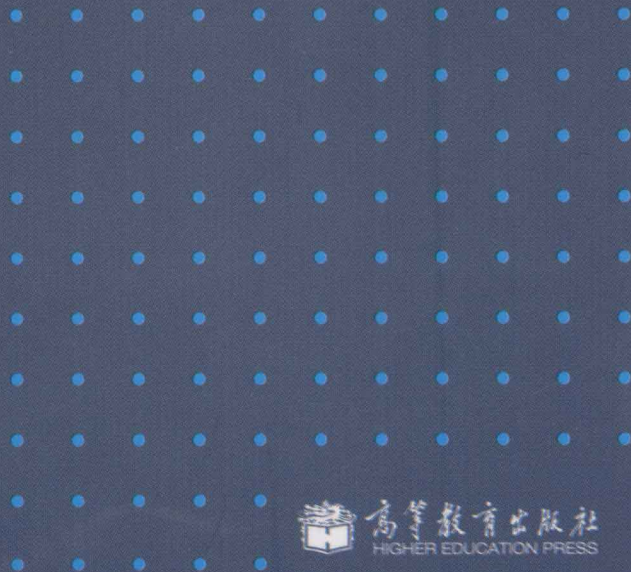


高等学校房地产开发与管理专业系列教材

房地产法

(第二版)

○ 钱品石 主编



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS

高等学校房地产开发与管理专业系列教材

房地产法

(第二版)

○ 钱品石 主 编

FANGDICHANFA

 高等教育出版社·北京
HIGHER EDUCATION PRESS BEIJING

内容提要

房地产法是房地产开发与管理专业的主干课程。本书是关于我国房地产法律制度的论著,在第一版基础上修订而成。主要内容除导论外分为三编,即房地产权益、房地产交易和房地产管理三部分。第一编主要分析物权法等相关法律中的一些房地产权属的法律概念,如房地产所有权、土地使用权、房地产共有权、建筑物区分所有权、房地产相邻权和抵押权;第二编阐述房地产交易的法律制度,分析房地产买卖和租赁的债权债务关系,以及物权变动的不动产登记制度;第三编分别介绍房地产的行政管理法律制度,即土地管理、房地产开发管理、房屋建筑管理,以及国有土地上房屋征收、税收等国家行为。本书以我国现行的房地产法律、行政法规和行政规章为依据,结合具体的案例分析,较为全面地论述和评析我国的房地产法律制度。

本书可供高等院校法律专业、房地产经营管理专业和工程管理专业师生作为教材使用,亦可作为房地产从业人员的参考用书。

图书在版编目(CIP)数据

房地产法/钱品石主编.—2版.—北京:高等教育出版社,2011.9

ISBN 978-7-04-032438-9

I. ①房… II. ①钱… III. ①房地产法-中国-高等学校-教材
IV. ①D922.181

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第175695号

策划编辑 解琳 责任编辑 潘晶 封面设计 张志 版式设计 马敬茹
插图绘制 杜晓丹 责任校对 刘春萍 责任印制 田甜

出版发行	高等教育出版社	网 址	http://www.hep.edu.cn
社 址	北京市西城区德外大街4号		http://www.hep.com.cn
邮政编码	100120	网上订购	http://www.landrace.com
印 刷	北京嘉实印刷有限公司		http://www.landrace.com.cn
开 本	787mm×960mm 1/16	版 次	2005年11月第1版
印 张	16.25		2011年9月第2版
字 数	290千字	印 次	2011年9月第1次印刷
购书热线	010-58581118	定 价	28.80元
咨询电话	400-810-0598		

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换
版权所有 侵权必究
物料号 32438-00

第二版前言

《房地产法》(第一版)于2005年11月份出版至今有五年多了,这些年间房地产法律制度又有了新的发展。第一版出版的时候,我国的《物权法》还处于立法征求意见阶段。在编写房地产权益部分的章节时,本人已经参考了立法的体系,但是《物权法》颁布后,书中有关不动产权的一些概念、法律规范与立法还是存在一定差异。根据《物权法》的规定,相关国家机构又修改了一些法律法规,最重要的方面就是对城市房屋拆迁制度做了相当大的调整。国务院经过两次全民征求意见,最后在2011年1月才通过了《国有土地上房屋征收与补偿条例》。另外,国务院的职能部门对涉及不动产登记的土地与房屋的登记办法、商品房租赁等都做了修订,废除了相关的一些规章。因此,第一版原有的内容明显滞后,必须进行修订。

本次修订的范围还是比较广泛的。第一编中有关所有权、用益物权、担保物权的内容都根据《物权法》的规范予以调整,特别是第七章“房地产抵押权”调整的比较多。第二编中的房地产登记制度属于不动产权登记的范畴,因此按照《物权法》所确立的制度重新编写了该章。考虑到房地产登记与房地产交易比较密切的现状,该章还是放在“房地产交易”编中,并把顺序提前作为第九章。在第三编中重新编写的是原第十五章“城市房地产拆迁管理法律制度”,现改为第十六章“国有土地上房屋征收与补偿法律制度”。

为了帮助读者理解新修订的房地产法律规范,在修订时对各章中的举例说明、案例分析和问题讨论三种形式也作了调整。原有的案例分析的内容大多经过压缩改为举例说明,用以案说法的形式来说明相关的法律原理;同时,选用摘编了近几年法院的判决作为“案例分析”,以增强对法律适用的理解;原来提出的一些“问题讨论”不再具有典型性的则删除,有的则放到了复习思考题中供讨论使用。

本次修订是作者根据近年来法律法规的修订及教学资料的积累予以修改的,期间得到高等教育出版社编辑的支持和帮助,在此表示衷心的感谢。

由于房地产法的应用型很强,所以作者希望通过这次修改能够进一步改变与现实脱节的现象。当然,房地产法还在不断地完善和健全之中,法律规范调整是必然的,这就需要教师在教学中结合实际补充新的内容。

作者

2011年2月于上海寓所品书阁

第一版前言

自从我参编 1998 年 10 月出版的《新编房地产法学》教材以来,已经时隔六年。在这期间房地产业得到了快速的发展,与此同时房地产法律制度也在不断的健全和完善。但是,有关房地产法的教材却跟不上发展的需要,有的教材的内容已经明显滞后。我一直希望能够结合自己多年来房地产法教学的体会和科研成果编写一本新著,这次重新撰写出版“房地产经营管理教材新系”给了我一次极好的机会。

在国外的法律制度中没有专门对应的“房地产法”概念,在用英语表达该概念时也是用 Real Estate 或 Real Property,因此我原来设想编写一本“不动产法”。但是,在英美国家的法律制度中不动产包括土地、建筑物及其他定着物,也就是说不动产不仅仅指土地、房屋,还包含其他固定物以及花草、林木等附着物,其外延要广于我们所指的房地产。英美的财产法教材中大约三分之二的篇幅是不动产法律制度的内容。由于本书是“房地产经营管理教材新系”丛书中的一册,而且我国房地产法的研究范围主要是国有土地使用权和房地产开发经营等相关法律法规规范,所以还是按照目前的实际含义把《房地产法》作为书名更为贴切。

我国的房地产立法至今已经取得了相当大的成绩,但是,受长期计划经济体制的影响,房地产法律制度的建设与社会主义市场经济的发展还不够协调,还存在着立法与现实状况不相适应的地方。在土地公有制的法律框架下,房地产立法主要集中在房地产行政管理方面,例如《土地管理法》和《城市房地产管理法》中不少内容都是房地产行政管理的法律规范。房地产法教材也基本是按照《房地产管理法》体系进行编写的。其实,房地产法涉及的范围是跨多个法律部门的,包括民法规范房地产的财产权利,行政法规规范政府对房地产管理的行为,经济法从社会整体利益规范房地产的开发经营活动。基于这样的认识,本书尝试用一种新的体例安排房地产法的各章内容。

本书共分为三编,即房地产权益、房地产交易和房地产管理三部分。第一编主要从静态的角度分析物权法中的一些基本概念,如房地产所有权、土地使用权、房地产共有权、建筑物区分所有权、相邻权和抵押权。第二编是从动态的角度阐述房地产交易的法律制度,也就是从民事法律关系着手分析房地产买卖和租赁的债权债务关系,其中重点又是研究商品房的交易关系;另外,房地产交易的中介活动也是一项不可缺少的制度,其对于活跃房地产交易以及维护房地产交易

的安全有着极为重要的作用;在国外的不动产法中都有物权登记的制度,但是我国的房地产权属登记则属于行政管理的范围,为了逐步厘清这方面的法律关系,我也把权属登记的内容归到了本编之中。第三编是分别介绍房地产的行政管理法律制度,即土地管理、房地产开发和城市规划管理、城市房屋拆迁管理、建筑管理及税收管理;关于物业管理中涉及物业管理主体的活动,如业主、业主大会、业主委员会和物业管理公司的物业管理活动,这些行为的规范并不是完全属于行政管理的范围,现行的物业管理法律制度中也涉及政府对物业及物业管理主体的管理行为,就像城市房屋拆迁的法律关系中还有政府的管理行为一样,为此,也把“物业管理”一章安排在第三编。

为了突出房地产法律的应用性,本书在内容上也进行了一定的创新。为了帮助读者理解和运用房地产法律规范,除了尽可能全面地、系统地阐述我国现有的与房地产法律相关的概念、原理、制度以外,在各章中特别以举例说明、案例分析和问题讨论三种形式穿插了补充内容。举例说明可以帮助读者理解相关的概念,案例分析具有一定的典型性,问题讨论是房地产法律实务中值得探讨的热点。穿插这些内容的意图在于引起读者思考和研究的兴趣,也给予教师在课堂教学中进一步发挥和引申的空间。因此,本书可以满足高层次、不同专业背景的人士学习房地产法的需要;教师可以根据不同的对象对教学内容作适当的取舍和调整,例如,对于不是法律专业的学员就要对导论中的法律基础知识作较详尽的介绍,以便为讲授其他各章房地产专门的法律制度作些铺垫。

总之,本人力图向读者奉献一本内容相对全面、生动、有理论深度和实际应用价值的新书,希望本书成为一本房地产法领域内的实用教材和研究专著,并为我国的房地产法制大厦的建设添点砖瓦。但是,毕竟房地产法律体系相当复杂,其理论又博大精深,而我国房地产法律制度还缺乏系统的法律规范,因此,对于书中的疏漏和不足之处敬请同仁指正,如果有具体的意见和建议的也可以直接与我联系,以便再版本书时予以纠正和完善。我的学生苏舒对书稿作了认真的校对,并对本书的辅导材料加以整理,对她的辛勤劳动在此一并表示感谢。

作者

2005年7月于华东师范大学丽娃河畔

目 录

第一章 导论	1
第一节 法律基础知识	1
第二节 房地产和房地产法	7
第三节 房地产法基本原理	12
第一编 房地产权益	
第二章 房地产所有权	19
第一节 物权和所有权的基本概念	19
第二节 我国财产所有权的类型	26
第三节 土地所有权	27
第四节 不动产所有权的限制	32
第三章 土地使用权	35
第一节 土地使用权概述	35
第二节 建设用地使用权的取得	37
第三节 集体土地使用权的取得	45
第四章 房地产共有权	49
第一节 共有概述	49
第二节 房地产按份共有权	52
第三节 房地产共同共有权	54
第四节 共有房地产的分割	55
第五章 建筑物区分所有权	59
第一节 建筑物区分所有权概述	59
第二节 建筑物区分所有权的法律关系	61
第三节 建筑物区分所有权与物业管理	67
第六章 房地产相邻权	71
第一节 房地产相邻权概述	71
第二节 房地产相邻关系的调整规则	76
第七章 房地产抵押权	80
第一节 房地产抵押权概述	80

第二节	房地产抵押权的设定	84
第三节	房地产抵押合同与抵押登记	87
第四节	抵押房地产的占管与抵押权的实现	90

第二编 房地产交易

第八章	房地产交易法律制度	97
第一节	房地产交易概述	97
第二节	房地产转让概述	103
第三节	其他房地产转让方式的法律规定	107
第九章	房地产登记法律制度	111
第一节	房地产登记概述	111
第二节	我国房地产登记的基本制度	114
第三节	我国房地产登记的具体办法	117
第四节	房地产登记簿管理	122
第十章	房地产买卖	126
第一节	房地产买卖概述	126
第二节	商品房预售	128
第三节	常见的房地产买卖合同纠纷	131
第十一章	房屋租赁	139
第一节	房屋租赁概述	139
第二节	房屋租赁双方当事人的权利与义务	143
第三节	房屋租赁中的特殊关系	146
第十二章	房地产中介服务	150
第一节	房地产中介服务概述	150
第二节	房地产中介合同	153
第三节	房地产经纪的管理	158

第三编 房地产管理

第十三章	土地管理法律制度	163
第一节	土地管理法律制度概述	163
第二节	国家征收集体土地	167
第三节	建设用地的管理	171
第十四章	房地产开发管理法律制度	173
第一节	房地产开发概述	173
第二节	城市规划的编制	178

第三节	城市规划的实施	181
第四节	房地产开发公司的设立	185
第十五章	房地产建筑管理法律制度	188
第一节	建筑管理概述	188
第二节	建筑的许可制度	189
第三节	建筑工程的发包与承包	193
第四节	建筑工程的管理	199
第十六章	国有土地上房屋征收与补偿法律制度	204
第一节	房屋征收概述	204
第二节	房屋征收的程序	208
第三节	房屋征收的补偿	212
第十七章	房地产税收管理法律制度	216
第一节	房地产税收概述	216
第二节	与房地产相关的税目	220
第十八章	物业管理法律制度	227
第一节	物业管理概述	227
第二节	物业管理的主体	229
第三节	物业管理的契约	232
第四节	物业管理的运作制度	234
附录	参阅法律法规目录	240
参考文献	243

第一章 导 论

房地产法是一门专业法律课程,为了有助于非法律专业的读者深入地理解房地产法律的概念、规则和制度,特增设法律基础知识的内容。本章首先对法、法律规范、法律渊源、法律部门、法系等一些基本概念作了简要的解释;然后对房地产法的概念及其调整对象、房地产法的原则和房地产法律关系作进一步深入的阐述。通过本章的学习读者可以初步了解房地产法的范围和本书的框架。

第一节 法律基础知识

一、法的概念及其特征

在日常生活中,法与法律的概念可以通用,即泛指所有国家有权机关制定的具有规范性的文件,其外延可以包括法律、法规、决定、条例等。狭义的法律只是指享有国家立法权的机关制定的规范性文件,如我国全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律文件。从一般的广义的角度对法的概念进行界定,不同的阶级有着不同的认识。马克思主义认为,一切类型法的共同本质就是统治阶级意志的表现。列宁指出:“法律就是取得胜利并掌握国家政权的阶级的意志的表现。”^①为此,可以把法定义为:法是由国家制定或认可的、以权利义务为调整机制并通过国家强制力保证的、调整人的行为关系的社会规范。法具有以下四方面的基本特征。

(一) 法是调整人的行为的社会规范

法主要是一种调整人的行为的社会规范,这是法与其他社会规范的区别之一。例如,道德规范是通过思想控制来调整人们的社会关系,政治规范是通过组织控制来完成社会调整。法是通过行为的作用调整人的社会关系,法律一般不以主体作为区分标准,而是以行为作为区分标准。另外,法是以法律规范为构

^① 《列宁全集》第16卷,人民出版社,1988年版,第292页。

成要素,法律规范调整人的行为具有概括性,即法不是针对特定的人和事,而是可以反复适用的概括性规则。

(二) 法是国家制定或认可的社会规范

法是由国家制定或认可的,是以国家的名义对人的行为提出的要求,是以“国家意志”的面貌出现的。当然,国家是掌握在统治阶级手中的,说到底所谓国家意志也就是统治阶级的意志,但是法律不能只是以统治阶级名义出现,而是代表一种凌驾于社会之上的力量。道德规范、宗教规范等也反映统治阶级的意志,但是这些规范都不是由国家制定或认可的,不具有国家意志的属性。由此可见,法的国家意志性是其与其他社会规范的一项重要区别。所谓的制定是国家通过立法活动产生的新规范;认可则是对社会上已经存在的规则,如习惯、道德、宗教等规范的认可,或者对国际条约的承认等。

(三) 法是规定人的权利和义务的社会规范

国家制定或认可的法是以规范人在一定社会关系中的权利和义务为主要内容的。法律规范中的行为模式就是以授权、禁止和命令等形式规定的权利和义务。法律上的权利和义务规定具有确定性、可预测性,其明确地告诉人们该怎样行为、必须怎样行为以及不该怎样行为;人们根据法律可以预先估计自己行为的法律后果。

(四) 法是由国家强制力保证实施的、具有普遍约束力的社会规范

社会规范一般都具有某种强制性,然而各自强制的性质、范围、实现的程度和方式不尽相同。例如,社会团体的规则章程是由该组织的纪律保证实施的,其强制的范围仅限于本组织成员;道德规范是由社会舆论、人们的内心驱使以及习惯和传统的力量加以维护的。法不同于其他社会规范,它是由国家强制力保证实施的,具有特殊的强制性。一切违法、犯罪行为都会受到国家所实施的法律制裁。如果离开了国家强制力的保障,法律就会成为一纸空文,在现实生活中无法实现。法由国家强制力保证实施,这就意味着法在其效力范围内具有普遍约束力,它不仅约束被统治阶级,也约束统治阶级内部的各个成员。

二、法的渊源

法的渊源是指法的源泉、来源,是那些具有法律效力作用和意义的法的外在表现形式。法的渊源多种多样,源于其产生原因的多样性。不同的国家在不同的历史阶段,产生了不同的法的渊源,如有表现为法典形式的成文法渊源和非法典形式的不成文法渊源之分。

当代中国法的渊源主要为以各种制定法为主的法的渊源,是具有不同的层次和效力的法律规范,主要包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、行政规章、特

别行政区的法律、国际条约及国际惯例等。下面是主要的几种法律形式。

（一）宪法

宪法是国家的根本大法,其规定了国家的根本的政治、经济和社会制度,公民的基本权利和基本义务。宪法由全国人民代表大会制定、通过和修改,宪法具有最高的法律效力,凡与宪法有抵触的其他法律、法规均不具有法律效力。

（二）法律

法律是仅次于宪法的法律渊源,其由全国人民代表大会及其常务委员会根据宪法及立法程序制定颁布,可分为基本法律和基本法律以外的法律。基本法律涉及国家和社会生活最基本的问题,如刑法、民法等基本法律均由全国人民代表大会制定和修改。全国人民代表大会常务委员会制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律;在全国人民代表大会闭会期间,对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改,但是不得同该法律的基本原则相抵触。

（三）行政法规

行政法规是由国务院根据宪法和法律制定的规范性文件,也是一种重要的法的渊源,其法律地位和法律效力低于宪法和法律,但高于地方性法规、政府规章。

（四）地方性法规、自治条例和单行条例

地方性法规是省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不与宪法、法律、行政法规相抵触的前提下制定的规范性文件。

民族自治地方的人民代表大会有权根据当地民族政治、经济和文化的特点制定自治条例和单行条例。自治条例和单行条例可对法律、行政法规的规定作变通的规定,但不得违背法律、行政法规的基本原则。

（五）行政规章或政府规章

这是行政机关依法制定的涉及行政管理的规范性文件。国务院各部、委、直属机构可以根据法律和行政法规在本部门的权限内制定规章。地方人民政府可以制定地方性的行政管理的规章。规章之间具有同等的效力,各自在其权限范围内施行。

三、法的效力

法的效力,即法律的约束力,指人们应当按照法律规定的那样行为。法的效力层次是指规范性法律文件之间的效力等级关系。根据我国《立法法》的有关规定,我国法的效力层次可以概括为:上位法的效力高于下位法;同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规

定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。

因为法律是调整人们行为的规范,而人的行为都是具有一定事实内容,并在一定的时间和空间中从事的,所以法律效力范围涉及三个方面:法的对象效力、法的空间效力和法的时间效力。

(一) 法的对象效力

法的对象效力,即法律对人的效力是指法律对谁有效力,适用于哪些人。在世界各国的法律实践中有四种对人的效力的原则。

1. 属人主义

法律只适用于本国公民,不论其身在国内还是国外;非本国公民即便身在该国领域内也不适用。

2. 属地主义

法律适用于该国管辖地区内的所有人,不论是否本国公民,都受法律约束和法律保护;本国公民不在本国,则不受本国法律的约束和保护。

3. 保护主义

以维护本国利益作为是否适用本国法律的依据;任何侵害了本国利益的人,不论其国籍和所在地域,都要受该国法律的追究。

4. 以属地主义为主,与属人主义、保护主义相结合

采用这种原则旨在既要维护本国利益,坚持本国主权,又要尊重他国主权,照顾法律适用中的实际可能性。这是多数国家所采用的原则,我国也是如此。根据这个原则,凡是中国国籍的公民、法人不论其在国内还是国外都适用中国的法律;外国人在中国境内的,除法律另有规定外,一般适用中国法律。

(二) 法的空间效力

法律的空间效力是指法律在哪些地域有效力,适用于哪些地区。一般来说,一国法律适用于该国主权范围所及的全部领域,包括领土、领水及其底土和领空,以及作为领土延伸的本国驻外使馆、在外船舶及飞机。

(三) 法的时间效力

法律的时间效力,指法律何时生效、何时终止效力以及法律对其生效以前的事件和行为有无溯及力。

1. 法的生效时间

这是根据法律的具体性质和实际需要决定,一般法律的生效有三种形式:一是自法律公布之日起生效;二是由该法律规定具体生效时间;三是规定法律公布后符合一定条件时生效。

2. 法的终止效力

这是指法律被废止,法律效力消灭。它一般分为明示的废止和默示的废止两类。明示的废止,即在新法或其他法律文件中明文规定废止旧法。默示的废

止,即在适用法律中,出现新法与旧法冲突时,适用新法而使旧法事实上被废止。

3. 法的溯及力

法的溯及力,也称法律溯及既往的效力,是指法律对其生效以前的事件和行为是否适用。如果适用,就具有溯及力;如果不适用,就没有溯及力。

四、法律规范

法律规范可以形象地比喻为法的“细胞”。法律规范就是指国家制定或认可的,并以国家强制力保证实施的行为规则。这种行为规则指具体规定权利义务以及法律后果的准则。法律规范有严密的内在逻辑结构,即假定条件、行为模式和法律后果。

所谓假定条件,指法律规则中有关适用该规则的条件和情况的部分,即法律规则在什么时间、什么空间、对什么人适用的问题。在立法实践中,立法者通过法律条文表述法律规则的内容时,有可能省略假定条件这一要素,以求文字表达简明扼要。但省略不意味着假定条件不存在,我们可以根据法律规则的内在逻辑,从法律条文的上下文或若干法律条文的内容规定推导出假定条件。

所谓行为模式,指法律规则中规定人们具体行为之方式。它是从人们大量的实际行为中概括出来的法律行为要求。根据行为要求的内容和性质不同,法律规则规定人们应当做什么、不应当做什么、允许做什么、禁止做什么。

所谓法律后果,指法律规则中规定人们在做出符合或不符合行为模式的要求时应承担相应的结果部分,是法律规则对人们具有法律意义的行为的态度。根据人们对行为模式所做出的不同行为,法律后果又分为合法后果和违法后果。违法后果是法律规则中规定人们不按照行为模式的要求行为而在法律上予以否定的后果,它表现为法律规则对人们行为的制裁、不予保护、撤销、停止等。法律后果是任何法律规则都不可缺少的要求。

五、法律部门和法律体系

法律部门,也叫部门法,是根据一定标准和原则所划定的调整同一类社会关系的法律规范的总称。法律体系,也称为部门法体系,是指一国的全部现行法律规范,按照一定的标准和原则,划分为不同的法律部门而形成的内部和谐一致、有机联系的整体。法律体系是一种客观存在的社会生活现象,其同一国经济文化状况相适应;法律体系反映了法的统一性和系统性,其必须符合自身的发展规律。但是,法律体系的形成则是该国的法学工作者对现行法律规范进行科学抽象和分类的结果,具有主观性。我国目前的法律体系包括宪法、行政法、民法、商法、经济法、劳动法与社会保障法、自然资源与环境保护法、刑法、诉讼法等法律

部门。

六、法系

(一) 法系的概念和类别

法系是在对各国法律制度的现状和历史渊源进行比较研究的过程中形成的概念。法系的含义和划分标准并无一致的观点,一般认为法系是根据法的历史传统对法所作的分类,凡属于同一历史类型的法就构成一个法系,因此法系是某些国家和地区的法的总称。西方法学界通常认为,大陆法系和英美法系是对世界具有重大影响的两个法系。

大陆法系,又称民法法系,是以罗马法为基础而发展起来的法律的总称。大陆法系最先产生于欧洲大陆,以罗马法为历史渊源,以民法为典型,以法典化的成文法为主要形式。大陆法系的特点:实行法典化,法律规范的抽象化、概括化;强调制定法的权威,一般不承认法官的造法功能。

英美法系,又称普通法法系、英国法系,是以英国自中世纪以来的法律,特别是以普通法为基础而发展起来的法律的总称。英美法系包括英国法系和美国法系。英美法系的特点:以判例法为主要表现形式,遵循先例;在法律发展中,法官具有突出作用;注重程序的“诉讼中心主义”。但是,英国法系采取不成文宪法制和单一制,法院没有“司法审查权”;美国法系采用成文宪法制和联邦制,法院有通过具体案件确定是否符合宪法的“司法审查权”,公民权利主要通过宪法规定。

(二) 两大法系的比较

大陆法系和英美法系由于形成的历史渊源不同,所以在形式和内容方面都有很大差别。在房地产法律制度中也会反映出这种差别。

1. 法的渊源不同

在大陆法系国家,正式的法的渊源只是指制定法,即宪法、法律、行政法规等。法院的判例、法理等,没有正式的法律效力。在英美法系国家,制定法和判例法都是正式的法的渊源,但遵循先例是英美法系的一个重要原则,即承认法官有创制法的职能。判例法的规则就是确认已经汇编公布的司法判例具有约束力;若无先例可循时,法官可以创立先例;即使有先例,法官也可以结合案情作出新的解释而发展先例。

2. 法律部门分类不同

大陆法系国家法的基本分类是公法和私法,私法主要指民法和商法,公法主要指宪法、行政法、刑法、诉讼程序法。进入20世纪后又出现了社会法、经济法、劳动法等兼有公私法两种性质的法。英美法系国家无公法和私法之分,法的基本分类是普通法和衡平法。

3. 法典编纂的形式不同

大陆法系国家承袭古代罗马法的传统,一般采用法典形式。英美法系国家通常不倾向法典形式,制定法往往是单行法律、法规,即使后来英美法系国家逐步采用法典形式,也主要是判例法的规范化。

4. 诉讼程序和判决程式不同

大陆法系国家一般采用审理方式,奉行干涉主义,诉讼中法官居于主导地位;法官审理案件除了案件事实外,首先考虑制定法如何规定,随后按照有关规定来判决案件。英美法系国家采用对抗制,实行当事人主义,法官首先要考虑以前类似案件的判例,将本案的事实与以前案件事实加以比较,然后从先前判例中概括出可以适用于本案的法律规则。

第二节 房地产和房地产法

一、房地产及其相关的概念

研究房地产方面的法律规范,必然会涉及人们行为所指向的客体——房地产,为此,有必要对房地产及其相关的概念作简要的分析。

(一) 物

物是法律规范调整的法律关系的一个重要的客体,但是物又不是一个精确的法律概念。从物理意义上看,“物”是与动物、植物、矿物、汽车、房屋、土地等有形物联系在一起的;在法律上“物”则是权利义务所指向的客体。通常认为能够被人们支配控制并满足生产生活需要的外界的一部分就是物。物的法律特点是主体以外的存在,这种存在是能够满足人的需要且能够对其进行支配和控制。

在法律上物有狭义和广义的区别。狭义上的物仅指有形物,进而又有动产与不动产之分;广义上的物,除了有形物以外,还包括无形物和财产权利,即所有具有经济意义的无形物和权利,如电力、热能、知识产权和其他权益等。

在不同法律传统的国家中对物会有不同的表述,财产概念就是一个与物相当的概念。在具有大陆法系传统的国家大多采用物的概念,而财产、财产权概念则是英美法系国家普遍使用的概念。随着物的内涵的扩大,两者所指的范围几乎是一致的。在我国现有的法律中,也常常使用财产的概念。例如,《民法通则》中关于财产所有权概念、《担保法》中的财产概念、《继承法》中的个人财产等,无不具有广义的物的含义。

(二) 不动产

物可分为动产和不动产。所谓的不动产就是表示位置固定,不能移动或者

一经移动会改变其性质、形状,损害其经济价值的物。不动产包括土地、土地附着物、与土地尚未脱离的土地生成物、因自然或者人力添附于土地并且不能分离的其他物。我国《担保法》对不动产的界定是,“本法所称不动产是指土地以及房屋、林木等地上定着物”。也有的国家已经扩大了不动产的范畴,把具有重大经济价值的物,如航空器、船舶等列入不动产范围。

(三) 房地产

房地产是一个内涵丰富、外延宽泛的综合性概念。房地产的概念在不同的场合有不同的含义,从经济的角度其可以专门指房地产经营的活动,房产是房屋的经济形态,地产是土地的经济形态,都是凝结着人类劳动的社会资产。具体而言,在物质形态上房产总是与地产联结为一体,房依地建,地为房载,房地产不可分离;在经济形态上,房地产的经济内容和运动过程也具有内在的整体性和不可分割性。土地的开发总是一个与房屋的建造并行或紧密衔接的完整的连续过程,没有土地开发,房屋的建造只能是空中楼阁,仅有土地开发,而无后续的房屋建造,土地开发就失去了意义。

在法律上,房地产是一种能为自然人、法人、国家支配的,并具有十分重要意义的“物”,它既包含了房地产可见的、有形的物质实体,又包含了寓于房地产实体中的各种经济关系及由此而形成的各种权利,如占有、使用、出售、租赁、抵押等权利。

按照上述不动产的概念,其外延显然要大于我们所指的房地产。因此,本书是把房地产看做不动产的下位概念,即房地产是指房屋和与房屋相关的土地财产的总称。

二、房地产法的概念及其特征

在我国房地产法也有广义和狭义之分。广义的房地产法,是指调整房地产关系的各种法律、法规的总和,其并非仅指一个法律和法规,而是国家制定的有关房地产法律、行政法规及规章的总称。狭义的房地产法仅指《中华人民共和国城市房地产管理法》(简称《城市房地产管理法》),它是一个与土地法、物权法有着密切联系的专门法。本书研究的是广义的房地产法。

现行房地产法律规范中行政管理方面的规范居多。其实房地产法涉及的领域是跨多个部门法的,房地产法调整的房地产法律关系,既有民事法律关系,也有行政管理法律关系和经济法律关系。换句话说,房地产法律关系包含了平等主体之间基于土地、房屋而发生的财产所有、使用、转让、抵押、租赁等财产权关系;也包含了国家与自然人、法人基于土地、房屋的征用或征收、房地产开发和经营管理等形成的行政管理关系;还包含了国家对房地产业宏观和微观调控的计划、金融、税收、市场秩序等经济法律关系。因此,本书的视角主要从现有民事