

北京大学

Peking University Law School



2014

第4卷·第1辑
Vol.4, No.1

房地产法前沿

Advanced Study on Real Property Law

主编：楼建波

Lou Jianbo, Chief Editor

北京大学法学院房地产法研究中心

CENTER FOR REAL ESTATE LAW, PEKING UNIVERSITY LAW SCHOOL

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

北京大学

Peking University Law School



2014

第4卷·第1辑
Vol.4, No.1

房地产法前沿

Advanced Study on Real Property Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

房地产法前沿. 第四卷·第一辑 / 楼建波主编. —北京:
中国法制出版社, 2014. 10
ISBN 978 - 7 - 5093 - 5233 - 5

I. ①房… II. ①楼… III. ①房地产业 - 法规 - 研究
- 中国 IV. ①D922. 181. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 037715 号

责任编辑: 赵宏

封面设计: 周黎明

房地产法前沿 (第四卷·第一辑)

FANGDICHANFA QIANYAN (DISIJUAN · DIYIJI)

主编/楼建波

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2014 年 10 月第 1 版

印张/17 字数/271 千

2014 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5233 - 5

定价: 48.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66010483

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

编者按语

Editor's Notes

本期《前沿》“不动产基础理论专题”收录了 **Dr Richard Wu** 的《试论土地登记制度之法律和政策在普通法地区的发展——英、美、澳登记模式之启示》、薛显志的《论不动产查封登记》、田磊的《论积极建立我国土地登记官制度》、张勉的《土地征收补偿机制问题法律评析》和吕飞飞的《预告登记请求权与其他权利的冲突及解决》共五篇文章，各有侧重点的对当下国内外不动产登记领域的热点问题进行了剖析。**Dr Richard Wu** 在其文章中评述了普通法地区有关土地登记制度在具体实施过程中包括转换机制、不可推翻制度、赔偿制度在内最常发生的法律和政策问题，分析了普通法地区在土地登记制度发展的历史教训和相关启示，并提出了需要强有力的领导层来推进土地登记制度的改革的建议。薛显志和吕飞飞则分别研究了不动产登记的两个特殊领域：不动产查封登记和预告登记。前者提出为保护第三人利益，维护正常的不动产交易秩序，应当对不动产查封之事实予以公示，而最合适的公示的方法就是查封登记，查封登记应当作为不动产查封的必须适用的措施，以进一步完善我国的不动产查封登记制度。后者则着重探讨了预告登记请求权与其他权利的冲突以及完善预告登记制度的问题，颇具新意。田磊的文章则主要是从登记从业人员的情况入手，认为因土地登记人员素质不高、流动性强和岗位职责不明的痼疾而无法满足新形势下土地登记确权和公示保障的要求，有必要引进土地登记官制度，由通过专门考核的具备专业化、职业化和同质化特性的土地登记官来从事土地登记事业。张勉在文中对我国土地征收补偿机制的改革提出三点建议：第一，我国应当以适当补偿为原则，以单一的土地所有权为补偿客体，补偿范围不宜扩大至用益物权损失和间接损失；第二，我国应当以“公平市场价格”作为补偿标准；第三，对于现行补偿标准存在的不足，应当鼓励综合运用多种补偿方式加以弥补。

“房地产开发”专题中，颜雪明律师的《商品房交付纠纷的法律分析》一文，深入浅出地分析了商品房交付争议产生的重要原因在于混淆了交付条件与交付标准，认为前者是法定的，决定了房屋能否交付使用，后者是约定的，只涉及

违约责任的承担，不影响交付；交付时买受人有权查验房屋，但质量争议不应当影响交付的完成；除非房屋本身具有导致合同目的不能实现的重大缺陷外，即使买受人有客观原因，也不是对抗交付的正当理由。其观点虽可能导致较大争议，但令人耳目一新。石彪的《房价高烧病根在地上——对“土地财政”的利弊分析》批判性的分析了土地财政之利弊，尤其是详尽分析了土地财政的若干弊端。黄维维在《存量房交易资金监管法律制度研究》一文建议：应使存量房交易资金监管回归到满足交易者的需要、保障交易安全、为交易提供便利这一根本功能上来，开发出既具有较大的灵活性，也具有较高强制力的资金监管制度。李飞在《商品房预售中的登记制度研究》一文对商品房预售中各种登记制度存在的问题做出了梳理。重点讨论了商品房预售合同登记备案制度与预告登记制度的接轨问题。

“建设工程与物业管理”专题中收录了夏欲钦律师的《EPC 工程的管理界面划分和风险分担》、王晓伟的《在建工程抵押过程中存在的问题及解决》、王威的《承包商付款担保法律制度研究》和刘建英的《物业管理公司在业主装修中应尽的义务》共四篇文章，均是房地产建设工程领域和物业管理领域的前瞻性研究。房屋建筑工程领域 EPC 模式中业主、监理单位（项目管理单位）和总承包商的管理界面划分及其相应各方的风险和责任分担的分析，有助于推动我国房屋建筑工程领域 EPC 模式的完善和推广；探讨在建工程抵押权与商品房预售相关权利冲突的解决方法、探讨在建工程抵押权与建筑工程价款优先受偿权冲突的解决方法，有助于其为房地产开发起到应有的作用；梳理我国对承包商付款担保的规定、国外有关立法实践以及国际惯例中有关承包商付款担保的实践等，有助于该制度在我国的建立和完善并保护承包商及农民工的利益；刘建英通过对盛正尧诉徐志光、武汉新鸿基置业有限公司、武汉昌浩物业管理有限公司损害赔偿纠纷案中三被告的赔偿责任进行分析，得出物业管理公司在业主装修时如果不履行自己应尽的义务则有可能要承担侵权责任的判断，对法律实务有重要意义。

“法苑杂议”中，刘家贵律师的《四问城市化》对城市化的本质及其作用进行诘问，或许我们能从中思考和体会城镇化的伤痛与路径。

祝您阅读愉快！

楼建波

顾 问

甘藏春 国务院法制办公室副主任，党组成员

吴志攀 北京大学党委常委、常务副校长、法律总顾问

主 编：楼建波

副主编：金锦萍

本卷编辑委员会：马志毅 尹燕 陈文 金锦萍 楼建波

（按姓氏笔划排序）

声 明

本出版物的各篇文章仅代表作者本人的观点和意见，并不必然代表编辑委员会的任何意见、观点或倾向，也不反映北京大学的立场。特此声明。

《房地产法前沿》编辑委员会

目 录

编者按语	(1)
------------	-----

不动产基础理论

Dr Richard Wu

试论土地登记制度之法律和政策在普通法地区的发展

——英、美、澳登记模式之启示	(3)
----------------------	-----

薛显志

论不动产查封登记	(15)
----------------	------

吕飞飞

预告登记请求权与其他权利的冲突及解决	(45)
--------------------------	------

田 磊

论积极建立我国土地登记官制度	(67)
----------------------	------

张 勉

土地征收补偿机制问题法律评析	(81)
----------------------	------

房地产开发

颜雪明

商品房交付纠纷的法律分析	(105)
--------------------	-------

石 彪

房价高烧病根在地上

——对“土地财政”的利弊分析	(114)
----------------------	-------

黄维维

存量房交易资金监管法律制度研究	(122)
-----------------------	-------

李 飞

商品房预售中的登记制度研究	(151)
---------------------	-------

建设工程与物业管理

夏欲钦

EPC 工程的管理界面划分和风险分担 (177)

王晓伟

在建工程抵押过程中存在的问题及解决 (184)

王 威

承包商付款担保法律制度研究 (212)

刘建英

物业管理公司在业主装修中应尽的义务

——盛正尧诉徐志光、武汉新鸿基置业有限公司、武汉昌浩

物业管理有限公司损害赔偿纠纷案 (233)

法苑杂议

刘家贵

四问城市化 (247)

引证体例

《房地产法前沿》引证体例 (257)

Contents

Editor's Notes	(1)
----------------------	-----

REAL PROPERTY BASIC THEORY

Dr Richard Wu

A Study of the Legal and Policy Development for Implementing A Title Registration System in Common Law Jurisdictions: Lessons from England, United States of America and Australia	(3)
--	-----

Xue Xianzhi

Study on Real Estate Sequestration Registration	(15)
---	------

Lü Feifei

Confliction and Solution between Advance Notice Registration and Other Rights	(45)
---	------

Tian Lei

Study on Land Registration Officer System	(67)
---	------

Zhang Mian

Analysis of Legal Issues about Compensation Mechanism for Land Expropriation	(81)
--	------

REAL ESTATE DEVELOPMENT

Yan Xueming

Legal Analysis on the Delivery of Commodity House	(105)
---	-------

Shi Biao

House Prices High Fever at the Source of the Trouble in the Earth ——Analyzing the Advantages and Disadvantages of Land Financial	(114)
---	-------

Huang Weiwei

A Study of Capital Supervision Systems for Housing Stock Transactions	(122)
---	-------

Li Fei

Registration System Research Of Pre-sale In Real Estate	(151)
---	-------

ENGINEERING , CONSTRUCTION & PROPERTY MANAGEMENT

Xia Yuqin

Management Interface Division and Risk Allocation of Engineering –
Procurement – Construction (177)

Wang Xiaowei

The Problems and Solutions in the Process of Mortgage of a Project
under Construction (184)

Wang Wei

Research on Legal System of Contractor Payment Bond (212)

Liu Jianying

The Obligation of the Property Management Company in Owners’
Decoration (233)

LAW COMMENTS

Liu Jiagui

Four Questions about Urbanization (247)

不动产基础理论

REAL PROPERTY BASIC THEORY

试论土地登记制度之法律和政策在普通法地区的发展

——英、美、澳登记模式之启示

**A Study of the Legal and Policy Development for
Implementing A Title Registration System in Common
Law Jurisdictions: Lessons from England, United States
of America and Australia**

*Dr Richard Wu **

内容提要:

在过去的几十年中,土地登记制度已成为土地管理的重要手段,对该领域的研究也成为一种国际趋势,联合国和世界银行也建议采用土地登记制度。本文首先介绍了普通法地区关于土地登记制度的发展,重点聚焦于美国、澳洲和英国的发展经验。同时,也提出并评述了普通法地区有关土地登记制度在具体实施过程中最常发生的法律和政策问题,包括转换机制、不可推翻制度、赔偿制度。最后,文章分析了普通法地区在土地登记制度发展的历史教训和相关启示,并提出了应效仿的国际成功经验。首先,应当分析国际上不同的土地登记模式并选择性地采纳其中适合本国情况的模式。其次,需要强有力的领导层来推进土地登记制度的改革。一部操作性强的土地登记法及强烈的民意支持对登记制度的顺利实施起着重要的作用。此外,需要在“即时不可推翻”和“延迟不可推翻”的问题上作出选择。最后,需要建立一种由政府担保的赔偿基金。

关键词: 土地登记 普通法地区 法律 政策

Abstract: In the past few decades, title registration system has become an international trend in land administration, with both the United Nations and World Bank recommending its adoption. In this article, the author first traces the development of title registration systems in common law countries, focusing on the experience of the United States, Australia and England. He then evaluates the three most common legal and policy issues which arise in the

* Associate Professor, Faculty of Law, University of Hong Kong

implementation of a title registration system in common law countries, namely, conversion mechanism, indefeasibility and indemnity. Finally, the author analyses the lessons that every common law jurisdiction contemplating the implementation of a title registration from a deed registration system should learn from such international experience. To begin with, it should evaluate different models of title registration systems around the world and adopt one that suits the local circumstances. Next, it needs strong political leadership to push through the title registration reform. The technical quality of the title registration legislation together with legislation to deal with errors arising during the conversion process are crucial to smooth implementation as, indeed is public support. Moreover, it should formulate its policy on such issues as “immediate indefeasibility”, and “deferred indefeasibility”. Finally, it should consider setting up an indemnity fund backed up by government assets or credits, or special government funds.

Keywords: Title Registration System Common Law Jurisdictions Law Policy

引 言

在过去的几十年中，土地登记制度已成为土地管理的重要手段，对该领域的研究已成为一种国际趋势，联合国和世界银行也建议采用土地登记制度。本文将就以下三方面问题展开探讨。一，土地登记制度在普通法国家如何发展？二，在土地登记制度具体实施过程中产生了哪些法律和政策性问题？三，有哪些教训可以总结？又有哪些国际经验可以效仿？

为了深入探讨上述问题，本文将分为三部分：第一部分，介绍当今世界现有的土地登记制度以及分析主要普通法国家的实践经验，包括美国、澳洲和英国。第二部分，对大多数普通法国家在土地登记制度实施中需要解决的三方面问题进行探讨，包括转换机制、不可推翻制度、赔偿制度。在论述了一、二部分的基础上，文章将就相关经验和教训进行总结。第三部分，展望普通法国家土地登记制度的发展。

一、土地登记制度的发展

（一）现存主要的土地登记制度

1858年，在罗伯特·理查德·托伦斯爵士领导下，南澳洲成功地在国会通过了《不动产法案》，建立了普通法地区第一个土地登记制度。该制度的设立得到了法学界的广泛认可。例如，辛普森认同说：“在英国以外的地方，土地登记制度被广泛认为是‘托伦斯体制’，该制度以他的名字命名并传遍了整个澳洲乃至世界其他地区……”事实上，北美法学界也将土地登记制度命名为“托伦斯体制”。

在此不得不提的是,土地登记制度并非由罗伯特·托伦斯爵士所创设。斯坦因指出,早在13世纪,奥地利和德国等欧洲国家就已出现土地登记制度。根据吉普赛的调查研究,托伦斯是在一名当时生活在南澳洲,名叫乌尔里克·胡柏的德国汉堡律师启发下,认识了欧洲土地登记制度。

事实上,世界上存在着不同的土地登记制度,道森和谢泼德在60年前曾将它们分为五种模式,主要有:英国模式、澳洲模式、德国模式、瑞士模式和土耳其模式。然而,道森和谢泼德也表明:“对土地登记制度进行准确的分类是不可能的。”

在普通法地区,两个主要的土地登记模式分别是英国模式和澳洲模式。英国模式包含来源于1862年英国《土地登记法案》、1875年《土地转让法案》和1897年《土地转让法案》,实施英国模式的普通法地区包括英国、爱尔兰、加拿大的新斯科舍和安大略省。相反,实施澳洲模式的普通法地区则采纳了南澳洲1858年《不动产法案》模式的规定,他们包括澳洲所有省份以及新西兰、加拿大的亚伯达、马尼托巴、萨斯喀彻温和英国的哥伦比亚省构成。

两种模式尽管有着相似之处,但在立法模式方面又有着本质上的不同。例如以下将要讨论的土地不可推翻制度问题。因此,任何一个普通法地区,例如香港,在结合本土情况,决定采纳何种登记模式前,有必要分析和参考国外在此领域不同的实践经验。

(二) 主要普通法国家的土地登记制度之实施——美国、澳洲和英国

总的来说,除了美国以外,大多数普通法国家的土地登记制度都成功发展。而美国的失败经验是十分值得我们反思的,它提醒我们有必要研究在实际操作中为何一种土地登记模式不能成功运作。

(三) 美国土地登记制度的发展

在20世纪早期,美国许多州都纷纷通过土地登记法律,有20个州通过了土地登记法。然而不久就有一半的州废除了这些法规。土地登记制度的失败应归因于部分法规赋予登记机关对业权文件有效性的审查权是违宪的。伊利诺伊州最高法院明确指出:

“该法案明显让我觉得它授予了登记人员及审查员司法权,目的是为了决定在登记中出现争议时各方的权利……而我们在试图采用澳洲、加拿大、英国以及其他一些国家类似条款的同时,忽视了这些在国家中并不存在宪法或其他法律的对非司法官员权力限制的立法。”

史柏锡认为,登记人员并非司法官员,但决定业权文件有效性和优先性的权力则是司法权。因此,美国在立法上授予非司法官员司法权,明显违反了宪法。那些依然保留土地登记条例的州则必须将司法程序与登记程序合并起来,这样无形中增加了登记费用。辛普森提出,高昂的登记费用是另一导致美国土地登记制度发展失

败的原因。

（四）英国和澳洲土地登记制度的发展

除了美国以外，其他普通法国家也普遍采纳了土地登记制度，如澳洲和英国。这两个国家在土地登记制度实施过程中都进行过类似的改革，而由于他们各自不同的政治、经济和社会状况，因此登记制度所产生的现实效果也不同。可见，很有必要对两国土地登记制度的发展进行比较分析。

澳洲 1858 年的《不动产法案》和英国 1862 年的《土地登记法案》首次规定了土地登记制度。起初，两国登记制度相互影响，例如，1857 年英国皇家专门调查委员会出版了一份建议设立土地登记制度的报告，正是在该报告的影响下南澳洲于 1858 年出台了《不动产法案》，惠伦教授指出，澳洲《不动产法案》的最终版本引用了此份报告中的一些重要概念。

尽管澳洲和英国的土地登记条例基本上同时实施，但其取得的成效和产生的影响却大为不同。南澳洲《土地登记条例》的实施取得了即时的成效，澳洲其他一些省也纷纷效仿相关立法。哈里森指出，继南澳洲《不动产法案》出台不久，1861 年昆士兰出台了《不动产法案》以规定土地登记制度，随后塔斯马尼亚、维多利亚、新南威尔士也纷纷出台相关法规。而西澳洲最终在 1874 年制定了其土地登记法。自 1858 年澳洲首次规定土地登记制度之后不到 20 年的时间内，该制度已广泛被澳洲各州普遍效仿并规定入法。同时，该制度也被“引进”到其他一些国家，如新西兰，加拿大的一些省和美国部分地区。

相反，英国 1862 年《土地登记法案》所规定的土地登记制度并没像澳洲那样顺利实施，之后就陆续被 1875 和 1877 年《土地转让登记法案》、1925 年《土地登记法案》和最近 2002 年《土地登记法案》所修订。比起澳洲而言，英国的土地登记制度虽成效并不明显，但它也影响了一定的普通法地区，如爱尔兰、新斯科舍、安大略和苏格兰。

为何土地登记制度在澳洲的发展会起到立竿见影的成效，而在英国却需要一段比较长的时间来推展？惠伦教授解释说，从法律上来看，澳洲的土地登记条例比英国早期法案的可操作性要强。从政治上来说，英国富裕的地主阶级更关注于维护他们的土地所有权。相反，在 19 世纪中期南澳洲的大多数民众都是将土地视为商品的新移民，他们更愿意支持促进土地转让的土地登记制度的实施。

此外，导致澳洲和英国在土地登记制度发展方面存在诸多不同的其中一项关键性要素是，罗伯特·托伦斯爵士本身的政治理想和技巧。他认为，在澳洲的殖民地里，有瑕疵的土地数量极为庞大。很明显他对土地登记制度的热情来源于他担任过处理船舶所有权转让和契据登记员的经历。事实上，他是以土地登记法律改革作为其政治口号而被选举进入了南澳洲众议院。

（五）土地登记制度的基本原则

尽管澳洲和英国在土地登记制度的发展方面存在诸多不同，但劳夫发现几十年前两国的土地登记制度有着三个共同的原则，分别是“镜子原则”、“门帘原则”和“保险原则”。所谓镜子原则，也就是说登记簿足以反映一块土地的事实状态。门帘原则，是指购买者只需要将登记簿作为获知合法土地信息状况的唯一来源。保险原则，也即指如果基于登记员的过错导致他人损失，损失方可获得充分赔偿。这些原则在普通法地区得到普遍采纳，但并非适用于所有采用土地登记制度的地区，尤其是对那些大陆法系国家的土地登记制度而言。例如，苏格兰法律委员会发现，保险原则只是在心理上有用，但在实践中却没有很大作用。

回顾从前，世界土地登记制度的发展经验，尤其是美国、澳洲和英国，都为今后更好地落实该制度提供了重要经验和教训。首先，土地登记制度并非在一个真空的环境里发展，它的成效与当地的政治、经济、社会和法律环境等因素有很大关系。正如美国那样，由于在立法上赋予非司法官员司法权即违宪，所以其土地登记制度无法顺利推展。第二，立法技术对该制度的顺利落实起到至关重要的作用，英国早期的失败经验就是最好的证明。第三，澳洲和英国早期土地登记制度的不同发展凸显了人们对政治领袖的充分信任，如，罗伯特·托伦斯爵士，他通过推进反对社会特权阶级的改革来确保土地登记条例的实施。最后，土地登记制度的采纳需要强大的公众支持，当政治领袖面临各种既得利益集团的反对时公众支持能给予他们政治上必需的民意授权。

二、普通法国家关于土地登记制度实施过程中存在的法律及政策性问题

如前文所述，近几十年里，土地登记制度在世界各国陆续发展。总的来说，普通法国家在制订适用法规和政策时，需要解决三项问题以推行土地登记制度需要适用的法规和政策：转换机制，不可推翻制度，赔偿制度。

问题一：转换机制

绝大多数的普通法国家都有必要制定相关法规和政策去规范从契据登记到土地登记这段过渡时期所出现的种种状况，就像英国和澳洲这样的发达国家早在几十年前甚至一个世纪以前就已经经历了这段过渡时期。就此而论，苏格兰的转换经验也极为有用，因为在众多从契据登记过渡到土地登记的发达地区中，苏格兰属于“迟来者”。1963年，由里德爵士担任主席的委员会出版了一份“里德报告”，该报告推荐采纳土地登记制度。报告中提出了四点作为转换的前提条件：一，新的土地登记制度应在安全性、灵活性和公开性的基础上保留原先契据登记制度的优点。二，转换必须节省公众时间和开支。三，转换过程中需要避免出现不衔接和一些实际困难，