诸多立法为何几乎毫无例外地设置占有脱离物不适用善意取得制度的除外或限制规则？（3）德国、瑞士及我国台湾的民法典为何皆在善意取得制度之外，独立规定不动产登记簿的公信力制度，不动产登记簿的公信力的善意取得效果是否具有独特之处？这些问题可归结为一个根本问题：一些国家和地区将善意取得制度与不动产登记簿的公信力制度分别予以立法，到底是区分动产与不动产物权的物权法架构思维所引致的体系效应之一，还是这两种制度在构造基础与法律效果上存在重大差异使然？如以物权法第106条为基础，该问题则为：由来于德国法的善意取得制度，到底是一个自成一体的规范系统，还是一个流动、开放的制度框架，将不动产交易纳入其中，有无一定的限度？

本文拟通过对善意取得制度与不动产登记簿的公信力制度在架构基础、构成要件、法律效果等方面的比较分析，全面、深入回答上述问题，进而为物权法第106条的规定寻找一种解释思路。

## 一、善意取得制度的理论基础反思

### （一）占有之公信力概念辨正

关于善意取得制度的理论基础，多年来，我国民法学界流行着这样的观点：占有之公信力是善意取得制度的基础〔11〕或基础之重要组成部分〔12〕。该认识明显经不起推敲。据学者较为一致的理解，公信力就是物权公示方法被赋予的保护善意交易第三人的独特效力。〔13〕保护善意第三人的效力，其实就是使第三人由无权利人处取得所有权或其他物权。显然，公信力与善意取得制度的效果，所指完全一样。既然如此，将占有之公信力看作善意取得制度的基础或基础之重要成分，则明显不符常理。较为恰当的说法应该是，公信原则是善意取得制度的基础。

为何会形成上述认识？深究之，原因大致有二：（1）对公示与公信之关系缺乏正确认识；（2）由不动产登记簿的公信力妄想并仿造了“占有之公信力”用语。

如前所述，基于物权的主观性、绝对性，近现代民法确立了物权变动的公示规则。交易中的物权变动既然须向第三人公示，那么，作为公示之结果的占有状态或不动产登记簿的登记状态，一般应可看作物权的现象形态，在难以确知主观物权的情势下，依占有状态或登记状态来判断物权之所属或所在，并由此付出信赖，在交易中自然是比较便宜的选择。但须指出的是，即使有物权变动的登记或交付生效要件主义相支撑，上述看法也只能算是一种经验认识。以法律行为发生

〔10〕 参见前引〔9〕，叶金强书，第188页。

〔11〕 言及善意取得的根据，史尚宽云：“依余所见，乃系法律为交易之安全，所与占有之公信力，其情形有如土地之登记，不过此时占有与占有之取得，代替登记主义与公开主义”。史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第559页。陈华彬教授也认为：“谓善意取得制度是一项基于占有的公信力效力而产生的制度，并无不妥。”陈华彬：《物权法原理》，国家行政学院出版社1998年版，第416页。

〔12〕 我国台湾学者将“占有之公信力结合交易安全之保护”视为善意取得制度的理论依据。参见陈自强：《“民法”第948条动产善意取得之检讨》，载苏永钦主编：《民法物权争议问题研究》，清华大学出版社2004年版，第305页。谢在全教授也认为：“善意取得制度主要是建立在交易安全与便利之确保上，而占有之公信力仍为其不可欠缺之基础。”谢在全：《民法物权论》，中国政法大学出版社1999年版，第221页。

〔13〕 参见〔日〕近江幸治：《民法讲义Ⅱ物权法》，王茵译，北京大学出版社2006年版，第32页；上引谢在全书，第60页。

的动产物权变动，虽以交付为要件，且交付一旦完成，受让人即可占有物，并由此形成权利与占有的表里如一局；但是，交付只是动产物权继受取得的要件，而非物权存在的要件，交付甫一完成，物权即可脱离任何客观形式——包括对物的直接占有——而抽象地存在。这一结论的实践意义是，为了发挥物的效用，动产物权人可以租赁、借用、保管等形式将物移转于他人占有。因此，即使撇开观念交付所造成的权利与物的分离问题不谈，仅就现实交付之结果而言，占有背后存在着本权，充其量只是一种盖然性判断。鉴于错误登记的不可避免，不动产登记簿能够彰显权利，同样也是一种盖然性判断。

占有状态或登记状态既然只具有经验意义的物权识别能力，在多大程度上赋予它们一种公信力，无疑事关重大，不可不慎。德国民法典适应近代社会商业化发展的需要，依据占有与土地登记簿在主观权利彰显上的准确率，赋予土地登记簿一种几近绝对的公信力，<sup>[14]</sup>而对于动产交易中的信赖保护，则构造了善意取得制度。由于善意取得制度以交易物为占有委托物为前提，而交易物是占有委托物还是盗窃物、遗失物，通常难以依物之自然性能或占有状态加以客观识别，所以，相对于不动产登记簿的公信力，占有状态的公信性（可信赖性）非常有限。这就是德国民事立法或学说仅使用“土地登记簿的公信力”，而不使用“占有之公信力”的根本所在。<sup>[15]</sup>我国台湾虽有许多学者使用“占有之公信力”用语，并将其视为善意取得制度的基础，但他们通常对占有之公信力不作任何解释，依史尚宽的表述——“因受让人信赖让与人之占有，而使其取得物权，即为让与人占有之公信力”，<sup>[16]</sup>公信力之含义于动产与不动产间其实无甚差别。日本学者尽管也将公信力概念扩张到占有之上，但却清醒地指出，由日本民法典第193条（盗窃物、遗失物特例）的规定看，即时取得制度只是一种有限的公信主义。<sup>[17]</sup>我国学者几乎未经任何反思，直接从日本及我国台湾拿来了“占有之公信力”，并由此过度抽象出了“公示公信力”用语。

“登记之公信力”同样存在用语不准的问题，严格说来，“不动产登记簿的公信力”的用法则比较准确。以法律行为方式取得的不动产物权虽以登记为要件，但登记一旦完成，不动产登记簿旋即成为彰显物权的基本形式。对第三人而言，他人因物权变动而进行的登记通常与其无关，也就是说，不动产物权变动的过程无须向第三人公示，要公示的是不动产登记簿上的权利主体更迭状况、权利受到限制的状况或者权利之间的顺位状况等。由此，不动产登记簿对第三人才具有重要意义，才可以作为物权交易中的信赖事实。

## （二）交易安全与善意取得制度

占有之公信力既然不可作为善意取得制度的根据，那么，保护交易安全能否独立正当化善意取得制度？不能，原因在于：善意取得制度旨在以私的所有的静的安全换取财产交易的动的安全，既然皆为了法的安全，或为了一种安全利益，交易的安全为何要优越于所有的安全？<sup>[18]</sup>比较流行的一种说法是，交易安全代表了一种公共利益，而所有的安全仅代表了所有权人的个人利益，所以，交易的安全应优先于所有的安全而得到保护。该论点在立论上存在严重谬误，作为一种抽象的制度效果，如果说善意取得人的受让利益是一种代表了所有个案情形中善意取得人利益的公共利益，那么真正所有权人的所有利益为何不是一种代表了所有个案情形中其物被他人无权

[14] 有学者将德国民法典第892条的规定称为“一种绝对的公信主义”。参见刘志勋：《民法物权编》，中国政法大学出版社2006年版，第33页。

[15] 德国民法典第892条被命名为“土地登记簿的公信力”（Oeffentlicher Glaube des Grundbuchs），而同样具有善意取得效果的第932条，则被命名为“由无权利人善意取得”（Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten）。

[16] 前引[11]，史尚宽书，第49页。

[17] 参见前引[13]，近江幸治书，第121页。

[18] 郑玉波先生认为：“法律之目的，既在乎保护吾人社会生活之安全，则无论动的安全与静的安全，一律在被保护之列。”参见郑玉波：《民法总论》，中国政法大学出版社2003年版，第219页。

处分的所有权人的公共利益?显然,上述结论是以具象与抽象的不同立场分别考虑所有权人与善意取得人的利益属性。一般而言,法律之所以保护静的安全或所有的安全,在于该种安全体现了一种所有权利益,而所有权保护为近现代民法之根基,至于法律为何保护所有权,近现代以来在学理上堆叠着不同学说,如先占说、劳动说、天赋说等。这旨在表明,像法律保护静的安全有其具体根据那样,交易安全并不足以作为善意取得制度的根本依据,善意取得制度必须穿透交易安全之抽象价值观去寻找更为具体的依据,这种依据应能够在很大程度上证成立法者愿意在所有权保护上作出妥协的根本所在。

### (三) 信赖保护与善意取得制度

善意取得制度于近现代民法上的确立,有着深刻的法律与社会背景。近现代法律人在以权利为核心构造私法体系时,严格区分主观权利与客观法律,将权利定性为一种主观、抽象的存在。权利的观念化使其自身与权利背后的物质利益(如权利客体)得以分离,这种分离在为权利主体带来自由的同时,也为物之交易的相对人制造了巨大风险,即如果不进行一番调查,交易相对人往往无从知晓交易对方对交易物是否享有处分权。权利的主观化与物品快速流通的客观需要之间遂成不可调和之势,法律不能不解决这个问题。

物权变动的公示规则,虽在一定程度上有助于物权的现象化,但从根本上看,公示规则旨在克服物权之绝对性对第三人的不利影响,无法解决权利主观性所造成的物与本权分离的深层问题。其原因在于:对于动产物权来说,物被交付后,为发挥其效用,动产可随时发生直接占有与间接占有的分离。于此情形,可能的应对措施有二:一是凡参与物之交易者,须自行查证物之出让人对出让物是否享有处分权,也就是说,严格坚持所有权保护的宪法原则,让交易物受让人承担证明出让人享有处分权的风险;二是尽管权利的现象形态不能完全表征权利,但为了简化社会关系,便捷交易,减免受让人的所有权调查负担,促进物之流通,赋予占有以信用,让它成为一种可以信赖的交易事实。

第二种方法实质上是想以特别措施简化权利观念化衍生的交易复杂化问题。“简化复杂,是生物,包括人类,从生存中进化出的战略。”<sup>[19]</sup>在人类简化复杂世界的方法之中,法律为重要方法之一。主观权利带给交易世界的复杂化问题,只是客观法律简化复杂社会的副产品。那么,如何解决该副产品呢?德国、瑞士法的解决之道为:授予权利的现象形态以信用(可信赖性),<sup>[20]</sup>使权利的现象形态成为一项信赖事实,经由此信赖事实,第三人可以毫无顾虑地对动产出让人产生信任、付出信赖,并由此完成权利的移转。该种解决办法运作之机理,其实是以信任机制来简化第三人所面对的出让人是否具有处分权的交易复杂化问题。具言之,在法律看来,占有状态虽然存在表征权利的偏差,但其仍有表征权利的方法论意义,物之占有人仍具有一定的可信赖性。经由此种信赖,交易双方之间的不确定性、复杂性得以大大简化。在此解决办法中,第三人对出让人的信任是基础,对第三人的信赖加以保护是关键。至于为何须保护第三人的信赖,则完全取决于确保现代商业快捷、安全的法政策要求。<sup>[21]</sup>但须指出的是,善意取得制度所体现的信赖保

[19] 郑也夫:《信任论》,中国广播电视出版社2001年版,第99页。

[20] 通过授予权利的现象形态以信用,参与交易的行为人只须依公示方法所表现的物权状态从事交易即可,不必再费力究查标的物权利状态的实际底细,完全符合交易迅速的社会需要。此外,交易行为也不必再担心因公示方法所表现以外的物权状态而遭受不测之损害。以此而言,交易便捷是第一位的,交易安全则为其次。

[21] 一种基于社会经济分析的观点认为:社会再生产过程是一有机的关系,它由无数的交易连锁所构成,其一部发生故障,与此相关的诸多交易也会因此而覆灭,全体循环将大受影响。即使各个交易当事人的损失可能通过损害赔偿而获得事后救济,但再生产过程的混乱与停滞将会给社会总资本造成难以回复的损失,所以问题不再是单纯的信赖保护,对信赖者所有权取得的保护实在具有特殊的近代意义。参见[日]川岛武宜:《所有权法的理论》,岩波书店1987年版,第275页。转引自前引[9],肖厚国书,第368页。

护机制，本质上属于一种系统信任，即经由对权利现象形态的信赖所达到的交易一方对交易另一方的信任，而非基于对相对方的个性特质所发生的人格信任。基于此，如何赋予权利的现象形态以信用，或者赋予权利的现象形态以怎样的信用，才是善意取得制度的关键所在。而应赋予权利的现象形态以怎样的信用，则属于重要的法政策问题。为此，立法者须慎重对待权利的现象形态表征权利的准确性问题。<sup>〔22〕</sup>

从信赖保护原则与公信原则之间的关系看，公信原则旨在确保公示方法的信用，<sup>〔23〕</sup>以使公示方法完全成为一种信赖事实，由此增进普遍信任。因此，公信原则只是信赖保护原则的一个具体应用，或者说，公信原则只是信赖保护原则的一种体现。

## 二、不动产登记簿与占有的权利表征概率分析

### （一）不动产登记簿的权利表征概率分析

以法律行为取得不动产物权或设定不动产物权，既然须以登记为条件，处分以非法律行为方式取得的物权，既然须办理（宣示）登记，那么，从交易上看，不动产登记簿关于不动产权利状况的记载毫无疑问成为不动产物权的基本表征方式。

不动产登记簿有实体法与程序法之分。从程序法上看，不动产登记簿是指于一定行政区划内记载不动产物权主体、客体、内容等信息的专用簿册；从实体法意义上讲，不动产登记簿是指为每一宗土地设置的不动产登记簿薄页（Grundbuchblatt），而非包含数项不动产登记簿薄页的卷宗。<sup>〔24〕</sup>不动产登记簿薄页只是登记事务完成的一种技术体现，或只是登记事务完成的一种最终文档，即使法律对其制作作出了严格要求，如须遵循法定格式、应采用规范、明确的用语等，但不动产登记簿不能以薄页自身来说明其表征权利的充分性。不动产登记簿表征权利的准确性只能从登记簿的形成过程获得证明。以下依德国法为基础对此加以分析。

不动产登记簿的形成过程，其实就是不动产登记程序的一个具体运用。不动产登记程序主要基于三个条件：（1）须由当事人申请（Antrag）。登记通常只能经由当事人的申请而开始，只有在非常例外的情况下，登记机关才不经当事人申请而依职权进行登记。有权提出登记申请者，可以是权利获得者或权利失去者，也可由二者共同提出。（2）须得到权利人的同意（Bewilligung）。得到权利人的同意，也称为登记同意，体现的是程序法上的合意原则（formelles Konsensprinzip）。其意思为，登记机关仅审查权利人的同意表示，而不审查实体法上的合意（主要是物权合意）。这样做的前提是，同意登记的权利人在实体法上也同意权利的变更。但是，对于土地所有权的移转和地上权的设定，除应得到权利人的同意外，登记申请者还需要向登记机关提供实体法上的物权合意。（3）须有在先登记（Voreintragung）。在先登记是指权利处分人在此次权利处分发生前须在登记簿上被登记为权利人。该条件的作用主要是为了代替对处分权利人实体权利的审查。在上述三项条件中，后两个条件其实是实体法上的物权合意和实体权利（如所有权）在程序

〔22〕 如日本学者所言：“公信原则的贯彻，必须以公示的完备——实体权利的正确为基础，即公示必须取得其表示的权利关系乃正确的权利关系这样一种社会确信。反言之，如果公示的权利可能会同实际的权利关系不一致，则以这样一种公示制度为基础的公信原则将完全不能发挥作用。”参见前引〔13〕，近江幸治书，第32页。

〔23〕 “物权之公信原则是以提高公示方法之信用，促进交易之迅速，保障交易安全，故系以保护动的安全为其职责。”前引〔12〕，谢在全书，第61页。

〔24〕 参见〔德〕施蒂尔纳/鲍尔：《德国物权法》上册，张双根译，法律出版社2004年版，第297页。

法上的替代物,这样做主要是为了简化登记机关的工作。<sup>[25]</sup>经由此种办法,登记审查其实变成了一种近乎形式主义的审查。客观地看,这种做法虽然便利了登记工作的开展,但也制造了登记权利与实体权利发生分离的风险。为避免这种风险,德国土地登记法第29条进一步规定,登记材料原则上应采取公证形式(但在某些情况下,也可以采取认证形式)。

但是,上述登记条件事实上仍难免真实权利关系与土地登记簿的记载状态相脱节,也就是说,土地登记簿在表征权利上仍然会存在缺陷。根据德国学者施蒂尔纳/鲍尔的总结,造成上述情况的原因大致有如下几种:(1)程序上的合意与实体上的合意可能不一致。登记机关仅审查权利人的登记同意,而实体法上所要求的物权合意可能自始就欠缺,或自始无效,或嗣后丧失,此时登记簿或自始不正确,或者嗣后成为不正确。(2)物权合意与登记之间的不一致。此种情形可由当事人的原因产生(物权合意将A地共同误解为B地),也可由登记机关的原因产生(将A地错误登记为B地)。(3)不体现于土地登记簿中的物权变动。(4)登记机关的错误。<sup>[26]</sup>由以上四种情形看,登记错误既可能会基于人自身的先天缺陷(如认识能力的有限、错误的不可避免),也会基于登记程序自身的缺陷(不可能采取完全的实质审查)而发生。总之,对于土地登记簿而言,即使穷尽心思,登记错误也在所难免。

为切实保护真正权利人的利益,如何尽可能地将登记错误控制在最小限度内,是必须进一步解决的重要问题。德国法为此进行了两方面的制度建构:(1)给予真实权利人纠正错误的机会。登记错误会使与错误登记有关的真实权利人受到损害:其无法享受权利推定的法效果(德国民法典第891条),在第三人善意受让权利时,其会丧失权利。因此,法律必须给权利人提供在任何时候可使真实权利关系与土地登记簿之登记状态相互一致的可能性。此项手段就是土地登记簿的更正请求权。而针对土地登记簿正确性之异议,也可提供临时性保护。<sup>[27]</sup>为此,德国土地登记制度确立了异议登记与更正登记制度。异议登记只是一项临时性的权利保护措施,其功能不是阻止登记权利人处分权利,而是阻却善意受让人从登记权利人处取得权利。而错误登记的矫正则须依赖于一种独立的程序,即更正登记程序,该程序可使土地登记簿发生终局性变更。(2)确立错误登记的国家损害赔偿制度,强化登记机构的工作职责。即真正权利人的损害如果因登记官员的故意、过失而发生,国家(在德国为“联邦”,在瑞士为“州”)需负损害赔偿赔偿责任。<sup>[28]</sup>德国在“1910年5月22日命令”第1条第1项和“1933年6月30日法律”第4条明确要求将登记收取的费用全部上缴国库,与此相对应,因登记而发生的赔偿金须由国家财政支付。瑞士民法典第955条第1项也规定:“各州对因不动产登记簿的制作而产生的一切损害,负赔偿责任。”

土地登记簿彰显权利的表现力,不仅体现在严密设计的登记程序中,而且体现在作为登记程序之结果的土地登记簿制度中。作为一种重要的法律文件,不动产登记簿具有官方性、统一性、公开性、恒久性、确定性等特点。<sup>[29]</sup>这些特点使不动产登记簿具有显著的国家权威性——一种

[25] 倘若要求土地登记局对处分权人是否有处分权、当事人之间是否达成了物权合意均进行实质审查,则在大多数情况下,无疑对登记局过于苛刻,或至少对登记局也是一项费力耗时的事情。参见前引[24],施蒂尔纳/鲍尔书,第305页。

[26] 参见上引书,第361页以下。

[27] 参见上引书,第276页。

[28] 参见陈华彬:《物权法研究》,香港金桥文化出版公司2001年版,第301页。

[29] 参见孙宪忠:《中国物权法总论》,法律出版社2009年版,第339页;[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218页。

国家以特别法精心设置、保管的法律文件。<sup>[30]</sup> 在现代社会，合法权力是一种重要的信任媒介，以权力为基础的不动产登记簿，在一定程度上将权力的信用融入了登记簿，即人们既相信作为不动产登记簿之由来的登记程序的科学性、规范性，又相信不动产登记簿本身的合理与规范。<sup>[31]</sup>

因此可以说，细致严密的不动产登记制度，几乎尽其所能地确保了真实权利关系与不动产登记簿登记状态之间的协调一致性。尽管“智者千虑，必有一失”，但该“失”之概率，已被控制到最小。基于此，作为不动产登记程序之结晶的不不动产登记簿，可以以极高的概率（准确率）展现不动产之上的权利状态。在此情况下，赋予不动产登记簿公信力，使不动产登记簿成为一种无可置疑的信赖事实，虽然有可能导致真实权利人丧失权利，但这种发生概率极低的权利丧失事件，与不动产登记簿的公信力对增进普遍信任的作用相比，根本不值一提。更何况，考虑到权利可能丧失的情形，法律为真实权利人设置了更改错误登记的专门机制，<sup>[32]</sup> 并且国家为抑制登记机关工作人员的过失建立了针对权利丧失者的损害赔偿机制。

总之，在实体法上的物权形式主义（物权合意+登记）物权变动模式支撑下，在精密的具有自我纠错功能的登记程序制度保障下，在国家权威的信用担保下，不动产登记簿（薄页）在表征物权上具有极强的表现力，完全足以担当独立表征主观权利的重任，赋予其可被普遍信任的法律效力——公信力，并不会对主观权利自身造成过多的伤害。依所有权保护的宪法原则看，由于登记程序制度已经赋予了真实权利人自行协调真实权利与登记权利不相一致的机会，并且为了真实权利人的利益特别建立了对登记机关的登记行为具有内在约束力的错误登记损害赔偿机制，故可以说，剥夺真实权利人权利的正当性依据其实已经内化于不动产登记制度之中了。因此，不动产登记簿的公信力之构造根本，乃在于对不动产登记簿形成过程的科学设计。“正是基于此种情事，对登记赋予公信力的德、瑞法制，才花费心血整備不动产登记簿，对登记手续采取极其慎重的态度。”<sup>[33]</sup>

## （二）占有的权利表征概率分析

在交付生效要件主义下，以法律行为发生的动产物权变动，占有通常是交付的直接后果，占有与本权因而在理论上具有内在一致性。这也是将占有作为动产物权之现象形态的根本依据。但是，相对于作为动产物权彰显方式的不不动产登记簿，占有在彰显动产物权上具有先天缺陷。具言之，表现为人对物的控制的占有，实质上仅为一种依人对物的控制力为基础的经验判断。在他人看来，该判断表现为，某物在某人的管领之下，或者某物被某人现时地或持续地使用着、掌管着，至于占有对由其控制、使用的物享有何种类型的权利，无论如何无法凭占有事实加以确知，这与不动产登记簿以文字准确记录不动产物权状态的特性，有霄壤之别。所幸动产物权种类极其有限，且动产质权与留置权发生无权处分的概率较低，依动产之占有判断占有对该动产享

[30] 许多国家（或地区）的不动产登记立法都相当重视对不动产登记簿的规定，如日本不动产登记法专设一章（第3章），以12个条文对不动产登记簿的种类、编成、样式、保存甚至用纸的问题加以具体规定；瑞士民法典第25章直接命名为“不动产登记簿”，并对不动产登记簿的制作进行了详细规定；德国土地登记法对土地登记簿也有详尽的规定。

[31] 孙宪忠教授认为，土地权利是涉及国计民生的重要权利，故法律无不要求国家出面承担登记的责任，以国家的信誉和国家行为的严肃性作为保障，使得土地登记具有取得社会一体信服的法律效力。这种法律效力，就是土地登记的国家公信力。这种公信力是任何民间的证明所不可比拟的。参见孙宪忠：《论物权法》，法律出版社2001年版，第461页。另有学者指出：“在公权力参与下作成的外观与实体关系保持一致的概率很高，从而具有高度的可信性。同时，公权力参与的外观也是公权力引领交易秩序的基本手段，呈现出法政策上的强烈的价值取向性，理应成为广泛尊重和信赖的基础。”孙鹏：《民法上信赖保护制度及其法的构成》，《西南民族大学学报》（人文社会科学版）2005年第7期。

[32] 有德国学者指出，“权利人的这种权利丧失，仅只能在权利人在任何时候均具有使真实权利关系与登记状态相互一致的能力，才是合理的。”前引[24]，施蒂尔纳/鲍尔书，第276页。

[33] [日]我妻荣：《日本物权法》，有泉亨修订，李宜芬校订，台湾五南图书出版公司1999年版，第43页。



有所有权，通常不会产生太大的偏差。

在表征权利上，占有与不动产登记簿所形成的另一个鲜明对比是：不动产登记簿的权利记载，白纸黑字，固定不移；而占有则会因动产自身的易流动性而变动不居。应当说，只要登记程序科学严密，且能与实体法上的不动产物权变动协调一致，不动产登记簿对真实权利的彰显就确定、可靠；而占有与本权之间则蕴含着更多的分离可能。当然，为发挥物的效用，不动产物权也会发生变动，只是其每一次变动皆会在不动产登记簿上留下“踪迹”，而动产物权变动的结果仍表现为人对物的实际控制。这说明，作为一种权利的现象形态，占有的表现力与纸质（或电子）记载相比太过于含糊不清了。

相对于不动产登记簿，占有彰显权利的最后一个是：占有不能揭示权利的性质。因不动产登记簿仅记载不动产之上的物权状态，所以，以不动产为标的物的债权（如租赁权）对不动产登记簿彰显权利的表现力不会构成任何不良影响。而由于在动产之上会发生很多种类各异的债权债务关系（如委托、租赁、保管等），占有根本无法揭示其背后的权利是债权还是物权，更无法揭示债权的种类，至于物的占有人是基于何种原因占有某物（委托、保管或盗窃、抢夺）更是无法显示了。

其实，上述情形只是立足占有之本性，对占有的权利表现力作出的一般分析。如将上述分析置入近现代市场经济的具体交易中，占有彰显权利的缺陷会成几何倍数地扩大。这可从两个层面加以剖析。（1）现实层面。随着社会分工的深化，为对日常必需品及具有特殊价值的物品进行必要的加工或改良，必须将物之占有移转于他人；随着市场规模的扩大，种类繁多的农产品、层出不穷的工业品需要通过专业化物流公司运送到异地销售，以物尽其用；随着人口流动的增强，消费的时尚化以及商业投资观念向普通民众的渗透，人们越来越习惯于将一些物品出租于他人，这样既免去了自行管理的负担，又能使物品有所增值。诸如此类，无不导致权利与占有的分离。（2）制度层面。由上可知，在现代社会经济体系下，权利与占有的分离在很多时候或者是社会发展的必要条件，或者是实现物品价值的必要途径。这说明，占有与本权的分离是内生于现代经济体系的基本现象。这种经济现象在很多情况下得到了立法的大力支持。例如，由于分期付款买卖成为一种相当普遍的销售方式，确保出卖人之权益的所有权保留制度几乎得到所有现代国家的认可；为了能够扩大融资担保的范围，以将标的物的权利移转于担保权人为核心的让与担保也应运而生，且在经济生活中发挥着重要作用。

其实，所有权保留与让与担保制度只是占有与本权相分离在特定领域内的表现，除此之外，占有与本权还有更为普遍的分形式，拟制交付制度即是其典型表现。在拟制交付下，由于不存在物的现实占有的移转，占有表征权利之所在的意义几乎被连根拔断。这种交付形式虽大大简化了法律交往，增进了物的流转，但却“使占有本即不能就物权内容为完全公示之缺点更形恶化”。〔34〕

须强调指出的是，不像登记错误乃源于人类自身的缺陷，造成占有不能彰显权利的根本原因，既源于占有本身，又源于社会经济发展之所需。而且，从商业领域看，物品流通性越强，占有与本权分离的可能性就越大。因此，在某些情况下，占有与本权分离是现代自由市场经济发展的客观需要；而在很多情况下，以占有来判断权利之所在又是现代交易快捷、安全进行的客观需要。可以说，占有与权利的分离是现代市场经济与现代法制难以调和的内在矛盾之一。

总之，占有不仅仅是动产物权的现象形态，同时也是以动产为标的物的债权的现象形态，即使仅从物权表征上看，占有先天缺乏直观揭示占有物上权利类型、内容的品质，决定了占有对权

〔34〕 前引〔12〕，谢在全书，第58页。

利的表征仅具有纯粹的经验认识价值，而不具备任何理性分析价值。我们只能说，根据社会经验，在很多情况下，占有之所在即为动产所有权之所在，至于这种经验认识的准确性，根本无法以数量化的指标去验证。法律是人类理性认识的科学设计，当占有在多大程度上能够彰显权利甚至都无法把握时，赋予它一种彰显权利的公信力，从所有权保护的宪法原则看，显然太过于武断与草率了。

基于上述认识，关于动产交易的善意保护问题，世界各国的立法与判例不是直接赋予占有以公信力，而是基于不同的政策考虑，或极端否定善意取得制度，或有所折中地承认善意取得制度。<sup>[35]</sup>即使就得到承认的善意取得制度而言，各国或地区的法律构造也是形形色色，如区分物之属性（占有委托物或占有脱离物）的善意取得制度（法国、德国、瑞士等），区分交易环境（商业环境或非商业环境）的善意取得制度（英国、美国等），不区分物之属性或交易环境而以占有与所有权移转证书为前提的善意取得制度（意大利）。更为甚者，依德国、法国的立法或学说发展看，即使是仅以占有委托物为构造基础的善意取得制度，其合理性也会因经济形势的混乱或动荡不安而受到理论与现实的挑战。<sup>[36]</sup>

### 三、构造方法迥异的信赖保护机制

既然不动产登记簿与动产之占有在彰显权利的准确性上具有那么大的差异，对由无权处分引发的信赖保护问题，试图对二者的作用作完全一致的理解，以追求理论的纯粹化，其思考方法的合理性非常值得怀疑，德国民法典草案的起草者也曾表达过相同的看法。<sup>[37]</sup>由于不动产登记簿具有极高的权利表现力，足以作为权利的外观，德国民法典第 892 条、瑞士民法典第 973 条采取了直接赋予土地登记簿以公信力的方法。由于占有表征权利的表现力较差，德国、瑞士、日本及我国台湾无一例外地对动产交易中的信赖保护问题进行了单独立法，这就是经过精细利益衡量和精巧设计的善意取得制度。为对问题有个彻底的了解，以下进一步分析不动产登记簿的公信力与善意取得制度在构成上的差异。

在所有权绝对观念下，由无权利人取得动产或不动产所有权或他物权，无论如何，只是物权变动的例外情形。根据例外从严原则，如何构造不动产登记簿的公信力制度与善意取得制度，则至为关键。简言之，这两种制度在具体构造上须解决两个难题：一是第三人取得无权处分之物的所有权（他物权），是否须负有适当的注意义务；二是所有权（他物权）人丧失所有权（他物

[35] 参见前引 [11]，陈华彬书，第 412 页以下。

[36] 法国古代法（直至 15 世纪左右）曾奉行“动产无追及力”原则，但自 15 世纪至 17 世纪期间，受罗马法复兴和公共秩序动荡的双重影响，“动产无追及力”被限缩为“动产无抵押权的追及力”。进入 18 世纪，当安定的社会秩序得到巩固后，“动产无追及力”原则得以复活（法国民法典第 2279 条、第 2280 条即是对此种情形的确认）。时至 20 世纪，第二次世界大战引起的动荡社会秩序使即时取得制度再次发生变化：根据法国 1945 年 4 月 21 日法令，在一定时期，动产被掠夺的当事人可要求返还动产。而且，在 1977 年之前的 20 余年间，法国刑法将开始时为善意占有人的当事人掩盖动产不正当来源的行为视为窝赃，致使民法典第 2279 条第 1 款完全不能对当事人产生效果。基于上述情况，有人总结了即时取得制度在法国得到适用的社会环境条件：在和平时期，物品迅速、安全流通的商业利益具有重要价值，此时为善意第三人的利益而牺牲真正所有权人的利益比较合理；而在社会秩序混乱无序、动荡不安或者盗贼猖獗时期，确定丧失占有的所有权人可对某些占有人要求返还则比较必要。参见尹田编著：《法国物权法》，法制出版社 1998 年版，第 201 页以下。在德国，第二次世界大战后的混乱经济形势也曾激起学者对善意取得制度之妥当性的挑战。参见 [日] 安永正昭：《动产善意取得制度之考察》，《法学论丛》第 8 卷第 4、5、6 号，转引自前引 [9]，肖厚国书，第 362 页。

[37] 作为信赖的基础，占有与不动产登记簿有明显的不同，将二者等视之并构建统一的善意取得制度，是不太可能的。参见前引 [9]，肖厚国书，第 367 页。

权),是否应存在一定的归责事由。

#### (一) 原权利人的归责可能性

无论从立法还是学说上,关于原权利人的归责可能性,在不动产登记簿的公信力制度设计上基本看不到特别的考虑。造成此种现象的根本原因在于,不动产登记簿之形成不但以权利人的登记同意为原则,而且为防止登记权利与真实权利不相一致,法律特别设置了纠正错误登记的临时保护机制(异议登记)与终局性保护机制(更正登记)。在这两种登记机制下,法律没有任何理由去保护漠视或放任自己权利被错误登记的人。相反,为促进商业的健康发展,信赖不动产登记簿而积极进行交易者,其积极性没有理由不应得到保护。因此,也许可以说,对不动产登记簿的公信力而言,原权利人的归责可能性已经完全被内化于不动产登记簿之中,根本没有单独考虑的必要。

然而,在善意取得制度中,原权利人因何种原因应丧失所有权(他物权),一直是学说上的重要问题,在学说史上发展出了如下说法:(1)过失责任说。即原所有权人将物交由别人占有,应能排除其物形成非自己(该占有人)之物的外观,竟不予排除,自有过失责任,因此应丧失其权利。(2)危险支配说。该说认为,与迅速交易中有正当利益的第三人相比,原所有权人将物之占有移转于受托人时,本能较为慎重地判断相对人的信赖可能性,故对于物之受托人背信的危险,自应由原所有权人承担。(3)外观创造说。其观点为,原所有权人将占有授予他人的行为本身,乃创造他人具有所有权的权利外观,此即为可归责原所有人的事由,故其应负丧失所有权之责任。<sup>[38]</sup>

促使上述学说产生的根本理由为:作为一种权利表征方式的占有,由于须以对物的管领为条件,除了以自己意思将物的管领移转于他人外,动产依其性质与权利人分离的几率极高,而动产一旦非基于自主意思与权利人相分离,此种权利与其表征方式的不一致则几乎不存在自我纠正的可能性,尤其是当动产为可替代物时。以此而言,非基于自主意思丧失对物的管领,对权利人损害极大。依人类生活经验看,无意识地使物与自身相分离以及物被他人盗窃、抢夺,几乎无人能够完全避免。这与不动产登记簿的纠错机制有天壤之别。占有与权利的分离,既然原因多样,且非自主的分离又不存在任何纠正的机会,依人类朴素的正义感,在此情形下,自然不宜使权利人因他人的无权处分而最终丧失物的所有权(他物权)。

#### (二) 第三人取得权利的注意义务

在此方面,不动产登记簿的公信力与善意取得制度同样存在极其明显的差异。

因为不动产登记簿是一种文档,不动产登记簿簿页格式整齐划一、登记内容清晰明确、记载有条不紊,所以,在不动产登记簿的公开性规则保证下,交易相对人只要查阅一下不动产登记簿簿页就完全可以确知物为何人所有以及物上的权利状态(权利负担)。如果不动产登记簿上已经进行了异议登记,不动产登记簿之正确性已由此被暂时排除,这同样可警示第三人不要对与异议有关的登记产生任何信任。因此,不动产登记簿的公信力,在第三人取得权利的构造因素上,仅需要第三人善意即可,<sup>[39]</sup>即不知不动产登记簿之记载存在错误。否则,如要求第三人负有其

[38] 参见前引[12],谢在全书,第970页,注1。

[39] 德国学者指出,与动产善意取得制度不同,因重大过失之不知,不妨碍土地登记簿之公信力规定的适用。法律上如此区别处理的理由,在于在立法者看来,土地登记簿相比较于占有,能提供更为坚实的信赖基础。参见前引[24],鲍尔/施蒂尔纳书,第500页。

他注意义务，不动产登记簿的存在价值则成问题。<sup>〔40〕</sup> 鉴于善意为信任的必要构成要素，所以，相对人只要“信赖”了不动产登记簿即可，至于其是否查阅了不动产登记簿的相关记载，则在所不问。<sup>〔41〕</sup> 此时，原权利人只有反证证明相对人根本不存在信赖不动产登记簿之可能，即其明知登记错误，才能不丧失权利。这就是法律技术上的善意推定规则，其根本理论依据为明知不存在信任之原理。

但是，对于善意取得制度的构造而言，仅有相对人对占有之信任尚不足够。除此之外，尚需考虑第三人善意取得权利是否尽到了必要的注意义务。据陈自强教授的分析，善意第三人注意的程度与权利外观作为信赖保护客观基础的品质成反比。详言之，对于不动产物权的善意受让，权利外观的登记具有绝对效力，作为信赖保护客观基础的品质甚高，所以不论不知不动产登记的不真实是否有过失，皆受保护；反之，于表见代理，根据我国台湾的判例，即使代理行为依法应以书面为之，而授予此种行为代理权仍不必以书面为之，仍为不要式行为，则代理权存在作为信赖保护客观基础的品质较低，相对人对代理权是否确系存在所应尽注意应高于不动产善意受让的情形。动产善意取得介于上述两种情形之间。占有虽贵为动产物权的表征，但作为信赖保护的客观基础，终究不像不动产登记那样确实，所以，受让动产所有权的第三人虽不必以善良管理人的注意调查权利外观是否与真正权利状态相符，但若依其所知情事无须特别的注意仅稍加思考即可知让与人无让与权利，易言之，受让人不知其事出于重大过失者，不能获得善意受让之利。<sup>〔42〕</sup>

按照多数人的说法，既然占有不足以作为信赖的基础，那么向善意第三人强加一种特别注意义务（过失责任），则是较为可取的方法，即以一种特别注意义务来弥补占有的不充分性。以现代信任机制的运作特点看，这种做法等于说，善意第三人对出让人之占有的信任不得建立在疏忽大意之上，或不得因重大过失而付出信任。这其实暗含着一定的迫使第三人对占有之表征权利的真实性进行调查的因子。重大过失要件因而可以成为协调原权利人与第三人利益的控制阀，也可以使善意取得制度依据一定的法政策适应不同的交易环境。如在商事交易中，重大过失之判断可依据商人身份或商行为这些客观要素，将法律保护的重心倾向于善意第三人，从而简化其证明责任；在民事交易中，重大过失之判断可以融入更多的社会因素，如根据民间交易习惯，是否对权利证书进行了必要的查实等，从而使法律保护的重心转向所有权人。<sup>〔43〕</sup>

尽管从比较法上看，关于第三人应负何种程度的注意义务存在不同法例，如德国法要求“无重大过失”，日本法要求“无过失”，瑞士与我国台湾的民法典皆未明确规定过失要件，但依法律

〔40〕 德国学者沃尔夫认为：“鉴于官方编制的土地登记簿是重要的信赖事实，善意取得仅在明知（positiver Kenntnis）时被排除。除了关于土地登记簿状况的信息外，法律行为交往不需要另外的审查义务。相对于动产的善意取得，重大过失因此是不需要的。” Manfred Wolf, Sachenrecht, 18., ergaenzte und ueberarbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck Muenchen 2002, S. 238.

〔41〕 德国民法典第 892 条的文义清楚表明，善意取得者仅须存在对其有利的土地登记簿登记即可。取得人无须事实上查看土地登记簿。参见上引书，第 237 页。

〔42〕 参见前引〔12〕，陈自强文。

〔43〕 日本当今民法学界更注重将善意第三人的“无过失”要件与真实权利人的“归责”要件从信赖责任法的角度进行统一起见，特别是注重两者的关联性并由此展开理论构造。在真实权利人具有程度较高的“归责性”时，可适当缓和善意第三人的“无过失”要件；反之，在真实权利人具有较轻的“归责性”时，可适当严格善意第三人的“无过失”要件。所以，通过“无过失”要件，可达到在当事人之间进行利益调整的目的。参见顾祝轩：《论不动产物权变动“公信原则”的立法模式——“绝对的公信”与“相对的公信”之选择》，载前引〔9〕，孙宪忠主编书，第 365 页。

的实施情况看,各国或地区之间则大同小异。〔44〕

### (三) 相对公信主义的法律构造物——多姿多彩的善意取得制度

为解决权利的主观性与交易的安定性之间的矛盾,实现动产交易的快捷与安全,现代法制针对占有不足以充分彰显本权的特性,从如下两个视角进行了相应的制度设计:

1. 除占有之外,确立足以充分彰显动产物权的公示方法。在此方面,现代法制采取了如下两种方法:(1) 动产物权的证券化,即就一定状态的商品,通常是有固定存放场所的商品,将其权利予以证券化,即发行证券表征其权利,以证券公示物权的存在,而其物权变动则须以交付证券(或加上背书)为之,如仓库的仓单、货运的提单、海上运送的载货证券等。(2) 将登记方法运用到动产物权的公示中。动产物权层出不穷、贵贱不一、种类繁多,且动产的价值多经由流通来体现,因此,动产物权的变动采用登记方法,既不经济又与动产的本性相违。但是对于一些具有重要价值的动产,如船舶、航空器以及可作抵押担保的动产等,其物权变动以登记为之,则未尝不可。〔45〕

2. 限制善意取得制度的适用或效力,赋予占有有一种有限的公信力。这表现为两种不同思路:(1) 区分交易环境,或建立具有不同构成要件的善意取得制度,或仅于商事交易中承认善意取得制度。该办法在学说与立法均有其显著表现。在学说上,如德国学者恩德曼(Endemann)、茨威格特(Zweigert)及日本学者安永正昭等均主张,应区分商事交易与民事交易来分别考虑建立善意取得制度。〔46〕在立法上,德国、美国等无不区分交易环境来规定善意取得制度。如美国统一商法典第2-403条第2款规定,“如把货物的占有权委托给经营该种货物的商人,该商人有权向正常营业中的买主转让委托人的一切权利。”〔47〕该规定变相承认了商事交易中的善意取得制度。德国商法典第366条第1款在民法典第932条的基础上,将善意取得制度扩展至对处分权的善意保护上。〔48〕(2) 区分动产之属性,以占有委托物为基础构造善意取得制度。这种思路依如何处理盗赃、遗失等占有脱离物之不同可区分为两种模式:其一,排除式。即物从所有人处被盗、遗失或以其他方式丧失的,不适用善意取得制度;但金钱或无记名证券以及通过公开拍卖方式让与的物除外。德国民法典第935条(“丧失物无善意取得”)即采此例。其二,限制式。盗窃、遗失等占有脱离物虽可适用善意取得制度,但于法定期间内(法国为3年、瑞士为5年、日本与我国台湾为2年)所有人可请求回复其物,如果盗窃或遗失物是第三人由拍卖或公共市场或由贩卖与该物同种之物之商人以善意买得者,非偿还其支出之价金,不得回复其物;但是,占有脱离物如系金钱或无记名证券,不得向善意第三人请求回复。此种模式将原则与例外的规范设计方式几乎发挥到了极致,即无偿回复规则为善意取得制度之例外,有偿回复规则为无偿回复规则之例外,不得回复规则则为回复规则之例外。立法者之所以如此煞费苦心,原因无怪乎尽力权衡当事人间

〔44〕 王泽鉴总结我国台湾判例和学说关于“善意”的理解后认为,善意,就其文义看,固可理解为不以无过失为必要,但衡诸善意受让制度在于兼顾所有人利益及交易安全的立法目的,受让人对于让与人是否能受让权利,应负一定程度的注意义务,则较为合理。该问题的根本在于合理分配资讯成本的负担。我国台湾民法物权编修正草案明定,受让人须非明知或因重大过失而不知让与人无让与的权利,始受保护。参见王泽鉴:《民法物权》第2册,中国政法大学出版社2001年版,第267页。

〔45〕 参见前引〔12〕,谢在全书,第58页。

〔46〕 参见前引〔36〕,安永正昭文,转引自前引〔9〕,肖厚国书,第360页以下,第373页。

〔47〕 统一商法典第2-403条第3款规定:“‘委托’包括任何形式的交付或者对留置占有权的默许,而不论双方在交付或默许时商定的任何条件,也不论委托物的取得或占有人处分货物根据刑法是否构成盗窃。”

〔48〕 如此规定的理由在于,对商人来说,处分权的存在有特别的可能性,比如,行纪人通常不是他所出让的物品的所有权人,但他对此物有处分权。但该规定在适用前提下,除了占有之外,作为补充的权利外观依据的还有商人身份,或者准确地说,是处分人的职业地位以及其行为属于他的商事营业的经营。参见〔德〕C·W·卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社2006年版,第643页。

的利益关系。<sup>[49]</sup>

善意取得制度之所以排除或限制占有脱离物的适用，原因在于，在物非基于所有权人的意思或信赖而与所有权人相脱离时，若不允许所有权人追及物之所在，则甚为不公。<sup>[50]</sup> 此做法其实为日耳曼法“以手护手”原则之幽魂于近现代法上的闪现。但须看到，该规定的弊端相当明显，如梅仲协所言，这种规定（我国台湾民法典第 949 条）“纯为保护不基于其自己之意思，而丧失占有之权利人而设，然其结果，未免使占有之公示的效能，因之大损，就保护善意占有之点言，殊欠允当”。<sup>[51]</sup> 谢在全教授也认为，我国台湾民法典第 949 条与善意取得的理论基础不符，对于交易安全的保护极为不利，与近代法律思想也不甚和谐。故应就其适用予以从严解释。立法上为减轻上述例外之弊害，就金钱及无记名证券再设例外规定，使此等全无个性的标的物不受该项例外的限制，仍能实现交易便捷的需要，甚为恰当。<sup>[52]</sup>

其实，以上两项批判意见，均为将占有之公信力视为善意取得之基础的结果，如谢在全所言：善意取得制度之设，既然是基于占有之公信力，以保护交易安全，则第三人如果信赖占有之公信力而与该动产占有人从事交易，法律应一律加以保护，至于该动产来源如何，该动产是如何脱离原所有权人的占有，应非所问，因此不得因该动产是违反原所有权人的意思脱离占有而创设例外。<sup>[53]</sup> 如前文所作分析，占有并不足以充分表征动产物权，善意取得制度不可能毫无例外地以占有作为构造基础。德国民法典之所以在确立善意取得的一般规则（第 932 条）后，不厌其烦地规定了“简易交付情况下的善意取得”（第 932 条第 1 款第 2 句）、“在占有改定情况下的善意取得”（第 933 条）、“在让与返还请求权情况下的善意取得”（第 934 条）、“丧失的物无善意取得”（第 935 条）以及补充规定“未登记海船的善意取得”（第 932a 条）等，正是充分考虑了占有与本权之间结合或分离的各种可能。至于第 935 条的规定，虽不乏沿袭其固有法的可能，但根本原因应是，在占有不足以充分彰显权利时，如何更加合理地保护所有权人的利益。因此，梅仲协与谢在全的看法，虽然结论可以接受，但其立论的出发点则有失偏颇。

善意取得制度的除外或限制规定，尽管建立于在安定的社会秩序下盗窃或遗失物发生概率较低的经验判断上，但对善意受让人而言，只要存在占有物为盗窃或遗失物之可能，其就不可能完全以占有之状态对交易对方付出信任，换言之，善意受让人至少应作交易标的物是否为占有脱离物的调查，否则，则要面对取得物被追夺的风险。在交易物多为种类物的现代社会，不深入了解占有背后的社会关系，显然难以仅凭物之外观作出交易物是否为盗赃物或遗失物的判断。因此可以说，对占有脱离物设置除外或限制规定的善意取得制度，只具有相对保护交易安全的意义。<sup>[54]</sup> 相对于不动产登记簿的公信力，占有在善意保护上仅具有相对公信力。依信赖保护原则

[49] 依王泽鉴教授之见，“动产所有权善意取得制度最可表现法律上的利益衡量与价值判断”。参见前引 [44]，王泽鉴书，第 247 页。

[50] 德国学者沃尔夫认为，只有当所有权人至少是自愿地将占有转让给进行出让的非所有权人时（所谓的引致原则 Veranlassungsprinzip），法律才愿意承认这种不利后果。因为，所有权人如果将自己的占有托付给第三人，而第三人通过处分所有权滥用了这种信任（Vertrauen），所有权人必须自己承担这种风险（Risiko）。如果所有权人非自愿地丧失物的占有，这使得所有权丧失没有更多的合理根据。参见前引 [29]，沃尔夫书，第 284、292 页。

[51] 参见梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 628 页。梅仲协的看法得到了王泽鉴、谢在全等学者的赞同。参见王泽鉴：《盗赃之牙保、故买与共同侵权行为》，载王泽鉴：《民法学说与判例研究》第 2 册，中国政法大学出版社 1997 年版，第 218 页。

[52] 参见前引 [12]，谢在全书，第 970 页。

[53] 参见上引书，第 969 页。梅仲协认为：动产上之权利，非藉占有之事实无从表见，占有诚为动产上权利之唯一的公示方法。人们往往凭信占有人为正当之权利人而与之相交易，若对于上述善意受让动产占有之人不予以保护，而认回复请求人仍得向其请求回复其物，则交易之安全殊难确保。参见前引 [51]，梅仲协书，第 627 页。

[54] 参见黄佑昌：《民法物权论》，台湾 1965 年 3 月版，第 458 页。转引自前引 [12]，谢在全书，第 970 页。

看,占有的这种相对公信力只是于一定程度上简化了交易的复杂性,并未根本确立一种系统信任机制。此种机制对于零星发生的民事交易也许没有什么大碍,但对于持续且大规模运作的商事交易,其弊端则至为显著。这也是善意取得制度饱受诟病的原因所在。基于此,有学者建议:“动产能否善意取得,不宜就标的物设其区别,应依交易过程之性质而定。申言之,凡由拍卖或公共市场或由商人以善意取得者,不论其为盗赃(或遗失物)与否,均能取得其所有权;反之,非依上述交易过程而取得者,纵其非属于盗赃或遗失物,亦不能取得其所有权。惟有如此,始能兼顾所有权与交易安全二种利益”。<sup>[55]</sup>此意见显然是赞成将善意取得限制在商事交易中,其基础是占有之事实与公开交易场所。因公开交易场所像占有一样客观确定,因此,此办法对交易便捷与安全极为有利。这正是英美法采取的办法。

另外,值得指出的是,在克服传统善意取得制度的弊病上,采民商合一模式的1942年意大利民法典作出了新尝试。<sup>[56]</sup>该法的最大特色是,摒弃区分物之性质或交易环境的思维,以占有与所有权移转证书为基础,构建了具有普遍适用性的善意取得制度。所谓普遍适用,指其既适用于所有权,又适用于用益权、使用权和质权等。不过,在关于取得人的限制上,其借鉴了德国法的做法,即取得人须善意且无重大过失,善意采取推定的方式。该模式之社会效果如何虽不可确知,但其具有的普遍公信力当毫无疑问。

总之,在占有不足以作为权利外观的前提下,善意取得制度在设计上综合考虑了如下因素:(1)物与权利人分离的原因,即物是基于所有权人意思由他人占有,还是非基于所有权人意思由他人占有;(2)第三人因信赖占有而受让动产之时,应负有何种程度的注意义务;(3)物之特性在善意取得构造上的意义,即金钱、无记名证券、饲养的野栖动物与其他物在适用善意取得制度上的差异;(4)交易场所或出让人身份在善意取得构造上的意义;(5)交易行为的有偿或无偿对善意取得的影响;等等。促使立法者穷其所能作出上述努力的缘由,无非是尽力在所有的安全与交易便捷、安全之间求得平衡。

#### 四、名同实异的善意取得效果

不动产登记簿的公信力与善意取得制度均有使善意第三人取得物权的法律效果,这也是主张将不动产登记簿的公信力纳入善意取得制度的学者持之为据的重要理由之一。比较而言,善意取得确实是不动产登记簿的公信力与善意取得制度的重要法律效果,但有所不同的是,不动产登记簿的公信力的善意取得效果,其内涵之复杂远非善意取得制度所能比拟。

##### (一) 善意取得制度的效果

善意取得,全称应如德国民法典第932条的命名那样,即由无权利人善意取得,善意取得只是立足于动产所有权取得而对该制度予以观察的结果。由其全称不难看出,善意取得制度涉及三方当事人——物的所有权人、无权处分人(让与人)与善意取得人(受让人)。

受让人与让与人之间的关系,为善意取得制度架构之前提,倘若无无权处分行为,善意取得即无从谈起。受让人与让与人之间的行为,应限于交易行为,否则即不存在交易便捷与安全问题的。交易行为须具备法律行为生效的一般要件,尤其是当事人须具备行为能力。在区分负担行为与处分行为的国家或地区,让与人与受让人之间的法律关系依原因行为而定,受让人不得借口善

[55] 参见前引[51],王泽鉴文。

[56] 参见意大利民法典第1147、1153条。

意取得而拒绝负担因原因行为而生的义务。<sup>〔57〕</sup>另外，当原因行为无效或被撤销时，让与人可依据不当得利的规定，请求受让人返还其所受让的动产。

善意取得制度的根本，在于切断所有权的追及力，承认可由无权利人善意取得所有权。因此，如何解决受让人与原所有权人之间的利益冲突，是善意取得制度的核心。受让人的善意取得是基于法律的特别规定而取得，而非基于让与人的既存权利而取得，所以，通说认为善意取得属于原始取得，不但原权利人丧失了所有权，而且动产上的一切负担归于消灭，但受让人取得所有权时知道或应当知道动产上存在第三人权利的除外。应当知道，意味着受让人须尽必要的注意义务。

不过，在让与人嗣后又取得标的物的所有权时，无论该取得是否出于让与人的恶意安排，解释上均认为让与人不能取得所有权，原所有权人之所有权则因而复活，该物上的负担在无其他消灭原因时也随之复活。理由在于，善意取得旨在保护第三人的交易安全，而非为保护让与人的利益。<sup>〔58〕</sup>

在受让人终局性地取得动产所有权时，动产的原所有权人可以债法上的请求权为基础保护自己。

## （二）不动产登记簿的公信力的效果

不动产登记簿的公信力在保护范围上有积极与消极信赖保护之分。积极信赖保护，是指已于不动产登记簿上记载的物权，被视为存在，受让人可以法律行为从登记权利人处善意取得该权利。如登记机关将物权主体错误登记为甲，甲可将土地所有权移转于善意受让人乙。消极信赖保护，是指于不动产登记簿上未登记或已注销登记的物权，则被视为不存在。如将有负担（如抵押权）的所有权登记为无负担，或所有权上的负担（如抵押权）被错误地注销，则善意受让人不承担权利上的负担。“故而，取得人取得土地登记簿倘若正确描述土地法律关系时，他应能取得之权利地位。”<sup>〔59〕</sup>从积极信赖保护的视角看，依德国民法典第 892 条与第 893 条的规定，不动产登记簿的公信力的保护范围如下：

（1）权利取得（Rechtserwerb）与无负担取得（lastenfreier Erwerb）。第 892 条第 1 款第 1 句将取得土地权利作为保护对象，它不但包括取得土地所有权、在土地上设定限制物权（如地役权），还包括将这些权利转让给新的权利人。同时也保护“权利上的权利”，如以权利为客体的用益权（第 1068 条第 1 款）、质权（第 1273 条第 1 款）等。其他的处分行为由第 893 条予以保护，第 893 条明确提到保护和物权内容一致的、向合法登记的权利人进行的履行。“除此之外，作为一般条款，第 893 条还包括了其他所有的处分行为，如内容变更（第 877 条）和顺位变更（第 880 条）等。”<sup>〔60〕</sup>

（2）相对处分的限制（relative Verfügungsbeschränkungen）。根据第 892 条第 1 款第 2 句的规定，如果善意地相信没有登记或者注销登记的相对处分限制实际上不存在，这种善意受到保护。绝对的处分限制能对抗善意第三人，如第 1365 条的规定。该规定不积极保护如下两种善意：第一，存在登记的处分权限制；第二，存在派生的处分权限制。

（3）预告登记的取得（Erwerb einer Vormerkung）。<sup>〔61〕</sup>根据第 893 条，预告登记的取得人也特别享有公信力的保护，因为预告登记的设定就是对土地的一种处分。如果预告登记用于担保一项将来的请求权，这同样适用于公信力的保护。须注意的是，预告登记的善意取得只能产生于

〔57〕 参见前引〔12〕，谢在全书，第 233 页。

〔58〕 参见上引书，第 232 页；前引〔44〕，王泽鉴书，第 272 页。

〔59〕 参见前引〔24〕，鲍尔/施蒂尔纳书，第 506 页。

〔60〕 前引〔40〕，Manfred Wolf 书，第 234 页。

〔61〕 参见上引书，第 234 页。



非所有权人或他物权人，不能产生于预告登记的利益享有人。

当然，当真实权利人因第三人善意取得物权从而丧失了自己的权利时，不动产登记簿的公信力制度同样会引发一些债法上的关系，如真实权利人对登记权利人的不当得利请求权，在登记错误由登记机关造成时，对不动产登记机关的赔偿请求权。

### （三）比较分析

不动产登记簿的公信力与善意取得制度虽均适用于交易行为（Verkehrsgeschäfte），并发生善意取得效果，但由上可知，在保护范围上，不动产登记簿的公信力不但远远大于善意取得制度，而且有极其鲜明的特性。

从权利处分的角度看，不动产登记簿的公信力并非仅适用于由无权利人（非真正权利人）善意取得权利的情形，<sup>〔62〕</sup>它还适用于下列情形：（1）真正所有权人所为的有权处分情形。这种情况纯为不动产物权交易的特有现象，<sup>〔63〕</sup>它是指真正所有权人为有权处分，但不动产原已设定的其他权利则被遗漏登记。例如，甲于某地上为乙设定抵押权，登记机关因工作疏漏注销了乙的抵押权，在此情况下，如甲于该地之上再为丙设定抵押权时，基于不动产登记簿的公信力，丙之抵押权的顺位应优先于乙之抵押权。（2）对不动产登记簿上的权利人善意给付时，其给付有效。如甲于不动产登记簿上为抵押权人，而实际抵押权人则为乙，则债务人丙对甲所为善意清偿有效。抵押权人乙只能依不当得利向甲请求返还所受利益。（3）不动产登记簿上的权利人与他人之间，就登记之权利为让与以外的法律行为，其他人为善意时，为该他人的利益，法律行为有效。如不动产登记簿上的抵押权人甲对于土地所有权人抛弃抵押权时，甲虽非真正抵押权人，如乙为善意，其抛弃为乙之利益有效。又如抵押权人甲与土地所有权人乙为变更抵押权之内容的处分时，如乙为善意，也被保护（德国民法典第 893 条、第 1168 条、第 1141 条）。<sup>〔64〕</sup>至于预告登记的取得，更是善意取得制度所不具备的保护情形。

进而言之，即使对于由无权利人处的善意取得，不动产登记簿的公信力在保护范围上也不同于善意取得制度中的善意取得。从物权变动的角度看，善意取得制度仅表现为受让人善意取得动产所有权，而所有权之取得则仅仅是不动产登记簿的公信力的效果之一。除所有权取得外，公信力还保护如下权利的取得：他物权（抵押权、地役权等）、无负担的所有权、有处分权限制的權利等。

造成不动产登记簿的公信力与善意取得制度在物权变动效果上产生上述差异的根本原因是，善意取得仅以让与人擅自处分真正所有权人的所有物为基本架构，而不动产登记簿的公信力则以错误登记或错误注销登记为发生基础。而无论是错误登记还是错误注销登记，其发生原因则多种多样，如物权合意与登记相背离、登记官的错误登记等。

## 五、物权法第 106 条的问题及解决办法

### （一）善意取得制度与不动产登记簿的公信力的差异

综上所述，除均具有保护合理信赖、促进交易便捷、安全的社会功能以及善意取得效果外，

〔62〕 史尚宽先生将不动产登记簿的公信力的效果区分为：对善意取得人之效力与对善意取得人以外之人的效力。参见史尚宽：《物权之公示与公信力》，载郑玉波主编：《民法物权论文选辑》上册，台湾五南图书出版公司 1983 年版，第 123 页。

〔63〕 参见王泽鉴：《土地登记错误遗漏、善意第三人之保护与“国家”赔偿责任》，载王泽鉴：《民法学说与判例研究》第 6 册，中国政法大学出版社 1998 年版，第 55 页。

〔64〕 参见前引〔62〕，史尚宽文，第 124 页。

善意取得制度与不动产登记簿的公信力在如下诸方面存在显著差异：

1. 构造基础。善意取得制度以无权处分他人之物（占有委托物）为规范基础，以占有不足以充分彰显动产所有权之所属为构造前提；不动产登记簿的公信力则以错误登记为规范基础，以不动产登记簿能够客观显现不动产之上的物权状态为构造前提。

2. 构成要件。不动产登记簿既然可充分彰显不动产之上的权利状态，那么，赋予不动产登记簿绝对真实的公信力，<sup>〔65〕</sup>或“为有利于根据法律行为取得一项权利或者取得该项权利上的权利的人，土地登记簿中所记载的内容应视为是正确的”。<sup>〔66〕</sup>就德国民法典而言，土地登记簿所记载的内容被拟制为正确，这意味着信赖土地登记簿内容的善意第三人，其信赖受法律保护，即获得在土地登记簿状态与真实法律关系相互吻合时，能够取得的权利地位。依法律效果看，不动产登记簿的公信力等于完全使权利表象取代了权利本身。<sup>〔67〕</sup>因占有不足以充分彰显权利，关于动产交易的信赖保护，近现代各国的民法典不是直接赋予占有以公信力，而是根据占有与本权的分离状态，通过复杂的利益衡量，煞费苦心设计了仅具有相对公信力的善意取得制度。因此，相比于不动产登记簿的公信力，善意取得制度是以系统的制度构造来建立一种动产交易的信赖保护机制。由此决定，不动产登记簿的公信力的根本为不动产登记簿之构造；善意取得制度之根本，则为在占有不足以充分彰显权利的前提下，如何在保护善意取得人利益之同时，不至于对原所有权人造成更大的损害。

上述根本差异，导致二者在具体制度构造上存在重大差别。不动产登记簿的公信力在构造上须具备如下要件：（1）须存在错误登记；（2）须有交易行为；<sup>〔68〕</sup>（3）与登记权利人交易者须为善意；<sup>〔69〕</sup>（4）须不存在异议登记；（5）须完成登记或给付。而善意取得制度的构成要件为：（1）让与人为动产占有人；（2）让与人对占有物无处分权；（3）让与人和受让人间有交易行为；（4）受让人受让动产之占有；（5）受让人占有动产时须为善意且无过失（或无重大过失）。通观上述构成要件，能为双方所共有者，惟须有交易行为及须为善意。但如若细究之，即使是这两项共同要件，实际上也只具有形式上的一致性。对于不动产登记簿的公信力，交易行为不仅包括权利的转让或设定，而且包括像德国民法典第 893 条规定的法律行为，如向登记权利人善意清偿、顺位的变更等；善意的判断时点以登记申请时为准，当物权合意在登记申请提出后才达成，或者土地登记簿在申请提出后才成为不正确时，以后一时间点为准。而对于善意取得制度，交易行为仅为单纯的所有权转让，善意的判断时点依交付之形式而存在差异。在现实交付，指交付之时；在简易交付，指让与合意达成时；在占有改定与指示交付，指受让人取得间接占有或返还请求权时。

3. 法律效果。受让人取得动产所有权是善意取得制度的主要效果，该效果之发生须面对一系列例外规则的挑战。这主要表现为善意取得物为占有脱离物的情形。除德国民法典第 935 条排除占有脱离物适用善意取得制度外，法国、瑞士、日本及我国台湾的民法典无不以一种或两种以上的例外规则限制占有脱离物的善意取得。不动产不存在盗窃或遗失问题，善意取得制度中的例

〔65〕 我国台湾土地法第 43 条规定：“依本法所为之登记，有绝对效力。”王泽鉴教授认为，“综据历年判例之一致见解，所谓登记有绝对之效力，系为保护第三人起见，将登记赋予绝对之真实之公信力。”参见前引〔63〕，王泽鉴文，第 52 页。

〔66〕 德国民法典第 892 条的规定用语。

〔67〕 参见前引〔24〕，鲍尔/施蒂尔纳书，第 489 页。

〔68〕 “公信力的保护只是分配给交易行为，即出让与取得方面由不同的人参与的行为。”前引〔40〕，Manfred Wolf 书，第 237 页。

〔69〕 善意之成立，不以取得人事实上确已查阅土地登记簿为前提，只要土地登记簿的登记状态能够支持其权利取得时，即可成立其善意。参见前引〔24〕，鲍尔/施蒂尔纳书，第 502 页。

外规则在不动产登记簿的公信力中根本不存在。不动产的独特之处是，其上可形成错综复杂的权利关系，同一不动产登记权利人可同时与两个以上的相对人发生交易。因此，不动产登记簿的公信力的善意取得效果，复杂多样，有必要予以分类处理。

## （二）不动产登记簿的公信力与善意取得制度分别立法的法例与学说

基于上述认识，德国、瑞士和我国台湾在立法上均采纳了对不动产登记簿的公信力与善意取得制度分别立法的模式。从学理上看，尽管德国学者在讨论不动产登记簿的公信力时使用了“善意取得”<sup>〔70〕</sup>或“土地权利的善意取得”<sup>〔71〕</sup>等用语，但这些用语无不是在“土地登记簿的公信力”标题下使用的。德国学者鲍尔在讨论土地登记簿的公信力时，虽然使用了类似于善意取得制度的“自无权利人处之取得”的用语，但由其对不动产登记簿的公信力的善意取得的类型分析看，“取得”的对象并非仅限于权利，而是包括了受领给付、权利负担的消除以及取得法律上的利益（如优先顺位的获得等）。<sup>〔72〕</sup>王泽鉴教授虽然明确使用了“不动产物权的善意取得”概念，但他从未指出善意取得可适用于不动产物权或可将不动产交易的信赖保护纳入善意取得制度。值得注意的是，在考虑如何弥补民法典未规定不动产登记簿的公信力之缺漏时，我国台湾“物权法修正草案”同样选择了一种将不动产登记簿的公信力独立于善意取得制度的做法。<sup>〔73〕</sup>

有意见认为，不动产登记簿的公信力与善意取得制度分别立法的缘由，是严格区分动产与不动产的物权立法指导思想的产物，<sup>〔74〕</sup>其所持理由主要是德国学者的下述看法：动产与不动产的划分对物权法的技术影响是实质性的，“立法者在将动产物权和不动产物权的各种制度作出区分方面简直是不遗余力，因此物权编中只有很少的适用于两种物权的共同规则；即使有那么一点共同规则，它们在动产物权和不动产物权之间也有明确的比较和划分”。<sup>〔75〕</sup>这种观点只是对德国民法典所作纯形式主义的理解，经不起比较法上的推敲。同样以动产与不动产之区分为基础的瑞士与我国台湾民法典物权编，则明确设置了总则性规定，尤其我国台湾民法典物权编“通则”对以法律行为方式发生的物权变动作了具体规定，尽管如此，其“修正草案”并未以物权变动规则为基础确立适用于动产与不动产的善意取得制度。由此可见，制约不动产登记簿的公信力与善意取得制度分别立法的因素，并非动产与不动产二分的物权法构造思维。

其实，我国也不乏洞悉不动产登记簿的公信力与善意取得制度存在重大差异的学者。如尹田教授认为：不动产登记具有较强的公信力，具有独立存在并独立表现的条件，可以直接通过登记的公信力原则加以表现，而动产占有的公信力相对较弱，需要通过另一项特别的制度即动产善意取得制度加以表现。<sup>〔76〕</sup>其他学者虽然未对不动产登记簿的公信力与善意取得制度间的差异作出明确分析，但他们对不动产登记簿的公信力与善意取得制度分别加以论述的事实本身已足以说明

〔70〕 前引〔24〕，鲍尔/施蒂尔纳书，第490页。

〔71〕 前引〔40〕，Manfred Wolf书，第232页。

〔72〕 参见前引〔24〕，鲍尔/施蒂尔纳书，第488、494页。

〔73〕 具体做法为，在民法典物权编（第三编）第一章（通则）增设第759条之一，内容为：“不动产物权经依法登记者，推定登记权利人适法有此权利。因信赖不动产登记之善意第三人，已依法律行为为物权变动之登记者，其变动之效力，不因原登记有无效或撤销之原因而受影响。”

〔74〕 参见申惠文：《不动产善意取得与登记公信力之比较》，《广西大学学报》（哲学社会科学版）2008年第4期。

〔75〕 [德] 弗里德里希·克瓦克等：《德国物权法的结构及其原则》，孙宪忠译，载梁慧星主编：《民商法论丛》第12卷，法律出版社1999年版，第497页。

〔76〕 参见尹田：《物权法理论评析与思考》，中国人民大学出版社2004年版，第302页。另有学者指出，鉴于登记公信力更为丰富的内涵，在设计和使用上，应将动产善意取得制度与不动产登记公信力区分开来，使其取得独立地位。参见马翔生：《登记公信力：基础透视与制度建构》，《法商研究》2006年第4期。

这是两种不同的制度。<sup>〔77〕</sup>他们之所以作出“善意取得的标的物应仅限于动产”的断言，原因在于，不动产交易不像动产那样是以占有为基础，而是以不动产登记簿的记载为基础，所以交易中根本不会发生误认不动产占有为所有人的情形。<sup>〔78〕</sup>换言之，善意取得制度是以占有人被误信为所有权人为发生条件的，而以不动产登记簿为权利彰显方式的不动产物权根本不存在将不动产占有误信为所有权人的可能。显然，虽然未予明说，上述分析明确意识到了善意取得制度与不动产登记簿的公信力在发生基础上的不同。

反对善意取得制度仅适用于动产的学者，抹杀了不动产登记簿的公信力与善意取得制度间的界限，他们基本上是以善意取得效果来反推建立广义善意取得制度的可能性，或者是以法律效果为导向来考虑建立一种广义的善意取得构成要件。这种思维有本末倒置之嫌。

总之，善意取得制度与善意取得效果是两个截然不同的问题，使用不动产善意取得概念，既非意味着须建立不动产善意取得制度，又非意味着为了一个统一的善意取得效果，善意取得制度与不动产登记簿的公信力应打破壁垒完全融为一体。如果认为将德国民法典第 892 条、瑞士民法典第 973 条的规定称作不动产登记簿的公信力还是不动产善意取得制度均无关大体的话，那么将其与善意取得制度予以合并规定，则明显事关重大。由上述三项差异可知，善意取得制度与不动产登记簿的公信力在制度构造上，个性远远大于共性。可以想象到的是，广义善意取得制度所存在的问题，不是一个迁就另一方（公信力迁就善意取得制度），而是彻底抹杀每一项制度的独特性。

### （三）我国物权法第 106 条的立法缺陷

相比于其他国家或地区关于善意取得制度的规定，物权法第 106 条在规范内容与立法技术上均表现了极强的个性。

在立法技术上，其虽然采纳了“一般规则+例外规定”的规范模式，但关于一般规则，其却采取了具体化法律构成要件的法条设计方式。因善意取得制度与不动产登记簿的公信力在法律构成上存在显著差异，第 106 条所设“统一构成要件”在内容上明显存在如下问题：

1. 规范事项的局限性。第 106 条将其规范事项明确限制为“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的”情形。这其实仅为善意取得制度的规范对象，完全排除了不动产登记簿的公信力的下述规范事项：（1）真正权利人所为有权处分情形；（2）对不动产登记簿上的权利人善意给付的情形；（3）不动产登记簿上的权利人与他人之间，就登记的权利为让与以外的法律行为的情形。更为甚者，如不对“转让”作过于宽泛的理解，像抵押权设定之类的无权处分行为也将会被排除在该规定之外。

2. 法效果的局限性。第 106 条第 3 款虽然依“参照”的立法技术将善意取得的对象由所有权扩及于他物权，但这样的规定根本未能顾及不动产登记簿的公信力效果的复杂性。

3. 善意判断时点的局限性。如不偏离“受让”概念的通常含义，将善意的判断时点规定为“受让人受让不动产或者动产时”，同样是立足善意取得制度进行思考的结果。在登记生效要件主义不动产物权变动模式下，对不动产物权变动具有决定影响者，为物权合意与登记，而非不动产之交付。在不动产登记簿的公信力中，取得人善意的判断时点，如前所言，或为登记申请提出之时，或为物权合意达成之时，或为不动产登记簿成为不正确登记之时。在物权法颁布前，王利明

〔77〕 参见梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社 2007 年版，第 101 页以下，第 203 页以下。尤其是他们明确指出了公信力具有保护善意取得的效果：“基于登记簿册上的登记的公信力，即便登记有错误或遗漏，因相信登记正确而与登记名义人（登记簿上所记载的物权人）进行交易的善意第三人，其所得的利益也受法律保护。”见第 101 页。

〔78〕 参见上引书，第 208 页。

教授曾明确探讨了善意判断标准在动产与不动产无权处分上的显著差异。<sup>〔79〕</sup> 物权法颁布后,在解释善意的判断标准时,王教授认为:受让因动产和不动产而存在差异,对于动产,受让是指占有的移转;对于不动产,受让指不动产登记的变更。<sup>〔80〕</sup> 该解释其实将受让当成了一个不分场合可以随意使用的概念,这也间接揭示了将不动产交易纳入善意取得制度的解释难题。

总之,物权法第106条完全是依善意取得制度思维的产物,<sup>〔81〕</sup> 或者是以善意取得制度看待不动产登记簿的公信力制度的结果,将不动产纳入其中明显有生拉硬拽之嫌。此种立法根本未意识到不动产登记簿的公信力的独特性,严重疏忽了不动产登记制度在不动产交易信赖保护制度建构上的基础地位。只是在“无权转让”他人之物的限度内,不动产才可适用此种善意取得制度。即使在此限度内,不动产善意取得效果的取得,也存在着明显不同于动产善意取得效果的法律构成问题。因此,如何解释该规定,不仅关系着善意取得制度的规范地位——是一个开放的制度框架,还是一个独立的规范系统,而且关系着是否将传统的不动产登记簿的公信力予以肢解、拆分的重大政策问题。

#### (四) 关于第106条的解释思路

据上分析,本文认为,应在严格区分不动产登记簿的公信力与善意取得制度的基础上,慎重解释第106条。第106条规定的“不动产”,可限缩解释为采债权意思主义物权变动模式的不动产权,如土地承包经营权、宅基地使用权及村民住宅所有权<sup>〔82〕</sup>等;第106条规定中的“动产”,可解释为除采交付生效要件主义物权变动模式的动产物权外,尚包括采登记对抗要件物权变动模式的动产物权。在此理解下,第106条第1款第3项规定中的“登记”,应限缩解释为动产物权变动中的登记。一言以蔽之,第106条主要是关于动产交易的信赖保护规定,即关于(动产)善意取得制度的规定。

不动产交易的信赖保护可以通过解释物权法第16条第1句——“不动产登记簿是物权归属和内容的根据”——来解决,即将第16条第1句解释为关于不动产登记簿的公信力的规定。如下两点理由可供参考:

1. 物权法不但确立了登记生效要件主义的不动产物权变动规则,而且肯定了统一登记制度,规定了更正登记、异议登记、预告登记及错误登记损害赔偿等一系列不动产登记制度。这些制度为不动产登记簿的公信力制度的确立提供了相当完备的条件。

2. 作为不动产物权变动生效要件的登记,指登记行为——登入不动产登记簿的行为。不动产登记簿只是登记行为的结晶,其功能是再现不动产之上的法律关系(公示),<sup>〔83〕</sup> 而非其他。无论是以“物权合意+登记”或“债权合同+登记”规则发生的不动产物权变动,还是以法定事实(继承、受遗赠、建造等)发生的不动产物权变动,决定物权真正归属和内容的,只能是“物权合意”、“债权合同”或某种法定事实以及其他法定登记条件,而非不动产登记簿,毕竟,不动产登记簿只是登记事务完成的一种技术化记载、一种程序化后果。因是否及如何登入不动产登记簿,皆由登记机构操持,将不动产登记簿当作物权归属和内容的根据,意味着不动产物权人须承受登记机构错误登记或不当登记的风险,这极不合理。另外,由更正登记制度(物权法第19条第1款)也不难看出,对真正物权人而言,不动产登记簿根本不可能是物权归属和内容的根据。

〔79〕 参见王利明:《善意取得制度的构成》,《中国法学》2006年第4期。

〔80〕 参见王利明:《不动产善意取得的构成要件研究》,《政治与法律》2008年第10期。

〔81〕 物权法第107条、第108条是典型的善意取得制度条款。

〔82〕 城市房地产管理法第37条第6项规定:“未依法登记领取权属证书的房地产,不得转让。”该规定将城市房屋排除在善意取得之外,但在符合土地管理法律、法规的情况下,农村村民住宅则存在适用善意取得的可能。

〔83〕 参见前引〔24〕,鲍尔/施蒂尔纳书,第275、295页。

由立法史看，两部重要的物权法草案学者建议稿只是主张“不动产登记簿为证明不动产物权的根据”。<sup>〔84〕</sup> 总之，物权法第 16 条第 1 款并非针对真正权利人，而是指向以不动产登记簿为基础参与交易的善意第三人，即相对于善意第三人而言，不动产登记簿是物权归属和内容的根据，惟有如此，才能确保不动产交易的快捷与安全。<sup>〔85〕</sup>

---

**Abstract:** Although they can both make *bona fide* third party become the owner of a thing to the detriment of the real owner, it is necessary to note that the public trust of estate register and *bona fide* acquisition are very distinct mechanisms to protect reasonable reliance in property transaction.

It is very vital for *bona fide* acquisition to balance the benefits of real owner and *bona fide* third party, because to a great extent the actual possession of chattel does not always mean that the possessor of the chattel is the real owner. Compared with the actual possession of chattel, the estate register is almost endowed with absolute credibility given that it can display adequately the type and nature of real rights. That is to say, with the scientific system of registration, the estate register can be regarded as the real appearance of real property.

Additionally, there are also many differences in legal effects between public trust of estate register and *bona fide* acquisition. The legal effect of *bona fide* acquisition is no more than making *bona fide* third party to acquire the ownership of chattel. On the other hand, the legal effect of public trust of estate register is rather complicated. It protects both positive reliance and negative reliance, now that various kinds of real rights can coexist on the same land. Furthermore, its positive reliance protection is also different from *bona fide* acquisition, because it includes the following effects: acquiring real right from the real owner, receiving performance from a debtor, obtaining the priority of registering in register, etc.

Considering the above-mentioned differences, it is inadvisable to remove the borderline between the public trust of estate register and *bona fide* acquisition. In other words, it is no exaggeration to say that it will acquire rather limited effect to protect the transaction security of estate only through the pattern of *bona fide* acquisition. Unfortunately, The Property Law of PRC finally adopts the legal thought which treats equally the reliance protection in the transaction of chattel and estate. This article therefore suggests that § 106 of the Property Law be interpreted narrowly in order to fulfill its function effectively, namely it only be applied to the transaction of chattel, and the reliance protection of real property be carried out by § 16 of the Property Law.

**Key Words:** subjective right, reliance protection, *bona fide* acquisition, public trust of estate register

---

---

〔84〕 参见前引〔4〕，梁慧星主编书，第 8 页；前引〔5〕，王利明主编书，第 6 页。

〔85〕 立法机关工作人员在解释该条的立法理由时认为：“法律规定物权的归属和内容以不动产登记簿为根据，目的就是从国家公信力的角度对物权相对人的利益进行保护，从而建立一个能以客观标准衡量的公正的经济秩序，这也是物权公示原则的价值和要求。”参见前引〔7〕，全国人大常委会法制工作委员会民法室编书，第 193 页。