

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

张双根^{*}

摘要 基于编制原则与功能定位,不动产登记簿册的统一取决于实体法上不动产概念及其物权关系的构造。就国有建设用地范围内的“房地关系”,建筑物不论是否采取区分所有形式,均应与建设用地使用权或其共有份额一起,共同作为不可分之“元素”而构成一个整体,成为一个处分行为之客体;在建建筑物只能成为建设用地使用权或其共有份额的重要成分,只能以后者来构建相关物权关系。惟其如此,才能形成真正意义上的“房地一体”制度,进而在赋予建设用地使用权以“准土地”之身份后,才能实施真正的“房地合体”登记,实现我国不动产登记簿册的实质统一。

关键词 不动产 房地关系 建设用地使用权 在建建筑物 统一登记簿册

导 论

虽然 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》,然后再用三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

^{*} 北京大学法学院副教授。本文之写作,幸得北大法学院孙新宽博士全力协助,特志谢意!

统一”。〔1〕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,〔2〕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。〔3〕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。〔4〕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。〔5〕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,〔6〕似乎自始具有当然的制度正当

〔1〕 其工作进展,参见《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/zwgg/2013-03/28/content_2364821.htm,最后访问日期:2014年6月8日;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,最后访问日期:2014年6月8日;今年两会期间国土资源部负责人专访,参见 <http://news.sohu.com/20140309/n396276368.shtml>,最后访问日期:2014年6月8日;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,最后访问日期:2014年6月8日,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”。

〔2〕 媒体关注可参见前注〔1〕所引。学理上对登记机构统一的讨论,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”,《政治与法律》2012年第5期。

〔3〕 参见 http://news.ifeng.com/a/20140509/40213786_0.shtml,最后访问日期:2014年6月8日;国土资源部网站:http://www.mlr.gov.cn/zwgg/zytz/201405/t20140509_1316407.htm,最后访问日期:2014年6月8日。

〔4〕 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,页148。

〔5〕 相关讨论参见程啸,同上注,页144以下。

〔6〕 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,若着眼于登记簿册的统一,虽然日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,可参见尹田:《物权法》,北京大学出版社2013年版,页52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,页48以下。不过,此等地上“构筑物”即便构成不动产,就其登记簿之设置规则,在原理上亦不应与“建筑物”有异。

性,而学界也因此常不具详论。^{〔7〕}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,也就得以全面的呈现。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“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。

一、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需遵循的原则。

(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。^{〔8〕}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。^{〔9〕}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。^{〔10〕}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

〔7〕 持分设论者如程啸,见前注〔4〕,页147—148;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,页63—64。

〔8〕 关于这两种不同体例的概述,可参见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,见前注〔4〕,页149—151。

〔9〕 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》(住建部2008年)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1款第一分句。

〔10〕 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。

编制技术在我国践行既久,已有相当的积累,目前看不出有改弦更张的必要,^[11]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”。^[12]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”。^[13]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。^[14]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

[11] 相同意见参见程啸,见前注[4],页151—153。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:“不动产登记承担起反腐重任吗?”,<http://news.ifeng.com/opinion/special/budongchan/>,最后访问日期:2014年6月8日;“不动产登记制度来了:房叔、房婶们怕了吗?”,<http://news.sohu.com/20140329/n397417870.shtml>,最后访问日期:2014年6月8日)。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”。

[12] 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,就此可详参见 *Bauer/von Oefele*, a.a.O., Rn. 26 ff.

[13] 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。

[14] 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”,《法学》2010年第3期。

产所有权之登记,然后才能登记可能存在的不动产他物权;〔15〕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。〔16〕

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;〔17〕反映在“物的编成”体例下登记簿册之编制上,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。〔18〕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,均疑问丛丛。

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,

〔15〕 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。

〔16〕 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;就此可参见李吴等:《不动产登记程序的制度构建》,北京大学出版社2005年版,页473—482;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,页181—185。

〔17〕 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,页183(“所有权是最显著和最广泛的权力,而且它同物本身融合在一起”);德国学理上的类似论述,可参见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。

〔18〕 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》,法律出版社2009年第2版,页217—218;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)》,页80以下。

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,^[19]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?^[20]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,^[21]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

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,^[22]甚少虑及建筑物的其他形态,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。^[23]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。

[19] 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,详见下述),亦参《城市房地产管理法》第32条。

[20] 对此虽有提及但未深论者,常鹏翱,见前注[7],页63—64。

[21] “房地一致原则”的强制性问题,参见下述。

[22] 如高圣平:“土地与建筑物之间的物权利用关系辨析”,《法学》2012年第9期;程啸,见前注[4],页82—85;孙宪忠,见前注[18],页219。对建筑物区分所有稍有论及者,参见曾大鹏,见前注[18],页90—91。

[23] 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。

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，^{〔24〕}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”。^{〔25〕}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^{〔26〕}、预购商品房抵押权^{〔27〕}，或存在围绕着在建建筑物的物权制度，如预购商品房预告登记、预购商品房抵押权预告登记^{〔28〕}。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”。^{〔29〕}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。

〔24〕 参见陈华彬：《建筑物区分所有权》，中国法制出版社2011年版，页71以下、页83以下；梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社2010年第5版，页164—165；类似地，王利明：《物权法研究》（上卷），中国人民大学出版社2013年第3版，页560—562；王利明、尹飞、程啸：《中国物权法教程》，人民法院出版社2007年版，页210；崔建远，见前注〔6〕，页403—404。

〔25〕 仅曾大鹏，见前注〔18〕，页90—91，简略论及。

〔26〕 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”。

〔27〕 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”，《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）。

〔28〕 参见《房屋登记办法》第67、71条。

〔29〕 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”，《法治研究》2011年第9期。

(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。问题的结症,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。

二、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,^[30]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。^[31]

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”,^[32]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。

(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。^[33]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

[30] 其文献梳理,参见高圣平,见前注[22];亦参朱晓喆:“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”,《华东政法大学学报》2010年第1期。

[31] 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”,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2007年第6期;高圣平,见前注[22]。

[32] 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。

[33] 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,页577;王利明:《物权法研究》(下卷),中国人民大学出版社2013年第3版,页922-923;孙宪忠,见前注[18],页219;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,页440-442。

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。^[34]

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)。^[35]

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。^[36]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

[34] 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,见前注[30](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”)。

[35] 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,见前注[18],页218—219;陈甦:“论土地权利与建筑物权利的关系”,《法制与社会发展》1998年第6期;曾大鹏,见前注[18],页80、91—96。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,此时在建设用使用权人与建筑物所有权人间成立(推定性的)租赁关系。

[36] 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,见前注[33],页577。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,见前注[22]。

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,^[37]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。^[38]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(Untererbaurecht)”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”)。^[39]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。^[40]

(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”。

[37] 如我国台湾地区“民法”第422-1条,《日本民法典》第265条。

[38] 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,见前注[33],页556),但能否约定承租人保有所建造房屋的所有权,仍不无疑问;德国法情形可参见 *Staudinger/Raap* (2009), Einl zum ErbbauRG, Rn. 1。

[39] 参见(德)鲍尔/施蒂尔纳,见前注[8],页652。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。

[40] 更详尽的论证,可参见高圣平,见前注[22]。另我国台湾地区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;就我国台湾地区新增之“法定地上权”制度,可参见谢在全:《民法物权论》(中册),中国政法大学出版社2011年修订五版,页440-442。

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。^{〔41〕}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我国台湾地区地上权制度的影响。我国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。^{〔42〕}德国法上的地上权制度，^{〔43〕}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插进地上权，使建筑物摆脱其土地之重要成分的身份；然后再依《地上权法（Erbbaurecht）》第12条第1款第1、2句，将基于地上权所建造之建筑物，“视为（gilt）”地上权之重要成分。^{〔44〕}由此可见，作为不动产之建筑物，在德国法上自始至终仅具有“重要成分”属性，始终不可成为处分行为之单独客体，从而自始杜绝了地上权与建筑物分别予以处分的可能性。而我国台湾地区民法就建筑物，取的却是日本民法思路，不仅将其独立于土地所有权，更将其独立于地上权，有独立的建筑物所有权存在；加之在我国台湾地区“民法”（原）第838、882条之下，地上权似乎得独立予以让与、设定抵押，在制度上引发地上权与地上建筑物得分别处分而异其归属的可能性。^{〔45〕}但为顾全建筑物与地上权两者相合始能完成其经济作用，我国台湾地区通说又强调二者在处分上应一并为之；不过学理在论说其一物处分之理由时，似以第862条第1项所体现的“处分主权利及于从权利”规则为据。^{〔46〕}为杜绝是否一体化的歧义，2010年我国台湾地区修正“民法”“用益物权”时，增设第838条

〔41〕 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。

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

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

〔44〕 “成分”概念仅存于“物”这一客体制度中，而地上权乃权利，并非物，故采用“视为（gilt）”之拟制技术。另外，既然该建筑物的属性是成分，则在其上原则上不能成立单独的所有权，只不过德国学理为了说明地上权人之地位与权利内容，又借用《住宅所有权法》“特别所有权视为（Sondereigentum）”概念，来说明该建筑物之于地上权的关系，因此虽有“特别所有权”之名，但该所有权仍然只是由地上权所产生的不具有独立性的一项权能；就此详参 MüKoErbbaurechtRG/von Oefele/Heinemann, a.a.O., § 1, Rn. 5 f.; § 12, Rn. 1 ff.

〔45〕 详参谢在全，见前注〔42〕，页370—371；谢在全：《民法物权论》（下册），中国政法大学出版社1999年版，页741。

〔46〕 但何以适用“主从权利规则”，我国台湾地区“民法”文献未见深究，而且在适用或运用上也颇不一致，如谢在全（同上注，下册，页741），仅就“仅以建筑物设定抵押”情形，适用“主从权利关系”以及于地上权，但就相反的“仅以地上权设定抵押”情形，却又不提主从关系。再如史尚宽（史尚宽：《民法物权》，中国政法大学出版社2000年版，页279），就“仅以建筑物设定抵押”情形，似乎也主张适用“主从关系”以及于地上权；但在另一方面（史尚宽前揭书，页198），又主张建筑物附合于地上权。

第3项,以强制性规范形式,明确规定地上权与建筑物之间的“处分一体性规则”。^[47]但地上权与建筑物何以须一体化,以及如何看待处分一体化后的地上权与建筑物关系,在法教义学构成上其疑问依然存在。

我国立法虽然在建筑物之为独立不动产,以及得就建设用地使用权与建筑物各为处分方面,与我国台湾地区“民法”修法前的做法相同,但就针对房地之处分行为,一直强调“一体化”,且所幸的是,所使用的表述均为“一并”,^[48]各规范均为强制性规范,无容自治空间,自始杜绝类似我国台湾地区“民法”之是否一体性的歧义。对此可否运用“主从规则”来阐释我国法上的“房地一致”关系呢?^[49]这在本文看来,断然不可,且仅两项理由即可说明:其一,“主从规则”只有“主”及于“从”,不可反向由“从”及于“主”。但在我国现行法上,如上所述,“房地”得各为不同处分行为之客体,且均发生效力互及的效果,从而无法以通常意义上的“主权利与从权利”,来描述我国房权与地权的关系;其二,“主从规则”,无论是“主物与从物”还是“主权利与从权利”,其规范在性质上为一项解释规则,^[50]允许当事人以特约加以排除,这又与房地一体处分规范之强制性相抵触。那么换一个角度,能否运用“重要成分”原理来说明呢?同样不可以:须知,重要成分制度之精义,在于使重要成分为“整体物”所吸收,使其丧失在客体制度的独立性,而现行的“房地”分明是两项权利,又如何能使其中的一个香消玉损呢?!

“房地”是如此密不可分地结合在一起,在法律上是如此地共其命运,但对其既不能运用“主从规则”来阐明其性质,又无法照搬德国地上权制度的思路,将建筑物视作建设用地使用权之重要成分,那么将二者视作不可分的元素,共同构成一个整体,则这一“元素—整体”的理论模式,应是最契合我国现行法的法教义学论说思路。^[51]申言之,在“元素—整体”模式下,对

[47] 我国台湾地区“民法”第838条第3项:“地上权与其建筑物或其他工作物,不得分离而为让与或设定其他权利。”关于该款规定之背景与意义,可参见谢在全,见前注[40],页451;王泽鉴,见前注[42],页296。

[48] 《城市房地产管理法》第32条使用“同时转让、抵押”,其意则一。

[49] 偶用“主从关系”来阐释建设用地使用权与建筑物间关系者,如黄松有主编,见前注[33],页597。

[50] 如《德国民法典》第926条就土地让与之及于从物,其第1款第2句即揭明为解释规则,参见MüKoBGB/Kanzleiter, 6. Aufl. 2013, § 926, Rn. 1;而类似我国台湾地区“民法”第862条第1项的,大体相当于《德国民法典》第1120条以下各规定,极为复杂,但断无抵押主权利必及于从权利的绝对性规则;参见MüKoBGB/Eickmann, 6. Aufl. 2013, §§ 1120 ff. 我国《物权法》中涉及“从随主规则”的规定,如第115条(关于从物)、第164—167条(关于地役权)、第192条(关于主债权与抵押权),均蕴含解释规则属性;就此亦参张双根:“物的概念若干问题”,《华东政法大学学报》2006年第4期。

[51] 地上建筑物或类似设施,不构成土地或地权之重要成分,而以其他思路来说理者,在德国法上亦不乏其例。依Wilhelm, a.a.O., S. 28, Rn. 56,两德统一后,为解决在新联邦州水电气等输送管线的所有权归属问题,先是赋予供输企业在管线通行所涉及的各土地上享有“法定人役权(persönliche Dienstbarkeit kraft Gesetzes)”,然后规定管线所有权归该人役权人享有,从而人役权与管线所有权在归属上,也就不可分地结合在一起(das Eigentum an den Leitungen wird damit untrennbar mit der Dienstbarkeit verbunden),避免发生异其主体之现象。但就此“不可分之结合”的属性,德国学理未有深究。不过,此在德国法上毕竟属例外,且在与土地之关系上,人役权也不可同地上权同日而语,对此不作深论,尚不至影响其体系操作。反之,在我国,如本文所一再强调,建设用地使用权已居于土地物权体系之核心,若在理论上不深究“房地关系”之属性,则势必影响一系列的实务操作,更影响不动产登记簿册之设置。

其中任何一个元素的处分,必然及于另一元素,进而及于整体;二元素结合而成的整体,在法律上实际上成为一个处分行为之客体,其情形类如下述对建筑物区分所有权的处分。因此,即便为了迁就目前的房地产交易实务之习惯,当事人所使用的表述仅是处分建筑物或者建设用地使用权,但在法律上观察,其处分行为之客体,仍强制性地及于包括建设用地使用权与建筑物之整体。^[52]且其处分行为,不仅包括转让,更包括抵押权设定行为,即此时应仅成立一个以房地为整体的抵押权,并以成立时间先后来定其顺位关系。^[53]

虽然房地作为要素结合成整体而共其法律命运,但细究权利得丧变更之各环节,房与地在其中的作用还是有所不同:第一,在取得环节,建设用地使用权的取得,不以其上是否有房屋为条件;但是反过来,无论是基于何种法律原因的房屋所有权的取得,必定先有或同时取得建设用地使用权。第二,在消灭上,其中在因客体灭失所引起的消灭情形,土地灭失,必然导致房地二权同归于消灭;反之房屋的灭失,并不必然引起地权的消灭。^[54]第三,在变更上,如内容变更、设定抵押负担等,按照现行法的规定,地权固然谈不上决定房权,但是同样房权也无从决定地权,二者似乎处于同等地位。准此三环节的考察,大体可以说,这两个要素虽然共其法律命运,但相较而言,建设用地使用权处于更基础的地位;这一判断,也符合建筑物须附着于土地的物理属性。^[55]

2. 建筑物区分所有情形

在建筑物区分所有权情形,住宅各所有权人对基地所享有的只是对建设用地使用权的共有份额。这一共有份额与各业主对建筑物以及其他设施之共有在一起,共同构成建筑物区分所有权之共有权要素。按照目前我国就建筑物区分所有权性质采“三元论说”的通说,^[56]共有权与专有部分所有权(各住宅单位)以及成员权一起,构成建筑物区分所有权之三元素,三者密

[52] 将其视为一个处分行为的思路,也体现在日前的土地登记实务中,如《土地登记办法》第40条规定,“因依法买卖、交换、赠与地上建筑物、构筑物及其附属设施涉及建设用地使用权转移的,当事人应当持原土地权利证书、变更后的房屋所有权证书及土地使用权发生转移的相关证明材料,申请建设用地使用权变更登记。涉及划拨土地使用权转移的,当事人还应当提供有批准权人民政府的批准文件”,其中根本不要求针对建设用地使用权之处分行为。

[53] 从实务呈现来看,房地一体处分最大的问题,在于“房地抵押权”的理解,尤其是在现行法语境下,房地分别抵押所导致的“建设用地使用权抵押权”与“建筑物抵押权”间关系上的疑问。日前较有力的解释,认为此时成立“共同抵押权”,即《物权法》第180条第2款意义上的“共同抵押权”,如朱晓喆,见前注[30];高圣平、严之:“房地单独抵押、房地分别抵押的效力——以《物权法》第182条为分析对象”,《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2012年第1期;崔建远,见前注[33],页832。在本文看来,“共同抵押”说无论是采取“拟制”方式,还是采取“直接法定式”,在抵押权设立行为之构造上,均难以圆通,盖其问题的根本,不在于抵押权设立行为问题,而在于抵押客体彼此间的不可分的结合。

[54] 《物权法》就未将建筑物灭失列为建设用地使用权之消灭原因;而且,在土地出让金之给付并非按出让年限实行地租式,而是采取一次性给付的现行制度下,以建筑物灭失作为建设用地使用权之消灭原因,也不具有其现实层面的合理性。

[55] 仔细分析我国通说就采行“房地一致原则”所述之理由(参见前注[30]所引),其对建设用地使用权之重要性或基础性的强调,亦同样清晰可识。

[56] 《物权法》第70条参照;并见前注[24]所引各著。

不可分,形成一个整体,从而在法律上须将三者视为一体。剔除其成员权这一团体法元素,仅着眼于其中的物权性元素,将这一通说思路往前回溯至建筑物单独所有状态,则与上述“元素—整体”之推论,恰好相合无间。这一前后思路上的无缝对接,所显示的理论意义更在于,就建筑物与建设用地使用权间的关系,不论建筑物之形态为单独所有,还是演化为复杂的区分所有,均统一于“元素—整体”的理论阐释模式,从而避免这两个制度领域间发生断裂。^[57]

不过,就专有所有权与共有部分在建筑物区分所有权中的功能与地位,通说认为专有权处于“主导性”,“决定”包括基地在内的共有部分,甚至“在区分所有权的设定登记上,只登记专有所有权,而共有部分持分权和成员权则无须单独登记”。^[58] 尽管自经济上观察,作为专有部分之各住宅所有权,是各业主所追求的主要目的,^[59]也尽管各业主对基地所享有的仅仅是一个抽象的(对建设用地使用权之)共有份额,不如各住宅实体来得真切,^[60]但是这一过分渲染专有所有权的思路,大有商榷余地:其一,就通说所称的专有所有权“决定”共有权的各事项(即持分权以及表决权的大小等),反过来表述成以共有权来决定各该事项,在逻辑上一样通顺。至于共有份额计算之以专有部分大小为准,只是计算方法上的便利问题,尚不能由此而推论专有所有权之决定地位。其二,即便是在“三元论说”起源地之德国,^[61]专有所有权也不享有如此的“决定”地位,区分所有权三元素间,至多是一种“彼此附随(gegenseitig akzessorisch)”的

[57] 这在德国法上恰是其缺陷所在:单独所有之建筑物,仅为土地所有权之重要成分,不具有客体能力;而在建筑物区分所有中,建筑物所有权并非基地共有权的“重要成分”(尽管在德国《住宅所有权法(WEG)》立法中,如在第1条第2、3款、第6条第1款,有专有权对共有份额的“zu dem es gehört”的表述,极易引起专有权构成共有权之成分的误解),二者“共同构成一个法律单位,即住宅所有权(eine rechtliche Einheit, das Wohnungseigentum)”,从而前后遂有断裂,使得建筑物区分所有权制度,似乎完全在普通的建筑物制度之外发展而起。关于德国法上的住宅所有权制度理论,参见 *Staudinger/Raap* (2005), § 6 WEG, Rn. 1; *Staudinger/Gursky* (2013), § 883, Rn. 101 ff. 不过须明了的是,德国法理论构造的这一“断裂”,仅具有纯理论意义,并不影响其进一步的法教义学构造,因为在这两种情形下,处分行为只有一个,所处分之客体也只有一个(在前者为土地,在后者为作为一个法律单位的住宅所有权)。

[58] 参见王利明、尹飞、程啸,见前注[24],页216;梁慧星、陈华彬,见前注[24],页166;崔建远,见前注[6],页403-404。

[59] 在此须辨析者,经济观察视角并不等同于法律观察视角,甚至并不能决定法律上的构造,因为经济视角所得者,往往不能反映法律层面上的实相,法律构造有其自身的内在逻辑。可举一例来说明,且与本文相关:在德国地上权法中,为便利地上权人通行、停车、存放物件等需要,避免法律关系构造上的复杂化,特在其第1条第2款将地上权效力及于地上建筑非必需之基地部分,而其前提则是依地上权所建造之建筑物,乃“经济上的主物(wirtschaftlich die Hauptsache bleibt)”;经济上主物者,仅说明其经济需求之主次,并不能因此改变建筑物乃地上权之重要成分这一法律构造;就此可参见 *MüKoErbbaurecht/von Oefele/Heinemann*, a.a.O., § 1, Rn. 20 ff.

[60] 亦指出此点者,刘月、楼建波,见前注[29]。

[61] “三元论说”由德国学者 Bärmann(贝尔曼)首倡,参见 Bärmann, *Die Eigenwohnung*, DNotZ 1950, S. 238 ff.; *Das Wohnungseigentums-Gesetz*, NJW 1951, S. 292 ff.; *Zur Theorie des Wohnungseigentums*, NJW 1989, S. 1057 ff. 但对此说现亦不乏批评,可参见 *Staudinger/Raap* (2005), *Einl zum WEG*, Rn. 25 ff.

关系。^[62]其三,倘若采取动态的而非静止的、历史的而非现状的眼光来考察区分所有权的各项元素,则对基地之共有权,应更具有基础性乃至决定性的作用。具体来说,就建筑物区分所有权之成立,尽管现行法几乎未有任何规定,^[63]但与建筑物单独所有情形一样,在事理上须先有“地”后有“房”,然后才能进一步形成“区分所有”。而就其消灭来说,土地一灭失,则区分所有之建筑物必不复存焉;反之,仅建筑物灭失,则基地共有权并不灭失,甚至作为整体之建筑物区分所有权也不随之消灭,盖区分所有建筑物仍有其重建可能。^[64]其四,如果说专有所有权对建筑物区分所有权法律关系建构乃至其法律性质具有什么决定性意义,则在本文看来,这种意义主要体现于其说明性价值,即在于借助“所有权”概念,在单独所有权以及所有权共有之外,型构一种特殊类型的所有权,也就是同时包含专有所有权、共有权与成员权三项元素的“建筑物区分所有权”。而如此构造的目的,仍在于使这三元素构成一个整体,从而得以成为一个处分行为之客体而便于交易,并可直接适用民法中关于所有权保护的一切规范(尤其是《物权法》第34条以下的物权请求权规范)。^[65]其五,至于通说所认为的共有部分无须单独登记,于理不通,且难符事实。^[66]以德国法为例,在其住宅所有权制度中,土地共有份额与相应的特别所有权结合在一起,作为一个登记单位,登入专门设置的“住宅所有权登记簿册”,且在登记簿之“状态栏”,须登记对基地之共有份额。^[67]

因此,即使是在建筑物区分所有关系中,对基地使用权之共有份额,同样具有更基础的地位。如此更可印证本文“元素—整体”论的统一性,即不仅在元素构成上,而且在各要素彼此间的作用与地位上,前后均相一致。

(三)在建建筑物情形的“房地一致”:“重要成分”理论之引入

与已建成之建筑物相较,在建建筑物所遭遇的疑问,首先是在建建筑物在民法客体制度中的定性。只有把握住这一前提,才能进一步分析在建建筑物情形下的房地关系问题。

1. 传统通说:在建建筑物属于“未来物”

民法上的物,依其内在构造(Strukturen der Sachen)之不同,有简单物、合成物以及集合

[62] 在德国《住宅所有权法(WEG)》中,在表述上均以“zu dem es gehört”,来表示特别所有权对土地共有份额的关系,其直译为“[特别所有权]从属于[土地共有份额]”,更凸显出共有权的主导性;或许正因为此,也就不难理解有学者甚至将特别所有权形容为共有权的“附属物(Annex)”,参见 Wilhelm, a. a. O., S. 810, Rn. 2076。

[63] 在此须指出的是,区分所有权的成立或形成机制乃建筑物区分所有权法中的核心制度,甚至是整个建筑物区分所有权制度的活水源头。现有理论就业主规约的性质与效力、业主共同体的法律性质与地位等所存在的争议,在一定程度上莫不与这一核心制度在我国立法上的缺失有关;就此争议,可参见陈华彬,见前注[24],页196以下、页254以下。

[64] 关于区分所有建筑物之重建制度,详参陈华彬,见前注[24],页153以下。

[65] 德国法情况参见 MüKoWEG/Commichau, 6. Aufl. 2013, Vor § 1, Rn. 26 ff.

[66] 即便在我国目前的登记实务中,也并非所有城市均不进行地权登记;而且地权登记的空缺,也已造成不少不良后果,就此可参见刘月、楼建波,见前注[29]。

[67] 其详可参见 MüKoWEG/Commichau, a. a. O., § 7, Rn. 2—5。

物之分。^[68]其中所谓合成物,乃由数个原本独立的物经机械结合而成的物。合成物在法律上视为一个独立的所有权客体,而原本之各个物经此结合则成为合成物的成分(重要成分或普通成分)。至于此等结合至何时及何等状态,方可产生一个新的合成物,则悉依交易观念为判断。^[69]建筑物属于典型的合成物,故建筑施工至何种程度或状态,方有新的“建筑物”产生,同样依客观的交易观念来判断。^[70]准此而言,凡未达此交易观念所认可之建造状态,均只能为“未来之建筑物”,即“未来物(不动产)”。此即传统通说在将建筑物视为独立不动产时,判断在建建筑物属于“未来物”的基本逻辑。^[71]

就“未来物”,包括在建建筑物在内,进行债法性的交易行为,如尚未出厂之汽车的预购、商品房预售等,在民法教义学上并不存在构造疑问。但在物权法上,在物权客体特定原则之下,“未来物”因不具有现实性与特定性,无从满足物权之现实的对物支配性的内容,故而在其上也无法成立现实的物权。^[72]具体至在建建筑物,因建筑物尚未形成,故其上无法成立已建建筑物意义上的建筑物所有权,也无法设立现实的建筑物抵押权。如果仅就在建状态的建筑物进行处分,则其在法律上的可能路径,在传统理论看来,只能以(一堆)建筑材料作为客体;建筑材料为动产,从而只能适用相应的动产物权及其变动规则,无从适用不动产物权规则。^[73]

但是,依照动产来处理思路,显然有违现行法认可在建工程抵押等制度的初衷,也难合各交易主体的实际需求,因为无论是在建工程抵押权,还是围绕商品房预售的各种交易,其当事人所实际希望取得的,均是不动产物权,绝非体现为建筑材料形式的动产。^[74]

2.“与不动产相当”说之不足

或鉴于按动产处理思路难以圆通现行法做法,有学者直接以现行法规定为据,认为在建建筑物“与不动产相当”。^[75]这一实证法解释论,颇含有拟制意味,^[76]即本来不具有不动产资格的“在建建筑物”,经立法上的拟制技术,在法律上即“与不动产相当”,或“视为”不动产。那

[68] 其详可参见 H.J. Wieling, Sachenrecht, Band I, 2. Aufl. 2006, S. 55 ff.; 亦参见崔建远,见前注[6],页 45—46。

[69] Vgl. H.J. Wieling, a.a.O., S. 56 f.

[70] 此亦为我国台湾地区实务与学说观点,参见王泽鉴,见前注[42],页 42—43。

[71] 相关问题参见王荣珍:“论在建建筑物抵押登记的性质与效力”,《学术研究》2011年第11期。

[72] 关于物权客体特定原则及其这一层的含义,可参见(德)鲍尔/施蒂尔纳,见前注[8],页 65—66;张双根:“商品房预售中预告登记制度之质疑”,《清华法学》2014年第2期;特别强调物权客体之“现实性”要求者,如尹田,见前注[6],页 36。

[73] 参见王泽鉴,见前注[42],页 42—43。

[74] 而且,对建筑材料之处分,不可能及于建设用地使用权,无从发生现行法所规定的“一体处分”之法律效果。这在《德国民法典》第95条第1款“表见成分”制度中,体现得尤为明显,即基于租赁关系等债权性使用权,亦即基于“临时性目的”而建造之建筑物,即使为已建成之建筑物,也须适用动产物权变动规则;参见 MüKoBGB/Stresmann, 6. Aufl. 2012, § 95, Rn. 8 ff., 37 ff.

[75] 就在建建筑物抵押权持此论者,如崔建远,见前注[6],页 50(在第52页亦有涉及)。虽未明确提出,但隐含类似逻辑的,如王利明、尹飞、程啸,见前注[24],页 460。

[76] “与不动产相当”论者虽未提出论证,但其拟制意涵不容否认;而就拟制规范之构成,可参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,页 48;(德)拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第142—144页。

么,在建建筑物,或者更宽泛地说,“未来物”能否在法律上拟制为“现实物”呢?论者或可为此说进一步提出现行法上的佐证,即现行法所认可的未来自物权,绝非在建建筑物这一孤例。《物权法》第180条第1款第5项就具有在建性质之“未来物”上的抵押权,除在建建筑物抵押权外,还同列有在建船舶抵押权与在建航空器抵押权;就后两种抵押权之物权属性与构成,在理论上几无异议,则就在建建筑物抵押权之不动产权属性,也无单独予以否认之道理。^[77]

但在本文看来,现行法将在建建筑物与在建船舶、在建航空器同列,赋予其具有抵押权客体能力,在法教义学上恰恰最为可疑。船舶与航空器大体同其事理,不妨仅以在建船舶为例,^[78]来予以说明。将在建船舶抵押权视为“未来自抵押权”之说者,^[79]虽未明确提出其论说思路,但循其逻辑可推测如下:船舶按其自然属性,本为动产,但因其物权归属与变动采登记制度(《物权法》第24条),从而在法律地位上又具有不动产的特性,有所谓“准不动产”之称;^[80]而在建船舶乃未来才建成之船舶,因而是“未来之准不动产”,且现行法许可在其上设定抵押权,并同样采登记制度,^[81]则该抵押权自然也就是“未来之准不动产上的抵押权”。

但这一建构逻辑并不可靠:第一,须肯定的是,船舶就其自然属性言,无论在状态上建成与否,仍为动产;且这一动产属性,也不因登记与否而发生改变。^[82]换言之,船舶与在建船舶仅是因物权变动之需,而在立法上为其设置登记簿册,拟制性地使其获得“准不动产”地位,但不能因此而抹杀其动产的自然属性。指出其动产的自然属性,意味着船舶及在建船舶不必附着某特定的土地,如同其他所有种类的动产,其经济价值仅由其自身来体现,绝不会附加任何因附着于土地而产生的不动产性价值。其表现则是,在建船舶离开暂时附着的土地,如从一个造船厂挪到另一个造船厂而继续建造,甚至在极致情形,即技术许可且不损及各零部件价值之前提下,拆卸还原成一堆零部件,其主体价值原则上不会受到实质性的减损。因此,对在建船舶进行不动产化的拟制技术操作,也就只针对其自身,并不及于或牵扯对土地的任何一种权利。第二,以已建成之船舶为准来观察在建船舶,在建船舶属于“船舶之未来物”,固然无疑。但断不可因此而推论,在建船舶在其状态上,即等于用来建造船舶的各材料与各部件,也就是

[77] 现有理论就此三种所谓“在建物”抵押权,基本上不做区分,均采相同或类似的说理思路,如黄松有主编,见前注[33],页537;朱岩、高圣平、陈鑫:《中国物权法评注》,北京大学出版社2007年版,页583。

[78] 在比较法上,英美法系之英国和美国,不承认在建船舶抵押权,仅有类似于动产质权的担保利用可能;而在大陆法系之德国、法国、荷兰、日本等,均认可在建船舶抵押权;参见 *Staudinger/Nöll* (2009), § 76 SchiffsRG, Rn. 1 ff., 9-14。

[79] 可参见张丽娜:“建造中船舶抵押权问题研究”,《河南省政法管理干部学院学报》2007年第5期。

[80] 关于“准不动产”及其物权变动之争议,可参见杨代雄:“准不动产的物权变动要件——《物权法》第24条及相关条款的解释和完善”,《法律科学》2010年第1期;汪志刚:“准不动产权变动与对抗”,《中外法学》2011年第5期。

[81] 参见《物权法》第180条第1款第5项、第188条,以及《海商法》第14条:“建造中的船舶可以设定船舶抵押权。建造中的船舶办理抵押权登记,还应当当船舶登记机关提交船舶建造合同。”

[82] Vgl. *Staudinger/Nöll* (2009), § 2 SchiffsRG, Rn. 2 f.; § 76, Rn. 2。我国《物权法》在“动产交付”节中处理“船舶、航空器和机动车等”之物权变动,同样含有先肯认其动产属性,然后再为其设置例外规范的逻辑,故称此等动产为“特殊动产”,亦无不可,如黄松有主编,见前注[33],页113以下。

一堆动产。申言之,原来在法律上处于各个独立物地位的造船材料与部件,因造船行为之作用及其进展,已不再是各个独立的材料与部件,而是已处于某种“合成”状态。在这一进展过程中,若取某一时点静态地观察,则就该时点状态的“合成”,也同样不能抹杀其具有现实的独立之物的属性,而且只能属于动产物。只是按照法教义学的概念逻辑,此一状态的物不得称为“(已建成之)船舶”,而只能以“在建船舶”名之,亦即以“在建船舶”为名的一个独立且特殊的“合成物”。第三,船舶之“不动产化”,虽然暗含有该船舶已建成的逻辑前提,但是这一逻辑前提并不排斥,同样具有独立性的另一特殊合成物“在建船舶”,按照同样的方式来予以“不动产化”。换言之,在建船舶之上可以设立抵押权,并由此配置相应的登记簿册等不动产化的表现,^[83]均可理解为在建船舶这一特殊合成物自身按照(抽象的)不动产概念与制度,直接予以不动产化的结果。这一理解一方面意味着,在建船舶之成为“准不动产”,并非因为在建船舶是船舶的“未来物”,进而因船舶之不动产化而连带地随之“不动产化”;另一方面表明,在建船舶抵押权之性质,并非“未来物抵押权”,而应是现实物上所成立的现实抵押权。第四,更为重要者,将在建船舶抵押权理解为“未来物抵押权”,在抵押权设立环节看似问题不大,但是一旦进入抵押权实现环节,则该“未来物”无论如何均须变现或成熟为“现实物”,否则抵押权人即陷入无法处分其抵押物的困境,从而在建造期间因出现某种事由而须实现抵押权时,立法者自当考虑及此,为其设置特别的抵押权实现规则。但是考察现行法,就在建船舶抵押权之实现,并未有任何特殊规定,所适用的仍是普通抵押权实现的一般规则,由此亦可见,视在建船舶抵押权为“未来物抵押权”,在现行法上也难获证立。准此四点,本文认为,在建船舶抵押权之实质,绝非“未来之船舶”或“未来物”抵押权,^[84]而是一项实实在在的成立于现实物上的现实抵押权;此项现实抵押权的特殊性,仅在于其客体(即在建船舶)所具有的“增长性”,但这一变化特性仍无违于物权客体特定原则,属其可容忍之范围。^[85]

以此来反观在建建筑物;二者在自然状态上均为“在建状态”,有“未来物”的面相;更为重要

[83] 在德国法上,在建船舶仅因为设立抵押权,才需要设置“在建船舶登记[簿](das Register für Schiffsbauwerke)”,且此登记簿须单独设置,以有别于“船舶登记簿(Schiffsregister)”;参见 *Staudinger/Nöll* (2009), § 77 SchiffsRG, Rn. 1; § 76 SchiffsRG, Rn. 4。只有如此,在建船舶方能获得类如不动产的地位;参见 *Staudinger/Nöll* (2009), § 78 SchiffsRG, Rn. 1 ff。

[84] 但是,鉴于在建船舶确实具有“未来之船舶”的面相,从而也不必否认在建船舶抵押权与船舶抵押权之间的制度关联;在建船舶一旦建成完工,则在建船舶抵押权也就无存续必要,进而应转化为船舶抵押权;相应地,一旦在建船舶抵押权转换登记为船舶抵押权,也应关闭(geschlossen)原有的“在建船舶登记簿”。就此可参见 *Staudinger/Nöll* (2009), § 81 SchiffsRG, Rn. 1 ff。

[85] 在建船舶随制造行为之进展,造船材料与零部件不断附合于在建船舶之船体上,其物的状态也就时时处于增长状态,直至船舶成品的临界点。这一“增长性”特性,使得在建船舶看似具有不确定性,但并不与物权客体特定原则相抵触,因为在民法“附合制度”的作用下,各造船材料与零部件一经附合,原则上即成为在建船体的重要成分,从而在建船舶在物的属性上仍保持其同一性。因此,在建船舶抵押权对客体之效力,绝非止于抵押权设立时的“合成状态”,而以合成的最新状态为准,进而以此为准来确定在建船舶抵押权实现时的客体效力。就在建船舶抵押权客体之范围,德国法特设条文予以明确,可参见 *Staudinger/Nöll* (2009), § 79 SchiffsRG, Rn. 1。

者,这两个抵押权在构造上,均以在建状态之整体,或者说已有一定合成状态的“合成物”整体,来作为抵押客体,亦即其客体并非体现为各个独立动产的建筑材料。既然有此共同点,那么能否移用上述就在建船舶的论说逻辑,针对在建建筑物,在思路上摆脱“已建成建筑物”概念的束缚,也就是避开“未来物”概念之障碍,取其一定的建造或合成状态,将这一特殊的“合成物”之自身,同样采取拟制的技术思路,使其“不动产化”,进而使其获得设立抵押权的客体能力呢?

但是,恰在此关键处,本文认为无法移用在建船舶的构造思路。不可移用的原因,在于在建建筑物与在建船舶间所存在的本质性差异。具体来说,与在建船舶无法改变其动产之自然属性不同,在建建筑物,尤其是在一定合成状态之“合成物”意义上理解的在建建筑物,自始须附着于特定的土地,且自其建造目的上看,亦将永久附着于土地,从而自始至终均具有不可移动的“不动(产)性”。在建建筑物也因为附着于特定的土地,而在经济上增值。一旦离开土地或自土地上移走,则只能还原为一堆建筑材料,立失其“不动产性”价值。因此,在建建筑物因不可移动性所带来的“不动(产)性”,乃其自然属性使然,并非类如在建船舶比照抽象的不动产概念拟制而来。因附着于特定土地而具有“不动(产)性”,但又因未达此交易观念所认可的已建成建筑物状态,从而无法享有真正不动产的资格,恰成为在建建筑物在客体法上所面临的尴尬。

这一本质区别也意味着,就在建船舶抵押权,其在法教义学上的构造重点,不在于其“未来物”的面相,而在于如何拟制其不动产性;而在在建建筑物抵押权中,其情形恰恰相反,即其构造重点不在于说明其“不动(产)性”,而在于如何将“未来的不动产”拟制为“现实的不动产”。前者乃固有不动产概念之外通过模仿(或曰拟制)而增加新品种,属于“体外”操作问题,原则上不影响不动产概念体系自身的构成;而后者乃固有不动产概念之内拟制不动产自身的成熟,属于“体内”生长问题,自然会引发法律上赋予“成熟”(即成为现实不动产之标志)之意义能否继续维持的疑问。一言以蔽之,在建建筑物抵押权以及其他物权的构造,其在法教义学上的难题,仍在于难以摆脱“未来物”的“魔咒”。

问题归结到根本:“未来物”能否拟制为“现实物”呢?立法者固然操有制定拟制规范的权限,拟“无”为“有”,或拟“A”为“B”,但此一立法权限的行使也并非毫无节制。如上所论,物权法整个体系大厦的建构,均立基于物权客体特定原则上,失此根基即有大厦将倾的危险。而“未来物”在立法上无论采取何种拟制手段,也难以满足物权客体之现实性进而特定性的自然属性要求,无法相容于客体特定原则。为物权法体系之立基计,不能强行将“未来物”拟制为“现实物”,因此,视在建建筑物“与不动产相当”的思路,并不可取。〔86〕

〔86〕 在现行法上另一牵涉“未来物”,从而有误认“未来物物权”者,为《物权法》第181条所规定的所谓“浮动抵押权”,因为此项抵押权的客体,包括“将有的”生产设备等动产。姑且不论“浮动抵押”之法律属性,专就其“将有”部分而言,在法教义学构造上,可经由抵押权设立行为(处分行为)附条件之方式,使得该抵押权对所涉及之未来物的客体效力,以抵押人取得未来物所有权(以及浮动抵押之“客体结晶”)为条件,从而就此“将有”动产客体之抵押权,实非成立于现时的现实抵押权,而是将来(即“客体结晶”)才成立之抵押权。质言之,就“将有动产”之抵押权,并非未来物抵押权,而是成立于未来之抵押权。就此,德国法上“库存货物的担保性所有权让与”所涉及的客体确定性问题,其法教义学构造与此类似,可资参考,参见(德)鲍尔/施蒂尔纳:《德国物权法》(下册),申卫星、王洪亮译,法律出版社2006年版,页608以下。

3. 本文观点：“在建建筑物”构成建设用地使用权的“重要成分”

在建建筑物自身不能直接成为独立的不动产,但又希望按照不动产规则来对待,则其唯一的构造可能,采形象化的表述,就是“委身于”或“依傍于”另一不动产或另一不动产性物权。而在现行法之下,这一不动产权只能是建设用地使用权。具言之:

凡能在土地上建造建筑物者,其手中必握有建设用地使用权,以作为进行建设的合法权源。这是我国法的现实逻辑,且为上述所一再强调。在建筑物已建成时,建筑物所有权与建设用地使用权作为两个元素,密不可分地构成一个整体,同属于建设用地使用权人。如此,则在建筑状态更劣于现房的在建建筑物情形,自不应获得更优势的地位,更无使其脱离建设用地使用权而归属于他人之理。换言之,即便是将在建建筑物看作一个“独立的物(客体)”,只要其仍附着于土地,则在归属关系上,同样归建设用地使用权人享有,从而与建设用地使用权之间,也应处于“共其法律命运”的关系。肯定其法律命运休戚与共,是在建建筑物依傍于建设用地使用权的逻辑前提。

再来对照现房情形。因为在在建建筑物情形,作为不动产之建筑物尚未形成,无从成立建筑物所有权,从而因欠缺其中一个元素,也就无法沿用上文“元素—整体”的论说思路,来说明其法律命运与共的关系。但是,解析所剩余的元素即建设用地使用权的内容,则在建建筑物对建设用地使用权的“依傍”,仍显露无遗:在所涉土地上建造建筑物,乃建设用地使用权这一物权种类的法定内容(《物权法》第135条参照),进而建造行为所生之结果,无论是已建成之房屋,还是在建之建筑物,同样可视为建设用地使用权的“内容”。而且,作为物权之建设用地使用权,其目的或更确切地说其内容,在于保有所建造之建筑物,^[87]从而基于建设用地使用权而进行建筑物建造者,在其建造目的上自始具有永久性(即在建筑物使用寿命意义上的“永久性”),^[88]而非出于某种“临时性目的”考虑。^[89]准此而言,在建建筑物尽管在建造状态上处于“尚在建”的过程状态,但仍不可因此而抹煞其目的预定上的永久性,由此将其视作建设用地使用权的“内容”,也具有逻辑上的正当性。“内容”意味着一种内在的构成,体现出整体与构成

[87] 在比较法上,与建设用地使用权近似的地上权制度,如我国台湾地区“民法”第832条、德国《地上权法》第1条第1款,均将“保有建筑物”纳入其法定内容。我国《物权法》第135条在立法表述上虽有遗漏,但在体系解释上应有此当然结论,且通说亦如此理解;参见崔建远,见前注[33],页533、545;王利明、尹飞、程啸,见前注[24],页319。

[88] 由此也看出“在建建筑物”与“无法完成的建筑物”(俗称“烂尾楼”)的区别。一旦属于无法继续施工完成的“烂尾楼”,亦即面临拆除命运的在建物,则在法律上只能处于动产之地位。

[89] 在德国法上,“临时性目的”恰为阻却地上建筑物被土地所吸附的重要事由,而且也是与地上权等其他物权吸附建筑物制度的分际所在,亦即《德国民法典》第95条第1款第1句与第2句间的本质区别所在;其详参见Wilhelm, a. a. O., S. 26 f., Rn. 53 ff.; MüKoBGB/Stresemann, a. a. O., § 95, Rn. 3 ff., 22 ff.; MüKoBGB/Füller, 6. Aufl. 2013, § 946, Rn. 7。

成分的关系。理解及此,则尽管德国地上权所针对的主要是已建成之建筑物,^[90]但仍不妨借鉴其将建筑物视作地上权之“重要成分”的思路,^[91]在我国法上,将在建建筑物“视作”(即拟制为)其所附着的建设用地使用权的“重要成分”。

重要成分制度虽未见于《物权法》,但理论上对此均有所承认,^[92]故而并非完全亦步亦趋之论。而且,以“重要成分”来定性在建建筑物,实可譬之如生长于土地之竹木;建筑物之在建过程,类如竹木之生长状态,而建筑物之建成,又似竹木之采伐;生长于土地之竹木,为土地或土地权利之重要成分,^[93]则在建建筑物亦类似地构成建设用地使用权之重要成分;竹木一旦被采伐而分离于土地,得成为独立之物而享有独立的所有权,同样建筑物之建成,也就成熟为一项独立的不动产。只不过在竹木,一旦采伐,则立即转为动产,不再享受因重要成分而带有的不动产属性;反之在建建筑物,虽因建成而成为不动产,但仍附着于土地,且因与建设用地使用权间不可分之结合,则随即转为与建设用地使用权相结合之元素,进入“元素—整体”状态。换言之,以建成时间为临界点,前后的事实状态与法律地位各有不同,建成前为在建建筑物、未来物、(建设用地使用权之)重要成分,建成后则为已建成建筑物、现实物、(与建设用地使用权相结合之)元素;且事实状态之转换,决定由重要成分而至元素的法律地位的转换;而在这前后及其转换过程中,须臾不能脱离建设用地使用权,故建设用地使用权在其关系构造中始终居于核心地位。

将在建建筑物“视作”建设用地使用权的“重要成分”,在客体制度中也就意味着,在建建筑物自身不享有独立的客体能力,不得单独以在建建筑物为客体来成立所有权以及其他物权。这一结论,一来无违于传统通说关于未来物的定论,甚至与其若合符节;二来可克服视在建建筑物“与不动产相当”说的缺陷,且将其构造思路引向建设用地使用权,直指我国不动产制度的核心。

[90] 在《德国民法典》中,未有专门的“在建建筑物”概念,也不需要这一概念,因为即使是已建成之建筑物,也只是土地之重要成分(《德国民法典》第94条),其上无从成立独立的物权,况乎其未建成状态!不过,以建造建筑物之目的,将建筑材料附合于土地者,也未必只能是动产,而是可以依照“动产附合于土地”之规则(即德国第946条),视其土地之重要成分,其结果与建筑物已建成者相同;就此可参见 *MüKoBGB/Füller*, a. a. O., § 946, Rn. 6.但是,一旦建筑物之上可以成立所有权,即使是不独立的所有权,如建筑物区分所有权情形的特别所有权,那么在在建建筑物问题也就有机会显示出来。这尤其体现在德国《住宅所有权法(WEG)》第3条第1款就住宅所有权之形成,允许就“将来才建成之建筑物(zu errichtendes Gebäude)”,现在即可通过契约来创建住宅所有权关系之情形,从而也引发学理与实务上的无尽争议,至今尚未找到妥善的应对之策;其详阐述参见 *Staudinger/Raup* (2005), § 3 WEG, Rn. 32-40。

[91] *MüKoErbbaurecht/von Oefele/Heinemann*, a. a. O., § 12, Rn. 2 ff.

[92] 参见崔建远,见前注[6],页53-54;尹田,见前注[6],页40;梁慧星、陈华彬,见前注[24],页48。另外在学者就民法典总则编所提出的各草案建议稿中,均引入“重要成分”概念,如梁慧星负责:《中国民法典草案建议稿附理由——条文、说明、理由、立法例:总则编》,法律出版社2004年版,页127-128;王利明:《中国民法典学者建议稿及立法理由——条文、立法理由、参考立法例:总则编》,法律出版社2005年版,页247-248;对其评析可参见张双根,见前注[50]。

[93] 崔建远,见前注[6],页48-49,未指出竹木得为土地承包经营权等土地权利之重要成分,似有未足。

4.“重要成分”说对现有制度的理论阐释效力

准之于重要成分制度的一般原理,仅具有重要成分地位之在建建筑物,在客体法上乃为建设用地使用权所吸附,丧失其独立的客体能力,从而一切的物权及其处分行为,均须以建设用地使用权作为客体来建构。如此一来,现行法上围绕在建建筑物的各项制度,也就须转换为以建设用地使用权为物权客体或处分客体的制度表述。现行法上的这些制度,如上所述,表现为在建建筑物抵押权,以及围绕商品房预售交易所建构的物权关系(包括认购商品房预告登记、认购商品房抵押权及认购商品房抵押权预告登记)。就这些制度因客体缺失,也就是因在建建筑物属于“未来物”,所引发的在法教义学上的构造困境,笔者曾撰文详加分析,本文不复赘述。^[94]在此仅循重要成分说思路,先在实体法上探讨其制度表述之转换可能,而登记程序法上的落实则于下一部分集中申述。

(1)在建建筑物抵押情形。现行法上以“在建建筑物抵押权”为名的抵押权,即房地产开发企业为融取建设资金通常所采取的担保方式,转述为“建设用地使用权抵押权”,在实体法上几乎不存障碍,因为开发商手中本就握有建设用地使用权。且如此一转述,则:其一,困扰已久的“未来物抵押权”之质疑,^[95]即不复存焉,其已然位列现实抵押权之中;^[96]其二,既然是现实抵押权,则在其实实现上自然适用抵押权实现之一般规则,从而现行法就“在建建筑物抵押权”实现未设置特别规则之原因,也得以澄清;其三,因为在建建筑物仅为建设用地使用权的重要成分,故该抵押权的效力自然及于其上的在建建筑物。不过类如在建船舶,在建建筑物随建造之进程,在状态上具有“增长性”,但这一特点与客体确定规则同样不相抵触。而且,随其“增长”,该抵押权在效力上均及于其建筑状态之整体;^[97]一旦竣工建成,重要成分随之转换为“元素”,从而抵押权仍不间断地继续存在于各元素之上。^[98]如此一来,现行法上所呈现的或以“房”或以“地”为表述客体的各种抵押权,如在建建筑物抵押权、房屋抵押权、建设用地使用权抵押权,乃至下文商品房预售情形的预售商品房抵押权,实际上均可转述为“建设用地使用权

[94] 详参张双根,见前注[72]。

[95] 有学者试图借助“预告登记”来化解其“未来物”难题,如王荣珍,见前注[71];但这一思路实未把准预告登记之制度构成前提,并不能跳出“未来物”之窠臼,也不符合现行物权法将其作为现实物权来处理的原旨(尤其见于抵押权实现这一点);关于预告登记之原理构成,可参见张双根,见前注[72]。

[96] 如此一来,在建建筑物抵押权与在建船舶抵押权、在建航空器抵押权这两者,其共性仅在于均属现实抵押权这一点,但在构成原理上却又大相径庭,实不能同列,故有待将来立法之修正。

[97] 如此似乎有违《物权法》第200条第1句。该条规定虽承袭自《担保法》第55条第1款,但亦不乏比较法上的成例,如《日本民法典》第389条、我国台湾地区“民法”第877条;不过,比较法上的各立法例,均无该句“该土地上新增的建筑物不属于抵押财产”之表述,而且该表述也不见于《物权法》中其他规定“房地一体处分”之条文。“不属于抵押财产”,依其表述逻辑,自然不能为抵押权效力所及,从而应免受实现抵押权之处分行为;若照此理解,则显与该条第2句规定相矛盾,直接抵触“房地一体处分”原则。探究该条之规范意旨,在于确立第2句之“客体有限责任原则”,从而该第1句实为赘语,徒滋歧义。

[98] 这一点已体现于现行登记实务,尽管其带有将在建工程孤立地视作已竣工工程之未来物的痕迹;参见《房屋登记办法》第62条:“在建工程竣工并经房屋所有权初始登记后,当事人应当申请将在建工程抵押权登记转为房屋抵押权登记。”

抵押权”，并依重要成分制度进而“元素—整体”理论，在客体效力上均及于土地上的建筑物，且不分该建筑物建成与否，从而依各抵押权成立时间之先后，来定其彼此间的抵押顺位关系。

(2)商品房预售情形。预售情形的所谓“商品房”，在我国交易实践乃至规范语境中，指开发商正在建造的房屋，亦即俗称的“楼花”。〔99〕既然尚在建造，则商品房无疑也是“未来物”。但现行法上围绕商品房所规定的各项物权制度，却有意无意间将商品房拟制为现房，完全比照“现房”而来建构其交易模式，从而造成此等物权在法教义学构造上的困境，其彻底无解的局面也就可想而知。〔100〕而之所以能照搬现房交易来架构商品房交易，并在房地产市场中得以大行其道，除却制度成因（即房地各为不同的不动产、房地登记之分家管理），房地产开发商在其中也起着事实上的推波助澜作用，因为无论在我国房地产市场的起步阶段还是在呈井喷状的高速发展期，最主要的房地产交易形式，就是由开发商主创并主导商品房预售模式，即“楼花买卖”，并衍生出其下游交易模式（即预购商品房抵押权及预购商品房抵押权预告登记）。

因此，要解开“楼花买卖”的死结，关键在于改变当下这种完全由开发商主创且主导的商品房销售模式。具体来说，在目前的商品房销售模式下，预购人自开发商处所获得的只是“楼花”，一个“镜中花”，而现在要改造的，就是使这“镜中花”变成预购人紧握在手的实实在在的“花”。如何来构造呢？其构造杠杆，无疑仍在于开发商手中所握的建设用地使用权。具体来说：首先，开发商所预售的“楼花”，既然是正在建造的建筑物，则如同在建建筑物抵押权情形，这一在建“楼花”同样构成建设用地使用权的重要成分。其次，预购人自开发商处所预购的，只是未来地上建筑物的一部分，即其中的一套住房，从而在逻辑上不能类如在建建筑物抵押权，将开发商手中的整个建设用地使用权，作为与预购人间的交易客体；但在另一方面，所预购的商品房一旦建成，在我国几无例外地随即形成建筑物区分所有权，〔101〕而此时与专有部分（即预购人所购之住房）相结合并形成整体的另一元素，为业主（即预购人）对基地（即建设用地使用权）的共有权，如此一来，构造杠杆的着力点，也就在于对基地的共有权，即与所预购商品房相对应的对建设用地使用权之共有份额。再次，基于共有份额与权利单独享有的同质性，继续运用“重要成分说”，将所预购的正在建造的商品房，“视为”与其相应之共有份额的重要成分。最后，将“商品房预售”，转述为“与所预购商品房相应之建设用地使用权共有份额之买卖”，甚或简称为“基地共有权买卖”，也就水到渠成。虽然通常来讲，共有份额在法律上本为抽象地存在（体现为比例），不体现于客体的实体，但在上述思路中仍可通过与所预购商品房间的结合，

〔99〕 如依《城市商品房预售管理办法》（建设部2001年8月15日修订）第2条（商品房预售，仅指房地产开发企业将正在建设中的房屋预先出售给承购人，由承购人支付定金或房价款的行为。）

〔100〕 更详尽的剖析，参见张双根，见前注〔72〕。

〔101〕 自“楼花”概念以及现行法的制度逻辑，应无例外。至于房地产开发过程中发生的“转让房地产开发项目”（参见1998年《城市房地产开发经营管理条例》第20—23条），一来其交易结构与主体，完全不同于商品房预售，二来其中所涉及的尚在建之建筑与建设用地使用权间的关系，同样可按照本文所提出的“重要成分”思路来解决，故本文对此不特予论述。

即通过预售方案、图纸说明等技术手段,使其能“形象化”地得以确定。^[102]

经过如此的改造或“转述”,当下的“商品房预售”,也就变成真正类似于现房买卖的“现物”交易,进而现行法上苦苦不得其解的“预售商品房之预告登记”,也就因此改头换面而重获其适用可能性。影响所及,由商品房预售所衍生的下游交易模式,即预购商品房抵押权与预购商品房抵押权预告登记,也因上游交易环节客体的现实化,也就不再存在其构造障碍。

但上述所示,仅在揭示在实体法上的构造大脉,至于开发商如何将手中的建设用地使用权化成各共有份额以分别出售等具体细节,则又有赖于不动产登记制度之配合,容下文一并申述。

(四)小结

在建建筑物不具有客体资格,仅构成其所附着的建设用地使用权或其共有份额的重要成分,进而相应的物权关系也只能以建设用地使用权或其共有份额为客体;建筑物一旦建成,则与建设用地使用权或其共有份额一起,共同构成一个不可分之整体的元素;且不论在何种情形,建设用地使用权或其共有份额,在房地关系中均居于更为基础的地位,是构造房地关系的起点与终点。只有如此理解“房地一致原则”,才能建构起我国法上不动产概念以及不动产权的理论体系,化解现行法上所存在的疑问,进而为不动产登记程序法的设计,为不动产登记簿册的统一,提供实体法上的支持。^[103]

三、不动产登记簿册的统一

一旦在实体法上理顺不动产概念、房(权)与地(权)间的关系,那么不动产统一登记立法,更具体地说不动产登记簿册之制度设计,其思路也就清晰可见,在理论上也就不再也不应存在难以克服的障碍。这一方面是因为,如前文所揭,^[104]不动产登记法就其本质而言乃程序法,登记簿册及其登记,只是完整记载并再现实体法关系,自身并不涉及实体物权关系的构造,从而自始限定其问题产生的可能。另一方面,不动产登记簿本身就是一种人为的公示手段,^[105]登记簿册之设置、各登记种类乃至整个的不动产登记制度,均为纯粹的人为技术产物,而自迄

[102] 《城市商品房预售管理办法》(2001年修订)第5、7条,就商品房预售本就列有很严格的各种条件,除此之外,专就“基地共有份额”部分,可再要求开发商详细列明建设用地使用权共有份额的分割方案、每一预售住宅所对应的建设用地使用权共有份额之比例与编号、建筑区内全部土地之平面图与规划图、共有基地的确切范围等信息。

[103] 有学者针对实体法上房地分离抵押所引发的困境,认为解决其结症的“根本途径”在于统一不动产登记制度的建立,如朱晓喆,见前注[30];但在本文看来,其问题的根本恰恰在实体法自身,房地登记机构分属的体制,只是“为虎作伥”而已。

[104] 参见上文:二、(一)第2部分。

[105] 与此相对,动产物权之占有,乃“自然性的公示手段”;就此可参见 *Wiegand, Rechtsableitung vom Nichtberechtigten, Rechtsschein und Vertrauensschutz bei Verfügungsgeschäften*, JuS 3/1978, S. 145 ff.

今的经验看,尚未出现克制此一技术创造的障碍。^[106]

明乎此,观照上文所论“房地一致”关系,再来归纳统一登记簿册设计上的问题,在大的方面有三项:第一,登记簿册之名称;第二,登记簿册之类型;第三,各登记簿册或登记簿册内各登记栏目间的关系。其中登记簿册名称与类型,为名与实的关系,乃一物之两面。下文先指出登记簿册名称的一般性意义,然后按上述实体法部分的论述思路,由土地而至建筑物、由在建而至已建、由单独所有而至区分所有的顺序,分析各种可能的登记簿册类型及其彼此间的关系。^[107]

(一) 登记簿册名称及其意义

上文已指出,登记簿册名称,以不动产名称为准。进一步言之,在“物的编成”体例下,凡采登记簿册为其公示方式之,每一项不动产均须对应一个登记簿册,反之一个登记簿册也只能对应一项不动产,二者间处于一一对应关系。而每一登记簿册又配以专属的编号(簿号或地号等),登记簿名称与编号之结合,即标示所登记不动产之种类与唯一性。由此也反衬出登记程序法对实体法的意义,即不动产一旦已采取登记公示,也就是已为其设置登记簿册,则实体法领域的不动产概念,即可借助登记程序法要素,即通过登记技术来予以界定。^[108]如物权法上的“土地”,与土地学、经济学上的土地概念不同,是指按照登记法要求,为其设置“土地登记簿”并登记于其中的地表的一部分;^[109]“房屋”概念亦可如此理解,即以“基本单元”为准配置有“房屋登记簿”并进行登记的特定建筑空间。^[110]接引前述“登记簿册之享有能力”概念,则其关系即为:有独立的不动产之资格者,才具有登记簿册享有能力;已配置独立登记簿册者,也表明其独立不动产之地位。

以不动产名称来命名登记簿册,也意味着登记簿册之类型,原则上取决于一国立法内其不动产的种类。在将建筑物视作为土地之重要成分的立法例如德国,土地登记簿为其常态,例外承认地上权登记簿与住宅所有权登记簿;而在土地与建筑物各为分别独立之不动产的立法例,

^[106] 举一反三例,即可明乎其理:现行法所规定的“预售商品房预告登记”、“预售商品房抵押权预告登记”以及“在建工程抵押权”等,因不存在现成的登记簿册可供相应的登记操作,从而处于无从登记之状态,但现行登记实务乃至部分学者仍主张,就此不妨设计出一个“临时登记簿”来予以应对。针对一个不存在的不动产尚能“人造”出一个臆想的登记簿册,况乎其他登记技术之设计!就此可参见张双根,见前注[72]。这也表明,我国不动产登记法在制定上,真正令人担心的,并非登记技术创造之不能,而是其创造之毫无节制!

^[107] 须交代的是,本文所论限于传统纸质登记簿册,暂不涉及随电子技术发展而逐步采行的电子登记;不过,电子方式只是登记载体之新发展,在设计原理与原则方面,却并无不同。

^[108] 在尚未设置登记簿册,甚至不采取登记公示的不动产领域(如《物权法》第9条第2款就国有自然资源豁免登记之强制),也就无从谈起登记簿的这一功能;如新建成但尚未进行初始登记之建筑物,虽有建筑物所有权之成立(《物权法》第30条),但无从借助登记簿来界定该建筑物之为不动产。但是,一旦新建建筑物因转让等而进入交易领域,则即受制于登记规则(同法第31条),仍须满足登记法上为其设置独立登记簿册的条件。

^[109] 《土地登记办法》第5条第2款(“宗地是指土地权属界线封闭的地块或者空间”);亦参(德)鲍尔/施蒂尔纳,见前注[8],页23。

^[110] 参见《房屋登记办法》第10条。

如日本、韩国与我国台湾地区,则分别设置土地登记簿与建筑物登记簿。^[111]我国既然在实体法上将建筑物列为独立的不动产,似乎应从后一立法例,分设土地登记簿与建筑物登记簿。^[112]是否如此,不妨对照本文在实体法讨论上的主张,一一分析。

(二)关于土地的登记簿册

因土地公有制的原因,在我国就土地登记簿之设置,显然无法照抄日本、韩国等立法例。

1.有无必要设置“土地所有权登记簿”

城市建设用地之所有权,为国家所垄断,在私法交易上的意义有限,似乎没有设置独立登记簿册的必要。《物权法》(第9条第2款)及《土地登记办法》(第2条),基本上持此立场。^[113]不设置独立的“土地所有权登记簿”,对国家所有权的享有以及保护,确实丝毫不生影响,但对由国家所有权所派生的建设用地使用权来说,则:第一,难以在登记簿中体现出此一派生关系;第二,建设用地使用权之设立,以登记为其生效要件(《物权法》第139条),则该登记应体现于何处,则不免成疑。这两个问题虽然理论意义多于实践意义,但仍不可不辨;尤其是后者,虽然第139条仅规定“申请建设用地使用权登记”,但显不能将其仅理解为简单的权利登记行为,而是必须先有新的登记簿册之设置,然后才能在其上进行权利之登记。^[114]

2.建设用地使用权登记簿:建设用地使用权之“准土地所有权”化的逻辑

不登记国家所有权,则登记簿册之设置基准,也就彻底让位给建设用地使用权。如此一来,此时所设置的登记簿册,能否继续以“土地登记簿”为名?现行《土地登记办法》似乎不分土地所有权与他物权,一概称以“土地登记簿”。但是,名为“土地”,实为“建设用地使用权”,如此地名实不符,显不足取,而且在客体(物)与所有权同义说明关系下,也容易产生误导。

接下来的选择,就是直接以“建设用地使用权”为登记簿册命名,即设置“建设用地使用权登记簿”。但这一方案,似乎与“物的编成”原则相矛盾,不符合以“物(客体)”之名称来命名登记簿册的原理。那么这一矛盾,有无化解可能?本文认为,客观且公正地看待建设用地使用权在我国物权法体系乃至政治体制中所具有的无可替代的意义,给予其一份应有的名义,这一矛盾即可化解于无形。具言之,建设用地使用权在我国自其产生之伊始,即担负有土地所有权之“替身”的功能,这一方面体现在国家(即所有权人)在国有建设用地上除设立建设用地使用权外,在现行法上并无设立其他他物权之可能,从而保证了土地之进行交易进入流通,除凭借建

[111] 详细介绍可参见程啸,见前注[4],页140—144。

[112] 另外,“不动产登记局”的挂牌成立,是否预示在实行不动产统一登记后,今后的登记簿册不分“房地”,统一称为“不动产登记簿册”,尚不得而知;不过,倘若采取本文“房地一致”关系的思路,则可建构其一个统一的“不动产”概念,从而这一臆测思路,也未尝不具有理论可能性。

[113] 反之在集体所有土地,现行法肯认设置“土地登记簿”的必要(《土地登记办法》第2条)。不过,在集体土地上所设立的他物权如集体建设用地使用权、宅基地使用权、集体农用地使用权乃至土地承包经营权等,其登记是与集体土地所有权登记合于一个登记簿,还是分别设置不同的登记簿,该《办法》规定不明;对此似持前一意见者,如程啸,见前注[4],页148。

[114] 此点可参见德国《地上权》第14条第1款;之所以强调这一点,意在指出此项登记簿册之设置,乃登记机构之法定职责所在。

设用地使用权外,别无他途;另一方面建设用地使用权具有可让与性(《物权法》第143条等)、可以设定地役权负担(第161条等)、可抵押性(第180条第1款第2项等),又确实保证了建设用地使用权之交易与流通,几乎与土地所有权自身之流通无异。^[115]而且,在上述“房地一体”原则下,因与地上建筑物所有权不可分的结合,建设用地使用权至少也已沾染有“所有权”的气息。准此以观,建设用地使用权在实体法上,已切切实实地获得了“准土地所有权”的地位;而所有权与其客体又具有同义说明关系,从而建设用地使用权就其实际状态来看,已具有“准土地”之资格,或可以“视同土地”。这一结论,在比较法上也有其佐证,如德国的地上权即享有“视同土地(wie ein Grundstück behandelt)”之地位。^[116]建设用地使用权与其构造类似,更重要的是,无论是土地权利体系建构中还是在政治及社会意义上,建设用地使用权在我国承担着德国地上权制度所无法比拟的功能,故而更有使其准土地所有权化的必要。

既然在实体法上建设用地使用权实已具备“准土地”资格,则在登记程序法上,为其设置专门的独立登记簿册,并以其名称来命名该登记簿册,与“物的编成”逻辑间也就不再抵触;甚至可以自反面来表述,允许以其为基准来设置登记簿册,更可使建设用地使用权之“准土地”属性,在登记程序法上得以坐实。进一步地,一旦在法教义学上给予建设用地使用权以“准土地”的名分,则“房地”一语,不仅可同指权利(房屋所有权与物权性的建设用地使用权),亦可同指客体(房屋与“准土地”),也就不再存在前揭“房”“地”并用时,权利层面与客体层面上的概念窜乱。

(三)房屋登记簿,及其与建设用地使用权登记簿间的关系

1. 建筑物单独所有情形

(1)已建成状态。建筑物在现行法上既然为独立的不动产,则即使其所有权状态为单独所有,与建设用地使用权同属一人,依上述一般原理,似乎仍有必要在建设用地使用权登记簿之外,再编制一个建筑物登记簿,以彰显其独立的不动产地位。而且,两个登记簿并行,似乎也可以满足普通民众对“房屋”享有的认知需求。不过问题是,鉴于实体法上的“房地一体”原则,建筑物所有权与建设用地使用权归属须保持一致,凡是涉及其中一个登记簿之权利的登记,也就必须同时反映并记载于另一登记簿之中;若不如此,则两个登记簿间的记载就存在不一致,会引发两个登记簿公信力间的冲突,进而为《物权法》第106条不动产善意取得制度的适用,制造人为障碍。^[117]现行房地登记分属两家的现状,虽然造成当事人在申请登记时无辜往返虚耗精力的弊端,但在学理上真正应遭诟病的,也恰是房地两个登记簿的登记各行其是,彼此不一

[115] 稍早论述可参见张双根、张学哲:“论我国土地物权制度”,载《中国土地科学》1997年第3期,第8页以下。

[116] 参见 *Staudinger/Raup* (2009), a.a.O., § 1 Rn. 3, § 11 Rn. 1 ff.; *MüKoErbbaurecht/von Oefele/Heinemann*, a.a.O., § 1, Rn. 6.

[117] 德国在《地上权条例》(即现在的《地上权法》)实施前,也存在类似问题,即地上权登记簿与土地[所有权]登记簿间的不一致,后经《地上权条例》第14条规定,才得以改观;参见 *MüKoErbbaurecht/von Oefele/Heinemann*, a.a.O., § 14, Rn. 1。而在我国法上,其最突出的表现则是房地抵押分别登记所造成的彼此传统;其详可参见朱晓喆,见前注[30];高圣平、严之,见前注[53]。

致,在地簿中不见房,在房簿中又不见地。虽然在房地登记机构实现统一后,可减轻申请当事人的负担,但只要仍并行两个登记簿,则基于登记行为及其操作之规律,在理论上仍无法避免这两个登记簿间登记不一致状态的发生。其原因在于,“房、地”在实体法上既然各为不同的不动产,则当事人在处分其“房、地”时,可任选一个作为其处分行为之客体,进而依“房地处分一体”规则,自动及于另一客体,且在时间上乃同时发生,即使此时就另一客体尚未进行登记;但在登记程序法上,因分属为两个登记簿册,从而无论选取其中的哪一个登记簿进行登记操作,在登记技术上均无法实现在另一登记簿上的同步登记操作,其结果必然是导致另一登记簿上的登记处于不正确状态。

有无应对措施?就此,德国登记法上的“登记援引(Bezugnahme)”颇值借鉴。^[118]具言之,既然两个登记簿的登记在客观上不可能同步进行,那么在技术思路上也就不能仅着眼于单个的登记行为,而须着眼于整个登记簿,即在这两个登记簿册之“状态栏”中,均作出一项特别“注明”,称“就本登记簿权利之登记,须全部援引另一某某登记簿之登记”,如此一来在另一登记簿中所为之登记事项,即可自动成为本登记簿之内容。这一“注明”之功能,一方面敦促登记申请人或相关利害关系人在查阅一个登记簿时,须同时查阅另一登记簿之登记状况,以达联簿查阅的效果;另一方面登记机构与相关当事人尽快办理另一登记簿上的相应登记,只是此时的登记在属性上仅为“更正登记”而已。不过即便如此,这一“登记援引”技术仍无法彻底杜绝两个登记簿间的登记在形式上的不一致。^[119]

但更为直接的方法,依本文所持“元素—整体”说思路,则是两簿合并成一个,其名称可为“建设用地使用权与建筑物所有权登记簿”;若嫌繁琐,亦不妨径称为“建设用地使用权登记簿”,由此更可与上述“建设用地使用权登记簿”相统一。在登记栏目设置上:在其“状态部分”,登记土地以及建筑物的自然属性与状况;将相当于普通登记簿之“所有权部分”,更名为“建设用地使用权与建筑物所有权部分”,再在该部分分设两个子栏目,即“建设用地使用权栏”与“建筑物所有权栏”;然后在第三部分即“物权负担部分”,登记抵押权、地役权等设置情况。^[120]如

[118] 仍以其地上权登记为例,因地上权有专门的地上权登记簿,具体登记地上权之内容,但为防止地上权所附着之土地的土地登记簿的记载与其不一致,《地上权法》第14条第2款规定:“在土地登记簿中为登记时,就地上权之详细内容,须援引地上权登记簿”;详见 *MüKoErbbaurecht/von Oefele/Heinemann*, a.a.O., § 14, Rn. 5 ff.

[119] 在德国因仅是土地登记簿对地上权登记簿的“援引”,所以两簿间更有彼此龃龉情形之发生;参见 *Staudinger/Raap* (2009), a.a.O., § 14 Rn. 10 ff.

[120] 就登记簿册各登记栏目之设置,《土地登记办法》未有规定;《房屋登记办法》第24条以及《房屋登记簿管理试行办法》第7—10条,就房屋登记簿,规定房屋基本状况、房屋权利状况以及其他状况部分,其中房屋权利状况部分记载“房屋所有权、他项权利等”,其他状况部分记载预告登记、异议登记于查封登记等事项。以登记程序法须与不动产权实体法相匹配,以及登记簿记载须清晰明了等角度来观察,此种栏目设置方法,诚有可议之处:其一,所有权是基础,与客体同义,决定登记簿之得以设置,而他项权利源于所有权,是所有权的负担,将二者同列于一部分,实混淆主次与本末;其二,预告登记等登记,本属各种特殊的登记技术或手段,均须针对特定的权利,将其与所针对之权利割裂,而置于单独设置的“其他状况部分”,实有违登记簿所应追求的清晰简明原则。关于德国不动产登记簿之设置样式,参见(德)鲍尔/施蒂尔纳,见前注[8],页772—776。

此合体登记后,在实体法上以“房”或以“地”为名义的处分行为(究其实乃针对其整体的一个处分行为),在登记程序法上均能同步地及于另一客体,尽得“房地一体处分”之真义。

(2)在建状态。在建建筑物依本文的定性分析,仅属于建设用地使用权的重要成分,不具有客体能力,故在“物的编成”逻辑下,决无为其配置独立登记簿之理。从而现行法之下的“在建建筑物抵押权”,在实体法上改造转述为“建设用地使用权抵押权”后,在登记程序法上,同样在“建设用地使用权登记簿”中进行相应的设立登记等登记操作。且在建建筑物之在建状态,亦无必要记载于该登记簿的“状态部分”,^[121]至多可以在抵押权登记部分,记载抵押权对物效力的范围。

2. 区分所有情形

(1)在建状态。在建建筑物按现行法的表述,不仅可以在建筑物整体上设定抵押权,而且可以就其中各部分进行商品房预售以及相关交易。本文在实体法论述部分,已开启以“与所预购商品房相应之建设用地使用权共有份额”(或简称“基地共有权”)代替“商品房”,来改造当前商品房预售交易模式的思路,其在登记程序法上的配合与落实,赅续如下:

既然以“基地共有权”来取代“商品房”,则改造的关键与核心在于,如何将该项建设用地使用权分割成各个具体的共有份额。一项完整的不动产权,经分割而形成若干共有份额,其构成如同不动产权自身之让与,故而同样须遵守登记生效要件规则。^[122]如此一来,可以是有相应的共有份额登记为准,分析其前后交易方式与登记问题。

在分割登记前,即开发商仅仅只是按要求提交共有份额之分割方案,但未办理相应登记的情形。此时之共有份额已通过分割方案而予以确定,开发商与各预购人就其可进行债法性交易,即签订该共有份额之买卖合同。且即使建设用地使用权作为整体仍单独登记在开发商名下,预购人仍可就以转让该共有份额为内容之请求权,申请进行预告登记,^[123]以保全其相应的共有份额之取得。此时的预告登记,登记在开发商之“建设用地使用权登记簿”之中,且其效力原则上及于建设用地使用权之整体。不过既然仍为债权性的请求权,所以预购人利用其向银行融资贷款时,也就只能成立债权质权,且此一债权质权在开发商的登记簿中,不具有登记能力。

在分割登记后,此时开发商不仅已制作共有份额分割方案,而且已按此方案,预先将其单独所有的建设用地使用权,分割成与各所预售商品房相应的共有份额,并进行相应的建设用地使用权共有份额的登记,而且全部的共有份额均是登记在开发商名下。这一构造思路的关键,首先取决于实体法上允许不动产之单独权利人,可以将其不动产权利分割成抽象的(按份)共

[121] 在德国法上,且不说在建建筑物,即使是已建成之建筑物,也因其为土地之重要成分属性,也不登记于土地登记簿之中;对此特别强调者,如 H.J. Wieling, a.a.O., S. 88。

[122] 对此可参见 Staudinger/Raap (2005), § 8 WEG, Rn. 4 ff.; MüKoWEG/Commichau, a.a.O., § 8, Rn. 13 ff。

[123] 以让与不动产共有份额为内容之请求权,即便在申请预告登记时该不动产仍登记为让与人单独所有,依德国通说,该请求权仍得为预告登记之客体,参见 Staudinger/Gursky (2013), § 883 Rn. 100。准此法理,在所共有者为建设用地使用权时,自亦可以申请相应的预告登记。

有份额,且各共有份额又均归其同一人所享有;其次取决于不动产登记法的技术改革,亦即在不动产登记法中须允许对以如此方式分割的不动产共有份额进行登记。虽然在实体法上存在单独所有权人不得为其自己将其所有权分割成数个共有份额的禁止性原则,以维护物权关系之清晰,尤其避免对不动产登记法滋生困扰,^[120]但是对其限定条件,仅例外性允许开发商以此方式来建构其销售模式,则在法政策论证上亦绝非不可突破;^[125]更何况与当下的所谓“商品房预售”模式相较,其在法教义学构造上所存在的障碍仅“小巫”而已,且更能满足各交易当事人的利益需求。

一旦克服在实体法上的障碍,则在登记程序法上,其设计大体如下:第一,开发商在满足法律上所规定之具体条件后,可依其单方制作的共有份额分割方案,申请其建设用地使用权共有份额登记,且各共有份额均须先登记在自己名下。若共有份额数目极多,则可另行制作共有份额登记附册。^[126]第二,开发商与预购人签订共有份额买卖合同。此时如同现房买卖,因特定交易条件的存在或者为了保全需求,双方可以仅办理共有份额买卖请求权之预告登记;不过此时的预告登记,应登记在所购共有份额之登记处或登记附册之中。第三,开发商与预购人也可立即办理相应的共有份额过户登记,而且随其登记完毕,预购人则立即取得相应的共有份额。至于正在建造的“商品房”,在法律上构成共有份额的重要成分,同样不必对其设簿登记。第四,在预购人(此时已成为“共有份额享有人”或“基地共有人”)以其共有份额抵押贷款时,则只需在自己的共有份额登记处或登记附册中,登记共有份额抵押权,即可为贷款银行设立一项现实的抵押权。至于在建阶段开发商所设立的所谓“在建建筑物抵押权”,在效力上及于整个建设用地使用权,进而及于所有的共有份额(亦即在开发商自己为共有份额之分割并登记时,亦须登记于各共有份额之中),因此两类抵押权之间,在理论上依其成立时间之先后,来定其顺位关系。^[127]第五,一旦建筑物建成而形成建筑物区分所有权,则各预购人之共有份额登记以及相应的抵押权负担登记,即脱离开发商的土地使用权登记簿,开始设置或编制下述各“基地共有份额与房屋登记簿”。第六,至于开发商原有之建设用地使用权登记簿,可仍然保留,但开发商不得再在其中进行任何登记,亦即对开发商关闭,而所能登记者,仅为涉及全体业主之事项,尤其是管理规约、特别使用权之赋予等,从而避免将此等对全体业主均具有约束力之事项,

[120] 就此可参见 *Staudinger/Raap* (2005), § 8 WEG, Rn. 2 f.; *MüKoBGB/K. Schmidt*, 6. Aufl. 2013, § 1008, Rn. 5 f.

[125] 在德国住宅所有权制度中,此正为其形成或创建住宅所有权关系的两种方法之一,即“通过原单独所有权人之单方的分割意思表示 (*Teilung durch Eigentümer*)”方式(《德国住宅所有权法》第 2、8 条)。由于该方式多发生于现有住宅所有权人将其单独所有住宅分割成区分所有,再让与给不同的区分所有权人而形成区分所有权之情形,所以在学理上一般称之为“现存建筑物之分割”方式。关于其对共有规则的突破及其证立等,可参见 *Staudinger/Raap* (2005), § 8 WEG, Rn. 1 ff.; *MüKoWEG/Com-michau, a.a.O.*, § 8, Rn. 2 ff.

[126] 值得指出的是,本文这一思路,与日前苏州、杭州等不少城市所采行的“土地分割转让登记”方式,颇有暗合之处,尽管其操作仅针对土地权利,不涉及商品房预售及其登记;其详可参见刘月、楼建波,见前注[29]。这表明,本文所提的一套主张与方案,在我国现行登记实务操作中,也并非毫无基础可言。

[127] 至于这两类抵押权间的所谓冲突及其实务化解方法,简要论述可参见张双根,见前注[72]。

一一登入“基地共有份额与房屋登记簿”之烦琐,也便于各业主之查阅。^[128]

(2)建筑物区分所有权之登记。上述已暗示,在已形成建筑物区分所有权时,不必分别设置共有份额登记簿与房屋登记簿,而应继续以建设用地使用权共有份额为设置基准的思路,将二者合并成一个登记簿。登记簿之名称,可为“基地共有份额与房屋登记簿”。登记簿同样分为三部分,在基本状况部分,记载基地基本信息、房屋状态与自然属性,尤其须记载房屋所对应之共有份额比例;在“共有份额与房屋所有权”部分,分设共有份额与房屋所有权两栏,尤其须注明二者间的一一对应关系;在他项权利部分,登记各种权利负担,如抵押权等,且在效力上及于第二部分所记载的各权利,即共有份额与专有权。^[129]如此一来,现行建筑物区分所有权登记实务中,有房权而无地权的现状,也就得以彻底改变。

四、余 论

房地分别构成独立的不动产,在我国已然成为难以回头的定局,但房地关系上存在的所有疑问与困扰,其为实体物权法的,其为登记程序法的,莫不在这“房地分离”上找到其根源。在所谓分离主义之典型的日本,其学者已对此提出批评,甚至抨击为“土地制度设计中最大的败笔”。^[130]准于此论,本文的所作所为,格局有限,只是对现行法的修补而已,且成效如何,尚待方家指正。惟本文确信,真正能体现国有建设用地范围内“房地关系”的表述,已然是“房地一体”,二者只能作为一个处分行为的客体;在建建筑物无论如何的重要,也不能抬升至独立的客体,只配有建设用地使用权(或其共有份额)之重要成分的身份。唯有如此的实体法前提,才能依照登记程序法的套路,编制出真实且和谐的统一登记簿册。

(责任编辑:许德风)

^[128] 在德国,一旦编制“住宅所有权登记簿册”,则原有的土地登记簿,由土地登记官员依职权予以“关闭(Schliessung)”,从而涉及全体业主之权利负担或其他规约事项,就须一一登记于各“住宅所有权登记簿册”,甚是繁琐,且不利于登记簿记载之明晰;有鉴于此,学理与实务上均有主张有限度地启用原土地登记簿,或者设置一新的“中央登记簿”;参见 *MüKoWEG/Commichau*, a.a.O., § 7, Rn. 15 ff.

^[129] 关于德国法上住宅所有权登记簿之设置,可参见 *MüKoWEG/Commichau*, a.a.O., § 7, Rn. 2-5.

^[130] (日)藤井俊二:“土地与建筑物的法律关系——两者是一个物还是两个独立的物”,申政武译,载渠涛主编:《中日民商法研究》(第4卷),法律出版社2006年版,页122。