

论不动产抵押权的善意取得

——兼评最高人民法院物权法司法解释之规定

On Bona Fide Acquisition of Real Estate Mortgage

程 啸

CHENG Xiao

【摘要】 第三人能否善意取得不动产抵押权应予考虑的主要情形与判断标准包括：1. 冒名处分他人不动产的，不应适用善意取得。当然，在对特定财物进行连续处分的情形下，即便第一次的处分行为是冒名处分，也并不会否定此后连续发生的其他处分行为适用善意取得的可能性，除非此后连续登记的两个处分行为都是冒名处分行为。2. 受让人是否善意的判断标准不应脱离不动产登记簿的记载，不应将受让人应知而因重大过失未知作为排除善意的情形。在不动产登记簿记载的权利主体错误且真实的不动产权利人能够举证证明受让人知道该错误时，受让人不构成善意。3. 抵押权的善意取得无须以支付合理价格或合理对价为要件，更不以抵押权人是否实际履行主合同的义务为判断标准。4. 无论登记机构还是法院的行政审判庭，在进行更正登记或审理行政诉讼时，都必须考虑涉案不动产是否已为第三人善意取得的问题。

【关键词】 不动产抵押权 善意取得 冒名处分 合理价格

【中图分类号】 DF521 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2017) 01-0070-21

Abstract: The main circumstance and criterion of whether the third person can obtain the real estate mortgage in good faith include: 1. The bona fide acquisition does not apply to one who disposes of real property by impersonation. Of course, when it comes to successive dispositions of a particular good, there is the possibility that other subsequent dispositions will apply to the bona fide acquisition even if the first act of disposition is an impostor's act. 2. To decide whether the assignee is bona fide, we should not ignore the record of the real estate register. If the subject of right recorded in the real estate register is the wrong person and the real owner of the real estate can prove that the assignee knows the error, the assignee then does not act in good faith. 3. The bona fide acquisition of the mortgage does not rely on paying a reasonable price or reasonable consideration, and not rely on whether the mortgage owner performs contractual obligations or not. 4. When correcting the registration or making administrative litigation trials, the registration authority and the administrative court should take into account whether the real estate involved is already acquired by the third party in good faith.

Key words: Real estate mortgage Bona fide acquisition Impersonation Reasonable price

【收稿日期】 2016-11-21

【作者简介】 程啸，男，1976年4月生，法学博士，清华大学法学院教授，博士生导师，研究方向为民法。

引言

善意取得,也称“善意受让”或“即时取得”,是指动产或不动产的占有人无权处分其占有的动产或不动产,将该物的所有权移转给他人或设定他物权,如果该人于受让所有权或取得他物权时为善意且符合法律规定的其他要件,则将如同处分人有处分权时那样,取得所有权或他物权。善意取得是现代民法维护交易安全的一项重要制度。

在我国法上,善意取得经历了从法律上空白、司法实践不予承认,^{〔1〕}到司法解释逐渐认可,^{〔2〕}再到立法和司法解释做出系统规定的一个发展过程。2007年10月1日起施行的《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第106条至108条就善意取得适用的对象、构成要件和法律效力等问题,做出了系统全面的规定。该法第106条第1、2款对所有权善意取得的构成要件和法律效力做出了详细的规定。同条第3款规定:“当事人善意取得其他物权的,参照前两款规定。”抵押权属于他物权中的担保物权,依据该款之规定,抵押权也能善意取得。然而,在司法实践中,就第三人能否善意取得不动产抵押权却存在非常严重的同案不同判的现象,由此导致了法律规则存在严重的不可预期性。而产生这一现象的根本原因在于,理论界与实务界对登记簿的公示力与公信力、不动产抵押权善意取得的构成要件等问题缺乏一致的认识。

2016年2月22日最高人民法院颁布了《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《物权法解释(一)》)。该司法解释第15条至第21条对《物权法》第106条规定的善意取得的各项要件做出了较为详细的解释,对今后人民法院正确适用善意取得制度,维护交易安全具有重要的作用。但是,该司法解释的不少规定仍有问题,值得进一步研究。有鉴于此,本文将结合《物权法》和《物权法解释(一)》的相关规定,对不动产抵押权善意取得中的若干重要问题做一初步探讨,以为未来我国颁行民法典时更好地完善善意取得制度,维护交易安全 and 经济秩序之用。

〔1〕 1979年颁布的《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律的意见》(现已废止)和1984年《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第55条就拒绝承认共有人擅自处分共有财产时第三人的善意取得。

〔2〕 1988年《最高人民法院关于贯彻适用〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的解释(试行)》第89条承认了共同共有人擅自处分共有物时第三人的善意取得,参见该司法解释第89条。但是,对于无权处分不动产的情形,最高人民法院司法解释依然不承认善意取得。例如,在1988年《最高人民法院关于共有人之一擅自出卖共有房屋无效的批复》([1988]民他字第56号),1990年《最高人民法院民事审判庭关于田雅与黄美娇、黄娇、曾木枞房屋买卖纠纷一案的电话答复》(1990年8月30日[90]民他字第37号)以及1991年的《最高人民法院关于非产权人擅自出卖他人房屋其买卖协议应属无效的复函》(1991年3月22日[90]民他字第36号)等答复和复函中,最高人民法院都认为,共有人擅自出卖共有房屋以及非所有权人出卖他人房屋的合同是无效合同,善意的买方只能要求出卖人承担赔偿责任。但是,进入20世纪90年代后期,随着社会主义市场经济的发展,人民法院在司法实践中越来越重视对善意取得人的保护,一些不动产的善意取得也获得了承认,例如,2003年《最高人民法院关于中国农业银行大连市分行友好支行诉大连中大集团公司、第三人中国大连国际经济技术合作集团有限公司借款合同抵押担保纠纷一案请示的答复》明确认可了不动产抵押权的善意取得。

一、典型案例形态与问题的提出

在讨论不动产抵押权善意取得时，以下五种实践中较为常见的案例形态可供思考之用：

案例1：A公司与B公司合作建造一栋10层商业楼，A公司提供国有建设用地使用权，B公司出资金，双方约定房屋建成后房屋的第1~6层属于A公司，7~10层属于B公司。房屋建造完毕后，A公司作为建设用地使用权人进行了房屋所有权首次登记，该楼被登记在A公司名下。A公司与B公司并未分割房屋并办理相应的房屋所有权转移登记。后A公司因周转资金缺乏向C银行贷款，以该整栋楼为抵押财产，与C银行办理了抵押权首次登记。在C银行尚未向A公司发放贷款前，B公司发现了该情况，遂向法院起诉了A公司与C银行，要求确认该楼第7~10层上的抵押权无效。C银行主张自己是善意第三人，已经善意取得了整栋写字楼的抵押权。

案例2：张三与李四为夫妻，二人在婚姻关系存续期间购买了一套两室一厅的商品房。该房屋为张三与李四二人的共同共有财产，但登记在张三一人名下。后张三与李四感情破裂，在即将离婚之际，张三未经李四的同意，将该商品房抵押给D银行借款100万，并办理了房屋抵押权首次登记。后李四发现真相，以不动产登记机构违法办理登记为由提起行政起诉，要求法院判决撤销不动产登记机构的登记行为，并将房屋重新登记为张三、李四二人共同共有。

案例3：甲向某房地产开发公司购买了一套商品房，登记在自己名下。甲的保姆乙，偷取了甲的房屋所有权证书和身份证，找了一个与甲很像的丙冒充甲，将该房屋抵押给E银行，贷款300万元，双方办理了抵押权登记。甲发现真相后报警，乙、丙被追究刑事责任。甲向法院起诉E银行，请求确认抵押权无效。E银行主张善意取得抵押权。

案例4：与案例3相同的是，乙通过窃取甲的房屋所有权证书和身份证并找了丙来冒充甲，将该房屋出售给不知情的丁。丁在与丙一并申请房屋所有权转移登记后，又以该房屋为其好友戊向H银行的贷款提供了抵押担保，并与H银行共同向登记机构申请了抵押权首次登记。登记机构依次办理上述登记后，将房屋所有权登记在丁的名下，并为H银行办理了抵押权首次登记。现甲起诉丁和H银行，要求返还房屋并注销抵押权。

案例5：F公司通过拍卖取得了G公司被法院强制执行的一栋房屋及建设用地使用权，W公司的负责人与法院执行局法官王五合谋，伪造了拍卖成交确认书和法院的协助执行通知书，到不动产登记机构办理了房屋所有权和建设用地使用权转移登记，将该房屋和土地使用权登记在W公司名下。然后，W公司用该房屋和土地使用权抵押给X银行，贷款1000万。F公司发现后向法院起诉W公司和X银行，要求返还房屋和土地使用权，并确认X银行的抵押权无效。X银行主张自己是善意第三人，已经合法取得了抵押权。

对于上述五个案例如何处理，我国法院的认识不一。有些法院认为，案例1~5中的第三人都不能善意取得抵押权；有些法院认为，案例1、4、5中的第三人可以善意取得抵押权，而案例2、3中的抵押权归于无效。还有些法院认为，除了案例3，其他案例中的第三人皆可善意取得抵押权。在笔者看来，产生上述分歧的根本原因在于我国法院对以下几个问题有不同的观点：

1. 何为无处分权人抵押他人的不动产？冒名处分时，第三人能否善意取得抵押权？如果被冒名处分的不动产已发生了多次连续交易，作为最后一手的善意第三人能否善意

取得抵押权？

2. 如何理解《物权法》第106条第1款第1项规定的“善意”？是否需要区分动产和不动产而分别加以判断？就不动产物权的善意取得而言，受让人的“善意”是否仅体现为对不动产登记簿客观记载的信赖，还是需要超出登记簿的记载而负有更高的注意义务？例如，对实为夫妻共同共有但登记簿上仅记载为夫或妻一人单独所有的房屋，在登记簿记载的所有人抵押该房屋时，接受抵押权担保的债权人是否需要对该房屋的真实物权状况进行调查核实，否则就不得善意取得抵押权？

3. 《物权法》第106条第1款第2项将“以合理的价格转让”作为所有权善意取得的构成要件之一。对于抵押权的善意取得，是否也需要以抵押权人支付合理的对价为要件？例如，作为抵押权人的银行尚未向债务人发放贷款，是否就无法善意取得抵押权？

4. 在真实权利人要求登记机构进行更正登记或以登记机构为被告提起的行政诉讼中，如何处理更正登记、撤销登记行为与第三人善意取得抵押权的关系？

二、无权处分、冒名处分与不动产抵押权的善意取得

《物权法》并未单独就抵押权善意取得的构成要件做出规定，依据该法第106条第3款，判断不动产抵押权善意取得的构成要件时，应当参照同条第1、2款之规定。因此，不动产抵押权善意取得的第一个构成要件就是，无处分权人将不动产抵押给他人的。倘若抵押人抵押不动产的行为并非无权处分，自然不发生善意取得抵押权的问题。所谓无权处分，就是指没有处分权而处分财产的情形，即通过买卖、赠与、抵押等使所有权发生转让或权能发生分离的情形。^{〔3〕}实践中，最为常见的无处分权人抵押他人不动产的情形主要就是以下两类：

1. 共有人擅自抵押共有不动产。我国法上的共有分为按份共有与共同共有。依据《物权法》第96条，处分按份共有的不动产时，除非共有人之间另有约定，否则应当经占份额三分之二以上的按份共有人同意；而处分共同共有的不动产的，应当经过全体共同共有人同意，除非共有人之间另有约定。如果共有人不遵守上述规则擅自转让或抵押共有的不动产，就构成了无权处分。上述案例1、2就属于共有人擅自抵押共有不动产的情形。案例1中，商业楼本由A公司与B公司按份共有，A公司拥有十分之六的份额即1~6层，B公司拥有十分之四的份额即7~10层。但是，按份共有人A公司却将整个共有的财产抵押给银行。案例2中，房屋本为张三与李四的夫妻共同共有财产，但张三未经李四的同意，将该共有房屋抵押给银行。这两个案例都构成了擅自抵押共有不动产的情形。

2. 非法抵押他人不动产，即处分人对不动产既没有所有权或共有权，也没有处分权，而非法在他人财产上设定抵押权的情形。由于存在不动产登记制度，故在法律上要想成功实施非法抵押行为，处分人通常会实施欺诈、盗窃等违法行为，如窃取他人的不动产权属证书与身份证明等材料后，冒充真实的权利人进行抵押或者与登记机构工作人员恶意串通后办理抵押权登记。再如，伪造法律文书如法院的协助执行通知书等，冒充真实权利人，进行虚假的转移登记，然后将财产抵押给他人。实践中也将此种无权处分称为“冒名处分”或“假冒处分”。前述案例3~5就是这种情形。在案例3与4中，乙

〔3〕 参见王利明：《物权法研究》（第三版）（上卷），中国人民大学出版社2013年版，第437页。

通过窃取甲的房屋所有权证书和身份证并找了丙冒充甲，成功地将甲的房屋抵押给E银行或者盗卖给丁并办理相应的不动产登记。案例5中，处分人先伪造拍卖成交确认书以及协助执行通知书，先将房屋登记在自己名下，然后抵押给银行。

就共有人擅自抵押共有不动产，受让人能否适用善意取得制度，理论界与实务界的认识较为统一，即只要受让人符合《物权法》第106条规定的善意取得构成要件，即可善意取得抵押权。然而，争议最大的是，在冒名处分（如抵押）他人不动产的情形下，能否适用善意取得。一种观点认为，假冒他人的名义而处分财产的行为构成了广义的无权处分，冒名者利用登记部门的疏忽审查现实地变更了登记，从而使登记簿记载的不动产权属发生变化，已经做出了事实上的处分。我国《物权法》第106条并未完全明确排除冒名处分行为，因此，只要没有处分权的人形成了足以让第三人信赖的权利外观，就可以适用善意取得制度。^{〔4〕}

另一种观点认为，冒名处分他人不动产的行为虽然也属于广义的无权处分行为，但不适用善意取得制度。首先，在冒名处分他人不动产的情形中，真实的权利人并无交易的意思表示，双方之间并不存在交易的合意，故真实的不动产权利人有权主张合同无效，法院应予支持。买受人主张善意取得的，人民法院不应支持。其次，不动产物权善意取得是物权公示、不动产物权登记的必然推论，是不动产登记公信力的表现。^{〔5〕}善意取得制度的本质是以牺牲财产静态的安全来换取财产动态的安全，其理论基础在于物权的公示公信原则，即在不动产登记错误时，仍为第三人对不动产登记簿的虚假权利外观的信赖提供适度保护，以保障交易秩序的安全。但是，在冒名处分不动产的过程中，买受人是基于行为人的欺骗行为，误以为是权利人处分不动产，故买受人是对交易主体身份的误信而不存在对虚假权利外观的信赖保护的基础事实，因而不能适用不动产善意取得制度。^{〔6〕}第三，冒名处分他人不动产的行为严重违法，而真实的权利人对此并无任何过错，倘若适用善意取得，使真实的权利人丧失不动产权利，显然是非常不公平的。^{〔7〕}

笔者赞同第二种观点，即冒名处分他人不动产的，不应适用善意取得。就不动产善意取得而言，之所以法律会在处分人没有处分权的情况下，仅仅因为买受人的善意而认可买受人发生如同处分人有处分权时相同的法律效果，关键原因在于不动产登记簿具有公信力，即不动产登记簿是由国家建立的，其上记载的权利归属和内容在绝大多数情况下是与真实的权利归属和内容一致的。万一出现不一致即登记簿错误的情形，为了保护交易当事人对登记簿的信赖，国家仍使当事人发生如同登记簿正确时相同的法律效果。因此，就不动产善意取得而言，当事人是对登记簿的正确性存在信赖，确切地说是登记簿上记载的权利事项正确性的信赖。^{〔8〕}然而，在冒名处分行为中，登记簿的权利事项并无错误，只是由于处分人通过违法甚至犯罪的方式来假冒真实权利人处分不动产，

〔4〕 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”，载《判解研究》（总第46辑），人民法院出版社2009年版，第88~89页；杨立新：“论不动产善意取得及适用条件”，载《判解研究》（总第46辑），人民法院出版社2009年版，第96页；戴永盛：“论不动产冒名处分的法律适用”，《法学》2014年第7期，第119页以下。

〔5〕 参见傅鼎生：“不动产善意取得应排除冒名处分之适用”，《法学》2011年第12期，第45页以下。

〔6〕 参见上海市高级人民法院民一庭：《上海高院关于涉房地产案件最新观点汇总（2014）》。

〔7〕 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，第169页以下。

〔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，第74页以下。

导致了第三人对与其从事交易的对象发生了认识上的错误。尽管与处分人进行交易的第三人可能是善意的、无过失的，但是，真实的权利人同样可能善意且无过错。因此，在冒名处分他人不动产的案件中，如果与冒名者从事交易的相对人属于恶意即明知行为人系假冒的，该行为因恶意串通损害第三人利益而归于无效（《合同法》第52条第1项）。如果被冒名者对于冒名外观的发生具有可归责性，而且相对人对于冒名外观具有信赖的合理性，则可以适用《合同法》第49条规定的表见代理。^{〔9〕}善意相对人因善意相信无权代理人有代理权，故其与被代理人之间成立的抵押合同等导致物权变动的合同合法有效，从而取得不动产物权。至于被代理人，则只能要求无权代理人承担返还财产、赔偿损失的民事责任。如果在登记过程中，不动产登记机构没有尽到合理审慎职责，未发现当事人提交的是虚假材料（如冒名者提供的伪造的委托公证书上公证机构的名称与印章不符等），则不动产登记机构就存在过错，真实权利人也可以针对不动产登记机构提起行政诉讼，要求其承担相应的赔偿责任。^{〔10〕}倘若被冒名者对于冒名外观的发生不具有可归责性，或者相对人对于冒名外观不具有信赖的合理性，则属于无权代理。该行为对被冒名者无效，除非其予以追认。^{〔11〕}故此，就上述案例3和案例4而言，由于乙、丙采取违法手段欺诈登记机构，办理了房屋抵押权首次登记以及房屋所有权转移登记，即便E银行和丁是善意的，也不能善意取得房屋抵押权或房屋所有权。

但是，在冒名处分中有一种需要注意的常见情形是：冒名处分人出售他人房屋后，登记簿上记载的取得该房屋之人再次处分了该房屋，将该房抵押给第三人。例如，案例4中，丁办理了房屋所有权转移登记后，又以该房屋作为抵押财产为戊向H银行所负担的债务提供了抵押权担保并办理了抵押权登记。此时，H银行能否善意取得抵押权呢？对此，司法实践中有些法院持否定的观点，认为丁也不能善意取得抵押权。一方面，由于乙、丙冒充甲办理的房屋所有权转移登记和丁将房屋抵押给H银行的抵押权登记是合并办理的登记，^{〔12〕}故此，丁将房屋抵押给H银行的行为也构成了冒名处分行为，同

〔9〕事实上，冒名处分的情形中，被冒名者多无可归责之处。正因如此，正在征求意见的《中华人民共和国民法总则草案（二审稿）》第167条第1项才明确将冒名处分的情形排除在表见代理的适用之外。该条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效，但是有下列情形之一的除外：（一）行为人伪造他人的公章、合同书或者授权委托书等，假冒他人的名义实施民事法律行为的；（二）被代理人的公章、合同书或者授权委托书等遗失、被盗，或者与行为人特定的职务关系已经终止，并且已经以合理方式公告或者通知，相对人应当知悉的；（三）法律规定的其他情形。”

〔10〕《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》第12条规定：“申请人提供虚假材料办理房屋登记，给原告造成损害，房屋登记机构未尽合理审慎职责的，应当根据其过错程度及其在损害发生中所起作用承担相应的赔偿责任。”

〔11〕参见前注〔7〕，第169页以下。

〔12〕《房地产登记技术规程》4.3.2规定：“当符合下列情形之一时，房地产登记机构可合并办理登记：1. 以抵押贷款方式预购商品房的，预购商品房预告登记与预购商品房抵押权预告登记；2. 已设立所有权、抵押权预告登记的预购商品房符合相应登记条件后，预购商品房预告登记转房屋所有权转移登记与预购商品房抵押权预告登记转房屋抵押权设立登记；3. 已设立抵押权登记的在建工程竣工后，房屋所有权初始登记与在建工程抵押权登记转房屋抵押权设立登记；4. 以抵押贷款方式购买房屋的，房屋所有权转移登记与房屋抵押权设立登记；5. 继承人将自己的房地产份额转让给其他继承人，涉及的房屋所有权继承、转让等转移登记；6. 房屋所有权变更致使抵押权变更的，房屋所有权变更登记与抵押权变更登记；7. 房屋所有权转移、变更致使地役权转移、变更的，房屋所有权转移、变更登记与地役权转移、变更登记。”

样不能适用善意取得制度。另一方面,冒名处分他人的行为往往构成诈骗罪等犯罪,因此,涉案房产实际上已经是赃物了。依据《刑事诉讼法》第234条第4款,人民法院做出的判决生效以后,有关机关应当根据判决对查封、扣押、冻结的财物及其孳息进行处理。对查封、扣押、冻结的赃款赃物及其孳息,除依法返还被害人的以外,一律上缴国库。因此,作为赃物的房产已经返还给受害人即所有权人。此外,依据《物权法》第107条,遗失物原则上不能适用善意取得,本着举轻以明重的原则,赃物自然更不能适用善意取得。^[13]

笔者不赞同上述观点。首先,在冒名处分后登记簿记载的权利人再行将房屋抵押的情形中,实际上有两个处分行为,以上例4而言,第一个处分行为是乙、丙冒充甲将房屋出售给丁的处分行为,该行为属于冒名处分行为,丁不能主张善意取得所有权,理由前已述及。但是,丁又将房屋抵押给了H银行,这已经是第二个处分行为了。应当说,尽管丁不能真正取得甲的房屋所有权,但在登记簿上丁被错误地记载为房屋的所有人,因此登记簿上存在权利事项的记载错误。在登记簿上不存在有效的异议登记且第三人H银行并不知道登记簿上记载的权利主体错误的情形下,应当以为H银行构成善意,加之其又与丁一起办理了抵押权的首次登记,符合了《物权法》第106条第1款规定的善意取得构成要件,理应善意取得抵押权。除非能够证明H银行明知乙、丙将房屋转让给丁的行为是冒名处分行为,即H银行并非善意,否则不能仅仅因为登记机构合并办理了登记就将原本具有不同法律效果的两个登记简单地看作一个登记,进而使第一个处分行为的性质“冒名处分”被牵连至第二个处分行为,将抵押行为也认定为冒名处分行为。

其次,在不动产登记实践中,登记机构的合并办理登记只是为了方便登记申请人,避免两次提交登记申请材料而做出的便利性规定。实际上所谓的合并办理,确切地说是“合并受理,依次办理”,即登记机构将房屋所有权转移登记的申请材料与抵押权首次登记的申请材料一并受理,登记申请人可以一次性将办理这两个登记的申请材料同时提交给登记机构,无需等待第一个登记完成之后,再提交第二个登记的申请材料。但是,就不动产登记程序而言,登记机构应当从事的依然是两个登记行为,即先办理房屋所有权的转移登记,该登记事项被记载于不动产登记簿即登记完成之后,再办理抵押权的首次登记。由此可见,以合并办理为由否定善意取得是没有道理的。

再次,因被处分的房屋是赃物而不能善意取得的观点也不妥当。我国民法学界主流观点认为,完全不考虑实际情况,对赃物采取“一追到底”的做法,不利于保护交易安全和秩序,因此可以在有严格限制条件的情况下,对赃物也适用善意取得。例如,王利明教授认为,要区分诈骗和盗窃、抢劫所获得的财物,对于诈骗犯罪中的赃物,物脱离受害人之手虽然并不完全符合所有权人的意志,但是原所有权人也应当能够预测到将物交给欺诈行为人之后,该物可能被转让,故其应当承担由此产生的风险。再如,崔建远教授也认为,在价值评价方面,赃物的善意取得不应较遗失物的善意取得更为宽松,但也不是说完全不能善意取得,在例外的情形下,对赃物也应当适用善意取得制度。^[14]

[13] 参见“中国工商银行股份有限公司北京新街口支行诉顾某金融借款合同案”,北京市西城区人民法院(2012)西民初字第9950号民事判决书,载国家法官学院案例开发中心:《中国法院2014年度案例·借款担保纠纷》,中国法制出版社2014年版,第175页以下。

[14] 参见崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》(上册),中国人民大学出版社2011年版,第233页。

事实上,近年来我国刑事司法实践中也逐渐认可了在一定条件下赃物也可以善意取得。例如,1996年最高人民法院颁布的《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》曾明确认可了诈骗财物可以善意取得,该解释第11条规定:“行为人将诈骗财物已用于归还个人欠款、货款或者其他经济活动的,如果对方明知是诈骗财物而收取,属恶意取得,应当一律予以追缴;如确属善意取得,则不再追缴。”^[15]2011年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》更是依据《物权法》第106条的规定,规定了诈骗财物善意取得的构成要件,该司法解释第10条规定:“行为人已将诈骗财物用于清偿债务或者转让给他人,具有下列情形之一的,应当依法追缴:(一)对方明知是诈骗财物而收取的;(二)对方无偿取得诈骗财物的;(三)对方以明显低于市场的价格取得诈骗财物的;(四)对方取得诈骗财物系源于非法债务或者违法犯罪活动的。他人善意取得诈骗财物的,不予追缴。”

最后,现代市场经济的交易频繁,同一财产经过多次交易的情形极为普遍,如果仅仅因为第一次处分行为是冒名处分,不适用善意取得,就据此摧毁此后发生的一连串交易,那么交易安全和交易制度将受到极大的破坏。这样做的效果虽然有利于保护受害人,但是对不动产登记公示力和公信力将构成严重的破坏。

综上所述,笔者认为,在对特定财物进行连续处分的情形下,即便第一次的处分行为是冒名处分,也并不会否定此后连续发生的其他处分行为适用善意取得的可能性。除非此后导致连续登记的两个处分行为都是冒名处分行为。例如,在一起案件中,盛发公司是上海市延安中路某号2501室房屋的产权人。2003年7月,案外人金东洙获悉盛发公司在上海市延安中路某号2501室房屋的房产,尚未领取产权证,遂冒充该集团总经理助理,骗取房产证,随后办理产权变更手续,将产权人由盛发公司变更为刘乙个人。之后,金东洙利用伪造的刘乙身份材料、虚假购销合同,虚构刘乙以该房产为抵押担保,与中行宝山支行签订《个人投资经营贷款借款合同》和《个人投资经营贷款最高额抵押合同》,骗取银行贷款人民币250万元。法院终审判决认为:“虽上诉人中行宝山支行已支付了合理的对价,相应抵押也已经登记,但鉴于该抵押权的设置是建立在案外人金东洙的犯罪行为基础之上,故上诉人中行宝山支行不能基于善意取得制度成为系争房屋的合法抵押权人。且相关刑事案件已就金东洙利用伪造的刘乙的身份材料、虚假购销合同,虚构抵押担保骗取中行宝山支行的贷款250万元的犯罪事实做出认定,上诉人再以金东洙的犯罪行为与被上诉人内部管理混乱有关为由要求由被上诉人承担由此引起的全部法律责任及经济损失没有依据,也有违公平原则。由于系争房屋的抵押权人现仍登记为上诉人中行宝山支行,故原审法院在确认系争抵押行为无效的基础上判决由上诉人中行宝山支行将房屋抵押权予以注销并无不当,可予维持。”^[16]就该案而言,如果从主合同因被认定为诈骗而无效,进而认定抵押无效,当然不好说错。此外,该案还有一个特殊之处在于:第二次处分实质上依然是冒名处分,即金东洙在第一次冒名处分将房屋

[15] 该司法解释被2013年颁布的《最高人民法院关于废止1980年1月1日至1997年6月30日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件(第九批)的决定》所废止。

[16] “中国银行股份有限公司上海市宝山支行等与沈阳盛发实业集团有限公司抵押权纠纷上诉案”,上海市第二中级人民法院(2010)沪二中民二(民)终字第40号民事判决书。案情比较类似的判决还有“王根平与中国银行股份有限公司上海市浦东分行等抵押权纠纷上诉案”,上海市第一中级人民法院(2013)沪一中民六(商)终字第342号民事判决书。

从盛发公司变更为刘乙个人后，又继续冒充刘乙，将房屋抵押给了中行宝山支行。故此，中行宝山支行不能善意取得抵押权。倘若是刘乙本人将房屋抵押给中行宝山支行的，则并非冒名处分，而是无权处分，中行宝山支行可以善意取得抵押权。

三、不动产抵押权善意取得中“善意”的判断

(一) 不动产抵押权善意取得中善意的一般判断标准。

善意取得制度旨在维护交易安全，它保护的是善意的取得人或受让人。就抵押权善意取得而言，善意取得制度保护的是与无权处分人签订抵押合同的善意债权人。关于善意取得中如何判断第三人或受让人的善意以及是否需要区分动产和不动产而分别加以判断，学说上曾有激烈的争论。《物权法解释（一）》对善意取得中善意的认定做出了较为详细的规定。首先，碍于《物权法》第106条对动产和不动产善意取得的统一规定，《物权法解释（一）》第15条进行了妥协，没有明确彻底地区分动产与不动产的善意取得中善意的判断标准，而是提出了相同的判断标准，即要求受让人受让不动产或者动产时，“不知道转让人无处分权，且无重大过失”。其次，司法解释的起草者也认识到了不动产善意取得与动产善意取得在判断受让人善意与否的问题上实际存在差别，故此，其第16条与第17条又分别就不动产和动产善意取得中善意的判断因素做出了具体规定。具体来说，就不动产善意取得，司法解释主要考虑的因素是不动产登记簿上是否存在异议登记、预告登记、查封登记等记载事项。而对动产的善意取得，主要考虑的判断因素是“交易的对象、场所或者时机等”是否符合交易习惯。

尽管《物权法解释（一）》区分了不动产与动产的善意取得中判断受让人是否善意的不同因素，这一点值得肯定。^{〔17〕}但是，该解释第15条将“重大过失”作为不动产善意取得中的善意内涵的组成部分显然是不妥当的。^{〔18〕}笔者认为，在动产的善意取得中，由于动产的占有并不足以充分彰显占有人对占有物的处分权，^{〔19〕}故判断受让人善意与否时必须考虑其有无重大过失，即动产的善意取得人不能仅凭转让人占有动产这一事实而发生善意的信赖，必须负有相应的注意义务，即要考虑“交易的对象、场所或者时机等”是否符合交易习惯，否则应当认定其具有重大过失，不构成善意。但是，对于不动产善意取得而言，判断受让人善意与否时不应纳入重大过失的要件，不动产善意取得中的受让人无需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。不动产交易中的受让人只要不知道登记簿的记载错误并且登记簿上没有有效的异议登记，就应当认为其是善意的。具体理由阐述如下：

首先，通过给第三人施加探求真实权利状态的义务而将登记错误的风险转嫁到不动产交易的受让人身上，并不公平。在我国，法治不健全、社会诚信度低，造成登记簿错

〔17〕 关于动产善意取得与不动产善意取得中善意的判断标准的差别，详见程啸：“不动产登记簿公信力与动产善意取得的区分”，《中外法学》2010年第4期，第524页以下。

〔18〕 司法实践的起草者认为，考虑到我国不动产登记尚不完善的现状，因此不宜按照不动产公信力原则的要求，仅将“善意”的认定标准限定在当事人不知的主观状况，而应当提高认定标准，将当事人对该不知亦不负有“重大过失”一并作为认定其为善意的标准。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》，人民法院出版社2016年版，第368页。

〔19〕 这是因为，占有本身也不限于现实占有，而包括各种观念占有。加之，借用、租赁、融资租赁等交易形态多样化，进而导致了现代社会中占有与所有权分离的情形非常普遍。

误的原因很多,第三人难以进行相应的调查,从而发现登记簿的错误。在不动产登记实践中,相当数量的错误登记是由于当事人伪造材料所致,如伪造的身份证明、伪造的授权委托书甚至司法裁判文书等。对于这些伪造的申请材料,即便是不动产登记机构也难以逐一发现,要求受让人对此尽到所谓调查核实义务,显然是不合理的。

其次,是否以受让人应当知道登记簿错误而由于重大过失而不知作为排除其善意的情形,关键还是在法政策的考虑,即究竟是迁就现实去弱化登记簿的推定力和公信力,还是通过逐步完善不动产登记制度来强化登记簿的公信力。《物权法解释(一)》的起草者认为,考虑到我国不动产登记尚不完善的现状,因此不宜按照不动产公信力原则的要求,仅将“善意”的认定标准限定在当事人不知的主观状况,而应当提高认定标准,将当事人对该不知亦不负有“重大过失”一并作为认定其为善意的标准。对此,笔者不敢苟同。当前,我国不动产登记制度已经统一,《不动产登记暂行条例》、《不动产登记暂行条例实施细则》、《不动产登记操作规范》等法规规章和标准相继颁布,《不动产登记员管理办法》以及《不动产登记资料查询管理办法》等规定也正在起草之中。建立和实施不动产统一登记制度是一项重大的改革任务和系统工程,权界清晰、分工合理、权责一致、运转高效、法治保障、方便企业和群众的不动产登记体系,不仅对于保障不动产交易安全,保护不动产权利人的合法财产权,夯实社会主义市场经济基础具有重要作用,也可以为建立健全社会诚信体系和国家自然资源资产管理体制创造条件,为提高国家治理体系和治理能力现代化提供基础支撑。只有更好地确保登记簿的真实和准确,维护登记簿的推定力和公信力,才能真正实现上述目标。在我国不动产登记制度已经逐步规范完善的过程中,如果反其道而行之,在不动产善意取得中引入重大过失的要件,容易造成司法实践中过分宽泛地解释受让人“应知”的范围,实际上就是在弱化登记簿的推定力和公信力,使交易当事人不愿意也不敢信赖登记簿的记载。长此以往,势必对于作为市场经济基础性制度的统一不动产登记制度的建立和完善产生极大的破坏作用。事实上这一恶果已经出现。目前的司法实践中,不少法院就对受让人提出了超越登记簿的额外的调查核实义务的要求,如要求受让人必须现场查看不动产的状况等。例如,在“李格、中国邮政储蓄银行股份有限公司武汉市洪山区支行与胡小平、王枫霞、李友仙、吴相启房屋买卖合同纠纷案”中,法院就认为:“因邮政储蓄银行对诉争房屋设立抵押权时,未对诉争房屋权属进行严格审查,特别是未对诉争房屋进行实地查验,核实诉争房屋实际居住人的相关情况,故邮政储蓄银行要求确认对诉争房屋享有抵押权的上诉请求,本院亦不予支持。”〔20〕更有甚者,有的法院甚至将登记簿之外的因生效法律文书导致的物权变动也当然地看作是受让人应当知道的情形,这种做法对交易安全的危害和对登记簿推定力和公信力的损害就更大了。例如,在一起案件中,法院认为:“农商行小河支行虽然根据争议房产的产权证登记情况办理了抵押贷款手续,但本案争议房产办理产权登记和抵押登记之前,本院(1997)黔高法执字第21—4号生效民事裁定已将争议房产权利确定给了振华公司,该裁定书作为生效法律文书,具有公示公信力和执行力,应视为农商行小河支行依法应当知道振华公司取得了争议房产权属的事实。同时,本案案涉房产早在2000年就已经交由振华公司占有使用,农商行小河支行在取得抵押登记过程中也并未进行任何现场核实工作,没有尽到合理的注意义务,故其抵押权的取

〔20〕 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。

得不属于善意取得。”〔21〕显然，这种观点是完全错误的。事实上，即便是《物权法解释（一）》的起草者也认为，“如果他人根据生效法律文书取得了物权但并未办理相应的登记，而转让人仍是登记簿上记载的权利人，受让人与之进行交易、支付了合理对价并完成了不动产转移登记，此时，不能仅以法律文书已经生效就推定受让人知道了转让人无处分权，而应以受让人知道该法律文书为判断依据，否则实践中大量的不动产交易的受让人均将对不动产物权是否存在与登记所表彰的状况不同的法律文书的恐惧而无法进行交易，这明显有悖于法律所要追求的交易安全、效率，也明显与不动产登记的公示原则及权利推定力不相符合。”〔22〕由此可见，基于不断完善我国不动产登记制度这一法政策的判断，也应当采取强化登记簿公信力的立场。

最后，有些人认为，如果从不动产受让人的善意判断中取消重大过失的要求，可能会使得真实权利人处于不利的境地。这种担心是没有必要的。一方面，我国法律已经为真实权利人提供了很强的保护。依据《物权法》第19条第1款，权利人或利害关系人在发现登记簿的记载存在错误时，可以进行更正登记，消除登记簿的错误，进而避免他人的善意取得。而在更正登记完成之前，权利人或利害关系人还可以依据《物权法》第19条第2款进行异议登记，从而迅速地暂时切断登记簿的公信力，避免他人善意取得。也就是说，更正登记和异议登记就是为了防止真实权利人遭受他人善意取得其不动产物权的风险而设置的措施。如果要求受让人负有一定的注意义务，势必使得不动产善意取得在实践中常常难以适用，真实的权利人、利害关系人也就没有什么动力去进行更正登记和异议登记，进而增加了登记簿出现错误的概率。此外，《物权法》第21条第2款对于登记机构就登记错误造成真实权利人损害的赔偿责任也做出了明确的规定。当真实权利人因他人善意取得而遭受损害时，如果登记机构没有尽到合理审慎的职责，需要对由此给真实权利人造成的损害承担赔偿责任。另一方面，有些情况下，真实权利人的损失也是其不得不承担的社会生活的一般风险，并非都需要法律给予保护。例如，实践中常见的夫妻一方擅自处分共有不动产的情形中，丈夫或妻子背着另一方擅自处分了原属夫妻共有的房屋。姑且不论这种夫妻背信弃义的情形的实际发生概率本身是很低的，即便有，也只能说是“爱的代价”。毕竟，所谓婚姻，就是以爱情、亲情为核心的共同关系，而共有财产只是维持这种关系的物质基础而已。夫妻一方之所以将共有财产登记在夫或妻一人名下，不就是基于爱情和亲情的信赖吗？只有当夫妻一方已经不爱对方、罔顾亲情之时，才会出现擅自处分共有财产这一背信弃义的行为。不得不说，这是人们的一般生活风险。除此之外所谓的“擅自”处分共有财产，往往是夫妻恶意串通损害交易对方当事人的恶劣行径。由此可见，为了极少数人去破坏甚至摧毁作为整体性制度的登记簿的推定力和公信力，可谓“舍本逐末，缘木求鱼”的愚人所为。

综上所述，就不动产善意取得中受让人是否善意的判断标准不应脱离不动产登记簿的记载，不应将受让人应知但因重大过失而未知作为排除善意的情形。鉴于《物权法解释（一）》第15条已在“善意”的一般判断标准中纳入了“重大过失”的要求，故此，比较现实可行的解决思路，就是将司法解释第16条第1款作为对第15条的完全列举。换言之，只有符合第16条第1款规定的情形之一的，才不构成善意。事实上，从《物

〔21〕“贵阳农商行执行异议之诉案”，贵州省高级人民法院（2014）黔高民终字第12号民事判决书。

〔22〕前注〔18〕杜万华书，第387页。

权法解释（一）》第16条第1款没有规定兜底性条款就可以看出，司法解释的起草者本意也是如此。^{〔23〕}

（二）抵押权善意取得中债权人善意与否的具体判断

就抵押权的善意取得而言，依据《物权法解释（一）》第15条第1款之规定，判断债权人在取得抵押权时是否善意，应当考虑以下因素：

1. 抵押权登记时，不动产登记簿上是否存在有效的异议登记。异议登记的效力并非限制权利人对不动产的处分，而是暂时中止登记簿的公信力。^{〔24〕}换言之，登记簿上只要存在有效的异议登记，无论受让人是否查看登记簿，知道该异议登记的存在，都足以排除受让人的善意。我国以往的不动产登记实践中，错误地理解了异议登记，将其作为一种限制处分登记来看，即异议登记后，不动产登记机构对于权利人的处分登记不予受理，正在办理的则暂缓办理。^{〔25〕}显然这种观点错误地将异议登记等同于查封登记，从而构成对权利人权利的不当限制。所幸，《不动产登记暂行条例实施细则》纠正了这一错误。该细则第84条规定：“异议登记期间，不动产登记簿上记载的权利人以及第三人因处分权利申请登记的，不动产登记机构应当书面告知申请人该权利已经存在异议登记的有关事项。申请人申请继续办理的，应当予以办理，但申请人应当提供知悉异议登记存在并自担风险的书面承诺。”这就是说，即便登记簿上存在异议登记，不动产权利人依然可以处分不动产并申请相应的处分登记，但是，因该处分而取得不动产权利的第三人必须承担此后出现无权处分情形时无法构成善意取得的风险。就抵押权而言，如果债权人在与抵押人申请抵押权首次登记时，登记簿上存在有效的异议登记，此后抵押人抵押不动产的行为属于无权处分的话，则债权人不构成善意，不能善意取得抵押权。《物权法解释（一）》之所以特别强调必须是“有效的异议登记”，其原因在于：依据《物权法》第19条第2款第2句规定：“登记机构予以异议登记的，申请人在异议登记之日起十五日内不起诉，异议登记失效。”《不动产登记暂行条例之实施细则》第83条第2款规定：“异议登记申请人应当在异议登记之日起15日内，提交人民法院受理通知书、仲裁委员会受理通知书等提起诉讼、申请仲裁的材料；逾期不提交的，异议登记失效。”从目前的登记实践来看，自异议登记之日起十五日内，申请人没有提交人民法院受理通知书、仲裁委员会受理通知书等提起诉讼、申请仲裁的材料的，异议登记虽然已经失效，但不动产登记机构并不依职权注销该异议登记的记载。因此，即便登记簿上存在异议登记的记载，但只要债权人与抵押人申请抵押权首次登记时，该异议登记已经失效了，债权人也会构成善意。

2. 预告登记有效期内，预告登记的义务人未经预告登记的权利人同意抵押的。《物权法》第20条第1款第2句规定：“预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。”就该句中“处分该不动产”的涵义，《物权法解释（一）》第4条解释为“转移不动产所有权，或者设定建设用地使用权、地役权、抵押权等其他物权的”。而该司法解释第15条第1款2项规定，预告登记有效期内，未经预

〔23〕 不过司法解释起草者撰写的释义书却自相矛盾，其认为《物权法解释（一）》的第16条第1款只是对第15条的不完全列举，言下之意，即便超越第16条第1款的情形，也可以认定不构成善意取得。参见前注〔18〕杜万华书，第379页。

〔24〕 详见程啸：“论异议登记的法律效力与构成要件”，《法学家》2011年第5期，第64页以下。

〔25〕 例如，《房屋登记办法》第78条、《土地登记办法》第60条第3款。

告登记的权利人同意的，应当认定不动产受让人知道转让人无处分权。也就是说，此时不动产受让人并非善意，故不能善意取得。从不动产登记程序法的角度来看，预告登记后，预告登记义务人其实根本无法处分不动产并办理相应的登记。因为《不动产登记暂行条例实施细则》第85条第2款已经明确规定：“预告登记生效期间，未经预告登记的权利人书面同意，处分该不动产权利申请登记的，不动产登记机构应当不予办理。”可能存在的情形是，预告登记的义务人与登记机构工作人员已串通，违法办理抵押权首次登记等处登记。这种情形下，第三人毫无疑问不能善意取得抵押权。然而，需要注意的是，在登记簿上有抵押权预告登记的记载时，预告登记义务人并不因此就彻底丧失对不动产的处分权。这是因为抵押权预告登记的主要效力是保全抵押权在登记簿上的顺位，而抵押人依然有权就同一财产再次抵押。故此，在抵押权预告登记后，预告登记义务人依然有权将该不动产进行抵押，而与之一同设定抵押权的债权人不存在善意取得的问题。

3. 不动产登记簿上已经记载司法机关或者行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制不动产权利的有关事项。换言之，当登记簿上记载了相应的查封登记，第三人也不可能善意取得抵押权。这是因为：《物权法》第184条第5项、《担保法》第37条明确规定，依法被查封的财产不得抵押。《最高人民法院、国土资源部、建设部关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》第22条规定：“国土资源、房地产管理部门对被人民法院依法查封、预查封的土地使用权、房屋，在查封、预查封期间不得办理抵押、转让等权属变更、转移登记手续。国土资源、房地产管理部门明知土地使用权、房屋已被人民法院查封、预查封，仍然办理抵押、转让等权属变更、转移登记手续的，对有关的国土资源、房地产管理部门和直接责任人可以依照民事诉讼法第一百零二条的规定处理。”在不动产登记簿上已经有了查封登记的情况下，如果不动产权利人依然与登记机构的工作人员恶意串通为第三人办理了相应的抵押权首次登记的，依据《最高人民法院、国土资源部、建设部关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》第23条之规定，人民法院应当依法确认其行为无效，并可视情节轻重，依法追究有关人员的法律责任，而国土资源、房地产管理部门应当按照人民法院的生效法律文书撤销不合法的抵押、转让等登记。由此可见，在不动产登记簿上已经记载司法机关或者行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制不动产权利的有关事项的情况下，即便不从否定受让人善意的角度，也可以从撤销登记的角度来排除善意取得的适用。不过，需要注意的是两个问题：其一，如果法院或有关机关虽然做出了查封或者以其他形式限制不动产权利的裁定或决定，且该裁定或决定已经生效，但是没有记载于不动产登记簿的，第三人依然可能善意取得抵押权或其他不动产权利。这是因为，法院的裁定或有关机关的决定没有通过查封登记等方式在登记簿上进行记载从而向外界加以公示的，不得对抗善意第三人，否则将极大地危害交易安全。故此，《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第26条第3款规定：“人民法院的查封、扣押、冻结没有公示的，其效力不得对抗善意第三人。”例如，在“中国银行股份有限公司辽宁省分行与大连银行股份有限公司等信用证垫款合同纠纷再审案”中，因法院制作查封裁定书和协助执行通知书时，误将应当查封的被执行人的30#地块写成并不存在的31#地块，以致30#地块实际上并未查封，后该地块被抵押给银行。原审法院认为，法院虽然误写查封标的物，

但不能因此就认为30#地块上没有查封,故此银行的抵押权无效。最高人民法院再审认为:“即使大连中院和甘井子法院查封时本意确实在于查封星山公司的30#小区的土
地,但因误写导致查封落空,亦不能以此为由否认星山公司与中行辽宁分行签订抵押协议及办理相关抵押登记时所涉房产上面并无被法院查封的事实。因此,原审法院以星山公司用以抵押的房产系法院查封财产为由,认定星山公司与中行辽宁分行签订的《国际
结算融资业务抵押协议》无效于法无据,本院依法予以纠正。即使星山公司在与中行辽
宁分行签订抵押协议时可能知道法院意欲查封其30#小区,但大连银行并无充分证据
证明中行辽宁分行对此明知,因此,大连银行关于中行辽宁分行与星山公司恶意串通损
害其利益,抵押协议无效的答辩理由,本院不予采信。”〔26〕

4. 受让人知道登记簿上记载的权利主体错误。广义地说,不动产登记簿上记载的
权利主体错误包括任何登记簿上记载的权利主体与真实的权利主体不一致的情形,具
体来说,可以分为以下四类:(1)不动产登记簿记载的权利主体自始错误的情形,例如,
案例5中,W公司是通过伪造的成交确认书和协助执行通知书,将原本属于F公司的
房屋和建设用地使用权登记在自己名下。(2)不动产登记簿记载的权利主体不准确,如
案例2中,房屋为张三和李四夫妻共同所有的财产,但是登记簿上只是记载了张三一
人,而没有将另一共有人李四加以记载。(3)不动产登记簿记载的权利主体嗣后发生错
误的情形,这主要是指登记簿之外因《物权法》第28条至第30条规定的法律行为之外
的法律事实发生的物权变动,从而导致登记簿记载的权利主体错误。例如,登记簿上虽
然依然记载甲是A土地使用权的权利人,但是该土地使用权已经法院生效的以物抵债
的裁定确定为乙所有,但乙并未办理相应的建设用地使用权转移登记,因此登记簿上
记载的权利主体存在错误。笔者认为,《物权法解释(一)》第16条第1款第4项规定的
“登记簿上记载的权利主体错误”仅指第1、2种情形,不包括第3种情形。这是因为,
第3种情形虽然也属于登记簿上记载的权利主体错误,但由于《物权法解释(一)》第
16条第1款第5项已对此种情形做出了单独的规定,故此,不纳入第4项中考虑。需
要考虑的是,借名登记的情形是否属于登记簿记载的权利主体错误。所谓借名登记,
是指某一民事主体(即借名人)实际出资,但借用另一民事主体(即被借名人)的名
义购买不动产并将该不动产的物权登记在被借名人的名下的情形。例如,江西人李
某在北京经商,因房屋限购政策而无法在北京以自己的名义买房,便与其亲戚张某约
定,由李某出资而用张某的名义在北京购买了一套商品房,该房屋登记在张某的名下,
但由李某占有和使用。司法实践中,一种观点认为,记名登记的情形也属于登记簿
记载的权利主体错误,因为真实的权利人是借名人而非登记簿记载的被借名人。因
此,作为真实权利人借名人可以通过物权确认之诉要求法院直接确认其为权利人。
由于登记簿记载的权利主体错误,故此登记簿上记载的被借名人对不动产的处分属
于无权处分,可以适用善意取得。既然如此,当受让人知道借名登记的情形时,也不
构成善意。〔27〕另一种观点认为,借名登记的情形不属于登记簿记载的权利主体
错误,借名人与被借名人之间就不动产的归属的纠纷属于合同纠纷,借名人有权提
出给付之诉,请求被借名人按照约定将不动产转移登记到自己的名下。因此,在转
移登记之前登记名义人就是不动产的真实权利人,

〔26〕 最高人民法院(2012)民提字第69号民事判决书。

〔27〕 参见前注〔18〕杜万华书,第368页。

其处分该不动产的行为不属于无权处分，不适用善意取得。^{〔28〕}笔者认为，借名登记并非不动产登记簿记载的权利主体错误。首先，依据《物权法》第9条第1款和第15条，基于法律行为的不动产物权变动，原则上以登记为生效要件，不登记的，不影响合同的效力，但是不动产物权变动的效力不发生。在借名登记的情形下，尽管借名人与被借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，至于不动产物权变动的效力只是发生在出售房屋的民事主体与被借名人之间。这是因为，一方面，房屋买卖合同是出卖人与被借名人之间意思表示一致的结果，该合同在双方当事人之间成立且有效；另一方面，因出卖人与被借名人在不动产登记机构办理了房屋所有权转移登记，故此被借名人已经取得了房屋所有权。此时，并不存在不动产登记簿的错误。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。其次，从当事人的真实意思来看，借名人与被借名人之间的借名协议实际上就是约定：先由被借名人从不动产的出卖人处取得不动产权利，然后等借名人符合了条件（如具备了购房资格）后，再将该不动产权利从被借名人处转移给借名人。^{〔29〕}因此，仅仅是借名协议而没有借名人与被借名人共同向登记机构申请相应的处分登记，是无法发生不动产权利人从被借名人处转移给借名人的物权变动效力的。当借名人符合取得不动产权利的条件时，其只能依据借名协议的约定，提起给付之诉，请求被借名人履行交付不动产并协助办理不动产登记的义务，而不能径行向法院请求确认其不动产物权。例如，在一起案件中，最高人民法院（2011）民提字第29号民事判决书认为：“在物权确权纠纷案件中，根据物权变动的基本原则，对于当事人依据受让合同提出的确权请求应当视动产与不动产区别予以对待。人民法院对于已经交付的动产权属可以予以确认。对于权利人提出的登记于他人名下的不动产物权归其所有的确权请求，人民法院不宜直接判决确认其权属，而应当判决他人向权利人办理登记过户。”^{〔30〕}简言之，人民法院应当做出被借名人“同意登记”的给付判决，该判决具有执行力，等于被借名人同意转移所有权的意思表示。登记机构可以依据借名人的申请，依据法院的

〔28〕 例如，《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（试行）》（2010年12月22日；京高法发〔2010〕458号）第15条规定：“当事人约定一方以他人名义购买房屋，并将房屋登记在他人名下，借名人实际享有房屋权益，借名人依据合同约定要求登记人（出名人）办理房屋所有权转移登记的，可予支持。但是，该房屋因登记人的债权人查封或其他原因依法不能办理转移登记，或者涉及善意交易第三人利益的除外。当事人一方提供证据证明其对房屋的购买确实存在出资关系，但不足以证明双方当事人之间存在借名登记的约定，其主张确认房屋归其所有或要求登记人办理房屋所有权转移登记的，不予支持；其向登记人另行主张出资债权的，应当根据出资的性质按照相关法律规定处理。”《北京市高级人民法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》（2014年12月16日；京高法发〔2014〕489号）认为：“借名人以出名人（登记人）为被告提起诉讼，要求确认房屋归其所有的，法院应当向其释明，告知其可以提起合同之诉，要求出名人为其办理房屋过户登记手续。”

〔29〕 在与最高人民法院民事审判第一庭姜强法官的交流中，姜强法官提出这一解释思路，使笔者深受启发，在此谨致谢意！

〔30〕 “大连羽田钢管有限公司与大连保税区弘丰钢铁工贸有限公司、株式会社羽田钢管制造所、大连高新技术产业园区龙王塘街道办事处物权确认纠纷案”，载《中华人民共和国最高人民法院公报》2012年第6期。

给付判决办理房屋所有权的转移登记。最后,如果认为当事人仅仅凭借借名协议就可以直接实现不动产权利从被借名人向借名人的转移,也会给当事人规避法律规定甚至偷逃税收提供便利。

综上所述,《物权法解释(一)》第16条第1款第4项规定的“登记簿上记载的权利主体错误”,仅指不动产登记簿记载的权利主体自始错误的情形及不动产登记簿记载的权利主体不准确的情形。在不动产登记簿记载的权利主体错误且真实的不动产权利人能够举证证明受让人知道该错误时,受让人不构成善意,无法善意取得物权。例如,真实的不动产权利人证明转让人与受让人存在恶意串通的情形。再如,受让人与转让人是同事,知道该房屋是张三和李四在婚姻关系存续期间购买的。

在我国审判实践中,有一个问题争议很大,即夫妻共同所有的房屋在登记簿上仅登记为夫或妻单独所有时,受让人是否信赖该登记簿的记载,还是需要对该房屋的物权权属额外加以调查核实。有些法院采取前一态度,认为不动产登记簿的记载具有推定力,只要登记簿上记载了房屋为夫或妻单独所有,第三人信赖该登记簿记载的,可以善意取得抵押权。^[31]另一些法院则采取了后一态度,要求第三人必须进行相应的调查核实后,才认可其构成善意,能够善意取得抵押权。这种观点的理由为:依据《婚姻法》第19条,如果夫妻没有约定婚姻关系存续期间所得的财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有,则该财产属于夫妻共有财产。故此,债权人在接受他人以不动产设定的抵押权时,不仅要查看登记簿的记载,还应当对该不动产实际上是否为夫妻共有财产予以调查核实。否则,难谓其具有善意,不得善意取得抵押权。^[32]

笔者认为,只要登记簿记载了不动产是单独所有,即便事实上是共同所有,债权人完全可以信赖登记簿的记载,不应要求受让人超越不动产登记簿的记载,额外对不动产的权属进行调查核实。一方面,不动产登记簿是物权归属和内容的根据,具有推定力(《物权法》第16条第1款),不动产交易中的受让人完全可以对登记簿记载的真实性形成信赖。要求受让人在登记簿之外对不动产的真实物权状况进行调查核实的做法,等于否定了登记簿的推定效力,极大地增加了当事人的负担,提高了交易成本,也会严重危害交易安全。正是受这种观点的影响,实践中才出现一些不动产登记机构要求登记簿记载的权利人在处分不动产申请登记时出具所谓的“单身证明”等奇葩证明的现象。而且,这种做法也为那些不讲诚信的当事人因不满交易结果而随意否定交易提供了口实。例如,一些夫妻明明是一致同意后出售或抵押共有房产的,但此后因对交易结果不满,便以未经共有人同意处分房产为由主张合同无效。另一方面,要求受让人在登记簿外进行调查核实,对不动产物权进行审查,导致了法院随意对受让人的善意提出各种要求,使得善意取得的适用存在极大的不确定性。例如,在一起案件中,登记簿上将本为夫妻共有的房屋登记为丈夫史某单独所有,史某伪造了离婚证明后,将该房屋抵押给银行。

[31] 相关判决参见“王延华与吴新革等合同纠纷案”,北京市第一中级人民法院(2015)一中民(商)终字第6649号民事判决书;“中国建设银行股份有限公司舟山城关支行与杨某、舟山市欣源建材有限公司等金融借款合同纠纷案”,浙江省高级人民法院(2014)浙商外终字第8号民事判决书。

[32] 相关判决参见“中国农业银行股份有限公司抚顺新抚支行与金风抵押合同纠纷案”,抚顺市中级人民法院(2015)抚中民终字第00392号民事判决书;“浙江农村合作银行清水支行(原名称永嘉县农某某用合作联社清水埠信用社)与李甲金融借款合同纠纷案”,浙江省高级人民法院(2010)浙商提字第14号民事判决书。

妻子李某知道此事后向法院起诉,要求确认银行的抵押权无效。一审法院认为银行善意取得了抵押权。“首先,依据婚姻登记机关出具的证据,农村银行并无权限核实史某的真实婚姻状况,只能依据史某提交的婚姻情况证明判断史某的婚姻状况。其次,不动产权属证书是确定物权归属和内容的依据,虽然抵押物系李晨燕与史某的夫妻共有财产,但抵押物登记在史某名下,不动产登记簿上并无共有人情况记载,而不动产登记具有公信力,农村银行对不动产登记的信赖无需证明,其既不明知也不应知房产的真实产权与登记不符。因此,农村银行系信赖登记簿的记载与史某订立合同,并且李晨燕无证据证明农村银行为非善意的,即使史某系未经李晨燕同意在房屋上设立抵押权,农村银行仍善意取得在该共有财产上的抵押权。再次,从法理角度分析,债的合意和登记构成一个法律行为,共同形成物权的转移。登记之后,即完成法定的公示方法,取得对抗第三人的效力。不动产的登记具有公信力,只要系无异议登记,即使登记所记载的权利与真实的权利状态不符,因相信登记正确而与登记名义人进行交易的善意第三人所得的利益应受到法律保护。物权公示规则是为了维护物权秩序和交易安全而设立的,具有极为重要的意义,因为物权是具有支配性、对世性及排他性效力的权利,在现实社会中,以一定的方式将物权的设立、变更、转让和消灭公开、透明,既可以明确物权人的权利并加以保护,也有利于维护善意第三人的利益,避免对交易安全的妨害。一旦善意第三人完成登记,就可以取得房屋的物权。未登记一方并不能以未经自己同意为由主张处分行为无效。”一审法院的观点显然是相对比较合理的。然而,该案的二审法院深圳市中级人民法院却认为:“虽然不动产的公示公信力体现在其登记在权利人名下,在登记未被变更或涂改情况下,房产证上的记载就表明史某为涉案房产的权利人,但是上述房产系史某在婚姻存续期间取得,一般人尚且对该财产是否属于夫妻共同财产有所怀疑,农村银行作为专业金融机构对不动产登记簿上的情况记载与真实产权人是否相符更应进行查证。农村银行对此未尽相当的注意义务,进一步了解涉案房产是否为夫妻共有财产,则应当判定其有过失。”^[33]笔者认为,二审法院的观点极为不妥。因为,即便不动产是在夫妻婚姻关系存续期间取得,也意味着该房屋就一定是夫妻共有财产。自2001年我国修订《婚姻法》后,即便是夫妻婚姻关系存续期间取得的财产也并非当然是夫妻共有财产,而是可以约定为各自所有、共同共有、部分分别所有和部分共同共有等多种形式。只有在夫妻没有特别约定时,才适用《婚姻法》第17条确定为共同共有。不仅登记簿上将抵押人记载为抵押房屋的单独所有权人,而且抵押权人还额外审查了抵押人的离婚证明(尽管是伪造的,也难以识别),这种情形下,二审法院依然认定抵押权人不构成善意,不能善意取得抵押权,显然对受让人的善意提出了过高的要求,有违物权的公示公信原则。有鉴于此,为了维持法律规则的可预期性,防止法院任意提出对受让人善意的不合理要求,不应要求受让人超越登记簿进行额外的调查核实。

5. 受让人知道他人已经依法享有不动产物权。有一种观点认为,所谓“受让人知道他人已经依法享有不动产物权”主要是指以下无须登记即可取得物权的情形,包括:(1)根据《物权法》第28—30条规定的非基于法律行为而取得物权;(2)土地承包经营权、地役权的受让取得;(3)宅基地使用权的受让取得。^[34]笔者认为,《物权法》

[33] “深圳农村商业银行股份有限公司(又名深圳农村商业银行)与李晨燕确认合同无效纠纷案”,深圳市中级人民法院(2012)深中法商终字第1358号民事判决书。

[34] 参见前注〔18〕杜万华书,第386页。

第28条至第30条规定的非基于法律行为的不动产物权变动不以登记为生效要件，因此，在真实权利人举证证明受让人知道了此种登记簿外的不动产物权变动时，受让人自然不构成善意的，对此没有争议。事实上，由于登记簿外的非基于法律行为的物权变动客观上也导致了登记簿记载的权利主体与真实的权利人不一致的情形，故此，从逻辑上说，《物权法解释（一）》第16条第1款第5项的规定已为同条款第4项的“受让人知道登记簿上记载的权利主体错误”所包含，无须单列。

就抵押权的善意取得而言，无须将土地承包经营权、地役权和宅基地使用权的变动也纳入到对受让人善意的判断当中。首先，目前我国《物权法》和《担保法》禁止宅基地使用权以及以家庭承包方式取得的土地承包经营权设立抵押权，^[35]故此，受让人不可能善意取得这两类不动产物权上的抵押权。其次，就地役权而言，其本身并非独立的物权。《物权法》第165条规定：“地役权不得单独抵押。土地承包经营权、建设用地使用权等抵押的，在实现抵押权时，地役权一并转让。”因此，即便债权人知道他人已经取得了地役权，由于该地役权基于从属性而当然被纳入抵押财产当中，故此也不发生善意取得地役权上抵押权的问题。

四、不动产抵押权的善意取得是否以支付合理的对价为要件

在德国法中，由于不动产善意取得属于物权行为，具有独立性与无因性，所以《德国民法典》对于动产和不动产的善意取得根本不要求取得人必须是基于有偿的法律行为。因为“有偿行为和无偿行为的划分仅仅适用于要因的行为，不要因的行为从某种程度上来说是中立的，因为它们脱离了有关原因的约定。……在判断某项处分是有偿还是无偿的时候，我们必须研究作为基础的要因行为。”^[36]即便是取得人无偿取得物权，由此产生的不正当财产变动完全可以交由不当得利加以解决。申言之，如果善意取得人是有偿取得不动产物权的，则真实权利人可以依据《德国民法典》第816条第1款第1句针对让与人行使不当得利返还请求权；反之，则真实权利人可以依据《德国民法典》第

[35] 2015年8月10日国务院发布的《国务院关于开展农村承包土地的经营权和农民住房财产权抵押贷款试点的指导意见》就指出，为了更好地发挥土地承包经营权、宅基地使用权的抵押融资功能，维护农民土地权益，盘活农民的土地用益物权的财产属性，在2017年底之前通过取得全国人大常委会授权，在试点期间暂停执行《物权法》第一百八十四条、《担保法》第三十七条等相关法律条款后，允许试点地区开展土地承包经营权、宅基地使用权的抵押试点工作。2015年12月27日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议通过的《全国人大常委会关于授权国务院在北京市大兴区等232个试点县（市、区）、天津市蓟县等59个试点县（市、区）行政区域分别暂时调整实施有关法律规定的决定》规定：“为了落实农村土地的用益物权，赋予农民更多财产权利，深化农村金融改革创新，有效盘活农村资源、资金、资产，为稳步推进农村土地制度改革提供经验和模式，第十二届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议决定：授权国务院在北京市大兴区等232个试点县（市、区）行政区域，暂时调整实施《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国担保法》关于集体所有的耕地使用权不得抵押的规定；在天津市蓟县等59个试点县（市、区）行政区域暂时调整实施《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国担保法》关于集体所有的宅基地使用权不得抵押的规定。上述调整在2017年12月31日前试行。”

[36] [德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（下册），谢怀栻等译，法律出版社2003年版，第446～447页。

816 条第 1 款第 2 句针对善意取得人行使不当得利返还请求权。^{〔37〕}

在我国，依据《物权法》第 106 条第 1 款第 2 项，不动产所有权的善意取得的一个构成要件是“以合理的价格转让”。关于这一要求的合理性，理论界有诸多解说。^{〔38〕}在笔者看来，《物权法》之所以要求取得人必须有偿取得不动产物权，主要是出于以下理由：首先，《物权法》的立法者侧重于维护真实权利人的权益。按照德国法的处理方法，在取得人通过无偿交易行为而善意取得不动产物权时，真实权利人只能针对取得人行使不当得利返还请求权。可是，这种请求权属于普通的债权请求权，当取得人破产时，并无优先效力，只能与其他普通债权人平等受偿。但是，按照我国法的做法，取得人如果是通过无偿交易取得不动产的，则不构成善意取得。此时，因真实权利人并未丧失权利，所以其可以针对取得人行使作为物权请求权的返还原物请求权。即便取得人破产，该请求权也能作为取回权加以行使。因此，以有偿性作为善意取得的要件表明了立法者更重视对真实权利人物权的保护。其次，从社会心理学的角度上说，以有偿性来平衡真实权利的保护与交易安全这两项价值更符合我国国民的心理。由于我国市场经济并不发达，维护交易安全的观念尚未深入人心，^{〔39〕}在普通的民众看来，仅仅以维护交易安全作为一个人可以通过善意取得制度而无偿地取得他人的财产的正当性基础，并不具有说服力的。第三，市场经济条件下，非亲非故而无偿取得他人的财产，本身就是非常可疑的行为。一个诚实的、不贪图便宜的受让人也不应当不经调查就无偿受让财产。^{〔40〕}最后，不当得利制度在我国法中一直不发达，司法实践中运用也较少，况且以不当得利来矫正无偿善意取得带来的财产不正当变动的后果的做法，在我国法官看来过于繁琐，不如直接认为不构成善意取得那样简便快捷。

然而，并非所有的基于法律行为的不动产物权变动都存在有偿与无偿的问题。在我国，就不动产善意取得而言只有建设用地使用权的转让、房屋所有权的转让、地役权的设定或转让涉及时才可能发生有偿或无偿的问题。例如，地役权的设立就可以完全是无偿的，因此地役权的善意取得不应以合理的对价为要件。正因如此，《物权法》第 106 条第 3 款规定，其他物权的善意取得是“参照”第 1、2 款的规定。就抵押权的善意取得，学界通说认为，不应机械地按照《物权法》第 106 条第 1 款，要求抵押权人必须支付合理的价格。^{〔41〕}但是，司法实践中，有一种观点认为，抵押借款合同中，抵押权人已经发放贷款给抵押人（同时也是债务人）意味着满足了善意取得中支付合理对价的要件。例如，最高人民法院第一巡回法庭的一则裁定认为：“从一、二审人民法院在本案以及中信银行大连分行诉兆峰机电公司、关兆峰的另案查明事实看，中信银行大连分行已经按照其与兆峰机电公司、关兆峰之间的借款合同提供了 1 000 万元人民币的借款，为担保该笔借款的偿还，兆峰机电公司向中信银行大连分行提供了案涉车辆作为抵押物。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

〔37〕 参见〔德〕鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），法律出版社 2004 年版，第 499 页。

〔38〕 参见王利明：《物权法研究》（修订版）（上卷），中国人民大学出版社 2007 年版，第 445 页。

〔39〕 根据有的学者组织的问卷调查发现，在 1 222 份调查问卷中有 852 人（占 70%）不支持不动产的善意取得。（李凤章：“从事实到规范：物权法民意基础的实证研究——以土地问题为中心”，《政法论坛》2007 年第 3 期，第 64 页以下。）这说明多数民众可能并不在乎交易安全。

〔40〕 参见前注〔3〕，第 444 页。

〔41〕 参见前注〔14〕，第 218 页；尹田：《物权法》，北京大学出版社 2013 年版，第 195 页。

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。”〔42〕笔者认为,这种观点是错误的也是有害的。这是因为,一方面,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的贷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。至于债务人之外第三人提供抵押担保的情形,更非抵押权设立的对价。另一方面,如果以债权人是否实际发放贷款为要件,还会导致尚未发放贷款的情形下,抵押权的善意取得被否定的情形,这显然是不妥当的。

综上所述,抵押权的善意取得中无须以支付合理价格或合理对价作为要件,更不以抵押权人是否实际履行主合同的义务作为判断是否满足这一要件的标准。

五、更正登记、行政诉讼与不动产抵押权善意取得

实践中,在不动产抵押权善意取得纠纷中,真实权利人出于各种考虑(如诉讼费用、举证责任等),为了更便捷地保护自己的权利,往往不就不动产物权归属以及作为不动产登记基础的买卖、共有、赠与、抵押、婚姻、继承等民事法律关系存在争议的,提起民事诉讼,〔43〕而是采取以下两种方法寻求救济:一是依据《物权法》第19条第1款向不动产登记机构申请更正登记;二是在登记机构拒绝更正登记后,以登记机构为被告提起行政诉讼,希望通过法院判决撤销登记机构的登记行为,来达到恢复自己不动产权利的目的。以上述案例2、3而言,李四或甲会要求登记机构进行更正登记,或者直接起诉不动产登记机构,要撤销不动产登记机构办理的抵押权登记;而案例4、5中,甲或F公司将会起诉登记机构要求撤销房屋所有权转移登记以及抵押权首次登记。

由于被处分的不动产已经办理了登记是不动产善意取得的构成要件之一,故此,无论登记机构还是法院的行政审判庭,在进行更正登记或审理行政诉讼时,都必须考虑涉案不动产是否已为第三人善意取得的问题。

首先,就更正登记而言,《不动产登记暂行条例实施细则》第80条第1款和第81条明确规定,无论是当事人申请更正登记,还是登记机构依职权更正登记,如果错误登记之后已经办理了涉及不动产权利处分的登记、预告登记和查封登记的,都不得办理更正登记。

其次,由于行政审判庭的法官在审理不动产登记行政诉讼案件中往往不注意适用民法规范,不考虑善意第三人的保护,动辄判决撤销登记行为,结果给民法上已经善意取得不动产权利的第三人造成损害。〔44〕有鉴于此,《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》第11条第3款规定:“被诉房屋登记行为违法,但判决撤销将给公共

〔42〕 最高人民法院(2015)民申字第1247号民事裁定书。

〔43〕 如果当事人仅仅是对不动产物权归属以及作为不动产登记基础的买卖、共有、赠与、抵押、婚姻、继承等民事法律关系存在争议的,依据《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》第8条以及《物权法解释(一)》第1条的规定,应当提起的是民事诉讼,对于当事人提起的行政诉讼,人民法院不予受理,已经受理的裁定中止诉讼。

〔44〕 在行政诉讼中,法院的行政审判庭对不动产登记这一具体行政行为的审查采取的是合法性审查标准,即对不动产登记行为从执法主体资格、执法主体的权限、执法目的、适用法律和执法程序五个方面进行。参见上海市高级人民法院行政审判庭:“上海法院审理房地产登记行政案件情况调查分析”,载最高人民法院行政审判庭编:《行政执法与行政审判》(总第6辑),法律出版社2003年版,第98页。

利益造成重大损失或者房屋已为第三人善意取得的,判决确认被诉行为违法,不撤销登记行为。”这就是说,当被诉的不动产登记行为本身就是善意取得的一个构成要件,此时因可能存在第三人的善意取得,故即便登记机构的登记行为违法,法院也不能撤销登记行为,否则将给善意第三人造成损害。而通过确认登记行为违法的判决,也可以有效地保护行政诉讼的原告。因为那些因登记机构违法登记行为遭受损害的真实权利人,可以依据《行政诉讼法》和《国家赔偿法》的规定,要求登记机构承担行政赔偿责任。例如,就前述案例2、3而言,由于银行已经善意取得了抵押权,故法院在行政诉讼中不能判决撤销抵押权首次登记。但是,案例4和5的情形则更为复杂,因为这两个案件中,涉案房屋办理了多次连续登记,此时基于第二次登记而取得不动产物权的人倘若符合善意取得的其他构成要件,依然可以善意取得不动产物权。即便真实的权利人就全部登记行为提起诉讼,依据《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》第5条第2款,人民法院应当依法受理,但是在法院判决驳回原告就在先转移登记行为提出的诉讼请求或者因保护善意第三人确认在先房屋登记行为违法的,法院应当裁定驳回原告对后续转移登记行为的起诉。例如,在最高人民法院再审的一起案件中,清远金融市场将预售商品房转让给了恒生公司,而恒生公司又将房屋抵押给广发行佛山支行并办理了登记。后人行清远支行以清远金融市场未将涉案房屋转让给恒生公司为由针对登记机构广州市房屋管局提起行政诉讼。广州市中级人民法院的终审行政判决书确认了广州市房管局办理的转让登记无效。人行清远支行以此为由认为广发行佛山支行不能善意取得涉案房屋的抵押权。最高人民法院再审判决认为:“对于不动产的所有权登记而言,物权登记的原因行为被解除,不能因此影响设立在该房产上的抵押权的效力。广州市中级人民法院(2006)穗中法行终字第87号行政判决终审认定广州市房管局的转让登记行为无效,也不能因此否定设立在该房产上他项权的效力,且行政判决也未否定广州市房管局就该抵押物办理的抵押权登记行为的效力。”^[45]故此,广发行佛山支行依然能够善意取得涉案房屋的抵押权。

同理,就本文案例4和5而言,如果甲或F公司仅针对不动产转移登记提起行政诉讼,而未对抵押权登记提起诉讼的,法院应当判决驳回诉讼请求。倘若甲或F公司针对两个登记提起诉讼的,由于H银行或X银行善意取得了抵押权,法院即便确认在先的不动产登记行为违法,也应当裁定驳回原告对后续登记行为的起诉。

参考文献

[1] 王利明. 物权法研究:上卷,第3版. 北京:中国人民大学出版社,2013.

[2] 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 [M] // 判解研究:总第46辑. 北京:人民法院出版社,2009.

[3] 戴永盛. 论不动产冒名处分的法律适用 [J]. 法学,2014(7).

[4] 傅鼎生. 不动产善意取得应排除冒名处分之适用 [J]. 法学,2011(12).

(责任编辑:朱晓峰 赵建蕊)

[45] 高燕竹:“抵押权善意取得及保证合同效力的认定——广东发展银行股份有限公司佛山分行与东莞市恒顺融资担保有限公司、东莞市恒生实业有限公司、庾志坚借款合同纠纷再审案”,载最高人民法院民事审判第二庭:《商事审判指导》(总第25辑),人民法院出版社2011年版,第197页以下。