



烟台大学《三元法学文丛》



托伦斯登记制度研究

刘经靖 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



烟台大学《三元法学文丛》

- ◆ 司法部国家法治与法学理论研究项目成果
- ◆ 烟台大学“应用法学研究中心”、烟台大学“青年学术骨干”项目资助

托伦斯登记制度研究

刘经靖 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

托伦斯登记制度研究 / 刘经靖著. —北京:法律出版社, 2013

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5432 - 2

I. ①托… II. ①刘… III. ①不动产—登记制度—研究
IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 228060 号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/17.25 字数/292 千

版本/2013 年 8 月第 1 版

印次/2013 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5432 - 2

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编委会

主任 郭明瑞 房绍坤

委员 (以姓氏笔画为序)

亓健生 汤 唯 杨立新

汪建成 宋振武 张平华

范李瑛 金福海 房绍坤

郭明瑞 唐广良 潘维大

秘书长 刘经靖 徐 蕊

《三元法学文丛》总序

为拥有自己的文库,打造学术品牌,在法律出版社的鼎力支持下,烟台大学法律人推出了《三元法学文丛》。这是一件值得庆贺的事情。

文丛何以得名?盖因烟大校园中心有一湖,名曰“三元湖”。“三元”者含义有三:一者古有连中三元之说;二者,烟大为地方出资,北大、清华援建而成;三者湖面一分为三。三元湖中,三个圆形湖面,心心相连;湖心有岛,湖上横跨小桥,四周翠柳环绕。春来鸟语花香,闲观鱼翔浅底;冬去冰雪沉卧,平增学子嬉戏。聆听着湖畔钟楼里催人振奋的钟声,徜徉于石道上感受着扑面而来的杨柳风,感受到的是远离尘嚣的寂静,读懂的绝对不止湖边图书馆内的老书。

不知不觉中,始建于1984年的烟大法学专业,已走过了30个年头。三十年间,在杨春洗、杨殿升、郭明瑞、汪建成、房绍坤、汤唯、金福海等为代表的烟大法律人的共同努力下,烟大法学已形成了“教研并重、严谨扎实、和谐诚信”的优良传统,整体水平省内领先、部分学科在全国有较大影响力,成为中国法学教育和研究的一方重镇。

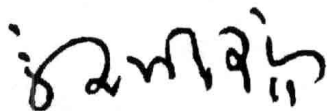
三十年间,三元湖见证了烟大法学的风雨历程,分享着烟大法律人的喜悦和失意;见证着办学规模由起初的不足百人而至今天的上千人,送走了一批批朝气蓬勃的学子;见证着法律系办公室由寥寥数间发展到拥有独立庭院的法学楼,期待着法学院的日新月异。变幻的是时空,但不变的是烟大法律人对法学的忠诚和毅力。三元湖可以作证!

三元湖懂得感恩,三元湖水或涌于地下,或来自天上,涓涓溪流滋养着她、滂沱大雨浇灌着她,三元湖用她的一泓清水感谢着天地。三元湖也用她自己建起一座友谊的丰碑,记载下了北大、清华、烟台市及各方力量在创办烟大、建设烟大的丰功伟绩。三元湖畔的法律人广交四海俊杰、贤达,他们的进步凝聚

着朋友的心血。他们的劳动成果又怎能不刻上三元湖的名字,藉此公告世人、报恩于世人?

三元湖是俊秀的,但她懂得领略东门外一望无际的黄海;三元湖是安静的,但她能够听到大海的奔腾不息。俊秀的、安静的三元湖在告诫烟大法律人不要在湖光山色中沉醉,不应在春风细雨中沾沾自喜。《三元法学文丛》是我们身后的路标,它告诉我们前方还有远远的路……

我们荣幸地邀请到了国内及台湾地区十余名学者组成编委会,掌管文丛方略大计;我们将以质量为文丛之生命,以学术性为追求指标,坚持宁缺毋滥的原则;我们期望烟大法律人(文丛的作者包括了烟台大学法学院现任专任、兼任教师及曾经在烟台大学工作的教师,烟大法学院的校友等)能在这一舞台上自信地展示自己,哪怕所展示的还不值得称道;真诚地奉献自己,哪怕所奉献的成果还显青涩;要勇敢地在舞台上走下去,哪怕不知道路在何方。



2013年8月

目 录

导 言	(1)
第一章 物权变动视野中的不动产登记制度	(5)
第一节 不动产登记制度的基本类型	(6)
第二节 自治型不动产登记制度	(12)
第三节 管制型不动产登记制度	(15)
第四节 我国的不动产登记类型:制度改革的“前见”与方向	(21)
第二章 托伦斯登记制度的起源与发展	(23)
第一节 托伦斯登记制度形成的历史背景	(23)
第二节 海外殖民扩张中的机遇:托伦斯登记制度的产生及其 推广	(33)
第三节 托伦斯登记制度形成中的若干问题研究	(48)
第三章 托伦斯登记制度的结构与原则	(56)
第一节 托伦斯登记制度的核心架构	(57)
第二节 托伦斯登记制度的结构特征	(58)
第三节 托伦斯登记制度的主要原则	(63)
第四节 托伦斯登记制度与形式主义物权变动模式的比较	(72)
第四章 托伦斯登记制度的现实境遇	(75)
第一节 产权不可推翻性的例外:镜像原则的破裂	(75)
第二节 托伦斯登记制度的管理与运行成本	(94)
第三节 强制登记的例外	(102)
第四节 制度的不统一以及赔偿基金的运行障碍	(106)
第五章 产权登记制度改革的另一条路径:对抗主义模式与产权 保险	(110)
第一节 产权登记制度改革的背景、目标和原则性框架	(110)

2 目 录

第二节	以时效机制为切入点的初步改革方案	(112)
第三节	以折中立场与公示原理为中心的改革:对抗主义机制的生成	(114)
第四节	市场化模式下的产权风险分担机制	(118)
本章结语		(129)
第六章	产权登记制度模式的法经济学评价	(130)
第一节	产权登记体制的法经济学分析:一个模糊还是精确的问题?	(131)
第二节	物权变动制度法经济学分析的抽象回归:一个相对精确的分析	(139)
第三节	从特殊到一般:流通频率变量下的物权变动模式系谱	(145)
第四节	历史维度中的“流通频率—交易安全—物权变动模式”动态关系考察	(147)
第五节	经济分析语境下的产权登记体制:问题与走向	(150)
第七章	从经济哲学到政治哲学:制度生态学视野中的产权登记问题	(153)
第一节	两种产权登记制度的基本差异:一个基于“法律形式主义与实质主义”的分析进路	(155)
第二节	产权登记模型的环境影响论:以英美两国为中心的比较考察	(157)
第三节	对英美两国法律风格差异的追问	(180)
第八章	中国产权登记制度的国家干预主义传统及其转型	(187)
第一节	德国法系“物权形式主义传统”的生成	(188)
第二节	我国当下不动产物权变动制度的国家干预主义评价	(193)
第三节	从管制到自治——民法理性回归视野中的当代物权变动制度转型	(203)
结 语		(206)
主要参考文献		(210)
附录 1:常用术语表		(218)
附录 2:南澳洲不动产登记法(1868)译略		(221)
附录 3:新加坡土地登记法(1994)译略		(246)
后 记		(267)

导 言

一、选题背景及意义

在市场经济社会中,物权流通构成了社会经济生活中的重要方面。因此,相应的流通秩序也就成为法律规范的重要内容。在物权法意义上,物权流通首先涉及的是其中的权利变动模式问题,尤其是不动产物权变动模式,更成为物权流通秩序的核心规则。基于对不动产物权变动的重视,各国普遍建立了针对不动产的“登记”制度,通过登记制度对不动产流通进行规范和控制。因此,不动产物权变动很大程度上表现为不动产的登记问题。

2007年,我国物权法确立了形式主义的物权变动模式,这一立场的确立将不动产统一登记立法推向了前台。近年来,不动产统一登记成为学界研究的热点,其中尤以师从德国不动产登记制度者为主流。而在德国形式主义流派的不动产登记进路中,所谓“程序性登记规则”又成为研究的核心,在一定意义上,实体加程序的完备规则似乎已经成为当下不动产登记制度科学方案的基调。

然而,形式主义模式下的不动产物权登记制度存在突出的“管制”性特征,而对于这种管制性制度结构介入私法的弊端,德国法系却并没有客观的反思性认识。如果说作为大陆法系继受者的背景,以及我国长期来源于计划经济等体制性因素的强烈国家干预特征决定了,我国当下的不动产登记制度建构更需要一种反思性的思维。那么,单纯或过分迷恋于德国管制型不动产登记制度的研究进路自然难谓全面客观。

管制型不动产登记不独在大陆法系存在,在普通法系也不陌生,托伦斯登记就是诞生于普通法系的管制型不动产登记的典型。基于这种“血缘”上的内在亲和性,近年来,我国不动产登记理论研究也开始对托伦斯登记制度有所关注。

然而与德国法系不同的是,托伦斯登记虽然在普通法领域流传甚广,但其

外部环境却与大陆法系迥然不同。普通法系受英国传统法制影响深刻,具有较高的民主自治观念,公众自由主义传统相对浓厚,由此导致了托伦斯刚性登记法则与私人自由意志之间的紧张。尤其在自由主义和分权治理更甚的美国,托伦斯登记制度所遭遇的这种紧张关系更为典型。因此,如果说形式主义模式下的管制型不动产登记体制在大陆德国法系可谓“所向披靡”的话,那么,托伦斯登记制则在美国遭遇了不折不扣的“滑铁卢”。而恰恰是在这一意义上,对普通法系尤其是美国法语境中的托伦斯登记制度样本的考察就具有了特殊的意义:管制型不动产登记制度与自由市场经济之间存在何种深层次的矛盾?这种矛盾是否具有可调适性?对我国当下的转型社会治理而言,应该在相关制度设计上避免哪些根本性的错误?如何实现制度设计的科学化?在某种意义上,以上诸多在传统法律框架体系中难以看透其“庐山真面目”的问题或许只有对托伦斯登记制度全方位的揭示,才能获得相对清晰的认识。

二、国内外研究现状

托伦斯登记诞生于普通法系对“意思主义”不动产物权变动制度改革进行改革的强烈呼声之下。因此,在英国从自由的契据登记制(16世纪)到偏强制性的产权登记改革(其终点为《2002年土地登记法》)的漫长过程中,围绕着是否应该走向强制性、在大多程度上走向强制性的土地登记制度,存在着正反两方面的激烈交锋。

1858年托伦斯登记制度在澳洲诞生后,关于托伦斯登记制度的评判随即展开。在此后的一百多年间,普通法领域关于托伦斯登记制度是是非非的评价可谓浩如烟海。关于托伦斯登记制度的基本立场,存在支持说和反对说。前者主要集中在英联邦国家和地区(比较典型的如新加坡),后者则以美国为代表。支持说认为托伦斯登记作为世界三大产权登记制度之一,具有显著的效率优势。对于托伦斯登记制度正当性的证明,既有理论角度的(Seow Zhixiang, 2008),也有实证主义的法经济学的分析(Janczyk, 1977; Miceli, 2002),在支持托伦斯登记制度的基础上,对于托伦斯登记制度所表现出来的问题,尤其是镜像原则的例外,有学者认为应允许这些例外的存在,并倾向于适当扩大对例外情况的认可,以实现制度运行过程中的调适;有学者认为应当建立一定的模型,将这些例外限定在一个明确的框架内,以避免对镜像原则的过度损害;也有学者认为应当取消这些例外,回归到严格的托伦斯登记制度原则和基本框架中。反对说主要流行于美国,该说认为较之对抗主义和保险制度支持下的改良版契据登记制,托伦斯登记制度没有显著的竞争优势;相反,托伦斯登记制度在美国经过长久的试验最终表现出显著的不适,并最终退出竞争

舞台。

除支持说和反对说之外,关于托伦斯登记制度中的产权保险、托伦斯登记制度的起源等也是研究的热点。(Gupta,2011)认为产权保险在托伦斯登记制度中也占有一席之地,考虑到托伦斯登记制度的例外性,这一观点值得我国不动产登记立法引起重视。关于托伦斯登记制度的起源,晚近以来有学者认为托伦斯登记制度并非单纯的普通法系产物,而是深受德国法影响的制度,这一观点为建立作为普通法制度形态的托伦斯与德国形式主义物权变动规则之间的联系提供了可能,值得重视;与此相反,格雷教授坚持认为该制度是纯粹诞生于普通法(尤其是澳大利亚)的“土生土长”的制度而与德国无关。

我国物权法理论界对托伦斯登记制度的总体关注度不高,主要原因在于国内比较法考察的主流集中于欧陆法。由于原理和框架结构上的高度相似性,在充裕的德国形式主义不动产登记制度素材背景下,对托伦斯登记制度的借鉴远远没有那么迫切。近年来,随着统一不动产登记制度的立法推进,国内开始对托伦斯登记制度有所关注。在政府层面,国土资源部等官方考察对托伦斯登记制度进行了制度管理层面的介绍,理论界的李昊(2005)在其不动产登记程序的制度建构研究中涉及了对托伦斯登记制度的一般性介绍;陈永强博士(2009,2012)先后通过专著和撰文对托伦斯登记制度进行了框架性介绍,同时在其对英国土地登记法的研究中也涉及了对托伦斯登记制度的侧面考察;于霄博士在其国家社科基金资助项目成果(2012)中,通过对英国财产立法改革的研究,提供了有关托伦斯登记制度的基本背景考察。但总体上看,当下对于托伦斯登记制度的起源、架构尤其是该制度整体运行状况的研究尚缺乏系统性,这种研究现状无法为我国当下进行的统一不动产登记制度提供警示性、批判性思路和客观冷静的经验见解。

三、研究思路和内容

本书作为对托伦斯登记制度的系统化研究,基本涵盖了从起源、架构到评判的各个方面。但为了避免研究思路的“单线化”和过度预设,笔者采取了“批判”的立场,力求通过对托伦斯登记制度“理想”与“现实”之间的对比,客观揭示托伦斯登记制度存在的问题,然后通过对美国制度进路的考察,描述了与托伦斯登记制度并行、旨在克服意思主义模式局限性的另一种路径——以产权保险为“护驾”的公共记录制的发展历程、模式原理、制度结构及其优越性,从而将托伦斯登记制度置于一个多样化的比较体系中,笔者认为这是一个获得真实认知的基础。

在托伦斯登记制度理想与现实、托伦斯登记制度与完善化的契据登记制

的比较基础上,笔者没有直接对托伦斯登记制度进行批判,^[1]而是通过引入法经济学的分析,尝试对制度竞争状态作出相对客观的解释。通过考察,笔者发现,现有关于托伦斯登记制度的法经济学评价大都存在显著的“预设性”倾向,即在立论之前已经存在显著的倾向,其分析工具和数据选择上存在显著的任意性,从而导致研究结论和现状之间的分离。为了对不同模式之间的科学性进行相对客观的评价,笔者以流通频率为线索,建立了一个相对精确的分析评价模型,通过这一分析,笔者发现托伦斯登记制度实际上与应然的制度设计之间存在一定的偏离现象。这也是该制度在实践中例外频出的重要原因。

经济分析的结论表明,托伦斯登记制度实际上是一种显著偏离应然进化路线的制度设计。显然,在经济因素和规律之外,必然存在一个强劲的拉动制度走向的重要因素。因此,对这一因素的探寻成为本书研究的一个重点。为此,笔者转而通过引入制度生态学思维,分析了英美两国截然不同的制度生态体系,并在此基础上对托伦斯登记制度在英美两国之间的发展路向进行了政治哲学层面的比较,对托伦斯登记制度在美国法上衰落的原因给出了制度生态学上的解释。

最后,笔者回到对中国问题的关注上,分析了中国当代不动产登记制度的症结——“过度管制”现象的外部根源(作为我民法源流的德国法的显著国家干预传统)和内部根源(我国私法领域国家干预的历史基因与现代基础),在政治哲学的维度上回答了我国未来如何有效克服不动产登记领域的国家管制,实现不动产登记制度立法的科学化。

[1] 因为从普通法系一百多年来的研究情况来看,仅仅指向具体制度层面的分析不太可能产生明确的结论。

第一章 物权变动视野中的 不动产登记制度

随着我国物权立法的不断推进,建立科学配套的不动产登记制度呼声越来越高。从当下研究的主流来看,“统一”、“程序”、“体系”、“公开”等成为我国未来不动产登记制度建构的重要着眼点。目前有关不动产登记制度研究的一般进路大都建立在对上述诸方面批判的基础上,通过对大陆德国法系乃至普通法托伦斯登记制度的比较和借鉴,提出系统的——某种意义上甚至可谓具有“中国特色”的——呈现出浓厚行政化色彩的不动产登记体系。^{〔1〕}毫无疑问,登记的条块分割、程序控制缺失、环节缺漏、查询障碍等都是当下不动产登记制度中的突出问题,也是登记制度改革所必须解决的主要方面。然而,仅仅在“统一”意义下,是否就足以化解我国当下不动产登记制度中的一系列相关问题?

实际上,不动产登记作为复杂利益诉求的一个集结点决定了,不对其制度建构的基础性要素进行清晰地梳理,很难期望建立起科学合理的制度设计。那么,对于“统一”潮流中的不动产登记而言,这些基础性问题是否都已明确并在脉络厘清的基础上获得了解决?不动产登记的性质究竟如何?^{〔2〕}其属性与制度规则设计之间存在何种关系?不动产登记的社会角色是什么?这一角色对登记制度提出了何种要求?在社会转型和体制改革的背景下,我国不动产登记制度的推进是否与宏观改革需求相适应,等等。显然,上述问题远未清晰。笔者认为,要建立系统科学的不动产登记制度,首先必须从根本上厘清上述问题。

〔1〕 以近年出版的不动产登记方面的著作为例,其编制表现出显著的“行政型”登记体系特征。

〔2〕 首先,围绕不动产登记的公私法属性存在“公法行为”、“私法行为”及“混合行为”等观点。关于登记的公私法属性,学界存在较长时间的争论,但总体上关于行政法领域讨论的居多,并且观点上较倾向于“公法行为”说;民法领域讨论的相对较少,虽观点上较倾向于“私法行为”说,但至于私法行为说对不动产登记建构存在何种影响,尚认识模糊。

第一节 不动产登记制度的基本类型

一、关于不动产登记制度类型的比较法考察

目前,有关不动产登记制度基本模式的研究通常将其分为三种类型:权利登记制、契据登记制和托伦斯登记制。

(1)权利登记制。对权利登记制的考察主要以德国为代表,因此又称德国制。该模式又称“日耳曼制度”、“连续登记制度”。其以“不动产负担的物权性权利为登记对象”,其核心规则为——物权非经登记不发生效力,故又称登记要件主义。其主要特点表现为“形式主义立场”、“特定性原则”、“物权法定原则”、“登记优先原则”、“合法性原则”、“实质审查原则”、“登记具有公信力”、“强制性登记”、“登记错误进行国家赔偿”等。^{〔1〕}该登记类型为大陆法系之瑞士、奥地利等国所效仿,19世纪以来随着世界殖民潮流,对普通法系“托伦斯”制度的形成产生了重要影响。^{〔2〕}目前实行权利登记制的国家还包括匈牙利、捷克、韩国、前南斯拉夫、埃及、俄罗斯等。^{〔3〕}清末以来,在民法的移植和继受过程中,我国以德国法为蓝本,从而采取权利登记模式,这一模式延续至今,2007年我国物权法在不动产登记上也采取权利登记制类型。

权利登记制以形式主义物权变动模式为基础,登记是物权存在与否的唯一标志。在权利登记制中,登记机关不仅要进行登记,同时还需对权利本身的存在与否以及权利的真实状态作出“权威”性的认定结论,因而登记机关扮演着积极主动的角色。同时这种模式以更加简洁明确的方式映射出不动产物权关系的状态和变化。由于权利登记制下的产权登记具有“公信力”,因而其对交易安全的保护“更为彻底”。同时,完善的权利登记制度还可以起到降低交易成本、加速交易过程的作用。当然,登记公信力的赋予在使交易安全得到充分保护的同时,也由于其无法绝对杜绝登记与实际权利状况脱节的现象。因此,也存在使真正权利人受到损害的可能性。

〔1〕 李昊等:《不动产登记程序的制度建构》,北京大学出版社2005年版,第26页。

〔2〕 有关德国登记制对托伦斯登记制度的影响,详见第二章。

〔3〕 我国古代田产交易中盛行的官契(因加盖官方红色印章,故又称“赤契”或“红契”)规定土地房产交易“非经钤印不生效力”实际上也是一种典型的权利登记制的做法。

(2) 契据登记制。契据登记制(system of registration of deeds)最早产生于法国,其主要是为了克服不动产交易的“非公开”性对经济秩序造成的损害。契据登记制度的核心特征表现为“以契据(合同)为登记对象”、“物权变动模式从意思主义(早期)到对抗主义(晚期)”、“登记的任意制”、“形式审查主义”、“登记无公信力”、“以动态登记为主”、“无登记错误之赔偿(后有商业性产权保险制度匹配)”等。从比较法的角度来看,除法国之外,契据登记制度广为盛行的主要是美国。美国殖民地时期从欧洲大陆引入各种土地登记制度,在殖民地以及后来的发展中,对不动产转让文件(契据)进行记录的方式在与其他登记制度相互竞争的过程中逐渐胜出,成为最受欢迎、广为盛行的制度。^[1]此外,意大利、西班牙、葡萄牙、比利时、丹麦、加拿大、日本以及南美和拉美的大多数国家也广采此制。

如果登记(register)意味着以权力和审批为基础的一整套运行机制,则契据登记实际上准确而言只是注册(record)。当事人以双方所订立的不动产书面交易契据为登记对象,由国家设置的公共登记机构将不动产物权状况予以登记,同时公开记录信息以利于第三人查阅。登记机关登记时仅针对法律规定的有关契据所载内容予以登记,但对契据内容的真实性以及瑕疵与否等皆不作实质审查。在该体制下,产权记录本身不具有绝对效力,登记机关也不对其真伪性负责。推动物权变动仍然是“公示机制”而不是登记机关的产权认定机制,故在契据登记制模式下,不动产的物权变动不以登记为生效要件,唯当事人意思表示一致,订立契约,即可发生物权变动的效力。而登记本身也是自愿的,不存在强制问题。因此,契据登记制又被形象地称为“图书馆型”登记制。

由于契据登记制不具有强制性,故登记之外的“占有”等公示方式对不动产权益仍具有相当的公示效力。因此登记只是增加了公示的强度,但并不能形成绝对的优先效力,所以契据登记制下的买受人除了依赖契据检索系统进行权利“排查”外,尚需对实际占有、警示标记、告示乃至个人声明等零散的表象进行“探测”。不过在对抗主义模式下,由于契据登记能够充分激发当事人登记公示的动力,^[2]因此,该模式具有较高的公示效力和风险控制效果。

[1] 李昊等:《不动产登记程序的制度建构》,北京大学出版社2005年版,第43页。

[2] 登记的任意性并非意味着对登记率的必然削弱,从美国的情况“(登记)原则被房地产生意中的人们广泛接受。大家都自觉自愿地去登记,所以关于登记本身很少有官司可打。”李进之等:《美国财产法》,法律出版社1999年版,第179页。

(3)托伦斯登记制。托伦斯登记制又称为“南澳洲登记制”,系由托伦斯爵士(Sir Robert Torrens)在南澳洲首创。托伦斯先后担任南澳洲海关税务员、不动产登记官以及南澳洲总督,有感于英国船舶登记体系的简明性与安全性,遂将船舶登记原则移植到土地转让体系中,创设了一种新型的土地登记制度。

在托伦斯登记制度下,以政府为主导,通过全面的不动产资源调查进行一次总登记,并由政府根据登记簿的情况制作权利证书,交付权利人,该权利证书具有证明产权存在的法律效果。托伦斯登记制度的理论核心在于:登记应当像一面镜子直接、准确地反映出不动产上的权利和利益,以便意欲取得此不动产权利的第三人能准确地获取可靠的有关此不动产权利状况的详细情况。也就是说,人们无须从登记簿之外的其他渠道另行获取有关信息,在登记簿中未记载和提及的权利和负担对该不动产不具有法律约束力。在托伦斯登记制度下,当事人需要向登记管理部门提出申请,登记部门进行审查(审查过程中可能涉及司法程序,如由法院主持的听证或法庭裁判),产权一经确认并发给证书后,登记名义人在登记所载范围内即被视为确定不可推翻(*indefeasibility*)的权利主体。

托伦斯登记制度于1858年被南澳洲政府采纳,随后扩展到英属国家和地区。我国台湾地区在权利登记制的基础上,近代因受普通法影响,也在理论和制度建设层面一定程度上引入了托伦斯理论。

二、不动产登记制度的应然透视

以上几种不动产登记分类主要是从比较法的意义进行的划分。实际上,由于不动产的价值特性决定了其必然成为诸多复杂利益集结的焦点,而登记作为“扼不动产制度之咽喉者”自然更是各方利益纷争之地。由此,对于不动产登记制度的审视,就不能仅在单一的私法层面观察,而更应在纷繁复杂的利益网中进行多维透视,以便能在有效的意义上展开问题的探讨。

1. 不动产登记制度的角色定位

关于不动产登记,首先应该解决其公私法的角色问题。换言之,即不动产登记究竟是一种政府管理的行政手段,还是私法层面的权利要素,抑或其他。只有先解决这一问题,才能明确问题研究的对象和属性。

实际上,对于我国而言,虽然有关不动产登记的绝大多数立法和理论都仅指向私法的物权流转方面,但实际上,不动产登记的功能却远非局限于为产权交易提供一个安全通畅的平台,相反,在我国现行政治管理和社会秩序治理环

境下,不动产登记集中了复杂的秩序控制需求。^{〔1〕}即以改革开放以来的国家土地管理制度为例,不难发现,行政管理职能毫无疑问构成了土地登记的核心功能。^{〔2〕}

此后,即便在改革开放的宏观背景下,以市场为导向的改革由于迅速激活了土地的价值,因此,改革不但没有削弱土地登记的行政意味;相反,迅速提升了土地登记在土地管理中的地位。1993年6月1日,国家土地管理局发布的《关于进一步加强土地登记工作的通知》指出,“土地登记是土地管理工作的基础和核心”。随着土地市场的建立与发展,土地登记已成为规范管理土地市场的关键措施。^{〔3〕}

1997年,国家土地管理局《关于认真贯彻中发[1997]11号文件精神切实加强变更土地登记工作的通知》指出:“土地权属管理是土地管理的核心内容,土地登记是土地权属管理的重要措施和手段,它不仅是依法确认土地权属、保护和管理土地的重要制度和关键环节,也是掌握土地动态变化的重要途径。”“国有土地使用权转让,必须依法进行土地权属变更登记,未经登记的,属于非法转让,要依法查处。”

我国当下统一不动产登记的立法呼声中,登记的非私法性诉求之多样性也可略窥一斑。2013年3月,国务院办公厅发布实施《国务院机构改革和职能转变方案》任务分工的通知后,媒体纷纷评价,指出统一不动产登记对于“反腐”、“遗产税、交易税”等征收、“房地产交易市场控制”^{〔4〕}“保障房监控”乃至农地保护等方面的意义。而作为不动产登记的基础和核心功能的公示机能似乎被上述纷繁热闹的功能所湮没。

由此可见,不动产登记其实远非“与物权法呼应”这么简单,由于整合了多重需要,从而形成了一个复杂的利益诉求瓶颈,这一技术平台上存在着极为

〔1〕 例如,以登记为行政目的之手段在我国古已有之。谢在全先生在论及土地登记之目的时曾言,中国古代的土地登记“主要目的均在征收税赋,次要目的方在供质证,以杜争端之用”。谢在全:《民法物权论》,中国政法大学出版社1999年版,第57页。

〔2〕 此际,土地登记是“土地管理的一项重要日常工作”,土地登记被“列入土地管理的重点工作之一”。参见1990年《关于认真做好地籍调查、土地登记发证等工作的通知》;1991年《关于认真做好城镇土地登记工作的通知》。

〔3〕 时任国务院副总理的邹家华同志也指出,“离开了土地登记,土地管理部门对土地使用权出让和转让就很难实施有效管理”。参见1993年《关于进一步加强土地登记工作的通知》。

〔4〕 不动产登记制度,也为调节房地产市场提供了另外一种税收思路。2013年国务院办公厅发布关于实施《国务院机构改革和职能转变方案》任务分工的通知后,业内人士指出,推行不动产统一登记制度,可以逼出空置房,遏制非自住房需求入市,改善楼市供求关系,有利于楼市稳定。