

“民商法律师实务”丛书 ⑪

建筑房地产法 律师实务

(第5辑)

中华全国律师协会民事专业委员会 编

- 土地承包与流转
- 建设工程合同
- 城市房屋拆迁
- 土地承包经营权
- 商品房交付

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

“民商法律师实务”丛书 ①7

建筑房地产法 律师实务

(第5辑)

中华全国律师协会民事专业委员会 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



图书在版编目 (CIP) 数据

建筑房地产律师实务 (第5辑) / 中华全国律师协会
民事专业委员会编. —北京: 中国法制出版社, 2010

(民商律师实务丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1969 - 7

I. 建… II. 中… III. ①建筑法 - 研究 - 中国②
房地产业 - 法律 - 研究 - 中国 IV. ①

D922. 297. 4②D922. 181. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 092417 号

策划编辑 张 岩

责任编辑 陈 晟

封面设计 蒋 怡

建筑房地产律师实务 (第5辑)

JIANZHU FANGDICHAN FA LUSHI SHIWU

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880×1230 毫米 32

版次/2010 年 6 月第 1 版

印张/ 16.25 字数/ 371 千

2010 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1969 - 7

定价: 35.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66066620

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

民法体系的新突破 法律服务的新进展

今年，中华全国律师协会民事专业委员会（下称民委会）的民事专业业务的研究面临着一个重要的大课题。2009年12月26日，十一届全国人大常委会第十二次会议表决通过了《中华人民共和国侵权责任法》（下称《侵权责任法》），并规定于2010年7月1日起施行。作为我国法律民法体系中一部重要的支架性法律，《侵权责任法》的颁布对保护公民、法人等民事主体的人身和财产的合法权益、明确侵权责任、促进社会公平正义具有极其重要的意义。《侵权责任法》的施行是我国传统民法的立法新突破、新进展，也进一步纵深拓展了我国民商事专业律师法律服务的领域。面对这一民法领域的重大课题，民委会集中全体委员的精力共同努力，展开了对这一个课题的深入研究和探索，并于《侵权责任法》施行前形成了专题实务研究成果，也使得民委会有条件在新法施行前举办今年的第十二届《中国民商法律师实务论坛》，也使得我们的《民商法律师实务丛书》有了第16、17、18册。

民委会民事侵权论坛的委员们应对上述重大的立法课题更是极端敏感，并积极投入。早在《侵权责任法》的制定、起草阶段，民事侵权论坛副主任庞标等委员就积极参与该法的制定研讨。2009年8月，在和第八届中国律师论坛同步举行的民委会的第十一届《中国民商法实务论坛》上，民委会就单独设立了“侵权责任法论坛”，论坛邀请全国人大立法部门有关专家到会听取了律师代表对《侵权责任法》制

定、修改的意见和建议。在《侵权责任法》通过以后，参与立法的民委会庞标委员在全国律协举办的专题讲座上多次发表演讲，并多次主动到全国各地有关律协举办的培训班作《侵权责任法》巡回演讲，向全国各地的律师们讲解《侵权责任法》的立法背景、热点难点以及律师实务，获得律师的一致好评。

民委会选择在《侵权责任法》实施之前召开第十二届中国民商法实务论坛，并把侵权责任法重点解读和实务操作研讨确定为本次论坛的研讨重心，是符合国家立法形势及律师实务需求的。以往，每年民委会年会和每届民商法实务论坛一般都在下半年举行，律师们有较充裕的时间研究并撰写论文。由于今年的论坛决定在《侵权责任法》施行前举办，这就要求民委会委员和广大律师必须抓紧时间，强化研究。现通过全体委员和广大民商事律师的共同努力，今年论坛共收到论文197篇，计115万字，其中涉及《侵权责任法》的论文77篇，43万字，是自民委会成立以来，一届论坛收集到这方面专题论文最多的一次。论文的内容涉及侵权责任、侵权责任形态、归责原则、责任承担方式以及机动车交通事故损害、环境污染损害、高度危险行为损害、医疗损害、物件损害等有关侵权责任的各个方面。据此，民委会决定将经过筛选后的70篇侵权责任论文单独成书，编为《民商法律师实务丛书》第16册。

与此同时，民委会的《建设工程》、《婚姻家庭》论坛，也针对侵权责任法与本专业领域的关系以及对本专业法律事务的影响组织了专题研究，结合本领域的具体法律问题撰写了论文，例如《侵权责任法在建筑施工领域的运用》、《〈侵权责任法〉对婚姻家庭侵权行为的规制》以及《工程合同违约与侵权责任的竞合以及律师作选择时应注意的法律问题》等等。民委会的建设工程和不动产论坛进行合作，2009年12月和2010年4月分别在湖南省长沙市和山东省聊城市举办了

《建筑房地产律师论坛》，论坛分别收到 53 篇和 65 篇论文，经筛选有 53 篇优秀论文收入今年的《建筑房地产法律师实务》，编为《民商法律师实务丛书》的第 17 册。民委会的合同法论坛今年 4 月在浙江省杭州市举办，收到相关论文 58 篇，有 44 篇优秀论文也收入今年的《合同法律师实务》，编为《民商法律师实务丛书》的第 18 册。今年的《民商法律师实务丛书》共三册，是一套紧跟立法、观点新颖、内容齐全的优秀论文汇集。

民委会能够在今年上半年《侵权责任法》施行前举办第十二届民商法实务论坛以及取得上述研究成效，再次证明：民委会对于传统民法的实务研究已经具备了相当的能力，一大批专业律师形成了实务研究的相当规模，民委会已经能够带领全国民商事专业律师组织卓有成效的专业探讨并形成成果，民委会的传统民法的研究能力已经基本适应了律师基础业务创新和发展的需要。

民委会 2006 年起编辑、正式出版《民商法律师实务丛书》，五年来已出版了 18 册，累计已达约 600 万字。丛书的正式编辑、出版反映了民委会的民商事法律实务研究的丰硕成果，凝聚了全体民委会委员的辛勤劳作。秘书处为此承担了大量的具体组织工作，尤其是负责编辑工作的庞标副秘书长，更是倾注了大量的时间精力和无偿努力。谨代表广大律师对民委会秘书处以及出版社工作人员的辛勤劳作表示诚挚的敬意和衷心的感谢。

古人云：“业精于勤，荒于嬉；行成于思，毁于随。”民商事法律实务研究博大精深，全体民委会委员仍需不懈努力。

中华全国律师协会民事专业委员会主任 朱树英

2010 年 5 月 28 日

目 录

第一篇 土地篇

国有土地使用权转让条件的必要性探讨	李晓斌 禹汉军 3
沿海经济带建设中滩涂和海域所有权、 使用权的征收补偿法律制度	曹 珊 林 隐 11
关于涉农土地纠纷处理的法律思考	黄 虹 24
对我国不动产征收立法的若干意见和建议 ——我国不动产征收立法的现实困境、 缺陷和完善	李恒 44
闲置土地处置政策的法律依据评析	李鹏程 60
农村土地承包经营权出资入股设立公司的实 务性障碍分析	李 荣 刘锦海 72
农村土地承包经营权与农民建设用地使用权 流转的法律探析	梁兰芝 史于稚 80
土地承包经营权相关问题探析	刘海舰 赵令琦 89
运用不矛盾律对证据进行全案综合判断 ——某镇人民政府与杨某土地征地款纠纷一案	王 忠 103
“城中村”土地征收法律问题研究	武海舰 112

新形势下划拨土地转让、抵押与房地产开发	邢万兵 120
不动产登记机构设置探析	张静静 130
浅析国有土地净地出让中的法律梗阻	张霄云 141
房地产商签订国有土地使用权出让合同应注 意的法律问题	李晓斌 149

第二篇 建设工程篇

当前建设工程纠纷案件的新形势、新情况 和新特点以及律师提供服务的应对策略	朱树英 159
建设项目中 BT 方式与带资承包方式的相 关问题探析	戴勇坚 谭艳辉 170
浅论情势变更在建设工程合同中的运用 ——从一起因原材料大幅涨价导致合同 纠纷谈起	金列君 180
关于建设项目合同管理的讨论	李鹏程 192
装修管理协议纠纷的法律分析	秦军启 199
关于项目经理行为性质的一般分析	沈锋标 205
建筑物区分所有权共有部分的专用使用权 论略	慎先进 213
房地产项目建设阶段风险与法律规制	王 军 221
城市建设投融资模式的法律比较	熊 煜 237
律师为建设企业参与 BOT 项目融资建设提 供法律服务研究	杨泽峰 246

承包人工期延误责任承担的探析

——兼谈律师帮助承包人防控该风险

的必要性与可行性 张培亮 255

论我国工程受托管理人的法律地位和委托权

力扩大化趋势以及对权力限制的特别约定 朱树英 262

法眼看《08版清单规范》 周吉高 276

施工企业要依法追讨工程欠款欠薪切勿陷入

“恶意讨薪”的沼泽 曹 珊 287

第三篇 房地产篇

房地产行业税种设置及各阶段税务筹划 蔡 婧 301

论定向开发合同的效力 蔡熙中 311

论商品房交付条件 柴玉丽 322

尚未办理房屋所有权登记房屋的所有权人认

定问题 段俊茹 周 胜 332

浅议工程价款优先受偿权行使期限的起算点 顾群英 340

浅论所有权保留制度 胡勇军 宋苏兰 351

浅析产权式商铺的物权性质与保护 李晓明 358

不小心“被约定”，业主如何收回屋面使用权 凌兴高 364

当前商品住宅典型交房纠纷及其应对 钱 虹 张四华 369

从车位、车库“配置比例”新规兼谈开发商

实务操作技巧 钱 虹 377

房地产企业股权激励机制法律问题研究 钱 虹 384

城中村改造涉及的法律问题浅析	任成宇 394
商品房买卖合同中坡屋层高如何理解与约定之 法律分析	石喻华 404
“小产权房”的性质和解决途径	史琪敏 周 胜 408
我国开征物业税的法律思考	苏谦谦 415
初探我国设立居住权制度	王静波 任芳霞 425
住房反向抵押的法律性质和障碍	王兆远 437
对住宅采光权赔偿的法律思考	文 颖 445
浅谈商品房买卖中的欺诈及惩罚性赔偿责任 的适用	吴社章 455
灾后联建及农村集体土地流转初步探讨	严小蓉 463
农村土地使用权抵押法律问题浅析	杨培银 李修超 472
异议登记制度探析	杨培银 479
对城市房屋拆迁若干法律问题的思考	郑金亮 486
《国有土地上房屋征收与补偿条例（征求意见稿）》 给房地产开发企业可能带来的重大影响 ——解读《国有土地上房屋征收与补偿 条例（征求意见稿）》	周吉高 494
论业主委员会的诉讼主体资格	周正伟 499



建筑房地产法律实务

第一篇 土地篇

国有土地使用权转让条件的必要性探讨

李晓斌 禹汉军*

【内容摘要】对土地使用权转让设定一定的条件,对于防止土地炒卖,控制土地闲置,维护土地市场秩序起到了重要作用。但十多年来,我国土地市场和房地产市场均发生了深刻的变化,同时随着《合同法》、《物权法》的颁布,上述转让条件部分已与实践相脱离,与现行法律不衔接。因此,在当前条件下应认真探讨土地使用权转让限制条件存在的必要性及如何构建适应新形势的土地转让制度。

【关键词】土地使用权转让 条件

一、现行法律对土地使用权转让条件的规定

土地使用权转让是指土地使用者将有偿取得的土地使用权再转移的行为。具体而言,是指通过出让方式取得土地使用权的土地使用者,按照出让合同等有关规定的期限或条件,对土地投入一定资金进行开发后,把土地使用权单独或随地上建筑物、其他附着物的所有权转让给受让人。

土地使用权转让作为一种民事行为,首先必须满足一般民事行为的生效要件,除此之外,还需要符合法律规定的特殊要件。

《城市房地产管理法》第38条规定,以出让方式取得的土地使用权,房地产项目转让时,要按照出让合同约定,已经支付全部土地使

* 北京李晓斌律师事务所

用权出让金，并取得土地使用权证书。这是出让合同成立的必要条件，也只有出让合同成立，才允许转让；要按照出让合同约定进行投资开发，完成一定开发规模后才允许转让。这里又分为两种情形，一是属于房屋建设的，实际投入房屋建设工程的资金额应占全部开发投资总额的25%以上；二是属于成片开发土地的，应形成工业或其他建设用地条件，方可转让。上述两项条件必须同时具备，才能转让房地产项目。这样规定，其目的在于严格限制炒买炒卖地皮，牟取暴利，以保证开发建设的顺利实施。

《城市房地产管理法》第39条规定，对于以划拨方式取得土地使用权的房地产项目，要转让的前提是必须经有批准权的人民政府审批。经审查除不允许转让外，对准予转让的有两种处理方式：第一种是由受让方先补办土地使用权出让手续，并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金后，才能进行转让；第二种是可以不办理土地使用权出让手续而转让房地产，但转让方应将转让房地产所获收益中的土地收益上缴国家或作其他处理。

以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产时，属于下列情形之一的，经有批准权的人民政府批准，可以不办理土地使用权出让手续：

一是经城市规划行政主管部门批准，转让的土地用于《城市房地产管理法》第23条规定的项目，即用于国家机关用地和军事用地；城市基础设施用地和公益事业用地；国家重点扶持的能源、交通、水利等项目用地以及法律、行政法规规定的其他用地。经济适用住房采取行政划拨的方式进行，因此，经济适用住房项目转让后仍用于经济适用住房的，经有批准权限的人民政府批准，也可以不补办出让手续。

二是私有住宅转让后仍用于居住的。

三是按照国务院住房制度改革有关规定出售公有住宅的。

四是同一宗土地上部分房屋转让而土地使用权不可分割转让。

五是转让的房地产暂时难以确定土地使用权出让用途、年限和其他条件的。

六是根据城市规划，土地使用权不宜出让的。

七是县级以上人民政府规定暂时无法或不需要采取土地使用权出让方式的其他情形。

二、设定土地使用权转让条件的背景已发生了深刻变化

1987年深圳颁布《深圳经济特区土地管理条例》，标志着我国国有土地有偿使用制改革走上了法制化的道路。1988年《宪法》做出了修改，增加了“土地使用权可以依照法律的规定转让”的规定。1988年12月《土地管理法》也做了相应的修改，该法允许国有土地和集体所有的土地的使用权依法转让。至此，我国国有土地使用制度进入了一个新的历史时期，原来的无偿、无期限、无流动的土地使用制度被有偿、有期限、有流动的新型土地使用制度替代，国有土地使用权与所有权相分离，可以作为商品在土地市场中进行交易，奠定了土地使用权转让制度的法律基础。

我国人多地少的国情要求我们必须对土地资源实行严格保护，提高土地利用率。1990年始于海南、北海的第一轮房地产热，炒地皮的现象非常严重，对我国经济发展造成极大的损害，同时也造成土地资源的大量闲置和浪费。我国在实行土地有偿使用的同时，还保留有划拨和协议出让的供地方式，对这部分土地使用权如不加限制，牟利的冲动就会容易诱发土地投机行为，对土地市场秩序造成较大的冲击。为此，1994年制定的《城市房地产管理法》对土地使用权转让设定了较为严格的限制条件。客观来说，这些条件对于规范我国土地使用权转让行为，维护土地市场秩序和提高土地利用效率起到了重要作用。

从立法背景上来看，经过十多年的快速发展，我国土地有偿使用的适用范围不断扩大，招牌挂出让方式越来越广泛，土地投机的可能性越来越小，同时房地产市场日益成熟和稳定，土地流转日益频繁，通过二级市场受让取得土地已经成为一种普遍的经济现象，对土地使用权转让设定限制条件的环境背景产生了巨大变化。另外，1999年通过的《合同法》对市场交易行为进行了全面系统的规范，2007年通过的《物权法》对土地使用权的物权特性进行了明确肯定。在这种情况下，回过头来看土地使用权转让的条件，显得有点多余和不合时宜。

同样从立法目的上来分析，对土地使用权转让条件的限制并不能从根本上杜绝炒卖地皮的现象。市场经济本身并不直接反对暴利，关键在于取得暴利的方式。仅仅对土地使用权转让条件加以限制是不能够阻止以不公平价格获得土地使用权的；相反，由于土地获取方式有协议出让、划拨等非市场化途径，权利人获取土地的成本较小，可以有更多的资金使土地具备可转让的条件，然后再转让牟取暴利，在相同条件下，以市场价格取得土地使用权的主体，因前期支付的土地成本较高，相比之下，剩余较少的资金能投资于土地，更难以使土地达到可转让的条件。很显然，设置条件的结果是使不应当受限制的转让人受到限制。另一方面，那些取得了土地使用权的用地人因无资金进一步开发而急于将土地使用权变现，又因法律规定了转让条件限制而无法变现，而一些有闲置资金而急欲取得土地使用权的人，也因土地未具备转让条件，无法受让土地使用权。这不仅无法解决土地市场的不公平竞争问题，而且又限制了权利人对权利的处分，阻碍了市场流通。另外，《城市房地产管理法》第25条的规定只是强调在一定期限内必须动工开发，至于开发到什么程度并无规定，那么，土地使用权出让合同的受让方由于资金的问题，一方面，不得不象征性地动工开发，以避免政府征收土地闲置费或无偿收回土地使用权，另一方面又因法律规定不符合土地使用权转让的条件而不能转让，最终的结果只能造成土地的闲置浪费，反而不利于市场经济的合理资源配置。

综上，土地使用权转让限制条件设定的环境、制度和法律背景均发生了巨大的变化，很难实现立法目的，因此，应重新审视上述条件存在的必要性和合理性。

三、土地使用权转让相关条件在实践中难以得到有效贯彻

按法律规定，依出让合同缴纳出让金是通过出让取得土地使用权的前提，没有缴清出让金，就不能取得土地使用权证，受让人也就不能取得土地使用权。但在实践中，地方政府为支持房地产业的发展，允许开发商分期缴付土地出让金，在出让金缴清前，就先向开发商核发土地使用证。土地使用权证具有公示效力，转让合同中的受让人有

充分理由对公示予以信赖 而无任何义务查知转让人是否已经缴清出让金。因此，用地人未缴清土地出让金，但已取得土地使用权证的情况下，其转让土地使用权的行为不能认定为无效。另外，根据合同的相对性原理，出让合同中的权利和义务只对合同的当事人具有约束力，而不能对抗第三人，政府以土地使用权出让合同中的用地人未缴清土地出让金为由对抗转让合同中的受让人，违反了合同的相对性原理。由上可知，一方面，这一条件在实践中难以严格按法律操作，另一方面，操作起来又与合同法规定相违背，有损法律的权威性。

对于达到一定投资条件的限制，更显得多余。根据法理，财产权一经合法取得，只要不损害他人利益或公共利益，权利人尽可自由处分，不受阻碍，因为处分权本身就是财产权的一部分。具体到土地使用权，作为一项重要的物权，权利人取得土地使用权后，可以自己开发利用该土地，也可以转让该土地给他人使用，不需人为地以投资或开发进度为条件设置障碍。

为禁止炒卖土地的投机行为，规范土地市场，在特定时期内对土地使用权转让前的投资开发程度进行限制，十分必要。但该限制只能作为阶段性的规定。现今房地产开发是市场经济下的一个热点，土地或房地产项目转让成为经济发展中的常态。土地使用权转让中，一方面为规避投资条件限制，各方想方设法私下交易或变相交易，土地隐性市场活跃，不利于政府对土地市场的宏观把握和调控；另一方面，为达到转让所需条件，转让方常需要违背自身意愿对土地进行适当建设，而该部分投入和开发并不符合受让方对土地的利用要求，这就人为地造成资源的浪费，增加双方成本，不符合市场规律和经济原则。

我国土地供应方式除有偿供应外，仍存在大量的划拨土地。此类划拨土地的使用虽不符合现行法律的规定，但也不宜马上收回。由于利用能力与现实利益驱使，许多划拨用地或明或暗的通过转让方式进入市场。根据《城市房地产管理法》的规定，以划拨方式出得土地使用权的，须经有批准权的市、县人民政府审批后，方可进行转让。未经政府部门批准擅自转让划拨土地使用权的，所签订土地使用权转让