

# 土地登记的法理和登记机关的选择\*

孙宪忠

(中国社会科学院法学研究所)

**摘要** 随着社会主义市场经济的逐步建立,我国的土地登记制度正由单纯管理型向财产型转变。土地权利作为不动产权,建立土地登记制度是为土地权利变动提供法律基础,土地权利登记是具有国家公信力的法律基础,是国家建立的关于土地权利的统一的法律基础。为此,必须建立不动产统一登记的法律制度。

**关键词** 土地登记 不动产权 法律基础 登记机关

因不动产登记是不动产权变动的法定公示手段,是决定不动产权变动能否生效,或者使得物权变动取得圆满效力而必须具备的程序性条件,所以在我国,不论是作为财产基本法的物权法,还是涉及物权的其他法律如土地法、房地产法、森林法等,均必须对登记与物权实体法的关系问题作出明确的规定。在各种不动产登记中,土地权利登记可以说是最基本最重要的登记。因此有关土地登记的法理根据和土地登记机关的选择这两个至关重要的问题必须首先予以明确。

## 1 关于土地登记的法理根据

所谓土地登记的法理,就是登记的法律意义。在我国目前的土地登记制度中,土地登记主要是作为确定地籍的方法和手段之一。因此一些实际工作者和理论工作者认为,土地权利登记只是土地管理部门管理土地事务的行政工作之一。如以这种观点来看,土地权利登记的法理根据就只是国家对行政事务的主权和国家机关根据部门分工原则进行的行政管理。这种登记的法理,只是行政法上的法理。

但是,如果从财产法的基本法——民法物权法的角度来看,登记作为不动产权公示的法定方式,它的主要功能就是完成物权的建立、变动或终止,使物权的变动获得社会的承认和法律的保护。世界各国的民法物权法无不规定了物权的公示原则,其意义是,因为物权是一种排他权,既然物权要排斥他

人,那么必须让社会承认该物权在排他,也是让法律保护该物权的排他,这样在一个物权上才能建立起客观公正的、有序的法律秩序。比如,在不动产上设定一个抵押权时,依据物权公示的法律原则,该抵押权必须进行登记;在登记之后,社会就有了知悉该不动产承受着一项抵押权这个法律上的负担的合法渠道,社会的他人就会在取得该不动产权时作出合理的避免风险的举动。如果法律没有建立抵押权的登记制度,那么,后来取得该不动产权的人,在抵押权人行使权利时,法律如果许可抵押权人追夺该不动产,这对权利取得人是不公平的,因为该取得人并不知道该抵押权的存在,而且法律没有对他提供使其避免风险的机会,没有保护他的合理利益;但是法律如果不许可抵押权人行使追夺的权利,则等于法律不承认该抵押权的存在,这对抵押权人不公平。如果法律建立了抵押权的登记制度,而且要求抵押权的设定必须登记之后,则社会的一切人可以从不动产登记簿上知悉抵押权设定的情况,任何人可以根据“意思自治”的民法原则自己决定是否取得该不动产的物权;如果某个人决定取得该不动产的物权时,则他应当合乎自己心愿地承受因此而产生的风险。除抵押权之外,其他的不动产权的登记也有同样的情形。所以,建立不动产登记制度,对建立公正而有序的不动产交易机制非常必要。

土地权利在民法上是典型的不动产权,土地

\* 本文于1998年1月15日收到。

关于不动产登记对不动产的实体物权的影响作用,请参考拙著“论不动产权登记”一文,《中国法学》1996年第5期。

权利登记是土地权利变动的法定公示手段。公示原则在土地权利上的运用,就是通过登记为土地权利交易提供具有国家公信力支持的、统一的、公开的法律基础。具体包括如下几点内容。

### 1.1 土地登记是为土地权利变动(包括土地权利交易)提供法律基础

作为不动产物权,土地权利的法律性质是排他支配权,即权利人可以独占性地控制利用指定土地,并就自己的利用排斥他人的干涉。这一点是物权的共同特征。为了表现土地权利排他的效力,法律根据物权法的公示原则,要求在土地权利变动时进行土地权利登记。因此,土地权利登记,在财产法上的本质是对土地权利变动的法律承认,赋予土地权利变动的法律效力,即给土地权利变动提供法律基础。

土地权利的变动有如下项目: 设立土地权利。即依据法律行为创设一个原来并不存在的土地权利。包括土地使用权的出让、抵押权等权利的设定等。国有土地使用权的出让,本质是在国有土地所有权上设立作为独立物权的土地使用权的行为,因为在出让之前,该项权利是不存在的。在土地使用权上设定抵押权等,也属于设立土地权利。 移转土地权利。即依据法律行为将已经存在的独立土地权利在民事权利主体之间转移。在我国目前主要是指国有土地使用权以及在该权利上设立的他项权利的移转。 变更土地权利。即在不涉及他人的情况下改变土地权利的内容,如改变土地用途、改变土地权利的设定期限等。 土地权利的废止。即依据土地权利人的意思消灭该权利。从这些土地权利变动的内容可以看出,这些土地权利的变动,主要指土地权利的交易,同时也包括了非交易的土地权利变动。

任何一项土地权利的变动都有可能涉及到他人的利益。比如在土地权利上设立一项抵押权,就必须考虑到土地权利上有无其他的抵押权或者他项权利的存在,因为一项土地权利上在设定多个他项权利如两个以上的抵押权时(这既符合不动产的法理,也符合我国法律规定),这些他项权利的实现必然存在着竞争。解决土地权利竞争的矛盾的方法,就是依法确定这些权利实现的先后顺序。有关这些权利实现先后顺序的法律制度,就是顺位制度。土地权利的顺

位是依据登记制度建立起来的。登记在先的权利,具有优先的顺位,可以绝对先行实现。仅仅从这一点,就可以看出登记对土地权利的重要意义。即使是土地权利的废止,也要涉及他人的利益,所以也必须登记。所以,土地权利登记的首要法理,是完成土地权利变动所需要的物权公示,为土地权利的交易提供法律基础。故土地登记在财产法上的根据,首先并不是为了进行行政管理。

正是基于上述认识,在建立土地登记制度的国家或地区的法律中,一般均认为土地登记本身具有强烈的司法意义,而不是只具有行政管理意义。因此,德国、瑞士等国家直接建立了以司法机关为土地登记机关的登记制度,日本等国建立了以司法行政部门为登记部门的登记制度。我国30年代建立登记制度时,本来也是以法院为登记机关。但是当时军阀割据,法律难以贯彻,故当时的国家建立了以国家地政部门为土地登记机关的体制,这种体制在台湾沿用至今。但是在司法实践中,台湾以地政部门作为土地登记机关的做法,其依据并不是以行政管理作为法理,而仍然是以不动产物权的公示原则作为其法理的。

### 1.2 土地权利登记是具有国家公信力的法律基础

在建立土地登记的市场经济国家,土地登记的机关有的是法院,有的是司法部门。这种做法,是以土地登记直接或者间接地决定权利人的实体权利,故登记应与司法系统建立直接的关系。如在德国,不动产物权登记的争议直接进入诉讼程序,当事人在此程序中已经不必起诉,而是向上级法院直接上诉。但不管是在那一种机关,这些机关都是国家机关。这是因为,土地权利是涉及国计民生的重要权利,故法律无不要求国家出面承担登记的责任,以国家的信誉和国家行为的严肃性作为保障,使得土地登记具有取得社会一体信服的法律效力。这种法律效力,就是土地登记的国家公信力。这种公信力,是任何民间的证明都不可比拟的。土地登记具有国家公信力,这是土地登记制度的本质特征之一。

土地登记具有国家公信力的法律结果是:不论当事人实在的土地权利如何,只能以国家建立的土地登记簿上记载的权利为正确的权利,并依此建立

土地权利的交易秩序;同时,如果第三人依据土地登记簿取得登记的权利,他取得的权利当然应该得到保护。这一保护的意思是:即使登记的权利与原权利可能不一致,或者权利的出让不符合原权利人的本意,但是在权利的受让人根据登记簿取得该权利时,受让人的权利因为是相信国家登记而取得的,所以受让人的权利不应当被追夺。所以,这种以登记为正确权利的效力,是从土地登记的公信力中推定出来的。这种推定,对保护善意取得人即根据土地登记簿取得土地权利人的利益(而该权利人的利益其实是土地权利的法律秩序的化身)是非常必要的。

### 1.3 土地登记是国家建立的关于土地权利的统一法律基础

土地登记为土地权利交易提供的法律基础,在国家法律整个管辖范围内都能发挥作用,而且它对于国家的任何一个地域均发挥同等的作用。这就是说,通过土地登记,国家为土地权利提供了在整个法律实施范围内有效的法律基础。从市场经济的发展和人民群众的生活需要来看,国家为土地权利所提供的统一效力意义重大。有了这个统一的基础,整个法律实施范围内发生的一切土地权利交易(实际上是整个不动产市场)才有了统一的法律基础和规则。如果没有这个统一基础,建立公正的、有序的土地权利流转制度就是一句空话。

### 2 土地登记机关的统一是登记的法理要求

1997年9月在台湾召开的“海峡两岸土地法制研讨会”上,台湾的学者对大陆目前采取的土地登记(不动产登记)机关分散在多个部门的做法,尤其是法律把土地权利登记和房产权利登记、林地权登记以及其他不动产登记的“分别登记”,规定为原则的做法很不理解。因为,在当今世界,凡建立不动产登记制度的国家和地区,不论这种登记被称为土地登记还是被称为不动产登记,总是在一个机构进行的。而现在我国大陆建立的将不动产登记分散在多个部门的做法,与世界其他国家或地区的做法均不符合。因此,这些学者对这种妨害交易秩序的分散登记的做法有很多疑问。

应当说,台湾学者对我国大陆在登记机关问题上的担心是有道理的,依据我国大陆目前建立的登记体制,有6个以上的部门正在进行着不动产登记,另外还有一些部门正在主张自己进行不动产登记的

权利。但是,从罗马法以来,确实没有将不动产登记分散在多个部门的其他例子。市场经济发达国家和地区都采纳的是不动产统一登记的法律制度。我国大陆的这种做法,原因是从1956年起土地权利退出了财产法的范畴,只是在1988年之后才又重新进入财产法范畴。而此时房产权、林地权等已经进入了财产法范畴,而且先于土地登记建立了自己的登记制度。这些登记在历史上也曾发挥了一定的积极作用,因此得到许多人的支持。我国现行立法为照顾这一现实,故采取了不动产登记分散在多个部门的做法。但是,这些在计划经济体制下或者经济体制转型时期曾经发挥过积极作用的登记类型,在市场经济体制下是否能够继续发挥积极作用,这是一个必须认真思考的问题。在认真地对权利登记的法理进行思考之后,我们可以清楚地看出,我国大陆目前建立的不动产分别登记的做法,确实与市场经济发达国家的普遍做法是相违背的,更不符合市场经济体制下的登记法理。因此,根据土地财产法即民法物权法的法理,我国大陆应当早日建立不动产统一登记的法律制度。原因在于:

### 2.1 分别登记的理论基础是土地、房屋、森林等不动产的行政管理理论,而不是市场经济需要的民法物权法原理

目前我国大陆建立的各种不动产分别登记,就是将各种不动产登记分散在各个不同的管理部门。如土地登记在土地管理部门,房产权登记在建设行政主管部门,林地权登记在森林管理部门等。从行政管理的角度看,这种登记制度似乎并无错误,因为把登记作为管理的手段之一似乎也是可以的。但是,从财产法即从民法物权法的角度看,这种做法是非常错误的。因为,不动产登记的根本目的并不是行政管理,而是为了完成物权变动,进行物权公示,并提供统一的不动产物权的法律基础。

### 2.2 分别登记造成不动产物权法律基础的不统一,其结果是妨害正常的不动产物权秩序

在分别登记的情况下,登记造成的法律基础不统一,产生法律“相克”,即权利实现的法律不能。例如,按照我国担保法,在不动产上设定抵押权时,如果土地上无建筑物时,该抵押权的设立在土地部门登记;如果土地上有建筑物时,则抵押权的设立在房产部门登记。同样按照担保法,在土地权利上设定抵

抵押权时,地上物同时纳入抵押;而在地上物上设定抵押权时,土地物权也同时纳入抵押。在实践中,土地权利人常常为开发土地而借贷,并为该债权设定一个抵押权,这个抵押权是在土地部门登记设立的;在土地开发之后即房屋建成后,他为生产经营的需要又要借贷,为该债权他又设定一个抵押权,该抵押权是在房产部门登记的。按照担保法,这两个抵押权的支配范围是重合的,故它们存在着实现的竞争。但是,后来设立的抵押权虽然在时间上居后,但是抵押权人对先前在土地上设定的抵押权并不知情,法律也没有提供让其知情的机会,故上述两个抵押权人当然认为自己是第一顺位的抵押权人。由于这两个抵押权登记在不同的登记簿上,故它们之间在法律上没有顺位的先后,故并不能依法确定那个权利先实现,那个权利后实现。在这种情况下,不论是采取那一种解决方案,都会违背立法的本意,也会对两个抵押权人不公平。这种情况,在法学上称为“权利实现的法律不能”,即法律本身妨害着权利正常实现。这是分别登记造成的当然后果。

2.3 分别登记增加了公民和法人的不合理负担,妨害我国不动产市场的顺利发展

本来,不动产的权利人就一项不动产物权的变动只需要进行一次登记,而现在各涉及部门均要其在自己的部门登记,甚至通过公开的方式不承认别的部门登记的法律效力。这样,公民、法人就一项不动产物权变动不得不多次登记,这不但加重了他们的负担,而且也损害了登记的严肃性和法律的权威性。

2.4 分别登记不可能使各有权登记的部门职责分明,造成各部门不断扯皮闹矛盾,这一点已经为我国的实践所证明。

故不论是依据法理,还是依据市场经济发达国家和地区的经验,不动产登记都必须统一。对此希望立法机关和有关行政部门早日建立清楚的认识。

### 3 登记机关的选择

至于将来我国的登记机关确定在那一个部门,仍然应当根据法理和国际惯例确定。上文指出,世界

各国或地区的登记机关,无非是司法部门和地政部门两种。司法部门登记的法理已如前述。故如果我国将来通过立法将不动产登记机关统一在我国的司法部门,则当然是一种合乎法理的做法。

但是,在地政部门进行登记也同样是符合法理的。因为,不动产物权,在本质上要么是直接指向土地的物权(如土地所有权、土地使用权、地上权等),要么是建立在土地物权之上的物权(建立在土地所有权、土地使用权或者地上权之上的房屋所有权、林地使用权、草原使用权等)。所以,以土地登记为基础的登记,当然可以包容其他的不动产物权的登记。

我国台湾就采纳了土地登记部门作为不动产统一登记部门的做法。台湾《土地登记规则》第3条规定:“土地登记,谓土地及建筑改良物之所有权与他项权利之登记”。在土地登记的名义下面,该“规则”第69条至第101条,专门规定了“建物所有权的第一次登记”。德国的《土地登记条例》不但在其内容中还是在其法律解释上均包括着地上物的登记。这一点不论是在德国的《土地登记条例》中,还是在德国的《地上权条例》中,以及《住宅所有权法》中都有明确的规定。在德国法学解释中,登记意义上的“土地”,就是不动产的意思。因此,在制定“土地登记法”的国家和地区,其立法均明确规定土地登记包括地上物物权的登记。因此他们的不动产登记也是统一的,这种名义上的土地登记实际上就是不动产登记,而且这种登记仍然可以为不动产的交易秩序提供由国家公信力支持的、公开的、统一的法律基础。这种制度给我国立法提供了有意义的借鉴资料。

我国的土地权利登记,要么采用司法部门登记,要么采用地政部门登记,因为其他任何一个部门的登记,都不能为不动产交易建立统一的法律基础,而其他部门的登记都违背不动产登记的法理。在上述两种可以采纳的登记机关中,目前以地政部门的登记为基础建立我国的不动产登记法制,应当说较为实际和方便操作。

(本文编辑 邵捷传)

参见《人民日报》1997年11月24日第7版,中华人民共和国建设部发布的《建设部关于颁发全国统一房屋权属证书的公告》第1条,参见拙著《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第54页。