

不动产登记基本范畴解析

孙宪忠

摘要 不动产登记法在性质上主要属于登记程序法，应对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等问题作出规定。可以纳入不动产登记的权利不仅限于《物权法》和其他法律中规定的物权，还包括法律和行政法规规定的可以登记的债权。不动产登记的主要功用是公示不动产上的权利状态，但不动产登记对于不动产权利的变动所起的作用略有不同。不动产登记簿采取物的编成主义，只有权利人、利害关系人以及法律规定的国家机关才能查询不动产登记簿。

关键词 不动产登记 登记能力 不动产登记簿 不动产登记类型

作者孙宪忠，法学博士，中国社会科学院法学研究所研究员。

当前我国正在进行的不动产登记立法活动引起了社会各界的极大关注。在民主立法的大背景下，人民群众的参与对于立法质量的提高、立法进程的加快总的来说是有利的。但是，从笔者数次参加统一不动产登记条例的起草和论证活动所得到的一些信息来看，相当多的人和机构，甚至一些学者，其实对不动产登记条例的基本宗旨及不动产登记的一些基本概念或制度并不太了解，其中有些观点甚至存在基本概念性质的缺陷和错误。这直接影响了相关立法建议、评论的妥当性。本文拟就不动产登记的二十多个基本范畴展开分析，以建立可以沟通的知识平台，不足之处，敬请指正。

一、不动产登记在物权法和不动产登记法中的不同含义

2014年8月15日，国务院法制办公室就《不动产登记暂行条例（征求意见稿）》（以下简称《征求意见稿》）公开征求意见。^①《征求意见稿》第1条指出，制定不动产登记暂行条例的法律根据是《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）。确实，《物权法》第二章中规定了不动产

^①《国务院法制办公室关于〈不动产登记暂行条例（征求意见稿）〉公开征求意见的通知》，载国务院法制办公室网站<http://www.chinalaw.gov.cn/article/cazjgg/201408/20140800396756.shtml>，2014年8月17日访问。

登记制度。但是，须注意的是，在学说上，不动产登记包括两层含义：一是物权法上的含义，二是不动产登记法上的含义。两者虽然具有密切的关联，但也存在重大的区别。

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。物权法上不动产登记的关注点是不动产物权是否已经登记这一事实，这一事实是人民法院或者其他机构裁判物权案件的根据。在涉及物权的诉讼中，如果某项物权或者其他具有登记能力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权利给予充分保护。如果不动产权利没有登记，根据《物权法》的规定，要么该项物权不生效，要么生效但不产生对抗第三人的效力。

不动产登记法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。该法要规定的，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等问题。具体地说，不动产登记立法应规定，谁来申请登记、谁接受登记申请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 responsibility 等事项。由这些立法内容来看，不动产登记立法就是一个关于不动产登记的程序性法律。

按照我国《立法法》的规定，目前我国正在制定的《不动产登记暂行条例》属于“行政法规”。但是，该条例本该具有的立法位阶，应属于《立法法》所说的由全国人大常委会制定的“单行法律”，应属于和《物权法》相配套的一个重要立法。实际上，不动产登记立法制定为行政法规，对于不动产登记制度的建立来说，存在着法律效力偏低的问题。这样的立法由全国人大常委会制定为单行法律才更加符合《物权法》的要求。

总之，物权法上的不动产登记，是看有没有登记这一事实，而不动产登记法上的登记，是如何进行登记的程序。因此，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；而不动产登记暂行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、可以纳入登记的权利类型

不动产登记簿要记载的内容，除了不动产的自然状况（如面积、位置等）之外，核心是不动产权利。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予以登记。可以纳入不动产登记簿的权利，学说上又称之为具有“登记能力”的权利；不可以纳入登记的权利，就是无登记能力的权利。权利的登记能力问题，是在不动产登记立法时必须首先予以解决的。

可以纳入不动产登记的权利首先是物权。我国《物权法》规定的权利，都是可以登记的，比如所有权、土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权、抵押权等。但是，衡量登记成本和登记的必要性，这些权利并非都有纳入不动产登记的必要。例如，一般情况下，国家土地所有权就没有必要纳入登记（但是也不能认为，这种权利在任何情况下都可以不登记，因此在立法中必须明确不动产权利登记的特别规则）。

需要注意的是，并不一定只有物权才可以纳入登记。依据《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，也

同样具有登记能力。^② 再如，在预告登记制度之下，被纳入预告登记的是“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并不多见。

还要说明的是，根据物权法原理，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”，其他法律规定的“物权”也可以纳入不动产登记。例如，《矿产资源法》规定的“探矿权”、“采矿权”。根据《矿产资源法》第3条第3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。国家作为矿产资源所有者将矿业权出让，申请人以审批、招标、拍卖等方式取得探矿权、采矿权，即应登记。^③ 另外，《土地管理法》规定的“农地使用权”，虽然人们对其内容存在不同理解，但是它毕竟是现行立法确定的权利类型，也是可以纳入登记的。总之，只要是法律明确承认的不动产物权，就具有登记能力。

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对其权利内容有明确的规定，这些权利也具有登记能力。例如，长期租赁土地的权利，虽然权利强度不如物权，但是承租人长期占有、使用土地，其特点和不动产物权非常类似。世界上很多国家和地区的法律为稳定相关不动产交易秩序，规定土地租赁权可以纳入不动产登记。1934年的中华民国《土地登记法》即规定土地租赁权可以纳入不动产登记。《日本民法典》、《日本不动产登记法》规定，借地权^④、借家权^⑤，都可以纳入不动产登记。不过，这些登记不是不动产物权登记，而是纯粹的债权登记。不动产登记法对这些本质上属于债权的权利，只是承认其登记能力。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，登记机关可以进行登记。

总而言之，不动产登记法和物权法之间存在着密切的内在联系，尽管它们发挥作用的法律机理存在差异。在制定不动产登记法时，我们既需要遵守《物权法》确定的一些基本原则，又要注意这两部法律在细节上的不同。

三、不动产登记与物权公示之间的关系

不动产登记，是依据《物权法》的规定，为完成不动产物权公示原则的要求而展开。正如上文所述，在不动产登记具有的双重含义中，物权法意义上的不动产登记，是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，它确立了物权变动的效果和公示方式之间

^② 《物权法》第19条第2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15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。

^③ 参见郑维炜：《中国矿业权流转制度的反思与重构》，《当代法学》2013年第3期，第44页。

^④ 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：《日本民法百年中的债法总论和契约法》，《环球法律评论》2001年秋季号，第304页。

^⑤ 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。《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。参见注④，第305页。

关系的一般规则。但是，登记作为不动产物权的公示方式，对物权效力的作用还需要进一步明确，因为这个问题在物权法和不动产登记法中皆具有核心地位。

《物权法》第5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的方式，将不动产权利纳入不动产登记簿，从而使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。简而言之，不动产登记并不是不动产权利发生的根本依据，有一些物权在纳入登记之前就已经存在。例如，有些当事人的房屋所有权，在登记之前就已经存在多年了。再如，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，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的事实，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簿的权利获得法律的特殊认可和保护。

依据《物权法》等法律的规定，法律对于各类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。^⑥在这个环节中，原来不存在的物权会产生，已经存在的物权会转让、变更乃至消灭。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》必须予以关注的交易安全问题。就此，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生排斥性作用的，法律要求这些权利的变动必须进行登记。^⑦这种登记立法模式，在学说上被称为“实质主义登记”或“登记要件主义”^⑧即登记对于不动产物权变动发挥着决定性作用。例如，一个通过买卖取得房屋所有权的行为，就只能在登记时才生效：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。与实质主义登记相对应的是“形式主义登记”，^⑨也就是登记在物权变动中只是发挥证明权利存在的作用。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（美国的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。^⑩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（比如政府征收不动产等）、依据人民法院等司法机关的司法行为发生的物权变动（比如法院判决消灭某人的不动产物权等），其生效于行政行为和司法行为发生效力之时，而不是在当事人将其不动产权利纳入登记之时。^⑪但是，如果权利人因这

^⑥ 我国《物权法》上没有使用“物权变动”这一简洁的语汇，而是使用了“物权的设立、转移、变更和消灭”这一描述性的语汇。

^⑦ 参见《物权法》第9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。

^⑧ 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。

^⑨ 参见注⑧，第112-114页。

^⑩ 参见我国《物权法》第127条规定的土地承包经营权；第158条规定的地役权等。

^⑪ 参见《物权法》第28条的规定。

种方式取得了物权，其后欲进一步处分其权利时（比如将房屋所有权移转予他人），要先将其不动产物权纳入不动产登记。^⑫

通过对这些规则的描述我们可以看出，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“不登记则不生效”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，有一些权利的取得并不是在纳入登记之时，其中最为典型的的就是土地承包经营权。自从20世纪80年代农村经济体制改革以来，农民一直都在享有这种权利，尽管其时还没有登记制度。

但应注意的是，即使是那些在纳入登记之前就已经生效的物权变动，不动产登记所发挥的作用也是非常积极的。这些权利纳入登记之后，法律会对其提供更加强有力的保护。^⑬在这种情形下，不动产登记法中出现了一种非常有意思的现象：法律首先确定，登记与否对当事人而言实行自愿原则，当事人依此规定似乎可以选择不登记，但是，如果不登记，法律却无法对当事人的权利提供充分的保护。这样的立法设计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。

四、不动产登记机关与不动产登记官

登记机关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，在不动产登记立法中具有核心地位。登记的功能必须通过登记机关的工作予以实现，不动产登记机关虽然不是直接地对当事人之间的权利、义务和责任做出裁判，但却对当事人的权利是否能够获得足够的承认发挥决定性作用。从这个意义上讲，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1条第1款第1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。^⑭根据韩国《法院组织法》第2条第3项，承担不动产登记事务的国家机关为法院。旧中国民法颁布之初也曾采用法院统一登记的做法，但后来因为军阀混战、司法混乱，才改为由属于行政机关的地政局统一登记，^⑮但在解释上，我国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，也是具有司法性质的机关。

在我国当前的国情之下，由行政机关负责不动产登记事务是一种现实的选择。尽管如此，也不应认为，不动产登记机关所为的登记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，我国建立的不动产登记机关不应该附属于纯粹的行政体系之内，而应该是具有民事

^⑫ 参见《物权法》第31条的规定。

^⑬ 参见《物权法》第16条关于“不动产登记簿是不动产物权的根据”的规定。

^⑭ 参见程啸：《不动产登记法研究》，法律出版社2011年版，第109-110页。

^⑮ 参见李鸿毅：《土地法论》，作者1991年自版，第260页。

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的机构，作为我国的不动产登记机关。另外，从事不动产登记的人员，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。

不动产登记官，即不动产登记机构中负责不动产登记事务，并依法享有不动产登记审核权限的国家工作人员。《物权法》没有规定不动产登记官制度，《土地登记办法》和《房屋登记办法》对土地和房屋登记机构的工作人员提出了明确的任职资格的要求。其中，《土地登记办法》第4条规定：“国家实行土地登记人员持证上岗制度。从事土地权属审核和登记审查的工作人员，应当取得国务院国土资源行政主管部门颁发的土地登记上岗证书。”《房屋登记办法》第6条规定：“房屋登记人员应当具备与其岗位相适应的专业知识。从事房屋登记审核工作的人员，应当取得国务院建设主管部门颁发的房屋登记上岗证书，持证上岗。”目前，住建部已经规定了房屋登记官制度，工作人员必须取得《房屋登记官考核合格证书》才能从事房屋登记审核工作。

建立不动产登记官资质制度在我国具有重大意义。如上所述，不动产登记涉及人民的基本权利，有能力从事这一工作者，必须具有专业知识。因此，在我国的不动产登记立法中，不动产登记官制度尤其是不动产登记官的资质问题，应是重要的组成部分。

五、不动产登记的基本原则

不动产登记的基本原则，是指不动产登记机关在实施登记行为的过程中应当遵循的基本准则，是对不动产登记活动具有特殊性、针对性的原则。^⑥ 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，我国不动产登记应该建立的基本原则如下：

第一，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。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设立登记、涂销或变更登记。唯一的例外是，当登记机关发现自己的登记存在错误时，可以通过特别登记程序予以更正。

第二，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以初始登记为基础。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》公示原则的基本方法，对此，可从《物权法》第9条和第31条的整体解释中得出结论。^⑦

上文提及的自愿登记和登记强制之间的关系问题，归根结底是因为先登记原则的存在。一些不动产权利产生于登记之前，登记法不能强制性地建立针对所有权利的登记生效规则，不能要求所有的不动产权利均必须纳入登记。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

^⑥ 那些对于其他法律同样具有指导意义的原则，比如“方便民众”等一般工作都要遵守的指导性精神，不再作为不动产登记的原则。

^⑦ 《物权法》第9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31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。

一般都会自愿地把权利纳入登记。这也在不动产登记立法理论和实践中引发了“登记到底是自愿的还是强制的”的争议。就此，笔者认为，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，就可以不将自己的权利纳入登记。但是，就大多数不动产权利的法律实践来看，纳入登记对于保护权利人的利益是很有必要的。

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”均是如此。《瑞士民法典》则规定得较为细致，其第656条第2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。”先登记原则的意义在于，要求权利人的权利必须已经登记，既能最大限度地保证不动产登记簿在最终结果上的正确性，也能清晰、完整地展现不动产登记簿发展变化的所有情况。

第三，法定语言文字登记原则，即登记机关在登记记载事项时，只能使用本国法定语言文字，而不能使用外国语言文字、方言、俚语以及只在极少数人群使用的特殊语言、隐语、暗语等。本原则并不仅仅只是国家主权宣示的需要，更重要的是登记的严肃性和严谨性的需要。同一法域内的不动产登记必须是明晰、确定、统一的。我国少数民族众多，如何贯彻这一原则，可以由相关民族自治地方的立法确定。在这一原则之下，登记不能使用少数人使用的线条、符号等。登记事宜必须使用确切的文字表述，不但物权的类型不能随意使用缩略语、俗语、网络语言等，登记中其他事项的表述，如抵押权中的担保金额、建设用地使用权的期限等，必须明确、肯定。

第四，以形式审查为主、以实质审查为辅的原则。形式审查是指登记机关在登记审查时，只审查申请人提交材料的形式合法性，而不审查关于登记申请人的意思表示是否真实。在形式审查的过程中，登记机关应该审查的内容一般只是申请人提交的书面材料，包括身份证记载的主体和合同主体的一致性，申请书所表述的不动产状况和相关权属文书记载的一致性。简要地说，形式审查就是书面审查，审查的内容以民法上所说的法律关系按照逻辑展开。在形式审查情况下，登记机关不审查物权的现实状况，也不审查当事人物权设立、移转时的意思表示是否真实。

实质审查是指对当事人的不动产物权是否真实存在以及当事人设立、移转不动产物权的意思表示的真实性进行审查。实质审查包括书面审查，重点在于透过书面材料，从主体、客体、权利三个方面，审查这些构成不动产物权的基本因素的客观真实性。

《物权法》第12条规定的登记机关的审查原则，是形式审查为主，实质审查为辅，这一点与世界上多数国家和地区的做法相一致。理由在于，一般情况下，不动产登记机关收到当事人提交的不动产权利登记的申请材料时，首先要尊重此前已经被司法机关、其他行政机关确认的法律事实。例如，如果当事人依据人民法院的判决书裁定的物权变动提出登记申请时，登记机关就必须尊重法院的裁判，而不必再进行实质审查。其次，在当事人以自己的意思表示（主要是合同）发生物权变动时，一般情况下，形式审查也是足够的。登记机关无权，也无必要审查登记簿上记载的权利状态和主体身份，也无法审查当事人内心的真实意愿。登记机关只能通过关于主体、客体、权利的书面材料予以审查，无法查验当事人的内心真实意愿。最后，一般情况下，登记机关既无权力，也无义务进行广泛的调查，因此，登记机关无法对当事人的实体法律关系进行实质审查。但是，如果法律直

接规定，登记机关必须进行实质审查。比如《物权法》第12条第2款规定，申请登记的不动产的有关情况需要进一步证明的，登记机构可以要求申请人补充材料，必要时可以实地查看。

在德国、法国等国家，登记机关实质审查的职责常常被公证机构所替代。这些国家公证制度发达，公证人也享有对法律事实的真实性承担责任的职权和义务，因此，公证审查基本上都是实质审查。借助于公证审查，登记机关实质审查的负担大为降低。

六、不动产登记的申请与审查

（一）不动产登记的属地主义

属地主义，是指不动产登记的各项活动，包括登记管辖权、登记的申请、登记簿的建立和编成等，都必须在不动产所在地的登记机关进行。《物权法》第10条第1款规定：“不动产登记，由不动产所在地的登记机构办理。”这是对不动产登记属地主义的明确确认。

在我国不动产实践中，人们习惯将这一原则称之为“以地籍为基础”。不动产登记立法建立属地主义原则的原因在于：地上或者地下的建筑物、生成物离不开土地，而且国家建立的统一的不动产登记簿只能以地表展开，而且必须以土地地表的物权作为基础。以国家已经建立的地籍为基础，其实就是以土地地表的物权或者其他基本权利作为基础。无论所有的不动产权利如何统一公示，都应该从统一地籍入手，也就是从统一的不动产登记簿记载的土地基本权利入手。

不动产登记簿的设置以地籍为基础，即根据土地的区域编号，将土地权利纳入登记簿，这种编制方法称为“土地编成主义”或“物的编成主义”，世界上绝大多数国家和地区采取了这种模式。这种立法体例最典型的是诞生于澳大利亚的托伦斯登记制。^⑩按照托伦斯登记制，首先由政府进行一次土地总清理，将土地按照行政区划做成不动产登记簿或者土地登记簿（这就是与国家行政区划相连接的“地籍”），然后将社会民众的具体土地权利“对号入座”，即首先进行按照土地的权利人确定其权利的“地籍”总登记或初始登记，后来的不动产物权变动则在此基础上进行变更登记。如此一来，人们在查询时可以从土地的行政区划入手，然后从土地的区域编号查询土地的权利状况。

从登记的内容看，托伦斯登记的主要意义是确定了土地的“地籍”，将不动产物权和土地行政区划之间的地理位置相关联，从而为现代化的登记制度奠定了基础。托伦斯登记制度的这种情形，类似于我国实践中采取的初始登记必须强制登记的做法。初始登记之后，登记与否大体上就依据当事人的自愿了。我国《物权法》中，不动产物权变动原则上采取登记要件主义，与托伦斯登记有些相似。“地籍”在农村就是集体土地所有权的“权籍”，在城市就是建设用地使用权的“权籍”。托伦斯登记制下的登记，在初始登记的意义上，其法律效力与实质主义登记相同。

^⑩ “Torrens Title System”，为澳大利亚总督 Robert Richard Torrens（1814 - 1884）创立。这种做法与英格兰法的情形有本质不同。英格兰法上关于土地权利真实性的确认以私人的调查为根据；而托伦斯登记制，则是官府对于土地所有权建立的官方公信制度，从而为澳洲殖民地混乱的土地占有建立良好的法律秩序。关于这种登记制度的具体情况，请参见注⑨，第254页以下。托伦斯登记制与大陆法系中的不动产登记制度也有所不同，差异在于前者着重于土地所有权（title）的清理和记载，而后者要涉及全部的不动产权利甚至可以纳入登记的其他权利；另外，前者实行全面的实质审查，而后者只有在必要时才实行实质审查。无论如何，这一制度下对土地进行总清理、然后纳入私人所有权的做法具有相当的理论和实践价值。

（二）登记机关的审查

登记机关的审查，即不动产登记机关对于当事人提交的不动产登记申请资料进行的审查。如上所述，登记机关的审查包括形式审查和实质审查两种情形。当事人提出不动产登记申请，实际上就是主张将其不动产权利纳入国家设立的不动产登记簿。对于登记申请，登记机关审查的内容大体包括三项：

第一，权利主体的情况。在形式审查的情况下，登记机关要审查登记申请人的身份证件，查验权利人的姓名、合同当事人的姓名和不动产登记簿上的姓名是否一致等。在实质审查的情况下，登记机关还要审查不动产的真正权利人，以探明登记簿上记载的权利人和真实的权利人是否一致。从权利主体审查的角度看，登记机关基本上只能做到形式审查而无法做到实质审查。例如，在房屋所有权的登记申请人提交的身份证、合同、支付凭证都保持同一的情况下，登记机关就只能确认此人是有资格纳入登记簿的房屋所有权人。登记机关无法也无权力调查这个人是不是真正的权利人。

第二，权利客体的情况。在形式审查的情况下，登记机关主要查验登记簿上记载的不动产状态、合同指定的不动产客体的状态等。而在实质审查的情况下，登记机关还要查验不动产的现实状态。在这个环节，登记机关需要形式审查，也需要实质审查。《物权法》第12条第2款所说的“实地查看”就是在这个环节提出的。

第三，权利的内容。在形式审查的情况下，登记机关主要审查不动产登记簿上记载的权利的种类和当事人提交的登记申请上的不动产权利的一致性；如果是限制物权，还要审查权利的期限等。在实质审查的情况下，登记机关还要审查这些权利是否真实存在。

《物权法》第12条大体上说明了审查的注意事项，但是仅有这个规定是远远不够的。对登记机关审查的准确法律表述，还是应该从法律关系的各个角度展开。另外，该条规定，“必要时可以实地查看”，而何谓“必要时”，则不易判断。一般认为，登记涉及公共利益、当事人的基本权利等事项时，应当实地查看。无论如何，不动产登记立法应该对此作出具体规定。

七、不动产登记的类型

所谓登记类型，是指登记机关从不动产权利的角度，尤其是这些权利发生变动的角度，所进行的不同状况的登记。如上所述，登记是将不动产权利的取得、变更以至消灭的事实记载于不动产登记簿之上，登记的类型就是以这些不同的事实为对象而展开的。在不同的权利变动中，法律不仅对申请人提出不同的要求，而且也会对登记机关提出不同的要求。

（一）总登记

总登记是对特定地区的全部土地在一定期间内进行全面的登记。总登记是一种具有普查性质的登记，其目的在于全面地掌握本行政辖区内的土地现实状态及其权属情况。在我国，涉及总登记的不动产，有土地、森林、矿藏、草原、水流、滩涂等等，这些重要的不动产“家底”，可以借助于总登记予以理清。总登记并不是登记机构的日常行为，但却是建立登记制度必须首先要解决的问题。

题。土地总登记应作为物权变动或者基础性不动产物权登记的前提条件，我国不动产立法应该建立总登记制度。当然，总登记的意义，并不仅仅只是为了理清这些极为重要的自然资源的状态，更为重要的是从不动产物权的角度厘清其法律状态，从而为规范不动产登记秩序确立法制基础。

（二）初始登记

初始登记分为土地权利的初始登记和建筑物所有权的初始登记。纳入初始登记的，是不动产的基础性权利，一般是土地所有权、建筑物所有权等。在我国，因为城市国有土地所有权一般不必纳入登记，自然人、法人在城市所拥有的基础性不动产物权是建设用地使用权，所以这种权利在出让或者划拨设立时，应该纳入初始登记。以前存在但至今尚未纳入登记的建设用地使用权，也应该纳入初始登记。农村的土地所有权可以进行初始登记，根据《土地管理法》以及《物权法》的规定，有权代表农民集体行使所有权的组织应当提交相关证明材料，申请集体土地所有权的初始登记。不论是在城市还是在农村，地上或者地下建筑物的所有权，也应该纳入初始登记。初始登记可以和我国已经建立的土地地籍相结合，把不动产物权或者权利与国家的行政区划联系起来。

（三）变更登记

变更登记是指涉及不动产所有权或者其他基础性物权的发生、转让、设置负担及物权的内容、范围、期限或者顺位发生改变时所进行的登记。从世界上很多国家的立法情况看，不动产登记立法中所说的“变更”，与《物权法》中所说的变更含义有些差别。《物权法》中的变更不包括权利转让、设立抵押等。变更登记由权利人或者相关利害关系人提起。当事人申请变更登记的，应当提交原不动产物权证明、物权变更事由等材料；变更涉及其他权利人利益的，还应当提交相关权利人的同意证明材料。

（四）更正登记

更正登记是指不动产物权人或者登记机关发现登记错误而予以更改的登记。《物权法》第19条第1款规定：“权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的，可以申请更正登记。不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的，登记机构应当予以更正。”不动产物权的更正登记是为了消除登记权利与真正权利不一致的状态，更正登记既可以由权利人或者利害关系人提出（申请更正），也可以由登记机关自己提出（自为更正）。

（五）涂销登记（注销登记）

涂销登记，也称注销登记，是指涂销不动产登记簿上既有记载的登记，目的是表明既有不动产物权的消灭。当事人申请涂销登记的，应当依法提交原不动产物权证明、不动产物权消灭事由等材料。当事人未按照规定申请注销登记的，不动产登记机构应当通知当事人在合理期限内申请；当事人逾期不申请的，登记机关进行注销公告，公告期满当事人仍不申请的，登记机构可直接办理注销登记。涂销登记的不动产物权上存在他人物权的，权利的涂销必须获得该他人的同意。比如，某人以房屋所有权设立抵押权时，即使房屋不存在了，也不可以强制涂销抵押权，因为此时抵押权人还保留着物上代位权，其权利尚有实现的可能。

（六）异议抗辩登记

异议抗辩登记是指事实上的权利人以及利害关系人对于现已登记的权利存有异议时所作出的登

记。异议抗辩登记赋予申请人以抗辩权，可以阻却现时登记权利人行使其登记权利。《物权法》第19条第2款第一句规定：“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。”异议抗辩纳入登记后，登记簿上记载的权利人不可以行使处分权。法律规定这一制度的意义在于，不动产登记簿上记载的权利人或者权利有可能是不真实的，或者是不足够充分的，此时登记簿上的权利人处分其权利，就有可能损害真正权利人的利益。法律设置异议抗辩登记之后，登记簿上的权利人不得随意处分其权利，而第三人也不得以登记有公信力而取得交易设定的不动产权。因此，异议抗辩登记的本质是中止不动产登记权利正确性的推定效力和公信力，以保护事实上的权利人和真正的权利状态。^{①9} 异议抗辩登记是不动产登记中的特殊类型。

（七）预告登记

预告登记是指为保全关于不动产权的请求权而进行的登记。《物权法》第20条第1款规定：“当事人签订买卖房屋或者其他不动产权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。”该规定的适用情形是：当事人订立不动产买卖合同时，指定的不动产尚未建成，但是日后不动产建成时，出卖人却将不动产出卖给他人。这种情形下，虽然买受人可以追究出卖人的违约责任，但是指定的不动产所有权却无法获得。为了保护买受人的特殊利益，《物权法》建立预告登记制度，赋予买受人尚处于债权状态的“取得权”的物权效力，以限制出卖人的处分，排斥第三人的取得。

八、不动产登记簿与不动产权属证书

（一）不动产登记簿的设置

所谓不动产登记簿，是指国家为不动产登记建立的专门记载不动产权以及相关权利的专门簿册。不动产登记簿在不动产登记立法中处于核心地位。《物权法》第16条第一句规定：“不动产登记簿是物权归属和内容的根据。”从这一规定就可以看出，不动产登记簿作为不动产权的法律根据，不论是不动产权人还是司法机关，在从事涉及不动产权的法律事务时，首先必须关注的就是不动产登记簿，以知悉不动产权的权利人、不动产状态、权利状态等至关重要的信息。比如，法院在分析和裁判涉及物权的民事争议时，首先要依靠不动产登记簿来判断不动产的状态，并确定不动产的权利人以及权利内容。

不动产登记簿具有如下典型特征：^{②0}（1）官方性。不动产登记簿是官方建立的不动产档案，它不是私人或者私家团体的文件。因此，不动产登记簿具有特殊的公信力。（2）统一性。不动产登记簿为全部不动产设立，它记载一国之内所有不动产的资讯，因此才能够实现土地地籍制度和不动产权制度赋予的双重功能。（3）公开性。不动产登记簿担负实现物权公示原则的功能，它不是秘密档案，许可利害关系人查询。（4）恒久性。不动产登记簿必须长期保存，毁损时也必须重建。国际

^{①9} 参见孙宪忠主编：《物权法的实施》（第一卷·物权确定），社会科学文献出版社2013年版，第115页。

^{②0} 参见注^{①9}，第95-96页。

上，数百年甚至更长时间保存的不动产登记簿屡见不鲜。

正是因为这些特征，如何设置不动产登记簿，成为不动产登记立法的核心问题之一。从世界上一些国家或者地区建立的不动产登记簿的情况看，不动产登记簿的设置应该包括三大部分：（1）不动产的自然状态部分的表述，如不动产地理位置的表述等；（2）关于不动产所有权或者基础性权利的表述。世界上多数国家均以土地所有权作为基础性权利，在我国城市地区，这种基础性权利可以是建设用地使用权；（3）关于基础性权利设置负担的表述。比如土地之上设立地役权、抵押权的表述等。对基础性权利予以限制的内容，也要记载于这一部分。比如，对于不动产的扣押等，就登记在这一部分。

我国不动产法律实践比较复杂，设置不动产登记簿时，面临以哪一种权利作为基础性权利的重大理论和实践问题。已经建成的城市中，国家所有权对一般民事主体而言没有交易意义，而且立法者的取向是不将其纳入登记，因此，城市中的不动产基础性权利只能是建设用地使用权。农村的情况更为复杂，不动产统一登记制度的建立离不开配套的农村不动产登记。^①因为农民集体享有的土地所有权、农民家庭或者个人享有的土地承包经营权、宅基地使用权等都有成为农村基础性物权的重大政治价值，在这个问题上需要立法者仔细斟酌。《物权法》将土地承包经营权、宅基地使用权都规定为用益物权，实际上与历史上以及当前的立法指导思想有所不符。“集体所有权的目的是要实现集体成员的利益”。^②当前我国正在进行的城镇化，也使得农民个人的土地权利的法律地位彰显出来，使其成为越来越重要的不动产物权，其法律政策价值不小于集体土地所有权。但是尽管如此，笔者认为，在当前情况下，将农民集体对土地的所有权作为基础性权利是一个比较妥当的选择。当然也有一种选择是在土地所有权之后，也将农民家庭或者个人享有的土地承包经营权、宅基地使用权等权利作为基础性权利。如果这样，我国的不动产登记簿的内容就不同于世界上其他国家或地区，它会有四个组成部分，从而有可能成为世界上最为复杂的登记簿形式。

不动产登记簿的存在形式包括电子介质和纸质两种。随着电子技术的发展，不动产登记簿的电子化是大势所趋，并与纸质簿册并存，这一做法在国际上已经非常普遍。电子化登记具有强大的技术优势，但是不可以此否定传统的纸质不动产登记簿的基础性价值。由于电子化的不动产登记簿完全依赖于信息技术，出于安全考虑，根据以往的经验做法，除了每天进行异地备份外，还应备有唯一、确定的纸质登记簿，以便在技术出现故障时能有据可依。所以，纸质登记簿仍然是基础性登记介质。

（二）不动产登记簿的查询

按照物权公示原则，不动产登记簿应该具有公开性，“公开性”的含义必须在不动产登记立法上予以明确界定。我国《物权法》第18条规定：“权利人、利害关系人可以申请查询、复制登记资料，登记机构应当提供。”由此可知，不动产登记簿不是国家的保密档案，允许权利人、利害关系人查询、复制，不禁止民事主体了解。从物权公示原则的角度出发，法律规定不动产登记簿必须公开的原则，是为了实现物权变动过程中涉及的交易安全保障的任务。例如，如果一个人要向他人交付

^① 参见高圣平：《不动产统一登记视野下的农村房屋登记：困境与出路》，《当代法学》2014年第2期，第55页。

^② 韩松：《论农民集体土地所有权的集体成员受益权能》，《当代法学》2014年第1期，第50页。

其房屋的所有权,那么他就应该让所有权的受让人知悉其房屋所有权的存在;而受让人知悉房屋以及所有权存在的最佳方法,就是查询不动产登记簿上记载的房屋以及所有权的状态。不动产登记立法因此必须建立不动产登记簿的查询制度,这一制度属于程序性的制度。物权公示原则和不动产登记簿公开是实体与程序的关系,通过不动产登记簿的公开,物权公示原则得以落实。

但是,不动产登记簿的公开性,也必须按照物权公示原则做出明确界定。首先,物权法建立公示原则的目的是为了物权交易的安全,因此,只有和不动产的权利人发生交易的人,也就是法律上所说的利害关系人,才能查询相关的不动产登记簿。不涉及交易的人,不必要知悉不动产登记簿上的记载,也没有权利查询不动产登记簿。因此,公开的对象不是社会上的所有人,不能任何人都可以随意地知悉他人在不动产登记簿上的权利记载。不动产登记簿的公开性,对一般社会大众而言还具有一定的私密性。其次,同样基于交易安全的理由,与交易无关的信息,即使相关的交易参与人也不应该知悉。例如,拟买受房屋的人可以查询该房屋上现存的法律状态,但是不可以查询该房屋交易的历史。最后,权利人、利害关系人的查询必须履行申请等手续,登记机关对此种申请也有审查的权力。在现实生活中,立法必须防止利用不动产登记簿的公开性原则扰乱甚至损害人民群众生活隐私的现象发生。

通过这些分析,可以清楚地看出,不动产登记簿的公开性和我国社会上一些人理解的“公开”,在含义上有很大差别。在不动产登记条例制定过程中,有观点认为,应将不动产登记簿记载的内容利用网络等方式予以“公告”,这一观点颇值商榷。公告,是指政府、社会团体对涉及公共利益的重大事件当众正式公布或者公开宣告,其目的是使全体社会成员都能了解这一信息。不动产登记簿记载的内容是个人的财产权利,没有必要予以公告。公告是公共权力的运用,必须有法律规定的条件。无论如何,不能因为建立了不动产登记制度,就发生将一般人的财产隐私暴露于公众的结果。个人财产权利尤其是一般人的财产权利属于“风可进、雨可进、国王不可进”的范畴。在现实生活中,政府可以发布某一个地区如何开发的公告,即规划性的公告,但是登记机关不能对不动产登记簿记载的民事主体的权利的内容发布公告。

在不动产登记条例制定的过程中,还有观点认为,应当利用不动产登记簿的公开性来实现“阳光立法”的要求,以达到惩治官员腐败的目标。这也是对不动产登记簿公开性的误解,媒体炒作的“以人查房”和“以房查人”,都是这种误解的反映。惩治腐败的“阳光立法”内容很多,其中之一就是要求官员公布其财产,以方便社会监督。这些立法是专门针对官员的立法,从立法的功能和法律体系的角度看,这些立法不能针对一般民众,当然也就不能针对一般民众的财产权利。法律可以要求官员公布其财产,但是不能要求一般民众也公布其财产。因此,不能把不动产登记簿纳入到“阳光立法”的范畴之内。从不动产登记立法的角度看,不论是“以房查人”,还是“以人查房”,都是不能采纳的。

应当注意的是,“阳光立法”效力强大,国家司法部门可以据此行使权力,去查阅任何个人或者机关的档案资料。不要说像不动产登记簿这样具有一定公开性的官方档案,即使是在法律上处于“保密”原则保护下的个人存款资料,只要是涉及官员腐败的,相关司法机关都可以查询。因此,不在不动产登记立法中建立官员财产查阅制度,不会妨碍司法机关依据职权查阅官员的财产,也不会妨害反腐倡廉。

此外，“阳光立法”建立的官员财产公示制度，必须规定什么样的官员，应当依据什么样的程序申报财产的规则。但是，不动产登记簿上从来不会记载权利人的身份是否为官员，要求不动产登记承担“阳光立法”的功能，在不动产登记立法上无法实现。如果一个官员将其实际拥有的不动产登记在其亲属甚至是不相干的人的名下，从不动产登记的角度看，不会遇到太大障碍。此时，不论是“以房查人”还是“以人查房”，都是查不到的。所以，不能要求登记机关承担这一方面的职责。但是，在“阳光立法”中，对一个涉嫌腐败的官员，不论其财产登记在谁的名义下，国家司法部门都可以查出来。

（三）不动产权属证书

不动产权属证书，是指不动产登记机关颁发给不动产权利人、以证明其权利的证书。不动产登记机关根据不动产登记簿中的记载，向权利人发放不动产权属证书，用以证明权利人享有的不动产权。这一证书和其他证书的显著不同在于：（1）它是国家颁发的证书，具有官方承认和保护的公信力；（2）它是财产权利证书，不是人身权利证书；（3）权属证书只是为基础性权利颁发，比如对所有权颁发。在我国，土地以及建筑物的所有权、城市中的建设用地使用权、农村中的土地承包经营权、宅基地使用权、农地使用权、采矿权、林权等权利可以发放权属证书。

《物权法》第17条规定：“不动产权属证书是权利人享有该不动产物权的证明。不动产权属证书记载的事项，应当与不动产登记簿一致；记载不一致的，除有证据证明不动产登记簿确有错误外，以不动产登记簿为准。”在我国，民众对于权属证书的法律实践非常熟悉。我国社会存在数千年的“地契”、“房契”，就是政府颁发给民众的不动产权属证书。改革开放以来，我国不动产登记机关也一直从事着发放权属证书的工作。当前典型的不动产权属证书有《房屋所有权证》、《建设用地使用权证》等等。权属证书是用于证明相关登记事项的证据，一般而言，它不能与不动产登记簿中的内容相冲突。由于不动产权属证书涉及到证明不动产的权利状况，对相关权利人的利益影响重大，因此，权属证书的格式应该由主管机关统一制定。

【主要参考文献】

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。
2. 程啸：《不动产登记法研究》，法律出版社2011年版。
3. 段匡：《日本民法百年中的债法总论和契约法》，《环球法律评论》2001年秋季号。
4. 孙宪忠主编：《物权法的实施》（第一卷·物权确定），社会科学文献出版社2013年版。

（责任编辑：高圣平）