中外法学 Peking University Law Journal
Vol. 35, No. 6(2023)pp. 181－198

登记对抗主义废止论

以物权变动模式二元并置的内在矛盾为中心

张凇纶*

摘　要　公示(登记)对抗主义与公示生效主义,两种模式并存于同一法律体系,是不合理的立法举措。原因在于,在立法论的角度,为不同物权变动模式提出匹配标准相当困难;在解释论的层面,又存在难以解决的制度困境与逻辑冲突,动产抵押制度以及《民法典》第414条集中凸显了这一困境。单论这两种物权变动模式,二者可谓难分高下,各有优劣;但若将我国登记制度以及登记机构的管理成本纳入考量,那么放弃登记对抗主义堪称最优选择。我国应当考虑借助解释论来实现登记对抗主义的废除。采用分类处理的方法,机动车等特殊动产的登记应被解释为行政管理措施,动产的登记则不被解释为登记对抗主义,而被解释为动产交付的例外保障机制;不动产一旦登记,则此后权利之流转均应扩张适用《民法典》第385条采登记生效;而未登记之不动产,则通过排除第577条和第154条之失权后果作为反面激励。

关键词　登记对抗主义　登记生效主义　民法典　登记机构　解释论

一、引论:“多研究些问题,少谈些主义”

关于公示(登记)生效主义与公示对抗主义,学界的讨论颇多且立场鲜明,一方的支持者往往是另一方的批评者。但这些批评大多固执于某些预设,难免因“党同伐异”而错谬颇多。譬

* 广东外语外贸大学土地法制研究院副教授。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/

如,公示(登记)生效主义的支持者往往批评对抗主义不利于交易安全。[1] 但生效主义维护的也仅仅是特定"交易"的安全:特别是在三方法律结构中——即原权利人、(无权)处分人与善意或恶意的第三人——登记生效主义的实质是以强制公示为标准而在几项交易中的取舍:保护了某一方(如善意第三人)的交易安全,自然意味着另一方(如原权利人)的交易不太安全。可见这里的"交易安全"明显是立法者与法院单边认定的安全,背后的深层逻辑是不太相信市场主体(包括买方与卖方)会自行评估风险并选择应对策略,[2]而是更强调公权力及其提供的登记簿的作用,甚至有时会喧宾夺主,比如,房屋所有权移转登记(甚至动产的交付)会被认定在合同中具有优先效果;[3]再如,是否登记于产权证,也成了法院在判断某些物究竟是独立物还是附属物的重要标准,[4]这难免有形式主义之嫌,为此学者创造了法律物权与事实物权的区分,并指出二者均应受到保护。[5] 可见登记生效主义并非完美无缺。反过来,有学者坚持登记对抗主义更有助于促进交易效率,[6]但对抗主义无疑会增加(对第三人的)调查成本,[7]而且在交易链中可能存在链条缺失等风险,因此采用登记对抗主义的国家,往往还要设计其他制度作为补充。[8] 可见登记对抗主义亦有不足之处。

---

〔1〕 较早文献中的论述,如"未经公示就可以发生物权变动,仅仅依靠对抗效力根本不足以充分维护第三人的利益和建立安全的交易秩序",参见于海涌:"法国不动产登记对抗主义中的利益平衡——兼论我国物权立法中不动产物权变动模式之选择",《法学》2006年第2期,第69页;较晚近的文献,如"对于交易安全而言,这种不稳定的物权归属几乎不可忍受",参见庄加园:"登记对抗主义的反思与改造:《物权法》第24条解析",《中国法学》2018年第1期,第216页;"危害交易安全,损及不特定第三人的利益,导致社会成本过高",参见纪海龙:"民法典动产与权利担保制度的体系展开",《法学家》2021年第1期,第42页。

〔2〕 具体而言,即不相信市场价格能自发调节权利人与相对人对不同公示手段的选择。参见张淞纶:"关于'交易安全理论':批判、反思与扬弃",《法学评论》2014年第10期,第105—107页。

〔3〕 前者如《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见》第13条;后者如最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2020〕17号)第6条。这些条文本身并无问题,但其措辞均指向合同履行(如"确定履行合同的买受人"、"均要求实际履行合同的"),意味着将公示的完成作为合同履行中最优先的步骤,表现了典型的登记生效主义逻辑。

〔4〕 比如刘光辉、张继明等物权保护纠纷案,福建省厦门市中级人民法院民事判决书,(2021)闽02民终4338号;武晟、徐顺江等房屋买卖合同纠纷案,江苏省连云港市中级人民法院民事判决书,(2021)苏07民终3384号。

〔5〕 参见孙宪忠、常鹏翱:"论法律物权和事实物权的区分",《法学研究》2001年第5期,第94页;马一德:"借名买房之法律适用",《法学家》2014年第6期,第146页。

〔6〕 比如崔拴林:"准不动产物权变动登记对抗规则的法理与适用——兼释《民法典》第225条",《法学家》2021年第2期,第103页。

〔7〕 正如学者指出,允许未登记的抵押权优先于一般债权人,这无疑使第三人处于非常危险的境地。参见申惠文:"从'第三人'到'善意第三人'——解读我国《物权法》动产抵押未登记的效力",《广西社会科学》2008年第8期,第125—128页。

〔8〕 契据登记制加剧了这一困境,如在奉行登记对抗主义的美国财产法中,同样会出现但却难以查到或者根本查不到的情况,如游弋的契据(wild deed)。See Malloy and Smith, *Real Estate Transactions, Problems, Cases, and Materials*, New York: Aspen Law & Business, 1998, p. 437; 高富平、吴一鸣:《英美不动产法:兼与大陆法比较》,清华大学出版社2007年版,第624页。因此法国会设计诸如相对效力原则来弥补这一风险,参见于海涌:《法国不动产担保物权研究》,法律出版社2006年版,第280页。意大利法为了保证连续性亦有各种制度设计(包括公证机构、注明以及民法典对登记延续性的要求),不过非设权性的不动产登记仍然存在交易风险,参见陈晓敏:"意大利不动产登记制度研究",《苏州大学学报(法学版)》2014年第4期,第48—50页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

我们应当看到,公示对抗主义与公示生效主义都有完整的制度逻辑和具体规范。以对交易的作用来褒贬任一物权变动模式,明显是走错了“片场”,不得要领。加上登记生效主义与登记对抗主义都是舶来品,德法美日的比较法也不过是一国之经验,将其用作证成(或抨击)他国某种物权变动模式的证据,无异于“关公战秦琼”。以发达国家(或地区)而论,采登记对抗主义者(如法国、意大利以及美国大多数州)与采登记生效主义者(德国、英国等)各走一路,除了在法学家的概念天国中,并没有证据证明这些国家的交易秩序有高下之别。〔9〕两种“主义”各有利弊,立法在继受时做出任何选择,都难谓错谬,无伤大雅。

或许正因如此,我国民事立法将二者“一并拿来”:一般的物权变动采用公示(登记)生效主义(《民法典》第209、224条),特殊的物权变动采用公示(登记)对抗主义——如特殊动产的所有权(《民法典》第225条)、土地承包经营权(《民法典》第333条)和土地经营权(《民法典》第341条)、地役权(《民法典》第374条)以及动产抵押(《民法典》第403条等),从《物权法》到《民法典》,一直如是。借用胡适的名言,少谈些主义,多研究些问题:这里的关键并不在于这两种“主义”本身,因为二者本来就各有优劣;而是在于将两种“主义”并置于同一法律的做法是否合理?体系上是否妥当?是否有待修正?对于这些问题,似乎少有学者考虑;但这才是中国的物权法必须面对、并亟待解决的重大问题。

二、两种主义的匹配标准:难以解决的困境

如果承认两种主义的并置,第一个问题便是根据何种标准来为不同的权利匹配不同的物权变动模式。关于这一点,龙俊的建议堪称细致,他认为我国法背景下的登记对抗理论构造应当满足如下四个方面的要求:体现意思自治原则;符合登记制度尚不完善的我国国情;有利于加速财产流转;对交易安全的保护可适当放松。〔10〕类似的见解亦可见于其他学者。〔11〕这反映了一种非常奇特的认识,即中国作为发展中国家,市场经济与登记机制的不发达成了采取和配置登记对抗主义的理由。但是,市场经济发达的国家贯行登记对抗主义并不少见,为什么到了中国,发展较差却成了采纳登记对抗主义的理由?更重要的是,这里的深层逻辑是将登记对抗主义视为一种权宜之计,是一旦成熟(登记制度完善、登记习惯形成且登记成本降低)就应当予以放弃的立法举措。那么这究竟要待到何时?《民法典》都已经颁行,但登记对抗主义和生效主义的并置却仍屹立不倒。反过来讲,登记对抗主义实行多年,到了“登记制度已经完善、登

〔9〕 所以有学者甚至认为不同的物权变动问题其实意义甚微。参见(意)蒙那代里:“关于中国民法典编纂问题的提问与回答:以民法典的结构体例为中心”,薛军译,《中外法学》2004年第6期,第663—665页。

〔10〕 参见龙俊:《民法中的意思自治与信赖保护》,中国政法大学出版社2016年版,第19页。

〔11〕 譬如学者指出,中国采取登记对抗的领域总体上有两类,第一是登记制度不完善、登记习惯未形成、登记成本较高的领域;第二是交易安全不是太突出的领域(特殊动产例外)。参见郭志京:“也论中国物权法上的登记对抗主义”,《比较法研究》2014年第3期,第110页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

记习惯已经形成”的那一天,就不怕积重难返吗?〔12〕

更进一步讲,龙俊提出的几项标准实际是相互矛盾的:如果放松保护交易安全,那么很可能就不会加速财产流转,因为(边际上的)当事人会因更担忧安全而放弃交易;而加速了财产流转,很可能会促使政府完善登记制度;但政府完善登记制度本质上又是在干涉当事人的意思自治。不难看出,这四项要求的内部冲突,根源在于其忽视了政府、市场以及具体当事人对给定规范的能动反应与自主进化。须知当事人并不是只知遵循给定规则行事的静态虚拟人像,而是会根据法律规定而有所反馈的动态市场主体。

龙俊并未重视这一点,而是进一步给出了三个“定理”:登记对抗主义更适用于登记制度不完善、交易不频繁或受限制以及熟人社会之中;反之则应当采取登记生效主义。〔13〕这三项标准看似为“并置”提供了一个具体标准,但实则因片面关注了静态、忽视了动态演进而弱点颇大:所谓“登记制度不完善、交易不频繁或受限制以及熟人社会”,都不会是长期不变的固定状态,而现代的市场交易更会加速推动这些状态发生变化,因为在社会不断变化发展的背景下,交易中的当事人会不断学习而不断进化。这样一来,变量就会过于复杂而导致量化分析难以操作。〔14〕更进一步讲,即便承认这三个定理每一个都能成立,但综合起来难免颇有疑惑:譬如在登记制度不完善的陌生人社会中,偏又是交易频繁型物权,应如何设置物权变动模式?龙俊的论证完全忽视了这个问题,因其习惯于用一项变量来证成某种物权变动模式,但这种辩护恰恰是难以成立的。

考诸比较法,将二者并置的做法确有先例,如法国因普法战争中被割让的阿尔萨斯和洛林,因30余年的德国(普鲁士)管理,一度成为了一个法律特区,在法国登记对抗主义的传统之外,也采用了(德国式的)类似登记生效主义的做法。〔15〕但中国明显没有类似的实际需求;而且法国的并置是属地性的,但我国的做法则是以客体为标准。这样一来,我国适用登记对抗主义的权利同时囊括了部分动产与不动产,而且同时适用于交易不发达的权利(如农村土地)与交易非常发达的权利(如特殊动产、动产抵押),难免自相矛盾而且纷繁复杂。

毋庸讳言,不同物权因具体客体之性质不同,正态分布上的权利人(即排除对风险敏感异常者)对交易安全的需求是不一样的。譬如,物(权)的价格对登记手段的选择就会有直接影响:价格越高,边际上的当事人对风险就越敏感,当事人会更有激励选择更稳妥的交易模式(也

〔12〕 这并非没有先例,如美国曾有州试图改变传统的地契登记(类似登记对抗主义),改用英国的托伦斯式的登记,但彻底变革意味着不仅要花费大量人力物力制作新的登记簿册,培训相关人员,还要应对与契据登记配套的诸多产业(如产权保险公司、产权摘要公司以及律师等)的极大抵制,成本过高,最终未能成行。参见(美)杜克米尼尔、(美)克里尔:《财产法》(第5版),中信出版社2003年影印版,第728—729页。

〔13〕 参见龙俊,见前注〔10〕,第31—32页。

〔14〕 譬如龙俊设定了一个参数,即“调查的难度系数”,这一点落在现实中,每一项物权的计算都会异常困难,也就难以给出充分的量化结果。事实上,诸如熟人社会的说法,本来就难以确证(要“熟”或“陌生”到何种地步才能算作熟人社会?),而且在中国“东西南北中”所有的农村地区,是否都是熟人社会?龙俊也并未提供充分的证据,最后可能都归于最初的印象式认识。

〔15〕 参见于海涌,见前注〔8〕,第143—145页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

就是进行登记),登记成本、法律设定的调查成本等因素也就越无所谓(试想登记成本为1万,但物权价值1个亿的情况,还会有谁不去"登个记"呢?)。这里的经济根源在于:具体当事人对具体交易安全以及具体物权的安全策略永远具有个体性特质。龙俊看到了这一点,他认为登记对抗主义可以实现更微妙的利益平衡。[16] 但问题在于,法律永远不可能在一个完美市场中运行,设计物权变动的模式时不可能采纳过多变量,必须删繁就简。这也是民法并未根据物权的其他性质(如价格)来设计物权变动模式的经济学动因。公示(登记)生效主义的框架会同等地适用于城市房屋——无论是上千万的豪宅还是鹤岗十万一套的房屋[17]和动产——无论是上千万的世界名画还是普通水杯。原因就在于,尽管具体物权在具体交易中的具体特质都有不同,但物权变动模式是法律选择,必须考虑成本(包括法律人的学习成本)。因此,"并置"或许有助于适配中国市场经济起步阶段登记体制不够完善的现实,但今日时代已经完全变化,不动产统一登记已经全面实现,[18]《不动产登记法》也已在路上,还仅因若干权利在目前不具备大规模的交易市场(如地役权),就为其额外适配一套例外性的变动模式,无异于故步自封,作茧自缚,更会平添普通人和法律人的学习成本,这不仅不符合法律理论,同时也是无效率的。

总而言之,将登记生效主义和登记对抗主义并置,无论是立法还是学理,都没有办法提出有效的匹配标准。从这个角度讲,对"并置"最强有力的辩护,或许是教义学式的:我国《民法典》已经接纳了二者的并置,因此似乎就再无讨论的空间。但事实上,将登记生效主义与登记对抗主义置于同一法体系中,最大的弱点恰恰来自教义学层面,因为这两种模式根本无法融贯于同一套法律体系之中,必将在法律适用中引发难以弥补的法律困境,这一点在《民法典》颁行后更加突出,值得深入讨论。

三、"并置"难以克服的三项弱点

学界一般认为,登记对抗主义之下,物权变动中的非登记物权会是不完整的物权:[19]如果物权变动无对抗第三人的效力,那么物权取得人对第三人而言,无异于普通债权人。[20] 这无疑悖离了传统的(绝对性)物权概念。有学者甚至指出,登记对抗主义的本意在于解决缺乏登记的物权变动的效力,必与严格的物债二分体系发生矛盾,逻辑上不可能完全周延。只要秉

---

〔16〕 参见龙俊:"中国物权法上的登记对抗主义",《法学研究》2012年第5期,第144页。

〔17〕 黑龙江鹤岗的"白菜房价"一度成为新闻热点。参见《一年前因"白菜房价"一夜走红,鹤岗现在的房市怎么样了?》,载澎湃新闻官网,https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_8973681,最后访问日期:2023年10月11日。

〔18〕 参见《我国全面实现不动产统一登记》,载中华人民共和国中央人民政府网,https://www.gov.cn/yaowen/2023-04/25/content_5753163.htm,最后访问日期:2023年10月12日。

〔19〕 参见庄加园,见前注〔1〕,第214页。

〔20〕 参见戴永盛:"论特殊动产的物权变动与对抗(下)——兼析《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十条",《东方法学》2014年第6期,第32页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

持登记对抗的本意，在严格物债二分体制下就不可能达到解释上的圆满。[21] 另有学者指出，在传统民法的概念下，物权公示方法所应具有的“变动效力”“推定效力”和“善意保护效力”（公信力）应被统一地赋予同一个公示方法。[22] 这里的核心逻辑在于，抽象对世的物权应当配套在效力量级上同样抽象的公示方法，这无疑是以登记生效主义为蓝本；因为登记对抗主义之下物权并非绝对的抽象对世，本来就不符合这一逻辑。由此不难看出，概念的龃龉带来了难以弥合的鸿沟。正因如此，笔者将其总结为概念的弱点，也是“并置”的第一项弱点。

概念的弱点一直是学界对登记对抗主义批评的重点之一。不过，法律制度不是为了概念的逻辑自足。[23] 而且即便是不完整所有权（物权），其仍有对抗不特定人的性质，与普通的债权有本质区别。[24] 但同一概念在不同的物权变动模式中就需要做不同的解释和适用，进而导致难以澄清的混淆甚至混乱，后者集中体现在“善意”的概念上。从《物权法》到《民法典》，我国立法均采取了“未经登记，不得对抗善意第三人”的表述，这意味着“善意”要素同时适用于登记对抗主义和登记生效主义的物权变动。根据《物权编司法解释（一）》（法释〔2020〕24 号）第 14 条，此处的善意包含两个要素：一是不知转让人无处分权，二是无重大过失。不过，与登记生效主义下的公信力制度为善意提供了一个事前性的判断基础不同，[25]登记对抗主义很难通过立法来鉴别善意与恶意，在登记簿不存在公信力的情况下，与物权相关的支配与非支配的行为都有可能成为法院认定善意与否的因素，[26]与欲限制法官能动主义的教义学背道而驰。

更重要的是，登记对抗主义规则所预设的场景，本来就是当事人可借助登记而优先获得物权，即便知悉他人拥有未登记之物权亦然。因为登记在此实是作为法律拟制而赋予了第三人一项“否定权”，不存在第三人信赖登记的问题，因此特别是在不动产上“没必要也很难区分善

〔21〕 参见郭志京，见前注〔11〕，第 101 页。

〔22〕 参见戴永盛，“论特殊动产的物权变动与对抗（上）——兼析《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十条”，《东方法学》2014 年第 5 期，第 44 页。

〔23〕 参见董学立：“动产抵押制度不合理吗？——兼与方金华、林旭霞商榷”，《河南省政法管理干部学院学报》2009 年第 4 期，第 169—170 页。

〔24〕 以所有权为例，这包括第三人侵害时可以所有权人身份提起侵权之诉，加上特定优先权制度的配套，与单纯的债权并不相同。因此学者指出，这实际体现了完整所有权权能“某种形式的分割”。参见刘家安：《买卖的法律结构——以所有权移转问题为中心》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 148—150 页。

〔25〕 关于公信力之基础，学界存在信赖原则与权利表象的不同观点。参见王洪亮：“论登记公信力的相对化”，《比较法研究》2009 年第 5 期，第 31—44 页。笔者认为二者实为不同角度之判定，而且在规范上差别也并不大。

〔26〕 正如龙俊指出：“法律可以要求交易中的每一个第三人都尽到一定的调查义务，否则……就视为有过失。”参见龙俊，见前注〔10〕，第 30 页。不过，法律并不会直接要求第三人尽到调查义务，而是规定了未尽足够调查义务的第三人有可能会在司法中被认定“不够”善意，可见这里的“法律”实际上是指包含了自由裁量权的司法。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/

意恶意”。[27] 但《物权编司法解释(一)》第15条第5项明确将“知道他人已经依法享有不动产物权”作为“知道……无处分权”的情形之一,而我国确有适用登记对抗主义的不动产物权(土地承包经营权、土地经营权以及地役权)。这样一来,本条文不仅因无法适用于适用登记对抗主义的动产(如《民法典》第225条规定的特殊动产)而导致动产与不动产发生体系冲突,还等于架空了登记对抗主义中登记的制度机制。模糊的善意概念使得登记生效主义之下的无权处分规则亦得适用于登记对抗主义,但登记对抗主义的不完整物权概念之下,出卖人(特别是在先买受人未登记且价款未给付或迟延给付的情况下)将物品再次让与,是否算得上是无权处分?此时第二买受人若知晓此种情况,是否应被认为是恶意串通而诱发债法上的失权机制?[28] 在“并置”的局面下,这些问题都让人难以回答。这就是并置的第二项弱点,笔者将其称为机制上的弱点。

以上弱点皆源自两种主义的“并置”,但这还不是全部。物权变动中的问题并不会仅仅停留在物权法中,“并置”很容易使法律因叠床架屋而左右为难,一个典型范例便是土地经营权。《民法典》第341条和《农村土地承包法》第41、47条对此项权利均采登记对抗的逻辑,但“流转期限为5年以下”的土地经营权采取何种物权变动模式?按照一般理解,通过市场化方式取得的土地经营权采用了登记对抗主义,[29]那么举重以明轻,家庭方式的经营权流转的市场风险更低,自然更应适用登记对抗主义;不过从另一个角度看,首先,根据《民法典》第209条,法律未作另行规定则不动产物权一概采取登记生效主义;而最高人民法院所做的司法解释(如法释〔2020〕17号)之位阶又低于《民法典》,因而如果是5年以下的家庭承包,仍应因无另行规定而适用登记生效主义的一般规则,由此似乎又可得出经营权之变动应采登记生效主义的结论。这种制度衔接中的互相龃龉与人为复杂,令人摸不清头脑。由此看来,高圣平建议“将土地承包经营权的设定公示和土地承包经营权的物权性流转公示统一起来,一体采取登记生效主义”,[30]可谓非常明智之论。但这种解释似乎短期仍然难以成为官方的有权解释。这就是

---

〔27〕 如日本法上就奉行“善意恶意不问说”,原则上不区分第三人的善意和恶意。参见龙俊,见前注〔16〕,第140—141页。事实上,在法国、意大利以及日本,动产上未公示者所不得对抗的是善意第三人,但不动产则是不登记不得对抗一切第三人。关于这一点,参见戴永盛,见前注〔20〕,第42页;郭志京,见前注〔11〕,第102页。

〔28〕 如在法国法上,恶意第三人会被认定为故意侵犯合同关系而引发《法国民法典》1382条的侵权起诉。参见(意)布萨尼、(美)帕尔默主编:《欧洲法中的纯粹经济损失》,张小义等译,法律出版社2005年版,第269页;日本法也采取了“背信恶意者排除说”。参见龙俊,见前注〔16〕,第141页。事实上,恶意串通或悖俗等原因引发侵权损害赔偿,也是各国基本的制度认知。参见许德风:“不动产一物二卖问题研究”,《法学研究》2012年第3期,第103页。

〔29〕 根据最高人民法院《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2020〕17号)第19条第2项的规定:发包方就同一土地签订两个以上承包合同……均未依法登记的,生效在先合同的承包方取得土地经营权。

〔30〕 高圣平:“农地金融化的法律困境及出路”,《中国社会科学》2014年第8期,第163页。类似的观点,参见陈耀东、高一丹:“土地经营权的民法典表达”,《天津法学》2020年第3期,第5—13页;还有学者指出,基于入股受让主体的特殊性,土地经营权入股登记应当采用登记生效主义的生效模式。参见徐超、周骁然:“论承包地入股登记制度的困境及规范建构”,《农村经济》2020年第7期,第44页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

“并置”的第三项缺点,笔者将其称为体系上的弱点。

概念、机制和体系的三项弱点,是两种主义“并置”所带来的难以克服的教义学弱点。这些弱点在动产抵押制度上得到了最为明显的展现。考虑到对动产担保法律进行大修本是来自实践的强烈诉求,[31]这种尴尬的局面愈发令人反思“并置”的合理性。

四、“并置”困境的集大成者:动产抵押与《民法典》第414条

一般而言,担保物权的公示会随着债务人信用状况的变化而变化:信用越差,对公示的强度(对抗属性)要求就越高。此处的核心是两项针锋相对的变量:一方面,由于债务人最终往往会如约清偿,而且并不见得所有的债权人(担保权人)都会面临第三人介入的问题,因而额外的公示手段(登记)很可能会因增加了缔约成本而沦为“浪费”;另一方面,担保合同从缔结到变现往往时间较长,当事人在缔结到变现之际的信用变化未知而风险甚巨,又需要相应的保障机制。由此看来,登记生效主义坚持权利生效之时即要满足公示要求,弊端发生在担保初期(影响便利性);而登记对抗主义将担保的生效与对抗分开,以公示(登记)作为对抗效力的标准,[32]不利倾向于发生在后期(影响变现时的对抗)。从交易层面上看,在缺乏实证数据的情况下,二者似乎难分轩轾。不过,动产抵押本身就代表了缔约之时更高的信赖与风险,因此非强制公示+无公示(如登记)则不可对抗他人的做法,似乎是担保市场上的更优选择。[33] 比较法上亦是如此(美国与日本),我国的动产抵押制度也借鉴了这一做法,并将其纳入了登记对抗的逻辑。这导致不动产登记簿和动产(权利担保)的物权变动呈现了两种方式和两种效力:前者是物的编成主义配全面公示(生效主义),后者则是人的编成主义配有限公示(对抗主义)。这无疑撕裂了统一的物权变动逻辑,不仅诱发了不同方式之担保权利效力比较的问题,同时也凸显了“并置”中的诸项弱点,可谓前述困境的集大成者,颇值细究。

正如学者所言,未登记的动产抵押不能对抗善意第三人,这样一来,此“抵押权”究竟是物权还是普通债权?对此,庄加园的逻辑是回溯至物权的本质属性,即人对物的绝对支配力:只要对物具有直接支配性,权利就应当被划归物权。[34] 这无疑是一个文不对题的论证:因为此处的问题是未登记的动产抵押因欠缺足够的对抗力而“名不副实”,但庄加园只是说明了它“名”属物权而已。说未登记的担保物权因直接支配而属于物权、可适用物权的请求权(如《民法典》第236条)、物上代位性(《民法典》第390条)等规则,这些都未能解释核心问题:既然未

〔31〕 这一诉求来自中国人民银行。参见龙俊:“民法典中的动产和权利担保体系”,《法学研究》2020年第6期,第22页。

〔32〕 如在法国法的不动产抵押上,公示的目的在于保护第三人而非当事人,无公示则不得对抗第三人,但对权利的成立和生效却并无影响。参见于海涌,见前注〔8〕,第203—206页。

〔33〕 正如高圣平指出,在现代动产担保交易法制中,作为公示手段之一的登记本身并不是目的,并不是动产抵押权设定的生效要件,而仅仅只是抵押权人据以控制交易风险的工具。参见高圣平:“动产抵押登记的审查责任——基于裁判分歧的分析和展开”,《法学评论》2018年第1期,第167页。

〔34〕 参见庄加园:“动产抵押的对抗原理”,《法学研究》2018年第5期,第77、79页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

登记亦能取得物权,而物权本该具有对世性,那么为何未登记的动产抵押权的对世性效力却自始有亏,非要登记才能补足?庄加园的解释是动产抵押权对物有支配力,而一般债权人不能支配物。这太虚幻了,因为对动产非占有性质的支配,基本等于没有支配;如果不借助公权力,债权人和抵押权人都不可能直接持有担保物,而庄加园自己也承认"公法介入就不再是纯粹私法意义上的争夺"。他还说第三人为特定债权人提供动产抵押时,债务人的一般债权人无权"染指该财产"。笔者不清楚这里的"染指"是何种意义,而且一般债权人对抵押动产本来就因合同的相对性而无从介入。颇为讽刺的是,庄加园一直强调"法律概念仍为分析的出发点",[35]但登记对抗主义与物权的对世性在概念上的冲突是不可避免的:除非承认并非所有物权都具有对世性的效力(这是登记对抗主义的核心),否则这个矛盾就无法解决。这无疑源自并突出地体现着概念的弱点。

诚如前述,概念并不是法律唯一关注的重点,况且援引利益衡量作为特例也并非行不通。但由于动产抵押及其登记要遵循登记对抗主义的逻辑,因此还诱发了其他问题,如对善意的忽略。根据《民法典》第414条第2项规定:已经登记的抵押权会优先于未登记者获得受偿,无视合同约定以及当事人的善意。直接忽视善意的做法引发了学者的批评。[36] 不过官方对此不以为然。一个半官方的说明是:"没有办理抵押登记的,其他债权人一般很难知道该财产是否已经办理了抵押,所以法律给予已登记的抵押权以特别的保护。"[37]这是一个不太讲逻辑的理由:如果说其他债权人因不太了解其上是否存在抵押而受保护,那么此种保护应当源自不知情(也就是"善意"),这并非对进行登记之人给予特殊保护的原因。事实上,动产抵押权进行登记的制度功能之一便是推翻第三人的善意。[38] 诚然,无顾善意与否、"先登记者优先规则"是动产抵押的基本逻辑,也是国际公约(《开普敦公约》)的基本操作;而且动产和权利担保交易的发达会导致善意与恶意之区分不敷使用,故有"客观善意"之说。[39] 但这就使得善意的机制在物权法的整体逻辑中再一次被人为地区隔了:也就是说,动产抵押中的善意和物权法中的一般善意具有不同的内涵,而这种不同无疑又是源自登记对抗主义的适用,典型地印证了前述的机制弱点。

更重要的是,在两种物权变动模式并置的语境下,动产抵押问题诱发了占有与登记这两种公示手段的效力比较的问题。正因如此,《民法典》第414条的重要性就被凸显出来,甚至被称为担保效力的"帝王条款",[40]因其在原《物权法》第199条的基础上,明确了登记与不登记抵押之间的清偿顺序。但与此同时,学者又认为第414条应为特别法,优先于作为一般规定的第

〔35〕 同上注,第85—87页。

〔36〕 即此时应当考察已登记抵押权人是否为善意。参见席志国:"民法典编纂视野下的动产担保物权效力优先体系再构建——兼评《民法典各分编(草案)二审稿》第205—207条",《东方法学》2019年第5期,第51—52页。

〔37〕 黄薇主编:《中华人民共和国民法典物权编解读》,中国法制出版社2020年版,第712页。

〔38〕 参见庄加园,见前注〔34〕,第92页。

〔39〕 即仅根据是否登记来判断善意,参见庄加园,见前注〔34〕,第88页。

〔40〕 参见龙俊,见前注〔31〕,第32页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

403条。[41] 第414条是涵盖所有担保的统一规则,除了位置靠后之外,其倒是更像一般法,而第403条反而才像特别法。不过这种参差尚不是问题的全部。考诸《民法典》第414条与第403条,如果同一财产向两个以上债权人抵押的,前者规定抵押权未登记者按债权比例清偿;而后者则规定"未经登记,不得对抗善意第三人"。尽管第414条之文义是"所得的价款"之清偿顺序,但抵押权的清偿顺序其实也就是其物权排他性的重要内容之一。由此看来,如果遵循第414条,那么未登记的抵押权就都可以互相对抗(按债权比例);但如果遵循第403条,那么未登记的抵押权人就不能对抗善意的抵押权人,因此似乎成了拉伦茨(Karl Larenz)所说的"制定法漏洞"。[42] 究其原因,第414条希望坚持一个无视善意与否的硬性标准(登记),本质是登记生效主义的潜台词;但第403条则坚持了传统的登记对抗主义逻辑,冲突就在所难免。

针对这种龃龉,龙俊提出了一个辩护:他认为不动产抵押采取的是登记生效模式,所以未经登记的不动产"抵押权"是不存在的;且即便要适用不动产抵押,也可以依据物权的优先性和债权的平等性,"结果上也没有任何不合适的地方"。[43] 但这里有一个重要的疏忽:家庭方式承包的土地经营权以及土地承包经营权作为不动产(一种特殊的权利)仍是有可能抵押的,[44]但二者奉行的是登记对抗主义。这样一来,第414条就有架空土地(承包)经营权"不得对抗善意第三人"的风险,造成条文内部的冲突。[45] 在农地抵押成为摆设、土地经营权本来就难于发挥实质性的抵押功能的今日,[46]如此对待土地承包权的抵押,明显难谓公平。如果考虑到三权分置下土地经营权的流转可能进一步市场化,那么市场中边际上的后者会受迫于法律而强化公示方式,从而再一次将登记对抗主义推向了实质上的登记生效主义。[47] 不难看出,这集中地暴露了前述的体系上的弱点。

论述至此,"并置"的困境似乎已经非常明显,但应如何解决这一问题?现有的讨论似乎又陷入了死结:在交易的层面上,两种"主义"都各有利弊,可谓不分胜败;但"并置"的实体法困境

---

〔41〕 参见高圣平:"民法典动产担保权优先顺位规则的解释论",《清华法学》2020年第3期,第97页;龙俊,见前注〔31〕,第31页。

〔42〕 (德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第439页。

〔43〕 龙俊,见前注〔31〕,第31页。类似的见解,参见王洪亮:"动产抵押登记效力规则的独立性解析",《法学》2009年第11期,第96页。

〔44〕 《农村土地承包法》第47条明确了这一点,并且明确了采取登记对抗规则。尽管《民法典》第339条并未明确写明可以抵押方式流转,而仅仅是在342条中明确了其他方式承包土地的,如果依法登记者可以抵押,但第339条中的"其他方式"不应当做排除了抵押之解释,因为这也是政策(诸如《深化农村改革的意见》)的基本态度。参见陈小君、肖楚钢:"论土地经营权的政策意蕴与立法转化",《新疆社会科学》2021年第1期,第92—93页。

〔45〕 设想农户先以农地的土地经营权设定抵押,而未经登记;随后又以农产品以及农机设定动产抵押并登记。在这种情况下,该块土地上的农产品就可能同时作为不动产抵押(孳息)与动产抵押的客体,从而存在第341条与第414条适用之疑惑。

〔46〕 具体实证数据,参见阎竣、陈传波:"推进承包地经营权融资担保的困境与对策——基于承包方、受让方、银行与担保机构的多相关利益主体调研",《农业经济问题》2020年第12期,第109—118页。

〔47〕 亦即孙宪忠所言的"自愿强制"。参见孙宪忠:"不动产登记基本范畴解析",《法学家》2014年第6期,第16页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

却又难以回避。我们应该何去何从？民法学者似乎常会忘记，物权变动模式不仅仅是私法问题，更是一个涉及到公权力之管理成本的问题；物权（特别是不动产物权）变动模式的决定因素，不应仅有私法利益之考量（但现有讨论往往停留于此〔48〕），同样应当考虑登记制度在此间的角色。分析登记制度对物权变动的参与，对我们判研物权变动模式的选择具有重要（甚至是决定性的）意义。

五、放弃登记对抗主义：将登记制度纳入考量

与占有这种纯粹的私法行为不同，〔49〕登记由公权力机构（即行政部门）加以完成，不存在观念化的可能。由于公权力介入了私法行为（交易），对不同物权变动模式的分析和抉择，就理应涵盖和考量登记机构的机制和作用。尽管就登记行为究竟是行政行为还是私法行为、相应的责任是行政责任还是私法责任等问题，学界不乏争议，〔50〕但这些争议不约而同地预设了单一物权变动模式的立法背景。少有学者考虑如下问题：尽管登记后的最终结果相同——即登记之物权均可对抗一切人（包括恶意第三人），但在不同的物权变动模式中（特别是在不动产领域），登记机构所扮演的法律地位、作用以及相应的归责是否应当等同视之？

一般认为，登记行为不是权利创设行为；登记并未赋予物权变动的效果，而是对私法行为产生物权变动效果的确认。〔51〕不过物权变动的经济动因（即民法上的“原因”）虽源自私法层面（往往是合同），但在登记生效模式下，当事人若想实现物权变动，就必须完成登记。此时说

〔48〕 前述龙俊的分析堪称典型范例：其所纳入考量的几项成本（登记成本、登记簿查阅成本、实质调查成本和潜在交易人数），也都是从登记人（私主体）方面加以展开，未曾考虑登记机关（包括行政机关）在物权变动模式中所扮演的角色。

〔49〕 有学者质疑占有作为公示的效果，并进而认为占有的推定力是程序法上的举证责任规则，并非实体法上的公示力；而且占有或交付的公信力并非善意取得的法律基础，后者的法外基础在于保护受让人的交易安全，以及保护受让人对正常物权变动的抽象信赖，而所有权人丧失所有权合适的归咎原则只能是风险原则。因此善意取得与公信力制度并非同一，应当加以区分。参见纪海龙：“解构动产公示、公信原则”，《中外法学》2014 年第 3 期，第 694—713 页。上述结论至少在如下几点上是有问题的：首先，“公示效果不确定”不应当被等同于“无法公示”，这是一个“量”的问题而非“质”的问题。作为私人性的公示手段，占有从历史到今天在经济交往中都发挥着非常重要的公示作用。反过来讲，如果说占有不能作为动产的公示效果，那就意味着动产物权将没有一项统一的公示手段；其次，占有固然具有诉讼法上的推定力（举证负担减轻），但在《德国民法典》上，登记也从来都被认为是不动产的权利推定（第 891 条）。参见（德）罗森贝克：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社 2018 年版，第 271 页。不能因其在诉讼证明效力上会产生减轻举证的作用，就径行否定其在实体法上的效力：因为这会导致公示这个概念被彻底解构掉。

〔50〕 较为完整的总结，参见吴春岐：“论我国不动产登记机构登记错误赔偿责任制度要点和机制完善——以我国不动产统一登记工作实践为研究基础和视角”，《人大法律评论》2017 年第 3 辑，第 3—34 页；尹飞：“不动产登记行为的性质及其展开——兼论民法典编纂中不动产登记制度的完善”，《清华法学》2018 年第 2 期，第 43—58 页。

〔51〕 参见王克稳：“我国不动产登记中的行政法问题”，《法学》2008 年第 1 期，第 69 页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/

登记是当事人的“自愿行为”,[52]显然颇为牵强。既然“未经登记,不发生效力”(《民法典》第209条),那么登记固然不是物权变动的原因,但却是合同履行中的必要环节和物权变动得以生效的必要行为。反观登记对抗主义,当事人则完全可以根据个人对风险的判定而选择是否登记,此时登记机构扮演着“服务性”的角色,是当事人交易的“强化选项”。要言之,登记生效主义希望在合同阶段一并解决物权的对抗问题;而登记对抗主义则是将“合同的归合同”,登记被作为另一种辅助当事人增强权利对抗性的法律机制。

既然如此,在不同的物权变动模式下,登记机构所承担的负担以及相应的职责都应当有所不同。也就是说,“并置”型的物权变动模式会使登记机构面临的规则更为复杂化,相当于人为地提升了规则的供给需求。登记生效主义意味着取得物权必须附带强制性的行政负担(必须登记),本质是提高了物权变动的难度,因此其应更加“收敛”和“简化”(如进行形式审查),否则有限制市场自由之嫌。与此相应,此时若出现登记错误,鉴于登记生效主义的强制性,赔偿应当被纳入公共预算(一般是地方财政)。但在登记对抗主义中,选择登记本来就取决于当事人对私权层面之信赖不足的经济动因,故登记机构有理由利用其他举措(如更实质性的审查)来降低风险。[53] 而在登记错误的赔偿上,登记对抗主义本身就蕴含了“按需分配”的想法,因此更类似于民事性的损害赔偿,而预算化的赔偿模式等于是对无登记需求者的额外税收。因此学界对赔偿性质之民事或行政论争,[54]真义实际是映射着二元并置的物权变动模式:登记对抗主义的“服务性”使其赔偿注定要比登记生效主义具有更强的民事属性。[55]

但在实践中,上述区分并不存在:无论是《民法典》(如第212条)还是《不动产登记暂行条例》(以及正在路上的《不动产登记法》),都未因物权变动模式的不同而设计不同的规则。如在登记审查中,有权机关明确指出:“经研究,从我国房地产登记的实际情况看,并无实质审查和形式审查的分类……”;[56]而在登记错误而引发的赔偿问题中,司法实践一直将不动产登记

〔52〕 持此论者,参见尹飞,见前注〔50〕,第50页。

〔53〕 实践中采用登记对抗主义的国家一般都设计了其他机制来弥补了此处的审查必要,如美国法上的产权保险和产权调查,其实际是通过市场手段来分担了公权力的职责和弥补风险。

〔54〕 支持为民事赔偿的学说,参见刘保玉:“不动产登记机构错误登记赔偿责任的性质与形态”,《中国法学》2012年第2期,第163页;杨立新:“论不动产错误登记损害赔偿责任的性质”,《当代法学》2010年第1期,第6—7页。另外也有实务人员认为应当是行政责任与民事责任兼有,并区分不同情形而适用按份责任与连带责任。参见陈炳杰:“不动产错误登记侵权损害赔偿的量责分析”,《人民司法(应用)》2022年第7期,第70—71页。不过在《不动产登记法(征求意见稿)》中,登记错误的赔偿从《不动产登记暂行条例》第29条的依照“物权法”变成了“按照《国家赔偿法》申请国家赔偿”(第117条),或许行政性质的国家赔偿会成有力说。

〔55〕 有学者在证成民事赔偿的结论时指出,《物权法》第21条(《民法典》第222条)应当属于同一性质,第一款的当事人赔偿肯定是民事责任,因此第2款就应当也是民事性质。参见杨立新,同上注,第6页。这是一个不成立的理由:一个条文中有多个责任类型,无论是理论还是立法中都并无错谬(如《民法典》第286条第2、3款)。而本条文第1款与第2款之差别在于,第1款用语是“……申请登记,造成他人损害”,与第2款应当结合理解:第一款是在尚未完成登记的申请阶段提供虚假材料造成他人损害,赔偿责任当然是民事责任;而第2款因登记错误而认定为无过错的公法性赔偿责任,也并无悖逆之处。

〔56〕 这一判断来自上海市人大法制委员会。参见杨寅、罗文廷:“我国城市不动产登记制度的行政法分析”,《法学评论》2008年第1期,第68页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

机构登记错误赔偿责任的性质认定为行政责任，诉讼程序则适用国家赔偿程序。[57]《国家赔偿法》第36条也只是根据财产的价值（损失）加以判定，并未提供其他机制加以参考适用。可见登记规则本身就在排斥“并置”的做法。那么，如果需要放弃，应当如何抉择？

毋庸讳言，我国一直以公示生效主义作为物权变动的主旋律（《民法典》第209、224条），公示对抗主义则是特例。[58] 大量制度和规范都坚持着登记生效主义的逻辑，甚至导致后者的理路常常被自觉或不自觉地移植到对抗主义之上：譬如在特殊动产中，存在其所有权移转究竟是“合意生效”还是“交付生效”的争议。[59] 这实质是南橘北枳：因为对抗主义的核心在于将公示形式作为物权变动[60]以及其他机能的辅助机制，和强调公示作为变动要件的公示生效主义完全不同。因此追问此处的所有权移转是交付还是合意，实际恰好体现了登记生效主义的潜意识。既然如此，与其遮遮掩掩，不如直接放弃登记对抗主义，何苦还要维持？

更进一步讲，放弃登记对抗主义，还有更重要的法技术原因。首先，诚如前述，登记对抗主义意味着为当事人降低风险提供额外“服务”，但不动产登记机构只是履行不动产登记的事业单位，其没有足够的权限和能力查清全部事实……遑论其技术和知识局限，[61]而且登记机关对重要的事实也无权判断，[62]但登记本身却又有国家对当事人权利的确定之含义。[63] 在这种局面下，要登记机构在登记对抗主义下提供额外“服务”，意义非常有限。与此相应，采登记对抗主义之国家所采用的配套措施，我国也并未有效接纳。[64] 这是放弃登记对抗主义的第

---

〔57〕 参见孟强：“论不动产登记机构登记错误的赔偿责任——兼评《不动产登记暂行条例（征求意见稿）》相关规定”，《政治与法律》2014年第12期，第22页。

〔58〕 参见庄加园，见前注〔1〕，第136页。

〔59〕 在登记对抗主义之下的所有权救济于何时移转的问题上，存在合意说与交付说。相关的总结，参见庄加园，见前注〔1〕，第207—208页；戴永盛，见前注〔22〕，第45—46页。

〔60〕 这一点同时适用于动产与不动产的物权变动，但在不动产尤为突出：因为动产的指示交付（《民法典》第227条）、占有改定（第228条）以及简易交付（第226条）与合同履行的诸多手段均可吻合，从而削弱了这一点在动产中的体现程度。

〔61〕 参见吴春岐，见前注〔50〕，第28页。

〔62〕 如高圣平指出，登记机关无权对主合同和抵押合同的效力进行判断。参见高圣平：“登记对抗主义之下的动产抵押登记制度——兼及《企业动产抵押物登记管理办法》的修改”，《法学家》2007年第6期，第122—123页。

〔63〕 参见吕艳辉：“公私法交织中的不动产登记”，《北方法学》2018年第5期，第98页。或许正因如此，《不动产登记法（征求意见稿）》第120条要额外规定：“不动产权利自合同生效时设立的，因合同错误导致登记错误造成他人损害的，不动产登记机构不承担法律责任，但是超越合同范围或者改变合同内容登记的除外。”

〔64〕 诸如法国法上的强制公示与公证人等制度，在我国法上难以继受。参见于海涌，见前注〔8〕，第282—283页；孙宪忠：“法律行为理论纲要”，《法治社会》2022年第6期，第20页。而诸如登记责任保险制度，目前亦有多个省市采纳。如上海、天津以及深圳等，《上海市不动产登记若干规定》第39条第3款就明确规定：“本市探索建立不动产登记责任保险制度。”根据笔者实践调研的结果，广东省也在尝试进行制度上的建设。不过，此类保险目前针对的是不动产登记机关，对动产尚不涵盖；其次，此类保险是政府购买，诸如美国法上的私人启动的产权保险，仍然缺乏有效实践；最重要的是，此类保险主要是政府事前性的对登记责任的赔偿风险加以冲抵，但其仍然是建立在登记错误的基础上，而正如前述，并置会使得登记错误出现难以避免的龃龉局面。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/

一个理由。

其次,登记对抗主义会导致登记错误制度与一般认知存在龃龉。根据《民法典》第220条,更正登记始自权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项存在错误。其背后的潜台词是:有且只有一项明确归属之物权,登记簿应当展现物权的真实情况。在登记生效(要件)的框架下,尽管有事实物权与法律物权的区分,但登记之事项与真实权利状况终有一者为真,进行更正登记即可。但在登记对抗的框架下,未登记之物权只是不得对抗善意第三人,但其仍是物权;而已登记之物权亦为物权。在这种情况下,登记对抗主义之下若有一物二卖,在"不得对抗善意第三人"的规定之下,恶意的后手买受人抢先进行登记,登记簿的记载事项就不能算是登记错误。这样一来,先买受人固然可以绕路主张恶意串通(《民法典》第154条)而使后手合同无效来撤销物权登记(这其实会面临教义学上的困境,后文详述),但却不得适用第222条对登记机构主张赔偿,且登记机构也无法在知晓情事下根据《不动产登记暂行条例实施细则》(以下简称《实施细则》)来告知先手买受人办理更正登记。[65] 也就是说,在登记对抗主义之下,"登记错误"在很多情况下会成具文。这不仅会增大登记机构在面对普通民众时的解释成本,更有可能会因违背一般市场观念而引发民众对登记机构的不满与不信任。这是放弃登记对抗主义的第二个理由。

最后(同时也是更重要的),根据《实施细则》第22条第2项,"存在尚未解决的权属争议"是不予登记的理由,[66]但登记对抗主义的核心,就在于通过承认在先登记来体现制度上的倾斜和保护。在这种局面之下,如果认定登记机构此时对权属争议应当进行审查以及拒绝登记,实际就等于从内部废止了登记对抗主义。也就是说,在现有的规则下,继续承认登记对抗主义,实际会影响登记中的制度衔接。这是放弃登记对抗主义的第三个理由。

综上所述,如果我们需要一个精细且科学的法律体系,"并置"就是不可容忍的局面;而如果我们将登记机构纳入考量,放弃对抗主义就是首选之途。那么,在立法论较为困难的局面下,我们需要转向解释论来实现这一目标。

六、民法典时代放弃登记对抗主义的教义学策略

诚如波斯纳所言,解释的正确与否取决于具体解释的目的,[67]目的某种意义上决定了法解释的方向。如果我们认定应当放弃登记对抗主义,那么具体规则的解释就应当朝向这个目的加以进行。由于无论是《民法典》还是其他立法,都并未明确规定"登记对抗主义"的

〔65〕 事实上,根据现行《不动产登记暂行条例实施细则》第79条,办理更正登记首先要提交的是"不动产权属证书",这无疑对登记对抗主义已经极不友好。《不动产登记法(征求意见稿)》第84条做了调整,只要提交"证明对登记的不动产权利有利害关系的材料"和"证明不动产登记簿记载的事项确有错误的材料"。

〔66〕 《不动产登记法(征求意见稿)》第43条将其细化为"不动产首次登记前存在尚未解决的不动产权属争议的"。

〔67〕 参见(美)波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第376页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

字样，[68]因而本文的解释目标在实证法上并无障碍，唯一的阻碍或许只是学界之前见。我们应当从《民法典》的体系中寻求解决之道。考虑到登记对抗主义适用对象非常有限，分类处理无疑是应然路径。

就动产而言，《民法典》第224条之但书应当被理解为是动产抵押之例外，而非为登记对抗主义留下空间。因此，第225条对特殊动产之规定，不存在登记对抗之适用，与所有权变动无关，而仅应理解为是行政管理措施。[69] 这就会消弭掉前文所言的“合意说”与“交付说”之争议，产生这一争议的唯一原因就在于预留了登记对抗主义。如果正本清源，直接将特殊动产归于一般动产规则，也可以扭转《买卖合同纠纷司法解释》(法释〔2020〕17号)第7条与第6条之区隔处理所存在的龃龉。[70] 至于动产抵押，第403条不应解释为登记对抗主义，而应解释为第224条之例外，即作为动产之物权，“动产抵押权”无须交付即可生效，而登记则是类似美国法上完善(perfection)的信用强化机制。也就是说，动产抵押权无须登记生效，这不是(不动产)抵押权之登记规则的例外，而是动产交付规则的例外，即动产物权(抵押权)可以登记。这一做法的理论基础在于：交付的可观念化决定了动产物权适用交付生效的灵活性，因而可以绕开抵押须登记生效的窠臼；而登记优先规则是竞存动产担保权之间优先顺位规则的统一标准，这不是物权变动规则的统一。也就是说，动产抵押因登记而可优先，并不是物权意义上的优先比较，而是担保(抵押)中顺位规则之统一的优先规则。这样一来，担保(抵押)的优先规则也将从物权变动规则中解放出来。[71]

真正较为困难的是不动产，即土地承包经营权、土地经营权和地役权，以及法律尚未明确的宅基地使用权。诚然，这些权利在市场中的流转性都不强；但在乡村振兴战略之下，“农业农村优先发展”已经被写入党的二十大报告，因而农地流转(特别是融资型流转)必将成为未来的基本局面，这样一来，登记机构必然会面临更大的土地登记的制度压力与需求，采用登记生效主义也是题中应有之义。更重要的是，农地的物权登记不是一项只在物权变动中发挥作用的

〔68〕 诚然，或有人会认为，我国《物权法》与《民法典》也未规定“登记生效主义”的字样。但与“未经登记，不得对抗善意第三人”相比，第209条中的“不动产物权的设立、变更、转让和消灭……未经登记，不发生效力”的用语明显要更加严苛。如果我们能够接受放弃“登记对抗主义”的认知，那么向这个方向加以努力自然是应当之举。

〔69〕 参见庄加园，见前注〔1〕，第217页。

〔70〕 本解释第6条针对普通动产，将先行支付价款作为优先请求履行的依据；而第7条针对特殊动产，却未强调这一点，实为结构上的不协调。后者第二项所规定的登记优先，因为移转登记的前提在于要提交特殊动产“所有权移转的证明、凭证”(《机动车登记规定》第19条、《中华人民共和国船舶登记条例》第13条和《中华人民共和国民用航空器权利登记条例》第6、7条)，故此处履行交付既是合同义务，同时也是所有权人的物权请求权。放弃登记对抗主义的做法并无障碍。

〔71〕 这样就可以为诸如《民法典》第416条的动产购买价款优先权提供支撑：此处的优先并非源自物权的优先，而是源自(十日内)登记所赋予的优先。类似的思路还可适用于《民法典》第641条第2款。本款在所有权保留买卖中随意适用“登记对抗主义”逻辑，在善意取得规则既存(第311条)的局面下，实为画蛇添足，而且也为登记机构凭空增添了规则负担。在本文的构想下，本款可不作为物权变动的规则，而是作为所有权保留中动产所有权保护的特殊机制，即将登记作为所有权保留买卖中排除善意取得的特殊情况。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/

机制：如《民法典》第333条、《农村土地承包法》第24条都明确了政府对“耕地、林地和草地”进行“登记造册和颁发证书”的确权义务；而我国农业部、自然资源部以及财政部等部门也一直将“确权登记发证”工作作为重点工作之一。[72] 与此配套，网络技术大大降低了登记的成本，各省也均以“便民”作为不动产登记的政绩考核标准。[73] 究其根源，不动产登记能强化国家对不动产（包括自然资源与农业资源）的统计与掌控，同时也是降低未来工作（如征收）风险与纠纷的实用依据。既然行政机关有额外的实证法激励来推动登记确权，登记生效主义的逻辑就更有获得执行的动力。我们可以将采物权对抗主义的不动产权利划分为两类：一类是已经进行了（首次）登记的；另一类则是尚未进行首次登记的。遵循着朝向登记生效主义的解释逻辑，应该如何处理此两种权利？

当适用登记对抗主义的不动产权利进行了（首次）登记，而此权利要再次交易（流转），应当如何处置？《民法典》对此并无统一规则，但第385条对地役权有所规定：“已经登记的地役权变更、转让或者消灭的，应当及时办理变更登记或者注销登记。”据此，虽然地役权采用了登记对抗主义模式，但一俟进行了首次登记，则嗣后便应当遵循类似登记生效主义的模式。这启示我们，登记对抗主义之权利一旦登记，则该权利此后的流转均应被类推适用本条，而被解释为遵循登记生效主义的模式，除非注销该权利。这种做法类似英国法的双轨制，所采用的即当首次登记适用了产权登记模式，继而此后的交易和流转均应采取托伦斯登记模式，即类似登记生效主义的做法。[74] 这一

---

〔72〕 如《财政部关于〈中央财政农村土地承包经营权确权登记颁证补助资金管理办法〉的补充通知》（财农〔2017〕70号）；《农业部办公厅关于做好农村承包地确权登记数据库成果汇交工作的通知》（农办经〔2017〕7号）；《农业部办公厅关于加快上报耕地轮作休耕制度试点地区承包地确权登记数据的通知》（农办经〔2017〕17号）；而且登记确权颁证还可以成为先进集体和先进个人的奖励理由，参见《农业农村部关于表彰全国农村承包地确权登记颁证工作先进集体和先进个人的决定》（农政改发〔2020〕4号）。

〔73〕 以广东省为例，在“信息多跑路，群众少跑腿”的指导思想下，多部门之间的共享数据服务，依托“数字政府”建设成果展开“互联网＋不动产登记”，连接实体窗口、政务服务网、粤省事、自助设备四类服务载体，构建“一个平台、四个入口”的服务体系，并且通过异地申请、大数据审核、信息共享、属地审核、认证结果互认、一次办结及EMS寄送服务等环节，推动不动产登记业务“省内通办”。此种做法无疑也大大降低了登记中的相应成本。

〔74〕 在此笔者对明英国法的土地登记规则做一个简要的说明：英国土地法上实行双轨制，即产权登记与负担登记。在2002年《土地登记法》（Land Registration Act）之后，产权登记属于主流局面，目前仅有20％面积、10％的产权（title）处于未登记的状态。当然，英国法上未登记的产权交易并不能说是登记对抗，因为其并非合同生效即完成移转，而是要特定形式的文据方可，等于是非登记型的公示生效模式。土地上的负担可以进行负担登记（Land Charge）。地产一俟移转则须进入产权登记体系，但若不进行交易，则当事人仍然可以保持不登记的状态，或者仅仅进行负担登记。登记因降低搜寻成本与风险以及交易成本的优势而获得了更大的欢迎，而且费用并不高。由于存在优先利益（overriding interest）——即无需登记亦可对抗善意第三人的利益，比如对土地的实际占有（actual possession）——因此英国法上登记簿记载并不具有绝对的效力，但2002年《土地登记法》缩减了优先利益的类型，其基本逻辑与登记生效主义非常相似。登记与未登记之产权遵循完全不同的规则，在未登记产权之下，传统的善意购买人规则（知悉规则）仍然得以生效；但这一规则在产权登记之下已被废除。与其他贯彻同一变动模式的国家（如德法）相比，英国的双轨制登记规则以及产权登记的进化，对我国这种同时坚持登记对抗主义与登记生效主义的国家相比，具有较强的借鉴意义。See Dixon, *Modern Land Law*, London & New York: Routledge, 2018, pp. 49-59；（英）萨尔顿：《产权转让法》（第三版），法律出版社2003年影印版，第26页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

做法的合理性，正在于将登记机构的管理成本纳入考量：如果已登记之物权继续适用登记对抗主义，会导致登记簿的记载面临彻底失效的风险；特别是在政府进行确权登记后出现这种局面，很可能引发难以估量的索赔与纠纷。因此，对已经登记之权利适用生效主义规则就是最合理的选择，如果我们承认应当放弃登记对抗主义，第385条就展现了可类推适用而推广登记生效主义的可能。

最后，也是最为重要的问题，在未登记之局面下，如何通过解释论来推动实质上的登记生效主义？的确，《民法典》物权编的规则非常明确：合同生效即可取得物权（如第341、374条等），似乎并无太大的空间。不过我们可以进一步来分析这个问题，登记生效和登记对抗主义的差异一定是在三方结构之中：如果仅有合同双方，那么两种“主义”之间不存在本质差异，相反登记生效主义还会因公权力（法律）施加额外的公示义务而有加重私主体负担之嫌。如果出现了第三方，往往是因为合同的履行出现了问题，这便提示我们应转而关注合同中的规则。鉴于此处讨论的对象均为在登记对抗主义之下的用益物权，那么如果受让人未主张登记，如何看待原权利人此时再次处分物权（类似一物二卖）的行为？在登记生效主义模式下，由于登记义务的法定性，因此未办理登记之所有权人（原权利人）属于履行合同义务不符合约定，故先手买受人（受让人）可以适用《民法典》第577条而追究违约责任；[75]但在登记对抗主义之下，如果没有约定，则原权利人本来就没有配合登记之强制义务，因此即便未登记亦可履行完毕。这种情况应被阐释为令（不登记之）受让人自己负担不予登记而导致失权之风险。[76] 基于“非经登记不得对抗善意第三人”的规则，如果第三方是善意第三人，那么这会有排斥《民法典》第577条之违约责任的适用空间：因为当事人并未违约。更进一步讲，《民法典》第154条之适用亦会受限：本条文意在强调“恶意”串通并“损害他人合法权益”，但“非经登记不得对抗善意第三人”乃是法律对权利的明确限制，因此如果后者是善意第三人，则其取得物权亦不构成对在先权利人“合法权益”的损害——因为在先权利人本来就不享有能够对抗一切人的权利。[77]在这种局面下，除非在先权利人（用益物权人）能够证明在后权利人为恶意（这无疑会很困难），否则其失权的结果将无法援引第577条和第154条来取得救济。不难看出，此处否定救济的根本原因，仍然源自登记对抗主义与登记生效主义并存所引发的结构障碍：只要不废止登记对抗主义，以上阐释在逻辑上便可以成立，必定会在现实中造成更多“不公平”的后果。与其如此，不如因势利导，以此结果作为当事人反向的激励，从而敦促更多的实质性登记生效主义，进而适用前述第一项规则。在长远来看，这将推动物权变动模式的统一化。

---

〔75〕 如岛融创建晟投资有限公司、青岛润和科技服务有限公司等建设用地使用权转让合同纠纷案，山东省青岛市中级人民法院民事判决书，(2023)鲁02民终3592号。当事人将建设用地使用权为案外人办理抵押且无法清偿债务，导致无法办理过户登记，法院认定构成违约责任。

〔76〕 在实践中，未办理所有权变更登记，亦被法院认定并不影响机动车所有权的移转，并不构成不能实现合同目的而解除的理由。参见杨银与任兵兵买卖合同纠纷案，重庆市巴南区人民法院民事判决书，(2023)渝0113民初10768号。

〔77〕 事实上已有学者指出，恶意串通规则本来就无独立存在的必要，应当被解释为违背公序良俗类型之一种。参见杨代雄主编：《袖珍民法典评注》，中国民主法制出版社2022年版，第126—127页。

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/

七、结论:到了该放弃登记对抗主义的时候了

“器久则坏,法久则弊”,康有为曾如是说。登记对抗主义与登记生效主义之争,本来就是一个人为选择而构成的困境。选择任何一种模式,对一国而言都难谓错误;在其他法律良好配合的情况下,一国之交易秩序均不会有太大之影响。但将二者同时纳入一国法律体系,贪多求全,反成添足之弊。如果说在登记体系尚不完善的 2006 年如此,或者说在 2023 之今日为避免动荡而延续,似乎都情有可原;但在登记体系与相关法律(《不动产登记法》)不断完善的今天,仍然保留二者而无视其对法体系所造成的内部冲突,实属饮鸩止渴。“蝮蛇一螫手,壮士即解腕”,现在到了该放弃登记对抗主义的时候了,尽管它也同样优秀。愿以此文推动我国民事法律体系的完整化与科学化,实现登记对抗主义从解释论到立法论的废止进程。

Abstract: The coexistence of the two doctrines of publicity (registration) confrontationism and publicity effectivism in the same legal system is an unreasonable legislative approach. This is because from the perspective of legislative theory, it is quite difficult to propose matching criteria for different doctrines of change of property right. From the perspective of interpretative theory, it is also difficult to solve the system dilemma and logical conflict, and the movable property mortgage system and Article 414 of the Civil Code highlight this dilemma. On these two modes of property changes, each one has its own advantages and disadvantages. But if the registration system and the registration agency's management costs are taken into account, giving up the registration of confrontationism should be the optimal choice. The abolition of registration confrontationism should be achieved by the interpretative theory. Adopting a categorized approach, the registration of motor vehicles should be interpreted as an administrative measure; the registration of movable property should not be interpreted as registration confrontationism, but as an exceptional safeguard mechanism for the delivery of movable property; once immovable property has been registered, the application of article 385 of the Civil Code should be expanded to take registration into effect; and for unregistered immovable property, the consequences of loss of rights under articles 577 and 154 should be excluded as a counter-incentive.

Key Words: Registration Confrontation Doctrine; Registration Effectivism Doctrine; Civil Code; Registries; Interpretive Theory

(责任编辑:贺　剑)

北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/