



全国高等院校法学专业基础教材

# 房地产法律实务

主编 / 沈 萍

Fangdichan Falü Shiwu



中国政法大学出版社



全国高等院校法学专业基础教材

# 房地产法律实务



中国政法大学出版社

2010·北京

## 图书在版编目 (CIP) 数据

房地产法律实务/沈萍主编. -北京:中国政法大学出版社, 2010.2

ISBN 978-7-5620-3608-1

I. 房... II. 沈... III. 房地产业-法律-研究-中国 IV. D922.181.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 025823 号

---

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

---

787×960mm 16开本 19.5印张 365千字

2010年4月第1版 2010年4月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3608-1/D·3568

印 数: 0 001-4 000 定 价: 30.00 元

---

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010) 58908435 (教材编辑部) 58908325 (发行部) 58908334 (邮购部)

通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码100088

电子信箱 fada.jc@sohu.com (教材编辑部)

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

# 编委会成员名单

(以姓氏笔画为序)



万志前 王广辉 王志敏 韦宝平 牛余凤 石先钰  
冯瑞琳 刘 红 刘立霞 刘 杰 刘新凯 孙孝福  
孙淑云 邢 亮 朱建华 李 文 李雨峰 李艳华  
李振华 李祖军 陈训敬 陈会林 陈 虎 陈 菁  
张 功 张培田 张新奎 张 耕 汪世虎 沈 萍  
杨树明 范忠信 范 军 罗 洁 周庭芳 段 凯  
赵立新 侯 纯 姚 欢 晁秀棠 陶 虹 秦瑞亭  
黄名述 黄 笛 曹海晶 曹艳春 程开源 喻 伟  
曾文革 赖达清 雷 振 谭振亭

出版说明

法学是集理论性与实践性于一体的社会科学。然而，现行的法学本科教材普遍存在“重理论、轻实践”的现象，这既不适应应用型法学人才的培养，也与司法考试、研究生考试和公务员考试严重脱节，致使其实用性大打折扣。

鉴于此，由全国独立学院法学教育协作机制秘书处和中国政法大学出版社发起，成立了“全国高等院校法学专业基础教材”编委会，旨在编写适应法学专业应用型人才培养要求的“厚基础、重实务”的系列教材。中南财经政法大学、西南政法大学、华中师范大学、湖北大学、中南民族大学、江汉大学、重庆大学、湖北经济学院、武汉科技大学中南分校、西南大学育才学院、南开大学滨海学院、海南大学三亚学院、福州大学阳光学院、浙江大学宁波理工学院、中国石油大学胜利学院、南京师范大学泰州学院、黄河科技学院、中南财经政法大学武汉学院、中南民族大学工商学院、华中科技大学武昌分校、华中师范大学汉口分校、华中科技大学文华学院、武汉科技大学城市学院、河北工程大学文学院、燕山大学里仁学院、贵州民族学院人文科技学院、东莞理工学院城市学院、江汉大学文理学院、湖北大学知行学院、湖北经济学院商贸学院、福建江夏学院、河南师范大学新联学院等全国三十多所高等院校的百名法学专业教师共同参与了这套教材的编写工作。

本套教材在内容设计上充分考虑了与司法考试和公务员考试的接轨，注重基础理论阐述和实务能力培养的有机结合，力求展现以下特点：

第一，基础性。本套教材的编写内容定位于对基本理论、基本概念、基本知识的阐释和对基本法律实务技能的培养。

第二，简洁性。本套教材以各学科成熟的理论体系为主，不涉及太深奥的法律问题；以通俗和主流观点为主，除核心观点、理论有简要论证之外，避免过多论述有争议的观点或作者个人观点。

## II 房地产法律实务

第三，实用性。本套教材充分突出实用性，主要服务于法学专业学生参加司法考试和考公务员的目标，教材内容及结构与最新司法考试大纲保持一致，大量引入司法考试、公务员考试真题和案例。

第四，新颖性。本套教材力求突出形式设计上的新颖性。根据各教材的不同特点，有的在每章开头有简短的案例导入，使相关知识点、重点及难点一目了然；有的在正文中穿插案例或合理设置图表，以方便学生阅读，符合学生应试要求；有的在每章结尾处设置思考题和案例分析题，以供学生参考使用。

本套法学教材涵盖了法学专业教育指导委员会确定的16门法学主干课程和14门实务性较强的非主干课程，共30种。本套教材由于编写作者较多，涉及内容广泛，教材的编写统稿难度较大，更囿于水平有限，挂一漏万在所难免，恳请各位专家、同行及广大读者批评指正，帮助我们在后续的工作中加以完善。

《全国高等院校法学专业基础教材》编委会

2009年8月

编写说明

《房地产法律实务》作为一个重要的法学研究领域，一直备受法学界的关注与重视。自1990年西南政法大学首次在高等院校法律专业开设房地产法（主要以实务研究为主）课程至今，全国各高等院校法律专业大都开设了房地产法课程。房地产法学教育呈现出一片繁荣的景象。为适应“二本”、“三本”学校的需要，立足于独立学院的法学教育现状，结合学生的就业出路（考研、考公务员、考司法考试），根据长期从事房地产法教学研究与房地产法司法实践的经验，有针对性地编写了这部教材。

《房地产法律实务》是一部将房地产法理论与实际案例相结合的实用性教材，教材以科学理性的态度对我国房地产法律问题做了较为全面而具有特色的阐述。

全书共分12章，撰写分工如下（以撰写章节先后为序）：王新平、赵亮撰写第一章；赵嘉志、兰中华、周宏伟撰写第二章；向玲撰写第三章；吴烨撰写第四章；王辉、孙菊撰写第五章；刘蓓、廖飞亚撰写第六章；冯旭、苏颖斌、边春园、周宏伟撰写第七章；张瑞撰写第八章；臧博撰写第九章；蔡红芹撰写第十章；张玉、刘娟娟撰写第十一章；雷琼芳撰写第十二章。

本书的出版，获得了中国政法大学出版社的大力支持，编辑提出了许多中肯的修改意见，他们细致和勤勉的工作态度值得我学习，在此一并感谢！

全书由本人统一策划，确定提纲，进行分工。初稿完成后，又对全书进行了多次统稿、补充、修改与完善。尽管如此，错误在所难免，恳请读者给予指正并谅解。

沈萍

2010年3月

# C 目录

## CONTENTS

<b>第 一 章 我国土地权利制度概况</b> .....	1
◎ 第一节 土地所有权 / 1	
◎ 第二节 土地使用权 / 9	
◎ 第三节 地役权 / 23	
◎ 第四节 不动产登记制度 / 27	
<b>第 二 章 建设用地使用权</b> .....	33
◎ 第一节 国有土地使用权划拨 / 33	
◎ 第二节 国有建设用地使用权的出让 / 46	
◎ 第三节 农村建设用地使用权 / 48	
<b>第 三 章 集体土地征收</b> .....	62
◎ 第一节 集体土地征收概述 / 62	
◎ 第二节 集体土地征收中的常见法律纠纷及解决 / 69	
<b>第 四 章 土地违法行为及其处罚</b> .....	82
◎ 第一节 土地违法行为 / 82	
◎ 第二节 土地违法的责任及追究难点 / 97	
<b>第 五 章 房地产合作开发</b> .....	100
◎ 第一节 房地产合作开发经营概况 / 100	
◎ 第二节 房地产项目公司 / 110	
◎ 第三节 房地产联建 / 119	
<b>第 六 章 建设工程承包合同</b> .....	125
◎ 第一节 建设工程合同性质 / 125	



## 2 房地产法律实务

- ◎ 第二节 建设工程合同的成立与效力 / 128
- ◎ 第三节 建设工程款的认定 / 147
- ◎ 第四节 建设工程合同的解除 / 154

### 第七章 房屋买卖 ..... 164

- ◎ 第一节 现房买卖 / 164
- ◎ 第二节 预售商品房买卖 / 175
- ◎ 第三节 商品房包销 / 185
- ◎ 第四节 二手房买卖 / 192
- ◎ 第五节 经济适用房 / 201
- ◎ 第六节 廉租房 / 209

### 第八章 房屋租赁 ..... 215

- ◎ 第一节 房屋租赁权的概念 / 215
- ◎ 第二节 房屋租赁权的物权化的具体表现 / 216

### 第九章 房地产担保 ..... 227

- ◎ 第一节 房地产抵押登记 / 227
- ◎ 第二节 房地产按揭 / 236

### 第十章 房屋拆迁 ..... 246

- ◎ 第一节 房屋拆迁的性质 / 246
- ◎ 第二节 拆迁安置权与拆迁纠纷 / 253

### 第十一章 物业管理 ..... 264

- ◎ 第一节 建筑物区分所有权 / 264
- ◎ 第二节 眺望权、采光权 / 271
- ◎ 第三节 物业公司 / 276
- ◎ 第四节 业主委员会的诉讼主体资格问题 / 282
- ◎ 第五节 业主委员会 / 287

### 第十二章 房地产中介服务 ..... 294

- ◎ 第一节 房地产经纪公司的法律责任 / 294
- ◎ 第二节 估价师违规操作的法律责任 / 298

## 我国土地权利制度概况

### 第一节 土地所有权

#### 一、土地所有权

土地所有权是国家或农民集体依法对归其所有的土地所享有的具有支配性和绝对性的权利。一般来说,土地所有权属于财产所有权的范畴(土地所有权是所有对土地拥有的最完全、最绝对的土地权利)。

我国实行土地公有制,不存在土地的私人所有权。我国国家土地所有权与集体土地所有权在内涵与外延上有很大的区别。国家土地所有权更具有所有权的绝对性特征,而集体土地所有权受到比国外私有土地所有权更多的限制,集体土地所有权不具有绝对性,也可以说,它不是一项真正的“所有权”。

从理论上说,土地所有权及于空中和地下。空间所有权包含在土地所有权的范围内,构成土地所有权的一部分。空间所有权只能由土地所有权人享有。所有权人可以依照自己的意志对空间进行排他性占有、使用、收益、处分。但从我国实际来看,我国存在着国家土地所有权和集体土地所有权,集体土地所有权人是否当然享有空间所有权,目前还存在较大争议。土地使用权人和土地他项权利人因未享有地表所有权而不能成为空间所有权的主体。但是,对他人所有土地的地表上下一定范围空间的利用,可以成为土地使用权或者空间使用权的内容。

土地所有权与自然资源的所有权是可以分开的。在法律有特别规定的情况下,地表或地下的某些自然资源可以脱离土地权利而成为单独的权利,即自然资源所有权或自然资源开发权、使用权。地下埋藏物、隐藏物等也适用这一法理。根据我国《宪法》、《民法通则》和《文物保护法》的规定,矿藏、水流、所有人不明的埋藏物、隐藏物及地下文物属于国家所有。《外商投资开发经营成片土地暂行管理办法》第6条的规定表明,国家在出让国有土地使用权以后,仍然保留着对地下资源和埋藏物的所有权,而且,对地下资源的开发权并不当然地随土地使用权的出让而归属于土地使用权人。

## 二、国家土地所有权

### (一) 国家土地所有权行使主体

国家土地所有权由国务院代表国家行使。国务院可通过制定行政法规或者发布行政命令授权地方人民政府或其职能部门行使国家土地所有权。被授权的县级以上地方人民政府及其职能部门以本机关的名义行使国家土地所有权，但须依法经有审批权的人民政府审批。

国有土地使用权的出让、租赁、划拨经有批准权的人民政府批准后，由市、县人民政府土地管理部门作为国有土地所有者代表实施；国家直接以国有土地使用权对企业进行投资的，由国务院或者地方人民政府土地管理部门委托的国有企业或者政府机构代表国家土地所有者行使投资者权益。

在我国，国家土地所有权的代表是单一的。但是，在这种情况下，行使国家土地所有权的主体可以是多级的。根据我国现行的政权体制，中央人民政府即国务院是国家所有权的惟一代表，这是毫无疑问的。但是，权利的行使并不等同于权利的归属；权利归属的单一性并不妨碍权利行使方式的多样性、灵活性。委托行使所有权是各国财产法普遍承认的一种方式。所以，地方政府经中央政府授权，可以代表国家行使所有权。也就是说，我国采用的是“单一代表、分级行使”的制度，而地方政府的行使权不是以所有权代表的资格为基础，而是以所有权代表即中央政府的授权为基础。《土地管理法》第2条第2款规定“全民所有，即国家所有土地的所有权由国务院代表国家行使”，是单一代表制的体现。《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第9条规定“土地使用权的出让，由市、县人民政府负责，有计划、有步骤地进行”；第11条规定，“土地使用权出让合同应当按照平等、自愿、有偿的原则，由市、县人民政府土地管理部门（以下简称“出让方”）与土地使用者签订”则是分级行使制的体现。在实践中，长期以来，一直由市、县人民政府及其土地管理部门直接行使国有土地的收益权、处分权，并依法律规定报上级人民政府审批以及向上级人民政府上缴部分土地收益。这种格局已经形成，并将长期继续下去。

在由市、县人民政府土地管理部门行使国家土地所有权的收益权和处分权（如出让、租赁、划拨）时，应依法报有审批权的人民政府审批。此时，对外担任国有土地所有者代表的，仍然是市、县人民政府土地管理部门。因为从法律关系上看，市、县人民政府土地管理部门代表国家是以本机关的名义直接与用地者发生法律上的权利义务关系，如签订出让合同。明确其具有国有土地所有者代表的身份，才能使其与用地者的法律关系明确、具体，发生争议时也便于确定责任。当市、县人民政府土地管理部门未经依法审批而行使国有土地的收益权及处分权时，依《土地管理法》第78条的规定，认定其行为无效，并依法处理由此

产生的法律后果。

国有土地使用权作价出资或入股，依现行法律规定，不由人民政府土地管理部门直接作为国有股份代表行使所有权，而是由土地管理部门与国有股权的持股单位签订委托持股合同，由国有股权持股单位统一持股。在此，实际存在委托与转委托关系。地方土地管理部门本来是受国务院委托担任国有土地所有者代表，由于国有土地使用权在作价出资或入股后已经转换为股权或者其他形式的投资者权益，它们又将这些权利委托给国有股权持股单位，最终由国有股权持股单位与接受投资的企业发生法律关系。因此，从外部法律关系来讲，国有股权持股单位成为国有土地所有者代表。

## （二）国家土地所有权的行使及其权利内容

1. 国有土地所有者代表依法将国家土地所有权的部分权能让与土地使用者。国家对土地依法享有收益权，并保有最终处分权。国家土地所有权的行使有以下特点：

（1）国家土地所有权主体不能亲自行使所有权，只能由其授权的代表代为行使所有权。这一点明显区别于集体土地所有权；集体土地所有权主体完全可以亲自行使所有权的权能。

（2）国家土地所有权主体代表不能亲自行使土地所有权的占有、使用权能（即使行使占有、使用权能，其身份也非所有者代表，而为划拨国有土地使用权人）。因此，国家土地所有权主体代表必定将土地所有权的部分权能让与符合法律规定的用地者。据此，国家享有实现所有权经济功能的收益权。与此相对照，集体土地所有权主体本身及主体代表可以亲自行使土地所有权的全部四项权能。

（3）国有土地所有者代表对土地保有最终的处分权，这是国家土地所有权的一个十分重要的特征。这种最终处分权的一个突出表现，就是国家可以依法收回已经划拨或者出让的国有土地使用权，并可以将收回的土地使用权再次划拨或者出让。

2. 国有土地所有者代表可依法通过出让（含以出让金出资或入股）、出租和划拨等方式将国有土地使用权让与土地使用者，国有土地所有者代表应遵守其与土地使用者订立的土地出让或租赁合同，履行合同义务。国有土地所有者代表可依法收回国有土地使用权。国有土地所有者代表行使国家土地所有权的具体方式，根据已有的法规和实践，目前主要有四种：出让、租赁、作价出资或者入股和划拨。其中，出让、租赁、作价出资或入股属于使用权的有偿让与，一般采取合同形式。划拨属于使用权的无偿授予，一般采用行政文件的形式。在前一种情况下，国有土地所有者代表与土地使用权人之间构成平等主体关系，故要求国有土地所有者代表注意信守合同；在后一种情况下，国有土地所有者代表与土地使

用权人之间构成非平等主体关系，国有土地所有者代表可以按照正当行政程序随时收回土地使用权。

3. 县级以上地方人民政府及其职能部门对国有土地行使处分权的权限划分按《土地管理法》第44条的规定确定。不具审批权限或超越审批权限处分国有土地，其处分行为无效。因为《土地管理法》实施用途管制后，各级政府决定土地命运的权力集中体现在农用地转用审批、具体项目用地审批、征地审批和土地利用规划审批上。征地审批因涉及集体土地，并非国家直接行使土地所有权，而是行使国家对经济资源进行规划利用的宏观管理职能，故农用地转用审批和具体项目用地审批权限实际上已成为划分各级人民政府土地处分权的标尺。

4. 县级以上地方人民政府及其职能部门对国有土地行使收益权，应依法向上级人民政府及其职能部门上缴土地收益。国有土地收益中的新增建设用地的土地有偿使用费，30%上缴国家中央财政，70%留给有关地方人民政府。不同层次的国有土地所有者代表行使土地所有权，在收益方面的相互关系为：原则上应当层层上缴中央，但可以根据法律规定或者中央政府的决定，将一部分土地收益留给地方。地方的上下级之间，也可以照此办理。

### （三）国有土地所有权的客体

1. 城市市区即建成区的土地属于国家所有。但如果城市建成区内存在农村集体经济组织，其土地属于集体所有。城市市区如何界定存在许多争议。但将城市市区限定为建成区，符合我国的实际情况。若扩大解释为城市规划区，则将与城市规划区内存在大量集体土地的现实不符。即使在城市建成区内，也应区分具体情况分别加以规定。在城市建成区内不存在农村集体经济组织的，国家当然取得土地所有权；在城市建成区内存在农村集体经济组织的，土地仍属集体所有。

2. 农村和城市郊区中已经被国家依法没收、征收、征购、征用为国有土地属于国家所有。没收是指解放初期对地主及官僚资本土地所有权的剥夺；征收是指1982年《国家建设征用土地条例》施行前，国家依照法律规定的条件无偿地将公民或集体所有的土地收归国有的措施；征购是指1982年《国家建设征用土地条例》施行前，国家依照法律规定的条件有偿地征用集体或个人的土地的措施；征用是指1982年《国家建设征用土地条例》施行后，国家依照法律规定的条件将原属于农民集体所有的土地征为国有的措施。

国家取得土地所有权有多种不同的方式。虽然没收、征收、征购、征用四种方式均是针对农村和城市郊区的土地，但四者在适用时间、对象及是否有偿等问题上有明显的区别。在适用时间上，只有征用适用于1982年《国家建设征用土地条例》施行后，其余三种方式均适用于该条例施行前，其中没收仅在解放初期采用；在适用对象上，没收的对象具有特定性，即地主及官僚资本的土地，征

收、征购的对象是集体或个人的土地，征用的对象则是农民集体所有的土地；在是否有偿的问题上，没收与征收是无偿的，征购是有偿的，而征用则有无偿与有偿两种形式，采用何种形式视具体情况而定。

2004年3月14日十届全国人大二次会议通过宪法修正案后，征收、征用被赋予了新的含义。根据全国人民代表大会常务委员副委员长王兆国于2004年3月8日在十届全国人大二次会议上所作的《关于〈中华人民共和国宪法修正案（草案）〉的说明》，征收和征用既有共同之处，又有不同之处。共同之处在于，都是为了公共利益需要，都要经过法定程序，都要依法给予补偿；不同之处在于，征收主要是所有权的改变，征用只是使用权的改变。

3. 除依集体所有权证或者享有集体所有权的事实被依法确认的外，林地、草地、荒地、滩涂及其他土地属于国家所有。原属于农民集体所有，但后来在事实上转归国有单位、城市集体所有制单位或其他非农民经济组织的土地，按照1995年原国家土地管理局《确定土地所有权和使用权的若干规定》的有关规定，确定为国家所有。《土地管理法实施条例》第2条第4项的规定，采用了国家土地所有权推定的制度。根据这一制度，凡不能确定为集体所有的林地、草地、荒地、滩涂及其他土地，均确定为国有。确定为集体所有的方法有：①依集体所有权证；②享有集体所有权的事实被确认。其中第二种方法是以我国大部分地区尚未颁发集体土地所有权证的现实情况为根据的；在已经完成确权发证的地方，当然应主要采用第一种方法。对于历史上发生的集体所有土地的事实变动，即当时在没有办理土地征用，又未能办理土地登记（从20世纪50年代中期到80年代中后期，我国没有土地登记）的情况下转归全民所有制单位、城市集体所有制单位和其他非农民经济组织（如华侨农场）的原农民集体土地，原则上应确定为国有。具体认定标准适用1995年《确定土地所有权和使用权的若干规定》的有关规定。

4. 建成区内或城市建成区边缘，存在农村集体经济组织，但该组织农民集体所拥有的土地全部变为建设用地的，国家可以依法将农村集体经济组织全部成员转为城镇居民，原属于其成员集体所有的土地转变为国有土地，用地者对该幅土地享有划拨国有土地使用权。

在城市建成区内或城市建成区边缘，如果原农村集体经济组织所拥有的土地已经全部变为建设用地，则意味着这些土地已融入了城市经济，并且这些土地的级差地租中包含了大量的国家城市建设投入。在这种情况下，国家可以根据《土地管理法实施条例》第2条第5项的规定，将该集体经济组织全部成员转为城镇居民，从而无需办理征用手续和支付征地补偿费而取得国有土地使有权。原农村集体经济组织没有解散且继续使用原归其所有的土地的，在土地确定为国有后，

对该土地享有划拨国有土地使用权。如果原农村集体经济组织解散，但原集体经济组织成员以企业形式或者其他合法方式继续使用原集体土地的，可照此办理。

5. 因国家组织移民、自然灾害等原因，农民成建制地集体迁移后不再使用的原属于迁移农民集体所有的土地，国家应当依法将国有土地与原集体土地进行置换，迁移的农村集体经济组织农民集体对置换后的土地享有集体土地所有权。按照《土地管理法》第2条的规定，一般情况下不允许将国有土地变更为集体土地。但是，因国家组织移民或自然灾害等原因，国家将当地农民成建制地集体迁移，从而取得原农民集体所有的土地，使国有土地的数量增加的，应当以一定量的国有土地与原集体土地相置换。用于置换的土地，可以是存量的国有土地，也可以是国家为安置移民而向其他农村集体经济组织征收的土地。

### 三、集体土地所有权制度

#### (一) 集体土地所有权的主体及代表

农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的，由村集体经济组织或者村民委员会作为所有者代表经营、管理。下面我们关注一下具体的管理办法：

1. 在一个村范围内存在两个以上农村集体经济组织，且农民集体所有的土地已经分别属于该两个以上组织的农民集体所有的，由村内各该农村集体经济组织或者村民小组作为所有者代表经营、管理。

2. 在一个村范围内不存在两个以上农村集体经济组织的，经村民会议2/3以上成员或者2/3以上村民代表同意，可以设立以村民小组为单位的集体经济组织，将村农民集体所有的土地划分确定为各该集体经济组织或者相应的村民小组所有，由各该集体经济组织或村民小组作为所有者经营、管理；村民会议2/3以上成员或者2/3以上村民代表不同意的，该土地仍归本村农民集体所有。

3. 农民集体所有的土地，已经属于乡（镇）农民集体所有的，由乡（镇）农村集体经济组织或者乡（镇）人民政府作为所有者代表经营、管理。对村内两个以上集体经济组织的农民集体作为土地所有权主体的条件，做了特别限定。村内农民集体经济组织可以享有土地所有权，主要是因为我国目前实践中存在着一些地方村农民集体所有的土地由村民小组一级实际控制的情况。承认这些村内农民集体经济组织的土地所有权，有利于稳定当地的农村土地关系，充分调动农民的生产积极性，发展农村经济。当然，并不是所有村内农民集体经济组织都享有土地所有权，而是有严格的条件限制，即村民小组一级要有集体经济组织。没有集体经济组织的，经过村农民集体的表决同意，可以在村民小组一级设立集体经济组织，由其享有土地所有权。另一方面，目前大多数地区的村民小组，既无组织机构，又无法人资格，也无独立账户，其财务一般由村直接管理，不具备作为集体土地所有权主体代表的条件。而且，这些地方的普通农民对确权给村民小

组的要求也不强烈，他们认为确权给谁都无关紧要，只要自身已经得到的土地实际利益（如宅基地、承包地）有保障和相对公平即可。此外，经村农民集体表决不同意在村民小组一级设立集体经济组织享有土地所有权的，应当尊重多数人意愿，确认土地仍归村农民集体所有。实际上，将村一级集体土地所有权确定为集体土地所有权的最基本形态是比较适宜的，这样能够减少村民小组之间的权属纠纷，稳定农村土地关系。

将乡（镇）农民集体土地所有者代表界定为“乡（镇）农村集体经济组织或乡（镇）人民政府”，在《土地管理法》第10条规定的基础上增加了乡（镇）人民政府，这是实际情况的真实反映。在我国的多数农村地区，乡（镇）土地所有权的真正代表为乡（镇）人民政府，尽管各地纷纷设立诸如“乡（镇）农经社”、“乡（镇）农工商总公司”、“乡（镇）集体资产管理委员会”等名称各异的企业组织，但这些组织多受乡（镇）人民政府支配、控制，其负责人均由乡（镇）人民政府委派、任命，或由乡（镇）人民政府负责人兼任，财务上也与乡（镇）人民政府财政融为一体。有些地方，一个乡（镇）人民政府下面有多个经济组织。而且，这些经济组织已经不是与原来的人民公社相对应意义上的集体经济组织。所以，以乡（镇）人民政府代表该乡（镇）全体农民充当集体土地所有权主体，实践中比较可行。

## （二）集体土地所有权的客体

1. 农村和城市郊区的土地，有下列情形之一且不属于《土地管理法实施条例》第2条规定范围的，确定为农民集体所有。《土地管理法实施条例》第2条规定，下列土地属于全民所有，即国家所有：城市市区的土地，农村和城市郊区中已经依法没收、征收、征购为国有土地；国家依法征用的土地；依法不属于集体所有的林地、草地、荒地、滩涂及其他土地；农村集体经济组织全部成员转为城镇居民的，原属于其成员集体所有的土地；因国家组织移民、自然灾害等原因，农民成建制地集体迁移后不再使用的原属于迁移农民集体所有的土地。

2. 土地所有权有争议，不能依法证明争议土地属于农民集体所有的，属于国家所有。我国现行《土地管理法》第8条规定，城市市区的土地属于国家所有，农村和城市郊区的土地，除法律规定属于国家所有的以外，属于农民集体所有。这极易使人误解，认为农村和城市郊区土地的所有权应推定为农民集体所有。事实上，依据《确定土地所有权和使用权的若干规定》第18条的规定，除有证据证明归集体所有的土地以外，其他土地一律推定为国家所有（或者表述为：土地所有权有争议，不能依法证明争议土地属于农民集体所有的，属于国家所有）。所以，正确的理解是：农村和城市郊区的土地，只有在既不能依法直接确定为国有，也不能因归属不明而被推定为国有的情况下，才能确定为集体



所有。

### （三）集体土地所有权的内容

1. 集体土地所有者及其代表依法对集体土地享有占有、使用、收益和处分权能，其权利行使受法律限制。集体土地所有者及其代表可依法将集体土地所有权的部分权能让与符合法律规定的用地者。集体土地所有者对土地依法享有收益权，并可保有一定处分权。集体土地所有者代表实施对集体土地的重大处置，需经农村集体经济组织或村民小组成员表决同意，并不得违反法律的禁止性规定，且应履行法定义务。乡镇土地所有者代表行使上述权利可不经农村集体经济组织或村民小组成员表决同意。

2. 集体土地所有权可以由所有者亲自行使，也可以由所有者代表代为行使。其权利内容包括占有、使用、收益和处分四项权能。集体土地所有权具有不完全性，在收益和处分方面受到一定限制。例如：在收益权方面，集体所有的土地不能直接用于房地产开发，若要用于房地产开发，必须先经国家征收程序转变为国有土地后再由国家出让给开发商。这就使属于集体土地所有权人在土地商业性开发方面的收益受到限制。在处分权方面，集体土地不得出让、转让、出租用于非农业建设，集体土地所有者不得擅自改变土地用途，若向非农业性用地者提供土地使用权须经人民政府审批等，均使集体土地所有权中的处分权受到相当大的限制。

3. 集体土地所有权的权能分离。向用地者让与权利，既可由集体土地所有者实施，也可由其代表实施。向用地者让与权利后，集体土地所有者可取得收益。

4. 集体土地所有者代表对土地行使处分权的限制。对土地的处分包括事实上的处分（如改变土地用途）和法律上的处分（如将土地权利进行交易）。集体土地所有者代表行使处分权受以下两方面限制：

（1）受农民集体经济组织成员共同意志的限制。集体土地所有权真正的主体是全体集体经济组织成员，而不是他们的代表机构或者代表人。所以，对集体土地的重大处置决定，要依法经农村集体经济组织或村民小组成员表决同意。在乡（镇）集体土地所有权中，农民集体对土地实际已无直接的收益权，也无法直接行使处分权，故农民集体已无法对所有权主体代表行使权利予以限制。从这一实际情况出发，乡（镇）土地所有者代表行使上述权利可不经农村集体经济组织或村民小组成员表决同意。

（2）受国家法律和政府管理的限制。集体经济组织行使对集体土地的处分权，不得违反法律的禁止性规定，且须履行法定义务。例如，未经依法征收不得转让土地，不得将集体土地用于商业性房地产开发，改变土地用途须依法经有审