

中国经济法研究丛书

中国房地产法制研究

张少鹏 等著

暨南大学出版社

张少鹏
著

PDG

中国房地产法制研究

张少鹏 等著

暨南大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国房地产法制研究/张少鹏等著.

—广州:暨南大学出版社,1997.2

ISBN 7-81029-610-8

I. 中...

Ⅱ. 张...

Ⅲ. 基本建设管理法

N. D(9)41.7

暨南大学出版社出版发行

(510632 广州 石牌)

华侨大学印刷厂印刷

新华书店经销

1997年8月第1版 1997年8月第1次印刷

开本: 850×1168 1/32 印张: 10.25

字数: 300千 印数: 1—2500册

ISBN 7-81029-610-8/D·26

定价: 24.00元

序

中国的改革开放,特别是党中央提出建立社会主义市场经济,提出加快经济立法,建立与社会主义市场经济相适应的法律体系,使中国的经济法学研究、经济法制建设都进入了一个崭新的阶段,取得了丰硕的成果。经济法学已经形成了科学的、系统的理论体系。经济法在我国以宪法为核心的社会主义法律体系中占着极其重要的地位,形成了自己的体系。但是,我们也应当看到,中国社会主义市场经济制度的建立和完善既是一项史无前例的宏大的法制工程,又是一项长期的繁重的历史任务。我国正处于经济转轨时期,无论是社会主义市场经济的发展,还是社会主义市场经济体制的建立,都有诸多的实践问题、法律关系问题需要给以理论的回答。经济立法方面的诸多问题和困惑都需要进行长期、深入的研究。所有这些,都要求我们必须高度重视和切实加强对经济法学的研究。这个重任历史地落在我国的经济法学界的肩上。我们的经济法学界也一定能无愧于时代的要求,把具有中国特色的经济法学不断推向前进,不断奉献出丰硕的研究成果,不断为中国的经济法制建设作出自己应有的贡献。

经济法学是适应社会化大生产的商品经济发展的要求而产生的,是国家调节社会经济过程中发生的各种社会关系,以保障国家调节促进社会经济协调、稳定和发展的法律规范的学说。经济法对于促进和保障经济的持续、健康、稳定发展,维护社会主义经济秩序,保障市场经济的合法权益都有着重要作用。因此,研究经济法学,必须深入了解我国经济发展、经济建设、经济制度、经济运行,包括宏观经济、微观经济、部门经济、区域经济中的实际情况,紧密联系实际情况,回答经济工作中的法律问题。

当今世界是个开放的世界,我国的对外开放是我国改革政策的重要组成部分。改革开放,使我国经济与世界经济建立了密切联系,国际市场与国内市场日益沟通,因此,在经济法制的建设中,应当注

意研究和借鉴国外对我有益的成功经验,注意与国际惯例的接轨。经济法学研究,既要注意基础理论的研究,注意与相关学科关系的研究,也应该注意了解与掌握国外经济法学的研究动态,加强比较研究。在马克思列宁主义、毛泽东思想,特别是邓小平的建设有中国特色的民主与法制的理论指导下,按照百花齐放、百家争鸣方针,发扬学术民主,进一步解放思想,勇于探索,开展切磋讨论,不断推进经济法学研究,以建立起具有中国特色的社会主义经济法学理论和经济法律体系。

由国立华侨大学法律系张少鹏副教授主编的《中国经济法研究丛书》,既是他们注重经济法学研究的体现,也是他们研究成果的结晶。这部丛书,从不同方面和领域对经济法面临的理论和实践问题进行了深入的研究和探讨,体现了理论与实际相结合、理论研究植根于现实的学风。我衷心祝贺这套丛书的面世,也预祝有更多的新经济法研究成果的涌现,以更好地坚持和发展马克思主义法学理论,繁荣中国的法学研究园地。

孙琬钟

(原国务院法制局局长)

一九九六年十二月于北京

目 录

加强房地产法制研究 促进房地产业健康发展(代 前 言)

第一章 房地产与改革

- 一、关于将在建物作为贷款抵押物的立法建议…………… (11)
- 二、当前我国房地产制度改革中几个焦点问题之界限
…………… (17)
- 三、建立有中国特色的房地产评估制度…………… (23)
- 四、住房有限产权法律性质分析…………… (36)
- 五、律师拓展房地产业法律服务领域探析…………… (47)

第二章 房地产与物权

- 一、关于土地使用权的不动产物权属性之研究…………… (54)
- 二、海峡两岸城市房地产抵押制度之比较…………… (66)
- 三、房地产抵押中若干法律问题研究…………… (77)
- 四、房地产若干基本问题辨析…………… (98)
- 五、房地产抵押和房地产按揭 …………… (107)
- 六、试论楼花按揭的几个法律问题 …………… (113)

第三章 土地与法制

- 一、对现代土地登记制度的若干思考 …………… (124)
- 二、当代中国土地权初探 …………… (134)
- 三、海峡两岸土地利用和保护制度比较 …………… (143)
- 四、试论土地空间权制度 …………… (158)
- 五、土地管理执法难的原因及对策 …………… (172)

六、我国土地制度若干法律问题研究	(181)
七、农村集体所有土地非法交易法律问题研究	(186)

第四章 房地产与经营

一、当前审理房地产开发经营案件中的几个问题及对策	(199)
二、关于房地产承包合同纠纷的个案分析	(208)
三、商品房预售及再行转让的法律调整	(214)
四、商品房预售的几个法律问题探析	(223)

第五章 不动产物权法律问题研究

一、不动产物权的设定原则	(234)
二、不动产物权的取得	(245)
三、不动产物权的转移	(264)
四、不动产物权的丧失	(286)

第六章 土地与刑法

一、新《刑法》与打击土地犯罪	(295)
二、土地犯罪的现状	(297)
三、土地犯罪立法的背景	(299)
四、土地刑罚与刑法的基本原则	(301)
五、土地犯罪与刑罚的立法形式	(303)
六、土地犯罪的概念及特征	(306)
七、非法批地罪	(310)
八、非法转让、倒卖土地使用权罪	(313)
九、非法占用、毁坏耕地罪	(316)

后 记	(319)
-----------	-------

加强房地产法制研究 促进房地产业健康发展

(代前言)

由《中国法学》杂志社、国立华侨大学法律系联合主办的《中国房地产法制学术研讨会》，于1996年11月1日至5日在国立华侨大学隆重召开。原中国法学会会长邹瑜教授、国立华侨大学校长庄善裕教授、现任中国法学会常务副会长孙琬钟教授、国家土地局政策法规司司长潘明才教授、国家国有资产管理局政策法规司司长谢茨昌教授、原中国政法大学校长、著名法学家江平教授、中国政法大学博士生导师、著名民法专家杨振山教授、《中国法学》杂志社总编辑、著名法学家郭道晖教授、北京城建集团副总经理赵景贤教授、福建省法学会陈振亮会长、丘一平副会长、全国人大法工委民法室姚红处长等80多位专家、学者莅会。

兹将研讨会的论文及学术观点综述于下，以为本书之前言。

一、关于国有土地开发用地制度 方面的法律问题研究

与会者认为：我们过去实行国有土地无偿、无限期、无限制的分配使用制度，造成实际上的土地集团所有或部门所有制，造成土地使用的巨大浪费和国有资产的流失。而目前，我国土地的实际利用主体已成多元化趋势，形成了土地上多种利益并存的现状，因此，必须科学、合理地调整各种土地利益关系，促进土地资源的有效利用。土地权利设置是一项科学严谨的立法活动。多数与会者提出一种较具代

表性的观点,认为应设置土地利用权利。根据我国宪法第10条第1款的规定,我国的土地所有权禁止转让。其实,就国有土地而言,因所有权主体具有唯一性,故客观上不存在转让的可能。但市场经济要求土地权利可以在不同的主体间合法流转。因此,以非所有人为权利主体的土地利用权在我国土地法中处于极其重要的地位。为此,我国确立了土地有偿使用制度,将土地作为可进行交易的地产,从而形成了以土地使用权为核心的土地立法模式。从世界土地立法趋势来看,也形成了从土地所有为中心向土地利用为中心发展的潮流。要想发挥土地的功能,满足人类生存的需要,做到永续利用的良性循环,很大程度上取决于土地实际利用者科学、有效地使用土地。社会主义公有制强调土地归属的重要性,但土地归属已不是社会经济活动的最终目标,它与土地利用一样都是基本的社会经济活动,共同服务于造福全体人民的根本目的,这就为客观的评估土地利用的价值和地位奠定了基础。

土地利用权以用益性为其基本属性,颇能符合土地立法向以利用为中心发展的历史潮流。土地利用权不涉及以土地的价值清偿债务的问题,也不涉及土地灭失后以其它物代替的问题,只是因种类的不同而存在着范围和程度的差别。土地利用权不以其它权利存续期间来排除土地所有人的干涉。这种法律上的激励机制对我国土地立法来说是非常有意义的。在土地利用权中,除地役权外都具有对土地的占有性。

从我国《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》和《城市房地产管理法》的规定来看,我国的土地使用权已经成为一项独立的用益物权,其主要功能与地上权是相同的,都是为了阻止土地所有权对地上物(主要是建筑物)的附合。大陆法系自罗马法以来就有“地上物属于土地所有人”的立法原则,于是,为了取得在他人土地上营造的建筑物或植物的所有权,须取得地上权方能阻止土地所有权对其地上物的附合。受大陆法系影响的我国法律也有承认土地所有权附合原则的传统,但为了鼓励土地使用者对土地的开发和建设,保护其对

地上物的合法权益,才建立了土地使用权制度,有关法律也规定了取得土地使用权后方可取得其地上建筑物所有权。实行房屋所有权与土地实用权主体一致原则。因此,我们不难发现土地使用权和地上权除所有制基础不同外基本上是相似的。

关于土地承包经营权的性质问题,考察我国当初设立农村土地承包经营权的目的,是农村集体为了维持其成员(农民)的生活而设立的,集体土地所有权的主体为特定人的利益而设立的,而且对承包人使用土地的范围及其权利的转让作了严格限制,所以农村土地承包经营权具有民法中人役权的特征。由于人役权同其他用益物权相比流转性较差,所以将土地承包经营权局限在我国农村是比较实际的做法。

我国的土地租赁权已被赋予新的内涵,物权化的倾向更为明显,权利非经登记不生效力。土地租赁权的客体是土地使用权,土地使用权人是出租人,土地租赁权人是承租人。对于因租地所建房屋,若租期届满,则其归属问题值得研究,是由出租人将土地使用权转让给承租人,还是由承租人将房屋所有权转移给他人,则土地租赁也势必随之转移,否则受让人因缺乏基础权利(权源)而无法取得房屋所有权。

我们还应看到,随着我国市场经济的发展,相邻关系变得日益复杂,相邻权作为相邻不动产所有权的一项权能已不能胜任调整复杂相邻关系的职能。因此,作为对相邻权的补充,地役权对诸多土地利益的协调作用不容忽视。地役权作为当事人自愿设定的用益物权,其私法色彩较为浓厚,它可以根据当事人的自愿原则突破法律对行使相邻权的限制,实现对冲突利益进行更为有效地调整。由于地役权不以权利主体对供役地的占有为必要条件,属非占有利益,以此区别于作为占有利益的其他用益物权,因此,我们不妨借鉴英美法系的有关立法,将采矿权、取水权、伐木权、放牧权、捕捞权、狩猎权等非占有利益划入地役权的范畴。现代地役权制度并不以权利人对需役地的所有和对供役地占有为其成立要件,所以,对现代地役权的概念须重新定义。

上述土地使用权设置的特征在于：(1) 明确城镇土地归国家所有，国家通过有偿转让、无偿划拨等形式，只转移土地使用权，国家仍享有土地所有权。(2) 建立土地使用权权利主体制度，使土地使用者真正成为权利主体、市场主体。(3) 国家垄断房地产开发用地。集体所有的土地不得擅自出让、出租、转让、抵押，只能先征用转为国有土地后才可出让、转让等。(4) 建立系统而完整的登记制度，明确登记是土地使用生效的必备要件。

二、土地使用权出让、转让法律性质问题研究

关于国有土地使用权出让、转让的法律性质问题在认识上存在着几种看法，主要有：

1. 行政法律行为说认为：土地使用权出让、转让的主体为国家（土地管理部门为代表），另一方是土地使用者，双方权利义务关系是管理者与被管理者的关系。出让（转让）者所执行的是政府管理部门的职能，土地出让者是以管理者身份出现的，因此，应认定是行政行为。

2. 民事法律行为说认为：土地使用权出让、转让，就是财产出让、转让的合同行为，在土地出让（转让）的法律关系中，国家以土地所有者的身份出现，因此国家作为土地所有者的法律地位与土地使用权受让人的法律地位完全平等。双方应遵守平等、自愿、有偿的原则。由此，才能真正把国有土地这一资源推向市场，避免土地资源的流失和浪费。因此，与会者倾向性意见认为行政法律行为性质说不可取。当然，也不排除作为房地产管理部门对地产的必要行政管理。

我们认为，应将土地使用权的出让、转让视为特殊商品的交易，在这一交易关系中，无论主体双方的所有权性质如何，也不论地位的大小，其主体资格是平等的。在社会主义市场经济条件下，这种平等主体之间所发生的土地使用权的出让或转让，绝非计划经济时期的行政管理关系，更非上下级之间的主、从关系，而是市场经济条件下

客观表现出来的特殊商品交易所形成的经济合同法律关系。因此,其法律性质应是经济合同法律行为,而非行政法律行为。

三、关于土地所有权的划分问题

我国土地法对国有土地所有权和集体土地所有权的划分作了具体规定。但在实践中两种所有权难以划清的情况很多,执行起来难度很大。因此,关于土地所有权划分问题,与会者有两种观点。一种观点认为,取消集体土地所有权属,全部划为国家所有,这样,在土地出让、转让流转中可以减少许多人为因素,便于执行。另一种观点认为:不能用简单的消灭土地集体所有权的办法解决交易中的难题,而应在立法上重新设定国有和集体所有土地的区分标准,改变以区域划分的不科学做法,健全土地所有权登记制度,以登记内容来直接表明土地的所有权性质和土地的编号范围,再以公告形式定期向社会公布土地所有权的性质和产权变化情况;还应以土地的作用来确定其性质,如房地产开发用地、农业用地、公益事业用地、机关、军事、居民用地等用途应登记为国有用地,耕地、养殖用地应登记为农业集体用地。其次,应健全有关土地征用、改变用途、改变性质的立法规定,若被征用、改变用途等就依法办理审核、登记手续。第三,应简化农村集体土地的产权主体。对于土地所有权制度,我国应向简化、公开化、适当限制集体土地所有权的方向发展。

四、关于加强物权立法若干问题研究

与会者一致认为:加强物权理论研究和完善物权立法,十分必要。物权是对一定社会财产关系,尤其是土地关系的反映,在我国社会主义土地公有制基础上,复杂的土地关系同样需要物权法来规范。因此,我国必须彻底纠正把所有权以外的其他物权看作是生产资料私有制的产物从而否定物权制度和物权法的错误认识,为物权和物

权法正名。《民法通则》不使用“物权”概念，而使用“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”概念，恰好证明我国立法上在回避物权法律制度。

在我国现行法律体制中，土地关系主要是由土地行政管理法来规定的，如《土地管理法》、《城市房地产管理法》、《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》、《划拨土地使用权管理暂行办法》等，而《民法通则》只有几条宣言式的原则性规定。这是立法上的错误。土地首先是一种财产，其次才是一种管理对象。作为一种财产，土地上的各种财产关系主要是平等主体之间的关系，如土地所有关系、土地使用关系、土地抵押关系、土地租赁关系，应当由民法来调整，即应当由民法的物权法来规范。作为一种管理对象，土地管理关系是国家行政管理机关与土地所有人、使用权人之间发生的关系，由土地行政管理法调整，因此，民法与土地管理法所反映的土地关系是不同的，土地管理法不能代替民法对土地财产关系的调整。作为财产，土地与其他财产具有相同的本质属性，其中土地与房产及其他建筑物、附着物密不可分，因此，土地财产关系的调整应纳入统一的财产法，而不应由单独的土地管理法或土地法来调整。统一财产法的核心就是民法的物权制度。

基于物权制度与土地财产关系之间的反映与被反映关系，我国的立法应以规范社会主义市场经济条件下的土地财产关系为核心来建立我国的物权制度。具体内容如下：

(1) 所有权仍然是我国物权制度的核心内容。在规范土地财产关系方面，确认和保护国家土地所有权和集体土地所有权，这是我国物权制度的基本任务。

(2) 除所有权外，土地承包经营权、土地使用权，包括出让土地使用权、划拨土地使用权、宅基地使用权（抵押权已为我国法律所确认）等应成为我国物权制度的重要内容。

(3) 地役权与相邻关系有相似之处，内容上也有所交叉，但二者并不相同。相邻关系依法律规定而发生，地役权则可依当事人之约定

而设立；相邻关系从属不动产所有权，不构成一种独立的物权，地役权则属于他物权。因此，相邻关系不能代替地役权，物权法上有必要规定地役权。

(4) 典权作为民间的一种传统的融资方式，为我国所特有。我国司法解释对典权已有较明确的规定，需要完善的是确认典物的范围包括典房所占的土地使用权。随着社会经济的发展，这种传统、民间的融资方式仍必然地出现在现实生活中，物权法应予以规定。

此外，在动产方面，质权、留置权也已经得到我国法律的确认，《担保法》对这两种制度作了较为系统的规定，也属于物权制度的内容。

以规范土地财产关系为核心而建立的我国物权法律制度的内容应包括所有权(动产所有权、不动产所有权)、土地承包经营权、土地使用权(出让土地使用权、划拨土地使用权、宅基地使用权)、地役权、典权、抵押权、质权、留置权等。

(5) 与会者普遍认为：土地关系的调整是物权法的主要任务，物权的大多数制度主要是为了规范土地关系而设立的，要认识物权制度的意义，认识物权法的意义，不能离开土地关系。

五、关于土地使用权制度问题的研究

与会者认为：不能简单地认为，受让人经受让取得的国有土地使用权等同于所有权中四项权能的使用权。国有土地使用权的取得虽然来源于土地所有权，但一经设定就具有相对独立性，并通过专门法律予以确认和调整。在土地使用权存续期间，土地使用者不仅可以实际占有、使用、受益，更重要的是土地使用者可以转让、出租、抵押或用于其他经济活动，实际享有法律允许范围内的处分权。同时，享有物上请求权，包括返还请求权、排除妨害请求权、防止危险请求权、损害赔偿请求权等。因此，土地使用权作为典型的物权，应区分一般使用权，并应作为一项物权制度加以规范。

我们认为,对“土地使用权”的认识不能局限于以传统民法中所有权四项权能之一的“使用权”来界定其属性,而应赋予其新时代的内涵和外延,即应超越于“使用权”的原来属性来认识“土地使用权”。事实上,“土地使用权”已不再仅仅是“使用权”,其基本具备了所有权的属性。在社会主义市场经济条件下,商品的交易是以物之所有权主体的变更来揭示其商品的流通事实的,而作为特殊商品——土地,却无法以土地所有权主体的变更来反映交易状况,而代之粉墨登场的却是“土地使用权”,然而,一旦使用了“使用权”三个字,却有形无形地约束了人们对“土地使用权”所包含的所有属性的正确认识。因此,在交易关系中,在客观上已不存在土地所有权交易的现实中,有必要将可作为交易物的“土地使用权”赋予新的提法和新的含义,以正确反映出“土地使用权”的本质属性,更充分地发挥其在市场经济时期的作用。

六、关于房产与地产分别立法问题

我国现行土地立法和房产立法以及从不动产登记制度看,土地归国家和集体所有,房屋往往归法人所有或个人所有,房产与地产分别归为不同机关登记(只有深圳等个别地区除外)。这必然出现当土地与地上建筑物、附着物分别转让而异其主体时的矛盾。这一矛盾的解决方法是通过设置土地使用权、法定土地使用权、法定抵押权等制度加以解决的。在法律构成上,将土地使用权与地上建筑物、其他附属物视为一体,视其为土地使用权的构成部分,这样就既能消除土地使用权与地上建筑物、其他附着物异其主体的现象,又能克服将房地产物权变动分别登记的弊端。因为设立土地使用权制度的目的就在于使开发建设者取得地上建筑物及其他附着物的所有权,促进土地使用权人开发建设的积极性。

与会者分析了当前我国房地产市场还存在问题的同时,一致认为,我国房地产开发取得了前所未有的巨大成绩,但在迅速发展过程

中,也暴露出许多十分严重的问题。突出的是:(1)土地供应过多、过滥,以至失控。据统计:规划、圈定的待开发土地为2000余万亩,而实际开发的仅有2%左右,其他土地圈而不开,造成土地资源的极大浪费。(2)房地产开发盲目,缺乏规划,造成规划布局的紊乱,影响了城市整体发展,甚至破坏了生态平衡。(3)房地产开发公司发展过猛、过滥,审批把关不严,有的根本没有开发能力,成为炒地皮、炒楼花的公司,不利于稳定房地产市场的合理开发。(4)商品房价格管理、商品房开发结构管理也明显失控。商品房价格增长过快、过猛,有的几年时间翻了十几倍。高档写字楼、高档别墅也发展过快,供大于求,而安居工程又显得严重不足。另外,房地产开发中管理上的混乱现象,不正之风影响也是有目共睹的。

与会者一致认为:加强房地产市场的管理,首先要加强这方面的理论研究和加强完善物权法律的建设,与此同时重视相关环节的管理。离开了法制的管理,房地产市场的管理也是不巩固的。物权法立法理当跟上时代的步伐。

七、关于房地产立法方面的建议

与会者一致认为:房地产业是当今世界上最具有经济效益的基础产业、先导性产业、支柱性产业,许多国家都十分重视房地产业的发展与立法研究,给予支持与扶持,优先发展,并且制定了比较严密的不动产法律制度予以规范与保护。我国改革开放后房地产业蓬勃发展急需法律的调整。因此,加强和完善民事立法中的物权法就显得尤为突出和重要。尽管国家土地管理部门、房产管理部门制定了一系列有关调整房地产的法规、政策、条例等,但这些众多的法规和政策不能代替国家基本法对不动产进行的法律规范。

不动产物权法大体应包括以下几个原则:

(一)不动产物权的设定原则:(1)不动产物权绝对性及其限制原则,(2)不动产法定原则,(3)不动产公示原则;

- (二) 不动产物权取得原则；
- (三) 不动产物权的时效取得原则；
- (四) 不动产物权转移原则。

由于我国没有制订完善的不动产物权法，上述各项重要基本原则，无疑很难在零散的行政政策法规中体现。物权立法的步伐必须加快，以适应社会主义市场经济重要组成部分的不动产业的健康发展。

（本文作者：张学春，《中国法学》杂志社副社长、副编审；张少鹏，国立华侨大学法律系副主任、副教授）