



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文  
阅读次数: 1105

## 土地交易中安全性的比较法考察

乌尔里希·施伯伦贝克

**【内容提要】**为了保护受让人的合法权益,世界各国采取了不同的土地登记制度。通过对法国的公告制度、德国的土地登记簿制度以及澳大利亚的托伦斯制度等三种土地转让制度的比较法考察,法国的土地交易安全性较高,德国因土地转让纠纷引起的诉讼也很少,而澳大利亚的土地交易安全性较低,因而引发频繁的诉讼。

**【摘要题】**专题研讨1: 土地立法

**【关键词】**土地交易/安全性/公告制度/土地登记簿制度/托伦斯制度

**【正文】**

人们需要土地,目的是居住和劳作,为此,土地必须分配。土地的分配大多是以所有权的形式进行的,所有权不受时间限制可任意使用、转让。但是,当土地存在所有权时,尽管其期限很长,但在时间上或者使用目的上仍受限制。该权利有些可以转让,有些则不能。

耕地能否转让的问题,19世纪已在德国引起了很多争论。时至今日,在某些国家,主要是在农业经济结构的国家,仍存在这种争论,而且论据相似。这里暂且不谈耕地的转让问题,而主要探讨财产转移以及土地权的长期转让问题。

### 一、安全性需要

当允许土地买卖时,其准则自然是“自己所有的财产方能转让”。反之,如果转让者本人并非土地的所有者,则不得转让。由于土地的价格通常相对较高,因而这种情况对于土地买方更具有风险性。如果事实证明,转让者并非真正的所有者,则真正的所有者可向受让者请求返还土地。当然,受让者只能向转让者请求返还所支付的价款,但要承担转让者此时已身无分文的风险。如果转让者是一个骗子,就很有可能出现这种情况。另外,人们购买土地一般是为了投资。买方可能在购买的土地上建造厂房,而为此支出的费用将是土地价格的几倍。在农业中也是如此,例如买方为改善土壤的支出或者为新买的耕地购置大型的农用机械、建造粮仓等。此时,如果将土地返还给真正的所有者,买方只能在特定条件下要求真正的所有者赔偿其投资,而真正的所有者并不想在其土地上进行这些投资。因而,买方更感兴趣的是他能从土地的真正所有者那里取得土地的权利。

其实,转让者也可从土地交易的安全性中受益。转让者如果经常看到土地买方不确定的情况,就会降低土地的价格。一般而言,如果买方不确定,土地所有者在土地上获得的收入也会明显减少。据笔者所知,在非洲,有些国家为保护买方而允许在登记机关进行土地所有权登记,也有很多国家不让登记。经登记的土地价格比未登记的土地价格高出许多倍。在土地抵押中,例如为银行信贷进行担保而设立抵押时,

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十年周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

也会出现相应问题。一般而言，土地价值是稳定的（注：当然也有例外。大家知道，在过去几年中，日本经济因为土地的市场价格过高而受到强烈影响，当不动产的泡沫破灭之后，即价格急剧下降时，许多为过高估计的地产进行担保的银行信贷就陷入了困境。因此还产生了银行危机。），因而银行对其信贷土地的安全性特别关注，如果安全系数较高，则利息较低。银行的整个预算基础是以前假定的土地做抵押的贷款人，也是土地的实际所有者。因为非所有者不会在别人的土地上设立抵押。那么，即使银行对贷款人具有个人债权，同样也不具有安全性，如果其债务人不名一文，银行同样要承担风险。如果银行或者其他出贷人将其贷款人，即并非他所抵押土地的真正所有者的这种风险也列入预算，则必定会用价格——即更高的贷款利息——转嫁这种不确定性。

因此可以说，土地交易中的安全性不仅有用，也是每个买方所希望的，而且在国民经济学上具有重要意义。我们必然要问，立法者可以且应该采取哪些措施，以达到土地交易中的安全性目的。比较法告诉我们，世界上主要采用了三种不同制度，当然，在采用相同制度的国家之中也会有细微的差别。在这三种制度中，一个是信息披露制度，以法国的规定为依据，笔者称它为公开制度（也有人称为“转录式登记制度”）[1]；第二种制度是在土地登记簿上进行注册，以德国的规定为依据，笔者称之为土地登记簿制度；第三种是在任何情况下进行土地登记都要以已经注册的权利为依据的托伦斯制度（Torrens System），该制度可追溯到澳大利亚的托伦斯（Torrens）先生。在理论上，第一种制度提供的安全性最低，第三种制度提供的安全性最高。但在实践中并非如此。

## 二、公告制度

### （一）法国

对于想购买土地的人来说，如果能知道相关土地上的法律关系，对他肯定有很大帮助。早在1789年法国大革命之前，法国就有关于土地抵押的规定。当然，重要的是要知道在设立新抵押之前是否已经有人在土地上进行了更早的、从而影响债权人安全性的其他设置。此后，该规定在1855年扩大适用于土地所有权的取得，并对其做了一定修改。但其原理保持不变，据以取得土地权利的合同应通过在主管机构注册并由其保存的方式予以公告。至今财务管理还是这样（注：这表明，早在法国大革命前，立法者的目的就不仅是为了保护其他购买，而是想知道谁获得了多少利息收入，以便提高税收。）。为此，合同必须经过公证。

本来应规定，只有经过这种公告之后，取得的权利才有效。但法国立法者至今都未做出这种规定。据以获得土地所有权或抵押的合同虽然未经过公告，却依然有效，使得所有权从转让者转移到受让者。虽然受让者已成为所有者，但其更想早一点将他的合同进行公告，即使要支付费用。只要他的合同未进行公告，转让者就可再一次转让土地或设置抵押，并且，如果第二受让者比第一个受让者更早公告合同，则该第二受让者还享有优先权。

在立法层面上，第二个受让者是否知悉第一次转让并不重要（注：1955年1月4日的立法第30条。），因为关于第二个受让者必须出于善意的规定仅适用于动产买卖。法院的判例对此进行了纠正，如果第二个受让者与转让者合谋欺诈从而不利于第一个受让者，即使只有第二个受让者单方面的恶意，就可否定第二个受让者的优先权（注：法国最高法院民事庭1949年5月10日判决，参见《Dal loz杂志》1949年第277页，该判例支持第一受让者；法国最高法院民事庭1961年10月17日判决，参见《司法期刊文件集》1962年第2期第12728页，该判例支持第二个受让者。），如果第二个受让者不知前手买卖，就要受到损害。这意味着，土地受让者不必在注册机关查询卖方是否已将同一块土地进行了转让。如果第一次转让已进行了公告，第一个受让者就享有绝对的优先权，第二个受让者则不受保护。

如果合同当事人之间的第一次买卖已经转移了所有权，则该规定的意思是，如果就同一块土地而且转让者相同，则第一受让者可对抗以后的受让者。第一个受让者虽然拥有所有权，但如果不进行公告，该所有权就是相对的，只能对抗转让者。该规定和有关其他法律行为的类似规则一起构成了法国法上的第三人效力或者所有权的纯粹相对性理论。与德国法相比，更值得关注的是，该理论涉及到不为大家所知的相对所有权。

抵押的情况也相似。不同的是，在同一块土地上可同时设立多项抵押，在这些抵押之间就存在顺位的优先问题，在进行土地拍卖时，优先顺位的抵押先从拍卖所得中得到全额清偿，而后顺位的抵押则只能从余额中受到清偿。根据《法国民法典》第2134条，抵押的顺位依照在登记机关的登记日期确定。也就是说，债权人和土地所有人之间订立抵押合同的时间并不重要。受让者则应立即进行公告，以防止其他债权人在抵押上取得优先权。

有关公告的规定只涉及权利取得对第三人的效力，而不强调买方是否已从所有者那里取得权利。买方

既可能是因为买卖合同无效而未取得所有权，也可能是因他从非所有者那里购买了土地。一项不存在的权利不得对抗第三人，即使这个未取得的权利虚假地已在土地登记机关公告，这种情况也不能改变。公告本身不构成权利，如果权利不存在，也不得对抗第三人。

买方想购买土地或者在土地上设立抵押，应事先在登记机关查阅转让者是否还是土地的所有者。如果所有者已经在登记机关登记而未将土地买卖公布，则可认为该所有者还未将土地进行其他处置。但法国这种制度的缺点在于，不能确信在登记机关公告的所有者就是真正的所有者。为此，每个买方均有责任确定其与卖方之间的转让行为是否有效。如果买卖合同无效，则他就不是所有者。在实践中，从事该业务的不是买方，而是公证员。法国公证员的基本活动之一，是证明当事人之间存在买卖。现在的卖方据以取得所有权的合同如果存放于注册登记机关，则该合同应已递交给注册机关以供公开（注：根据1955年1月4日立法的第3条，仅有在转让人以前已经登记时才可注册。在必要情况下，当前的买方如想被登记，必须事先让其卖方进行登记，然后再付款。）。以前的涉及所有权转移的所有合同也应如此。公证员可以也必须查阅这些合同并审查其是否有效。虽然可能存在难以发现的瑕疵，例如以前的转让者无行为能力，但该风险一般较小，因为在登记机关公告的合同必须经过公证，而公证员则有义务确定当事人的行为能力并注意合同在其他方面是否也有效，使得当事人此后未能主张的约定并非真实的意思表示，或者在缔约时存在误解。

在审查以前的所有权转移合同时，公证员不必追究到几百年以前。根据《法国民法典》第2262条，占有30年后，占有人就可依时效取得，真正的所有者则丧失其权利。如果多个人以假定的所有者身份占有土地，则依照《法国民法典》将占有时间累加，只要合同在最近30年内有效就足以取得所有权。即使原合同被证明无效，但至少现在的转让者因时效占有而取得权利。占有人是否善意并非确定30年占有时效的必要条件（《法国民法典》第2262条），但其必须以所有者的身份行事。

原则上，为了保护最后受让者的利益，即使其转让者事实上并非所有者，只要转让者表面看来是所有者，受让者也可善意取得。这就是法国法上的“假象理论”，根据该理论，法律状况有时也可因实际上不存在的假象而产生。对于不动产，法国的学说和实践落后于“假象理论”，认为该理论不适用于不动产（注：占有的时间缩短为20年，有时也为10年，但其前提条件是，据以取得权利的合同应实际有效。对有效性的善意信任不足以取得权利。）。

法国的公告制度很复杂、繁琐，而且还要支付公证员调查研究费用，成本很高。但是，值得一提的是，法国几乎还没出现过真正的所有者在案件中主张其土地被无权者出售的情况[2]。

## （二）美国

在美国，50个州中大约有40个州采用在结构上类似于法国的土地法。它虽然同样对双重买卖中的买方给予同样保护，但不相信在注册机关注册的所有者就是真正的所有者。

值得注意的是，较之于法国，这些表面上因非权利人进行土地买卖引发的诉讼要频繁得多。土地交易的安全性看起来更低一些。原因可能在于，美国不存在法国那样的公证制度，或许也因为美国的时效取得制度更为严重。不确定性导致买方为防止卖方不是所有者而投保。这样，尽管失望的买方可以得到经济上的补偿，却不得不返还土地。

## 三、德国法上的土地登记簿制度

### （一）历史

德国土地登记簿的使用主要在城市，但农村也一样，且长达数个世纪。但是，土地登记簿的法律设计形式多种多样，当帝国立法者在1897年决定创制与1900年1月1日生效的《民法典》相配套的统一土地登记法时，发现自己身处不计其数的范本之中。自然，首先要解决的问题是，土地登记簿的功能和注册登记的效力如何界定。1855年法国纯粹的“转录式登记制度”实施后，在德国已经非常有知名度了。德国的一部分邦国也采取了类似的制度。另外，在其他地方，诸如汉堡、吕贝克、不来梅或许也在萨克森，土地登记自身促生了土地法。立法者在1897年就发现，如果不考虑是否公正，而仅仅依靠在土地登记簿上的登记行为本身就违背登记者确定性地创制权利，那就太不合理了。实质上，立法者更多的是采纳了普鲁士1872年制订的规定。根据《民法典》第873条规定，所有权和设置在地上的其他权利，例如抵押权的取得，应由转让者和受让者就权利的取得以合同的方式达成一致，并且受让者的权利应载入土地登记簿。土地登记在权利设定方面是必要的，但是并不能构成充分条件。更多地还是需要所谓的物权合同作为补充。只有这两者共同作用才能促成权利的取得（有关德国土地登记簿制度的历史）[3]。

## （二）抽象原则

物权合同是德国法特有的，它涉及的就是所谓的分离原则或抽象原则。世界上大多数国家的法制如同法国法一样，规定买卖合同也转移所有权。在法国和意大利法上，仅买卖合同本身就足以实现所有权的转移。其他国家的法律还要求将土地交付给买方或注册为新所有者，西班牙就是这样。但是一般而言，有效的买卖合同是所有权转移的基础。在19世纪发展出来的所谓的“抽象原则”意为买卖合同没有物权效力，仅赋予卖方向买方转移所有权的义务，并使买方支付价款（《民法典》第433条和第873条）。卖方履行该义务，是通过与买方订立第二个合同，也称为物权合意或不动产转让。后者是一个古老的称谓，但在今天仍是使用较多的概念（《民法典》第925条）。这样，物权与所有权的分离不取决于所依据的买卖合同的有效性。

例如，A将土地以10万欧元的价格卖给B，买卖合同有可能因为不同的原因不能生效。譬如，卖方或买方可能因为存在严重错误而稍后撤销合同。买卖合同也可能因为违反习惯或者代理人未获得充分的授权而无效。如果在发现买卖合同无效之前，卖方与买方在分离的不动产转让合同中就土地所有权转移达成合意并在土地登记处进行了所有权转移登记，那么，即使买卖合同自始无效或者后来因撤消而溯及既往地无效，受让者也成为土地的物权所有人。

尽管缺乏一个有效的买卖合同而使受让者无法行使请求权，但其获得了土地。一般称之为无法律依据取得所有权。不动产所有权的转移是纯粹的处分行为，并不能表明受让者已合法地取得了所有权。当买卖合同无效时，也就缺乏对所有权的请求权。

从《民法典》第812条可以得出结论，受让者必须返还其无法律依据的所得。他虽然已成为土地的物权所有人，但现在必须以同样的方式返还所有权。他有义务与卖方约定所有权的返还问题，即不动产的所有权转移，卖方应再次在土地登记簿上进行登记。

卖方依照法国法在买卖合同无效时是否自始保留着所有权并且可要求买方返还对土地的占有，或者买方是否必须依照德国法重新将所有权转移给卖方并返还占有，这两者并无多大的实际差别。如果仅仅从合同双方当事人的关系出发，似乎没有采用抽象原则的必要。

该抽象原则的原本目的体现在处理从买方取得物的个人关系上。他们通常不知道，并且实际上也很少知道他的受让行为存在并不明显的瑕疵。明显的只是形式上的瑕疵，但其他瑕疵，如同合同双方当事人的过失或错误很少发现。在法国法上，第一买方就会因这种隐性的瑕疵而不能取得所有权，那么，第二个买方也因第一个买方根本不是所有人而不能有效取得所有权。

在德国法上，买卖合同的效力对物权的取得并非那么重要。只要物权合意和不动产所有权转移有效，并且在土地登记簿上进行了登记，则第一个买方就成为了土地所有者。如果以前是这种情况，则他也可以将所有权有效地继续转让。如果第一个买方已经转让了所有权，则第一个买卖合同的有效性与第二个买方无关。要是第二个买方C知道A和B之间的第一个买卖合同无效，则原则上对C没什么损害。惟独重要的是物权的合意必须有效。

物权的合意、不动产的转移很少有无效的情况，但要求当事人双方一致声明转移所有权。为什么他们这么做并不重要。这样，就很少发生物权转移无效的情况。因而，抽象原则就保护了其他受让者不受其转让者以前据以取得土地的买卖合同可能无效的影响。

可以说，抽象原则有利于保护交易。通常认为，想取得权利者，不必操心其卖方与他人订立的债务合同是否有效，因为债务合同仅调整双方当事人之间的关系，而与第三者无关。

## （三）对土地登记簿的诚信

除了抽象原则有利于促进交易外，土地登记簿也有利于保护交易。不动产转让无效的情况虽然很少，但也有可能发生。假设受让者通过欺诈性的阴谋诡计或者胁迫转让者宣告转移不动产，而公证员并不能察觉这种情况。此时，受骗者可以根据这些原因通过撤销的方式使物权合意——一种合同——无效。有时也可能是由无充分权限的代理人宣布进行不动产转让的情况。常常更可能发生的是，一个假定的继承人以所有者的身份转让土地，而嗣后证明，他根本不是真正的继承人，从而也不是所有者。也有可能发生当事人在进行不动产转移时将土地的名称搞错的情况。比如，他们本来想转让第5块地，却宣布转让第6块，且无人觉察。这也是撤销不动产转让使合同无效的一个原因。这种撤销具有追溯力，即该转让合同自始无效。如果受让者现在以新所有者的身份在土地登记簿上进行登记，在实体法就属于虚假土地登记。原因在于不存在有效的不动产转让，受让者还未成为所有者。

如果是虚假土地登记，可以进行更正。土地的真正所有者可要求虚假登记者同意更正土地登记。已登记的土地设置，例如抵押，也是这样。

在进行更正以前，土地登记簿上的所有者根本不是实际上的所有者。如果该假所有者将土地转让给第三人，该第三人则可信赖该土地登记是真实的（德国《民法典》第892条）。为了保护第三人的利益，已登记者虽然是虚假登记，也视为真实登记。只有在第三人知道是虚假土地登记时，他才不受保护。如果他本应知悉是虚假登记而事实上不知道，则他不受损害。他不必调查土地登记的真假。如果第三受让人出于善意，则他取得的所有权为善意取得。结果，那时仍未在土地登记簿上署名的真正土地所有者最后丧失其权利。在民法上总是这样：此予彼取。

其所有权丧失给善意的第三受让者的真正所有者并非完全不受法律保护。他可根据德国《民法典》第816条从土地登记簿上记载的对土地进行处置的人那里要求返还所得，即向该人索要所得的价款。但第三人C仍可保留土地。只有在第三人C无偿取得时，他才必须将土地返还给原所有者（德国《民法典》第822条）。

因而，希望的是，真正的权利人在其一旦知悉另一人以所有者的名义在土地登记簿上进行虚假登记，便有机会对此进行更正。但是，对在土地登记簿上进行虚假登记者提起诉讼并要求其同意更正则耗时相对较长。对此，允许假定的真权利人借助于暂时处置在土地登记簿上临时性地提出异议，不失为一种简便方法。然后在土地登记簿上公布，某A声称他是土地的真正所有者。这有可能是真，也有可能是假，有待于以后澄清。但是，该异议的效力是，从以前在土地登记簿上登记的假所有者手中受让土地者，可能不是善意取得。他受让时的风险是，在土地登记簿上登记所有者后来证明不是真正的所有者。但是，如果情况证明在土地登记簿上登记者是真正所有者，异议无合法根据时，则他与所有者之间的转让自然有效。

#### （四）双重买卖

只要订立了买卖合同，卖方可随时向其他买方转让所有权，因为该合同无物权效力。当然，由于卖方此时再也不能履行合同，必须向第一个买方支付损失赔偿费。但是，他可向第二个买方转让，即使他不可以这样做。

如果只进行了转让行为，而新所有者尚未进行登记，则所有权还未转移。那么，以前的所有者有可能进行第二次转让，将土地转让给其他受让人。两个买方谁取得土地，则取决于谁先注册登记。因而，通常采用的正确做法是在转让后立即在土地登记局申请登记。土地登记局的义务是，按收到申请书的先后次序进行整理，这样登记的通常是第一个受让人。当然，这也不是绝对的。如果第二个受让人在第一个受让人之前登记，则第二个受让人就有效地取得所有权。

为防止转让者将土地进行有效转让的风险，可加强对买方的保护。他可单纯根据买卖合同进行临时性土地登记，这样，如果转让者再次出卖土地并立即向第二个买方转让并且该第二个买方欲进行土地登记时，就赋予了第一个买方优先权。

#### （五）小结

在德国，土地权利受让人受到两种途径的保护，以防止从非真正所有者那里购买土地。其一是通过抽象原则保护受让人，防止其转让者的买卖合同无效。这与买卖合同无关，而只要物权转让给现在的卖方就可使其成为所有者。要是物权转移无效，这种情况经常发生，则只要转让者在土地登记簿上登记为所有者的行为属于违法，并且受让人并不知悉该虚假登记，则受让人也取得所有权。通过土地登记，即使转让者以继承者的身份进行虚假土地登记，受让人也受到保护。该土地登记行为并不给假继承人创设任何权利，只要他已进行登记就被视为所有者。

总而言之，在诉讼中很少主张转让者不是所有者。相反，却经常主张卖方和买方之间的合同存在各种瑕疵。土地登记制度和抽象原则只保护其转让者不是所有者的受让人。

### 四、托伦斯制度

#### （一）引言

19世纪中叶，澳大利亚的土地制度也得到了长足的发展。南澳大利亚的地方官员认为当时的土地转让制度太复杂，费用太高，而且其中很多花费都是不必要的。当时的制度和法国的差不多，所有权的转让和

买卖合同相联系，买方是否获得所有权取决于转让者是否为真正的所有权人。要确定其所有权，必须回溯整个所有权转让链条，直到第一个所有权人是否有效地从国王那里取得所有权。议员托伦斯先生首先在南澳大利亚州施行他的新制度，起先受到很多阻力。这些阻力主要来自于当地的律师，他们担心手续的简化会引起收入的减少（注：法国政府在1890年引入托伦斯制度时也遇到类似问题。）。但是，这种新制度后来渐渐地在澳大利亚的各个州都得到实施。

1925年，托伦斯制度还被引入英格兰。到2001年，英格兰所有的土地都被丈量了，并且每块土地都有了土地登记簿，从而土地登记法在全国得到了实施。也有些地方没有采纳此制度，如加拿大的一些英语区和个别法语区省份。

## （二）通过注册取得权利

为了简化和节省费用，托伦斯建议将所有的土地进行登记，并且记录所有权人的名字。在土地登记簿上不仅记载现在的所有权人，而且记载以后的所有权人。该制度的特点在于：无论转让合同是否有效，所登记的所有者就是该土地的所有者。所有权是通过登记取得的。同时，为了避免出现不公正的结果，土地登记员必须依职权审查转让合同的效力。一旦登记，就确认无疑的转移了所有权。

这样就会出现一种情况，若合同无效，而登记员又没有发现这个缺陷，则不正确的登记也会使被登记人取得所有权。这会让转让者遭受不合理的财产损失。在这种情况下，托伦斯认为，已经进行的登记仍然有效。转让者通过一个基金获得补偿。该基金由注册为新所有权人时应缴纳的注册费提供。

## （三）例外情况

### 1. 卖方和买方之间的关系

（1）注销注册。如果在各种情况下都是依照登记取得权利，则虽然保护了交易的安全性，但是在有些情况下则显得极端。例如，利益相关人和土地登记员恶意勾结，在没有付款的情况下将其登记为权利人。对于这种情况，立法者对其做出例外规定，认为原所有权人可以排除这种错误登记（注：这里暂且不讨论，这种修改是具有回溯的效力还是只对以后有效。）。例如在新南威尔士不动产法第69节中，除了欺诈之外（注：英文原文为fraud。），如果为登记而提交的土地登记簿有错误，或由无权代理人提出，或土地登记簿由一个无行为能力人签署，则不能取得新权利。澳大利亚的其他州也有类似的规定。但是澳大利亚的判例对于如何确定恶意欺诈很难确定。而这往往是最常出现的抗辩理由。例如土地登记簿的错误往往就是一种欺诈。

另外一种情况是，多个所有权人中的一个，例如夫妻，在没有征得另一方的同意下同意了抵押或者在签署相关文件时伪造另一方的签字，对于这种情况，判例上无统一的处理方法[4]。例如此时一个有抵押权的银行，其本身没有参与欺诈的行为。但是夫妻的一方在设立这个抵押时有欺诈行为，这是否可以作为一个对抗银行之抵押权的抗辩呢？但是这种情况出现的很少。一般而言，只要银行利用了他所知道的欺诈，例如申请登记，就足以推定其知道第三人的欺诈行为[5]。

因此出现的问题就是，如何确定是否“知悉”。可以假设，如果银行可以预见，一个欺诈可能出现，但却没有深究，这就构成一个“知悉”[6]。一般而言，只要银行的办事员可以预见这种情况，就构成银行的知悉。不好判断的是，如果一个为银行服务的外来人，例如律师预见到这种情况，是否构成银行的知悉？在这里，只有当该律师是受银行的委托，并且在代理权限内活动时，才构成这种知悉[7]。在Breskvar v. Wall[8]的判决中，一个代理人为了使新的所有人（即被代理人）得以登记，没有按照约定使用一个土地登记簿，从而对原所有人构成了欺诈。

澳大利亚的个别州规定，土地所有权人为设立抵押必须在证人面前签名，且该证人负责处理该签名。但是，在现实中，处理签名的往往是银行的办事员，他们处理的签名经常没有在自己面前进行。如果签名有假，则银行在拍卖土地抵偿债务时，往往使所有人感到非常意外。当然这些所谓的证人（银行办事员）很清楚这些签名不是在自己面前进行的。问题是，这些证人如果没有尽到作为证人应尽的义务，是否应该承担相应的责任。在这些情况下，证人往往假设他们处理的签名是真实的，只不过没有在他们面前进行而已。他们的预想是，自己错误的证明不会给土地权利人带来损害。

（2）契约性的返还请求权。法律所规定的无效转移的理由是极为有限的。但是，长期以来众所周知的是，无疑应当考虑转让者和土地权利受让者之间的债权关系[8][9][10]。

卖方在原则上总是可以因无效的合同而要求返还[11]。因此就存在这样的危险，即托伦斯制度的目的

会因此受到损害[10][12]。因此，托伦斯也在想办法消除这种危险。他认为，已经登记的新所有权人和抵押权人有效的获得权利，并且他们的权利是自始取得，而不是从现在的所有人那里得来。这样从原则上也排除了所有的债法上返还请求权。但是今天一般认为，买卖合同无效的时候，受让人属于不当得利，不能保留土地上的所有权[13]（p. 712）。最近一个新的判例引起了很多讨论。根据这个判决，如果银行在为丈夫的债务设置抵押权时，应当提示妻子该交易的风险，或者给予妻子单独咨询她律师的机会，否则，妻子可以收回该抵押权[14]。

最后来看看德国法。在德国，所有权可以通过在土地登记簿上的登记而获得，即使作为登记基础的买卖合同是无效的。但是受让人属于不当得利，必须依法返还。同时，在澳大利亚得到广泛承认的欺诈限制也得到德国判例的支持。在这些情况下，土地登记簿上的登记是无效的或者是可抗辩的，从而消灭土地上的新权利。

## 2. 与第三受让者的关系

澳大利亚制度的基本出发点是，每个登记在土地登记簿上的受让人，都不是从出让者那里得到所有权，而是通过登记原始地获得所有权。即所谓的：不是登记所有权，而是通过登记设立所有权（不是登记所有权，而是因登记而产生所有权）[8][9]。这就产生一种可能性，即第2个土地所有权或者抵押权的获得者也可以有效地获得土地权利，即使出让者的权利是无效的或者有瑕疵的。

但是这一点也并非没有限制。例如南澳大利亚财产法第69节规定，如果在土地登记中转让者有欺诈行为，则受让人只有在为善意且有偿取得时才得到土地权利。如果转让者在获得权利时，原始转让者没有行为能力或者被无权代理，同样适用该原则。

如果受让人知道转让者为非所有权人或者其所有权有问题，则是非善意的，从而不能取得所有权。转让者可以在土地登记时载明一些抗辩事由，以便随后证明受让者的非善意[8]。

在转让者和恶意的第三人（即从第一个买方那里获得所有权的人）之间，原则上也同样存在债法上的请求权[9][10]。不明确的是，这种请求权在何种程度上存在。在1988年的一个判决中[15]，第一个买方保证在3年后回卖给原所有人，如果他其后却将土地买给第三人，而该第三人又在明知道买方这项承诺的情况下，在土地登记簿上进行了登记。此时，虽然第一次登记是有效的，但该第三人必须返还土地。判决由澳大利亚高等法院的5位法官做出，但他们对于该判决的理由并不一致[16]。这里的关键问题是：由于第2个受让人也是通过登记原始取得，而不是欺诈取得所有权的，那么问题就不再是针对第1个受让者的请求权在何种程度上可以对抗第2个受让人，而是可否通过这种关系产生直接针对第2个受让者的请求权。有的法官认为[15]，如果第2个受让人知道这种回卖义务，那么原来买方和卖方之间的债务关系就产生了一个直接对抗第2个受让者的请求权。

显而易见，这种针对第3人的请求权极大的破坏了托伦斯制度所极力追求的交易安全。但是另外一方面也可以认为，托伦斯制度所保护的只是善意的第三人，而恶意第三人本来就不应该获得保护。这种观点可以在新南威尔士不动产法令第135节得到支持。另外需要考虑的是，第三人明知道原所有人的请求权而进行了登记，这种行为本身是否会基于恶意或者欺诈而产生了独立的债法请求权。

善意取得者什么时候算是“无偿取得”同样存在争论[17]（p. 201）。问题的焦点在于，受让者的对价履行是否必须和土地的价值相当。法律中一般都要求有足够的对价。那么，抵押权人是不是也要遵守这个要求，提供相当的对价履行呢[17]（p. 208）？

最新的讨论焦点是，原来的所有者是否可以针对第2个受让人行使不当得利的请求权。有人认为，原来所有者通过登记使自己的财产消灭，所以第2个受让人通过土地登记簿登记获得所有权的行为，是以原所有者的损失而获利。这种请求权不以是否恶意为前提。但是主流观点认为，原来的所有者不可针对第2个受让人行使这种请求权，因为这会使通过登记取得所有权的整个制度失去意义[13]（p. 712, 715）；[18]。

### （四）小结

澳大利亚法律的基本原则就是，土地所有权和其他权利（如抵押权）都是通过登记而自动获得的。人们将其表述为：不是登记所有权，而是通过登记设立所有权。登记之后，无论实际的权利状况如何，所有权就确定无疑地转让。

但是这个原则的实施必须有一些例外来做补充。在很早以前，澳大利亚各个州就已经进行了相关的限

制。尽管在具体规定上不尽一致，但是大多数州都倾向于认为，如果所有权是通过欺诈取得的，则该权利即使被登记也是无效的。这种欺诈可以是针对登记员的，也可以是针对原所有者。同时，行为能力也是防止权利不正当丧失的一个考虑因素。例如在新南威尔士，表见代理人就被认为是无代理权的人。

另外，根据判例，如果通过合同或者合同的无效产生了一个债法上的返还请求权，则可以直接对受让者行使这种请求权，这也削弱了受让者的地位。转让者和受让者之间的各种债法上的请求权都可以主张。相反的意见认为，善意的第2受让者应当享有较为安全的地位。若第一个获得的所有权可撤销，且第2受让者知道这种情形，则第2受让者的权利也是可以撤销的。如果第2受让者在获得所有权时存在欺诈或恶意欺骗，则可直接撤销他的权利。

原所有人也可以直接对恶意的第2受让者主张债法上的请求权，但是可以主张哪些具体权利尚存在争议。在规定可以撤销合同的同时，又不对这种可能性进行明确界定，这样自然会引发诉讼。

## 五、比较

上面阐述的土地登记制度可以从不同的角度进行比较。我们主要探讨安全性对受让者从真所有者那里取得土地权的效力。诉讼的频率是衡量法律确定性和明确性的有力证明，在诉讼中可主张现在的占有者系从非权利人手中取得权利。在理论上，澳大利亚的制度也能提供完全的安全性，因为所登记的转让者只有通过其登记行为才能成为所有者，并可随时进行处置。但是，从现在制度的形式来看，情况并非如此，并且诉讼也异常频繁。实际上，卖方和买方或者某项抵押的所有者和受让者之间可提出所有债法上的返还请求权。这种请求权不因受让者的登记行为而消灭。

立法和判例也常常允许以前的所有者主张现在的占有者系从非所有者那里取得土地所有权。根据澳大利亚法律，如果所有权被转让给原本不属于所有者的其他转让者，并且第二个受让者出于恶意，这种主张权是允许的。可怕的是，原本的所有者至少在有限的范围内也可向恶意的第二受让者主张他与现在继续转让土地者之间的买卖合同无效。这样，与德国土地登记法相比，澳大利亚法律给予的保护更少，因为德国法允许向第三人主张债法上的买卖合同无效。在有恶意的情况下，这种主张更容易得到支持。

值得注意的是，法国制度也会引发诉讼，但比澳大利亚要少得多。在美国，虽然实行同样的土地登记制度，诉讼频率却高得多，通过与美国的比较我们可以认为，美国没有公证制度是主要原因。法国出现时效占有的情况，也有助于提高注册机关进行土地登记的准确性。但法国制度能有效运作的主要原因在于，200多年来合同由公证员审核和注册。

通过对土地登记制度的比较，我们可以认为，规则的效力和绩效有时取决于其他领域的规定，这里主要指公证制度。在澳大利亚，还与该国的法律体系的特殊性有关。由于法律基础主要是法院的判决，法院明显倾向于将法律如同托伦斯制度一样进行狭义的解释，尤其是还认可被法院发展为非成文的土地法的法律救济制度[12]。澳大利亚的不安全性值得关注，登记行为创设权利而无须考虑登记行为是否合法，这种激进式的解决方法并不是很有说服力。然而，还是未能准确地对限制进行界定。更为危险的是，因原所有者的不当得利可对第一个买方也有时可对第二个受让者提出债法上的返还请求权。第一种情况在德国法上也出现过，但后者却不允许，除非第二个受让者无偿取得。

德国的法律安全性似乎高一些，主要是因为，债法上的买卖合同与物权的转移两者明确分离。第一买方可以随时提出买卖合同的无效，但不得向第二买方提出，即使其知情。在澳大利亚则相反，至少在知悉该情况，有时甚至在因为疏忽大意而不知悉的情况下，原所有者对第二受让者的返还请求权也得到支持[15]，当然，其理由尚有争议。

### 【参考文献】

[1]冯·霍夫曼.土地买卖法[M].1982.46, 51.

[2]施德伯尔.德国和法国法上的善意取得[D].德国拜洛依特大学,1994.

[3]沃尔夫,赖泽.物权法[M].1957.26.

[4]Rodrick Deakin法学评论,2002.5.

[5]Assets Co.Ltd.v.Mere Roihi.英格兰上诉法院判例集(第176卷)[Z].1905.210.



[6]Macquari Bank Ltd.v. Sixty-Fourth Thronc Pty.Ltd. 维多利亚法律报告（第3卷）  
[R]. 1998. 153.

[7]Schultz v. Corwill Properties Pty.Ltd.（1969）90 WN（Part1）529（New South Wales）.

[8]Breskvar v. Wall. 澳大利亚法学期刊报告（第46卷）[R]. 1972. 68.

[9]Frazer v. Walker. 上诉法院（枢密院）. 1967. 569, 585.

[10]Gric v. Australien and Newzealand Banking Co. Ltd. 新南威尔士法律报告（第33卷）  
[R]. 1994. 202, 222.

[11]Gibbs v. Messer. 英格兰上诉法院判例集[Z]. 1891. 1948.

[12]Sackville. 澳大利亚法学期刊（第47卷）[J]. 1973. 526.

[13]J. Moore. 澳大利亚法学期刊（第73卷）[J]. 1999.

[14]Garcia v. National Australian Bank Ltd. 澳大利亚法学期刊（第72卷）[J]. 1998. 1243及以下.

[15]Bahr v. Nicolay（No. 2）. 澳大利亚法学期刊（第62卷）[J]. 1988. 268.

[16]Lane. 澳大利亚法学期刊（第62卷）[J]. 1988. 1036及以下.

[17]Mark Anthony Conlan & ors. v. Reg. of Titles & ors. 西澳大利亚最高法院判例集[Z]. 2001.

[18]Griggs. 昆士兰技术大学法学杂志[Z]. 2001. 6.

作者为：德国拜洛依特大学法学教授，主要从事国际私法和比较法研究

【译者】邹国勇

来源：华中科技大学学报：社科版200503

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720

[RSS](#)