

北京大学

Peking University Law School



2007

第1卷·第1辑
Vol.1, No.1

房地产法前沿

Advanced Study on Real Property Law

主编：楼建波
Lou Jianbo, Chief Editor

北京大学法学院房地产法研究中心
CENTER FOR REAL ESTATE LAW, PEKING UNIVERSITY LAW SCHOOL

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

北京大学

Peking University Law School

D922.181

30

:1(1)

2007



2007

第1卷·第1辑
Vol.1, No.1

房地产法前沿

Advanced Study on Real Property Law



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

责任编辑：艾默

图书在版编目 (CIP) 数据

房地产法前沿. 第1辑/楼建波主编. —北京：中国法制出版社，2006.12

ISBN 7-80226-662-9

I. 房... II. 楼... III. 房地产业-法规-研究-中国
IV. D922.181.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 144400 号

房地产法前沿 (第一辑)

FANGDICHANFA QIANYAN (DIYIJI)

顾问/甘藏春 吴志攀

主编/楼建波

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787×1092 毫米 16

版次/2007 年 1 月第 1 版

印张/21.75 字数/360 千字

2007 年 1 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80226-662-9

定价：35.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：66010402

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288

顾 问

甘藏春 国家土地副总督察（专职），国土资源部党组成员

吴志攀 北京大学党委常务副书记，北京大学法律总顾问

主 编：楼建波

副主编：金伟萍

本卷编辑委员会：马志毅 尹燕 田磊 陈文 金伟萍 楼建波

（按姓氏笔划排序）

本卷执行编辑：田磊

声 明

本出版物的各篇文章仅代表作者本人的观点和意见，并不必然代表编辑委员会的任何任何意见、观点或倾向，也不反映北京大学的立场。特此声明。

《房地产法前沿》编辑委员会

编者按语

北京大学法学院房地产法研究中心在燕国的一角静静的成长三年有余了，这三年是中国房地产市场成熟的三年，是大中城市房价急剧攀升的三年，是住房保障制度方兴未艾的三年，是许多新制度被介绍到中国并初步实施的三年，是房地产切实走进中国老百姓视野的三年，更是房地产所引发的社会问题走进法学学者思考领域的三年……我们很庆幸处于一个变革的时代，很庆幸在房产制度变革的进程中有我们微弱的声音：2004年住房抵押贷款证券化（RMBS）国际学术研讨会上，作为主办方我们主张在中国推行资产证券化，尤其是在住房抵押贷款领域；2006年房地产信托（REITs）国际学术研讨会上，作为主办方我们主张在中国推行房地产信托……更为庆幸的是，我们的这些声音并非曲高和寡，这些制度已经在这片我们都挚爱着的大地上生根发芽了，相信再过一段时日就会枝繁叶茂了。

然而，这些还远远不够。

许多制度在本土化的过程中，往往会水土不服，虽然并不会导致猝死的结果，如果不严肃对待，说不定会留下点儿先天不足后天无法描补的顽症来。这就需要“医生”，需要随时关注、纳言献策、对这些水土不服的制度进行敲打修整的制度“医生”。忝在大学之内，房地产法研究中心愿为各路技艺高超者提供发表真知灼见的平台——《房地产法前沿》，欢迎投稿，发表不拘一格的言论。

本卷是《房地产法前沿》的第一卷。在登记制度研究栏目里，我们收录了“论非‘给定’意义上的不动产权公示制度”和“我国不动产登记机关的赔偿责任研究”，这两篇文章分别回顾和研究了我国不动产登记的基本制度和存在的焦点问题，分别对“非给定”的要素和登记机关赔偿性质、程序等作了细致严谨的分析，或许会对我国将来的不动产登记法案有所裨益。“奥运场馆建设取得用地的相关法律问题”切中我国当下的历史现实，剖析了奥运背景下用地取得的划拨性质和面向社会融资的矛盾困境及其中中国特色的解决方式，由此引发的的问题委实值得我们深思。“施工索赔研究”显得更为专业化，在广泛引征的基础上所探讨的缺陷通知期限索赔、DAB争端解决方法、早期警告以及裁决人制度等相关制度都是亟待在我国建立的，算是为此领域的国际化呐喊吧。“情势变更原则在建设工程合同中的应用”一文探讨了民法中的情势变更原则在一个专门合同领域适

用的可能性和特殊性问题,相信该文作者的论述有助于处理由于建设工程合同订立后形势发生重大变更的法律适用难题。“商品房预购人的权益保护问题”一文意图对长期以来困扰我国商品房预购人权益保障不力的问题作出解答,同时也对诸如无证销售、迟延交房、质量缺陷、售楼宣传不实等问题作出法律上的预防和解决措施。“房地产项目转让中第三方权益法律保护”一文从房地产项目转让的本质入手,介绍了三种保护第三方权益解决方案,即物权转让+债的法定概括转移模式、借鉴国外营业转让相关制度以及台湾概括的债务承担理论,在综合对比的基础提出物权转让+债的法定概括转移制度是三种方案中最为现实可行的观点。不管读者是否同意该文作者的观点,该文提出的保护项目转让中第三方权益的诸多解决方案委实有可借鉴之处。“房屋转租当事人权利保护法律研究”讨论了承租人优先购买权制度、买卖不破租赁制度在房屋转租情形下的运用,介绍了承租人于租赁期间死亡其共同居住人继续承租权制度,以及次承租人的代为清偿权和法定抵销权以及出租人权利保护的特别制度——出租人留置权和押租金制度。“在建工程抵押制度运行中的冲突与解决”对在建工程抵押中几个争议较大的问题进行了探讨,得出在建工程抵押在法理上是可行的;标的物为“处于持续变化过程中的在建工程”;在履行完毕抵押合同登记备案手续后即取得抵押权等结论,为研究实践中这一争论比较大的问题提供了新颖的思路。“个人合作建房”和“经济适用房”同属于我国住房保障制度一部分,所以我们把“个人合作建房法律问题探析”和“浅谈我国经济适用房的退出机制”放在同一个栏目里,前者从我国近几年炒得沸沸扬扬的“合作建房”入手,意欲引进一种新的住房保障模式,后者从我国经济适用房的退出角度入手,意欲从克服现实缺陷的角度完善经济适用房制度,期望这两篇文章能够对我国住房保障制度的完善与发展作出贡献。

《房地产法前沿》是一个交流的平台,我们祝您阅读愉快。

楼建波

目 录

编者按语	(1)
------------	-----

登记制度研究

唐 勇

论“非给定”意义上的不动产物权公示制度	(3)
---------------------------	-----

贺 莎

我国不动产登记机关的赔偿责任研究	(47)
------------------------	------

房地产开发与交易

李 任

论北京奥运场馆建设用地取得相关法律问题	(75)
---------------------------	------

罗寅丰

施工索赔研究	(104)
--------------	-------

路美芳

论情势变更原则在建设工程合同中的适用	(138)
--------------------------	-------

祝建成

论商品房预购人的权益保护	(159)
--------------------	-------

李 姝

房地产项目转让中第三方权益的法律保护	(179)
--------------------------	-------

孙传霞

房屋转租当事人权利保护法律研究	(206)
-----------------------	-------

任文昌

在建工程抵押制度运行中的权利冲突与解决	(235)
---------------------------	-------

住房社会保障制度

田 磊

个人合作建房法律问题探析 (265)

王晨龙

浅析我国经济适用房的退出机制 (310)

编者手记

三 石

让人看不懂的房地产 (329)

《房地产法前沿》约稿 (338)

Contents

EDITOR'S NOTES	(1)
-----------------------------	------------

Study on Title Registration System

Tang Yong

On the Undefined System of Publication of Real Property Rights	(3)
--	-----

He Sha

The Liability of the Real Estate Registration Entity of China	(47)
---	------

Real Estate Development and Trade

Li Ren

Discussion of the Juristic Questions about Obtaining the Olympic

Venue Construction Land of Beijing 2008	(75)
---	------

Luo Yingfeng

Study on Construction Claims	(104)
------------------------------------	-------

Lu Meifang

Application of the Principle of Change of Situation in General

Contract	(138)
----------------	-------

Zhu Jiancheng

The Protection of Forward Purchaser's Rights and Interests	(159)
--	-------

Li Shu

The Legal Protection of Third - Party Rights in the Assignment

of Real Estate Projects	(179)
-------------------------------	-------

Sun Chuanxia

Legal Research on House Subleases Parties' Right

Protection	(206)
------------------	-------

Ren Wenchang

Conflicts of Rights on the Mortgage System of Buildings Under -

construction and Settlement	(235)
-----------------------------------	-------

House Social Security System

Tian Lei

Legal Analysis on Co - housing (265)

Wang Chenlong

The Exit Mechanism of the Affordable Housing in China (310)

Executice Editor's Postscript

Three stone

Who knows the Real Estate? (329)

Solicit Contributions (338)

登记制度研究

Study on Title Registration System

论“非给定”意义上的不动产物权公示制度^[1]

唐勇^[2]

On the Undefined System of Publication of Real
Property Rights
Tang Yong

内容提要:

本文研究的是“非给定”^[3]意义上的不动产物权公示制度,即我国物权法通过(或制定统一的不动产登记法)之前的不动产物权公示制度。全文分为序言、正文、结论和参考文献四部分,其中序言对本文的意义重大,正文共分为四部分。

第一部分为“不动产物权公示的历史论”:通过对各国不动产物权公示的历史梳理,考察近代不动产登记制度在各国产生的原因、价值及特点,并通过比较揭示出我国与德、法、英、美等国在不动产登记制度生长上的差异。古代登记制度以国家利益为本位,近现代登记制度以市场交易为本位;各国或通过对罗马法的继受或直接通过对动产与不动产交易方式的统一,醇化了不动产私权交易,剔除了登记制度设立的国家本位色彩,并应交易需求建立了近代不动产登记制度。

第二部分为“不动产物权公示的目的论”:通过对近现代不动产登记制度的目的进行深入的具体化,结合现代不动产交易市场的实际,将动态交易安全的保护从纷繁复杂的现代不动产登记制度的理念中“凸现”出来,认为:不动产登记的效率理念绝非单纯的程序意义上的价值追求,其与不动产登记制度保护交易安全及促进交易的理念“唇齿相依”;现代不动产登记制度的主题已经从“能否保护交易安全”向“如何以高效率低成本的方式实现动态的交易安全”演变。

[1] 本文的撰写受到楼建波老师指导与启发,在此致谢。

[2] 作者工作单位为华润置地。

[3] 此处的“非给定”,指本文讨论的不动产登记制度,不是一个立法确定、要素完备的制度,而是在“给定”之前须面对较广泛意义上的质疑的制度。比如本文不承认登记机关非行政机关莫属,不承认登记错误提起的赔偿必然只是国家赔偿等。

第三部分为“我国不动产物权公示的历史与目的冲突论”:我国登记制度公法性与私法性的转变因历史原因相对模糊,登记制度之国家本位,历千年不改,两度引入近代不动产登记制度却两度中断,因而缺乏近代不动产登记制度的立法和实践传统;我国不动产登记的历史与目的之间的冲突,即行政色彩过于浓厚,容易导致官僚化和滋生腐败,从而使得制度的效率低下,妨碍其实现保护交易安全的目的和达到促进交易的功效。

第四部分为“我国不动产物权公示的选择与效应论”:考察了由司法机关或由基金法人担任不动产登记机关的观点,分析了不动产登记制度的民间化和市场化,结合我国实际,提出了“取法其上”的选择论和“得乎其中”的效应论。

关键词: 物权公示 不动产登记 交易安全 效率

Abstract

This essay concentrates on the undefined system of Publication of Real Property Rights. The system of Publication of Real Property Rights in China remains undefined before the adoption of Real Property Law or the enactment of a uniform Real Property Registration Law. There are four sections in this essay, the preface, which is significant for the whole essay, the main body, the conclusion and the references.

The main body starts with the first part which introduces the history of system of Publication of Real Property Rights, and continues to discuss the purpose of Publication of Real Property Rights in the second parts. The third part of the main body researches on the conflict between the history and purpose of publication of Real Property Rights in China. And the last part of the main body talks about the effect and choice of Publication of Real Property Rights in China.

Key Words

Publication of Real Property Rights Real Property Registration Transaction Safety
Efficiency

序言及问题的提出

物权公示制度,在不动产,即不动产登记制度。学者多赞同所谓不动产物权登记,“即经权利人申请国家专职部门将申请人的不动产物权变动事项记载于国家不动

产物权登记簿的事实”〔4〕。就制度本身,其涉及登记的内容、种类、效力、登记机关、登记簿、登记程序、顺位制度、预登记、变更登记、异议登记、更正登记和赔偿责任等,范围极广,因此在行文前,对本文的论域作一界定,即:一、本文所称“不动产”,特指地产和房产;二、本文所称“不动产登记”,主要指基于法律行为发生的不动产登记;三、本文认为“不动产登记”之概念,宽于前述通说,即“不动产登记为权利人申请将申请人的不动产物权变动〔5〕事项记载于登记簿或其他公示系统的事实”;四、本文对于交易安全的讨论将是次要的和辅助性的。

学界阐述不动产登记系为保护交易安全之理念可谓详备,更有探讨所谓契据登记模式、权利登记模式和托伦斯登记之特点及优劣者,大有唯不解决“模式选择”问题便无法进行下去之势!笔者以为,模式本身并无优劣,各有其长短,关键是模式之短处可以配套制度弥补,使其周延。他国优于本国之处,不在于其采纳了某一种“包治百病”的模式,而在于他国的这个模式是“给定的”〔6〕,在这种既有情形和理论传统下,辅之以配套制度查漏补缺,方发挥大用。讨论至今,可谓论海浩瀚,坠入其中,不免让人愈加迷惘。因此,当务之急,该是“给定”一个模式的时候了,这一“给定”的依据不外乎:一、本国既有的法律传统;二、本国的实践传统;三、一定的前瞻性。等待审议的物权法草案及其通过,是实现这一“给定”的契机。而本文的写作目的是即便在“给定”之后,本文都能有一定的意义,而不会因为“给定”而成为纸上空谈。

因此,本文不讨论:1. 各国模式〔7〕孰优孰劣? 2. 单纯某项制度设立的必要性,比如预告登记等。

在前面界定的基础上,本文将渐次进行如下的讨论:1. 不动产物权变动为什么需要公示? 2. 不动产物权变动的公示方法为什么就是登记而不是其他? 3. 不动产登

〔4〕 孙宪忠:《中国物权法总论》,北京:法律出版社,2003年版,页208。

〔5〕 此一点,涉及不动产登记公示的对象是不动产物权的享有,变动,还是得丧变更问题。参见尹田:《物权法理论评析与思考》,北京:中国人民大学出版社,2004年版,页236—253。

〔6〕 一如,德国学者称“物权合同对于德国法学者而言是理所当然的,并不是因为该制度具有德国特色或者是对罗马—德国法的继承,也不是因为德国法学者确信物权合同具有很高的法学价值。物权合同对于他们来说是给定的,因为建立了物权合同的学说被制定法所采纳,因为制定法规定了物权合同。因此,只要制定法不改变,物权合同就是给定的。德国法学者与物权合同的关系(在这里我可以不假思索、略加夸张地说)就是他们与规定了这一原则的法典的关系。人们遵循法典,由此遵循法典中规定的物权合同—此外没有任何其他原因”。前文引自〔德〕霍尔特·海因里希·雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,北京:法律出版社2003年版,页166。转引自崔建远:《从解释论看物权行为与中国民法》,载《比较法研究》2004年第2期,页76。物权行为理论与权利登记模式关系密切,因而在此能说明一定的问题。

〔7〕 主要指以德国为代表的权利登记模式,以法国为代表的契据登记模式,托伦斯登记制以及美国的 recording 模式。

记究竟是历史的选择还是同时也是最优化选择的结果? 4. 现代意义上的不动产登记与历史意义上不动产登记的理念在多大意义上还存在相同之处? ——为什么商品经济下的不动产登记必然区别于自然经济和封建经济下的不动产登记? 5. 为什么提供不动产登记服务的主体必须是国家机关? ——同样, 这是历史的选择还是最优选择? 6. 即便提供登记服务的主体是行政机关或法院, 其私法性大还是公法性大? 7. 效率大还是安全大? 8. “取法其上, 得乎其中”——论无“给定”模式下的本国不动产登记制度的改进。

本文的研究方法, 主要两种: 一是历史^[8]的方法; 二是实证的方法。开放的、包容的民法理念是本文的行文基础: 有趣的是, 不管是从物权出发, 还是从“权利束”出发, 虽差异较大, 但两大法系在登记制度的存在与否上达成了事实上的“共识”——从某种意义上讲, 就权利公示而言, 其本身是超越法系的。

另, 本文也相信, “逻辑为目的服务”^[9], 目的变了, 逻辑也应当变。

第一章 不动产物权公示的历史论

“逻辑因素必然永远服从历史因素”^[10]。这句话本身可以包含两种含义: 一、历史因素对于制度的设置具有很大程度的决定意义。二、历史并不总是给出一个“最优选择”, 它有时会制造“无奈”甚至障碍。下文的论述整体上从历史的角度出发, 尽量客观地归纳出一些未被重视而埋在历史中的“前见”。

一、德、法不动产物权公示的历史演变及其价值梳理

(一) 动产物权与不动产物权之区别

欧洲古罗马法, 亦无所谓登记制度, 中古以降, 各地方习惯, 始渐有认不动产之变动, 必须为登记者。^[11] 古代社会, 主要是采用交付的方式来判定所有权的移转。在罗马法上, 以交付方式判断, 最重要的分类为要式移转物 (res Mancipi) 与略式移转物 (res nec Mancipi)^[12], 而非动产与不动产。

[8] 此处的历史, 非考据意义上的历史, 而更接近于“演变”。

[9] 耶林之“目的法学”思想认为: “目的是全部法律的创造者。每条法律规则的产生都源于一种目的, 即实际的动机”。前文引自 In The English Philosophers from Bacon to Mill, ed. E. A. Burt (New York, 1939), p. liv. 转引自博登海默: 《法理学、法律哲学与法律方法》, 邓正来译, 北京: 中国政法大学出版社, 1999 年版, 页 109。

[10] [美] 本杰明·内森·卡多佐: 《法律的生长》, 刘培峰、刘骁军译, 贵州: 贵州人民出版社, 2003 年版, 页 42。

[11] 梅仲协: 《民法要义》, 北京: 中国政法大学出版社, 1998 年版, 页 514。

[12] 周枏: 《罗马法原论》, 北京: 商务印书局, 2002 年版, 页 304。

罗马古时,进行法律行为非常注重形式。要式转移物是指法律规定其所有权转移一定要采用法律规定的形式的物。不履行法定的方式转移的,其移转不发生法律效力。略式转移物是指其所有权转移毋需履行一定法律形式的物,当事人可以自由地转让。乌尔披亚努斯将要式移转物分为四种:第一,意大利的土地,包括意大利土地上的房屋,因为房屋是土地的附属物;第二,意大利耕地的地役权;第三,奴隶;第四,能驮物与拉车的家畜,即牛、马、驴、骡。^[13] 要式转移物的第一、二种物都是“不动产”,当然罗马法上的不动产不限于此。要式转移物的第三种为特殊的历史现象,而第四种实际上可以等同于我们现代意义上的交通工具,比如汽车、船舶、航空器等,而这些在现代法上有将其称为准不动产的,因为立法也将登记制度适用之。然学者一般较赞同,该种分类的标准在于“物的重要性及所有物的转移是否需要履行法定形式”。这种分类到帝政后期被废除了,原因有二:一、“商品经济有了发展,交易方式渐趋简化”;二、“本来,区分要式移转物与略式移转物是依据其在经济生活中上重要与否而定,以后随着商品经济的发展,文化的进步,原来认为重要的财物变得不那么贵重了,而有些东西如船舶、珠宝、艺术品等,其交换价值已远远超过了意大利土地和牛马等,因而此项区别已无实际意义”。^[14] 上述两种原因,第一种原因更为可信:即商品经济的发展,要求交易方式简化,要式转移已不合时宜。至于后者,其构成要式转移物与略式转移物的区分被废除的原因,具有一定的“非理性”,不外乎要式转移物的种类是固定的,并不因社会经济的发展而改变,而罗马法认为除了要式移转物之外的都是非要式移转物,这样非要式移转物的种类在不断扩大,等到将一些后来产生的贵重性与要式移转物相当的物包括在非要式移转物质中时,而要式移转物因其固定性不能吸纳时,这种分类当然就变得没有意义了。但解放这种分类的本质并不在于此,而在于有了商品经济或频繁的交易之后,人们对简化、便捷的交易形式的渴望。

当时并没有产生登记制度,不动产登记本身与要式移转是两回事。而在要式移转物与略式移转物的分类在优帝一世时被明文废止之后,土地和房屋等不动产同其他贵重物品一样,被从复杂的交易形式即“要式”中释放了出来。

享有物件的唯一自然分类,即能符合物体中实质区别的唯一分类,是把它分为“动产”和“不动产”。^[15] 当然,罗马法上已经有了动产(*res mobiles*)与不动产(*res immobiles*)的分类。^[16] 这是以物能否移动和移动后是否变更其性质、损害其价值进行的分类。动产包括能自行移动的如奴隶、家畜,可用外力移动的如用具和衣

[13] 前掲周相《罗马法原论》,页304。

[14] 前掲周相《罗马法原论》,页305、306。

[15] 梅因:《古代法》,北京:商务印书局,1984年版,页155。

[16] 详细论述见前掲周相《罗马法原论》,页306、307。