

民商事律师实务 与 执业参考

Civil and Commercial Law

Practitioner Reference

辽宁省律师协会 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D923.04

72

民商事律师实务与执业参考

Civil and Commercial Law Practitioner Reference

辽宁省律师协会

D923.04/72

2008

顾问: 赵东岩 辽宁省司法厅副厅长

潘公明 辽宁省律师协会会长

李正良 辽宁省司法厅律管处处长、省律师协会秘书长

主编: 田维帧 辽宁省律师协会民事法律专业委员会主任

副主编: (按姓氏笔画排列)

刘昌杰、吴 哲、李宗胜、洪 波、唐敬杰

编者: (按姓氏笔画排列)

于立洋、马洪流、尹 波、王德怀、王玉坤、冯龙元、孙长江、
孙贵帅、庄 云、华 洋、讷建宏、迟成海、张小明、张玉良、
张淑清、杜连成、李红伟、宋雅梅、陈庆阳、武晓波、邹 欣、
战硕芳、徐伟民、戚 峰、崔增平、温 泉、谢东宁、韩 露、
蒋 强、解玉环



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民商事律师实务与执业参考 / 辽宁省律师协会编. —北京: 法律出版社, 2008. 6

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8544 - 6

I. 民… II. 辽… III. ①民法—律师业务—中国—文集
②商法—律师业务—中国—文集 IV. D926.5 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 074087 号

©法律出版社·中国

责任编辑/薛 晗

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/11.125 字数/322 千

版本/2008 年 7 月第 1 版

印次/2008 年 7 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 - 5036 - 8544 - 6

定价: 26.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序

看到这本书的手稿,让我想起的是锦上添花。先是党的十七大在不久前胜利闭幕,修订后的《律师法》在随后的十届全国人大常委会第三十次会议表决通过,现在则是省律师协会又召开“辽宁省民商法理论研讨会”,并将与会者的论文结集出版,可谓是三喜临门。

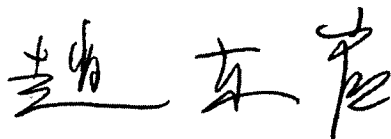
我省现有执业律师是五千余名,近年来,尤其在“十五”期间,辽宁律师在省委、省政府的关怀下,在辽宁省司法厅和省律师协会的直接领导下,以改革创新为动力,以服务社会为目标,以创建“五化”为载体,紧紧围绕党和政府中心工作,拓展和规范法律服务,为振兴东北老工业基地、构建和谐辽宁作出了突出贡献。他们当中正在涌现出一批学者型的律师,他们既具备坚实的法学基础,又对某方面的业务有着高深的研究和独到的见解。

辽宁省律协正是在这种形势下组织召开辽宁省民商法理论研讨会,并将与会者的论文结集出版,展示出的不仅是律师们的杰作,更体现了律师较高的素养,它不仅从一个层面展示了我省律师在新世纪、新时期的风貌,在改革开放和社会主义法制建设中的地位 and 作用,也反映了我国法制建设取得的伟大成就,更为重要的是辽宁律师的发展适应了形势发展的需要。同时对于进一步提高我省律师的理论研讨水平,更好地为市场经济和法制建设服务必将起到积极的推动作用。

现在高素质律师的数量还远远不能满足社会发展的需要,我衷心希望通过此次律师论文集的出版发行,能够促使更多的律师受到启发,向专业化、专家化方向发展。并且进一步加强社会主义法治理念教育,牢固树立社会主义法治理念,确保坚定正确的政治方向,进一步提高自身整体素质,提高服务社会的能力,紧紧围绕我省经济社会发展目标提供

优质高效的法律服务,特别是积极投身司法部提出的为构建和谐社会服务的主题实践活动,投身社会公益事业,履行好“服务发展,维护稳定,建设法制,弘扬诚信”的职责,为促进辽宁经济发展、社会和谐再添一份力量,为大力发挥律师在构建社会主义和谐社会中的作用,再接再厉,再创辉煌。

辽宁省司法厅副厅长

A handwritten signature in black ink, consisting of three characters: '赵' (Zhao), '东' (Dong), and '春' (Chun), written in a cursive style.

辽宁省律师协会名誉会长

目 录

一、物权法

3	论农村宅基地使用权流转的必要性		
	——评物权法草案对宅基地使用权的限制		刘建平
11	浅谈房屋优先购买权	程先艳	温 泉
26	浅析物权法下宅基地使用权的转让		
	——兼谈宅基地使用权初始制度	范作辉	范文诗
33	论物权法上的善意取得制度	华 洋	谭建伟
43	浅析物权法律关系的构成要素		解玉环
50	《物权法》与我国的房屋拆迁制度		李宗胜
55	试论我国《物权法》的特色	唐敬杰	邹 欣
62	浅谈《物权法》对物业管理的影响	田维桢	孙桂帅
67	论农村集体土地所有权与使用权		吴 哲
72	浅谈《物权法》对房地产领域产生影响的几个法律问题		徐长胜
77	浅析出租与出让、转租与转让的区别	赵国林	赵 勇
81	浅谈《物权法》对物业管理的影响	蒋 强	嵇 洪
86	浅论物权法定原则	邹 欣	曲 波
91	浅析《物权法》在婚姻关系中关于财产制度中的适用		王金兵
94	浅析我国夫妻约定财产制		黄 科

99	离婚的一方转移不动产的现状、成因及对策	訥建宏
105	夫妻离婚时按揭房屋的归属与分割	张淑清
110	物权法与让与担保	李宗胜
114	浅析我国农村土地承包经营权流转制度	马洪流
120	无证房屋的性质与权利界定	田维楨 曲武昌

二、商 法

129	商业秘密的企业内部保护	谢东宁 崔增平
134	律师代理网上期货交易纠纷的法律问题	华 洋
144	破产管理人制度研究	唐敬杰 曲 波
149	把握新时代的机遇 开拓新的非诉领域 ——试论期货公司的专项法律意见书业务	唐敬杰 邹 欣
156	隐名合作开发房地产法律问题	武晓波 侯瑞昌
163	公司解散清算与破产清算律师实务	尹 波
168	论国有企业公司制改造中出现的相关问题的应对	付建军
178	破产和解制度与重整制度比较研究	刘树国 张淑云

三、侵权法

187	交通事故主体错综复杂 ——探本案如何赔偿	杜连成
193	浅析侵权法上的因果关系	解玉环 洪 波
199	交通事故人身损害赔偿若干问题探析	宋雅梅
204	论侵权法上的因果关系	田维楨 罗义新
209	交通事故人身损害赔偿若干问题研究	徐伟民

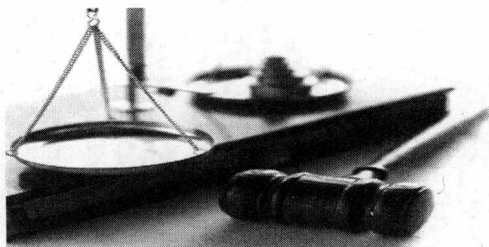
214	交通事故人身损害赔偿若干法律问题探讨	庄 云 赵文安
219	论离婚的损害赔偿	张玉良 蔺 妍
228	论侵权责任与违约责任的竞合	王德怀
233	浅析网络侵权行为	张小明
238	工伤事故与第三人侵权竞合的法律适用问题	韩 露

四、其他

245	论不真正连带之债	崔增平 谢东宁
250	浅谈无效婚姻	黄 科
255	我国民法应当建立禁治产人制度	黄 科
260	风险投资中的风险识别与法律防范	李红伟

附 录

269	律师法律顾问工作规则
272	律师办理民事诉讼案件规范
293	律师参与仲裁工作规则
297	律师承办有限责任公司收购业务指引
304	律师办理国有企业改制与相关公司治理业务指引
320	律师办理拆迁法律业务操作指引
341	关于律师办理群体性案件指导意见
345	后记



一、物权法

论农村宅基地使用权流转的必要性

——评物权法草案对宅基地使用权的限制

浅谈房屋优先购买权

浅析物权法下宅基地使用权的转让

——兼谈宅基地使用权初始制度

论物权法上的善意取得制度

浅析物权法律关系的构成要素

《物权法》与我国的房屋拆迁制度

试论我国《物权法》的中国特色

浅谈《物权法》对物业管理的影响

论农村集体土地所有权与使用权

浅谈《物权法》对房地产领域产生影响的几个法律问题

浅析出租与出让、转租与转让的区别

浅谈《物权法》对物业管理的影响

浅论物权法定原则

浅析《物权法》在婚姻关系中关于财产制度中的适用

浅析我国夫妻约定财产制

离婚的一方转移不动产的现状、成因及对策

夫妻离婚时按揭房屋的归属与分割

物权法与让与担保

浅析我国农村土地承包经营权流转制度

无证房屋的性质与权利界定

刘建平

程先艳 温 泉

范作辉 范文诗

华 洋 谭建伟

解玉环

李宗胜

唐敬杰 邹 欣

田维楨 孙桂帅

吴 哲

徐长胜

赵国林 赵 勇

蒋 强 嵯 洪

邹 欣 曲 波

王金兵

黄 科

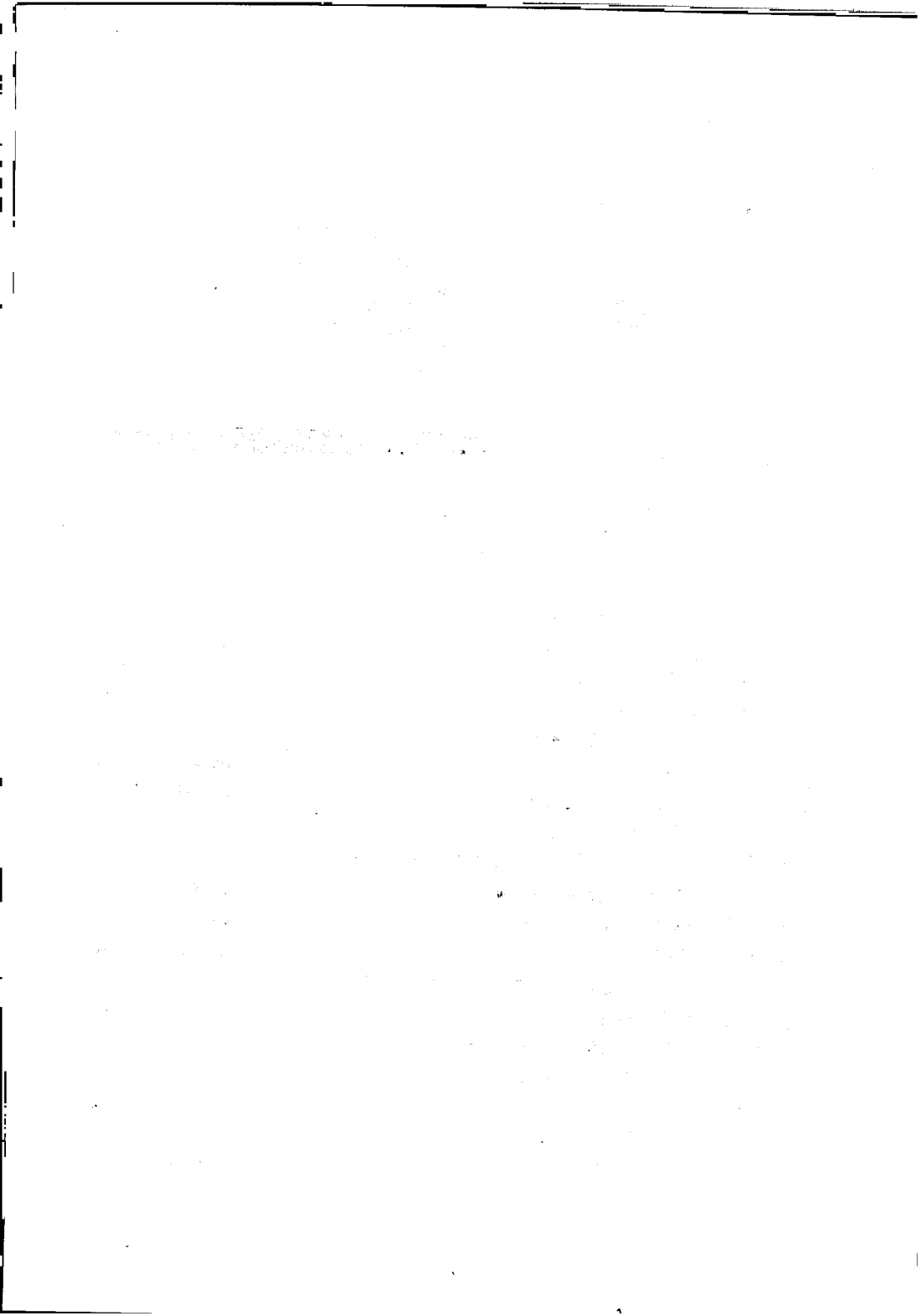
讷建宏

张淑清

李宗胜

马洪流

田维楨 曲武昌



论农村宅基地使用权流转的必要性

——评物权法草案对宅基地使用权的限制

刘建平*

[摘要]针对物权法草案对农村宅基地使用权做了限制性的规定,作者通过对农村宅基地使用权性质和现状的分析,从尊重和保障人权的宪法精神出发,充分考虑了农民本应该享有的自然赋予的权利——生存权,而生存权最基本的权利就是宅基地使用权,并认为农村宅基地使用权是一种财产,结合城市土地使用权流转的意义和作用来阐述实现农民财产利益最大化的途径,在考虑了这种流转制度可能出现的弊端,提出了作者相关的建议,来论述农村宅基地使用权流转的必要性和可行性。

[关键词]农村宅基地使用权 流转 土地储备 土地储备基金

一、农村宅基地使用权的性质和现状

物权法的核心是不动产,土地是重要的不动产,土地的核心是土地使用权,农村土地使用权是土地使用权的重要问题,农村宅基地使用权又是土地使用权的一个重要方面。在我国,农村宅基地使用权是农村集体经济组织的成员所享有的对集体土地的占有、使用、建造房屋、居住的权利,即农民宅基地使用权,它是一种用益物权。

由于制度的限制,在我国农村,农民除了宅基地使用权外没有任何恒产。农民因宅基地使用权不能流转(本文指宅基地使用权的出租、转让和抵押)而无法融资;农民的房屋因宅基地使用权的限制不能自由出

* 辽宁仁源律师事务所。

卖,因而不能体现农民房屋的市场价值;一些地方政府常常假借公共利益随意拆迁农民的房屋;一些开发商也以宅基地不是农民个人的为由不予补偿;由于没有高层次的立法,政府的征地政策也几乎不考虑农民宅基地的补偿而任意征用。因此,急需一部高层次的立法来保护农民宅基地的使用权,由于农民宅基地使用权是一种物权,因此就需要在物权法立法上给予更大的保护,物权法草案也对农民宅基地使用权的性质、地位给予了相应的肯定,而能够真正实现物权法保护的价值和意义,实现物尽其用的物权目的,还需要赋予宅基地使用权的自由流转。

在物权法起草案之前,还没有一部全国人大或其常委会制定的法律来限制农村宅基地使用权自由流转,只是在相关的部门规定中限制了农村的宅基地使用权自由流转的规定(如国土资源部颁布的《关于加强农村宅基地管理的意见》中规定:严禁为城镇居民在农村购买和违法建造的住宅发放土地使用证)。正是这个原因,人们期待着物权法的立法在农村宅基地使用权的流转问题上能够有所突破,期待着物权法的立法能够保护农民几十年来唯一的由宪法赋予的这一财产,应该允许农民有实现这一财产价值的权利,从而能够给农民带来更大的生活自由和人格尊严,特别是在国家提出建设社会主义新农村政策后,物权法的起草更应体现出在现有体制下尽最大可能来给予农民更大的生活和实现财产权利的自由,以改善农民的生活水平,也可以防止越来越多的侵犯农民宅基地使用权的情况发生,防止相关的政策、地方法规在制定时就不同程度地忽视了农民的宅基地使用权保护的现状,期待能用更高层次的立法来确定农村宅基地使用权也能像城市的土地使用权那样的自由流转和抵押,以实现“物尽其用”和物权的平等保护。可是已在全国人大常委会三读的物权法草案不但没有建立这一制度,相反,却用最高层次的立法来限制宅基地使用权的流转和抵押。物权法草案第162条规定了宅基地使用权人经本集体同意,可以将建造的住房转让给本集体内符合宅基地使用权分配条件的农户;住房转让时,宅基地使用权一并转让。禁止城镇居民在农村购置宅基地。物权法草案第206条规定了宅基地作为一种财产不得抵押。草案中的这两条大大限制了宅基地作为物权上的财产流转。其中第162条是限制农村宅基地使用权的转让的规定,第206条是禁止宅基地使用权可以抵押的规定。这不能不说物权法草

案关于农村宅基地使用权的立法没有体现出国家关于建设社会主义新农村的政策精神,没有体现出立法是朝着保护人权的方向发展的潮流,更没有体现出物权法强调物尽其用的物权目的。

在农村,除了包产到户在历史上对农村的发展起到过一定的积极影响外,还没有其他什么政策使农村得到真正的发展。文化素质、基础设施、地理位置等影响农村发展的因素在相当长的时期无法改变的情况下,可以提高农民生活水平,促进农村社会发展和变化的改革只剩农民的宅基地使用权了,因为农民唯一能变的也仅仅是宅基地了。而在宪法体制下宅基地唯一能变的就是宅基地使用权的流转。

二、农村宅基地使用权流转的意义

(一)物的目的在于物尽其用

物是服务于人的,是为人所利用的,被利用的物才有价值,物只有被充分利用,其价值才能得以充分体现。物若不能得到充分利用,就不能实现物的应有价值。如果一种制度限制了物的充分利用,不能使物实现物尽其用的目的,那么这种制度就是应该考虑变革的时候了。

(二)有利于农村的发展,提高和改善农民的生活

自1975年制定宪法至1988年宪法修改期间,由于制度的原因,我国的土地或土地使用权一直不能流转,土地或土地使用权不能流转阻碍改革开放、社会发展和人民生活水平的提高的矛盾日益突出,这样一来,就要求我们必须制定一种制度让作为法律上的物(土地使用权)在当时的体制下做到物尽其用的目的,于是,我国的立法机关开创性地制定了土地使用权可以依法出租、转让、抵押的土地流转制度。

这一制度的确立,使城市的土地使用权可以转让、抵押、出租,对城市社会的发展所起到的作用是不言自明的,究其原因就是城市土地使用权可以流转的制度盘活了土地资源,大量地吸引外商投资建厂,土地使用权的转让,也给国家带来了巨大的财政收入,使土地使用权变成了一种真正意义上的财产,土地使用权可以流转的制度又给企业解决了巨额融资和生产用地的需要,使土地使用权在流转过程中尽可能地发挥作用,能够在现行体制下最大限度地做到物尽其用。可以说没有土地使用权可以流转的制度就没有今天的改革开放所取得的成果。

然而,在农村,农民几乎没有融资的资本,仅有的房屋又不能自由买

卖和抵押,当农民宅基地被拆迁后,农民几乎不能得到应有的补偿;在进行小城镇改造的农村,有的开发商为了取得好地段,和村委会或地方政府勾结,把好地段征用为建设用地,把该地段的农民搬迁到不好的地段,好像农民一辈子就不应该住好地段,永远也不应该取得好地段价格的补偿。这种现状的根源在于农村宅基地使用权没有像城市的土地使用权一样自由流转,一样得到法律的保护。因此,在物权法设立宅基地使用权自由流转制度没有宪法上的障碍的情况下,就应该在宅基地使用权必须流转的基础上去研究如何流转的问题,而不应该考虑农民宅基地使用权能否流转、应该不应该流转的问题,更不应该制定限制流转的法律制度。

(三)有利于保护农民的财产,充分实现财产价值的最大化

农民建造一座房屋几乎是需要用一辈子的劳动,这也是农民一辈子创造的财富。这个房屋并不是仅仅用来自己居住,它也是农民一生价值的体现,从这个意义上讲,农民所创造的财富应该得到国家的保护和尊重,这也是对农民人格尊严的尊重。然而,如果宅基地使用权不能自由流转的话,那么农民建造的房屋因宅基地使用权不能自由流转而不能充分体现出房屋的交换价值。农民一生的劳动价值也就得不到充分的体现,人格尊严也得不到充分的尊重。

一种财产制度的建立,不但要保护人们的现有财产,还应该保护这种财产交换利益的最大化;如果因一种制度的障碍,使某种财产的交换价值贬值,那么这种制度就不应该建立。限制宅基地使用权流转的制度,使农民的房屋不能自由转让,那么,城里人不能到农村购买农民的房屋,农村的房屋就只能在年收入1000元左右的农民之间转让,试想,一辆豪华的奔驰汽车,如果限制它只能在年收入1000元的人之间转让,能体现出奔驰汽车的价值吗?这势必要造成这种财产的交换价值得不到充分体现,因此,只有让农民的房屋自由流转,才能最大限度地保护农民的财产权,而农民的房屋自由流转实质就是宅基地使用权的自由流转。

三、制定宅基地使用权流转制度的几点建议

(一)转变农民宅基地使用权的立法观念

在立法中,一遇到老百姓特别是农民的权利的时候,有的立法者或司法者就是怕给农民更多的权利,好像认为农民就不应该享有与城里人

同样的权利。例如众所周知的交通事故赔偿的司法解释中,农民的死亡赔偿要远远少于城里人,在这些人的观念中,漠视农民应该享有的与城里人平等的权利,忽视农民的权利的现象还依然存在,在物权法起草中,关于农民宅基地使用权的流转问题上,也存在这种现象。一种观点认为:农民取得宅基地是无偿的,自由流转实质是集体财产的流失。没有个体就没有集体,人是自然的产物,当然享有着大自然赋予给人类的一切财产,这种财产包括自然界赋予给人类赖以生存的土地,人类在土地上可以耕作、建造房屋,也可以交换,以满足人类生产、生活的需要。然而当一种制度的确立,使人们的财产减少而生活又无法得到一个相对文明社会保障的时候,这种制度就应当变革。我们所谓的集体土地都是农民个人所有的土地在制度变革中,无偿混合在一起构成了所谓的集体土地,那是一种制度的需要,不管怎么样,那时候农民还有政策意义上的生活保障。然而在强调竞争的市场经济的今天,农民的生存和生活连政策上的保障都没有了,那些本应该属于农民的财产(在现行体制下是土地使用权)就应当偿还给农民,而不应该叫做什么流失;另一种观点认为:城里人没有无偿取得土地使用权,如果农民无偿获得的宅基地使用权可以自由流转的话,对城里人就是不公平的。那么持有这种观点的人应该清楚城里人的生活有社会保障,而农民除了宅基地外无任何保障。农民享有土地使用权本应该是大自然赋予给每个人的权利,如果一种制度使得农民无权无偿享有土地使用权,那就应该至少享有获得社会生活和生存保障的权利,否则,农民就有权无偿获得宅基地使用权。再有一种观点认为:宅基地具有福利和保障功能,不能流转、抵押。我们知道,城市几乎所有的福利都变成了直接的利益,企业在转制的时候,职工原来的福利都一次性地买断,变成了货币。职工在辞职的时候原来的福利也可以一次性地支付给个人。那么,即使按着福利说的观点,完全可以将农民的福利和保障利益以宅基地使用权的形式一次性地支付给农民,这是对农民人权的一种尊重。还有一种观点认为:农村宅基地使用权若可以自由流转,农民一旦转让了自己的宅基地使用权,挥霍或做生意亏损了,导致该农民一无所有,这将不利于农村的稳定。按这种观点的逻辑,城市老百姓房屋也不应该自由流转,否则也会不利于城市的稳定。这种把国家当成大管家、把农民当成没有立事的孩子的思想观念与尊重个人权

利的现代法治理念是相悖的,也与尊重和保障人权的宪法理念是相悖的。

所以,物权法立法应该从权利自然属性的观念去考虑农民所享有的宅基地使用权的如何流转问题,不能像草案那样对农村宅基地使用权流转进行限制。

(二)赋予宅基地使用权流转应完善相应的制度

1. 农村宅基地使用权应当从集体土地所有权中分离出来

立法为房屋建设用地使用权,建立和城市的商品房建设用地同样的制度,除非涉及国计民生需要用地等特殊情况下不得改变土地的使用。这样可以明晰农村中宅基地和农用地的区别,可以统一我国城乡宅基地土地使用制度,减少两种宅基地管理过程中出现的矛盾,防止土地征用和房屋拆迁过程中出现两种土地使用权保护不平等的现象,对物权平等保护原则的确立也具有积极意义。

2. 计划农村宅基地用量,按人口无偿分配宅基地面积,建立农村宅基地储备制度

根据农村的发展规划和农村人口的变化,计划并规划出农村宅基地的范围、面积和位置。这样可以明确哪里是居住区,哪里是耕作区,有利于改变农村的居住形象和面貌;能有效防止乱占耕地、荒废耕地的现象;按人口无偿分配宅基地面积,从人的自然权利意义上讲,土地资源是大自然赋予给人类的,人当然就有权利无偿获得土地资源的使用,按人口分配宅基地可以弥补按户分配宅基地不平等的弊端,对超面积的人或户由集体收取相应的土地使用费。建立农村宅基地储备制度(包括宅土地储备和宅基地储备基金),把因规划或计划的宅基地的使用、出租、转让、产生的收益储存起来,作为农村宅基地的土地储备基金。实行专款专用,非因解决农村宅基地缺口不得使用。将超面积收取的土地使用费纳入宅基地储备基金管理。这样可以排除因农村人口的变化而导致的宅基地缺口的担忧。

3. 农村宅基地使用权流转的限制

农村宅基地使用权自由流转(包括出租、转让、抵押)的时候,在同等价格上第一受让人应该是集体,其次是国家和其他人。这样做的目的是让集体根据集体组织成员的变化对宅基地进行土地储备,也可以防

止农村自然新增人口需要分配宅基地的情况发生,以利于农村的稳定和农民权利的保障,利于社会主义新农村建设。

对已经获得城市社会保障的农村人口在出卖房屋时应当征收一定的集体土地出让金。因国家对户籍的改革,对一些已经在城市工作并享受了城市社会保障制度保障的人,对这类人的宅基地使用权再转让的时候应当收取一定的转让金或出让金,该转让金应纳入农村的宅基地储备基金管理。这样可以防止一个人既享有城市的社会保障又享有农村的无偿分配财产的权利,从而在一定程度上弥补制度上可能带来新的不平等。

对农民因居住而使用宅基地不给予时间上的限制,当农民出卖房屋或宅基地使用的时候,从出让开始计算土地使用年限,和城市商品房的土地使用权期限相同。这样既尊重了农民对自己财产支配的自由和选择生活自由的权利,又能使购买农村房屋或宅基地使用权的人不享有农民无期限地享有宅基地使用的权利。

4. 明确乡村公共设施和公益事业、公共利益的范围,对拆迁农村宅基地按市场价格给予农民补偿

在实际生活中,一些地方政府为了政绩、招商引资,假借公共利益,公益事业或建设公共设施,强行拆迁农民的房屋,有的把农民搬迁到不适合居住的地方,有的仅仅给房屋价值的补偿款,有的虽然宅基地给一点土地补偿费,农民几乎得不到补偿。以法律的形式明确乡村公共设施和公益事业、公共利益的范围对可以约束政府任意行为,有利于对农民宅基地使用权的物权保障。

四、结束语

在国家将尊重和保障人权写进了宪法、提出了建设社会主义新农村,努力提高和改善农民生活水平的今天,物权法的制定就应当充分考虑宅基地使用制度是否有利于尊重和保障农民的人权,是否能够提高和改善农民的生活水平,是否有利于社会主义新农村建设,这是关乎宪法尊重和保障人权的精神能否落实,社会主义新农村政策能否实现,农民的生活水平能否改善和提高,农村是否繁荣稳定发展的重要制度。因此,制定适合农村发展的宅基地使用权流转的制度是物权法应当面对的问题。