

## 图书在版编目(CIP)数据

物权法释论/张双根著. —北京:北京大学出版社,2018.4

ISBN 978-7-301-29443-7

I. ①物… II. ①张… III. ①物权法—研究—中国 IV. ①D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 061009 号

- 书 名** 物权法释论  
WUQUANFA SHILUN
- 著作责任者** 张双根 著
- 责任编辑** 郭薇薇
- 标准书号** ISBN 978-7-301-29443-7
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn>
- 电子信箱** law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印 刷 者**
- 经 销 者** 新华书店
- 650 毫米×980 毫米 16 开本 29.25 印张 406 千字  
2018 年 4 月第 1 版 2018 年 4 月第 1 次印刷
- 定 价** 70.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

**版权所有,侵权必究**

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

## 自序

本书收自文一十八篇，译作六篇，集中于物权法领域，时间跨度二十余年。其编排，略依物权法的结构，自总论、所有权、他物权、占有，而至物债两栖现象，六篇译作殿后。各文篇幅不一，行文也有差异，然其趣旨，大都循法教义学的路径，践行其方法与理念，故从友人建议，定名《物权法释论》。

旧文重辑，如扫落叶，只是把散落的叶子，归拢成一堆，并未增一分的分量。不过，据说作品一经完成，作者即成读者。此说若可信，那么重辑自己的旧文，倒也减少了我作为作者的不安，使我能享受作为读者的权利。

杨秋宇、彭粒一、巩涵、杨静、王琛诸君，查核文献，审校文字，备极辛劳。北大社编辑郭薇薇女士，以其少有的耐心与宽容，涵化我的慵懶与懈怠，亦感佩不已。我所任教的北京大学，适逢双甲子华诞，本书出版亦源此机缘，特志谢忱与祝贺。



论房地关系与统一不动产登记簿册

——兼及不动产物权实体法与程序法间的交织关系 / 001

论我国土地物权制度 / 047

物的概念若干问题 / 056

《物权法》第 31 条释义 / 070

《物权法》中的所有权概念发疑 / 094

论共有中的两个问题

——兼谈对《物权法(草案)》“共有”章的一点看法 / 107

国有财产在中国的特殊保护机制 / 118

论土地使用权的终止 / 130

混合共同担保若干问题思考 / 137

论抵押权的不可分性 / 156

占有的基本问题

——评《物权法草案》第 20 章 / 164

论间接占有制度的功能 / 186

也谈占有保护的正当性 / 198

“占有人与回复请求人关系”规则的基本问题

——以《物权法》规定为中心 / 212

《物权法》第十九章“占有”释义 / 244

商品房预售中预告登记制度之质疑 / 293

谈“买卖不破租赁”规则的客体适用范围问题 / 324

法政策判断与法律技术构造 / 346

物权化的债之关系 [德]赫尔曼·魏特瑙尔 著 / 364

间接占有与善意取得 [德]托马斯·吕夫纳 著 / 384

善意取得、间接占有与《德国民法典》的设计者

——《德国民法典》第 933 条与第 934 条

间价值冲突的缘起 [德]罗士安 著 / 405

《德国民法典》：立法过程及立法资料 [德]罗士安 著 / 438

德国物权法的沿革与功能 [德]赖纳·施罗德 著 / 442

《德国民法典》慕尼黑评注之第 861 条 [德]德特勒夫·乔斯特 著 / 453

# 论房地关系与统一不动产登记簿册

——兼及不动产物权实体法与程序法间的交织关系\*

## 目 次

一、导论	(三) 在建建筑物情形的
二、问题的呈现	“房地一致”:“重要成
(一) 登记簿册统一所应遵	分”理论之引入
循的原则	(四) 小结
(二) 登记簿统一在现行法	四、不动产登记簿册的统一
上所存在的疑问	(一) 登记簿册名称及其
(三) 小结	意义
三、房地关系:“房地一致原	(二) 关于土地的登记簿册
则”的理论表述	(三) 房屋登记簿及其与建
(一) “房地”概念的厘定	设土地使用权登记簿
(二) 现房情形的“房地一	间的关系
致”:元素—整体关系	五、余论

\* 原刊于《中外法学》2014年第4期。

本文写作,幸得北京大学法学院孙新宽博士全力协助,特致谢意!

## 一、导 论

虽然我国 2007 年《物权法》(第 10 条第 2 款)已有明确交代,但不动产统一登记的立法工作,直到最近一年才在新一届政府的推动下,有声有色地开展起来。依官方公布的立法规划,将于 2014 年 6 月底前出台《不动产登记条例》,然后再用 3 年左右时间全面实施不动产统一登记制度。立法的宗旨,在于实现登记的“统一”,做到登记机构、登记簿册、登记依据和信息平台的“四统一”。<sup>①</sup> 其中登记机构的统一,在政府机构改革与职能转变的大背景下,自然最受公众与学理的关注<sup>②</sup>,且近期国土资源部之下正式挂牌成立“不动产登记局”,也标志着不动产登记“四统一”工作已迈出重要一步,结束所谓“九龙治水”的局面。<sup>③</sup> 不过,登记机构的统一,只是统一不动产登记制度的第一步,并非其全部。自理论上言,“统一”意味着登记制度在整体上的内在体系化与系统化,意味着登记机构、登记簿册、登记程序以及各种登记之效力的实质性统一。若不能如此,即使已实

---

<sup>①</sup> 其工作进展,可参《国务院办公厅关于实施〈国务院机构改革和职能转变方案〉任务分工的通知》(国办发〔2013〕22 号),载 [http://www.gov.cn/zwggk/2013-03/28/content\\_2364821.htm](http://www.gov.cn/zwggk/2013-03/28/content_2364821.htm), 2014 年 6 月 8 日访问;2013 年 11 月国务院常务会议,参见 [http://news.xinhuanet.com/fortune/2013-11/20/c\\_118225491.htm?prolongation=1](http://news.xinhuanet.com/fortune/2013-11/20/c_118225491.htm?prolongation=1), 2014 年 6 月 8 日访问;2014 年“两会”期间国土资源部负责人专访,参见 <http://news.sohu.com/20140309/n396276368.shtml>, 2014 年 6 月 8 日访问;近期国土部相关负责人所给出的时间表,参见 [http://news.mlr.gov.cn/xwdt/jrxw/201404/t20140421\\_1313233.htm](http://news.mlr.gov.cn/xwdt/jrxw/201404/t20140421_1313233.htm), 2014 年 6 月 8 日访问,即“2014 年建立统一登记的基础性制度,2015 年推进统一登记制度的实施过渡,2016 年全面实施统一登记制度,2018 年前,不动产登记信息管理基础平台投入运行,不动产统一登记体系基本形成”。

<sup>②</sup> 媒体关注可参前揭注<sup>①</sup>所引。学理上对登记机构统一的讨论,可参见蔡卫华:《贯彻落实物权法,促进不动产统一登记》,载《国土资源报》2010 年第 5 期;刘璐:《统一不动产登记制之下的土地登记规则——以〈土地管理法修订草案送审稿〉第三章为分析对象》,载《政治与法律》2012 年第 5 期。

<sup>③</sup> 参见 [http://news.ifeng.com/a/20140509/40213786\\_0.shtml](http://news.ifeng.com/a/20140509/40213786_0.shtml), 2014 年 6 月 8 日访问;国土资源部网站:[http://www.mlr.gov.cn/zwggk/zytz/201405/t20140509\\_1316407.htm](http://www.mlr.gov.cn/zwggk/zytz/201405/t20140509_1316407.htm), 2014 年 6 月 8 日访问。

现登记机构的统一,其“统一”也仅流于形式,与房地登记分属不同机构的现状相较,只是百步与五十步之别。

在登记制度实质性统一的各项要素中,登记簿册是不动产登记得以操作的载体,是不动产登记制度赖以存在的基础,因此登记簿册的统一,无疑是接下来登记统一工作的另一重头戏。<sup>④</sup> 而如何形成统一的登记簿册制度,可自内外两方面来观察:在其外部,需回答应设置哪些种类的登记簿册,以及各登记簿册彼此间的关系;在其内部,登记簿册之名称、各登记栏目及其名称、各登记栏目内可登记的权利与事项、各登记栏目以及各登记事项间的关系等,这些登记簿册构成要素应如何协调统一。

同样因为登记机构的不统一,我国目前已有的不动产登记簿名目繁多。这一现状是否随登记机构的统一而有所改观,尚在未定之中。<sup>⑤</sup> 其中,土地登记簿与房屋登记簿之分设,因现行法将建筑物视作独立于土地之不动产<sup>⑥</sup>,似乎自始具有当然的制度正当性,而学界也因此常不具详论。<sup>⑦</sup> 但在本文看来,“房地”应否分享登记簿册,恰是登记簿册统一工作的核心所在。这不仅因为房屋登记事关大众百姓且为日常不动产登记工作的重点,更因为“房地关系”在实体法构造上的疑难点,一直因未深入讨论,呈掩饰状态,而统一登记簿册之立法,恰是揭开其遮掩的契机,使其完全暴露出来,从而上述统一登记簿册之内外两方面的问题,在“房地”登记簿之统一中,也就得以全面地呈现。有鉴于此,本文特以国有建设用地领域的“房地关系”为分析重心,由实体法而至登记程序法,落脚于统一的

<sup>④</sup> 对此看法不同者,程啸:《不动产登记法研究》,法律出版社2011年版,第148页。

<sup>⑤</sup> 相关讨论可参见程啸,同上注,第144页以下。

<sup>⑥</sup> 本文所论限于房屋意义上的建筑物,“建筑物”与“房屋”二语,在行文中也彼此互指,未做区分;但需指出者,若着眼于登记簿册的统一,虽然目前的登记实务已惯用“房屋”,但“建筑物”因更具包容性而更有可取性。至于“地上定着物”“构筑物”,乃至“储水池”“水库”等概念的界定,及其能否构成不动产,可参尹田:《物权法》,北京大学出版社2013年版,第52页以下;崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》(上册),清华大学出版社2011年版,第48页以下。不过,此等地上“构筑物”即便够成不动产,就其登记簿之设置规则,在原理上不应与“建筑物”有异。

<sup>⑦</sup> 持分设论者如程啸,见前揭注<sup>④</sup>,第147—148页;主张合并设簿者如常鹏翱:《不动产登记法》,社会科学文献出版社2011年版,第63—64页。



“房地”登记簿如何构建,并借此揭示不动产物权实体法与登记程序法间的彼此交织关系。在此之前,为明晰论文思路,有必要先行详示其问题脉络。

## 二、问题的呈现

欲明了我国法上的问题所在,先须把握不动产登记法一般理论上,不动产登记簿册在设置上所须遵循的原则。

### (一) 登记簿册统一所应遵循的原则

登记簿册之设置,一方面须遵循登记簿册的编制原则,另一方面又取决于不动产登记法的功能定位。前者着眼于登记簿册自身的构造逻辑,后者则牵涉登记簿册在整个不动产法律制度中所承担的角色。

#### 1. “物的编成”体例

不动产登记簿之编制,在体例上有“物的编成(Realfolium)”与“人的编成(Personalfolium)”之分,前者以不动产(物)为登记簿册的编制基准,后者则以权利人为主线。<sup>⑧</sup> 考察我国现行的不动产登记,在地上建筑物或房屋登记方面,以基本单元之房屋,作为房屋登记簿的编制基准。<sup>⑨</sup> 在土地登记方面,则以“宗地”作为基本单元来设置土地登记簿<sup>⑩</sup>;尽管这一“宗地”概念的内涵仍有待厘清(见下述),但其所隐含的以客体为准的编制思路,仍不揭自明。因此,现行不动产登记簿之编制,基本采取“物的编成”体例。而且,这一编制技术在我国践行既久,已有相当的积累,目前看

<sup>⑧</sup> 关于这两种不同体例的概述,可参 *Bauer/von Oefele*, Grundbuchordnung, 2. Aufl. 2006, § 3 Rn. 7, § 4 Rn. 1;〔德〕鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社2004年版,第299页;程啸,见前揭注④,第149—151页。

<sup>⑨</sup> 参见《房屋登记办法》(2008年原建设部)第10条、《房屋登记簿管理试行办法》(2008年住建部)第5条;地方性立法如《重庆市土地房屋权属登记条例》(2012年10月1日起施行)第9条第款第一分句。

<sup>⑩</sup> 参见《土地登记办法》(2008年国土部)第5条;地方性立法如《重庆市土地房屋权属登记条例》第9条第1款第二分句。

不出有改弦更张的必要<sup>①</sup>，故大体可断言，房地登记统一后，统一的不动产登记簿册，在编制上仍坚持“物的编成”体例。

那么在编制登记簿册时，这一编制体例具体表现在哪些方面呢？对此学界阐发不多，而在本文看来至少有以下几个方面：第一，所谓“不动产登记簿”者，顾名思义，就是为“不动产”所编制的登记簿册，因此，享有为其编制独立的登记簿册之“资格”的，只能是“不动产”。这虽是不言自明的道理，但因关乎本文立论的大关节，不得不特别提出。不动产所享有的这一资格，不妨称之为“登记簿册之享有能力”。<sup>②</sup> 准此，凡不构成实体法上的独立不动产者，无论其表现如何，均无“登记簿册之享有能力”。<sup>③</sup> 第二，与此相应，登记簿册之名称，原则上以该不动产之名称为准。换言之，以不动产之种类名称（如土地、建筑物等），为登记簿册命名（如土地登记簿、建筑物登记簿等）。如此，“物的编成”才能名正言顺。第三，进一步地，登记簿册在登记栏目设置上，应首先设置“状态栏目”，记载该不动产的地籍编号或房屋编号以及位置、面积、用途等自然属性，以使该项不动产特定化，进而与物权客体特定原则相通。

## 2. 不动产登记法之程序法定位

与物权法等规范不动产物权关系的实体法相对，不动产登记法属于

<sup>①</sup> 相同意见参见程啸，见前揭注④，第151—153页。顺便提及者，自不动产登记统一立法进入公众视野以来，坊间与媒体曾殷殷期待“不动产登记承担起反腐利器”之功能，集中报道可参见：《不动产登记承担得起反腐重任吗？》，<http://news.ifeng.com/opinion/special/budongchan/>，2014年6月8日访问；《不动产登记制度来了：房叔、房婶们怕了吗？》，<http://news.sohu.com/20140329/n397417870.shtml>，2014年6月8日访问。此一期待尽管是对不动产登记制度核心功能的误解，却与“人的编成”体例颇有暗合之处。不过需指出的是，即便是采取“物的编成”体例，倘若在互联网技术基础上能真正实现“住房信息联网”“反腐”这一政治使命也未尝不可成为不动产登记的附带功能；但仅此而已，个人住房信息的“联网”，仍非真正意义上的登记簿之“人的编成”。

<sup>②</sup> 这一概念不乏自创意味。与此相区别者，一为不动产登记法中常见的“登记能力”（Eintragungsfähigkeit）概念，即不动产物权或其关系能登记入不动产登记簿之能力；另一为“登记簿能力”（Grundbuchfähigkeit），即参与不动产登记法律关系并能以物权人或相关当事人身份登入登记簿之主体资格，如民法上的合伙能否作为不动产所有权人登记入登记簿者，即属于此类，就此可详见 *Bauer/von Oefele*，a. a. O.，§ 3 Rn. 26 ff.。

<sup>③</sup> 此论并不妨碍在立法上将某些特殊的动产，如船舶、航空器等，拟制为不动产，进而为其设置登记簿；就与此相关的在建船舶抵押权之构成，见下述：三、（三）2部分。

程序性法律,旨在反映并保障不动产物权的实体法律关系,辅助不动产物权交易的实现。<sup>⑭</sup>这一程序法定位表明,登记簿册之编制虽以作为客体的不动产为起点,但其目的与功能指向,显然不在于不动产自身,而是不动产上所成立的各种物权。而不动产上各种物权关系的建构,又遵循如下逻辑,即先须承认或成立作为母权的不动产所有权,以解决不动产这一有体物之本体的归属关系,然后借助所有权权能之分离,派生出各种不动产他物权。反映在登记簿册中:首先,须先进行不动产所有权之登记,然后才能登记可能存在的不动产他物权<sup>⑮</sup>;其次,二者在登记簿册中,须分属于不同的登记栏目,即须有专门的“所有权登记栏目”;再次,各登记栏目在登记簿册内的空间位置上,“所有权登记栏目”须位于“他物权登记栏目”之前。<sup>⑯</sup>

登记程序法唯有如此的理论设计,才能真实再现实体法上的不动产物权关系,如影之随形。而且,在实体法与程序法两方面的构造中,不动产所有权具有核心地位,甚至可视为打通二法的关节:在实体法中,所有权作为物(不动产)上的最为完整的母权,解决物本身的归属关系,从而与物本身融合不分,二者间具有同义说明关系<sup>⑰</sup>;反映在“物的编成”体例下

<sup>⑭</sup> 参见 *Bauer/von Oefele*, a. a. O., Rn. 36 ff.。不动产登记法之程序法定位,与其具有“独立法地位”间并不矛盾;但对后者似有过分强调者,如常鹏翱:《不动产登记法的立法定位与展望》,载《法学》2010年第3期。

<sup>⑮</sup> 如我国台湾地区“土地登记规则”(2014年修订)第11条(“未经登记所有权之土地,除法律或本规则另有规定外,不得为他项权利登记或限制登记”)即明确揭示这一原则。

<sup>⑯</sup> 不动产登记簿内登记栏目之设置,各立法例虽在细节上略有差异,但思路大体相同。就此可参见李昊等:《不动产登记程序的制度构建》,北京大学出版社2005年版,第473—482页;常昱、常宪亚:《不动产登记与物权法:以登记为中心》,中国社会科学出版社2009年版,第181—185页。

<sup>⑰</sup> 所有权与其客体(物)之间的同义说明关系,在罗马法上即已有之,参见〔意〕彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第183页(“所有权是最重要和最广泛的权利,而且它同物本身融合在一起……”);德国学理上的类似论述,可参 *Wilhelm*, *Sachenrecht*, 4. Aufl. 2010, S. 26, Rn. 54。在我国虽无此泛论,但在现行法中亦不乏其例,如买卖合同的称谓:通常所说的房屋买卖、汽车买卖等“物的买卖”,究其实,应为房屋或汽车所有权的买卖;同时,也正因为是关于所有权的买卖,所以关于其他权利之买卖,才有准用“物的买卖”相关规定之法理,如《德国民法典》第453条;我国《合同法》第174条(“法律对其他有偿合同有规定的,依照其规定;没有规定的,参照买卖合同的有关规定”),虽含义颇不明,但在解释上亦应及此。

登记簿册之编制上,不动产(客体)与所有权登记为不可或缺的要素,而不动产他物权仅属或然事项,故称“不动产登记簿”为“不动产所有权登记簿”,在理论上亦不为过。

## (二) 登记簿统一在现行法上所存在的疑问

准上所论,实体法上的不动产概念及其种类,决定着登记簿册如何统一的思考路径。在我国,土地与建筑物各享独立的不动产资格,已成实体法上不可更改的局面。<sup>⑩</sup>但是自不动产登记法角度反向来考察,或者说欲以现行法上的土地与建筑物概念来建构登记簿册之编制思路,则土地与建筑物这两个概念,无论是分别来考察,还是分析二者间的关系,均疑问重重。

### 1. “平面化统一”问题

土地是不动产概念的基础与核心,因此不动产登记簿的统一,首先须体现为“土地”登记簿的统一。在土地私有制的立法例中,作为土地登记簿册设置基准的“宗地”,指向土地所有权,二者间处于同义说明关系,从而其登记簿册的设置,基本可统一于围绕土地所有权的登记体系中,且原则上不因土地之自然属性、用途之差异而有不同。

但在我国,土地实行公有,土地所有权在私法上的意义极有限,土地权利体系的核心,让位于能带动土地流转与交易的建设用地使用权。这一国情差异,导致我国在实施登记簿册之统一时,会面临如下疑问:第一,作为登记簿设置基准的“宗地”概念,所指向的是土地所有权,还是建设用地使用权?第二,若指向土地所有权,则因土地所有权在私法实体法上的有限意义,为其设置土地所有权登记簿册,其意义与功能又该如何体现?第三,倘若指向后者,则“宗地”为客体意义上的不动产(有体物),而建设用地使用权为一项他物权,二者分属客体与权利范畴,进而登记簿名称与

---

<sup>⑩</sup> 关于建筑物在各立法例上的不同处理,可参见孙宪忠:《中国物权法总论》(第2版),法律出版社2009年版,第217—218页;曾大鹏:《论民法上土地与建筑物的关系——以一元推定主义为中心的理论探索》,载《南京大学法律评论(2008年春秋合卷)》,第80页以下。

内容上的名实不符,又该如何解释呢?

此等疑问因围绕平面化的土地权利而生,不妨称之为“平面化统一”问题。

## 2. “立体化统一”问题

土地之上建有建筑物时,按我国法的逻辑,建筑物为独立的不动产,得在其上成立有别于土地所有权的建筑物所有权。但是,建筑物又无法摆脱须依附于土地这一自然属性,从而建筑物及其所有权欲维持并获得在土地上的正当性,又须以建设用地使用权来作为支撑。如此一来,除登记簿册分设还是合并这一疑问外,又遭遇:第一,实体法上就地上建筑物所有权与建设用地使用权间的关系,一再强调“房地一致原则”,即坚持二者在归属关系上的一致性<sup>①</sup>,从而在登记程序法上,无论登记簿册是合还是分,又须通过什么样的登记技术,来反映这一实体法原则?<sup>②</sup>第二,实体法上涉及“房地一致原则”的相关规定,似乎只强调其一致性效果,并未提及房地二者中有主次或轻重之分。这一暧昧不明的态度,在实体法上因“房地一致原则”的强制性<sup>③</sup>,尚不至于产生疑问,但是一旦体现于登记程序法,尤其是落实于登记程序之具体操作,则房地登记簿册无论是合还是分,均面临登记簿册之设置,以及具体登记程序之进行,究竟是以地权为准还是以房权为中心的困扰。

这一房地关系上的登记簿册构造问题,与“平面化统一”相对,呈现出“立体化统一”的问题面向。

## 3. “立体化统一”问题的延伸

继续着眼于地上建筑物。学理在阐释“房地一致”原则时,就其“房”之理解,通常局限于单独所有的已建成的地上建筑物<sup>④</sup>,甚少虑及建筑物

<sup>①</sup> 具体参见《物权法》第142、146、147、182、183、200、201条等(其中关于第142条的问题,详下述);《城市房地产管理法》第32条。

<sup>②</sup> 对此虽有提及但未深论者,常鹏翱,见前揭注<sup>⑦</sup>,第63—64页。

<sup>③</sup> “房地一致原则”的强制性问题,参见下述。

<sup>④</sup> 如高圣平:《土地与建筑物之间的物权利用关系辨析》,载《法学》2012年第9期;程啸,见前揭注<sup>④</sup>,第82—85页;孙宪忠,见前揭注<sup>⑬</sup>,第219页。对建筑物区分所有稍有论及者,参见曾大鹏,见前揭注<sup>⑬</sup>,第90—91页。

的其他形态,从而不免削弱这一原则在我国不动产权利体系构成中应有的解释力。

在现实生活中,表现为房屋所有权归属关系之常态的,实际上并非地上建筑物单独所有,而是建筑物区分所有情形。<sup>③</sup>在建筑物区分所有情形,也存在“房地关系”问题,即专有部分之住宅与作为共有部分核心之基地(实为对基地之建设用地使用权的共有权)间的关系问题。但在关于区分所有权性质之通说即“三位一体之复合权利说”中<sup>④</sup>,这一问题往往被遮蔽在专有权与更大范围的共有权间的关系中,远不如地上建筑物为单独所有情形时表现得强烈或明显;且通说在阐述“三位一体说”内含时,基本上不提区分前的“房地一致原则”。<sup>⑤</sup>这能否构成一种理论或制度“断裂”,或者反面追问,地上建筑物不论是否采取区分所有权形式,就其“房地关系”,能否构建一种一以贯之的理论模式,不无探究余地。

再者,地上建筑物除已建成外,尚有未建成之形态,即在建建筑物,且在我国物权实体法上,在建建筑物之上可成立单独之物权,如在建建筑物抵押权<sup>⑥</sup>、预购商品房抵押权<sup>⑦</sup>,或存在围绕在建建筑物的物权制度,如预

<sup>③</sup> 就此须说明两点:第一,宅基地使用权虽不在本文主题范围,但可指出者,在以宅基地使用权为基础的地上建筑物情形,在现行法下,一般为单独所有,至多成立按份共有或共同共有,断无建筑物区分所有之构造可能。第二,在以建设用地使用权为地权基础的地上建筑物中,不构成建筑物区分所有权的房屋共有情形,无论是按份共有还是共同共有,在实体法与登记程序法上,基本准用单独所有的规则,故本文略去不论,避免枝蔓。

<sup>④</sup> 参见陈华彬:《建筑物区分所有权》,中国法制出版社2011年版,第71页以下、第83页以下;梁慧星、陈华彬:《物权法》(第5版),法律出版社2010年版,第164—165页;类似的,王利明:《物权法研究》(上卷)(第3版),中国人民大学出版社2013年版,第560—562页;王利明、尹飞、程啸:《中国物权法教程》,人民法院出版社2007年版,第210页;崔建远,见前揭注③,第403—404页。

<sup>⑤</sup> 仅曾大鹏,见前揭注③,第90—91页,简略论及。

<sup>⑥</sup> 参见《物权法》第180条第1款第5项;《房屋登记办法》第59条以下仍沿用实践中的惯用术语,称“在建工程抵押权”。

<sup>⑦</sup> 参见《城市房地产抵押管理办法》(原建设部,2001年修订)第3条第4款、第20条、第27条、第34条第2款,《担保法司法解释》(2000年)第47条。须注意的是,《物权法》并未明确规定“预购商品房抵押权”(也有学者将其解释进《物权法》第180条第1款第5项“在建建筑物抵押权”之中,如程啸:《〈房屋登记办法〉中在建工程抵押权登记的理解与适用》,载《中国房地产》2008年第7期),其后的《房屋登记办法》虽继续认可预购商品房抵押权制度,但并未规定于“抵押权登记”一节(第三章第二节,第42条以下),而是将其纳入预告登记中(第67条第2项、第71条)。

购商品房预告登记、预购商品房抵押权预告登记。<sup>②</sup>但是,建筑物既然尚未建成,也就不能构成一项真正的独立的不动产,进而准之于物权客体特定原则,在其上又如何能成立独立的物权呢?这一法教义学上的疑问,一方面牵涉不动产概念与范围在我国法上到底应该如何界定,另一方面又与“房地一致原则”纠缠在一起,成为实体法上不动产概念体系化时须进一步清除的理论障碍。

实体法上的这些疑问,也反射在不动产登记法上。如建筑物区分所有之登记,在现实中往往只有房屋所有权登记,而无相应的建设用地使用权(共有权)登记,业主手中往往仅持有房屋所有权证书,其房屋真的好似“空中楼阁”。<sup>③</sup>而在建建筑物抵押权与预购商品房抵押权,表面看均是以在建建筑物为抵押权客体,但在现行《房屋登记办法》上,前者被列入正式的抵押权序列,而后者只是栖身于预告登记制度中,从而登记法上这一不对等的处理,其理由何在,仍有待解释。更有甚者,预购商品房抵押权之预告登记,虽有其名,但究竟登记于哪一登记簿册之哪一登记栏目,遍检现行《房屋登记办法》,均无从得知,所谓的因登记而产生的公示效力,也就无从谈起。

围绕地上建筑物概念所衍生的这一层次的实体法与登记程序法上的诸般疑问,实为“立体化统一”问题的进一步延伸与表现,同样是房地登记统一工作须切实应对的疑难点。

### (三) 小结

上述种种疑问,由实体进至程序,又自程序来反叩实体,层层递进而又彼此交织,错综复杂。问题的症结,在于实体法上的“房地关系”,即上述“立体化的统一”及其延伸问题。

---

<sup>②</sup> 参见《房屋登记办法》第67、71条。

<sup>③</sup> 就此可参见刘月、楼建波:《建筑物区分所有权人的土地权利登记问题》,载《法治研究》2011年第9期。

### 三、房地关系：“房地一致原则”的理论表述

在土地与房屋分别为独立不动产的现行法下,房地关系的内涵,基本上浓缩于“房地一致原则”之中。按照学理上的通行看法<sup>③</sup>,之所以须“房地一致”,是因为房地之间在自然属性上的紧密关联,即“房依地建,地为房在”;进而该原则的功能,在于避免因建设用地使用权与房屋所有权在归属上异其主体,导致不动产法律关系的复杂化;体现在现行法规定中,尤其针对建筑物(房)或建设用地使用权(地)的转让、抵押等,贯彻“房地一体处分”,即俗称的“房随地走”“地随房走”原则。<sup>④</sup>

但疑问依然存在:第一,“一致”取其广义,意味着“在法律上共其命运”,则在房地一体处分外,其他情形是否亦须“一致”?第二,就房地一致的理由,通说仅取功能或结果导向的论证,固然可以说明其法政策上的正当性,但在民法教义学上,大凡两个客体或权利,在法律命运上处于彼此关联者,其理论模式可有“主从关系”“整体与成分”<sup>⑤</sup>,房地间的“一致”,究属何种理论模式,抑或一种模式创新,仍有释疑必要。第三,一旦进入“主从说”或“成分说”思路,则在所涉两个客体或权利中,须有主次或轻重之分。“房地”二者,孰轻孰重?

下文即围绕此等疑问,依地上建筑物状态之不同,由已建成而至在建状态,由单一所有权而至区分所有权状态,由简入繁,逐一分析。不过作为分析前提,先有必要厘定“房地”概念之所指。

<sup>③</sup> 其文献梳理,详参高圣平,见前揭注<sup>②</sup>;亦参见朱晓喆:《房、地分离抵押的法律效果——〈物权法〉第182条的法律教义学分析》,载《华东政法大学学报》2010年第1期。

<sup>④</sup> 学理亦大多侧重于“房地一体处分”角度来阐释“房地一致”原则,如段则美、孙毅:《论土地与地上物关系中的分别主义与一体主义》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2007年第6期;高圣平,见前揭注<sup>②</sup>。

<sup>⑤</sup> 此外尚有“原物与孳息”关系,但其显与“房地关系”有别,故略去不论。



## (一) “房地”概念的厘定

### 1. “房地”所指者,均为权利

在通常情形下,“房地”一语,无论是单称还是并举,首先均指客体意义上的有体物,即“房屋”或“土地”,然后在所有权与客体(物)之同义说明逻辑下,再同时转指地上的所有权。但在中国法语境下,“房地关系”或“房地一致”中的“房地”,所指只能为权利,且为建设用地使用权与房屋所有权。<sup>③</sup>这是因为,如上文所示,在于土地公有制前提下,土地私法权利体系的核心,已让位于建设用地使用权,由其说明建筑物之地权基础;而代表建设用地使用权之“地”,一旦与“房”并用,也使得该“房”就只能在权利层面上来理解。不过,“房地”内涵由客体而至权利的转换,在现有教科书与文献中,几乎视为不必申论的当然前提。但这一转换,在实体法上关涉不动产(或客体)概念的界定,在登记法上又关乎登记簿册设置之逻辑起点,故特别提出。<sup>④</sup>

### 2. “房地”之“地”,所指者仅为建设用地使用权

依上述主题限定,本文所论之房地关系,仅限于国有建设用地情形。但问题是,在建设用地上建造并拥有房屋时,房屋所有权人除建设用地使用权外,能否通过租赁关系等其他性质的对土地的权利,来维系其建筑物所有权之正当性。这一疑问的实质,乃现行法所采取的“房地一致原则”,是否属于强制性规范。而其外在表现,则是对“房地”予以转让、抵押等处分时,能否分别处分,因为分别处分之结果,必然导致建设用地使用与房屋所有权在归属上异其主体,从而房屋所有权人为维系其所有权的正当性,必

<sup>③</sup> 参见崔建远:《物权:规范与学说——以中国物权的解释论为中心》(下册),清华大学出版社2011年版,第577页;王利明:《物权法研究》(下卷)(第3版),中国人民大学出版社2013年版,第922—923页;孙宪忠,见前揭注<sup>③</sup>,第219页;黄松有主编:《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2007年版,第440—442页。

<sup>④</sup> 正因为“房地”内涵的特殊性,故在进行比较法操作,尤其以类似的将“房(房屋所有权)”与“地(土地所有权)”分列为两项不动产之《日本民法典》、我国台湾地区“民法”来佐证我国法时,须特别小心。就此略有失察者,如朱晓喆,见前揭注<sup>③</sup>(以《日本民法典》之房地分别抵押而形成共同抵押之说,来证立《物权法》第182条应为“共同抵押”)。

须享有一项建设用地使用之外的对土地的权利(如债权性的租赁权等)。<sup>⑤</sup>

对此疑问,本文持否定意见,理由如下:其一,《物权法》第142条就建设用地使用与房屋所有权之归属一致,虽以“但书”方式设置例外,许可反证推翻,但细考体现房地一体处分的各项具体规定(第146、147、182、183、200、201条等),在条文表述上基本不允许意思自治空间,且适用“一体处分”的要件,均仅为房屋对土地之“附着”或“占用”的自然属性,从而至少在《物权法》内,如何因房地分别处分导致各归其主者,殊难想象。如此一来,第142条“但书”规定的适用范围,不免存疑。其二,在《物权法》之外所存在的例外,一为1990年国务院《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第25条第2款(“土地使用权和地上建筑物、其他附着物所有权分割转让的,应当经市、县人民政府土地管理部门和房产管理部门批准,并依照规定办理过户登记”),另一为《土地登记办法》第29条(“依法以国有土地租赁方式取得国有建设用地使用权的,当事人应当持租赁合同和土地租金缴纳凭证等相关证明材料,申请租赁国有建设用地使用权初始登记”)。依前者,房地分别处分或“分割转让”,应“经市、县人民政府土地管理部门和房产管理部门批准”,带有房地产市场发轫期的印记,在《物权法》之后,该款规定是否仍有适用余地,不无疑问。<sup>⑥</sup>依后者,房屋所有权人只是自始以租赁方式自土地所有权人(即国家)手中取得对土地的使用权,并无物权性的建设用地使用权之成立,从而不发生建设用地使

<sup>⑤</sup> 对“房地一致原则”之强制性,在法政策上提出批评者,参见孙宪忠,见前揭注<sup>⑧</sup>,第218—219页;陈甦:《论土地权利与建筑物权利的关系》,载《法制与社会发展》1998年第6期;曾大鹏,见前揭注<sup>⑧</sup>,第80、91—96页。后两位作者均认为,除法律明确限制外,允许当事人分别处分建设用地使用权(或土地使用权)与地上建筑物,此时在建设用地使用权人与建筑物所有权人之间成立(推定性的)租赁关系。

<sup>⑥</sup> 在物权法教科书中,即使提及该款规定,也未交代到底在何时可“分割转让”,如崔建远,见前揭注<sup>③</sup>,第577页。而在该《暂行条例》出台之同年,原国家土地管理局在答复浙江省局就如何理解该条“分割转让形式”之请示的答复中,似乎也只是认可土地使用权的分割转让,即“非整宗地的土地使用权转让行为”,而未及于土地使用权与建筑物间彼此分割转让的情形。参见《国家土地管理局关于如何理解分割转让形式的答复》(1990年8月25日)。至于实践中存在的“房地”在归属上异其主体的现象,已有学者指出这只是法律适用偏差所致,并不足取。参见高圣平,见前揭注<sup>②</sup>。

用权与房屋所有权在归属上异其主体的问题。其三,进一步考察土地租赁权,则无论是自始即以租赁方式来获得对土地的使用权,还是嗣后因房地分别处分而以租赁权来说明房屋所有权人对土地权利的思路,在现行法上均难以充当房屋对其土地的正当权源。其原因在于,一方面土地租赁权在我国法上,并无类似其他立法例中经登记而上升为地上权或获得物权性效力的规定<sup>⑦</sup>,只能固守其债权属性;另一方面,作为债权之租赁权,在权利内容、期限、对抗效力以及救济等方面,实难与房屋所有权相匹配,从而难以与房屋所有权一起,构建其彼此一致的法效关系。<sup>⑧</sup>其四,退一步,在应然法层面上,鉴于债权性土地使用关系难以承担维系建筑物所有权之正当性的重任,则其可能性也只能借助物权性制度,且无非两种,即一为已具有向物权(具体说应向建设用地使用权)转化可能的租赁关系;另一为借助德国法之“次地上权”(Untererbbaurecht)思路,设计出建设用地使用权之上的另一建设用地使用权(即“次建设用地使用权”)。<sup>⑨</sup>这两种可能性的结果,均不过是在现有的建设用地使用权与建筑物所有权之间,再加进一个建设用地使用权的构造,从而自本质上仍摆脱不了必有一个建设用地使用权须与建筑物所有权结合在一起的命运。

准此而言,尽管在实定法上许可例外,但此例外并无建构可能,故为避免房地关系之不必要的复杂化,本文仍坚持“房地”之“地权”,仅限于物权性的建设用地使用权。<sup>⑩</sup>

<sup>⑦</sup> 如我国台湾地区“民法”第422-1条,《日本民法典》第265条。

<sup>⑧</sup> 准此而言,在土地租赁合同中,双方当事人固然可以约定“在土地上进行建造”的内容(参见崔建远,见前揭注<sup>③</sup>,第556页),但能否约定承租人保有所建造房屋的所有权,仍不无疑问;德国法情形可参 *Staudinger/Raap* (2009), Einl zum ErbbauRG, Rn. 1。

<sup>⑨</sup> 参见〔德〕鲍尔/施蒂尔纳,见前揭注<sup>⑧</sup>,第652页。但“次地上权”之构成,在德国亦非毫无争议,如 *MüKoErbbauRG/von Oefele/Heinemann*, 6. Aufl. 2013, § 1, Rn. 31 ff.,持肯定意见;而 *Wilhelm*, a. a. O., S. 840, Rn. 2171 f.,则略显克制。

<sup>⑩</sup> 更详尽的论证,可参见高圣平,见前揭注<sup>②</sup>。另台湾地区2010年修正“民法”“用益物权”时,为应对“房(建筑物所有权)地(土地所有权)”各归其主所引发的“基地使用权”缺失之尴尬,特新增第838-1条,规定“法定地上权”制度,从而亦有将基地使用权统一于地上权的思路,这一立法趋势,亦可佐证本文观点;就台湾地区新增之法定地上权制度,可参见谢在全:《民法物权论》(中册)(第5版),中国政法大学出版社2011年版,第440—442页。

## (二) 现房情形的“房地一致”:元素—整体关系

### 1. 地上建筑物为单独所有的情形

房屋已建成且房屋仅归一个主体所有(即单独所有权)之情形,为房地关系之原初形态。现行法与学理所强调的房地一致原则,主要由此而发。而且,以“在法律上共其命运”来理解“一致”,房地一致原则所体现的,不应仅限于房地一体处分,而是及于房地权利得丧变更的各个环节;且也不限于基于法律行为方式的权利变动,基于建造等事实行为以及继承等法定原因的得丧变更,也应包括在内。一言以蔽之,“房地一致”的正确理解应是,只要地上有房,则取其任何一个时间点来观察,房地权利之归属均须一致,房地归属在任何时候均不能异其主体,既不允许“有地权而无房权”,也不允许“有房权而无地权”。

房地法律命运已达如此之“一致”,那么房权与地权,在法律上还能视作两项独立的不动产权?按诸现行法涉及“房地一体”的各项规定,“房地”得各为不同处分行为之客体,从而房地二者似乎仍为两项独立的权利,只不过在处分行为效果上使其一体化。<sup>①</sup>究其成因,其中虽不乏使建筑物所有权过度独立化、受制于现行房地登记分离体制的因素,但也或多或少受到当时台湾地区地上权制度的影响。台湾地区立法虽取仿德国地上权制度,但在地上权与地上建筑物之关系这一点上,又存实质性差异。<sup>②</sup>德国法上的地上权制度<sup>③</sup>,在于破除《德国民法典》第94条将地上建筑物构成土地之重要成分的附合制度,且其构造逻辑分两步走,即先经由《德国民法典》第95条第1款第2句,在土地所有权与地上建筑物之间

<sup>①</sup> 以建设用地使用权为处分客体的,如《物权法》第146条、第182条第1款第2句、第200条;以地上建筑物为处分客体的,如第147条、第182条第1款第1句。

<sup>②</sup> 参见谢在全:《民法物权论》(上册),中国政法大学出版社1999年版,第350页;王泽鉴:《民法物权》(第2版),北京大学出版社2010年版,第281—283页。

<sup>③</sup> 经2007年11月23日之立法,原《德国地上权条例(ErbbauVO)》,已更名为《德国地上权法(ErbbauRG)》,不过内容上并无修正。关于德国地上权立法的背景、沿革,可参 Staudinger/Raap (2009), a. a. O., Einl zum ErbbauRG, Rn. 3 ff.。