

不动产登记暂行条例

专家解读与法律适用

主编 / 孙宪忠

《不动产登记条例草案》（专家意见稿）项目负责人

Interpretation and Application
about Interim Regulations on Real Estate Registration

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

不动产登记暂行条例

专家解读与法律适用

主编 / 孙宪忠

Interpretation and Application
about Interim Regulations on Real Estate Registration

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

不动产登记暂行条例专家解读与法律适用 / 孙宪忠
主编. —北京: 中国法制出版社, 2015. 3

ISBN 978-7-5093-6153-5

I. ①不… II. ①孙… III. ①不动产—登记制度—
条例—法律解释—中国 IV. ①D923.25

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 040130 号

责任编辑 李磊 (judicious@126.com)

封面设计 蒋怡

不动产登记暂行条例专家解读与法律适用

BUDONGCHAN DENGJI ZANXING TIAOLI ZHUANJIA JIEDU YU FALÜ SHIYONG

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/880×1230 毫米 32

印张/10 字数/224 千

版次/2015 年 3 月第 1 版

2015 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-6153-5

定价: 28.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话: 66026508

邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66066627

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

主 编 孙宪忠

副 主 编 崔文星

编写人员 (按拼音字母为序)

崔文星 丁宇翔 宋江涛 宋夏瀛洁 庄 园

不动产登记制度中应注意的二十四個基本問題

（代序）

孫憲忠

我國的不動產統一登記的立法，從開始研究到最後落實為國務院頒布的《不動產登記暫行條例》，前後將近二十年，該條例自 2015 年 3 月 1 日起實施。以研究不動產登記立法以及參與立法活動的經驗，本人看到，相當多的人，甚至一些在這一行業工作的官員和學者，對於該法的基本宗旨以及基本制度的含義尚不能徹底理解，而目前所謂的“暫行條例”對於一些制度的細節也是語焉不詳。這種情形很不利於實現不動產登記統一化的目的。因此，我們在這裡組織了幾位優秀的青年學者，撰寫了這本條例釋義性質的小書，希望它能夠為該條例的貫徹發揮積極的作用。

因為不動產統一登記對於人民重要的不動產權利的保護意義重大，而現行的法律制度對許多基本問題還沒有解決好，所以本人希望在這本條例釋義的開篇部分，先就這一制度涉及的基本理論和觀點做一個比較簡要的系统介紹。本人在這裡提出涉及不動產登記條例首先要理解的二十四個基本問題，並將其簡要解答，以幫助各位在應用該條例時，首先能夠理解一些基本的制度含義，建立起可以溝通的知識平台。這不但對於從事不動產登記的

官员和机构，而且对于一般的民众也是很必要的。但是鉴于本书下文将就我国的不动产登记制度展开细节的描述，因此本人这一部分的探讨，基本上限于法学理论范畴，不涉及我国2015年3月1日生效的《不动产登记暂行条例》。但是，要整体地理解该条例，掌握这一部分的知识也是必要的。

一、不动产登记在物权法和登记法中的不同含义

国务院发布的《不动产登记暂行条例》中提到，制定条例的法律根据是物权法。确实，《物权法》第二章中规定了不动产登记制度。但是这两者之间到底是什么关系？不动产登记这个名词，在这两个不同的法律中的含义是一样的吗？这就是我们必须首先回答的问题。

在法学上，不动产登记包括两层含义，一个是物权法上的含义，另一个是不动产登记法上的含义。这两个立法中所说的不动产登记含义有密切的关联，但是又不是一回事。

物权法上所说的不动产登记是指不动产登记与否的事实状态。物权法上的关注点是不动产物权是否已经登记这样一个事实，这个事实是人民法院或者其他机构裁判物权案件的根据。在涉及物权的诉讼过程中，如果某项物权或者其他可以纳入登记的权利已经纳入不动产登记，则法院必须对该项已经登记的物权或者权利给予充分保护。如果不动产物权或者权利没有登记，根据物权法的规定要么该项物权不生效，要么生效但却不产生对抗第三人的效力。因此，在物权法意义上，要点是看该项权利的变动是不是已经进行了登记这个事实。我国《物权法》第十六条规定不动产登记簿是物权归属和内容的根据，依据这个规则，法院在

裁判物权比如一座房屋的所有权的归属时，可以首先依据不动产登记簿是否已经记载了这一权利来做出判断。

不动产登记条例上所说的不动产登记，是登记机关实施登记的流程、过程，也就是法律上所说的登记程序。该条例要规定的，是登记机关怎样进行不动产登记的工作程序，内容主要是可以纳入不动产登记的权利类型、不动产登记的基本原则、登记管辖权、一般登记程序和特殊登记程序这些问题。具体地说，不动产登记条例要规定谁来申请登记、谁接受申请人并建立不动产登记簿来予以登记、在哪个主管机构登记、不同的权利进行什么种类的登记、登记的法律責任等事项。从这些立法内容看，不动产登记条例就是一个关于不动产登记的程序性法律。

总之，物权法说到不动产登记，是看有没有登记这一事实；而不动产登记条例中所说的登记，是如何登记的程序。所以物权法意义上的不动产登记法是不动产权利的实体法，或者说是物权实体法；而不动产登记条例是不动产权利如何变动的程序法，或者说是物权程序法。

二、哪些权利可以纳入登记（权利的“登记能力”）

不动产登记要记载的内容，除了要将不动产的自然状况（如地理位置、面积大小等）记载于不动产登记簿外，记载的核心当然是不动产权利。因此在立法上首先要解决的问题，是哪些权利可以纳入不动产登记簿的登记。可以纳入不动产登记簿的权利，在法学上称之为具有“登记能力”的权利；不可以纳入登记的，就是无登记能力的权利。权利的登记能力这个问题，在制定不动产登记条例时，必须首先予以理解。

可以纳入不动产登记的权利也就是具有登记能力的权利，当然首先是物权。我国物权法规定的已有的类型化权利，都是可以登记的。比如所有权、建设用地使用权、土地承包经营权、宅基地使用权、抵押权等，都是可以纳入登记的权利。但是，衡量登记成本和登记的必要性，并非这些权利都有纳入不动产登记簿的必要。比如，一般情况下“国家”的土地所有权就不必要纳入登记（但是也不能认为，这种权利在任何情况下都可以不登记。因此我们在立法中必须明确“国家”的不动产权利登记的规则，因此我们建议所有的国家机关的不动产还是应该纳入登记）。需要注意的是，登记能力所要阐明的，是哪些权利可以纳入登记的问题，因此，并不见得所有的物权都必须登记，而且并不见得只有物权才可以纳入登记。依据我国物权法的规定，针对不动产登记簿正确性的异议权利，至少在登记的时候不是典型的物权，甚至只是一项属于抗辩性质的异议，但同样具有登记能力。^①再比如，预告登记之下，被许可纳入预告登记的是“当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的合同”之后获得的请求权，这种请求权显然还不具有物权性质，但是也可以纳入登记。当然，可以纳入不动产登记的权利是以物权为主的权利群，非物权纳入登记的情况毕竟不是大多数。

还要说明的是，根据物权法的科学原理，可以纳入不动产登记的物权，并不仅仅只是《物权法》中规定的“物权”，其他法

^① 《物权法》第十九条第二款规定，不动产登记簿记载的权利人不同意更正的，利害关系人可以申请异议登记。登记机构予以异议登记的，申请人在异议登记之日起十五日内不起诉，异议登记失效。据此，虽然异议登记不是典型的物权，但却需要有登记能力，否则将无法中断登记簿的公信力。

律规定的“物权”也可以纳入不动产登记。比如,在我国《物权法》实施之前,《矿产资源法》就规定了“探矿权”、“采矿权”,根据《矿产资源法》第三条第三款的规定,勘查、开采矿产资源,必须依法分别申请、经批准取得探矿权、采矿权,并办理登记。另外,《土地管理法》规定的“农地使用权”,虽然其内容目前还存在不同理解,但是毕竟是现行立法确定的权利类型,它也是可以纳入登记的。所以,只要是国家法律明确承认的不动产物权,它就是具有登记能力的。按照这个原则,如果以后国家有立法规定了某一种不动产物权,而且规定了它应该进行不动产登记,那么它照样可以纳入登记。

即使不是法律承认的不动产物权,只要具有不动产物权的部分特点而且法律有明确的规定,这些权利也具有登记能力。比如,长期租赁土地的权利,虽然其权利强度不如物权,但是承租人长期占有使用,其特点和不动产物权非常类似,所以世界上很多国家的法律为稳定相关不动产的经济秩序,规定土地租赁权可以纳入不动产登记。旧中国 1934 年颁布的土地登记法,即规定土地租赁权可以纳入不动产登记簿的登记。日本民法中的不动产登记法规定,借地权(类似于土地租赁权)、^① 借家权(类似于

① 借地权是指以建筑物之所有为目的之地上权或土地租赁权。日本于 1921 年制定的《借地法》规定,当事人在契约中规定期限时,如果是为建造坚固建筑物的,最短可借地 30 年,如果是为建造非坚固建筑物的,最短可借地 20 年。契约中没有规定期限时,法定的延续期间分别是 60 年和 30 年。参见段匡:“日本民法百年中的借法总论和契约法”,载《环球法律评论》2001 年秋季号,第 304 页。

房屋租赁权)^①都可以纳入不动产登记。不过,这些登记已经不是不动产物权登记,而是纯粹的债权。登记法律对这些本质是债权的权利,只是承认其有纳入登记的资格也就是登记能力。这也就是说,如果当事人认为其权利有必要纳入登记而提起登记的申请时,登记机关可以进行这样的登记。

从这些分析可以看出,不动产登记条例和物权法存在密切的内在联系,但是它们发挥作用的法律机理还是有差别的。在制定不动产登记条例时,我们需要对我国物权法确定的一些基本原则的遵守,但是也要注意这两个法律细节上的不同。

三、不动产登记与物权公示

具体地说,制定《不动产登记暂行条例》的法律根据,是我国《物权法》确定的物权公示原则。不动产登记,就是依据我国《物权法》规定,完成不动产物权公示原则的要求而展开的。

上文指出不动产登记具有的两重含义,指出了物权法意义上,不动产登记作为一种法律事实对于物权变动所发挥的效果。这其实就是物权公示原则的意义。这个问题解释了物权变动的效果和公示方式之间的关系的一般规则。但是,登记作为不动产物权的公示方式,它对物权效力的作用,还需要进一步明确,因为这个问题不仅仅在《物权法》中,而且在登记条例中具有核心理论价值。

^① 借家权类似于房屋租赁权。日本1921年制定《借地法》的同时制定了《借家法》,以保护房屋承租人的居住和生活。1921年《借家法》首次提出了承租人对于增建部分的购买请求权,着眼于保护做生意的房屋承租人收回投资成本,但并没有从正面保护承租人的居住利益。后该法于1941年被修改。参见段匡:“日本民法百年中的借地总论和契约法”,载《环球法律评论》2001年秋季号,第305页。

我国《物权法》第五条规定了物权公示原则。对于不动产物权而言,公示方式就是不动产登记。所谓不动产登记公示,指的是借助于国家登记这种方式,将不动产权利纳入不动产登记簿,从而使得相关利害人知悉这些权利的存在,并使得这些权利获得法律的承认和保护的法律制度。简要地说,不动产登记并不是不动产权利发生的根本渊源,有一些物权在纳入登记之前就已经存在。比如有些当事人的房屋所有权,在登记之前就已经存在了很多年了。现在我国农民拥有的土地承包经营权,也是在登记之前就已经产生了。但是我们必须明确的是,法律建立不动产登记制度的目的,就是借助于将这些权利纳入国家设立的不动产登记簿这样一种事实,利用不动产登记簿对于利害关系人的公开性原则,使得纳入不动产登记的权利获得法律的特殊认可和保护,这一点对于民众而言意义重大。

依据我国《物权法》等法律的规定,法律对于不同的不动产权利是否必须进行登记的要求是不同的。不动产登记制度介入物权法的基本环节是“物权变动”制度,也就是“物权的设立、转移、变更和消灭”的环节。在这个环节中,原来未存在的物权会产生出来,已经存在的物权会转让、变更以至于消灭。市场体制下的物权变动,不但使得当事人的权利和义务关系发生重大变化,而且也可能使得第三人的权利受到很大影响。这就是《物权法》必须予以关注解决的交易安全问题。也就是因为这样,法律需要引入不动产登记这种公示方式来保障交易安全。对这个至关重要的问题,我国《物权法》根据交易的三种情形,建立了三种不同的规则。

其一,一些经常要发生交易的权利,而且权利变动有可能对

第三人发挥排斥性作用的，法律要求这些权利的变动必须进行登记（参见我国《物权法》第九条，这些权利有国有建设用地使用权、买卖中的房屋所有权、抵押权等）。这种登记条例模式，在法学上被称为“实质主义登记”。^①实质主义登记的含义，就是不动产登记对于不动产物权变动发挥决定性作用的登记。这种立法模式，也就是我国法学界所称的“登记要件主义”，或者一般人所说的“不登记不生效”。比如，一个通过购买取得房屋所有权的行为，就是该法第九条所说的房屋所有权转移的行为，就只能在登记时生效：如果登记了，房屋就归属于买受人；如果没有登记，房屋所有权还应该归属于出卖人。

与此相对应的，就是“形式主义登记”，^②也就是登记在物权变动中只是发挥证明权利存在的作用的登记条例模式。这种登记模式也包含几种不同情形：有登记对第三人可以发挥对抗作用的“登记对抗主义”，有登记仅仅对物权的存在发挥证明作用的登记证明主义（美国一些州采取这种模式）。

其二，一些不常进行交易、甚至基本上不参与交易的物权，法律就没有对它们提出必须登记的要求（对此参见我国《物权法》第一百二十七条规定的土地承包经营权；第一百五十八条规定的地役权等）。这也就是说，在登记之前这些权利变动是可以生效的。但是，登记之后，才能够发挥对抗第三人的效果。

其三，依据政府的行政行为发生的物权变动（比如政府奖励某人房屋所有权、征收不动产等）、依据人民法院等司法机关的

① 孙宪忠主编：《中国物权法：原理释义和立法解读》，经济管理出版社2008年版，第112-114页。

② 同上。

司法行为发生的物权变动（比如法院判决消灭某人不动产物权等），这些物权变动的生效是在行政行为和司法行为发生效力的时候，而不是在当事人将其不动产权利纳入登记的时候（对此请参见《物权法》第二十八条的规定）。但是，如果权利人因为这种方式取得了物权，而他们必须在进一步处分其权利的时候（比如向别人交付其房屋所有权的时候），要先将其不动产物权纳入不动产登记（请参见《物权法》第三十一条）。

通过对这些规则的描述我们可以看出来，不动产登记并不是在任何情况下都发挥决定物权变动生效的作用。我国社会很多人比较熟悉的“不动产物权不登记则不生效”这个规则，只是适用于不动产物权变动中的部分情形，而不适用于不动产物权变动的全部情形。在我国，有一些权利的取得，常常并不在纳入登记的时候。这种情形最典型的就是我国农民普遍享有的土地承包经营权。自从上个世纪 80 年代农村体制改革以来，农民一直都在享有这种权利，虽然那个时候还没有登记制度。

但是我们应该知道，即使是那些在纳入登记之前就已经生效的物权取得，不动产登记对他们发挥的作用也是非常积极的。因为这些权利纳入登记之后，立法会对它们提供更加强有力的保护（参见《物权法》第十六条关于“不动产登记簿是不动产物权的根据”的规定）。在这种情形下，不动产法中出现了一种非常有意思的现象：立法首先确定登记与否对当事人而言实行自愿原则，以此规定，当事人选择不登记也似乎是可行的；但是，如果不登记，法律却无法对当事人的权利获得提供充分的保护。如果当事人已经将其权利变动纳入登记了，法律就可以对其提供充分的保护。这样的立法对于不动产权利人形成了一种登记的“软性

强制”，国际上将这种情形称之为“自愿强制”。这种立法规则体现了立法者鼓励不动产权利人将其权利纳入登记、从而建立更加稳固的财产秩序的法律思想。这种情形在世界上是普遍的。

当然，像不动产租赁权这样的债权，纳入登记对其效力更没有决定性效果。但是，上面对于不动产物权的一些分析同样适用于这种权利。

四、登记机关的法律属性

登记机关就是专司不动产登记职责的国家机关。

涉及不动产登记机关的规定，在不动产登记的立法中具有核心地位，因为登记的职能必须通过登记机关的工作实现。从上面的分析可以看到，不动产登记机关从事工作虽然不是直接地对于当事人之间的权利、义务和责任做出是非裁判，但却是对于当事人权利是否能够获得足够的承认发挥决定作用。所以，不动产登记机关具有司法机关的基本特点。从域外的经验看，很多国家的不动产登记机关都是司法机关。依据德国《土地登记条例》第一条第一款第一句，地方法院就是土地登记局，负责制作土地登记簿，管辖位于本区域内的土地登记。在瑞士，不动产登记在很多州都由地方法院管辖。奥地利的不动产登记簿原则上由地方法院制作和管理。^① 根据韩国《法院组织法》第二条第三项，承担不动产登记事务的国家机关为法院。旧中国颁布民法之初也曾采用法院统一登记的做法，但后来因为那时军阀混战，司法混乱，才改为属于行政机关的地政局统一登记。此法在我国台湾地区沿用

① 程啸著：《不动产登记法研究》，法律出版社2011年版，第109-110页。

至今。^①但是在法律解释上,台湾法学界一致认为这种登记具有司法性特征。日本的不动产登记机关是法务省,也是司法性质的机关。

在我国当前的国情之下,由行政机关负责不动产登记事务可能是一种现实的选择。但尽管如此,我们也不应认为不动产登记机关所为的行为是行政管理行为,而应认为这种行为是具有特定司法效力的行为。因此,我国建立的不不动产登记机关不应该附属纯粹的行政体系之内,而应该建立具有民事司法行政性质的特殊机构,最好的选择,是建立能够超越行政机关特点的机构,作为我国的不不动产登记机关。另外,从事不动产登记的官员,也应该具有司法官员的素质和资质,而不能是一般的行政官员或者职员。

五、不动产登记基本原则

登记的基本原则,指的是不动产登记机关在实施登记行为的过程中应遵循的基本准则。不动产登记的程序有一般程序,也有特别程序。不动产登记机关履行其职责,必须遵守一些基本原则。

这里需要强调的是,登记的基本原则指的是登记机关从事其登记职责的原则,这些原则应该对于不动产登记法有特别的适应性,对于别的法律或者别的活动没有适应性。在立法上说到某法的原则的时候,我们必须明白这些原则对指定的立法具有特殊性、针对性。那些对于其他法律同样具有指导意义的,比如“方

^① 李鸿毅著:《土地法论》,作者自版发行,1991年版,第260页。

便民众”等一般工作都要遵守的指导性精神，不能作为不动产登记的原则。

根据各国不动产登记法的实践和我国不动产登记的实际情形，我国的不动产登记应该建立的基本原则如下：

1. 申请原则

申请原则是指进行不动产登记时，首先应由不动产登记的当事人、受益人或涉及的机关提起登记申请，登记机关根据登记申请决定开展下一步的登记工作。从不动产登记的一般原理看，一般不允许登记机关在没有权利人提起申请的情况下直接进行登记、涂销或变更。这里例外的情况只有一个，那就是，当登记机关发现自己的登记错误时，可以通过特别登记程序予以更正。

2. 先登记原则

先登记原则是指不动产物权的各项变动都应该把初始登记作为基础。不动产未办理所有权初始登记的，除法律另有规定外不得办理其他权利登记；因处分不动产而申请相应的处分登记的，被处分的不动产权利应当已经登记。先登记原则是贯彻我国《物权法》公示原则的基本方式，对此我们参照《物权法》第九条和第三十一条的规定，就可以清楚地看出来。^①

上文已经谈到自愿登记和登记强制之间的关系问题，其中的法律规则归根结底是因为先登记原则的存在，才在法律实践中出现了“自愿强制”或者“间接强制”的结果。因为一些不动产物权或者权利产生在登记之前，所以登记法不能强制性地建立针对

^① 《物权法》第九条要求依据法律行为发生的不动产物权变动，以不动产登记作为生效要件，第三十一条要求非依据法律行为发生的物权变动，在处分权利之前，必须首先进行不动产登记。

所有这些权利的登记才生效的规则，不能要求所有的不动产物权和权利必须纳入登记；但是因为登记之后才能够获得法律的充分承认和保护，权利人一般都会自愿地把权利纳入登记。这样就在不动产登记条例理论和实践中产生了“登记到底是自愿的还是强制的”这个问题的争议。对这个问题的答案是，不动产登记的本质是自愿的，如果权利人自信不必要借助于登记的承认和保护，那么他可以不将自己的权利纳入登记。但是，就大多数不动产物权和权利的法律实践看，纳入登记对于权利人利益的保护是很必要的。

先登记原则也是建立不动产登记制度的大多数国家和地区普遍采用的基本原则。大体而言，采纳实质主义登记的国家立法，都会在不动产登记法中采纳这一原则。德国民法、我国台湾地区民法都是这样。规定较为细致的，如《瑞士民法典》第六百五十六条第二款规定，取得人在先占、继承、征收、强制执行或法院判决等情况下，得在登记前，先取得所有权。但是，非在不动产登记簿上登记，不得处分土地。我国台湾地区在“土地登记规则”第十一条规定，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。先登记原则的意义在于，通过要求权利人的权利必须已经登记，既能最大限度保证不动产登记簿在最终结果上是正确的，也能清晰、完整地展现不动产登记簿发展变化的所有阶段的情况。

3. 法定语言文字登记原则

法定语言文字登记原则是指，登记机关在登记记载事项时，只能使用本国法定语言文字，而不能使用方言、俚语、只在极少数人群使用的特殊语言、隐语暗语等。我国少数民族众多，如何