

文章编号:!( ' ) - \* & % \* ( & ! ' ) % ! d % % " % d ( % ! % )

# 不动产登记性质及其纠纷处理机制问题研究

——兼评《物权法司法解释(一)》第! 条

龙卫球

(北京航空航天大学法学院,北京!%%!"!)

\* 摘要+ ! 物权法解释(一) 》第! 条就不动产纠纷处理机制问题的规定值得特别关注,其本身隐含了一个关于不动产登记及其纠纷性质的重大认识决断,即作为行政行为对待并纳入行政诉讼处理(多年来,有关不动产登记性质以及相关纠纷机制问题,主要观点有“民事行为与民事诉讼说”“行政行为与行政诉讼说”“民行区分说”“民行合一说”四种(四种学说关于不动产登记性质的分析,存在一个重要的共同点,就是基本上都是在# 一体两面\$ 的意义上展开的,但是这种思维架构其实存在某种重大缺憾(因为,就不动产登记体系来看,登记机关相关的登记活动,真实的结构其实是# 两体两面” ,自近代法以来,不动产登记从宏观上的整体结构来说,本身存在管理登记和权利登记的区分,登记机关自身存在主体功能的可区分性,在不同的领域,不同的登记事项,不同的登记程序中承担不同的主体身份和职责(我国相关理论研究应当与时俱进地清晰化,在正确认识不动产登记转型带来的登记区分意义上,正视不动产权利登记具有的民事行为性质以及应纳入民事诉讼的机制抉择(

\* 关键词+ 不动产登记; 不动产登记性质; 不动产管理登记; 不动产权利登记

**Abstract:** P 8 ? 3: E>B 4E @ 38 C D ? @ ' EB; < > < A 3 D 4 D 8 = @ : A : C 4 D: 4 8 D < > F 3 < H 3 : A @ 3 8 = H 8 A B = 0 8 ; = E ? 8 @ < A ; > E B 8 ? @ 3 8 D 8 d ? E > @ : C @ 3 8 < ? ? E 8 : A D 8 => 8 ? @ @ 3 8 H < ? @ = @ : A F 3 < ; 3 < ? O D < A H @ @ < A @ = B M < A < ? @ = @ R 8 > = F ? E @ = ? H: R 8 D A M 8 A @ ? = ; @ : A b Z: D M = A K K 8 = D ? , @ 3 8 D 8 = D 8 C: E D @ 3 8 : D 8 ? : A 8 ? @ @ 3 8 D 8 H < ? @ = @ : A < ? ? E 8 < A ; > E B < A H ; < R > = ; @ : A @ 3 8 : D K , H: R 8 D A M 8 A @ ? = ; @ : A @ 3 8 : D K , B < ? @ A D H E < ? 3 < A H 0 8 @ F 8 8 A ; < R > = ; @ : A = A B H: R 8 D A M 8 A @ ? = ; @ : A @ 3 8 : D K , = A B ; : M O < A 8 ; < R > = ; @ : A = A B H: R 8 D A M 8 A @ ? = ; @ : A @ 3 8 : D K b 7 3 8 ? 8 @ 3 8 : D 8 ? 3 = R 8 = C 8 = @ D 8 < A ; : M M: A F 3 < ; 3 < ? @ 3 8 K = D 8 => @ > Y < A H = 0 : E @ @ 3 8 @ F: ? B 8 ? : C @ F: ; < A b U: F 8 R 8 D , @ 3 ? @ D = M 8 = ; @ > > K 3 = ? = ? 8 D < E ? O E H 0 8 ; = E ? 8 = ; @ > > K @ 3 8 D 8 => 8 ? @ @ 3 8 D 8 H < ? @ = @ : A 4 D: ; 8 B E D 8 < ? @ F: ? B 8 ? : C @ F: ; < A ? i < A @ 3 8 D 8 H < ? @ = @ : A ? K ? @ M b X R 8 D ? < A ; 8 @ 3 8 M: B 8 D A > F 8 S < ? @ B , @ 3 8 D 8 F 8 D 8 @ F: Y < A B ? : C D 8 => 8 ? @ @ 3 8 D 8 H < ? @ = @ : A , : A 8 < ? C: D @ 3 8 H: R 8 D A M 8 A @ M = A d = H 8 M 8 A @ @ 3 8 : @ 3 8 < ? C: D : F A 8 D ? m D < H 3 @ b V A = B B @ : A , @ 3 8 D 8 H < ? @ = @ : A = E @ : D < @ C E < > ? B < C 8 D 8 A @ D 8 ? 4: A ? < D < @ < A B < C 8 D 8 A @ = D 8 d = , D 8 H < ? @ 3 8 B @ @ M ? , = A B 4 D: ; 8 B E D 8 ? b , : F = B = K ? , + 3 < A = > 8 H => @ 3 8 : D 8 @ ; => D 8 ? 8 = D ; 3 < ? H: < A H B 8 8 4 8 D = A B B 8 8 4 8 D , ? : F 8 ? 3: E > B = @ ; 3 < M 4: D @ A ; 8 @ @ 3 8 ; < R > = ; @ : A ? < A D 8 => 8 ? @ @ 3 8 D 8 H < ? @ = @ : A 4 D: ; 8 B E D 8 = A B 4 E @ @ < A @ ; < R > => F ? E @ = H = < A ? @ @ 3 8 0 = ; Y B D: 4 : C D 8 => 8 ? @ @ 3 8 D 8 H < ? @ = @ : A @ = A ? C: D M = @ : A b

**Key Words:** 0 8 => 8 ? @ @ 3 8 D 8 H < ? @ = @ : A , = @ D 8 : C D 8 => 8 ? @ @ 3 8 D 8 H < ? @ = @ : A ; 7 @ 3 8 D 8 H < ? @ = @ : A ; / 8 => D 8 H < ? @ = @ : A

中图分类号: / Z \* & ! 文献标识码: 1

## 一' 不动产登记性质及其纠纷处理机制的复杂性

! 中华人民共和国物权法》(下称“《物权法》”)实施以来,司法界对于不动产纠纷处理经常陷入民行交叉的困惑,特别是对那些直接涉及不动产登记的纠纷,更是存在民事诉讼

还是行政诉讼选择的纠结(这种诉讼机制决断困难的背后,是关于不动产登记的性质认识问题,即不动产登记究竟是行政行为还是民事行为的分歧(这是不动产登记法最为基础的理论问题(我国学术界和实务界对于不动产登记及其纠纷的

收稿日期: & ! ( - % ) - & %

作者简介: 龙卫球( ! " (# 一) 男,江西吉水人,北京航空航天大学法学院教授,博士生导师,教育部长江学者特聘教授,法学博士(

性质始终存在广泛的争议! (

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》(下称“《物权法司法解释(一)》”)正式开始实施,该解释一共 26 条,对于“物权法”实施以来若干司法争议难题无疑会发挥及时的司法指导作用,其中第 1 条就不动产纠纷机制问题的规定值得特别关注(

该条规定“因不动产物权的归属,以及作为不动产物权登记基础的买卖、赠与、抵押等产生争议,当事人提起民事诉讼的,应当依法受理(当事人已经在行政诉讼中申请一并解决上述民事争议,且人民法院一并审理的除外)。”由此,它就目前实务中涉及不动产登记纠纷的诉讼机制做出了明确回应(

《物权法司法解释(一)》第 1 条本身隐含了关于不动产登记及其纠纷性质的重大认识决断(然而,作为一个长期困扰理论界和学术界的学术难题,应该不会因为这一司法解释规定出台就轻易得以解惑,第 1 条充其量只是一次不得已的临机决断而已(不动产登记及纠纷性质的复杂性依旧挥之不去,需要我们学术界不懈努力(最高人民法院积极运用司法解释的权力,多年来为推进有关物权实践,推出了多部司法解释,这表明我们的物权法或更大范围的民商法制度正在走出一个单调的立法博弈期,开始将自己的制度生命扎根于丰富的社会实践,日益进入一个司法博弈的动态场景(但是,物权法司法解释发达的同时,物权法理论研究势必也应以一种更加特殊的形态加以发展,这就是司法解释本身应成为理论研究的对象甚至是品评置喙的对象(本文即是这样一种动因,就这一有关不动产登记及其纠纷性质的实务解释再予审视,旨在推动一种‘实务解释学’、‘实践动态学’意义上的研究风格,以求有益于司法实践的审慎成长(

## 二、《物权法司法解释(一)》第 1 条的规范分析

### (一)《物权法司法解释(一)》第 1 条的要点解读

第 1 条作为关于不动产纠纷诉讼机制的规定,从表述上看是由两句话构成,第一句为“因不动产物权的归属,以及作为不动产物权登记基础的买卖、赠与、抵押等产生争议,当事人提起民事诉讼的,应当依法受理”;第二句为“当事人已经在行政诉讼中申请一并解决上述民事争议,且人民法院一并审理的除外”。由于后面一句有“除外”字样,所以两句话又构成好像是“一般”与“特殊”的逻辑关系(

但是其实不然,如果深入语句结构之中进行系统分析,就会发现本条的背后还存在一层更为基础而没有明确表达的规范含义,这使本条表述在解读上存在更为复杂的逻辑关系(通过整体阅读,我们可以发现第二句是话中有话,该句话背后隐含了一层对于不动产登记纠纷应当按照行政诉讼处理的规定,因为它提到“当事人已经在行政诉讼中申请一并解决上述民事争议”时,实际上省略了“行政诉讼”的由来问题,即不动产登记纠纷本身应当按照行政诉讼解决(

换言之,该条解释完整展开应该是三层意思:凡是不动产登记纠纷,都应当依据行政诉讼解决;不过,就不动产物权的归属或者登记基础问题(原文为“不动产物权的归属,以及作为不动产物权登记基础的买卖、赠与、抵押等产生争议”)发生

争议时,允许当事人就此本身提起民事诉讼;但是,在前两种允许提起民事诉讼的情形,如果当事人因为不动产登记纠纷而已经提起了行政诉讼并且还在行政诉讼中提请解决上述民事争议的话,则只能按照行政附带民事诉讼的程序审理,当事人就不得再就“不动产物权的归属,以及作为不动产物权登记基础的买卖、赠与、抵押等产生争议”单独提起民事诉讼(

总体来讲,隐蔽的基础规范含义是一般规定,然后第一句作为例外,最后是第二句又成为第一句的例外,即构成向隐蔽基础含义的回归(结合语义完整性和规范目的等方面,第 1 条可以作以下三点解读:

! 对于不动产登记纠纷,应依据行政诉讼机制处理,而不是采取民事诉讼机制

本条规定就不动产纠纷的整体诉讼机制而言,还有一句更加基础的规范含义没有明确表述出来,但是却可以从两句话的结合中推导出来(所谓“因不动产物权的归属,以及作为不动产物权登记基础的买卖、赠与、抵押等产生争议,当事人提起民事诉讼的,应当依法受理”这一句话,就更广泛的不动产纠纷解决机制而言,应该被理解为仅仅是例外(

因为

对于不动产纠纷,虽然应该以行政诉讼机制为主,但是存在两种例外

即,在涉及不动产物权归属问题以及作为登记基础的法律关系(或负担行为)效力本身产生争议的两类情形,允许就此类事项本身提起民事诉讼(这是本条第9.54条所表达的准确含义(这一句话是对过去一段时间以来已经形成的司法立场的再发展,有维持也有变化(

理解上又存在两层含义:

首先,不动产纠纷解决机制虽然应以行政诉讼为主,但是在两种情形下例外地允许提起民事诉讼(这两种情形,一为不动产物权归属争议,另一为作为登记基础的民事法律关系(或负担行为)效力本身产生的争议(不动产物权归属争议所涉及的范围,除了所有权的归属及其内容,也应该包括他物权甚至占有的归属及其内容争议(其规范依据是“物权法”第三章中的第\$条(该条规定“因物权的归属、内容发生争议的,利害关系人可以请求确认权利。”根据该条规定提起的民事诉讼为“物权确认之诉”,也可以称“确认物权之诉”。在理解上,应该严格限于权利归属实质争议本身,而不能涉及登记管理这些有可能影响到权利形式归属的争议事实等等(比如说,某处房产不管现在名义上登记与否,登记在谁的名下,甲乙如果对其实质归属本身提出争议,这种情况可以提起民事诉讼(但是,如果当事人想就该房产

变狗6 1 Tf 0 Tr 8.830189 0 0 8.830189 0 -7.50566 Tm 15.013578 53934073

《物权法》实施之后,巩固和丰富了改革开放以来的物权制度,进一步促进了物权的实践,其中不动产物权创设和交易尤其活跃,然而相关利益分歧和纠纷解决机制的争议也就更加凸显。《物权法》第二章第一节专门规定了不动产登记的一般规则,改变过去去行政化登记的色彩,在表述上和理念上都以权利登记为重心,推动了不动产物权登记制度的转型发展,但同时也使得与登记相关的不动产纠纷问题的民事、行政纠纷解决机制问题变得更加微妙,重新焕发了有关争论的热情,但也带来了新的理论和实务理解的复杂性。

2008年国务院出台了《不动产登记暂行条例》,从立法机制的性质上看,采取了行政法规的制定方式,由此导致一种新的疑惑,即它似乎要把不动产登记管理纳入行政范围(另外,2008年修改的《行政诉讼法》在第11条第1款规定“在涉及行政许可、登记、征收、征用和行政机关对民事争议所作的裁决的行政诉讼中,当事人申请一并解决相关民事争议的,人民法院可以一并审理”,其中涉及登记字样,这些都使得与登记相关的不动产纠纷,在诉讼机制上给人们产生了一种以行政诉讼机制为主的联想(但是,依旧缺乏具体的明确的规定)。

最高人民法院作为司法裁判的最高机构,多年来一直关注这个难题,但显而易见一直存在明确决断的困难。《物权法》出台后,开始酝酿相关的司法解释(2008年,最高人民法院出台了《关于审理房屋登记案件若干问题的规定》,把不动产登记行为视为行政行为,因此在其中第1条至第4条赋予了房屋登记纠纷适用行政诉讼的较大空间(第1条规定“公民、法人或者其他组织对房屋登记机构的房屋登记行为以及查询、复制登记资料等事项相关的行政行为或者相应的不作为不服,提起行政诉讼的,人民法院应当依法受理。”从字义上看,把登记行为产生的纠纷,都纳入了提起行政诉讼的范畴(不过,在该解释“第4条作了一点例外规定“当事人以作为房屋登记行为基础的买卖、共有、赠与、抵押、婚姻、继承等民事法律关系无效或者应当撤销为由,对房屋登记行为提起行政诉讼的,人民法院应当告知当事人先行解决民事争议,民事争议处理期间不计算在行政诉讼起诉期限内;已经受理的,裁定中止诉讼。”因此,就作为登记基础的民事法律关系的效力本身发生争议,则应当先行提起民事诉讼,并且期间中止行政诉讼(这就是所谓的“民事在先”规则,但只是在有限的范围内的一种民事在先而已(此次,最高人民法院出台《物权法司法解释(一)》,在第1条开章明义,算是较为系统地明确了不动产纠纷的诉讼机制问题,这里面既有对此前司法解释观点的继承,同时更有新的变化和发展)。

(四)《物权法司法解释(一)》第1条的实务渊源

目前为止,最高人民法院关于不动产登记纠纷机制问题,并未公布公报案例或指导性案例,揣其原意可能是为了保持谨慎的缘故(不过,各级人民法院相关涉及不动产纠纷诉讼机制的具体案例非常之多,仅就高级人民法院这一层级而言,基于中国裁判文书网检索统计,涉及不动产纠纷诉讼机制或行民交叉关系的典型案例就至少有15件!(这些不同层级的案件实务观点上具有稳定性,构成了《物权法司法解释(一)》第1条的实践规则基础(限于篇幅,本文选取两

个案例作为分析(其中,对于涉及不动产物权权属以及登记基础纠纷,可以单独提起民事诉讼解决的,属于一类,如#高某与焦作市影视器材公司、焦作市纺织集团公司及焦作市人民政府财产权属纠纷案”;就不动产登记纠纷提起行政诉讼同时请求解决民事争议,作为行政附带民事诉讼处理,属于另外一类,如#袁某不服上海市房屋土地管理局核发房屋所有权证行政附带民事诉讼纠纷案”。

1. 涉及不动产物权权属以及登记基础纠纷可以就此提起独立民事诉讼的规则:高某与焦作市影视器材公司、焦作市纺织集团公司及焦作市人民政府财产权属纠纷案”(

案情简介:2004年(月,河南省焦作市纺织局出资购得房屋三间,在取得市统建住宅指挥部颁发的住宅产权证后,交由其下设立的纺织局供销经理部(2005年&月更名为#纺织工业局供销公司”)使用(不久,供销经理部将一笔充当购房款的金额交给纺织局(2005年!月,纺织局设立焦作市纺织实业公司(以下简称实业公司),将房屋移交给实业公司使用(供销公司与实业公司在纺织局主持下签订了移交协议(2005年!&月&\*日,纺织局与实业公司签订#房产转让协议书”,由实业公司支付纺织局\$万元,取得房屋所有权,但双方未办理所有权转移登记手续,该房屋由实业公司(2006年更名为#焦作市影视器材公司”)使用至今(2006年!&月,纺织工业局供销公司向焦作市房屋管理局申请颁发办理了证号为!&!的房屋所有权证,并于2006年)月&&日将该房屋卖给高某(2006年)月&”日,焦作市房产管理局为高某颁发了第\$’!&!号房屋所有权证(高某要求实际占用人影视器材公司腾房未果(高某以财产权属纠纷名义提起民事诉讼,请求焦作市影视器材公司腾房并承担侵权责任(焦作市山阳区人民法院一审判决在确认高某的所有权基础上支持其诉讼请求(但是,焦作市中级人民法院二审判决认为,纺织局和供销经理

! 它们分别是:(!)王平超等与张启春所有权确认纠纷案[山东省高级人民法院(2008)鲁民提字第#号];(&)王芸与王庆章等房屋所有权纠纷申请案[山东省高级人民法院(2008)鲁民提字第&\*号];(\$)泰国韩氏祖祠等与符丽物权保护纠纷上诉案[海南省高级人民法院(2008)琼民终三字第\$号];(())黄福奎与王远龙所有权确认纠纷上诉案[重庆市高级人民法院(2008)渝高法民提字第%%&&!号];(\*)许月好与张小平等物权确认及返还原物纠纷再审查[安徽省高级人民法院(2008)皖民提字第%%%%\$号];(())魏甲与魏乙排除妨碍纠纷再审查[浙江省高级人民法院(2008)浙法民再字第!号];(‘)高某与焦作市影视器材公司、焦作市纺织集团公司及焦作市人民政府财产权属纠纷案[河南省高级人民法院(2008)豫法民再字第%%%)!号];(#)李勇与岳阳市银联置业有限公司返还原物纠纷上诉案[湖南省高级人民法院(2008)湘高法民一终字第&\*号];(“)张掖市三峰房地产开发有限公司与祁志红等返还原物纠纷上诉案[甘肃省高级人民法院(2008)甘民一终字第&(号];(!)海口市琼山区甲子镇甲子村民委员会甲子墟一村小组、海口市琼山区甲子镇甲子村民委员会甲子墟二村民小组等与海南省人民政府行政确认行政判决书案[海南省高级人民法院(2008)琼行终字第\$号];(!!!)宁夏银铁物流有限公司等与贺兰县人民政府等建设用地使用权纠纷上诉案[宁夏回族自治区高级人民法院(2008)宁民终字第!(&号];(!&)王立钧等与张兔怀财产权属纠纷再审查[江苏省高级人民法院(2008)苏民再提字第!!!号];(!\$)孙承育等与孙承远等恢复原状纠纷申请案[山东省高级人民法院(2008)鲁民提字第“(号]。

“ 河南省高级人民法院(2008)豫法民再字第%%%)!号(

部(供销公司)之间是一种代购关系,纺织局属于无权处分,与影视器材公司签订的转让协议无效;但是纺织集团将房屋卖给高某,侵犯了影视器材公司的优先购买权,所以纺织集团与高某之间的房屋买卖协议亦为无效,所以判决撤销一审判决,确认争执房屋归纺织集团所有,纺织局与影视器材公司、纺织集团与高某之间的房屋转让协议均无效(后来,出现多次再审,焦作市山阳区人民法院、焦作市中级人民法院、河南省高级人民法院,先后作出裁判(最终,高某针对 2011 年 11 月 10 日河南省高级人民法院作出(2011)豫法民再字第 11 号民事判决,继续向最高人民法院提出再审申请,最高人民法院以(2011)民再申字第 1 号民事裁定指令河南省高级人民法院再本案)

／裁判要旨 本案再审判决认为,对于该项房屋权属纠纷,纺织局购买争议房屋的行为是代购行为,纺织集团作为产权人有权处分争议房屋;影视器材公司并未依法取得争议房屋产权,其抗辩称通过移交、划拨的方式从纺织局取得争议房屋不能成立(纺织局在 2011 年 11 月 10 日与影视器材公司达成的房产转让协议,侵犯了房屋所有权人纺织集团的合法权益,该房产转让协议无效(申请人高某与纺织集团签订的房屋买卖合同合法有效,应受法律保护(高某要求纺织集团履行合同,影视器材公司搬出诉争房屋的理由正当)

／简要分析 本案属于国内最早涉及不动产权属纠纷的典型案件之一,审理持续时间跨度很长,在程序上因为再审次数之多,广受学术界和实务界关注(复杂的原因,是因为一方面早期关于不动产纠纷权属问题,法律上颇为不清晰,另一方面不动产登记和权属确认的关系存在诸多分歧(本案的意义,首先是在实体法层面确立了更加复杂的权属确认规则,即对于不动产权属的确认,在本案尚需要在不动产交易中辨析真正的交易关系双方,即认定属于自购还是代购关系,换言之,并非简单地以登记本身,来认定不动产权利归属,而是要通过考察登记基础关系等来综合认定(其次在于有关不动产登记的诉讼机制上,虽然在中间环节有关当事人就因判决生效导致纺织集团和高某的房屋所有权证已经被撤销而提出抗辩,但是本案一直是以权属纠纷的民事诉讼方式来进行并最终解决争议的(也就是说,即使涉及不动产登记的问题,当事人仍然可以直接就不动产权属或者作为不动产登记的基础法律关系的效力提起民事诉讼,人民法院应当受理(本案确立的这个先例,在后来成为实务界的通行做法,最终反映到了此次《物权法司法解释(一)》的第 1 条之中,成为我们前面分析的第一句话的经验依据)

涉及不动产登记纠纷采取行政附带民事诉讼时排除独立民事诉讼机制的规则:袁某不服上海市房屋土地管理局核发房屋所有权证行政附带民事诉讼纠纷案(

／案情简介 2001 年 1 月袁某养父去世,遗有上海市中山北路某弄某号三层楼私房一幢,袁某与养母谢某双方为遗产继承发生争议,后经上海市普陀区人民法院(2001)年 5 月 10 日(2001)普民初字第 51 号民事判决确定,系争房屋底层归谢某所有,二、三层归袁某所有,底层楼梯至房门用砖墙分割,供袁某通行(判决生效后,双方分别向被告上海市房屋土地管

理局申请房屋产权登记并已领取产权证(2001 年 1 月,谢某与汪某签订房屋买卖合同,将自己的底层部分出售给汪某,房屋成交价为人民币 \*8 万元,随后,汪某向上海市房屋土地管理局申请办理产权过户手续,经审核认为符合《上海市房地产登记条例》等有关规定,于 2001 年 8 月 10 日核发给第三人汪某沪房普字第 5115 号房屋所有权证(袁某认为谢某出卖底层房屋,未征求其同意,侵犯了其优先购买权,上海市房屋土地管理局对此未加审核,其发证行为侵犯了其合法权益,以上海市房屋土地管理局为被告,以汪某、谢某为第三人,向上海市普陀区人民法院提起行政诉讼同时附带民事诉讼,请求撤销被告上海市房屋土地管理局作出核发给第三人汪某房屋所有权证的具体行政行为,同时请求确认汪某与谢某订立的房屋买卖合同无效)

／裁判要旨 法院经审理认为:最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第 89 条的规定,“共同共有财产分割后,一个或数个原共有人出卖自己分得的财产时,如果出卖的财产与其他原共有人分得的财产属于一个整体或者配套使用,其他原共有人主张优先购买权的,应当予以支持”。因此,袁某作为本市中山北路某弄某号楼房的原共同共有人,在同等条件下应享有优先购买权(谢某不能提供证据证明其将底层房屋出卖给汪某时已经提前通知了原告袁某,并征求其是否购买,因而侵犯了袁某的优先购买权(据此,撤销被告上海市房屋土地管理局 2001 年 8 月 10 日作出的核发给第三人汪某沪房普字第 5115 号房屋所有权证的具体行政行为;同时就附带民事部分,判决汪某与谢某订立的房屋买卖合同无效)

／简要分析 本案属于地方基层人民法院的典型案件,但是为较早的不动产登记纠纷案件,开创了通过行政附带民事诉讼的方式来解决因房屋买卖而引起的登记纠纷和登记基础纠纷并存时如何进行诉讼机制配置的先例(本案对于涉及不动产登记的纠纷,原则上以行政诉讼机制为主,使登记权利人就登记纠纷本身提起行政诉讼,同时允许其以附带民事诉讼方式解决登记基础争议问题(在这种行政诉讼机制为主的诉讼中,以登记机关作为被告,以作为登记基础的民事法律关系的双方作为第三人(这个案例确立的司法先例,被后来许多法院援用,也成为 2001 年最高人民法院《关于审理房屋登记案件若干问题的规定》以及此次《物权法司法解释(一)》第 1 条的经验基础)

### 三、不动产登记及其纠纷性质的理论再分析

#### (一) 有关学理见解及其分歧

前已述及,不动产纠纷诉讼机制一直是我国法学界和司法实务界的难点(其所以复杂,最关键就在于就不动产登记的性质,存在认识法律认识上的重大的分歧,导致涉及不动产登记时纠纷性质也因而意见纷纭(多年来,有关不动产登记性质以及相关纠纷机制问题,成为行政法学界、民法学界、诉讼

① +Lv b +b &\$'#\$ 收录于乔宪志主编《上海法院案例精选》,上海人民出版社 2001 年版(

法学界共同关注的观点交汇领域,主要观点就有‘民事行为与民事诉讼说’‘行政行为与行政诉讼说’‘民行区分说’‘行民合一说’四种(

#### 1) 民事行为与民事诉讼说

这种观点盛行于民法学界<sup>1</sup>,但也有部分行政法学者予以支持(他们认为,在不动产登记问题上,应将之认识为民事行为,进而对于相关纠纷,当事人可直接以民事纠纷提起诉讼,根据民事确权的内容申请登记机关重新登记,而无需进行行政诉讼(

这种观点以将不动产登记视为民事行为或者民事法律事实为基础,认为不动产登记不能被看成是旨在实施公权力的行政行为,而应该被看成是作为不动产物权变动原因的法律行为的一部分,是借用登记机关的公信力的一种旨在达成民法上效果的公示行为(换言之,不动产物权登记不过是经权利人申请国家专职部门将申请人的不动产物权变动事实记载于国家不动产物权登记簿的事实,从本质上是一种公示方法或者说民事行为(部分学者虽然以承认不动产登记机构性质上属于行政机构进而认为不动产物权登记行为是行政行为,但从登记行为服务物权变动的角度将之界定为“程序性行政行为”<sup>2</sup>“区别于“确认性行政行为”,由此认为其非属具体行为,或者界定为“准法律行为的行政行为”<sup>3</sup>。

按照这种观点推论,不动产登记纠纷应该按照民事诉讼机制解决(因为,登记是登记机关参与法律行为的一个环节而已,登记机关依据物权人或者享有人的申请而启动登记,依据登记程序和规范而进行活动,这些本身虽然具有行政管理的外壳,而实际上与行政功能无关,而是服务于物权变动公示的民事活动功能,无论是本登记还是预告登记(国外还存在假登记和预告登记的区分),就登记机关拒绝登记‘错误登记’‘瑕疵登记’首先应该依据有关规定向登记机关请求确认登记‘更正登记’‘变更登记’等等,登记机关不予配合或者认为其存在不当时,可以转入诉讼机制,但应该直接提起民事诉讼而不是行政诉讼(按照不动产登记纠纷民事诉讼机制的方式,原告为不动产登记中的登记权利人,被告为不动产登记中的登记义务人,登记机关为第三人(

#### 2) 行政行为与行政诉讼说

这种观点主要盛行于行政法学界<sup>4</sup>,但也有少数民法学者赞成此说<sup>5</sup>(这种观点通常坚持不动产登记具有行政行为属性,认为不动产登记本质上属于行政行为,进而认为涉及不动产登记本身的纠纷,应该按照行政行为的纠纷解决和救济途径加以处理(首先,应该在登记程序的范畴穷尽救济,例如就错误登记应该先向登记机关提出更正登记,在登记机关置之不理或者认为其处理不当时,则可提起行政诉讼(这种观点并不否认就不动产纠纷本身也有提起民事诉讼的空间,例如在涉及不动产物权权属争议‘涉及不动产登记基础的民事法律关系争议时,仍然可以提起民事诉讼,但在登记纠纷这一范畴则彻底排斥民事诉讼,所以就此范围而言属于绝对的行政诉讼说(

其次,最为复杂的是如果当事人以不同原因提起两种诉讼,而两种诉讼又存在冲突时,怎么处理呢?对此,有的学者

主张,应使当事人针对不同情况,分别提起行政诉讼与民事诉讼,或者提起行政附带民事诉讼%(有的学者主张,应分别情况进行平衡,确认性行政行为为民事先行,形成性行政行为为行政先行,裁决性行政行为则行政民事一并审理(还有的学者主张,原则上,法院在民事诉讼中对案件涉及的事实和法律问题可以独立审查,直接作出决定;行政行为可以作为初步证据,法院原则上具有审查的权利和义务;特定情况下,法院可以中止诉讼,待行政争议最终解决,然后据此作出判决;行政附带民事诉讼原则上只适用于对行政裁决提起诉讼的案件(

#### 3) 民行区分说(

部分学者持此种观点(这种观点认为,不动产登记(该种观点仅在权利登记范围理解不动产登记)本身,内部存在可区分性,进而在诉讼机制上也存在区分的必要性,因为不同的登记纠纷指向的利益属性并不相同(例如,就登记机关不予更正登记就应提起行政诉讼,就异议登记纠纷提起的诉讼则属于民事诉讼,就登记错误的赔偿诉讼既有民事诉讼,也有行政诉讼(

#### 4) 行民统一说

部分学者持此种观点(这种观点支持不动产登记本身是行政行为,同时赞成不动产物权权属争议‘不动产登记基础争议属于民事争议,这方面与行政行为和行政诉讼说接近(但是观点又认为,应当对不动产纠纷中的行民审理机制予以整合,原因在于出于社会效果的考虑,包括简化诉讼‘节约司法成本‘方便诉民等等(其中,有的学者主张,当事人对于不动产权属有争议的,应直接通过民事诉讼途径解决;极少数情况下,如果登记行为对民事权益的实现产生影响,则应先通过行政诉讼解决不动产登记的效力问题,但是也应充分考虑其产生的民事法律效果(有的学者主张,综合考虑司法既判力和行政行为效力的关系,考虑司法成本和诉讼经济以及法制的统一,应当尽力统一或协调不动产登记纠纷受理机制,设计的程序不能太复杂,尽量减少当事人的诉累,力求法律效果和社会

<sup>1</sup> 国内民法学者很少就这一问题发表专论,上述观点主要散见于关于不动产登记性质的论述之中(参见王利明《物权法研究》(上卷),中国人民大学出版社2006年版,第347页;孙宪忠《中国物权法总论》(第5版),法律出版社2009年版,第347页(

<sup>2</sup> 支持对不动产登记纠纷循用民事诉讼的行政法学者的观点,可参见张步峰、熊文钊《行政法视野下的不动产物权登记行为》,载《行政法研究》2006年第1期(

<sup>3</sup> 如马怀德、张红《行政争议与民事争议的交织与处理》,载《法商研究》2006年第1期,第101-102页;章剑生《行政行为对法院的拘束效力——基于民事行政诉讼的交叉视角》,载《行政法论丛》2006年第1卷,第11-12页;等(

<sup>4</sup> 支持不动产登记为公权力行为或者行政行为的民法学者观点,可参见常鹏翱《不动产登记法》,社会科学文献出版社2009年版,第111页(作者认为“不动产登记机构从事登记行为,基础是依法享有的以管制为目的‘具有公益功能的公共管理职责,并在程序进展中推进和落实这种职责,在此过程中,登记机构与申请人处于不平等的法律地位,在此意义上说,说不动产登记法是公法的确恰当。”

<sup>5</sup> 马怀德、张红《行政争议与民事争议的交织与处理》,载《法商研究》2006年第1期,第101-102页;乐俊刚《行政附带民事诉讼在不动产登记案件中面临的困境及选择——以全国首例行政附带民事诉讼案为分析对象》,载

会效果的有机统一。有的学者主张,行政、民事争议交叉案件审理机制的完善,首先需要法律对此予以明确规定,其次需要赋予法院法官寻找新的路径的裁量权。有的学者提出,应该强化立案职能,实现不动产登记案件的民事、行政附带诉讼和审判组织的固定化,充分运用协调和解机制,同时发挥变更登记与异议登记的效用。此次《物权法司法解释(一)》第1条可能出于维持一段时间来司法定例,特别是2015年有关司法解释的缘故,对于不动产登记纠纷基本上在理论上采纳了第二种学说即行政诉讼说,同时在技术上一定程序兼顾了第四种学说(即:在理论上,坚持认为不动产登记行为实质是行政行为,所以对之应该按照行政行为的机制来处理,发生登记纠纷也应该按照行政诉讼解决(上述第1条隐藏的更为基础的规范含义),只有与登记本身无关的不动产权属或者登记基础效力的争议,才允许纳入民事诉讼(第1条第一句的规范含义);但是考虑到诉讼简化的需要,如果就不动产登记本身而提起的行政诉讼同时附带了前述两种情形的民事诉讼,那么,就前两种情形就不得再独立提起民事诉讼(

## (二) 上述观点的理论缺陷分析

我们注意到,上述四种学理观点的分歧都是基于不动产登记及其纠纷性质而展开的,除了第2种观点更多基于诉讼成本等技术考量之外,其他主要是围绕不动产登记性质发生分歧(可见,不动产登记性质问题的澄清是相关理论评价和相关制度设计选择的关键前提(

那么,不动产登记性质究竟应该如何认识呢?我们首先应该注意到,上述四种学说关于不动产登记的性质,虽然存在严重分歧,但存在一个重要的共同点,就是这种分歧基本上是在“一体两面”的意义上展开的。“一体”就是登记机关,“两面”是登记行为的两个属性(上述各种观点都暗含地认为,登记机关是登记行为的主体,而且是唯一主体,是为“一体”;同时,认为登记行为,本身兼具有行政行为和民事行为的两重外观属性,是为“两面”。所不同的是,各种观点各自从本质上试图论证,只应该接纳其中一面属性(其中,坚持行政行为论或行政诉讼论的学者认为,由于作为登记主体的登记机关本身属于公权力主体,或者说其具有“旨在服务公众而非谋求私利的公共部门”的身份,其为不动产登记活动属于履行公权力的活动,因而具有行政行为的本质,故应纳入行政诉讼范畴;坚持民事行为论或民事诉讼论的学者,本身并不否认登记主体为登记机关,甚至也不否认登记行为是登记机关进行公权力活动的结果,但认为其本质在于引起私法上的效力,所以虽然兼具行政行为和私法行为的性质,但本质上属于民事行为(还有一些变型的说法,比如登记行为属于有别于确认性行政行为的所谓“程序性行政行为”,或者说登记行为是具有民事意义的公示方法等等)!

但是,上述四种观点的“一体两面”的思维,其实存在某种重大缺憾(因为,就不动产登记体系来看,登记机关相关的登记活动,真实的结构其实是“两体两面”。首先,不动产登记应该存在管理登记和权利登记两个范畴,由此而言,登记机关具有两体的特点(我们上述观点,往往从物权的不动产权登记的角度出发,只看到权利登记的一个范畴,然而从宏观

上的不动产登记整体结构来说,登记本身存在管理登记和权利登记的区分,登记机关因此自身存在主体及其功能的可区分性,在不同的领域、不同的登记事项、不同的登记程序中承担不同的主体身份和职责,其登记活动不是“一体一面”或者“一体两面”,而是“两体两面”,或为管理登记主体,或为权利登记主体,两者在功能、对象、事项、效果上都存在严格区分(也就是说,不动产登记包括两个在功能上根本区分的子体系,存在服务于国家管理功能、服务于当事人私权利益的两个登记领域,整体制度上区分为不动产管理登记(也称标识登记,主要体现在初始登记之中)和不动产权利登记(简称物权登记或权利登记,主要体现在物权变动登记)两个不同范畴(这两个登记范畴不仅指向不同的功能和登记事项,也要求不同的登记行为构成,遵循不同的登记程序或过程,还要产生不同的登记效果(首先,对于不动产的管理登记来说,主要体现在服务于国家对于不动产管理利益(如规划、税收、监管等)的管理活动,重点为不动产标示登记或初始登记(在这里,登记的目的或功能是,保障国家对于不动产状况的了解和管理利益,包括帮助跟踪国土不动产动态,形成关于不动产的管理依据和策略,保障国土和不动产安全,帮助税收和其他管理利益的实现(登记的依据是,以法定的登记义务为发动基础,不动产标示登记是登记机关和不动产权利人的共同义务,必须进行登记,不动产权利人有义务申请登记,登记部门也可以依据职权登记(登记的事项是,一切与不动产标示有关的事项,它们属于必须登记事项(总之,登记机关在此范围,是不动产的管理登记机构,其旨在履行管理登记或标示登记职责,性质上属于履行国家管理职责的公权力者,因而其登记行为具有公共性,故为行政行为(

其次,对于不动产权利登记来说,则体现为对于当事人物产权属或者其变动的一种确认服务,是一种第三人公示确认机制,重点为不动产权属确认或变动登记,最活跃的是不动产权交易登记(登记目的或功能是服务于物权人的物权确认或变动公示,保障当事人的物权的正式确认要求或已经发生主体变更的公示要求,旨在帮助当事人实现和维护物权(登记的基础是自愿,物权人权利本身包含这种行动资格,是其行使权能之自我发动(当事人并不负有申请登记的真正义务,但是当事人想要从法律形式上获得权属或者其变动的正式确认,则需要主动提起登记,在这种情况下,不动产登记成为物权人的一种私人的趋利选择(从这个意义上说,登记机关只是以法律赋予的地位和职责被动参与(从登记程序上说,权利登记由于属于当事人基于自愿的活动,所以在不动产权利变动登记中,采取共同申请主义,只在特定事项上,例如更正登记等方面允许登记机关依据职权自为(总之,不动产权利登记,更接近于当事人自己行为而不是登记机关的行为,在这里,登记机关主要作为公示机构或者说提供第三方确认机制的服务者而存在,它是应当当事人共同申请,为物权或物权交易

! 此项论述及相似分析,除了上述王利明教授、孙宪忠教授、程啸教授等代表作之外,还可参见王洪亮《不动产登记立法研究》,载《法律科学》2015年第4期,第118-121页;朱岩、高圣平、陈鑫《中国物权法评注》,北京大学出版社2014年版,第182页(

提供正式确认或公示服务而已,登记机关在过程中受理、审查和确认的行为,在功能上依附于当事人的法律行为及其登记活动(换言之,在不动产权利登记,当事人才是登记活动主体,当事人作为自愿登记者,共同提出登记申请,共同参与登记过程并且一致接受登记结果,构成登记主要要件和基本过程)

关于不动产登记,我国过去是一直采取了强化管理属性的做法(从新中国成立以来到改革开放初期,在采取土地和自然资源绝对公有制、城市房屋大范围纳入国家所有单位管理的传统体制下,我国关于土地、房屋等不动产登记,都是采取严格行政化的做法,基本上是采取管理型登记的做法,权利登记基本上不受重视和承认(改革开放之后,随着地权和房权制度改革,物权发展起来,不动产权开始得到逐步释放和发展,不动产权利登记的要求开始觉醒,有关立法也开始发生一些变化,不动产权利登记类型在传统的不动产管理登记架构下渐渐出现和扩展,但是这种发展空间极为有限,过程也比较缓慢(《土地管理法》(2004年修改)、《城市房地产管理法》(2009年修改)都涉及到不动产权属发证需求,但立法意识上总体上是以管理登记思维为主导的,以此为基础的有关登记法规、规章更是以行政法规、规章的面目出现(这种情形,导致不动产登记被视为具有显著的行政行为性质,一直难以得到理论认识上的改变)

《土地管理法》(2004年修正)在第一章总纲中严格确立了土地管理目的和原则,其中目的为“维护土地的社会主义公有制,保护、开发土地资源,合理利用土地,切实保护耕地,促进社会经济的可持续发展”(第1条),原则包括“实行土地的社会主义公有制”(第8条)、“十分珍惜、合理利用土地和切实保护耕地”(第9条)、“实行土地用途管制制度”(第10条)、“土地行政主管部门统一负责全国土地的管理和监督工作”(第11条)等,这些同样适用土地登记管理(第二章土地的所有权和使用权)中,规定了土地登记事项(该法第5章为土地利用总体规划,其第50条直接就国家设立土地登记机关并且进行登记管理授权,即规定“国家建立全国土地管理信息系统,对土地利用状况进行动态监测”。第51章法律责任包括违反登记管理义务的行为,应当承担法律责任,如第58条规定“不依照本法规定办理土地变更登记的,由县级以上人民政府土地行政主管部门责令其限期办理。”)《城市房屋管理法》对于城市房屋已经在严格管理架构内进行了不动产权安排和保障方面的松动,其第1条规定“为了加强对城市房地产的管理,维护房地产市场秩序,保障房地产权利人的合法权益,促进房地产业的健康发展,制定本法。”第五章房地产权属登记管理建立了房地产权属登记制度,第55条规定,“国家实行土地使用权和房屋所有权登记发证制度”,但其属性很不清晰(此后,依据该法,建设部在2001年制定了《城市房屋权属登记管理办法》,2001年作出修订,此中“管理”二字或多或少彰显了旧体制注重登记管理的本质认识)

2007年《物权法》出台是不动产登记制度的一次重要转型(该法是在我国社会主义市场经济已经基本成型的条件下

制定出来,我国社会对于不动产登记应不限于管理登记已经有了相当的认识(该法因此在第二章第一节专门规定“不动产登记”,设定不动产登记一般条款,并且将不动产权登记作为规范重点,并且提出了不动产权变动适用公示要件主义和将不动产登记制度和机构加以统一的原则要求”(但是该部分规定没有明确表述不动产权登记是当代不动产登记的类型重心,也没有就不动产管理登记(标示登记)和权利登记本身进行清晰区划(因此,权利登记虽然得到重点倡导,但是其是否应该区别管理登记的性质和范围问题,却依旧没有得到指明(为了配合《物权法》关于不动产登记改革的规定,有关部门出台配套登记办法(例如,2007年,国土资源部出台了《土地登记办法》,该办法旨在“规范土地登记行为,保护土地权利人的合法权益”(第1条),将土地登记界定为“是指将国有土地使用权、集体土地所有权、集体土地使用权和土地抵押权、地役权以及依照法律法规规定需要登记的其他土地权利记载于土地登记簿公示的行为”(第8条第1款),并实施土地属地登记原则(第9条),存在共同申请登记和单独申请的区分(第8章)以及土地总登记、初始登记、变更登记、注销登记和其他登记的区分(第9章);2008年,建设部又制定了《房屋登记办法》,取代此前的《城市房屋权属登记管理办法》,该办法加强了不动产权利登记的技术规定,但是对于这种登记性质并未明确从管理登记的惯性中区分出来,存在权利登记和管理登记含混不分的特点)

2007年国务院为落实《物权法》的基本要求,统一不动产

我国《土地管理法》第11条规定“农民集体所有的土地,由县级人民政府登记造册,核发证书,确认所有权(农民集体所有的土地依法用于非农业建设的,由县级人民政府登记造册,核发证书,确认建设用地使用权(单位和个人依法使用的国有土地,由县级以上人民政府登记造册,核发证书,确认使用权;其中,中央国家机关使用的国有土地的具体登记发证机关,由国务院确定(确认林地、草原的所有权或者使用权,确认水面、滩涂的养殖使用权,分别依照《中华人民共和国森林法》、《中华人民共和国草原法》和《中华人民共和国渔业法》的有关规定办理。”第12条规定“依法改变土地权属和用途的,应当办理土地变更登记手续。”第13条规定“依法登记的土地的所有权和使用权受法律保护,任何单位和个人不得侵犯。”从规定看,已经有了初始登记(标示登记)和变动登记(权利登记)区分的影子,但没有很明确,此外对于国有土地本身是否应当进行初始登记问题没有规定,导致理解上诸多争议)

参见我国《物权法》第9条规定“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生效力,但法律另有规定的除外(依法属于国家所有的自然资源,所有权可以不登记。”以及第15条规定“不动产登记,由不动产所在地的登记机构办理(国家对不动产实行统一登记制度(统一登记的范围、登记机构和登记办法,由法律、行政法规规定。”第16条规定“当事人申请登记,应当根据不同登记事项提供权属证明和不动产界址、面积等必要材料。”

参见我国建设部《房屋登记办法》第1条目的的规定以及第8条和第9条的定性规定,可以发现这种含混性(第1条规定“为了规范房屋登记行为,维护房地产交易安全,保护权利人的合法权益,依据《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国城市房地产管理法》、《村庄和集镇规划建设管理条例》等法律



登记制度,出台!不动产登记暂行条例》(国务院令第\*(号)这是一部关于不动产登记制度的重要立法(该法直接把不动产登记界定为#是指不动产登记机构依法将不动产权利归属和其他法定事项记载于不动产登记簿的行为”(第&条),似乎显示了旨在确立不动产权利登记在当前不动产登记中的重心地位(但遗憾的是,一方面,它不仅以国务院行政法规的面目出现,而且在基本立场上不自觉地维持了过去有关不动产登记属于行政管理活动的惯性思维,甚至把不动产权利登记很大程度纳入行政行为意识范畴;另一方面,上述界定本身又忽视了不动产权利登记和不动产管理登记的区分性!,导致这部暂行条例未能在这种区分意义上对不动产权利登记的民事行为属性作出明确,因此在法律意识上与“物权法”第二章存在一定的鸿沟”(

(三)我妻荣教授关于不动产登记区分的精彩阐述及其启示

我国以上学理和不动产登记法制发展之所以出现关于登记类型区划认识的含混性,主要在于我们长期以来对于不动产登记存在体系上和历史演化上的认识缺憾(我们的学理和立法观念上始终没有产生关于近代以来不动产登记应当区分管理登记(标示登记)和权利登记两个范畴以及应以后者为重心而认识的要求(对此,国外不动产登记制度相关著作,其实常有系统阐述,可惜,我国目前翻译的关于不动产登记的域外专门性著述很少(国内民法学界翻译了一些物权法专著,其中虽然也不少见到涉及不动产登记的阐述,但是鉴于其侧重物权研究的著作特点,很少会从总体上对不动产登记制度加以阐述,往往只着重于对物权紧密相关的不动产权利登记的概括或分析,而对于不动产管理登记或标示登记部分通常极为简略,有的甚至不提(有关物权法著述,甚至只冠以不动产权利登记章节名称,然后在该种不动产权利篇章下阐述不动产登记簿、登记程序、登记救济等(这就导致我国民法学界的研究者容易将不动产登记等同于不动产权利登记#(

但是有一本比较法译著例外,就是日本著名民法学家我妻荣的《民法讲义W新订物权法》。该书虽然为物权法领域著述,其对于不动产登记的阐述也是置于物权变动公示标题项下,但是却对于不动产登记制度本身进行了全面阐述和研究,其范围绝对不限于权利登记(我妻荣教授著述不仅涉及对所有登记的描述和分析,并且还特别强调,近代法以来不动产登记存在应当区分作为行政行为范畴的标示登记以及作为民事行为范畴的权利登记两个类型的明确意识以及以后者为重心的趋势(1%+’

按照我妻荣教授的归纳,不动产登记应该界定为#将一定事项记载于登记簿的行为”。注意这与我们在“不动产登记暂行条例”仅仅界定为#权利登记\$是不同的(我妻荣教授指出,近代法以来,虽然在以权利登记为重心而发生转型,但是本身仍然包含由早期与土地账册或房屋账册这种纯粹体现国家不动产管理属性(隶属于国土管理、税收等需要)的要求发展而成的标示登记(明治\$\*年不动产登记法修改实现了土地账册、房屋账册与登记簿的一元化),区分标示登记与权利登记两个部分,分别隶属于行政行为和民事行为(物权变动的公

示确认)两个范畴(其中,标示登记作为国家对不动产管理功能的发挥,旨在帮助登记机构或国家确认每个不动产的同一性,将其客观存在的事实准确无误地标示于登记簿(日本自近代开始,这种标示登记是新产生的土地或者新建筑物时的所有人的法定义务(明治\$&年不动产登记法第#%条’第"\$条),而且登记机关或登记官本身也可直接依据职权进行标示登记,避免登记盲区(第&\*条)。\*1%+”

标示登记主要体现在不动产总登记或不动产初始登记之中\$(标示登记的事项属于不动产的客观状态事项,就土地而言,包括土地的所在地、土地号数、土地种类、土地面积(第’”条),就建筑而言,包括建筑物所在地、房屋号数、种类、构造、室内面积、有附属建筑时也要记载相同内容(第!’条第!项)。这种情况可能也要登记所有人的姓名、住所,但是在于方便征税和明确所有权登记申请资格人(第!%%条第!项),本身不是权利登记,不具有作为权利变动的对抗效力(如果接下来权利人进行作为权利登记中保存登记的所有权登记,则应涂销标示登记中的所有人的标示(1%+&

近代法以来不动产登记核心是权利登记,包括保存登记和变更登记(权利登记被设定为民法确认或物权变动公示要件,采取了共同表意和利益相对的私法构造(在登记当事人层面,区分登记权利人和登记义务人为两造,以登记机关作为第三人而构建其形态(在登记的本质要素上,以共同申请主义为立足,原则上属于自愿登记,除非当事人申请,登记机关或登记官不得进行登记(第&\*条),但在申请登记的情况下登记机关不是无条件受理而是可以进行审查(合法审查、形式审查)。在权利登记中,登记行为是三方而成,当事人两造和登记机关,其中登记权利人(因登记而获得利益的人,如买受人、抵押权人)和登记义务人是登记行为真正的利益相对方,所以登记原则上采取共同申请主义(第&(条)。也就是说,权利登记主要是以当事人利益相对的方式而呈现的,无论本登记、预告登记、假登记、更正登记、异议登记都具有权利登记活动的性质(

从这个意义上说,权利登记与标示登记存在根本区别,其本质与行政行为无关,在权利登记的过程,当事人互为登记活动的表意和利益相对方,登记机关不是当事人登记活动的相对方,仅仅属于参与登记活动的第三人(在这种情况下,所有

与权利登记有关的纠纷,包括本登记、更正登记、涂销登记、异议登记等实际是当事人之间的意志不合或者利益抵触,登记机关通常是一种尴尬角色,所以有效的纠纷解决方式是当事人通过指向登记的民事诉讼解决(于是,不动产登记法在技术上,分别构建具有私权性质的确认登记请求权(确认之诉)、更正登记请求权、异议登记请求权等(请求权人是登记权利人,被请求人是登记义务人,登记机关是第三人(登记权利人在发生登记争议时,可以行使这些不动产登记法上赋予的请求权,包括最后可以提起民事诉讼,通过法院的裁判,责令登记义务人(被告)登记(依据这种判决,登记权利人可以不再以登记义务人共同申请或同意为条件,而径行进行单独登记,登记机关作为第三人负有配合义务)<sup>1</sup>这一点与标示登记作为行政行为存在明显区别,在后者,登记资格人是行政义务人,登记机关是行政权力人,所以构成典型的行政行为,发生纠纷应该按照行政诉讼解决(

我国学者和实务界并非没有注意到不动产登记具有宏观管理、国土管控、征收赋税等公共功能的一面<sup>1</sup>,但是遗憾的是,相关学者普遍没有注意到标示登记(管理登记)和权利登记(物权权属及其变动登记)的区分,所以虽然认识到登记的管理作用,却忽视了权利登记的独立区分,陷入了登记机关或登记行为#一体两面的认识困境(在这种思维下,行政法学者的视角就占据上风(这里,首先是历史的原因,即我国不动产登记存在唯国家主义观念下的强化登记管理实践的历史,长期以来不动产登记被纳入国家管理、控制不动产的管理范畴(但是,也有我国现实理论发展不昌明的原因,随着物权制度的发展,不动产登记在权利登记的一面越来越显示其重要性,有关法律法规也不自觉开始向权利登记方向转型,但是我国相关理论研究却并没有与时俱进地清晰化,我国学理和实务相当程度上对这种转型带来的登记区分并没有及时察觉(

#### 四、余论:完善的一点思考

1 物权法司法解释(一)》第1条对于不动产登记性质和

纠纷机制问题,做出了某种决断,这在一定时期内对于相关司法活动的统一无疑具有一定的积极作用(但是,我们也应当看到,这一司法决断并不意味着本身不可争辩,从学术上来说,确定司法决断往往是更加容易催发新的理论研究的发展(

本文即认为,第1条将不动产登记、尤其是“物权法”着重不动产权利登记活动所产生的相关争议,隐含地不加区别归入行政行为并且纳入行政诉讼机制处理,该种解决方案值得商榷(第1条将不动产登记纳入行政诉讼的立场并非当然合理,如果按照权利登记纠纷区别于作为行政行为的管理登记(初始登记、标示登记)来对待,发生纠纷时似宜纳入民事诉讼机制更为妥当(

因为,从本文的理论检讨可知,自近代法以来,存在一种不动产登记逐渐从单纯的不动产管理登记,发展为不断确立和越来越重视不动产权利登记的趋势,并且在这种趋势中严格区分作为管理功能的标示登记和作为民事确权功能的权利登记两个范畴,并且分别作为行政活动和民事活动的定性区别而加以处理(我国自改革开放以来,在不动产登记领域,随着不动产权制度不断发展和丰富,同样发生了与各国近代法以来相近的制度转型,特别是在“甲”“物权法”确立以物权确认和变动公示登记为主要内容的新型不动产登记制度理念和原则规定之后,也进入到一个以权利登记为重心并应严格区分权利登记与管理登记的时期,由此应该在此问题放弃过去在不动产登记领域的泛行政活动思维,而转为应特别正视不动产权利登记的民事功能定位和民事形式构造的属性(

1 参见程啸《不动产登记法研究》,法律出版社2011年版,第( )页;常鹏翱《不动产登记法》,社会科学文献出版社2011年版,第5页(

#### 参 考 文 献

\* 1 程啸《不动产登记法研究》Q北京:法律出版社2011年

\* 2 阎尔宝《不动产权登记、行政许可与国家赔偿责任》G行政法学研究,2011(4):15-17

\* 3 章剑生《行政行为对法院的拘束效力——基于民事、行政诉讼的交叉视角》G行政法论丛,2011(1):1-10

\* 4 何海波《行政行为对民事审判的拘束力》G中国法学,2011(4):1-11

\* 5 刘璐,高圣平《解释论视野下的不动产登记错误的司法救济——从民事诉讼和行政诉讼交错的视角》G海南大学学报(人文社会科学版),2011(1):1-10

\* 6 杨威,贾亚强《不动产登记案件中民行交叉问题的处理》G天津市政法管理干部学院学报,2011(1):1-10

\* 7 黄学贤《民行交叉案件处理之探究》G法学,2011(4):1-10

\* 8 杨建顺《行政、民事争议交叉案件审理机制的困境与对策》G法律适用,2011(4):1-10

\* 9 梁宇菲《实践进路与争议解决:不动产登记纠纷民、行交叉的司法对策——以司法个案为视角》G行政法学研究,2011(1):1-10

\* 10 我妻荣《民法讲义》W新订物权法Q北京:中国法制出版社2011年

( 本文责任编辑 焦和平)