

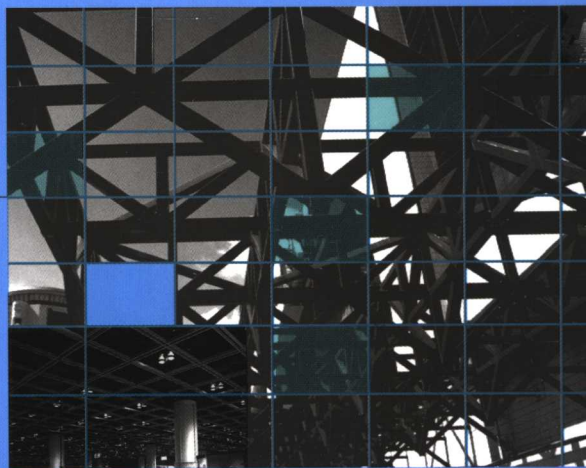


建筑房地产法实务指导丛书 ①

房地产开发经营 法律实务

主 编 陈 文

- ★ **创新** 全书均为原创，系专业律师针对业务实践中的疑难问题分专题独立撰写
- ★ **全面** 涵盖房地产开发经营全过程的土地使用权取得、项目转让、联合开发、建筑工程、预售销售、权属登记、物业管理等各环节
- ★ **实用** 书中法律问题与解决方案均自实务中来，为处理各类房地产法律事务与解决纠纷提供了详尽指导
- ★ **专业** 资深专业律师提供开展房地产法律业务的方法、技巧，系多年从业经验的结晶



附赠价值28元光盘
下载打印即可使用



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



建筑房地产法实务指导丛书 ⑪

房地产开发经营 法律实务

主 编 陈 文
编 委 陈 文 杨建津 刘子华 金 翔 郭 川

图书在版编目(CIP)数据

房地产开发经营法律实务 / 陈文主编. — 北京: 法律出版社, 2005.8

(房地产法实务指导丛书)

ISBN 7-5036-5741-3

I. 房… II. 陈… III. 房地产业—法规—基本知识—中国 IV. D922.181

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 079055 号

©法律出版社·中国

责任编辑 / 戴伟 刘秀丽

装帧设计 / 于佳

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 / 永恒印刷有限公司

责任印制 / 吕亚莉

开本 / 787×960 毫米 1/16

印张 / 27.75 字数 / 556 千

版本 / 2005 年 9 月第 1 版

印次 / 2005 年 9 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 7-5036-5741-3/D·5458

定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前言

房地产业在我国还属于一个新兴的行业,自 20 世纪 90 年代初开始发展,到今天也才有十几年的历史。它的发展也与其他行业一样,有一个由不成熟向逐渐成熟发展的过程。目前,我国房地产业正处在向成熟阶段发展的过程之中。随着我国房地产业进一步的发展,我国规范房地产业的法律、法规也逐渐地在健全和完善。我国第一部城市房地产管理方面的法律是 1994 年 7 月 5 日第八届全国人民代表大会常务委员会第八次会议通过的《中华人民共和国城市房地产管理法》。此后,1998 年 7 月 20 日,国务院又颁布了《城市房地产开发经营管理条例》。依据这些法律、法规,建设部及各地房地产主管部门也相继出台了一些部门规章及规范性文件。但总的来说,我国目前房地产方面的法律、法规还不是像发达国家的房地产法律那样健全。因此,由于我国目前房地产法律还不健全,但为了更好地解决现实中出现的大量的房地产的法律问题,需要我们在理论方面更多的去研究,去探讨,以期能够得到一个可以确实解决现实问题的途径来。

作为律师,与其他法律职业相比,我们是最前沿的法律工作者,不论从非诉讼,还是到发生争议后的诉讼、仲裁;也不论是国家立法、地方立法,还是政府规范性文件的出台,这些活动都有广大律师的参与。可以这样说,随着我国法治化进程的加快及政府和国民法律意识的提高,律师的工作已经涉及社会的方方面面,在房地产领域也不例外。此外,随着

十几年来律师业的发展,房地产方面的法律服务业已经是律师业务中比较主要的业务之一。由于参与房地产法律业务的律师较多,故研究房地产法律问题的律师也越来越多。

我们这本《房地产开发经营法律实务》,书中文章共分八章:第一章 土地使用权;第二章 房地产开发;第三章 建筑工程;第四章 房地产转让;第五章 房地产权属登记;第六章 物业管理;第七章 房地产金融;第八章 房地产著作权。我们汇编此书的目的,主要是为了律师们相互的交流,更好地为社会各界提供更加专业的法律服务。

由于本书的作者均是在繁忙的律师工作之余完成的撰稿工作,文章的观点仅仅是律师个人观点,书中的疏漏及有争议之处在所难免。在此,专业委员会衷心地感谢关注本书的朋友并希望朋友们能够对本书的不足之处多提宝贵意见。

编者

2005年9月

目 录

前言	(1)
----------	-------

第一章 土地使用权

1. 关于土地流转若干法律问题的探讨	杨建津(1)
2. 行政许可法的实施与土地整理储备制度	刘子华(6)
3. 农民集体土地使用权流转的法律问题	金 翔(9)
4. 农村集体土地的现状分析及立法建议	梁海静(15)
5. 推进土地招标投标 规范我国土地市场	陈 凌(20)

第二章 房地产开发

1. 房地产项目转让的法律问题	陈 文(25)
2. 联合开发房地产的法律问题	胡正云(32)
3. 房屋联建合同中投资方利益保护的法律问题	金 翔(36)
4. 房地产项目前期开发律师实务	郭 川(42)
5. 商品房市场的相关法律问题与对策建议	邓泽敏(55)
6. 商品房市场环境的现状、问题与建议	邓泽敏(70)
——以北京市商品房市场为调研样本	
7. 发起成立“住宅合作社”的可行性分析报告	居永和(80)
8. 法律会诊“个人合作建房”	金 翔(86)

第三章 建筑工程

1. 特许经营模式下法律风险的识别与防范	王霁虹(90)
2. 工程建设施工招标投标纠纷的防范与处理	黄克孟(114)
3. 对合同法第 286 条的理解和运用	张友苏(118)

4. 浅论建设工程价款优先受偿权 杨建津(120)
——建设工程价款优先受偿权的性质、效力及行使
5. 建设工程价款优先受偿权问题的探讨 赵军霞(129)
——谈对合同法第 286 条的理解和适用
6. 建筑工程的索赔与反索赔 胡正云(135)
7. 施工合同法律效力的认定 邹功富(138)
8. 律师为建设项目提供全过程法律服务之趋势 张国印(147)
9. 高速公路模板支架垮塌事故案中的监理工程师是否犯罪 李学华(150)

第四章 房地产转让

- 一、商品房买卖合同 (158)
 1. 签订购房合同有关注意事项 张国印(158)
 2. 商品房销售合同的法律问题 王建文(164)
 3. 商品房预售合同登记的法律效力 刘子华(174)
——评预售商品房权属以预售合同登记为准的有关规定
 4. 商品房买卖合同涉及的法律问题 王克发(181)
 5. 商品房买卖合同补充协议的法律问题 王献军(186)
 6. 开发商赠送花园的法律问题 王霁虹(189)
- 二、商品房预售、销售与收房 (193)
 1. 房地产交易纠纷的成因分析与防范 陈文(193)
 2. 商品房预售的法律问题 邹功富(229)
 3. 商品房预售过程中的买卖行为与居间行为 敖日格勒(235)
 4. 分摊商品房共用建筑面积的法律分析 王颖(236)
 5. 商品房业主收楼的五大问题及应对的四大策略 邓泽敏 黄骥(240)
- 三、房地产转让的其他问题 (242)
 1. 跨越旧四合院买卖的障碍 陈文 夏欲钦(242)
 2. 商品房包销的法律问题 邹功富(247)
 3. 房地产转让中的律师代理 吴元明(250)
 4. 错判案例 拷问法律人的良心 吴元明(252)
——试评 2004 年 8 月 31 日《经济与法》所报道的案例
《真假房主》

第五章 房地产权属登记

1. 房地产权属登记法律现状及在实践中的影响 王颖(262)
2. 房屋权属登记过程中法律责任的分配 陈旭 金丹(270)

3. 对最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》中有关商品房权属证书的办理期限问题的思考 陈 凌 (276)

第六章 物业管理

1. 物业管理法律问题分析 陈 文 (282)
2. 对《物业管理条例》的法律思考 王建文 (286)
3. 城镇社区业主委员会的法律地位 曾 明 (295)
4. 促进好“管家”与业主结合 张国印 (303)
5. 律师参与业主大会成立的法律问题 渠 波 (309)
6. 物业管理纠纷的成因与对策 唐 波 (311)

第七章 房地产金融

1. 资产证券化及其相关法律问题 方登发 石曙光 (319)
2. 中国住宅抵押贷款证券化的法律分析 唐 波 (330)
3. 房地产融资的方式及其应注意的法律问题 孙建华 (339)
4. 在个人住房贷款资格审查中的律师定位 申 伟 (344)
5. 银行按揭业务的风险防范 韩津生 (349)
6. 我国按揭保险制度的现状与问题 曾 明 (355)
7. 我国现行典当规章中的房地产抵押制度 史力红 (359)

第八章 房地产著作权

- 房地产中的著作权保护问题 杨华权 (364)

附录:

- 一、《物业管理条例》实施细则(由北京市律师协会房地产与建筑工程专业委员会起草) (370)
- 二、物业管理示范文本(由北京市律师协会房地产与建筑工程专业委员会起草) (380)
1. 关于物业管理示范文本的说明 (380)
2. 前期物业管理服务合同(示范文本) (381)
3. 物业管理服务合同(示范文本) (388)
4. 业主大会章程(示范文本) (395)
5. 业主公约(示范文本) (403)
6. 业主大会议事规则(示范文本) (412)

7. 物业管理招标书招标须知(示范文本)	(416)
8. 物业管理投标书招标须知(示范文本)	(421)

后记	(429)
----------	-------

附赠电子出版物(光盘)《房地产开发经营合同范本与法规大全》部分内容选录

一、土地使用权出让合同

1. 国有土地使用权出让合同
2. 外商投资企业土地使用合同(划拨土地使用权合同)

二、合作开发房地产合同

1. (房地产项目开发)委托合同
2. 房地产开发有限公司股权转让协议

三、房屋拆迁补偿安置合同

1. 房屋拆迁安置补偿合同
2. 建设工程拆迁房屋合同
3. 集体土地征用补偿安置协议

四、建设工程合同

1. 建设工程施工合同(示范文本)
2. 建设工程委托监理合同(示范文本)
3. 建设工程勘察合同(一)(示范文本)
4. 建设工程勘察合同(二)(示范文本)
5. 建设工程设计合同(一)(示范文本)
6. 建设工程设计合同(二)(示范文本)

五、项目转让合同

项目转让协议书范本

六、商品房买卖合同

1. 北京市商品房认购书
2. 四合院买卖合同

七、商品房预售合同

北京市商品房预售合同

八、房地产按揭合同

1. 个人住房贷款借款合同范本
2. 个人住房贷款法律事务委托代理协议范本
3. 购房人的保证书范本
4. 律师谈话记录范本
5. 关于个人住房贷款的法律意见书范本

6. 购房人给律师事务所的授权委托书范本

九、房地产抵押合同

抵押合同范本

十、房地产租赁合同

1. 房屋租赁合同范本

2. 商品房以租代售租赁合同范本

3. 写字楼租赁合同

十一、房地产中介服务合同

1. 房地产委托代理销售协议范本

2. 房屋出租委托合同范本

十二、物业管理合同

1. 关于物业管理示范文本的说明

2. 前期物业管理服务合同(示范文本)

3. 物业管理服务合同(示范文本)

4. 业主大会章程(示范文本)

5. 业主公约(示范文本)

6. 业主大会议事规则(示范文本)

7. 物业管理招标书招标须知(示范文本)

8. 物业管理投标书招标须知(示范文本)

十三、相关法规

(一)房地产开发用地

1. 中华人民共和国城市房地产管理法(节录)(1994.07.05)

2. 中华人民共和国土地管理法(1998.08.29)

3. 中华人民共和国土地管理法实施条例(1998.12.27)

4. 中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例(1990.05.19)

5. 外商投资开发经营成片土地暂行管理办法(1990.05.19)

6. 建设用地计划管理办法(1996.09.18)

7. 国有企业改革中划拨土地使用权管理暂行规定(1998.02.17)

8. 建设用地审查报批管理办法(1999.03.02)

9. 土地利用年度计划管理办法(1999.03.02)

10. 建设项目用地预审管理办法(2001.07.25)

11. 征用土地公告办法(2001.10.22)

12. 国务院办公厅关于严禁开发区和城镇建设占用耕地撂荒的通知(1992.12.09)

13. 国务院关于进一步加强对国有土地使用权有偿使用收入征收管理工作的通知(1993.10.26)

14. 国务院办公厅关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知(1999.05.06)

15. 国务院办公厅关于清理整顿各类开发区加强建设用地管理的通知(2003.07.30)
16. 关于部分地方政府越权批地情况报告(1990.01.19)
17. 关于解决在房地产交易中国有土地收益流失问题的通知(1992.04.27)
18. 股份有限公司土地使用权管理暂行规定(1994.12.03)
19. 关于进一步推行招标拍卖出让国有土地使用权的通知(1999.01.27)
20. 划拨用地目录(2001.10.22)
21. 关于切实做好征地补偿安置工作的通知(2001.11.16)
22. 报国务院批准的土地开发用地审查办法(2001.12.14)
23. 关于报国务院批准的土地开发用地审查报批工作有关问题的通知(2003.01.03)
24. 关于进一步规范建设用地审查报批工作有关问题的通知(2002.08.01)
25. 关于加强城市建设用地审查报批工作有关问题的通知(2003.09.04)
26. 关于加强土地供应管理促进房地产市场持续健康发展的通知(2003.09.24)
27. 最高人民法院关于能否将国有土地使用权折价抵偿给抵押权人问题的批复(1998.09.09)

(二)房地产开发

28. 中华人民共和国城市房地产管理法(节录)(1994.07.05)
29. 楼堂馆所建设管理暂行条例(1988.09.22)
30. 城市房地产开发经营管理条例(1998.07.20)
31. 城镇个人建造住宅管理办法(1983.06.04)
32. 城镇经济适用住房建设管理办法(1994.12.15)
33. 城市居民住宅安全防范设施建设管理规定(1996.01.05)
34. 房地产开发企业资质管理规定(2000.03.29)
35. 国家康居示范工程管理办法(2000.12.07)
36. 房产测绘管理办法(2000.12.28)
37. 城市规划编制单位资质管理规定(2001.01.23)
38. 城市房屋便器水箱应用监督管理办法(2001.09.04)
39. 城市地下空间开发利用管理规定(2001.11.20)
40. 国务院关于严格控制城镇住宅标准的规定(1983.12.15)
41. 国务院关于发展房地产业若干问题的通知(1992.11.04)
42. 国务院关于房地产建设进口物资税收问题的通知(1995.04.23)
43. 国务院关于严格控制高档房地产开发项目的通知(1995.05.26)
44. 建设部关于印发房地产经营、维修、管理企业划分类型试行标准的通知(1990.06.14)
45. 国家计委、建设部、中国人民建设银行、审计署、国家统计局、国家物价局关于加强商品住宅建设管理的通知(1990.08.18)
46. 建设部、国家工商行政管理局关于房地产开发企业管理的通知(1992.07.28)

47. 建设部关于城市规划部门审批房屋翻改扩建工程时须收验《房屋所有权证》的通知(1995.10.05)
48. 国家计委、财政部关于取消部分建设项目收费进一步加强建设项目收费管理的通知(1996.12.23)
49. 关于支持科研院所、大专院校、文化团体和卫生机构利用单位自用土地建设经济适用住房的若干意见(1998.09.18)
50. 关于规范房地产开发企业开发建设行为的通知(2002.02.25)
51. 房地产统计指标解释(试行)(节录)(2002.03.20)
52. 关于整顿和规范房地产市场秩序的通知(2002.05.23)
53. 关于加强房地产市场宏观调控促进房地产市场健康发展的若干意见(2002.08.26)
54. 关于加强房地产开发统计工作的通知(2003.03.28)
55. 房地产开发经营企业交费登记卡试行办法(2003.05.30)
56. 国家税务总局关于房地产开发有关企业所得税问题的通知(2003.07.09)
57. 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(1995.12.27)

(三)房屋拆迁

58. 中华人民共和国城市规划法(1989.12.26)
59. 中华人民共和国城市房地产管理法(节录)(1994.07.05)
60. 城市房地产开发经营管理条例(1998.07.20)
61. 城市房屋拆迁管理条例
附:关于贯彻《城市房屋拆迁管理条例》的通知(2001.06.13)
62. 城市房屋拆迁单位管理规定(1991.07.04)
63. 房屋拆迁证据保全公证细则(1993.12.01)
64. 城市房屋拆迁估价指导意见(2003.12.01)
65. 城市房屋拆迁行政裁决工作规程(2003.12.30)
66. 城市私有房屋管理条例(节录)(1983.12.17)
67. 关于认真做好城镇房屋拆迁工作维护社会稳定的紧急通知(2003.09.19)
68. 关于印制颁发《房屋拆迁许可证》的通知(1991.07.08)
69. 关于进一步明确城市房屋拆迁行政主管部门的通知(1992.05.13)
70. 关于发布城市房屋拆迁管理费的通知(1993.01.18)
71. 关于城市建设中拆迁教堂、寺庙等房屋问题处理意见的通知(1993.01.20)
72. 城市房屋拆迁管理工作考核标准(试行)(1993.09.22)
73. 关于加强城市房屋拆迁管理工作的通知(1995.07.05)
74. 房地产统计指标解释(试行)(节录)(2002.03.20)
75. 最高人民法院关于由省级人民政府确定单独编制城市规划的矿区行政管理部门

有权对拆迁纠纷作出处理决定并可向人民法院申请强制执行的函(1989.07.04)

76. 最高人民法院关于受理房屋拆迁、补偿、安置等案件问题的批复(1996.07.24)

77. 北京市房屋拆迁评估管理暂行规定(2001.11.01)

78. 北京市城市房屋拆迁管理办法

附:《北京市城市房屋拆迁管理办法》实施意见(2001.11.01)

79. 关于《北京市城市房屋拆迁管理办法》第九条的解释(2002.08.19)

80. 北京市国土资源和房屋管理局、中国人民银行北京营业管理部关于加强城市房屋拆迁补偿安置资金使用监督的通知(2001.11.23)

81. 北京市国土资源和房屋管理局关于拆迁标准租私房有关问题的通知(2002.04.22)

82. 北京市宅基地房屋拆迁补偿规则(2003.07.10)

83. 北京市国土资源和房屋管理局关于开展全面清理整顿拆迁市场秩序工作的通知(2003.09.24)

84. 北京市人民政府关于做好房屋拆迁工作维护社会稳定的意见(2003.11.10)

85. 上海市城市房屋拆迁单位管理实施办法(1998.08.01)

86. 上海市征用集体所有土地拆迁房屋补偿安置若干规定(2002.04.10)

87. 黄浦江两岸开发范围内非居住房屋拆迁补偿规定

附件:黄浦江两岸开发范围内核心区中心段和协调区区域地段范围及土地使用权补偿基本价格区域(2003.05.08)

88. 广东省交通基础设施建设征地拆迁补偿实施办法(2003.07.29)

89. 广州市城市房屋拆迁管理办法(2003.09.26)

90. 江苏省城市房屋拆迁管理条例(2002.10.24)

91. 南京市城市房屋拆迁管理办法(2003.12.29)

92. 浙江省城市房屋拆迁管理条例(2001.11.08)

93. 杭州市城市房屋拆迁管理条例

附:关于贯彻实施《杭州市城市房屋拆迁管理条例》的补充意见(2002.05.08)

94. 杭州市征用集体所有土地房屋拆迁争议裁决办法(2003.11.03)

(四)建筑

95. 中华人民共和国建筑法(1997.11.01)

96. 中华人民共和国注册建筑师条例(1995.09.23)

97. 建设工程勘察设计管理条例(2000.09.25)

98. 建设工程安全生产管理条例(2003.11.24)

99. 工程建设项目招标范围和规模标准规定(2000.05.01)

100. 工程建设项目招标代理机构资格认定办法(2000.06.30)

101. 工程建设项目自行招标试行办法(2000.07.01)

102. 建筑工程设计招标投标管理办法(2000.10.18)

103. 房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法(2001.06.01)

104. 建筑工程施工许可管理办法(2001.07.04)

105. 建筑工程施工发包与承包计价管理办法(2001.11.05)

106. 外商投资建筑业企业管理规定(2002.09.27)

107. 外商投资建设工程设计企业管理规定(2002.09.27)

108. 建造师执业资格制度暂行规定(2002.12.09)

109. 工程建设项目施工招标投标办法(2003.03.08)

110. 工程建设项目勘察设计招标投标办法(2003.06.12)

(五)工程质量

111. 建筑工程质量管理条例(2000.01.30)

112. 城市住宅小区竣工综合验收管理办法(1993.11.13)

113. 建设工程质量投诉处理暂行规定(1997.04.02)

114. 商品住宅实行住宅质量保证书和住宅使用说明书制度的规定(1998.05.12)

115. 房屋建筑工程和市政基础设施工程竣工验收备案管理暂行办法(2000.04.07)

116. 房屋建筑工程质量保修办法(2000.06.30)

117. 实施工程建设强制性标准监督规定(2000.08.25)

118. 建设工程监理范围和规模标准规定(2001.01.17)

119. 建筑业企业资质管理规定(2001.04.18)

120. 建设工程勘察设计企业资质管理规定(2001.07.25)

121. 工程监理企业资质管理规定(2001.08.29)

122. 房屋建筑工程施工旁站监理管理办法(试行)(2002.07.17)

123. 建设工程勘察质量管理办法(2002.12.04)

124. 房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法(2004.02.03)

125. 国务院办公厅关于进一步整顿和规范建筑市场秩序的通知(2001.10.31)

126. 关于加强房地产开发管理提高商品房质量的通知(1996.01.23)

127. 关于推进住宅产业现代化提高住宅质量的若干意见(1999.07.05)

128. 关于进一步整顿和规范建筑市场秩序的意见(2001.05.09)

129. 建筑市场举报、投诉受理工作管理办法(2002.03.08)

130. 关于外商投资建筑业企业管理规定中有关资质管理的实施办法(2003.04.08)

131. 工程质量监督工作导则(2003.08.05)

132. 关于建设行政主管部门对工程监理企业履行质量责任加强监督的若干意见
(2003.08.15)

133. 关于受理工程勘察、设计企业资质申请等有关问题的通知(2003.11.19)

134. 关于加强住宅工程质量管理的若干意见(2004.01.30)

135. 建设领域推广应用新技术管理规定(2001.11.29)

(六)物业管理

- 136. 物业管理条例(2003.06.08)
- 137. 城乡建设环境保护部批准房屋修缮范围和标准(1984.11.08)
- 138. 城市危险房屋管理规定(1989.11.21)
- 139. 房屋接管验收标准(1991.02.04)
- 140. 城市房屋修缮管理规定(1991.07.08)
- 141. 公有住宅售后维修养护管理暂行办法
附:关于加强公有住房售后维修养护管理工作的通知(1992.06.15)
- 142. 城市新建住宅小区管理办法(1994.03.23)
- 143. 住宅共用部位共用设施设备维修基金管理办法(1998.11.09)
- 144. 城市异产毗连房屋管理规定(2001.08.15)
- 145. 前期物业管理招标投标管理暂行办法(2003.06.26)
- 146. 业主大会规程(2003.06.26)
- 147. 物业服务收费管理办法(2003.11.13)
- 148. 物业管理企业资质管理办法(2004.03.17)
- 149. 建设部关于修订全国物业管理示范住宅小区(大厦、工业区)标准及有关考评验收工作的通知(2000.05.25)
- 150. 房地产统计指标解释(试行)(节录)(2002.03.20)
- 151. 城市房屋便器水箱应用监督管理办法(2001.09.04)
- 152. 物业管理企业资质管理试行办法(1999.11.22)

(七)装饰装修

- 153. 住宅工程初装饰竣工验收办法(1994.06.16)
- 154. 建筑装饰装修管理规定(1995.08.07)
- 155. 家庭居室装饰装修管理试行办法(1997.04.15)
- 156. 燃气燃烧器具安装维修管理规定(2000.01.21)
- 157. 全国室内装饰行业家庭装饰管理办法(2000.10.23)
- 158. 住宅室内装饰装修管理办法(2002.03.05)
- 159. 商品住宅装修一次到位实施细则(2002.06.18)
- 160. 建设部关于加强建筑装饰设计市场管理的意见
附:建筑装饰设计资质分级标准(2001.01.09)
- 161. 关于加强建筑工程室内环境质量管理的若干意见(2002.03.01)

第一章 土地使用权

1. 关于土地流转若干法律问题的探讨

杨建津*

土地流转包括土地使用权的流转和土地所有权的流转。随着经济迅速发展,土地流转中存在的纠纷和混乱表明,我国土地流转的法律制度亟待完善,应建设公平和效率兼顾的相关法律环境,来促进土地流转的健康蓬勃发展。作者通过对土地流转中的若干法律问题进行一些探讨,希望能起到抛砖引玉的作用。

一、土地所有权的流转问题

目前,我国土地所有权的流转仅包含农地所有权的流转,即在法律规定的情况下国家通过法定程序征用农地,从而将农村集体经济组织的农地所有权转移为国家所有。

有人认为,我国土地流转中不存在土地所有权的流转,因为我国并未形成所谓集体土地所有权交易市场或征购市场;征地行为是国家行为,也是农民对国家应尽的一种义务,不是农民向国家“卖地”,性质上不属于农村集体经济组织与国家之间的土地所有权交易行为。理由是:第一,它是一种单向的转移行为,只能由国家征用集体组织的土地,而集体组织不能以同样方式取得国家或其他集体组织土地所有权。第二,具有强制性,不仅严格依法定的征地条件进行,征用的代价也体现为法定的征地补偿费,其数额以被征地的农民生活水平不降低为原则,而非以被征土地的市场价格为标准。

笔者认为,虽然征用是国家强制行为,被征用者只有服从的义务,没有选择的权利,但是,国家通过征用农地使农地的所有权人从农村集体转变为国家,这是无法否认或遮掩的事实,否认农地所有权流转的真实存在是不客观的。上述理由只能说明目前农地所有权流转(农地征用)中存在的不公平因素,是农地所有权流转的有关法律中应

* 杨建津律师,北京市律师协会房地产与建筑工程专业委员会副主任,中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员,法学硕士。

该改进和完善的地方,而不能因此否认农地所有权流转的客观存在。

二、农地使用权流转的法律问题

这里谈的农地使用权的流转以农村承包经营土地的流转为限。土地管理法规定,土地使用权依法转让。然而至今没有成形的政策和法规对农地使用权的流转进行规范调整。笔者认为,必须尽快依法规范农地使用权流转,建立和完善相应的政策和法律制度。

有学者认为,目前我国农地使用权的流转有以下法律特征:(1)流转范围的封闭性。农地承包经营权原则上按社区人口或劳动力状况配置,因而流转时受让人须具有社区成员的身份,非社区成员的个人或组织受让集体土地使用权作为例外受到严格限制。受让主体的身份要求造成农地流转的封闭性,有受让意愿的非社区成员不能平等地进入农地市场,农地使用权无法完全按市场方式自由转让;(2)债权的流转方式。现行法律和司法解释将发包人同意作为处分承包经营权的有效条件。显然,现行农地使用权流转规则采取了债权的转让方式——合同债权债务转让须经对方同意。

现行农地使用权流转的封闭性和债权方式,体现了土地流转立法的公平价值取向,是我国农村改革初期的特定历史条件下经济发展水平和计划体制的必然结果,时至21世纪的今天,已滞后于农村经济的巨大变化。重新定位农地使用权流转法律制度的法律价值取向和目标模式是客观上亟待解决的问题。

笔者同意如下观点:以效率优先的农地流转法律机制的目标模式为:第一,按效率最大化原则处置农地使用权;第二,权利人自行处分农地使用权,由受让人与转让人签订农地流转合同,而不必与发包人协商,流转合同仅受不改变农地用途的限制;第三,除有耕作能力外,受让人无社区成员资格限制;第四,农地流转按不动产商品标准确定转让价格,以有偿为原则,保护农民对土地投资所取得的增值利益;第五,社区农民对集体土地占有权不仅体现为实物的占有权,即可直接支配农地的权利,也体现为价值的占有权,通过权利的行使或分离,间接享有农地权益。

学者们还认为,农地流转从强化物权性流转的特点着眼,应树立以下基本原则:(1)登记原则。理由是,其一,强化农地使用权物权效力。其二,维护交易安全。农地使用权流转属于转移物权合同,不经登记不生效力。应建立和完善统一的不动产登记制度;(2)合同自由原则。农地使用权流转过程中必须坚持合同自由原则,以保证农地使用权人按自己的意志和市场规律变动农地使用关系。应准用民事法律行为的意思自治原则,允许双方当事人自行协商确定农地使用权各类流转合同的内容。合同自由不是绝对的。比如,应规定农地使用权流转合同不得改变农地用途,禁止炒卖农地使用权,规定最低农地流转面积,限定农地流转受让人的资格等等;(3)赔偿原则。农地是特殊商品,其权利转让应实行有偿原则。农地流转价格构成,应包括农地使用权的价值,即可创造的经济利益和对权利人投资的补偿。

三、集体土地之担保物权问题

担保是土地流转的特殊形式,城镇土地使用权的担保物权已有较完善的法律规