

物权法第 106 条解释论之基础

叶金强*

内容提要：物权法第 106 条的妥当解释，需要确定其背后的原理，厘清公信力与善意取得的关系，并明晰公示、公信、公信力强度等基本概念间的关联。第 106 条之规定是以信赖原理为支撑，信赖原理决定了不动产、动产善意取得基本构造的一致性，二者仅因登记和占有之公信力强度的高低以及登记和占有之表征能力的差异，而在细部上存在一些不同。公信力与善意取得为一体之两面，动产、不动产善意取得均是公信力的体现。登记公信力强于占有公信力，公信力强度会随社会背景的变迁而发生变动。我国未采纳德国法上的绝对公信力理论，未采纳德国法上分别由两个不同原理来支持不动产、动产交易安全保护的分立模式，而是采行统一保护模式。

关键词：善意取得 信赖原理 物权表征方式 公信 公信力强度

一、问题的提出

物权法第 106 条统一规定了动产、不动产的善意取得制度，学界对此褒贬不一。有学者认为，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信赖保护机制，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，第 106 条应缩限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。^{〔1〕}另有学者在考察德国法上公信力制度的基础上，分析了我国制度背景的特殊性，进而主张，我国不动产善意取得制度的适用范围应仅限于以登记为生效要件的情况，在登记对抗效力情况下，应适用登记对抗下的公信力规则。^{〔2〕}这些学者在第 106 条已明确将不动产纳入善意取得制度的适用范围的情况下，仍然试图通过解释将不动产排除出去或缩限可适用的不动产范围。而对于动产善意取得，有学者主张，占有公信力说有悖于法理和民法体系逻辑，动产善意取得的法理基础是交付的效力，其与物权公示原则是一致的。^{〔3〕}上述研究于材料和视角上均有其独到之处，但其结论却多有商榷余地，所涉及的争议点

* 南京大学法学院教授。

本文的写作获教育部新世纪优秀人才支持计划资助（项目号 NCET-10-0465）。本文初稿完成后，曾在南京大学法学院民法沙龙上作主题发言，张淳教授、肖冰教授、解亘副教授、张燕玲副教授、岳卫副教授、刘勇博士提出了中肯的意见，特此致谢。

〔1〕 朱广新：《不动产适用善意取得制度的限度》，《法学研究》2009 年第 4 期。

〔2〕 王洪亮：《登记公信力的相对化》，《比较法研究》2009 年第 5 期。

〔3〕 汪志刚：《动产善意取得的法理基础》，《法学研究》2009 年第 3 期。

直指物权法最基础的理论问题，并引发了物权法之规定的解释论之争。

随着中国立法进程的推进，法学的重心应当回归解释学，如何阐释立法中的中国元素，如何面向中国的司法实践建构自己的法教义学框架，将成为学者面临的中心任务。物权法的制定为实证民法学物权体系的建构提供了出发点。^{〔4〕}就物权交易中的第三人保护而言，亟需解决的问题是，如何从传统民法学理论中汲取营养，结合物权法的相关规定，确立我国物权法上善意第三人保护的体系。联系上述学者所持观点，需要讨论：公信力与善意取得到底是什么关系？动产、不动产交易安全之保护是否可以纳入统一的框架之中？第106条之选择是进步还是错误？物权变动之对抗主义和生效主义的不同选择是否应当影响公信力的赋予？

更为重要的是，以评价为核心的法学，除了相对具体的规则之外，尚需要不同层次的抽象原理，正是反映不同价值判断的原理群构建了法学的价值体系，并使法本体得以型构。规则的制定是在不同原理相互竞争与合作的基础上完成的，规则的适用同样必须回到原理，原理系理解规则的语境。这样，作为规则适用的判决的正当化需要依据法律原理，法律论辩便表现为原理之间的角力。因此，规则的适用并非想象的那样十分刚性，当原理被引入到权衡之中时，规则也必然被柔韧化。联系本文的主题，需要讨论物权法第106条所确立规则背后的原理是什么，我国法上的原理选择与外国法上的原理选择有什么不同，以及在原理发挥作用时，会有什么其他原理参与进来。

下文将面向上述问题，在价值检讨的基础上，力图超越传统理论，以物权法现行规定为起点，探讨第106条之规定的学理基础，从原理和规则的关系角度分析体系背景对规则形成的控制力，并尝试揭示第106条解释论展开的方向。

二、物权表征方式：被遗忘的起点

（一）物权表征方式与公示、公信原则

物权法第106条之解释涉及公示原则与公信原则的关系。作为物权法上的基本原则，二者得到学界的普遍认可，但由于“物权公示”本身的意义模糊，致使公示原则及其与公信原则的关系扑朔迷离。“公示”在词语意义上系指向公众展示，但对于物权领域中“物权公示”所展示的信息，许多学者时而指向物权的静态归属，时而指向物权的动态变化。为正本清源，笔者主张区分静态物权的表征、物权变动的公示以及表征方式的公信力，^{〔5〕}以便精确地展开讨论，并明晰其间的逻辑和价值关系。简言之，物权是主要的交易客体，但其本身却并不具有一种可识别的有形存在，所以必须为权利主体之外的第三人提供一个确定的识别物权的途径，这在法律上便表现为物权的表征方式。通过确定表征方式，一条稳定、可靠的物权信息传递渠道得以建立，静态物权关系因而可以为他人所获知。表征方式的主要制度功能在于节约物权信息成本，避免交易行为人陷入魔怪证明（*probatio diabolica*）^{〔6〕}之中而支付无法承担的物权信息成本，同时，交易也可以更为快捷地完成。

现代民法中，占有被确定为动产物权的表征方式，登记被确定为不动产物权的表征方式。^{〔7〕}

〔4〕我国现阶段的尴尬在于，虽然有合同法、物权法、侵权责任法这些立法存在，但由于在可预见的将来民法典将以尚不可预见的方式完成所有民事立法的整合，故学者们仍然贪恋于立法论，而不愿投入精力于解释论问题。

〔5〕参见叶金强：《公信力的法律构造》，北京大学出版社2004年版，第8页以下。

〔6〕以一步步回溯权源的方式来“落实”权利，成本极其高昂，故有学者指出，“只有魔怪才会要求对所有权加以证明”。参见〔英〕巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，法律出版社2000年版，第165页。

〔7〕从实证法的角度看，表征方式是如何被确立的，可能有不同的理解。通说认为，占有、登记推定力之规定是物权表征方式确定的立法表现形式。但是，在推定力之规定缺失的情况下，由占有、登记的公信力反推得出结论，同样也是可能的。下文将对此作进一步论述。

以此为起点，公信原则和公示原则分别被推导出来。首先，既然确立了物权的表征方式，就应当保障表征方式的表征功能，维护交易安全。故在表征方式标示的物权状态与真实的物权状态不一致时，第三人仍应可以信赖表征方式传递的物权信息，不会因表征方式传递的信息错误而遭受损失，这便是表征方式的公信力。相反，如果第三人不可以信赖表征方式，则在物权交易时，第三人均须追溯至原初的权利关系，完成无法承担的魔怪证明过程，如此，占有和登记也就不再是表征方式了。所以，确立了表征方式，即须赋予表征方式以某种程度的公信力。

其次，在确立物权表征方式之后，物权发生变动时，基于尽量让表征方式标示正确的物权信息之取向，物权变动之公示的要求被提出来了。所谓应将物权变动于表征方式上表现出来的原则，就是物权变动的公示原则。不同于物权的静态表征，物权变动的公示是一个动态的过程，在普通动产，表现为占有的移转，即交付，在不动产，表现为于登记簿上作变动记载。^{〔8〕}可见，这里的逻辑和价值关系可简述为：基于节约物权信息成本的价值取向，确立了法定的物权表征方式，而由表征方式即可逻辑地推导出表征方式的公信力，同时，由表征方式之确立加上应尽量让表征方式标示正确的物权信息之价值取向，可推导出物权变动的公示原则。在此基础上，公信力可表现为不同的强度，不同的法域可能会持有不同的公信力观念，^{〔9〕}而公示原则之下，则可能分化出不同的物权变动公示的效力模式。

长期以来，人们遗忘了作为基础的物权表征方式，错误地以为公信原则是建立在公示原则的基础上，误以为“公示原则和善意取得制度都以保护交易安全为主要目的”，^{〔10〕}将动产善意取得视为交付效力的体现。^{〔11〕}其实，公示原则和公信原则系分别独立地由表征方式生发出来，公信原则直接指向对交易安全的保护，公示原则仅是辅助性的，即物权变动的公示可减少公信原则适用的机会，公信原则对静的安全的冲击也因此被弱化。没有公示原则，也可以采行公信原则。正如学者所指出的那样，近代法对于不属于可证券化或记载于账簿的动产并没有彻底坚持贯彻公示原则，而仅止于通过公信原则来保护交易安全。^{〔12〕}动产公示原则的弱化或放弃主要有两个原因，一是交付之公示要求与交易行为人复杂的需求相冲突，二是即使严格执行公示原则，也无法改变动产所有与占有相分离大量存在的现象。这两点在不动产上都不存在，所以在不动产领域，公示原则没有被弱化或放弃。

（二）经验事实与表征方式

学界多倾向于将表征方式的确立建立在经验事实的基础之上，并在经验事实发生变化时质疑表征方式之确立及与之近在咫尺的公信力的正当性。有学者认为，动产权利表象效果的基础在于占有和所有权通常一致的生活经验事实，^{〔13〕}占有推定力是以占有在多数情况下具有符合真实权利状态的盖然性为基础的，^{〔14〕}不动产登记簿的推定力是以不动产登记簿记载的物权与真实的物权在绝大多数情况下都相互吻合为基础的。^{〔15〕}另有学者认为，在物权与占有相分离为平常而有必要的今天，占有是否具有足够的权利外形很有疑问；对于动产所有人不能要求他恒保持自己占

〔8〕 物权变动的公示是透过物权表征方式上的变化而被观察到的。对于交付的过程、在登记簿上作变动记载的过程，第三人往往是在事后通过作为表征方式的占有状态和登记记载状态而获知的。

〔9〕 笔者坚信，法国法、日本法上一定存在着实质意义上的物权表征方式的公信力，至于公信力的强度、名称以及系由哪些规定整合出来等，则可能会有所不同。日本法上的讨论，参见前引〔5〕，叶金强书，第64页以下。

〔10〕 当“公示”同时也指物权的静态表征时，混乱便必然产生了。

〔11〕 前引〔3〕，汪志刚文。

〔12〕 [日] 我妻荣：《新订物权法》，有泉亨补订，罗丽译，中国法制出版社2008年版，第45页。

〔13〕 Harry Westermann, Die Grundlage des Gutgläubensschutzes, JuS 1963, Heft 1, S. 3.

〔14〕 前引〔12〕，我妻荣书，第502页。

〔15〕 程啸：《不动产登记簿之推动力》，《法学研究》2010年第3期。

有的状态,这样,如果占有的权利外形不能成立,受让人的信赖就会失去根基,物权人失权的合理性亦不存在了。^[16]前文提出的需商榷的文献中,也均将其立论依据建立在经验事实上,认为不动产登记簿可以极高的概率展现不动产上的权利状态,故应赋予不动产登记簿以公信力,而现代市场经济中,占有彰显权利的缺陷会成几何倍数地扩大,赋予占有以公信力显然过于武断和草率;^[17]并以“占有与所有权的分离是常态的生活经验”来反驳占有公信力说。^[18]

上述观点难以成立。首先,物权表征方式的确立,逻辑上必然是以表征方式标示的物权信息有发生错误之可能为前提的。如果绝对不会出错,则无需法律确定表征方式,行为人可以根据恒定准确的经验事实来判断物权信息,公信力也就根本没有发挥作用的机会,没有承认之必要了。其次,确立物权表征方式乃旨在打造法定的物权信息传递渠道,节省物权信息成本,经验事实并非决定性因素。实践中动产所有与占有分离的几率以及不动产登记的错误率并不影响物权需要确定的信息传递途径的刚性需求,在必须确立表征方式的前提下,对于动产也没有比占有更好的选择。^[19]再有,在动产所有与占有相分离、不动产登记有误之情形下,并不必然会发生无权处分,表见权利人通常会信守承诺,仅为自己可为之事。^[20]由此仍然可总结出的经验是,表征方式标示的权利人所为之处分行为,多为有权处分。故经验层面上表征错误的数量不必引起过分的不安,虽然制度上仍应尽可能减少表征错误的发生几率。

这样,经验事实的意义何在呢?笔者认为,事实层面上表征错误的几率与公信力的强度存在负相关关系,其直接影响对行为人谨慎程度的判断。在表征错误大量存在的社会背景下,第三人应当更加谨慎;同样,在表见权利人背信而为无权处分的几率较大的社会背景下,真正权利人的归责性就可能相应地大一些。所以,公信力制度对经验事实变化的应对措施是,调整公信力强度以适应不同的生活背景,为第三人提供恰如其分的保护。

三、公信力的强度与善意取得的构成

(一) 公信力如何实现

公信力与善意取得的关系一直是国内学界争议颇大的一个问题,^[21]但比较法上尚未见有这样的争议。其实二者的关系极其明确,答案已蕴含在“公信力如何实现”这一问题之中。公信力是法律赋予表征方式的特殊效力,该效力表现为对善意第三人合理信赖的保护,而善意取得表现的正是善意第三人的合理信赖是如何被保护的。可见,公信力需要透过善意取得制度来实现,二者是一体两面的关系。这里的同一本体是“第三人对表征方式的合理信赖受法律保护”,两面则分别为从表征方式之法律上作用力角度观察得出的表征方式之“公信力”,与从第三人取得权利及其基础之角度观察得出的“善意取得”。

如此简明的关系为何会引发长期的争论?主要原因可能在于未能深入思考二者的根基,忽略

[16] 苏永钦:《动产善意取得若干问题》,载其著《民法经济法论文集》(一),台湾三民书局1988年版,第169页。

[17] 前引[1],朱广新文。

[18] 前引[3],汪志刚文。

[19] 经验事实仅是在法定表征方式确定需要的情况下,影响具体表征方式之选择的因素。动产占有具有天然的表征能力,并为法律所选定,而不动产登记制度在创设之初便是为了表征无法为占有所表征的复杂物权关系。

[20] 这里被过度忽略的是道德及法律对表见权利人构成的约束。不妨回想一下:迄今为止你有多少次曾成为他人之物的表见权利人?你在为表见权利人时,是否曾作出无权处分行为?

[21] 许多学者持分立说,认为公信力和善意取得是不同的制度安排,动产善意取得制度分立于不动产登记公信力。参见孙宪忠:《物权法论》,法律出版社2001年版,第201页,第448页;梁慧星、陈华彬编著:《物权法》,法律出版社1997年版,第75页以下,第185页;前引[1],朱广新文;前引[2],王洪亮文。

了表征方式的基础性地位，同时受比较法上零散信息的不当干扰。比较法上，日本法无形式意义上的登记公信力制度，故也无不动产善意取得之说，但其动产善意取得与占有公信力的一体性观点，^[22]并未引起我国持分立说学者的注意。德国法上分别于其民法典第 892 条、第 932 条规定不动产和动产的善意取得制度，法典使用的小标题分别是“土地登记簿的公信力”和“从无权利人处善意取得”，也许正因为如此，国内学者形成了根深蒂固的分立说的认识。其实，德国法上并不完全否认公信力与善意取得的一体性关系，其法教义学体系也将公信力与善意取得相并列。例如，鲍尔所著《物权法》中以“自无权利人处之取得：土地登记簿之公信力”这样的标题来讨论第 892 条之规定，^[23]沃尔夫所著《物权法》则在“土地登记簿的公信力”一章之下，以“土地权利的善意取得”为标题来展开详细讨论。^[24]只是德国法强调登记的公信力强度不同于占有的公信力强度，不动产善意取得也因此与动产善意取得在构成上有所区别，进而援引不同的原理来寻求支持。整体而言，以下的论述可以表明德国法的立场：第 892 条以下和适用于动产的第 932 条至第 936 条之规定，同样服务于法律交易（Rechtsverkehr）的保护。不动产法中的善意保护的力度强于动产法。二者的不同包括：不动产法善意保护仅以权利表象原则为基础进行构建，并不取决于是如何导致登记簿内容与真实权利状况的不一致，尤其是该不一致是否由权利人引发无关紧要，没有像第 935 条那样的规定；第 892 条仅排除对不正确登记的积极知情，不像 932 条那样排除因重大过失而不知情；不动产法上善意取得的可能性被扩张了。^[25]

我国法上，公信力与善意取得的关系同样不应有争议，并且在原理选择上我国法已经显示出明显的不同。物权法第 106 条统一规定不动产与动产善意取得，在立法技术上也许尚有讨论的余地，但其基础性认识无疑值得肯定，即不动产、动产善意取得立足于共通的原理，具有相似的构成。不过，统一规定模式并不意味着登记与占有的公信力强度当然一致，也不意味着不动产与动产善意取得的构成上不可以有任何不同的展开。公信力与善意取得一体两面的关系之中，同样可以包容不同的公信力强度和善意取得构成。而前文所引区分动产与不动产以及登记生效之不动产与登记对抗之不动产而分别适用善意取得和公信力之主张，实质上也可理解为对公信力强度和善意取得构成的不同安排。

（二）公信力的强度

德国法上的不动产公信力具有“绝对性”，相较而言，动产公信力可认为仅具有“相对性”。德国法区分纯粹权利表象原理（rein Rechtsscheinsprinzip）和诱发原理（Veranlassungsprinzip），前者以对权利表象的信赖为已足，后者需要权利人引起权利表象。不动产登记簿和继承证书等适用纯粹权利表象原理，对于动产，则是由民法典第 935 条引入了诱发原理。^[26]在不动产登记的绝对公信力模式之下，取得人没有查阅登记簿的义务，未查阅登记簿并不影响其权利取得，仅排除积极知晓登记错误时的取得可能性，重大过失不影响权利取得，取得人也没有调查义务。^[27]由此，登记公信力之中被置入了绝对化元素。这样的制度选择与德国法登记生效主义的物权变动模式和完备的不动产登记制度相关。日本法形式上拒斥登记公信力的引入，应与“公信力”之表

[22] 日本学者认为，确立动产善意取得的日本民法第 192 条的文字虽然极不明确，但是该规定已赋予动产占有以公信力是十分明确的。参见前引 [12]，我妻荣书，第 223 页。

[23] [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 488 页。

[24] Vgl. Manfred Wolf, Sachenrecht, 21 Auflage, Verlag C. H. Beck, 2005, S. 235.

[25] Vgl. Reiner Schulze (Hrsg.), BGB Handkommentar, Nomos Verlagsgesellschaft Baden—Baden, 3. Auflage, 2003, S. 1106.

[26] 前引 [13]，Westermann 文，第 6 页。

[27] Vgl. Münchener Kommentar zum BGB Band 6; § 892, 4 Auflage, Verlage C. H. Beck, 2004, S. 308.

达本身已被烙上了“绝对性”之观念不无关联，〔28〕相应地，日本法上曲折迂回地采行实质意义上的登记公信力，可称为“相对公信力”。

毫无疑问，公信力有强度之维，公信力强度问题的实质是，对第三人信赖提供何种程度的保护是恰当的。不可忽视的是，所有涉及程度的东西均不会表现为不同程度点之间的跳跃，而是一种平缓的上升。从立法技术而言，可能需要于一定的程度点之上确立规范，但这样的选择往往仅具有形式意义，并且在位于所选择的程度点上、下的案件中，应容有结合其他因素综合判断的余地。“相对”公信力所表现的保护力度实际上存有广阔的上下行走的空间，而“绝对”公信力表现的保护力度也不可能绝对化。实际上，德国法上的绝对公信力观念表现了其打造绝对化物权信息传递渠道的雄心，激起如此雄心的是概念法学追求刚性、确定性的高度热情。晚近以来，概念法学已受到彻底的批判，在现代法观念上，“绝对”本身就是应缓和的东西。绝对公信力在价值权衡问题上的选择颇值检讨。德国学者也已质疑重大过失仍可善意取得不动产物权的合理性，司法判例上有试图借助其民法典第226条、第826条之规定而施以救济。〔29〕

笔者认为，绝对公信力的观念在价值判断上并非妥当，应予抛弃。无边无际的绝对公信力并不存在，公信力必然是以一定的强度而存在的，登记公信力的强度应高于占有公信力的强度，同时二者均处于波动之中。但二者强度的不同尚未达到影响其背后原理选择的程度。公信力的强度应当“地方化”，在不同历史时期、不同地域、不同交易背景之中，公信力会以不同的强度呈现。特定历史时期、特定的社会背景呼唤相应强度的公信力，而这样的价值权衡需要法官立于当下地去体悟。个案中所选择的公信力强度是正义观念与个案情境相结合而导出的结果。

公信力的强度与物权变动立法模式也有一定的关联。公信力的承认虽然不以公示原则为前提，但公示原则之下不同公示效力模式的选择会影响表征方式公信力的强度。公示生效主义模式下公信力的强度应相对高于公示对抗主义模式下公信力的强度，盖生效主义模式可以有效提高表征方式标示的权利状况的准确率。由此看来，认为“不动产善意取得制度的适用范围应仅限于以登记为生效要件的情况，在登记对抗效力情况下，应适用登记对抗下的公信力规则”的观点，除了在公信力与善意取得之关系的理解上存在问题外，在公信力强度的安排上也有不妥之处。

摒弃登记绝对公信力理念之后，在占有和登记公信力、动产和不动产善意取得背后就可以勾勒出统一的原理。德国法上区分纯粹权利表象原理和诱发原理，意在强调前者不需要归责性，而摒弃登记公信力的绝对性意味着对原权利人归责性的承认。这样，法律构造上将展现为原权利人归责性程度与第三人信赖合理性程度的比较权衡，原权利人归责性要求是私法自治原理的体现，整个制度便表现为信赖原理与自治原理之间的角力。如此，动产与不动产善意取得在背后的原理构造上取得了统一，而推动善意取得构成的基本原理便是信赖原理。

（三）公信力之强度在善意取得构成上的表现

表征方式的公信力需要透过善意取得制度来实现。公信力的强度主要在两个方面影响善意取得的构成，一是真实权利人是否需要具有归责性，二是取得人善意的构成。德国的登记公信力绝对化模式，即是一方面强调不需要归责性要件，真实权利人对非因其引发的权利表象也须承受权利丧失的结果；〔30〕另一方面取得人的重大过失也不影响权利取得，只要其不明知登记错误的存

〔28〕 实际上，德国法上的登记公信力观念也是影响持分立说的学者的主要因素之一。在公信力被限缩理解为绝对公信力，而登记公信力之绝对性本身已遭受质疑的情况下，持分立说的学者怎么可能不强烈反对将这样的绝对性观念引入动产领域呢？在物权法领域，动产占有的效力有着悠久的历史，而不动产登记的公信力成形于近代德国法，故德国法上的观念具有深远影响。

〔29〕 前引〔23〕，鲍尔/施蒂尔纳书，第500页。

〔30〕 Vgl. Münchener Kommentar zum BGB Band 6; § 892, Verlage C. H. Beck, 4 Auflage, 2004, S. 294.

在即可，从而为信赖者提供了绝对化保护。而动产善意取得之中，占有公信力的强度较弱，因而在构成要件上，真实权利人需要具有归责性，取得人的善意也被界定为不知且非因重大过失而不知真实信息。

对绝对公信力之批判可以在善意取得构成要件之妥当性思考中进一步展开。首先，真实权利人归责性要件的否定违反了基本的法伦理。“无归责性即不应承担不利益”是一项普遍的法律原则，^[31] 归责性要件是自治原理发挥影响的载体。而且，本来面临的即是冲突利益的权衡问题，而归责性要件又是真实权利人方面的因素进入综合考量范围的唯一渠道，怎么可以阻断这样的渠道进而完全无视这一方的因素呢？现代法中，不应该有这样绝对的价值选择。冲突当事人利益的权衡总是可以回溯到一定的原理，让这些原理参与进来，是兼顾不同价值、获取妥当结果的必然选择。有学者认为，也许原权利人的归责可能性已经完全内化于不动产登记簿中而没有单独考虑的必要。^[32] 该观点实际上是承认归责性的另一种表达，因为默示、放任错误登记的存在本身便具有归责性。但这样的置换忽视了对登记错误完全没有归责性之情形发生的可能性，真实权利人可能根本就没有默示、放任的机会，无权处分便发生了，此时缺乏让权利人丧失权利的正当基础。所以，正面确定本人归责性的要求非常必要。

其次是取得人善意要件的问题。德国法上重大过失也可善意取得不动产物权的规则具有反伦理性，盖重过失等同于故意，^[33] 是自罗马法以来通行的观念，保护具有重大过失的取得人在价值取向上明显失当。要求取得人为不知且非因重大过失而不知，是善意取得构成的应然选择。这样的安排为权衡双方利益提供了充分的空间，为自治原理和信赖原理的角逐提供了场域。

在动产与不动产善意取得的构成基本相同的前提下，公信力的强度并非一成不变的东西，而是呈现为具有“历史性”的流动状态，需要结合交易背景、标的物的因素等来具体化，并在权利人归责性程度与取得人信赖合理性程度的综合考量中表现出来。公信力强度的不同不应当通过改变上述两个要件的方式来实现，而是应当在肯定要件基本统一的前提下，在要件满足程度的判断以及满足程度的比较权衡之中发挥作用。德国法采取的方法一方面使登记公信力过于强大，另一方面也忽略了公信力强度的流动性。德国法分别由两个不同的原理来保护不动产、动产交易安全的模式不可取，应依统一的原理建构统一的物权交易安全保护制度。

四、物权法第 106 条之解释

（一）第 106 条背后的原理

前文已述及，第 106 条规定的学理基础可定位于信赖原理，其采行统一保护模式，将动产、不动产善意取得作了统一的安排。信赖原理是私法中的重要原理，是私法价值体系的一部分。信赖原理宣示，法律应当为社会生活中的合理信赖提供保护。依据信赖原理，基于合理信赖而有所行为之人的正当利益会得到法律的支持，信赖者的信赖不会因对方的背信、过失或外观的虚假等而落空。信赖原理的基本构造为：表见事实的存在、信赖者的信赖合理性、责任者的归责性；法律效果主要有两种：信赖利益损害赔偿请求权的发生、信赖者所追求效果的发生。^[34] 公信力与善意取得制度是信赖原理在物权交易领域的体现，信赖原理的基本构造通过公信力与善意取得制

[31] 法律上不利益的分配是以具有归责性为前提的。根据一定的归责思想来确定归责事由，个案中再由归责事由来确定归责性的存在，于此前提下分配不利益才具有正当性。归责性之要求是维护私法自治的最后防线。

[32] 前引 [1]，朱广新文。

[33] 参见黄凤：《罗马私法导论》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 342 页。

[34] 有关信赖原理的详细讨论，参见叶金强：《信赖原理的私法结构》，元照出版公司 2006 年版。

度而具体化。

（二）表征方式及其公信力的确立

通说认为，占有和登记推定力之规定是物权表征方式确立的实体法依据，并成为承认公信力的前提。^{〔35〕}德国民法规定了占有和登记的推定力，日本法仅规定了占有推定力而未规定登记推定力，我国台湾民法原也无登记推定力的规定，但其于2009年修订民法物权编时增订了第759条之一，规定了登记推定力和不动产善意取得。我国物权法对占有的推定力未作规定，^{〔36〕}而第16条关于“不动产登记簿是物权归属和内容的根据”之规定，可解释为关于登记的权利正确性推定原则，^{〔37〕}登记作为不动产物权表征方式的地位得以确立。而鉴于上文所述的表征方式与公示、公信的关系，从公示、公信之规定中也可以反推出表征方式的确立。物权法中涉及物权变动公示的第6、9、14、23、24、129、139、145、158、187、188、189等条之规定提出了物权变动之公示要求，并分别确立了公示生效主义和公示对抗主义模式。这些规定中，涉及普通动产物权变动的规则均提出交付之要求，交付乃占有之移转，而经由交付，物权变动将在占有状态上有所反映，因而占有是动产物权的表征方式。

接下来的问题是，物权法有没有承认占有和登记的公信力呢？对此，答案十分肯定，条文依据便是第106条之规定。持反对意见者，或者是错误理解了公信力的内涵，或者是在德国绝对公信力意义上使用“公信力”之表达。我国法上确实没有绝对公信力制度，但是占有和登记均已被赋予了公信力。公信力是表征方式对第三人的保护效力，善意信赖表征方式传递的物权信息者，不应因表征方式标示的物权信息错误而遭受损失。根据物权法第106条的规定，即使登记或占有所表征的物权信息错误，善意受让人也可以取得相应的物权，即法律保护善意相对人的正当利益，因而登记和占有均具有公信力。

（三）第106条的解释框架

物权法第106条规定的不动产、动产之善意取得，具体化了登记和占有公信力的实现途径。对于不动产和动产之善意取得，是在一个条文中作出规定还是分别在不同的条文中作出规定，涉及立法技术问题。考虑到登记公信力的强度高于占有公信力，并且登记簿具有更强的表征能力，法律效果上因而也会更为丰富，也许分别立法在技术上更好一些。但是，分别于不同条文中作出规定，并不当然意味着背后原理的不同；而统一于一个条文作出规定，则基本上可理解为背后原理的统一。不过，两者应当立于统一原理之上，并非是从规定于一个条文来作出判断的，而是应基于前文所述的价值权衡。在动产、不动产善意取得规则统一于一个条文、并且背后的原理已经

〔35〕 参见王利明：《试述占有的权利推定规则》，《浙江社会科学》2005年第6期；肖厚国：《物权变动研究》，法律出版社2002年版，第341页。但最近有学者对此提出了批判，认为公信力和善意取得是推定力的基础性材料，将推定力作为公信力和善意取得的基础和出发点，是本末倒置。参见朱广新：《论物权法上的权利推定》，《法律科学》2009年第3期。另有学者认为，以占有推定力为基础推论出占有公信力，等于是将为占有人的利益而设置的规则转换为占有人的相对人的利益而设置的规则，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。参见前引〔3〕，汪志刚文。笔者认为，占有推定力当然具有保护和乎秩序的功能指向，但将推定力之规定同时作为确立物权表征方式的规定，符合事理逻辑，且二者并无冲突。

〔36〕 但有学者认为，从物权法第19章规定占有来看，当然可认为我国物权法承认了“占有权利推定”的实际规则。参见孙宪忠：《我国物权法中物权变动规则的法理述评》，《法学研究》2008年第3期。

〔37〕 参见崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社2009年版，第54页；胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第53页。

确定的前提下，接下来的任务就应是如何在解释论上构建出合理的善意取得构成框架。^{〔38〕}

具体到物权变动领域，不动产、动产善意取得之构成可统一描述为：表征方式标示的物权信息错误、表见权利人为无权处分、真实权利人归责性、相对人信赖合理性、经由正常的交易行为而取得、完成了物权变动的公示。其法律效果为：取得表征正确情况下可取得的法律地位。具体而言，表征方式标志的物权信息错误是指登记错误或动产的非所有人占有。表见权利人为无权处分是指登记名义人或占有人为无权处分。而无权处分可作广义理解，超出其处分能力范围的处分均为无权处分。例如在不动产抵押权被错误涂销的场合，所有权人仅可以出让有抵押权负担的所有权，故出让无抵押权负担的所有权也构成无权处分，其他诸如顺位、处分权限制等，均可作这样的理解。真实权利人的归责性是指其具有归责事由，包括制造、维持、未更正虚假外观等情形。相对人信赖的合理性是指取得人的善意且无重大过失。经由正常的交易行为而取得是指经有偿的法律行为而取得物权，合理的价格是交易“正常”性的表现。完成了物权变动的公示是指完成普通动产的交付或登记财产的变动登记。而法律效果上，取得无负担所有权、取得所期待顺位的抵押权等，均可以包容在“获得可取得的法律地位”之表达中。

可见，立基于信赖原理的不动产、动产善意取得的统一构造是完全成立的。尽管如此，在具体表现上，二者还是存在一些细部上的差别。这些差别主要是基于登记和占有的公信力强度的不同。公信力强度对善意取得构成的影响表现在归责性程度与信赖合理性程度的比较权衡之中。就归责性要件而言，动产善意取得的归责性要件可以从物权法第 107 条导出，但立法上未作精细的处理，忽视了归责性的程度及其与信赖合理性程度综合考量的必要性，而这样的比较权衡在司法实践中可能一直为法官广泛地践行着。不动产善意取得构成的归责性要件无法从条文中直接得出，故只能由学理来补充。不动产登记中，权利人无法控制的表征错误同样是存在的，但由于动产之非所有人占有可以从实践的需要上获得支持，而不动产的登记错误很难有合理的理由，故在非因无法控制之原因而导致表征错误的场合下，不动产权利人的归责性反而应当更高一些。在善意要件上，动产、不动产善意取得均要求取得人不知真实物权信息，且非因重大过失而不知，但具体个案中，动产、不动产构成善意取得所要求的谨慎程度有所不同。

五、结 论

本文的讨论主要涉及三个问题，即第 106 条规定背后的原理、公信力与善意取得的关系以及不动产善意取得与动产善意取得构成上的异同。因忽略了表征方式的基础性地位，以及过度受德国绝对公信力观念的影响，许多学者就上述问题得出了很不妥当的结论。事实上，从表征方式的正当性出发，根据价值与逻辑关系分别发展出公示原则和公信原则，就可以厘清表征方式、公信、公示三者之间的关系。而公信力与善意取得实为一体两面的关系，相对人善意取得相应物权正是表征方式公信力的体现，二者均以信赖原理为支撑，以保护相对人合理信赖为取向，只是观察的角度不同。

〔38〕 有学者主张，应将第 106 条规定的“不动产”限缩解释为采债权意思主义物权变动模式的不动产，将“登记”限缩解释为动产物权变动中的登记，而不动产交易的信赖保护则通过解释第 16 条来解决。参见前引〔1〕，朱广新文。对此，撇开前文着力讨论的公信力与善意取得的关系不论，仅就解释的合理性而言，显然还是从第 106 条中导出不动产善意取得的构成框架更为可取。第 106 条已给出了基本框架，且不存在刚性的障碍，而从第 16 条规定中发展出框架，几乎是“白手起家”，全赖学理的补充。实质上均是要做不动产、动产善意取得构成的具体化工作，何必非得走过度脱离文义之险途呢？所以，还是应该从第 106 条出发来探讨其学理基础，并揭示不动产、动产善意取得构成上的异同。

德国法上, 不动产、动产善意取得被规定在不同条文中, 并且立基于不同的原理, 形成了不同的构造, 不动产登记的公信力被绝对化。这样的绝对公信力观念, 以及动产、不动产交易安全保护的分立模式, 在价值判断上并不具有妥当性。我国法没有采行德国法的绝对公信力理论, 将不动产、动产善意取得规定在一个条文之中, 基于统一的原理来加以建构, 是一项妥当的选择。立基于信赖原理的不动产、动产善意取得具有统一的基本构造, 只是因登记和占有公信力强度的不同以及登记和占有表征能力上的不同, 导出了一些差异。公信力强度在不同交易背景、不同交易领域中会有不同的表现, 处于持续地波动之中, 并透过归责性要件和信赖合理性要件来发生影响, 最终于个案中具体化。

Abstract: In order to interpret appropriately Article 106 of the Real Right Law, it is necessary to ascertain the doctrine behind it, make sure the relationship between public reliance and bona fide acquisition, and confirm the relevance of the concepts among publicizing, public reliance and public reliance intensity. The provision of Article 106 is based on the reliance principle, which determines the consistency of the basic structure of real estate bona fide acquisition and chattel bona fide acquisition. Meanwhile, there are some divergent details of real estate bona fide acquisition and chattel bona fide acquisition, which depend only on the different public reliance intensity of register and possession and their different abilities to show the existence of real rights. Public reliance and bona fide acquisition are two aspects of one thing, that is, both real estate bona fide acquisition and chattel bona fide acquisition are the reflection of public reliance.

However, in German law, real estate bona fide acquisition and chattel bona fide acquisition are provided separately in different provisions and based on different principles, so they have different legal structures. The public reliance of real estate register is regarded absolute in German law. Such an absolute public reliance notion and the discrete protection model of chattel and real estate transaction security are inappropriate in its value judgment. In Chinese civil law, both of the register and possession are entitled with public reliance, and the intensity of the former is stronger than that of the latter. Chinese law does not adopt the theory of absolute public reliance, the real estate bona fide acquisition and chattel bona fide acquisition are stipulated in one clause of the Real Right Law (Article 106), and they are established according to an uniformed doctrine. These are reasonable choices. The public reliance intensity has various representations in diverse transaction backgrounds and fields, and it is fluctuating continuously and is specified ultimately in the given case by the influence arising from the degree of imputation and the reasonableness of reliance.

Key Words: bona fide acquisition, principle of reliance, mean to show the existence of real right, public reliance, public reliance intensity
