

论不动产物权变动的生效 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E8_AE_BA_E4_B8_8D_E5_8A_A8_E4_c122_483707.htm

内容提要：现在法学界一般都认为不动产的物权变动登记生效，但是现实生活中由于这一制度引发的许多不必要的纠纷，本文以房地产买卖这一典型的不动产物权变动为载体对不动产的物权变动制度进行分析，并提出不动产登记不是物权转移的生效要件，不动产登记可以产生对抗第三人的效力的观点。关键词：不动产 物权变动 登记 对抗第三人 一、问题的提出 案例：某市二十户居民购买了甲方地产公司的某栋住宅楼，已经交房入住，但是尚未办理房产证。一天，煤气管道发生爆炸，这栋住宅楼被完全炸毁。二十户业主是否可以起诉煤气管道公司？没有房产证，是否可以以为这二十户居民没有房产所有权？房屋的风险自何时发生转移？如果要解决这些问题，必须对不动产的物权变动制度进行研究。为研究方便之目的，本文借用房地产买卖这一典型的物权变动形式对不动产的物权变动谈一下粗浅的看法。二、我国理论界对不动产转移的基本看法 对不动产物权的变动，立法上有两种倾向，即形式主义立法和意思主义立法。形式主义立法的原则是“登记生效原则”，意思主义立法确立的原则是“合意生效原则”。现阶段很多学者对房屋所有权的转移持“不动产登记生效”的观点。建设部《城市房屋登记管理办法》确认了登记生效的原则。该办法认为“房地产权属登记...是依法权人房屋产权归属关系的行为”“房屋产权证书是...唯一的合法凭证”。

〔引1〕正在起草的《民法典》在《物权法》编中确立了几

大原则：物权法定原则、公示公信原则、不动产登记生效原则、动产交付生效原则和特殊动产登记对抗原则。〔引2〕可见，如果没有变动的話，未来的《民法典》对不动产无权变动仍然采用形式主义立法。三，对形式主义立法的质疑但是，按照登记生效原则，案例中的业主由于没有进行房屋产权登记，所以他们仍不是真正意义上的房屋产权人。由于他们不是被炸毁的房屋所有权人，他们尚无主张损害赔偿之权利。房地产开发商已经取得了房价款，也没有兴趣向煤气公司主张权利。那么，业主是否可以要求退房哪？由于合同已经成立，根据诚实信用原则，合同应当履行，要求退房也不可能，况且业主也无房可退。如果一定强调房地产自登记时取得所有权，像案例一中的业主的房屋损失将很难得到救济。而这种情况下业主得不到救济是有失公平的，现实生活中很多实际问题也将很难解决。笔者认为出现这一二难推理的根源还是在“不动产登记生效”原则上。实际上，已经有学者对形式主义立法提出质疑，日本学者我妻荣认为：近代法中的公示原则毕竟是一种基于理性思考之法技术制度，一方面具有是权利义务关系明了确实之实益，另一方面却也给当事人带来了不便。〔引3〕办理取得登记生效制度的效率直接影响着登记公示职能的有效实现。在我国由于不存在物权合同的问题，买卖合同实际上就承担了物权合同的职责。买卖合同把发生债权债务的效果意思与发生物权变动的效果意思一起纳入到这一个法律行为中来。〔引4〕合同的当事人在订立买卖合同是，不仅表现债权债务的效果意思更体现出物权变动的效果意思，而且物权变动的效果意思才是买卖合同的终极目的。根据民法的当事人意思自治原则，在当事人订立买

卖合同的同时也完成了物权变动的意思表示，所有权应随之变动。“不动产登记生效原则”的目的是维护交易的安全，它并不禁止物权交易当事人的行为，而只是对当事人的行为起引导作用，只在当事人的行为不涉及国家利益和社会公共利益，国家就没有必要进行干涉，更不必去否定其效力。〔引5〕否则国家对此权利过分干涉不仅没有法律依据，而且容易干扰市场的正常运转。再将房地产登记部门的程序视为房屋所有权取得的必经程序，必将扩大行政部门对个人民事行为的干预，既不符合民法的基本原则，也不符合房地产登记部门的实际能力。现实生活中，公民的房地产登记，由于房地产登记部门没有能力予以核实，出错是经常的，公民为此发生纠纷，又经常选择行政诉讼，要求房地产登记部门撤销登记，既费时费力有劳民伤财。而且自订立合同到权利登记，一般都有一个时间差，在这个时间差中，如果按照不动产登记生效原则，权利是极不稳定的，必将引起买受人的忧虑。在实践中商品房交易一般自订阅合同甚至自实际交付（即入住）到办理产权登记有相当长的一段时间，快则几个月，慢者一、两年，致使买受人权利的不稳定。本文的案例正是由于出现在这一时差才形成进退两难的境地。笔者认为，不动产登记生效原则虽然在稳定物权人的物权上有一定的积极意义，但是随着经济的发展、不动产交易的剧增和交易形式的变化，这一原则比较僵化的弊端就显示出来。因此不动产登记生效原则已经变得不合时宜，甚至演变成阻碍不动产交易的因素，并经常引起纠纷。四，从房地产的取得与风险转移的关系来看登记取得物权的弊端应当说一个人的权利与义务是相当的，只有权利没有义务，或者只有义务没有权利都

是不公平的。这一点基本得到了法律界的共识。我们不妨在房地产买卖合同中看一下权利义务的关系。假设业主购买了房屋并入住后尚未取得房产证，此时业主并没有房屋的所有权，那么如何进行风险的转移呢？如果此时将风险转移给业主，此时业主尚无所有权，当第三者侵犯房屋的所有权是他没有能力去保护房屋的安全，事后他也无权追究侵权者的责任。因此此时将房屋的风险转移给业主是不合适的；如果此时风险由房地产开发商承担，由于房屋已经交付给业主，许多风险既不是房地产开发商能够避免，也不是开发商有权利去做的。因此将风险转移给开发商也是不妥的。现在风险无论由谁来承担都是不合理的，那么不合理的根源在那里呢？不合理的根源就在于物权转移的不合理。物权的取得应当在支付对价并实际占有时即得到实现。现在物权的取得与占有发生分离，导致了这种现象的出现。五、意思主义立法“不动产登记生效原则”的立法意图在于物权具有绝对排他的效力，其变动必须有足以由外部可辨认之表征，使用权物权关系得以透明，以避免第三人在交易时遭受不测之损害。〔引6〕但是当“不动产登记生效原则”对第三人保护的意图累及了交易双方时，则该原则的合理性就值得研究了，是否保护第三人交易安全，除此以外别无他途了呢？日本的立法例值得借鉴，日本法对物权变动采取意思效立法，不动产物权依当事人的合意而转移而无须登记，但是不经登记不足以产生对抗善良第三人之效力。既保护物权第三人又兼顾了物权的确定性。我国立法时亦应借鉴此先进之立法例。现阶段如何认识不动产的转移原则呢？虽然学界有人认为我国已经确立了“不动产登记生效原则”，笔者认为此观点颇值得商榷。

我国《立法法》认为民事的基本制度必须由法律确定。〔引7〕不动产生效的规定属于物权法的重要组成部分，物权法则是民事基本法律，应当由法律来确立，建设部的两个《办法》属部门规章，部门规章是无权确立不动产生效原则这一基本民事制度的。随着《立法法》的诞生，两《办法》关于“不动产登记生效原则”的合法性也随之动摇，由于物权制度在我国一直没有得到确立，不动产生效原则只能留待未来《民法典》或《物权法》来解决。在目前不动产生效原则未确立的情况下，法律界在处理这类案件时，应当遵循合同法的基本原理，即合同履行的同时物权随之转移处理应为适当。因为合同的性质是双方合意。如果购房人同意交付对价，房地产开发商也同意将房屋的所有权交付业主，即达成了合意，这种合同即为合法有效，当事人及可以基于合同直接取得房屋产权。房地产的物权转移宜在房产交付给买受人时生效，这样就能够避免占有和所有权分离所产生的尴尬。也可以使风险与所有权相吻合，以避免本案例所出现的二难推理。同时为保证判决第三人之合法权益，可规定非经登记不得对抗第三人之效力。当房地产所有权人取得房地产所有权时，房地产所有权人会马上去登记，因为如果他不登记，他的所有权是不能对抗善意的第三人的，任何人都不想将自己的房产置于一种不稳定的状态。同时，由于房地产所有人已经将其房地产登记，当第三人处于其他原因要取得房地产时，就应当到房地产部门进行查询，否则就可以认为他不是善意人。这样可以促使所有人主动登记、买房人主动查询，使登记制度得到良性的循环。值得一提的是《民法典》草案中设计的预登记制度能够起到防止“一物二卖”之效力。对保护买

受人和第三人的权益均起到了积极作用。六，结论 房地产买卖交易中采用交付时物权发生移转不登记不得对抗善意第三人的制度设计，既可避免占有与所有权相分离所造成的“权利空白”，又可维护第三人正当的权益。推而广之，可以推及所有的物权变动情况。引1：《城市房屋登记管理办法》第三条、第五条引2：全国人大法制委员会民法室副主任贾东明的讲话引3：我妻荣《日本物权法》，转引自《法学研究》引4：崔建元《无权处分辨合同法第51条规定的解释与适用》，《法学研究》2003年第1期引5：张学文《非依法律行为之不动产物权变动》，《法学研究》2003年第一期引6：前引5引7：《立法法》第八条第7项 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com