

# 不动产登记申请的法理与规则

屈茂辉\*

---

**内容提要：**登记申请是不动产登记的主要启动机制。申请行为本质上为有相对人的表意行为，但不属于法律行为，具有程序法行为的特质。登记申请应当实行到达生效主义，不能撤销但可以撤回，撤回登记申请须在登记完成前进行。登记申请的主要效力在于对登记机关的形成力、对登记程序的启动力、对物权变动的彰显力、对登记顺位的预定力。因虚假的登记申请资料引致的登记错误，登记机关应当对受害人承担赔偿责任，尔后向登记申请人追偿。

**关键词：**登记申请 程序法行为 到达主义 共同申请

---

依据物权公示原则，不动产物权的享有和变动应当进行登记。我国物权法草案专门规定了不动产登记的主要规范；已制定的法律法规中虽有关于不动产登记的不少规范，但这些规范比较零散，而且不合法理者颇多。因此，基于登记作为不动产物权公示方式的重要地位，按照学者的普遍认识和全国人大的立法规划，在我国物权法颁布之后接下来就应当抓紧制定不动产登记法。不动产登记的启动主要依赖于申请权人的申请，〔1〕但有关不动产登记申请的研究在我国民法学界还未引起应有的关注。〔2〕本文拟对此进行初步的探讨。

## 一、登记申请的法律性质

不动产登记申请，即民事主体请求登记机关做出登记的行为。关于此申请行为属于什么性质，学界的分歧即在于该行为是否属于法律行为。有的学者认为登记申请的性质是物权行为，因为在初始申请登记中，申请人须有要求确认其对物有所有权的意思表示，申请变更登记中有双方要求所有

---

\* 湖南大学法学院教授，中国社会科学院法学研究所博士后流动站研究人员。

本研究得到教育部“新世纪创新人才支持计划”的支持。

〔1〕登记的启动，依各国立法例大体有三种形式，即当事人申请、有关公权力机关的嘱托和登记机关的自主行为。登记申请为登记的主要启动形式，仅在特定情况下才会出现自主登记的情形。这在德国登记法上体现为申请原则（Antragsprinzip），即登记总是由申请人提起登记申请，不允许在没有申请人提出申请的情况下登记机关就进行登记、涂销或者更正。此外，有关国家公权力机关为了达到维护公共利益（如土地征收）、维持私人合法权益（如法院实施查封等措施）等公共职责的目的，要求登记机关通过登记行为予以协助，由这类公权力主体引发的登记启动机制为登记嘱托。参见李昊、常鹏翱、叶金强、高润恒：《不动产登记程序的制度建构》，北京大学出版社2005年版，第230页。

〔2〕现在能够见到的只有常鹏翱、王茵等人的成果。参见上引书，第230页以下；常鹏翱、王启莺：《不动产物权登记程序的法律构造》，载蔡耀忠主编：《中国房地产法研究》第2卷，法律出版社2003年版，第548页以下。

权移转的合意, 申请登记包含申请人取得所有权或移转所有权的目; 同时, 我国城乡建设环境保护部 1984 年发布的《城镇房屋所有权登记暂行办法》上将房地产变动申请登记作为物权变动的合意, 该办法第 4 至 8、10 和 13 条规定, 证明申请登记具备了物权行为的全部成立要件, 它就是一个物权合意。<sup>〔3〕</sup> 孙宪忠先生认为: “登记同样是一种法律行为, 而作为法律行为, 必须考量登记中的意思表示。”<sup>〔4〕</sup> 另外一些学者认为, 登记申请在性质上属于纯粹的程序行为, 因为德国法学说对此有着非常清晰的界定。<sup>〔5〕</sup> 如《迈克勒土地登记法评论》认为: “登记申请为纯粹程序性表示。它属于‘表示行为’, 且需官署受领。它并非法律行为, 尤非处分行为, 并非实体权利变动之要件。”<sup>〔6〕</sup>

基于不动产登记法为物权程序法的本性,<sup>〔7〕</sup> 登记申请虽然属于申请人向登记机关做出的请求其履行登记行为的意思表示, 但是, 显然不能将之归于法律行为的范畴。这是因为, 依照法学界关于法律行为的通行看法, 法律行为即指民事主体之间以意思表示为要素而依这一意思表示发生法律效力行为。登记申请人的申请行为, 尽管需要受领机关的受领, 但是性质上应为单方行为, 其虽然具有意思表示的要素, 可受领该行为者为登记机关, 与法律行为迥然有别。在基于法律行为发生的物权变动中,<sup>〔8〕</sup> 物权变动的当事人在申请登记时已经确定地就物权变动达成了合意, 基于这种合意, 再向登记机关做出请求登记的意思表示。登记是否具有决定这种物权变动合意的效力, 则因不同的物权变动模式而有所区别。在意思主义物权变动模式下, 登记之前物权变动已经生效; 在形式主义物权变动模式下, 登记具有决定物权变动的合意是否生效的作用。在非基于法律行为发生的物权变动中, 登记之前物权变动已经生效, 登记的申请不以物权变动的合意为基础, 但含有登记的意思表示。登记机关接受这种意思表示之后, 经过审查、记载, 即可发生申请人想要发生的私法效果。然而, 登记机关对于登记申请的受理或者称为“登记许可”, 属于其履行职责的行为, “不能有私法自治的适用余地”,<sup>〔9〕</sup> 对于申请人符合法定条件的申请只能接受而不能基于自身利益的考量依自主意思决定接受或者不接受。此点与法律行为的趣旨迥异, 不能不察。

我认为, 在不动产登记法是物权程序法的大前提下, 申请行为具有程序法行为的意义, 这是申请行为的基本属性。申请处于登记程序机制之中, 其一旦运行, 就要引发登记机关的相应行为, 并可能涉及到其他人, 如对登记提出异议抗辩的利害关系人。因而, 从整体上看, 申请仅仅是登记程序中的一个环节, 它不能像法律行为一样具有独立存在的意义。从这个角度理解, 申请行为与司法诉讼程序中的起诉具有相同的性质, 均是引起公共权力机关依据职权从事相应行为的表示。登记申请是希冀登记机关进行登记的意思表示, 它不是法律行为中的意思表示, 而仅仅是纯粹的程序性行

〔3〕 参见赵勇山:《论物权行为》,《现代法学》1998年第4期。应当指出的是,笔者所能查到的国家城乡建设环境保护部制定的《城镇房屋所有权登记暂行办法》颁布于1987年4月21日。

〔4〕 孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社1997年版,第133页。

〔5〕 Holzer-Kramer, Grundbuchrecht, S. 50.; Demharter, Grundbuchordnung, 21. Aufl., Verlag C. H. Beck, 1994, S. 179; 前引〔1〕,李昊等书,第230页。

〔6〕 《迈克勒(Meikel)土地登记法评论》第1卷,条文,导论,第1条至第16条,慕尼黑,1986年版,第620页。转引自田士永:《物权行为理论研究——以中国法和德国法中所有权变动的比较为中心》,中国政法大学出版社2002年版,第198页。

〔7〕 关于不动产登记法的性质,德国民法将其定位于不动产法的程序法,日本将其视为不动产法的特别法,我国民法学界的主导性意见认为,它属于物权法体系的重要组成部分,为附属于物权实体法的程序法。参见孙宪忠:《中国物权法总论》,法律出版社2003年版,第111页。不过,由于我国现实中的不动产登记机关为行政机关,因而我国法学界(主要是行政法学界)和司法实务界的不少人仍然认为不动产登记法属于行政法。

〔8〕 该法律行为是否仅为债权行为或者物权行为,学术界亦有重大争议。参见王泽鉴:《民法物权》第1册,1997年自版,第82页。

〔9〕 前引〔6〕,田士永书,第199页。

为。<sup>[10]</sup>如此，对于申请行为，不能直接适用民法中的法律行为制度，而只能根据规范目的以及利益类型进行类推适用。<sup>[11]</sup>其最突出的表现就是登记申请不能被撤销，即使当事人主观上并没有申请登记的意愿，但只要其向登记机关递交了登记申请以及相关文件，而且登记机关据此办理了登记，就足以表明申请作为程序行为已经运行并因为最终效力的产生而失去了意义。如果不肯定这一点，就将导致整个登记程序丧失不可逆性的基本运作规律和特点，登记程序也就不足以称为程序。<sup>[12]</sup>诚然，正如下文所言，在登记完成之前，申请是可以被撤回的，但这与撤销完全不同。

当然，在物权行为理论看来，登记为物权行为的组成成分或者是物权行为的外在形式或表现形式。<sup>[13]</sup>姚瑞光先生认为：“物权行为，由物权的意思表示，与登记或交付相结合，而成立要式行为。”<sup>[14]</sup>谢在全先生的看法是：“物权行为系物权变动之意思表示，与登记、书面或交付相结合之法律行为。”<sup>[15]</sup>王泽鉴先生也认为：“惟无论我们对物权行为采取狭义说或广义说，依法律行为而生之物权变动，必须具备意思表示及交付（动产）或登记（不动产）二项要件，则无疑问。”<sup>[16]</sup>显然，在学者们普遍看来，登记仅为物权行为的要件而已，<sup>[17]</sup>不但在原因行为之外须另有物权行为，而且物权合意也与登记相区别。“物权行为就其固有意义而言，仅指当事人欲使发生物权变动之意思表示”。<sup>[18]</sup>物权合意直接决定了登记或交付行为的实施，由于交付或登记都是基于物权合意而产生的行为，无论是通过交付或登记设立所有权或他物权，都取决于物权合意的内容。<sup>[19]</sup>其实，从前面的分析可以认为，如果存在所谓独立的物权合意，其也就是在进行登记申请时就推定存在的当事人关于物权变动的合意。在原因行为之外另行存在一个仅以登记为要件的行为尤其是还要以书面形式体现，<sup>[20]</sup>实在是无法想像的。因此，所谓的物权契约只能在登记申请时得到体现，<sup>[21]</sup>舍此则无物权契约可言。换言之，所谓的物权契约只能以登记申请为载体。从这个意义上说，物权行为的解释性意味难以完全排除。

这里必须要讨论登记同意与物权行为之间的关系。

所谓登记同意，是指登记义务人对登记申请所表示的同意。根据学者总结，登记同意具有以下特性：第一，它指向的对象是登记机关，是由登记机关受领的单方意思表示。第二，它可能是无效或者可撤销的，但是，在实体法上意思表示没有瑕疵，在登记完成之后，登记同意的撤销不能改变权利状况。第三，它是抽象的意思表示，不依赖与其关联的权利基础。比如，A以用益权无效为由，请求在登记簿中记载的用益权人N更正登记。B同意更正，使得用益权消灭。在此，即使用益权是有效的，此登记同意没有权利基础，其也具有登记程序法上的有效性。第四，即使出于无权代理，登记同意被代理提出也是被许可的。如果登记义务人是限制行为能力人、无行为能力人，登

[10] 参见前引〔5〕，Holzer-Kramer书，第50页；Demharter书，第179页。

[11] 参见〔德〕弗里德里希·克瓦克：《德国物权法的结构及其原则》，孙宪忠译，载孙宪忠：《论物权法》，法律出版社2001年版，第667页。

[12] 参见前引〔2〕，常鹏翱等文，第555页。

[13] Mühener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht, 3. Aufl., Verlag C. H. Beck, 1997, Seite 139. 转引自前引〔7〕，孙宪忠书，第267页。

[14] 姚瑞光：《民法物权论》，1988年自版，第18页。

[15] 谢在全：《民法物权论》上册，中国政法大学出版社1999年版，第68页。

[16] 王泽鉴：《民法学说与判例研究》第1册，1996年自版，第277页。

[17] 关于交付、登记为物权行为的生效要件还是成立要件，我国法学界一直很有争议。参见苏永钦：《物权行为的独立性与相关问题》，载苏永钦主编：《民法物权争议问题研究》，台湾五南图书出版公司1999年版，第11页以下。

[18] 前引〔16〕，王泽鉴书，第277页。

[19] 参见王利明：《物权法论》，中国政法大学出版社2003年版，第133页。

[20] 我国台湾地区民法第760条规定：“不动产物权之移转或设定，应以书面为之。”而对于该条的规范意义，则有物权行为书面说、债权行为书面说、债权行为与物权行为说、登记文件说。台湾地区法院及黄右昌先生、王泽鉴先生、谢在全先生等许多人皆采物权行为书面说。参见前引〔8〕，王泽鉴书，第84页以下。

[21] 在交付中，物权契约则只能体现在交付请求与交付承诺中。

记同意必须由其法定代理人做出。第五,只要实体法上的意思表示不同时介入登记同意,登记同意即对实体权利状况没有影响,而且,登记同意也没有处分的意味,但是要将其当作处分看待。因此,它通过登记状态的变动导致权利地位的变化,故其适用德国民法典第185条有关无权处分的规定。<sup>[22]</sup>关于登记同意的法律性质,德国法学界长期存在着争论,主要有以下三种观点:一是纯粹的法律行为说。这种观点为先前的少数说,由于其并不符合德国物权实体法与程序法的分离状况,不能合理解释登记同意与物权合意等实体法上意思表示的关系,显然不妥。二是纯粹的程序行为说。该说认为,登记同意不能适用实体法中的法律行为制度,只能依据登记程序法对此进行规制,这就使得登记同意与物权合意等实体法意思表示相互分离。这样,登记同意与登记申请等一起构建了物权程序行为,它们不同于法律行为。三是双重法律属性说。该说认为登记同意不仅是程序行为,而且是实体处分行为。这种观点是先前的主导说,但其模糊了法律行为和程序行为的界限,具有第一种观点的缺陷。从理论上讲,物权合意和登记同意具有本质上的区别,<sup>[23]</sup>两者似乎不能相互替代。但是,这些差异纯粹是理论分析和抽象,而在不动产物权变动交易实践中,登记义务人之所以表示登记同意,愿意承受登记簿中的不利益,往往就在于其已经与对方当事人达成了物权合意,即登记同意能够替代物权合意,这是通常交易规律的表现。换言之,物权合意时就包括了登记同意,物权合意可以转化为登记同意。<sup>[24]</sup>实际上,德国法确实也采用了登记同意替代物权合意的做法,其理由就在于立法者通过生活经验推断,同意其权利在登记簿中被转让、设置负担、变更或者涂销者,必定与合同对方当事人就实体权利基础变动达成了合意。<sup>[25]</sup>从这个角度分析,与其说是物权行为的独立性,到不如说是登记的独立性。

现在的问题是,登记申请人的登记申请合意是否当然地内含于不动产物权变动的原因行为当中。<sup>[26]</sup>在我看来,一般情况下,登记申请合意应当属于不动产物权变动的原因行为之中,但是,在原因行为生效后,当事人未即时完成登记的,当事人可以改变自己的意思。以买卖为例,此时可能出现三种情况:一是出卖人维持移转不动产所有权的意思不变愿意办理登记,买受人也做出接受不动产所有权移转的意思表示,双方达成登记的合意,下一步即双方做出申请登记的行为;二是出卖人做出移转不动产所有权的意思表示,买受人做出不接受不动产所有权移转的意思表示,双方达不成登记的合意;三是出卖人做出不移转不动产所有权的意思表示,买受人做出要移转不动产所有权的意思表示,双方也达不成登记的合意。换言之,当事人的登记申请合意与当事人移转所有权的义务是两个不同的问题。

## 二、登记申请的形式、生效与撤回

虽然从法理而言,不动产登记的申请,当事人可以以口头形式进行也可以书面形式进行,但从不动产登记实践看,登记申请主要采取书面形式,即提交登记申请书。申请书一般包括申请人身份、登记类型、登记原因、标的等内容。与此同时,申请人还必须提交身份证明、登记原因证明文书(即不动产物权变动原因的证明,如行政许可文件、遗嘱等)、登记义务人的权利证明(即登记义务人的权利证明文书或者登记簿中的权利编号)、申请所涉及第三人的同意证明以及法律规定的其他文书。

[22] Schwab-Prütting, Sachenrecht, 27. Aufl., Verlag C. H. Beck, 1977, S. 118—120. 转引自前引[2], 常鹏翱文, 第574页。

[23] Weirich, Grundstücksrecht, Verlag C. H. Beck, 1985, S. 120.

[24] 前引[22], Schwab-Prütting书, 第119页;前引[23], Weirich书, 第117页。

[25] 前引[23], Weirich书, 第117页。

[26] 以登记为公示方式的动产物权变动也是如此,为表述方便,只论及不动产物权变动。

由于登记申请属于有相对人的表意行为，因此登记申请的完成，应当满足三个要件：其一，申请人必须向登记机关做出登记的表示；其二，申请人必须适格，即属于有申请权的人；其三，登记机关完成申请人登记申请表示的受领。

登记申请的生效问题，首先涉及到登记申请从什么时间开始生效。登记申请既然性质上属于申请人意思表示，那么，其生效当然应当遵循意思表示生效的基本法理。关于意思表示的生效，从理论上讲有完成时、发出时、到达时、了解时等时间点可供考虑，遂有不同的主义，而其应用亦复有不同的立法例。由于登记申请是申请人向登记机关提出，申请发出时、完成时，登记机关都不一定知晓申请人的申请，因而不能采信；而如果将申请生效的时间确定在登记机关了解当事人的申请时，则又难免登记机关因某种原因本已了解却以不了解为借口使申请人的申请不能适时生效，从而可能有害于申请人；所以，登记申请应当自到达登记机关时生效。<sup>[27]</sup>如果是申请人当面提出申请，到达生效自然不存在什么问题，但假如申请人是通过信件提出申请，则依据邮政惯例，信件到达登记机关的信箱即视为达到，可此时登记机关的确尚不知道申请人的申请意思，使之生效，对登记机关而言，可能要求稍微严格了些。基于对当事人利益和登记机关利益的衡量，我认为学理和立法应当倾向于照顾当事人的利益。换言之，此种情形下，采取到达主义也是可行的。其实，书信属于非对话的意思表示形式，按照德国法学理，适用到达生效规则。依据数据电文的法理，申请人采取数据电文提出申请的，登记机关指定的特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为达到的时间；未指定特定系统的，该数据电文进入登记机关任何系统的首次时间应当视为达到时间。<sup>[28]</sup>

登记申请生效的问题还涉及到对哪些人产生拘束力的问题。从登记申请法律关系的构成分析，登记申请一旦生效，首先要对登记当事人产生拘束力。适格的登记申请人提出的登记申请，无论是共同申请还是单独申请，只要在登记完成之前，申请人即可撤回申请。倘若登记申请人不适格，则其他的适格申请人即可主张申请无效。登记申请生效还对登记机关产生拘束力，从登记申请生效之日起，登记机关即有权开展审查等后续的工作。

依据意思表示的一般学理，撤回是在意思表示到达对方之前或者在到达对方的同时，表意人又向受领意思表示者发出通知以否认前一意思表示效力的行为；而意思表示的撤销，则是意思表示到达对方之后、对方做出答复之前，表意人又向其发出通知以否认前一意思表示效力的行为。因此，从表面看，在登记完成之前，由于登记申请已经生效，申请人对于自己的申请，只能撤销而非撤回，可是，登记申请毕竟不同于法律行为中的意思表示，民法中的法律行为制度不能直接适用于登记申请等程序性行为，只能根据规范目的以及利益类型进行类推适用，<sup>[29]</sup>我们不能武断地就此得出结论。登记申请在性质尚十分类似于诉讼程序中的起诉，即它们均是引起国家公权力机关依据职权从事相应行为的表示。即使当事人主观上并没有申请登记的意愿，但只要其向登记机关递交了登记申请以及相关文件，并且登记机关据此办理了登记，就足以表明申请作为程序行为已经运行并因其最终效力的产生而失去了意义。所以，登记申请不能被撤销。换句话说，就像起诉可以在一定条件下撤回一样，登记申请即使已经生效，但只要在登记完成之前，申请人都可以撤回。<sup>[30]</sup>

由于撤回登记申请是申请人的一项权利，故在原则上，只要在登记完成之前，申请人撤回申请

[27] 《深圳经济特区房地产登记条例》第15条规定：“登记机关收到申请人的申请登记文件之日，为申请登记日。”

[28] 参见我国合同法第16条。

[29] 参见前引[11]，弗里德里希·克瓦克文，第667页。

[30] 这里应当注意瑞士对于登记申请撤回立场的变化：瑞士早期学说与实务认为只要在登入主登记簿之前，物权人可以撤回申请；现行通说则认为，当物权人提出申请而登入受理的日簿时，物权的处分权限已经完全转移到受让人，即从完成申请开始，物权人就丧失了对物的处分权，自然不得再撤回。参见苏永钦：《物权行为的独立性及相关问题》，载苏永钦：《跨越自治与管制》，台湾五南图书出版公司1999年版，第277页。

的,登记机关就应当尊重申请人的意志,同意申请人撤回申请。不过,在共同申请中,全体申请人提出撤回申请的,即按上述原则办理;倘若只有部分申请人提出撤回申请的,则应由登记机关对撤回申请予以评判,主要是看登记申请的撤回是否可能损害社会公共利益或者损害其他利害关系人的利益,如果是肯定判断则不得准许撤回登记申请。比如,在共同继承登记中,一个继承人撤回登记申请不能影响他人的登记申请,登记机关应该准许这种撤回,但其他人的登记申请仍然要发生法律效力。又比如,在因买卖而导致的所有权移转登记情况中,只有一方申请人提出撤回申请,而另一方不同意撤回的,为了平衡当事人的利益,登记机关就不能准许撤回。在这种情况下,登记机关应当中止登记程序,在当事人共同同意撤回申请、不再撤回申请或者法院、仲裁机关确认权利归属时,再做出同意撤回申请或者继续登记的决定。<sup>[31]</sup>

应当指出的是,登记申请人撤回登记申请同样应当采用书面形式,其中需要有明确的撤回申请的意思表示,但无需陈述撤回申请的理由。在共同申请的情形下,撤回登记申请的书面表示应当由共同申请人共同向登记机关做出;在代理申请登记的情形下,申请人可以亲自做出撤回登记申请的意思表示,也可以由代理人代为申请撤回,但此时代理人应当向登记机关出具申请人撤回登记申请的授权文书。如果撤回申请的表示不符合上述形式要求,应当视为申请没有撤回,登记机关仍然应继续完成登记。<sup>[32]</sup>

### 三、登记申请的方式与效力

#### (一) 登记申请的方式

关于不动产登记的方式,依理可以由当事人自己申请也可以由当事人的代理人申请。至于是一方当事人单独申请还是全体当事人共同申请,从德、日等国的法制来看,以共同申请为原则,以单独申请为例外,立法一般只对单独申请做出特别规定。我国台湾地区《土地登记规则》采用概括性规定的方式确认共同申请原则。该规则第27条规定:“土地登记,除本规则另有规定外,应由权利人及义务人会同申请之。”然而,我国大陆各地的不动产登记法规、规章对于共同申请往往采取例举式外加兜底条款进行规定。根据这些地方立法,应当进行共同申请的情形主要基于民事法律行为发生的物权变动,具体而言,包括:(1)买卖;(2)交换;(3)赠与(不含遗赠);(4)抵押;(5)典当;(6)分割;(7)合并;(8)法律、法规规定的其他情形。<sup>[33]</sup>湖南省还在这些情形外增加了国有房产划拨,投资入股、联营、兼并、分立,已经发生法律效力的人民法院的判决、裁定、调解,已经发生法律效力的仲裁机构的裁决、调解等。<sup>[34]</sup>从法理上分析,既然共同申请为原则、单独申请为例外,那么,立法就没有必要对共同申请加以明文规定。我国地方立法之所以这么做,其根本原因还在于法治化水平不高。

对于共有的情形,我国台湾地区《土地登记规则》第32条规定:“共同共有之土地,共同共有人中之一人或数人,为全体共同共有人之利益,得就共同共有土地之全部,申请为共同共有之登记。登记机关关于登记完毕后,应将登记结果通知他共有人。”依该规则的规定,共同共有(即我国

[31] 前引[1],李昊等书,第252页。

[32] 参见前引[2],常鹏翱等文,第559页。

[33] 参见《上海市房地产登记条例》第6条、《深圳市房地产登记条例》第13条第1款、《珠海市房地产登记条例》第10条、《福建省城市房屋产权登记条例》第8条等。再如《重庆市土地房屋权属登记条例》第13条规定:“因下列情形申请土地房屋权属登记的,由当事人各方共同申请或依法委托一方申请:(一)买卖、交换、抵押或赠与,但遗赠除外;(二)共有房屋的权利设定;(三)权属发生转移的权利人增加或减少。前款规定以外的土地房屋权属登记,由申请人单方提出申请。”

[34] 参见《湖南省城市房屋产权产籍管理条例》第10条。正如下文所要讨论的,基于公权力发生的物权变动,应当列入单独申请的范畴,规定共同申请似乎不合情理。

大陆的共同共有)的土地可以由共有人之一单方申请,因为此时可能会因共有人众多,无法全体会同申请登记。而按份共有则应适用一般规则,采用共同申请的方式。<sup>[35]</sup>而我国大陆对于共有的房屋或者房地产的登记申请,则因地区不同而有差异,有的地方没有区分按份共有和共同共有,统一规定实行共同申请规则;<sup>[36]</sup>有的地方则规定,共同共有实行共同申请,按份共有实行单独申请。<sup>[37]</sup>

单独申请的情形,依理应当明文规定。瑞士民法典第665条第2项即规定:“在先占、继承、征收、强制执行或法院判决等情况下,取得人得自行请求登记。”我国台湾地区《土地登记规则》第28条规定:单独申请的具体情形有土地总登记、建筑物所有权第一次登记、因继承取得土地权利的登记、因法院拍定或判决确定的登记、依台湾地区土地法第69条规定为更正登记、依台湾地区土地法第12条第2项规定为回复所有权的登记、依台湾地区民法第769条或第770条或第772条规定因时效完成所为的登记、依台湾地区土地法第133条规定为取得耕作权或所有权之登记、标示变更登记、更名或住址变更登记、消灭登记、依台湾地区民法第1185条规定应属国库的土地登记、预告登记或其涂销登记、法定抵押权或法定地上权的登记、其他依法律得单独申请登记的等15种。我国大陆地区上海、深圳、珠海、山西等地规定,单独申请的情形主要有:土地使用权或建筑物、附着物所有权的初始登记,以划拨或者出让、租赁等方式取得土地使用权,经批准取得集体所有的非农业建设用地使用权,因继承或遗赠取得房地产的转移登记,因人民法院已经发生法律效力判决、裁定和调解而取得房地产权利的有关登记,仲裁机构已经发生法律效力的裁决、调解,名称、地址或者房地产用途等的变更登记,因土地使用年限届满的、未设定他项权利的房屋所有权的注销登记,因房地产权利证书灭失、破损而重新申领、换领房地产权利证书,办理预购商品房或者未预售的在建商品房所有权预告登记等等。<sup>[38]</sup>可见,单独申请的情形主要为初始登记(如建筑物所有权的第一次登记)、基于民事法律行为以外的原因如法院判决、仲裁机构的裁决、继承等产生的物权变动情况以及特定的变更登记、注销登记、预告登记等。

由上分析可以得出的结论是,我国大陆地区由于没有统一的不动产登记法,各省市房地产登记、城市房屋权属登记立法在登记的申请方面存在不少的区别,形成了在一个法制统一的国家中不动产登记程序不统一的局面,而这种状况显然有悖于我国建设社会主义法治国家的目标,也十分不利于不动产登记法制的统一和科学化。因此,在物权法颁布后必须尽快制定一部统一的不动产登记法。我国物权法草案第10条第2款第一句“国家对不动产实行统一登记制度”就显得非常必要和正确。

代位申请是不动产登记申请中的一种重要的申请类型,是指登记权利人怠于申请登记时,与其有利害关系之人为了保全自己利益,以自己的名义向登记机关申请登记。<sup>[39]</sup>日本和我国台湾地区的不动产登记法都规定了代位申请制度。日本不动产登记法第46条之2规定:债权人可以依民法典第423条的规定代位债务人申请登记,申请时,应于申请书中记载债权及债务人的姓名或者名称、住所或事务所及代位原因,并附具证明代位原因的文件。依据日本不动产登记法93条之2的规定,第46条之2的规定还准用于区分建筑物标示登记的申请。我国台湾地区《土地登记规则》

[35] 前引〔1〕,李昊等书,第252页。

[36] 参见《上海市房地产登记条例》第8条、《南京市城镇房屋权属登记管理办法》第9条、《天津市房屋权属登记条例》第9条、《福建省城市房屋产权登记条例》第7条第3款等。

[37] 如《珠海市房地产登记条例》第12条的规定。

[38] 参见《上海市房地产登记条例》第7条、《深圳市房地产登记条例》第13条第2款、《珠海市房地产登记条例》第11条、《山西省城市房屋权属登记条例》第9条等。

[39] 有的学者还将在共同共有、共同继承等共同关系中,其中一人或者数人为了全体权利人的利益,在其他权利人未申请的情况下所进行的登记申请,称为代位申请的另一种类型。参见前引〔1〕,李昊等书,第246页。

第33条规定了建物灭失时由利害关系人代位进行的消灭登记。此外,我国台湾地区土地法第34条还规定了共有人的代位申请,强制执行法第11条也规定了经法院核准或裁判而进行的代位登记。<sup>[40]</sup>反观我国合同法第73条关于债权人代位权的规定,可以认为,我国合同法上债权人的代位权仅限于债权,范围比较窄,为全面保障债权人的合法权益,我国未来的不动产登记法应当像日本不动产登记法那样,赋予债权人可以依合同法第73条的规定代位债务人申请不动产登记。

## (二) 登记申请的效力

关于不动产登记申请的效力,有学者将其概括为两个方面:(1)形式效力方面,包括启动登记机关的登记行为、决定登记机关的行为范围;(2)实体效力方面,包括决定登记完成的顺序、影响不动产物权的善意取得、产生期待权、强化物权变动意思表示的约束力、排斥时间在后的所有权转移登记申请等。<sup>[41]</sup>这一看法比较全面地概括了不动产登记申请的效力,应当说是很有见地的,但在在我看来,不动产登记申请的主要效力在于以下四个方面:

### 1. 对登记机关的形成力

登记申请的形成力,是指登记申请人的申请行为具有能使登记法律关系发生的效力,即能形成具体的登记法律关系状态。换言之,它是登记申请人的单方行为所产生的、要求行政主体为一定行为的效力。登记申请人依法做出的这类行为不是乞求,而是以一定法律后果为保障的要求,因而能对登记机关形成特定约束。登记机关必须对当事人的申请有所表示或者行为,即对申请进行审查,在审查后做出登记或者不登记的决定。同时,登记机关不能存在任何无视申请、脱离申请或者超越申请的登记行为,在审查申请和办理登记时,必须依据申请的内容范围进行操作;在解释申请时,必须尊重申请书的原意。

此外,登记申请的这种形成力还体现为凭借法律的强制力对登记机关产生强制执行力。登记申请人的行为单独不能对登记机关产生直接强制力,但该行为可以启动并借助有关国家机关的监督权力而形成对登记机关的强制力。如果登记机关在登记申请生效后不作为,则登记申请人可借助司法机关的司法审查权强制登记机关按照登记申请人的申请内容积极行为。

### 2. 对登记程序的启动力

登记申请人的登记意思是登记机关从事登记行为的动因,没有申请,就没有登记机关的登记行为。换言之,登记申请人的申请和登记机关的登记行为在逻辑上属于因果关系。<sup>[42]</sup>

### 3. 物权变动的彰显力

如前所述,在德国法上,登记申请一旦做出即表明当事人形成了登记同意,而登记同意往往就表征着物权合意。即使在实行登记对抗主义的法国、日本,当事人一旦申请登记,即表明其物权变动具有稳固性,当事人不会就已经发生的物权变动存在任何的反悔。因此,登记申请实际上还给所有权人的处分权施加了限制,所有权人不能轻易实现“一物二卖”。也就是说,登记申请一旦生效,即对后来的所有权转移登记申请产生阻断作用。

### 4. 对登记顺位的预定力

所谓顺位,就是某个具体的不动产物权在不动产登记簿所记载的一系列权利所构成的顺序中占有的位置。任何不动产均可以承担性质各不相同的多个物权,如所有权、用益物权、抵押权等。在现代市场经济条件下,不动产经济功能的多样性使得这些权利可以同时存在于不动产登记簿上,这些权利的实现必然存在着竞争,解决不动产物权竞争的矛盾的方法,就是依法确定这些权利实现的

[40] 参见杨松龄:《实用土地法精义》,台湾五南图书出版公司2000年版,第139页。

[41] 前引[1],李昊等书,第252页以下。

[42] 前引[2],常鹏翱等文,第560页。



先后顺序。而顺位的建立首要的是登记在先原则，<sup>[43]</sup> 由于申请在先即登记在先，德国土地登记簿法第 17 条即规定“对同一个权利申请数个登记的，在先提出的申请运行完结之前，不得为提出时间在后的申请办理登记”，因此，在先的登记申请即使得申请人预定了一个登记的顺位。<sup>[44]</sup> 诚然，登记顺位的最终确定还得依实际的登记而不是登记申请。<sup>[45]</sup>

#### 四、虚假登记申请的民事责任

按照国际上的普遍做法，登记机关的登记错误致人以损害的，登记机关须依法承担损害赔偿责任。基于登记申请人提供的虚假申请资料而导致错误登记的，虽然申请人的虚假申请资料是登记错误的重要原因，但是，错误登记毕竟是登记官员有过错的行为造成的，因此，登记机关依法应当承担损害赔偿责任。此种情形下，登记机关的过错主要是过失，即：（1）登记申请人提供虚假的登记申请资料，登记机关未能尽到合理的审查义务而导致错误登记；（2）登记申请人提供虚假的登记申请资料，登记机关虽然尽到合理的审查义务但由于业务能力欠缺而未能发现并予以登记。

值得进一步研讨的问题是，对于这种民事责任，究竟采用什么样的归责原则。瑞士民法典第 955 条 1 款规定：“各州对因不动产登记簿的制作而产生的一切损害，负赔偿责任。”我国台湾地区土地法第 68 条也规定：“因登记错误、遗漏或虚伪致受损害者，由该地政机关负损害赔偿责任。但该地政机关证明其原因应归责于受害人时，不在此限。前项损害赔偿不得超过受损害时之价值。”似可认为二者采用的是严格责任原则。<sup>[46]</sup> 《深圳经济特区房地产登记条例》第 59 条关于“登记机关及其工作人员因不当核准登记，造成权利人损失的，登记机关应负赔偿责任，赔偿费从赔偿基金中列支”的规定，在解释上亦应属于严格责任。<sup>[47]</sup> 但是，我国《城市房屋权属登记管理办法》和更多的地方立法采用的是过错责任原则。《城市房屋权属登记管理办法》第 37 条规定：“因登记机关工作人员工作过失导致登记不当，致使权利人受到经济损失的，登记机关对当事人的直接经济损失负赔偿责任。”《重庆市土地房屋权属登记条例》第 57 条规定：“因土地房屋行政主管部门或其委托的土地房屋权属登记机构及其工作人员的过错，致使土地房屋权属登记错误，给权利人或他人造成经济损失的，应当依法承担赔偿责任。”第 59 条规定：“申请人提交错误、虚假的申请登记资料，给有关权利人造成损失的，应当承担相应法律责任。”<sup>[48]</sup> 《湖南省城市房屋产权产籍管理条例》第 35 条规定：“因申请房屋产权登记的当事人提交错误、虚假的申请登记资料而产生的后果，当事人承担有关责任。”“因房屋产权产籍管理部门工作人员的过错，导致核准房屋产权登记不当或者房屋产权登记记载有误，给房屋权利人造成经济损失的，由房屋产权产籍管理部门依法赔偿。”实际上，

[43] 如德国民法典第 879 条的规定：同种性质的权利，其顺位依登记的次序确定；不同性质的权利，以登记所记载的日期确定其顺位；同一日登记的权利，其顺位相同。

[44] 德国民法典第 879—881 条、瑞士民法典第 972 条、日本不动产登记法第 6 条都规定了登记的顺位制度。我国物权法草案没有登记顺位的规定，但物权法专家建议稿都主张建立相应的制度，本人亦深以为然。

[45] 这里有一个问题应当特别指出：登记申请的时间记载是以日为标准还是以自然时间的记载为标准。考虑到登记申请对于登记顺位的作用，尤其在实行登记电子化以后，登记申请的记载应当精确到分钟。

[46] 相对于无过错责任而言，作为在英美法系中广泛适用的概念，严格责任的提法更为科学。参见王利明：《侵权行为法研究》上卷，中国人民大学出版社 2004 年版，第 241 页以下。

[47] 上海的做法也与此类似。2004 年修订《上海市房地产登记条例》第 61 条规定：“房地产登记机构及其工作人员违反本条例规定，导致房地产登记错误，给房地产权利人造成损失的，由市房地产资源局或者市登记处承担相应的法律责任。”但其第 62 条也规定了申请人的责任：“房地产登记申请人提交错误、虚假的申请登记文件或者申请登记异议不当，给房地产权利人造成损失的，应当承担相应的法律责任。”

[48] 不过也有的地方立法只规定了登记申请人承担法律责任而没有涉及登记机关在其中的责任问题。如《天津市房屋权属登记条例》第 57 条规定：“房屋权属登记申请人提交虚假的申请登记文件导致登记错误，或者伪造、涂改房屋权属证书、登记证明，给他人造成损失的，应当承担法律责任。”

我国物权法的专家建议稿也倾向于采取过错责任原则。中国社会科学院法学研究所梁慧星教授主持起草的《中国物权法草案建议稿》第30条建议：“因登记机关的过错，致不动产登记发生错误，且因该错误登记致当事人或者利害关系人遭受损害的，登记机关应依照国家赔偿法的相应规定承担赔偿责任。”<sup>[49]</sup>中国人民大学王利明教授主持起草的《中国物权法草案建议稿》第33条建议：“因下列情况而给当事人造成重大损害的，受害人有权要求登记机关予以赔偿：（一）因登记机关的重大过失造成登记错误；（二）无正当理由拖延登记时间；（三）无故拒绝有关当事人的正当的查询登记的请求。”第34条建议：“登记申请人与登记机关恶意串通，损害第三人合法利益的，第三人有权请求申请人、登记机关或者其工作人员给予赔偿。”<sup>[50]</sup>在我看来，采用过错责任的主张是妥当的，不仅可以兼顾登记机关和受害人利益，最大限度地保护受害人的求偿机会和权利，同时也有利于对有过错的登记机关及其登记官员予以教育。

基于登记申请的虚假申请资料而发生的登记错误致人损害的，应当属于共同侵权。而共同侵权民事责任的承担，学说上有连带责任说、追偿责任说和补充责任说。连带责任的承担不需要划分各个加害人之间的过错，能够使得受害人获得全面的赔偿，这正是侵权法的基本原则之一。可是，在连带责任的情况下，有负担能力的被告却又成为一个承担责任的“深口袋（deep pocket）”，甚至可能为1%的过错要承担100%的责任。<sup>[51]</sup>在基于登记申请资料的虚假而造成登记错误的侵权责任中，我认为实行追偿责任制度是比较科学的。这是因为：其一，登记错误的形成，实际的行为人其实是登记机关，虚假的登记申请仅仅是登记错误的原因之一。其二，无论是德国式法院登记体制还是我国现行的行政机关登记体制，因错误登记而引致的损害赔偿，其费用都能够得到确保，因而，受害也就不存在责任人无赔偿能力的危险。其三，登记机关在承担赔偿责任后，对于提供虚假登记资料的登记申请人，可以实行追偿，从而达到公平，实现正义。所以，前述几个地方关于不动产登记错误的赔偿责任的立法，都不甚严谨，使人不能明了登记错误发生后，登记申请人和登记机关之间怎样承担责任，相反，物权法草案第22条的规定却是比较到位的：“当事人提供虚假的权属证书等证明材料申请登记，给他人造成损害的，应当承担赔偿责任。”“因登记错误，给他人造成损害的，登记机构应当承担赔偿责任。登记机构赔偿后，可以向造成登记错误的责任人追偿。”

---

**Abstract:** The application of registration is the main mechanism to start the real estate registration. In essence, the act of application is only to express will rather than the legal act. Registration applications should be implemented in effect after the arrival of instruments. It can not be revoked but can be withdrawn. To withdraw it, the related application must be brought forward prior to the completion of registration. The main effects of application of registration include the formation effect to organs of the registration, the launching effect of the registration process, the manifestation of the transfer of real rights, and the priority of the registration order. When there come registration mistakes caused by false application materials, the registration organs must compensate the victim firstly, then ask the applicant to compensate itself.

**Keywords:** application of registration, act of procedural law, effective models after arrival, common application

---

[49] 梁慧星主编：《中国物权法草案建议稿：条文、说明、理由与参考立法例》，社会科学文献出版社2000年版，第10页。

[50] 王利明主编：《中国物权法草案建议稿及说明》，中国法制出版社2001年版，第10页。

[51] 这当然是极端的表述，但至少是存在着轻过失者可能承担主要责任的情形的。