



上大法学文库
SHANGDA FAXUE WENKU

登记限度论

——以不动产权利登记制为中心

李凤章◎著

DENGJI XIANDULUN
Yi Budongchan Quanli Dengjizhi Weizhongxin



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



上大法学文库
SHANGDA FAXUE WENKU

登记限度论

——以不动产权利登记制为中心

李凤章◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

登记限度论:以不动产权利登记制为中心 / 李凤章著.
北京:法律出版社,2007.10
(上大法学文库)
ISBN 978 - 7 - 5036 - 7686 - 4

I. 登… II. 李… 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 145623 号

©法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪 郭涛

装帧设计/汪奇峰

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

编辑统筹/法律出版社上海出版中心
经销/新华书店
责任印制/陶松

开本/A5
版本/2007年10月第1版

印张/8.5 字数/216千
印次/2007年10月第1次印刷

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)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

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

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7686 - 4

定价:20.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

《圣经》里有一句话,大意是说,当上帝为你关一扇门时,一定会再为你开一扇窗。这里边有深刻的方法论哲理。在法学研究中,当你要探讨一种制度的“应为”时,不妨从它的“不应为”或“不能为”着手。

现实告诉我们,当一种制度的功能在理论上被无限夸大、在现实中被无限扩张的时候,那就很可能意味着制度的异化:滥用、冲突、寻租乃至失效。所以,恰当地把握制度的限制性,与其说是限缩了制度的空间,不如说是端正了制度的方向,从而开辟了制度的前景。

在我国,不动产登记制度的发展经历了一个曲折过程。在计划经济时期,土地公有公用,城市房屋多为公有,无房地产市场,所以,作为“确定产权、便利交易”之重要保障的不动产登记制度,基本上不存在。改革开放以后,特别是20世纪90年代以来,随着城乡建设的发展、城市住房改革的深化和房地产市场的繁荣,对不动产登记的社会需求迅速增长,而登记制度不完善所带来的弊端也日益凸显。因此,不动产登记制度的研究,就不但需要明确“做什么”的问题,而且需要明确“不做什么”的问题。而解决这个问题,就要有科学的理论根据。李凤章博士的《登记限度论——以不动产权利登记制为中心》,就是这一背景之下的应运之作。

在近年来我国物权立法的过程中,不动产登记制度是一个热点,

也是一个难点。无论在理论界还是实务界,都有很多意见分歧。其中一个聚焦点是:应采纳登记生效主义还是登记对抗主义?二者的真正区别以及它们的利弊得失何在?制度选择应考虑的因素和需解决的问题有哪些?这些都有待于理论上的深入研究。李凤章博士的这篇论文,运用制度经济学的分析工具,在广泛借鉴德国、英国、我国台湾地区和香港地区等采纳权利登记制的国家和地区的立法例或有关规定的规定的基础上,从制度“不能”的角度入手,分析论证了不动产权利登记制度在登记能力、登记效力、登记审查、登记权等方面所应设定的限度。这对习惯于功能主义分析建构方法的学界和实务界来说,无疑是逆面春风。

如果将本书的理论成果推展开来,我们可以看到,强调登记限度和把握其边际约束,对于一切登记制度来说,都具有重要意义。登记在社会交易生活中发挥着国家权力引流器的作用,体现了国家对个人生活的介入和干预,体现了规范和事实的博弈关系。无论是商事登记,还是婚姻登记,抑或其他财产登记,都需要明确自己的制度边界并实现制度运行的自我约束。因此,这本书提出的理论方法,对所有登记制度来说都是有意义的。

再进一步,我们还可以把制度限度理论推广到一般的立法领域。制度是一种社会产品,而立法作为制度主要的生产方式,同样存在边际约束的问题。立法者为了实现某一目的而制定法律的时候,务必充分考虑立法的“不能”。当前我国面临着公共产品严重短缺的社会矛盾,其原因之一,就在于我国有不少制度供应存在“越位”、“超限”的现象。而在资源有限的情况下,这种现象意味着其他立法项目的资源需求不能得到满足,从而意味着法制体系整体进程的减缓。所以,制度限度理论所主张的立法节制观点,也值得我们关注。

从更深层的意义上说,制度限度理论也蕴涵着一种人生哲理,即凡事中庸持平,适可而止,是为谦卑立身,是为节制行事。

作为导师,对学生的研究成果加以肯定,所表达的不仅是赞许,而且更多的是期望和激励。

值此成果梓行之际，谨以八字相赠，以为勗勉：
冷眼观世，慧心度文。

王卫国

2007年8月于北京

前 言

不动产登记制度乃是物权法立法中的难点和热点。学者围绕着物权变动、登记模式、登记效力以及具体的登记制度,例如异议登记、预告登记等方面,已经做了大量的研究工作。^①尤其是常鹏翱先生的博士论文,首次将登记制度的研究从实体法转入登记程序法,强调了对登记程序的重视。但是,必须承认的是,对于登记制度最为根本的模式选择这一问题,我们仍然未达成共识。政府部门和实务界倾向于采纳登记生效主义,认为这是土地管理以及发挥土地的调控作用的根本要求。^②在立法的层面,物权法第9条也明确规定,不动产物权的设立、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。学界的情况基本上也是这样,登记生效主

① 比较有影响的作品主要有孙宪忠:“论不动产物权登记”,载《中国法学》1996年第5期。孙宪忠:“土地登记的法理和登记机关的选择”,载《中国土地科学》1998年第2期。王利明:“试论我国不动产登记制度的完善”,载《求索》2001年第5、6期。王洪亮:“不动产物权登记立法研究”,载《法律科学》2000年第2期。彭诚信:“我国物权变动理论的立法选择”,载《法律科学》2000年第1、2期。张翔:“论物权变动的理性基础及其实现”,载《法律科学》2002年第2期。程啸:“论我国民法典中不动产登记制度的完善”,载《法学杂志》2004年第3期。王崇敏:“我国不动产登记制度若干问题探讨”,载《中国法学》2003年第2期。渠涛:“不动产物权变动制度研究与中国的选择”,载《法学研究》1999年第5期。

② 2003~2004年,笔者曾有幸接受国土资源部中国土地矿产法律事务中心的委托,承担了不动产登记法的起草工作。在调研过程中,笔者发现登记部门对权利登记制的厚爱是非常明显的。

义已经成为学界的主流话语。^①但是,却很少有人注意到制度的边际约束。而忽视制度边际约束的制度建构,注定会成为国家管制的工具,而背离登记生效主义服务交易安全的本意。这一点已经为我国现有登记制度的弊端所证明。忽视制度边际约束的理论解说,也注定是一个残缺不全的理论解说。本书从登记的边际约束入手,探索登记生效主义的制度边界,正是力图以“不能者”的清醒,全面地审视和理解权利登记制,并为不动产登记法的立法提出自己的意见。为此,本书没有采取知识的梳理方法来证明登记生效主义的可移植性。而是从我国现存的登记生效的制度出发,力图回答:同样是登记生效制度,何以制度的移植变成了“橘生淮北”,是什么样的误解让保障交易安全和财产自由的登记制度既危害自由也无益安全呢?我们在追求制度功效的过程中是否忽略了那些本不应忽略的东西?这些问题的回答,单靠法律制度文本的分析是无法解决的。为此,本书更多地采取了法哲学、经济学尤其是制度经济学的学术进路,通过对制度边际约束原理的阐述,对登记制度边际约束的必要性和确定标准做了较为深入的分析;在此基础上,进一步通过比较考察和实证分析,从登记能力、登记效力、登记审查和登记权的行使等多方面对登记的限度做了详细的论述。

^① 据笔者的检索,主张登记对抗主义的文章,只有不多的几篇。中国政法大学在关于物权法草案的修改意见中,曾提到“不动产权变动的要件——应采公示对抗主义为原则,增加例外规定”,而其理由主要有三:登记生效主义下国家的公权力干预过大,侵害了当事人的交易自由;在我国,登记成本相当高;与实际生活不符。我国人口构成中,农民占绝大多数,如果法律采登记生效,而实际生活却不遵守,容易导致一纸空文,影响法律的权威性[此可参见关于《中华人民共和国物权法(草案)》的修改建议]。资料来源:<http://www.cupl.org/list.asp?unid=229>)。实际上,如果真的如此的话,德国、瑞士、我国台湾地区、英国还有最近的香港地区也不会采纳登记生效主义了。这三点理由所基于的都只是我们知识视野中想当然的登记生效主义,而不是规范化、科学化的登记生效主义。如果我们能消除对登记生效主义的众多误解,在强调登记生效的同时更注意到制度的边界,那么,登记生效也好、对抗也好,其实差别并不是太大。毕竟,相近的生产发展水平和不动产的交易现实,总是会产生类似的制度需求。此也可参见李凤章:“登记生效主义和登记对抗主义的比较考察”,载《贵州大学学报》2004年第6期。

这样,本书就带有鲜明的条件论的色彩。一般来说,制度论者往往偏好功能方法,先假设制度本身所欲达到的目的,然后在此目的或功能指引下,一步步进行制度的建构。而本书却是反其道而行之,它不是从价值或者目的出发,而是从约束性条件出发。正如上文所说,它非为“功能”,而为“不能”。

作为个人,笔者始终对条件充满着偏爱,它最终告诉笔者,对一个人来说,最重要的并不是你想做什么,而是在现有的约束性条件下,你能做什么。这种偏好同样也影响了笔者对制度的看法。笔者始终认为,鄙视现实中存在的交往规则,不计成本地建构所谓正义的大厦,是把大厦建立在流沙之上,建得越高、时间越久,造成的损害也就越大。所以,制度的宏大建构向来是笔者所不喜欢的。而这种想法最终在科斯那里找到了共鸣。科斯认为,交易成本或交易费用是社会存在和发展的约束性条件,是人类生活世界的摩擦力。制度的变革就是减少这种摩擦力,即用更低成本的制度来代替原来较高成本的制度。正是由于交易费用的存在,制度才变得如此重要。^① 本书所做的努力就在于它从成本是社会存在的约束性条件这一点出发,得出意思自决的自由^②和弥补的正义对于制度的必要性和客观性。如果所有交易费用是零,一个明智的独裁者可以准确无误地指导所有的资源使用分配,社会的每个成员唯命是从,且言而有信,而收入的分配恰当无瑕,自由本来是不必要的。而所谓弥补的正义作为最低限度正义的要求也就无从谈起。正是由于从成本这一客观条件出发所导致的研究视角的转换,本书确立了意思自决的自由和弥补正义的客观性,从而把自由和正义从人类所不懈追求的价值转换为无法克服的制度条件。另外,本书进一步把科斯的交易费用或交易成

① 此处借用了诺斯教授的话,诺斯教授曾说,当存在交易费用时,制度是至关重要的。转引自盛洪:“科斯的交易费用和诺贝尔经济学奖”,载 <http://finance.sina.com.cn>, 2004年7月16日访问。

② 本书所使用的自由概念,非为积极意义上的自由,而主要是指意思自决的消极自由,强调的是意思自治,是与“他决”相对应的概念。

本引入到制度本身,强调了制度在追求自我实现的过程中,同样存在制度成本,从而得出结论说,制度本身不能逾越自己的成本的边际约束。这样,就最终为制度的建构确立了自由、成本和正义三个边际约束的维度。由于这种制度的边际约束,不动产的权利登记制就不得不采取一种更加谦卑、节制的立场,从而在登记能力、登记效力、登记审查、登记权的行使等方面都呈现出自己的限度。

就结构来说,本书努力做到了前后勾连,一以贯之。第一章提出问题,即要坚持制度的边界。第二章制度边际约束的基本原理,构成本书的理论基础。正是由于意思自决的自由、制度本身的成本以及弥补的正义这三方面边际约束的存在,制度才不可能为所欲为,而必须坚持自己的限度。第三章则分别从登记能力、登记效力、登记审查、登记权各方面对登记限度做了实证分析,证明了世界各主要国家和地区的不动产权利登记制大都坚持了登记的限度,这乃是对第二章的具体论证和进一步展开。第四章主要讨论了物权行为问题。笔者认为,物权行为乃是对权利登记制下登记限度的一种理论解说,对于坚持和完善登记的限度是有益的。最后,本书结合我国的不动产登记制度的建构,提出了自己的看法,认为我国的不动产登记立法同样要遵守制度的边际约束。

如果说我国现有的权利登记制是一个美丽的圆的话,本书所做的工作实际上一直是在解构。圆是美的,然而真实却意味着残缺。如果立法者不顾约束性条件的限制而片面追求制度功效的时候,造就的只能是虚假。承认权利登记制立法的限度,这不是由于保守,而是因为清醒。认识到这一点,我们就不会被所谓分配正义的正当性和感召力冲昏头脑,就会对正义名义下国家公权力的滥用充满警惕。

目 录

前言	001
第一章 引论:制度逾界及其危害	001
第一节 不动产登记制度概述	001
第二节 权利登记制:国家立法的强制性制度供应	003
第三节 权利登记制与国家治理	011
第四节 警惕权利登记制下国家公权力的扩张	015
第五节 国家公权力的扩张已经给我国的不动产登记制度 及社会交易生活造成严重损害	021
第二章 原理论:制度边际约束的基本原理及其对不动产 权利登记制的基本要求	034
第一节 边际约束的自由维度	034
第二节 边际约束的成本维度	054
第三节 边际约束的正义维度	075
第四节 制度边际约束原理对不动产权利登记制的基本要求	088
第三章 实证论:登记限度的规范分析	092
第一节 登记限度之一——登记能力	092

第二节	登记限度之二——登记效力	114
第三节	登记限度之三——登记审查的简化与分化	158
第四节	登记限度之四——登记权行使的法律规制	177
第四章	解释论:制度建构与理论阐释——登记限度与物权行为	199
第一节	作为制度阐释的物权行为理论	200
第二节	物权合意的褪隐——登记同意	212
第三节	物权合意的褪隐——公证	214
第五章	应用论:我国不动产登记制度的重构	217
第一节	尊重既有的立法框架和制度建构	218
第二节	现有登记制度的变革必须坚持登记的限度	219
	参考文献	241
	后记:有一些东西为立法所不能及	253

第一章 引论:制度逾界及其危害

• 第一节 不动产登记制度概述

世界各国不动产登记制度,有所谓契据登记制、权利登记制、托伦斯登记制之分。

所谓契据登记制,为法国、日本等国所采纳,其所登记的并非权利,而只是契据,即由政府专门机构,对经当事人订立的不动产权变动的契约所载内容在登记簿上进行登记,登记机关对申请只进行形式审查,国家也不担保登记记载内容的真实,即登记没有公信力。登记仅仅是当事人寻求将自己的交易行为公示于众,从而获得对抗效力的手段,国家并不强制当事人进行登记。即使不登记,契约一旦生效,仍然发生物权变动的效力。所以,此登记制度又被称为登记对抗主义或者意思主义。^①

所谓权利登记制,登记的乃是权利,即登记机关对登记申请采取

^① 契据登记制、对抗主义、意思主义实际上都是从不同的角度对同一个制度所做的解释,从登记对象的角度来看是契据登记制;从效力角度来看是對抗主义;从效力来源看是意思主义。

实质审查主义,除了对申请登记的程序、手续是否完备进行审查外,还要对发生不动产权利的得失变更的原因,是否能有效成立,进行核查认定,其后方可登记。一旦登记,登记名义人就获得权利的确权,并且国家担保这种权利确权的正确性,即登记具有公信力。凡是依法应经登记而未经登记之权利变动,并不发生相应的物权变动效力。所以,不动产权利人要想依法获得物权及其变动的效力,必须进行登记,登记成为物权变动的生效要件,登记因此具有强制性。所以权利登记制又被称为登记生效主义(要件主义)、形式主义。权利登记制主要为德国、瑞士、荷兰、奥地利、埃及等国所采用。

托伦斯登记制,由托伦斯爵士于1858年在澳洲首创。托伦斯登记系统有三项基本原则:

镜子原则(mirror principle):登记和产权证书被认为精确、完整地再现了权利的状态。因此,为了保障准确与完整,登记机关有实质的审查义务,甚至可以调查取证,登记机关在审查无误后,发给权利人权利证书(certificate),作为权利人享有权利的证明;权利人转让时,只要将转让书(deed)和产权证书交给受让人,受让人申请登记,登记机关审查无误后,将原来的出让人的产权证书收回,另外颁发一个新的产权证书给受让人。

门帘原则(curtain principle):这表明,登记具有绝对的效力即公信力,即使在此前还有其他的导致权利瑕疵的原因,比如财产上存在负担,比如财产实际上已被转让给他人,但只要现在的产权证书登记上没有记载,那么,过去的一切导致权利瑕疵的情形都视为不存在。从而隔断了权利证书之外的非可知因素对受让人权利的影响,极大地保护了交易安全。

保险原则(insurance principle):如果由于登记不正确,给权利人

造成了损害,通过保险基金对损失加以补偿。^①

由此可见,托伦斯登记制同样也是权利登记制,登记也具有公信力。但是与德国、瑞士的权利登记制不同之处在于,首先,初始登记并不强制,但一旦进入登记簿,其后的产权变动就必须办理登记,非经登记不生效力,即采初始登记的自由主义。其次,托伦斯登记制要发给权利人产权证书,转让时出让人不但要交付转让书,还要交付产权证书。而权利登记制,登记是就当事人之契约加以注记验证,并不另发书状。^② 加拿大、英国、美国少数州主要采取的就是这种制度。

• 第二节 权利登记制:国家立法的强制性制度供应

不动产产权的保障,是不动产交易顺利进行、确保权利人对不动产进行投资,以实现物尽其用的基本条件。可以说,没有安全和秩序,就不会有交易,所以,各国总会有各自的制度措施,来保障不动产权利人的权利不被否定,保障权利人已经形成投资或者形成信赖的不动产不被追夺,保障交易安全,维护必要的交易秩序。而要保护自己通过交易取得的不动产物权不受他人的追夺,首先要在交易之前了解掌握有关不动产权利的信息,尽可能地避免权利被追夺的命运。其次,在万一受到追夺的情况下,自己的权利也不至于被否定。所以,交易安全的实现也就不外乎两点:交易前的慎重和纠纷后的保护。世界各国也正是从这两点着手的,只是由于制度供应者和制度的侧重点不同,而呈现出不同的特色。

从制度供应的角度来说,主要包括司法供应制度、市场供应制度和立法供应制度。

^① 雅虎网搜索资料:Torrens system of registration。另参见李凤章:“不动产登记制度的价值分析和路径选择”,载江平主编:《民商法律评论》(第2卷),中国方正出版社2005年版,第41页。

^② 梁慧星主编:《中国物权法研究》,法律出版社1998年版,第204页。

一、司法供应制度

司法供应制度,主要是在立法缺位的情况下,由法官在个案的审理中,通过判例的创设和法条的解释,来创设规则,解决纠纷。就不动产权利交易来说,就是在未能通过立法制度提供关于不动产权利的确定信息的情况下,首先由当事人自我搜寻不动产权利信息,但由于缺乏登记生效主义模式下的那种正确和透明,权利取得人被追夺的情形无法避免,此时,法官作为裁决者,往往会从交易安全和交易秩序的角度出发,通过解释和判例,对取得人的权利加以保护,从而形成交易安全保护的制度规则。这种司法供应制度,主要侧重在纠纷发生后的救济,即使通过立法提供了关于不动产权利的信息,但是,并不保障该信息的正确和全面,信息的搜集仍要以当事人自我为主,总体上其对交易安全的保护仍然是更多地依赖法官的解释和裁决,是一种侧重事后救济的制度。这方面主要的例子是日本。

日本采登记对抗主义,通说、判例的观点是不采取公信原则,而只是把它作为对抗要件。^①至于公信力和对抗力的区别,在公示公信主义,因登记可约束当事人,相对人依登记表征进行交易,即使与真实情况不符,物权人亦不得请求返还,唯得请求有关官署为国家赔偿。^②而在公示对抗主义,因不动产变动登记只产生对抗第三人的效力,若不动产物权转让中存在登记错误之瑕疵,则真权利人得追回其物,此时受让人即使善意信赖登记亦不得保有该物,^③即登记对抗主义只能解决一物二卖时的权利冲突问题,大体是以有效的物权变动为前提的。^④在法律行为有效所导致的物权变动的情形,登记生效主义与登记对抗主义模式的差别不会太大。但在前手物权变动行为无效或者被撤销的情况下,由于没有公信力,第三人的保护无法借助对

① [日]田山辉明:《物权法》,陆庆胜译,法律出版社2001年版,第31页。

② 倪江表:《民法物权论》,正中书局1982年第5版,第28~29页。

③ 朱庆育:“寻求民法的体系方法”,载《比较法研究》2000年第2期。

④ [日]我妻荣:《日本物权法》,有泉亨修订,李宜芬校订,中国台湾地区五南出版图书公司印行,第136页。

登记簿的信赖,而必须另辟蹊径,对此,日本主要采取了司法扩张解释的方法。

假设 A 把不动产出售于 B, B 后来又出售于 C, 其后发现 A、B 之间的法律行为由于欺诈胁迫等存在无效或被撤销的情形。

第一,如果第三人善意,并且登记的话,尽管由于欺诈、胁迫等, A、B 之间的合同被撤销或无效,因此, A 有物的返还请求权。“作为这一点的理论结构,可以考虑在 A、B 间的合同撤销前,该土地所有权归属于 B,所有权因撤销的追及性由 B 复归于 A,这被称为复原性物权变动,这种物权复原的法律性质与通常的物权变动一样。”^①因此可以根据《日本民法典》第 177 条的规定, B 复归于 A 的物权变动无法对抗 B 出售给 C 的物权变动。所以,尽管 A、B 之间的合同无效或被撤销,登记的善意后手(第三人)仍然可以取得所有权。

第二,对于错误而言,《日本民法典》第 95 条规定,意思表示,于法律行为的要素有错误时为无效,但是表意人有重大过失时,不得自己主张其无效。对于不动产来讲,出卖人自应慎重,率而为之,动辄毁约,难谓非有重大过失。所以,原权利人因错误而撤销并不容易。

第三,在欺诈的情况下,根据《日本民法典》第 96 条第 3 款的规定,因欺诈而进行的意思表示的撤销,不得以之对抗善意第三人。所以,善意的第三人仍然能取得所有权。

第四,在 A、B 双方虚伪表示的情况下,则根据《日本民法典》第 94 条的规定,与相对人通谋而为意思表示者,其意思表示为无效。前款意思表示的无效,不得对抗善意第三人。第三人同样可以取得所有权。

第五,在胁迫的情况下,日本学者倾向于区分两种情况:

第一种情况是, A 以被胁迫为理由而撤销合同后,出现了第三人。根据追及性无效说, A 撤销后应去除 B 名义的登记,却殆于这样做。由于 C 是出于对登记的信任才从 B 手中买下这一土地的。应该

^① [日]田山辉明:《物权法》,陆庆胜译,法律出版社 2001 年版,第 64 页。