

我国不动产法律问题专论

○ 关涛 / 著

—— 人民法院出版社 ——

我国不动产法律问题专论

·关 涛/著·

人 民 法 院 出 版 社

责任编辑/陈 健

技术编辑/仁 剑

封面设计/温京博

我国不动产法律问题专论

关 涛/著

出版发行/最高人民法院人民法院出版社

社址/北京市东交民巷 27 号(最高人民法院机关大院)

邮编/100745 电话/65136849 65299981 65134290

开户银行/中国工商银行北京王府井分理处

开户名称/人民法院出版社 帐号/046061-68

(通过邮局邮购另加 15% 邮费)

经销/各地新华书店与其他书店

印刷/北京人卫印刷厂

开本/850×1168 毫米 大 32 开 印张/15.5 字数/361 千

版本/1999 年 4 月第 1 版 印次/1999 年 4 月第 1 版

印数/0001—3000 定价/25.00 元

书号/ISBN 7-80056-809-1/D·881

版权所有 侵权必究

序 言

在即将进入 21 世纪之际,人们都在思考着以何种姿态面向 21 世纪,应如何面对 21 世纪将出现的新情况、新问题。中国法学界面临的一项重要课题,就是在 21 世纪初建立起与社会主义市场经济体制相适应的法律体系,实现“依法治国”的战略目标。

建立和完善与社会主义市场经济相适应的法律体系,首要的目标应该是建立和完善民商法制度,而物权法是民商法的一个重要组成部分,也是我国民商事立法中的一个薄弱环节和亟需强化的内容之一。物权立法涉及的问题很多,其中关于不动产物权的立法无疑是最重要的问题,而不动产物权的实质就是关于房地产的权利问题。

不动产权利的重要性是由不动产的自然属性和经济功能决定的。尽管人们常说“21 世纪是知识经济、信息经济的时代”,知识与信息在未来社会中将具有极其重要的作用,对知识与信息的掌握将决定其经济实力。但是,这

并不能削弱不动产的经济价值,不能动摇不动产在社会发展中的作用。

随着人类社会的发展和科学技术的进步,人们对土地等自然资源的开发、利用越来越充分,对其需求也越来越强烈。然而,土地及其它自然资源又具有有限性的特点,这必然与人类对其需求的无限扩大产生矛盾。因此,如何利用法律手段规范对土地及其它自然资源的利用,以保障人类社会的可持续发展,提高人类的生活质量,是不动产立法的一个重要课题,也是我国不动产物权立法中亟需解决的问题。

自十一届三中全会以来,尤其是民法通则颁布施行以后,我国的民商事立法有了长足的发展。在不动产物权方面,国家也制定了许多法律、法规。但是,如上所述,这些立法尚不能完全适应社会发展的需求,还有待于进一步完善。关于不动产物权,无论在理论上,还是在实践中,仍有许多问题需要研究,关涛同志的《我国不动产法律问题专论》正是这方面研究的一个成果。

该书是一本专门研究不动产权利的学术专著。我认为本书有两个突出特点:一是新。主要体现在研究的问题新。作者并没有一般性地阐述房地产法,而是着重探讨房地产法律制度中出现的新问题及其与土地的利用和可持续发展的关系问题;房改中出现的有限产权问题;建筑物区分所有权中的土地使用权和空间利用权;房地产开发中的房屋预售以及按揭问题;物业管理问题等等。

二是理论联系实际。主要体现是作者从法理的角度来分析不动产权利构造中的问题,密切联系我国现行立法和社会生活实际,运用比较的方法、经济学的方法、历史学的方法等进行阐述,提出自己的见解和解决问题的方案。

当然,由于不动产的法律问题涉及面广,许多理论问题还有待于进一步研究。关涛同志在许多问题上的研究也并非十分完善,某些观点也并非无懈可击,我本人也并非完全赞同。但是,有时候“提出问题比解决问题更重要”。关涛同志作为我的一位年轻的同事,自北大攻读硕士学位期间就师从魏振瀛教授致力于不动产物权的研究,数年来持之以恒,终成此卷。我相信,他的这一研究成果对我国的不动产立法(物权法、自然资源法等)与研究以及对房地产司法实务必将起到积极的作用,也会引出更多的研究成果。

以上是我有幸先读此书的一点感想,权为序。

郭明瑞

1998年8月于烟台大学

目 录

第一编 不动产立法的基本理论 (1)

第一章 不动产概念考察 (3)

一、财产观念的形成——罗马法中的不动产 (4)

二、权利至尚论——法国民法反映的不动产概念 (9)

三、权利观与资源观的结合——德国民法对不动
产的态度 (13)

四、我国对于不动产的应有观念 (17)

第二章 不动产物权制度的社会功能 (23)

一、以土地资源的合理利用为核心 (24)

二、作为强行法的不动产物权制度 (28)

三、作为社会保障方式之一的人役权制度 (32)

四、地役权在资源利用中的特殊功能 (35)

第三章 不动产法在自然资源利用中的重要作用 (40)

一、对自然资源法的客观定位 (41)

二、以土地法为核心的理论体系	(45)
三、以可持续发展为宗旨	(51)

第四章 我国不动产物权立法的重点..... (59)

一、确定土地规划的法律地位	(60)
二、在民法典中制定保护耕地的条款	(63)
三、加强对相邻关系的调整	(66)
四、完善不动产登记制度	(70)

第五章 土地所有权的私法功能残缺是否影响

我国的物权立法.....	(74)
--------------	--------

一、对土地所有权私法功能的理解	(75)
二、对我国土地所有权法律性质的分析	(78)
三、恢复土地所有权私法性质的必要性	(83)

第六章 我国不动产权利的种类及设置..... (89)

一、土地利用权的概念及其定位	(90)
二、土地利用权的体系	(95)
三、发挥集体土地所有权的应有作用	(101)

第七章 不动产物权变动的基础——物权行为..... (105)

一、物权行为产生的主要原因是物权与 债权的严格划分	(106)
二、德国民法中的原因与物权行为的无因性	(113)
三、不当得利与物权行为的无因性	(116)

第八章 不动产权利的行使与水资源的保护..... (120)

一、确立流域综合规划在水法中的基础地位	(121)
二、政府主管部门与其他相关部门的工作 协调问题	(124)
三、严格控制对地下水的过分开采	(126)
四、进一步完善水法中的责任制度	(129)
 第二编 我国的房屋所有权与土地用益物权	(133)
 第一章 我国土地使用权和建筑物所有权的关系	(135)
一、土地使用权和建筑物所有权的结合	(137)
二、土地使用权和建筑物所有权的分离	(144)
 第二章 大陆土地使用权和台湾地上权之比较	(159)
一、权利的概念比较	(160)
二、权利的取得比较	(162)
三、权利的效力比较	(165)
四、权利的终止比较	(168)
 第三章 建筑物区分所有权制度的构造	(171)
一、区分所有权人之间的相邻关系	(172)
二、区分所有权人之间的共有关系	(175)
三、区分所有权人之间的团体关系	(179)
 第四章 我国住房体制改革中的“有限产权问题”	(184)
一、“有限产权”的概念	(185)
二、有限产权的性质	(187)
三、存在问题的解决	(189)

第五章 地役权制度存在的价值	(193)
一、传统地役权概念的发展变化	(194)
二、相邻权制度的局限性	(197)
三、地役权与自然资源的利用	(199)
第六章 越界建筑中的法律问题	(203)
一、确定越界建筑的标准	(204)
二、越界建筑行为的法律后果	(206)
三、处理越界建筑纠纷的原则	(209)
四、基于契约关系的越界建筑	(211)
第三编 不动产担保制度	(213)
第一章 房地产抵押的三种形式	(215)
一、房产和地产的同时抵押	(216)
二、房产或地产的单独抵押	(218)
三、房产和地产的分别抵押	(219)
第二章 我国不动产担保中的若干法律问题	(224)
一、不动产抵押权的并存问题	(225)
二、不动产占有担保问题	(228)
三、不动产抵押权的善意取得问题	(230)
四、楼花按揭问题	(232)
五、关于浮动抵押	(235)
六、关于最高额抵押	(237)

第三章 实现按揭作用的可能性——兼论信托制度的担保功能	(239)
一、按揭对保护债权人利益的功效	(240)
二、衡平法介入的按揭制度	(243)
三、引进按揭制度的可能性分析	(247)
 第四编 不动产债权制度	(253)
 第一章 我国土地使用权的租赁权	(255)
一、我国土地使用权租赁的特点	(256)
二、承租人因租地建房而取得房屋所有权的 可能性	(259)
三、承租人处分其租赁权的可能性	(261)
四、土地使用权承租人的优先购买权	(263)
五、关于耕地使用权的出租	(265)
 第二章 合作建房中的法律问题	(268)
一、关于合建契约的法律性质	(269)
二、合建房屋原始取得人的确定	(271)
三、合作建房产权纠纷的预防	(275)
 第三章 房屋预售中的法律问题	(278)
一、对预售方的资格认定问题	(279)
二、房屋预售合同的法律性质	(280)
三、买受人利益的保护问题	(283)
四、预售房屋的再转让问题	(285)

第四章 我国的物业管理合同	(289)
一、合同主体间的法律地位	(290)
二、合同关系中的客体	(293)
三、合同的内容和管理规约	(295)
第五章 不动产合同形式的重要性	(300)
一、合同形式是了解合同内容的惟一途径	(301)
二、合同的形式关系到合同的法律效力	(304)
三、能产生物权变动的合同形式	(307)
第六章 由地上物产生的侵权责任	(311)
一、土地工作物责任的成立要件	(312)
二、责任归属问题研究	(315)
三、免责条件问题研究	(318)
第七章 不动产证券化的理论与实践	(322)
一、不动产证券化的概念	(323)
二、国外有关不动产证券化的实践	(325)
三、对不动产证券化的借鉴问题	(329)
附录一：目前有关不动产的最新法律、法规、司法解释 ---	(332)
附录二：主要参考书目	(476)
后记	(481)

第一编

不动产立法的基本理论

第一章

不动产概念考察

动产与不动产是大陆法系民法对于财产的最主要的分类，大陆法系的民法典一般是采取排除定义的方法，先给不动产下定义，然后将除不动产之外的财产称作动产。人类对于不动产的认识经历了一个漫长的历史过程。最初，人类并没有将土地视为财产，而是当作大自然恩赐的无主物，每个人均可享用。土地作为不动产（财产）是随着占有事实的出现而产生的，而占有被认为是个别人享有土地的表现形式，当然这种个别人占有土地的状况要想

得到公众的认可,就必须以和平方式不间断地延续一段时间^①。时至今日,不动产物权已经成为民法物权制度的核心内容。为把握不动产概念的发展变化,我想试从代表大陆法系民法发展的三个重要阶段的罗马法、法国民法、德国民法,对不动产的概念作一次纵向考察。需要指出的是,本文并未涉及我国古代的有关制度,因为民法不是我国的固有法律,而是继受法,对于我们中国人来说,民法基本上是西方的舶来品,也就是说西方民法,尤其是德国民法,是我国民法的母法,这是狭隘的民族主义所无法掩盖的事实^②。因此,我国民法典中有关不动产制度的立法必须建立在借鉴西方民法理论的基础之上,所不同的是要结合我国的国情。

一、财产观念的形成——罗马法中的不动产

早期的罗马法所关注的是罗马社会家庭的结构,通过对家庭关系的调整来表现罗马人的政治观点,其基本特点是突出“家父”权力的至高无上性^③。可见,罗马法最初也同其它古代法一样,关心的并不是个人而是家庭。家父权力是对于要式物和隶属于家父的自由人所拥有的统一主权,所有权最初也是这种统一主权的组成部分。就土地而言,在古罗马最初曾先后属于氏族、部

- ① 参见[英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第142~145页。
- ② 参见徐国栋:《民法典草案的产生问题》,载于《法律科学》1998年第3期。
- ③ 参见[意]朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第110页。

落和宗联公有，后来每个宗族将王（Rex）分配给他们的土地拿出一部分分配给所属的每个家庭^①，用于建造住宅和种植蔬菜，这种分配给家庭使用的土地被称作“世袭住宅”，由家父掌管，可以世代相传，但不得出卖。这就是作为财产的私地在古代罗马社会出现的原始形态。尽管后来这种私地作为要式物允许出卖，但直到西塞罗（Cicero，公元前101～43年）时，罗马人仍将出卖“世袭住宅”看作是不光彩的事情。需要说明的是，要式物与略式物是最具罗马法特色的财产分类，其划分依据是物的重要性以及所有权的转移是否需要履行法定形式。要式物是指所有权转移须履行法定形式的物，略式物是指所有权转移不需要履行法定形式的物。作为古罗马著名五大法学家之一的乌尔比安（Ulpianus）将要式物分为4种：一是意大利的土地，包括土地上的房屋，因为房屋是土地的附属物；二是在意大利耕地上设定的地役权；三是奴隶；四是能驮物拉车的家畜^②。

罗马法中不动产的概念是在物的概念基础上发展而来的，罗马人所说的物是一个广义的概念，除自由人以外，凡是存在于自然界的一切事物，包括奴隶，而且无论对人类是否有用，都属于物的范畴。罗马法中的物并非都是指财产，例如经法定程序供奉给神灵的寺院，认为受神灵保护的城门、城墙，作为公有物的牧场、公路、河川、监狱、堡垒，属于团体所有的戏院、竞赛场，以及海岸等共用物，都不是财产，而财产是指一切能为个人所有

① 罗马最初是氏族社会，由3个部落组成，部落联盟的首领被称作王（Rex）。每个部落分为10个宗联，每个宗联又分为10个宗，每个宗分为若干族，每个族又分为若干家，每个家的家长被称为家父。宗联的成员都是贵族。对此请参见周楠：《罗马法原论（上）》，商务印书馆1994年版，第25页。

② 参见周楠：《罗马法原论（上）》，商务印书馆1994年版，第282页。