

动产善意取得的理论基础再审视

基于权利外观学说的建构尝试

庄加园^{*}

摘 要 由于动产占有公示作用以及信赖度具有相当的局限性,致使公信力之说作为善意取得的理论基础渐受质疑。为修补这一缺陷,扩展的权利外观要件、占有获取力说、占有放弃说应运而生,但都未获学界认可。鉴于权利外观有信赖度的强弱之分,一元化的权利外观确有必要予以放弃,占有与占有移转都应作为权利外观受到同等对待。考虑到所有权维护在双方相对正当性原则下的独立价值,只有当受让人比所有权人获得更强的占有时,才能为适用善意取得提供正当化依据。此外,受让人必须可归咎地获得转让动产的占有以及受让人主观的善意要件都是实现所有权维护的必要因素,也构成了权利外观学说的重要组成部分。

关 键 词 善意取得 权利外观 公信力 占有移转

引 言

我国学界颇有代表性的观点主张,公信力是法律赋予动产占有和不动产登记这类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。^{〔1〕}公信原则由此将动产占有与不动产登记簿等同视之。若当事人信赖占有的公示状态而为买卖、赠与等行为,即使占有移

^{*} 上海交通大学凯原法学院副教授。本文为上海市哲学社会科学“十二五”规划2014年课题“占有移转与动产所有权变动”(项目号2014EFX002)、上海交通大学新进青年教师启动计划“以占有变动为中心的动产物权变动”的阶段性成果。

〔1〕 叶金强:“物权法第106条解释论之基础”,《法学研究》2010年第6期,页58。

转所表现的物权状态与真实物权不一致,善意受让人也能取得物权。〔2〕

近来的文献已对上述公示公信原则多有质疑。〔3〕有批评意见指出,“村落理想主义”的占有与所有权相一致的假设,已经不再能作为现代社会中善意取得的基础。〔4〕还有学者主张,占有无法真正公示物权,而且针对动产物权的存在,现今社会也不存在合适的公示方式。〔5〕更有国内学者借鉴域外理论,认为占有公信力之说已不再适合作为动产善意取得制度的核心思想。〔6〕但也有观点指出,尽管占有本身不足以完全表征动产物权的强弱,但占有公信力仍可大体维持。不动产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存在差异,因而在细部上存在一些不同。〔7〕

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》(以下简称法释〔2016〕5号)专设7个条文调整善意取得制度,涉及动产善意取得就有4个条文。第17条涉及受让人善意的判断,却没有单纯基于出让人的动产占有出发,而是要综合考虑交易的对象、场所或者时机等是否符合交易习惯。这是否意味着占有公信力之说已被彻底放弃,而代之以其他的客观事实?第18条旨在界定各种观念交付下受让人善意的时间点,其中仅提到简易交付与指示交付,却回避了占有改定。这是否暗示着观念交付由于占有公信力差异而受到区别对待?以上各种争论与疑问都来自于占有公信力学说。因此,有必要对此理论基础加以回顾,才能展开深入讨论。

一、占有公信力缺陷的再探讨

占有公信力学说的前提在于物权公示原则,即要求以他人能识别的事实来反映抽象的权利关系。权利关系是被反映的对象,反映权利关系的事实则表现为公示手段。这两者之间的联系程度,直接决定公示效果的强弱。这一论断从整体而言,并无太大不妥。但占有作为公示手段,其公示作用显得相当有限。这一方面源自于占有本身与占有所能公示的物权范围。〔8〕占有作为一个高度不可靠的表征,自身都未必能为外界明白无误的认知,其可靠程度则更是存疑。占有辅助人、占有媒介人的参与,加剧了占有意思的判断难度,由此削弱占有表征动产物

〔2〕 魏振瀛等:《民法学》,北京大学出版社2002年版,页216。德国学界的类似观点参见Füller, Eigenständiges Sachenrecht, 2006, S. 323.

〔3〕 参见朱广新:“不动产适用善意取得制度的限度”,《法学研究》2009年第4期,页47—49。

〔4〕 Ernst, Ist der gutgläubige Mobiliärerwerb eine Rechtsscheinwirkung?, in: FS Gernhuber, 1993, S. 102.

〔5〕 参见纪海龙:“解构动产的公示、公信原则”,《中外法学》2014年第3期,页694—713。

〔6〕 参见汪志刚:“动产善意取得的法理基础”,《法学研究》2009年第3期,页119—134;纪海龙,见前注〔5〕,页694—705。

〔7〕 叶金强,见前注〔1〕,页55(摘要)、页59—61。

〔8〕 纪海龙,见前注〔5〕,页695—697。

权的作用。另一方面,占有公示的缺陷则归因于交付难以反映动产物权变动。^{〔9〕}当第三人作为占有辅助人、占有媒介人乃至受指令人广泛参与到物权变动之中,不仅占有与交付难以反映抽象的动产物权变动,而且《物权法》第25—27条的观念交付也使得占有移转和所有权变动不再同时发生。

在财物流通加速、社会分工日益加剧的情况下,所有人不必对所有物亲自占有、使用、收益、处分,而可委任他人管理,每个人都不得不借助他人来完成一些力所不及的工作。^{〔10〕}因此,占有辅助人、占有媒介人等作为占有中介人广泛出现,使得外人很难根据直接占有来判断该人究竟是自主占有还是他主占有。另一方面,很多价值昂贵的物品往往通过借用、租赁等方式获得。所有权保留、让与担保以及融资租赁的广泛使用,更是使得所有权与占有的分离成为常态。

虽然主流学说承认占有的表征作用弱于不动产登记簿,但是仍基于占有推定规则来维护动产善意取得。善意第三人主张当前占有人被推定为所有人,以此作为善意取得制度的理论基础。^{〔11〕}占有推定制度虽未出现于物权法正式文本,却得到学界普遍认可,^{〔12〕}司法实践也频频运用这一不成文的规则。^{〔13〕}更有学者主张,占有推定力是公信力的基础和前提,公信力是推定力的具体运用形式。^{〔14〕}这一观点在我国台湾地区亦受赞同:“占有的权利既受推定,产生公信力,使善意信赖占有而为交易者,得受保护,有益交易安全。”^{〔15〕}

然而,学界已有观点指出,以上论述有混淆占有推定目的之嫌。^{〔16〕}占有推定旨在减轻诉讼当事人的权属证明难度,^{〔17〕}而非服务于善意取得制度。当动产受让人前手有很多人时,受让人必须证明前手的所有权或者前手之前手的所有权。只要证明链上有一环欠缺,整个证明便告失败。占有推定制度正是为了解决这一恶魔般的证明(probatio diabolica)才应运而生。当事人若证明占有人并非自主占有人,或占有人取得占有时并未获得所有权,推定效力即被推翻。有学者由此认为,推定是允许真实情况的纠正,而善意取得是将错就错,即便出让人无处

〔9〕 纪海龙,见前注〔5〕,页697—699;参见聂卫锋:“交付公示:一个幻象”,《现代法学》2014年第4期,页52—61。有关交付的论文参见庄加园:“动产所有权变动中的‘交付’”,《环球法律评论》2014年第3期,页51—74。

〔10〕 Hübner, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, 1955, S. 65.

〔11〕 高富平:“物权公示与公信力新论”,《华东政法大学学报》2001年第5期,页25;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,页60;程啸、尹飞:“论物权法中占有的权利推定规则”,《法律科学》2006年第6期,页106。

〔12〕 参见崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2011年版,页147—149;孙宪忠:“我国物权法中物权变动规则的法理评述”,《法学研究》2008年第3期,页47。

〔13〕 张华安等与东莞市科技职业培训学校租赁合同纠纷上诉案,(2012)东中法民二终字第1081号;深圳市富维美电子有限公司与东莞市金辰电子有限公司买卖合同纠纷执行案,(2011)东二法执外异字第89号;东莞市鼎源实业有限公司诉黄尉骅等申请诉前财产保全纠纷案,(2012)东二法民四财保异字第2号。

〔14〕 肖厚国:《物权变动研究》,法律出版社2006年版,页341。

〔15〕 王泽鉴:《民法物权》(第2册),中国政法大学出版社2001年版,页234。

〔16〕 参见朱广新:“论物权法上的权利推定”,《法律科学》2009年第3期,页105。

〔17〕 Staudinger/Gursky, 15. Aufl., 2006, § 1006 Rn. 1; Bauer, Zur Publizitätsfunktion des Besitzes bei Übereignung von Fahrnis, in: Festschrift für F.W. Bosch, 1976, S. 12.

分权,善意受让人也可获得所有权。^[18]就此而言,两者泾渭分明。

此外,动产占有人被推定为所有人,并不意味着只要证明他是当前占有人,即可享受推定效力,^[19]而是存在着诸多限制:首先,占有推定不能适用于金钱和无记名证券之外的占有脱离物。因为即使善意占有人通常也不能取得占有脱离物的所有权,^[20]自无必要推定他为所有人。不过,金钱和无记名证券这类高度流通物即便是占有脱离物,受让人也可适用善意取得,因此无须适用该限制。其次,占有推定仅限于自主占有。当争议物的占有人以租赁人、保管人、借用人等他主占有人的面目出现时,若使他享受占有推定的优待,势必引发漫无边际的推定适用。^[21]由此,推定受益人应仅限于自主占有人。^[22]当直接占有人与间接占有人就占有物发生争议时,占有推定的适用也仅限于自主占有人。此时,占有推定不能适用于他主占有的直接占有人,而只适用于自主占有的间接占有人。

更为重要的是,占有推定的内容并非是法律上的权利推定——动产占有人所有权存在或不存在的状态。因为仅依文义解释,占有推定将处于实际上难以被推翻的地位。^[23]因此,德国学说和判例认为,鉴于占有推定与交付原则的规定紧密相联,占有推定的内容应为占有取得和所有权取得同时发生,^[24]基于《物权法》第23条的物权变动则是典型范例。若受让人通过简易交付(《物权法》第25条)取得所有权,则其在法律行为生效时已经占有争议物。这就意味着他取得占有的时间早于所有权的取得,占有推定的前提不能满足。如果动产所有权基于占有改定(《物权法》第27条)而被移转,则受让人在获得所有权时尚未取得争议物的直接占有。此时,受让人虽不能根据直接占有享受推定优待,

[18] 孙维飞:“占有推定之运作机理”,《华东政法大学学报》2011年第4期,页136。

[19] Staudinger/Gursky (Fn. 17), § 1006 Rn. 6; Soergel/Münch, 13. Aufl., 2006, § 1006 Rn. 10; Baumgärtel/Laumen, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 2, 1999, § 1006 Rn. 11.

[20] Staudinger/Gursky (Fn. 17), § 1006 Rn. 15; MünchKommBGB/Medicus, 4. Aufl., 2004, § 1006 Rn. 18.

[21] Quantz, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, S. 25.

[22] Staudinger/Gursky (Fn. 17), § 1006 Rn. 6; Baumgärtel/Laumen (Fn. 19), § 1006 Rn. 9.

[23] 占有人的相对方必须证明“权利不存在”这样严苛的事实:即占有人不是所有人。他虽可证明,推定受益人通过某个特定的原因并未取得所有权,或该所有权已由他人取得,但都不足以推翻占有的推定效力。

[24] Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., 1957, S. 65; Medicus, Ist Schweigen Gold? - Zur Widerlegung der Rechtsvermutung aus §§ 891, 1006 BGB, in: Festschrift für Fritz Baur, 1981, S. 65; BGH WM 1964, 1026, 1027; BGH NJW 1967, 2008; BGHZ 64, 395, 396; BGH NJW 1994, 939, 940; BGH NJW 2005, 1581, 1582. 由此,占有推定的基础事实是当前的自主占有;被推定的事实是:占有人的所有权取得与占有取得同时发生。虽然该权利取得的推定发生于当前占有人过去取得占有时,但根据经验规则,该权利取得的效果一直延续到占有取得之后的状态,除非推定相对人证明该权利消灭。如此一来,推定相对人只要证明当前占有人取得占有之后丧失所有权,就可推翻占有推定效力。Staudinger/Gursky (Fn. 17), § 1006 Rn. 7; Soergel/Münch (Fn. 19), § 1006 Rn. 4; Hadding, Die Eigentumsvermutung nach 1006 IBGB im Herausgaberechtsstreit, JuS 1972, 183, 184. 参见纪海龙,见前注[5],页703。

但可作为间接占有人被推定为所有人。当第三人为出让人的占有媒介人时(直接占有),受让人因获得借由占有媒介关系对第三人的返还请求权(《物权法》第26条),亦获得间接占有。因此,受让人可依据间接占有而享受占有推定的保护。^{〔25〕}

由此可见,占有与交付作为动产物权的表征,很难如不动产登记簿那样完整清晰地反映不动产上所有的物权状况。占有公信力之说也愈显难以克服的缺陷,亟待学说加以补救与改造。

二、学说的补救尝试

学界对于是否继续维持占有公信力之说,存在着较大的分歧。国内已有学者依托《物权法》第106条,从“交付”与“善意”出发,认为“交付”才是善意取得的信赖基础,进而主张“善意取得等于善意加交付公示力”。^{〔26〕}也有激进观点批判既有学说,认为无论占有或交付的公信力都不是善意取得的法理基础,占有无法真正公示物权,权利外观理论不足采信。^{〔27〕}有学者意识到占有作为公示手段的局限性,认为善意取得制度在保护受让人交易安全之时,必须兼顾原所有权人的利益,为此必须设置较为严格的构成要件,以限制善意取得制度的适用范围。^{〔28〕}这是否意味着善意取得除了要求占有之外,还要满足其他权利外观要件?由于我国物权法理论深受德国学说的影响,以上观点或多或少都带有一些德国学说的烙印。为此,实有必要回顾德国学界的主要学说和相关批判,以期收到事半功倍之效。

(一)扩展的权利外观要件

鉴于占有的以上缺陷,有些学者提出通过提高外观的要求加以弥补。^{〔29〕}该学说代表人胡布纳尔(Hübner)认为,由于占有经常不与所有权相联系,不能完全符合外部的权利外观功能,^{〔30〕}受让人只有根据受让情况的整体印象才能推断所有人。整体印象包括不同因素,如出让人与受让人的熟悉程度,出让物以往情况的可信程度,买卖价格的高低等。由此,善意取得的信赖要件应脱离出让人占有:只有当受让人在具体案件中,根据整体情况与出让物具有一个外部的、可识别的关系,使其具有权利外观时,善意取得方为可能。^{〔31〕}另一位代表人物吉尔(Giehl)主张,只有存在额外的表征(Indizien)时,才能将直接占有与权利外观相联系,^{〔32〕}据此才能使人推知出让人的权利。为此,客观的权利外观要件必须满足更高的要求,使之成为“外

〔25〕 *Manfred Wolf*, Die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB - BGH, NJW 1984, 1456, JuS 1985, 941, 943.

〔26〕 汪志刚,见前注〔6〕,页131-133。

〔27〕 纪海龙,见前注〔5〕,页703-704。

〔28〕 参见吴光荣:“论善意取得制度的适用范围——兼评《中华人民共和国物权法(草案)》相关规定”,《法律科学》2006年第4期,页105-106。

〔29〕 *Hübner* (Fn. 10), 89 ff, 124 ff; *Giehl*, Der gutgläubige Mobilärerwerb - Dogmatik und Rechtswirklichkeit, AcP 161 (1962) 363 ff, 372 ff.

〔30〕 *Hübner* (Fn. 10), 89 ff, 124 ff.

〔31〕 *Hübner* (Fn. 10), 89 ff.

〔32〕 *Giehl* (Fn. 29), 374 ff.

部作用的构成要件”，如机动车证书的给予，或当所有权保留买卖发生移转所有权时，受让人收到指明转让物型号的保证书。

然而，以上学说在理论与实践中都收效甚微，因为其构想并未在法定规范中找到足够的依据。所谓更高的信赖要件更是由于高度不确定的内涵而难以满足交易安全的需要。^{〔33〕} 该说所列举的一系列标准，并非旨在扩大客观的外观要件，而是通说用于纠正受让人善意的手段。^{〔34〕} 其次，尽管善意取得考虑诸如买卖价格、交易地点或无权处分人的信赖程度，但这些因素对所有权状况并无影响。即使权利外观的构成要件需要扩大，那么在坚守外观原则之时，原则上也应考虑由所有人以可归咎方式所引起的情况。比如，所有人将其物托付给出让人，使后者获得占有，这样的归咎才符合立法者的构想。^{〔35〕} 最后，以上学说仅以直接占有作为讨论依据，却忽视间接占有的情形。^{〔36〕} 由于通说认为间接占有不具备公示作用，这是否意味着当出让人仅享有间接占有时，权利外观要件的扩展要超过直接占有的情形？

总之，“扩展权利外观要件”的构想不仅超越法定规范的界限，而且带来法的不安定性。因此，这一学说除为完善善意取得提供一些公认的标准之外，并未对权利外观的构成要件予以实质地明晰化。

（二）占有获取力的学说

既然占有难以作为权利外观作用的核心因素，寻找其他替代因素就迫在眉睫。为此，德国学界将注意力从出让人一侧转置于受让人一侧，占有获取力的概念^{〔37〕}（Besitzverschaffungsmacht）也就应运而生。^{〔38〕} 它是指出让人是否有能力支配转让物，并将该物转让给受让人。只有当受让人事实上获得占有时，他的信赖基础才能成立。有人认为，既然权利外观不是来自于静态的占有状况，而是来自于占有获取力，以“占有变动”作为权利外观才更合适。^{〔39〕}

在出让人直接占有转让物的情形下，尽管占有仍有其弱点，但无论是现实交付转让物，还是拟制交付（如提单、仓单等交付证券）都没有太大差别，因为出让人在交付之前就直接占有转让物。当发生简易交付和占有改定时，亦是如此。在前者时，受让人已经占有转让物，权利外

〔33〕 Karner, Gutgläubiger Erwerb, 2006, S. 176.

〔34〕 Rebe, “Zur Ausgleichsfunktion von § 935 BGB zwischen Vertrauensschutz und Eigentümerinteressen beim gutgläubigen Mobiliärerwerb”, AcP 173 (1973), 196; Karner, a.a.O., S. 176—177. 德国和奥地利的司法实践也都要求受让人必须取得机动车证书，才能满足善意取得的主观要件，而不是将受让人获得该证书作为客观的权利外观要件。

〔35〕 Karner (Fn. 33), S. 177—178.

〔36〕 Hager, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, S. 244.

〔37〕 本文未将 Besitzverschaffungsmacht 译为“占有移转力”，因为该词容易使人误认出让人转移占有给受让人（Besitzübertragung）。而出让人在指令取得中无法移转占有于受让人，因其原本就不享有占有，自然无法将不享有的占有移转于受让人。

〔38〕 Wolff/Raiser (Fn. 24), S. 255.

〔39〕 Kindl, Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende beseitigung, 1999, S. 312.

观也已具备。而在后者时,出让人通常还保留着转让物的直接占有。^{〔40〕}

由于间接占有只是理念性的事实支配力,难以提供如直接占有的具体信赖。在出让人仅为间接占有人或没有占有的情形,出让人必须将对第三人的原物返还请求权让与受让人,才能发生所有权移转。这时,具有决定性的标准则是受让人由于受让原物返还请求权(法释〔2016〕5号第18条第2款后段),从而获得间接占有,^{〔41〕}由此构成具体信赖的基础。即便出让人没有占有转让物,根本不享有对他人的返还请求权,若能使第三人根据受让人的要求,使得后者获得转让物的占有,依然适用善意取得(参见《德国民法典》第934条第2种情况)。此时,由于出让人并不占有出让物,而不具有移转占有的能力。当受让人从第三人手中获得占有(直接占有与间接占有)时,占有并未从出让人移转于受让人,而仅使受让人经由第三人获取占有。^{〔42〕}当受让人看到第三人放弃占有时,他认为第三人承认出让人所有权的信赖应该受到保护。

此外,由于现代社会的财物流转大大加快,出让人在未占有转让物之前就订立买卖合同并不少见。例如,甲乙丙丁就同一物达成连环买卖(链式交易),使得生产者甲只需直接将货物交付给消费者丁。若出让人虽未获得转让物的占有,却有能力使得第三人依其指令,将转让物交付受让人。同样,这里并未发生从出让人到受让人的占有移转,而是受让人从第三人那里“获取”转让物的占有。受让人因信赖占有获取力,也可如信赖出让人的占有有一样,主张善意取得所有权。^{〔43〕}

占有获取力的理论基础在于受让人所获得的现实占有。由于受让人一方的占有变动在时间顺序上晚于信赖交易(买卖合同订立时),所以它对于信赖的建构并不能发挥原因上的作用。在买卖合同订立时,受让人只能感受占有人具有处分转让物的意思。^{〔44〕}在此,只有受让人获得占有起到决定作用,但并没有权利外观的形成,而是仅仅描述了处分结果。^{〔45〕}但一旦受让人获得占有,交易目的得到实现,信赖权利外观也就不再必要。由此,这一理论难以解释受让人获得转让物占有之前的信赖基础究竟为何。^{〔46〕}换言之,受让人从订立买卖合同直到获得转让物占有的期间,难道就不存在信赖?所以,占有变动(或占有获取力)说始终面临着这样一个死结,挥之不去。

〔40〕 参见王铁:《物权变动论》,中国人民大学出版社2001年版,页266—275;税兵:“占有改定与善意取得——兼论民法规范漏洞的填补”,《法学研究》2009年第5期,页3—17;叶金强:“取得占有与动产善意取得”,《甘肃政法学院学报》2005年第2期,页34—38;丁晓春:“动产善意取得构成要件再探——兼评《物权法》第106、107条”,《学术论坛》2008年第2期,页100—104。

〔41〕 参见庄加园:“基于指示交付的动产所有权移转——兼评《中华人民共和国物权法》第26条”,《法学研究》2014年第3期,页171—172。

〔42〕 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,页409—410。

〔43〕 出让人指令的交付,参见Koks Fall, BGHZ, 36, 56; BGH NJW 1974, 1132; JuS 1975, 773。受让人指令的交付,参见BGH NJW 1999, 425。

〔44〕 Rusch, Rechtsscheinlehre in der Schweiz, 2010, S. 220.

〔45〕 Hager (Fn. 36), S. 248.

〔46〕 Rusch (Fn. 44), S. 220.

(三)放弃权利外观

既然占有具有如此明显的缺陷,直接放弃占有将成为简洁明快的解决方案。如德国学者沃尔夫冈·恩斯特(Wolfgang Ernst)认为,人们以权利外观作用来构建善意取得的基本原则,在方法论是错误的。因为根据《德国民法典》第932条以下的规范,权利外观根本不属于法定的构成要件。善意取得只需要完成占有取得要件,无须进一步的论证。权利外观学说只是纯粹的概念建构,但该说却试图赋予善意取得以一个内在的、其本身不享有的结果。^[47]

根据其主张,所有人与受让人之间的利益冲突在法学上的决定原因只是占有移转。^[48]这一要求不仅对保护受让人而言,而且对所有人的权利丧失都是合理的关键环节。对受让人而言,交付完成意味着占有状况的不确定性终结。受让人将物纳入自主占有的同时也就意味着,他将不容置疑地将转让物的归属置于心理上的真实状态。^[49]同时,占有移转为所有人失去权利提供了客观理由,因为受让人的占有取得始终以所有人不能再保有任何占有作为前提。^[50]

以上批评在很多方面都值得肯定,尤其是强调占有移转在善意取得中所发挥的决定性作用。^[51]但他完全否定权利外观的核心思想则略显极端,难以令人信服。尽管各种权利外观确实存在差别或者模糊的差别,但若我们放弃权利外观,就会在判断受让人善意时失去一个清晰的支撑点,善意的前提也就失去对应的关联对象。正是这一差别才关系到权利外观基础的强弱,由此对主观信赖产生影响。权利外观与信赖的相互依存关系可以概括如下:“信赖构成要件的权利外观作用越弱,善意的前提就必须越严格。”^[52]

由此可知,完全放弃权利外观的主张不仅不会带来显著益处,而且还会抹杀外观构成要件的强弱区分,进而导致必要的利益衡量由于缺少支撑点而陷入泥潭。因此,这一主张似有矫枉过正之嫌。

三、权利外观学说视角下的善意取得

(一)交易安全保护与权利外观

主流学说认为,善意取得制度的基础在于保护受让人的交易安全,^[53]这似乎是不证自明之理。但交易安全保护存在着多种表现形式,例如表见代理的被代理人将超出内部关系的代理权证书授予代理人;缔约过失责任的缔约人使得相对人信赖其行为而支出必要费用;票据行为的无因性使得原因行为的瑕疵不致影响票据债权的效力。若就交易安全保护的效果考察:表见代理中发生履行请求权,第三人要求被代理人实现同有权代理相同的利益状态;缔约过失

[47] Ernst (Fn. 4), S. 95 ff, 99.

[48] Ernst (Fn. 4), S. 108.

[49] Ernst (Fn. 4), S. 115.

[50] Ernst (Fn. 4), S. 119.

[51] Karner (Fn. 33), S. 191.

[52] Staudinger/Wiegand, 15. Aufl., 2004, § 932 Rn. 37.

[53] 王利明:《物权法研究》(上册),中国人民大学出版社2013年版,页434。

责任的债权只是赔偿信赖利益(消极利益)。然而,善意取得将导致受让人最终获得转让动产的所有权,也就意味着原所有权人丧失所有权。就此而言,若学界仅满足于将交易安全作为善意取得的理论基础,无非是重复既有的修辞表述,仅具有最低程度的说服力。

近来,我国学界也有放弃占有公信力的论断,其主张动产善意取得制度的法理基础之一在于——受让人对正常物权变动方式的抽象信赖。^{〔54〕} 据此,受让人群体只要按照正常的交易规则从事了交易行为,便可以信赖自己能够取得物之所有权。具体言之,在交付主义的物权变动框架下,任何受让人基于交付或交付的替代取得(直接或间接)占有,其便可信赖自己取得所有权。^{〔55〕}

这一观点看似巧妙地回避了占有公信力的种种缺陷,另辟蹊径地开创了抽象信赖的路径。但其对交易规则和交易秩序所谓的信赖,却是缺少客观基础的抽象信赖,难以在私法秩序中得到保护。该主张不仅没有直面占有公信力的不足之处,而且未提出完整的解决路径,并非建设性的解决方案。其所谓的信赖若以标的物交付或观念交付为基础,^{〔56〕} 则又回到占有获取力的路径,并非真正的抽象信赖。就此而言,这一解释路径无非是占有移转力的一种变异形式,只是称谓有所不同。倘使信赖没有具体的支撑依据,必然会面对无物能否适用善意取得的疑问,例如普通债权的善意取得。立法者原则上拒绝债权的善意取得,并非出于保护债务人的思想,也不是担心双重债权人的出现,而是债权通常缺少可靠的典型权利外观。债权作为人类理念世界的权利,并非如物权那样享有外部表征,但若债权人例外地以可归咎的方式引起足够的表征(如有价证券),债权的善意取得亦有可能获得认可。^{〔57〕} 当出让人仅享有间接占有或根本未有占有时,受让人对其信赖并无客观基础,法律也不能仅凭出让人的只言片语便保护受让人。轻率的信赖并不值得保护,单纯的内在信赖也不能为法律秩序的干预提供充分的理由。这样的信赖必须以某种客观的、特定的方式得以客观化。^{〔58〕}

这一客观化的信赖表征(或表象)在理论上被称为权利外观(Rechtsschein),它是指某一事实上不存在的权利在外部呈现出存在的表象。^{〔59〕} 一般认为,该学说可追溯至20世纪初威尔斯帕赫(Wellspacher)的著作《民法上外部要件事实的信赖》:“某一外观要件根据法律或者交易观念形成了某一权利的外观形式,如果该要件的形成是由因信赖保护而遭受不利的人以自己的作为所致,那么相信此外观而为法律行为的人将因其信赖而受到保护。”^{〔60〕} 他对源于

〔54〕 纪海龙,见前注〔5〕,页707。

〔55〕 纪海龙,见前注〔5〕,页708。

〔56〕 纪海龙,见前注〔5〕,页708。

〔57〕 债权善意取得的典型立法例如《德国民法典》第405条第1种情况:债务人已制作债务证书的,在出示该证书始得让与债权时,债务人不得对新债权人主张债的关系的缔结或者债的关系的承认是虚假的,或者主张与原债权人不得让与的债权的约定,但新债权人明知或者可知债权让与事实的除外。

〔58〕 Canaris, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 491.

〔59〕 参见丁晓春:“权利外观原则及其类型研究”,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2009年第5期,页43。

〔60〕 Wellspacher, Das Vertrauen auf äussere Tatbestände im bürgerlichen Rechte, 1906, S.115.

日耳曼 Gewere 的权利正当化理论加以主观化改造:占有没有赋予(出让人)客观上处分的权利,而是受让人基于其主观信赖得到保护,即受让人信赖的内容是实施处分的占有人是所有人,由此享有处分权。换言之,并非占有使得处分正当化,而是受让人的信赖才具有决定意义。^[61] 相对于作为真正动因的主观善意而言,权利外观在其学说中只具有有限的功能。其作用表现为,当受让人仅单纯地误以为真时,这样的善意并不足以获得所有权。只有当善意通过事实的情景被正当化,也就是经由权利外观才享有客观基础,占有才得以作为信赖的客观基础,与主观的善意信赖协调一致。^[62]

当出让人仅享有间接占有或根本没有占有时,受让人对其信赖并无客观基础。因为间接占有的信赖并不值得保护,这一无客观基础支持的交易只有待发生占有变动才能获得信赖,即受让人获得直接占有或间接占有之时。这样的占有移转不仅符合交付原则(《物权法》第 23 条),而且可解释多种交易形态,从交付的替代形式(如《物权法》第 26 条)到链式交易的指令取得都在其范围之内。具有决定意义的只是无权出让人能否成功“制造”出所有权移转所必要的占有状态,以便与新的物权归属关系相协调。^[63] 由此,占有移转足以与占有的权利外观等同视之。

占有获取力学说之软肋在于,受让人之信赖并非存在于其获得占有之时,而是与交易(通常为负担行为)相伴而生。只有在受让人获得占有之后,其信赖才获得客观基础的支撑。这一占有变动既可基于出让人移转而获得,也可以从第三人手中直接取得,不必转借出让人之手。因此,出让人的“占有获取力”发挥功效,所有权取得所需的占有事实与新的物权归属得以协调一致。这时,受让人的信赖基础再也不是虚无飘渺的占有,而是基于已经实现的占有变动,只有它才能为徒然的交易信赖找到稳固的支撑点。因此,在这些复杂的情况下,占有变动能够与占有一起作为权利外观来对待。

所谓仅有实际的直接占有才能作为权利外观的观点,^[64] 忽视占有移转实现了所有权移转所需的占有状态,既不足以保护善意第三人,也可能会在新型交易领域中阻碍保护交易安全的理念扩展。占有之所以能在善意取得之中发挥权利外观的作用,在于占有与所有权在日常生活中并未严格区分,动产占有人一般被认为就是所有人。而且,占有有人在“一手交钱,一手交货”的现金交易中通常都表现为自主占有人,即以所有权人的面目出现。另一方面,动产之所以未引入登记簿这类人工权利外观,主要考虑到成本与收益之间的关系。这一权利外观的形成既非法学家的抽象思维,也非仅靠实证法规范的支撑,而是在历史长河逐渐产生、发展和形成,具有深厚的社会基础和历史根源。正如我国学者所言,占有彰显权利的缺陷虽在现代社会呈现几何级数放大,但动产所有权与占有

[61] Vgl. Stagl, Gutgläubiger Fahrnisserwerb als „sofortige Ersitzung“, AcP 211 (2011), 555.

[62] Ernst (Fn. 4), S. 96.

[63] Karner (Fn. 33), S. 196.

[64] 王利明,见前注[53],页 448。

的分离并不能彻底否认占有在动产善意取得的基础作用。^{〔65〕}

(二) 双方相对正当性原则与所有权维持思想

在善意取得的论述中,传统学说为突破罗马法所有权的追及力,必须要为受让人最终取得物权提供理论基础。由此,交易安全保护的思想日益得到重视,相伴而生的信赖保护原则也产生了越来越大的影响。然而,这一论证方式毕竟只在规范意义上考虑到受益人——善意受让人的利益。由于法律效果对积极参与者与消极参与者的各自关系都有影响,私法规则应当根据基础法律原则得到充分论证。^{〔66〕}善意取得毕竟是以剥夺原所有人的所有权为代价,而所有权剥夺必须建立在充分论证的前提下,才能得到合理化说明。

双方相对正当性原则(zweiseitige Rechtfertigung)^{〔67〕}要求善意取得制度不仅要说明善意受让人作为受益者为何能够取得所有权,而且还要论证受让人取得所有权与原所有人丧失所有权之间的关系。^{〔68〕}也就是说,受让人为何能以所有权人丧失原物所有权的代价取得所有权。因此,仅有善意受让人的信赖,尚不足以完全论证善意取得的理论基础,也会忽略所有权人的因素在要件建构的影响,导致善意取得被不必要地扩大适用。假使支持善意取得的学说只以受让人与转让人之间的交易作为论证出发点,可能会忽略所有权得丧双方的关系,即所有权人与出让人的关系。就此而言,真正的物权利害人并非出让人与受让人,而是涉及所有权人与受让人。因此,善意取得有必要以他们之间的关系作为出发点,以此决定所有权的最终归属。

一般认为,善意取得之所以能从无权利人处获得转让物的所有权,必须经由满足所有权取得的其他要件而获弥补。^{〔69〕}因此,由无权利人处获得物权与从有权利人处获得物权相比,必须具备更高的占有要求。这一理解的决定性前提在于,并非出让人转移所有权,而是所有人失去或不再享有占有,才是真正的决定性要素。只要所有人还享有占有,就没有理由剥夺其所有权,并将该权利授予受让人。^{〔70〕}这一观点对制定法中出现的善意取得的难题给予较为有利的说明,^{〔71〕}强调比较受让人和所有人的占有强度,只有当受让人取得占有且所有人失去占有时,才能使得善意取得得以正当化。

虽然《物权法》第106条仅使用“交付”一词,但它是否包括除现实交付之外的各种观念交付(现实交付的替代方式),立法者对此并未明示。学界对善意取得扩张于简易交付,并无异议。然而,对于占有改定、指示交付两种交付替代方式,则存在较大争论,尤其是前者,成为我

〔65〕 参见叶金强,见前注〔1〕,页58。

〔66〕 F. Bydlinski, System und Prinzipien, 1996, S. 95.

〔67〕 F. Bydlinski, a.a.O., S. 92 ff. 朱岩将“zweiseitige Rechtfertigung”译为“双方相对正当性”,参见朱岩:“社会基础变迁与民法双重体系建构”,《中国社会科学》2010年第6期,页155,注3。

〔68〕 F. Bydlinski (Fn. 66), 92 ff; derselbe, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 204 (2004), 341 ff, 357 ff.

〔69〕 Stagl (Fn. 61), S. 545.

〔70〕 Stagl (Fn. 61), S. 554.

〔71〕 Stagl (Fn. 61), 555 ff.

国学界争论焦点之所在。^{〔72〕} 法释〔2016〕5 号第 18 条第 2 款肯定了善意取得适用于简易交付与指示交付。前者的受让时点为转让动产法律行为生效时,因为所有权人已经失去转让动产的占有,受让人早已先行占有动产。后者发生于转让双方之间有关转让返还原物请求权的协议生效时,该受让人通过转让基于占有媒介关系的返还请求权,使得受让人获得间接占有,而原所有权人由于转让人丧失间接占有而失去对转让动产的事实支配力。在上述两种情形下,受让人都将所有权人“挤出”占有,取得更强的占有状态。

然而,占有改定能否适用善意取得,法释〔2016〕5 号却未提及。从起草者的解释来看,第 18 条虽用于确定受让人善意的判断时间,但也同时肯定各种观念交付的适用可能。占有改定被认为在善意取得具有适用余地,只是由于受让人的善意时点存有争论,而未将其纳入司法解释之中。^{〔73〕} 起草者还认为,尽管大陆法系国家和地区的立法和司法实践基本都对占有改定方式的交付适用善意取得作出限制性规定,但我国不宜照搬国外立法例的相关规定。^{〔74〕}

法释〔2016〕5 号起草者有关占有改定的以上观点颇值商榷。学说之所以否认善意取得的适用(《德国民法典》第 933 条),是因为尽管受让人获得间接占有,出让人依然作为(直接)占有人,没有完全丧失占有。^{〔75〕} 但根据所有权人与受让人对物支配关系的比较,占有呈现为“分裂”的状况。而且,所有权人与受让人对转让物处于同等接近的占有状态:两者都通过出让人行使间接占有。这尚不足以保证受让人获得物的最终归属,而得到更强的事实支配力。^{〔76〕} 这里发挥作用的正是普遍化的所有权维护理念,并体现为比较所有权人与受让人对占有物的事实支配关系。这一思想才是成文法背后的理论基石,并在很多国家获得接受与认可。

《欧洲民法典示范法草案》(以下简称“DCFR”)第Ⅷ—3:101 条也规定了适用于善意取得的交付形式——交付(2:104)或类似交付的行为(2:105),^{〔77〕} 但将包括占有改定的方式排除在善意取得之外(2:103)。其主要原因在于,受让人取得占有的客观限制也是为了保护所有权人。无论受让人多么强烈地相信转让人具有权利或授权,只要转让人不能向受让人提供动产占有,受让人就不应得到保护。^{〔78〕} 由此可见,所有权维护的思想同样在 DCFR 中得到考

〔72〕 税兵,见前注〔40〕,页 3—17;郑永宽:“占有改定与善意取得”,《北方法学》2011 年第 6 期,页 56—61;王文军:“占有改定作为善意取得要件之辨”,《法律科学》2015 年第 6 期,页 112—119;叶金强,见前注〔40〕,页 36。

〔73〕 杜万华主编:《最高人民法院物权法司法解释(一)理解与适用》,人民法院出版社 2016 年版,页 412、431、418。

〔74〕 同上注,页 419—420。

〔75〕 鲍尔等,见前注〔42〕,页 402、404。

〔76〕 王轶,见前注〔40〕,页 266—275;税兵,见前注〔40〕,页 3—17;叶金强,见前注〔40〕,页 34—38;丁晓春,见前注〔40〕,页 100—104。

〔77〕 类似交付的行为包括:受让人已经存在的占有(第Ⅷ—2:105 条第(1)款)(简易交付)、对持有动产的第三人的通知(指示交付)(第Ⅷ—2:105 条第(2)款)、得到占有手段的交付(第Ⅷ—2:105 条第(3)款)、权利文书的交付(第Ⅷ—2:105 条第(4)款)。

〔78〕 (德)克里斯蒂安·冯·巴尔、埃里克·克莱夫主编:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》(第 8 卷),朱文龙等译,法律出版社 2014 年版,第 483 页。

虑。21世纪颁布的《荷兰民法典》第3编第90条第2款也有类似立法例：直到受让人获得转让动产的交付时，所有权移转对真正的所有人不发生效力。^{〔79〕}

我国台湾地区“民法”有关善意取得的规定原与瑞士、奥地利、日本立法相同，未曾区分交付方式而规定不同的法律效果。2010年我国台湾地区“民法”修订时，于第948条第2项规定：“动产占有之受让，系依第七六一条第二项规定^{〔80〕}为之者，以受让人受现实交付且交付时善意为限，始受前项规定之保护。”据此，受让人如借助占有改定移转动产所有权，在未获现实交付前，不能取得动产的所有权。其理由在于，由于善意取得制度涉及真正权利人（原所有权人）与权利取得人（受让人）之间的利益衡量，受让人既系以占有改定受让占有，让与人仍系继续占有标的物，此与真正权利人系信赖让与人而使之占有动产完全相同，难以认为受让人利益较之原所有权人更应值得保护。而且，真正权利如所有权保护，是民法与宪法的优先价值秩序。^{〔81〕}

退一步说，即便法释〔2016〕5号第18条能被解读为占有改定不能适用于善意取得，依然会面临以下疑问：甲将某动产出卖于乙，约定所有权于买卖价款付清后移转于乙，乙因融资需求将该物以占有改定方式转让于丙。该处分系无权处分，丙虽信赖于乙，却因占有改定而无法善意取得所有权，但丙如通过指示交付的方式将其对乙的返还请求权让于丁，该处分虽为无权处分，善意之丁也可取得无权处分物的所有权（《德国民法典》第934条第1小项）。^{〔82〕}

针对丁的善意取得，理论上有不同意见。尤其考虑到所有权保留买受人乙依然按照约定向出卖人甲继续支付分期付款，可以认为乙依然承认甲的间接占有。若这一前提成立，尽管丁获得该动产的间接占有，但甲依然保有对同一动产的间接占有。换言之，乙作为占有媒介人同时为甲、丁的利益而占有，形成“一仆二主”的局面。考虑到所有权人甲与受让人丁对该动产处于同等接近的事实支配地位，甲与丁给予出让人以相同的信赖，丁不值得善意取得规则的优待。^{〔83〕}

但若我们以并存占有为由否定善意取得，又会引起以下疑问：第一、占有界定的是人对物的事实支配关系。若两个并存占有人就该物占有发生争议，究竟谁才有权主张占有保护请求权？第二、并存占有人的取得时效如何计算？若分别计算，是否会导致其中一人因时效取得而最终获得所有权。第三、善意取得的发生取决于占有媒介人乙所扮演的“双重角色”。要是他狡诈且不择手段，对所有权利人与受让人都维持着占有媒介人的假象，则真实权利人甲就继续保持间接占有与所有权。相反，假如占有媒介人愚笨且诚实，使得其底牌暴露，就会导致善意受让人因获得间接占有而取得所有权。法律秩序不能忍受善意取得的结果完全取决于占有媒介

〔79〕 Vgl. Karner (Fn. 33), S. 362.

〔80〕 我国台湾地区“民法”第761条第2项即占有改定。

〔81〕 谢在全：《民法物权论》（上册），中国政法大学出版社2011年版，页279；王泽鉴：《民法物权》，北京大学出版社2010年版，页484。

〔82〕 铤床案事实参见鲍尔等，见前注〔42〕，页409。

〔83〕 Picker, Mittelbarer Besitz, Nebenbesitz und Eigentumsvermutung in ihrer Bedeutung für den Gutgläubenserwerb, AcP 188 (1988), 522 ff, 551 f.

人的伪装水平。^{〔84〕}

针对这一质疑,支持者这样反驳道:并存占有并非为解决物权归属与占有而生,而仅涉及受让人能否在以上情况主张善意取得。并存占有的概念只是这种评价的表达方式:若受让人不能比所有人处于更接近转让物的地位,他就不能以所有人承受权利丧失的代价而善意取得所有权。^{〔85〕} 还有如哈格(Hager)和皮克尔(Picker)等学者以所有权人享有返还请求权为依据,否定以上情形发生善意取得。^{〔86〕} 他们的学说路径虽各有不同,但其共同思想在于,所有权人若还能对转让物行使事实支配力,受让人就不能以所有权人丧失权利为代价善意地获得所有权。尽管我国台湾地区2010年的“民法”修订时,占有改定的善意受让人再以指示交付的方式出让转让物未获考虑,仍有学者认为,指示交付若有占有改定之交付方法涉入者,则应否定善意取得,以免与否定占有改定适用于善意取得的学说发生矛盾。^{〔87〕} 这一观点应值得我国立法界与司法界予以足够重视。

(三)权利外观强弱与归咎原则

权利外观既包括人工的外观,又包括天然的外观。前者主要包括各种登记簿,最典型者莫过于不动产登记簿。后者包括各种事实上的归属关系,如占有与不同种类的行为,尤其是口头与书面的表示。^{〔88〕} 天然的权利外观并无登记簿记载那样清晰可见,而是多适用意思表示解释规则,从行为人的表示或可推定的行为来探知外观的意义。人们不仅要确定外观是否存在,而且需要探知外观的射程范围(Reichweite)。^{〔89〕} 例如,在被代理人明知无权代理人以其名义为法律行为,而未为及时反对时,确定表见代理权的范围就会比较棘手。若被代理人授予代理人空白授权书,也会面临代理人填补代理权的权限如何确定的问题。

人工的权利外观原则上存续到记载事项改变或涂销之时。^{〔90〕} 例如,不动产登记簿上记载的某项物权若被涂销,则该物权存在的推定就无法延续。而天然的权利外观则通常存续到相反行为发生时。例如,被代理人对代理人的授权,可通过撤回而消灭,由此也可能产生权利外观。但若行为人签发票据后,即使对票据关系相对人表示收回票据,也难以消灭外观,而是必须通过除权判决的方式,才能使得该票据丧失效力。

占有与不动产登记簿相比,其表征的权利范围及可靠程度都相对较弱。但它与其他天然权利外观相比,仍有相对的公示性、稳定性、持续性。占有无须借助意思表示规则进行解读,虽因占有观念化的发展,使得其公示性大为降低,但其典型形式(直接占有)还是较易辨认。而且,占有除非因客观支配力丧失,通常不会因为行为人的其他行为而使得外观消灭。

由于权利外观的信赖保护以牺牲对真正的权利人的保护为代价,这种背离于常态的规则

〔84〕 Karner (Fn. 33), S. 380.

〔85〕 Medicus, Bürgerliches Recht, 19. Aufl., 2002, Rn 56.

〔86〕 Hager (Fn. 36), S. 342—343; Picker (Fn. 83), S. 570.

〔87〕 谢在全,见前注〔81〕,页279。

〔88〕 Canaris (Fn. 58), S. 492.

〔89〕 Canaris (Fn. 58), S. 494.

〔90〕 Canaris (Fn. 58), S. 500; Rusch (Fn. 44), S. 40.

必须得到充分的理由支持。19世纪欧陆各国民法典的立法者选择占有作为善意取得的权利外观,并非对其缺点一无所知,而是根据权利外观的强弱程度,制定了不同的规则。正因为占有仅具有较弱的权利外观,动产的善意取得规则并非只以受让人信赖占有为前提,而是要求受让人必须可归咎地获得转让动产的占有,即占有作为权利外观的形成应该基于所有人的意思而发生。如果权利外观的出现并非因真正的原权利人引致,则不能成立信赖保护。由此,非基于占有人意思丧失占有的遗失物等占有脱离物不应适用善意取得。^{〔91〕}《物权法》第107条排除遗失物的善意取得,正是上述原则的体现。^{〔92〕}

归咎原则的理由在于,所有权人挑选其信赖之人,便要承受由于该人不可靠而引起的风险。^{〔93〕}换言之,所有权人自愿将其物品交与他人,将承受滥用风险(Missbrauchrisiko)。因为后者获得正当化的占有地位,自然对一般交易意味着某种特定的危险来源。^{〔94〕}尤其当所有权人与动产受托人订立租赁、仓储、融资租赁、所有权保留买卖等合同时,由于所有物将在相当长的时期内完全听任合同相对人控制,所有权人在订立合同时更需要谨慎对待,以免其受托人辜负信任。

从经济分析的角度来看,所有权人是最廉价的危险防范者。因为他通常能比受让人更好地检验其托付物品的占有人的信赖程度。所有权人通过对当前占有人的仔细检查,才能更早地控制危险来源。而且,他在必要时甚至能要求提供担保而获得保障。相反,善意取得的受让人则为了把握有利的买卖条件,经常要迅速地完成任务,对危险来源的控制能力相对较弱。因此,所有权人能以更小的成本避免不该发生的风险。^{〔95〕}

滥用风险的分配还与其他因素关联。法律之所以区分自愿丧失与非自愿丧失占有,在于归咎要求保证了丧失所有权的原所有人对受托人享有补偿请求权。这一请求权或是要求受托人转让物品对价的不当得利请求权,也可能是由于侵权行为所发生的损害赔偿请求权(《物权法》第107条第2句)。以上的区分还体现了实体正义的理念。如果转让物是非自愿丧失,所有权人很难向无处寻觅、几乎无支付能力的盗贼寻求补偿。而在转让物为托付物品的场合,所有权人完全可以让受托人承担相应责任。^{〔96〕}

归咎原则所引起的风险分配,要求所有人放弃占有必须基于其自己的意思。虽然占有放弃的意思作为纯事实的意思,不具有法律行为的性质,但也要求行为人具有丧失占有的自然理解能力。所以,无行为能力人的占有丧失几乎被一致认为构成占有脱离。针对限制行为能力人所实施的放弃占有,各种观点存在分歧。较为折中的观点主张,无论是无行为能力,还是限

〔91〕 Füller (Fn. 2), S. 324.

〔92〕 归咎原则的依据究竟是惹起原则(Veranlassungsprinzip),还是风险原则,学界存有争议。参见纪海龙,见前注〔5〕,页708—710。

〔93〕 Karner (Fn. 33), S. 244.

〔94〕 Westermann/Gursky, Sachenrecht, 1990, S. 370 f; Karner (Fn. 33), S. 245—246.

〔95〕 Adams, Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte, 1980, 188 f.

〔96〕 Karner (Fn. 33), S. 248—249.

制行为能力人,都应根据其丧失占有时的自然意思能力来具体判断。^[97]

由于占有放弃是事实行为,若占有人因错误而放弃占有,也构成自愿的占有放弃。^[98] 所有人选择受托人错误,亦同。^[99] 因为他本来就要为是否选择可靠的受托人承担风险。所有权人被欺诈而托付所有物于第三人,通常被作为自愿的占有丧失对待,^[100]不能排除第三人善意取得。其理由在于,托付他人物品中具有决定意义的是自由评估风险的可能性。如果所有权人将其物品托付于他人,当其正确估计相关的其他抽象风险时,不应区分受托人是否在交付物品欺诈所有权人,还是该人在托付之后有不忠实的行为。^[101]

瑞士最高法院曾在某托付物错误的案件中适用善意取得。该案的所有权人不知其仓库藏有金币,负责搬迁和重新安置仓库的承揽人发现隐藏其中的金币,并将其转让于第三人。^[102] 这一判决在学界遭到激烈批评,因为所有权人不知道存在的东西,不能被视为托付给第三人。另一方面,只要所有人能(抽象地)估计到仓库内藏有东西,即便不知道具体为何物,也应被解释为将该物托付他人。^[103] 有观点认为,金币的权利外观已经发生,只是外观的可归咎性存有疑问。这里的判断标准应是当事人的利益状况。金币的所有权人仅具有让第三人替换仓库的利益,并无移转金币占有的利益。因此,托付金币必须根据托付人有意识的行为所发生。只有当引起风险的行为人意识到风险或应当意识到风险时,作为归咎要求的风险原则才能发生效力。^[104]

占有丧失若在胁迫情况下发生,则必须有所区分。^[105] 一般的胁迫仅使得占有人心生恐惧,但其仍有决定自由,是否因遭受不利益而愿意放弃占有。但若占有人在如此重大且不可承受的威胁下作出放弃占有的意思(无法抵抗的暴力或心理上的暴力),则会构成非自愿地放弃占有。^[106] 例如,出卖人甲与买受人乙就买卖甲的动产订立合同,约定五日后交付。仅过三日,乙便持刀威胁甲,如不交付该动产,就将后者杀害。甲只得将动产交付于乙。此时,出让人的放弃系基于无法抵抗的暴力所致,并非其基于自愿而放弃占有。该行为虽在外部表现为基于出让人意志而完成,其实质则与歹徒抢夺财物无异。

当然,归咎原则在善意取得中发挥的作用,在很大程度上取决于权利外观的强弱。当权利外观足够强时,所有权人是否可归咎地失去占有,所有权人与受让人对标的物是否处于“相同接近”的位置,都无须考虑。例如,由于国家机关实施的不动产登记及其程序中详细的法定规

[97] Staudinger/Wiegand, 15. Aufl., 2004, § 935 Rn. 9.

[98] Staudinger/Wiegand, a.a.O., § 935 Rn. 11.

[99] Staudinger/Wiegand (Fn. 97), § 935 Rn. 11.

[100] Staudinger/Wiegand (Fn. 97), § 935 Rn. 11; Karner (Fn.33), S. 259.

[101] Karner (Fn. 33), S. 260.

[102] Karner (Fn. 33), S. 259.

[103] Rusch (Fn. 44), S. 237; Karner (Fn. 33), S. 259.

[104] Rusch (Fn. 44), S. 237—238.

[105] Staudinger/Wiegand (Fn. 97), § 935 Rn. 11.

[106] BGHZ 4, 10, 33 ff.

则,不动产登记簿享有高度的信赖(公信力)。即便发生错误,权利人也可通过更正登记来请求恢复真实的权利状态。而且,基于法律行为的物权变动非经登记不得发生物权变动效力,更是促使所有权移转的当事人办理登记,客观上使得登记簿的记载与真实权利尽可能地一致。只有当受让人明知登记不实或有异议登记载入登记簿时,权利外观才被动摇,由此登记簿的公信力才得以消解。

根据权利外观学说,不动产登记簿的公信力可以被归入“纯权利外观原则”,不以归咎原则为前提。^[107] 具体言之,只要存在不动产登记簿这一权利外观要件,而无须考虑这一外观的发生是否归咎于真实的权利人。登记簿的登记错误并不一定与原权利人的行为有关,不论该错误是否由原权利人的行为所引起,皆不影响善意受让人受到保护。这一登记错误作为权利外观,其形成既不考虑原权利人的意思,也不考虑原权利人的行为与权利外观形成之间的关系。^[108] 例如,由于出卖人(所有权人)欺诈买受人,导致买卖合同无效,权利外观发生系自己引起。再如,由于登记机关登记时发生的错误使得名义权利人与真实权利人不一致,错误记载的外观与所有权人无关。

当权利外观要件强于占有、弱于不动产登记簿时,如受让人通过拍卖或向具有经营资格的经营者购得转让物(《物权法》第106条),归咎原则会根据立法目的加以放弃或限制。此时,立法者不考虑它们究竟是否基于所有人意思而托付出让人(《德国民法典》第935条第2款、《奥地利民法典》第367条第1句第1小项),或是从公开市场或出售同种货物的商人处取得占有脱离物。在面对汇票、支票以及商人的指示证券时,立法者不仅要求受让人占有这些有价证券作为权利外观的基础,而且还需要以上证券背书保持连续性。

立法者在转换这些构想时也可能有限制地保留归咎原则。例如,在善意受让人由公开拍卖或由商人或在市场获得转让物时,虽然瑞士法原则上坚持五年的追及期限,却规定了一个特别的解决路径:所有人只有向受让人补偿其为获得转让物所支付的价款时才能要求返还(《瑞士民法典》第934条第2款)。^[109] 我国台湾地区“民法典”第949、950条、《物权法》第107条也采取了类似规则:受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得该遗失物,所有人必须在一定期限向善意受让人要求返还且支付对价。只是追及期限被缩短为自知道或者应当知道受让人之日起二年内,而不是一个自客观时间点起算的期限。

以上情况均存在着更高的交易需求,以便公开拍卖在经济上尽可能迅捷顺畅地进行,或为促进有价证券的流通与交易。越高的交易需求与更强的权利外观要件在很大程度上使得优待善意第三人得到合理化。对于权利外观的更高要求往往伴随着其他更少的善意取得的要求。^[110] 由此,归咎要求与交易保护、信赖保护之间存在着明显的互相依赖关系,^[111]它是来源

[107] Canaris (Fn. 58), S. 471; Rusch (Fn. 44), S. 190.

[108] 鲁春雅:“论不动产登记簿公信力和不动产善意取得制度的区分”,《当代法学》2012年第1期,页116。

[109] Vgl. Karner (Fn. 33), S. 278 f.

[110] Karner (Fn. 33), S. 278.

[111] Karner (Fn. 33), S. 232.

于交易利益与信赖需求的分层程度。当立法者仅考虑交易安全这一方面时,归咎要求和所有人的维持利益被完全忽视,因为此时存在着较强的权利外观或者较高的交易保护需求。

(四)主观信赖与善意的考量因素

善意的价值判断功能在于,决定受让人信赖占有权利外观是否值得保护。如果按照客观情况,根据日常的交易经验、生活常识等,一般人都可以认定让与人无处分权,而受让人未就此作出判断,则他并非善意。^{〔112〕}只有在受让人善意的前提之下,才能以原所有权人失去所有权为代价而允许善意取得。如果善意被看作是动产善意取得的核心要件,那么与其说善意是权利取得的前提之一,不如说将受让人非善意(恶意)视为权利取得的障碍。这一要件背后隐藏的是所有权维护与交易安全之间的冲突,而受让人的善意恰恰体现为两者之间的利益衡量。^{〔113〕}

由于《物权法》第106条并未界定善意,受让人不知转让人无处分权,还是受让人就不知情没有重大过失才能满足善意,尚无立法依据。而且,有些信赖保护要求善意必须满足受让人不知情且无轻过失。例如,表见代理要求相对人主观为善意且无过失,即相对人不知无权代理人无代理权,而且相对人不知情不能归咎于他的疏忽或懈怠。^{〔114〕}因为代理人与作为法律行为名义载体的被代理人并非同一人,在法律行为的实施与效果归属之间多出一个代理权环节,由此平添一份风险,应该引起相对人的警觉。如果他遗漏了一个勤谨、理性的人本来可以发现并予以核实的疑点,就不构成善意。^{〔115〕}而就善意取得而言,动产占有或占有移转与代理权证书相比具有更强的权利外观,只要受让人未对显而易见的疑点视而不见,即没有重大过失。换言之,善意取得可以容忍受让人的一般过失,仅在他具有重大过失时才否认善意取得。法释〔2016〕5号第15条对动产受让人的善意细化为“不知转让人无处分权,且无重大过失”,符合传统学说与国外立法例,能够平衡交易安全保护与所有权维护。

受让人善意的内涵是其基于信赖出让人的所有权或处分权,而与后者实施交易。因此,主观信赖与处分行为之间存在因果关联。受让人的明知在构成要件中系属当然,但相对人若要证明受让人明知出让人无处分权较为困难,真正可以发挥平衡功能的却是无重大过失之要件。^{〔116〕}如果受让人欠缺一般人的注意义务,即只要行为人稍加注意即可避免出现认识错误或者发生损害,而其没有尽到注意义务时,就构成重大过失。^{〔117〕}因此,重大过失也是针对受让人对于出让人处分权的认知状态。

尽管重大过失是行为人的主观心理状态,但它必须通过行为外化而表现出来,因此需要根据相对客观的理性人标准来加以判断。但善意毕竟属于主观认知状态,有时应以当事人的具体认

〔112〕 谢在全,见前注〔81〕,页280。

〔113〕 Karner (Fn. 33), S. 388.

〔114〕 杨代雄:“表见代理的特别构成要件”,《法学》2013年第2期,页65—66;马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2010年版,页238;崔建远等:《民法总论》,清华大学出版社2010年版,页116。《民商事合同案件指导意见》第13条也指出,相对人须在主观上善意且无过失地相信行为人无代理权。

〔115〕 杨代雄,同上注,页65—66。

〔116〕 叶金强:“论善意取得构成中的善意且无重大过失要件”,《法律科学》2004年第5期,页83。

〔117〕 鲍尔等,见前注〔42〕,页413。

知作为依据。如果受让人以前曾与转让人进行过系列交易或与转让人非常熟悉,就表明其知道或应当知道转让人对交易的财产不具有处分权,因此在转让时不能认为其有善意。^{〔118〕}例如,合伙合同的一方当事人向另一方转让合伙所用的挖掘机时,受让人明知其与出让人签订的协议中所指的挖掘机按揭款为按揭租金,他就应当知道转让的挖掘机是出让人融资租赁而非购买,由此不构成善意。^{〔119〕}再如,如果受让人是专业机构,如从事专业抵押贷款业务的金融机构,则在交易中具有获取信息的优势地位,应课以比一般民事主体更严格的善意评价标准。因此,受让人应当遵守合理的商业准则和管理规范,并履行审慎经营义务,而不能仅依据现场勘查的表象,以动产占有为权属公示的唯一依据来确定该抵押物的权属。^{〔120〕}当受让人为商人时,《美国统一商法典》(第2—403(1)条)就要求他诚实并合理地遵守公平交易的贸易商业标准,前提就是遵守商业交易的通常习惯。这也是出于相同的考虑,对专业人士施加更高的注意义务。

法释〔2016〕5号第17条要求考虑交易的对象、场所或者时机等是否符合交易习惯。所谓交易习惯,是指人们在交易行为地或者某一领域、某一行业通常采用,并为交易对方订立合同时知道或者应当知道的做法,或者当事人双方经常使用的习惯做法。^{〔121〕}其实学界早有相似的观点。受让人不能仅仅凭借占有的事实当然地相信处分人具有处分权,在判断受让人是否具有信赖利益时,还必须考虑其他一系列因素,比如价格的高低、交易的具体环境、交易的场所等。^{〔122〕}还有观点指出,重大过失有无的判断,需要结合个案中第三人拥有的信息来考虑,如交易场所、有关处分人、标的物、市场信息等有关交易背景信息。^{〔123〕}

法官在审判中考虑受让人能否善意取得物权,不会仅考虑出让人是否占有动产,而是要根据交易标的物的性质、价格等,综合考虑受让人的主观善意。^{〔124〕}有的判决认为,“由于占有的公信力低于登记,因此动产善意取得中善意判断标准较不动产善意取得要高,动产善意取得中第三人不能仅凭占有的事实,绝对相信占有人享有处分权,因此判断第三人的善意时,更多需

〔118〕 王利明:“善意取得制度的构成——以我国物权法草案第111条为分析对象”,《中国法学》2006年第4期,页83。

〔119〕 徐某某诉浙江某某机械有限公司物权保护纠纷案,(2013)杭余良民初字第63号,(法宝引证码:CLI.C.1346183)。

〔120〕 “《动产抵押登记办法》的附件《动产抵押登记须知》第二条规定:申请人应当保证其所提供的材料及信息真实有效……。作为金融机构的第三人对上述规定应当是明知的,却未尽到审查义务。工商部门按被告和第三人陈述、申报的权属进行的抵押权登记属于未进行实质性审查的备案登记,难以作为证明第三人善意取得抵押权的有效证据。……2008年《中国建设银行股份有限公司授信业务押品管理办法(试行)》是第三人办理抵押贷款业务基本操作规范,该管理办法中多次强调必须查明抵押品的权属,不得超过规定的40%的抵押率。本案第三人在办理抵押贷款时,没有严格履行审查抵押品权属义务,按94%的抵押率贷款给被告,明显超出了其总行的规定,应属没有严格遵守该操作规范,难以表现其善意。”河南省泰重起重机械有限公司诉江苏翔晟钢材市场管理有限公司买卖合同纠纷案,(2013)金商初字第0498号。

〔121〕 杜万华主编,见前注〔73〕,页405。

〔122〕 王利明,见前注〔118〕,页82。

〔123〕 叶金强,见前注〔116〕,页84。

〔124〕 柳某某与乌鲁木齐市某某汽车运输公司返还原物纠纷上诉案,(2013)乌中民一终字第531号,(法宝引证码:CLI.C.1442367)。

结合其他因素。”^{〔125〕}法释〔2016〕5 号第 17 条所列举的三个因素远远不能囊括交易中应被考虑的具体情况。它们并非是封闭的法定构成要件,更多地只是发挥示范作用。以上因素往往不能单独发挥作用,而是要和其他因素(包括未列举的因素)共同推断受让人的善意。诚如上文所言,以上所列举的一系列标准,并非彻底否定占有的权利外观作用与扩大客观的外观要件,而只是判断受让人善意的辅助因素。

例如,交易场所也是判断受让人重大过失的重要因素之一。尤其在二手机动车交易中,如果存在一些引起正常人怀疑的因素,法院通常会对不在二手机动车交易市场的受让人施加更高的注意义务,如果受让人未尽到该义务,很有可能无法满足善意的主观要件。《二手车流通管理办法》第 6 条第 2 句规定:“二手车直接交易应当在二手车交易市场进行。”该法第 15 条第 1 款规定:“二手车交易市场经营者和二手车经营主体应当确认卖方的身份证明,车辆的号牌、《机动车登记证书》、《机动车行驶证》,有效的机动车安全技术检验合格标志、车辆保险单、缴纳税费凭证等。”如果受让人没有按照该法规定的方式进行二手车交易,且在车辆转让时已明知车辆行驶登记证所登记的车主并非让与人,那么他就被课以较高的注意义务。在此情况下,受让人没有进一步查明涉案车辆的来源,甚至连让与人的身份情况也一概不知,即在明知让与人不具有涉案车辆处分权的情况下进行了交易,显然不应受到善意取得的保护。^{〔126〕}

合理的交易价格也是我国《物权法》第 106 条的动产善意取得的要件之一。这主要考虑到受让人只有在交易行为中付出对价,才能根据双方相对正当性原则以原所有权人丧失所有权为受让人获得所有权提供正当化依据。DCFR 第Ⅷ—3:101 第 1 款第 C 项也明确地将受让人有偿取得作为善意取得的前提,而没有如《德国民法典》第 816 条那样对无偿交易行为受让人主张不当得利返还。更为重要的是,交易价格合理也是受让人是否善意的重要判断因素,甚至是法院首先考虑的第一要素。法释〔2009〕5 号第 19 条关于“明显不合理的价格”认定则有相对明确标准,转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价百分之七十的,一般可以视为明显不合理的低价。司法实践中由于转让价格低于百分之七十,受让人善意被否定的并不少见。^{〔127〕}但若交易物为特定动产,如书面作品等,则转让时交易地市场价格可能无法形成或者不具有确定性,单纯套用以上公式可能过于机械,^{〔128〕}需要考虑交易标的物的性质、数量、付款方式、交易习惯、转让人身份等辅助因素(法释〔2016〕5 号第 19 条),才能综合认定。

若交易的某些因素不符合交易习惯或者存在其他怀疑因素,受让人有理由怀疑出让人的权利来源时,其必须尽到必要的调查义务,方能符合善意的要求。正因为如此,学说和判例才逐渐在特定情形下(如受让人发生怀疑时)要求受让人应尽到必要的调查义务,以期通过提高

〔125〕 河南省泰起重机械有限公司诉江苏翔晟钢材市场管理有限公司买卖合同纠纷案,(2013)金商初字第 0498 号。

〔126〕 刘志兵诉卢志成财产权属纠纷案,《最高人民法院公报》2008 年第 2 期(总第 136 期)。

〔127〕 安丘市锦程物流有限公司与张学德、张卫涛返还原物纠纷二审民事判决书,(2014)潍商终字第 506 号;玉溪正洪经贸有限公司、赵琪与徐玲霞委托合同纠纷案二审民事判决书,(2014)玉中民二终字第 1 号;张洪新与刘宏杰执行异议二审民事判决书,(2015)白山民一终字第 144 号。

〔128〕 杜万华主编,见前注〔73〕,页 444—445。

受让人善意的标准,弥补占有弱化的权利外观作用。受让人只有满足这一要求,才能免于重大过失而符合善意的要求。由此,才能在所有权人的维持利益与受让人的信赖保护之间找到一个平衡点。

四、结 语

由于现行学说过于扩大占有公信力的作用,使其面临诘难而难以自圆其说。但若由此放弃占有作为权利外观要件,实为因噎废食之举。鉴于权利外观的强度存有很大差异,动产善意取得的理论建构也应予以调整。权利外观学说在善意取得中通常包括三个要件:作为信赖要件的权利外观、权利外观的归咎与受让人的主观信赖。^[129]一元化的权利外观思想应予放弃,占有与占有移转都应作为权利外观受到同等对待。对于权利外观的更高要求往往伴随着其他更少的善意取得要求,所以归咎要求与交易保护、信赖保护之间存在着明显的互相依赖关系。同时,根据双方相当正当性原则,善意取得需要考虑受让人为何能以所有权人丧失原物所有权的代价获得所有权。只有当受让人比所有权人获得更强的占有地位时,善意取得才可能发生。

法释〔2016〕5号的颁布体现了实务部门对现实问题的积极回应,但司法实践能否根据理论学说体系化地解决问题,才是形成学说与实务良性互动的关键因素。在我国立法相对简化的现实背景下,在多种文义解释均可适用的前提之下,如何将法教义学与现行立法、司法实践结合起来,解释动产善意取得的各个构成要件,才是当前研究的重要任务之一。

Abstract: Due to the reliability and publicity, possession has considerable disadvantages. Therefore, the doctrine of public reliance, as a theoretical basis for Bona Fide acquisition, has been widely criticized. Various theories tried to propose new solutions, but none of them has succeeded. In view of the difference of the strength of *Rechtsschein*, a unified *Rechtsschein* has to be abandoned. Possession and transfer of possession should be treated equally as the *Rechtsschein*. In account of the two-sided justification, it is valuable to maintain ideological ownership. Only when the transferee has more possession than the owner, his Bona Fide Acquisition can be justified. In addition, the transferee must be attributed to obtain the transfer of movable property possession, as well as the assignee of the subjective elements of Bona Fide are necessary elements to achieve the maintenance of ownership, which also form the theoretical basis of doctrine of *Rechtsschein*.

Key Words: Bona Fide Acquisition; *Rechtsschein*; Public Reliance; Possession Transfer

(责任编辑:许德风)

^[129] *Rusch* (Fn. 44), S. 218.