



暨南学报(哲学社会科学版)

Jinan Journal(Philosophy & Social Science Edition)

ISSN 1000-5072,CN 44-1285/C

《暨南学报(哲学社会科学版)》网络首发论文

题目： 抵押权善意取得争议问题研究
作者： 冉克平
网络首发日期： 2018-12-14
引用格式： 冉克平. 抵押权善意取得争议问题研究[J/OL]. 暨南学报(哲学社会科学版).
<http://kns.cnki.net/kcms/detail/44.1285.C.20181213.1134.004.html>



网络首发：在编辑部工作流程中，稿件从录用到出版要经历录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿等阶段。录用定稿指内容已经确定，且通过同行评议、主编终审同意刊用的稿件。排版定稿指录用定稿按照期刊特定版式（包括网络呈现版式）排版后的稿件，可暂不确定出版年、卷、期和页码。整期汇编定稿指出版年、卷、期、页码均已确定的印刷或数字出版的整期汇编稿件。录用定稿网络首发稿件内容必须符合《出版管理条例》和《期刊出版管理规定》的有关规定；学术研究成果具有创新性、科学性和先进性，符合编辑部对刊文的录用要求，不存在学术不端行为及其他侵权行为；稿件内容应基本符合国家有关书刊编辑、出版的技术标准，正确使用和统一规范语言文字、符号、数字、外文字母、法定计量单位及地图标注等。为确保录用定稿网络首发的严肃性，录用定稿一经发布，不得修改论文题目、作者、机构名称和学术内容，只可基于编辑规范进行少量文字的修改。

出版确认：纸质期刊编辑部通过与《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司签约，在《中国学术期刊（网络版）》出版传播平台上创办与纸质期刊内容一致的网络版，以单篇或整期出版形式，在印刷出版之前刊发论文的录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿。因为《中国学术期刊（网络版）》是国家新闻出版广电总局批准的网络连续型出版物（ISSN 2096-4188，CN 11-6037/Z），所以签约期刊的网络版上网络首发论文视为正式出版。

法学

抵押权善意取得争议问题研究

冉克平

[摘要] 不动产抵押权的善意取得与动产抵押权的善意取得均可证立。前者的构成要件包括：债务人或第三人无权处分、债权人为善意以及完成抵押登记，并不包括债权人“支付合理价格或履行主要义务”；后者仅指经由设定而产生的动产抵押权，而经由主债权让与而受让的情形则不可适用。动产抵押权应当以抵押登记为构成要件，占有状态仅限于直接占有，而排除间接占有。冒名不动产抵押行为不应适用善意取得，而应类推适用于无权代理，并可有条件地类推适用表见代理。对于借名登记行为，如果出名人仅是登记名义人而借名人为真实权利人，出名人则可将该不动产抵押给债权人，可构成不动产抵押权的善意取得。

[关键词] 不动产抵押权；善意取得；公信力；动产抵押；冒名抵押；借名登记

[中图分类号] D9 [文献标识码] A [文章编号] 1000-5072(2018)11-0034-13

一、问题的提出

善意取得是现代民法为维护交易安全而设置的重要制度，集中体现了法律规范的利益衡量与价值判断。^①《物权法》第 106 条第 1 款和第 2 款分别规定了不动产与动产所有权的善意取得及其法律效果，但是并未规定抵押权的善意取得。虽然最高人民法院在有关答复中指出：“抵押权的实现是物权变更的原因和方式之一，同样可以适用善意取得制度。”^②然而，答复属于针对具体个案的请示答复，其法律拘束力仅限于个案本身，而不具有普遍的法律效力，在其他案件中法官不能将上述答复直接作为裁判依据。

我国现行法确立了不动产抵押与动产抵押的双重抵押体系（《物权法》第 180 条）。抵押权具有从属于债权的特征；动产抵押权的设立无须交付，仅以登记为对抗要件，而不动产抵押权的设立则以登记为成立要件。这与所有权具有独立性、动产与不动产所有权的善意取得分别以交付和登记为成立条件并不相同。可见，抵押权善意取得与所有权善意取得存在“大同中的小异”。

作者简介：冉克平，武汉大学法学院教授、博士生导师，法学博士。

基金项目：国家社会科学基金项目“夫妻团体行为的法理分析与规范研究”（批准号：17BFX135）。

① Westermann, Sachenrecht, Band I, Grundlagen und Recht der beweglichen Sachen, 1990, S. 330.

② 参见 2011 年 12 月 13 日最高人民法院行政审判庭《关于其他财产共有人起诉期限计算以及对抵押权人是否适用善意取得问题的答复》（〔2011〕行他字第 75 号）。

③ 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，北京：法律出版社 2007 年版，第 391 页。

由于“小异”在法律上常常有足够的意义和要求，如何将被参照的规范相应于此“小异”作必要的限制或修正并适用到待决的案例之上，是授权式类推适用的思考重心。^③据此而言，抵押权善意取得的学说构造有以下三个问题值得探讨：（1）不动产抵押权善意取得构成要件的争议；^①（2）冒名抵押不动产、借名登记与不动产抵押权善意取得之间的关系；（3）动产抵押权是否及如何适用善意取得。^②笔者不揣浅陋，拟结合比较法上的相关资料，并在广泛搜集我国司法审判相关案例基础上，对上述问题予以分析与检讨，以期抛砖引玉，从而为民法典物权编善意取得制度的完善略尽绵薄之力。

二、不动产抵押权善意取得的构成分析

《物权法》第106条规定了典型善意取得的构成要件及法律效果。不动产善意取得的制度基础与不动产登记之公信力的基础相同，均在于交易成本之节约和合理信赖的保护^③，两者的关系犹如硬币的两面。《物权法》第16条确立的不不动产登记簿的推定效力，为不动产登记簿的公信力即不动产的善意取得奠定了坚实的信赖基础。^④不动产善意取得的构成要件的争议问题如下：

（一）无权处分的界定

作为不动产抵押权善意取得构成要件的“无权处分”以登记簿存在权利事项登记错误为前提。从现实状况来看，由于主客观因素的存在导致权属登记错误，从而构成善意第三人可信赖的表见事实。具体而言：（1）抵押人与债权人之间设定抵押权时的物权利属登记错误。进一步可以分为两种情况：一是实际上没有不动产物权却登记为有不动产物权，这被称为“物权存在与登记状况的积极不一致”。典型如登记原因无效或被撤销，或者非因法律行为导致不动产物权的变动，未及时更新登记簿相关事项，或者僭称继承人取得被继承人的不动产或继承人取得应继份之外的不动产并为继承登记；二是实际上有不动产物权却未为登记，这被称为“物权存在与公示现象消极不一致”。例如土地上有抵押权而登记机关没有记载，或者不动产共同共有关系仅登记在一个或部分共有人名下。^⑤在通过法律行为设定抵押权的情况下，如果登记簿的记载出现权利瑕疵，亦即抵押设定义务人系无权处分时，应当坚持“从无权利人处取得”的立场，保护抵押设定权利人（债权人）对登记簿权利外观的信赖，这也是抵押登记之公信力的表现形式。^⑥（2）债权人转让主债权及抵押权时的权属登记错误。若是债权已消灭，则抵押权也随之而消灭（《担保法》第52条）。由于被担保债权的种类与数额也登记在列，在主债权转让时，为了保护交易的安全，应当将登记簿上的主债权归于权属登记的范畴，并受不动产登记簿的公信力的保护。^⑦相应地，为了避免抵押权善意取得，抵押人可以提出异议登记，以阻却登记簿的公信力。

准此而言，不动产抵押权善意取得中的无权处分可以分为经由设定行为引起的无权处分与经由受让行为引起的无权处分：前者是指由抵押人（债务人或者物上保证人）即登记簿所表征的并不享有物权的“虚假权利人”或者不完全享有物权的“共有权利人”，就该不动产向债权人即第三人设

① 有关不动产善意取得的论文并不多见，参见程啸：《论不动产抵押权的善意取得》，《财经法学》2017年第1期。

② 对于动产抵押权是否可以善意取得，学说上存在较大争议。参见崔建远：《物权：规范与学说》（下），北京：清华大学出版社2011年版，第768—769页。

③ 参见叶金强：《公信力的法律构造》，北京大学出版社2004年版，第184页。

④ 参见程啸：《不动产登记簿之推定力》，《法学研究》2010年第3期。

⑤ 参见谢在全：《民法物权论》（上），北京：中国政法大学出版社2007年版，第85—86页。

⑥ 《物权法》第184条第4项规定：“所有权有争议的财产不得抵押”。该规范并非效力性规范，仅仅属于管理性规范。

⑦ 参见黄家镇：《论主债权瑕疵引发的不动产抵押权善意取得》，《法商研究》2017年第4期。

定抵押权的法律行为;后者是指债权人向受让人达成转让主债权及抵押权的法律行为,但实际上该主债权已消灭,登记簿所表征的是“虚假的债权人与抵押权人”。反之,若是不动产登记簿不存在错误,即使构成无权处分,也不能适用不动产善意取得。例如债务人的破产财产,在此类财产上设立抵押权,纵使第三人确属善意,亦不能取得抵押权。^①

(二)善意的判断

由于动产占有与不动产登记簿在公信力上存在强弱不同的差异,因此比较法上动产善意取得与不动产善意取得在“善意”的判断上显著不同。例如德国法上,由于官方编制的土地登记簿具有很高的可信度,仅在第三人明知登记簿错误时才可排除善意取得,重大过失并不在排除之列。这和动产的情况相反。^②《最高人民法院物权法司法解释(一)》(法释[2016]5号)第15条以受让人受让时“不知道转让人无处分权,且无重大过失”作为认定善意的一般标准,并将举证责任分配给真实权利人。主要理由在于,考虑目前我国不动产登记尚不完善的现状,应当相应提高认定标准,将当事人对该“不知”且不负有重大过失一并作为认定其为善意的标准。^③

从我国司法审判实践来看,不动产抵押权善意取得之“善意”的判断,主要有以下疑问:

第一,债权人对于不动产权属状况是否负有超越不动产登记簿之外的调查核实义务?在德国法上,不动产的受让人只需要了解土地登记簿的状况,对于额外事项并不负有审查义务。^④有学者认为,不动产善意取得中的受让人无须如动产善意取得中的受让人那样负有超越登记簿之外的调查核实的义务。除非登记簿的记载错误或者登记簿上有异议登记、查封登记,就应当认为不动产交易中的受让人是善意的。^⑤我国司法实践对此做法不一。对于不动产抵押权的设立,有法院要求受让人必须现场查看不动产的状况。^⑥不过也有法院认为,不动产登记具有公信力,债权人对不动产登记的相信、信赖无须证明,可以被推定为善意。^⑦还有法院认为,债权人善意取得不动产抵押权时,对债务人在办理他项权证过程中的违法或者犯罪行为不负审查义务。^⑧对此,笔者认为,不动产权属状况原则上应以登记簿为中心进行审查。通常情形,只要不动产登记簿上不存在异议登记、预告登记、查封登记等记载事项,就应当推定债权人为善意。将不动产登记簿以外的事项纳入债权人“应知”的范围,实际上就是在弱化登记簿的推定力和公信力,势必会损害国家建立不动产登记制度的宗旨。而且,对不动产登记申请资料进行查验、实地查看以及调查可能存在的权属争议,这是登记机构的法定职责。^⑨我国夫妻法定财产制是婚后所得共同制(《婚姻法》第17条),这是造成登记簿记载的权属状况与真实权利不一致的重要原因。但是,就登记机构而言,在办理不动产抵押登记时不应也无法审查被登记的不动产是否属于夫妻共同财产。若要求登记机构去审查申请人的婚姻关系状况(如要求提供离婚证或所谓的独身证明),也无法确定不动产的真实权利状况。因为夫妻之间的财产状况有分别共有、共同共有、部分分别共有和部分共同共有等多种形

① 参见江必新、贺荣主编:《最高人民法院执行案例精选》,北京:中国法制出版社2014年版,第419—424页。

② [德]M. 沃尔夫著,吴越等译:《物权法》,北京:法律出版社2004年版,第226页。

③ 参见杜万华主编:《最高人民法院物权法司法解释(一)理解与适用》,北京:人民法院出版社2016年版,第361页。

④ Vgl. Staudinger/Gursky, § 892, Rn 11.

⑤ 参见程啸:《论不动产抵押权的善意取得》,《财经法学》2017年第1期。

⑥ 例如“李格等房屋买卖合同纠纷案”,参见武汉市中级人民法院(2015)鄂武汉中民终字第00208号民事判决书。

⑦ 例如“广东巨统防火装饰材料有限公司案”,参见广东省梅州市中级人民法院(2016)粤14民终94号民事判决书。类似案件“中国邮政储蓄银行股份有限公司金融借款合同纠纷案”,参见贵州省安顺市中级人民法院(2015)安市民终字第285号民事判决书。

⑧ 例如“中国银行股份有限公司南通港闸支行借款抵押权纠纷案”,参见江苏省南通市(2009)通中民二终字第0452号民事判决书。

⑨ 参见程啸、尹飞、常鹏翱:《不动产登记暂行条例及其实施细则的理解与适用》,北京:法律出版社2016年版,第145页。具体案件如“漳州鑫源典当有限责任公司典当合同纠纷案”,参见福建省漳州市中级人民法院(2016)闽06民终134号民事判决书。

式，所以，如果让登记机构一一对此加以审查，进而确定不动产可能涉及的共有等一切权利状况，显然难以做到。^①

第二，债权人尤其是金融机构对于涉及不动产抵押登记原因的相关材料所负担的审查义务与善意如何判断？对此，金融机构在抵押贷款的审批与发放上存在严格的程序和流程要求（《商业银行法》第36条），其在签订抵押贷款合同过程中是否按流程要求进行了审核，是判断其是否善意的标准。^②若金融机构对应有的调查内容未履行审慎审核义务，则客观上存在过失，不符合法律规定的善意要件。^③反之，若金融机构对债权合同、抵押合同等相关资料进行了认真审查并认定其真实有效，即使事后证明该材料系申请人伪造，银行亦无需负担审核不严的法律责任。^④

（三）债权人是否支付合理价格或履行主要义务

对此，学说与实务存在争议：（1）否定说。有学者认为，抵押合同、质押合同等以设定抵押权或质权等担保物权为目的，合同本身并不存在有无对价的问题。^⑤还有学者认为，即便债务人与抵押人同一，债权人是否发放贷款也只是作为主合同借款合同中的债权人负担的给付义务而已，并非抵押合同中抵押权人支付给抵押人的对价。至于债务人之外的第三人提供抵押担保的情形，更非抵押权设立的对价。^⑥此外，另有观点认为，在担保物权善意取得的构成要件中，基于担保合同的无偿性，“有偿”由“被担保债权合法存在”所替代。^⑦从我国的司法审判实务来看，有少量判决认为不动产抵押权的善意取得并不以“合理价格”作为构成要件。^⑧（2）肯定说。有观点认为，《物权法》将“以合理价格转让”作为善意取得制度的一个构成要件，是因为善意取得制度设立的主要目的是保护动态的交易安全，其适用是以合法有效的交易行为为基础的。故抵押权人不能无偿或者以明显不合理的低价取得抵押权。^⑨还有观点认为，根据《物权法》第106条的规定，当事人善意取得不动产抵押权的，除法律另有规定外，应当以“已经履行主合同义务”为要件。^⑩还有观点认为，合理对价是对“有偿取得”的进一步延伸，并且可以将“合理的价格”作为衡量受让人取得财产是否为善意的标准。^⑪相当数量的判决认为，抵押权人（债权人）发放贷款给债务人意味着善意取得中支付合理对价的要件，甚至最高人民法院对此亦持肯定态度。^⑫

笔者赞同否定说，主要理由如下：（1）《物权法》第106条强调善意取得必须适用于有偿交易，这是因为，善意取得是为了实现交易安全而设计的法律制度，只适用于有偿的交易行为。对于无

① 参见程啸：《不动产登记法研究》，北京：法律出版社2011年版，第199页。

② 如“崔德隆与中国工商银行股份有限公司北京亚运村支行确认合同无效纠纷案”，参见北京市第三中级人民法院（2015）三中民终字第15483号民事判决书。

③ 参见上海市中级人民法院（2012）沪一中民六（商）终字第39号民事判决书，《人民司法·案例》2013年第10期。

④ 如在“陈丽华金融借款合同纠纷案”，参见江苏省无锡市中级人民法院（2014）锡商再终字第0002号民事判决书。

⑤ 参见尹田：《物权法》，北京：北京大学出版社2013年版，第195页。

⑥ 参见程啸：《论不动产抵押权的善意取得》，《财经法学》2017年第1期。

⑦ 参见甄增水：《双轨制：我国善意取得制度设计的应然路径》，《法商研究》2014年第4期。

⑧ 如“吕有华与内蒙古呼和浩特金谷农村商业银行股份有限公司乌兰察布支行等执行异议之诉二审案”，参见呼和浩特市中级人民法院（2016）内01民终2176号民事判决书。

⑨ 李晓磊、赵晓明：《不动产抵押权善意取得的界定》，《湖北警官学院学报》2012年第9期。

⑩ 参见于筱江：《夫妻一方未经对方同意签订抵押合同的效力》，《人民司法》2015年第8期。

⑪ 韩斌、陈彦婷：《不动产抵押权善意取得制度在银行信贷业务中的应用》，《海南金融》2011年第9期。

⑫ 如“中信银行大连分行借款合同纠纷案”，最高法院认为：“鉴于中信银行大连分行为取得抵押权已经履行了相关贷款给付义务，抵押权担保的主债权已经成立，应当视为已经支付合理对价。”参见最高人民法院（2015）民申字第1247号民事裁定书。类似案件参见：上海市第二中级人民法院（2016）沪02民终4882号民事判决书；江苏省南通市中级人民法院（2015）通中商终字第00629号民事判决书；广东省深圳市中级人民法院（2014）深中法民终字第3291号民事判决书；贵州省安顺市中级人民法院（2015）安市民终字第285号民事判决书。

偿的转让行为,即使不适用善意取得,受让人也并未因此而受损失。^①然而,与不动产所有权善意取得相比,不动产抵押合同属于单务、无偿合同,抵押权的设定与财产的转让不同,其仅仅是抵押人在抵押财产上设立的一项负担,并不直接体现为交易行为。由于抵押权的设立不要求“支付合理的对价”,抵押权的善意取得属于《物权法》第106条的例外情形。(2)抵押合同从属于债权合同,在观念上可以将债权合同与抵押合同视为一个“交易行为”,这可能是司法审判实务将债权合同中的放款义务,作为抵押权人“支付合理价格或履行主要义务”的重要原因。但是,不动产抵押合同与债权合同仍然系属不同的法律关系,合同的内容与目的均不一样,而且当事人也可能不同(物上保证人的情形)。虽然当事人可以将“债权人履行放款义务”约定为抵押权的设立条件,但是这是当事人约定的结果,并不表明前者已经构成抵押合同的内容。因此,债权人“履行主要义务”亦非抵押权善意取得的构成要件。(3)“支付合理的价格”缺乏判断的依据。在所有权善意取得之中,转让标的物的“合理价格”的判断具有相对明确的依据。但是,抵押财产作为债权的担保,其价值既可能高于也可能低于所担保的债权数额,两者并不构成对等的关系,而是取决于当事人的约定、抵押财产的价值以及抵押权的次序等综合因素。

三、冒名处分与不动产抵押权善意取得

冒名行为意指行为人为获取某种利益的目的,未经他人的同意或授权,通过伪造他人的身份信息,使交易相对人误信行为人就是该他人,以此获得交易相对人的信赖进而实施法律行为。于此情形,行为人(冒名者)虽未经他人(被冒名者)同意或授权,但是冒名者既非以自己的名义,亦非伪称被冒名者的代理人,而是伪称其就是被冒名者,由此导致法律行为“名”与“实”不相一致的状态。

冒名抵押他人不动产的情形主要表现为以下两种:一是真实权利人与冒名人共谋,擅自抵押共有的不动产,尤其是夫妻均登记在共有不动产之上,配偶一方与假扮另一方配偶的冒名人共谋,将共有不动产抵押给债权人;二是行为人伪造签名,冒充真实的权利人设定抵押合同。对此,我国现行司法审判实践主要有三种做法:

第一,适用不动产抵押权善意取得,此种案件占据多数。法院通常认为冒名抵押夫妻共有不动产的行为属于无权处分,加之身份证、结婚证、房产证等形式齐全,债权人被认为已尽合理注意义务,完成登记之后债权人即可善意取得不动产抵押权。^②反之,也有法院认为债权人未尽合理审查义务,而不符合“善意”的要件,因而不构成善意取得。^③

第二,明确表示不适用善意取得。从判决来看,冒名抵押不动产的行为不适用抵押权善意取得主要理由在于:一是冒名处分行为与不动产物权善意取得的宗旨不符合;^④二是认为冒名抵押合

① 参见王利明:《物权法研究(第三版)》(上卷),北京:中国人民大学出版社2013年版,第443—444页。

② 如“兴业银行厦门分行与陈丽真、董向艺借款合同纠纷案”,参见福建省厦门市中级人民法院(2015)厦民终字第139号民事判决书。类似案件参见山东省济南市中级人民法院(2017)鲁01民终871号民事判决书;江苏省南京市江宁区人民法院(2013)宁民终字第1183号民事判决书;参见山东省济南市历城区人民法院(2014)历城民再初字第9号民事判决书;广西壮族自治区梧州市中级人民法院(2013)梧民三终字第37号民事判决书;江苏省南京市江宁区人民法院(2013)宁民终字第1183号民事判决书。

③ 如“中国银行南通经济技术开发区金融借款合同纠纷案”,参见江苏省南通市中级人民法院(2015)通中商终字第00629号民事判决书。

④ 如“大新银行上海分行借款合同纠纷案”,参见上海市第一中级人民法院(2015)沪一中民六(商)终字第664号民事判决书。

同并未体现真实权利人的意志，因而合同不成立。^①

第三，明确表示适用于表见代理。法院认为冒名处分行为是冒名者直接以假冒他人名义实施行为，与无权代理人以被代理人的名义实施法律行为并无本质差异。^②

与司法实践的做法相对一致不同，我国学说对冒名处分行为的法律适用争议极大，主要可以分为以下几种观点：(1)适用不动产善意取得。假冒他人名义处分财产构成广义的无权处分，《物权法》第106条并未明确排除冒名处分行为。^③冒名人与善意相对人之间的行为应被看作是无权处分行为。^④(2)类推适用不动产善意取得。有学者主张，比较冒名处分不动产的类推目标与表见代理和善意取得的规范目的，以及可信赖事实、第三人善意和可归责性等要件，冒名处分不动产与不动产善意取得更为相似。因此，冒名处分不动产的行为(一般伪造身份的情形)原则上应类推适用《物权法》第107条；例外(相貌特别相似的情形)可类推适用《物权法》第106条。^⑤(3)类推适用无权代理与表见代理。有学者认为，在不动产冒名处分中，受让人信赖的核心内容不是“登记正确信赖”，而是“身份真实信赖”。“身份真实信赖”与“登记正确信赖”之间具有本质差异，因而冒名处分行为不能适用善意取得。但是，鉴于“身份信赖”和“代理权信赖”更具有相似性，因此类推适用无权代理与表见代理堪称妥当。^⑥

笔者认为，冒名抵押他人不动产的行为既非无权处分，亦非无权代理，而属于较少发生的非典型案例。虽然传统民法并未将冒名行为作为独立的类型予以明文规范，但是学说认为，通过适当的法律解释方法，现有规范可以应对冒名行为这一案型。^⑦从类推适用的角度看，表见代理相比善意取得更为合适，主要理由在于：(1)登记簿错误是适用不动产善意取得的前提。基于当事人对登记簿上记载的权属事项正确性的信赖，即使发生登记簿错误(处分人与登记权利人不一致)，为了保护第三人对于登记簿的信赖，法律使当事人之间发生如同登记簿正确时相同的效果。^⑧冒名抵押不动产并未发生登记簿错误，相反，其所引发的是身份认识错误即登记权利人与现实处分人的不一致。登记簿的权属错误与身份认识错误判然有别。准此以言，我国司法审判实践将不动产冒名抵押直接适用于《物权法》第106条第3款，显然不妥。(2)若是冒名抵押行为可以直接适用不动产善意取得制度，那么只要登记机构对不动产进行了抵押登记，债权人就可以获得不动产抵押权。这是因为，若是连登记机构都无法辨别冒名者的身份和不动产信息而顺利进行了抵押登记，显然不能要求债权人具有比登记机构更高的辨认能力。因此，抵押登记的完成通常就足以认定债权人为善意。于此情形，变更登记与异议登记难以发挥应有的纠错功能，这对不动产所有权的损害过于巨大而有失公允。(3)表见代理与动产善意取得均属于权利外观责任，需要考虑被代理人或者所有权人对外观事实的可归责性。^⑨然而，由于不动产善意取得以不动产登记簿的公信力为基础，登记簿的公信力极强，因此不动产善意取得不以真实权利人的可归责性为构成要件，从而实现对交

① 如“平安银行股份有限公司上海陆家嘴支行诉王甲等抵押合同纠纷案”，参见上海市第二中级人民法院(2013)沪二中民六(商)终字第76号民事判决书。

② 如“中国工商银行宁波东门支行金融借款合同纠纷案”，参见浙江省宁波市海曙区(2009)甬海商再字第7号民事判决书。

③ 参见王利明：《善意取得制度若干问题研究——从一起冒名顶替行为说起》，《判解研究》(第46辑)，北京：人民法院出版社2009年版，第88—89页。

④ 参见戴永盛：《论不动产冒名处分的法律适用》，《法学》2014年第7期。

⑤ 参见石一峰：《再论冒名处分不动产的私法适用》，《现代法学》2017年第3期。

⑥ 参见冉克平：《论冒名处分不动产的私法效果》，《中国法学》2015年第1期；金印：“冒名处分他人不动产的私法效力”，《法商研究》2014年第5期；甄增水：《双轨制：我国善意取得制度设计的应然路径》，《法商研究》2014年第4期。

⑦ Vgl. Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 34. Aufl. 2010, Rn. 607.

⑧ 参见程啸：《论不动产善意取得之构成要件》，《法商研究》2010年第5期。

⑨ 参见朱虎：《表见代理中的被代理人可归责性》，《法学研究》2017年第2期。

易安全和信赖的最强保护。^① 除非被冒名人认为,冒名行为实施者可靠的概率与其不可靠的概率之比,大于可能所失与可能所得之比,被冒名者会理性地决定将信任给予冒名行为实施者。^② 因此,对于冒名抵押而言,被冒名人对于冒名行为实施者的错误信任(例如身份证、房产证等资料),通常并不具有可归责性。相应地,被冒名人具有可归责性(如被冒名者将身份证、房产证等资料交付给冒名者保管)。于此情形,通过类推适用表见代理,可以对被冒名人对身份错误的外观事实的可归责性与债权人的善意无过失状况进行利益衡量,经由动态的平衡寻求个案的正义。对此,北京市高级人民法院已明确冒名处分不动产适用于无权代理与表见代理。^③

概言之,冒名不动产抵押行为应当类推适用于无权代理,该抵押行为因抵押合同无效而无效,但是被冒名人同意或者追认的除外(《民法总则》第171条)。但是,若是被冒名人对于冒名外观事实(如身份信息、房产证书等)的发生具有可归责性,而且债权人对于冒名外观事实所生信赖具有合理性,则可以类推适用表见代理(《民法总则》第172条),其结果是抵押合同有效,债权人办理完抵押权登记手续后即可取得抵押权。

四、借名登记与不动产抵押权善意取得

民事主体既可自己实施法律行为,亦可授权他人而代理实施法律行为,这均符合私法自治的原则。^④ 于此情形,法律行为主体的“名”与“实”相互一致。但就不动产借名行为而言,法律行为的“名”与“实”不相一致:法律行为的名义载体与登记簿上记载的都是出名人,但实质上法律后果却由借名人承担。现阶段,由于受法律尤其是政策层面有关不动产限购措施(经济适用房、保障房以及商品房的购买资格限制)或者银行贷款资格限制等因素的影响,不动产借名登记现象并不鲜见。从实践来看,在不动产价格上涨的情况下,出名人为获得该不动产的所有权,往往主张其与借名人只是借贷关系或者投资关系;在案外债权人对出名人主张执行不动产时,借名人通常会提出执行异议。上述两种情形,均会在出名人借名人引发不动产权属的纠纷。

不动产借名行为的出名人,在未经借名人同意的情况下,将该不动产抵押给债权人,能否构成不动产抵押权的善意取得?此问题的实质在于,在借名购买不动产的情形,不动产的真实物权人是出名人还是借名人?如果真实物权人是出名人,则不动产抵押行为属于有权处分,自然不构成善意取得;反之,如果真实物权人是借名人,则不动产抵押行为属于无权处分,可以构成不动产抵押权的善意取得。对于借名行为之下物权的归属,学说与司法实务分歧较大,大体可以分为以下几种观点:(1)出名人为不动产权人,借名登记并非不动产登记簿记载的权利主体错误。有学者认为,在借名登记的情形下,尽管借名人与出名人存在借名买房的约定,但该约定只是特定当事人之间的债权债务关系,至于不动产权变动的效力只是发生在不动产出卖人与出名人之间。倘若认为借名登记时,借名人是房屋的实际所有权人,就意味着借名人完全可以在与出卖人没有

① Vgl. M. Lutter, Die Grenzen des sogenannten Gutgläubenschutzes im Grundbuch, AcP, 164, S. 123f.

② [美]詹姆斯·S·科尔曼著,邓方译:《社会理论的基础》(上),北京:社会科学文献出版社2008年版,第97页。在施信者给予信任的情况下,预期获得的利益等于可能所得与成功机会的乘积减去可能所失与失败机会的乘积。

③ 《北京市高院关于审理房屋买卖合同纠纷案件若干疑难问题的会议纪要》(京高法发[2014]489号)第8条(冒名签订房屋买卖合同的效力)规定:“出卖人冒用房屋所有权人名义(如伪造所有权人身份证明、找相貌近似者冒充所有权人交易等)擅自转让房屋,可以参照《合同法》第48条无权代理的规定认定房屋买卖合同无效,该合同对房屋所有权人没有约束力,但买受人有证据证明构成《合同法》第49条规定表见代理的除外。买受人信赖出卖人享有代理权法律外观的形成系不可归因于房屋所有权人的,不构成前款规定的表见代理。”

④ 参见[德]迪特尔·施瓦布著,郑冲译:《民法导论》,北京:法律出版社2006年版,第523页。

合意且不办理登记的情况下，直接取得物权，使得借名人与被借名人内部的约定无须登记即直接发生物权变动的效力，明显违背《物权法》第9条第1款和第15条，严重破坏了物权公示公信原则。^①从我国司法审判实践来看，有少量的判决认为，出名人为不动产的所有权人，借名人享有的是债权请求权而非物权请求权。^②(2)出名人为名义上的不动产物权人，实际上的不动产物权人为借名人。有学者认为，不动产虽然登记在出名人名下，但是借名人实际占有、使用标的物，财产所有权实际上属于借名人。但是，借名买房行为违反社会公共利益(如借用他人名义购房经济适用房)或者因逃避债务等其他非法原因而与他人恶意串通的，借名买房行为无效。^③另有学者从事事实物权与法律物权的角度，认为房屋的借名人享有事实物权，而出名人则拥有法律物权。法律原则上保护借名人的事实物权，因而借名登记的房屋属于借名人。但是，若是涉及第三人利益，出名人仍构成无权处分，可以适用善意取得制度。^④从我国的相关实务来看，相当数量的判决包括最高人民法院认为，借名人为实际财产权人。^⑤或者认为，借名买房登记属于登记簿错误。^⑥(3)借名购房是为规避政策或地方性法规的，应依法律行为解释规则判断借名合同的效力，应由出名人而非借名人取得房屋所有权。但是借名购买普通房屋的，虽然登记在出名人名下，通常应认定借名人取得房屋所有权。^⑦从司法实务看，法院认为：在借名人符合条件之前，由出名人享有所有权；在借名人具备购房资格之后，借名人有权要求出名人移转登记。^⑧

笔者认为，借名购买不动产的情形，不动产真实物权人的确认，应当结合借名购买不动产的约定予以综合判断。主要理由在于：

第一，如果借名购买不动产的约定并未涉及社会公共利益(例如“限购”、“限贷”等规定)，则该借名实施的法律行为有效。虽然不动产所有权或其他权利登记在出名人之下，但是隐藏的意思是：所有权人或其他权利人实质上仍为借名人。不动产物权登记只是确认不动产物权变动并将其公之于众的一种公示方法，而不是不动产物权变动的原因。在当事人就不动产物权归属发生争议时，法院应当对发生物权变动的原因或基础予以审查，并最终依法确认物权的实际归属。借名登记中，不动产物权变动的原因是出名人与房屋出卖人之间的房屋买卖合同，而不是出名人与借名人之间的借名合同。如果承认借名合同具有确定物权实际归属的效力，就会破坏既有的不动产登记制度，并为当事人伪造借名合同规避交易、登记、税收等管制打开方便之门。于此情形，借名登记构成登记簿记载与真实权利状态不符的重要类型。但是在变更物权登记之前，出名人表彰为

① 参见程啸：《论不动产抵押权的善意取得》，《财经法学》2017年第1期。

② 如“王彦林与张付芝、王骏所有权确认纠纷案”，参见湖北省武汉市中级人民法院(2015)鄂武汉中民终字第00820号民事判决书。又如“任克明等与王小琳等所有权确认纠纷案”，参见北京市第一中级人民法院(2015)一中民终字第06639号民事裁定书。

③ 参见冉克平：《论借名实施法律行为的效果》，《法学》2014年第2期。

④ 参见马一德：《借名买房之法律适用》，《法学家》2014年第6期。

⑤ 在“谭万兴与雷广志、深圳市京达旅业有限公司房屋确权纠纷案”，最高法院认为：“一、二审判决认定讼争房产登记于再审申请人谭万兴名下属于代持有性质有事实依据。再审申请人谭万兴虽对再审查申请人拥有讼争房产持有异议，但其无法否认代持有的事实，其也未提供证据证明本案讼争房产的房款及其他相关款项由其本人支付，故本案讼争房产不应认定属于再审申请人谭万兴所有。”参见最高人民法院(2011)民申字第261号民事裁定书。类似案件：参见北京市高级人民法院民事裁定书(2014)高民申字第01691号；上海市第一中级人民法院(2012)沪一中民二(民)终字第1375号民事判决书；北京市高级人民法院(2017)京民申1921号民事裁定书；四川省高级人民法院(2015)川民申字第2667号民事裁定书。

⑥ 如“宏久与中国东方资产管理公司深圳办事处，李建民案外人执行异议之诉案”，参见广东省深圳市中级人民法院(2015)深中法房终字第1839号民事判决书。

⑦ 参见杨代雄：《借名购房及借名登记中的物权变动》，《法学》2016年第8期。

⑧ 如在“王玮与王铁飞返还原物纠纷案”，法院认为：“结合王铁飞一直居住在诉争房屋内的事实，法院认定双方之间存在借名买房的约定。……现该房屋已经符合上市交易的条件……现王铁飞以家庭名义符合在京购房的条件，故王铁飞要求王玮将诉争房屋过户至其名下的诉讼请求，法院予以支持。”参见北京市第一中级人民法院(2015)一中民终字第3787号民事判决书。

不动产物权人,由此产生因信赖不动产物权登记的不动产善意取得问题。^①

第二,如果借名购买不动产的约定涉及社会公共利益(如经济适用房、保障房等具有人身属性的购买资格),那么出卖人与出名人之间的交易应当认定为因损害社会公共利益而无效。

概言之,如果借名购买不动产的约定并未涉及社会公共利益,或者涉及社会公共利益,但是借名人已经具备相应的资格,则出名人虽为登记名义人,但借名人为真实权利人,借名登记构成登记簿记载与真实权利状态不符的重要类型。如果出名人将该不动产抵押给第三人,而该第三人因信赖不动产物权登记,则可以构成不动产抵押权的善意取得。

五、动产抵押权的善意取得

(一)动产抵押权适用善意取得的争议

学说对于动产抵押权善意取得的争议颇大,大体可以分为肯定说与否定说。具体而言:(1)否定说。有学者认为,动产抵押权以登记为对抗要件,非经登记不得对抗善意第三人(《物权法》第188条)。即使个案中已经办理了抵押登记,按照通说,该登记也不具有公信力。动产善意取得须受让人占有标的物,否则不发生善意取得的效力。既然如此,动产抵押权不会发生善意取得。^②还有学者认为,由于《物权法》并未赋予动产抵押权登记以公信力,因此动产抵押权并不适用善意取得。^③我国台湾地区学说认为,动产担保交易非经登记不得对抗善意第三人,正因为抵押权的设定不移转占有,从而法律创设以登记为对抗效力,动产抵押与动产质押的法律结构存在差异,因此不能类推适用。^④(2)肯定说。有学者认为,无权处分人在占有的他人动产上设定抵押权时,债权人对于占有表征的善意信赖足以弥补处分权的欠缺,此时占有的公信力发挥作用,因而动产抵押权可以经设定或受让而善意取得。^⑤在受让动产抵押权的情形,登记公信力仍然存在着为信赖登记的善意第三人提供保护的可能性,但不可能因对占有的信赖经受让而善意取得动产抵押权。^⑥还有学者认为,动产抵押权的善意取得属于法律漏洞,动产抵押权的确以登记为公示手段,但构成其标的之动产本身仍以占有为公示方法。问题的关键在于审视出现无权处分之事实时,善意信赖无权处分人占有的债权人、买受人在利益衡量上是否居于同等的地位,而对这样的设问显然无法作出否定回答。^⑦

笔者认为,动产抵押权的产生方式可以分为两种:一是债务人或第三人占有他人之动产,通过无权处分行为与债权人设定动产抵押权。此种经由设定的方式比较常见。二是附随主债权的动产抵押权不存在或已消灭,主债权让与而受让人误信动产抵押权随之让与。经设定的动产抵押权可以善意取得;反之,经主债权让与而受让的动产抵押权不得适用善意取得。具体理由如下:

第一,动产抵押权的客体是动产,而公示方法是登记,这是其独特之处。但是动产抵押权属于动产物权,而动产系以占有为公示方法,故让与人必须为动产占有人,才能形成让与人具有动产所有权或处分权之外观,有可资信赖的事实才有信赖可言,此为善意取得构成的基础。^⑧在动产

① 参见杜万华主编:《最高人民法院物权法司法解释(一)理解与适用》,北京:人民法院出版社2016年版,第367—368页。

② 参见崔建远:《物权:规范与学说》(下),北京:清华大学出版社2011年版,第768—769页。

③ 参见王洪亮:《动产抵押权登记效力规则的独立性解析》,《法学》2009年第11期。

④ 参见王泽鉴:《民法物权》,北京:北京大学出版社2010年版,第516—517页。

⑤ 参见叶金强:《动产他物权的善意取得探析》,《现代法学》2004年第2期。

⑥ 参见叶金强:《公信力的法律构造》,北京:北京大学出版社2004年版,第149—150页。

⑦ 孙鹏:《物权公示论:以物权变动为中心》,北京:法律出版社2004年版,第356—357页。

⑧ 参见谢在全:《民法物权论》(上),北京:中国政法大学出版社2007年版,第276页。

所有权人与占有人相分离的情形，无权处分人占有动产的外观事实在一定程度上可以表征权利。虽然占有状态的公信力要低于登记簿的公信力，但是为了简化交易，减少受让人对动产所有权的调查负担，从而促进物之流通，法律赋予占有以普遍信用，使其成为信赖的交易基础。^① 无权处分人占有他人之物设定动产抵押权即是如此情形。但是，经由附随于主债权的虚假动产抵押权的受让，由于该动产抵押权有瑕疵，虽然原债权人因合理信赖抵押人占有抵押物而可以善意取得该抵押权，但该债权人并不占有抵押物，因而未产生公信力，受让人也不可轻率地信赖抵押权的存在，即使动产抵押权已经登记，但我国动产抵押权登记不是强制登记，并不具有绝对公信力。^② 何况附随主债权的动产抵押权既然不存在或已消灭，动产抵押权自然也不存在或者随之消灭，因主债权不存在或已消灭，而债权欠缺公示方法并不适用善意取得制度，因此于此情形受让人善意取得抵押权并无意义。

第二，通常情形，动产善意取得是与让与人的占有相联系的。让与人可以处分和移转占有，能够使受让人相信其就是所有权人。只有让与人实施了这种占有转移，才能给受让人造成让与人可以和所有权人一样事实上支配物的外部表象。^③ 但是对于动产抵押权而言，法律明文规定其不以受让人占有动产为必要即可设立，因此在决定善意取得时也不应以占有为要件。动产抵押权与动产质权在结构上并不完全相同，因而在方法论上不能纯作形式上的观察，而应探讨法律规范的目的并通过利益衡量，肯定动产抵押权的善意取得。^④ 鉴于动产抵押权并不以占有为公示方法，在间接占有的情形，占有的公信力进一步减弱；相应地，抵押权人应当负有对无权处分人是否为真正权利人的查证义务。为平衡动产所有权人与善意第三人的利益，抵押人对动产的占有应当仅限于直接占有，而排除间接占有。从我国司法审判实践来看，对于抵押人间接占有他人之物上所设定的动产抵押权，法院以第三人并不构成善意以及原所有权人并不能够控制风险或过错的角度否定动产抵押权的善意取得。^⑤

第三，在动产抵押权被登记时，可以根据登记簿推定被登记权利人为抵押权人。但是，若担保当事人可以随时变更其内容，认为动产抵押登记具有推定的效力恐难服人。在日本，不动产物权的变动系采登记对抗主义，登记簿上的记载没有公信力，解释上并无异议。^⑥ 我国学说也认为，动产抵押权登记并不具有设权效力、公信效力以及推定效力，其仅仅具有警示的功能。^⑦ 因此，在主债权让与而受让人误信动产抵押权随之让与的情形，即使该动产抵押权已登记，受让人也不能善意取得该不存在或已消灭的动产抵押权。

① 参见朱广新：《信赖保护原则及其在民法中的构造》，北京：中国人民大学出版社2013年版，第216页。

② 张庆华、徐丽红：《动产抵押权善意取得的条件与效力》，《河南科技大学学报》（社会科学版）2005年第4期。

③ 参见[德]M·沃尔夫，吴越、李大雪译：《物权法》，北京：法律出版社2004年版，第254页。

④ 参见王泽鉴：《“动产担保交易法”上登记之抵抗力、公信力与善意取得》，《民法学说与判例研究》（1），北京：北京大学出版社2009年版，第110—111页。

⑤ 如“浙江禾城农村商业银行股份有限公司王江泾支行与青岛跃佳机电科技有限公司、嘉兴市世荣纺织有限公司案”，法院认为：“虽然无权处分人是否占有财产并不当然能够影响善意取得的构成，但上诉人作为专门办理抵押贷款的金融机构，在无权处分人不直接占有抵押财产，且代表财产权利的增值税专用发票又不能与抵押财产一一对应的情况下，仍然与世海喷织厂办理了抵押贷款手续，没有尽到一个专业机构的审慎调查义务，不符合善意取得制度关于善意无过失的主观条件……如果此种情况下仍要失去涉案机器设备的财产权利，则公民、法人及其他组织的合法财产安全将处于极大的危险之中，任何人都可能随时通过这种形式剥夺他人的财产，这显然与我国物权法规定善意取得制度的立法初衷相违背。”参见浙江省嘉兴市中级人民法院（2015）浙嘉撤终字第6号民事判决书。

⑥ [日]我妻荣著，有泉亨补订，罗丽译：《新订物权法》，北京：中国法制出版社2008年版，第251页。

⑦ 参见王洪亮：《动产抵押权登记效力规则的独立性解析》，《法学》2009年第11期。

最后,从我国的司法实践来看,尽管有法院对于动产抵押权的善意取得不置可否^①,但是有相当数量的判决已经承认经由设定而善意取得动产抵押权。^②在一定程度上,这是交易安全与信赖利益保护的强烈需求在司法审判实践上的反映。

但是,对于机动车、船舶和航空器等特殊动产,在目前国家对机动车实行统一登记管理的情况下,从买受人的角度看,也应该对登记的情况进行检查,如果其没有尽到相应的注意义务,则可能因构成重大过失而丧失善意取得制度的保护。^③但是,如果记载特殊动产的登记簿发生错误,在登记名义人将该动产抵押给善意第三人的,可以构成动产抵押权的善意取得。^④申言之,由于登记制度的存在,特殊动产抵押权善意取得的判断更类似于不动产抵押权善意取得制度。

(二)动产抵押权善意取得是否以登记为要件

动产抵押权并不以占有动产为必要,抵押登记虽属于公示方法,但其法律意义在于“非经登记,不得对抗善意第三人”。对于动产抵押权的善意取得,是否需要以登记作为构成要件,学说与实务认识不一。具体而言:(1)否定说。该说认为,依据《物权法》,动产抵押权的设定源自抵押合同,不依赖抵押物的登记和交付,所以善意取得动产抵押权的要件不需要登记,仅债权人在签订动产抵押合同时是善意的即可。^⑤我国相关司法判决认为,“因抵押权的设立不以对价为要件且动产抵押权取自抵押合同,不依赖抵押物的登记和交付,因此善意取得动产抵押权的要件即为债权人在签订动产抵押合同时是善意的。”^⑥(2)肯定说。该说认为,抵押权的设立本不以转移抵押财产的占有为要件,如果对于动产抵押权和动产浮动抵押权的善意取得也不以登记为要件,将导致善意取得条件过宽,对真实权利人造成的损害太大。为了更好地权衡真实权利人与善意取得人的利益,避免在善意取得抵押权的认定上的不确定性,即便这些以登记为对抗要件的抵押权,其善意取得也应当以已经办理了登记为要件,否则不应适用善意取得。^⑦我国相关司法判决亦有认为:“根据《物权法》第106条关于善意取得其他物权的规定,善意取得抵押权应满足以下条件:抵押权人在抵押设立时是善意的、支付合理对价以及抵押权依法登记。”^⑧

笔者认为,动产抵押权的善意取得应当以抵押登记为构成要件。主要理由在于:(1)依据现行

① 如“徐烈云、张慧平与叶云金、陈国华等财产损害赔偿纠纷案”,参见浙江省衢州市中级人民法院(2016)浙08民终00096号民事判决书。

② 如在“五矿钢铁广州有限公司等第三人撤销之诉案”,法院认为:“洪河欺骗中铁公司出具虚假的锦泰来公司抵押物清单,涉案钢材在中铁公司的仓库中并没有标识物权所有人,没有特定化,属于种类物,平安银行凭相关的单证和中铁公司的确认来办理抵押手续,已尽到了审慎调查义务,原审判决对此认定正确,本院予以确认。……平安银行作为放款人,已尽审慎调查义务,并依合同约定履行放款义务,符合善意第三人的法律特征,依法享有涉案抵押物的优先受偿权。”参见广东省广州市中级人民法院(2015)穗中法金民初字第1101号民事判决书。吉林省高级人民法院(2016)吉民终291号民事判决书。

③ 杜万华主编:《最高人民法院物权法司法解释(一)理解与适用》,北京:人民法院出版社2016年版,第465页。在“刘志兵诉卢志成财产权属纠纷案中”,最高法院“裁判摘要”认为:“机动车虽然属于动产,但存在一些严格的管理措施使机动车不同于其他无须登记的动产。行为人未在二手机动车交易市场内交易取得他人合法所有的机动车,不能证明自己为善意并付出相应合理价格的,对其主张善意取得机动车所有权的请求,人民法院不予支持。”参见《最高人民法院公报》2008年第2期。

④ “再审申请人马尼托瓦克(中国)租赁有限公司与被申请人中信银行股份有限公司大连分行等撤销之诉纠纷案”,参见最高人民法院(2015)民申字第1247号民事裁定书。

⑤ 参见曹士兵:《物权法关于物权善意取得的规定与检讨》,《法律适用》2014年第8期。

⑥ 如“中央储备粮宜昌直属库诉湖北当阳农村商业银行借款合同纠纷案”,参见湖北省高级人民法院(2013)鄂民二终字第00041号民事判决书。

⑦ 参见程啸:《担保物权法》,北京:中国人民大学出版社2017年版,第243页。

⑧ 如“庄惠萍与吉林森工中小企业信用担保有限责任公司等执行异议之诉纠纷案”,参见吉林省高级人民法院(2016)吉民终291号民事判决书。类似案件参见上海市第二中级人民法院(2013)沪二中民一(民)终字第977号民事判决书;广东省珠海市中级人民法院(2015)珠中法民二终字第284号民事判决书。

法的规定，动产抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人（《物权法》第188条、第189条第1款第2句），这是本权人在自有的动产上与债权人设定抵押权的情形。在日本法上，此处的第三人是指除该物权变动的当事人及其概括承继人以外的人。^①但是，就动产抵押权的善意取得而言，其是无权处分人在本权人的动产上与债权人设定的抵押权。这就面临着如何调和与本权人与取得人之间的关系问题。在日本法上，如果让与人无权处分他人的不动产，则真实权利人属于未经登记不得对抗的“第三人”。^②据此而言，无权处分人在本权人的动产上设定抵押权，即使债权人为善意，若是其抵押权未进行登记，则不得对抗本权人所享有的真实物权。易言之，本权人的物权效力优先于“动产抵押权”。由于担保物权本质上是在所有权上设定的负担，若是认为所有权优先于担保物权，则无异于否定担保物权的效力。（2）《物权法》第199条第3项规定“抵押权未登记的，按照债权比例清偿”。这表明，同一动产上设立的多个抵押权均未登记的，其相互之间不具有优先性，应适用“平等受偿”原则。与此同时，因未登记的动产抵押权无对抗效力，抵押权人应与其他普通债权人对抵押物拍卖的价款平等受偿。^③该条通过否定未登记抵押权的顺位效力，实质上宣告无登记的动产抵押权所具有的“债权化”属性。在无权处分人在本人的动产上设定抵押的情形，未经登记的“债权化”属性的“动产抵押权”，自然不能优先于本权人的所有权。（3）在价值层面上，将登记规定为动产抵押权善意取得的必要条件，具有防止欺诈、便于解决纠纷的功能。^④由于动产抵押权的设立不需要将抵押物移转占有于抵押权人，仅凭抵押合同就可取得动产抵押权，这对保护一般债权人极为不利。若是本权人为逃避债务，与无权处分人以及债权人通谋，在动产上形成动产抵押权的善意取得，则会导致一般债权人无法执行本权人的财产。相反，通过动产抵押权登记制度，不仅可以促使登记机构对相关材料真伪的审查，而且可以对本权人的一般债权人起到警示的作用，从而维护正常的社会经济和交易秩序。

六、结 论

抵押权在现代社会有“担保之王”的美誉，承载着保障债权实现和媒介资金融通的功能。抵押权的善意取得虽非我国《物权法》第106条所确立的善意取得制度的常态，但鉴于抵押权在社会经济中具有普遍的意义，因此该制度的法律构造分析亦有相当的价值。具体而言，表现在如下几个方面：

第一，不动产抵押权的善意取得的构成要件包括：债务人或第三人无权处分、债权人为善意以及完成抵押登记，并不包括债权人“支付合理价格或履行主要义务”。所谓“无权处分”可以分为经由设定行为引起的无权处分与经由受让行为引起的无权处分：前者是指由抵押人即登记簿所表征的并不享有物权的“虚假权利人”或者不完全享有物权的“共有权利人”，就该不动产向债权人即第三人设定抵押权的法律行为；后者是指债权人向受让人达成转让主债权及抵押权的法律行为，但实际上该主债权已消灭，登记簿所表征的是“虚假的债权人与抵押权人”。在“善意”的判断上，不动产权属状况原则上应以登记簿为中心进行审查；对于债权合同、抵押合同等相关资料，债权人仅负有形式审查义务。对于金融机构，应当符合法定的程序和流程要求。

第二，冒名不动产抵押行为应当类推适用于无权代理，该抵押行为无效，但是被冒名者同意

① [日]我妻荣著，有泉亨补订，罗丽译：《新订物权法》，北京：中国法制出版社2008年版，第161页。

② [日]田山辉明著，陆庆胜译：《物权法》，北京：法律出版社2001年版，第51页。

③ 参见尹田：《物权法》，北京：北京大学出版社2013年版，第537页。

④ 参见甄增水：《双轨制：我国善意取得制度设计的应然路径》，《法商研究》2014年第4期。

或者追认的除外(《民法总则》第 171 条)。但是,如果被冒名者对于冒名外观的发生具有可归责性,而且债权人对于冒名的外观具有合理的信赖,则可以类推适用表见代理(《民法总则》第 172 条)。借名购买不动产的约定并未涉及社会公共利益,或者涉及社会公共利益,但是借名人已经具备相应的资格,则出名人名虽为登记名义人,但借名人为真实权利人。如果出名人名将该不动产抵押给第三人,而该第三人因信赖不动产物权登记,可以构成不动产抵押权的善意取得。

第三,在动产所有权人与占有人相分离的情形,无权处分人占有动产的外观事实在一定程度上可以表征权利,为保护债权人的信赖和交易的安全,经由设定的动产抵押权可以适用善意取得;但是,在主债权让与而受让人误信动产抵押权随之让与的情形,即使该动产抵押权已登记,受让人也不能善意取得该不存在或已消灭的动产抵押权。

第四,无权处分人抵押他人之动产,仅限于可归责于所有权人的正当占有状况时,才会适用动产抵押权的善意取得,所有权人非自愿丧失占有则不适用。在间接占有的情形,占有的公信力进一步减弱,为平衡所有权人与善意第三人的利益,无权处分人对动产的占有,应当仅限于直接占有,而排除间接占有。动产抵押权的善意取得应当以抵押登记为要件,否则即使债权人为善意,也不得对抗本权人享有的真实物权。

English Abstract

A Study of the Controversy in Good Faith Acquisition of Mortgage

RAN Keeping

Abstract: The good faith acquisition of the real estate mortgage and the good faith acquisition of the chattel mortgage can both be proved. The constituent elements of the former include: unauthorized disposal by the debtor or a third party, good faith of the creditor, and the completion of mortgage registration. And in this case, the creditor need not to “pay a reasonable price or perform the main obligation.” The latter only refers to the chattel mortgage generated through the setting and the case of being transferred by the main creditor’s right is not applicable. Being registered shall be as a constituent element of the chattel mortgage, and the possession status shall be limited to direct possession and exclude indirect possession. Impersonation of real estate mortgage should be applied to unauthorized agency or even apparent agency on certain conditions, instead of good faith acquisition. For the borrow-name registration, when one party registers his property in the other party’s name as title-holder, and this so-called holder mortgages the real property to the creditor, it can be applied to the good faith of the real estate mortgage.

Key Words: Real estate mortgage; Good faith acquisition; Credibility; Chattel mortgage; Impersonation of mortgage; Registration under the other’s name