

德中法治国家对话
第十四届德中法律研讨会
2014 年莱比锡

(Arbeitsgruppe 1 – Grundstücksrechte in einer modernen Wirtschaft)

工作小组 1

现代经济中的土地权利

背景文件

1. 引言

地产和房产构成了民间财产的基本部分。地产和土地在从古至今的经济史中长期证明是特别的保值，所以一直被视为最安全的财产投资。德意志联邦共和国的**地产分布**呈现出一种健康的结构，这是**社会关系稳定**的一个重要因素。德国近四千万家庭中约有一半拥有地产。

地产不仅作为**中心的生活基础**或**保值投资**发挥着作用，而且对于**担保信贷**也具有重大的意义。可用于投资的闲置钱财通过信贷转化成为工作资本，被引到需要为投资提供资金的地方。投放信贷的安全性乃是信贷业的基础。地产是最保值的担保客体。这一担保目的是由设定于地产的**土地质权**来满足的。通过土地登记制度，保证了顺位关系的明了性以及土地质权对任何人都具有的效力。以此担保的信贷，由于对放贷人风险较低，故在利率上通常低于未受担保或受较差担保的信贷。

除土地质权外，还有许多满足现代经济需要的其他对土地的权利。**所有权**被定义为物上既得权，在法律上是包括支配权、用益权和防卫权的权利。其余的**土地权利**作为所谓的限制物权，是**对任何人绝对**都可发挥其法律效力的所有权存续分割。在此限制于法律规定的法规制度，可能的土地物权的范围从而是定限的（所谓的物权类型法定）。在此特别将物权区别于债权，债权在合同当事人之间只是相对地发生效力，所以也不能登入到土地登记簿中。对土地的典型债法上的合意比如是使用租赁或用益租赁。

除绝对效力和有限数量之外，物权的另一项特征在于此种权利在法律中也在内容上被强制性地作了类型化（所谓的类型强制）。所以在形成所选权利的内容时，不存在或仅存在有限的自由度。超越类型框架的合意，不能成为物权的内容，而只有债法性效力。比如物上先买权不能连同针对任何人的约定价格而登入土地登记簿中。可登记的因此只有合同当事人之间的相对合意。

为转移一种土地权利、为对其设定负担或进行内容更改，原则上需要权利人和另一方达成合意以及将权利变动登记于土地登记簿中（《民法典》第 873 条、第 877 条）。使某人负有转让土地所有权之义务的合同需要公证。对土地所有权转移所要求在公证人面前达成的物权合意（不动产移转合意），必须在合意双方同时到场情况下作出（《民法典》第 925 条）。对于限制物权的登记，原则上只需要所有权人以认证形式作出一种程序法上的同意表示（《土地登记法》第 19 条、第 29 条）。认证也由公证人作出。此外，经常对土地质权的设定进行公证，因为债务人由于记载于公证书中的请求权属自愿服从即时强制执行（《民事诉讼法》第 794 条）。

尽管依据实体法合意是法律效力发生的不可缺少要件，但土地登记局对此通常不作深入的审查。土地登记局登记的根据是上面提到的登记同意（《土地登记法》第 19 条）。只有在涉及土地移转合意时以及在土地上权设定、更改其内容或转移的情形下，才必须也依程序法向土地登记局递交所必要的合意（《土地登记法》第 20 条）。

为登记，此外还要求提出一份作为程序行为的申请。该申请是启动本来的登记程序的诉讼行为。

2. 顺位

土地登记簿中所登入的物权和预告登记互相之间处于一种顺位关系。物权或与预告登记的顺位决定了物权或预告登记在土地被强制拍卖的情况下是否仍然存在。先于推动强制拍卖之权利的上位权利和预告登记，在地产拍定给买受人后仍然存在。下位的权利随成交拍定而消灭。

权利持有人也可就顺位变更达成一致意见。对此在实体上还需要一项合意，对于登入土地登记簿只需要退出人的同意。涉及土地质权时，也还需要土地所有人的同意。其他的中间型权利不得从顺位变更中获有好处或不利。

此外在权利成立时或以后，可为所有人保留获取一种依范围而定的顺位更高或顺位同等之权利的权限（所谓顺位保留）。对于所有人，此项保留是所保留的所有权的一部分，对于被涉

权利的持有人是种内容上的限制。对于顺位保留的登记，涉及权利设定时，有所有人的同意即可，以后登记并关系到被涉权利时，有债权人的同意即可。

3. 土地权利

除所有权作为既得权之外，主要还有如下所述的一些设定于土地的限制物权。

a) 土地质权

最重要的土地质权是**抵押权**和**土地债务**。抵押权的特征是担保以支付金钱为目的的特定请求权，并随该请求权而存在和消灭（所谓附随性，《民法典》第 1113 条）。抵押权的存在即依赖于被担保债权的存在。在德国的司法实践中，本来意义上的抵押权然而只有较小的意义。纯形式的抵押权几乎只作为保全抵押权出现。抵押权的各种形式主要在商业信贷交易中全面被土地债务（《民法典》第 1191 条）所排挤，即几乎只存在于所谓的担保土地债务的形式。与抵押权不同，土地债务在法律上不依赖于债权的产生或存在，因而使用上十分灵活。比如可以利用债权完全偿还后仍然存在的土地债务来担保新的债权。

抵押权和土地债务可以设定为证书式或登记簿式权利。尽管依据《民法典》的系统性，证书式抵押权是土地抵押权的基本形式（《民法典》第 1116 条第 1 款），但在实践中却是登记簿式权利占主导地位，这是因为信贷机构对证书保管的耗费有所顾忌。所以原则上只有在证书简化并加快土地质权之转让的长处预料确实是要利用的情形下，才会设定证书式权利。相反在估计债权人从来不会或很少会有变更的情形下，应优选登记簿式权利。

土地质权的设定原则上无需公证。始终**需要公证**的却是依据《民法典》第 794 条第 1 款第 5 项、第 800 条第 1 款第 1 句对**即时强制执行的自愿服从**表示。债务人通常是鉴于债权人的两项请求权而自愿服从即时强制执行的：一是鉴于要求容忍对承受负担的土地进行强制拍卖的请求权（“物权强制执行服从”），另一是涉及产生于设定证书中所作债务允诺的请求权（“个人负担强制执行服从”）。抽象的债务允诺是债务人向放贷人和担保取得人作出的追加担保手段。

在抽象的土地债务和待担保的债务之间，**担保合同**（也称为“担保目的表示”）是两者的连接成分。担保合同授权债权人因其请求权而持留保证物。缺少担保合同，担保则通常受制于因不当得利而具有的归还请求权。担保合同规定了债权人因哪项债务允许对所提交的担保进行执行。

尽管作有各种不同的担保，担保取得人总共只可**一次**清偿其债权额。在地产强制拍卖后，担保取得人从抽象的债务允诺中只可主张可能的不足部分。反过来，在债务人根据债务允诺作了给付的，债权人则不得再因土地债务主张请求权。

被担保的债务清偿完毕的，担保给予人具有**返还请求权**，该请求权在涉及土地质权时通常是通过担保取得人作出同意注销予以满足的。

b) 地上权

依据德国法，建筑物原则上是所谓的地产基本要素。地上权排除了这种权利一元性，作为土地负担的特别形式给了权利人在（他人）宗地表面之上或之下**获有**一个与地连接的**建筑物**的可转让和可继承的**权利**（《地上权法（Erbbaurecht）》第 1 条第 1 款）。地上权使权利人在不必是土地所有人的情形下（《地上权法》第 12 条）同时获得了对建筑物的所有权。地上权正常地导致了有不同所有人的情况：一方面是土地的所有人，另一方面是处于该土地上的建筑物的所有人。这是《民法典》第 93 条和第 94 条中关于土地和建筑物的所有权不能分离之原则的一种例外。

对于地上权，在登入土地登记簿时设立了一种特别的土地登记簿页，即地上权登记簿（《地上权法》）第 14 条）。

典型的地上权设定人始终是**地方政府和教会**。除了提供购置费用更为便宜的建筑用地之外，地方政府目的主要在于借助于私法来保存公法未确认给他们的规划权限。教会遵循的是其不转让土地，而只是提供于用益的老传统。与此之外，房产和地产的分离在税的财产归属上也是有利的。

地上权的**物权内容**必须强制地要求在承受负担的土地上至少获有一个已存在的或一个待建造的建筑物。可选的相反还有涉及建筑物的内容，比如对关于建造、维护和使用以及关于保险和重建的合意。对地上权的时间限制，法律没有规定，但通常作有这种限制。随着截止期的到来，地上权便自行消灭，土地登记簿便变得不正确。对于成为土地所有人财产的建筑物，原地上权人有补偿请求权（《地上权法》第 28 条）。在土地登记簿中，只有在对土地上所存在建筑物的补偿被明确排除或获有土地权人注销同意的情况下，才可立即接受地上权的注销。

物权合意的一个重要对象可是，使地上权人负有义务一定前提条件之下在期限届满前将权利移转给土地所有人（所谓**土地复归**）。在确定复归理由上，双方当事人相当自由。通常作为复归理由的比如是，违反一定的约定，或特定情况的出现，比如一方当事人死亡或破产、自身需要或公共建筑法的修订。

作为地上权的其他物权内容，可以依据《地上权法》第 5 条约定**同意权保留**。该项保留涉及地上权的转让以及设定特别是土地质权的负担。其他可能的**物权规定**涉及的比如是承担私人 and 公共的负担和赋税（《地上权法》第 2 条第 2 项）、地上权人支付违约金的义务（《地上权法》第 2 条第 5 项）、期限终结后的续展优先权（《地上权法》第 2 条第 6 项）以及土地所有人变卖给地上权人的义务（《地上权法》第 2 条第 7 项）。在地上权物权内容之外，往往存在可由补充性债法合意规则予以满足的其他规定需求。

设定地上权是有偿的，约定地上权租金便是规则情况。**地上权租金**不是地上权的内容，而是登记于土地登记簿第二部分中的一种负担。地上权通常长期性的使用时间，一般要求通过将实物负担登记于土地登记簿来保全地上权租金值。土地所有人和地上权人往往除租金之外还互相给予对土地或地上权的先买权。

地上权只可设定为排他性的第一顺位（《地上权法》第 10 条第 1 款第 1 句）。

c) 预告登记

但此项登记广泛被作为一种物权而对待。依据《民法典》第 883 条第 1 款，为保全对给予或废止一项土地权利或一项负担于土地的权利或对修订此项权利的内容或顺位的请求权，可将预告登记登入土地登记簿。

对**预告登记的效力**，《民法典》第 883 条第 2 款中规定如下：在进行预告登记后就土地或权利所作的处分，在处分会妨害或侵害被担保的请求权限度内不生效力。

预告登记根据假处分或根据该登记所涉地产或权利的权利人的同意**为之**（《民法典》第 885 条第 1 款第 1 句）。可预告登记的只是对那些以后自己具登记能力的权利变动的请求权。请求权必须针对其权利应被改动的人。依据《破产法》（InsO）第 106 条，预告登记也在债务人破产时发挥有效力。预告登记本身是不可转让的。但如果被预告登记的请求权被转让了，预告登记按照《民法典》第 401 条第 1 款则也随之转移。

预告登记在土地交易中发挥着**突出作用**。尤其在转让土地所有权时，土地登记簿中的预告登记通常是公证人通知买受人支付购买价格到期的合同条件。这种方式避免了买受人在支付购买价格上未得担保而先为给付的情况。因为由于登入土地登记簿的制度效力，真正的同时交换给付（“所有权换金钱”）是不可能的。在此公证人作为土地买卖合同法和执行经公证的买卖合同的专家负责使交易能安全并顺畅地进行。

d) 先买权

先买权给权利人开启了在义务人将某物出售于第三人，即所谓的第三买受人的情况下，以购买方式获得该物的可能性。通过先买权的有效行使，在出售人和第三买受人之间的合同之外便有另一项独立的合同，对此项合同原则上同样适用出售人与第三买受人合意的规定。此项买卖是在先买权人和义务人之间完成。

除了依据《民法典》第 463 及以下条的债法性先买权，还可使用依据《民法典》第 1094 及以下条的具登记于土地登记簿之能力的**物权性先买权**。此项权利可以授给先购买权人本人或特定土地的现时所有人。物权性先买权也可以针对多人或所有出售情形而设定。此项权利具有**预告登记的效力**（《民法典》第 1098 条第 2 款）。依据《民法典》第 1098 条第 1 款，涉及物权性先买权时，通过先买权行使而成立之合同的内容，强制性地按引发此项合同的另一项合同的规定定之。所以特别是对不同于出售的情形或就不同于出售合同中所确定的条件的其他情形，不能达成任何合意。尤其不能不同于与第三买受人的合同购买价。如果这类拟定是希望的，便只可考虑约定债法性先买权。

e) 役权

役权有不同的表现方式。

aa) 地役权和限制人役权

地役权（《民法典》第 1088 及以下条）和限制人役权（《民法典》第 1090 及以下条）是同类型在本质上也是同内容的权利。两者主要区别于**权利人**不同：地役权供役给其他一块宗地的现时所有人，限制人役权供役给个体人。

役权可有如下内容：

- 在具体关系中使用一宗地的权限（比如：邻地通行权；在所处的土地上持有房屋或其他设施的权利）= 使用性役权；
- 禁止在宗地上从事某些行为（比如：禁止一定的建筑；禁止一定的商事经营）= 不作为役权；
- 排除从承受负担的土地的所有权中产生针对权利人的某种权利（比如：取消对输入天然气、蒸汽或声音的邻居法上的限制，承受负担的土地的所有人从而必须容忍上述输入）= 容忍性役权。

役权内容必须表述得能满足地产法的**确定性原则**。在应准许权利人将役权行使出让于第三人的，对此必须明确地予以加注。

即使整块宗地承受役权，**役权的行使**也可限制于某一宗地部分。

对**可转让性**，应作如下区别：地役权永不可转让，但本身附随着要役地所有权的变更。限制人役权原则上也是不可转让的（《民法典》第 1092 条第 1 款）。取决于役权的内容，役权的行使但可让与他人。此外对于法人和有法律资格的人合公司存在例外（《民法典》第 1092 条第 2 款和第 3 款；第 1059 a 条）。

bb) 居住权

物上居住权依据《民法典》第 1093 条是限制人役权的一种子形式。居住权的内容只能是在排除产权人之下使用**房屋或房屋部分**作为住宅的权利。从属性的副室也可用于其它目的。所谈及的屋室主要是用于商业目的的屋室，则不予考虑居住权，而只考虑依据《民法典》第 1090 条的某项役权。居住权所应延及的屋室必须明确地予以标明。

家庭成员和护理人员依据《民法典》第 1093 条第 2 款可以立即接纳入住宅中，同样可立即接纳的还有固定的生活伴侣。对**让与第三人**的准许性，必须予以明确规定。规定将导致原则上不可抵押的居住权成为可抵押的。

被确定为居民共同使用的设备和设施的**共用权**，属于居住权的法定内容（《民法典》第 1093 条第 3 款）。对**维护义务**方面的问题，通常作有明确的合意。在居住权情况下，公共和

私人负担强制性地是产权人的事。然而通过债法性合意可以不同于此。居住权人对所给予的居住权应支付定期偿金的，这不能作为物权的内容；偿付义务只能在债法上予以约定。

cc) 用益权

用益权（《民法典》第 1030 条）使受益人有权从物中获取**用益**（《民法典》第 100 条）。土地用益权是役权的一种形式。不同于与限制役权（地役权、限制人役权），土地用益权赋予了一种**广泛的用益权利**。用益权人实际上是土地的经济所有人。用益权与债权人本人相连，在其死亡之后不可延续（《民法典》第 1061 条）。

在实践中，用益权主要出现于**赠予和转让协议**中，经常也用来在产权人过世后对配偶或亲属的保障。也可考虑用来保障使用租赁关系，在此用益权独立并存于债法性使用租赁合同。

在用益权人和所有人之间形成有一种**法定债之关系**。变更是准许的，即连同物权效力。依据《民法典》第 1030 条第 2 款，可以从用益权中排除个别的用益。根据法律规定，用益权人不仅要注意保持物的经营状态（《民法典》第 1041 条），而且原则上也要承担公共负担以及在设定用益权时已存于该物之上的私法负担（《民法典》第 1047 条）。鉴于负担和费用的上述分配，用益权乃乃是可处分的，即可以通过当事人合意而予以更改。作为用益权的内容，可以特别规定用益权人也应承担非常的修缮和更新费用，并且除了利息之外还应承担土地质权的分期清偿费（“总括性用益权”）。另一方面但也准许连同物权效力免除用益权人对通常维护的义务以及对负担的承担（“纯粹用益权”）。

用益权本身是**不可转让**的。依据《民法典》第 1059 条，用益权的**行使**可以转让与他人。但这一点可以通过也包括物权效力的合意予以排除。

f) 实物负担

实物负担是对**定期给付**以土地为权利人作物上担保的方式，而对该土地设定负担（《民法典》第 1105 条）。定期给付必须是一种**正面的给予或作为**。对此的例子是终身的金钱定期金，供应生活资料、取暖材料和用电，或承担劳务义务。

实物负担可以设定为主观特定人或主观物上的实物负担。不同于限制人役权，主观特定人实物负担是可继承的，除非从其内容中表明有其他规定。对实物负担可表示**自愿服从强制执行**。这需要进行**公证**。可以因实物负担对土地推行强制拍卖。

