

论不动产登记



法学学术·物权法

于海涌 著


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书系国家社科基金项目成果

论不动产登记

于海涌 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

论不动产登记/于海涌著.—北京:法律出版社,2007.9

ISBN 978-7-5036-7707-6

I.论… II.于… III.不动产—注册—法律—研究—中国 IV.D923.24

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第140835号

© 法律出版社·中国

论不动产登记

于海涌 著

责任编辑 刘彦洋

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2007年10月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 13.25 字数 319千

印次 2007年10月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7707-6

定价:30.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



于海涌 1969年6月生，安徽省淮北市人。中国政法大学法学学士，北京大学民商法硕士，中国社会科学院民商法博士（师从梁慧星教授），中国政法大学民商法博士后（师从江平教授），瑞士比较法研究所访问学者。现为中山大学法学院副教授，民商法硕士生导师，兼任中国民法学研究会理事。先后在《法律科学》、《法学》、《现代法学》、《法商研究》、《清华大学学报》、《民商法论丛》、《人大法律评论》、《私法》、《学术研究》、《月旦民商法》等刊物上发表论文多篇。出版专著两部：《法国不动产担保物权制度研究》和《绝对物权行为理论与物权法律制度研究》，曾主持国家社科基金项目“不动产物权登记研究”和“商事信托财产制度研究”、中国博士后基金项目“不动产登记立法研究”。专著《法国不动产担保物权研究》获中国民法学会优秀科研成果一等奖和国家司法部优秀科研成果三等奖。

序

不动产是我国物权立法的重点内容,而不动产物权登记又是不动产制度中最基本的内容,但国内学者在不动产物权登记的理论基础问题上仍存在严重分歧,这从我国物权立法的热议讨论中可见一斑。从现行立法状况来看,我国至今尚未制定专门的不动产登记法,已经制定的法律法规中虽有不动产物权登记之规定,但是其理论基础并不明确。我国的《物权法》也没有对不动产物权登记问题作十分详细的规定,其大量的空白仍需要由专门的不动产登记法来填补。本书对该课题的研究试图为规范我国不动产物权登记制度寻找科学的理论依据,同时,缜密合理的制度设计既有利于登记部门实际操作,也便于维护当事人的利益平衡,如果发生诉讼,也便于法院审理案件,而目前我国零散而粗糙的不动产登记制度根本无法满足社会现实的需要。本书在探讨不动产物权变动的理论基础的同时,也将对不

动产物权的预告登记、初始登记、变更登记、更正登记、异议登记、涂销登记以及公告等制度进行系统的制度设计,重点对真正权利人、交易当事人和善意第三人的利益状况进行实证分析和利益衡量,以供我国立法机关作为不动产权登记立法的参考。

基于以上目的,本书对该课题的研究主要集中在以下几个方面:

(1)在对传统的物权变动模式评析的基础上,提出应以绝对物权行为理论构建物权变动的理论基础。通过对三种典型的物权变动模式逐一进行分析,笔者指出其理论上的不足和制度设计中的缺陷。笔者从物权和债权的差异入手,着重分析引起物权和债权发生变动的法律行为中的意思表示因素,笔者认为“绝对法律行为”不仅是客观存在的,而且应当成为物权变动的理论基础。目前法学界承认绝对权,也承认绝对法律关系,但几乎无人论及特定人和不特定人之间的绝对法律行为。目前学术界将法律行为划分为单方法律行为、双方法律行为和多方法律行为,这无法合理解释引起绝对权变动的法律行为的性质问题。绝对法律行为的概念将使法律行为理论更加完善。绝对法律行为引起绝对法律关系,从而导致绝对权的变动,相对法律行为引起相对法律关系,从而导致相对权的变动,即绝对法律行为→绝对法律关系→绝对权,相对法律行为→相对法律关系→相对权。不承认绝对法律行为的存在,就无法解释绝对权变动的的原因,也无法解释引起绝对权变动的法律行为的性质。绝对法律行为可以使绝对权和相对权的区分在逻辑上得到彻底的贯彻。(2)以绝对物权行为理论为依据,重新解释并系统设计了不动产登记制度。在不动产登记中,尤其应当建立物权变动公告制度,保证登记权利正确性推定的可靠性。登记之前以物权变动公告制度保护真正权利人,登记之后以登记的公信力保护善意第三人,从而使对真正权利人和善意第三人的利益保护达到平衡。不动产权一经登记公示,即产生权利正确性推定效力,这也正是登记公信效力的体现。但登记的正确推定效力无疑是以牺牲真正权利人的利益为代

价来换取交易秩序的效率与安全,因此应当建立物权变动公告制度,在确定登记之前给予利害关系人进行意思表示的空间,允许其提出异议,这不仅符合绝对法律行为理论,而且在实践中的确可以减少发生登记错误的几率,保证登记的正确性,避免使真正的权利人遭受公信力的损害。(3)以绝对物权行为理论为基础,以公示公信制度为原则,以恶意抗辩制度为补充,构建我国保护善意第三人的机制。善意取得制度在我国已成为保护市场交易中善意第三人的主流观点。事实上,尽管善意取得制度具有一定的合理性并符合人们的法律情感,但由于善意的主观标准难以确定,其保护买受人的法律功能难以充分发挥,而公示公信制度则可以将物权变动过程外化为一定物态形式为公众所知,并为第三人提供了善意的客观标准,在保护第三人方面,公示公信制度较善意取得制度为优,应根据绝对物权行为理论,以登记公示公信和恶意抗辩来构建保护第三人的立法体制。(4)本书探讨了不动产登记的一般规则,主要对不动产登记机关、登记对象、登记类型、地籍调查、不动产登记的一般程序以及不动产登记的效力进行了研究。(5)本书还探讨了不动产登记的具体形态,主要包括不动产总登记、初始登记、变更登记、预告登记、查封登记、信托登记、更正登记、异议登记、涂销登记等各种具体的登记形式。

理论基础模糊不清、制度设计简单粗糙,这是目前我国不动产登记制度的主要缺陷。本书试图对不动产登记制度进行理论匡正,希望能够为我国不动产权登记制度寻找科学的理论基础,为我国制定出一部缜密合理的不动产登记法作好理论上的准备。

于海涌博士

2007年8月22日

目 录

序 / 1

导论：我国不动产登记制度中的 主要缺陷 / 1

一、基础理论模糊不清 / 2

二、多头管理，分级登记 / 3

三、政出多门，各自为政 / 7

四、登记范围不明 / 9

五、具体制度往往违背物权法的
基本原则 / 10

六、重视行政管理，轻视公示服务 / 21

七、重视城市，忽视农村 / 23

八、登记制度之间协调不够 / 26

第一编 不动产登记的理论基础:绝对物权行为理论

第一章 典型不动产登记模式的分析 / 35

第一节 典型的不动产登记模式 / 36

一、“登记对抗主义”模式 / 36

二、“登记生效主义”模式 / 37

三、“折中主义”登记模式 / 41

第二节 “登记对抗主义”模式的分析 / 41

一、登记对抗主义在理论上的不足 / 42

二、登记对抗主义在适用上的困难 / 44

第三节 “登记生效主义”模式的分析 / 49

一、物权行为理论的困惑 / 51

二、对物权行为理论的进一步追问 / 59

第四节 “折中主义”登记模式的分析 / 71

一、债权行为何以引起物权变动? / 71

二、登记或交付是法律行为吗? / 72

三、“折中主义”登记模式如何保护真正权利人? / 73

第二章 绝对权变动与绝对法律行为 / 74

第一节 “绝对法律行为”概念的提出 / 74

一、关于绝对权与相对权的通说 / 74

二、关于绝对法律关系与相对法律关系的通说 / 79

三、对法律行为分类的通说 / 81

四、绝对法律行为和相对法律行为:法学理论中的盲点 / 84

第二节 绝对法律行为的客观性 / 86

一、不特定人在绝对权变动中的法律地位 / 87

二、绝对法律行为中的意思表示方式 / 88

三、绝对法律行为为什么会长期被我们忽略? / 89

第三节 绝对法律行为的价值 / 92

- 一、绝对法律行为的理论价值 / 92
- 二、绝对法律行为的实践价值 / 93
- 第四节 绝对法律行为的客观例证 / 94
 - 一、夫妻身份权的取得 / 94
 - 二、专利权之取得 / 99
 - 三、商标权之取得 / 100
 - 四、动产之抛弃 / 101
 - 五、不动产的总登记和第一次登记 / 101
- 第五节 萨维尼物权行为理论的根本症结 / 102

第三章 物权变动中的绝对法律行为:绝对物权行为 / 104

- 第一节 绝对物权行为才是引起物权变动的真正原因 / 105
 - 一、债权行为中的物权变动合意是客观存在的 / 105
 - 二、债权行为不是引起物权变动的真正原因 / 106
 - 三、绝对物权行为才是物权变动的真正原因 / 108
 - 四、不特定人在物权变动中进行意思表示的必要性 / 108
- 第二节 绝对物权行为的成立 / 111
 - 一、当事人身份在债权法律关系和物权法律关系中的区分 / 111
 - 二、意思表示在债权行为和绝对物权行为中的区分 / 112
 - 三、绝对物权行为的成立 / 112
- 第三节 绝对物权行为的生效 / 114
 - 一、对债权行为中物权变动合意的审查 / 115
 - 二、对公告异议程序中物权变动合意的审查 / 116
 - 三、登记:绝对物权行为的生效要件 / 116

第四章 “绝对物权行为”变动模式中的有因性和无因性 / 119

- 第一节 债权行为与绝对物权行为之间的有因性和无因性 / 119
 - 一、有因性 / 120
 - 二、无因性 / 120

第二节 绝对物权行为与国家确认行为之间的有因性和无因性 /122

一、有因性 /122

二、无因性 /123

第三节 无因性的有效射程 /124

一、直接交易当事人 /124

二、善意受让人 /124

第五章 绝对物权行为理论的应用价值 /126

第一节 绝对物权行为理论可以解决的重大争议 /127

一、萨维尼物权行为理论争论百年而终无定论,症结何在? /127

二、债权行为和物权行为的瑕疵一致,何以成为可能? /128

三、登记的性质:民事法律行为抑或行政行为? /128

四、出卖人的权利瑕疵担保义务如何履行? /129

五、买卖合同中没有转移所有权的意思表示,这可能吗? /130

六、无权处分中,买卖合同的效力如何确定? /131

七、抛弃是事实行为还是法律行为? /132

八、登记机关的实质审查如何进行? /133

九、登记的不动产物权推定为正确,推定的依据是什么? /133

十、直接当事人、善意第三人可否主张无因性之保护? /133

第二节 绝对物权行为理论在不动产中的应用 /134

一、不动产总登记中的绝对物权行为 /135

二、土地所有权第一次登记中的绝对物权行为 /136

三、建筑物所有权第一次登记中的绝对物权行为 /137

四、不动产时效取得中的绝对物权行为 /137

第三节 绝对物权行为理论是否适用于动产? /138

一、占有与权利推定 /139

二、绝对物权行为理论在动产领域中的运用 /139

第六章 “绝对物权行为”变动模式是我国物权立法的理性选择 /141

第一节“绝对物权行为”模式中的利益平衡 /142

- 一、以债权行为保护交易当事人 /142
- 二、以绝对物权行为保护利害关系人 /144
- 三、以国家确认行为保护善意第三人 /145

第二节 “绝对物权行为”模式的优势 /146

- 一、“绝对物权行为”模式优于“登记对抗主义”模式 /146
- 二、“绝对物权行为”模式优于“登记生效主义”模式 /147
- 三、“绝对物权行为”模式优于“折中主义”登记模式 /150

第三节 “绝对物权行为”模式是我国物权立法的理性选择 /151

- 一、不动产所有权变动的立法设计 /151
- 二、“绝对物权行为”模式是我国不动产物权变动模式的理性选择 /153

第二编 不动产登记的一般规则

第七章 不动产登记机关 /157

第一节 统一不动产登记机关的必要性 /158

- 一、不利于不动产的管理 /158
- 二、增加了财政负担,降低了工作效率 /159
- 三、不利于当事人办理登记 /159
- 四、不利于公示和查询 /159

第二节 司法机关抑或行政机关? /161

- 一、关于司法机关 /161
- 二、关于行政机关 /162

第三节 不动产登记机关的选择:县级土地行政机关 /163

- 一、为何选择行政机关? /163

二、为何选择土地机关? /166

三、为何选择县级机关? /167

第八章 不动产登记的范围 /169

第一节 权利登记抑或法律行为登记? /169

一、对法律行为的登记 /170

二、对权利的登记 /171

三、两种登记的比较 /171

第二节 对我国不动产登记范围的分析 /172

一、登记范围模糊不清 /172

二、登记范围偏窄 /173

第三节 登记范围的界定 /174

一、不动产物权 /174

二、不动产物权之限制 /174

第九章 不动产登记的基本类型 /181

第一节 不动产登记的主要分类 /181

一、所有权登记与他项权登记 /181

二、土地登记和建筑物登记 /182

三、正式登记与临时登记 /182

四、申请登记、嘱托登记和径为登记 /182

五、自愿登记和强制登记 /183

六、总登记和日常登记 /183

七、主登记与附登记 /184

八、第一次登记、变更登记和涂销登记 /184

第二节 不动产登记的立法技术安排 /186

一、不动产登记的“经线” /187

二、不动产登记的“纬线” /187

三、不动产登记的“经纬线”全貌图 /187

第十章 不动产登记与地籍调查 /188

第一节 地籍调查通论 /188

第二节 总地籍调查 /191

一、准备工作 /191

二、权属调查 /192

三、地籍测量 /195

第三节 日常地籍调查 /197

一、调查准备 /198

二、实地调查 /198

三、变更地籍资料 /199

第十一章 不动产登记的一般程序 /200

第一节 登记程序的启动 /200

一、申请登记 /201

二、嘱托登记 /205

三、径为登记 /206

第二节 登记申请的受理 /206

一、当场受理 /206

二、登记文件的补正与拒绝受理 /207

第三节 不动产登记的审核 /208

一、对债权行为有效性的审查 /209

二、对绝对物权行为的审查 /210

三、不动产物权变动的行政确认 /213

第四节 登记与颁发权利证书 /214

第十二章 不动产登记的效力 /215

第一节 “绝对物权行为”变动模式下登记之效力 /215

一、登记在行政法律关系中的效力 /215

- 二、登记在债权法律关系中的效力 /216
- 三、登记在物权法律关系中的效力 /216
- 第二节 不动产登记效力的比较研究 /217
 - 一、登记对抗主义 /218
 - 二、登记生效主义 /222
 - 三、登记对抗主义与登记要件主义的比较 /224

第三编 不动产登记的具体形态

第十三章 总登记 /229

- 第一节 不动产总登记的界定 /229
 - 一、总登记和初始登记的立法例 /229
 - 二、土地总登记的界定 /231
 - 三、总登记的法律特性 /233
- 第二节 不动产总登记的程序 /234
 - 一、通告 /234
 - 二、申请和收件 /234
 - 三、审核 /235
 - 四、公告 /236
 - 五、登记和颁发证书 /236
- 第三节 不动产总登记中的几个特殊问题 /237
 - 一、国家土地所有权的总登记问题 /237
 - 二、他项权的总登记问题 /238
 - 三、逾期不办理总登记的处理 /239

第十四章 初始登记 /241

- 第一节 土地所有权的初始登记 /241
- 第二节 建筑物所有权的初始登记 /242
 - 一、建筑物所有权初始登记的要件 /243

二、建筑物所有权初始登记的程序 /244	
第三节 他项权的初始登记 /249	
一、他项权初始登记的要件 /249	
二、各种他项权之初始登记 /250	
第十五章 变更登记 /252	
第一节 变更登记的界定 /252	
第二节 变更登记的原因 /254	
一、主体变更 /254	
二、客体的变更登记 /258	
三、权利内容的变更登记 /260	
四、附登记 /262	
第三节 变更登记的要件 /263	
第十六章 预告登记 /264	
第一节 预告登记的制度功能 /264	
第二节 预告登记的对象 /269	
第三节 预告登记的要件 /272	
一、预告登记的实质要件 /272	
二、预告登记的程序要件 /273	
第四节 预告登记的适用范围 /273	
一、国外的立法例 /273	
二、我国的立法状况 /274	
第五节 预告登记的法律效力 /276	
一、预告登记对物权人和未来物权人的效力 /276	
二、预告登记对第三人的效力 /278	
三、预告登记对真正权利人的效力 /279	
四、预告登记对国家公权力的效力 /280	
五、预告登记对其他物权人的效力 /281	

第十七章 查封登记 /282

第一节 查封与公示 /283

一、查封与司法机关的权威 /283

二、查封与交易安全 /284

第二节 对最高人民法院1998年司法解释的分析 /285

一、多种查封方法并用,难以协调 /286

二、加贴封条和张贴公告不能有效地限制不动产的转让 /286

三、公示措施无法有效保护交易中的善意第三人 /287

四、查封的效力不明 /289

第三节 对最高人民法院2004年司法解释的分析 /290

一、查封登记的对抗效力 /290

二、查封登记的优先效力 /290

第四节 法国财产保全制度对我国查封登记制度的启示 /291

一、保全性裁判抵押权的成立 /292

二、保全性裁判抵押权的效力 /296

第五节 完善我国查封登记制度的建议 /298

一、“重司法权威,轻市场秩序”的局面必须改变 /298

二、不动产的查封应当办理登记 /299

三、不动产的查封方式应当统一 /299

四、查封应当自登记时产生限制物权处分之效力 /301

五、我国可以考虑建立保全性裁判抵押权制度 /303

第十八章 信托登记 /305

第一节 信托财产的独立性与信托登记 /305

一、双重所有权的制度设计 /305

二、信托财产的独立性 /307

三、我国信托登记制度之探讨 /310

第二节 信托登记的基本制度设计 /311