

青海民族学院学术丛书之五十六

物权法

热点问题研究

陈晓筠等 著

青海人民出版社

青海民族学院院长基金资助项目

物权法热点问题研究

陈晓筠等 著

青海人民出版社

2008·西宁

图书在版编目 (C I P) 数据

物权法热点问题研究/陈晓筠等著. —西宁:青海人民出版社,2008.7

ISBN 978 - 7 - 225 - 03207 - 8

I. 物… II. 陈… III. 物权法 - 研究 - 中国 IV. D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 099403 号

物权法热点问题研究

陈晓筠等 著

出 版 青海人民出版社(西宁市同仁路10号)
发 行 : 邮政编码810001 电话6143426(总编室)
发行部:(0971)6143516 6123221
发 行:青海雅丰彩色印刷有限责任公司
经 销:新华书店
开 本:787mm × 1092mm 1/16
印 张:20
字 数:380 千
版 次:2008 年7 月第1 版
印 次:2008 年7 月第1 次印制
印 数:1 - 1 500 册
书 号:ISBN 978 - 7 - 225 - 03207 - 8
定 价:42.00 元

版权所有 翻印必究

(书中如有缺页、错页及倒装请与工厂联系)

前 言

《中华人民共和国物权法》自 1993 年启动制定工作以来,历经立法机关八次审议,创下了中国人大立法史上耗时最长、单部法律审议次数最多的历史纪录,最终在 2007 年 3 月 16 日的全国人大五次会议上高票通过。物权法的制定是我国法治建设进程中具有里程碑意义的一件大事,它的实施对于巩固我国改革开放的成果、推进社会主义市场经济的发展、切实保障私人财产权利、促进行政机关依法行政意义重大。

纵观物权法全文,无论是立法精神还是具体制度,均体现以人为本,切实保护广大人民群众的利益。对于涉及人民群众生存和发展的基本制度,如征收补偿、小区规划内车库及绿地的归属、农村宅基地及房屋的流转、城市居住用地使用权期限、房屋买卖中的预告登记等,均予以了特别关注。由于上述制度除关乎人民群众的切身利益,尚涉及国家、集体的利益,故这些问题始终是物权法起草中的焦点问题,且由此产生的争论并没有因物权法的通过而有圆满结论。

本书围绕物权法立法过程中的重大争论问题展开。基本思路是以各项制度的历史发展为脉络,通过比较研究,在立足本土、结合实务的基础上,较为全面而深入地剖析了与我们生活密切相关的物权法律制度。全书分为十二章:不动产登记、物权请求权、不动产征收征用、建筑物区分所有权、善意取得、土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、典权、居住权、抵押权、占有;各章包括发展简史、立法比较、争议焦点和典型案例四部分。本书力求让读者全面了解相关制度的中外历史发展,各国的主要立法概况,物权立法中争论问题及其主要代表观点。

本书根据各部分内容的需要选择相应的写作方法,主要运用了历史分析、对比论证和实证分析方法。发展简史部分采用历史分析的方法,重点介绍了各种制度在我国的发展演变,力求反映时代特征和立法者的意图。对比论证法运用于立法比较和争议焦点部分,在对国内外现行制度进行比较研究的基础上,从中发现争议点,并寻找适合本土的制度。第四部分运用实证分析法,目的是通过现实生活中的案例指出物权法存在的问题,进一步论证本书的观点,并提出相关的立法建议。

本书具有以下特点:

1. 信息量大。发展简史部分全面介绍了该制度在古今中外的历史概况,尤其对我国物权法立法过程中一至七审的变化及其原因进行梳理。这部分内容可为读者提供翔实的立法资料参考。争议焦点介绍了物权法立法过程中相关争论问题的主要代表观点及其理由,能使读者全面了解近年来物权法的主要发展动态。

2. 专业性强。本书突出理论性和研究性,在内容上力求最大限度地反映近年来我国物权法

研究的新进展和最新成果。在此基础上,针对各种学说和立法的缺陷,展开深入的理论分析,并提出了新的观点。

3. 结合实务。该书各章的案例大多是作者从现实生活中调查、精选出的真实案例。案例的选用和分析主要针对争论问题和立法缺陷展开,基本展现物权法实施前后对现实生活的影响。读者在研究理论的同时,可参看现实案例,以便学以致用,融会贯通。

基于上述特点,我们将本书定位为教学、科研参考用书。

民法理论博大精深,皓首难穷一经。物权法本身疑难,加之自身的理论与实践积累有限,又受时间所限,书中错误缺漏难免,敬请读者批评!

陈晓筠

2008年1月10日

目 录

前 言

第一章 不动产物权登记 (1)

- 一、发展简史
- 二、立法比较
- 三、争议问题
- 四、典型案例

第二章 物权请求权 (27)

- 一、发展简史
- 二、立法比较
- 三、争议问题
- 四、典型案例

第三章 不动产征收、征用 (47)

- 一、发展简史
- 二、立法比较
- 三、争议问题
- 四、典型案例

第四章 建筑物区分所有权 (77)

- 一、发展简史
- 二、立法比较
- 三、争议问题
- 四、典型案例

第五章 善意取得制度 (103)

- 一、发展简史
- 二、立法比较
- 三、争议问题
- 四、典型案例

第六章 土地承包经营权 (129)

- 一、发展简史
- 二、立法比较

三、争议问题	
四、典型案例	
第七章 建设用地使用权	(153)
一、发展简史	
二、立法比较	
三、争议问题	
四、典型案例	
第八章 宅基地使用权	(183)
一、发展简史	
二、立法比较	
三、争议问题	
四、典型案例	
第九章 典 权	(211)
一、发展简史	
二、立法比较	
三、争议问题	
四、典型案例	
第十章 居 住 权	(236)
一、发展简史	
二、立法比较	
三、争议问题	
四、典型案例	
第十一章 抵 押 权	(261)
一、发展简史	
二、立法比较	
三、争议问题	
四、典型案例	
第十二章 占有与占有制度	(288)
一、发展简史	
二、立法比较	
三、争议问题	
四、典型案例	
后 记	(310)

第一章 不动产物权登记

不动产是人类生存的基础与前提,大多具有不可再生性和唯一性,因此其无论是对国家、公民都有重大意义,所以有关不动产立法历来是各国民法的重点。而不动产物权登记作为不动产物权变动的公示形式,也就理所当然成为各国物权立法的重要内容。虽然《物权法》会使我国不动产物权登记制度在现有立法的基础上更加完善,但仍存在许多不足之处,我国也亟待建立统一的不动产物权登记法。本章从对不动产物权登记制度立法简史入手,在对国内外相关立法进行比较的基础上,分析我国不动产物权登记制度存在的问题,并结合实务探讨了登记纠纷的解决。

一、发展简史

(一) 国外不动产物权登记制度的历史演进

不动产登记制度并非起源于罗马法,而是起源于日尔曼法。罗马法最初对所有权的移转注重形式,要求采用曼兮帕蓄和拟诉弃权,以后又逐渐采取了占有移转或交付的方式^①。后来,日尔曼法进一步的发展了交付制度,要求当事人在让与土地所有权时,在证人面前不仅要缔结让与契约,而且也必须作出物的移转行为的表象行为,如交付象征土地之土块或草茎,让与合意与交付行为构成土地所有权让与的条件。其后,又以文书代替象征物之交付,只要将记载当事人让与合意的文书交付于买受人,交付行为即告完成^②。

现代的登记制度,也正是在这种文书交付的基础上发展起来的。18世纪的罗马法开始在德国传播和继受,罗马法中的交付再度成为所有权转让的重要手段,不动产交易方式因此也呈现出多样的状态。由于罗马法的交付方式不能充分保护交易安全,故德国固有法上的交易惯例仍构成不动产交易的主流。与此同时,由于农业金融的要求,不动产抵押成为那个时代不动产交易的典型。由于抵押权以抽象支配标的物为特质,其存在并不伴随外在的征象,所以迫切要求在法律上为之创设一种公示的方法,于是日尔曼古法上的交易惯例逐渐演变为权利登记。一般认为,普鲁士1722年的《抵押与破产法》、1783年的《一般抵押法》,系德国法系登记制度之开始。而法国1795年抵押权法关于登记的规定,则为法国法系登记制度的先驱^③。

随着经济的发展,不仅抵押权,连所有权在内,也频繁的成为交易的对象,而且作为资本的不动产交易,已从原来的直接利用逐渐转向价值化、抽象化、观念化,不动产的流通大都凭借权

① 参见孙鹏著:《物权公示论——以物权变动为中心》,中国政法出版社2002年版,第142页。

② 参见史尚宽著:《物权法论》,荣泰印书馆1979年版,第22页。

③ 参见陈华彬著:《物权法原理》,北京国家行政学院出版社1998年版,第161页。

利形态的流通,表现为权利主体的变更和物上权利的设定、变更,而非不动产在主体间的物态流通,由此必然产生复杂层级的权利体系,在这种背景下,登记制度遂水到渠成的成为近代不动产物权的共同公示方法^①。

(二)我国不动产物权的登记制度的历史演进

我国从周朝开始形成了土地管理制度。唐代以后,又有立契、申牒和过割制度。宋代以后,国土的登记有了鱼鳞册制度。然而鱼鳞册的设立,主要的目的是为了征收赋税,其次才是提供质证以杜绝争端。所以,我国古代并未形成以公示为目的的登记制度。

近现代意义上的登记在我国始于民国时期,1929~1931年国民党时期的民法典,就已经建立了现代意义上的较为完善的物权变动的公示公信制度。1922年,北京当局颁布《房地产登记条例》,建立了不动产登记制度。1930年国民党政府颁布《土地法》,规定要对土地及地上的定着物——房屋进行登记。1946年国民党政府又颁布了《土地登记规则》,从而明确了土地登记的程序。

新中国成立后,根据1947年颁布的《土地法大纲》及1950年颁布的《土地改革法》,进行了土地改革,并在土改中对农村土地进行了清丈、划界工作,由人民政府向农民发放了土地证和房产证。在城市,也逐步展开了土地登记工作。在20世纪50年代初期,登记主要适用于土地,随后城市房屋也逐渐实行登记制度,并由人民政府颁发城市房屋所有权证。但是自50年代后期开始,房地产登记工作逐渐放松,在“十年动乱”期间,房地产管理更是遭遇全面破坏,登记制度基本被废除。

改革开放以后,1987年国有土地使用权有偿转让制度的改革,拉开了我国不动产事业恢复和再度发展的序幕。我国不断健全了产籍管理机构,有关登记的法律法规也渐次颁行。

在物权法颁布以前,我国有关不动产登记的法律规定零散而不成体系,且各种规定之间存在着不合理、不协调甚至互相冲突的现象,在具体适用中造成了很大混乱。现行的不动产登记制度主要规定在《物权法》、《土地管理法》、《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》、《城市房地产管理法》、《城镇房屋所有权登记暂行办法》、《城市私有房屋管理法》、《土地登记条例》等法律法规和最高人民法院的相关司法解释中。纵观这些规定,主要有以下的特点:一是不动产登记制度采用实质审查主义,即登记机关不仅审查登记所需要的申请手续、文件是否齐全,而且审查合同的真实性;二是法律明确规定采用强制登记制度,不动产物权变动必须或应当进行登记;三是土地使用权和房屋所有权的取得和变更均由土地管理部门颁布、更换或更改有关的证书^②。

(三)《物权法》七审历程中不动产物权登记制度的变化

^① 参见谢在全著:《民法物权论》(上),中国政法大学出版社1999年版,第57页。

^② 陈晓筠:“论不动产物权登记”,载《昆仑法论丛》第3卷,2004年版,第29页。

在物权法制定过程中,关于不动产登记的规定基本都是存在于第一编总则中的第二章物权的设立、变更、转让和消灭的第一节,一般用13~19个条文表述,《物权法》从第9条至第22条对此部分进行了规定。各个审议稿的内容也都基本围绕以下几点进行:如不动产权属登记生效、登记管辖及不动产统一登记制度、登记申请材料、登记机构职责、登记机构禁止从事的行为、不动产权属生效的时间、合同效力与物权效力区分、不动产登记簿的作用、不动产权属证书及其与不动产登记簿的关系、查询复制登记资料的权利、更正登记与预告登记、登记错误的责任和登记费用等。

总结起来,从一审到七审,物权法关于不动产登记的规定变化主要有以下几点:

1. 登记效力的规定

一审稿中第9条规定:“依照法律规定,土地、矿藏等自然资源属于国家所有,可以不经登记,自法律施行之日起享有物权。除法律另有规定外,国家、集体、私人的不动产权属的设立、变更、转让和消灭,应当登记;不经登记,不生物权效力。”可见,此次立法所采纳的是完全的登记生效主义。二审稿中第10条规定:“不动产权属的设立、变更、转让和消灭,应当登记;不经登记,不生物权效力,但法律另有规定的除外。属于国家所有的土地、矿藏等自然资源,可以不经登记。”可见,此时采纳了登记生效主义为主、登记对抗主义为辅的立法原则。以后的三审至颁布的《物权法》也都采纳了与三审稿相同的观点。从以上修改可以看出,对于登记效力的规定主要问题集中在登记生效主义和登记对抗主义两种观点的取舍上。从《物权法》七审过程中对于两种立法模式的取舍可以看出我国的学者已经认识到登记的效力问题关系到登记制度的体系化、系统化。《物权法》最终明确了我国以登记要件主义为主、兼采登记对抗主义的模式,虽是折衷之举,但也是在全面考虑我国基本国情基础上作出的合理选择。

2. 登记机关的确定

一审稿中的第11条规定:“不动产登记,依照法律规定由不动产所在地的县级登记机构办理”;二审稿中第10条规定“不动产登记,由不动产所在地的登记机构办理。”《物权法》第10条规定:“不动产登记,由不动产所在地的登记机构办理。国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法,由法律、行政法规规定。”这与三审至七审的规定相同。由此我们可以看出,国家对登记机关的选择从“不动产所在地县级机构”变为了“不动产所在地机构”。虽然仅“县级”两字之差,但是意义却大相径庭。我国《物权法》并未对此进行明确的规定,但从目前立法情况看,我国的登记仍由行政机关办理。

3. 预告登记与更正登记

关于预告登记,《物权法》一审至七审都予以了规定,即明确的赋予了债权人的预告登记请求权,同时也明确的规定了预告登记的法律后果、失效的原因。如一审稿第19条的规定:“债权人为了限制债务人处分不动产,保障其将来取得物权,有权向登记机构申请预告登记。预告登

记后,债务人违背预告登记对该不动产作出的处分,不生物权效力。”第20条:“预告登记后,债权人自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的,或者该债权消灭的,该预告登记失效。”但是,预告登记中,中间处分行为的效力问题各个审议稿规定不同,二审稿第22条规定:“债权人为了限制债务人处分期房等不动产,保障其将来取得物权,符合预告登记条件的,有权向登记机构申请预告登记。预告登记后,债务人违背预告登记对该不动产作出的处分,不生物权效力。”三审稿第19条:“当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议,为保障将来实现物权,按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后,未经预告登记的权利人同意,处分该不动产的,不生物权效力。预告登记后,债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的,预告登记失效。”《物权法》第20条规定:“当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议,为保障将来实现物权,按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后,未经预告登记的权利人同意,处分该不动产的,不生物权效力。预告登记后,债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的,预告登记失效。”可见对于中间处分行为,我国的《物权法》采纳了“需经预告登记的权利人同意”这一要件。其实对于中间处分行为,由于预告登记权利人进行预告登记在先,其对标的物在预告期中有了物权性质的支配权,所以赋予其通过自己的意思对标的物进行处分的权利,体现了私法自治的原则。但是,我国的《物权法》并未对预告登记的范围进行规定。

关于更正登记,《物权法》一审至七审中基本上肯定了权利人及利害关系人的更正登记请求权,如一审第16条:“权利人及利害关系人认为不动产登记簿记载错误的,有权申请异议登记。登记机构应当将该异议记载于不动产登记簿。自异议登记之日起三个月内,申请人未向登记机构申请更正登记的,该异议登记失效。”第17条:“异议登记后,记载于不动产登记簿的权利人在异议登记期间不得处分该不动产。异议登记不当,造成权利人损害的,权利人可以向异议登记的申请人请求损害赔偿。”第18条:“权利人和利害关系人认为不动产登记簿记载错误的,有权申请更正登记。登记确有错误的,应当予以更正。”二审稿20条:“权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载错误的,有权向人民法院请求作出异议登记的裁定。根据人民法院异议登记的裁定,登记机构应当将该异议记载于不动产登记簿。”第21条:“权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载错误的,有权申请更正登记。有证据证明登记确有错误的,登记机关应当予以更正。登记更正后,原权利人在异议登记期间对该不动产作出的处分,登记更正后的权利人未追认的,不生物权效力。”《物权法》第19条:“债权人为了限制债务人处分不动产,保障其将来取得物权,有权向登记机构申请预告登记。预告登记后,债务人违背预告登记对该不动产作出的处分,不生物权效力。”但是对于更正登记申请的条件,各审议稿的规定有所不同,如一审中认为,“权利人及利害关系人认为不动产登记簿上的登记确有错误”即可,而在三审稿中第18条:“权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的,可以申请更正登记。不动

产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的,登记机构应当予以更正;不动产登记簿记载的权利人不同意更正的,利害关系人可以申请异议登记。申请人在异议登记之日起十五日内不起诉的,异议登记失效。异议登记不当,造成权利人损害的,权利人可以向申请人请求损害赔偿。”《物权法》第19条规定:“权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的,可以申请更正登记。不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的,登记机构应当予以更正。不动产登记簿记载的权利人不同意更正的,利害关系人可以申请异议登记。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。异议登记不当,造成权利人损害的,权利人可以向申请人请求损害赔偿。”可见,这里不仅要求“有证据证明登记确有错误”,还增加了一个条件,即“不动产登记簿记载的权利人书面同意”。可见,法律对于更正登记的条件有所改变。一方面立法严格规定了更正登记的申请必须有证据证明登记簿记载有误,不能仅靠当事人的申请就可以;另一方面,又赋予了权利人自行处分的权利,充分尊重了其意思自治。可谓是宽严相济,是立法的一大进步。

二、立法比较

(一) 不动产登记的立法体例

当今世界各国的不动产登记制度,基本上源于三种基本的登记制度,即“权利登记制度”(又称德国登记制度);“契据登记制度”(又称法国登记制度);“托伦斯登记制度”(又称澳大利亚登记制度)。由于我国本土登记制度有其特殊性,所以在立法上不得不对三种立法主义择优而采纳。下面对这三种立法加以简单的介绍。

(1) 权利登记制度,又称德国登记制。除德国外,瑞士、奥地利、匈牙利等国也采取此制度。其主要特点为:①登记是土地物权变动效力的必要条件,土地物权要想发生变动的效力,除当事人的合意之外,还必须履行登记手续;②登记采纳实质审查主义,即机关对于登记的申请,除需要审查登记所要求的书面文件是否在形式上完备外,对于不动产物权变动的原因与事实是否符合、有无瑕疵,也要详细审查,经确定后才能予以登记;③登记具有公信力,即登记簿上已经记载的不动产物权,即使在实体法上出现因登记原因的不成立或者有无效、可撤销的事实,也可以具有对抗第三人的效力;④登记簿的编成采物之编成主义,德国法的登记制度以不动产为中心构成内容,依地段、地号先后顺序编成;⑤登记物权静的状态,即在登记簿中不记人物权的变动事实,而是记载物权的现在状态。

(2) 契约登记制度,又称法国登记制。除法国外,意大利、日本、比利时等国也采用此制度。其主要特点为:①登记是物权变动对抗第三人的要件,即物权的变动,仅有当事人的合意即发生效力,登记只不过作为已发生的物权变动的权利人对抗第三人的要件;②登记机关对于登记的申请只进行形式上的审查,而对于契约上所记载的权利在实质上是否真实、有无瑕疵等,不予过问;③登记无公信力,登记的事项,如果在实体法上出现了无效或可撤销的原因时,可以此原因

推翻登记;④登记簿的编制采人的编成主义,即不以不动产为标准,而是以权利人的更换为标准;⑤登记物的动的状态,即不仅登记物权的现在状态,而且也要登记物权的变动,并将物权变动作为登记的重点;⑥登记与否不予强制,土地权利登记与否,全部由当事人斟酌决定,法律并没有强制性规定。

(3)托伦斯登记制度,此制度为澳大利亚托伦斯爵士于1858年在南澳大利亚州所创。除澳大利亚外,还有英国、爱尔兰、加拿大等国和我国的香港地区采用此制度。与德国登记制度相比,这种制度除具有登记为生效要件、采用实质审查登记及登记具有公信力等共同点外,还具有以下特点:①采任意登记制,即不强制一切土地必须申请所有权及他项权利登记,登记与否由当事人自己选择,而在权利登记制中,一切土地权利必须登记,其变动也一样要登记;②对不动产进行所有权第一次登记时,登记机关除应将登记事宜记入登记簿外,并应发给土地所有权人产权证书,以作为享有不动产权利的确定凭证,而权利登记制中,登记就是就当事人的契约加以加注验证,并不另发书状;③设置赔偿金制度,由于登记具有公信力,故登记因错误、虚伪或遗漏而导致真正的权利人受到损害时,在托伦斯登记制中,由登记机关负损害赔偿赔偿责任,登记机关因此往往设有赔偿金,而在权利登记制,由国家负赔偿责任。

我国台湾地区兼采托伦斯及权利登记制,也有学者认为大陆的立法也是如此。一方面,登记是不动产权属变动的生效要件;另一方面,我国实行不动产登记发证制度^①。但也有学者认为,我国目前立法受转型社会的影响,其行政管理倾向较为明显,保障交易安全功能不足,主要是德国登记规则,如登记生效主义、物的编成主义、登记的公信力等,其制度基础是国家干预主义,但并未建立地券、赔偿储金等制度,故不具有以自由主义为基础的托伦斯登记制度的特色^②。另外,香港地区采契约登记主义,此与内地登记制度不同。物权制度具有很强的民族性、固有性,物权登记制度亦不例外。我国正处于转型时期,物权法负有整理旧物权,确定、稳定物权关系的使命,登记制度是完成这一使命的重要工具。我国长期以来房地产登记为部门利益所左右,造成房产、地产的不统一,登记机关的不统一,登记程序的不统一,登记效力的不统一,登记权属证书的不统一^③。还有学者指出,我国未来不动产登记制度在完善时,不必完全照搬某种模式,而应从我国国情出发,分别从三种制度中借鉴和吸收有益成分,最终形成具有我国特色的不动产登记制度^④。

(二)各立法体例比较及我国的选择

我国未来的不动产登记法,究竟应采用哪种立法模式,是关系到我国物权法实施的重要问题。在登记模式的选择上,我们认为,我国不应完全照搬某一种立法体例,而是应该在详细分析

① 参见梁慧星主编:《中国物权法研究》(上),法律出版社1998年版,第204~205页。

②③ 王洪亮:“不动产物权登记立法研究”,载《法律科学》,2000年第2期。

④ 黄辉:“中国不动产登记制度的立法思考”,载《北京科技大学学报(社科版)》,2001年第3期。

各国立法模式的立法背景、内涵、相关法律配套措施等基础上,选择与我国国情相适应的若干部分,优化组合,形成我国自己的登记模式。为达到吸收借鉴的目的,下面我国对法国的登记对抗主义和德国的登记要件主义这两种截然对立的制度进行简略分析。

1. 差别分析

通过将法国法模式和德国法模式相比较,我们可以看出它们在不动产权理论上如下差别:(1)依双方法律行为创设、移转、变更、废止物权时,法国法与日本法认为该行为仍然是契约或者合同,不认为该种契约与一般债权法的契约有本质的不同。而德国法和我国旧民法把该种行为规定为两种契约:一种是目的在于建立、变更或解除债的法律关系的契约,就是债法上的合同;另一种是以物权的创设、移转、变更、废止为目的而成立的契约,这种契约是物权契约。在德国民法中,这两种契约有着本质的不同。为强调其不同,《德国民法典》将物权契约命名为“合意”,以示其与债权法上的契约或者合同的区别。在物权变动的法律行为中,债法上的合同为原因行为,而物权契约为结果行为。(2)依法国法与日本法的规定,物权变动的双方法律行为以双方当事人意思表示一致为生效的唯一要求,这一点与一般的债权法上的合同并无区别。但依德国法与我国旧民法的规定,当事人的物权合意的生效除要求双方当事人对物权各项变动意思表示一致之外,还要求必须将其合意进行不动产权登记,不登记者无效。(3)对双方法律行为引起的物权变动,法国法与日本法认为它是债的合同的当然结果,因此债的合同的无效必然会导致物权变动行为的无效;而德国法与我国旧民法认为它与债的合同无关,作为原因行为的债的合同的无效不能导致物权变动的当然无效,因为物权变动被认为是物权合意的结果,它是当事人之间的另一个有效的协议,即物权契约^①。

2. 优劣分析

赞成登记对抗主义的学者认为:物权法作为私法,物权交易完成与否完全取决于当事人的意思,充分体现了私法自治原则。以当事人合意为生效要件,不需附加任何形式,就使得物权交易变得更加方便和快捷^②。而反对者则认为,登记对抗主义与物权的对世权特征不符,仅因当事人的合意即取得物权变动后果,使物权失去了对世效力。同时,因合意无法产生使公众知晓的外部表象,不利于物权法律关系的明晰,不利于稳定经济秩序和保障交易安全。赞成登记要件主义者认为:它克服了登记对抗主义不利于稳定经济秩序及保护交易安全的弊端,但也产生了许多弊端:如实质审查容易导致公权力过分干预私权利,有悖于私法自治,且因其审查范围和力度加大,易使交易费用和成本增加,有悖于经济效益原则等。

从以上分析可见,对于登记对抗主义与登记要件主义的优劣之分主要集中在一个问题上,即

^① “关于德国法中物权变动的根据及其效力的问题”,参见马育民译《法国民法典》第2127条,北京大学出版社1982年版,第393页。

^② 陈晓筠:“论不动产权登记”,载《昆仑法学论丛》第3卷,2004年版,第29页。

私法自治、交易便捷与交易安全在物权变动中哪个更重要。可以说,在物权变动中,交易便捷与安全同等重要,我们既不能为求意思自治和交易便捷而以牺牲稳定的经济秩序和交易安全为代价,同时也不能过分强调交易安全而限制意思自治,妨碍便捷交易。这就涉及到立法者在采用登记立法模式时,政策判断和价值侧重的问题。但无论是将交易安全放在首位采登记要件主义,还是将交易便捷放在首位采登记对抗主义,都应从本国实情出发,采取相应的法律配套措施。

3. 法律背景分析

法国法与德国法在不动产物权登记上的差别,源自于这两个国家不同的法律发展渊源。法国法在历史上以及制定民法典时,较多的受到了罗马法尤其是《法学阶梯》学说的影响^①,而罗马法的这一流派对动产和不动产的法律规定并无严格划分,而法律行为的成立有效只源于当事人的意思表示,从而排斥意思表示之外的其他形式条件的作用。比如罗马法中关于“要式约定”的规定,也只是口头宣誓的要求^②,而不是对法律行为在书面形式的要求,更不是进行国家公证或者登记的要求。近现代德国民法却是在中世纪德国法学家所编撰的“实用法规汇编”以及由此发展而来的“德国普通法学”的基础上发展而来的^③,这一学派充分表现了德国法学擅长高度分析的特点。德国法学家发现了在不动产物权依双方法律行为变更时,当事人的意思表示一致与标的物的转移不能同一、标的物的转移和物上权利的转移是两个事实而并非同一事实这一财产法的基本原理,后来萨维尼在此基础上提出了著名的“物权行为理论”。按照物权行为理论,物权契约必须有其外在表现形式。德国民法和我国旧民法认为,不动产的物权契约,其外在形式就是登记^④。所以他们接受了登记要件主义的立法思想,他们的物权法在规定物权种类变动法律条件时,树立了实质登记主义的原则。不动产物权之创设、移转、变更、和废止均依登记为法律行为生效的时间标志,而不以双方当事人的意思表示一致为法律行为生效的时间标志,其最根本的原因,就是因为不动产物权登记实质是物权契约的表现形式。故以不动产登记作为物权移转有效的根据,并不是由于国家对社会的控制权的扩大,而是由于物权行为理论的作用^⑤。

同时,从思想因素上讲,法国法一向强调对个人意志的尊重。而德国法之所以采以登记要件主义,主要是由于其民法制定之际,因经济恐慌而产生物权信用没落,在立法上有提升经济信用及确保交易安全的必要^⑥。

① 参见[德]K·茨威格特与H·克茨著:《比较法总论》第六章“法国法的历史”与第七章“法国民法典的精神与特征”,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第144~179页。

② 参见[罗马]查士丁尼著:《法学总论——法学阶梯》第三卷第18、19篇,张企泰译,商务印书馆1989年版,第165~171页。

③ “关于实用法规汇编和德国普通法学”,参见孙宪忠“不动产物权取得研究”,见梁慧星主编《民商法论丛》(第3卷),法律出版社1995年10月版,第56~57页。

④ 参见王泽鉴著:《民法学说与判例研究》(第五册),台湾1991年10月6月版,第138页。

⑤ 孙宪忠著:“论不动产物权登记”,载《中国法学》,1990年第5期。

⑥ 参见谢在全著:《民法物权论》(上册),中国政法大学出版社1992年版,第59页。

通过如上分析,我们认为,我国在建立不动产权属登记制度中,在登记模式上应采以登记要件主义为主、登记对抗主义为辅的模式,根据不动产权属变动的不同原因,赋予其不同效力。因为,我国目前经济尚处于发展时期,信用缺失的问题比较严重,必须以登记来约束人们的行为。同时,要改变现行法律未区分不同原因导致的物权变动,一律规定物权变动必须登记造成法律规定之间矛盾的现象。对于法律行为引发的物权变动实行登记要件主义;对非因法律行为设立、变更、消灭不动产权属的,不以登记为要件,但为保护第三人利益,可对登记前权利人处分财产进行必要限制^①。

三、争议问题

(一) 变更登记问题

1. 《物权法》第19条第1款之文意分析

依据条文,申请变更登记的主体为权利人和利害关系人;申请变更登记前置条件在于:申请主体“认为”登记簿记载事项有误;登记机关予以履行变更登记义务为:登记簿记载权利人出具书证“或”有证据证明确有登记错误;如满足上述条件,所产生的法律后果为:登记机关“必须”做出变更,即“应当予以变更”。由于我国尚未出台《物权法》相关司法解释,《物权法》条文本身也未作说明,在第十九条第一款中,存有若干界定较为模糊的概念。

首先,“权利人”、“利害关系人”之界限和各自范围未予以明确。“权利人”包括所有权人自毫无疑义,问题在于用益物权人是否也可以“权利人”名义申请变更,对于“权利人”之身份审查采取何种方式也不明确。用益物权人如无法以“权利人”名义申请变更登记,转而以“利害关系人”名义申请,是否可被接受?我们以为,依立法者本意,“利害关系人”应仅指与登记错误事项有关之人员。但是,由于条文中没有相关限制,与不动产有关的其他人员是否也属“利害关系人”不甚明确。如与不动产存在利益关系的利益相关人——房屋潜在买受人是否也可以作为“利害关系人”申请变更登记?或者说,买受人和出卖人串通,共同编造其他理由证明买受人为“利害关系人”或“权利人”,以此申请变更登记。而由于未明确“权利人”、“利害关系人”之界限和各自范围,即使双方恶意串通,也难于追究其法律责任。

其次,所谓“认为”应指申请人主观认定,不需要其他任何证据支持其因何“认为”。买受人冒称自己为利害关系人或权利人,且认为登记簿记载权利人有误,即可以向登记机关申请变更登记。在这一过程中,不需要履行任何法律程序,也不存在任何法律障碍;而记载权利人(实际为房屋出卖人)只需明确做出“同意变更”的意思表示书证即可,而无需阐明“同意变更”理由。登记机关也无法、无义务对该书证做出任何性质的审查。而“或”字更赋予了权利人完全无义务提供任何证据证明自己做出同意变更的事实根据。

第三,即使登记机关基于内部规定,要求申请变更登记的申请人必须同时提供登记簿记载

^① 参见王轶著:《物权变动论》,中国政法大学出版社2002年版,第167~175页。

之权利人同意变更书证和证明登记确有错误之证据,由于未具体规定由何种机关认定该证据之效力,依据现行法律条文完全有可能由登记人员自主认定。这必将导致申请人与登记人串通,以达到变更之目的。如果由法院审核该证据之效力,必然要求申请变更主体先行到法院起诉后,法院方可进行认定。这显然与《物权法》中异议登记制度相冲突^①。

最后,法律语境中之“应当”基本等同于“务必”、“必须”,均表示法律主体基于特定条件必须履行某种义务。此即意味着当变更登记申请人满足变更条件后,登记机关不得基于其他非法定理由拒绝做出变更登记。房产买受人与出卖人串通后,只需满足上文所分析之各种条件,即可以顺利变更房屋登记簿所登记之各项事项。

2.《物权法》中“变更登记”制度的法律实务作用

《物权法》第十九条第一款规定:权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项有错误的,可以申请更正登记。不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的,登记机关应该予以更正。本条文的出台标志着“我国的不动产登记规则中已经建立了更正登记制度”^②。所谓“更正登记”,也称“强制登记”,是指对错误登记的改正登记^③。建立更正登记(亦称“变更登记”)的主要目的在于:

(1)避免由于登记机关工作人员疏忽、过失,当事人采取欺骗手段或与登记机关工作人员恶意串通等原因造成登记错误;

(2)登记权利人出于客观或主观等原因,无意或蓄意申请登记,导致不动产登记簿记载权利人只是“名义权利人”、“形式权利人”,而真实的权利人无法通过物权公示来实现自己的物权。更正登记制度为真实权利人提供了通过公法行为恢复、保护、实现自己权利的途径。

不动产登记簿上记载某人享有某项物权时,推定该人享有该权利^④,也就意味着即使登记有错误也推定登记的权利状态与实际权利状态相吻合。在现实中,登记绝对不出差错只是一种理想状态。《物权法》出台以前,法律对不动产登记机构的职责、登记要件和登记审查标准等没有明确的规定,各地登记机构掌握的尺度宽严不一,许多登记机构一般只对申请人提供的有关必要材料是否齐备进行审核,没有将询问当事人纳入登记程序,也不对不动产的状况进行实地

① 依据《物权法》第十九条第二款规定:不动产登记簿记载的权利人不同意更正的,利害关系人可以申请异议登记。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的,异议登记失效。即申请人只有在申请异议登记后方能到法院就登记错误事项起诉记载权利人,而申请人申请异议登记的前提为记载权利人不同意做出变更登记。如果记载权利人出具书证同意申请人做出变更登记,申请人就不存在申请异议登记之理由,也就无法进而起诉记载权利人,证据真伪也就无从确认了。如果申请人不通过申请异议登记,直接到法院起诉记载权利人进而确认。笔者以为,依据现行法律,此种诉讼没有法律依据,且记载权利人出具的证据已表明其同意申请人(起诉人)的变更请求(诉讼请求),不存在权利争议,诉讼也就毫无意义了。

② 参见王胜明著:《中华人民共和国物权法解读》,中国法制出版社2007年版,第135页。

③ 参见江平著:《中华人民共和国物权法解读》,中国政法大学出版社2007年版,第87页。

④ 参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由》,法律出版社2004年版,第119页。