

中国不动产法 研究

刘云生 主编

第1卷

物权法基本理论与土地开发权专号

中国房地产
法律实务研究论坛会刊



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国房地产
法律实务研究论坛会刊
物权法基本理论与土地开发权专号

中国房地产
法律实务研究论坛
CHINA REAL ESTATE
LEGAL FORUM
06

中国不动产法 研究

刘云生 主编

第①卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国不动产法研究. 第一卷/刘云生主编. —北京:法律出版社, 2006. 12

(中国房地产法律实务研究论坛会刊)

ISBN 7-5036-6815-6

I. 中… II. 刘… III. 不动产—法律—中国—文集 IV. D923.24-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第132277号

© 法律出版社·中国

**中国房地产法律实
务研究论坛会刊**

中国不动产法研究(第一卷)

刘云生 主编

责任编辑 刘文科

刘伟俊

装帧设计 李 瞻

开本 A5

印张 12.75 字数 337 千

版本 2006年12月第1版

印次 2006年12月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 法学学术出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

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

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6815-6/D·6532

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

余能斌

新中国民法典起草人员，
中国民法研究会顾问，
武汉大学教授、博士生导师。

为呈现中国

房地产业法治

化教与呼！

——热烈祝颂中国房地产业
伟大复兴论坛开幕

余能斌 二〇〇六

梁慧星

中国社会科学院研究员，
教授、博士生导师。

办好中国房地产业
论坛
完善中国房产业
法制

梁慧星
06.6.15

金平

新中国民法典起草人员，
西南政法大学教授。

金平
二〇〇六.六.二

中国房地产业法律实务研究会
论坛荟萃，理论联系实际，
运作所至，乃为中国房地产业
正生的发展和法律制度的
完善作出巨大贡献。

李昌麒

著名经济法学家，
国家一级学科学术带头人，
西南政法大学教授、博士生导师。

地为房之根
房为民之本

祝中国房地产业法律实务
论坛大会出色办出水平

李昌麒 敬贺
二〇〇六年七月二日

王利明

中国人民大学法学院院长，
教授、博士生导师，
中国民法研究会会长。

祝“中国房地
产法律实务研
究论坛”越办越
好！

王利明
2006.6.23
于重庆

陈小君

中南财经政法大学副校长、
教授、博士生导师。

谨祝论坛——
穿西贯南，融

中汇外，
历史传统制度之
保守，居现代房地产法
治之基石。

陈小君
2006.6.13

孙宪忠

中国社会科学院研究员、
教授、博士生导师，
中国民法研究会常务副会长。

有恒产者有恒心，
民有恒产，则
有爱国爱家之心，
恒久之心。

孙宪忠
2006年6月22日

龙宗智

著名法学家，西南政法大学校长，
西南政法大学教授、博士生导师。

为创建有活力、有
秩序的中国房地产市场
而努力！

——贺中国房地产法律
史研究论坛开办

龙宗智
2006.6.16

王卫国

中国政法大学民商经济法学院院长，
教授、博士生导师。

以制度理性推动
房地产法制完善。
以实践智慧促进
房地产经济发展。

王卫国
2006年6月24日

主编寄语

2005 年秋,我与上海中汇律师事务所朱平、章宏二君相聚重庆,初议创办“中国房地产法律实务研究论坛”事宜。2006 年 6 月 30 日,论坛于上海浦东金茂君悦酒店揭幕开坛。与会者除学界知名学者与研究人员外,尚有长江实业(集团)、上海上实房产、瑞安地产、上海城开集团、万科房地产集团、恒基中国、和记黄埔地产、广东碧桂园、上海杨浦城投、中国葛洲坝集团、香港侨福建设、宝华地产集团等境内外知名房地产开发机构的总裁、高级代表等实务界近百名业内权威和精英。

按照论坛章程与实施计划,论坛由三大板块组成:开办“中汇讲坛”,每年两次,分别于 6 月与 11 月在上海与香港举行;创建“中国房地产法律实务研究论坛”网站;出版《中国不动产法研究》,一年两卷,由法律出版社出版。前两项计划已于 6 月底圆满完成,本卷亦将付梓印行。

从策划到付诸实施,论坛前后历时大半年。其间,虽或有太多辛劳与周折,但论坛三大板块基本成形,于学界、实务界均产生了一定的影响。忝列论坛事务部主任与主编,本人倍感欣悦,感念之情油然而生,沛然而盛:中汇律师事务所慷慨斥资,积极融入学界、实务界之问题论争,其理念、眼界、气度,大非常人可及;学界前辈、名家之砥砺、扶持则形成论坛开办之强大后援与核心支撑,他们是:老一辈法学家西南政法大学金平教授、李昌麒教授,武汉大学余能斌教授,著名民法学家中国社会科学院梁慧星教授,中国民法学研究会会长、中国人民大学王利明教授,中国民法学研究会常务副会长、中国社会科学院孙宪忠教授,中国民法学研究会副会长、中国政法大学王卫国教

授,中南财经政法大学副校长陈小君教授;著名诉讼法学家、西南政法大学校长龙宗智教授对论坛开办给予了高度评价,为论坛的进步、发展提出了原则性意见。

诚如论坛宣言所述,论坛旨在以房地产法律实务研究为主线,推介具有前瞻性和权威性的研究成果,促进实务界与房地产立法、司法领域的高效互动。但论坛初创,囿于经验与实力,能否扎根、开花,尚需我辈精勤努力,更有待学界与实务界诸位名家、精英鼎力相助,共举盛事,是所望焉!

刘云生

2006年8月2日

绵阳花园小区 排云轩

目 录 Contents

主编寄语

论坛聚焦

房地产合作开发几个基本法律问题探讨	刘俊/ 3
经济转型时期物权立法的一面镜子——以俄罗斯的 国家所有权立法为鉴	余能斌 程淑娟/ 20
业主的建筑物区分所有权	陈华彬/ 40
论国家所有权在物权法中的特殊地位	赵万一/ 65
我国农村集体所有权的立法思考——兼评《物权法 (草案)》(四审稿)的相关规定	李建华 杨代雄/ 81

理论探索

俄罗斯联邦农业用地法律制度研究	傅静坤 亚历山大/ 103
从所有权概念角度检讨理论认识误区	景朝阳/ 115
债权形式主义物权变动模式的缺陷及反思	陈永强/ 138
转型时期的国有财产二元结构问题研究	张建文/ 148
继承与超越——论俄罗斯联邦民法典中的单一制 企业经营权与业务管理权	张力/ 167
经营性划拨土地使用权法律问题研究	包俊/ 186
我国城市土地租赁的内涵、权利构造与地租量化 相邻权、地役权或其他——论我国商品房眺望权	杨佳红/ 201

法律保护模式的选择

张 力/ 209

实务研究

土地开发权的收回	朱 平 徐 微/ 221
论购房者的优先权	奚正辉/ 231
论协议合作开发房地产过程中出资方权益的保护	陈鸣飞/ 241
外来资本介入土地储备之合法性问题研究	陈 敏/ 250
合作开发房地产合同研究	徐 微/ 260
论房地产合作开发合同的设计与安排	涂逢新/ 268
划拨土地使用权不宜批准用于合作开发房地产	朱小平/ 277
论共担风险在合作行为界定中的必要性	沈芯吉/ 288
房地产项目转让中的法律问题研究	张 莹/ 295
论住房抵押贷款证券化	赵振华/ 304

立法解读

《物权法(草案)》“担保物权编”的若干不足	韩永强/ 315
主债权诉讼时效届满,担保物权消灭吗?——评 《物权法(草案)》第 199 条	周中举 王明成/ 330
究竟什么是地役权?——评《物权法(草案)》中 地役权的概念	张 鹏/ 342
从优先权角度看完善我国的法定抵押权制度	宋宗宇/ 357
土地使用权期限届满之权利冲突与地上物 归属研究——兼评《物权法(草案)》之相关规定	陈耀东/ 370
浅论高法《解释》中的秩序、效益与平等价值	张 川/ 386

论坛快讯

“中国房地产法律实务研究论坛”沪上开坛	/ 399
---------------------	-------

编后语

/ 401

论坛聚焦

房地产合作开发几个基本法律问题探讨

刘俊*

由于房地产合作开发产生于将房地产向市场化方向引导的过程中,相关法律法规对此表述得“闪烁其词”,再加上巨大经济利益刺激而诱发的投机,因而,在合作开发领域的法律纠纷层出不穷。这类房地产合作开发纠纷又常常是案情错综复杂、涉案标的大、诉讼周期长,对于房地产业的健康发展危害极大。1995年12月最高人民法院《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》(以下简称《解答》)首次对“关于以国有土地使用权投资合作建房问题”进行了司法解释。2004年12月最高人民法院《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称《解释》)再次对这个问题进行了解释。但是,《解释》是否完全科学、合法?笔者从一个学者的使命感和责任感出发,认为有必要评价《解释》中关于房地产合作开发的部分条文。本文从房地产合作开发法律依据的角度对房地产合作开发行为的合法性、合作开发房地产合同的有效性及房地产合作开发纠纷产生的深层次原因进行分析,期望还原其应有的面貌,找到减少和消灭合作开发纠纷的根本出路。

* 刘俊,四川省阆中市人,法学博士,西南政法大学副校长,主要研究领域:房地产法、社会法。

一、房地产合作开发概述

(一) 房地产合作开发的最初形态

在我国实行土地出让制度以前,房地产合作开发就已经在实践中出现。不过此时的合作建房是,为了解决单位内部职工的住房困难,通过政府的支持并提供优惠条件,由单位出地(和出资或提供其他帮助与便利)、^[1]该单位职工出资并不以赢利为目的的合作建房。这种初期的合作建房模式有各种不同的叫法,如公建民助、民建公助、联建公助、安居工程、集资建房。^[2]尽管不以赢利为目的的集资(合作)建房在合作各方之间产生争议的可能性较小,但是随着我国住房制度改革的深化,1998年7月国务院出台了《关于进一步深化城镇住房制度改革加快住房建设的通知》,从政策上彻底切断了福利分房制度,住房分配开始走向货币化、市场化和商品化;2003年8月国务院《关于促进房地产市场持续健康发展的通知》重申任何单位不得以集资、合作建房的名义,变相搞实物分房或房地产开发经营,这就是说,“单位出地、职工出资”的集资修建自用住房的模式在2003年就已经为国家政策明确否定。

(二) 房地产合作开发的称谓

由于合作修建自用住房的模式被否定,合作开发房地产的制度

[1] 通常是单位取得的划拨土地。

[2] 1980年8月20日中华全国总工会、国家城市建设总局批准《全总生活部关于“公建民助”、“民建公助”建设住宅情况的调查报告的通知》,开始了最早的以解决职工住房困难为目的、单位与职工个人共同合作建造住房的模式,上海称之为“联建公助”,其他地区则表现为集资建房或合作集资建房。根据1984年9月8日由上海市建设委员会颁布的《上海市联建公助建造住宅试行办法》之规定,所谓联建公助建设住宅是指在区域建部门组织领导下,由企业、事业单位投资,利用各区私房比较集中的棚户简屋基地,联合各方面的人力、物力,翻建多层或高层住宅后,再以优惠补贴的价格,出售给原来的私房户和建设单位职工;根据1996年5月3日实施的《福建省城镇集资建房管理规定》第2条的规定:集资建房是指国家、单位、个人三者共同出资,由单位组织兴建公寓式住宅的行为;根据2001年5月1日起施行的《吉林市职工集资合作建房管理办法》第2条的规定:职工集资合作建房是指机关、团体、企事业单位或住宅合作社统一组织的,由政府扶持、职工个人出资合作建造的自用住宅。

空间就被仅仅限于以赢利为目的的市场经营行为。在法律上,合作开发房地产有着不同的称谓。1992年国家土地管理局《划拨土地使用权管理暂行办法》第40条规定:“以土地使用权作为条件,与他人进行联建房屋,举办联营企业的,视为土地使用权转让行为”,该规定第一次以法律文件(部门规章)的形式把这种合作开发行为确立为“联建”这一概念。1994年通过的《城市房地产管理法》第27条:“依法取得的土地使用权,可以依照本法和有关法律、行政法规的规定,作价入股,合资、合作开发经营房地产。”根据1995年建设部《城市房地产转让管理规定》第3条的规定,以房地产作价入股、与他人成立企业法人,以及一方提供土地使用权,另一方或者多方提供资金,合资、合作开发经营房地产,而使房地产权属发生变更的,为房地产转让行为。1995年最高人民法院的《解答》第五部分“关于以国有土地使用权投资合作建房问题”中出现了“合作建房”的概念。自此,合作开发房地产行为就有“联建”、“合作建房”和“合作开发”三种称谓,这些称谓没有本质的差别,可以通用。《解释》将房地产开发中的合作行为统一称为房地产合作开发,对于统一概念很有益处。

(三) 房地产合作开发的模式

目前,我国房地产市场的合作开发模式主要有两种:一是联建,二是参建。严格说起来,联建在法律上并不是一个内涵明确的概念,至今为止也还未出现相关法律法规对这一概念作出权威的解释。参建,从字面上来理解就是参与建造的意思,强调一种主辅关系。参建是开发商在商品房开发的过程中,与他人签订协议,约定后加入的一方(即参建方)通过投入资金或其他途径参与到建设项目中来。从合同的角度来说,参建应是一方以投资的形式参与主建后的房地产开发,并以协议的方式约定开发完成后加入方获得部分房地产或者分得利润。习惯上,人们将合作各方办理了土地使用权变更手续的房地产合作开发划入“联建”之列,将没有办理土地使用权变更手续的房地产合作开发划入“参建”之列。根据1995年的《解答》,参建合

同应该是无效的。^[3]但是,在新的《解释》中,此种情形又可以认定为有效。^[4]

在房地产合作行为中,还有一种联营的称法。所谓联营,根据民法上的规定,是指两个或两个以上的法人或其他经济组织以赢利为目的,以组建新的法人、合伙、合同方式联合投资经营的行为,^[5]联营主体各方都是企业或事业单位。从这个意义上讲,联建与参建可能都是联营行为,联建一般是合伙型联营,参建则是合同型联营。^[6]至于房地产开发联营的主体,依据1995年施行的《城市房地产管理法》第29条、第64条的规定,1995年1月1日后从事房地产联营活动的双方都必须具备房地产开发的资格,并依法办理相关手续后,联营行为才能成为合法有效的民事行为,双方所订立的联营合同才能被确认合法有效,并受到法律保护。在1995年1月1日《城市房地产管理法》施行前从事房地产联营活动的,依法办理了合建审批手续和土地使用权变更登记手续的,不因合建一方没有房地产开发经营权而认定合同无效。^[7]

〔3〕 1995年12月27日最高法院《关于审理房地产管理法实施前房地产开发经营案件若干问题的解答》第18条规定:“享有土地使用权的一方以土地使用权作为投资与他人合作建房,签订的合建合同是土地使用权有偿转让的一种特殊形式,除办理合建审批手续外,还应依法办理土地使用权变更登记手续。未办理土地使用权变更登记手续的,一般应当认定合建合同无效,但双方已实际履行了合同,或房屋已基本建成,又无其他违法行为的,可认定合建合同有效,并责令当事人补办土地使用权变更登记手续。”

〔4〕 2004年11月23日最高人民法院《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第14条规定:本解释所称的合作开发房地产合同,是指当事人订立的以提供出让土地使用权、资金等作为共同投资,共享利润、共担风险合作开发房地产为基本内容的协议。由此看来,合同是否有效并不以是否办理合建审批手续和办理土地使用权人变更手续为标准,也可以这样说,《解释》的规定使参建这种房地产开发的合作模式从法律上获得了合法地位。

〔5〕 参见《民法通则》第51条至第53条。

〔6〕 而法人型联营,实际上就是项目公司。

〔7〕 最高人民法院《关于审理房地产管理法实施前房地产开发经营案件若干问题的解答》第19条规定:当事人签订合建合同,依法办理了合建审批手续和土地使用权变更登记手续的,不因合建一方没有房地产开发经营权而认定合同无效。

《解释》强调依合作开发房地产合同来界定合作各方的权利与义务,在相关权利义务的定義中强调共同投资、共享利润、共担风险这一本质特征,说明房地产合作开发在法律上的性质是合伙,而法人之间的合伙又称为联营,即合伙型联营。

二、房地产合作开发的法律依据分析

只有正确认定合作开发房地产合同的有效性,才能依法保护合同当事人的合法权益,才能引导房地产合作开发市场向规范有序、健康、成熟方面发展。正确认定合作开发房地产合同的有效性的前提,就是对房地产合作开发行为本身的合法性的追问。综观有关房地产合作开发的法律规定,我们只能得出只有很极少一部分房地产合作开发才是合法有效的结论。

(一)《划拨土地使用权管理暂行办法》第40条

1992年国家土地管理局《划拨土地使用权管理暂行办法》第40条规定:“以土地使用权作为条件,与他人进行联建房屋,举办联营企业的,视为土地使用权转让行为,按照本办法办理。”依据该办法,以提供划拨土地使用权为条件与他人进行联建房屋,视为土地使用权转让行为,即要按照《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第45条的规定将划拨土地使用权转为出让土地使用权。^{〔8〕}既然以土地使用权作为投资与他人合作建房视为土地使用权转让行为。这条也没有说土地使用权可以直接用于投资,而是把投资就认定为土地使用权转让。投资有投资的风险和收益,而转让则发生物权变动,收

〔8〕《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第44条规定:划拨土地使用权,除本条例第45条规定的情况外,不得转让、出租、抵押。第45条规定:符合下列条件的,经市、县人民政府土地管理部门和房产管理部门批准,其划拨土地使用权和地上建筑物、其他附着物所有权可以转让、出租、抵押:(1)土地使用者为公司、企业、其他经济组织和个人;(2)领有国有土地使用证;(3)具有地上建筑物、其他附着物合法的产权证明;(4)依照本条例第二章的规定签订土地使用权出让合同,向当地市、县人民政府补交土地使用权出让金或者以转让、出租、抵押所获收益抵交土地使用权出让金。转让、出租、抵押前款划拨土地使用权的,分别依照本条例第三章、第四章和第五章的规定办理。

取物权变动的对价,这正是投资和转让的本质差异,据此以土地使用权投资与他人合作建房才可以被说成貌是“投资”,实则转让。当然,此条就不能说明法律允许合作开发房地产。

(二)《城市房地产管理法》第27条

1994年通过的《城市房地产管理法》第27条规定:“依法取得的土地使用权,可以依照本法和有关法律、行政法规的规定,作价入股,合资、合作开发经营房地产。”学者一般首先把这条作为合作开发房地产的依据,笔者则不这样认为。在这里,可以用于房地产合作开发经营的土地使用权自然不是划拨土地使用权。^[9]是不是出让土地使用权就可以自由地进行房地产合作开发经营呢?也不是。在我国,土地使用权的取得是与项目连在一起的。《土地管理法》第53条规定:“经批准的建设项目需要使用国有建设用地的,建设单位应当持法律、行政法规规定的有关文件,向有批准权的县级以上人民政府土地行政主管部门提出建设用地申请,经土地行政主管部门审查,报本级人民政府批准。”《城市规划法》第31条又规定:“在城市规划区内进行建设需要申请用地的,必须持国家批准建设项目的有关文件,向城市规划行政主管部门申请定点,由城市规划行政主管部门核定其用地位置和界限,提供规划设计条件,核发建设用地规划许可证。建设单位或者个人在取得建设用地规划许可证后,方可向县级以上地方人民政府土地管理部门申请用地,经县级以上人民政府审查批准后,由土地管理部门划拨土地。”《城市房地产开发经营管理条例》第10条规定:“确定房地产开发项目,应当符合土地利用总体规划、年度建设用地计划和城市规划、房地产开发年度计划的要求;按照国家有关规定需要经计划主管部门批准的,还应当报计划主管部门批准,并纳入年度固定资产投资计划。”依照这些规定可知,国家禁止单独出让土地使用权,建设单位要取得出让土地使用权,土地上的项目

[9] 划拨土地使用权必须按照《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第45条的规定将划拨土地使用权转为出让土地使用权才能用于房地产合作开发经营。