

第六届中国农村法治论坛

论文集

主办单位：西南政法大学经济法学院

西南政法大学中国农村经济法制创新研究中心

承办单位：烟台大学法学院

烟台大学应用法学研究中心

山东·烟台

2014.8.29

76(5)-13
212

第六届中国农村法治论坛

论文集

主办单位：西南政法大学经济法学院

西南政法大学中国农村经济法制创新研究中心

承办单位：烟台大学法学院

烟台大学应用法学研究中心

山东·烟台

2014.8.29

目 录

农村住房交易的制度障碍及其破解(岳彩申 万江 龚暄杰).....	1
法建筑民事权益保护的思考(黄书建 林恩伟).....	8
农村宅基地流转纠纷解决机制及完善.....	16
“城中村”改造中利益群体的博弈(阮健军 李洁 王法贵).....	37
公正与效率之间——论能动司法在“三改一拆”中的限度(夏群佩 洪海波).....	48
“三改一拆”工作中涉违法建筑查处的司法审查(徐后利 庞丹霞).....	57
新型城镇化存量土地再开发调控规制策论(刘红斌 王权典).....	65
集体土地征收补偿立法之困局与破解(王权典 邓定远).....	91
集体土地开发权与建设用地使用权辨析(王权典).....	105
传统典权制中绝卖的扬弃(金丽娜 李显东).....	119
服务三农背景下的小额贷款公司信贷风险法律规制(邓刚 张元华).....	129
农地入股合作社的组织属性与立法模式(高海).....	138
关注农村消费市场(王兴运).....	153
规范与事实之间:论村民自治组织的土地职能(孙梦 江保国).....	161
近年来广西罗城仫佬族自治县县域经济研究(李宁 禹会环 谢刚).....	169
论机制的改革与改革的机制集体土地增值收益分配机制的重构探讨(龚暄杰).....	180
论农村民间金融的柔性治理机制(周昌发 张成松).....	193
论我国农村集体成员资格认定的反思与重构(张帅).....	202
农村电子商务的法律问题探讨(姜一春 耿浩健).....	212
论村镇银行法律制度的完善(于永芹 王小燕).....	217
我国农村社区建设法律问题研究(樊静 贺小津 姜则先).....	222
地票交易中农民市场主体地位法律问题研究(李瑞雪).....	228
美国转基因产品市场化监管对中国的启示(刘旭霞 刘渊博).....	239
集体土地所有权的财产权属性及社会义务履行(杨青贵).....	249
农产品滞销问题中农民、政府与市场角色研究(朱战威).....	258
农村食品安全监管机制的现实问题与对策(向超).....	268
农地承包经营纠纷仲裁制度的实践反思(陈维君).....	283

农村集体经营性建设用地入市路径选择(梁燕)	293
农业环境侵权及其责任保险救济研究(王育才 彭刚红)	301
三权抵押融资担保法律激励体系探讨(赵忠奎)	312
土地利益分享法律机制研究(吕青斌)	324
由现实需求到司法回应欠发达农村地区调解法官模式研究(田源)	335
宅基地使用权流转效力的司法判定与省思(唐烈英 钟三字)	346
重庆市发展家庭农场的模式及路径选择(邵桦毅)	356
WTO 巴厘协定粮食安全条款谈判: 回顾、进展与对策(曾文革 原兴男)	364
农村金融信用担保法律问题研究(王其)	377

农村住房交易的制度障碍及其破解

岳彩申 万江 龚暄杰¹

内容摘要：农村住房既是农村居民的主要财产，也是目前农村存在量很大的资产，通过法律制度的创新促进农村住房交易，不仅可提高农村居民的财产性收入，而且笨嘴以盘活沉淀在农村的资产，推动农村资源的优化配置。目前农村住房交易的根本障碍在于房屋私人所有与土地集体所有之间存在的冲突。因为法律上没有规定宅基地的使用期限，一旦非集体经济组织成员购买了农村住房住房，无期限的宅基地使用权会成为事实上的土地所有权，与社会主义公有制的要求直接冲突。因为这一冲突的存在，非集体经济组织成员被排除在交易主体之外，农村住房的交易难以活跃，农村居民的财产性权利难以真正享有。因此，应以宅基地使用期限为切入点，建立科学规范的农村住房交易制度，扩大农村住房交易的范围，逐步盘活农村资源，促进城乡一体化发展。

关键词：农村住房；宅基地使用期限；房屋交易；

一、农村住房交易制度之现状及其改革需求

（一）农村住房交易的制度现状

十八届三中全会指出，要赋予农民更多财产权利，改革完善农村宅基地制度，慎重稳妥推进农民住房财产权抵押、担保、转让，探索农民增加财产性收入渠道。²农村住房作为农村居民的主要财产，是农村增加财产性收入的主要来源，也是农村经济发展的要素。但事实上，农村住房交易的法律制度并不健全，《土地管理法》、《物权法》仅对宅基地有所涉及，对农村房屋交易的规定并不明确，政府也没有出台规范农村住房交易的法规或规章，关于农村住房交易的规定主要分散在一些地方政府的文件里。这导致行政执法、审判实践对农村住房能否交易以及如何规范农村住房交易的处理，存在很大差别。

1. 相关法律规定

早在1986年，《土地管理法》第三十八条明确规定，“出卖、出租住房后再申请宅基地的，不予批准。”1998年重新修订的《土地管理法》第六十二条重申了一户一宅、宅基地用地标准和审批等问题，规定“农村村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准。”³据此规定，《土地管理法》允许农村住房进行交易，且未限制农村住房交易的交易对象。

¹ 岳彩申：西南政法大学副校长、教授、博士生导师、两江学者；万江：西南政法大学经济法学院副教授、硕士生导师，邮箱：wjswufe@163.com；龚暄杰：西南政法大学博士生。

此文是司法部2012年度国家法治与法学理论研究青年项目《农村土地增值收益分配的地方实践与法律回应》（12SFB3029）的阶段性成果之一。

² 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过。

³ 《土地管理法》（1986年）第六十二条：农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。农村村民建住宅，应当符合乡（镇）土地利用总体规划，并尽量使用原有的宅基地和村内空闲地。农村村民住宅用地，经乡（镇）人民政府审核，由县级人民政府批准；其中，涉及占用农用地的，依照本法第四十四条的规定办理审批手续。农村村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准。甚至在1963年的《中央关于对社员宅

《物权法》没有直接规定农村房屋交易的问题，但对宅基地设立专章进行规定。由于我国实行房地一体模式，农村宅基地属于集体所有，《物权法》第一百五十二条为此规定，农民只对集体所有的土地享有占有和使用的权利，有权依法利用该土地建造住宅及其附属设施。对农民的处分权，《物权法》的规定并不明确。《物权法》第三次审议稿设专章共八条规定了宅基地使用权，第一百六十二条规定，“宅基地使用权人经本集体同意，可以将建造的住房转让给本集体内符合宅基地使用权分配条件的农户；住房转让时，宅基地使用权一并转让。禁止城镇居民在农村购置宅基地。”全国人大法律委员会对此规定的解释是，由于我国地少人多，实行最严格的土地管理制度，宅基地是农民的基本生活保障，宅基地使用权的转让和抵押不宜放开。⁴在2007年的最后审议中，全国人大常委会认为，考虑到目前我国农村社会保障体系尚未全面建立，宅基地使用权是农民安身立命之本，从全国范围看，现在放开宅基地使用权的转让和抵押的条件尚不成熟。为了维护现行法律和现阶段国家有关农村土地的政策，并为今后修改有关法律或者调整有关政策留有余地，决定将宅基地交易留给法律和国家政策调整。⁵正式颁布的《物权法》第一百五十三条规定：“宅基地使用权的取得、行使和转让，适用土地管理法等法律和国家有关规定。”

在抵押方面，根据《担保法》第三十七条的规定，耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权不得抵押。由于《担保法》并未明确规定农村房屋问题，按照法无禁止即自由的原则，有些人主张农村房屋抵押是可以的。根据《物权法》第一百八十二条明确规定，以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。抵押人未依照规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。在宅基地所有权归属集体的现实条件下，宅基地的抵押权实现时可能涉及到宅基地所有权的变动，为此《物权法》第一百八十四条又明确规定，宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权不得抵押。考虑到后续政策的调整，该条又为宅基地抵押留有口子，即“法律规定可以抵押的除外”。由于宅基地抵押被禁止，在房地一体模式下，农村住房抵押也无从谈起。

2. 相关政策规定

尽管我国法律并没有明确规定农村住房交易问题，但国务院在1999年后颁布的一些政策不断强调对农村房屋交易的限制。在1999年以前，国务院并没有禁止城镇居民购买农村房屋，一些文件甚至明确准许农村房屋交易。比如1989年国家土地管理局的文件规定：农民将集体土地上的房屋出售给本集体以外的农民集体或个人，其所售房屋占用的土地属于

基地问题作一些补充规定的通知》中，也准许农村社员有买卖房屋的权利，房屋出卖以后，宅基地使用权即随之转移给新房主。

⁴ 全国人大法律委员会：《关于中华人民共和国〈物权法〉（草案）修改情况的汇报》，2005年10月19日。

⁵ 王兆国：《关于〈中华人民共和国物权法（草案）〉的说明》，2007年3月8日。

国家所有。⁶ 对房屋交易态度的变化发生在 1999 年，由于非法转让土地使用权、非法交易农民集体土地的现象比较严重，出现了以开发“果园”、“庄园”为名炒卖土地、非法集资的情况，国务院为此专门发文严禁非法占用农民集体土地进行房地产开发，强调农民集体土地使用权不得出让、转让或出租用于非农业建设，严禁改变农业用途搞别墅、度假屋、娱乐设施等房地产开发。文件明确指出，农民的住宅不得向城市居民出售，也不得批准城市居民占用农民集体土地建住宅，有关部门不得为违法建造和购买的住宅发放土地使用证和房产证。⁷该文件是目前限制农村住房交易的主要法律渊源，其关于禁止城市居民购买农村住房的精神被不断重复和强化。比如 2007 年《国务院办公厅关于严格执行有关农村集体建设用地法律和政策的通知》（国办发[2007] 71 号）明确指出：“农村住宅用地只能分配给本村村民，城镇居民不得到农村购买宅基地、农民住宅或‘小产权房’”。⁸此后，建设部的文件进一步限制了农村住房交易的范围。建设部 2008 年发布的《房屋登记办法》第 87 条规定：“申请农村村民住房所有权转移登记，受让人不属于房屋所在地农村集体经济组织成员的，除法律、法规另有规定外，房屋登记机构应当不予办理。”该规定虽未明确禁止农村住房交易，但由于购买方无法办理产权变更登记，不可能获得农村住房的合法权益及法律保障。而且该规定除限制城镇居民购买农村房屋外，还限制集体经济组织以外的其它集体经济组织的农民购买农村房屋。

（二）农村住房交易制度改革的需求

人口流动是人力资源优化配置的要件之一。无论是外出务工还是转为城镇户口，他们都需要在城市或租或购住房，其在农村的住房处置成为一个现实问题，农村已出现越来越多的空闲房屋。尽管大量农村居民正在努力进入城市，但农村优美的风景、新鲜的空气等等依然吸引着城市居民，特别是离退休的中老年更愿意到农村或租或购置住所，颐养天年。人口双向流动的必然结果是农村居民有出售、出租农村住房的需求，城镇居民有购买、租赁农村住房的需求，农村住房交易由此成为城镇一体化发展的客观需要。

在我国农村，房屋闲置浪费随处可见，空壳村、多年未用的宅院越来越多。国务院希望农民能够主动放弃宅基地，但是在缺乏补偿的情况下，进城农民不会主动放弃农村住房。重庆、成都等省市试图通过地票交易实现农村房屋的资产变现，盘活农村宅基地的价值，但是地票交易只体现了宅基地价值，未能反映房屋的价格，完全寄望于地票交易盘活农村资源并不可行。农村住房的获益能力低、变现能力差，农户缺乏交易的动机，放任闲置的

⁶ 1989 年《国家土地管理局关于确定土地权属问题的若干意见》（1989 国土〔籍〕字第 73 号）第 6 条。

⁷ 《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》（国办发〔1999〕39 号）。

⁸ “小产权房”，是指在农民集体土地上建设的房屋，未缴纳土地出让金等费用，其产权证不是由国家房管部门颁发，而是由乡镇政府颁发，它既包括农民私人或集体经济组织的自用房，也指在集体土地上建造的“商品房”。农村住房农房仅指村民拥有的经合法审批的宅基地上的住宅用房及其配套用房。在国土资源部的一些文件中将农村住房视为小产权房的一类，本研究报告中的小产权房与农村住房是不同的，小产权房是违法的，而农村住房是合法的。

房屋腐烂也不愿意低价转让，房屋资源被极度浪费。

总的来说，在微观层面，对农村住房交易的过严控制严重抑制了农民资产的价值转换与融资功能，为事实存在的农村住房交易增加了法律的不确定性。⁹ 在宏观层面，对农村住房交易的严格控制使农村和城镇之间的资源要素双向流动成为农村单向流往城市，一方面导致农村空心化，另一方面又导致城市超负荷运转，不利于城乡一体化发展。

十八大报告明确指出，城乡发展一体化是解决“三农”问题的根本途径。城乡发展一体化要求城乡要素能够平等交换，让广大农民平等参与现代化进程、共同分享现代化成果。城市商品房买卖在本世纪初已经全面展开，户口不再是购房的障碍。但对农村房屋交易，现有政策体系却设定了诸多限制，农村房屋交易被行政和司法过度限制在极小的空间，成为沉睡的资产，这种制度设计使农村和城镇之间的人口、资源双向流动成为农村人口、资源向城市的单向度流动，有碍于城乡发展一体化和城乡统筹发展，造成土地房屋资源的严重浪费，因此，放松对农村住房交易的限制势在必行几成共识。

二、无期限宅基地使用权与农村住房交易蕴含的法律风险

尽管农村住房交易受到严格的控制，但农村住房交易在事实上普遍存在。堵不如疏，不少地方开始积极推动农村住房交易制度改革，尤其是在农村住房抵押融资方面最为明显。但因缺乏法律依据和政策支持，面临着合法与否的困扰，不少地方政府的探索都存在诸多亟待解决的法律问题，包括：当农村住房被出售或抵押实现后，受让人能否永久占有该宅基地；农村住房被多次转让的，产权保护有无时间限制；在宅基地被征收时，如何确定集体经济组织、出让方、现有房屋产权人之间的关系；集体经济组织作为农村宅基地的所有权人，如何参与农村住房交易的收益分配。如果这些问题得不到解决，地方探索农村住房交易的努力无法取得实质性成效。

在探索农村住房交易制度的创新中，地方政府做了许多尝试。成都市就准许将农村住房抵押，当债务履行期届满抵押权人未受清偿的，可以抵押的集体建设用地使用权变卖或拍卖所得价款受偿。变卖或拍卖的集体建设用地使用权，可由集体建设用地所有权人收购，也可由区（市）县土地储备中心按集体建设用地最低保护价收购。¹⁰重庆市则规定，农村土地承包经营权、农村住房及林权抵押融资抵押物的处置方式有拍卖、变卖、流转等。在同等条件下，本集体经济组织及其符合购买条件的成员有优先受让权。¹¹

在我国，无论是农村集体土地还是城市国有土地，都存在着土地所有权和地上构筑物

⁹ 有关农村住房交易行为法律效力的争议可参见戴孟勇：《城镇居民购买农村房屋纠纷的司法规制》，《清华法学》2009年第5期。

¹⁰ 《四川省成都市人民政府办公厅转发市政府金融办等部门关于成都市农村产权抵押融资总体方案及相关管理办法的通知》（成办发〔2009〕59号），2009年11月3日。

¹¹ 《重庆市农村土地承包经营权、农村住房及林权抵押融资管理办法（试行）》。

所有权相分离的二元权利格局。农村土地属于农民集体所有，房屋所有权又归属宅基地使用权人，房屋所有权与土地所有权发生了分离。更重要的是，宅基地使用权的取得有着严格的身份限制，只有集体成员才可以依法初始取得宅基地使用权，立法机关、行政部门和司法机关均倾向于认为只有集体成员才可以继受获得宅基地使用权，这使得房屋所有权与土地宅基地使用权因此发生主体与权利的冲突。如采房随地走原则，因为宅基地使用权的享有者被限定为集体经济组织成员，由此农村住房的所有权乃不完整的，其处分权被限制在集体经济组织内部。如果采地随房走原则，由于村民的房屋所有权是完整的，房屋可以转让、抵押给集体经济组织以外的购买方，此时集体经济组织以外的成员也可因为房屋所有权而享有占有、使用、处分宅基地的权利，集体经济组织的土地所有权就失去了实际意义，与现有的法律政策相冲突。

更重要的是，根据《土地管理法》的相关规定，除非出现绝户，农村居民可以长期占有宅基地。这种无期限的宅基地使用权与宅基地所有权并无本质上的区别。对农村住房出卖、抵押而言，尽管宅基地所有权从法律上没有变动，但房屋的受让人凭其对房屋的控制而无限期占有宅基地，形成事实上的所有权，容易引发集体土地变相私有化，与我国土地公有制的社会主义性质相冲突。如果简单准许农村住房完全自由交易，非集体经济组织成员所享有的宅基地使用权足以接近于一种土地所有权，并能够用于对抗集体所有权人的权利诉求。

三、限定农村住房交易中的宅基地有期限使用合法可行

（一）宅基地使用权有期限转让是用益物权的体现

考虑到农村住房买卖会导致农村宅基地的永久性转让，自1999年起中央禁止农民住宅向城市居民出售，城市居民也不得占用农民集体土地建造住宅。无论是《土地管理法》还是《物权法》，并没有明确禁止农村宅基地使用权的转让，更未禁止农村住房的买卖、出租。十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确提出，要保障农户宅基地用益物权，稳妥推进农民住房财产权抵押、担保、转让，建立农村产权流转交易市场，推动农村产权流转交易公开、公正、规范运行。这里的用益物权，根据《物权法》的规定包括占有、使用和收益的权利。通过赋予农村宅基地使用权一定期限的流转正是实现宅基地用益物权的重要途径，解决了农村住房交易过程中的土地权利约束。事实上，我国农村承包地流转之所以未面临着宅基地流转的法律困境，就在于承包地是有期限的，流转并没有触及到集体所有制本身。

（二）明确宅基地使用期限能解决农村住房产权间的矛盾

国土资源部一直在进行农村建设用地流转试点，以期找到化解集体所有与私人使用之

间的权利冲突、进而盘活农村资源矛盾的路径。但若不明确宅基地使用期限，很难解决上述权利冲突，也无法化解中央对放开农村建设用地市场的担心。明确宅基地使用期限并准予流转，就算农村住房卖给了城市居民，但宅基地依然是集体的，且在一定期限以后，集体能够决定是否继续将宅基地提供给购房者使用，并适时收回宅基地。如此，就能解决土地集体所有与私人使用之间的矛盾，确保宅基地使用权流转后的土地属性不会发生变化，不会造成事实上的私有化，农村土地集体所有的性质不会因为宅基地使用权的流转而受影响，排除集体经济组织以外的农民和城镇居民参与宅基地使用权交易的政治障碍。

（三）城市建设用地使用权期限制度提供了很好的经验

与农村宅基地一样，城市房地也存在权利分离的法律问题，土地所有权归属于国家，房屋所有权属于私人。但我国通过确定建设用地使用权期限制度成功解决了这一难题。《物权法》规定在建设用地使用期限内，建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，房屋一并处分；房屋转让、互换、出资或者赠与的，建设用地使用权一并处分。有期限的建设用地使用权促进了我国城市房地产市场的快速发展，不仅为广大城镇居民提供了更好的居住条件，还节约了土地，支撑了我国经济的快速发展。农村住房交易可借鉴城市城市建设用地使用权制度的经验，规定宅基地权的转让期限，成功实现授权与使用权的分离。

四、结语

限制农村住房交易的经济、政治及社会条件已经发生巨大变化，农村住房交易价值功能的缺失正阻碍着我国城乡一体化的进程，化解土地集体所有权与房屋私人所有权的冲突并在此基础上规范农村住房交易势在必行。

理论上，存在着农村土地国有化、私有化等学说，但国有化必然会引发老百姓的抵触情绪，私有化也会产生兼并之可能，无论是国有还是私有都无助于巩固共产党的执政基础。但农村土地确实已不再适应经济社会的需要，严重制约了农村经济社会的发展。在当今中国，不断的、适度的政策微调远比暴风骤雨式的大爆炸改革要妥当得多。完全放开农村住房交易面临着较大的政治风险，因而可以把确定宅基地使用期限作为突破口，提高农村房屋融资功能，盘活农村资源。

赋予农村住房自由交易的权能，便于农村住房价值的变现，促进城乡资源要素双向流动，必须建立国家、集体与私人之间平等的产权保护制度。农村住房交易可以参照城市商品房交易，明确规定宅基地使用权的期限，解决房地一体模式下农村住房买卖、抵押权实现后宅基地无期限占有和使用的问题，促进农村住房合理转让与宅基地的合理利用。建议立法时规定农村住房第一次转让（出售、抵押等）后的房屋所占用宅基地的使用年限为50-70年。为增强交易的自由程度，集体经济组织也可与房屋购买人约定宅基地使用期限，但不

得高于法律规定的期限。农村住房再次转让的，宅基地的使用期限不得超过第一次转让时所确定的最终日期，未进入市场交易的依然维持原有状态。

④ 确定宅基地使用期限解决了土地集体所有与房屋私人所有之间的矛盾，可以在此前提下允许集体经济组织以外的农民和城镇居民购买农村住房，真正激活农村住房交易。因宅基地使用权的初始取得属集体经济组织村民无偿所得，故在第一次转让时集体经济组织有权分享一定的收益。在宅基地使用期限届满之前发生征收的，地上附着物补偿归属房屋所有者，土地补偿金扣减折算的土地使用费后归属集体经济组织。宅基地使用期限届满后，房屋所有权人可以向集体经济组织缴纳土地使用费后续期，集体经济组织也可根据市场价值补偿地上附着物后收回宅基地。⑤ 为保护交易安全，各区县应设立统一机构，负责登记农村住房交易的形式、期限、主体等事项。各地政府也可以起草农村住房交易示范合同，对农村住房的交易期限、违约责任、地上附着物和添附物的赔偿、届满期后的处理等问题予以指导。同时，地方政府做好农村建设规划，防止农村住房交易推开后出现乱搭乱建等失控现象。

前村与农打保障经济制度不大变。
风险：集体经济组织与所有规划完善彻底落实

违法建筑民事保护的思考*

黄书建* 林恩伟*

内容摘要:违法建筑上的权利虽然具有明显的瑕疵,但其民事法律保护同样不可以缺少。现行法律并未否定违法建筑人的起诉权,在违法建筑遭受不法损害时,只要违法建筑人的起诉符合条件,法院就必须受理。不仅如此,基于物权占有理论和相关规定,违法建筑人同样享有胜诉权,即对违法建筑物享有占有及因占有而衍生的财产权利。因此,无论是违法建筑的违约还是侵权,只要对违法建筑人造成了实际损失,都应给予一定程度的赔偿。当然,对违法建筑的赔偿必须充分注意到违法建筑本身的违法性,其赔偿范围、数额是不完全的,其责任方式是有限的。

关键词:违法建筑 诉权 违约保护 侵权保护

违法建筑,是指在城市规划区内,未取得建设工程规划许可证或违反建设工程规划许可证的规定建设的,或采取欺骗手段骗取批准而占地新建、扩建和改建的建筑物。近年来,我国各地各类违法建筑层出不穷,导致有关违法建筑的民事纠纷也迅猛增加。因违法建筑的特殊存在及相关法律法规的冲突,处置这类案件时又一般采取对违法建筑最低限度的保护或者不保护的模模式,涉违法建筑的案件已经成为当前社会纠纷连环的中心。司法的基本目的是定纷止争,偏离这一目的的司法处断模式自然需要进行检讨和反思。基于此,笔者认为,对违法建筑的司法保护作广泛而深入的研究实属必要。

一、违法建筑人的诉权

违法建筑人的诉权,是指违法建筑人的民事权益受到侵犯或与他人发生争议,向人民法院提出获得司法保护的权力。违法建筑人的诉权,包括程序意义上的诉权和实体意义上的诉权。所谓程序意义上的诉权,是指当事人按照民事诉讼法的规定,请求予以司法保护的权力,又称起诉权。所谓实体意义上的诉权,是指当事人按照民事实体法的规定,请求人民法院保护其实体权益的权力,又称胜诉权。

(一)违法建筑人的起诉权

当前,因对违法建筑的权属问题认识模糊,在违法建筑遭受不法损害时,受损的违法建筑人有无起诉权,法院应否受理这类案件存在不同的意见。一种意见认为,违法建筑人无起诉权。即如果起诉的违法建筑人没有相关产权凭证,以证明其民事权益合法,法院应不予受理。主要理由是:1、违法建筑租赁、买卖、侵权、分割均属于给付之诉,而给付之诉的前提是确认之诉成立。违法建筑无产权凭证,故确认首先不成立。2、最高人民法院在

* 基金项目:浙江省社科联重点研究课题立项项目(2014Z030)、台州市社科联重点研究课题立项项目(13YZ09)“‘三改一拆’的法律适用及实践把握”,浙江省法学会2014年度法学研究重点课题立项项目(2014NB05)“农村宅基地流转纠纷及其解决机制的研究”阶段性研究成果。

* 黄书建,宁波市江北区人民法院办公室副主任,审判员,法学硕士。

* 林恩伟,浙江省温岭市人民法院办公室副主任,助理审判员,法学硕士。

1984 年就关于贯彻执行《民事诉讼法(试行)》若干问题的意见的有关起诉与受理问题上曾明确,违法建筑的纠纷告知原告向有关部门申请解决。一种意见认为,违法建筑人有起诉权。即无论被损害标的是否属违法建筑,法院均应受理。

笔者认为,最高法院的意见仅指违法建筑本身引起的纠纷,并未包含其他涉及财产内容的纠纷,这是因为法院是审判机关,本身无权认定建筑物违法与否,同时违法建筑这一概念本身又具有很强的政策性,只有当它的管理部门明确处理意见后,人民法院才能根据事实依法予以裁判。此外,我国民事诉讼法第 108 条对起诉和立案进行了专门的规定,在该规定中并没有限制违法建筑人的起诉权,也就是说,只要违法建筑人遵循该条规定进行起诉,法院就必须立案受理。而且违法建筑遭受侵害也需要法律予以调整,司法应当给予当事人选择诉讼解决的救济途径,至于救济能否在实体上得到支持,则无关起诉权。所以,违法建筑人的起诉权应该得到保护。为解决违法建筑人的起诉权问题,上海市高级人民法院在 1993 年沪高法(1993)148 号关于印发《关于审理房产纠纷案件若干疑难问题的讨论纪要》的通知中已明确“因违章建筑引起的房产纠纷,因违章建筑的认定、拆除引起的纠纷,应由行政机关处理。但当事人以违章建筑为标的发生买卖、租赁、抵押等民事纠纷以及违章建筑妨碍他人通风、采光等引起的相邻纠纷,可作为民事案件受理。

(二) 违法建筑人的胜诉权

对于违法建筑人是否具有胜诉权,理论与实务中同样存在不同意见。第一种意见认为,违法建筑不属于法律保护的合法财产权益范畴,因此违法建筑人的诉求不应得到支持;第二种意见认为,虽然违法建筑本身是非法的,但通过侵权或者违约等不法手段损害违法建筑人利益的当事人,对其造成的损失应当承担一定的责任,但这种责任只能是补偿责任,而不是赔偿责任;第三种意见认为,虽然违法建筑本身是非法的,但违法建筑人对违法建筑具有占有利益以及由此衍生的财产利益,一方当事人损害上述利益时,应当承担赔偿责任。

上述三种观点分歧的症结所在,是违法建筑人对其违法建筑是否具有一定的正当利益。笔者认为,违法建筑人不仅具有程序意义上的起诉权,同样具有实体意义上的胜诉权。违法建筑确因其违法在先而无法取得物权,但这并不表示所有的违法建筑都不能取得所有权的效力。违法建筑作为一种违法的建筑在被确认违法或强制拆除之前,其作为一种财产仍然客观存在着,任何人都不对该建筑物享有所有权,但不能否认客观上存在着对违法建筑享有的占有、处分、使用的权利。《物权法》第 245 条规定,“因侵占或者妨害占有造成损害的,占有人有权请求损害赔偿。”王利明教授也认为,“占有作为一种事实状态体现了财产秩序,占有的现状也构成了一种社会生活秩序。法律之所以要保护占有,并不一定为了

寻求对真正权利的保护，而是为一种维护财产秩序和生活秩序的稳定。”^①可见，在有关行政主管部门未依法认定要求拆除之前，违法建筑建造人仍然对违法建筑物享有占有及因占有而衍生的财产权利。主要包括：

1. 建筑材料的处分权。由于违法建筑物系违法建筑人违法所建，故其对该违法建筑物不享有法律意义上的不动产物权，当然也不享有不动产物权的处分权，但是构筑该违法建筑物的材料为违法建筑人所提供，对该建筑材料，违法建筑人享有所有权，当然享有处分权。

2、违法建筑的使用权。虽然违法建筑人不享有对违法建筑法律意义上的不动产物权的处分权，但存在一种事实上的占有^②。其占有的目的并不仅仅是据为己有，而是按照物的性能和用途加以利用。当然违法建筑之上的使用权是一种临时性使用权。一旦违法建筑被拆除，使用权随即消灭；或者违法建筑取得合法性之后，该种违法建筑之上的使用权也就消灭，转化为合法建筑的使用权。

3、违法建筑的收益权。违法建筑人对违法建筑的占有是有权占有，所以其当然有权收益，只是这种收益权应当受到法律的限制，占有人只能因本人使用违法建筑而取得收益，而不能以出租等方式收益。

4、禁止他人侵犯权。违法建设人因不具有所有权，因此其占有是无权占有。但由于其对违章建筑实际管理与控制，这种占有状态，受法律的保护，他人不得随意侵犯。除执法机关依法处理违法建筑外，禁止他人侵犯建设人对违法建筑物的占有。

二、违法建筑违约的保护

违法建筑违约，是指以违法建筑物作为合同标的的一方当事人违反合同义务的行为。司法实践中，违法建筑的违约主要体现在违法建设人与他人签订违法建筑的买卖、租赁合同后，他人违反合同义务的行为。在他人违约后，对违法建设人的法律救济主要涉及到合同效力、租金和赔偿等问题。

（一）买卖、租赁合同的效力

在违法建筑买卖、租赁合同的效力问题上，理论上的争议颇多：一种观点认为，标的物违法可能会导致法律行为损害他人利益及社会公共利益，致使法律行为违法，但标的物的违法并不必然导致法律行为违法。也就是说，违法建筑虽具有违法性，但其租赁行为并不因此而具有违法性，故违法建筑的违法性不能阻却租赁合同的有效成立。^③一种观点认为，

^① 王利明：《物权法论》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 36 页。

^② 占有是一种事实而非一种权利，是一种人对物的控制与支配状态。占有可因所有权、他物权或者其他权利而发生，也可因某种缺乏权利依据的行为以及单纯的自然事实而发生。

^③ 杨笈：《违章建筑租赁合同的效力》，江苏经济报 2012 年 3 月 14 日法治综合版。

在以违法建筑签订的买卖合同之时，实际属于买卖合同的债权行为和买卖的标的物需要发生变动的物权行为同时并存的情况，也就是债权行为（负担行为）和物权行为（处分行为）同时并存。由于债权行为的有效不以处分权作为条件，所以违法建筑的建造人在出卖违法建筑时，无论是否有处分权，都不影响买卖合同的效力。^①一种观点认为，在城市规划区范围内，以未履行规划报建手续或未按规划审批许可文件的规定建造的建筑物为标的签订的租赁合同，原则上应当认定为无效。但在诉讼过程中，如果未履行规划报建手续或未按规划审批许可文件规定建造的建筑物经行政主管部门作出处理决定后，没有被没收或限期拆除的，以该建筑物为标的签订的租赁合同，可以认定为有效。^②

笔者认为，违法建筑买卖、租赁合同作为有名合同之一种，其效力首先受到合同法一般规则的影响。按照合同效力的一般理论，房屋租赁合同必须具备合同生效的一般条件，即当事人有相应的行为能力、意思表示真实、标的确定可能及合同内容不违反法律、行政法规的强行性规定和禁止性规定，不违反公共利益，始能发生当事人所期望的法律效果。就违法建筑物买卖、租赁合同而言，其效力问题主要存在合同内容违反法律、行政法规的强行性规定和禁止性规定要件之中。合同法第52条规定，违反法律和行政法规的强制性规定，合同无效。为进一步明确违法建筑租赁合同的效力，最高人民法院《房屋租赁合同解释》第2条规定：“出租人就未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋，与承租人订立的租赁合同无效。除非在一审法庭辩论终结前取得建设工程规划许可证或者经主管部门批准建设的，违法建筑经补正为合法建筑人民法院才认定有效”。司法实践中，基本上遵循这一原则进行判定，下面是北京市、重庆市法院所作的二个判例：

判例（1）：北京市石景山某农工商公司诉北京某公司、金某租赁合同纠纷一案中，被告租赁原告汽车修理厂院落及房屋，被告在承租的院落中建房，从事房屋出租经营活动。最后，被告某公司在承租的土地上所建房屋被认定为违法建设而被强制拆除。原告诉至法院要求解除并确认其所签订的协议无效。最后一审、二审法院均认定由于原被告所签订的土地租赁合同违反了法律的强制性规定而无效。

判例（2）：重庆某公司工会与被告罗某签订《门面出租合同》，约定将位于公司大门左侧建筑面积为66平方米的门面3间出租给被告罗某。合同签订后，原告将房屋交付给被告罗某，被告罗某给付重庆某公司租金7200元，同时交付了押金1000元。经审理查明，原告所出租的门面房属其修建，未取得建设工程规划许可证及合法的建设手续，也未进行房屋权属登记。据此，法院认为，原告出租的房屋未取得建设工程规划许可证，违反了《城

^① 崔俊贵、白晨航：《违法建筑的权利归属及买卖合同的效力》，载《法学杂志》2103年第6期，第75页。

^② 李白平、符汉平：《浅谈违章建筑租赁合同的效力》，http://www.hicourt.gov.cn/theory/artilce_list.asp?id=5142，2013年12月24日访问。

乡规划法》的规定，属于违法建筑，原告与被告罗某签订的《房屋租赁合同》无效。

当然，根据法律规定，违法建筑买卖、租赁合同无效存在例外情形。例外的条件是违法建筑人在一审法庭辩论终结前取得建设工程规划许可证或者主管部门批准建设，这时人民法院应认定买卖、租赁合同有效。至于此种效力变化是否有溯及力司法解释并未规定，有待于在司法实践中进一步细化。还应注意，此处所谓“一审法庭辩论终结前”不包括二审、再审程序中发回到一审法院审理阶段。如果买卖、租赁合同已被人民法院或者仲裁机构认定为无效的，即使满足了例外条件，其效力也不能再转化为有效。

（二）买卖、租赁合同无效后的处理

合法的房屋买卖、出租与违法建筑的买卖出租，一个重要的区别是，前者是一个民事法律行为，可以产生双方当事人预期的法律后果，而后者只是民事行为，难以产生双方当事人预期的民事法律后果。一旦遇到一方违约等纠纷，法院一般是根据我国民法通则第 58 条的规定处理，宣告合同无效，而因该合同取得的财产，各自返还对方，在不能返还或者没有必要返还的情形下，折价补偿。同时有过错的一方应当赔偿对方的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

违法建筑买卖合同无效后处理过程中相对难以把握的问题是双方过错的认定，这是确定双方各自担负的赔偿责任大小的关键。一般来说，以是否明知标的物为违法建筑作为区分双方担责的依据是司法实践的惯例。买进一方当事人明知其购买的房屋是违法建筑时，双方各自承担一半的责任；反之，卖方当事人应承担主要责任，买方承担次要责任，因为买方始终存在购房前认真查询了解涉案房屋的权属情况和建房的有关审批手续的责任。

违法建筑租赁合同无效后处理相对复杂，因为这里不仅牵涉到过错责任认定的问题，还涉及到违法建筑租金、装修物的处理、腾退以及赔偿等诸多问题。

1. 租金。以违法建筑物为标的的租赁合同，一方虽然违约，但是另一方并不能因此依约获取违约金，这是其与合法建筑物租赁合同最大的区别。^①该房屋租赁合同无效后，按照房屋租赁司法解释第五条第一款规定，使用人应支付使用期间的使用费，因为占有违法建筑的一方当事人对违法建筑使用的是一个不可回复的客观事实，而且也确实因占有、使用违法建筑获得了利益，同时违法建筑却因此而有所损耗。

至于使用人对违法建设人支付使用费的数额，可以以房管部门的核定为准，或者可以参照先前约定的租金标准，或者由法官参照当时市场租赁价酌情进行增减确定。

2. 装修物的处理。对违法建筑装修物的处理同样可以酌情参照合法建筑装修物的处理模式进行。《合同法》第 223 条的规定：“承租人经出租人同意，可以对租赁物进行改善或者增设他物。承租人未经出租人同意，对租赁物进行改善或者增设他物的，出租人可以要

^① 合法建筑物的有效租赁合同自合同成立之日起，无论承租人实际使用与否都应依约给付租金。

求承租人恢复原状或者赔偿损失。”据此，违法建筑装修物的处理区分两种情形，一是经出租人同意的情形，一是未经出租人同意的情形。在未经出租人同意的情形下，承租人须自己承担损失，同时造成对方损失的，还应进行一定的赔偿。

在经出租人同意的情形下，又可以区分两种处理模式，一是对装修物的处理有约定，一是对装修物的处理没有约定。虽然租赁合同无效，但有约定一般仍然可以从其约定；没有约定的，对装修物的处理可以参照房屋租赁司法解释的相关规定：（1）因出租人违约导致合同解除，承租人请求出租人赔偿剩余租赁期内装饰装修残值损失的，应予支持；（2）因承租人违约导致合同解除，承租人请求出租人赔偿剩余租赁期内装饰装修残值损失的，不予支持。但出租人同意利用的，应在利用价值范围内予以适当补偿；（3）因双方违约导致合同解除，剩余租赁期内的装饰装修残值损失，由双方根据各自的过错承担相应的责任；（4）因不可归责于双方的事由导致合同解除的，剩余租赁期内的装饰装修残值损失，由双方按照公平原则分担。

腾退。违法建筑租赁期满，或者因租赁合同被判决无效，承租人已经没有再继续使用违法建筑的合理事由。而法院在判决一方返还租金，另一方给付使用费的同时，判决承租人腾退该违法建筑。问题的关键是腾退的判决是否需以承租人找到住处或出租人另为其解决居住，方可判决腾退，因为这确实涉及到社会的和谐稳定。我们认为，在租赁合同无效后，出租人已无义务为承租人提供住处，法院也无法律依据为其指定住所。同时，一方面依法宣告租赁行为无效，另一方面又不支持迁让，显然是与法相悖。

4. 其他赔偿。因违法建筑租赁合同无效，一方当事人请求对方赔偿因合同无效受到的其他损失，法院可以参照合同法的有关规定及房屋租赁司法解释的相关规定进行处理。需要注意的是，该损失赔偿毕竟是因违法建筑违约产生，有其特殊性，所以赔偿的数额必须充分考虑这一点。

三、违法建筑侵权的保护

（一）违法建筑的侵权及保护

违法建筑侵权，是指侵害违法建筑造成违法建设人权益受损的行为。一般侵权行为的构成包括以下四个要件：一是致害行为的违法性；二是损害事实的客观存在；三是侵权行为与损害事实之间具有因果关系；四是致害人的有过错。由于对侵害违法建筑行为的违法性存在一定的争议，当违法建筑遭受他人侵害时，侵害人是否要负停止侵害、赔偿等责任，实务中有不同的意见。有一种意见认为法院保护的应当是合法权益，对违法的民事行为带来的权益，法院不应当保护。而违法建筑没有经过政府有关部门的批准，违反了《城市规划法》等相关法律法规的规定，对此产生的利益，法院不应该保护。