

BUDONGCHAN TONGYI DENGJI DE
LIFA YANJIU
JIANLUN BUDONGCHAN DENGJIFA CAOAN DE SHEJI

不动产统一登记的 立法研究

——兼论《不动产登记法》草案的设计

于海涌 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

BUDONGCHAN TONGYI DENGJI DE
LIFA YANJIU

JIANLUN BUDONGCHAN DENGJIFA CAOAN DE SHEJI

不动产统一登记的 立法研究

——兼论《不动产登记法》草案的设计

于海涌 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

不动产统一登记的立法研究:兼论《不动产登记法》
》草案的设计 / 于海涌著. —北京:法律出版社,
2016. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9369 - 7

I. ①不… II. ①于… III. ①不动产—登记制度—研
究—中国 IV. ①D923. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 075773 号

不动产统一登记的立法研究
——兼论《不动产登记法》草案的设计

于海涌 著

责任编辑 李峰云
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2016 年 7 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
责任校对 杨锦华
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 18.75 字数 227 千
印次 2016 年 7 月第 1 次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
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

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 - 5118 - 9369 - 7

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

自序

2007年3月我国出台了物权法,根据《物权法》第10条的规定:“国家对不动产实行统一登记制度”,但是统一登记一直没有具体落实。直到七年之后的2014年,国土资源部才将起草的《不动产登记条例(草案送审稿)》报送国务院审议。国务院法制办公室经征求有关方面的意见后修改形成了《不动产登记暂行条例(征求意见稿)》,2014年7月30日,国务院常务会议讨论了《不动产登记暂行条例(征求意见稿)》并向社会公开征求意见;2014年11月24日,国务院公布了《不动产登记暂行条例》并于2015年3月1日起施行,至此我国不动产统一登记制度可谓取得重大进展。《不动产登记暂行条例》虽然总共只有35条,仍然比较粗略,但这个条例对我国不动产登记制度进行了宏观的基本框架,我国的不动产登记实现“五个统一”:统一法律依据、统一登记机关、统一登记簿、统一登记程序、统一信息平台。

虽然我国不动产统一登记制度终于进入了实质性操作阶段,但我国距制定专门的《不动产登记法》还有很长的道路。理论基础模糊不清、制度设计简单粗糙,这仍然是目前我国不动产登记制度中的主要缺陷。由于我国长期对不动产登记实行了多头管理、分级登记,再加上城乡发展不平衡、法律制度设计不协调等诸多原因,导致我国现行的立法不仅零散,而且存在不少错误,有的甚至违反物权法的基本原则。这种制度缺陷直接危及当事人的切身利益与市场交易的秩序及安全。尽管物权法已经出台,但不动产登记制度中存在的大量缺陷仍有待逐步消除。

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。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的需要。为此,本书在探讨不动产物权变动的一般规则的同时,对不动产物权的预告登记、首次登记、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了系统的制度设计,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物权登记立法的参考。

本书关于不动产登记的立法研究,主要集中在以下几个方面:(1)探讨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。(2)探讨不动产登记的具体形态,主要包括不动产总登记、首次登记、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。(3)依据不动产登记的理论研究成果,制定了我国《不动产登记法(草案)》学者建议稿,为我国未来制定缜密合理的《不动产登记法》提供立法参考。

物权立法的核心是不动产法,而不动产登记对当事人的利益和市场的交易秩序息息相关。制定一部缜密合理的、具有可操作

性的《不动产登记法》是我们的期望。笔者对我国不动产登记制度的远景大致可以进行如下的展望：

第一，国务院只是以行政法规的形式确定了不动产统一登记的宏观框架，其中关于首次登记、变更登记、转移登记、注销登记、更正登记、异议登记、预告登记、查封登记等在暂行条例中几乎没有任何具有可操作性的具体规则。可以预见，大量可操作性的登记规则只能留待未来进一步补充完善。

第二，国务院以“暂行条例”为不动产登记规则进行命名，表明了国务院对不动产登记立法的谨慎态度。既然以“暂行条例”的方式出台，这就意味着将要根据实施的情况，在总结经验教训的基础上，为将来制定《不动产登记条例》留下余地，在条件成熟的时候制定《不动产登记法》应该属于我们的合理预期。

于海涌教授

2016年3月6日珠江湾畔竹下书屋

目 录

自 序 / 001

导论:我国不动产登记制度中的主要缺陷 / 001

一、基础理论模糊不清 / 002

二、多头管理,分级登记 / 003

三、政出多门,各自为政 / 007

四、登记范围偏窄 / 009

五、具体制度往往违背物权法的基本原则 / 010

六、重视行政管理,轻视公示服务 / 021

七、重视城市,忽视农村 / 023

八、登记制度之间协调不够 / 026

上编 不动产登记的一般规则

第一章 统一的不动产登记机关 / 035

第一节 统一不动产登记机关的必要性 / 036

一、不利于不动产的管理 / 036

二、增加了财政负担,降低了工作效率 / 036

三、不利于当事人办理登记 / 037

四、不利于公示和查询 / 037

第二节 司法机关抑或行政机关 / 038

一、关于司法机关 / 039

二、关于行政机关 / 040

第三节 不动产登记机关的选择: 县级土地行政机关 / 041

一、为何选择行政机关 / 041

二、为何选择县级机关 / 044

三、为何选择土地机关 / 045

四、县级土地行政机关应是不动产登记机构的合理选择 / 045

第二章 不动产登记的对象 / 047

第一节 权利登记抑或法律行为登记 / 047

一、对法律行为的登记 / 048

二、对权利的登记 / 048

三、两种登记的比较 / 049

第二节 我国不动产登记范围的分析检讨 / 050

一、登记范围的确定 / 050

二、登记范围偏窄 / 051

第三节 登记范围的扩充 / 052

一、不动产权 / 052

二、不动产权之限制 / 052

第三章 不动产登记的基本类型 / 059

第一节 不动产登记的主要分类 / 059

一、所有权登记与他项权利登记 / 059

二、土地登记和建筑物登记 / 060

三、正式登记与临时登记 / 060

四、申请登记、嘱托登记和径为登记 / 060

五、自愿登记和强制登记 / 061

六、总登记和日常登记 / 061

七、主登记与附登记 / 061

八、第一次登记、变更登记和涂销登记 / 062

第二节 不动产登记的立法技术安排 / 064

一、不动产登记的“经线” / 064

二、不动产登记的“纬线” / 064

三、不动产登记的“经纬线”全貌图 / 065

第四章 不动产登记与地籍调查 / 066

第一节 地籍调查通论 / 066

第二节 总地籍调查 / 069

一、准备工作 / 069

二、权属调查 / 070

三、地籍测量 / 073

第三节 日常地籍调查 / 075

一、调查准备 / 076

二、实地调查 / 076

三、变更地籍资料 / 077

第五章 不动产登记的一般程序 / 078

第一节 登记程序的启动 / 078

一、申请登记 / 079

二、嘱托登记 / 083

三、径为登记 / 084

第二节 登记申请的受理 / 085

一、当场受理 / 085

二、登记文件的补正与拒绝受理 / 085

第三节 不动产登记申请的审核 / 087

一、对债权行为有效性的审查 / 087

二、在必要时发布公告并征求异议 / 089

三、不动产物权变动的行政确认 / 092

第四节 登记与颁发权利证书 / 092

第六章 不动产登记的效力 / 094

第一节 登记在三种法律关系中的效力 / 094

一、登记在行政法律关系中的效力 / 094

二、登记在债权法律关系中的效力 / 095

三、登记在物权法律关系中的效力 / 095

第二节 不动产登记效力的比较研究 / 096

一、登记对抗主义 / 097

二、登记生效主义 / 101

三、登记对抗主义与登记要件主义的比较 / 103

中编 不动产登记的具体形态

第七章 总登记 / 109

第一节 不动产总登记的界定 / 109

一、总登记和初始登记的立法例 / 109

二、土地总登记的界定 / 111

三、总登记的法律特性 / 113

第二节 不动产总登记的程序 / 114

一、通告 / 114

二、申请和收件 / 114

三、审核 / 115

四、公告 / 115

五、登记和颁发证书 / 116

第三节 不动产总登记中的几个特殊问题 / 116

一、国家土地所有权的总登记问题 / 116

二、他项权的总登记问题 / 118

三、逾期不办理总登记的处理 / 119

第八章 首次登记 / 120

第一节 土地所有权的首次登记 / 120

第二节 建筑物所有权的首次登记 / 121

一、建筑物所有权首次登记的要件 / 122

二、建筑物所有权首次登记的程序 / 123

第三节 他项权的首次登记 / 128

一、他项权首次登记的要件 / 128

二、各种他项权之首次登记 / 129

第九章 变更登记 / 131

第一节 变更登记的界定 / 131

第二节 变更登记的原因 / 133

一、主体变更 / 133

二、客体的变更登记 / 137

三、权利内容的变更登记 / 138

四、附登记 / 141

第三节 变更登记的要件 / 141

第十章 预告登记 / 143

第一节 预告登记的制度功能 / 143

第二节 预告登记的对象:债权? 物权? / 148

第三节 预告登记的要件 / 151

一、预告登记的实质要件 / 151

二、预告登记的程序要件 / 152

第四节 预告登记的适用范围 / 152

一、德国的立法情况 / 152

二、我国台湾地区的立法情况 / 153

三、我国大陆的立法情况 / 153

第五节 预告登记的法律效力 / 155

一、预告登记对物权人的效力 / 155

二、预告登记对第三人的效力 / 157

三、预告登记对真正权利人的效力 / 158

四、预告登记对国家公权力的效力 / 159

五、预告登记对其他物权人的效力 / 160

第十一章 查封登记 / 161

第一节 查封与公示 / 162

一、查封与司法机关的权威 / 162

二、查封与交易安全 / 162

第二节 对最高人民法院 1998 年司法解释的分析检讨 / 164

一、多种查封方法并用,难以协调 / 165

二、加贴封条和张贴公告不能有效地限制不动产的转让 / 165

三、公示措施无法有效保护交易中的善意第三人 / 166

四、查封的效力不明 / 167

第三节 对最高人民法院 2004 年司法解释的分析检讨 / 168

一、查封登记的对抗效力 / 169

二、查封登记的优先效力 / 169

第四节 法国财产保全制度对我国查封登记制度的启示 / 170

一、保全性裁判抵押权的成立 / 171

二、保全性裁判抵押权的效力 / 174

第五节 完善我国查封登记制度的建议 / 176

一、“重司法权威,轻市场秩序”的局面必须改变 / 176

二、不动产的查封应当办理登记 / 177

三、不动产的查封方式应当统一 / 178

四、查封应当自登记时产生限制物权处分之效力 / 179

五、我国可以考虑建立保全性裁判抵押权制度 / 181

第十二章 信托登记 / 183

第一节 信托财产的独立性与信托登记 / 183

一、双重所有权的制度设计 / 183

二、信托财产的独立性 / 185

三、我国信托登记制度之检讨 / 188

第二节 信托登记的基本制度设计 / 189

一、委托人应转让信托财产所有权 / 190

二、受托人应被登记为所有权人 / 191

三、信托登记的公信力 / 194

第十三章 更正登记 / 196

第一节 更正登记的功能与性质 / 197

第二节 更正登记的要件 / 198

第三节 更正登记的效力 / 201

第十四章 异议登记 / 203

第一节 异议登记的制度功能 / 203

一、更正登记的前置程序 / 203

二、预告登记和异议登记 / 204

第二节 异议登记的立法比较 / 205

一、德国和日本 / 205

二、我国台湾地区 / 206

三、我国的物权立法 / 207

第三节 异议登记的要件 / 211

一、两种不同物权变动模式下的登记要件 / 211

二、异议登记的要件 / 212

第四节 异议登记的效力 / 215

- 一、异议登记对第三人之效力 / 215
- 二、异议登记对登记权利人之效力 / 215
- 三、异议登记对真正权利人之效力 / 218

第十五章 涂销登记 / 221

第一节 涂销登记的原因 / 221

- 一、物权人抛弃其物权 / 221
- 二、权利存续期间届满 / 222
- 三、债务清偿 / 222
- 四、混同 / 223
- 五、终止权之行使 / 223
- 六、法院之裁判或嘱托 / 224
- 七、债权人撤销权之行使 / 224
- 八、其他涂销登记之情形 / 224

第二节 涂销登记的程序 / 225

- 一、申请涂销 / 225
- 二、裁判涂销或嘱托涂销 / 226

第三节 涂销登记的效力 / 226

下编 不动产登记法的立法设计

第十六章 《不动产登记法》(草案建议稿) / 231

参考书目 / 275

后记 / 285

导论：我国不动产登记制度中的 主要缺陷

目前我国不动产登记制度中的一个明显不足就是理论基础模糊不清,制度设计简单粗糙,缺乏可操作性。由于我国长期奉行的计划经济延缓了商品经济的发展,由此导致民事立法的相对落后。直到1986年我国才通过新中国第一个民事基本法——《民法通则》。该法总计只有156条,看起来面面均有所涉及,但在运用时则感到捉襟见肘,挂一漏万,对许多重大的问题仅限于浅尝辄止,而其中关于不动产登记方面的规定更是十分简略。时至今日,我国的不动产登记制度除《物权法》的简单规定外,主要散见于《土地管理法》《城市房地产管理法》《森林法》《草原法》《担保法》《海域法》等法律之中;至于专门的不动产登记规则,主要有国务院发布的《不动产登记暂行条例》、国家土地管理局发布的《土地登记规则》和建设部发布的《城市房屋权属登记管理办法》等行政法规和部门规章;此外,对不动产登记起到规范作用的还有各省、市、自治区制定的地方性法规、一些较大的城

市制定的地方政府规章以及各种通知、决定、批复。总之,由于没有专门的法律对不动产登记进行规范。这就出现了政出多门、各自为政的局面,各种登记规则中就难免出现重复、矛盾、不协调、不明确等现象。有的规则不仅不够科学,甚至违反《物权法》的基本原则,这样我国不动产登记制度中难免存在诸多缺陷。

一、基础理论模糊不清

我国的物权立法究竟应当采用何种物权变动模式,学者之间的观点可谓千差万别,中国的学术界出现了百家争鸣的局面。首当其冲的是对物权行为理论的认识问题。对于应否采用物权行为理论,有学者力主采用德国物权行为理论,认为物权行为理论是可以解决我国目前物权法领域中争论的科学理论;另有学者则声称在我国的物权立法中无论如何不能把德国的物权行为理论搬到中国的土壤中来。有意思的是,在反对物权行为理论的阵营中,学者之间的意见也有重大分歧。尽管都反对物权行为理论,但对于究竟应当如何选择适合我国的物权变动模式,有学者主张应采用登记对抗主义,即使物权变动没有办理登记,在当事人之间仍为有效,不登记只是不能对抗第三人;另有学者则主张采用登记要件主义,登记是物权变动的必要条件,即使在当事人之间,如果不办理登记,物权变动也无从产生。此外,对于不同的变动模式,有学者认为在立法中可以多种登记模式并用。例如,对于不动产,采用登记要件主义,而对汽车、船舶、航空器等特定动产,则采用登记对抗主义;也有学者认为,登记模式应当整齐划一,要么统一采用登记要件主义,要么统一采用登记对抗主义,多头并用将导致操作上的困难,普通民众会感到无所适从,在实践中难免会导致纠纷的增多。笔者认为,法学界之所以对登记制度的看法如此天壤之别,主要的原因在于至今尚未在法学界形成大家可以普遍认可的基础理论。基础理论的模糊不清,自然会导致制度设计的不和谐局面。

二、多头管理,分级登记

《物权法》虽然明确规定对不动产实行统一登记制度,但对于统一登记机构仍然采取了搁置处理的方法,究竟哪一个机构是统一的登记机构并不明确。长期以来,我国不动产登记部门主要是依据行政管理的职能来确定。由于土地、房屋、森林、草原、海域等不动产分别属于不同的政府职能部门进行行政管理,关于不动产的登记也就相应地分散在不同的行政机关。^[1]对于登记机关来说,在登记中又往往可以收得一定的登记费用,因此不同的行政机关在争夺登记权限方面又有一定的利益驱动。根据我国现行的法律,至少存在以下主要的不动产登记机关:

1. 土地管理部门。根据我国《土地管理法》和《土地管理法实施条例》的规定,我国实行土地登记发证制度,土地所有权和使用权的登记主要在土地管理部门办理登记。《土地管理法实施条例》规定:农民集体所有的土地,由土地所有者向土地所在地的县级人民政府土地行政主管部门提出土地登记申请,由县级人民政府登记造册,核发集体土地所有权证书,确认所有权;单位和个人依法使用的国有土地,由土地使用者向土地所在地的县级以上人民政府土地行政主管部门提出土地登记申请,由县级以上人民政府登记造册,核发国有土地使用权证书,确认使用权;依法改变土地所有权、使用权的,因依法转让地上建筑物、构筑物等附着物导致土地使用权转移的,必须向土地所在地的县级以上人民政府土地行政主管部门提出土地变更登记申请,由原土地登记机关依法进行土地所有权、使用权变更登记。

2. 房产管理部门。我国城市的房地产管理工作是由土地管理部门和建设部门根据其各自的职能共同完成的。《城市房地产管理

[1] 1998年3月10日,第九届全国人大一次会议第三次全体会议表决通过了《关于国务院机构改革方案的决定》。根据这个决定,由地质矿产部、国家土地管理局、国家海洋局和国家测绘局共同组建国土资源部。

法》第60条规定：“国家实行土地使用权和房屋所有权登记发证制度。”第61条第2款和第3款规定：“在依法取得的房地产开发用地上建成房屋的，应当凭土地使用权证书向县级以上地方人民政府房产管理部门申请登记，由县级以上人民政府房产管理部门核实并颁发房屋所有权证书。”“房地产转让或者变更时，应当向县级以上地方人民政府房产管理部门申请房产变更登记，并凭变更后的房屋所有权证书向同级人民政府土地管理部门申请土地使用权变更登记，经同级人民政府土地管理部门核实，由同级人民政府更换或者更改土地使用权证书。”

3. 林业主管部门。我国《森林法》第3条规定：“森林资源属于国家所有，由法律规定属于集体所有的除外。国家所有的集体所有的森林、林木和林地，个人所有的林木和使用的林地，由县级以上地方人民政府登记造册，发放证书，确认所有权或者使用权。国务院可以授权国务院林业主管部门，对国务院确定的国家所有的重点林区的森林、林木和林地登记造册，发放证书，并通知有关地方人民政府。”

4. 草原行政主管部门。我国《草原法》第8条规定：“国务院草原行政主管部门主管全国草原监督管理工作。县级以上地方人民政府草原行政主管部门主管本行政区域内草原监督管理工作。”关于登记，《草原法》第11条规定：“依法确定给全民所有制单位、集体经济组织等使用的国家所有的草原，由县级以上人民政府登记，核发使用权证，确认草原使用权。未确定使用权的国家所有的草原，由县级以上人民政府登记造册，并负责保护管理。集体所有的草原，由县级人民政府登记，核发所有权证，确认草原所有权。依法改变草原权属的，应当办理草原权属变更登记手续。”

5. 海洋行政主管部门。海域属于国家所有，国家建立海域使用权登记制度。^[2] 我国《海域使用管理法》第19条规定：“海域使用

[2] 海域，是指中华人民共和国内水、领海的水面、水体、海床和底土。