

余凌云. 船舶所有权登记的行政法分析[J]. 中国海商法研究, 2021, 32(2): 3-11

## 船舶所有权登记的行政法分析

余凌云

(清华大学 法学院, 北京 100084)

**摘要:**船舶所有权登记属于行政确认, 只是对民事权属的确认, 通过记载、公开查询而产生公示效力。“未经登记, 不得对抗第三人”, 以及登记之后能产生怎样的对抗效力, 都是民事上的规则。私法效力的发生, 由当事人的意思表示决定, 不是行政登记直接创设的效力。行政机关只作形式审查, 并尽合理审慎的注意义务。申请材料及其民事关系的真实性不由行政机关负责, 而由申请人负责。作为登记的基础事实, 民事权属或民事关系出现纠纷, 波及到登记的合法性, 可以通过行政诉讼附带民事诉讼一并解决。

**关键词:**船舶所有权登记; 行政确认; 行政法

**中图分类号:**D912.1 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2021)02-0003-09

### Administrative law analysis of ship's ownership registration

YU Ling-yun

(School of Law, Tsinghua University, Beijing 100084, China)

**Abstract:** Registration of ship's ownership belongs to administrative confirmation, which is only confirmation of civil ownership. It has the effect of publicity through recording and public inquiry. The rule of “without registration, no one can fight against the third party”, as well as the rules relating to what kind of confrontation effect can be produced after registration, are all civil rules. The occurrence of the effect of private law is determined by the party's intention, and not created directly by the administrative registration. Administrative organs only conduct formal examination, and exercise prudent duty of care. The authenticity of both the application materials and the relevant civil relations shall not be the responsibility of the administrative organ, but of the applicant. As the basic fact of registration, the disputes involving civil ownership or civil relationship, which affect the legitimacy of registration, can be solved through administrative litigation with civil litigation.

**Key words:** ship's ownership registration; administrative confirmation; administrative law

1992年《中华人民共和国海商法》(简称《海商法》)第9条第1款规定:“船舶所有权的取得、转让和消灭,应当向船舶登记机关登记;未经登记的,不得对抗第三人。”本条确立了“意思主义”或“公示对抗主义”。2020年《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)第225条原封不动地复制了2007年《中华人民共和国物权法》(2021年1月1日被废止)第24条:“船舶、航空器和机动车等的物权的设立、变更、转让和消灭,未经登记,不得对抗善意第三

人。”“将所有类型的船舶物权变动统一到登记对抗模式下。”<sup>[1]154</sup> 依据新法优于旧法、诚实信用原则,上述《海商法》第9条第1款规定的“第三人”,应当理解和解释为“善意”第三人<sup>①</sup>。

《民法典》第208条规定:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,应当依照法律规定登记。”第209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,但是法律另有规定的除外。”显然对不动产物权登记采用了

收稿日期:2021-05-26

作者简介:余凌云(1966-),男,福建福州人,清华大学法学院教授, E-mail: yulingyun@mail. tsinghua. edu. cn.

<sup>①</sup> 也有学者认为,“第三人”包括善意和恶意的第三人。参见王立志:《船舶所有权登记效力的规范解释》,发表于《法律适用》,2010年第9期,第40-41页。

“形式主义”或“公示要件主义”。船舶作为特殊动产,不适用不动产物权登记规定。但是,通过对它们的比对分析,可以厘清有关理论认识。

《海商法》第9条第1款取向“意思主义”,却又将登记规定为强制性义务。不少学者批评,这不符合“公示对抗主义”范式,“背离了意思主义模式的理念”。造成了人们对上述规定的“不同理解”。<sup>[2]100</sup> 未经登记,物权变动是不生效力,还是效力不完全,似乎不清晰,为实践的不确定埋下伏笔。“在海事审判实践中,也确实存在以船舶所有权登记作为确权依据的倾向。”<sup>[3]112</sup>

对于上述争执不休、实践不一,仅从私法上似乎还难以彻底澄清、化解。因为不动产物权登记、船舶所有权登记交织着公法与私法两种法律关系,“以物权法为代表的私法关注的是登记结果,以不动产登记法为代表的公法关注的是登记行为”。<sup>[4]90</sup> 以往,在立法上,没有刻意在表述方式上厘清公法与私法关系的各自脉络。在理论上,为迁就立法上的混合表述,没有较真追问私法效力是由公法行为还是私法行为产生。公私法行为及其效力之间的对应关系不清,为有关争议埋下伏笔。

为进一步加强民法、海商法与行政法学科之间的深入对话,笔者先梳理民法、海商法学者对《海商法》第9条第1款规定的主要见解。然后从行政法角度,以登记分类为基础,从商事登记由许可到确认的变迁中,深入分析登记的不同类型、性质与效力,以及行政机关相应的审查义务。主要目的是将船舶所有权登记归类,厘清《海商法》第9条第1款规定中交织的公法与私法脉络,分析有关效力规定,明确行政机关的审查义务与法律责任。

### 一、对船舶所有权登记的民法解读

在民法、海商法上,对于船舶所有权登记、不动产登记等有过充分细腻的研究,有关著述车载斗量,意见相左之处也颇为集中。

民法学者一般都同意,对于形式要素作用的认识不同,也就是,“公示为物权变动的生效要件抑或对抗要件”,有着意思主义和形式主义的分别。意思主义就是“当事人一旦形成物权变动的意思表示,物权变动的法律效果即告产生”,不以登记为其成立或生效要件。登记只是物权公示方法,“只不过在具备公示手段前,物权变动的事实难以对抗第

三人”。<sup>[3]111</sup>“船舶所有权登记的公示作用在于将当事人之间相对性的船舶所有权转化为对世性的所有权”,也称“公示对抗主义”。<sup>[2]98</sup> 形式主义是指“当事人之间单纯的合意并不能引发物权变动的效果”,只有履行登记的法定方式,才能产生物权变动的法律效力。“登记是不动产物权变动的生效要件和物权表征及公示方法。”<sup>[4]92</sup>“船舶所有权登记处于船舶所有权变动的核心,并决定船舶所有权的变动”,“船舶所有权登记成为船舶所有权变动的构成要件”,亦称“公示要件主义”。<sup>[2]98</sup>

不少民法、海商法学者主张,根据《海商法》第9条第1款规定,船舶所有权登记采取“意思主义”。在登记对抗主义下,“物权变动不以登记为要件(尊重意思自治),赋予第三人否定未登记之物权变动的权利,激励当事人在物权变动中予以登记,从而将观念中的物权变动表彰于外,以便为外界所认识,以此奠定维护交易安全的基础(对交易安全的有限保护)。”<sup>[5]</sup>亦即,登记肯定不是物权变动的生效要件,“物权变动以当事人的意志为最终决定因素”,<sup>[1]155</sup>这是通说。从2014年《中华人民共和国船舶登记条例》(简称《船舶登记条例》)第13条规定看,申请船舶登记的应是“船舶所有人”,并要求提交“购船发票或者船舶的买卖合同和交接文件”。

怎么理解“未经登记,不得对抗善意第三人”?登记具有公信力吗<sup>①</sup>?民法上有两种观点,且以第二种观点为主流。

第一种观点认为,船舶所有权登记具有实质上的公信力。因为“未经登记,不得对抗善意第三人”意味着“一旦登记,就产生对抗一切第三人的效力”。“当未经登记的实际物权享有人与信赖登记的不特定第三人之间发生利益冲突时”,如果“否认登记公信力的存在”,由第三人承受交易风险,“必然导致的结果就是交易人花费大量时间和费用到外观调查之中,以确保其欲与之交易之物权的准确属性”,这“不仅对维护安全无益,也将导致交易效率的低下”。<sup>[3]114-115</sup>但是,在登记具有怎样的对抗效力上,存在意见分歧。有的学者认为具有权利正确推定力。<sup>[6]42</sup>有的学者认为可以产生信赖效力,<sup>[7]338</sup>“残存的登记具有公信力”。<sup>[8]140,143</sup>还有学者认为具有对抗力。<sup>[1]155.[2]98-99</sup>

第二种观点认为,登记对抗主义下的登记不具

<sup>①</sup> 物权法上的公信原则包括:第一,“登记记载的权利人在法律上被推定为真正的权利人。”第二,“凡基于对登记记载的内容而与登记权利人进行的交易,在法律上应受保护。”参见李小年、李攀:《〈物权法〉第24条规定对船舶所有权变动的影响》,发表于《法学》,2009年第11期,第114页。

有公信力。比如,“王利明教授认为,登记对抗主义下的登记一般不具有公信力,一旦发生登记错误,善意第三人因信赖登记而发生的交易并不具有当然效力,只要真正的权利人提出异议,则会导致其自身交易的无效;司玉琢教授认为,公示对抗主义的立法模式决定了船舶所有权登记的必然缺失,且我国的船舶登记的现有制度也难以以为公信力提供坚实的基础。”<sup>[3]114</sup> 这是因为考虑到实践上,“很大一部分船舶转让未经登记即行转让,造成船舶所有权登记的准确性大大降低。”而且,存在着船舶优先权,既无需登记,也不因船舶转让而消灭,所以,不宜赋予登记公信力。<sup>[3]115</sup> 登记只是让第三人知悉物权变动情形的公示方法,仅具有公示效力。

## 二、行政法上的两类登记及其性质

行政登记是公法行为抑或私法行为?分为几种?与私法效力之间有着怎样的关系?迄今还有混乱认识、含混表述。这是最基本的理论问题,决定了船舶所有权登记的归类、效力性质以及行政机关的审查义务。因此,必须作理论上的整理与甄别。

### (一) 登记行为是行政行为

在民法上,登记行为是公法行为还是私法行为,存在激烈争论。“私法行为说”的理由大致有:第一,“登记行为源自申请人的请求行为”,该申请权及所为的意思表示是民事的。第二,“登记的效力在于不动产物权变动或对抗”,“登记机关只是为物权或物权交易提供正式确认或公示服务而已”。<sup>[9]</sup> 船舶所有权登记在实体意义上是“一种私法行为”。<sup>[2]97</sup> 也有主张“公法私法复合说”“公私性质兼顾说”。“不动产登记行为本身是行政机关的行政行为,但不动产登记更是不动产物权的公示方式,这是不动产登记的民法属性,也是其产生和存在的基本定位。”<sup>[10]16</sup> 登记行为作为一个整体,是当事人所实施的申请登记的私法行为和登记机关所实施的登记许可的公法行为的结合。<sup>[11]</sup> 船舶作为特殊动产,其登记也可以作同样解构。

行政法学者一般不接受“私法行为说”,批评该学说“没有正视不动产登记行为中的行政权因素,片面强调它的私法规范,更未透过相关私法规范看到公法内容以及公法介入之后可能发生的一些制度性质变”。<sup>[12]</sup> 进而主张,在公法层面上,登记行为应该是一种行政行为,并从登记规范性质、目的、强制性等多种角度予以论证。<sup>[13]</sup>

笔者认为,以传统行政行为的特征(亦即“公权力性”“单方性”和“法律效果”)来逐一衡量,行政

登记不完全符合传统行政行为的特征,是广义上的行政行为,杂糅着“典型”与“非典型”。第一,登记具有“公权力性”,登记机关行使的权力不是“源于当事人的自愿委托,而是直接来源于国家行政管理权,是由相关法律规范授予的”。<sup>[14]284</sup> 登记是登记机关行使行政权,依据法律规定的条件、程序作出的行政行为,适用依法行政原理,而不是国家行使民事权利,依循当事人意思自治与民事规则的结果。第二,登记具有单方性,相对人的申请行为只是启动了登记程序,登记的法律效果是行政机关单方意思表示的结果,而不是双方合意的产物。第三,行政登记形态多样,不是都“具有对外直接的法律效果”。有的名为登记实为许可,是对当事人权利义务直接的法律处分。行政许可是“典型”的传统行政行为。多数登记只是认可、公示了私法上法律处分的状态或效果,行政确认是“非典型”行政行为。

### (二) 登记行为分为许可与非许可(确认)两种类型

那么,登记行为属于哪一种类型化行政行为呢?由于登记对象林林总总,学者对登记性质也有行政许可、行政确认、行政事实行为等不同认识,意见不一。在《中华人民共和国行政许可法》(简称《行政许可法》)草拟过程中,立法机关、行政机关和学者有过较为集中的讨论、思考与抉择,澄源正本,意义重大。

《行政许可法》(征求意见稿)第一稿中的第17条欲将登记基本划入行政许可,“登记适用的事项包括:(1)法人和其他组织设立、变更、终止等的认定以及民事权属等其他民事关系的确认;(2)特定事实的确认;(3)法律、法规规定适用登记的其他事项。”但是,“对涉及民事关系确认的部分登记行为应否属于行政许可存在诸多分歧”,<sup>[15]40</sup> 所以,2004年《行政许可法》经过斟酌取舍,仅在第12条第(五)项规定,“企业或者其他组织的设立等,需要确定主体资格的事项”可以设定行政许可。有关立法说明中指出,上述许可类登记是由行政机关确立个人、企业或者其他组织的特定主体资格。登记的功能主要是确立申请人的市场主体资格,没有数量控制。与此同时,有关立法说明也明确指出,“经登记确认特定民事权利义务关系、特定事实,分别依照有关法律、法规的规定办理,不适用本法。”<sup>[16]</sup> 国务院法制办在《行政许可法疑难问题解答(一)》第1条中规定:“产权登记,机动车登记,婚姻登记,户籍登记,抵押登记等,不是行政许可;……”,《行政许可

法疑难问题解答(二)》第13条规定:“国有土地使用权登记、农村宅基地证颁发行为,是产权登记,不是行政许可。”<sup>[4]95</sup> 行政登记就此分为许可类和非许可类(确认类)两种。

许可类登记是行政许可,也是典型的行政行为。登记行为创设了申请人的“市场主体资格”,直接形成了民事法律关系,同样,变更登记、注销登记也直接变更、消灭民事法律关系。2016年《中华人民共和国公司登记管理条例》(简称《公司登记管理条例》)第3条规定:“公司经公司登记机关依法登记,领取《企业法人营业执照》,方取得企业法人资格。未经公司登记机关登记的,不得以公司名义从事经营活动。”这非常符合行政许可的“解禁说”或者“赋权说”,未经许可的,禁止从事特定活动,擅自活动的,必须取缔。

由于许可类登记主要集中在商事登记,随着计划经济向市场经济转变,商事登记也由许可向确认发展,我们可以通过梳理有关变迁过程,进一步揭示许可类登记与非许可类(确认类)登记之间的巨大差异,将交织在不同登记之上的公法关系与私法关系剥离开来,呈现出较为清晰的公法行为与私法效果之间的效力对应结构。

在中国,之所以会出现登记的行政许可化,是因为“中国经济体制在20世纪的后50年里,经历了一个由计划与市场并存向计划经济转变,再由计划经济向市场经济转变的螺旋式发展过程”。在相当长一段时间的计划经济下,政府的行政管理渗透到微观经济运行,无处不在。“无论是农村的人民公社还是城市的集体企业,实际上其经营管理都严密控制在各级政府部门手中。”但是,随着改革开放,以及由计划经济向市场经济逐渐转变,“在农村,政社合一的人民公社解体,农民及其乡镇企业摆脱了政府的直接计划管理,获得了经营自主权;在城市,随着个体经济、私营经济和‘三资’企业的迅速发展,以及国有企业的‘简政放权’,特别是政府放松了对市场的控制,主动缩小了指令性计划范围,使得越来越多的企业经营活动脱离了政府的直接干预,市场调节的范围越来越大”。<sup>[17]</sup>在市场经济发展过程中,需要不断摸索,需要解放思想。政府大量运用了行政许可等手段,通过登记控制市场准入,把握改革进程与构建方向。

近年来,随着市场经济发展的不断深入,个人、企业的市场主体资格也逐渐放开,行政许可和审批项目大量减少。其实,市场经济从本质上鼓励交易,

个人、企业只要遵守交易规则,就允许自由进入市场。除非涉及国计民生、国家安全等重大利益,政府原则上无需设立市场准入门槛,市场主体资格也不用政府通过许可来创设。“对愿意进入市场从事经营活动的各类商事主体,政府都应给予鼓励,并对其进行记录。这样不仅可以增加就业机会,政府亦可以增加税收。”<sup>[18]</sup>

在市场经济较为成熟发达的地区,比如广东、上海,已经试水“放松监管”“宽入严管”,实行商事登记制度改革,“以市场化为核心取向,最大限度地放宽市场准入条件,最大限度地发挥市场在资源配置中的决定性作用”。在深圳市,“经营资格许可不再作为商事主体登记的前置条件,取消前置审批为原则的先证后照,营业执照不再记载商事主体的经营范围。”<sup>[19]</sup>在上海自贸区,除中央规定的企业登记前置许可事项外,“企业向登记机关申请登记,取得营业执照即可从事一般生产经营活动”。<sup>[20]</sup>上述变革实际上就是不断限缩由行政行为创设市场主体资格的过程,将部分许可类登记实际转化为确认类登记,实行准则主义,凡是符合法律规定条件的,都给予登记记录,“以事后监督取代事前审批已经成为发展的趋势”。<sup>[15]42</sup>因此,除了少数依然保留下来的许可类登记,其他应该都是行政确认性质的登记。

通过上述分条析理,我们大致已经将缠绕交织在一起的公法行为和私法行为、公法效力与私法效力努力剥离开来。从法律效果产生的原因行为出发,按照是“赋予法律效力”还是“对法律效力的确认”,<sup>[21]69</sup>可以将行政登记分为两类:一是许可类登记。民事上的市场主体资格是由登记行为赋予的。未经许可,任何企业或组织都不具有市场主体资格。二是确认类登记。以何种企业形态进入市场交易,由当事人自己决定。只要符合《中华人民共和国公司法》关于有限责任公司、股份有限公司的规定条件,行政机关便给予登记认可,无需行政机关的事先许可批准。登记只是确认了当事人民事处分的法律效力,并通过记载、公开查询等产生公示效力。

笔者看来,当下行政法学者与民法学者对有关登记性质的认识分歧,以及民法学者之间对有关登记规定的争执,很大程度上都根源于立法上对公法与私法属性不加区分的混合表述。比如,《民法典》第209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,但是法律另有规定的除外。”《公司登记管理条例》第2条规定的公司“设立、变更、终止……应当

依照本条例办理公司登记”,第3条规定的“依法登记……取得企业法人资格”。在行文表述上,二者何其相似。那么,立法者是不是也在表明“不动产物权变动的效力是由登记创设的”呢?显然不是。前者实际上是确认类登记,后者是许可类登记,有着本质不同。因此,对于有关立法规定,必须先厘清捋顺公法与私法的各自脉络,才能准确解释。

### 三、行政确认的准确解读

船舶所有权登记、不动产物权登记都属于确认类登记,具有行政确认的性质,是行政机关对民事关系、民事事实的确认,这种看法是公法与私法学者在登记性质认识上的最大公约数。但是,民法学者对行政确认的认识,至少是在有关登记的法律效力表述上,似乎略有出入。行政法学者认识一致,却为迁就民法规定而表述不够精准。

#### (一) 民法规定与认识

《民法典》第209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,但是法律另有规定的除外。”那么,不动产物权变动的法律效果之发生是登记的结果,还是当事人合意处分的结果?上述法律规定,在笔者解读起来,行政机关的登记行为决定了物权变动是否最终生效,对物权变动应该有着实质性影响,也就是说,物权变动不仅是当事人合意的结果,更是行政机关登记行为产生的效果。那么,登记就不是行政确认,而是行政决定,对当事人权利义务作出了法律上的处分。

其实,民法学者又不是如此理解。登记在不动产物权变动中是生效要件,“但登记本身并非赋权行为,债权合意等当事人的意思表示才是物权变动的基础,登记则标志着当事人之间旨在转移不动产物权的权利义务关系划上句号,然后就是通过登记将该物权变动向社会公示”。“物权变动和债权变动,应该都是当事人效果意思追求的结果”,是当事人意思自治的产物,而不是因登记而产生,“不能把不动产物权变动解释为行政权力的物权授权”。<sup>[10]17</sup>同样,船舶是特殊动产,只要当事人合意,便发生物权变动,不取决于是否登记。

笔者看来,首先,这段阐述至少比法律表述清晰,也符合行政确认原理。其次,为避免误读,对于确认类登记,未来有关民事立法应当有更确切的表述。比如:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,以依法登记为生效的必要要件;未经登记,不发生效力,但是法律另有规定的除外。”

#### (二) 行政法认识与表述

行政法学者对行政确认的认识较为一致,所下定义也大同小异,是指“行政主体对既存的法律事实和法律关系进行审查、认定并宣示其法律效力的行政行为”。<sup>[22]384</sup>或者,“是行政主体对相对方的法律地位、法律关系或者有关法律事实进行甄别,给予确定、认可、证明(或否定)并予以宣告的具体行政行为”。<sup>[14]283</sup>它不是典型的行政行为,也就是说,它不是传统意义上的狭义行政行为,它具有“公权力性”“单方性”,却没有对当事人的权利义务作出法律上的处分,不产生直接的法律效果。“行政确认并不直接形成或处分相对人的权利与义务,它只是对业已存在的权利与义务关系进行认定,所以,它不具有处分性。”<sup>[22]384</sup>“不直接为相对人设定特定作为、不作为或容忍的义务。”<sup>[23]387</sup>而法律效果的发生实际上是当事人在私法上自行处分的结果。比如,船舶所有权转让,是当事人通过合同完成的。只不过将已经形成的法律关系或者法律状态提交给行政机关登记,以国家公信力给予加持,对外公示,让第三人迅速了解现有权利状况。

正是由于确认类登记不是典型的行政行为,在1989年《中华人民共和国行政诉讼法》(简称《行政诉讼法》)第11条、2014年《行政诉讼法》第12条中都没有罗列。严格地说,确认类登记也不符合1991年最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第1条关于“具体行政行为”的定义。但是,在司法实践上,从来不拒绝受理确认类登记纠纷,比如,涉及结婚登记、房产证、工商登记等的行政案件。2004年《最高人民法院关于规范行政案件案由的通知》中将“行政确认”独立地规定为行政行为 and 案由。2020年最高人民法院《关于行政案件案由的暂行规定》中,将行政确认和行政登记分列,将“船舶所有权登记”明确罗列在行政登记之下。

但是,在行政法理论上,对属于行政确认的行政登记之阐述方式,也有不同声音。有的学者一方面承认确认类登记是“对既有的法律关系的记载”,登记行为“只不过是以为之为基础的一个附加行为,不会产生权利义务关系从无到有的变化”,另一方面却认为,登记会“使原有的法律关系的变动生效”,比如“直接形成民事法律关系”“对民事法律关系产生附加影响”等。<sup>[24]18-19</sup>“既有公法上的法律效果,又有私法上的法律效果。”<sup>[15]42</sup>尽管他们也小心翼翼地称之为“行政登记引发的私法效力”、行政登记

“能够产生私法效果”,但是,依然不辨龙蛇,“引发”“产生”是指公法行为直接处分,还是私法上借用登记行为约定发生的私法效力?之所以如此暧昧表述,在笔者看来,或许是为了迁就民法上的规定,也可能是为了积极弥合公法与私法的认识缝隙,但终究是对登记上交织的公法与私法效力没有条分缕析。

#### 四、重读《海商法》第9条第1款

在上述梳理的基础上,我们可以尝试分析《海商法》第9条第1款规定。

##### (一)“应当登记”是公法义务

不少学者认为,《海商法》第9条第1款规定的“应当登记”,与公示对抗主义相龃龉,登记是“船舶所有权人自由选择的一项权利”,不应是一项强制性义务。<sup>[7]335</sup>“作为登记程序启动主要因素的登记申请,应当尊重当事人的意思自治,公权力不应主动介入和干预。”<sup>[4]197</sup>“应当登记”“将人们实际引到登记生效主义”。<sup>[25]</sup>的确,“应当登记”作为私法义务,与登记对抗主义有着内在冲突。

其实,登记作为行政行为,被私法借以产生私法意义之外,本身也具有公法意义。从公法角度看,行政登记是为“交易建立相对稳定的秩序”,为第三人查询“权利状况”,<sup>[2]197</sup>保护交易安全,及时掌控船舶及交易信息,以便后续行政管理。这已超出了私法关注,彰显了公法功能。这也就不难理解,《海商法》第9条第1款从公法上要求船舶所有权变动“应当登记”。不动产物权变动也“通过赋予不动产登记以私法上的效力来落实当事人办理登记这一公法上的义务”。<sup>[26]</sup>因此,“应当登记”可以解释为一项公法义务。

然而,该公法义务却没有设定行政处罚作为担保,无法迫使义务人必须履行,事实上又脱变成倡导性义务。在行政法上,这种错位现象以往也不鲜见。为了弥补缺失,2021年《中华人民共和国行政处罚法》第11条第3款、第12条第3款特别规定,对于上位法规定了强制性义务,却没有规定相应罚则的,允许行政法规、地方性法规补充设定行政处罚。

##### (二)对登记效力的解释

“未经登记的,不得对抗第三人”,是从私法角度解释“未经登记”会对外部第三人产生何种民事效力,也就是物权变动只可能在当事人之间发生对内效力,不能对外产生对抗力。这些都不是行政法问题,不是登记本身形成的行政法效力,而是民事上的规则,是为了解决错综复杂的民事关系争议,借用

登记作为民事上特殊效力的条件。“新的船舶所有人未登记是怠于保护权利的表现。”产生“不得对抗”效果,是民法“不应对其怠于登记的行为提供保护,否则将在实质上损害第三人的利益”。<sup>[6]41</sup>

对于确认类的登记,从公法上看,首先,所有权变动不是登记行为产生的法律效果,而是当事人之间民事处分的结果。“登记并不具有形成力,而仅为表征物权(变动)的手段。”<sup>[5]</sup>行政机关也因此止步于形式审查。对于民事处分的合法性、有效性,行政机关无从核实,只能从形式上检视。经过行政登记,也不意味着物权变动是现实真实发生的,更不能阻止后续的物权变动。形式审查不可能为登记提供充分的公信力基础。其次,行政确认作为非典型的行政行为,根本不具有传统行政行为的完全的确定力,“对法院一般不具有拘束力”,只可以“对司法判决发挥辅助性作用,减轻法院认定事实的负担”。<sup>[23]391</sup>最后,第三人也理应知晓不可以无条件地信赖公示内容。第三人依登记行事,也不可能得到法律的绝对保护。因此,不能绝对地认为,确认类登记作为行政行为能够产生像传统行政行为一样的效力。否则,单凭传统行政行为的确定力和拘束力就足以产生登记的公信力,且为毫无差别对待之对外效力。

那么,如何解释在“形式主义”“意思主义”下,登记又表现出不同效力?如何解释在“登记对抗主义”下还会有诸多不同学术见解和实践可能?<sup>[8]137-142</sup>笔者认为,这是私法效力注入的结果,进而决定了确认类登记的不同公示效力。第一,“形式主义”要求不动产物权变动以登记为生效要件。这补强了登记行为在公法意义上较弱的确定力、拘束力。不动产物权变动不以当事人合意生效,必须依法登记,所有权才在法律上发生转移。登记在依法变更、撤销之前,登记簿上的权利人就始终是法律认可和保护的权利人。所以,登记具有完全的公信力。这不是登记行为产生的确定力、拘束力,而归根结底是私法效力作用的结果。第二,“意思主义”不以登记为生效要件,当事人意思表示就能发生物权变动。登记簿上的权利人与真实权利人可能不一致。这在法律上又是容许的。行政机关通过形式审查又无法核实。因此,无论从私法上还是公法上,都无法保证登记具有公信力。

#### 五、行政机关审查义务

在海商法上,有学者认为,2014年《船舶登记条例》第14条规定的“船籍港船舶登记机关应当对船

船舶所有权登记申请进行审查核实”是实质性审查义务。但是,实践上,“对船舶所有权登记依然采用形式审查。”<sup>[3]114-115</sup>也有学者批评上述立法,认为登记机关的审查应当是形式审查,“登记机关只需审查申请人提交的材料是否齐全、形式上是否符合法律的要求,而不负责对材料真实性的确认。”<sup>[21]101</sup>

在行政法上,对于行政登记的审查方式,也存在意见分歧。一方面学者多倾向形式审查<sup>①</sup>。通常从“降低交易成本”、<sup>[27]</sup>实际可行性上论证,认为实践上登记申请“数量众多”,需要审查的材料林林总总,实质审查会严重影响行政效率。<sup>[24]19</sup> 行政机关只需根据有关规定核查申请材料是否齐全、填写是否规整、有没有漏缺项以及有无明显瑕疵或虚假的材料。“至于契据所载权利事项在实质上是否存在,有无瑕疵,则不过问,登记机关也不承担错误登记的责任。”<sup>[21]71</sup> 另一方面也有学者认为应当实质审查,这是因为,受计划经济强烈影响,“把登记作为纯粹的行政管理手段”,表现为“登记部门的行政化以及登记机关的实质决定权”。“各类登记均由行政机关实施,成为行政机关具体履行行政职权、从事行政管理的方式。这种目的必然需要通过登记事项的实质审查来实现。”<sup>[15]42</sup> 要求行政机关对登记的基础事实,也就是民事关系或民事权属的真实性负责。“如果登记有错误、遗漏、虚伪,而致权利人遭受损害时,登记机关应当承担赔偿责任。”<sup>[21]71</sup>

### (一) 船舶所有权登记应当适用形式审查

从现有研究看,审查方式如何抉择,大致有两个判断标准,一是取决于“社会信用度与市场经济的成熟度”,如果有健全的个人信用制度,当事人也不会“冒失去信用的风险”而去虚报,采用形式审查也无妨。但是,如果市场经济成熟度比较低,就不宜将“申请材料的真实性、合法性寄托于申请人的自律”,实行实质审查就十分必要。<sup>[28]101</sup> 二是在“安全”与“效率”(便捷)之间进行权衡,如果交易安全更重要,就采取实质审查,便捷性更关键,就宜采用形式审查。<sup>[29]</sup>

但是,上述无论哪一种标准,都很难解释在不同登记之间的审查方式为何不同、且也应该不同。因为它们所处的市场经济环境没有差别,都要考虑交易安全与效率,也同样面临工作上的“案多人少”。

其实,在笔者看来,行政机关的审查义务、审查方式与登记行为类型密切相关。法律效果是由登记行为赋予(形成)还是确认之不同,决定了行政机关审查义务的深浅高低亦不同。

#### 1. 许可类登记

民事法律关系的形成、变更或消灭,是登记行为直接处分的结果。行政机关无疑要对有关申请材料进行审慎的审查,包括形式审与实质审。2019年《行政许可法》第34条第3款、第56条也要求,需要对申请材料的实质内容进行核实的,行政机关应当指派两名以上工作人员进行核查。“尽可能地限制、缩小实质审查之适用空间,对登记事项采用最弱的国家干预。”<sup>[28]100</sup> 但是,行政机关仍然要对登记的基础事实负责,因为审查疏漏而导致的损害,也由行政机关承担。该法第7条明确规定,公民、法人或者其他组织“合法权益因行政机关违法实施行政许可受到损害的,有权依法要求赔偿”。

#### 2. 确认类登记

登记行为仅是对既有民事事实、民事状态、民事关系的确认,通过记载、公开查询,对外产生公示效力。登记行为不对当事人的民事权利义务作出法律处分。私法效力完全由当事人合意行为产生。“未经登记,不发生效力”,是私法上以登记为生效的构成要件,“未经登记,不得对抗第三人”,也是规定民事行为特殊效力的条件。这些都与公法无关,都不是公法行为对民事关系直接处分的效果。行政机关不对民事处分的有效性负责。行政机关原则上只对申请材料作形式审查,尽到审慎注意义务。比如,发现申请材料明显虚假的,不得登记。《民法典》第212条第2款尽管也授权登记机构“可以要求申请人补充材料,必要时可以实地查看”,其中“实地查看”似乎有实质审查的意味,<sup>[30]</sup>但也不足以实现实质审查。

船舶所有权登记应当属于第二种情形,《船舶登记条例》第14条规定的“审查核实”,也只能是形式审查。申请材料是否真实有效,仍然必须由申请人负责。该条例第51条以行政处罚作为担保,要求申请人必须保证所提供文件的真实性。该条例第13条、第14条关于船舶所有权登记仅规定了申请人、应当提供的文件与证明、审查要求、审查期限、

<sup>①</sup> “形式审查制是指登记机关只对申请人提交的申请文件进行形式上的审查,对申请文件中所列事项是否真实,登记机关并不作实质上的调查与核实。登记机关的职责在于:审查申请人是否依法提交了申请登记所需的材料;申请登记事项有无违反法律的禁止性或限制性规定;申请材料内容之间是否一致等。而材料本身的真实性则由提供者保证并由其承担相应的责任。”参见朱新力、陈无风:《公私法视野中的行政登记》,发表于《法治研究》,2007年第4期,第19页。

船舶登记簿载明事项等,根本没有登记预告、为第三人提供查阅、第三人异议质证、调查询问、听证等制度,行政机关也没有授予相应调查权力,因此,也根本无法展开实质审查。在“上诉人浙江海鑫船舶贸易有限公司诉被告上诉人中华人民共和国南京海事局船舶所有权登记案”<sup>①</sup>中,法院完全认可登记机关实施形式审查,“船舶登记机关‘对船舶所有权登记申请进行审查核实’应以法定登记申请材料、证明文件是否齐备为原则,对申请材料、证明文件的真实性与合法性的审查,不能以专业鉴定机构的能力要求其审查判断”。

## (二) 形式审查的法律责任

对于属于确认类登记的船舶所有权登记,行政机关未尽形式审查上的审慎注意义务,行政登记将被法院、复议机关撤销。即便行政机关不对基础事实的真实性负责,也已经履行了形式上的审慎审查义务,也会因事实上存在船舶所有权的归属争议,并被法院判决、仲裁决定等确认,或者有证据足以证明基础事实不清,比如虚构、伪造申请材料,导致行政登记被撤销<sup>②</sup>。但是,这又是形式审查自带瑕疵,不能归咎行政机关。行政机关已尽形式审查义务,不会产生行政赔偿责任,只产生更正义务,执法人员也不会被追责。

船舶所有权纠纷仍然经由民事诉讼解决。当事人也可以申请行政诉讼附带民事诉讼,在解决行政纠纷的同时,一并解决民事争议。对于民事上的侵权,因为存在事实上的侵权人,所以,原则上由侵权方承担赔偿责任。行政机关仅就未尽审慎审查义务承担相应的法律责任,包括但不限于对有责任的行

政人员进行追责、给予处分。

民事侵权人无法承担、不能完全承担赔偿责任时,行政机关也可能会承担有限适度的国家赔偿责任。必须满足:第一,损害是由侵权人施加、行政机关登记错误行为共同造成的。第二,行政机关在形式审查上未尽审慎注意义务。第三,登记错误与损害的产生具有一定的因果关系<sup>③</sup>。但是,“对于因受害人自身的原因和过错造成的错误登记,登记机构不应承担赔偿责任”。<sup>[21]73</sup>

由行政机关承担行政赔偿责任,也绝对不是完全的或者补足性的赔偿,更多的是象征性的赔偿。首先,要求国家赔偿,是因为行政机关在形式审查上存在明显疏忽导致登记错误,国家毕竟以公信力对登记内容加持,并对外公示,能够对第三人产生一定的合法预期。第三人基于信赖而实施交易,却被不真实信息误导,遭受损失,行政机关也难辞其咎。其次,第三人应当知晓,行政机关的登记行为无法保证基础事实的真实性,形式审查不能查明民事交易的有效性、合法性。第三人不可能绝对信赖公示内容,民事交易过程中还必须谨慎核实有关信息。因公示信息有误而遭受的损失也无法完全、主要归咎于行政机关。

## 六、结语

船舶所有权登记属于确认类登记,登记行为只是对民事权属的确认,通过记载、公开查询而产生公示效力。登记“不为相对人设定任何权利义务”,“登记凭证所记载的权利义务从根本上取决于基础民事法律关系或法律事实”。<sup>[15]44</sup>“未经登记,不得对抗第三人”,以及登记之后能产生怎样的对抗效

<sup>①</sup> 参见江苏省南京市中级人民法院(2011)宁行终字第109号行政判决书。

<sup>②</sup> 有的学者认为,在形式审查上,行政机关已经履行了审慎注意义务,即使事后发现有关文件是虚假的,也不影响登记的合法性,法院也不能撤销。参见朱新力、陈无风,《公私法视野中的行政登记》,发表于《法治研究》,2007年第4期,第19页。在“林申等诉中华人民共和国广州海事局船舶所有权证书发证纠纷案”中,法院似乎支持这种观点,认为“广州海事局依照《中华人民共和国船舶登记条例》的相关规定,对胡林、段碧华提交的证明其对船舶具有所有权的材料和证明文件进行了审查,在前述材料能够证明胡林、段碧华取得涉案船舶所有权的情形下,向胡林、段碧华颁发《船舶所有权登记证书》(登记号码:xxx08),尽到了审慎的审查义务”。其实,法院也知晓“宏大公司与胡林、段碧华之间不存在真实的船舶买卖,但宏大公司与胡林、段碧华向广州海事局提供的船舶买卖合同书和船舶交接证明书是为林申与宏大公司、胡林、段碧华三方实现‘浚波四’号船舶所有权登记转移而实施的”。但是,对于“林申上诉提出的涉案船舶基础交易虚假、没有购船发票便不符合登记条件、其已经取得涉案船舶所有权而宏大公司不能再次转让等主张”,法院认为属于民事纠纷,不在合法性审查范围。“林申与宏大公司以及胡林、段碧华之间因船舶买卖产生的民事纠纷应另循法律途径解决。”参见广东省高级人民法院(2015)粤高法行终字第407号行政判决书。在笔者看来,如果已有证据指明申请材料作伪、虚构,行政机关却视而不见,仍然坚持登记合法,显然也成问题。既然登记的基础事实不清,行政机关就应该撤销登记,让当事人通过民事诉讼分清是非、权属,然后行政机关再予以登记。

<sup>③</sup> “再审申请人湖北江陵农村商业银行股份有限公司与被申请人湖南省张家界市地方海事局、原审第三人文建平、付克军、黄道雄、黎发林、黎发森船舶行政登记及行政赔偿案”中,一审、二审和再审法院都认为,张家界市地方海事局应当知道涉案船舶“已经初次登记”,却“未尽谨慎审查义务,在未提交原船籍港船舶登记机关出具的船舶所有权登记注销证明书等资料的情况下予以登记,系违法的重复登记”。但是,一审、二审法院不认为海事局应当承担赔偿责任。再审法院在行政裁定书中指出:“江陵农商行基于对张家界市地方海事局办理涉案船舶所有权和抵押权登记的信赖发放贷款,该贷款逾期不能收回给江陵农商行造成的损失,与张家界市地方海事局的违法登记行为存在法律上的利害关系和因果关系,张家界市地方海事局对江陵农商行因此所受损失应承担相应的过错赔偿责任。”参见湖南省高级人民法院(2017)湘行再13号行政裁定书。在这个案件中,存在民事侵权人,再审法院没有进一步指出海事局应当怎么赔偿。在赔偿性质上,再审法院似乎认为海事局应当承担民事赔偿,因为行政赔偿是违法归责,但再审法院却说成“过错赔偿责任”。



力,都是民事上的规则。私法效力的发生,由当事人的意思表示决定,不是公法行为直接创设的效力,却可以从公法上得到进一步解释。

登记行为的类型及其效力,决定了行政机关的审查义务。对于确认类登记,行政机关只是对当事人业已形成的民事权属、民事关系以国家公信力予

以加持,也仅为形式审查,并尽合理审慎的注意义务。申请材料及其民事关系的真实性不由行政机关负责,而由申请人负责。作为登记的基础事实,民事权属或民事关系出现纠纷,波及到登记的合法性,可以通过行政诉讼附带民事诉讼一并解决。

### 参考文献:

- [1]李志文.物权法实施对船舶物权立法的影响[J].现代法学,2008,30(5).
- [2]李志文.论我国船舶所有权登记的属性[J].中国海商法年刊,2003,14(1).
- [3]李小年,李攀.《物权法》第24条规定对船舶所有权变动的影晌[J].法学,2009(11).
- [4]王亦白.论不动产登记的私法和公法双重属性[J].行政法学研究,2018(1).
- [5]郭志京.也论中国物权法上的登记对抗主义[J].比较法研究,2014(3):96.
- [6]王立志.船舶所有权登记效力的规范解释[J].法律适用,2010(9).
- [7]黄永申.论船舶所有权的转让、登记与保护[J].中国海商法年刊,2008,19(1).
- [8]龙俊.中国物权法上的登记对抗主义[J].法学研究,2012,34(5).
- [9]尹飞.不动产登记行为的性质及其展开——兼论民法典编纂中不动产登记制度的完善[J].清华法学,2018,12(2):46.
- [10]司伟.论不动产登记与权属确认——兼论对《物权法司法解释一》第2条的理解[J].法律适用,2016(5).
- [11]王轶.物权变动论[M].北京:中国人民大学出版社,2001:93.
- [12]章剑生.行政不动产登记行为的性质及其效力[J].行政法学研究,2019(5):36.
- [13]王达.对不动产登记的行政法思考[J].行政法学研究,2007(2):90-91.
- [14]姜明安.行政法与行政诉讼法[M].3版.北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2007.
- [15]李昕.论我国行政登记的类型与制度完善[J].行政法学研究,2007(4).
- [16]关于中华人民共和国行政许可法(草案)的说明[EB/OL].[2021-05-06].[http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2003-10/30/content\\_5323224.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2003-10/30/content_5323224.htm).
- [17]武力.中国计划经济的重新审视与评价[J].当代中国史研究,2003,10(4):37,42.
- [18]朱慈蕴.我国商事登记立法的改革与完善[J].国家检察官学院学报,2004,12(6):19.
- [19]艾琳,王刚.商事登记制度改革的行政审批视角解析——兼评广东省及深圳市商事登记制度改革的实践[J].中国行政管理,2014(1):20.
- [20]杨峰.上海自贸试验区商事登记制度的改革与完善[J].法学,2014(3):105.
- [21]王克稳.我国不动产登记中的行政法问题[J].法学,2008(1).
- [22]胡建森.行政法学[M].4版.北京:法律出版社,2015.
- [23]姜明安.行政法[M].北京:北京大学出版社,2017.
- [24]朱新力,陈无风.公私法视野中的行政登记[J].法治研究,2007(4).
- [25]刘本荣.我国船舶物权登记对抗主义的实际运行与匡正[J].中国海洋法学评论,2008(1):108.
- [26]吴光荣.不动产登记与不动产权属确认的实体与程序问题研究[J].法律适用,2014(10):29.
- [27]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[J].法学杂志,2006(6):107.
- [28]章剑生.行政许可审查标准:形式抑或实质——以工商企业登记为例[J].法商研究,2009,26(1).
- [29]杨宏云,孙春雷.形式审查还是实质审查——物权法不动产物权登记审查的解析及完善[J].学术界,2008(5):185.
- [30]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[J].政治与法律,2012(3):138.