

REAL ESTATE

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

RESEARCH ON
REAL ESTATE LAW OF CHINA

2018年第2辑·总第18卷

刘云生·主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

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

REAL ESTATE

中国不动产法研究

RESEARCH ON
REAL ESTATE LAW OF CHINA

2018年第2辑·总第18卷

刘云生·主编



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. 2018 年. 第 2 辑 : 总第 18 卷 /
刘云生主编. -- 北京 : 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3002 - 4

I. ①中… II. ①刘… III. ①不动产—物权法—研究
—中国—丛刊 IV. ①D923.24 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 290693 号

中国不动产法研究(2018 年第 2 辑·总第 18 卷)
ZHONGGUO BUDONGCHANFA YANJIU
(2018 NIAN DI-2 JI · ZONG DI-18 JUAN)

刘云生 主编

策划编辑 沈小英
责任编辑 陈 妮 毛镜澄
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 郭艳萍
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法治与经济出版分社
开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
印张 19.25
字数 440 千
版本 2018 年 12 月第 1 版
印次 2018 年 12 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 3002 - 4

定价:80.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



中国房地产法律实务研究论坛组织架构

委员会

- 名誉主席：李开国（西南政法大学教授、博士研究生导师）
朱洪超（第四届、第五届中华全国律师协会副会长）
- 主席：刘俊（西南政法大学教授、博士研究生导师，中国社会法学会研究会副会长，重庆市法学会房地产法建筑法研究会会长）
张永岳（华东师范大学房地产学院院长、博士研究生导师，上海易居房地产学院院长，中国房地产估价师与房地产经纪人学会副会长，中国房地产业协会理事，上海市经济学会副会长）
- 执行主席：刘云生（广州大学法学院教授、博士研究生导师，民商法学科带头人）
朱平（瑞威资本董事会主席、总裁）
朱磊（上海邦信阳中建中汇律师事务所北京分所主任、律师）

论坛秘书处

- 主任：刘云生（广州大学法学院教授、博士研究生导师，民商法学科带头人）
- 副主任：洪流（上海邦信阳中建中汇律师事务所合伙人、律师）
丁祖昱（上海易居房地产研究院副院长）
- 秘书长：欧家路（法学博士）
- 秘书：黄海诺（上海邦信阳中建中汇律师事务所律师）

论坛编辑部

- 主编：刘云生（广州大学法学院教授、博士研究生导师，民商法学科带头人）
- 论坛编辑：欧家路（法学博士）
吴昭军（法学博士）
景获（博士研究生）
杨思萌（硕士研究生）
黄海诺（上海邦信阳中建中汇律师事务所）
- 美术编辑：朱毅敏（上海邦信阳中建中汇律师事务所）

中国房地产法律实务研究论坛编辑委员会名单

主 编：刘云生

编 委 会：李开国 刘俊 赵万一 陈小君 陈华彬 欧家路 吴昭军

余能斌

新中国民法典起草人员，
中国法学会民法学研究会顾问，
武汉大学教授、博士研究生导师。

为实现中国

房世产立法

化教与呼！

——热烈祝贺中国房世产
法律研究论坛开办

余能斌
二〇〇六
六月十五

金平

新中国民法典起草人员，
西南政法大学教授。

中国房地产业法律实务研究论
坛人才荟萃，理论联系实际，
运作有序，必将为中国房世产
业的发展和法律制度的
完善作出巨大贡献。

金平

二〇〇六.六.二二

梁慧星

中国社会科学院研究员，
教授、博士研究生导师。

办好中国房世产
论坛
完善中国房世产
法制

梁慧星
06.6.15

王利明

中国人民大学副校长，
教授、博士研究生导师，
中国法学会民法学研究会会长。

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

广东外语外贸大学土地法制研究院院长，
云山领军学者，教授、博士研究生导师，
中国法学会民法学研究会副会长。

谨祝论坛——
穿西贯南，融

中汇外，
历经传统土地制度之
保守，居现代房地产法
治之鳌头。

陈小君
06.6.13

龙宗智

著名法学家，原西南政法大学校长，
四川大学教授。

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
实务论坛开办

龙宗智
2006.6.16

孙宪忠

中国社会科学院研究员，
教授、博士研究生导师，
中国法学会民法学研究会常务副会长。

有恒产者有恒心，
民有恒产，则有
爱国爱社之
恒久之心。

孙宪忠
二〇〇六年六月二十二日

王卫国

中国政法大学教授、
博士研究生导师。

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

学术争鸣

- 3 公共地役权在我国民法典中的制度构建
张 力
- 14 我国住房租赁制度建构之论纲
范雪飞
- 26 论不动产多重买卖中的风险负担规则
彭益鸿
- 45 僧尼遗产处理的民法路径与裁判依据
吴昭军
- 59 土地发展权之乱象与本相
曾 野 路 瑶

不动产资本化

- 71 论德国不动产抵押资产证券的私法构造与风险防范机制
黄家镇
- 86 土地经营权抵押的法理反思与制度回应
孙聪聪
- 99 论不动产融资租赁的监管完善
——以福建自贸试验区为视角
胡 宽 刘志云
- 113 论重整程序中房地产抵押权人的限制与保护
韦子唯

农村土地“三权分置”

- 127 稳步推进“三权分置”还是适度修改“两权分离”
——基于制度比较的分析视角
吴义龙
- 141 论宅基地“三权分置”的法实现
刘国栋
- 154 农地“三权分置”权利结构的理论阐释与制度回应
刘恒科
- 169 农村土地承包经营权制度创新与路径选择
——基于法经济学的分析视角
段 浩
- 180 农地“三权分置”改革的风险与管控
王文文

土地市场化

- 193 国有建设用地二级市场转让规范的反思和完善
徐银波 孟 涛
- 205 地票交易试点的比较分析
景 荻 黄 忠
- 221 论农村土地增值收益分配制度的重构
刘洪华
- 230 论土地承包经营权入股农民专业合作社的规范流转方式
燕 艳

实务研究

- 245 违章建筑强制执行的体系化构建
——基于法院裁判文书的分析
朱昕昱
- 256 论宅基地流转纠纷中合同无效按有效处理的司法规制
刘 洋 张 坤

266 诉讼视角下不动产登记的撤销

蒋玉萍 史 意

域外采风

279 独联体成员国议会间大会所有权及其保护示范法

张建文 译

编者手记

293 限购限贷：三方游戏中的法治迷局

295 《中国不动产法研究》稿约

Contents

Academic Contending

- 3 **The System Construction of Public Easement in Chinese Civil Code**
ZHANG Li
- 14 **An Outline of the Construction of China's Housing Rental System**
FAN Xuefei
- 26 **Study on the Risk-assuming in the Multiple Sales of Real Estate**
PENG Yihong
- 45 **Civil Law Path and Judgment Basis for the Treatment of Sinhalese Heritage**
WU Zhaojun
- 59 **Chaotic Phenomena and Original Feature of Land Development Rights**
ZENG Ye LU Yao

Capitalization of Real Estate

- 71 **On the Private Law Structure and Risk Precaution Mechanism of German Real Estate Mortgage Asset Securities**
HUANG Jiazhen
- 86 **Theoretic Reflection and Institutional Response of the Mortgage of Land Management Right**
SUN Congcong
- 99 **On the Supervision and Perfection of Real Estate Financing Leasing —From the Perspective of Fujian Free Trade Zone**
HU Kuan LIU Zhiyun
- 113 **On the Restriction and Protection of Real Estate Mortgagee in the Reorganization Proceedings**
WEI Ziwei

“The Separation of the Three Rights” on Rural Land

- 127 **Should We Steadily Push Forward “the Separation of the Three Rights” or Modify “the Separation of the Two Rights” Moderately**
—Analysis Based on System Comparison
WU Yilong
- 141 **Legal Realization of “the Separation of the Three Rights” to Homestead**
LIU Guodong
- 154 **On the Theoretical Interpretation and Institutional Response of the Right Framework of “the Separation of the Three Rights” on Rural Land**
LIU Hengke
- 169 **On the Innovation and the Realization Way of Rural Land Contract Management Right System**
—From the Analysis of Law and Economics
DUAN Hao
- 180 **On the Risks and Regulating of “the Separation of the Three Rights” on Rural Land**
WANG Wenwen

Land Marketization

- 193 **The Reflections and Perfection of Transfer Regulations on State-owned Construction Land in the Secondary Land Market**
XU Yinbo MENG Tao
- 205 **Comparison and Analysis of Land Ticket Tradeoff Examples**
JING Di HUANG Zhong
- 221 **On the Reconstruction of the Distribution System of Incremental Benefit in Rural Land**
LIU Honghua
- 230 **The Standard Circulation Mode of Land Contract Management Rights Invested into Agricultural Cooperatives**
YAN Yan

Legal Practice

- 245 **Systematic Construction of Enforcement of Illegal Buildings**
—Based on the Analysis of Court Judgments
ZHU Xinyu

256 **On the Judicial Regulation of Effective Treatment of Contract Invalidation in the Dispute of Homestead Circulation**
LIU Yang ZHANG Kun

266 **The Revocation of Real Estate Registration in the Angle of Administrative Petition**
JIANG Yuping SHI Yi

Extraterritorial Experience

279 **Model Law on Ownership and Protection of CIS Member States**
Translated by ZHANG Jianwen

Editor’s Note

293 **Purchase and Loan Restrictions: Legal Puzzles in the Tripartite Game**

295 **Instructions**

学术争鸣

公共地役权在我国民法典中的制度构建

张 力*

公共地役权,是指为了公共利益需要而使不动产所有人或使用权人容忍某种非利益或负担,相应使国家、公众或公共事业部门取得要求相关不动产所有人或使用权人承担某种非利益或负担之义务的权利。公共地役权与征收一并构成公益目的用地的多元实现机制,从而超出了通过平等协商实现补强私益的传统民法上地役内涵范畴,具有公法权利与私法权利的混合性。^①这也对其是否应当及如何实现在民法典中的制度构建形成疑问。从功能定位上来看,公共地役权主要用于公益事业建设、生态环境保护等方面,正如党的十九大报告所提出的“实行最严格的生态环境保护制度”。我国现行《物权法》仅规定了征收及其补偿,缺少公共地役权,导致在民法规范体系中公益目的用地的物权制度供给不足。进而导致相关主体的正当利益诉求在法律上缺乏明确请求权基础,不利于社会公共利益的系统与公正实现。当前正值我国民法典编纂之际,其“民法典物权编”应当考虑对公共地役权制度予以全面构建,并实现对我国法律体系的正式融入。

一、公共地役权法律体系定位的国际经验

在公法与私法相对分类的现代法制体系中,公共地役权对公私法界分的跨越性,是其在民法典中进行制度建构时遭遇的基本难题。不少国家将公共地役权的主准据法定位在公法上,同时由私法在一定程度上提供技术性辅助。

在美国,公共地役权的对应概念是“保存地役权”(conservation easement)。它被广泛运用于公共设施运营、环境保护、历史建筑保护、农用地用途管制、公共空间保留等用途上。保存地役权的获得主要通过政府购买、政府获得捐赠行为,具有明显的公法属性。保存地役权的

* 西南政法大学民商法学院教授、博士研究生导师。

基金项目:中国法学会部级法学研究课题“全民所有的物权法表达与实现路径完善研究”[CLS(2017)D72];国家社科基金一般项目“民法典物权编中公共地役权的制度构建与体系融如研究”(18BFX123);西南政法大学2017年“十九大”专项项目“国家所有权与自然资源管理权分离运行机制研究”(2017XZZXYB-04)的研究成果。

① 参见肖泽晟:《公物法研究》,法律出版社2009年版,第129页。

捐献人与被购买人因此获得慈善所得税减免(charitable income tax deduction)的优惠。保存地役权较好地体现了“公共信托”(The Public Trust Doctrine)属性。^①其制度重心在于通过公法手段,来实现在州政府对地役权的名义所有的控制下,将社会公众作为地役权实质受益人的,对供役地无偿(或廉价)、自由与非排他的使用目的。针对近年来出现的捐献人以捐献保存地役权骗取税收抵减的行为,其政府部分逐渐将制度重心转移到保存地役权的价值评估(value assessment)与交易机制设计(donation transaction)上,从而日益接受私法上技术对其保存地役权的制度建构。^②

在法国,公共地役权的对应概念是“法定役权”或“行政役权”。^③行政役权被广泛运用于“公产”(或称“公物”)的设定与公用目的实现场合。这包括通过行政命令设定与维持某项财产的“公产”性质、令其在某种程度上开放性地服务于一定公众的特定利用目的(如通行、进入、航行、捕捞、采集等),并因此限制财产所有权人私法上的权能。^④相应地,《法国民法典》第649条对行政役权进行了规定:“法律规定的役权,得为公共的或地方的便宜,亦得为私人的便宜而设立。”《法国民法典》第650条进一步明确了役权的设立客体与目的具体包括通航航道的通行、公共或地方道路的建筑与修缮、其他工事的建筑或修缮等,同时强调这些役权的设立须由“特别法令规定”。虽然学界对行政役权的法律性质仍存有争议,焦点在于对公物所有权法律性质的判断——“民法所有权说”“公所有权说”“混合所有权说”,进而影响了民法典中行政役权本身的性质澄清与定位,但这并不妨碍依行政法上“特别法令规定”所设立的公共地役权,援引私法上固有地役权制度的某些技术构造,以实现其实施目的,如对因承担役权而受损害的不动产所有人的补偿协商、公共地役权人对所有权人排除妨碍等请求权的提出等。

更具参照意义的是,自计划经济体制转型而来的俄罗斯的相关制度。“公共地役权”(публичный сервитут)最初由《俄罗斯国家和自治地方企业私有化大纲基本规范》第4条、第10条创设,它既可针对公共财产,也可针对私人财产存在。继而,《俄罗斯联邦土地法典》(以下简称《土地法典》)第四章第23条将地役权区分为私人地役权与公共地役权。公共地役权的成立必须要经过行政机关支持下的公众听证程序,公法色彩较为明显。俄罗斯民法学者一般认为,公共地役权与民法传统中的人役权与地役权概念间存在显著区别,不是一种单独的他物权类型,而是对供役地(或其他财产)所有权的限制措施。对此苏哈诺夫指出,公共地役权不是私的地役权,因为私法中地役权通过合同(法律行为)设定(《俄罗斯联邦民法典》第64条)。作为不动产权利的役权应当进行国家登记(《俄罗斯联邦民法典》第274条第3款,《土

① 公共信托是指大气、水体、土壤岩层、生物圈等环境型自然资源国家所有权的设立目的是防止环境退化、维护资源循环以保障当代与后代人民的可持续分享,为此形成公益信托所有权。公益信托性质的所有权不具有私人所有权完整的收益性与排他性。人民为了个人生存,于不损害环境可持续发展的限度内(禁猎、渔期内采集数量限制等禁止性规定),以采集、狩猎、捕捞等方式非排他的自由先占取得其中具体成分,并不违反公益信托的设立目的。See Austin W. Probst, "Go with the Flow: The Public Trust Doctrine and Standing", *Wayne Law Review*, Vol. 62, 2017, p. 537.

② 参见赵自轩:《公共地役权在我国街区制改革中的运用及其实现路径研究》,载《政治与法律》2016年第8期。

③ 王名扬:《法国行政法》,中国政法出版社1988年版,第330页。

④ 参见陶青德:《公共物役权及其去“行政化”》,载《甘肃社会科学》2014年第5期。