

不动产 登记 司法审查



Research of Judicial
Review on Real
Estate Registration

WANG XU JUN

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

王旭军
著

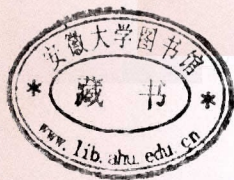
不动产登记 司法审查



Research of Judicial
Review on Real
Estate Registration

王旭军 著

WANG XU JUN



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

不动产登记司法审查 / 王旭军著. —北京: 法律出版社, 2010. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0623 - 9

I. ①不… II. ①王… III. ①不动产—注册—司法监督—研究—中国 IV. ①D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 051024 号

不动产登记司法审查

王旭军 著

责任编辑 孙东育
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10.25 字数 240 千

版本 2010 年 6 月第 1 版

印次 2010 年 6 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0623 - 9

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

在以往的理论和实践当中,似乎有一个约定俗成的惯例,那就是大家井水不犯河水,私法不进公法的门,公法不越私法的界。在这种传统理念的束缚下,很难形成学科间的交流与对话,更多的是以某一学科的“惯性思维”强加到学科交叉的问题之中。物权法颁布后,我们开始思考如何在公法的语境下合理而准确地适用私法。物权法不单纯是民事法律关系裁判的基本准则,在行政诉讼领域,它也将成为法律共同体以及社会各界共同遵守的行为规则和裁判依据。那么,我们在研究不动产登记的司法审查问题上,就不会单纯地局限于行政法的领域,而要充分地借鉴和思考物权法的理论精髓,以此来寻找不动产登记司法审查标准的最佳方案。对于不动产登记审查模式的问题,从我国不动产登记的实际状况和法治状态来看,简单地把物权法规定的不动产登记的审查方式定位于形式审或者是实质审都是不科学的。我认为现行的不动产登记审查应当

是相对于形式审的一种实质化转型。

鉴于目前司法实践对不动产登记司法审查标准把握不准,操作混乱的局面,制定出一套科学而系统的司法审查标准体系的重要作用日益凸显。本书通过系统地研究对比分析后提出审理此类案件新的裁判理念,即标准的确立要合乎审查目的的内在要求;强弱要适宜,深浅要适度;合法性审查与合理性审查要有机结合;尊重物权公示公信、物权法定及一物一权原则;物权要平等保护;登记程序要正当等理念,在此基础上我又提出了物权原因行为分析理论,并对该理论适用的依据及其必要性和可行性进行了详细而周密地论证。同时,还将该理论应用于具体审查标准的确立。也就是在这种理论的框架指导下,确立因案而异的审查标准,改进此类案件审查强弱不等、宽严不一的格局,也使得法官对不动产登记行政案件的裁判技术朝着理性化、科学化、合理化的方向发展,以公平地保护公民、法人或其他组织的不动产权;正确地监督和支持登记机关的登记行为,促使其依法登记。

本书所研究的问题具有很强的实践性,同时也具有一定的跨学科理论性。因此,我在研究的过程中采用了多种研究的手段和方法,以求得课题研究的最佳效果。一是对比分析法,对于书中可能涉及的一些争议性的问题,通过学界多种观点的交锋和碰撞去发现问题的本来面目(如不动产登记的民事行政属性问题)。二是比较法,对于书中的一些理论性和实践性的问题,借鉴国外的先进经验和做法。三是实证分析法,为使阐述的内容更加通俗易懂,采用了大量的案例来对文章的创新观点进行佐证。四是法律逻辑学和法律解释学的方法。司法审查标准的问题是一个技术性很强的司法实践问题,它既涉及裁判的方法,又包含裁判的技术,所以在书中采用法律逻辑学和法律解释学的方法对我倡导的物权原因行为分析

理论进行了充分地论证,以使得该理论更具科学性、合理性。五是图示法,为了使读者能够更加清晰地把握文章的脉络和观点,我在文中穿插了图解来阐明自己的思路和主张,使观点更加容易被读者所接受。六是三段论的推理法,力求把研究的主题司法审查的标准从存在的问题到成因再到解决的办法都得以系统而周延的分析和论证。

由于本书所涉及的许多命题,学界都鲜有论及,故缺乏相关的文献可循是本书撰写过程中最大的困难,所以书中很多的观点和论述都是我在众多恩师的指导下根据自己的审判经验思辨而成,因本人才疏学浅,诸多的问题考虑尚不够周延,有不当之处,请广大读者批评指正!

在此,特别感谢我的博士后导师,最高人民法院副院长江必新教授在本书的选题、撰写、观点的形成,甚至修改过程中给予的悉心指导和帮助!

作者

2010年春于吉祥苑

何谓司法审查？从比较法的角度来看，中国的行政诉讼制度类似于大陆法系国家的行政诉讼制度和英美法系国家的司法审查制度，但在符号意义上，又与二者有很大的不同。如德国、法国的行政诉讼由专门的行政法院管辖，美国的司法审查由普通法院来进行。中国没有行政法院，可又不同于由普通司法机关管辖，而是在普通法院内部设专门的行政审判庭、适用专门的诉讼程序。随着中国行政法学的发展，相当一部分学者倾向于英美法系的行政法观念，由罗豪才教授主编、北京大学出版社出版的《行政法学》将行政诉讼制度内含于司法审查制度之中。有学者指出，司法审查是现代民主政治国家普遍设立的一项重要制度，是国家通过司法机关对其他行使国家权力的活动进行审查，对违法活动通过司法活动予以纠正，并对由此给公民、法人或其他组织合法权益造成的损害给予相应补救的法律制度。《行政诉讼法》是我国司法审查制度最直接的法律依据。（参见马怀德主编：《行政诉讼原理》，法律出版社 2003 年版，第 65 页。）从这种意义上说，英美法系的司法审查制度与我国的行政诉讼制度（以及我们通称的合法性审查）在法理上是对应的。笔者也支持这种主张，并为了全书表述的统一和便于读者的理解，而将司法审查一词借用到了我国的行政诉讼制度中。

——笔者

目 录

导 论 /1

第一节 问题的提出/1

第二节 需要厘清的几个问题/3

一、不动产登记是民事行为还是行政行为? /3

二、登记是确权还是确认? /11

三、登记是许可吗? /13

第一章 司法审查的前提:不动产登记审查 职责的定位/16

第一节 关于形式审查/17

一、法国的契据登记制度/18

二、日本的不动产登记审查方式/22

第二节 关于实质审查/23

一、瑞士的登记审查模式/25

二、澳大利亚的“托伦斯登记制度”/26

第三节 两种审查模式的优劣比较/27

2 | 不动产登记司法审查

一、形式审查的优劣势/28

二、实质审查的优劣势/30

三、德国的不动产登记审查模式/33

第四节 物权法第12条的解读——审查模式在我国定位/37

一、我国审查模式的争论/38

二、我国登记审查方式的理性定位/39

第二章 不动产登记司法审查的理论基础/44

第一节 关于不动产登记司法审查及其目的/44

一、关于不动产登记司法审查/44

二、不动产登记司法审查的目的/46

第二节 不动产登记司法审查标准的界定/61

第三节 比较及借鉴/63

一、美国司法审查标准/63

二、英国司法审查标准/67

三、德国司法审查标准/73

四、法国司法审查标准/77

五、域外司法审查标准综述/81

第三章 不动产登记司法审查存在的问题、成因、挑战及新理念/86

第一节 不动产登记司法审查存在的问题/86

一、同类案件审查标准宽严不一/86

二、对登记结束后发现的否定性事实和证据的适用标准混乱/88

三、是否适用合理性标准认识模糊/90

四、对登记行为的程序性审查标准理解不清/92

第二节 不动产登记司法审查现状的成因/93

一、制度层面的原因/93

二、理解层面的原因/94

三、实践层面的原因/95

第三节 不动产登记司法审查面临的挑战/97

一、登记审查权限的“瓶颈”难以逾越/97

二、登记审查能力的限度难以逾越/99

三、司法审查权的限度难以逾越/100

第四节 不动产登记司法审查的新理念/101

一、标准的确立要合乎审查目的的内在要求/101

二、标准的确立应注重对纠纷的实质性解决/104

三、强弱适宜 深浅适度/105

四、合法性审查与合理性审查有机结合/111

五、尊重物权公示公信、物权法定及一物一权原则/113

六、物权要平等保护/117

七、登记程序要正当/121

第四章 物权原因行为分析法——架构不动产登记司法审查之方法论/122

第一节 物权原因行为分析法及其基本特征/123

第二节 物权原因行为分析法形成的理论与实践基础/136

一、三大法学流派的理论积淀/137

二、裁判理性与法律推理的理论和实践铺垫/146

三、实践经验与方法的积累/150

第三节 物权原因行为分析的必要性/155

一、物权原因行为的分析有利于司法审查目的的实现/155

二、物权原因行为的分析有利于司法审查标准的统一/158

三、物权原因行为的分析有利于树立司法权威/160

第四节 物权原因行为分析法适用的可行性/162

一、制度层面的支撑/162

二、审查实践的回应——从过去到现在与未来的发展态势/164

三、国外的成功经验/167

第五节 司法自限——物权原因行为分析法中的必要参数/169

4 | 不动产登记司法审查

一、司法审查权自限的美国经验/169

二、物权原因分析法下司法审查权自限的辩证/175

第五章 物权原因行为分析理论下不动产登记司法审查 标准的确立与应用/182

第一节 以物权流转为基本形态的审查标准/182

一、不动产物权设立登记的审查标准/183

二、不动产物权变更登记的审查标准/188

三、不动产物权注销登记的审查标准/201

第二节 以不动产登记行为合法性为基准的审查标准/205

一、不动产登记的证据审查标准及证明标准/206

二、不动产登记法律适用的衡量标准/222

三、不动产登记程序的审查标准/240

四、不动产登记超越职权的认定标准/255

五、不动产登记滥用职权的认定标准/267

第三节 不动产登记司法审查标准的补充——关于案例 指导制度/283

一、判例制度的英美经验/284

二、我国案例指导制度的历史渊源和当代的发展/288

三、不动产登记案例指导制度的必要/289

四、不动产登记案例指导制度的架构/291

结论/293

参考文献/295

后记/313

导 论

即使判决并没有准确地判定过去发生的事实真相,争端各方只要确信他们受到了公正的对待,他们也会自愿接受法院的裁判结果。

——[美]迈克尔·D. 贝勒斯

第一节 问题的提出

不动产登记,是指经权利人申请,国家有关登记部门将申请人的不动产^[1]物权事项记载于不动产登记簿的事实。^[2]这一制度有学者认为

〔1〕 不动产是指依自然性质或法律的规定不可移动的物,包括土地、土地定着物、与土地尚未脱离的土地生成物,因自然或人力添附于土地并且不能分离的其他物。参见梁慧星:《中国物权法研究》(上、下),法律出版社1998年版,第26页。

〔2〕 孙宪忠:“论不动产物权登记”,载《中国法学》1996年第5期。

是起源于近代抵押权与破产法上的登记制度。^{〔1〕}也有学者认为是开始于12世纪前后的德国北部城市,因为当时的土地物权变动必须记载于市政会所掌管的都市公簿(Stadtbuch)上。^{〔2〕}还有说法是由罗马法传播至德国并逐步演变而来。^{〔3〕}不论哪种说法正确,有一点可以明确的是,世界各国为了明确不动产之上的各种物权,以保障市场交易的安全,皆以国家有权机关的登记作为不动产物权的公示方法,^{〔4〕}并自18世纪末以后,相继建立了不动产登记制度。^{〔5〕}在我国,民国以前没有真正形成以公示为目的的登记制度。1922年,北京市颁布《房地产登记条例》。^{〔6〕}由此开始形成了我国具有现代意义的物权变动公示公信制度,之后由于“文革”等历史的原因,这一制度遭到破坏,改革开放以后,尽管有所恢复,但与法治和市场经济的客观要求相比仍然很不完备。^{〔7〕}截至今日也没有颁布专门的不动产登记法,有关不动产登记的规定仅在某些单行的法律法规中

〔1〕 参见黄辉:“中国不动产登记制度的立法思考”,载《北京科技大学学报》2001年第3期。

〔2〕 谢在全:《民法物权论》(上),中国政法大学出版社1989年版,第59页。

〔3〕 在中世纪日耳曼人的统治区域,教会、寺院和大土地所有权人形成了记载保存不动产所有权情况的习惯,以此作为权利证明。18世纪罗马法开始在德国传播和继受,罗马法中的交付成为所有权转让的重要手段。于是产生两种产权转让方式:交付和登记。后来登记逐步演变为整个所有权状况的登记,可供公众查阅,从而使登记成为不动产公示公信的方式。转引自陈慧芳、杨道兴:“试论我国不动产物权登记制度”,载《五邑大学学报》(社会科学版)2004年第1期。

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

〔5〕 参见王智萃:《试论我国不动产登记制度的完善》,中国政法大学2006年硕士学位论文,第3页。另参见王彦:《论不动产登记制度》,中国社会科学院2003年硕士学位论文,第2页。

〔6〕 参见王利明:“试论我国不动产登记制度的完善”,载《求索》2001年第5期。

〔7〕 参见王利明:“试论我国不动产登记制度的完善”,载《求索》2001年第5期。

零散地有所涉及。^{〔1〕} 2007年3月16日全国人大五次会议通过的《中华人民共和国物权法》(以下简称物权法),在一定程度上统一了这一制度,^{〔2〕}而且明确了登记机关的审查职责,对不动产登记的审查提出了更高的要求,^{〔3〕}这不能不说是我国不动产登记制度发展史上具有划时代意义的一个里程碑。然而,我们在欣喜这一法制进步的同时,必须清醒地意识到,在法律对登记机关的审查职责严格化要求的发展趋势之下,如果当事人对不动产登记行为的合法性提出质疑而提起行政诉讼,法院应当采用什么样的司法审查标准去审理和应对,是固守原有的形式审查标准还是转向实质化审查标准?对此实务界操作不一,莫衷一是,造成司法裁判的严重不统一。理论界则是少有问津,浅尝辄止,造成相关领域的学术空白。有鉴于此,本书试图对此问题做深入的研究,以期对实践能有所裨益。

第二节 需要厘清的几个问题

一、不动产登记是民事行为还是行政行为?

我们要从司法的角度去审查不动产登记的合法性问题,一个重要的前提就是要明确不动产登记到底是民事行为还是行政行为,然

〔1〕 参见梁慧星主编:《中国物权法草案建议稿——条文、说明、理由及参考立法例》,社会科学文献出版社2000年版,第139页。

〔2〕 即不动产登记机构的统一;登记范围的统一;登记办法的统一;登记效力的统一。参见黄松有主编:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2007年版,第75~77页。

〔3〕 我国物权法第12条规定,登记机构应当履行下列职责:(一)查验申请人提供的权属证明和其他必要材料;(二)就有关登记事项询问申请人;(三)如实、及时登记有关事项;(四)法律、行政法规规定的其他职责。申请登记的不动产的有关情况需要进一步证明的,登记机构可以要求申请人补充材料,必要时可以实地查看。

后才可能把问题放在与之相对应的司法程序中去解决。^{〔1〕}因此,界定不动产登记的行为属性就成为我们研究司法审查标准的根本起点。学者们对此也有不同的看法和主张,总结起来主要可以分成三大类。第一类观点认为不动产登记是一种民事行为,是国家设立的担负公共职能的机关参与的私法行为。^{〔2〕}第二类观点则认为是行政行为。^{〔3〕}第三类观点是将不动产登记划分为不同的阶段去加以辨别,并认为其兼具民事和行政行为属性。^{〔4〕}我们依次对他们各自的观点和理由予以阐述。^{〔5〕}主张不动产登记是民事行为的理由是:(1)从我国不动产登记制度赖以存在的载体来看,这一制度几经周折之后,最终统一于物权法这部民事法律的范畴。从法律学科分类的角度上说,不动产登记制度从出现在物权法中的那一天起就打上了民事的烙印。(2)物权登记就是公示和证明物权权属状况,以保护私权为目的的私法行为。^{〔6〕}所以应将不动产登记定位于私权保

〔1〕 当然,对不动产登记行为的定性直接涉及规范登记行为的法律规范的性质及未来不动产登记法的立法模式,因而理论上有必要予以明确。

〔2〕 参见王洪亮:“不动产物权登记立法研究”,载《法律科学》2002年第2期;陈耀东:《商品房买卖法律问题专论》,法律出版社2003年版,第285页;李明发:“论不动产登记错误的法律救济——以房产登记为重心”,载《法律科学》2005年第6期。

〔3〕 参见崔建远:《中国房地产法研究》,法制出版社1995年版,第238页。

〔4〕 还有的学者认为应当把登记行为看做是一种司法行为,其主要的理由是首先,登记行为的效果是基于法律明文规定而非行政机关的意思表示;其次,登记行为不包含行政机关的意思表示,只代表登记机关对客观事实的认知与判断;最后,行政登记的主要功能在于对登记事项或权利的公示,而不具有授予权利的作用。

〔5〕 还有一种学说是不动产登记证明行为说,该说避免公、私法性质上的判断,认为房屋产权管理机关的职责范围也只是审查买卖双方是否具备办证(交付)条件,房屋产权变更登记本身,也只是对买卖双方履行买卖合同的结果进行确认和公示,而不是对房屋买卖合同的审查和批准。参见谢庄、王彤文:“产权变更登记不应是商品房买卖合同成立的要件”,载《法学评论》1996年第6期。本书根据研究主题不对此类观点展开论述。

〔6〕 参见尹田:“论物权的公示和公信原则”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第26卷),香港金桥文化出版社2002年版,第275页。

护的延伸领域,而不应看做是国家干预或行政管制。^{〔1〕} (3)不动产登记依申请的行为,当事人享有登记请求权,^{〔2〕}故登记应当以私法属性为基调。^{〔3〕}“登记的特殊之处在于其是国家设立的担负公共职能的机关参与的私法行为”。^{〔4〕} (4)从不动产登记需要交费的表征上来看,也符合民事行为经合意而产生,并各负对价义务的特征。(5)将不动产登记界定为一种民事行为,能够增强登记机关为不动产物权服务的色彩,这也符合当下政府职能由管理型向服务型转变的形势要求。主张不动产登记是行政行为理由是:首先,不动产登记主体是依据法律、法规、规章的授权而享有登记职权的行政部门;其次,登记尽管是依申请的行为,但并不是所有的申请都会得到登记机关的认可,登记机关有权对当事人的申请事项进行审查核实,在发现申请人的申请事项不符合登记要求时,依法有权予以拒绝;再次,从登记的社会价值来说,不动产登记不仅仅产生公示物权的私法效果,而且使国家能够更加主动、有效地管理和宏观调控不动产这一重要的社会资源,它体现了国家对不动产物权关系的管理,这种管理的结果最终明晰了不动产产权归属,保护了不动产权权人的合法权益;^{〔5〕}最后,我国法律规定不动产登记是当事人必须遵守法律的必然要求,不登记不产生法律效力的强制性规定正反映

〔1〕 参见蒋洪:“谈谈我国的不动产登记制度”,载 http://jhlawyer.66law.cn/lawyer_viewblog.aspx?id=5384,2007年8月24日,最后访问时间2008年12月11日。

〔2〕 登记请求权是指当登记义务人任意不为协助时,另一方得请求其协助登记的权利。

〔3〕 参见李昊:“物权法背景下的不动产登记法”,载《清华法律评论》(第1卷第1辑),清华大学出版社2006年版,第62~64页。

〔4〕 王洪亮:“不动产物权登记立法研究”,载《法律科学》2002年第2期。

〔5〕 参见黄辉:“中国不动产登记制度的立法思考”,载《北京科技大学学报》2001年第3期。

了不动产登记的公法性质。^{〔1〕}主张不动产登记兼具民事和行政行为属性观点的学者认为,对于不动产登记制度,既不能无视登记行为的行政管理性质,也不可过分强化行政职能,从而削弱或淡化私法的价值与功能。因此,建议把不动产登记按不同阶段进行划分来区分它的属性。^{〔2〕}在当事人申请登记环节存在的登记请求权是当事人之间的债权请求权或物权请求权,是私法性质的行为。^{〔3〕}到了登记审查阶段,登记就具有了充分、明确的行政管理性质。国家行政机关通过登记审查使登记事实产生效力,不仅可以支持不动产交易的发展,维护交易秩序,还可以为国家征税等治理活动提供重要信息。^{〔4〕}因此,不动产登记也承载着公法的目标,具有鲜明的国家治理活动的色彩。^{〔5〕}

笔者同意第二种观点。理由如下:对于第一种观点,笔者认为有以下几点值得商榷:(1)物权法不仅仅是私法领域的法。^{〔6〕}而且其设定的所有制度也并不都是私法制度,民事法律中之所以会出现公法制度或者出现公法与私法的结合是因为“经济生活的自由放任主

〔1〕 参见刘莘、王达主编:《房地产行政登记的理论与实务》,中国建材工业出版社2008年版,第23页。

〔2〕 参见申卫星:“从物权法看物权登记制度”,《国家检察官学院学报》2007年第3期。

〔3〕 在我国,不动产物权的变动采取共同申请制,即登记一般应当由物权变动的双方当事人共同申请,因此,就存在着当事人之间的登记请求权。该请求权是指当登记义务人不为协助时,另一方具有请求其协助登记的权利。

〔4〕 参见李昊、常鹏翱、叶金强、高润恒:《不动产登记程序的制度构建》,北京大学出版社2005年版,第3~4页。

〔5〕 参见周林彬:《物权法新论——一种法律经济分析的观点》,北京大学出版社2002年版,第245~246页。

〔6〕 参见应松年:“物权法不能回避公法问题”,载《法制日报》2005年9月29日版。