

不动产登记与不动产权属确认的实体与程序问题研究

吴光荣

摘要 《土地管理法》等法律规定的土地总登记是人民政府对土地权属的行政确认行为,而《物权法》上的不动产登记是不动产物权的公示方式,既非行政管理行为,更非行政确权行为。不动产权属确认的实体依据是不动产物权变动规则,而非不动产登记,但由于《物权法》赋予不动产登记以权利移转效力、权利推定效力和善意保护效力,故不动产登记在不动产权属确认中亦具有重要地位和作用。国家参与不动产登记在法律性质上属非讼事件,因而不动产登记程序应属非讼民事程序,自应适用非讼程序规则。基于不动产登记簿的形式拘束力,当事人不能就登记机构作出的登记决定提起行政复议或行政诉讼,而只能通过更正登记制度对错误的不动产登记进行救济。因此,不动产权属争议只能通过民事诉讼予以解决。

关键词 物权变动 不动产登记 非讼程序 更正登记 形式拘束力

权属确认尤其是不动产权属确认是民商事审判经常遇到的问题——有些案件的当事人提起诉讼的目的就是请求人民法院确认权属,还有大量案件的当事人提出的诉讼请求虽然不是确认权属,但却与权属确认密切相关,例如在离婚诉讼、继承诉讼、侵权诉讼乃至合同诉讼案件中,就有不少涉及到权属确认。实践中,不动产的权属确认需要处理好两个方面的问题:一是实体问题,即权属确认所依据的实体法规则是什么;二是程序问题,即应依照何种程序处理当事人之间的权属争议。在我国,人民法院在处理上述两个方面的问题时都面临着较大的困难。例如,在一方当事人持权属证书起诉另一方当事人请求确认不动产权属时,如何看待权属证书在权属确认中的地位和作用即是一直困扰司法实践的疑难问题。再如,与此相关,在上述情形下,若民事诉讼中的被告对于不动产登记机关将权属证书颁发给原告的行为表示不服,从而以登记机关为被告提起行政诉讼,就会导致民事诉讼与行政诉讼交织在一起,这也是长期困扰司法实践的疑难问题。可见,权属证书的存在导致不动产权属确认问题的复杂化。不过,由于权属证书在性质上不过是不动产登记簿的副本,因此只有正确认识不动产登记的性质与效力,才能正确处理不动产权属确认的上述问题。

一、不动产登记的性质与不动产权属确认

(一)《物权法》之前的不动产登记及其实践

不动产登记制度在《物权法》前后经历了重大变迁。在《物权法》通过并实施以前,虽然我国民法已将不动产登记作为不动产物权变动的生效要件(参见《民法通则》第72条、《担保法》第41条),但关于不动产登记的具体规定,主

要存在于《土地管理法》、《城市房地产管理法》等公法性的法律中,私法本身鲜有关于不动产登记的规定。究其原因,在笔者看来,是因为当时的不动产登记主要被看作是行政管理的手段,法律规定不动产物权变动以不动产登记为生效要件的目的,不过是通过赋予不动产登记以私法上的效力来落实当事人办理不动产登记这一公法上的义务。^①不仅如此,在上述观念的指导下,不动产登记的性质在实践中曾长期被认为是行政主管部门代表人民政府对不动产权属的确认,权属证书也被视为当事人享有权利的“唯一合法凭证”(《城市房地产权属管理办法》第1、3条)。

不动产登记何以在实践中被理解为登记机关代表人民政府的行政确权行为呢?这与《土地管理法》、《草原法》、《森林法》等法律关于人民政府应对土地、林地、草原等进行“登记造册,核发证书,确认权属”的规定不无关系。也就是说,根据上述法律,人民政府的登记发证行为在性质上属行政确权行为。据此,土地登记乃至整个不动产登记在实践中不仅被理解为行政管理的手段,而且在法律性质上被界定为行政确权行为。上述《城市房地产权属登记管理办法》的相关规定,亦不过是将行政主管部门将对土地登记之性质的理解运用于房屋登记而已。

既然不动产登记被理解行政主管部门代表政府对不动产权属的确认,权属证书自然也被赋予十分强大的效力,并因此成为人民法院确认权属的实体依据。在此观念下,一旦当事人因不动产登记就不动产权属发生争议,没有取得权属证书的当事人便常常不得不对登记机关提起行政诉讼来实现确权的目,进而导致程序的复杂化,因为权属争议本属民事争议,自应通过民事诉讼解决

^①参见吴光荣:《不动产权属确认的程序选择——以不动产登记之法律性质为中心》,载姜明安主编:《行政法论丛(第14卷)》,法律出版社2012年版。



权属争议,而一旦民事诉讼与行政诉讼交织在一起,就会带来两种诉讼如何协调统一的问题,“河南焦作房地产纠纷案”即是著例。^[2]

(二)《物权法》上的不动产登记制度

《物权法》首次从私法的角度对不动产登记制度作了较为全面的规定。尽管如此,在《物权法》通过乃至实施后,仍有观点认为《物权法》关于不动产应当办理登记的规定体现了登记机构代表人民政府对不动产物权关系的适当干预,^[3]甚至有人认为不动产登记是公法渗透到私法的表现。^[4]这显然是对《物权法》上不动产登记制度的严重误解。从《物权法》关于不动产登记的规定来看,不动产登记在性质上是不动产物权的公示方式,其目的在于保护不动产物权变动中第三人的交易安全。也就是说,《物权法》之所以规定不动产应当办理登记,完全是物权公示原则的要求,而《物权法》之所以要坚持物权公示原则,则是因为物权的变动可能影响第三人的交易安全,并非是要授权登记机构代表人民政府对不动产物权关系进行适当干预,更不是公法渗透到私法的表现。^[5]尤其应该看到,法律通过物权公示原则保护第三人的交易安全,存在两种立法体例:一是公示生效主义,即非经公示,不发生物权变动;二是公示对抗主义,即是否公示,不影响物权的变动,仅影响物权是否具有对抗第三人的效力。^[6]就不动产物权的变动而言,我国《物权法》虽然原则上采取了登记生效主义,但在例外情形下也采用了登记对抗主义。如果将登记生效主义下的不动产登记理解为登记机关代表人民政府对不动产物权关系进行适当干预,是公法渗透到私法的表现,又如何解释登记对抗主义下不动产登记行为的性质呢?显然,无论是登记生效还是登记对抗,都是为了保护第三人的交易安全,与政府干预毫无关系,而一国法律究竟选择登记生效还是登记对抗,也主要取决于该国是否严格区分物权和债权,因为在登记对抗主义之下,可能会存在不具有对抗第三人效力的物权,这将模糊物权与债权的区分。

总之,《物权法》上的不动产登记在性质上属不动产物权的公示方式,既非行政管理的手段,更不是行政主管部门代表人民政府对不动产物权的确认。事实上,从我国《物权法》关于不动产登记的规定看,亦可获得相同的结论。首先,《物权法》没有采用“行政主管部门”的表述,而是采用“登记机构”的表述,且要求建立统一的不动产登

记制度(第10条),足以表明“登记机构”的不动产登记不是行政管理,否则统一的不动产登记制度与政府区分不动产的类型进行管理之间就无法协调;其次,《物权法》规定登记机构在当事人提交的申请材料符合法律规定时应“如实、及时登记有关事项”(第12条),且不得有“超出登记职责范围的其他行为”(第13条),足以表明不动产登记机关在办理不动产登记时丝毫不能带有自身的意志,即仅进行形式审查,不进行实质审查;^[7]最后,《物权法》规定根据不动产登记簿制作的不动产权属证书只是权利人享有该不动产物权的“证明”,而非登记机构对不动产权属关系进行确认的文件。

可见,《物权法》的通过并实施从根本上改变了关于不动产登记的传统观念。例如建设部2008年制定的《房屋登记办法》没有继续沿用前述《城市房屋权属登记管理办理》关于“房屋登记”的定义,明确规定房屋登记只是房屋登记机构依法将房屋权利和其他应当记载的事项在房屋登记簿上予以记载的行为(第2条),而非确权行为;《土地登记办法》亦有相同规定(第2条)。不仅如此,无论是《房屋登记办法》,还是《土地登记办法》,均没有再规定权属证书是权利人享有权利的“唯一合法凭证”,也没有再规定“依法登记的房屋权利受国家法律保护”等内容。

(三)土地总登记与不动产登记的关系

《物权法》通过并实施后,如何理解前述《土地管理法》等法律关于土地登记的规定呢?笔者认为,前述《土地管理法》等法律关于“登记造册、核发证书”的规定并非是一般意义上的不动产登记,而是有所特指:首先,“登记造册、核发证书”的主体不是登记机关,也不是一般的行政主管部门,而是人民政府;其次,“登记造册、核发证书”的对象是既已存在的土地所有权、使用权,不包括新设土地使用权,也不包括房屋所有权;最后,“登记造册、核发证书”的目的是为了确认权利。据此,笔者认为,《土地管理法》等法律关于“登记造册、核发证书”的规定,仅指人民政府为建立地籍簿而进行的土地登记发证行为,即“土地总登记”,非指《物权法》上的不动产登记发证行为。

所谓土地总登记,是指由人民政府组织对辖区内全部土地或者特定区域内土地进行的全面登记(《土地登记办法》第21条)。土地总登记的目的是要建立完整清晰的不动产产籍产权制度,以便政府对辖区内的土地进行管理,

[2]该案的审理情况,参见王贵松主编:《行政与民事交织的难题——焦作房产纠纷案的反思与展开》,法律出版社2005年版。

[3]王达编:《房屋所有权、抵押权登记行政诉讼理论与实务》,知识产权出版社2006年,第2页以下。

[4]参见江必新、梁凤云:“物权法中的若干行政法问题”,载《中国法学》2007年第3期;应松年:“行政权与物权之关系研究——主要以《物权法》文本为分析对象”,载《中国法学》2007年第5期。

[5]王利明:《物权法研究(修订版)》(上卷),中国人民大学出版社2007年版,第173页。

[6]谢在全:《民法物权论》,中国政法大学出版社1999年版,第58页。

[7]朱岩:“形式审查抑或实质审查——论不动产登记机关的审查义务”,载《法学杂志》2006年第6期。

健全适合市场需求的公示公信制度,以维护交易安全。^[8]也就是说,土地总登记的目的有二:一是为了满足国家管理土地的需要,建立地籍簿;二是为了保护交易安全,在地籍簿的基础上建立不动产登记簿。因此,土地总登记亦属广义的土地初始登记。为了通过土地总登记实现上述两个目的,政府必须对辖区内的土地及其权属进行全面调查,以便形成土地登记的依据。可以说,没有详细的土地调查,土地总登记将无法开展。^[9]由于土地总登记是以对辖区内土地的事实状况和法律状况进行全面调查为基础,故笔者认为人民政府在土地总登记过程中的登记发证行为应属行政确权行为,若当事人因此发生权属争议,自应先由人民政府予以处理,而当事人对处理结果不服,亦可对登记发证行为提起行政诉讼。对此,《土地管理法》、《草原法》、《森林法》等法律均有明确规定。也就是说,《土地管理法》等法律关于土地、林地、草原等权属纠纷解决程序的规定,应理解为仅仅是针对土地总登记而言的。

当然,就土地登记而言,除了《土地管理法》规定的土地总登记外,还有《物权法》规定的狭义的土地初始登记、变更登记、注销登记以及其他登记等。所谓狭义的土地初始登记,是指除土地总登记以外对新设立之土地权利进行的登记,例如新建建设用地使用权的登记,它与土地总登记一起构成广义上的土地初始登记。笔者认为,无论是狭义的土地初始登记,还是变更登记、注销登记、其他登记,《物权法》规定的不动产登记都必须在通过土地总登记建立起的不动产登记簿上进行,且目的在于反映土地总登记后的不动产权利变动。也就是说,一方面只有在通过《土地管理法》规定的土地总登记建立不动产登记簿后,《物权法》规定的不动产登记才能得以进行;同时,也只有通过《物权法》规定的不动产登记,才能使不动产登记簿及时得到更新,并尽可能全面地反映土地的法律状况。就此而言,必须将由人民政府办理的土地总登记和由登记机构办理的其他的不动产登记区分开来,进而将不动产登记簿的“建立”与不动产登记簿的“管理”区分开来:《土地管理法》规定的土地总登记旨在建立土地登记簿,而《物权法》规定的不动产登记则属于对不动产登记簿的管理。这也是《物权法》仅规定不动产登记簿由登记机构“管理”而未言及不动产登记簿之“建立”的根本原因。

可见,既然《土地管理法》等法律规定的土地总登记不同于《物权法》上的不动产登记,自然不能根据《土地管理法》关于土地总登记的规定来界定《物权法》上不动产登记的性质。问题是,《物权法》上的不动产登记与不动产

权属之间究竟是何种关系?此外,《物权法》第16条规定“不动产登记簿是物权归属和内容的根据”,是否意味着不动产登记是不动产权属确认的实体依据呢?显然,对于这些问题,只有在对不动产权属确认的实体规则进行全面分析后,才能获得较为清晰的答案。

二、不动产登记与不动产权属确认的实体规则

(一)不动产登记不是权属确认的实体依据

权属确认在性质上属确认之诉,因此,只有发生了物权变动,人民法院才能对已经取得物权进行确认。就此而言,权属确认的实体依据必然是法律关于物权变动的规定。这也是物权变动规则在《物权法》上如此重要的原因。问题是,在标的物为不动产的情形下,作为不动产物权的公示方式,不动产登记是否也可以作为权属确认的实体依据呢?显然,不动产登记是否可以作为权属确认的实体依据,取决于不动产登记是否可以全面而准确地反映不动产物权变动:如果不动产登记能够全面而准确地反映不动产物权的变动,则人民法院根据不动产登记确认权属,就是根据不动产物权变动确认不动产权属,否则,即不能直接根据不动产登记来确认权属。从现行法关于物权变动的规定看,不动产登记不能作为不动产权属确认的实体依据,其原因是:类似占有与权属的关系,登记作为公示方式,其与不动产权属之间无法始终保持一致,也有发生分离的可能性。

依民法通说,物权变动可以分为基于法律行为发生的物权变动和非基于法律行为发生的物权变动。从比较法的角度看,各国民法对于基于法律行为发生的物权变动,大多规定了统一的规则,被称为“物权变动模式”;而对于非基于法律行为的物权变动,则无法提供统一的规则,只能根据引起物权变动之原因的不同而采取不同的物权变动规则。根据我国《物权法》的规定,除因遗嘱引起的不动产物权变动外,其他基于法律行为的不动产物权变动原则上采取的是形式主义物权变动模式,例外情形下采取的是意思主义物权变动(土地承包经营权和地役权的变动),因此也被称为多元混合主义。^[10]至于非基于法律行为发生的不动产物权变动以及因继承、遗赠发生的不动产物权变动,由于没有统一的物权变动规则,因此《物权法》仅规定了各种不动产物权变动的共性:物权变动无需办理登记,但处分该物权时需要办理登记。可见,引起不动产物权变动的原因不同,不动产登记的法律地位也不同。正是由于不动产登记在不动产物权变动中的法律地位因引起物权变动的原因不同而有所不同,因此在实践中,既存在没有办理登记但已经发生物权变动的

[8] 崔建远:《物权法(第2版)》,中国人民大学出版社2011年版,第55页。

[9] 张迎涛:“不动产为什么要登记——以1949年之后中国土地登记为例的历史考察”,载《行政法学研究》2008年第1期。

[10] 同注[8],第45页。



情形,也存在已经办理登记但物权变动无效的情形。

物权已经发生变动而未办理登记的情形,在学理上也被称为“登记簿外的物权变动”。^[11]在我国,登记簿外的物权变动主要包含如下3种情形:一是在采意思主义物权变动模式的情形下,即使当事人没有办理登记,也不影响物权变动,仅仅是已经取得的物权不具有对抗善意第三人的效力;二是在因继承、遗赠引起的物权变动中,物权变动自继承开始时即已发生,但当事人尚未办理登记;三是在在人民法院的法律文书、政府的征收决定、事实行为等其他非基于法律行为发生的不动产权属变动中,物权变动也常常早于登记即已发生。^[12]

已经办理登记但物权变动无效的情形,则主要发生在当事人已经办理登记但原因行为被认定不成立、无效或者被撤销之时。由于我国民法不采物权行为理论,自然不承认物权行为无因性,因此,在原因行为(如买卖合同)被认定不成立、无效或者被撤销时,即使当事人已经办理了登记,物权变动也应被认定无效。这在理论上被称为“要因原则”,即一个合法有效的物权变动,必须要有一个合法有效的原因行为。可见,根据要因原则,人民法院在确认权属时,对于基于法律行为发生的物权变动,不仅要审查当事人是否已经办理登记,还应审查原因行为的效力。

综上所述,虽然《物权法》规定不动产权属变动应当办理登记,但并非所有的不动产权属变动都能通过不动产登记簿体现出来,且即使是通过不动产登记簿体现出来的不动产权属变动,也并非都是有效的物权变动。就此而言,不动产登记仅仅是不动产权属及其变动的公示方式,而非不动产权属本身,^[13]自然不能作为不动产权属确认的实体依据。

(二)不动产登记在权属确认中的地位和作用

不动产登记并非权属确认的实体依据,是否意味着不动产登记在不动产权属确认中没有任何意义?答案也是否定的。尽管不动产登记仅仅是不动产权属的公示方式,而非不动产权属本身,但《物权法》却赋予不动产登记十分强大的法律效力,以致在不动产权属确认中,不动产登记仍然扮演着非常重要的角色。

首先,不动产登记的物权移转效力。如前所述,在形

式主义物权变动模式中,不动产登记是不动产权属变动的生效要件。也就是说,不动产登记被赋予权利移转的效力。不动产登记的物权移转效力意味着不动产权属关系不能仅仅由当事人约定,或者说,仅有当事人之间的约定不能产生物权变动的效果。例如,在隐名购房的情形下,尽管登记名义人与实际出资人约定所购房屋归出资方所有,但如果没有按照约定将房屋过户到出资方的名下,仍应认为房屋归登记名义人所有,实际出资人仅能主张合同上的权利和救济,即可根据合同约定请求登记名义人继续履行合同或者承担其他违约责任。^[14]当然,对于此种因隐名购房引起的不动产权属争议纠纷,应与所谓冒名购房区别开来。在冒名购房的情形下,被冒名的当事人与出资人之间并无合同关系,且被冒名的当事人往往不知道已被冒名的事实。在冒名购房中,姓名仅仅是被作为一个符号在使用,因此,即使被冒名的当事人被登记为权利人,也不应认定该不动产属登记名义人所有,而应根据实际法律关系来认定不动产的权属。但对于隐名购房,则宜区分两层法律关系:一个是合同关系,另一个是权属关系。前者仅依当事人的约定即可发生法律效力,而后者则需经登记才能发生法律效力,除非法律另有规定(《物权法》第9条)。可见,不动产登记的物权移转效力对于严格区分合同之诉和确权之诉,具有极其重要的意义。^[15]需要指出的是,即使在采形式主义物权变动模式的情形下,不动产登记的物权移转效力也不是绝对的,有时会受到一定的限制。究其原因,是因为法律规定不动产应当登记的目的,主要是为了保护第三人的交易安全,但在具体案件中,如果不存在需要保护的第三人的交易安全,而一概以登记作为权属确认的标准,则可能导致不公平的结果。例如,在强制执行程序中,买受人已经支付全部价款并实际占有但仍然登记在出卖人名下的房屋是否仍为出卖人的财产并因此成为强制执行的对象,如果一概以登记为准,就可能过于僵化。为此,《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第17条即对不动产登记的物权移转效力作出了一定的限制。

其次,不动产登记的物权推定效力。尽管不动产权属确认的实体规则是不动产权属变动而非不动产登记,但在

[11]参见[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362页。

[12]尽管《物权法》第28条规定人民法院和仲裁机构的法律文书可直接引起物权发生变动,但并非所有人民法院的法律文书均能引起物权发生变动,能够引起物权发生变动的法律文书仅限于形成判决和强制执行中的裁定,不包括调解书,也不包括给付判决、确认判决和其他裁定书。至于仲裁机构的法律文书能否引起物权发生变动,因仲裁须以有效的仲裁协议为前提,仅能解决当事人之间的合同争议,故笔者认为也应做否定回答。参见吴光荣:《物权诉讼:原理与实务》,人民法院出版社2009年版,第505页。

[13]姚辉:“不动产登记机构的赔偿责任”,载《法学》2009年第5期。

[14]在当事人之间的合同关系为委托合同的情形下,委托人(实际出资人)是否可根据《合同法》规定的间接代理制度主张物权,殊值探讨。笔者认为,《合同法》规定的间接代理制度有其严格的适用范围,不能适用于委托他人购房的情形。至于个中理由,笔者将另行撰文予以论述。

[15]相关案例,可参阅最高人民法院(2011)民提字第29号案,载《最高人民法院公报》2012年第6期。

发生权属争议的情形下,仍然存在着由谁负担证明责任的问题。为此,《物权法》第16条规定:“不动产登记簿是物权归属和内容的根据。”显然,这一规定并非意味着不动产登记是不动产权属确认的实体依据,而是旨在明确不动产登记具有权利推定的效力,因为《物权法》第17条明确了不动产权属证书系不动产登记簿的副本,既然作为副本的权属证书“是权利人享有该不动产物权的证明”,作为正本的不不动产登记簿自然也仅具有相同的功能。《物权法》之所以赋予不动产登记以权利推定的效力,是因为《物权法》对于基于法律行为发生的物权变动,原则上采取的是形式主义物权变动模式,尽管此种立法体例不能确保不动产登记与不动产权属完全一致,但实践证明,在此种立法体例下,不动产登记与不动产权属在绝大多数情形下是一致的,二者不一致的情形相对较少。这样一来,根据民事诉讼证据规则的盖然性标准,不动产登记自然可以作为证明自己标物享有物权的证据加以使用。也就是说,人民法院在确认权属时,在未被登记的当事人不能举证证明登记存在错误的情形下,人民法院即应将争议的不动产推定为登记的名义人所有。可见,不动产登记之权利推定效力所产生的法律效果其实就是证明责任的分配。但值得注意的是,登记名义人此种证据上的优势并不具有绝对性,一旦他人拿出足够充分的证据证明登记簿的记载有错误,则不动产登记的权利推定将被推翻,人民法院就不能仅仅依据不动产登记簿的记载来确认权属。至于何为登记簿的记载有错误,容后详述,此处不赘。

第三,不动产登记的善意保护效力。如果说根据不动产登记的权利推定效力产生的推定是可推翻的推定,且仅具有程序意义,那么,根据不动产登记的善意保护效力产生的推定则不仅是不可推翻的推定,而且具有实体意义,因为根据《物权法》第106条的规定,因信赖不动产登记簿的记载而与登记名义人进行交易的善意受让人可自无权利人处取得相应的物权,此即不动产登记的善意保护效力,也被称为不动产登记的公信力。值得注意的是,与德国和我国台湾地区通过直接赋予不动产登记以绝对的公信力实现对不动产善意受让人进行保护不同,我国《物权法》是将不动产受让人纳入善意取得制度进行保护的,因此登记名义人并未被视为真正权利人,其对标的物的处分仍然是无权处分而非有权处分。^[16]正因为如此,有人质疑我国《物权法》是否承认不动产登记的公信力。笔者认为,尽管我国《物权法》系通过善意取得制度对不动产善意受让人进行保护,但不动产善意取得的理论基础,仍然是不动产

登记的公信力,只不过,不动产登记在我国《物权法》上仅具有相对的公信力,而不是绝对的公信力,因为从权利人处取得不动产物权,除了受让人必须是善意外,还需要满足其他条件。^[17]至于不动产受让人在不能满足善意取得制度的全部构成要件时能否获得有效合同的保护,则是一直困扰司法实践的疑难问题。在《合同法》实施后的相当长时间内,人民法院常常依据《合同法》第51条认定无权处分所订买卖合同无效,在给不动产受让人的交易安全带来极大威胁同时,也不利于社会诚信建设。^[18]为此,《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条明确规定无权处分所订立的买卖合同不因出卖人无处分权而无效,显然旨在强化对不动产受让人的保护。也就是说,在不动产受让人不满足善意取得制度的全部要件时,亦可根据有效合同向出卖人主张违约责任。需要说明的是,该司法解释并非对《合同法》第51条的否定,而是限制《合同法》第51条的适用范围,意在明确处分权并非买卖合同等原因行为的生效要件,而是物权变动的生效要件。此外,尽管我国《物权法》将善意取得制度统一适用于动产和不动产,但因不动产登记的公信力应高于占有的公信力,故笔者认为,人民法院在适用《物权法》第106条时,对于善意的证明,似仍应区分动产和不动产而采取不同的态度。^[19]

(三)房地关系对不动产权属确认的影响

如前所述,不动产权属确认的实体依据是不动产物权变动的规则。笔者认为,在适用不动产物权变动规则时,房地关系对不动产权属确认的影响是一个特别需要注意的问题。所谓房地关系,是指以房屋为代表的建筑物与土地的关系。从比较法的角度看,各国关于房地关系大致有两种立法体例:一是房地一体主义,即土地和房屋在法律上为一个标的物,而非两个标的物,因此所谓不动产,就是指土地,欧洲大陆国家大多采取此种立法体例,认为土地吸收房屋;二是房地分离主义,即土地和房屋在法律上为两个标的物,可各自成为所有权的客体,东亚国家或者地区大多采取此种立法体例。房地一体主义的优点是较为尊重土地和房屋的自然关系,不会导致房屋和土地分别归不同主体所有的情形,但其缺点是可能引发大量无土地者即无房屋所有权的社会问题,因此在采此种立法体例的国家或者地区,地上权制度被广泛运用于阻止土地吸收房屋,以便于不能取得土地所有权的人通过设定地上权作为享有房屋所有权的地权。房地分离主义的优势是土地和房屋可适当分离,从而可以满足社会生活的各种需求,但其缺点是可能导致土地和房屋分别

[16]程啸:“不动产登记簿公信力与动产善意取得的区分”,载《中外法学》2010年第4期。

[17]王洪亮:“论登记公信力的相对化”,载《比较法研究》2009年第5期。

[18]吴光荣:“论无权处分的适用范围”,载《中外法学》2005年第3期。

[19]吴泽勇:“论善意取得制度中善意要件的证明”,载《中国法学》2012年第4期。



归属不同民事主体,因此,在采此种立法体例的国家或者地区,大多在立法政策上采取“地随房走,房随地走”,以防止上述情形的发生。

我国坚持土地公有制,土地只能归国家或者集体所有,因此《物权法》采房地分离的立法体例,可以为土地使用权制度的广泛运用创造条件。与此同时,为维护土地使用权人与房屋所有权人的一致性,我国《物权法》也规定了“房随地走、地随房走”的立法政策。例如,根据《物权法》第146、147、182、183条的规定,在土地使用权转让或者房屋所有权转让(抵押)时,对应的房屋所有权或者土地使用权一并转让(抵押)。显然,这是一种法定的物权变动规则,对于人民法院确认不动产物权的归属,具有极其重要的意义。问题是,是否在任何情形下,人民法院均可根据“房随地走、地随房走”的立法政策来确认不动产的权属?这就涉及到对《物权法》第142条的理解和适用。笔者认为,所谓“房随地走、地随房走”,应理解为仅适用于基于法律行为发生的物权变动中,而不当然适用于所有的不动产物权变动。例如,在因事实行为发生的物权变动中,根据《物权法》第142条的规定,建筑物的所有权应归享有建设用地使用权的主体,而不能因为建筑物是某人建造,即认定某人是建筑物的权利人,进而认定该人也对建筑物所使用的土地享有使用权。

在实践中,当事人常常因合作开发房地产而引起权属争议。合作开发房地产有多种形式,有的是成立项目公司,合作各方作为项目公司的股东,此时开发的商品房自然归项目公司所有,发生权属争议的可能性不大。较有争议的是当事人未成立项目公司,而是通过签订“合作协议”约定各自的投入和收益分配。在此情形下,如果当事人就所建房屋发生的权属争议,如何判断权属关系,就成为一项困扰司法实践的疑难问题。一种观点认为,即使当事人在订立“合作协议”后未将建设用地使用权办理变更到双方的名下,已开发完成的商品房也应认定归合作双方共有。笔者对此持有异议,认为在双方未将建设用地使用权办理变更登记至双方名下时,应认定所建房屋归建设用地使用权人所有,而不是双方所有,理由是:根据《物权法》第142条的规定,建设用地使用权人对土地上的建筑物享有所有权,若双方仅签订“合作协议”而未办理建设用地使用权变更登记,依据前述形式主义物权变动模式,仅在当事人之间发生债权债务关系,并不发生物权变动的效果,因此未被登记的合作方不享有建设用地使用权,自然无法对所建房屋享有所有权。当然,虽然享有建设用地使用权的一方获得所建房屋的所有权,但因其负

有合同上的义务,因此,应按照“合作协议”的约定,将另一方应取得的收益返还给对方。^[20]

三、不动产登记与不动产权属确认的程序规则

(一)国家参与不动产登记的法律属性

不动产登记作为一种公示方式,能够公示较为复杂的法律关系,故较之占有(交付)更具科学性,被誉为人类法律文明的伟大创造。^[21]不过,与占有(交付)作为一种天然的公示方式不同,不动产登记是一种必须依靠国家才能提供的公共产品,因而离不开国家的参与。这不仅造成登记制度运作成本较高而仅能运用于数量有限不动产或特殊动产,也带来了不动产登记法律关系的复杂化。由于《土地管理法》对于国家参与土地总登记的法律性质以及由此引起的权属争议解决方式都已有明确的规定,因此实践中争议不大。但是,对于国家参与除土地总登记外的其他不动产登记的法律性质,不仅《土地管理法》本身未作出明确规定,《物权法》也未明确予以交代。《物权法》通过并实施后,基于上述实体法上不动产登记与不动产物权变动的关系,关于不动产登记行为不是行政确权的观点基本上已获得一致认可。问题是,仅仅将《物权法》规定的不动产登记排除在行政确权之外,还是无法彻底避免因不动产权属争议引起行政诉讼与民事诉讼相互交叉的问题。由于我国的不动产登记是由行政机关办理,因此不少人认为不动产登记虽然不是行政确权,但不应否认其是一种具体行政行为,而既然是一种具体行政行为,就应具有可诉性,故一旦当事人认为登记机关办理不动产登记不合法,即应有权提起行政复议或者行政诉讼。甚至有人认为,由于不动产登记是一种具体行政行为,因此具有公定力,非经法定程序不得撤销或者变更。言下之意即是,即使当事人认为登记机关的登记发证行为错误,也只能通过行政复议或者行政诉讼的途径予以撤销或者变更。^[22]可见,只要认为不动产登记行为是具体行政行为,即使将其排除在行政确权之外,也不可避免地要发生行政诉讼与民事诉讼相互交叉的问题。

将不动产登记行为理解为具体行政行为唯一的依据是该行为系由作为行政机关的登记机构作出。但并非行政机关作出的行为,就都是行政行为,尤其是在强调从管理型政府向服务型政府转变的宏观背景下,由于政府不仅承担着行政管理的职能,而且承担着向社会提供公共服务的职能,因此行政机关作出的行为并不都是行政行为。如前所述,国家除了通过土地总登记“设置”不动产登记簿对土地进行管理之外,还要建立专门的不动产登记机关来“管理”不动产登记簿,以便为不动产交易提供一个信息平台。尽管这个信息平台也可以为国家加强土地

[20]吴光荣:“不动产权属确认的基本原则”,载《人民司法》2009年第19期。

[21]王泽鉴:《民法物权1:通则·所有权》,中国政法大学出版社2001年版,第92页。

[22]同注[3],第2页以下。

管理、房屋管理甚至反腐败提供有关信息,但从法律性质上看,它仅仅是不动产物权的公示方式,目的是为不动产物权变动中的交易安全提供制度保障,是国家为不动产交易的顺利开展提供的一种公共服务或者公共产品。^[23]问题是,国家提供此种公共产品或者公共服务在法律性质上究竟如何界定呢?笔者认为,将不动产登记行为理解为公法行为,误解了国家参与不动产登记的目的,进而可能导致实践中将公法的一般理论和规则运用于不动产登记,不仅会给实践带来混乱,还可能造成公权力对私权利的不当干预,因而不可取。当然,将不动产登记行为理解为私法行为,也仅看到了不动产登记须当事人达成合意并提出申请的一面,未能看到国家参与不动产登记的另一面,因而也是不正确的。笔者认为,考虑到不动产登记本身所具有的公法因素和私法因素,从比较法的角度看,将《物权法》规定的不动产登记理解为一种非讼事件,进而将不动产登记程序理解为一种非讼程序,较为科学。

非讼程序是大陆法系19世纪初法典化运动中产生的概念。在法典化运动中,德国民法典的起草者基于民法典体系性的考虑,发现处理以权利或者事实形成或确证为主体的非讼事件的程序很难规定于民法典,其中与物权法实施相伴的不动产登记程序就是其中典型一例,于是决定将处理这些非讼事件的程序集合规定于一部法典之中,由此形成了《德国1898年非讼事件程序法》。^[24]其立法模式是先抽象出处理各个非讼事件的共通规则作为总则,再将处理各个非讼事件的特有规则或者作为分则规定于非讼程序法典,或者以单行法的形式另行规定。日本和我国台湾地区也都采用了相同的立法模式。^[25]我国民事程序立法没有采用非讼程序的概念,若干发挥类似功能的程序也被规定于《民事诉讼法》,如《民事诉讼法》规定的特别程序即被大多学者认为本质上是非讼程序,不仅造成我国欠缺对非讼程序的一般性规定,而且使得非讼程序依附于诉讼程序,功能过分单一,并造成如下结果:一方面,我国民事立法主要是借鉴德、日等大陆法系国家立法的基础上逐步形成的,在实体法律关系及权利义务设定上与他们相似,但另一方面,这些国家或者地区作为非讼事件处理的事件类型在我国却作为诉讼事件处理。^[26]以德国的不动产登记为例,虽然不动产登记由法院负责办理,但德国的《土地登记簿法》明确规定土地登记簿具有形式拘束力,即不仅登记

机关应受到登记决定的拘束,原则上不能依职权更正不动产登记簿的错误,而且受登记决定影响的当事人也仅有权对登记机关作出的不予登记决定向上一级法院提起抗告,而不得对登记机关作出的登记决定向上一级法院提出抗告,这是因为对不动产登记错误的救济,必须通过德国民法典第894条规定的更正登记制度予以实现。^[27]可见,德国法对不动产登记错误的救济完全不同于对裁判错误的救济,而是适用特别的非讼程序规则。在我国,实践中当事人之所以常常就登记机构的不动产登记行为提起诉讼,就是因为没有建立完善非讼程序规则赋予不动产登记簿以形式拘束力,以致不动产登记行为被理解为具体行政行为,并进而成为行政诉讼的对象。

(二)不动产登记错误的救济途径

不动产登记行为之所以应被理解为非讼程序行为而非具体行政行为,除了在登记过程中登记机构没有自己的意志这一重要依据外,另一个重要依据是:《物权法》本身就已经就登记错误的法律救济作出了明确规定,自无行政复议与行政诉讼适用之余地。

尽管不动产登记并非不动产物权本身,而是不动产物权的公示方式,但由于我国法律赋予不动产登记十分强大的法律效力,因此登记一旦发生错误,不但可能影响权利人行使权利,甚至有导致物权丧失的风险。为此,我国《物权法》第19条第1款规定在登记权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误时,应当办理更正登记。在笔者看来,在登记权利人书面同意更正时登记机构应当予以更正,说明了登记机构进行的是形式审查而非实质审查。至于何谓“有证据证明登记确有错误”,理论界有不同的观点:第一种观点认为,所谓不动产登记错误是指不动产登记簿与登记的原始文件不一致;第二种观点认为,不动产登记错误既包括不动产登记簿的记载与登记的原始文件不一致,也包括与真实的物权状态不一致;第三种观点认为,不动产登记错误是指经过法院或者仲裁机构的判决与裁定认定登记确有错误。^[28]笔者认为,《物权法》上的不动产登记在性质上属不动产物权的公示方式,因此所谓不动产登记错误,自应指公示状态与实际权属不一致的情形,即不动产登记簿的记载未能准确反映实际的权属关系,例如一项真实的权利没有登记或者没有完整地登记,或者被不法地注销;再如一项登记的权利事实上不存在或者不复存在。^[29]不动产登记簿的

[23]吴光荣:“从不动产登记的法律性质看政府职能转变”,载《中国社会科学报》2014年4月2日(第579期)。

[24]郝振江:“论非讼程序的功能”,载《中外法学》2011年第4期。

[25]廖中洪:“制定单行《民事非讼程序法》的建议与思考”,载《现代法学》2007年第3期。

[26]同注[24]。

[27]吴光荣:“论不动产登记簿的形式拘束力”,载《清华法学》2009年第5期。

[28]王利明:《物权法研究(上)》,中国人民大学出版社2007年版,第344页。

[29]参见[德]M·沃尔夫:《物权法》,吴越、李大雪译,法律出版社2004年版,第230页。



记载与登记的原始文件不一致并不当然引起不动产登记簿的记载与实际权属不一致,故不能作为认定不动产登记错误的标准。法院或者仲裁机构判决或者裁定登记确有错误,系登记错误的认定程序,而非登记错误的认定标准。笔者认为,由于不动产登记错误的认定以对不动产权属进行确认为前提,而仲裁机构是否能够对不动产权属进行确认,应作否定回答,因此仲裁裁决是否能够认定不动产登记错误,殊值怀疑。

值得注意的是,《物权法》上的不动产登记错误虽然可因登记机构及其工作人员的疏忽而发生,但不动产登记错误是从结果上看登记状态是否反映实际权属关系,而不是从程序上判断登记机构是否违反程序或者是否尽到审查义务。也就是说,不动产登记错误并不是对登记机构或者登记行为的否定性评价,而是一个描述性概念,即凡是不动产登记簿的记载不能正确反映实际的物权关系,即构成不动产登记错误。在实践中,有时登记机构虽然违反了程序或者未尽到审查义务,但登记状态仍然能够正确反映实际权属关系,此时就不能认为登记存在错误;有时登记机构在程序上并无瑕疵,也尽到了审查的义务,但登记状态仍然不能正确反映实际权属,此时也应认定登记存在错误。^[30]

由于《物权法》第19条第1款规定的更正登记制度旨在使不动产登记恢复到与实际权属相一致的状态,而非纠正登记机构的程序瑕疵,因此当事人只能以登记与权属不一致为由申请登记机构对不动产登记簿进行更正,而不能仅仅以登记机构存在程序违法为由请求登记机构对不动产登记簿进行更正,也不能在登记机构拒绝办理更正时对其提起行政复议或者行政诉讼。当然,如果登记错误确系登记机构及其工作人员的原因引起,则除了可通过更正登记制度对权利人予以救济外,因不动产登记错误给权利人造成损害,权利人还可根据《物权法》的规定向登记机构主张损害赔偿。

事实上,从《物权法》第19条第1款本身的逻辑看,上述结论也可成立:既然登记错误是指登记与权属不一致的状态,而不动产被登记在谁的名下是确定的,因此“有证据证明登记确有错误”就只能是指权属确认的结果与不动产登记簿记载的情况不一致;又由于登记机构不是确权机构,因此当事人就只能先通过民事诉讼解决权属争议,再依据裁判文书申请登记机构办理更正登记。也就是说,《物权法》第19条第1款已就登记错误的法律救济作出了明确的规定,即当事人应先通过民事诉讼解决权属争议,再申请登记机构办理更正登记,而不能直接就登记机构的登记行为提起行政复议或者行政诉讼。

(三) 不动产权属确认的程序选择

《物权法》实施以来,虽然不动产登记在法律性质上被界定为不动产权属的公示方式,但由于通说长期将国家参与不动产登记的行为理解为行政行为,以致因不动产登记发生的权属争议被认为是一类典型行政争议与民事争议交叉案件。为了解决此类民事争议与行政争议交叉案件,最高人民法院曾于2009年发布《关于当前形势下做好行政审判工作的若干意见》,要求各级法院“充分发挥行政诉讼附带解决民事争议的功能,在受理行政机关对平等主体之间的民事争议所作的行政裁决、行政确权、行政处理、颁发权属证书等案件时,可以基于当事人申请一并解决相关民事争议”。显然,这一司法政策虽然有利于避免民事判决与行政判决的冲突,但都不符合法院内部的职能分工,且“附带审理”是否能够彻底解决民事争议并保护第三人的合法权益不受侵害,殊值怀疑。^[31]在随后发布的《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》中,最高法院改变了上述立场,于第8条明确规定:“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……。”这在理论上被概括为“先民后行”审理模式。应该说,“先民后行”审理模式较“行政诉讼附带民事诉讼”的审理模式似乎更加合理,因为不动产权属争议在本质上属民事争议,自应通过民事诉讼予以解决,但问题也随之而来:既然民事诉讼已经就权属争议作出终审判决,当事人自可依民事判决办理更正登记等手续,又何必允许当事人提起行政诉讼呢?

事实上,当事人就不动产登记提起行政诉讼的目的,主要是为了确认权属,^[32]而实践中之所以就不动产权属争议涌现大量民事与行政交叉案件,根本原因就在于实务界将不动产登记行为理解为具体行政行为,进而将与不动产权属争议引发的行政诉讼与民事诉讼相互交织的情形看作是一种正常情形。不仅实务界如此,理论界亦鲜有学者通过反思不动产登记的法律性质进而质疑此种情形的正常性,以致基于这一“前见”提出的解决方案最终不过是“头痛医脚”而已。笔者认为,尽管我国既未制定一般意义上的“非讼程序法”,也未制定专门《不动产登记法》,但从我国《物权法》关于更正登记制度的规定来看,应理解为《物权法》上的不动产登记簿具有形式拘束力,当事人就不动产权属发生的争议不能通过对登记机关提起行政复议或者行政诉讼来实现,而只能通过民事诉讼来实现。

(作者单位:国家法官学院)

[30]关于引起不动产登记错误的原因,可参见[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361页以下。

[31]吴光荣:“论行政争议与民事争议相互交织的解决路径——评《行政诉讼法修正案(草案)》第63条第1款”,载《政治与法律》2014年第5期。

[32]杨凯:“论房产纠纷行政与民事交叉案件之审理对策——兼评《物权法》实施对民事行政关联诉讼审判之影响”,载《行政法学研究》2008年第1期。