

中国物权法上的登记对抗主义

龙 俊^{*}

内容提要：登记对抗主义下的绝大多数理论构造与我国所继受的物权法的理论体系相冲突。只有权利外观说最适应我国的民法体系，也最符合我国的立法目的。依据该说，当事人间仅因意思表示即可发生完全的物权变动。但在当事人进行移转登记之前，第三人由于信赖物权尚未变动的权利外观而从事了交易行为，法律保护此种信赖，承认第三人在登记后可以取得该物权。我国法律原则上仅保护善意第三人，总体上符合效率价值。但是参考比较法和法经济学，也应该承认一些例外：侵权人等完全无权利的人、继承人、连环交易中的前手或者后手、狭义的一般债权人和特定物债权人属于绝对可对抗的第三人，即无论该第三人善意还是恶意，未登记的物权人都可以对抗之；破产债权人、扣押债权人、参与分配债权人等属于绝对不可对抗的第三人，即无论该第三人善意还是恶意，未登记的物权人都不可以对抗之。

关键词：物权法 登记对抗主义 理论构造 第三人

一、问题的提出

在物权变动的立法模式上，我国物权法采取了极具特色的二元化结构模式：以公示要件主义为原则，以公示对抗主义（我国仅表现为登记对抗主义）为例外。^{〔1〕}我国之前对物权变动理论构造的研究主要集中在公示要件主义上，因此如何解释作为例外存在的登记对抗主义，成为理论与实务中的难题。

就理论层面而言，首先面临的几个难题是：何谓“对抗”？不能对抗第三人的物权是什么物权？在登记要件主义与登记对抗主义并存的前提下，如何协调这二者的体系冲突？笔者认为，有必要研究我国的登记对抗究竟应该采取哪种理论构造（本文称之为“形式上的理论模型”，区别于后文进行价值判断的“实质上的理论模型”）。大陆法系的对抗主义立法例中存在着对抗的理论构造之争，研究上述争论有助于构建我国的理论。值得注意的是，我国法中登记对抗主义是作为例外存在的，这就决定了登记对抗主义在我国特殊性。为了几个例外的物权变动条款而打乱整

* 北京大学法学院博士后。

本文是国家社科基金项目“物权法中登记对抗制度实施问题研究”（12CFX063）的阶段性研究成果。

〔1〕 如船舶、航空器和机动车等特殊动产物权（第24条）、土地承包经营权（第129条）、地役权（第158条）、动产抵押权（第188条）、浮动抵押权（第189条）等，法律明确规定其物权变动以登记为对抗要件，不登记不得对抗善意第三人。此外，一般认为宅基地使用权的物权变动模式也是登记对抗主义。

个物权法的逻辑体系显然得不偿失，因此我国的登记对抗理论构造有必要与作为原则模式的公示要件主义相协调。

从更本质的角度考虑，我国在这几个特殊领域采取登记对抗主义是否具有实质正当性？在物权法颁布之后，仍有学者对在我国采用登记对抗主义表示质疑，并提出了强有力的批驳。^{〔2〕}有鉴于此，本文在探讨我国登记对抗主义形式上的理论构造之后，进一步从利益衡量的角度探究登记对抗制度在我国存在的价值。笔者认为，采取哪种物权变动模式并不涉及道德因素，只是一个单纯的效率问题。本文构建了一个经济模型进行价值判断，一方面释明我国在这几个特殊领域采取登记对抗主义的合理性，另一方面以此验证本文提出的理论构造以及实践方案。

就实践层面而言，“不登记不得对抗善意第三人”中所谓第三人的范围问题成为了困扰实务的难题。这一难题又体现在两个方面：首先，由于我国法律具有鲜明的多元继受特点，有的学者从大陆法系的公示对抗主义——日本物权法中寻求比较法经验，有的学者从普通法系的公示对抗主义——美国的动产担保交易制度中寻求比较法经验。然而，无论是对日本法还是对美国法，我国目前的研究均存在诸多根本性的误读，从而导致将失真的“比较法经验”借鉴于我国。其原因在于以德国法的思维定式来理解日本法，甚至跨越法系地理解美国法。鉴于此，有必要还原比较法原貌，解决经验“真实性”的问题。其次，即使是真实的比较法经验也不一定就能适用于我国，还存在一个比较法经验与我国的适应性问题。本文解决适应性问题的思路，是借助上述形式上的理论模型与实质上的理论模型，筛选与我国既有制度体系不冲突而且价值判断符合我国实际情况的比较法经验，作为解释我国“不登记不得对抗善意第三人”范围的方案。

二、形式上的理论模型

研究登记对抗主义的理论构造要从最简单、最典型的情形——二重让与——开始：A 就其不动产与 B 订立买卖合同，在没有办理移转登记的时候，又和 C 订立买卖合同，并与 C 办理了移转登记。当事人之间的法律关系如何？该问题在登记要件主义下不成为问题，但在登记对抗主义下问题即变得复杂。由于 A 与 B 订立买卖合同时，所有权已经移转给了 B，A 再与 C 订立买卖合同是否属于出卖他人之物？B 尽管在合同订立时就已经取得了标的物所有权，但是其权利不能对抗第三人，那么 B 取得的权利性质为何？C 与 A 订立买卖合同时，标的物所有权已经移转给了 B，C 能否取得标的物所有权？如果可以的话，C 需要具备什么要件？围绕着这些问题，形成了二重让与的理论构造之争，也就是对抗的形式上的理论模型之争。

（一）比较法上的理论构造

作为登记对抗主义立法例代表的日本学界提出了众多的理论构造。^{〔3〕}下文分析其中最具有代表性的 6 种。在这里先进行一个初步的分类。依据 A 与 C 订立合同时 A 是否有处分权，可以分为有权处分构成和无权处分构成两大类。

有权处分构成包括：

〔2〕 参见李永军、肖思婷：《我国〈物权法〉登记对抗与登记生效模式并存思考》，《北方法学》2010年第3期。

〔3〕 日本是个个立法例中对于“登记对抗主义”理论构成兴趣最为浓厚的国家，这个问题几乎持续争论了一百年。其原因就在于日本的多元继受：在体系和原则方面，日本法继受了德国法；而在具体制度方面，日本法又保留了大量的旧民法典时期规定的、源自法国的制度。这就造成了体系上的差异，一方面，日本法在物权法的原则、理论方面肯定了一物一权原则、物权绝对性原则等，另一方面，这些理论和原则在物权变动领域又和登记对抗主义发生了冲突，于是学者们提出了各种各样的理论来弥合这一冲突。中国在多元继受这一点上与日本极其相似，因此本文以日本的登记对抗主义理论作为主要参考对象。

1. 债权效果说

该说认为未登记的物权仅具有债权的效果。^{〔4〕}其优点在于可方便地解释前述问题：债权仅具有相对性，当然不能对抗第三人。而在二重让与时，由于第一次让与并没有使物权真正发生转移，故第二次让与行为也是有权处分。

对该说的批判主要来自两个方面。第一个方面是从理论构成的角度，认为该说明显和日本民法第176条的“仅依据意思表示而发生物权变动”的规定相矛盾。^{〔5〕}第二个方面是从法律效果的角度，认为该说和判例所确定的“不登记不得对抗的第三人范围”相矛盾。^{〔6〕}依据判例所确定的第三人范围，并非所有第三人都不得对抗，至少可以对抗没有正当权利的第三人。例如未登记的物权人可以直接对无权占有人行使所有物返还请求权（而非行使债权人代位权或者提起第三人侵害债权之诉），明显超出了债权的效果范围。

由于受到上述批判，该说仅在日本民法典制定初期有人主张，现在几乎无人赞同，故仅具有学说史上的意义。

2. 相对无效说

该说认为即使物权变动后没有进行移转登记，也在当事人间发生了完全的物权变动（此处的“完全”系相对于后述不完全物权变动说而言，并非指该物权具备排他性），但是对于第三人C而言该，物权变动是相对无效的，故从A到C的第二次让与成为可能。^{〔7〕}

由于该说否定了物权的绝对性，受到了众多学说的批判。除此以外，该说另外一个颇具争议的地方是关于第三方对物权变动的承认问题。依据判例和通说的观点，A、B的第一次让与行为即使对C不生效力，C也可以积极地承认第一次让与行为的法律效果，并且这一效果是从日本民法第177条的文义中推断出来的。^{〔8〕}然而，依据相对无效说很难解释出这一效果，即很难说明为何已经无效的法律行为可以基于第三人的承认而变得有效。^{〔9〕}

3. 不完全物权变动说

该说认为所有权并非一个单独的权利，而是由各种权能构成的集合体，所谓物权变动并非一次性地将所有权能一并转移，而是伴随着合同履行的不同阶段逐步转移各个权能。^{〔10〕}由于不登记就不能取得完整的物权，故不具备排他性，不能对抗第三人。在二重让与的场合，第二次让与时，由于出让人A尚未丧失全部的物权权能，故仍有权将物权再次转让给C。

该说的背后具有分析哲学的色彩，将所有权解构为各个权能是一个大胆的尝试，从某些层面看亦有合理性。以买卖合同的履行为例，在合同已签订但尚未履行完毕的中间时段，非要明确地界定所有权在哪一方意义不大，因为在这一阶段的各种问题都有相应的制度解决：如与第三人的关系问题有民法第177条、第178条，风险负担的问题有民法第534条，果实相关问题有民法575条。故在此中间阶段，即使忽略所有权的归属这一看似非常重要的问题实际上也不会带来不合理的结果。

〔4〕 参见〔日〕吾妻光俊：《意思表示による物権變動の効力》，东京商大法学研究2号（昭和8年），第133页以下；〔日〕山中康雄：《權利變動論》，名大法政論集1卷3号（昭和5年），第287页以下。

〔5〕 参见〔日〕滝沢幸代：《物権變動の理論》，有斐阁昭和62年版，第26页。

〔6〕 同上书，第190页。

〔7〕 参见〔日〕川名兼四郎：《物権法要論》，金刺芳流堂大正8年版，第14页以下；〔日〕富井政章：《民法原論》第2卷上册，有斐阁大正3年版，第59页以下；〔日〕末川博：《物権法》，日本评论新社昭和31年版，第90页以下；〔日〕中川善之助：《相続と登記》，载《相続法の諸問題》，昭和24年版，第166页以下。

〔8〕 从177条的文义上理解，所谓“对抗”和“没有效力”是不同的。从通常意义上理解，即使当事人不能主张其效力，也应当肯定第三人承认该效力的自由。参见前引〔5〕，滝沢幸代书，第29页。

〔9〕 参见〔日〕近江幸治：《民法讲义Ⅱ物権法》，王茵译，北京大学出版社2006年版，第51页。

〔10〕 参见〔日〕内田贵：《民法I》，东京大学出版会2008年版，第433页。

该说为日本著名民法学家我妻荣所提出，^[11]此后被众多学者接受，^[12]成为有力说。但由于该说打破了物权的排他性、一物一权等物权法的基本原则，而且不完全物权的实质性内容很难把握，类似于债权，亦受到众多学说批判。^[13]

无权处分构成包括：

4. 第三人主张（出现）说

前述各说都着眼于第一次让与的受让人 B 的法律地位，认为 B 所取得的物权并非真正的物权或者是不完全的物权。第三人主张说则认为 B 所取得的物权无论是在当事人间还是在与第三人的关系上都是完全有效的。但是当第三人 C 主张第一次让与的不完全性（未登记）时，则仅对第三人 C 而言，A、B 间不生物权变动效力。^[14]

第三人主张说又细分为两种学说：一种学说认为第三人的主张在法律性质上属于否认权的行使，被称为否认权说；^[15]另一种学说认为第三人的主张在内容上是反对 A、B 间发生了物权变动的事实或者与物权变动相矛盾的事实，被称为相反事实主张说。^[16]

5. 制裁失权说

该说认为在 A、B 订立合同后，B 就取得了完整的、具有排他性的物权，但是作为对 B 懈怠登记的法律制裁，当第三人 C 出现并登记之后，B 失去物权。^[17]该说是立足于日本的立法沿革史，分析日本民法 177 条的母法——法国法的基础上被提出的。具体而言，该说又有如下两个分支：

第一个分支是法定得权失权说，该说是在分析法国法现今理论的基础上提出的，认为 B 基于意思表示取得了完整的物权，但是既然基于第一个契约的物权变动没有公示，第一个契约就没有对抗力，故 C 可以无视第一个契约而与 A 订立契约。但最终决定优先顺位的仍然是登记，在 C 没有登记时，B 并不发生失权的效果，而且基于第一个契约，B 的权利仍然优先。如果 C 进行了登记，从登记的时点开始，作为登记的效果，契约的无效原因就被治愈，C 从 A 那里法定继受取得了该物权，在与该物权不相容的限度范围内，B 的权利面向将来消灭（没有溯及力）。^[18]

第二个分支是在分析 19 世纪中叶的法国法（日本旧民法制定时期的法国法）的基础上提出的，被称为博阿索纳德（日本旧民法制定者）说。和上述法定得权失权说一样，在 A、B 订立合同的时点，具有排他性的物权就已经完全移转给了 B，不同的是该说认为 B 基于登记法有登记的义务。如果 B 懈怠该义务，当 C 取得登记时，对 B 而言就产生了对抗不能的法律制裁效果。这一效果的法律构成是准侵权行为，C 可以对 B 主张现物赔偿。^[19]

[11] [日] 我妻荣、有泉亨：《新订物权法》，罗丽译，中国法制出版社 2008 年版，第 157 页。

[12] 参见 [日] 山中康雄：《民法 177 条について》，爱知大学法经论集 51~52 号（昭和 41 年），第 19 页以下；[日] 星野英一：《民法概論 II》，良书普及会昭和 55 年版，第 39 页以下；[日] 铃木禄弥：《物權法講義》，创文社平成 4 年版，第 113 页；前引 [10]，内田贵书，第 433 页。

[13] 参见前引 [5]，滝沢聿代书，第 29 页。

[14] 参见 [日] 原島重義、児玉寛：《对抗の意義》，载舟桥淳一、德本镇編集：《新版注释民法 6》，有斐阁平成 9 年版，第 426 页。

[15] 参见 [日] 中岛玉吉：《民法积義卷之二物權編上》，金刺芳流堂昭和 2 年版，第 67 页；[日] 石田文次郎：《物權法》，有斐阁昭和 22 年版，第 101 页以下。

[16] 参见 [日] 末弘严太郎：《物權法》上册，有斐阁昭和 31 年版，第 154 页；[日] 舟桥淳一：《物權法》，有斐阁昭和 35 年版，第 146 页以下；前引 [9]，近江幸治书，第 53 页。

[17] 参见前引 [14]，原島重義等文。

[18] 参见前引 [5]，滝沢聿代书，第 190 以下，第 209、222、264 页。

[19] 参见 [日] 七户克彦：《对抗要件に関するポアソナード理論》，《法学研究》64 卷 12 号（平成 3 年），第 205、210、216、219 页；[日] 高桥良彰：《ポアソナードの二重譲渡について——「倫理」・「自然法」・「実定法」をめぐる覚書——》，《都立大学法学会雑誌》30 卷 1 号（平成元年），第 645 页以下；[日] 松尾弘：《所有權譲渡の「意思主義」と「第三者」の善意・悪意（二・完）》，《一橋論叢》111 卷 1 号（平成 6 年），第 92 页以下。

6. 信赖保护说

前述各说在理论构成上都存在着不能自洽的地方,多少都和意思主义、物权的排他性、一物一权原则等物权法的基本原则相矛盾。出于寻求一个逻辑自洽的理论体系的需求,信赖保护说被提出。该说认为C之所以可以取得物权,是因为第一次交易之后,B怠于登记导致A仍然保持有所有权的外观,C由于误信了A的权利外观而从事了交易行为,故需要对C的这种信赖加以保护。由于该说实际上承认了A所残存的登记具有公信力,并将之作为理论基础,所以该说也被称为“公信力说”。

在信赖保护说中,因理论结构以及对第三人C加以保护的要件不同,又细分为两种学说:

第一种学说是限制的信赖保护说,为半田正夫教授所提出,故也被称为半田说。该说认为基于第一次的让与行为,B取得了“有排他性而无对抗力的物权”,A也因此丧失了物权。但当第三人C与A进行交易时,为了保护C的信赖,日本民法第177条让C从A处原始取得标的物的物权(但是B并没有同时失去物权),而且C取得的物权的性质与B相同,也是“有排他性而无对抗力的物权”。也就是说,在B、C都没有登记的时候,二者的物权处于相同的地位,互相不能对抗。而作为对C的信赖的保护要件,当B有可归责事由的时候,只要C是善意就可以受到保护;当B没有可归责事由的时候,C必须是善意且无过失才能受到保护。当然,结束这种对抗状态的唯一方法仍然是登记,先登记的一方取得对抗力。^[20]

第二种学说是权利外观说,为筱塚昭次教授所提出,故也被称为筱塚说。该说将整个对抗问题均置于权利外观的法理之中(半田说只在讨论二重让与问题时考虑权利外观),认为C只有在善意且无过失地信赖A的登记时才值得保护(半田说则要区分不同的情形),并且C只有已经取得登记的时候才取得物权(半田说则认为合同订立时C就取得了物权)。另一方面,在C取得物权的同一时刻,B丧失物权(半田说认为两个物权可以同时存在)。^[21]因此,相对于半田说,筱塚说在保护权利外观的道路上走得更为彻底。

(二) 法律效果对理论构造的反作用

在采取公示对抗主义的日本,不登记不得对抗的第三人范围并非完全是从理论构造中推导而来,其自身亦形成了独立的理论和判例,并且这些理论和判例又反作用于理论构造。其中有两次大的学说争论对于理论构造的变迁起到了决定性的作用。这就是“第三人无限制说”与“第三人限制说”之争以及“恶意者排除说”与“善意恶意不问说”之争。

1. 第三人无限制说与第三人限制说

日本民法第177条在“不登记就不得对抗第三人”的“第三人”之前未加任何限定语,于是在民法典制定初期,学说上倾向于作消极的文义解释:^[22]除开特别法上的例外规定,^[23]未取得登记的物权人除了对当事人以及当事人权利义务的概括继承人外,不能对抗任何第三人。依此解释,未登记的物权人甚至连侵权人都无法对抗。早期的判例亦持上述无限制说的立场。^[24]然而明治41年(1908年)日本大审院(当时的最高司法机关)民事连合部作出了一个重要判决,在

[20] 参见[日]半田正夫:《不動産の二重譲渡への一つのアプローチ》,《北大法学論集》16卷4号(昭和31年)。

[21] 参见[日]筱塚昭次:《物権の二重譲渡》,《法学セミナー》昭和40年8月号。

[22] 参见[日]梅谦次郎:《民法要义卷之二》,有斐阁明治29年版,第17页以下;前引[7],富井政章书,第61页以下;[日]横田秀雄:《物权法》,清水书院明治42年改订增补版,第76页以下;前引[7],川名兼四郎书,第16页以下。

[23] 例如日本不动产登记法第4条排除了通过欺诈或胁迫方式妨碍登记的第三人;第5条排除了有义务为他人申请登记的人,如出让人的受托人、代理人等。

[24] 参见日本大判明治38年10月20日民录11辑1374页;大判明治40年12月6日民录13辑1174页;大判明治41年4月6日民录14辑395页。

不登记就不得对抗的第三人问题上首次采取了限定的态度，认为只有“有正当利益主张登记欠缺的人”才属于不登记就不得对抗的第三人。^{〔25〕}自该案以后，日本判例的立场就开始从“第三人无限制说”转向“第三人限制说”。而学说在经历了一个论争期之后，最终也彻底导向了“第三人限制说”。^{〔26〕}

这次争论对日本对抗理论构造的变迁影响深远。在采取无限制说的前提下，债权效果说和相对无效说登场了。这两种学说均认为未登记的物权不能对抗一切第三人，在无限制说占实务界和学界的主流时曾盛极一时，但在实务界和学界相继转向限制说后逐渐消沉。^{〔27〕}此后，和限制说的立场相符合的各说相继登场。

2. 恶意者排除说与善意恶意不问说

在限制说成为实务界和学界的主流后，如何限制第三人的范围即成为一个问题，而是否区分第三人的善意或者恶意成为了最重要的争论点。判例和通说最后采取了折衷的态度，选择了“背信恶意者排除说”，即原则上不区分第三人的善意或者恶意，但是当第三人不仅是恶意而且存在违背诚实信用的事由时，则不保护这种第三人。^{〔28〕}但为何仅仅排除“背信恶意者”而不排除“单纯的恶意者”仍然成为了争议点，而且这一争论至今仍未平息。

恶意者排除说与善意恶意不问说的争论对理论构造的影响更加直接。其中尤以信赖保护说与其他学说的对立最为瞩目。相比其他学说在对待第三人善意恶意的态度上暧昧不清的态度（如不完全物权变动说、制裁的失权说等就存在着多种解释可能性），信赖保护说开宗明义就是要将恶意第三人排除在日本民法第 177 条的保护范围之外。

信赖保护说对判例和通说所采取的“背信的恶意者排除说”展开批判，认为：（1）背信的恶意者排除说原则上保护恶意者，明显违反伦理。（2）自由竞争也应该有限度，应该只限于在债权合同阶段，一旦一方取得了物权，则进入了物权关系的支配领域，在物权关系的领域中没有自由竞争存在的余地。（3）背信的恶意者排除说中的“背信”概念含义不明确，容易造成司法中的不确定性。^{〔29〕}

面对信赖保护说的批判，主张背信的恶意者排除说的各学说也对信赖保护说展开了反批判：（1）保护恶意第三人并不违反伦理。日本民法中的“恶意”一词仅指知道某件事情，与伦理意义上的善或者恶无关。（2）信赖保护说缩小了动态安全的保护范围。信赖保护说虽然标榜保护交易安全，但是实际上是各说中对第三人的范围保护最窄的，不仅是恶意者，甚至连善意有过失者在有的情形下也要被排除在保护范围之外，因此实际上最不利于交易安全保护。（3）“恶意”是一个纯主观性的标准，难以判断；相反，“背信恶意”概念中，由于违背诚实信用已经通过判例的发展而被确定化，相比于单纯的恶意，背信恶意反而更好判断，更加具有可操作性。^{〔30〕}

日本的判例长期以来采取了“善意恶意不问·背信恶意者排除”的立场，与此同时，通说亦采取背信恶意者排除说。因此，能够与背信恶意者排除说相适应的理论构造取得了优势地位。而

〔25〕 参见日本大正判例明治 41 年 12 月 15 日民录 14 卷 1276 页。

〔26〕 参见 [日] 末弘严太郎：《物權法上卷》，有斐阁大正 10 年版，第 165 页；[日] 舟桥淳一：《登記の欠缺を主張し得べき「第三者」について》，载《加藤正治先生還曆祝賀論文集》，有斐阁 1932 年版，第 649 页以下；[日] 我妻荣：《物權法（民法講義 2）》，岩波书店昭和 27 年版，第 86 页。

〔27〕 参见 [日] 鎌田熏：《「二重讓渡」の法律構成》，载内田贵、大村敦志编：《民法の争点》，有斐阁 2007 年版，第 95 页。

〔28〕 提出“背信恶意者排除说”的学者是舟桥淳一教授，参见前引〔16〕，舟桥淳一书，第 182 页。确立“背信恶意者”排除规则的判例是最判昭和 40 年 12 月 21 日民集 19 卷 9 号 2221 页。

〔29〕 参见前引〔20〕，半田正夫文。

〔30〕 参见 [日] 铃木禄弥：《物权的变动与对抗》，渠涛译，社会科学文献出版社 1999 年版，第 34 页以下。

信赖保护说尽管一度风行,但由于在第三人的善意恶意问题上明显和已经固定化的判例、通说立场相违背,最终沦为少数说。

(三) 各理论构造在我国法体系中的重新评价

1. 基于立法目的的评价

我国物权法制定时,围绕公示对抗主义的优劣,学说上有过针锋相对的交锋。主张公示对抗主义的理由主要包括:(1)公示对抗主义可以充分体现意思自治的民法基本原则。^[31](2)在登记制度尚不完备的我国,公示对抗主义更加符合我国国情。^[32](3)公示对抗主义不以公示作为物权变动的要件,有利于降低交易成本加速财产流转。^[33]而反对公示对抗主义的理由除了逻辑构造上的问题外,主要是认为在交易安全保护方面,公示对抗主义不及公示要件主义。^[34]

我国采取登记对抗主义的物权都有一个共通的理由:登记不方便(登记制度不完善),采取登记对抗主义可以降低交易成本。^[35]土地承包经营权和地役权主要运用于农村,而我国农村是一个熟人社会。^[36]似乎可以理解为,由于是熟人社会,交易的相对人范围有限,获知真实权利状况的难度也比较低,没有必要登记。动产抵押权和浮动抵押权的共通理由在于这两种制度的基础在于当事人间的信任。^[37]这一点笔者认为可以理解为对于意思自治的尊重。

笔者认为遵从于立法目的解释,在我国法背景下构建的登记对抗理论构造需要符合下述四个方面的要求:(1)体现意思自治原则;(2)符合登记制度尚不完善的我国国情;(3)有利于加速财产流转;(4)对交易安全的保护可适当放松。

从前述日本的理论构造来看,除了债权效果说外,其他各说至少在形式上肯定了物权仅因意思表示而发生变动,故这些理论构造均符合(1)的要求。

就(2)和(3)而言,实际上和日本民法立法理由书所载理由极为相似。日本当年也是因为登记制度尚不完善,但是社会上的物权交易已经日趋频繁,为了实现交易的迅捷化而采取了“意思主义+登记对抗”的立法模式。^[38]为何登记对抗主义更适应登记制度不完备的社会,更有利于交易的迅捷化呢?从直观上考虑,在登记对抗主义下,合同生效时物权就发生了变动,相较于合同生效时仅产生债权的登记要件主义,似乎更有利于在登记制度不完备的社会中实现交易的迅捷化。但这一直观考虑忽略了一个前提,即它必须建立在未公示的物权与债权的效力有区别的基础上。如果未公示的物权效力与债权完全相同,那么说合同生效时物权就发生了变动,但是这一物权变动并没有对当事人的权利义务关系带来实质上的影响,自然难谓“更适应登记制度不完备的社会”、“更有利于交易的迅捷化”。因此可以说,(2)和(3)能成立的前提条件是未公示的物权与债权的效力有一定的区别。

问题又回到了前文所述的不登记不得对抗第三人的范围上。如果采第三人范围无限制说,则未登记的物权与债权几乎没有区别,与立法目的(2)和(3)不符;如果采第三人范围限制说,

[31] 参见郭明瑞:《物权登记应采对抗效力的几点理由》,《法学杂志》2005年第4期。

[32] 参见渠涛:《不动产物权变动制度研究与中国的选择》,《法学研究》1999年第5期。

[33] 此为王利明教授转述的支持登记对抗主义的理由。参见王利明:《关于物权法草案中确立的不动产物权变动模式》,《法学》2005年第8期。

[34] 同上。

[35] 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243、287、344、346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293、348、411、414页。

[36] 前引[35],全国人大常委会法制工作委员会民法室编书,第243、287页;胡康生主编书,第293、348页。

[37] 前引[35],全国人大常委会法制工作委员会民法室编书,第344、346页;胡康生主编书,第411、414页。

[38] 参见[日]广中俊雄:《民法修正案(前三编)の理由書》,有斐阁昭和62年版,第218页。

则二者有了区别。当然，这一区别是否达到了（2）和（3）的需求，则取决于限制的程度。

就前引各理论构造而言，债权效果说和相对无效说是和第三人范围无限制说相对应的，因此，选择这两种理论构造与我国立法目的不符。

其他的理论构造都和第三人范围限制说相对应。从法律效果上看，这些理论构造至少都将完全的无权利人（主要指的是侵权人和无权占有人）排除在保护范围之外。单就这一点而言，就已经在很大程度上使未公示的物权区别于债权。^{〔39〕}以地役权为例：B在A的土地上设定了通行地役权，没有登记，后A进城务工，土地搁置，完全无权利人C在该土地上放置杂物阻碍了B的通行，B可以基于其地役权对C行使排除妨害请求权。这就明显区别于债权。

在这些理论构造中，信赖保护说对于第三人范围限制得最广，不仅排除无权利人，恶意第三人也被排除在保护范围之外。我国的法律条文明文规定，不登记不得对抗的是“善意第三人”。依据反对解释，恶意第三人不受保护。这一解释也符合前述第（4）点认识，即不保护恶意第三人尽管对交易安全造成了一定影响，但属于可以接受的范围。

因此，笔者认为前述比较法上的各理论构造中，信赖保护说最符合我国的立法意旨。

2. 基于逻辑构成的评价

在我国，公示对抗主义是作为例外模式存在的。这就决定了不可能为了这一例外的模式而破坏整个物权法的体系。因此笔者认为，我国所构建的理论构造在逻辑上不应与物权法的基本原则相矛盾，其自身也应该具备相当的自洽性。

债权效果说、相对无效说实际上是换了一种方式主张公示要件主义，在逻辑上与公示对抗主义相矛盾。不完全物权变动说创造了“不完全物权”的概念，这种不完全物权不仅不能对抗第三人，而且可以同时为两个以上主体拥有，显然与物权的排他性、一物一权等物权法的基本原则相矛盾。第三人主张说无法解释第三人行使否认权或者主张相反事实之前，当事人之间的物权变动尚未被否定，出让人应该没有处分权，故第三人没有理由获得该物权。因此，债权效果说、相对无效说、不完全物权变动说、第三人主张说等理论构造在逻辑自洽性方面存在问题，如果在我国法中引入这些学说，势必打乱我国既有的理论体系。

制裁的失权说虽然没有逻辑自洽性的问题，但却过于人工拟制。之所以会出现这种现象，是因为日本学界一方面在理论上需要一个逻辑能自洽的模型，另一方面这一模型又需要有很强的解释力，从而可以与已经固定化的第三人范围理论相适应。该理论构造的逻辑是：既然日本民法第177条必须承认二重让与的存在，就需要构造出一个模型，其中不能自洽之处就说其为“法定”。例如其中的法定得权失权说就没有从实质上解释得权失权的依据，只说得权失权的效果是法定的。

信赖保护说本来就是为了给对抗问题一个符合逻辑的解释而产生的。但信赖保护说在日本遭遇障碍，系为少数说。其在日本受批判的理由主要有两点：第一，日本不承认不动产登记簿的公信力，故该说不存在理论基础；第二，该说与判例相矛盾。

日本当初选择登记对抗主义，系因当时商品经济尚不发达，登记簿亦没有取得社会信赖。而当今的日本社会，登记簿在不动产物权变动中已经具有举足轻重的作用，日本国民也已适应了买卖不动产应该登记的交易习惯。这又体现在两点：一是在一物二卖（日本称之为“对抗”）的情形下，除了“背信的恶意第三人”，先取得登记的一方权利优先；二是在从无权利人处取得物（日本称之为“虚伪表示”或者“相对公信力”）的情形，绝大多数情况下也保护信赖登记簿的交

〔39〕 有的学者认为：“一个不具有对抗效力的地役权，和因地役权合同所生的债权并无实质差别。在当事人之间就相互的不动产利用达成协议而没有办理登记的情况下，实际上是创设了以一方的不作为或者容忍义务为标的的债权债务关系。”参见前引〔2〕，李永军等文。实际上，该观点的前提是“第三人范围无限制说”，如果采“第三人范围限制说”，则不能成立。

易第三人。日本通说虽然在理论上并未承认登记簿的公信力，但在实践中确实赋予了登记簿相当程度的信赖。

其次，日本的判例在“不登记不得对抗第三人”的范围上采取的是“善意恶意不问”的态度，仅排除“背信恶意第三人”。而信赖保护说与判例最大的冲突就在于，信赖保护说不仅排除“背信恶意第三人”，也排除单纯的“恶意第三人”，即信赖保护说保护的第三人范围小于判例保护的第三人范围，对登记簿的信赖程度低于判例。因此，可以说日本之所以不采取信赖保护说，是因为该说对于登记簿的信赖程度太低。

反观我国，首先，不动产登记簿的公信力已经为我国所承认，剩下的只是登记制度的完善问题。仍然可能提出的疑问在于，登记对抗主义下的登记簿是否应该赋予合理信赖。对此，笔者的回答是肯定的。理由在于，比较法上的经验表明，登记对抗主义下的登记簿是有合理信赖的；另一方面，只有赋予了登记簿以合理信赖，才能弥补因为意思主义给交易安全带来的隐患。

其次，我国司法实践在登记对抗的问题上，难谓有成熟的处理方式。而且我国法律中明确规定“不登记不得对抗善意第三人”，正好和信赖保护说相吻合。因此，信赖保护说与日本判例相冲突的问题在我国并不存在。进一步而言，信赖保护说中的权利外观说和物权法的原则并不冲突。该说直接承认了第一次让与时受让人就取得了完全的物权，而第二次让与的受让人之所以可以取得物权，则完全是因为信赖了让与人的权利外观。因此，从逻辑构成上考虑，信赖保护说中的权利外观说最为自治。

综上，从立法目的和逻辑构成两个方面考虑，我国应选取权利外观说作为登记对抗制度的理论构造。

三、实质上的理论模型

登记要件主义下，通过登记这一法律事实就可以整齐划一地界定各个当事人间的权利义务关系。而在登记对抗主义下，需要区分第三人的类型加以不同程度的保护，从而实现更加微妙的利益平衡。我国可能正是看上了登记对抗主义的这一优点而将之引入，并且从条文的表述“不登记不得对抗善意第三人”看，我国非常注重登记对抗制度的“善意恶意区分功能”（尽管从比较法上看该功能并非登记对抗制度的初衷）。笔者之所以选择权利外观理论模型，一个重要原因也在于该模型保护善意第三人而排除恶意第三人。

一个非常根本的问题尚需探讨，即为何我国要在这几种物权变动中区分第三人的善意和恶意。只有讨论清楚了这个问题，才能在此基础上进一步研究是否所有的第三人都要区分善意和恶意；是否存在某些第三人，无论其善意恶意，未登记的物权人都可以对抗之或者都不能对抗之。

是否区分第三人的善意恶意，与伦理价值无涉，仅与效率价值相关。不保护恶意第三人，是因交易中的第三人存在过失，而其前提只能是交易中的第三人存在一项调查义务，要调查登记簿上的记载是否属实。因此，是否应该保护恶意第三人的问题，也就转化为是否应该科以交易中的第三人实质调查义务的问题。下文拟构建经济学模型具体阐述。

（一）经济模型的提出

无论是公示要件主义还是公示对抗主义，抛开其逻辑构造，本质上都是为了解决一个问题：在二重买卖，到底由先买者还是后买者承担不能获得标的物的风险。

从比较法上的经验看，无论是公示要件主义还是公示对抗主义，绝大多数情况下都是让先买者承担这一风险。之所以作出这种选择，通常认为其有办法控制这一风险——将其权利登记。但我们常常忽视的是，实际上后买者也是有办法控制这一风险的，他可以通过实质调查的方式从而

避免介入到这样一个名不副实的交易之中。既然双方都有办法控制风险，为什么法律总是选择让先买者承担风险呢？这就是一个成本收益的问题。

无论是登记还是实质调查，都是需要支出成本的。让成本低的一方负责控制风险，从交易成本总量上看是一个有效率的选择。在商品经济发达的现代社会，交易异常频繁，任何一件不动产都有可能成为众多人购买的对象。如果法律选择保护第一次交易中没有登记的受让人，就意味着众多的潜在交易第三人为了规避风险，在交易之前都有必要进行实质调查，这种交易成本的总量是惊人的。相反，如果法律选择让先买者承担风险，则他只需要将其权利登记就可以控制住这一风险，其成本和前者相比十分悬殊。

但这里说的是“绝大多数”情况，当然也有例外。假设一个村庄只有10户人家，这个村庄的村民热衷于土地买卖，但是土地却只能在同村内流转。县城里有一个登记机关，进行一次登记收费100元，每查询一次登记簿的费用是1元。而村民通过串门的方式，也可以了解到土地权利的真实状况，假定串门所耗费的时间用来耕地可以挣10元。那么，其中一户人家想将其土地转让给另外一户，从效益的角度考虑，我们是否应该让当事人去县城里登记呢？

当事人选择登记一次性支出的成本是100元。这个村共有10户人家，除了交易双方还剩8户，而这8户都是潜在的交易对象，如果每户人家都查询一次登记，总共的查询费用是8元。因此当事人选择登记时，交易的社会总成本是108元。如果当事人选择不登记，其他村民只有通过串门的方式了解真实的权利状况。由于8户人家都是潜在的交易对象，所以总成本就是80元。比较二者即知，不选择登记而让每户人家交易时自己去调查权利状况，成本较低。

如果改变设例中的数据，将村庄中的户数变为20家，登记时的交易成本就是118元，不登记时的交易成本是180元，选择登记的成本较低；假定户数仍为10家而串门所耗费的时间用来耕地可以挣20元，登记时的交易成本就是108元，不登记时的交易成本是160元，选择登记的成本较低。

从上述设例中可知，最优化的选择和如下四个变量有关：登记的成本（ C_0 ）、登记簿查阅成本（ C_1 ）、实质调查成本（ C_2 ）、潜在交易人数（ Q ）。于是，登记时的交易成本是（ $C_0 + C_1 \cdot Q$ ），不登记时的交易成本是（ $C_2 \cdot Q$ ）。所谓效率的最优化，就是比较这两个量的大小，然后作出一个成本最小的选择：

（1）当 $C_0 + C_1 \cdot Q < C_2 \cdot Q$ 时，要求当事人登记，不要求第三人进行实质调查，社会效率比较高；

（2）当 $C_0 + C_1 \cdot Q > C_2 \cdot Q$ 时，要求第三人进行实质调查，不要求当事人登记，社会效率比较高。

法律不可能通过事前审查的方式实现效率最优化，但是可以通过事后裁判的方式实现这一目标。也就是说，在 $C_0 + C_1 \cdot Q < C_2 \cdot Q$ 时判定交易中的第三人胜诉，从而激励今后在类似情况发生时当事人进行登记；在 $C_0 + C_1 \cdot Q > C_2 \cdot Q$ 时判定当事人胜诉，从而激励今后在类似情况下第三人进一步进行实质调查。

在四个变量中，法律可以控制的是第三人的实质调查成本 C_2 。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，如果没有尽到该调查义务就视为有过失。但是这一调查义务的设定如果过高，导致在边际状况下 $C_2 \cdot Q > C_0 + C_1 \cdot Q$ 时，那么与其让第三人进行调查，不如要求当事人登记反而更有效率；相反这一调查义务的设定也不能过低，导致在边际状况下 $C_2 \cdot Q < C_0 + C_1 \cdot Q$ 时，还有进一步要求当事人进行实质调查的空间。因此最佳的效果就是实现 $C_0 + C_1 \cdot Q = C_2 \cdot Q$ （式1）

法律条文的表述中没有实质调查成本的直接对应项，所以我们需要进一步考察第三人的实质

调查成本 C_2 。实质调查成本和两个量存在正相关关系，一个是调查的深度（没有达到该调查深度就被视为有过失），一个是调查的难度。调查的深度越深，调查的难度越大，则调查所花费的成本也就越大；反之则越小。因此，不妨设调查的深度是 X ，调查的难度系数是 a ，且满足 $C_2 = a \cdot X$ （式 2）

将式 2 代入式 1，进行恒等变形可得： $X = C_0 / (Q \cdot a) + C_1 / a$ （式 3）

从式 3 中我们可以知道，法律设定的最佳调查深度取决于四个量，并且和这四个量有如下关系：和登记的成本 C_0 以及登记查询费用 C_1 成正相关关系，和潜在交易人数 Q 以及调查的难度系数 a 成负相关关系。

我们知道，登记的成本以及登记查询费用和登记制度的完善程度正相关；潜在交易人数和交易的活跃程度正相关，和交易的限制程度负相关；调查难度则和交易各方的熟悉程度负相关。那么将这些相关关系代入式 3，我们就可以得出如下三个定理：

定理 1：在登记制度越不完善的社会（登记的成本或者登记查询费用越高），就越应该让交易中的第三人负担较深的实质调查义务；反之则应该让第三人负担较浅的实质调查义务。

定理 2：在交易越不频繁或者交易越受限制的领域（潜在交易人数越少），就越应该让交易中的第三人负担较深的实质调查义务；反之则应该让第三人负担较浅的实质调查义务。

定理 3：越是在熟人社会中（实质调查的难度越小），就越应该让交易中的第三人负担较深的实质调查义务；反之则应该让第三人负担较浅的实质调查义务。

（二）经济模型对我国物权变动模式的验证

就土地承包经营权而言，一方面，土地承包经营权的互换和转让是受限制的。依据土地承包经营法，互换仅能在同一集体经济组织内进行，而转让虽然不限于同一集体经济组织，但是转让的条件非常严格，包括：转让人必须有稳定的收入（第 41 条）；经发包人同意（第 37 条）；受让方是从事农业生产经营的农户（第 33 条第 1 款第 4 项）等等。这就决定了土地承包经营权的流转范围有限。依据定理 2，在土地承包经营权的互换和转让中，科以交易中的第三人一定的调查义务是合理的。当然，上述结论也存在一些例外，例如“四荒”土地承包经营权的设立、转让就不受限制，因此定理 2 只能在大多数情况下适用。另一方面，土地承包经营权仅适用于我国农村，而我国的农村又是一个典型的熟人社会，在熟人社会中调查清楚权利的归属并不困难，而且我国土地承包经营权的互换需要在发包人处备案，转让还要经过发包人同意，发包人对于土地的权利状况非常了解，通过询问发包人的方式也可以比较容易地获取土地的权属信息。依据定理 3，科以土地承包经营权交易中的第三人一定的调查义务是合理的。

就宅基地使用权而言，法律没有明文规定其流转适用的物权变动模式，但是理论上一般认为也适用登记对抗主义。^[40] 在我国，宅基地使用权的流转是受到严格限制的，“农村村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准”，^[41] 这就从客观上抑制了农民转让的积极性。同时，“农民的住宅不得向城市居民出售”，^[42] 大大限制了宅基地的可移转性。依据定理 2，科以宅基地使用权交易中的第三人一定的调查义务是合理的。

就地役权而言，其设定虽然不限于农村地区，但是农村地区居多。即使不设定在农村地区，地役权往往还存在各种外观上的可辨识性，调查并不困难。依据定理 3，科以承役地交易中的第三人一定的调查义务是合理的。

动产抵押和浮动抵押以及特殊动产的物权变动是典型的现代市场经济的产物，并没有定理 2

[40] 参见王利明：《物权法研究》下卷，中国人民大学出版社 2007 年版，第 208 页。

[41] 《中华人民共和国土地管理法》第 62 条。

[42] 1999 年国务院办公厅《关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》第 2 条。

和定理 3 的适用余地。但是目前我国的登记制度尚不完备，虽有《动产抵押登记办法》等出台，但实践中的运行效果并不理想。而且动产的特性决定了动产的登记簿不可能如同不动产一样按照物的编成主义进行精确的编排，而只能依照人的编成主义，并且对于担保物等担保的具体内容也只能进行相对抽象的表述，这在一定程度上也降低了登记簿的可信度。依据定理 1，科以交易中的第三人一定的调查义务从某种程度上说也是合理的。

综上，从总体上说，我国法律中让这几种特殊的物权变动中的交易第三人承担一定的实质调查义务是一个有效率的选择。^[43]在这几个领域采取登记对抗主义，并依第三人的善意和恶意进行区分保护的立法模式是合理的。进一步而言，本文选择权利外观说作为我国登记对抗主义的“形式上的理论模型”也是具备实质妥当性的。

四、不登记不得对抗善意第三人的范围

接下来的问题是，是否所有的第三人都要区分善意和恶意，是否存在某些第三人，无论善意还是恶意，未登记的物权都可以对抗之（笔者称之为“绝对可对抗的第三人”），是否存在某些第三人，无论善意还是恶意，未登记的物权都不能对抗之（笔者称之为“绝对不可对抗的第三人”）。

（一）对“善意第三人”的范围加以限制的必要

我国物权法中的登记对抗主义表述为“不登记不得对抗善意第三人”，似乎对于第三人的范围未加限制，即对一切第三人都要区分为善意和恶意。

我们可以考察如下几种情形：

1. A 将其土地承包经营权转让给 B，仅签订了协议尚未办理登记手续。完全没有权利的第三人 C 侵占该土地，B 向 C 主张返还土地。C 能否以并不知道该土地承包经营权转让给了 B 为由，主张自己为善意第三人，并拒绝返还土地？

上例中，第三人 C 实际上是侵权人，对于系争土地没有任何正当利益。因此无论其是否知道土地已经转移给 B，都不能成为其抗辩的理由。^[44]

2. A 将其土地承包经营权转让给 B，仅签订了协议尚未办理登记手续时，A 死亡，A 的继承人 C 并不知晓上述土地承包经营权转让协议的存在，继承了该土地承包经营权并办理了相关的登记手续。B 向 C 主张土地承包经营权已经移转，要求 C 返还土地并办理登记手续。C 能否以继承发生时自己并不知情为由，主张自己为善意第三人，拒绝 B 的请求？

上例中，A 的继承人 C 既然继承了 A 的财产，自然也继承了 A 的财产负担，因此 C 应该具有和 A 相同的法律地位。C 无论是否知晓土地权利已经移转，都没有正当理由抗辩。^[45]

3. C 将其土地承包经营权转让给 A，A 又将其土地承包经营权转让给 B。当事人都没有进行移转登记，登记簿上记载的土地承包经营权人仍然是 C。后土地行情上涨，C 欲收回土地，C 能否以并不知情 A 和 B 的交易为由主张自己是善意第三人，向 B 主张返还土地？

上例中，C 既然已经将土地承包经营权转让给了 A，明知自己已经并非真实权利人，因此即使 C 并不知道之后 A 又将土地承包经营权转让给了 B，C 也不是信赖登记簿上记载的第三人。因此 C 无权抗辩。^[46]

[43] 例外的情况可以通过“善意”判断标准的弹性化设计以及其他法条的优先适用而解决。

[44] 比较法上类似的情形参见日本大判明治 41 年 12 月 15 日民录 14 卷 1276 页。该判决对不登记亦可对抗的第三人的范围作出了列举，包括“就同一不动产的侵权人”。此后的判例均沿袭了该立场。

[45] 比较法上的类似情形参见日本广岛高判昭和 35 年 3 月 31 日高民集 13 卷 2 号 237 页。

[46] 比较法上的类似情形参见日本大判昭和 12 年 12 月 21 日法学 7 卷 4 号 532 页。

由上述三例可知,对善意第三人的范围不加限制显然不合理。^[47]从比较法上看,当第三人是侵权人等完全无权利的人,或者第三人是继承人,又或者第三人是连环交易中的前手或者后手时,无论这种第三人是善意还是恶意,当事人不登记也可以对抗之,即属于“绝对可对抗的第三人”。笔者认为,这种解释合情合理,将之引入我国解释论,应无异议。

除了上述通过法感情就可以判断的情形外,就一些类型的第三人是否属于“不登记不得对抗的善意第三人”,则存在着激烈争论,其中争议最大的是所谓的“一般债权人”。就此问题国内形成了三种不同的观点:(1)绝对不能对抗说,即无论一般债权人属于善意还是恶意,未登记的物权人都不能对抗之。^[48](2)绝对可对抗说,即无论一般债权人属于善意还是恶意,未登记的物权人都可以对抗之。^[49](3)善意恶意区分说,即要区分一般债权人的善意和恶意,未登记的物权人可以对抗恶意的一般债权人,而不能对抗善意的一般债权人。^[50]上述第二种学说在国内法学论著中反复出现,有成为通说的趋势。

(二)由“一般债权人”概念引发的误读

在讨论上述问题之前,有一个先行问题必须分析清楚——何谓“一般债权人”?笔者考察了我国大陆、台湾地区以及日本的相关论著,至少有如下两种不同外延的使用方式:

第一,“一般”系相对于附有担保物权的债权而言,即指无担保债权人,其外延广泛,涵盖了特定物债权人和种类物债权人以及金钱债权人。在考虑此一般债权与其他权利的冲突时,一般预设的场景都是债务人破产的场合或者财产被扣押的场合。笔者称这种意义上的一般债权人为“广义的一般债权人”。

第二,在债权人的大范畴中排除有担保物权的债权人、特定物债权人、破产债权人、扣押债权人等,剩下的最普通、最具有一般性的债权人。最典型的情形是债权人对债务人有金钱债权,而债务人尚未陷入破产,也不处于执行程序的情形。笔者称这种一般债权人为“狭义的一般债权人”。

我国大陆和台湾地区提及一般债权人,指的都是“广义的一般债权人”,^[51]但是在日本,所谓的一般债权人指的却是“狭义的一般债权人”。^[52]日本讨论一般债权人是否属于“不登记不得对抗的第三人”时,并非讨论债务人陷入资不抵债时未登记的物权人与其他债权人的利益发生实质冲突的情形,而是讨论当债务人资信状况良好,尚未陷入破产窘境时,一个单纯的金钱债权人是否能够主张未登记的物权人的物权未登记的问题。讨论的结果自然倾向于两种:一种观点认为这种狭义的一般债权人没有正当利益主张登记欠缺,因为此时债务人明明有财产可以清偿其债权(日本的通说);^[53]另一种观点认为这是一种无意义的讨论,因为债务人尚未陷入破产,也没有进入分配程序,实践中几乎不可能在这一阶段就发生所谓的一般债权人的争议,因此是一个伪命

[47] 对善意第三人的范围采取限制说也成大势所趋,不仅比较法上采取了这一态度,我国的学说亦有转向此观点的趋势,尽管限制的方案各不相同。参见崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2009年版,第52页;前引[40],王利明书,第89、247、517、527页。

[48] 参见李国光主编:《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释〉理解与适用》,吉林出版社2000年版,第228页。

[49] 参见王泽鉴:《动产担保交易法上登记之对抗力、公信力与善意取得》,载氏著《民法学说与判例研究》第1册,中国政法大学出版社2005年版,第228页。

[50] 参见王利明:《物权法教程》,中国政法大学出版社2003年版,第358页。

[51] 参见前引[49],王泽鉴书,第228页;朱岩、高圣平、陈鑫:《中国物权法评注》,北京大学出版社2007年版,第657页。

[52] 参见[日]吉原節夫:《登記がなければ対抗しえない第三者》,载前引[14],舟桥淳一等编书,第579页。

[53] 参见前引[16],舟桥淳一书,第199页以下;[日]川岛武宜:《民法I》,有斐阁昭和35年版,第169页;[日]林良平:《物权法》,有斐阁昭和26年,第78页;[日]金山正信:《物权法总论》,有斐阁昭和39年版,第281页;[日]铃木禄弥:《物权法讲义》,创文社平成6年版,第234页。

题（日本近年来的有力说）。〔54〕但是，实质上我们所关心的诸如破产债权人、扣押债权人、参与分配债权人，在日本法中都是典型的“不登记就不能对抗的第三人”。〔55〕我国常常有学者认为日本法中的主流观点将“一般债权人”排除于“不登记就不能对抗的第三人”的范围之外，认为我国也应该加以借鉴，实际上是一种误读。

这一误读现象在对美国动产担保交易制度的理解中亦存在。我国学者常常引用美国统一商法典第9-201条（a），〔56〕并将该条款中的“债权人”（creditors，该词前面未附加任何定语）理解成前述“广义的一般债权人”，并由此认为，在美国未公示〔57〕的担保物权也具备担保效力，可以对抗“一般债权人”。但是实际上第9-201条（a）在大多数情况下是被架空的，真正起关键作用的规则是第9-317条（a）（2）。该条规定的是lien creditor与未公示担保物权人的优劣关系，由于英语中lien包含了留置权的含义，所以我国学者常常简单地将该条理解成解决未登记担保物权与留置权关系的规则。实际上，lien creditor在美国法中是一个外延非常广的概念，〔58〕其中包括破产管理人以及扣押债权人。依据美国破产法中著名的“强臂条款”第544条（a）（1），破产管理人在破产程序中具有lien creditor的地位，可以无条件地撤销一切劣后于lien creditor的权利。而根据美国统一商法典第9-317条（a）（2），原则上未公示的担保物权人是劣后于lien creditor的，所以实际上在破产程序中，除购买价金担保物权外，未公示的担保物权都会被无条件地撤销。〔59〕因此，第9-201条（a）中的债权人应该理解为排除了破产债权人、扣押债权人等的债权人，实际上在范围上类似于前述日本法中的“狭义的一般债权人”。结论就是，在美国动产担保交易制度中，未公示的担保物权基本上并无优先效力。〔60〕

（三）“不登记也可以绝对地对抗广义一般债权人”批判

我国最早提出“不登记也可以绝对地对抗广义一般债权人”论点的学者是王泽鉴教授，之后赞成该论点的学者一般都是在引用王泽鉴教授的观点。王泽鉴教授主要提出了四点理由以支持其论点：（1）就法律性质言，物权具有排他性，其效力恒优于债务人之一般债权，此为一项基本原则，动产抵押权既属物权，应优先于一般债权，实为当然之理，登记与否，并不影响其优先受偿效力，否则动产抵押权是否具有物权性，将因有无登记而不同，势将混淆法律体系。（2）就文义言，对抗云者，系以权利依其性质有竞存抗争关系为前提，例如在同一标的物上有动产抵押权或

〔54〕 参见〔日〕松尾弘、古积健三郎：《物权·担保物权法》，弘文堂平成20年版，第105页；前引〔9〕，近江幸治书，第60页。

〔55〕 参见日本大判明治41年12月15日民录14卷1276页；日本大判昭和8年11月30日民集12卷2781页；日本名古屋高判昭和29年1月18日下民集5卷1号36页。

〔56〕 美国统一商法典第9-201条（a）规定：“除另有规定外，根据当事人之间的约定条款，担保合同的效力可以对抗担保物的购买人和债权人。”

〔57〕 美国动产担保物权的设定一般分为两步，一是设立（attachment），二是公示（perfection）。Perfection的翻译最有难度，这是美国统一商法典第9章中的一个特有制度。有的中文译本将perfection翻译为“生效”、“公示”等。而有的日文译本将perfection翻译为“具备对抗要件”、“公示”等。这些翻译都是将perfection对应为自己国家法律体系中的一个近似的法律制度，问题在于这一对应关系常常是不准确的。但是考虑到如果采取直译的方式，很多问题解释起来会非常麻烦，所以尽管不是很准确，本文仍然采取“公示”这一翻译方式。

〔58〕 对于lien的准确含义，孙新强教授也认为将之翻译为“留置权”是不当的，“其内涵大致相当于我国法上的担保物权加诉讼保全等强制措施”。参见孙新强：《我国法律移植中的败笔——优先权》，《中国法学》2011年第1期。

〔59〕 对于此结论，美国的统一商法典教科书上是写明的。See Bradford Stone, *Uniform Commercial Code in a Nutshell*, 7th ed., Thomson/West, 2008, pp. 535-537.

〔60〕 更精确地说，某些情况下有一些受限制的优先效力。例如当被设定的担保物权是购买价金担保物权时，依据美国统一商法典第9-317条（e），购入资金担保物权人取得了一个20天的宽限期，只要在购买的标的物交付之后20天以内将融资证明登记，那么购入价金担保物权人就优先于其他担保物权人。当然，这也只是赋予价金担保物权人一个临时性的优先地位，一旦宽限期过了还未公示，则将丧失这一临时性的优先地位。

质权时，始生对抗的问题。动产抵押权等依其本质即优先于债权，自不发生所谓对抗问题。(3)就立法史而言，依动产担保交易法立法理由书之说明，第五条规定系仿美国立法例而设。依美国动产抵押法及附条件买卖法，动产担保无论是否登记，其效力恒优于一般债权，故吾人之解释，与立法本意，并无违背。(4)就交易安全而言，论者有谓：动产抵押若未为登记，不具登记力，若承认其优先效力，则债务人之一般债权人，必遭不测之损害，殊非妥善。此为主张广义说者之主要理论根据，但详析而明辨之，亦难苟同。一般债权人之借与金钱，系信赖债务人之清偿能力，故应承担其不获清偿之风险。其既与动产抵押之标的物无法律上之直接关系，实不能承认其具有对抗动产物权之效力。一般债权人为了避免遭受不测损害，应设定担保物权。^{〔61〕}

就第1点理由而言，笔者认为有教条之嫌，以预设的“物权恒优先于债权”的理念作为公理，没有考虑实质的利益关系。实际上，登记对抗主义本来对于物权与债权的效力体系就是一个冲击，即使认为未登记的抵押权优先于“广义的一般债权”，这一冲击也是存在的，其效力仍然不同于公示了的物权。而且认为“动产抵押权是否具有物权性，将因有无登记而不同”也是有失偏颇的。因为即使未登记的抵押权不能对抗一般债权人，也至少可以对抗侵权人，其物权性仍然有所体现。既然如此，就不应该固守“物权恒优先于债权”的教条，而应在分析当事人之间的实质利益关系的基础上进行平衡取舍。

就第2点理由而言，笔者认为这是王泽鉴教授个人对“对抗”的定义。从比较法上看，未登记物权与债权之间的对抗关系是对抗制度中的重要一环。例如在日本，尽管有诸多理论界定何谓“对抗”关系，但是没有任何一个理论彻底否定了未登记物权与债权之间的对抗关系。一般认为，区分是否具有对抗关系的关键点并非权利性质是物权还是债权，而是是否“具有物的相争关系”。即使是债权，只要“取得某种物的支配关系”，也属于不登记不得对抗的范畴。^{〔62〕}

就第3点理由而言，本文上一节已经述及，此处不赘。

就第4点理由而言，笔者认为涉及了问题的本质。不登记不得对抗的第三人范围是否包含一般债权人，实质上就是一个交易安全（动的安全）与意思自治（静的安全）的冲突问题。更进一步而言，就是一个交易成本的分配问题。主张不登记不得对抗的第三人范围包含一般债权人，则意味着交易中的当事人要在更多的情形下承担登记成本；主张不登记不得对抗的第三人范围不包含一般债权人，则意味着交易中的第三人要在更多的情形下承担调查成本。王泽鉴教授认为“一般债权人之借与金钱，系信赖债务人之清偿能力，故应承担其不获清偿之风险”，实际上就是无条件地（即不考虑善意恶意）让作为交易中第三人的金钱债权人承担交易中的调查成本。如前所述，即使是在熟人社会中，让交易中的第三人承担实质调查义务也是有限度的（达到善意标准即可），让其承担无限调查义务显然是违背效率价值的（金钱债权有其特殊性，不受熟人社会限制，金钱债权人甚至连有限度的调查义务也不应当承担）。因此王泽鉴教授的理由4也是不成立的。

补充说明的是，在未登记抵押权与一般债权的优先效力问题上，王泽鉴教授的观点并非我国台湾的通说。例如谢在全大法官就持反对意见，认为应该在广义上认定不登记不得对抗第三人的范围包括扣押债权人、参与分配债权人等，实质上和日本的通说以及判例的观点近似。^{〔63〕}我国台湾的判例采取的也是这一观点。^{〔64〕}

〔61〕 参见前引〔49〕，王泽鉴书，第228页。原文中还存在第5点理由，即与所有权保留的类比关系，但该点理由本身不强，而且被转引频率并不高，所以文中不赘。

〔62〕 参见前引〔16〕，舟桥淳一书，第180页以下；前引〔52〕，吉原節夫文。

〔63〕 参见谢在全：《民法物权论》下册，作者2010年自版，第163页。

〔64〕 参见王泽鉴：《动产担保交易法三十年》，载氏著《民法学说与判例研究》第8册，中国政法大学出版社2005年版，第271页。

实际上,依据本文所主张的权利外观说,一般债权人在交易时信赖了权利尚未变动的外观,自然应该对之加以保护。只保护物权人而不保护债权人的观点显然是偏颇的。需要讨论的问题只在于保护的介入点。当债务人资信状况良好,债权人的债权没有不能实现之虞时,债权人与未登记物权人的利益没有发生实质性冲突,自然没有道理主张物权变动没有登记。但当债务人陷入了破产,或者债务人的财产被扣押时,债权人就与未登记物权人的利益发生了实质性冲突。既然债权人当初相信了物权尚未移转的权利外观,自然应该对这种债权人加以保护。因此,除“狭义的一般债权人”外,破产债权人、扣押债权人、参与分配债权人都应该属于不登记就不能对抗的第三人。

(四) 难点问题:破产债权人等是否区分善意恶意

从比较法上看,美国统一商法典曾经区分破产债权人的善意恶意,但是由于这种区分实践操作过于繁琐,后来不考虑破产债权人的善意恶意,一旦进入破产程序,未公示的担保物权都会被撤销。^{〔65〕}日本虽然也有少数学说主张应该在破产程序中区分善意的破产债权人和恶意的破产债权人,但因这种区分将造成极为繁琐的程序,也未为通说和判例所采纳。^{〔66〕}笔者认为这一比较法上的经验值得借鉴。除了比较法上的经验外,笔者认为还存在更深层次的理由。

前文说明了为何在土地承包经营权的交易中要科以第三人实质调查义务。在土地承包经营权的交易中将不登记不得对抗的第三人的主观上限定为善意,是因为土地承包经营权交易的范围受到限制,而且是熟人社会,故实质调查难度不大。但是当第三人的交易对象并不指向土地承包经营权,而是指向土地承包经营权人的一般责任财产时(如第三人只是单纯的金钱债权人),则上述两个条件均不成立,如果此时仍然只保护善意的债权人,就是一种不效率的选择。因此,此时对第三人就不应区分为善意和恶意,而应同等保护。需要说明的是,这种指向债务人一般责任财产的债权人在未进入破产程序之前(即前文所述“狭义的一般债权人”),和物权人的权利并不发生冲突,所以不在“不登记就不得对抗的第三人”范围之内;但是当这种债权人进入破产程序之后和物权人的权利发生冲突时,基于效率的考虑,不应区分其在当初订立合同时的善意或者恶意,而应该一体保护,均为“不登记就不得对抗的第三人”。

同理,扣押债权人、参与分配债权人的处理也应当与破产债权人相同,即当作为债权人的第三人并非以系争特定物为债权标的,而是抽象地对债权人的一般责任财产享有债权(主要表现为金钱债权)并且进入破产程序或者其他执行程序时,无论这种债权人是善意还是恶意,未登记的物权人都不能对抗之。易言之,破产债权人、扣押债权人、参与分配债权人属于“绝对不可对抗的第三人”。

(五) 难点问题:特定物债权人

“狭义的一般债权”、破产债权、扣押债权、参与分配债权的共同特征是,与未登记物权的权利冲突体现在对债务人一般责任财产的分配上。而下文将分析的是其中的“特定物债权”与未登记物权的效力优劣关系。这一关系的特征在于,权利冲突体现在特定物的归属上。

〔65〕 在1962年版的美国统一商法典中,还要区分 lien creditor 的善意恶意,对于知道担保物权人存在的 lien creditor 而言,即使担保物权未公示,lien 也劣后于担保物权。于是,在破产程序当中,如果并非所有的破产债权人都知道担保物权存在(尽管该担保物权未公示),破产管理人和担保物权人谁更优先就成为了一个问题(参见1962年版美国统一商法典第9-301条(3)最后一句)。而从1972年版的美国统一商法典开始,在考察担保物权人和 lien creditor 的权利优先顺序时,将 lien creditor 是否善意从决定因素中剔除出了。参见前引〔59〕,Bradford Stone书,第535页以下。

〔66〕 如何在破产程序中区分善意的债权人和恶意的债权人是一个操作上的难题。因为债权人在破产程序中本来应该是平等的,如果区分善意和恶意,存在如何实现这种效力上的差异的问题。有学者提出,只要破产债权人中有一个是善意的,就视为破产管理人是善意的,未登记的物权人就不能对抗破产管理人,可以暂且忽视未登记的物权人的存在,按照债权比例对破产财产进行分配。分配完成之后,未登记的物权人可以对恶意的债权人提起不当得利之诉。该观点受到学界批判,认为这种分配模式将提起无数的诉讼,浪费社会资源。参见前引〔30〕,铃木禄弥书,第40页。

“特定物债权人”这一登记要件主义下非常简单的问题到了登记对抗主义下变得异常复杂且充满争议。

在登记对抗主义物权变动模式下，“特定物债权人”的范围要狭小得多。物权仅依当事人的意思表示就发生了变动，所以一般情况下债权的特定和物权的变动是同时发生的。登记要件主义立法例下的特定物债权人，在登记对抗主义立法例中绝大多数情况下已经是物权取得人了。当然，例外仍然存在且引发了以下争议。

争议的情形主要存在于二重让与中，且与登记对抗的理论构造有关。例如A与B订立物权转让合同，在没有办理移转登记的时候，又和C订立物权转让合同，也没有登记。就B的法律地位没有争议，一般情形下B已为物权取得人。问题在于C的法律地位，这取决于采取哪一种对抗理论构造。由于A与B订立物权转让合同时，物权已经发生转移，当A再与C订立物权转让合同时，若采取不完全物权变动说或者信赖保护说中的限制的信赖保护说（半田说）时，C取得了一个“没有对抗力的物权”。此时B与C的关系并非物权取得人与特定物债权人的关系，而是“没有对抗力的物权取得人”间的关系，C的法律地位和B完全相同，处于互相不能对抗的关系。若采法定得权失权说或者信赖保护说中的权利外观说（筱塚说），只有在C完成登记等权利取得要件时，C才是物权取得人，否则C只是特定物债权人，作为物权取得人的B的权利优先于作为特定物债权人的C的权利。由于日本的判例认为二重让与中B与C的权利效力相同，互相不能对抗，^{〔67〕}所以一般认为日本的判例采取的立场是前者，即在二重让与中C也是物权取得人。

如前所述，笔者认为我国的登记对抗主义应该采取权利外观理论构造，即二重让与中的第二受让人在未登记之前是特定物债权人。因此，笔者认为在我国的登记对抗主义构造中，未登记的物权人与特定物债权人之间的权利冲突是对抗问题中的一个重要类型。同时依据权利外观说，未登记的物权应该优先于特定物债权。

笔者的上述观点也和美国动产担保交易制度相符合。在美国动产担保交易中，当并不适用“正常交易中的买受人”规则时，^{〔68〕}依据统一商法典第9-317(b)，未公示的物权仅仅劣后于善意的（即不知担保物权的存在）支付了对价且取得了标的物占有的买受人。依据该规定的反对解释，未登记（公示）的物权应该优先于未满足上述要件的买受人。而未满足上述要件的买受人基本对应的就是大陆法系中的特定物债权人。

对比上一节的结论，笔者所主张的上述“未登记的物权应该优先于特定物债权”的结论也是自洽的。在上节中，未登记的物权优先于“狭义的一般债权人”，但是当“狭义的一般债权人”取得某种物的支配关系时，即成为破产债权人、扣押债权人或者参与分配债权人时，则未登记的物权不能对抗之。同理，特定物债权人也尚未取得某种物的支配关系，因此其权利应该劣后于未登记的物权人。当特定物债权人取得了标的物的登记时，则因其取得了物的支配关系而转化为物权人，未登记的物权不得对抗之。

结 论

就理论层面而言，考察比较法上关于登记对抗主义的各种理论构造，只有信赖保护说中的权利外观说最符合我国的立法目的，也最适应我国的民法体系。依据该理论构造，当事人间仅因意思表示就发生了完全的物权变动。但当事人在进行移转登记之前，第三人由于信赖物权尚未变动

〔67〕 参见日本大判昭和9年5月1日民集13卷734页。

〔68〕 “正常交易中的买受人规则”并不区分物权是否公示(perfection)，买受人的权利均优先，所以并非此处所谓“不登记不得对抗第三人”的问题。参见美国统一商法典第9-320条(a)。

的权利外观而从事了交易行为，法律为了保护第三人的这种信赖，承认第三人在登记后可以取得该物权。采取权利外观理论构造，登记对抗主义不仅在形式上，而且在实质上也加速了财产的流转，这主要体现在物权仅依意思表示而发生变动的场合。虽然这种物权不能对抗善意第三人，但在效力上仍区别于债权，没有正当权利的人以及交易中的恶意第三人都被排除在保护范围之外。尽管不保护恶意第三人对交易安全产生了一定的影响，但在其有限的适用范围中，不保护恶意第三人是一种有效率的选择。

就实践层面而言，参考比较法上的经验，侵权人等完全无权利的人、继承人、连环交易中的前手或者后手都属于“绝对可对抗的第三人”。拆分“广义一般债权人”的概念，其中“狭义的一般债权人”和“特定物债权人”属于“绝对可对抗的第三人”；破产债权人、扣押债权人、参与分配债权人属于“绝对不可对抗的第三人”。

Abstract: The dualization of real right transfer has been adopted in Chinese Real Right Law, that is, “publicity as an effective element” as the principle, and “publicity as a confronting element” as the exception. The study on real right transfer in China before mainly focuses on the former, while the study on the latter shows its inadequacy. Therefore, how to explain the registration confrontation doctrine as the exception is a theoretical and practical problem we have to deal with.

On the theoretical level, there are a few problems to be answered: what is confrontation? Which real right is the one that cannot confront a third party? And how can reconcile the systematical conflict of the two doctrines of real right transfer? This article observes kinds of theory construction of the registration confrontation doctrine in the comparative law, and draws the conclusion that the theory of right appearance, which belongs to the theory of public reliance theory, is the most suitable theory for explaining the legislation purpose and the civil law system of China. According to this theory, two parties could transfer real rights completely by declaring their wills only. However, if a third party executes transaction before the former two parties’ registration, owing to trusting the unchangeable appearance of the real right, the real right of the third party should be recognized after his registration.

On the practical level, it is a tricky problem to define the range of the third party in bona fide who could not be confronted without other party’s registration. It is generally an effective way to distinguish between the third party in bona fide and those in mala fide in principle, and to protect the third party in bona fide in Chinese Real Right Law. With the methods of legal economics and comparative law, some exceptions should also be accepted, that is, complete non-obligees such as infringers, heirs, prior parties and subsequent parties in transaction, general creditors in narrow sense and specific objects creditors could be confronted absolutely, and bankruptcy creditors, seizure creditors and creditors participating in distribution could not be confronted absolutely, whether in bona fide or in mala fide.

Key Words: real right law, registration confrontation doctrine, theory construction, the third party
