

再论冒名处分不动产的私法适用

——类推适用的视角

石一峰

(中南财经政法大学 法学院 武汉 430073)

摘要:冒名处分不动产在无被冒名者追认而又有善意第三人保护之必要时,是一项法律漏洞,应以类推适用之方式进行填补。类推适用应在规范目的和类推目标下比较待决案件和拟类推规范下案型的构成要件,且需遵循现行法之体系。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,在我国现行法下,冒名处分不动产与不动产善意取得更为相似。在具体的类推适用上,一般伪造身份情形下应类推适用《物权法》第107条的特别善意取得;仅在利用相貌的特别冒名下才可类推适用《物权法》第106条的一般善意取得。

关键词:冒名处分不动产;类推适用;相似性比较;表见代理;善意取得

中图分类号:DF521 文献标志码:A DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2017.03.05

一、问题的提出

冒名处分不动产的私法适用在理论上素有争议,纵观争议观点,从本质上可分为三类:一是可直接适用说,即因《物权法》第106条中的“无权处分”可包括“冒名处分”,而可直接适用善意取得的规定,又依据冒名处分之不动产是否为盗赃物而区分为适用一般善意取得(《物权法》第106条)^①和适用特别善意取得(《物权法》第107条)^②;二是类推适用说,即因“冒名处分”不包含于《物权法》第106条的“无权处分”中,而选择类推适用表见代理规

则^③;三是不适用说,即因“冒名处分”不包含于《物权法》第106条的“无权处分”中,而不能适用善意取得;同时拒绝类推适用,善意第三人无法取得不

① 代表性观点参见: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[J].判解研究,2009(2):81-89;杨立新.论不动产善意取得及适用条件[J].判解研究,2009(2):90-101;戴永盛.论不动产冒名处分的法律适用[J].法学,2014(7):119-132,该文特别强调不能类推适用表见代理。

② 代表性观点参见:刘保玉.盗赃与作骗所及财物的善意取得和赔偿责任问题探讨[J].判解研究,2009(2):102-117;熊丙万.论善意取得制度正当性的运用[J].判解研究,2009(2):125-139,但熊丙万博士认为表见代理制度可同善意取得制度竞合适用,冒名处分不动产还可类推适用表见代理。

③ 代表性观点参见:冉克平.论冒名处分不动产的私法效果[J].中国法学,2015(1):169-186;郭明龙.不动产“冒名处分”中善意第三人权益之保护——兼与王利明教授、傅鼎生教授商榷[J].武汉理工大学学报,2012(5):722-727;金印.冒名处分他人不动产的私法效力[J].法商研究,2014(5):106-114.

收稿日期:2016-10-02

作者简介:石一峰(1987),男,浙江杭州人,中南财经政法大学法学院讲师,法学博士。

动产,而只能请求冒名人或登记机关赔偿^①;另有学者甚至认为第三人善意时,是直接与被冒名人达成有效的处分行为,无需借助善意取得或表见代理^[1]。

现行法中对于冒名处分不动产并未有直接的明文规定,仅在《最高人民法院关于审理房屋登记行政案件中发现涉嫌刑事犯罪问题应如何处理的答复》^②中以是否可以适用善意取得作为案件处理的关键,采取的是直接适用说,但北京市《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》^③却主张可类推适用无权代理和表见代理规则,采取的是类推适用说。

实务中对于冒名处分不动产则出现了多样化的判决,有认为“不动产物权善意取得旨在保护交易相对方对登记公示的合理信赖,并不适用于他人冒名处分物权的情形”^④;也有一审法院认为应适用表见代理,但是二审否定转而适用善意取得的^⑤;也有法院排除表见代理的适用,但在适用善意取得时以第三人未尽到审查义务并非善意而排除适用^⑥。

上述理论和实务上的争议,表明冒名处分不动产问题的复杂性,而各观点见解的争论本质是冒名处分不动产行为是否为现行法所涵盖,未涵盖时又该如何进行私法适用。其背后的焦点是:当存在善意第三人的合理信赖时,以何种方式予以保护更妥当。本文拟从冒名处分不动产在现行法框架下的问题属性出发,以善意第三人之合理信赖保护为归宿来阐明冒名处分不动产的私法适用路径,以期为实务和理论提供妥当的法律适用方式。

二、冒名处分不动产的问题属性

在无瑕疵的不动产交易中,真实权利人、登记权利人、实际权利人应当同一。冒名处分不动产中真实权利人与登记权利人一致,但与实际权利人不一致,实际权利人冒充了真实权利人的身份来行使登记权利^⑦。这一结构从广义上而言,也属于广义无权处分的情形之一^⑧。无权处分的核心是处分权的欠缺或受限^[2],与以何者名义进行处分交易无关^⑨。但并不能以此就认定冒名处分可直接适用《物权法》第106条的规定。因为虽然该条在文义

上表述了“无权处分”,但从不动产善意取得制度的基础来看,不是无权处分,而是对登记公信力的信赖导致了善意取得的发生^⑩。然而登记公信力所要解决的是登记权利人与真实权利人是否一致的问题,仅在登记错误情形下才可依此发生善意取得^[3]。德国法律学说在分析土地(不动产)登记簿公信力时,也认为“《德国民法典》第892条、第893条为具有实体法内容之规范,其规范出发点为不正确的,也就是与真实法律关系不相符的土地登记簿”^[4]。换言之,不动产善意取得仅能解决登记权利人与真实权利人不一致时的善意第三人保护问题,并不能涵盖冒名情形下导致的“登记权利人与真实权利人一致,但与实际权利人不一致”的情形,此为直接适用说的障碍所在。

同样冒名处分行为被称为冒用他人名义从事行为(Handeln unter fremdem Namen)与代理法中的

① 代表性观点参见: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):45-55;梅夏英.登记错误与第三人的保护[J].判解研究,2009(2):118-124.

② 最高院[2008]行他字第15号。

③ 京高法发[2014]489号。

④ 参见:大新银行(中国)有限公司上海分行等与上海堂福电子有限公司等金融借款合同纠纷上诉案,上海市第一中级人民法院(2015)沪一中民六(商)终字第664号。

⑤ 参见:卫强与吴国峰房屋买卖合同纠纷一案,上海市第一中级人民法院(2009)沪一中民二(民)终字第3857号。

⑥ 参见:罗幼春诉中国工商银行股份有限公司宁波东门支行等金融借款合同纠纷再审案,浙江省宁波市海曙区人民法院(2009)甬海商再字第7号。

⑦ 这与登记伪造冒名不同,后者是在不动产登记簿上就冒充了真实权利人身份,此时实际权利人与登记权利人是同一的,但与真实权利人不一致。

⑧ 代表性观点参见: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[J].判解研究,2009(2):81-89;即使是主张类推适用表见代理的学者也并未否认该点,参见:冉克平.论冒名处分不动产的私法效果[J].中国法学,2015(1):169-186;金印.冒名处分他人不动产的私法效力[J].法商研究,2014(5):106-114.

⑨ 以无权处分必须以自己名义进行,进而否认冒名处分属于无权处分的观点,是对无权处分的不当限缩解释。(参见:郭明龙.不动产“冒名处分”中善意第三人权益之保护——兼与王利明教授、傅鼎生教授商榷[J].武汉理工大学学报,2012(5):722-727.)

⑩ 此为我国通说。(参见:程啸.论不动产善意取得之构成要件——《中华人民共和国物权法》第106条释义[J].法商研究,2010(5):74-84;王利明.不动产善意取得的构成要件研究[J].政治与法律,2008(10):2-10;叶金强.物权法第106条解释论之基础[J].法学研究,2010(6):55-64.)

以他人名义从事行为(Handeln in fremdem Namen)相区别^①。由于代理法规则中,代理人需以他人名义行为,即使是隐名代理中,也是以自己名义而非冒充他人名义,因此冒名处分不动产也不能直接适用代理法规则。对冒名行为的法律适用,德国法上也是争议颇多^②,一般依第三人是否在乎交易对象之身份而进行区别适用:若第三人不在乎交易对象的身份,则以谁的名义和身份并不重要,冒名行为在第三人与冒名者之间有效;^③若第三人在乎交易对象的身份或者从交易类型上看,交易对象的资质具有决定性作用时,冒名行为需归属于被冒名者,当被冒名者追认时,补充了合意所需的意思表示,冒名行为自应在他与第三人之间有效(适用的是法律行为规则);当被冒名者不予追认时,因未有意思表示作出也未授权他人代为意思表示,因而主张类推适用无权代理之规定^④。

对于冒名处分不动产而言,看重的是交易对象手中的不动产(房屋等),交易对象的身份对第三人而言是重要且有决定性作用的,若被冒名者追认还可适用法律行为规则,但若未予追认就属于法律漏洞(Regelungslücke),而仅能类推适用其他规则,此为类推适用说之逻辑。

但此时也不能如“不适用说”那样将冒名处分不动产退回到我国《合同法》第51条或《德国民法典》第185条的解释适用中:认为在无追认时,按无权处分无效的规则处理而不适用或类推适用其他权利取得规范(如作为例外规则的从无权利人处取得权利的善意取得,表见代理等),第三人此时即使善意也仅能要求损害赔偿^[5]。因为在存在善意第三人对冒名身份的合理信赖时,仅通过损害赔偿并不能充分救济,也与对处于同一利益结构位置的其他善意第三人的处理存在体系不一致,违反同等情况同等对待之民法理念。

综上所述,冒名处分不动产在被冒名者追认时可适用法律行为规则解决,但在未予追认时,则属于法律漏洞。由于现实中被冒名者大多未有追认的意愿和动机,冒名处分不动产私法适用的关键就是在有法律漏洞时,如何进行漏洞填补。在涉及善意第三人保护时,也不能认为第三人善意可补正被冒名者的追认,否则就跨越了私人自治的界限^⑤。鉴于现行法中存在同结构的善意第三人保护之规

范,此时应通过对属于同一利益处境(Interessenslage)之规范进行比较进行类推适用^[6]。由此,冒名处分不动产私法适用的问题属性就演变为如何进行法律类推适用。

三、法律类推适用的方式

(一) 类推适用的思维过程

上已述及,冒名处分不动产在被冒名人未追认而又有保护善意第三人之必要时属于一项法律漏洞。由于现行法中缺乏相应规范可供适用,应为“开放的”法律漏洞(offene Lücke)^{[6] 254-255}。对此如何进行私法适用是现今学说与实务争议之焦点。

一般而言,开放之漏洞,通常以类推适用的方式填补^⑥。类推适用的法律理念在于同类事物应作相同处理(Gleichbehandlung),此为一般正义之要

① 德国法上的区分参见:Dieter Medicus. Allgemeiner Teil des BGB[M]. Heidelberg: C. F. Müller, 10. Aufl. 2010: S. 378, Rn. 908; Wolf/Neuner. Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts[M]. München: Beck, 10. Aufl., 2012: § 49, Rn. 52ff, S. 591f; Karl Larenz. Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts[M]. München: Beck, 7. Aufl. 1989: S. 601f.

② 争议的文章参见:Letzgas. Zum Handeln unter fremdem Namen[J]. AcP 137, 2013: 327ff; Bettermann, Vom stellvertretenden Handeln[M], Aalen: Scientia, 1964: S. 113ff; Larenz, Verpflichtungsgeschäfte, unter “fremdem Namen[M]//Nipperdey, Hans Carl(Hrsg.). Festschrift H. Lehmann, Berlin: De Gruyter, 1956: S. 234; Lieb. Zum Handeln unter fremdem Namen[J]. JuS 1967: 106.

③ 这一般发生在提供服务或出售某商品时,服务接收者和买受人为谁对服务和商品提供者并不重要,因为对象所给付的都是无差别的货币。

④ 德国法上持该观点者参见:Wolf/Neuner. Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts[M]. München: Beck, 10. Aufl., 2012: S. 591ff; Karl Larenz. Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts[M]. München: Beck, 7. Aufl. 1989: S. 605ff; Dieter Medicus. Allgemeiner Teil des BGB[M]. Heidelberg: C. F. Müller, 10. Aufl. 2010: S. 410f, Rn. 997; Flume. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts—Band II: Das Rechtsgeschäft[M]. Berlin, Heidelberg: Springer, 4. Aufl., 1992: § 44 II 1a; Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker. Allgemeiner Teil des BGB[M]. München: Vahlen, 39. Aufl., 2015: Rn. 1410.

⑤ 此观点强调意思自治的重要性。(参见:杨代雄.使用他人名义实施法律行为的效果[J].中国法学 2010(4):89-99.)

⑥ 一般类推适用在填补法律漏洞时,具有优先适用性。(参见:卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥译.北京:商务印书馆, 2003:258.)

求^[7]。因此类推适用思维过程中最重要的是如何确定待决案件之事实与拟类推适用规范下之案型具有相似性。

相似性是在比较中确认的,如何进行比较是整个类推适用思维的脉络。比较依照思维之过程是对两类事物之间的各点予以一一对照。但类推适用并非要确定两类事物完全相同,而是确定在法律评价有关的重要观点上是否相互一致^{[6] 258}。因此是对重要的比较点进行比较,并非无章法的对照。在经典的类推适用定义中,比较点指向构成要件^[8]或案件的法律重要特征等^[9]。但相似性的比较并非单纯运用形式逻辑进行事实判断,而是一项价值评判过程^[10],所谓的构成要件或重要特征都是法律评价上的重要因素^[11]。而哪些要素对于法定评价具有重要性,则需回归到法律规范目的中予以考察^{[9]93},所以相似性的比较点也转向规则目的^[12]、规范目的同一性^[13]、法律规范意旨^[14]等。换言之,类推适用思维过程中比较点的比较需在规范目的的指导下进行。我国司法实践中在运用类推适用时,也通过规范目的来论证类推适用的合理性。如最高人民法院第15号指导案例^①就通过规范目的来解释界线模糊、人格混同的独立法人行为,以此类推适用《公司法》第20条第3款关于“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益”的规定;在股权类推适用善意取得时,最高院也回溯了善意取得的立法意旨来进行类推的比较和适用^②。

在此,关于类推思维的心理学研究,从另一侧面印证了上述类推适用思维之过程。心理学的研究表明类推是在三重限制下逐步进行的^③,首先是表层水平限制,是在表层关系上寻求共通或相似的成分以激活类推对象的检索,如隔夜渡轮与列车都具有交通工具的共性,又与旅馆一样具有过夜住宿的共性,因而两者都可作为类推对象^[15]。其次是结构限制,即要求识别结构类似的类推对象,如法律移植与器官移植都具有将系统外之物纳入系统内的结构。由于结构相类似之事物种类繁多,事物之结构视角也多样化,因此还需要明确我们以什么样目的来看待结构。此即作为最后一层的目的限制,其指明了类推思维的导向,即类推要达到什么目标决定了类推的结果^[16]。这在法律的类推适用中表

现为待决案件表层特征的认识,如冒名处分不动产涉及不动产权利的取得规则,非真正名义者实施的行为是否可归属于名义载体等。而在结构上,法律类推适用常以抽象的构成作为识别的标准。从成文法的适用逻辑来看,一般以构成要件的形式展现。但最终构成要件的比较还需要回归规范目的的考察,即目的性标准在类推适用中具有决定性作用^[17]。类推适用能否进行在于类推规范的意义和目的(即立法理由, ratio legis)^[18]。

综上,类推适用的思维过程是在类推目标和规范目的下去比较构成要件,比较时不仅是构成要件逻辑上的相似性,而且要明确构成要件的异同在目的性标准看来是否是重要的^④,且待决案件所要解决之问题与拟类推适用之规范目的是否具有一致性。

在类推适用之外也有人提出目的论扩张的漏洞填补方法,其是指非借助类推之方式来扩张过窄的文义^⑤。与类推适用的区别在于后者的前提是事物具有相似性,而目的论扩张是事物虽无相似性,但基于规范目的的考察,认为将规范效果扩张适用更能实现法律目的和正义要求^[19]。然而正如上所述,类推适用的相似性判断也是在规范目的的调适下进行的,换言之,在规范目的确认前,根本无法判断是否具有相似性^[20]。类推适用也被定义为“将单一法条或多数法条一般化所得之一般规范,间接

① 参见:徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案,江苏省高级人民法院(2011)苏商终字第0107号。后续的案例有北京华夏博通商贸有限公司与杭州英杰时装有限公司、杭州富香花鹂服饰设计有限公司合同纠纷案,浙江省杭州市中级人民法院(2015)浙杭商终字第543号;通州建总集团有限公司与吉林谦诚混凝土有限公司、任世军买卖合同纠纷案,吉林省长春市中级人民法院(2015)长民四终字第496号等。

② 参见:四川京龙建设集团有限公司与简阳三岔湖旅游快速通道投资有限公司等及深圳市合众万家房地产投资顾问有限公司等股权确认纠纷案,最高人民法院(2013)民二终字第29号。

③ 关于心理学上对类推思维的研究,参见:王亚同.类推推理[M].石家庄:河北大学出版社,1999:137.

④ 类似的观点参见:屈茂辉.类推适用的私法价值与司法运用[J].法学研究,2005(1):3-19.

⑤ 卡纳里斯在类推适用之外提出目的论扩张,与其认为整体类推并非类推适用有关,其认为整体类推并非特殊到特殊的逻辑,但实际上在成文法体系下,类推适用也并非如此,而都是遵循特殊到一般(规范目的的考察)再到特殊的逻辑结构。(参见:Canaris. Die Feststellung von Lücken im Gesetz[M]. 1963, S. 104.)

适用于与法定案型相类似之系争案”^{[11]134}，“由制定法所推演出的原则对于个案适用范围的扩张”^[21]；“将规则一般化而发现原则，再以此原则为基础作出裁判”^{[6]272}。这与目的论扩张的思维过程几无差别，因而即使是作类型区分的学者，也都认为两者极为相近^{[6]274}，所谓的差别仅在相似性要求的高低上^{[9]319}。若以规范目的的角度来看，构成要件中的不同点在此并非重要，但构成要件在规范目的下的相同点对于实现规范目的更有利^①，因而可用该规范填补相应漏洞。此时是类推适用还是目的论扩张并无本质上区别，实务中亦无区分必要^②。因此，本文在处理冒名处分不动产的法律漏洞填补时，也不再作细致区分，而都冠以类推适用这一统筹性概念。

(二) 类推适用中的论证结构

类推适用本身的论证结构类似于传统的三段论，其逻辑表达式为：

规范下之案型(T)适用法律效果(R)，
待决案件(P)与规范下之案型(T)类似，
待决案件(P)亦适用法律效果(R)。

但如上所述类推适用的关键是如何判断相似性，即如何判断待决案件(P)与规范下之案型(T)相似，此为上述三段论的内部论证结构^③。

其中规范下之案型(T)适用法律效果(R)，是因为T符合导出法律效果R的规范(N)的构成要件 T_1, T_2, T_3, \dots 。构成要件是法律上重要的评价要素，因此P与T的相似性判断应从P的构成 P_1, P_2, P_3, \dots 与 T_1, T_2, T_3, \dots 的比较中得出。 P_1, P_2, P_3, \dots 与 T_1, T_2, T_3, \dots 不是全部相同，也不是全部不同^{[6]258}，而是在不同处需要具有相似性，即 P_1 与 T_1 虽然不同，但需要具有相似性。此一判断也是一层论证结构，依照上述类推适用的思维过程来看，两者的比较应在规范目的下确认异同的重要程度。

P_1 与 T_1 相似性比较的论证结构可以表达为：

T_1 具有特征 a b c d，

P_1 具有特征 a b c e，

当d特征在规范目的看来并非重要或可通过e特征在目的论上进行补足，那么 P_1 与 T_1 就具有规范目的下的相似性^④。

构成要件的特征不仅指向事实特征方面，而且

也指向作为价值判断的判断标准，这一标准是与规范下之案型的事实特征以及规范目的相调适的，事实特征的基础以及判断标准的宽松是相似性判断的要点。譬如某一构成要件指向的是当事人的过错，但过错存在故意、重大过失、过失、轻过失等判断标准的区分，针对不同的规范目的，会采取不同的判断标准，此时就要对待决案件中当事人所处的情境及其所要解决之目标与拟类推规范中所规定的类型化当事人及其规范目的进行比较，以此来明确是否具有相似性。

四、冒名处分不动产类推适用的路径分析

(一) 冒名处分不动产的利益结构

冒名处分不动产私法适用中的法律漏洞是指在被冒名者不予以追认而又有保护善意第三人必要时该如何进行法律适用。从这一法律漏洞的利益结构来看，涉及三方当事人：真正权利人(被冒名者)、实际行为人(冒名者)和第三人，而善意第三人保护的必要性在于其有合理的信赖。纵观现行法规，表见代理涉及被代理人、表见代理人和第三人；善意取得涉及真正权利人、实际行为人(无权处分人)和第三人，两者也均是为保护第三人合理信赖而设的规则，与冒名处分不动产之利益结构类似。

但需注意的是，不能因为不予追认时，可类推适用无权代理，而顺势认为此时应类推适用表见代理。因为冒名行为类推适用无权代理并非基于善意第三人的保护，而是为了解决法律行为效力归属问题，所以不能以此为基础自然认为对于善意第三

① 如上所述，构成要件异同在规范目的性下的重要性是相似性判断的核心。

② 实务中即使是目的论扩张，也常以类推适用的形式出现。(参见：梁慧星. 民法解释学[M]. 北京：中国政法大学出版社，1995：281.)

③ 区分内部论证结构和外部论证结构，更能加强案件裁决的说理论证并提高错误识别和批判错误的可能性。(参见：阿列克西. 法律论证理论[M]. 舒国澄译. 北京：中国法制出版社，2002：285.)

④ 此一论证结构的逻辑表达是在黄建辉教授的基础上加以改进的，其使用的是或然性，即 P_1 有可能具备特征d，因而与 T_1 相似。此时或然性不是关键，目的性考察才是关键。(参见：黄建辉. 法律漏洞：类推适用[M]. 台北：蔚理法律出版社，1998：125.)

人的保护应当直接类推适用表见代理,此时类推适用的构成事实及其所欲达成的目的都不同^①。实际上,类推适用无权代理针对的是广义的冒名行为,由于并非一定是处分行为,因而无法完全类推适用无例外情形的无权处分规定(《德国民法典》第185条或我国《合同法》第51条);且在法律效果上,无例外情形的无权处分与无权代理一致:均是无权代理人(无权处分人)的行为效果不归属于被代理人(原权利人),第三人仅与无权代理人(无权处分人)发生法律关系而可选择要求继续履行(无法继续履行的,按履行不能的违约处理)或损害赔偿,因此在分析广义冒名行为无追认情形下的法律适用时笼统地认为可类推适用无权代理具有合理性。但在需保护善意第三人时,利益结构和解决问题之目标发生转变,此时上述逻辑就不能再作为类推适用表见代理的依据。

上述利益结构的判断仅为表层水平上的相似性判断,到底是类推适用表见代理还是善意取得还需遵循类推适用思维中其他层次的限制并符合相应的论证结构。

(二) 冒名处分不动产类推适用中的比较点分析

1. 比较点的确认

为进一步明确类推适用的对象,需对相应的比较点进行分析。首先,表见代理的构成要件可概括为:存在使得第三人信赖表见代理人有代理权的可信赖事实;善意第三人的合理信赖;被代理人的可归责性^②;善意取得的构成要件可概括为:存在使得第三人信赖无权处分人处分权的可信赖事实;善意第三人的合理信赖(包括合理价格和已转移登记或占有);真正权利人的可归责性^③。

需注意的是,我国法上的不动产善意取得与动产善意取得是统一规定的(《物权法》第106条及第107条),此不同于德国法上的分别规定(《德国民法典》第892和932条)。德国法中因此有见解进行了区分,认为不动产登记中的信赖保护属于“纯粹的权利外观”而不需要考量责任者的可归责性的^[22]。实际上一方面不动产登记的信赖保护中并非全然不考虑可归责性,而是可归责性的考量方式不再单方面进行,采取的是与相对人可归责性一起考量的方式。相对人非善意就要承担相应的不利

益,从此角度而言,其也是基于相对人的可归责性而承担的责任。因而可归责性的判断本身不是单方面的,而是双向比较的结果。从此角度而言,所谓的“纯粹权利外观责任”若仅从责任者方面归责将很难进行,如不动产登记不当本身是登记机关引起的情形下,原权利人的归责按照一般理念就很难进行而被舍弃^④,但从比较的角度来看,不动产登记中原权利人是登记的申请人和登记的照管人,其还具有更正登记和异议登记的权利,原权利人比善

① 德国法上虽然法院有判决认定可从表见代理角度来保护第三人的信赖(参见:BGH NJW 2011, 2421(2422).)但由于第三人信赖的不是代理权外观,因此在此在学理上也存在争议,争议观点参见:Florian Faust, BGB AT: Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos[J], JuS 2011: 1027; Herresthal, Kurzkomentar zu BGH: Urteil vom 11.05.2011 - VIII ZR 289/09[J], JZ 2011: 1171; Michael Stöber, Kurzkomentar zu BGH, Urteil vom 11.05.2011 (VIII ZR 289/09, Hamm)[J], EWiR 2011: S. 551 f; Sonntag, Vertragliche Haftung bei Handeln unter fremdem Namen im Internet[J], WM 2012: 1614.

② 此为通说,代表性观点参见:王利明,民法总则研究[M],北京:中国人民大学出版社,2012:679-690;叶金强,表见代理中的本人归责性要件[J],法律科学,2010(5):38-45;杨代雄,表见代理的特别构成要件[J],法学,2013(2):58-70;朱庆育,民法总论[M],北京:北京大学出版社,2013:360;Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts[M], München: Beck, 10. Aufl., 2012: § 49, Rn. 94ff, S. 628f; Hans Brox, Wolf - Dietrich Walker, Allgemeiner Teil des BGB[M], München: Vahlen, 39. Aufl., 2015: S. 244, Rn. 564.

③ 代表性观点参见:王利明,不动产善意取得的构成要件研究[J],政治与法律,2008(10):2-10;程啸,论不动产善意取得之构成要件——《中华人民共和国物权法》第106条释义[J],法商研究,2010(5):74-84;陈永强,论德国民法上的不动产物权善意取得制度[J],比较法研究,2005(3):35-43.

④ 虽然卡纳里斯在其论述中也涉及了“纯粹权利外观原则”(reine Rechtsscheinprinzip)不涉及可归责性问题,但在分类上实际上并未将诸如不动产善意取得等纳入其所论述的信赖责任范畴中,而认为其主要适用领域是“权利失效”制度(Allerdings liegt dessen Hauptanwendungsfeld nicht auf dem Gebiet der Vertrauenshaftung, sondern auf dem des Rechtsverlusts)在整个关于权利外观责任的一章中,也未有对于善意取得的专门论述,以此来保证信赖责任中可归责性要求的一致性。(参见:Canaris, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht[M], München: Beck, 1971: S. 471; 9ff.)而一般传统的研究中善意取得均为信赖责任或权利外观责任的重要具体制度(参见:吴国喆,权利表象及其私法处置规则——以善意取得和表见代理制度为中心考察[D],中国政法大学,2006;王焜,权利外观责任[D],西南政法大学,2008;Moritz Wellspacher, Das Vertrauen äußere Tatbestände im Bürgerlichen Rechte[M], Wien: Manz, 1906; Herbert Meyer, Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht[M], München: Beck, 1909.)

意第三人对于登记机关错误的风险控制和防范能力都强。当其未将风险控制时,在比较之下就具有可归责性^①。因此从风险归责的角度看,一般性的登记不当中其仍有可归责性^②。另一方面,从《物权法解释一》^③第2条(必要证据可对抗不动产登记簿登记)和第15条(不动产善意取得中第三人善意标准亦为不知且无重大过失不知)来看^④,我国法上不动产登记的可信赖性程度并非如德国法上那么高,其并非作为“纯粹的权利外观”看待,这也提示了不动产善意取得要考虑原权利人的可归责性。

对于冒名处分不动产,德国法在论述冒名行为时却极少直接涉及^⑤,仅有学者指出冒名处分不动产不适用善意取得,因为第三人并未信任土地登记簿,而是信任冒名者及其证件^[23]。此指出了冒名处分不动产的一个重要要求:存在使得第三人信赖冒名者是登记簿上登记权利人的可信赖事实。从保护善意第三人从而让被冒名者承担责任的角度看,其他的要求还包括:善意第三人的合理信赖;本人对可信赖事实的产生有可归责性。此与不动产善意取得和表见代理形成可比较的对应关系。

然而在进行比较前还需要明确拟类推适用规定的规范目的以及解决冒名处分不动产问题之目标。冒名处分不动产的处置以保护善意第三人为目的,但在法律效果上,为达到真正的善意第三人保护,其最终的目标是让第三人拥有不动产物权,即最终涉及不动产物权归属问题。在规范目的上,表见代理侧重通过法律效果的归属来保护善意第三人;不动产善意取得侧重通过权利的归属来保护善意第三人。从法律效果归属于原权利人到第三人获得不动产权利仍有一段距离,此在进行比较时要额外注意。且由于规范目的的不同,各构成要件的指向也存在差异,此在比较时需结合具体的构成要件进行进一步的说明。

2. 可信赖事实要件的比较

在具体的比较上,可信赖事实的差异最为明显。表见代理中,可信赖事实是使得第三人相信有代理权的外观,通常表现为授权委托书、业务介绍信、合同专用章、盖有公章的空白合同书等^[24],是一种私人权利证明材料,这种证明材料所要证明的是持有者具有为他人行事的资格。不动产善意取得中,可信赖事实是使得第三人相信真正权利人与

登记权利人一致的外观,表现为登记簿上的登记,是一种具有国家支撑的登记公信力证明材料,其所要证明的是被登记者具有不动产处分的权利。冒名处分不动产中,可信赖事实是使得第三人相信实际行权人与登记权利人一致的外观,表现为身份证等身份证明文件^⑥,也是一种具有国家支撑的登记公信力证明材料,其所要证明的是持有者为登记权利主体可对权利进行处分。从三者特征的法律评价来看,身份信息外观与不动产登记簿外观同是国家支撑的公信力证明文件,证明的内容虽然不完全相同,但具有相似性(都是处分权的证明)。同时根据《物权法》第16条第1句的规定,不动产登记簿具有法定推定效力^[25];身份证也具有推定效力《身份证法》第13条的规定:公民从事有关活动,需要证明身份的,有权使用居民身份证证明身份,有关单位及其工作人员不得拒绝。“使用身份证证明身份本身不得被拒绝”的解释亦包含了身份证能够推定持有者为身份证上记载之人的推论,因此身份证亦具有法定推定效力。此亦拉近了冒名处分不动产与不动产善意取得的可信赖事实的相似性。

而在冒名处分不动产情形中,伪造之身份信息之所以对第三人重要,正是因为该信息与登记簿上

① 也有认为不动产真正权利人的可归责性实际上已经包含在登记义务之中了。(参见:刘晓华. 私法上的信赖保护原则[D]. 山东大学, 2013: 108.) 实际上登记义务本身体现的真正权利人可控的登记风险。

② 通过对过错概念的重构进行的可归责性考察,详见石一峰. 过错理论在动产善意取得中的适用[J]. 民商法论丛, 2015(59): 206-244.

③ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》法释[2016]5号。

④ 德国法上不动产登记的信赖保护中,第三人仅需为不知,此为高可信赖性的表现,我国法主动降低了不动产登记簿的可信赖性。(参见:石一峰. 非权利人股权转让股权的处置规则[J]. 法商研究, 2016(1): 95-105.)

⑤ 此反映在德国民法的教科书中,参见:Dieter Medicus. Allgemeiner Teil des BGB[M]. Heidelberg: C. F. Müller, 10. Aufl. 2010: S. 378, Rn. 908; Wolf/Neuner. Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts[M]. München: Beck, 10. Aufl., 2012: § 49, Rn. 52ff, S. 591f; Karl Larenz. Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts[M]. München: Beck, 7. Aufl. 1989: S. 601f.

⑥ 在不动产交易情形下,身份信息外观只能是身份证,其他的证件只是起到辅助作用,第三人最应审查的是身份证,此种审查一方面是审查身份证载体本身;另一方面则是借助公权力机关,如公安局、登记部门的审查。

的信息具有外观同一性。身份同一性虽不为不动产登记簿所囊括,但登记簿上的登记人身份信息是冒名人伪造的依据。伪造之身份正是借助登记公信力使得第三人相信有处分权,其本质就是利用登记公信力的信息传递特征,以不改变登记簿的方式使得自己获取登记簿上的公信效力,因此第三人对身份信息外观的信赖与登记簿上的登记具有关联性。此与冒名进行其他行为不同,如冒名购买行为,身份信息本身并不依附于其他可信赖的信息(当然身份信息可能体现着偿付能力、信用等重要信息,但这些信息还未形成一个其他可供信赖的载体,而只能附载于身份信息之下)^①。由此对于善意第三人保护而言,第三人对身份信息的信赖既与不动产登记簿信赖类似,同时又具有关联性,因而在可信赖事实要件上,两者就具有相似性。

更为重要的是在规范目的视角下,冒名处分不动产中是通过权利归属来保护善意第三人的,因此更关注处分权问题。虽然代理权中也会涉及处分权,但在可信赖事实构成的相似性比较上,冒名处分不动产与不动产善意取得更接近,那么在解释上就不能排除类推适用不动产善意取得的可能性。

3. 第三人善意要件的比较

在第三人善意的要件上,一般认为表见代理中第三人善意的判断标准是非为明知或因过失而不知^②。我国法中虽然在《合同法》第49条的表见代理规定中未有明确规定,但在第50条的表见代表中明确规定相对人“知道或者应当知道”的不受保护,比较两条规范的结构和连续性,表见代理第三人善意也应适用相同标准^③。比较法上,表见代理中第三人的善意也采此标准,其中《德国民法典》第173条(表见代理的排除)明确使用了“知道或应当知道”的表述(kennt oder kennen muss),其标题中也采用了“知道和因过失不知道(Kennntnis und fahrlässiger Unkenntnis)”的表述,kennen muss(应当知道)即是指 infolge von Fahrlässigkeit nicht kennen(因过失而不知),此在《德国民法典》第122条中有明确规定。我国台湾地区“民法典”第107条规定:代理权之限制及撤回,不得以之对抗善意第三人。但第三人因过失而不知其事实者,不在此限;第169条但书规定:但第三人明知其无代理权或可得而知者,不在此限。同样《日本民法典》第122条也规

定:代理权消灭,不得以之对抗善意第三人。但是,第三人因过失不知其事实时,不在此限。“可得而知”即是应当知道之意思,过失也未强调轻过失的排除。

相反对于善意取得中第三人的善意,一般采取区别的善意认定标准:对于不动产而言,第三人只需不是明知出让人为非权利人即可,而动产还需非因重大过失不知^④,如《德国民法典》第892条与第932条第2款中第三人善意的标准。但由于我国《物权法解释一》将不动产登记簿的可信赖性程度降低,此时相应的对第三人善意之标准加重,因而在第15条将不动产与动产善意取得中第三人善意之标准统一为非明知或非因重大过失而不知^⑤。

① 德国法上冒名行为类推适用表见代理的典型例子是 e-Bay 冒名购买案,参见:BGH NJW 2011, 2421, 2422。但实际上亦有质疑观点,参见:Florian Faust. BGB AT: Nutzung eines fremden eBay-Mitgliedskontos[J]. JuS 2011: 1027; Herresthal. Kurzkomentar zu BGH: Urteil vom 11.05.2011 - VIII ZR 289/09[J]. JZ 2011: 1171; Michael Stöber. Kurzkomentar zu BGH, Urteil vom 11.05.2011 (VIII ZR 289/09, Hamm) [J]. EWiR 2011: S. 551 f; Sonntag. Vertragliche Haftung bei Handeln unter fremdem Namen im Internet [J]. WM 2012: 1614.

② 此为我国通说,参见:史浩明.论表见代理[J].法律科学,1995(1):69-73;李文柱.论表见代理[J].甘肃政法学院学报,1998(1):6-12;曹新明.论表见代理[J].法商研究,1998(6):63-68;尹田.论“表见代理”[J].政治与法律,1988(6):28-30;孙鹏.表见代理构成要件新论——以被代理人的过错问题为中心[J].云南大学学报,2004(1):78-81;江帆,孙鹏.交易安全与中国民法[M].北京:中国政法大学出版社,1997:140.

③ 但表见代表可能由于商事登记不当引起,此时在第三人善意判断标准上仍会有差异。

④ 此为德国法通说,参见:Baur/Stürmer. Sachenrecht [M]. München: Beck, 18. Aufl., 2009: § 23 Rn. 30, S. 300; § 52 Rn. 25ff, S. 673; Wolf/Wellenhofer. Sachenrecht [M]. München: Beck, 30. Aufl., 2015: § 8 Rn. 17; § 19 Rn. 21; Wieling. Sachenrecht [M]. Berlin, Heidelberg: Springer, 5. Aufl., 2007: § 10, S. 119f; § 20, S. 297;我国通说也采此观点,参见:王泽鉴.民法物权[M].北京:北京大学出版社,2009:88;叶金强.论善意取得构成中的善意且无重大过失要件[J].法律科学,2004(5):81-84;王利明.不动产善意取得的构成要件研究[J].政治与法律,2008(10):2-10;王利明,王轶.动产善意取得制度研究[J].现代法学,1997(5):5-14;程啸.论不动产登记簿公信力与动产善意取得的区分[J].中外法学,2010(4):524-539.

⑤ 持此观点的学者,参见:崔建远.物权法[M].2版.北京:中国人民大学出版社,2011:78。但需注意的是《物权法解释一》第16条第2款将重大过失的认定为“应当知道”属于界定不当,因为应当知道对应的是因过失而不知。

而在冒名处分不动产情形中,第三人甄别身份信息的能力与甄别不动产登记簿的能力相当,因为两者都是公权力机关制作和发放的,防伪措施都比较高,第三人的甄别能力具有相似性。同时,鉴于身份证信息具有流通性,伪造可能性增大,第三人善意标准增强至我国《物权法解释》第15条中不动产善意取得中第三人“非为明知或非因重大过失不知”。而对于私人性质的委托代理证书或盖有公章的空白合同书,因其是私人制作的证明材料,第三人理应有更多的注意义务,因此善意之标准增强至“非因过失而不知”有其道理。综上,在第三人善意要件上,我国法中冒名处分不动产也与不动产善意取得更具有相似性。

4. 可归责性要件的比较

在可归责性要件上,我国法上的表见代理规则进行了非此即彼的规定,即要么有归责性,可将法律效果归属于本人;反之,则否^①。最高人民法院《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第5条对此直接将“盗窃、盗用单位的公章、业务介绍信、盖有公章的空白合同书,或者私刻单位的公章”排除在表见代理之外,除非单位对第三人损失存在明显过错,从而以其他理由增强了其可归责性,如明知被盗用盖有公章的空白合同书,在第三人对此进行询问时给出错误的表述。

但对于善意取得,我国法上进行了可归责性层级的区分,其中第106条是具有完全可归责性情形下的一般善意取得,第107条则是比较之下不完全可归责性情形下2年后的特别善意取得(其中2年内在公开市场可得到价金保护)。虽然第107条仅规定了遗失物,但依照遗失物与盗窃物等赃物同为脱离物之性质及我国刑事案件中对于盗窃物处理的规定^②,其可准用第107条之规定。此种可归责性层级的区分,为善意第三人之保护提供了更细致的利益平衡。在不完全可归责性情形下(如盗窃处分),善意第三人并非全有全无的可否善意取得,而是给予2年的缓冲期以及公开市场价金保护的特别规定,这对于对购买某物具有不可逆转之投入的善意第三人保护更周到。由于可归责性善意取得的一体化,此种完全与不完全可归责性层级的区分自应也适用于不动产或其他物权情形,或至少得类推适用。

对于冒名处分不动产,伪造身份证类似于盗取他人之身份,与上述盗窃或伪造公章、业务介绍信或盗窃财物类似,也属于比较之下的不完全可归责性,除非本人或原权利人具有明显之额外过错。从规范目的和类推适用的目标是保护第三人的角度来看,显然更为细致的可归责性层级区分更有利于保护善意第三人,因此在可归责性要件上冒名处分不动产又与善意取得更为相似。

(三) 我国法冒名处分不动产类推适用的最优路径

上述几点的相似性比较大致确定了冒名处分不动产与善意取得更为相似。此为我国法上特殊规范体系下的结果,与常被引用作为“类推适用表见代理”佐证的德国法体系相区别。

上已述及,德国法上仅在讨论以他人名义行为的代理行为时论述冒名行为之效力,在有善意第三

^① 对于代理外观的产生需可归责于被代理人(本人)而代理外观系盗用相关证明形成的,不适用表见代理已成为德国代理法之通说,参见:Canaris. Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht [M]. München: Beck, 1971: S. 137. Johann Kindl. Rechtsscheintatbestand und ihre rückwirkende Beseitigung [M]. Berlin, Heidelberg: Springer, 1999: S. 17, 105f; Wolf/Neuner. Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts [M]. München: Beck, 10. Aufl., 2012: § 49, Rn. 94ff, S. 628f; Hans Brox, Wolf - Dietrich Walker. Allgemeiner Teil des BGB [M]. München: Vahlen, 39. Aufl., 2015: S. 244, Rn. 564. 德国判例参见:BGH NJW 1975, 2101; BGH NJW 2011, 2421, 2422. 我国通说也认为表见代理中应以被代理人的可归责性为构成要件之一,盗用情形不成立表见代理。参见:孙鹏. 表见代理构成要件新论——以被代理人的过错问题为中心[J]. 云南大学学报, 2004(1): 78-81; 叶金强. 表见代理构成中的本人归责性要件——方法论角度的再思考[J]. 法律科学, 2010(5): 38-45; 王利明. 民法总则研究[M]. 北京: 中国人民法学出版社, 2012: 689-690.)

^② 刑事案件中,对于盗窃物等赃物处理的规定有《刑事诉讼法》第234条《公安机关办理刑事案件程序规定》第229、278条;公安部会同“两高”和财政部发布的《关于没收和处理赃款赃物若干问题的暂行规定》“没收”条款中第1、2项,“处理”条款中第5、6条;最高法院发布的《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第11条(该条规定: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;“两高”、公安部和国家工商行政管理局发布的《关于依法查处盗窃、抢劫机动车案件的规定》第12条(该条规定对明知是赃车而购买的,应将车辆无偿追缴;对违反国家规定购买车辆,经查证是赃车的,公安机关可以根据《刑事诉讼法》第110条和第114条规定进行追缴和扣押。对不明知是赃车而购买的,结案后予以退还买主。)

人保护之必要时,认为表见代理的立法理由是无代理人引起他人信赖却又辜负之^①,此可类推适用于意思表示传达者(Boten)以及冒用他人姓名(unt-er fremdem Namen Handelnden)^②的案件^[26]。

这一见解与德国法上保护善意第三人之规范体系有关。德国法上首先将不动产善意取得与动产善意取得区分,不动产善意取得实际是土地登记簿公信力的体现,对于原权利人的可归责性要件和第三人的善意要件均有特别规定。其次,德国法代理规则与我国法类似,未有可归责性层级的区分;同样对于善意取得在《德国民法典》第932条之外,于第935条对脱离物进行了排除善意取得的规定,仅金钱和无记名证券或拍卖情形得以适用。此虽有可归责性的区分,但仅为全有全无规则。在原权利人在脱离物情形下仅为不完全可归责,但善意第三人为合理信赖时,只能如同表见代理规则一样,无法得到充分保护。因而在比较点的相似性上,冒名处分不动产与表见代理或善意取得在可归责性要件上几乎一致,此角度下类推适用表见代理与善意取得在法律效果上也趋于一致;且德国法上不动产善意取得的独立性也导致可信事实的相似性减弱,此时认为广义冒名行为下的冒名处分不动产也可类推适用表见代理有德国法上的特别之处。

值得注意的是,我国最新的立法动向中对于冒名行为适用表见代理进行了明确的否定规定,如《民法典总则专家建议稿(法学会征求意见稿)》^③第172条到该草案的最终提交稿^④第170条再到全国人大法工委的《民法总则(草案)》(一至三审稿)第152、167、176条全都一致性地规定“假冒他人的名义对外从事法律行为”不适用表见代理。由此可见,作为我国理论和实务总结的法律草案都排除冒名行为适用表见代理规则,自然也类推适用之余地^⑤。

而从最终法律效果是否可充分实现规范目的和类推目标的角度看,类推适用表见代理通常会因为可归责性层级的区分不明显而导致无可归责性,不成立表见代理,善意第三人实际也无法得到保护。即使成立表见代理,当出现虽然已处分不动产,但冒名者被发现而未移转登记时,本人仍有移转登记之义务,对于第三人的保护过宽。因为冒名处分不动产通常是犯罪行为,当犯罪行为被及时制

止时,受害人却无法获得保障,此有悖常理。只有当犯罪行为已经确切地将不动产移转从而形成新的事实时,如善意第三人可能已经入住或产生不可逆转的行为,才有牺牲受害人保护第三人之必要。但这一保护有其限度,因为在普通登记错误情形下,真实权利人与实际行权人的分离可能基于真实权利人或登记机关的错误,但此时与身份伪造冒名相比,以风险控制作为可归责性判断标准的话,普通登记错误下真实权利人的风险控制比身份伪造冒名情形下的风险控制力强。基于此,身份伪造冒名时原权利人的可归责性降低,此类类似于善意取得中可归责性层级的区分,因而我国法上类推适用的最优路径是类推适用特别善意取得之规定,即我国《物权法》第107条之规定“允许2年内要求返还,公开市场交易可得到价金保护,2年后产生特别善意取得之效果。”

上述冒名处分不动产将冒名行为中的伪造身份证作为类似于盗窃的违法行为来论述,从而形成了不完全可归责的可归责性层级。在理论上还存在所谓的孪生儿冒名处分不动产的特殊行为,如甲与乙为孪生兄弟,甲外出时将自己的身份证交给乙保管,乙得知甲名下有某处房产,而冒用甲的名义进行了处分,此时无需盗取或伪造身份证,而是利用孪生儿的相貌极为相似来获取第三人和登记机关的信赖。从可归责性的构成上来看,其与委托物情形具有类似性,处于完全可归责性情形。实际上

① 德国法上案件参见:BGHZ 73,269.

② 德国法上案件参见:BGHZ 45,193,195.

③ 民法典总则专家建议稿(法学会征求意见稿)[EB/OL]. [2016-07-19]. http://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=81&InfoID=14364.

④ 民法典总则专家建议稿(法学会提交稿)[EB/OL]. [2016-07-19]. <http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=30198>.

⑤ 虽然最终出台的《民法总则》中对于此采取了粗略的规定,但《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》(法释[1998]7号)第5条关于“伪造、盗用等方式假冒他人他人的名义实施民事法律行为的原则上也不构成表见代理”的规定仍可适用。此亦为我国学说所承认。(参见:孙鹏.表见代理构成要件新论——以被代理人的过错问题为中心[J].云南大学学报,2004(1):78-81;叶金强.表见代理构成中的本人归责性要件——方法论角度的再思考[J].法律科学,2010(5):38-45;王利明.民法总则研究[M].北京:中国人民大学出版社,2012:689-690.)

若类推适用表见代理,只有此种情形,善意第三人可得到完全保护。而若类推适用善意取得,则存在此种情形可类推适用善意取得一般规定(第三人可无条件取得不动产权利)而伪造或盗取身份证情形下则类推适用善意取得特别规定(第三人虽不可无条件取得不动产权利,但在公开市场下具有价金保护请求权和2年后的特别善意取得权)。此两重结构更有利于善意第三人之保护,也更为符合我国现行法之体系。

结论

冒名处分不动产问题在无追认且有善意第三人保护之必要时,属于法律漏洞。此时应以类推适用之方式予以填补,通过规范目的视角下的构成要件比较并遵循我国法之体系来认定最优的类推路径,而非一味参酌比较法之做法。从规范目的和类推目标来看,冒名处分不动产的法律漏洞是以权利归属方式来保护善意第三人,此与也以此为规范目的不动产善意取得具有相似性,而非以此为首要目的,而是以法律效果归属为规范目的的表见代理有差距。在具体的构成要件比较上,冒名处分不动产的可信赖事实为身份证与作为不动产善意取得可信赖事实的不动产登记簿在性质和规范效力上更具有相似性;第三人善意要件上,也由于我国法将不动产登记簿的可信赖事实降低,对动产和不动产善意取得采取一致的非明知或非因重大过失不知,而表见代理是非明知或非因过失不知,且比较第三人的甄别能力和注意义务要求,冒名处分不动产更类似于不动产善意取得;在可归责性要件上,则因为表见代理归责采取全有全无可归责性的方式,而不动产善意取得存在一定的层级来更好地平衡第三人和原权利人的利益,冒名处分不动产一般也要求存在这样的可归责性层级,否则善意第三人保护之目标无法实现。由此,我国法上冒名处分不动产问题在无追认且有善意第三人保护之必要时,类推适用不动产善意取得更为合理,仅在特殊情形下构成真正的不动产善意取得(《物权法》第106条),一般的伪造情形则构成特别的不动产善意取得(《物权法》第107条“第三人在公开市场下具有价金保护请求权和2年后的特别善意取得

权”)。ML

参考文献:

- [1] 杨代雄. 使用他人名义实施法律行为的效果[J]. 中国法学, 2010(4): 89-99.
- [2] 王利明. 物权法研究(上卷)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2013: 437.
- [3] 程啸. 论不动产善意取得之构成要件——《中华人民共和国物权法》第106条释义[J]. 法商研究, 2010(5): 74-84.
- [4] Baur/Stürner. Sachenrecht[M]. München: Beck, 18. Aufl., 2009: § 23 Rn. 3, S. 293.
- [5] 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): 45-55.
- [6] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥, 译. 北京: 商务印书馆, 2003: 258.
- [7] Bitter, Rauhut. Grundzüge zivilrechtlicher Methodik – Schlüssel zu einer gelungenen Fallbearbeitung[J]. JuS 2009: 297f.
- [8] Schreiner. Die Intersubjektivität von Wertungen[M]. Berlin: Duncker Humblot, 1980: S. 51.
- [9] 黄茂荣. 法学方法与现代民法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 292-293.
- [10] 张保生. 法律推理的理论与方法[M]. 北京: 中国政法大学, 2000: 245.
- [11] 黄建辉. 法律漏洞: 类推适用[M]. 台北: 蔚理法律出版社, 1998: 116.
- [12] 陈景辉. 规则的普遍性与类比推理[J]. 求是学刊, 2008(1): 76-81.
- [13] 徐育安. 刑法上类推禁止之生与死[M]. 台北: 自印本, 1998: 49.
- [14] 王泽鉴. 法律思维与民法实例——请求权基础理论体系[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 253-254.
- [15] I. A. Richards, The Philosophy of Rhetoric[M]. Oxford: Oxford University Press, 1936: p. 96.
- [16] 王亚同. 类比推理[M]. 石家庄: 河北大学出版社, 1999: 138.
- [17] Ulrich Klug. Juristische Logik[M]. Berlin, Heidelberg, New York: Springer, 4. Aufl., 1982: S. 118ff.
- [18] Helmut Köhler. BGB – Allgemeiner Teil[M]. München: Beck, 38., Aufl. 2014: S. 30.
- [19] 杨仁寿. 法学方法论[M]. 北京: 中国政法大学

出版社,1995:142.

[20] 林立.法学方法论与德沃金[M].北京:中国政法大学出版社,2002:94.

[21] Enneccerus/Nipperdey. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts[M]. Tübingen: Mohr, 14. Aufl. 1952: S. 209.

[22] Wolf/Neuner. Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts [M]. München: Beck, 10. Aufl., 2012: § 10, Rn. 22, S. 96.

[23] Harm Peter Westermann. Grundbegriffe des BGB [M]. 17. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 2013: 195.

[24] 王利明.民法总则研究[M].北京:中国人民大学出版社,2012:665-681.

[25] 程啸.不动产登记簿之推定力[J].法学研究,2010(3):106-119.

[26] Rütters/Stadler. Allgemeiner Teil des BGB [M]. München: Beck, 18. Aufl., 2014: S. 440.

Further Discussion on Law Application of the Disposal of Real Estate by an Imposter: from the Perspective of Analogy

SHI Yi-feng

(Law School , Zhongnan University of Economics and Law , Wuhan 430073 , China)

Abstract: The disposal of real estate by an imposter is a gap in law, when the one, who is imposed, declines to ratify and it is necessary to protect the third party acting in good faith. However, it can be filled by analogy. The analogy should compare the constitutive elements between the pending case and the typical case under the intended norm for analogy under the purpose of the norms and the goal of analogy. And it also needs to follow the existing law system. Compared with the goal of analogy of the disposal of real estate by an imposter and the normative purpose of apparent agency and acquisition in good faith, also the constitutive elements of reliable facts, good faith of the third party, imputability, the disposal of real estate by an imposter is more similar with acquisition in good faith under the existing Chinese law system. In the specific analogy, the situation of general falsification of identity should apply by analogy of the special acquisition in good faith in Article 107, Property Law; only in the situation of imposing through appearance should apply by analogy of the general acquisition in good faith in Article 106, Property Law.

Key Words: disposal of real estate by an imposter; analogy; comparison of the similarity; apparent agency; acquisition in good faith

本文责任编辑:林士平