

房地产开发中的 利益冲突与衡平

——以民事权利保障为视角

吴清旺 贺丹青 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

房地产开发中的 利益冲突与衡平

——以民事权利保障为视角

吴清旺 贺丹青 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

房地产开发中的利益冲突与衡平——以民事权利保障
为视角/吴清旺,贺丹青著. —北京:法律出版社,
2005.11

ISBN 7-5036-5946-7

I.房… II.①吴…②贺… III.房地产业—法规
—研究—中国 IV.D922.181.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 131671 号

©法律出版社·中国

责任编辑/李 群

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法规与大众读物出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/9.75 字数/215 千

版本/2005 年 12 月第 1 版

印次/2005 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)

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 7-5036-5946-7/D·5663

定价:18.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

我深信，我敬爱的父母一定在宇宙深处的某个地方，以你们的方式，时刻关注着我、保佑着我。

谨用此书献给我的父母，让它穿越时空隧道，传递我对你们感激的信息。

——你们的儿子：吴清旺

衡平，人类生存的理想！

——贺丹青

目 录

导言	(1)
第一章 房地产开发中的利益冲突与衡平之理论分析	
.....	(6)
第一节 利益冲突与衡平——基于法学的考察	(6)
一、利益冲突的本原意义	(6)
二、利益及利益冲突的法学意义	(9)
三、利益衡平的法学本质	(15)
四、法治:利益衡平的实现路径	(19)
第二节 房地产开发与开发中的利益冲突	(22)
一、房地产开发的内涵	(22)
二、房地产开发利益冲突介述	(24)
三、房地产开发各方利益冲突关系图谱	(28)
第三节 房地产开发利益冲突的法律经济学分析	(31)
一、制度供给不足与开发中的权益冲突	(32)
二、制度变迁路径与开发中的权益冲突	(35)
三、“理性经济人”与开发中的权益冲突	(37)
第四节 房地产开发利益冲突的信息学分析	(38)
一、信息不对称与权益冲突	(38)
二、房地产开发利益冲突的信息学分析	(40)
第二章 开发商与土地所有者的利益冲突与衡平(一)	
——以土地使用权为中心	(43)
第一节 序论	(43)

第二节 土地所有者与利用者的利益冲突与平衡:	
一个古老而现代的话题·····	(45)
一、冲突与平衡之缘起 ·····	(45)
二、冲突与平衡之演进:从归属到用益·····	(52)
第三节 利益平衡之法治探索:“两权分离”的理论	
与实践·····	(59)
一、中外国有土地所有权制度 ·····	(59)
二、“两权分离”之论争 ·····	(62)
三、香港地区土地使用制度之借鉴 ·····	(68)
四、我国“两权分离”的立法实践 ·····	(69)
第四节 利益平衡之民法规制:开发商土地使用权	
的物权法定位·····	(71)
一、土地使用权的称谓 ·····	(72)
二、国有土地使用权的四种定位介述 ·····	(73)
三、利益平衡模式选择:国家与开发商在物权法上	
的权利样态 ·····	(82)
第三章 开发商与土地所有者的利益冲突与平衡(二)	
——以空间权制度为中心·····	(87)
第一节 序论·····	(87)
第二节 土地利用的立体化:从“土地法”到“空间	
法” ·····	(88)
第三节 世界主要国家和地区的空间权立法·····	(90)
一、德国 ·····	(90)
二、英国 ·····	(91)
三、日本 ·····	(92)
四、美国 ·····	(92)
五、我国台湾地区 ·····	(94)

第四节 空间权之物权法分析·····	(95)
一、空间权的含义、类型与名称·····	(95)
二、空间权的物权属性 ·····	(97)
第五节 房地产开发中的空间利益冲突:土地所有 权与土地使用权的空间范围·····	(103)
一、我国土地所有权的空间范围 ·····	(103)
二、开发商土地使用权的空间范围 ·····	(108)
第六节 空间权制度的建立——土地空间利益平衡 的法制化·····	(112)
一、中国物权中的空间权构想 ·····	(112)
二、空间权之登记 ·····	(115)
第四章 开发商与预购人的利益冲突与衡平·····	(117)
——以预购人权益保护为中心	
第一节 序论·····	(117)
第二节 预售双方利益失衡的法理分析·····	(119)
一、商品房预售中利益失衡之现状 ·····	(119)
二、开发商与预购人:先天失衡的交易双方·····	(122)
三、商品房预售双方与民法上的人 ·····	(124)
四、消费社会中的开发商与预购人 ·····	(127)
五、弱势预购人权益保护与契约自由 ·····	(128)
第三节 预购人权益保护与预售广告之规制·····	(132)
一、预售广告乱象 ·····	(133)
二、预售广告的法律约束力 ·····	(134)
三、基于预售广告内容的信赖利益与履行利益保 护 ·····	(142)
第四节 预购人权益保护与预售格式条款之规制·····	(147)
一、格式条款之法理:市场交易中的一把双刃剑·····	(147)

二、格式条款之滥用:预售合同条款实证分析·····	(155)
三、格式条款之规制:预售双方利益衡平的实现途径·····	(160)
第五节 预购人权益保护与预告登记制度之建立·····	(168)
一、预告登记制度:弱势债权人利益的保护机制·····	(169)
二、现行商品房预售登记制度的立法考察·····	(173)
三、我国商品房预告登记制度的构建:以预购人利益保护为中心·····	(179)
第五章 开发商与银行的利益冲突与衡平	
——以银行债权保障为中心·····	(188)
第一节 银行与开发商的利益冲突:以债权担保为视角·····	(188)
一、银行与开发商关系概述·····	(188)
二、债权担保:银行与开发商利益制衡的主要法律形态·····	(192)
第二节 开发商与银行利益衡平机制:以预售商品房抵押、按揭为对象·····	(194)
一、抵押与按揭概述·····	(194)
二、我国预售商品房及在建工程担保之实践·····	(198)
三、我国预售商品房及在建工程担保制度的定位·····	(202)
四、预售商品房担保制度之完善:期待权担保制度的构建·····	(213)
第三节 银行债权保障机制的制度创新:房地产证券化·····	(221)
一、我国现行房地产融资担保之不足·····	(222)
二、国外房地产证券化之借鉴·····	(224)
三、我国房地产证券化展望·····	(233)

第六章 开发商与建筑商的利益冲突与衡平	(243)
——以建设工程价款优先受偿权为中心	
第一节 利益冲突之焦点:建筑商债权利益之保障 ...	(243)
第二节 衡平路径之探索:我国建设工程价款优先 受偿权确立与权利性质之辩.....	(247)
一、建设工程价款优先受偿权之确立	(247)
二、建设工程价款优先受偿权适用之困惑	(249)
三、建设工程价款优先受偿权性质之辩:留置权、 优先权抑或法定抵押权	(255)
第三节 衡平路径之借鉴:建设工程价款优先受偿 权之相关法制.....	(264)
一、优先权立法模式:以法国、日本为例	(264)
二、法定抵押权模式:以德国、瑞士、我国台湾地区 为例	(268)
三、英美法模式	(273)
第四节 衡平路径之完善:我国建设工程价款优先 受偿权之立法构造.....	(274)
一、建设工程价款优先受偿权之立法模式	(274)
二、建设工程价款优先受偿权之内容	(278)
结语	(284)
一、多中心的房地产开发利益冲突关系	(285)
二、多元化的民事权益衡平机制	(289)
主要参考文献	(292)
后记	(304)

中国的改革开放的确让国人感到周围的世界日新月异。就人们再熟悉不过的土地、房屋而言,人们惊讶地发现:无人问津的荒地在拍卖师的木槌下创出天价;坑坑洼洼的坡地上不日冒出摩天大楼;破烂的城市在隆隆的推土机轰鸣中迅速变得漂亮;昔日名不见经传的开发商因一个成功开发项目而一夜暴富。忽然间,满街飘荡着人们似懂非懂的新名词:“按揭”、“置业”、“楼花”、“批租”……这一切都源于房地产开发,源于房地产开发中蕴涵着的利益。

20世纪90年代初,我国开始了房地产改革,城市房屋、土地的市场价值受到前所未有的关注。凭借城市房地产生财、聚财成为房地产改革的初始动因,城市土地有偿使用是房地产改革的基本特征。国家和各级政府试图通过房地产改革实现国家土地所有权的市場价值,盘活房地产存量资产,以期促进整个经济体制改革目标的实现。各级政府试图通过房地产体制改革扭转日益走向负债的政府财政。在“逐利”的目标指引下,城市土地成了城市和地方政府生财的手段,土地收益多少成了政府衡量官员政绩的尺度,甚至成了政府有关部门利益、权力争夺的目标。房地产开发商、资本运营商乃至个人也介入房地产改革当中:开发商通过圈地、倒卖土地使用权或房地产开发项目而谋取暴利;资本运营商通过资金优势炒卖土地与楼市;个人也投资商品房,趁楼市飙升之际获取房地产差价;作为施工企业的建筑商也因楼盘激增而应接不暇……房地产开发顿时成为国家、政府

部门、企业、个人甚至海外投资商首选的生财之道。大规模的圈地运动此起彼伏,开发区建设风起云涌,一场声势浩大的房地产开发“运动”在全国展开,房地产开发“热”遍全国。然而,一哄而上的房地产开发热留下的并不是遍地黄金,而是成片的“烂尾楼”。经过治理整顿之后,近几年的房地产开发运动的热度似乎又回升到 1990 年初,全国范围内又兴起一波空前的房地产开发热。新一轮房地产开发热再度引起了决策者的高度关注,进而导致于宏观调控的实施,如房贷利率提高、项目开发自有资金比例提高、预售条件变严、高档公寓开发受阻、别墅开发冻结。人们不禁想问:今后房地产开发将何去何从?人们不得不开始“冷”思考其背后的原因以及房地产开发的规律,政府开始调整房地产开发政策,依法治市的观念受到关注,法律尤其是作为市场经济基本法的民法也逐渐取得相当发言权。在政治、经济、法制等众多力量的努力下,房地产开发参与者逐渐恢复理性,相互间的利益争夺逐渐纳入法制轨道。然而,理性并不等于法律,与房地产开发密切相关的民法制度仍有诸多方面有待完善。

在房地产改革初期,政策替代了规范房地产开发的法律法规,为数不多的立法方案却又以政府土地生财观念为指导思想。对房地产开发的反思推动了房地产市场化进程中的法治建设,房地产法制既不能停留在解决眼前“烂尾楼”的制度设计上,更不能以维护政府部门以地生财为目标,而是要探寻符合房地产市场规律民法机制。法学界的努力取得了显著成效:在立法方面,制定了一系列规范房地产开发的法律与规章;在民法理论方面,以土地使用权为核心的房地产产权制度、以商品房买卖为主要内容的交易制度以及以不动产抵押为重点的债权担保制度成为房地产相关法律研究的重点。然而,立法内容上浓厚的行政色彩,形式上的部门规章化,司法解释与法律条文相互矛

盾,并呈现出的严重的实用主义倾向,成为制约房地产法制研究的“瓶颈”。在理论研究方面,这些研究大多停留在某开发行为在民事法律行为中的共性层面,而未能结合具体的房地产开发中的特点加以论证,尤其是房地产开发中的一些特有现象,如土地使用权空间范围、商品房预售合同、按揭担保中的银行债权保障、预告登记、房地产证券化乃至建筑商价款优先受偿权等制度仍缺乏深入的研究。另外,由于房地产开发中不同主体间交涉力差异巨大,以及由此形成的形式正义与实质正义相分离,因此结合房地产开发之特点并以利益冲突与衡平为视角来分析相关法律制度的合理性则颇具现实意义。

本书的研究对象包含以下三个方面的含义:第一,本书研究的是房地产开发中的民法问题,主要涉及土地使用权、土地空间权、商品房预售、预告登记、银行债权担保以及建筑商价款优先权等方面,而不是开发中的所有法律问题。从涉及的法律部门看,房地产开发几乎涉及到法律的每个领域,然而,房地产开发作为市场主体从事的市场行为,本质上是民事行为。无论是作为房地产开发的基础性权利——土地使用权的性质,还是房地产开发的基本法律行为——房地产销售合同、债权担保,还是房地产权利变动或公示的房地产登记,以及民事权利救济等,无不属于民事法律调整的范畴,且均以保障民事权利的顺利实现为目标。

第二,本书所指的房地产开发既非广义亦非狭义,而是介于二者之间。由于房地产开发内涵颇为丰富,广义的房地产开发即为土地开发,包括一切与房产开发有关的土地开发和与房产开发无关的土地开发,具体包括从事地中、地表、地上及地下之建筑工事、土木工程、探矿或其他行动,以及土地及建筑物的任何重大改变的土地使用,甚至还包括为改善生活环境或应社会

经济发展需要等而作出的各种土地用途之调整与变更,以及对土地及其周边自然生态环境而为的保护行为。狭义的房地产开发是指企业在依法取得国有土地使用权的土地上进行基础设施、房屋建设的行为。1994年通过的《城市房地产管理法》第二章“房地产开发用地”与第三章“房地产开发”以及第四章“房地产交易”的表述即为狭义的房地产开发。本书论述的房地产开发既非广义亦非狭义,而是介于二者之间。结合1998年7月20日国务院公布实施的《城市房地产开发经营管理条例》第2条规定,本书所指的房地产开发是指房地产开发企业在城市规划区内国有土地上为房屋开发建设而取得土地使用权(包括生地与熟地的取得)、实施房屋及其配套公共设施建设、房地产的销售(包括预售)、房地产担保、房地产项目转让以及房地产交易中的登记等行为。鉴于营利性的商品房开发涉及的开发主体最为复杂,其中的利益冲突也最为突出,故本文仅以此类房地产开发为对象,循着土地取得、房屋建设、银行担保、房屋预售等开发过程逐一论述其相关主体的利益冲突与衡平机制。

第三,从民事法律关系上看,本书虽围绕民法理论与具体制度展开,但并不以房地产开发中的全部民事法律关系为对象,而是将研究重点落脚在四对相互冲突的开发主体,分析其利益冲突的现状、原因及其衡平的法理,并探讨保障相对弱势主体的权利救济的民法制度,以期达致冲突各方权益衡平之理想状态。

在研究方法上,长期以来,我国法学认知模式上带有浓厚的意识形态色彩,利益分析方法并未受到充分的重视。在房地产开发法律制度研究中,鲜有学者将民法制度置身于各开发主体结成的“利益网”中,以利益冲突为视角,对整个开发过程中涉及的各方利益加以分析,并遵照各方利益衡平的思想设计相关的法律制度。为此,本书尝试以利益为视角,以利益衡平为目标,

通过对开发主体交涉力强弱之现实及其原因的分析,揭示相关民法制度的缺失与不足,进而运用民法原理并借鉴他国立法经验,对房地产开发中承载主要利益冲突关系的法律制度作立法完善之思考。同时文章还采用了历史考察、逻辑论证、比较分析、案例实证以及经济分析等多种研究方法。

在体系结构上,本书围绕“房地产开发中的利益冲突与衡平”这个主题展开,全文共六章。第一章是关于利益冲突与利益衡平的基本理论、房地产开发的基本内涵,以及运用经济学、信息学原理对开发主体间利益冲突关系的理论分析,该章是全文论证展开的理论铺垫。从第二章到第六章均为房地产开发主体间利益冲突与衡平的具体论述。由于社会是一个多重利益关系冲突的综合体,房地产开发中的任何一个主体都同时结成若干组相互交叉的利益冲突关系网,为避免逻辑上的混乱,同时考虑到开发商在房地产开发中的特殊地位,文章选取了整个房地产开发中利益冲突最为集中的连接点——开发商,并以此为轴心对开发商与国家、预购人、银行及建筑商的利益冲突关系加以分析论证。在论证的过程中,一方面兼顾相关主体间的利益冲突关系,一方面又将上述利益冲突关系以权利形态归结于各个具体民事法律制度中,并在民法制度的统领下,形成相对独立的论述体系。例如,“开发商与银行的利益冲突与衡平”一章主要论述开发商与银行的利益冲突,但考虑到银行按揭实际上是开发商、银行、购房户三方的利益冲突关系,因此,文章将购房户与银行的关系纳入其中,并统领于银行信用担保制度当中。又如,在“开发商与建筑商的利益冲突与衡平”一章中,建设工程价款优先受偿权直接反映开发商与建筑商之间的利益冲突,但同时也在债权优先性方面映射出建筑商与银行、建筑商与预购人等主体间的利益冲突关系。

第一章 房地产开发中的利益冲突 与衡平之理论分析

第一节 利益冲突与衡平 ——基于法学的考察

一、利益冲突的本原意义

冲突是一种普遍存在的社会现象,存在于社会生活的各个领域,此所谓社会矛盾的普遍性。从这个意义上说,矛盾的普遍性可以视为社会冲突的哲学术语。事实上,无论是自然界还是人类社会都存在着冲突,人们将人与人之间发生的冲突称之为社会冲突,围绕利益而形成的社会冲突则为利益冲突。显然,认识社会冲突的内涵及其本质有助于理解我们所研究的利益冲突。社会学家从不同的视角探求冲突的内涵和本质。例如,著名的冲突论者克林顿·F·芬克认为,冲突是指“任何两个或两个以上的统一体由至少一种对抗性心理关系形式或至少一种对抗性互动关系形式相连接起来的社会情况或过程”。^{〔1〕}美国社会学家乔纳森·H·特纳则认为,“冲突是各派之间直接的和公开的旨在遏制各自对手并实现自己目的的互动”。^{〔2〕}伦德堡(G·A·

〔1〕〔美〕C.F. 芬克:“社会冲突理论中的难题概念”,载《解决冲突杂志》1968年第12期。

〔2〕〔美〕特纳:《现代西方社会学理论》,天津人民出版社1988年版,第244页。

Landberg)则将“对立各方之间沟通的终止”或“沟通断绝”视为冲突的实质形态。冲突论的宗师刘易斯·A·科塞(L·A·Coser)认为:冲突分为现实冲突与非现实冲突,现实冲突是指由于现实的要求得不到满足而形成的冲突,冲突的对象是妨碍满足的事物,冲突的对象即为冲突的依据,非现实的冲突则是没有具体对象,而仅仅是为了发泄某种情绪的冲突。可见,对冲突的界定并非易事,社会冲突如同社会本身一样复杂。可以说,有多少种冲突的对象就有多少种冲突形式。尽管如此,上述论述通过思辩的方法揭示了社会冲突“形而上”的本质:发生在两个或两个以上主体之间;表现为对抗性的互动关系;产生于现实的要求得不到满足。但是,以消解冲突为己任的部门社会科学则主要从“形而下”的意义上认识社会冲突,根据本学科的研究方向研究具体的社会冲突。

利益冲突不同于社会冲突,其区别在于前者强调冲突的事实和依据在于利益。所谓利益,黑格尔认为,市民社会中人的行为驱动力是人的各种需要,而需要的满足与对需要满足的欲求相结合,便构成了人们的利益。所谓利益冲突,一方面表现为利益主体之间的对抗性紧张关系,对利益的争夺甚至是对对方利益的损害,但更主要地表现为利益主体之间的利益失衡与利益缺失,以及由此导致不公平和负效率状态,而不能将利益冲突等同于各主体之间实际利益的不对等或差异以及相互之间存在合法竞争。因此,利益冲突又可划分为积极的利益冲突和消极的利益冲突。消极的利益冲突是指社会主体的利益得不到社会的认可,以致于欲望无法满足。积极的冲突则表现为一方权益明显不充分,由此造成对应的主体的利益严重失衡。然而,利益冲突又源于何处?为何社会充满着冲突和不平衡呢?

正如学界从不同角度对冲突的内涵作不同的界定,对冲突

的起源也存在着不同的观点。归纳起来,可以分成两类:生物学上的个性冲突根源论与社会学上的社会冲突根源论。个性根源论从人的生物属性层面分析冲突的原因。例如,社会达尔文主义认为人天生具有生物抗争倾向;弗洛伊德则根据对人类固有的两种基本驱动力——建设性的能量(里比多 libido)和破坏性的能量(死本能 thanatos)的分析说明冲突的产生;伯特兰·罗素以及博登海默认为人的冲动造就了各种社会冲突;托马斯·霍布斯从人的本质是自私自利并充满恶意、野蛮残忍和富于侵略的判断出发,认为人的本性决定社会必然是冲突的。这些论述在一定程度上说明了作为生物成员的人存在冲突的必然性。但是,人之所以为人是其具有与其他生物不同的社会属性,社会属性是人的根本属性。虽然冲突也在一定程度上体现了人的生物性,但从根本上说冲突是社会冲突。因此,人们又从社会学的观点提出了与上不同的冲突理论:达伦多夫将冲突假设为产生社会结构布局内的力量对抗所无可改变的过程;马克斯·韦伯认为最为稀缺的资源——权力、财富与威望分配的变异和非连续性,以及人们控制这些资源的程度都是导致冲突的根源;科塞认为,社会冲突主要是统治者与被统治者之间的冲突;美国著名社会法学家庞德对人类社会发生冲突的原因有过生动的论述:“我们大家都需要地球,我们大家都有我们谋求满足的许多愿望和要求,……我们有那么多人,可是地球却只有一个。”^{〔3〕}可见,从抽象意义上说,利益冲突源于欲望无限性和用以满足欲望的资源有限性之间的矛盾无法调和。但具体而言,包括以下几个方面:第一,社会分工与主体利益多元化。社会分工使人的活动分

〔3〕〔美〕庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,商务印书馆1984年版,第35页。