

# 公法视野下的不动产物权登记

孙丽岩

(厦门大学 法学院, 福建 厦门 361005)

**摘 要:**不动产物权登记是融合了行政机关与行政相对人双重意志的行政行为。它具备了国家公权力的属性,必须纳入公法统筹的范围,以国家强制力担保不动产物权的对外宣示效力。行政机关负有审查相对人申请内容真实性与否的法定职责,疏于行使该项职责必须承担相应的法律责任,包括行政责任和民事责任。

**关键词:**公法;不动产物权登记;行政责任

**中图分类号:**DF521

**文献标识码:**A

**文章编号:**1007-788X(2013)01-0069-08

“所有人类构筑的东西都是有缺陷的,尽善尽美是可望而不可及的。因此,我们只能选择次优:一个愿意随时接受改进的、不完美的社会。”<sup>[1]</sup>

——乔治·索罗斯

《中华人民共和国物权法》第九条规定:“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,不发生法律效力,但法律另有规定的除外。”第十条规定:“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。”第十二条规定:“登记机构应当履行下列职责:(一)查验申请人提供的权属证明和其他必要材料;(二)就有关登记事项询问申请人;(三)如实、及时登记有关事项;(四)法律、行政法规规定的其他职责。申请登记的不动产的有关情况需要进一步证明的,登记机构可以要求申请人补充材料,必要时可以实地查看。”从该法的规定来看,登记机关的登记行为在不动产物权归属中起着至关重要的作用,直接决定着不动产物权的产生、变更和消灭。然而,需要思考的是,这种登记权应划归公权力范畴还是私权的范畴?不正确甚至违法行使这项权利(权力)时,应当承担民事责任抑或是行政责任?

## 一、不动产物权登记的公权力属性

有关物权登记涉及私权利还是公权力的争议,本质上源于对物权登记属于行政行为抑或是民事行为的讨论。

在民法学界,大多数学者倾向于认定行政机关的登记行为属于民事行为。他们认为行政机关的登记行为只是一种对民事法律关系产生、变更或者消灭的认定,并不直接产生行政法上的效果。这种观点侧重于从物权的产生来定义物权登记的法律效果,得出了物权登记行为隶属于民事行为的结论。具体而言,第一,在发生物权变动时,登记必须以当事人的合意为基础,而此种合意显然是平等主体之间的法律关系产生的效果。第二,登记原则上发生物权变动的法律效果。第三,登记主要是基于当事人的登记请求而发生的,因此登记机构只能根据当事人的请求来进行登记。登记请求权是民法中的请求权。第四,登记是由登记机构负责,并将登记记载于登记簿上,但登记机构本身并不需要进行审批或核准,只需要将已经发生的物权变动予以公示。在登记发生错误的情况下,也要通过民事确权程序重新确权,而非行政确权程序。第五,登记错误产生的是相应的民事责任。<sup>[2]</sup>

这类观点立足于物权登记的起点,通过登记内容的起点来探讨登记行为的性质。如果从物权登记起点

收稿日期:2012-06-15

作者简介:孙丽岩(1975—),女,厦门大学法学院副教授,法学博士,中国行政法学会理事,美国华盛顿大学访问学者。

的意志自主性、法律地位的平等性等来看,认定物权登记行为属于民事行为的组成部分,无可非议。但是,如果从物权登记行为这一行为的运行过程来看,物权登记又无法完全脱离行政行为的范围界定。

行政法学界关于行政行为的界定目前存在一定的争议。有从行为的主体角度定义行政行为的,认为凡是行政机关的行为,包括行政机关运用行政权所作的事实行为和没有运用行政权所作的私法行为,都属于行政行为,这种学说流行于19世纪初期行政法学的产生阶段。<sup>[3]</sup>同时,也有学者从行为的目的出发,认为行政行为必须是与行使行政权有关的行为,“行政行为系指行政机关或组织的构成人员依法规推行职务及执行方案或计划的活动,换言之,亦是公务人员推行政令及处理公务的活动。”<sup>[4]</sup>也有学者从行政行为具备的基本特质出发定义行政行为,认为行政行为应具备行为、行政机关、公权力、单方性、个别性、法效性的基本特征。<sup>[5]</sup><sup>209-219</sup>目前我国学术界的主流观点侧重于从行为效果上定义行政行为,认为行政行为是具有行政法意义或效果的行为,不包括私法行为和事实行为。虽然不同时代的学者从不同角度来定义行政行为,但界定行政行为与民事行为的基本点变化不大,物权登记行为多少具备了某些行政行为的特点。

首先,物权登记行为是行政机关依照行政相对人(当然也是物权法律关系中的民事主体)申请所为的行为,从行为主体上看,它符合行政行为的主体要件,有别于普通的民事见证行为。

其次,从行为的过程来看,物权登记行为是行政主体作出的针对社会公共事务的行为。从单个的物权登记行为来看,登记行为似乎只针对行为涉及的物权法律关系,不具有行政管理的公共性特点。但从行为的法律意义上看,它同时具备了将单个物权法律关系赋予公信力的效果,将原本单列的物权法律关系固定下来,形成一种稳定的社会财产流转关系,行为本身起到的这种“定纷止争”效果就是一种公共管理实现的目标。正如亚当·斯密所言:“任何国家,只要她不具有管理的规范性和公正性,她的人民就不会享有财产的安全,契约信誉得不到法律的支持……她的商业和制造业要长期繁荣是不可能的。”<sup>[6]</sup>

再次,物权登记的法律后果及于双方,而非仅仅行政相对人一方。从行为本身看,物权登记的效果及于双方,对行政机关而言,它需要对物权登记结果承担行政法上的行政责任,如因失职导致的登记错误等;对行政相对人来讲,他必须如实申报相关资料,并要承担因隐瞒实际情况而导致登记失实被撤销的法律后果。所以,这种登记的法律后果并不是只在物权法律关系中产生,同时也存在于行政机关与行政相对人的行政法律关系之中。

由此可见,将物权登记的行为纳入行政行为范畴,具备相应的法理基础,也一定程度上符合行政管理领域的法律生活实际。但是,探讨法律问题不能孤立地在行政法的层面进行,需要我们将这个行为放在整个法律体系运作中去考量,因此我们不能离开民法中对物权登记效力的探讨,仅单纯以行政行为本身的特点作为衡量行为性质的标尺。

民法上关于物权登记效力的探讨主要集中在登记生效和登记公示两种效力模式上。主张物权登记生效要件的学者认为物权登记是物权设立、变更、转让和消灭的法定要件之一,缺乏登记的物权行为是无效的,不具备法律效力。比如《德国民法典》第八百七十三条第一款规定:“为转让一项地产的物权,为在地产上设立一项物权以及转让该项权利或者在该权利上设立其它权利,如法律没有另行规定,必须有权利人和因该权利变更而涉及的其他人的合意,以及该变更在不动产登记簿上的登记”。第八百七十五条第一款规定:“为放弃一项地产的权利,如法律无另行规定,必须有权利人放弃其权利的意思表示,以及该项权利不动产登记簿的涂销登记。”<sup>[7]</sup>我国台湾地区民法第七百五十八条规定:“不动产物权,依法律行为而取得、设定、丧失及变更者,非经登记,不生效力。”我国的《土地管理法》第十二条规定:“依法改变土地权属和用途的,应当办理土地变更登记手续。”《土地管理法实施条例》第六规定:“土地所有权、使用权的变更,自变更登记之日起生效。”《城市房地产管理法》第三十五条规定:“房地产转让、抵押,当事人应当依照本法第五章的规定办理权属登记。”第五十九条规定:“国家实行土地使用权和房屋所有权登记发证制度。”1990年颁布的《城市房屋产权产籍管理暂行办法》第十八条规定:“凡未按照本办法申请并办理房屋产权登记的,其房屋产权的取得、移转、变更和他项权利的设定,均为无效。”

物权登记的公示效力或者说对抗第三人的效力意味着物权取得、变更等权力并不以物权登记为要件,物权登记起到的作用是向社会公开该物权的状态,使被登记的物权具有了不可侵犯性的法律属性。“不动产登记制度,影响物权归属秩序的静的安全和交易的动的安全甚大。因此,现代各国莫不对之给予极大重视。”<sup>[9]</sup>

比如我国《农村土地承包法》第三十八条规定：“土地承包经营权因互换、流转，当事人要求登记的，应当向县级以上人民政府申请登记。未经登记，不得对抗善意第三人。”

无论是登记生效主义还是登记对抗主义，都离不开登记机关的法定登记行为。可以说，行政机关物权登记行为的法律依据来源于两个方面：一方面是相关民事法律，这方面的法律对民事主体提出了进行物权登记的具体要求，包括登记的事项、程序、登记机关等；另一方面是行政法律、法规，这方面的法律赋予了相应机构法定登记职权，正是因为有了法律法规的规定，方符合“职权法定”的基本行政原则。但是，从行政管理的源头来看，笔者认为物权登记仍应该划入行政行为的范畴，具体理由体现在以下几个方面：

首先，公法行为规范的对象并不仅限于行政主体的行为，它还需要通过规范社会生活中的私法关系实现社会公共秩序的目标，物权关系当然也是其规范的对象之一。“行政包括一切法律上及事实上行为，此等行为在于对公益之持续维护，而公益则源自国家存立目的及其文化任务。”<sup>[5]</sup>日常的行政管理活动一般针对普通社会关系，将某类社会关系纳入行政视野，然后掺杂国家公权力作为强有力的保证，如此保证被规范的对象处于行政主体预先设定的可控范围，这就是行政过程的直观描述。“在公民法治国家，国家对公民个人生活领域的干涉限于极为必要的最小程度，行政活动的范围相应地也就很小。个人越需要共同体的给付，国家予以规制和塑造的生活领域和控制活动越多，行政的范围就越广泛，个人依赖行政的程度越高，行政法的范围和意义越大。”<sup>[9]</sup>而且这种管理是渗透在各领域、各层次的社会关系中的。比如两个平等民事主体之间签订有关商品买卖的民事合同，这种行为看似一种纯粹的民事行为，但这种民事行为要遵守或者需要一定的前提：民事主体如果是自然人，他需要行政部门颁发的身份证明来证明其合法身份，如果是法人它需要有工商管理部门颁发的营业执照等法人证明，同时其买卖行为也必须处于法律、行政法规的限制性或禁止性条款之外，比如不能无特许专营权买卖专卖物品、买卖社会禁止流通的物品等等。关于户籍管理、法人登记、社会流通物品的管理都属于行政法的范畴，这种管理都将普通的社会关系置于公法视野下实现管理目的，对象上是私法的，但管理形式上却是公法的。物权关系的管理也是这种私法关系公法管理的形式之一。

其次，物权登记行为符合通常界定行政行为的公法行为特征。“行政行为，是指行政活动之中，在具体场合具有直接法效果的行政的权力性行为。”<sup>[10]</sup>可以肯定的是，物权登记行为发生在行政主体与自然人或法人之间，在这种法律关系中，行政主体不是以社会中介组织的身份或者平等民事主体身份出现的，而是以国家公权力代表的身份“出席”这种法律关系，具有国家行政治理的色彩。

在我国《行政许可法》出台以前，有学者认为物权登记类的行为属于行政许可，认为行政许可存在广义和狭义之分，物权登记属于广义的行政许可的一种类型。<sup>[11]</sup>2004年施行的《行政许可法》将行政许可的范围限定在相对较窄的范围内，将行政许可限定在解禁、赋权的行政行为，排除了确认类的广义的行政许可类型。因此，这种观点逐渐被放弃。基于此，大多数学者倾向于将物权登记类行为纳入行政确认的范畴，这种观点具有一定的合理性。也有学者将物权登记行为分解为阶段性过程来进行剖析，即认为在登记的不同阶段会有不同的性质。在当事人申请登记环节所存在的登记请求权是当事人之间的债权请求权或物权请求权，是私法性质的行为。同时，当事人之间为申请登记而进行合意时，是否申请登记，申请何种登记，也是由当事人自我确定的私法活动。到了登记审查阶段，登记就具有了充分、明确的行政法性质。国家行政机关通过登记审查或登记使登记事实与效力产生，不仅可以支持不动产交易的发展，维护交易秩序，还可以为国家征税等治理活动提供重要信息。<sup>[12]</sup>

综合以上观点，物权登记不论划归行政许可还是行政确认范畴，从行为的归属主体上看，它都属于行政主体自身的行为，是从属于公共管理目的的权力行为。毫无疑问，它与通常的行政行为并无本质上的区别。

再次，物权登记是服务行政的重要内容之一。梳理现代行政发展的脉络，不难发现，行政的范围取决于不同阶段的社会公共需求，从社会发展的进程来看，公共需求始终处于不断变动中，因而，行政的内涵与外延亦具有相应的阶段性与变动性。这种阶段性与变动性主要体现在从以“公共权力”为核心的传统行政走向以“公共服务”为核心的现代行政。在现代社会，个人所控制的生存资源日益狭小，越来越依赖于从社会取用相关资源。这导致了个人负责其生存的能力逐渐削弱，不得不将生存照顾的责任交到政治权力拥有者——国家与党之上，生存照顾的发展便由“个人负责”进而转为“集体负责”，最后转入“政治负责”之中。同时，人民依赖国家生存照顾已经成为政治的自觉，而国家应当以法的方式来确保人民能够分享生存照顾。鉴于国家

的重心已经转移到行政手中,因此作为服务的主体应当是行政发展的方向。至于行政权采行公法或私法的方式来建立服务关系,依事项性质而定,不以公法方式为限,但却要依赖公法的保障功能来确保人民的分享权利。<sup>[13]</sup>

物权登记借助于公权力的形式,在平等民事主体之间获得了生存的条件,同时借助于公法上的物权登记行为,给社会群体展示了该项物权的存在,在社会群体中奠定了物权的社会存在基础。

## 二、不动产物权登记的存废之争

不动产物权登记从性质上看,是一种公法宣示行为,在主张私权张扬的现代社会中,是否需要公权力介入物权领域,成为不动产物权登记能否延续必须解决的社会问题。

首先,不动产物权登记是一种间接的政府公共管理,从公权力角度来看,是政府实现社会治理的有效手段之一。单纯从不动产登记的过程来看,物权登记部门似乎做了多余的工作,对简单的民事流转关系“横插一杠子”,除了赚取登记费之外,似乎没有太大的意义。但是,这种观点只是简单看到登记的表面行为,从个人角度考虑行为的价值,却忽略了登记更深层次的本质意义,即它所蕴含的政府行为社会价值。“独立的个人是在经验中不存在的抽象物,同样,脱离个人的社会也是如此,只有这样的人类生活才是真实的;它既可以从个人方面考虑,也可以从社会,即普遍的方面考虑;而且,事实上它永远包含着个人的和普遍的两个方面。”<sup>[14]</sup>

基于个体在社会中并非独立存在,需要依托整个社会环境以及制度运行的有效性,公共管理不再是一种限制,而是对个人活动领域的拓展,通过一种约定俗成的成熟制度实现对社会主体的约束。“社会制度在许多方面影响着社会生活。若没有这些制度,我们将无法从与其他社会行为人进行的和睦交往中获得最大的利益。社会制度构建社会生活使之产生集体利益,集体利益有多种表现形式,例如通过合作、协调和贸易获得的收益,功能性和系统性的需求,等等;制度通过提供信息来消除不确定性和稳定策略预期,从而保证了复杂的互动得以进行;并且,社会制度还对其帮助产生的收益的分配发挥着一定的影响作用。”<sup>[15]</sup><sup>218</sup>具体到不动产登记,是否需要这样的一种人工干预的制度呢?答案是肯定的。

市场信息的不对称、不完全是不动产登记制度存在的首要理由。

市场博弈追求的帕累托最优结果,导致追求利益的无序化是设定不动产登记制度的另一个重要原因。“首先,不受利益分配冲突影响的分散机制只是特例,并不具备规律性。其次,许多帕累托改进变迁属于再分配性质,当这种变迁行为有损于社会中实力较强成员的利益时,就需要国家至少进行某种形式的干预,从而确保作出完成变迁所必须的补偿。第三,与许多市场竞争模型的推理相反,分散的制度变迁是一个缓慢而麻烦的过程。上述分析表明,社会的有效变迁在国家介入的情况下,可能得以更快地完成。”<sup>[15]</sup><sup>22</sup>

当然,这种管制有别于限制、控制,而是一种公权力对私权利运行的消极监控,无端干涉私权利的自由运行不仅不利于经济的运行,也是违背社会公平正义法则的。“跟财产一样,交换是一种自然权利。每个生产或获得了某件产品的公民,都应当可以自行决定是自己将其立刻使用掉,还是将其给予这个地球上随便某个人,只要他同意作为交换,给予我某件我需要的东西。而在他并没有违反公共秩序和道德的时候剥夺他的这种能力,却要求他满足他人的需求,就等于把掠夺行为合法化,是违反正义的法律的。”<sup>[16]</sup>

其次,从个体权利实现的角度来看,个体的社会安全感满足是不动产物权需要公权力介入的最直接理由。“任何权利都没有无条件的保证。人们只拥有别人愿意遵守的权利。为了拥有权利,人们必须首先声明之,并能够实施这种权利。权利结构可以来自所有社会成员之间的相互协商,但是在人数众多的社会上,有效的方式是由有组织的制度提供基本的权利结构。”“政府组织,就是监护和实施权利的制度安排,提供持续稳定的压力,使人们自觉地遵守契约。”<sup>[17]</sup>政府行政权对不动产设立、流转的制度干预,同样能够监护不动产权利的行使,而且相对个人而言,这种有组织的、制度化的监护相对私人之间的单独协商,更具效力、效率。同时,作为现代代议制政府,民众如果不能接受不动产登记制度,还可以通过代议途径重新达成新的制度协议,通过公开的公众协商形成对不动产物权的维护。更何况,政府控制着有组织的国家力量,能够确保通过公权力维护的不动产物权遭受暴力侵害。可见,没有其他社会力量或个人能给予不动产物权的权利人这种安全感或满足感,唯有政府行政权。萨缪尔森也如此评价过政府对个人权利的保障,“在这个过程中,政府扮

演了一个核心的和不可缺少的角色,因此,权力并不是权利,因为它们是预先存在的,而权力又确实是权利,因为有政府给予保障。因此,权利与‘在对它们的确认和解释中所固有的司法限制,由其他人行使他们的权利及司法和非司法的变革’相联系并由其决定。每个这些因素都是权利创设(及重新创设)过程的一个函数,因而,也是个体通过政府的管理和控制来彻底巩固权利(或其中的变革)能力的函数。因此,政府成为了那些寻求私人司法和经济增益或利益的一个控制体。”<sup>[18]</sup>

再次,在税收成为国家运行命脉的背景下,不动产物权登记间接成为国家的税收依据。“对于所有人来说,财产赋予利益,同时也施加负担。诸如纳税义务、管理责任以及合理使用等负担,都会对支配、隐私以及个性产生不利影响。”<sup>[19]</sup>不动产物权对个人是一种权利,而对于政府来讲它增加了责任感与使命感,多了一项保护不动产物权的职责和义务。“权利是昂贵的,因为救济是昂贵的。实施权利是费钱的,特别是统一而公平地实施;到了法律权利还没被实施的程度,那它就是空有其名。简而言之,几乎每一项权利都蕴含着相应的政府义务,而只有当公共权力调用公共资金对玩忽职守施以惩罚时,义务才能被认真对待。没有法律上可实施的义务,就没有法律上可实施的权利,这就是为什么法律只有通过强制才能随心所欲。”<sup>[20]</sup>为了使政府积极维护民众不动产物权,支付守夜人必要的报酬,维持政府的日常运转等等,都需要民众以付出税收作为报酬。而不动产物权登记形成的权利形式,成为政府征税的重要依据。因此,完善的不动产物权登记制度,奠定了政府税收的物质基础,反过来增进了政府保护不动产物权的力度。

综上,不动产物权登记在现代社会中,不仅具有生存的社会经济、政治背景,也是社会发展不可舍弃的行政规制制度之一。

### 三、不动产物权登记的法益归属

物权登记如果是一种行政行为,它是限制民事权利还是保护民事权利,抑或是保护公共利益,这涉及不动产物权登记的法益归属。综合来看,不动产物权登记最终的法益归属是以个人利益体现的社会公共利益。

个人利益有别于公共利益之处在于其独立的支配性,即通过个人对物的掌控拥有排他性的权利,并且这种支配是实质上的,并不以将控制权展示给公众作为唯一的依据。比如,不动产的所有权人可以随意处置其财产,包括自己使用、许可他人使用等等。此外,所有权人还可以采取一切手段维持物权的现状,排斥他人的非法干涉。这种支配权是与不动产物权相伴而生的,并不以权利人之外的人是否知晓为前提。因此,以不动产物权没有经过公开的宣示作为侵害他人权利的借口,是无法成立的。但是,这也并不能完全排斥公法的参与作用,正如劳森和拉登所言:“在英国,如果将公法完全置于财产之外,就可能对目前的财产的地位得到一个虚假的印象,与过去只单一地关注财产法本身相比,财产法律家现在已更多地关心公法。律师们在创立财产问题时,要花许多的力气寻找是否在物的使用上强加了棘手的限制。”<sup>[21]</sup>之所以公法会承载着私法上的不动产物权,主要原因在于不动产物权除了满足私人需求之外而背负的公共利益,至此,调整不动产物权公法利益的落脚点循环到了公共利益。

顾名思义,公共利益属于全体社会成员或者某一集体成员所共有,理论上讲,它既可以为全体利益的享有者共同支配,同时它也并不能由任何成员个体独立支配,对它的享有和使用不具有社会或集体内的排他性。从不动产物权登记的作用来看,它能够平衡公共利益与个人利益、个人利益之间的矛盾,在公共通道内解决人与人之间的冲突,这本身就属于公法的运行范畴,“法律的主要作用就是调整及调和种种相互冲突的利益,无论是个人的利益还是社会的利益。这在某种程度上必须通过颁布一些评价各种利益的重要性和提供调整这种利益冲突标准的一般性规则方能实现。”<sup>[22]</sup>

从不动产物权登记的具体运作方式来看,它调和、促进公共利益的功能性价值体现在以下几个方面:

首先,通过不动产物权登记实现社会的利益平衡,将不合法的物权排斥在法律保护范围之外。公共利益体现出社会成员对共同福利的追求,为了确保公共福利的实现,它要求不动产物权所有人在实现物权过程中应当受到某些限制,“同一自然法,以这种方式给我们财产权,同时也对这种财产加以限制。”<sup>[23]</sup>作为不动产物权登记的行政行为手段,力图实现物权的优化配置和组合,限制不符合社会公共利益要求的物权进入市场,将通过非法手段获取的不动产物权排除在市场之外。正是这种排除公共利益“异己”的行政方式,主动实现了社会各层面的利益平衡,通过政府“看得见的手”稳定社会利益关系,实现了由点到面的社会调控。“在

保障私益与增进公益这两个方面,公法是以激励和制约为手段、以利益平衡为价值取向,通过协调利益矛盾,缓和利益冲突,将社会控制在有序的范围内,以实现社会的和谐发展。”<sup>[24]</sup>

其次,通过不动产物权的社会宣示,在社会个体之间建立起互信的物权流转平台,维持社会财产关系运行的良好秩序。不动产物权的确立不仅仅属于社会个体的权利享有,它也是社会关系稳定的标志和发展的动力,如狄骥所言:“所有权已不再是个人的主体权利,而趋向于成为动产及不动产持有者的社会职能。所有权对所有社会财富持有者来说,包含了利用所有者增加社会财富的义务和由此引出的社会相互依存。他所做的只是完成某种社会工作,只是通过让其支配的财富发挥价值来扩大社会财富。”<sup>[25]</sup> 不动产物权的明确,形式上看似乎直接有利于权利的享有者,但从整个社会群体的角度而言,它通过公共的视角审视了该权利的合法性、可交易性,以公权力作为支撑建立起社会交易的合法平台、渠道。通过这种点滴的权利确认,在权利主体相互之间建立互信的纽带,并带动整个社会形成稳定的财产流转关系,促进了社会整体利益的发展。

再次,不动产物权登记的范围明示了公权力主体权力运行的范围,有助于建立公权与私权的良性回应机制,形成“官民一体化”的社会关系,从而促进公共利益的发展。从政府成立的最终目的来看,它一切行为的目标应该都是为了增进其成员的个体利益与公共利益,正如奥尔森所言:“确切地说,一些组织是出于无知才没有增进其成员的利益,而另一些组织是受诱使才只为其首脑的目标出力。但是不去增进其成员利益的组织往往会消亡。因此,这一因素肯定大大限制了不为其成员服务的组织的数量。”<sup>[26]</sup> 从行政主体的角度而言,不动产物权登记的法律明示了政府在该领域的为与不为,稳定了政府与个体在不动产物权法律关系中的地位。相当长的时间内,在行政领域一直崇尚公共利益高于个人利益,当个体利益与公共利益发生纠结时,被视为公共利益化身的政府往往运用其特有的公定力、强制力等,要求个体利益服从于公共利益。更有甚者,某些利益集团打着公共利益的旗号,驱使行政主体践踏既定的权利界限。比如,频繁见诸于报端的政府主导的暴力拆迁、拆迁毁损国家文物等事件,正是假借公共利益肆意侵犯物权的事例。

时至今日,私益与公益同等作为法律调整的对象,在社会生活中的分量是相同的,而政府对利益的保护也由过去的消极防御转为积极保护,这种假借公共利益之名侵害他人私权的行为应当成为历史。相反,通过政府对不动产物权积极的行政确权,在权利人和非权利人之间划定界限,包括政府在内的非权利人对不动产物权均附有积极的保护义务。并且,政府还应该充分运用行政权的先定力、强制力保障不动产物权的正常运转,实现对该权利的动态保护,回应权利人因享有权利而付出的对价,比如税收等。“政府管理因公共利益的存在而存在,但公共利益并非公共管理的全部追求,更不是其终极追求。政府管理的目标,不应该以公共利益最大为目标(公共利益至上),而应该以社会总体利益最大为目标。为此,私人利益和各种形式、各个层次的共同利益的维护与发展,便是政府管理不可缺少的重要职能。”可见,在政府以公权力方式确认不动产物权的过程中,公共利益虽然不能作为唯一的行动目标,但理性的、规范的物权界定无疑为政府实现公共利益直接奠定了基础。

#### 四、不动产物权登记的行政责任考量

“任何规制都会造成财富分配的结果,一定会有人受益,也一定会有人受损。所以我们就应该预想到不同的利益集团会试图影响政府,让他们用对自己有利的方式进行规制。”<sup>[27]</sup> 同理,不动产物权登记规则,也难以避免会受到社会成员或者利益集团的影响,而出现人为的偏离或者有意的扭曲,不动产物权登记引发的行政责任相伴而生。

不动产物权登记责任的产生源于物权登记的行政权属性。如前所述,不动产物权登记从行政法的角度来看,具备了行政行为的典型特征,应当纳入行政法的规范范畴,由此引发的法律责任理所当然应当由行政主体来承担。

首先,不动产物权登记法律责任承担的原则应采用严格责任原则,而不是过错责任原则。过错责任与严格责任最大的区别在于对行政主体的要求不同,过错责任有利于分清行政主体的失误抑或是行政相对人的恶意所为,根据双方的过错程度分担责任。但问题的关键是厘清行政相对人的申请行为与行政主体的登记行为,谁有错在先或者谁的错误程度如何,可能很难分得清楚。更何况,在许多情况下,需要时间分清责任或者责任无法分清,往往成为行政主体逃避责任的借口或理由。相反,行政主体履行行政职责时奉行职权法

定,严格遵守操作规则,对于不符合条件或者程序的不动产登记申请进行错误登记的,不需要区分其过错程度,一律应当承担赔偿责任。一方面可以敦促行政主体严格依照法定职权和程序,进行不动产权登记;另一方面,在不动产权登记需要行政主体承担法律责任时,避免行政主体出现推诿,提升权利救济的及时性。

其次,不动产权登记错误给权利人造成损失的,适用国家赔偿。我国的《国家赔偿法》第四条第(四)项规定:“行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯财产权情形之一的,受害人有取得赔偿的权利:(四)造成财产损害的其他违法行为。”该项规定的其他违法行为,当然也包括错误进行不动产登记的行为,前提是登记行为违法,包括实体审核上的违法和程序上的违法。

此外,不动产权登记的赔偿后果最终及于进行登记的个人。我国的《国家赔偿法》第十六条第一款规定:“赔偿义务机关赔偿损失后,应当责令有故意或者重大过失的工作人员或者受委托的组织或者个人承担部分或者全部赔偿费用。”同样,因为不动产权登记的工作人员故意或者重大过失,导致登记错误的,行政机关同样有追偿的权力,不动产登记外部法律后果由行政机关承担,但对内必须分解到工作人员个人。一方面能增强工作人员的责任意识,避免人为的疏忽或者不认真履行登记程序,该核实的不核实,特别是某些需要进行现场核实的;另一方面,责任落实到个人,也一定程度上杜绝工作人员“里应外合”,为侵害他人不动产权益而故意做出错误登记,进行财产的非正常流转。

再次,不动产权登记的申请人隐瞒或伪造虚假信息,诱使行政主体做出虚假物权登记的,行政机关不承担赔偿责任。如前所述,不动产权登记并非是对相对人物权的设定,而仅仅是一种权利的国家认可与证明,只是在这一过程中体现了行政权与国家意志,这种行政意志支配的结果是登记或者不予登记两种。与此同时,由于不动产权登记的内容只能基于行政相对人的申请、主张,登记也被视为“行政意志与相对人个人意志的融合”<sup>[28]</sup>。一方面,行政相对人对物权登记申请中的个人意志的真实性进行承诺;另一方面,行政机关通过审查将行政意志融入到相对人的承诺之中,实现具有强制保护的国家承诺。最终,双方合力形成的不动产权登记具备了行政相对人与行政登记机关的双重意思表示,从形式上来看,不动产权登记以登记相对人所主张的个人权利的真实性与登记机关所主张的登记内容的外在合法性为核心内容。

从登记中体现的相对人与行政机关的互动、结合过程来看,不动产权登记最终形成的结论依赖于双方的相互配合,才能形成登记对外宣示的效力。因此,如果不动产权登记的瑕疵均归于行政机关是不公平的,也容易导致行政相对人责权利不对称,放任了现在的人滥用自身权利。因此,如不动产登记的申请人隐瞒事实真相、提供虚假信息,导致登记内容的扭曲、错误,行政相对人也必须承担相应的法律责任,包括行政机关的免责、相对人对第三人承担虚假登记的民事欺诈责任等等。需要说明的是,并不是所有的相对人欺诈行为都可以构成行政机关的免责事由,行政机关必须充分、完全履行了《中华人民共和国物权法》第十二条的四项基本职责,方能免责。

#### 参考文献:

- [1][美]乔治·索罗斯.开放社会:改革全球资本主义[M].王宇,译.北京:商务印书馆,2001:16.
- [2]王利明,尹飞,程啸.中国物权法教程[M].北京:人民出版社,2007:90-125.
- [3]王名扬.法国行政法[M].北京:中国政法大学出版社,1989:131.
- [4]张金鉴.行政学新论[M].台北:台湾三民书局,1984:166.
- [5]吴庚.行政法之理论与实用[M].北京:中国人民大学出版社,2005.
- [6]党国英.诚信的制度基础[N].南方周末,2002-04-04(21).
- [7]孙宪忠.论不动产权登记[J].中国法学,1996(5):52.
- [8]梁慧星,陈华彬.物权法[M].北京:法律出版社,2007:93.
- [9][德]汉斯·J·沃尔夫,奥托·巴霍夫,罗尔夫·施托贝尔.行政法:第一卷[M].高家伟,译.北京:商务印书馆,2002:2.
- [10][日]盐野宏.行政法[M].杨建顺,译.北京:法律出版社,1999:80.
- [11]应松年.行政法学新论[M].北京:中国政法大学出版社,1998:248.
- [12]杨寅,罗文廷.我国城市不动产登记制度的行政法分析[J].法学评论,2008(1):66.
- [13]陈新民.服务行政及生存照顾的原始概念——谈福斯多夫的《当作服务主体的行政》[M]//法治国公法学原理与实践:中.北京:中国政法大学出版社,2007:350-381.
- [14][美]查尔斯·霍顿·库利.人类本性与社会秩序[M].包一凡,等,译.北京:华夏出版社,1999:27.

- [15][美]杰克·奈特. 制度与社会冲突[M]. 周伟林, 译. 上海: 上海人民出版社, 2009.
- [16][法]弗雷德里克·巴斯夏. 财产、法律与政府[M]. 秋风, 译. 贵阳: 贵州人民出版社, 2003: 146.
- [17]陈舜. 权利及其维护——一种交易成本观点[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 72-73.
- [18][美]尼古拉斯·麦考罗, 斯蒂文·G·曼德姆. 经济学与法律——从波斯纳到后现代主义[M]. 朱慧, 等, 译. 北京: 法律出版社, 2005: 156.
- [19][美]斯蒂芬·芒泽. 财产理论[M]. 彭诚信, 译. 北京: 北京大学出版社, 2006: 84.
- [20][美]斯蒂芬·霍尔姆斯, 凯斯·R·桑斯坦. 权利的成本——为什么自由依赖于税[M]. 毕竟悦, 译. 北京: 北京大学出版社, 2004: 26.
- [21][英]F·H·劳森, B·拉登. 财产法[M]. 施天涛, 梅慎实, 孔祥俊, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998: 118.
- [22][美]E·博登海默. 法理学: 法哲学与法律方法[M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 398.
- [23][英]洛克. 政府论: 下册[M]. 叶启芳, 瞿菊农, 译. 北京: 商务印书馆, 1964: 21.
- [24]石佑启. 私有财产权公法保护研究——宪法与行政法的视角[M]. 北京: 北京大学出版社, 2007: 92.
- [25][法]莱昂·狄骥. 宪法学教程[M]. 王文利, 译. 沈阳: 辽海出版社, 春风文艺出版社, 1999: 238.
- [26][美]曼瑟尔·奥尔森. 集体行动的逻辑[M]. 陈郁, 等, 译. 上海: 上海三联书店, 1995: 95.
- [27][美]亚当·普沃斯基. 国家与市场: 政治经济学入门[M]. 郗菁, 张燕, 等, 译. 上海: 格致出版社, 上海人民出版社, 2009: 96.
- [28]叶必丰. 行政行为的效力研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2002: 61.