

私法中善意认定的规则体系

石一峰*

内容提要：私法中适用信赖保护之善意普遍存在且多样。究其本质，善意是对私法主体认知状态的评价结果，这一认知状态是私法主体对可信赖事实之表象与真实情况不一致的不知悉。对于此种不知悉的评价，依善意的发展历史及其认定的特性，应属于法律价值判断，并可通过过失要件进行利益衡量。鉴于善意及其认定的共性，为化解善意认定规则上的争议，可以可信赖事实之可信赖性为主线脉络，对善意的认定进行体系化的规则建构。其中，一般可信赖程度是善意认定类型的层级区分依据，依此形成的规范标准以过失作为层级协调因素。一般可信赖程度加上影响特定可信赖性的因素，决定了具体认定善意中的实体考量因素和程序方式选择。依此，可形成“非为明知”和“非因过失而不知”的实体标准判断要素，以及一般性推定与有条件推定的程序展开方式，最终构建起以体系思维为引导的善意认定规则体系。

关键词：善意认定 可信赖事实 一般可信赖性 特定可信赖性

一、问题的提出

善意，系私法中普遍存在之表述与要求，各类规定纷繁复杂，其中最值研究者，当属信赖保护中之善意。^{〔1〕}有些规范有关于“善意”之明确表述，如物权法第106条（民法典第311条）规定的善意取得制度中的善意，^{〔2〕}物权法第24条、第129条、第158条（民法典第225条、第335条、第374条）等规定的特殊物权变动规则中的善意，^{〔3〕}民法总则

* 浙江大学光华法学院讲师。

本文受教育部人文社会科学研究青年基金项目“商事习惯司法适用问题研究”（20YJC820040）、司法部国家法治与法学理论研究项目“优化营商环境背景下商事信用权法律保护问题研究”（19SFB3030）的资助。

〔1〕 与善意相对的，还有恶意的表述，如合同法第42条（民法典第500条）中的“恶意进行磋商”，合同法第52条（民法典第154条）中的“恶意串通”等。这些关于恶意的规定，规制的是基于恶意而为的客观行为，已被纳入诚信要求中予以考量，本文则侧重于信赖者主观“不知悉”的善意。关于诚信与善意的区分，参见董学立：《论物权变动中的善意、恶意》，《中国法学》2004年第2期，第65页；甄增水：《民法中的善意》，中国政法大学2009年博士学位论文，第39页以下。关于善意的历史发展，参见徐国栋：《客观诚信与主观诚信的对立统一问题——以罗马法为中心》，《中国社会科学》2001年第6期，第97页以下。

〔2〕 关于善意取得中的善意分析，参见叶金强：《论善意取得构成中的善意且无重大过失要件》，《法律科学》2004年第5期，第31页以下。

〔3〕 参见龙俊：《中国物权法上的登记对抗主义》，《法学研究》2012年第5期，第136页以下。

(民法典)第65条规定的商事登记不得对抗规则中的善意。〔4〕有些规范则隐含着“善意”之要求,如民法总则(民法典)第172条中的“有理由相信”,〔5〕合同法第50条(民法典第504条)中的非“知道或者应当知道”等。〔6〕然而,各善意之规定散置于私法的不同条文中,致使现有研究偏重于在其所附制度中一笔带过,至今未有体系而全面的整体研究。〔7〕

虽然第三人善意系指“不知悉”已属通说,〔8〕但何谓“不知悉”以及如何判断“不知悉”,却未有定论。首先,对于同一制度内的善意采何认定标准,仍有争议。如针对动产善意取得制度中的善意,有论者从善意的主观属性出发,认为“不知悉”与过失无关;〔9〕或认为虽与过失无关,但依客观情势,判断交易经验上一般人均可知悉时,则为非善意;〔10〕也有观点认为,善意乃“非为明知且非可得而知”(即“非因过失而不知”)。〔11〕我国法以德国民法典第932条为借鉴,认为动产善意取得中的善意系“非为明知且非因重大过失而不知”,〔12〕但却未如德国法那样区分不动产与动产善意取得中的善意认定标准。〔13〕其次,不同制度间的善意认定标准存有差异的原因未被揭示,善意认定不同标准的相互关系和判断层级,均未得到重视和阐释。我国动产善意取得中的善意与表见代理中善意第三人的善意即采不同认定标准,前者乃“非为明知且非因重大过失而不知”,后者乃“非为明知且非因过失而不知”。〔14〕现有的分散性研究并未明晰此种差异的缘由,体系思考之不足亦导致善意认定的相关争议不断。〔15〕

除实体认定标准外,善意的程序认定方式亦有争议。因善意多采“知道或者应当知道

〔4〕该条文义上针对法人登记,但登记不得对抗规则适用的前提是存在内外部法律关系的区分,商事主体因其对外经营特性而符合内外法律关系区分的前提,所以在解释上,一方面要限缩该条适用的法人类型,另一方面要扩张适用至非法人的商事组织。参见石一峰:《论商事登记第三人效力》,《法商研究》2018年第6期,第57页。

〔5〕参见杨芳:《〈合同法〉第49条(表见代理规则)评注》,《法学家》2017年第6期,第170页。

〔6〕参见石一峰:《商事表见代表责任的类型与适用》,《法律科学》2017年第6期,第144页。

〔7〕参见曾世雄:《民法总则之现在与未来》,中国政法大学出版社2001年版,第228页。

〔8〕参见尹田:《物权法》,北京大学出版社2017年版,第204页;吴国喆:《善意认定的属性及反推技术》,《法学研究》2007年第6期,第18页。

〔9〕参见李光夏:《民法物权新论》,上海书报社1955年版,第83页;前引〔2〕,叶金强文,第82页。

〔10〕参见史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第564页。

〔11〕1982年台上字第2819号判决。

〔12〕参见前引〔8〕,尹田书,第204页。《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,以下简称“物权法解释一”)第15条也规定,动产善意取得的善意乃“非为明知且非因重大过失而不知”。

〔13〕对于不动产善意取得中的善意认定应采何种标准,我国学说与实务也有差异。通说认为是“非为明知”,参见王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2009年版,第88页;王利明:《不动产善意取得的构成要件研究》,《政治与法律》2008年第10期,第6页;程啸:《论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531页。反对意见认为不动产和动产善意取得的善意应统一为“不知情且无重大过失”。参见崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2009年版,第93页。

〔14〕参见史浩明:《论表见代理》,《法律科学》1995年第1期,第70页;曹新明:《论表见代理》,《法商研究》1998年第6期,第65页;江帆、孙鹏主编:《交易安全与中国民商法》,中国政法大学出版社1997年版,第140页。

〔15〕关于无权代理中相对人善意的标准就有三种观点。参见夏昊晗:《无权代理中相对人善意的判断标准》,《法学》2018年第6期,第104页以下。

为“非善意”的反面表述，故在程序上一般采推定模式。^[16]然而，推定是否一定导致证明责任倒置，对于私法中的善意是一律采取推定还是有其他认定方式，也未有定论。^[17]

可见，私法中善意的实体认定标准与程序认定方式均存有争议。涉及善意的各制度虽各有其特定目的，但背后均共享对善意者予以信赖保护之思想，^[18]因而各善意认定实际上相互关联，只有在体系中确立认定的标准和方式，并将实体与程序相融合，才能使善意的认定更具说服力。鉴此，本文拟对私法中善意之认定进行体系化研究，并由此构建私法中善意认定的规则体系。^[19]

二、善意及其认定的本质

（一）作为认知状态评价结果的善意

1. 可信赖事实作为认知对象

善意有积极观念与消极观念之区分，后者只需不知他人非为权利人，前者须有以他人为权利人之积极信念。^[20]一般认为，积极观念的要求过于苛刻，^[21]因而各国立法例均以“消极观念说”为主。^[22]我国通说亦采“消极观念说”。^[23]

从词源上看，善意起源于拉丁文“bona fides”，意为“不知情”，^[24]但并未有积极确信事实为真的意思。在规范表达上，也通常以“知道与否”来界定善意，且从反面表述为“知道或者应当知道”的，非为善意，如我国合同法第50条、第151条、第158条第3款（民法典第504条、第613条、第621条第3款）等，德国民法典第122条、第173条、第405条、第932条第2款等。由此，善意仅表达了“不知悉”的消极观念。“不知悉”依其字义，系一种认知状态。法律上以善意表“不知悉”，实际上是将私法主体的这一认知状态

[16] Vgl. Wolf/Wellenhofer, Sachenrecht, 30. Aufl. 2015, § 8 Rn. 16; Baur/Stürmer, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 52 Rn. 25, S. 673; Hübner, Handelsrecht, 5. Aufl. 2004, S. 59; Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, S. 66; 梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社2016年版，第194页以下；刘家安：《物权法》，中国政法大学出版社2015年版，第107页。

[17] 参见徐涤宇：《民事证明责任分配之解释基准——以物权法第106条为分析文本》，《法学研究》2016年第2期，第98页以下；吴泽勇：《论善意取得制度中善意要件的证明》，《中国法学》2012年第4期，第149页以下。

[18] Vgl. Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, S. 43. 当然，善意只是信赖保护的构成之一。对信赖者信赖的判断，需要综合信赖者的善意、信赖者对可信赖事实的知悉、信赖者的信赖处置行为以及信赖处置行为与信赖之间具备因果关系。Vgl. Canaris, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, 1971, S. 503ff.

[19] 诚如曾世雄所言：善意恶意等因广泛附随于各种制度而存在，彼此有其共通，俨然自成一体，故有特予讨论之必要。参见前引〔7〕，曾世雄书，第227页。

[20] 参见前引〔10〕，史尚宽书，第564页。

[21] 参见肖厚国：《物权变动研究》，法律出版社2002年版，第392页；王轶：《物权变动论》，中国人民大学出版社2001年版，第311页。

[22] 德国民法典第932条第2款、日本民法第192条、瑞士民法典第714条等，通说均认为采消极观念说。参见前引〔10〕，史尚宽书，第564页。

[23] 参见前引〔16〕，梁慧星等书，第194页；崔建远：《物权法》，中国人民大学出版社2017年版，第83页，第108页；谢在全：《民法物权论》上册，中国政法大学出版社1999年版，第229页。“物权法解释一”第15条亦采消极观念说。

[24] 参见王利明、王轶：《动产善意取得制度研究》，《现代法学》1997年第5期，第11页。徐国栋将“bona fides”译为诚信，并区分客观诚信与主观诚信，其中主观诚信在现今法律文本中对应的表述就是善意。参见徐国栋：《诚实信用原则二题》，《法学研究》2002年第4期，第80页以下。

评价为善意。

然而,作为对一种认知状态的评价结果,善意必然要求私法主体有特定的认知对象,私法主体是以何种情事为认知对象进而被评价为善意的,仍需进一步界定。从认知论的角度看,人们通过观察事物的表象完成对事物本质的认知。表象乃事物所展现的外在现象,是事物之真实情况的表征,我们只能借助对外在表象的观察来研究事物的真实情况。^[25]观察是人的认知过程,在这一过程中,人们将表象输入到自身的感知系统中,并根据这些信息作出反应。私法主体也是从各类表象来判断真实的法律关系,如代理关系中,交易相对人仅能从授权委托书、空白合同书等表象中判断行为人是否有代理权。换言之,私法主体对事实的认知其实都是以对事实之表象的认知为基础的。一般而言,若表象与真实情况一致,则不会发生法律纠纷;仅当表象与真实情况不一致时,才需要判断私法主体对该不一致是否知悉并用善意与否来评价这种认知状况。

法律上,善意的拉丁文“bona fides”,相当于英文的“good faith”,^[26]并与德语中的“guter Glaube”一致,字面上均为“好的信任”之义。这意味着信任并非建于虚无之上,有信任的基础,才能成为“好的”信任,即善意。“好的”信任意味着私法主体所认知的事实至少在表象上是值得信任的。若所有人均可轻易分辨真伪而得出表象不值得信任的结论,自无善意可言。某一表象之所以无法被轻易分辨真伪,是因为在相应制度供给之下,表象与真实情况具有同步一致性,即表象通常揭示了真实情况,由此表象才有被信任的可能。表象与真实情况具有同步一致性的事实,因存在同步一致性的制度保障而具有可信赖性,被称为可信赖事实(Vertrauenstatbestand)。基于此,可信赖事实成为私法主体表现为善意时的认知对象。

2. 可信赖事实的特性

作为人们行为的信任基础,可信赖事实首先应当具有可信赖性,同时,它也应当是人们交往中可认识的重要事实。但对于哪些事实能成为可信赖事实,学说有争议。有仅限于“交易当事人之行为外观”者,^[27]有扩充为“主体资格、权利状态和表意行为等法律上视为重要因素之外部要件事实”者,^[28]有笼统概括为“表见事实”者。^[29]对此,需结合可信赖事实的特性作进一步分析。

第一,可信赖事实应当具有可信赖性,这意味着存在使可信赖事实的表象与真实情况具有同步一致性的保障。此类保障源于可信赖事实相关制度的内在逻辑,如将不动产登记作为物权变动的生效要件,由此激励交易当事人主动且正确地登记,以保障不动产登记情况与真实情况同步一致。可信赖事实的此种一致性保障机制,在法律上均以规范化的制度存在,但不同可信赖事实之一致性保障机制在规范供给上存在差异,由此会导致其同步一致性存在差异,从而形成可信赖程度不同的可信赖事实。此外,可信赖事实的可信赖性除了受内在规范制度的影响外,还受所处的外部环境的影响,如可信赖事实所处的交易场所、相关交易的

[25] 参见[法]埃米尔·涂尔干:《社会分工论》,渠东译,三联书店2000年版,第27页。

[26] 参见薛波主编:《元照英美法词典(缩印版)》,北京大学出版社2013年版,第163页。

[27] 参见张国建:《商事法论》,三民书局1981年版,第45页;王保树主编:《中国商事法》,人民法院出版社2001年版,第25页以下。

[28] 参见田土诚主编:《交易安全的法律保障》,河南人民出版社1998年版,第37页。

[29] 参见李井钧:《韩国商法上的表见责任制度之研究》,载王保树主编:《商事法论集》第3卷,法律出版社1999年版,第446页。

时机等。可信赖事实的可信赖性影响着善意的认定，并是善意规则体系构建的核心基础。

第二，可信赖事实是一种外部事实，但并非一切可感知的事实都可成为可信赖事实。可信赖事实产生于一定的法律关系中，其指向某一相对人，如甲对乙宣称丙是 A 合伙企业的合伙人，此时对于丙而言未有可信赖事实，在丙知悉或容忍甲的言词时，对于乙而言就存在“丙为表见合伙人”之可信赖事实。因此，可信赖事实具有指向性，并非单纯的“行为外观”或“表见事实”。

第三，可信赖事实之表象与真实情况的不一致具有持续性。此种不一致至少持续到相对人已完成相关行为时，才可使得可信赖事实对相对人发挥作用。如股权转让人登记于商事登记簿中之事实，致使相对人依此表象认为转让人与真实权利人一致，在股权转让交易完成之后，相对人才知悉登记权利人与真实权利人不一致。只有在这种情况下，相对人才可主张依股权工商登记之事实获得保护。

第四，可信赖事实作为法律关系中的事实，须对相对人具有法律意义，即该事实获得法律上重视的原因，在于其足以影响交易等行为。但这一事实不单单涉及行为、主体资格、权利状态或表意等事实，通常还是与法律行为一般成立要件相关的事实，并已被法律定型。法律行为的一般成立要件包括：当事人、标的、意思表示。^[30] 可信赖事实可从这些角度进行归纳：（1）与当事人身份有关的事实，如组织成员权；（2）与当事人权限有关的事实，包括处分权（含对标的的要求）、代表权、经营范围权限等；（3）与意思表示有关的事实，包括明确的言词、可推断的行为以及交易习惯下的行为，如代理权授予的书面言词、对他人为代理的容忍行为以及商事惯例中沉默视为同意等；（4）其他足以影响相对人行为的事实，如上市公司公告、一般的公司公告，商事登记中的组织形式、经营场所等。^[31]

由于交易及相关行为的差异，对于何为可信赖事实仍需进行个案判断。例如，在一般交易中，当事人并不关注对方的身份，但另一些（如涉及身份行为或偿付能力的）交易中，身份外观可能影响相对人的行为（如与合伙企业或有限责任公司交易就存在合伙人或股东承担无限责任还是有限责任的不同）。

（二）作为法律价值判断的善意认定

1. 善意认定的价值判断属性

第一，从善意的历史发展来看，善意发源于罗马法上的诚信观念，具有伦理道德属性，其中“fides”和“bonus”本身就是伦理概念，前者指“信”的德，后者是“善”的意思。^[32] 因而，从词源上，其本就暗含价值判断的属性。同时，历史上，诚信被区分为客观诚信与主观诚信，善意源于其中的主观诚信概念，针对的是主体的内部心理，与针对主体外部行为的客观诚信相区分。^[33] 主观诚信和客观诚信同源于社会生活中的信赖（信任）这一社会伦理因素，基于伦理因素的考量，两者均考虑主体是否具备故意和过失等主观因素，^[34]

[30] 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社 2017 年版，第 173 页。

[31] 影响相对人对最终责任人是否承担有限责任的判断以及合同履行地的判断。

[32] Cfr. Pietro Bonfante, *Essenza della bona fides e suo rapporto colla teorica di errore*, *Bullettino dell' istituto di diritto romano*, Vol. VI (1894), p. 91. 转引自徐国栋：《主观诚信与客观诚信的分合与更名问题比较法考察——兼论中国的诚信立法向何处去》，《社会科学》2013 年第 1 期，第 113 页。

[33] 参见前引 [24]，徐国栋文，第 80 页；前引 [1]，徐国栋文，第 98 页。

[34] 参见前引 [1]，徐国栋文，第 98 页。

因而只有基于可原谅错误的不知悉才为善意。^[35] 错误是否可原谅, 已经从单纯的事实判断转向价值判断, 并与过错概念紧密相连。

第二, 从善意的认定过程来看, 其作为一种主观心理状态, 很难进行完全客观化的认定。与对所有事物的认知一样, 人的主观心理只能从外在的表现来判断。由此, 善意的认定过程也只能从行为人的客观表现来判断其主观心理状态。但是, 要从客观事实判断主观心理状态, 仍需基于法律所确立的原则进行价值判断。

第三, 从善意认定的实体考量因素来看, 其不仅考量单个的外在客观事实, 还需综合当事人的行为、所处的环境等相关因素来认定;^[36] 或结合个案中的交易场所、有关处分人、标的物、市场信息等有关交易背景进行考量。^[37] 综合认定已不再是单纯的事实认定, 而是融合诸多因素依据法律上的价值取向来判断是否构成善意。由此, 善意认定的性质也从事实认定转化为法律价值判断。^[38] 此与过失等主观心理判断的客观化一脉相承。^[39]

第四, 从善意认定的程序展开方式来看, 其是以推定的方式进行, 故善意不是被直接发现的事实, 而是依据一系列事实所作出的判断。此种判断需要有参照的基准, 即依据一般理性人或通常情形来判断行为人是否知悉。但这些判断基准并非现实存在, 而是裁判者通过对以往案例及自身知识经验的总结得出的结论。由此, 善意认定的程序展开中所依据的参照基准并非客观事实, 其认定本身不可避免地存在主观的价值判断。

综上, 善意与否, 即可信赖事实之表象与真实情况是否一致的认知状态的评价, 是一种价值判断。价值判断的核心在于, 对私法主体的何种认知状态应予保护, 需进行利益衡量。明确善意认定的价值判断属性, 提示我们认识到善意认定背后蕴含着对诸如交易安全和效率等价值的利益衡量。进行利益衡量需有具体的衡平因素, 善意认定过程中的利益衡平因素即是与这种认定密切相关的过失要件。

2. 过失作为价值判断的衡平因素

过失之所以可作为善意认定过程中进行利益衡量的衡平因素, 除了善意的历史发展揭示善意作为主观诚信时已包含对过失的考量外, 更重要的是过失要件可以更合理地分配当事人之间的信息成本与风险, 从而实现了对交易安全和效率的利益衡量。

作为认知状态评价结果的善意, 其认定核心在于判断民事主体对可信赖事实之表象与真实情况的不一致是否知悉。知悉存在两种情形: 一是显然的知悉, 乃明知之状态; 二是依据交易经验、常识等综合判断下应当知悉, 乃盖然性的知悉。^[40] 在明知情形下, 第三人无需花费成本核实即可避免不当交易, 相较于保障可信赖事实之表象与真实情况相一致者(潜在责任者)的监管成本, 明知不一致的第三人所需付出的成本更低, 故应排除对此类第三人的善意保护, 由其承受风险。但若第三人对表象与真实情况的不一致并非明知, 而是

[35] Vgl. Carl Georg Bruns, Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung; ein praktisches Gutachten nebst einem theoretischen Nachtrage, 1872, S. 79f.

[36] 参见王利明:《善意取得制度的构成——以我国物权法草案第111条为分析对象》,《中国法学》2006年第4期,第82页。

[37] 参见前引〔2〕,叶金强文,第84页。

[38] 参见前引〔8〕,吴国喆文,第23页。

[39] 参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第243页。过失也被认为是一种主观心理,在判断上也转向以“注意义务”为基础的客观化综合判断,故也涉及价值判断和利益衡量。参见陈聪富:《侵权归责原则与损害赔偿》,北京大学出版社2005年版,第58页。

[40] 参见前引〔10〕,史尚宽书,第564页。

仅有怀疑，其需付出相应成本核实，此时由谁承担风险，取决于第三人的注意义务程度，以此来分配风险更为合理。^[41]当第三人负有核实的注意义务时，其就应当知悉。“应当知悉”在德国法上的表述是“kennen musste”，字义上已蕴含着必须知悉的注意义务，违反该注意义务而不知，则非为善意。注意义务之违反乃过失问题，因而德国民法典第122条中，“应当知悉”与“因过失而不知”（infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte）等同；德国民法典第173条标题中的“fahrlässiger Unkenntnis”与法条中的“kennen muss”对应，也表明两者应同等对待。综上，“应当知悉”本身蕴含着注意义务的要求，乃过失判断之问题。

过失要件使得善意认定过程中的价值判断和利益衡量得以更好地展开。当客观情事为第三人提供了足够的“可信赖事实之表象与真实情况可能不一致”的警示时，第三人就应尽到起码的注意义务以防止自身的认知出现偏差。第三人未关注相应的警示而使自己陷于认知错误时，若仍认定其为善意，则将在利益衡量上过分保护第三人而导致利益失衡。^[42]由此，过失要件能够合理分配信息成本的负担，^[43]使得善意保护中的利益衡量更为合理。不同情形下的善意认定对过失程度的要求也不同，过失程度可成为善意认定不同标准的区分标志。

三、善意认定的类型层级

（一）可信赖程度作为类型区分之标准

私法中的善意有不同的认定标准。一般而言，不动产登记作为认知对象时，仅要求“非为明知”即可，而动产占有作为认知对象时，则还需“非因重大过失而不知”。^[44]商事登记作为认知对象时，善意需“非为明知且非因重大过失而不知”；^[45]代理委托授权书等代理权外观作为认知对象时，则需“非为明知且非因过失而不知”。^[46]

之所以出现此种差异，是因为善意是对私法主体认知状态的评价结果，此种评价必然受制于认知对象之状况。善意评价是基于可信赖事实之可信赖性，若某事实不具有可信赖性，即其表象与真实情况之不一致显而易见时，自不具有不知悉此种不一致之可能，因而也不能评价为善意。可信赖性源于表象与真实情况的同步一致性，但不同可信赖事实的表象与真实情况的同步一致性程度存在差异，由此，可信赖程度也存在差异，如不动产登记的可信赖程度最高、商事登记次之、登记之外的授权委托书最低。正是基于可信赖事实之可信赖程度的不同，才会出现针对不同可信赖事实之善意认定要求的变化。比较法上，也有学者以商事登记与非商事登记事实之可信赖程度不同，而提高对非商事登记事实的善意认定标准。^[47]针对不动产登记与动产占有的善意认定标准不同，也是因为土地登记簿相较于占有，存在更为坚实的信赖基础。^[48]

[41] Vgl. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2. Aufl. 1995, Berlin, S. 472ff.

[42] 参见前引〔8〕，吴国喆文，第21页。

[43] 参见前引〔13〕，王泽鉴书，第486页。

[44] 此为德国通说，参见前引〔16〕，Baur/Stürmer书，第300页，第673页；前引〔16〕，Wolf/Wellenhofer书，第8节边码17，第19节边码21。

[45] 参见前引〔4〕，石一峰文，第57页。

[46] 参见杨代雄：《表见代理的特别构成要件》，《法学》2013年第2期，第65页以下。

[47] 参见前引〔16〕，Canaris书，第92页。

[48] 参见前引〔16〕，Baur/Stürmer书，第300页。

由此,不同的可信赖事实呈现差异化的可信赖程度,善意认定也随之而变化。表象与真实情况同步一致性高的可信赖事实,善意者所负的调查、核实等注意义务就会下降,此时对于善意的认定标准随之下降;反之,则加重善意者的负担,提高善意的认定标准。^[49]善意的认定随着可信赖事实的可信赖程度变化,而可区分不同标准并由此形成善意认定的类型区分。

(二) 可信赖事实的可信赖程度区分

可信赖事实的可信赖性与“表象与真实情况的同步一致性”程度有关,但此种判断仅源于可信赖事实制度本身的内在逻辑,影响可信赖事实之可信赖性的还包括其所处的外部环境。这样,从认识的角度来看,就形成了一般可信赖性与特定可信赖性的区分。其中,一般可信赖性源于可信赖事实本身的规范化制度逻辑,是一种一般性认知;特定可信赖性源于可信赖事实所处的变化的外部环境,是一种特定性认知。特定可信赖性受可信赖事实所处的交易场域、针对对象、存续时间、与其他可信赖事实的结合等因素影响,随个案情形而变化。特定可信赖性的影响因素所改变的是可信赖事实的外部认知环境,并未改变可信赖事实之可信赖性的内在逻辑,因而特定可信赖性是对一般可信赖性的具体修正,并不改变可信赖程度的层级。^[50]同时,特定可信赖性的影响因素一般在善意的具体认定中予以考量,如“物权法解释一”第15条确定了善意的认定标准后,分别在第16条和第17条对不动产登记和动产占有的善意认定进行了具体规定。从此角度而言,特定可信赖性是对善意认定更为细化的影响,而一般可信赖性是对善意认定的根本性影响。为此,一般可信赖性可作为善意认定的规范性标准类型层级区分的依据。

可信赖事实既可以是权利信息的展示,也可以是状态信息的展示,同时还存在不同的信息展示载体。通过对现行法的梳理,依其信息载体不同,可信赖事实可分为登记(包括不动产登记、商事登记等)、状态(占有)、类商事登记(上市公司公告、一般公司公告等)、登记之外具有交易意义的言词(书面形式:授权委托书、会议记录等;口头形式)与行为(各类表征代理或代表的行为、各类表征合伙人等成员权的行为、符合交易习惯的行为)等。

这些可信赖事实的制度逻辑中均存在保障表象与真实情况同步一致性的机制。以不动产登记为参照模板,其保障表象与真实情况同步一致性的具体制度可区分为内在保障与外在保障。其中,内在保障关注的是可信赖事实是否作为权利或状态变动的生效要件,或者是否作为权利或状态变动的对抗要件,是否具有推定效力等;外在保障关注的是可信赖事实是否有国家强制及其审查力度,是否因表象与真实情况不一致而受到惩戒(公法的惩戒与私法的惩戒)等。各可信赖事实之表象与真实情况同步一致性的制度保障程度不同,就构成了其一般可信赖程度的不同,对此可作以下类型区分:

1. 不动产登记

不动产登记在内在保障机制上,是权利生效要件并具有推定效力。^[51]当不动产登记是

[49] Vgl. Wiegand, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2011, § 932, Rn. 37.

[50] 如不动产登记在一般可信赖程度上肯定强于登记之外的言词,不能因为登记之外的言词处于公开市场、存续时间长等外部因素,而使其可信赖程度跨越层级、超过不动产登记。

[51] 德国民法典第873条规定了因合意和登记而取得土地的登记生效主义,第891条规定了土地登记簿的推定效力,第892条规定了土地登记簿的公信力(依此可善意取得不动产)。我国物权法第9条(民法典第209条)、第14条(民法典第214条)规定了登记生效主义,第16条、第17条(民法典第216条、第217条)规定了不动产登记簿的推定效力,第106条(民法典第311条)统一规定了不动产与动产的善意取得制度。

权利变动生效要件时，交易当事人会积极主动地登记以确保权利的移转和获取。同时，基于不动产登记簿的推定效力，真实权利人亦会积极关注不动产登记之状况，确保自己享有之权利已被正确登记。由此，能够鼓励真实权利人积极登记并确保登记之正确性。^[52] 在外在保障机制上，不动产登记有国家统一登记的强制要求，且登记机关采取实质审查模式，登记不正确也将使得真实权利人的权利因不动产善意取得等受到私法上的不利益。为此，不动产登记具有最全面的制度保障，因具有较高的可信赖程度而被称为具有公信力。^[53] 其制度保障机制可作为判断其他可信赖事实之可信赖程度的参照模板，可标记为最高档。

2. 动产占有

占有作为一种特殊的物权状态，也具有表征其背后权利的特性。通常认为，占有之外观状态与实际情形，具有“八九不离十”的盖然性，^[54] 其表象与真实情况具有同步一致性。这背后的内在保障机制，一方面在于占有及其移转（交付）是动产物权变动的生效要件；另一方面在于占有也具有推定效力。^[55] 作为生效要件，其促使当事人积极移转占有以确保权利已有效变动；又因其具有推定效力，使得真实权利人也积极关注占有的状况，确保其控制力或选任正直的直接占有人。如此，占有也具有保障表象与真实情况同步一致的制度供给。但由于对物之利用需求旺盛，占有与所有的分离已成常态。^[56] 同时，占有毕竟不同于登记，外在保障机制上缺乏国家强制力的支撑，未有必要的核验与监督，因而其虽也可称为具有公信力，但可信赖程度已有所下降，可标记为中档偏上。

3. 商事登记

商事登记在内在保障机制上，仅作为权利或状态变动的对抗要件，所具有的推定效力也弱于不动产登记和占有。^[57] 在外在保障机制上，商事登记虽然具有国家强制要求，但偏重于形式审查。^[58] 商事登记不当也将受到私法上和公法上的惩戒，如《企业法人登记管理条例》第29条规定了对企业法人在登记中隐瞒真实情况、弄虚作假的行政处罚，此外，还将追究其法定代表人的行政和刑事责任。但因为内在保障机制上的弱化，外在审查力度的下降，商事登记的可信赖程度亦下降。然而，考虑到商事登记仍具有强制登记属性，且商事登记义务主体对登记正确负有更高的注意义务，其可信赖程度相较于占有也并未大幅下降，可标记为中档。

4. 类商事登记事实

商事登记之外，还存在商事公告类的信息传递机制，典型的如上市公司公告和一般的

[52] 参见前引〔49〕，Wiegand评注书，第408页以下。

[53] 参见前引〔16〕，Baur/Stürner书，第169页；前引〔16〕，Wolf/Wellenhofer书，第19节，边码1以下。

[54] 参见谢在全：《民法物权论》下册，中国政法大学出版社1999年版，第939页。

[55] 我国物权法第23条（民法典第224条）规定了交付生效主义，占有的推定效力虽未明文规定，但为学理所承认；物权法第106条（民法典第311条）统一规定了不动产与动产的善意取得制度。关于占有的推定效力，参见庄加园、李昊：《论动产占有的权利推定效力——以〈德国民法典〉第1006条为借鉴》，《清华法学》2011年第3期，第123页以下。

[56] 参见温世扬：《物权法要义》，法律出版社2007年版，第132页。

[57] 参见前引〔4〕，石一峰文，第54页。

[58] 《广东省商事登记条例》第4条第2款和实务判决均确认此点。实务判决参见浙江省瑞安市人民法院（2014）温瑞行初字第130号行政判决书；甘肃省庆阳市（地区）中级人民法院（2014）庆中行终字第17号行政判决书。

公司合并、分立、减少注册资本或进行清算的公告。在表象与真实情况同步一致的内部保障机制上，上市公司公告不是权利或状态变动的生效（或对抗）要件，也不具有推定效力，仅为信息公示方式。在外部保障机制上，证券法第78条第2款规定了通过上市公司公告披露的信息应真实、准确、完整，否则依据证券法第181条以下条文和证监会的各类监管规范，上市公司将受到一系列行政和刑事处罚。^[59]除此之外，依据证券法第93条和《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》（法释〔2003〕2号，以下简称“证券市场虚假陈述赔偿规定”），上市公司公告瑕疵还会引发民事赔偿等私法惩戒。为此，上市公司存在及时公告的强制要求，若公告不当也将受到公法上的处罚和私法上的惩戒。但由于缺乏国家力量支撑，所有信息均由公告主体自身审核，从而在确保公告信息与真实情况的一致性上，较登记弱。因而，可推论上市公司公告的可信赖程度应低于商事登记。但由于证券监管的持续性以及信息披露内容的专业性，相较于投资者，公告主体更有动力和能力进行充分审核来保障公告信息与真实情况的一致性。由此，其可信赖程度仍可保持与商事登记相当，仅略偏低，可标记为中档偏下。

与上市公司公告类似的还有一般公司公告，主要涉及公司的合并、分立、减少注册资本或者进行清算。此种公告也仅为信息公示方式，不存在强有力的内部保障机制。但在外部保障机制上，公司法第204条规定了不依法公告的行政处罚。理论上，公告不当也可能基于违反公司法第147条规定的“忠实和勤勉义务”和公司法第189条规定的“清算义务”而使相关主体承担私法责任。但一般公司公告针对特定债权人，亦可通过通知完成信息传递，在确保公告正确性上的激励小于上市公司公告。为此，一般公司公告的可信赖程度弱于上市公司公告。但考虑到它们的信息展示逻辑相同，一般公司公告的可信赖程度可属于同一层级，只是其属于该层级中的最低层级，可标记为中档最低。

5. 登记之外具有交易意义的事实

登记之外具有交易意义的言词和行为也可成为可信赖事实，但其缺乏表象与真实情况同步一致的内部保障机制，如授权委托书等代理权外观事实并非代理权授予的生效或对抗要件，且不具有推定效力，也不存在国家强制和公法上的直接惩戒。但在外部保障机制上，其至少存在私法上惩戒的可能，如因选任代理人或代表人不当而需对第三人承担责任。因此，登记之外具有交易意义的事实仅能通过私法上的惩戒来保障表象与真实情况的同步一致性，其可信赖程度最低，可标记为最低档。即使如此，登记之外具有交易意义的事实内部也存在差异，可进一步区分为书面言词（书证型）、可推断行为、口头言词等。三者因证据效力（私法惩戒可能性）的递减而在可信赖程度上亦递减。

（三）依可信赖程度的善意认定的类型层级区分

依据上述可信赖事实之一般可信赖程度，善意认定的规范标准在理论和实证法上可通过过失程度区分为不同的类型层级。

第一，针对不动产登记善意，仅要求“非为明知”即可，而针对动产占有的善意，则还需“非因重大过失不知”。如前所述，此为德国通说，其中的原因就在于不动产登记之可信赖程度强于动产占有。我国实务中也认为，“由于占有的公信力低于登记，因而两者需

[59] 刑法第160条、第161条分别规定了欺诈发行股票、债券罪和违规披露、不披露重要信息罪。

差别对待”。^[60] 但我国“物权法解释一”第15条将针对不动产登记和动产占有的善意统一为“不知且非因重大过失而不知”。之所以如此规定，首先在于“物权法解释一”第2条基于我国不动产登记的实情，^[61] 妥协性地降低了不动产登记之公信力。其次，根据《德国土地登记条例》第36条、第37条的规定，不动产物权变动需以公证证书的形式提供申请材料。公证环节增强了对登记状况与真实情况相一致的保障。我国法并无此要求，不动产登记的可信赖程度相比而言下降。最后，“物权法解释一”第16条第2款和第17条中对于不动产和动产情形下的重大过失进行了分别规定，两者在重大过失之注意义务上有明显差异，从而形成了内部的善意认定类型层级。

第二，针对商事登记的善意，民法总则（民法典）第65条等并未明确善意的认定标准。比较法上，德国商法典第15条第1款和第3款对商事登记的善意均采用“非为明知”的标准。^[62] 理论上也认为，此时第三人的非善意不包括因重大过失而不知。^[63] 但此与德国的商事登记制度有关。根据德国商法典第12条和《德国商事登记规定》第8条的规定，商事登记的申请材料一般须经公证才能提交，从而提高了登记状况与真实情况的同步一致性。因此，德国法上才会对商事登记的善意信赖采取“非为明知”的标准。反观我国，并未有对商事登记材料的公证要求，因而对商事登记的善意不能仅要求“非为明知”。

另一方面，德国有限责任公司法第16条第3款对股东名册的善意采“非为明知且非因重大过失而不知”标准。股东名册虽然不是直接的商事登记事项，但从德国有限责任公司法第16条第1款的表述来看，股东名册是“列入”商事登记簿的。在商事登记已电子化的今日，股东名册与商事登记其他事项一样，收录于平行的登记文件夹（Registrierordner）。由此，股东名册在形式上与商事组织提交的其他登记事项类似。此外，根据德国有限责任公司法第15条第3款、第40条第2款的规定，股东名册也需公证后提交，且通过董事责任来保证股东名册变更的及时和正确，此与作为权利或状态变动的对抗要件等内部保障机制在效果上相当。但股东名册并不会被登记机关更深入地审查，由此导致德国法上股东名册虽与商事登记类似，但可信赖程度下降。对比而言，我国商事登记在可信赖性保障上与德国法上的股东名册在程度上更为接近。因此，我国法上对商事登记的善意也应增加“非因重大过失而不知”的要求。

第三，针对类商事登记事实的善意，“证券市场虚假陈述赔偿规定”第19条将“明知虚假陈述存在而进行的投资”作为排除“虚假陈述与损害结果”之间存在因果关系的情形。但该条忽视了因果关系仅为客观判断，“明知”指向的是主观方面，即善意的要求。投资者主观方面的非善意不在于排除因果关系，而是会导致保护基础的丧失。^[64] 该司法解释对类商事登记的善意仅要求“非为明知”，与证券市场的实际情形并不符合。一方面，证券市场中的投资者应明知投资有风险，其具有相应的信息识别注意义务；另一方面，类商事登记

[60] 参见江苏省金湖县人民法院（2013）金商初字第0498号判决书。

[61] 实践中，登记不当情形仍不在少数，如房改房、继承等或为规避税费而不进行登记。参见崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权的解释论为中心》上册，清华大学出版社2011年版，第203页。

[62] 德国民法典第68条对于社团登记簿的善意，也采取了“非为明知”的表述，与商事登记相同；商事登记与社团登记的情形也类似，因此下文的分析也适用于社团登记。

[63] 参见前引〔16〕，Canaris书，第55页。

[64] 参见石一峰：《违反信息披露义务责任中的交易因果关系认定》，《政治与法律》2015年第9期，第85页。

的可信赖程度也并未因监管的持续性而大幅提高,其仅与商事登记的可信赖程度相当。为此,针对上市公司公告的善意认定的规范标准,也应要求“非因重大过失而不知”,但在具体的认定规则上应与对商事登记之善意有差异。

就非上市公司公告而言,其可信赖程度虽比上市公司公告要低,但较之登记之外的事实,仍与上市公司公告处于同一个层级。因而,对非上市公司公告的善意认定标准仍采取“非为明知且非因重大过失而不知”,但在重大过失的判断上会有差异,即第三人的注意义务标准上有差异。这与“物权法解释一”第15—17条中针对不动产登记和动产占有的善意在规范标准上相同,但对重大过失的认定予以差异化规定的做法一致。

第四,针对登记之外事实的善意,现行法一般采取“非为明知且非因过失而不知”的标准。如表见代理中的善意,通说认为应采“非为明知且非因过失而不知”的标准;最高人民法院及实务也采相同见解。^[65]此外,依合同法第50条(民法典第504条),商事表见代表中的善意也采非“知道或者应当知道”的标准,其中“应当知道”即“因过失而不知”。^[66]比较法上,我国台湾民法第107条、第169条,日本民法第122条亦采相同标准。实际上,实证法上针对登记之外事实的善意居多,如民法总则(民法典)第149条中,合同相对方不知道或不应当知道第三人欺诈的,即为善意,合同另一方丧失对于因受欺诈而作出的意思表示的撤销权;^[67]民法总则(民法典)第167条中,代理人不知道或不应当知道代理事项违法的,即为善意,代理人无须承担连带责任等。^[68]其他如民法总则(民法典)第145条、第170条,合同法第74条、第169条(民法典第539条、^[69]第636条)等,也均为针对登记之外事实的善意。但登记之外事实本身仍存在可信赖程度的差异,这些差异需要通过具体案件中过失的认定标准来体现,同时也需要程序法上的善意认定方式来衡平。

综上,在可信赖事实的一般可信赖程度下,善意认定的规范标准以过失作为协调因素,形成一定的类型层级。但是,善意的具体认定还受制于影响特定可信赖性的因素。此时,这些因素除了对善意认定的实体标准判断产生影响外,还将影响善意认定的程序方式,即通过一般性推定和有条件推定的区分来完成对各类善意认定更为细化的平衡。

四、善意的具体认定

善意的具体认定中,首先要定位善意所针对的可信赖事实的可信赖程度处于上述何种

[65] 参见最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(法发〔2009〕40号)第13条;最高人民法院(2014)民申字第2013号民事裁定书;最高人民法院(2013)民申字第743号民事裁定书;最高人民法院(2012)民再申字第93号民事裁定书。

[66] 此处的商事表见代表既可能基于商事登记产生,也可能基于登记之外的事实而发生,前者仍采“非因重大过失而不知”标准,后者才采“非因过失而不知”标准。具体分析可参见前引〔6〕,石一峰文,第137页以下。因而,需注意的是具体规范中的善意可能针对的可信赖事实具有多样性。诸如善意占有、善意不当得利等制度,亦因占有与得利的基础法律关系的复杂多样性,其所针对的可信赖事实也具有多样性,需依据具体情形分析到底是对不动产登记、占有还是商事登记或登记之外事实的善意。

[67] 参见上海市第一中级人民法院(2017)沪01民终14045号民事判决书。

[68] 参见湖北省随州市中级人民法院(2017)鄂13民终628号民事判决书。

[69] 民法典第539条已将合同法第74条中债务人的相对人“知道”改为“知道或者应当知道”,与本文分析所得的善意要求相符。

类型层级,进而明确其规范标准,其后再进行具体的认定。因善意通常采取反面规定,即通过“知悉”来排除善意,所以善意的具体认定一方面是在实体上判断何谓明知,及因何种过失程度而不知;另一方面是在程序上明确以何种方式进行具体的判断。两者除受一般可信赖性影响外,还受特定可信赖性的影响。通过分析一般可信赖性和特定可信赖性对善意认定的影响,可挖掘善意认定实体标准的判断要素和程序方式的选择依据,进而以此构建起善意认定的规则体系。

(一) 善意认定的实体标准

1. “非为明知”的认定

(1) 信息类型的影响

“非为明知”是对表象与真实情况不一致未有明确的认知。因善意的认定往往从其反面进行,故具体的实体认定也从何谓“明知”展开。“明知”的认定首先受第三人能获得的信息类型的影响,信息类型的不同将影响第三人对可信赖事实之表象与真实情况是否一致的判断。第三人能获得的第一种类型的信息是可信赖事实本身所展现的信息,这部分信息区分为两种亚类型:(1)可信赖事实中直接表明表象与真实情况不一致的信息,如不动产登记簿中的登记主体的信息或授权委托书中的委托人信息明显有误。若存在直接证明第三人知悉表象与真实情况不一致的证据,如第三人已对他人明示自己知悉,自可证明。若直接证明困难,则只能以推定的方式完成,如依一般理性人之标准可发现可信赖事实之表象与真实情况不一致,或者受让人本身就是登记错误的参与者,受让人当然了解登记错误的发生过程,即可推定为明知。^[70](2)可信赖事实中间接表明表象与真实情况不一致的信息,典型的如不动产登记簿上的异议登记、预告登记以及查封登记等提示性登记;上市公司公告中的财务报表已经被会计师事务所出具非标准审计意见等。可信赖事实本身存在这些提示性信息,即可推定第三人知悉表象与真实情况不一致。第一种类型的信息更容易在一般可信赖程度较高的可信赖事实中获得,如不动产登记、商事登记、公司公告等。

对于一般可信赖程度较低的可信赖事实,更容易获取的是第二种类型的信息,即可信赖事实之外的信息。此亦可区分两种亚类型:(1)可信赖事实之外直接证明表象与真实情况不一致的信息。这些具有直接证明效力的外在信息必须具有极强的说服力,可作为第三人认知的基础,如真实权利人以生效判决进行的通知、^[71]企业撤销代表人的通知、^[72]企业更正公告信息的通知^[73]等。(2)可信赖事实之外间接证明表象与真实情况不一致的信息。这些信息既可能是第三人直接知悉的,也可能是第三人间接知悉的,如通过非利害关系人提供的证据知悉不动产登记簿中的权利主体错误、通过媒体的报道知悉上市公司公告有瑕疵等。^[74]相较于可信赖事实本身的提示性信息,可信赖事实之外间接证明表象与真实情况不一致的信息说服力有限,第三人需要去核实调查才能判断信息的可信度。此时,第三人

[70] 参见前引〔13〕,王利明文,第7页。

[71] 参见吉林省吉林市中级人民法院(2019)吉02行终6号行政裁定书;吉林省延吉市中级人民法院(2017)吉2401行初99号行政判决书。

[72] 参见上海市第二中级人民法院(2014)沪二中民四(商)终字第1222号民事判决书;广东省中山市中级人民法院(2017)粤20民终4862号民事判决书;山西省高级人民法院(2017)晋民再72号民事判决书。

[73] 参见山东省高级人民法院(2004)鲁民二终字第287号民事判决书。

[74] 参见广东省高级人民法院(2010)粤高法民二终字第48号民事判决书。

是否具有核实调查义务及其义务程度，就成为考量的核心。这本质上关涉的是注意义务的程度及其违反问题，将之纳入“因过失而不知”中进行认定，更为合理。

(2) 信息状况的影响

“明知”的认定还受特定可信赖性的影响，如第三人了解的关于可信赖事实的额外信息、可信赖事实针对的交易对象等，均可在个案中影响对“明知”的判断。其判断基准是可信赖事实的外在状况（即影响特定可信赖性的因素）是否已经对上述信息类型产生影响。

例如，第三人可能获得了可信赖事实之外直接证明表象与真实情况不一致的信息，因而“明知”的标准降低。如第三人就是登记机关工作人员，知悉甲乙夫妻共有房屋仅登记于甲名下，在甲未出示乙授权时，仍与甲进行交易，应认定为“明知”。又如，可信赖事实针对的交易对象是金钱或无记名证券时，由于交易效率和安全的要求，必须强调其流通性，^[75]提高对其之占有的可信赖程度。^[76]在此情形下，第三人获取可信赖事实中直接或间接表明表象与真实情况不一致的信息的难度增加，“明知”的标准应提高。对于其他的特定可信赖性影响因素遵循相同的分析路径。

2. “非因过失而不知”的认定

同样，“非因过失而不知”的认定也是从其反面即何谓“因过失而不知”展开，其核心是过失及其与“不知”之间关系的认定。传统上，过失区分为重过失和轻过失，^[77]但两者区分标准模糊。前者采取普通人标准，^[78]后者采取一般理性人标准。^[79]但此两种标准实际上缺乏可操作性，理性人与普通之人的标准争议颇多。^[80]

究其本质，重大过失是作为普通之人已意识到某种风险，但并未引起其必要的注意，强调的是行为人应具备某种认知，但却未对该种认知加以注意而仍然行为。因此，重大过失是一种有认知的过失，即认知到了某事实发生或存在的风险。^[81]轻过失则并未有对于风险的明确认知，需要去调查核验才可能认知风险并放弃行为。具体到“因过失而不知”的认定，因重大过失而不知，是第三人对表象与真实情况不一致的风险已有明确认知，即有高度怀疑时仍然行为；因轻过失而不知，是第三人对表象与真实情况不一致的风险只有模糊认知，即有轻度怀疑时却未尽到核实调查义务。至于如何判断第三人对于表象与真实情况不一致风险的认知状态，一般可信赖程度仅能提供一般性指引，即一般可信赖程度越高，第三人对表象与真实情况不一致风险的认知可能性越低，但具体的判断仍需个案中考量可信赖事实之特定可信赖性的各影响因素，以此指导具体的认定。^[82]基于此，“因过失而不知”的具体认定要素可区分为以下类型：

[75] 参见前引〔13〕，王泽鉴书，第503页。

[76] 参见〔法〕雅克·盖斯旦、吉勒·古博：《法国民法总论》，陈鹏等译，法律出版社2004年版，第778页。

[77] 参见黄风：《罗马私法导论》，中国政法大学出版社2003年版，第342页。

[78] 参见杨立新：《侵权法论》，人民法院出版社2004年版，第187页。

[79] 参见〔意〕彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第78页以下。

[80] 参见叶名怡：《重大过失理论的构建》，《法学研究》2009年第6期，第79页。

[81] 同上文，第89页。

[82] 有学者指出，重大过失的判断需要根据交易场所、有关处分人、标的物、市场信息等有关交易背景信息来考虑。参见前引〔2〕，叶金强文，第84页。比较法上，相同见解参见 Schwab/Prütting, Sachenrecht, 29 Aufl. 2000, S. 181。

(1) 可信赖事实所处的交易场域

交易场域包括交易场所, 交易的时机、方式、价格, 以及第三人针对可信赖事实的额外信息等。

第一, 可信赖事实所处的交易场所通常划分为公开市场和非公开市场。公开市场如拍卖等情形, 除了公开性外, 还受资质、特殊交易程序等限制, 因而增强了可信赖事实的可信赖程度, 使得第三人无需付出过多的成本去核实调查, 第三人对于表象与真实情况不一致的风险认知能力就会下降, 由此导致过失的判断标准提高。

第二, 交易时机、方式、价格等, 也会影响可信赖事实的可信赖程度。此时需要借助交易习惯进行判定, 若交易方式不符合交易习惯或价格明显低于市场价格, 都应提高第三人对于表象与真实情况不一致风险的认知能力, 从而要求其尽到更多注意义务去核实调查。在此, 区分一般过失与重大过失的标准, 是对不符合交易习惯或价格不合理所产生的风险的认知状态及由此产生的怀疑程度。不符合交易习惯或价格不合理将使得第三人认知到有表象与真实情况不一致的风险, 其应有较程度的怀疑而进行调查核实, 否则构成因重大过失而不知。此时, 交易习惯应作一般习惯和商事习惯之区分, 因为商人的风险认知能力强于非商人, 应当遵循要求更高的商事习惯。^[83]

第三, 第三人针对可信赖事实获知的额外信息, 也会影响第三人对表象与真实情况不一致风险的认知能力。如在善意取得中, 第三人曾与转让人进行过系列交易或与之非常熟悉, 就更应当知道转让人是否有处分权。^[84]又如股权转让中, 有限责任公司的内部股东应知道股权转让的情形, 因而其若以商事登记簿未变更为由而轻信, 即构成重大过失。

(2) 可信赖事实针对的对象

可信赖事实针对的对象不同, 也会影响其可信赖程度, 从而导致第三人注意义务的变化。当可信赖事实针对的交易对象是金钱或无记名证券时, 基于交易效率的需要, 占有金钱等即有处分权的可信赖程度提高, 使得第三人对于表象与真实情况不一致风险的认知能力下降, 从而应降低第三人的注意义务。当可信赖事实针对的是代表权限时, 一般交易权限与特别交易权限也应作区分。依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》(法释〔1999〕19号)第10条的规定, 限营、特营情形下, 交易权限不能仅依据商事登记簿记载的经营范围, 还需要相应的许可证明。在无许可证明时, 第三人应有对于表象与真实情况不一致风险的认知而须尽到相应注意义务, 否则构成重大过失。

(3) 可信赖事实的存续时间

信息传递中, 人们会根据迄今为止的状态作出判断,^[85] 所以若可信赖事实存续时间很长, 则可能造成“现存的事实状态与真实状态一致”的印象。由此, 一项长期存在的可信赖事实, 其可信赖程度更高, 因为迄今为止的状态提高了外观状态与真实状态同步一致的概率。例如, 德国有限责任公司法第16条第3款规定, 股权登记错误若存在超过一定的期限(3年), 则责任者的可归责性下降, 此时第三人对表象与真实情况不一致风险的认知可

[83] 参见江苏省金湖县人民法院(2013)金商初字第0498号判决书。

[84] 参见前引〔36〕, 王利明文, 第83页。

[85] 参见前引〔16〕, Canaris书, 第50页以下。

能性也相应降低,除非存在新的风险认知因素,否则第三人不构成因重大过失而不知。

(4) 可信赖事实的混合增强

实务中,第三人的认知基础可能并非单一可信赖事实,潜在责任者也往往通过可信赖事实的混合来增强其可信赖程度。^[86]这一方面可能是通过高层级的可信赖事实来增加低层级可信赖事实的可信赖程度,如通过商事登记增强自己书面言词的可信赖程度。此时,由于跨越了层级,应当按高层级可信赖事实调低第三人善意的认定标准。另一方面,可能是通过同一层级的可信赖事实的相互印证来增强其可信赖程度。此时,善意的规范标准不变,但具体认定上,第三人对于表象与真实情况不一致风险的认知能力下降,应当提高过失的认定标准。

(二) 善意认定的程序方式

善意的具体认定需通过一定的程序方式实现对实体标准的判断,不同一般可信赖程度及特定可信赖性影响因素下的善意认定差异亦需通过程序方式的选择予以体现。不同难易程度的程序方式选择展现了善意认定在程序法操作上的精细化,亦衔接了善意认定的实体与程序规则。

从私法各具体制度中善意认定的一般规则来看,无论我国法还是比较法,均采用推定的方式。这一方面是因为从正面证明自己善意是一个“魔鬼证明”(probatio diabolica);^[87]另一方面,实体法中的善意一般是通过其反面来加以规定,这其实已为程序法上善意的证明方式指明了方向,即需要主张非善意者从反面来证明第三人非善意。但此种推定在程序法上以什么方式展开,仍有疑问:首先,善意推定是否导致了证明责任倒置;其次,是否所有层级的善意认定一律采取直接推定。

1. 善意推定的基本原理

对于善意推定是否导致了证明责任倒置,比较法和我国法上素有争论。^[88]从善意推定的具体过程来看,第一,善意推定并非法律的直接规定,法律中并未有善意(或非善意)的证明责任如何分配的规定,这与诸如侵权责任法第6条(民法典第1165条)中的过错推定导致证明责任倒置不同。证明责任倒置需有法律的明确规定,而善意推定是在诉讼程序中形成的规则。第二,善意推定的功能在于减轻程序上的证明难度,此点可参照德国法上关于其民法典第823条第2款中过错证明难度的减轻机制,该机制一般以运用表面证据规则(Anscheinsbeweise)为通说,^[89]并不需要证明责任倒置。第三,表面证据规则的运用实际上弱化了主张善意者提出证据的义务,但对于主张善意者提出表面证据的要求存在不同情形。在一般性推定中,由对方首先提出非善意的证据,己方主张善意本身就被看作是一项

[86] 此与潜在责任者的可归责性亦相关。

[87] 德国商法典第15条第2款要求第三人自己证明其既不明知也不应知此种事实,此被学者认为是不可能的。参见前引[16],Canaris书,第61页。

[88] 采举证责任倒置者有前引[16],Canaris书,第93页以下;Roth, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, Handelsgesetzbuch (Kommentar), 8. Aufl. 2015, § 15 Rn. 57。采取事实推定的有 Röhricht/Graf von Westphalen/Haas (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 2014, Anhang zu § 5 Rn. 34。我国相关争论可参见前引[17],徐涤宇文,第98页以下;前引[17],吴泽勇文,第149页以下。

[89] Vgl. Wagner, Münchener Kommentar zum BGB, § 823, 7. Aufl. 2017, Rn. 87ff.; Hager, Staudingers Kommentar zum BGB, § 823, 2017, Rn. G34.

表面证据；在有条件推定中，己方除主张善意外，还需先提出初步的表面证据，以完成提出证据义务，此后才进入推定，并允许对方提出反证对推定予以反驳。可信赖事实在可信赖程度上存在差异，使得对善意的认定亦随之改变，此种改变不仅导致实体认定标准的变化，而且涉及程序方式上整体证明难易度的调节，即在运用表面证据规则进行善意推定时，对表面证据的强弱要求不同，并由此区分为善意的一般性推定与有条件推定。

2. 善意的一般性推定规则

一般情形下，表面证据的要求低，提出主张的陈述本身也可构成一项证据，此为一般性推定。但此种主张至少应包括善意行为的具体事实和过程。例如，善意取得中，善意取得人通常对从何处受让及在何种情形之下取得某物，应有记忆。如经原告要求，被告拒绝为此项陈述时，其未完成表面证据的举证，不能推定其为善意。^[90]

在善意的一般性推定中，主张善意者提出了善意主张后，反对者可对此进行反驳性举证，即通过举证第三人是明知或因过失而不知而证明其非善意。此时，非善意的证明包括明知的证明与因过失而不知的证明。但需要注意的是，只有明知的证明存在直接证明的可能，如在笔录或庭审中第三人自我供述已明知，或查明第三人交易时随身携带着对不动产登记真伪的查询结果，即可认定为明知。相反，对于因过失而不知，由于过失本身是在客观事实基础上的判断，因而很难说存在直接证明因过失而不知的可能。

(1) “非为明知”的推定

由于“非为明知”乃内心事实，依经验观之，诉讼程序中极难证明，一般推定第三人“非为明知”，但允许反对者通过证明第三人“明知”来进行反驳。可信赖事实中直接或间接表明表象与真实情况不一致的信息，以及可信赖事实之外直接证明表象与真实情况不一致的信息，均可成为判断第三人是否明知的基础，如不动产登记簿上的异议登记、存在生效的判决文书等。此外，影响可信赖事实之特定可信赖性的因素，也会影响第三人获取相关基础事实的难易度，因而上述关于可信赖事实的信息状况的分析，也可作为判断第三人是否明知时的进一步考量要素。

(2) “非因过失而不知”的推定

“非因过失而不知”存在同样的证明困境，因此，也只能推定之，反对者可通过证明因过失而不知进行反驳。其中的核心在于证明过失，但过失已采客观化认定，即通过是否尽到注意义务来判断。需注意的是，因重大过失而不知与因一般过失而不知的认定，并不相同。前者需同时证明存在对表象与真实情况不一致风险的认知和未尽到调查核实等注意义务，后者仅需证明未尽到调查核实等注意义务。由此，“非因过失而不知”的推定与其反驳的核心在于证明是否具有注意义务、是否有对表象与真实情况不一致风险的认知以及是否尽到注意义务。其中，是否有对于表象与真实情况不一致风险的认知，需结合前述“非因过失而不知”的认定要素，除一般可信赖程度的影响外，应着重考察影响特定可信赖性的因素，区分各种情形进行认定。

3. 善意的有条件推定规则

善意的一般性推定虽为原则，但随着可信赖事实的可信赖程度下降，尤其是因存在影

[90] 参见前引〔10〕，史尚宽书，第565页。

响特定可信赖的因素而在同一层级存在可信赖程度的差异时,需进行有条件的推定。典型的如特别交易权限的事项,法律已规定不能由代表人单独实施的行为(如合伙人一致决事项),以及限制经营、特许经营、禁止经营的事项,第三人须先证明存在股东会决议、内部一致同意书或者特许、许可等文件。实务中已有判决认识到此点,要求第三人不能仅信赖对方的承诺、保证以及相关公章签订合同,而是还需对相关的股东会决议、合伙人一致同意书等进行审查。^[91]但此种审查仅为形式审查,因为第三人缺乏实质审查的技术能力,决议或特许、许可的真伪不在审查范围之内,除非是明显的伪造。^[92]一旦第三人举证证明决议或特许、许可存在,善意的认定又进入一般推定模式,即主张非善意者要依据上述一般性推定规则举证证明第三人对表象与真实情况不一致风险已有认知及未尽到合理调查核实等注意义务。^[93]

区分哪些情形是有条件的推定,一方面是依据可信赖事实的一般可信赖程度来认定。言词或简单书面材料等可信赖事实的可信赖程度最低,第三人的信赖基础过于薄弱,其主张自己善意即进入推定并不合理。此时,第三人至少应先行提出这些可信赖事实展现的表象与真实情况具有实质关联等证据,才能进入推定模式。若第三人不能提出相关证据,则只能认定其非为善意。这与让主张非善意者进行反驳相比,更为节省诉讼资源,也避免因内心事实问题的证明而产生不必要的争论。另一方面,同一层级的可信赖事实因影响其特定可信赖性的因素的不同,而存在内部认定的差异。如上述同为商事登记的可信赖事实,若针对一般权限事项,采取一般性推定即可;若针对特别权限事项,则应先证明享有特别权限,从而需进行有条件的推定。其他影响特定可信赖性的因素也会导致推定的有条件化,但并非所有影响特定可信赖性的因素都会导致有条件推定。只有影响特定可信赖性的因素增加了可信赖事实之外的信赖基础时,才会导致有条件的推定。例如,可信赖事实针对特别权限增加了特别权限的信赖基础,可信赖事实混合增强时增加了其他可信赖事实的信赖基础。^[94]其他影响因素如在非公开市场,交易时机、方式、价格等不合理或不符合交易习惯,可信赖事实与第三人较近,可信赖事实存续时间较长等,一般并未增加新的信赖基础,仅使得原可信赖事实的可信赖程度发生变化,可采取一般性推定并通过“非为明知”与“非因过失而不知”的不同认定标准来体现差异。

结 论

私法中存在众多关于信赖保护的善意,通过对其进行体系化研究,可以得出以下结论:

1. 善意是对私法主体认知状态的评价结果,认知的对象是可信赖事实。当私法主体对可信赖事实之表象与真实情况的不一致并不知悉时,这一认知状态在法律上可被评价为善

[91] 参见最高人民法院(2013)民二终字第19号民事判决书;江苏省高级人民法院(2015)苏商终字第00560号民事判决书。

[92] 参见最高人民法院(2012)民提字第156号民事判决书。

[93] 参见广东省高级人民法院(2007)粤高法民二终字第184号民事判决书。

[94] 如果第三人不先举证证明其他可信赖事实的存在,则仍按照单一可信赖事实的标准认定,此时主张非善意者更易进行反驳。因而,欲主张自己是对混合可信赖事实的信赖,以降低自己的注意义务要求的,需先举证证明其他可信赖事实的存在。

意。善意的认定不是事实判断，而是价值判断，其中过失是价值判断中利益平衡的要件。

2. 鉴于善意与可信赖事实的关系，可信赖事实的可信赖程度在实证法和理论上可作为善意认定的“体系轴”。其中，一般可信赖程度使得善意认定区分为以过失为协调因素的类型层级，从而形成善意认定在实体法上的规范标准。

3. 一般可信赖程度加上影响特定可信赖性的因素，将影响善意具体认定中的实体标准判断和程序方式选择。在善意认定的实体标准判断上，“非为明知”以信息类型（一般可信赖程度影响信息获取难易程度）和信息状况（特定可信赖性影响因素导致信息状况不同）作为判断要素；“非因过失而不知”以特定可信赖性各影响因素为判断要素。在程序方式的具体展开上，因一般可信赖程度的不同使得针对不同可信赖事实之善意的推定方式不同，特定可信赖性影响因素的不同使得针对同一层级不同可信赖事实之善意的推定方式也不同，从而形成对表面证据强弱要求不同的一般性推定和有条件推定。

由此形成的善意认定的规则体系，首先形成了善意认定的一般类型层级供裁判者进行“定位”，以明确善意认定的规范标准，再根据善意认定的实体标准判断要素和程序展开方式进行具体的认定。其次，善意认定的规则体系起到了衔接实体法与程序法的作用，为善意的认定提供了更为明确的指引，增强了善意认定的可操作性。最后，善意认定的规则体系体现了体系化思维，有助于在理论上厘清私法之内在体系。体系化思维也有助于具体规范解释适用时的说理论证，为司法裁判提供支撑。

Abstract: Good faith in reliance protection is widespread and diverse in private law. Essentially, good faith is a result of the evaluation of the cognitive state of private law subjects, which manifests itself as not knowing the inconsistency between presentation and the real situation of reliable facts. Based on the history of good faith and the characteristics of its identification process, the identification of not knowing should belong to legal value judgment, in which the measurement of benefits can be balanced through the element of negligence. In view of the common characteristics of the identification of good faith, it is necessary to construct systematic rules on how to identify good faith on the basis of the reliability of reliable facts. The degree of general reliability is the basis of the hierarchical distinction among general types of identification of good faith, and the normative standards thus formed take negligence as the element of hierarchical coordination. The degree of general reliability worthiness, coupled with the influencing factors of special reliability worthiness, determine substantive considerations and the choice of procedural methods in the specific identification of good faith. In this way, the elements of substantive judgment of “not knowing” and “not knowing due to factors other than negligence”, as well as the procedural methods of general presumption and conditional presumption can be formed, and the systematic rules on good faith identification guided by systematic logic can be ultimately established.

Key Words: identification of good faith, reliable facts, general reliability worthiness, special reliability worthiness
