

# 法学研究文集

司 法 部 部 级 科 研 项 目

## 土地使用权和用益物权

—— 我国不动产物权体系研究

高富平/著

法 律 出 版 社

法学研究文集(1999)——司法部部级科研项目

# 土地使用权和用益物权

——我国不动产物权体系研究

高富平 著

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

土地使用权和用益物权——我国不动产物权体系研究/高富平著. —北京:法律出版社,2001.10

(法学研究文集)

司法部部级科研项目

ISBN 7-5036-3550-9

I. 土… II. 高… III. ①不动产-物权法-研究-中国  
②土地使用权-研究-中国 IV. D923.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 069202 号

---

出版/法律出版社  
印刷/中国科学院印刷厂  
责任印制/陶松

总发行/中国法律图书公司  
经销/新华书店  
责任校对/杜进

---

开本/A5  
版本/2001 年 12 月第 1 版

印张/19.375 字数/454 千  
2001 年 12 月第 1 次印刷

---

法律出版社地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

传真/(010)88414115

电话/(010)88414121(总编室)

(010)

(责任编辑)

---

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

传真/(010)88414897

电话/(010)88414899 88414900

(010)62534456(北京分公司)

(010)65120887(西总布营业部)

(010)88414933(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)

(021)62071679(上海公司)

商务网址/www.china-law-book.com

---

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3550-9/D·3467

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

## ■ 序 言

1999年,作者同时申请到两个物权法研究项目,一个是上海市重点学科项目“我国物权立法基本问题研究”和司法部的“用益物权研究”。前一个项目更侧重于物权基础理论(物权法总论、所有权部分)的探研,在理论研究基础上对中国物权立法基本问题提出自己的看法;后一个项目专门研究用益物权,其主要内容当然也是我国应当建立什么样的用益物权体系及其每一类用益物权的规范。因此,两个项目是相互关联,又相对独立。

在研究中发现,在动产方面,世界各国几乎没有什么差异,我国基本上也不存在特殊之处,只是在取得规则上存在一些区别;这些差别只影响其取得和变动,而不影响其种类、性质和内容。而在不动产,我国的土地所有权不能作为可流转的财产权直接进入市场,而必须借助中介性的土地使用权,土地使用权发挥着大陆法系中的所有权功能。这也就意味着,我国可流转的不动产物权不是以所有权为基础的,而是以土地使用权为基础的。尽管公民、法人可以取得房屋或其他附着物的所有权,但对土地只享有使用权会大大地改变整个不动产物权的结构和规则。而这一点决定了我们很难套用大陆法所有权与用益物权的两分法构筑物权体系,必须建立“有中国特色的”不动产物权制度。

不动产物权制度具各自国家的特色实际上是非常普遍的现象。这里且不谈英美法和大陆法的巨大差异,就是在大陆法系

国家,也各不相同。当然,他们的不同主要表现在用益物权及其担保物权种类及其一些具体的物权规则上的不同,在所有权的性质及内容及不动产物权结构方面基本上是一致的。而恰恰是这种基础方面的不一致困扰着我国物权立法的进展。

作者认为,基础权利的不同之所以被认为是一种障碍,是因为长期以来物权法理论一直拘泥于或固守传统大陆法所有权为核心的物权体系思想。在其他大陆法国家,土地和附着物被作为一个物,成立一个所有权,而不动产物权即是以维护不动产所有权和规范其流转为核心建立起来的,保护所有权是物权法的终极目的。用益物权只是为了某些个别人利益设置附属性质不动产物权,它的目的本身不是为了交易,而是使用(即使用益物权可以交易,一般限于租赁和继承);而且用益物权总要归于消灭或终止,使所有权恢复圆满或完整。显然,依据这种理论和思想,我国的不动产物权存在着“先天不足”。

但是,假如我们换一种思路,使我国的土地使用权发挥其他国家土地所有权的功能和作用,那么,我们仍然可以建立有中国特色的不动产物权体系。在这方面英美法地产权制度倒可以为我国所借鉴。地产权(Estate)是介乎土地所有权与土地占有之间抽象的物,围绕这种抽象的物,英美法建立了一套权利体系。基于这样的考虑,作者认为我国应当建立以土地使用权为核心或基础的不动产物权体系。这里的土地使用权实际上变成了设置于土地之上的抽象的物(地产权或土地权益),它本身可以交易,同时也可以与其他(附着于其上的物)结合在一起流转,由此构筑独具特色的不动产的物权体系。

这样,我国的土地产权实际上就分三个层次,一个是土地所有权,它基本上是制度意义上的权利,具有界定土地归属和设定使用权的作用;二是土地使用权,它本身构成我国的地产,同时与附着物相结合构成不动产物权;三是因土地使用权人处分形

成的用益物权。实际上,只有在土地使用权或以土地使用权为基础的不动产物权上设定的用益物权,才是其他大陆法国家物权法上的用益物权。

作者始终围绕上述思路开展研究,设计我国的物权体系。也正是这样的设想和思路,作者以“土地使用权和用益物权”替代了“用益物权研究”,并加以副标题,“我国不动产物权体系研究”。这样做意在突出我国的使用权并不能等同于其他国家的用益物权,而对土地使用权和土地使用权基础上产生的其他权利的研究,又代表了对我国不动产物权体系的研究。

严格来讲,本书研究成果是“我国物权立法基本问题研究”项目的组成部分。不过,按照传统大陆法的思想,本项目涉及内容均属于用益物权体系,将其著作成一本书,亦有内在的合理性。因此,本书首先是介绍大陆法的用益物权,在此基础上分析我国的使用权的性质不同于其他大陆法国家任何一种用益物权,我国应当建立以土地使用权为核心的不动产物权体系。这些论述构成本书的第一编。余下四编分别涉及四类“用益物权”,即:建设用地使用权、传统大陆法系中的用益物权、农地使用权和资源性土地使用权及资源利用权。实际上,最后两编研究内容远远超出用益物权范畴,涉及到农村土地和各类资源性土地归属和利用的制度设计问题。作者认为应当借鉴建设用地使用权,实现农地和资源性土地利用的物权化,并借此建立我国统一性质但不同种类的土地使用权制度。不过,因农地的社会功能或社会保障功能,应当制定农地法,通过实化集体所有权基础上创制农地使用权体系;资源性土地因受利用人资质和公共利益的限制,它们除了适用物权法一般规则外,还受属于公法范畴的特殊法调整。

作者

2001/5/1

## 法律出版社征稿启事

近年来,伴随着国家法治建设的进程,法律出版社作为我国历史最悠久的国家级法律专业出版社,取得了长足发展。法律出版社的成长离不开多年来关怀着我们的读者,更离不开对我们大力支持、诚心提携的作者。

在此,我们真诚希望关心、相信我们的作者,把那些治国安邦的行为准则,指导系统工作的“金科玉律”,传道、授业、解惑的“四书五经”,特别是那些穷天人之际,通古今之变,成一家之言,足以开启民智,领潮头之先的传世之作,放心大胆地交给我们出版。

我们庄严地承诺:将以最好的编辑和装帧质量,最广泛有效的发行渠道,最丰厚诱人的润笔稿酬和合作条件,使您的大作风行于世,继“立功”、“立德”之后,助您完成“立言”这不朽之业。

### 征稿范围:

立法司法行政执法部门工作用书,法律职业人员工作用书,法律院校教材及教辅用书,各类资格、学历考试法学参考用书,法学学术著作,法学译著,法律知识读物,法律实务及案例读物,法律工具书。

投稿地址:北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层

邮 编:100037

总 编 室:010-88414121 010-68710320

策划编辑:010-88414134 010-88414135

编 辑 室:010-88414127 010-68710321

传 真:010-88414115

电子信箱:[pholaw@public.bta.net.cn](mailto:pholaw@public.bta.net.cn)

# 目 录

## 第一编 用益物权制度与我国不动产物权体系

|                                          |      |
|------------------------------------------|------|
| 第一章 大陆法系的用益物权制度·····                     | (3)  |
| 第1节 罗马法上的用益物权制度及其在当代<br>大陆法国家的继承·····    | (3)  |
| 1. 罗马法中的用益物权·····                        | (3)  |
| 2. 罗马法用益物权制度在大陆法的承继:永佃权在<br>多数国家的消失····· | (14) |
| 第2节 地役权·····                             | (16) |
| 1. 地役权的普遍性:大陆法与英美法·····                  | (16) |
| 2. 地役权构成和分类·····                         | (17) |
| 3. 地役权的法律特征·····                         | (19) |
| 4. 地役权的功能和发展趋势:我国地役权立法选择·····            | (21) |
| 第3节 用益权·····                             | (24) |
| 1. 用益权的功能·····                           | (24) |
| 2. 用益权的特征·····                           | (26) |
| 3. 用益物权的创设和所有权人利益的保障·····                | (32) |
| 4. 用益权的特例:使用权和居住权·····                   | (34) |
| 5. 用益权与地役权比较·····                        | (35) |
| 第4节 永佃权·····                             | (36) |
| 1. 永佃权在大多数大陆法国家的消失·····                  | (36) |

|                            |      |
|----------------------------|------|
| 2. 当今大陆法中的永佃权制度            | (39) |
| 3. 永佃权的基本特征:以台湾为例          | (41) |
| 第5节 地上权                    | (43) |
| 1. 地上权在现代大陆法中确认            | (43) |
| 2. 地上权及其性质认定               | (45) |
| 3. 地上权的法律特征                | (48) |
| 4. 地上权的价值或功能:地上权在当今社会发展趋势  | (51) |
| 5. 地上权与用益权                 | (53) |
| 6. 地上权、永佃权和租赁权             | (54) |
| 第6节 总结:什么是用益物权             | (58) |
| 1. 用益物权的范围                 | (58) |
| 2. 用益物权创设:用益物权的物权特性的取得     | (60) |
| 3. 用益物权的基本定位               | (64) |
| 4. 用益物权基本特征                | (66) |
| 5. 用益物权在现代社会中的命运           | (69) |
| 第二章 土地使用权物权化及可流转土地使用权的创制   | (71) |
| 第1节 传统计划经济体制下的不动产          | (71) |
| 1. 土地公有制两种所有权形式的形成         | (71) |
| 2. 传统体制下的房屋用地和房地产权         | (75) |
| 3. 作为经济制度意义的两种土地权属形式       | (78) |
| 4. 总结:公有制的两种所有权形式的性质       | (82) |
| 第2节 传统体制下不动产权属体制的物权化改造     | (84) |
| 1. 公有制物权化改造概述              | (84) |
| 2. 土地权利物权化模式的选择:土地全民所有的必要性 | (86) |
| 3. 可流转的国有土地利用权的创制          | (89) |

|                                |       |
|--------------------------------|-------|
| 4. 土地使用权性质的变化 .....            | (91)  |
| 5. 总结:我国土地使用权体系 .....          | (92)  |
| <b>第3节 我国不动产权结构:土地使用权+房屋</b>   |       |
| 所有权 .....                      | (95)  |
| 1. 典型的房地产权结构:房地产权合一 .....      | (95)  |
| 2. 房屋与土地产权非常态结构:房地产权分离 .....   | (96)  |
| 3. 我国房地产权结构:房屋所有权+土地使用权 .....  | (99)  |
| <b>第三章 土地使用权的定位:兼论我国的用益物</b>   |       |
| <b>权体系</b> .....               | (102) |
| <b>第1节 土地使用权的法律定位:用益物权</b>     |       |
| 质疑 .....                       | (102) |
| 1. 我国土地使用权的产生过程和制度基础 .....     | (102) |
| 2. 我国的使用权与大陆法用益物权:比较研究 .....   | (105) |
| 3. 我国学者对土地使用权定位:现行用益物权思路 ..... | (106) |
| 4. 对用益物权定位的批评 .....            | (110) |
| 5. 占有权思路 .....                 | (113) |
| 6. 作者观点 .....                  | (116) |
| <b>第2节 英美地产权思路</b> .....       | (118) |
| 1. 英美法上的物权体系 .....             | (118) |
| 2. 两大法系物权设计比较 .....            | (123) |
| 3. 地产权思路 .....                 | (128) |
| 4. 地产权思路与大陆法传统的融合 .....        | (132) |
| 5. 财产意义上的土地使用权:与用益物权的区别 .....  | (134) |
| <b>第3节 有中国特色的用益物权体系</b> .....  | (136) |
| 1. 现有学者的观点 .....               | (137) |
| 2. 作者观点:以土地使用权为核心的不动产权体系 ..... | (140) |

## 第二编 建设用地使用权

|                                                   |       |
|---------------------------------------------------|-------|
| <b>第四章 建设用地使用权现状及其规范</b> .....                    | (147) |
| <b>第1节 我国建设用地使用权现行规范及问题</b> .....                 | (147) |
| 1. 不同种类的土地使用权 .....                               | (147) |
| 2. 土地使用权的法律分类 .....                               | (149) |
| 3. 房屋所有权与土地使用权:使用权的终止问题.....                      | (153) |
| <b>第2节 建设用地使用权规范重塑</b> .....                      | (156) |
| 1. 基本观念 .....                                     | (156) |
| 2. 现行土地使用权种类和归并 .....                             | (158) |
| 3. 土地使用权:作为整个不动产物权的基础 .....                       | (164) |
| 4. 土地使用权与土地所有权的区别 .....                           | (166) |
| <b>第五章 土地使用权设定及其变动规则</b> .....                    | (168) |
| <b>第1节 出让方式获得土地使用权</b> .....                      | (168) |
| 1. 土地使用权出让及其性质 .....                              | (168) |
| 2. 土地使用权出让的主体与客体 .....                            | (171) |
| 3. 土地使用权出让合同和使用权登记行为 .....                        | (173) |
| 4. 土地使用权出让的方式 .....                               | (176) |
| 5. 土地使用权的终止 .....                                 | (178) |
| <b>第2节 划拨土地使用权:非财产权利到财产</b><br><b>权利的转变</b> ..... | (181) |
| 1. 划拨土地使用权的现状和立法取向 .....                          | (181) |
| 2. 公益目的的划拨土地使用权规范 .....                           | (184) |
| 3. 非公益目的的划拨土地的“转轨” .....                          | (186) |
| 4. 划拨土地的其他转化形式 .....                              | (191) |
| <b>第3节 土地使用权转让</b> .....                          | (193) |
| 1. 土地使用权转让及其条件 .....                              | (194) |

|                             |       |
|-----------------------------|-------|
| 2. 土地使用权转让与土地上的建筑物的关系 ..... | (194) |
| 3. 土地使用权转让与原出让使用权合同 .....   | (195) |
| 4. 土地使用权转让的性质和要件 .....      | (195) |

### 第三编 传统大陆法意义上的用益物权

|                                   |       |
|-----------------------------------|-------|
| <b>第六章 地役权</b> .....              | (199) |
| <b>第1节 地役权与相邻关系:概念与理论问题</b> ..... | (199) |
| 1. 相邻关系与相邻权 .....                 | (199) |
| 2. 地役权 .....                      | (202) |
| 3. 关于地役权与相邻关系立法例问题 .....          | (208) |
| 4. 关于邻地利用权 .....                  | (212) |
| <b>第2节 地役权一般原理</b> .....          | (213) |
| 1. 地役权的制度价值 .....                 | (213) |
| 2. 地役权的取得 .....                   | (214) |
| 3. 地役权的让与 .....                   | (216) |
| 4. 地役权法律关系 .....                  | (218) |
| 5. 地役权的消灭 .....                   | (219) |
| 6. 侵害相邻权的法律救济 .....               | (220) |
| <b>第3节 法定地役权:基本类型与内容</b> .....    | (224) |
| 1. 相邻便利提供 .....                   | (224) |
| 2. 邻地利用 .....                     | (227) |
| 3. 相邻妨害禁止 .....                   | (230) |
| <b>第4节 异产毗连“相邻”关系</b> .....       | (233) |
| 1. 界墙相邻关系 .....                   | (234) |
| 2. 区分所有权人之间的相邻关系 .....            | (236) |
| <b>第5节 约定地役权</b> .....            | (238) |
| 1. 约定地役权范围 .....                  | (238) |

|                                   |       |
|-----------------------------------|-------|
| 2. 关于以收益为内容的地役 .....              | (239) |
| 3. 约定地役权设定中的一些问题 .....            | (240) |
| 4. 案例分析 .....                     | (241) |
| 第6节 公共地役问题研究 .....                | (245) |
| 1. 土地公有对法定地役权(相邻权)的影响 .....       | (245) |
| 2. 公共地役概念 .....                   | (247) |
| 3. 公共地役权获得 .....                  | (248) |
| 4. 公共地役侵权 .....                   | (249) |
| 第七章 典权制度 .....                    | (251) |
| 第1节 什么是典权 .....                   | (251) |
| 1. 典权 .....                       | (251) |
| 2. 典权之性质 .....                    | (253) |
| 3. 典权与相似制度之比较 .....               | (256) |
| 4. 典权制度的产生 .....                  | (258) |
| 第2节 典权的设立与取得 .....                | (259) |
| 1. 典权的设立 .....                    | (259) |
| 2. 取得典权的其他方式 .....                | (263) |
| 第3节 典权基本制度 .....                  | (264) |
| 1. 典权期限 .....                     | (264) |
| 2. 典权人之权利与义务 .....                | (266) |
| 3. 出典人的权利和义务 .....                | (269) |
| 4. 典权的消灭 .....                    | (272) |
| 第4节 典权的存废及我国立法选择 .....            | (273) |
| 1. 台湾学者之见解 .....                  | (273) |
| 2. 国内学者之观点 .....                  | (274) |
| 3. 作者观点 .....                     | (277) |
| 第八章 经营权规范问题:兼论我国是否设立人<br>役权 ..... | (278) |

|                          |       |
|--------------------------|-------|
| 第 1 节 企业经营权的规范问题         | (278) |
| 1. 企业经营权的意义              | (278) |
| 2. 企业经营权的性质              | (280) |
| 3. 经营权去向:法人财产权替代         | (282) |
| 4. 法人财产权与经营权:替代中的问题      | (283) |
| 第 2 节 土地资源的使用权(经营权)物权规范  |       |
| 问题                       | (290) |
| 1. 土地使用权与土地承包经营权的现行法律规定  | (290) |
| 2. 国有资源性土地使用权规范问题        | (291) |
| 3. 集体所有土地及国家所有集体使用土地分散利用 |       |
| 问题                       | (292) |
| 第 3 节 我国是否设立人役权          | (293) |
| 1. 我国是否要确立人役权制度          | (293) |
| 2. 我国人役权制度的设立            | (295) |
| 3. 小结                    | (299) |
| 第九章 不动产租赁使用权             | (300) |
| 第 1 节 租赁土地使用权            | (300) |
| 1. 土地租赁:国有土地有偿出让方式的补充    | (300) |
| 2. 国有土地使用权租赁合同的签订        | (301) |
| 3. 租赁土地使用权的法律性质          | (302) |
| 第 2 节 土地使用权租赁            | (303) |
| 1. 土地使用权出租               | (303) |
| 2. 土地使用权租赁合同             | (305) |
| 3. 租赁使用权                 | (306) |
| 第 3 节 房屋租赁使用权            | (307) |
| 1. 房屋租赁的概念               | (307) |
| 2. 房屋租赁合同                | (308) |
| 3. 租赁登记与《房屋租赁证》          | (309) |

4. 房屋的转租 ..... (313)
5. 租赁房屋的添附 ..... (313)
6. 总结:不动产租赁使用权的性质 ..... (314)

## 第四编 农地立法及其农地使用权

### 第十章 农地立法的世界经验..... (319)

#### 第1节 从古代农业社会到近代法典化时期的

##### 农地立法..... (319)

1. 罗马社会的农地制度:农地作为财产制度的确立 ..... (319)
2. 日耳曼社会的土地制度 ..... (322)
3. 封建社会的土地制度 ..... (326)
4. 法国大革命之后建立的土地制度 ..... (329)

#### 第2节 20世纪后的农地立法 ..... (329)

##### 1. 20世纪整个物权立法思想变迁:社会本位思想

##### 替代个人主义思想 ..... (331)

##### 2. 土地分类规范:农地法的出现 ..... (337)

#### 第3节 现代农地立法及对我国的启示..... (341)

##### 1. 概述:农地改革的原因 ..... (341)

##### 2. 农地法及其主要制度 ..... (345)

##### 3. 农地所有权 ..... (349)

##### 4. 农地所有权形式:墨西哥与西班牙比较 ..... (354)

### 第十一章 农村土地集体所有的现状与问题..... (362)

#### 第1节 我国农村集体所有制度的形成及其改

##### 革..... (362)

##### 1. 农民土地所有制时期 ..... (363)

##### 2. 土地集体所有制时期 ..... (371)

##### 3. 改革开放后的集体土地所有权状况 ..... (377)

|                                 |       |
|---------------------------------|-------|
| 第2节 我国农村土地集体所有:现行法律规范<br>及其弊端   | (379) |
| 1. 农民集体土地所有权法律性质不明              | (379) |
| 2. 土地承包经营权的非完全物权性的弊端            | (380) |
| 3. 土地平均承包导致经营规模过小问题             | (383) |
| 4. 农村土地的流转问题                    | (384) |
| 第十二章 农村土地权利设计与规范问题              | (386) |
| 第1节 农村土地集体所有权制度的重构              | (386) |
| 1. 农民集体土地所有权向何处去:不同的改革思路        | (386) |
| 2. 落实农民集体所有权                    | (388) |
| 3. 农民集体所有:作为一种共有形式              | (392) |
| 4. 农民集体所有:主体实化和权能实化             | (395) |
| 5. 农民集体所有权:权能实化                 | (400) |
| 第2节 农民集体土地权利的法律规范问题             | (404) |
| 1. 我国农地立法的必要性                   | (404) |
| 2. 农地法的基本制度:我国农地产权制度设计的<br>基本思考 | (405) |
| 第十三章 农业用地的分散利用                  | (410) |
| 第1节 现行农村土地承包经营权制度及其<br>规范问题     | (410) |
| 1. 现行法对农村土地承包经营权的规范             | (410) |
| 2. 农村土地承包经营权性质争议                | (412) |
| 3. 承包经营权物权化的优势                  | (416) |
| 4. 我国农村土地承包经营权物权化的现实基础          | (419) |
| 第2节 农村土地承包经营权物权化方案              | (422) |
| 1. 有关农村承包经营权物权化改造的现行方案          | (422) |
| 2. 农村土地承包经营权制度设计理论基础            | (426) |
| 3. 农村土地分散利用权利设计:承包经营权规范方案       | (429) |

|                                      |       |
|--------------------------------------|-------|
| 4. 农村土地承包经营权法律规制问题 .....             | (437) |
| 5. 自留地使用权 .....                      | (440) |
| <b>第十四章 农村非农业用地规范问题</b> .....        | (442) |
| <b>第1节 农村宅基地使用权的法律定位</b> .....       | (442) |
| 1. 我国农村宅基地制度建立和现行规范 .....            | (442) |
| 2. 农村宅基地规范中几个问题 .....                | (447) |
| <b>第2节 农村建设用地</b> .....              | (451) |
| 1. 我国农村建设用地:现行规范 .....               | (451) |
| 2. 农村建设用地法律规范:值得探索的问题和解决<br>思路 ..... | (458) |
| 3. 城乡建设用地的统一问题 .....                 | (467) |
| <b>第3节 规范农村土地征用制度</b> .....          | (469) |
| 1. 征用的性质 .....                       | (469) |
| 2. 各国农地征用制度 .....                    | (470) |
| 3. 我国的农地征用制度及其弊端 .....               | (476) |
| 4. 改革征用制度,确立农村土地使用权有偿出让制度 .....      | (480) |

## 第五编 资源性土地使用权和资源利用权

|                                                  |       |
|--------------------------------------------------|-------|
| <b>第十五章 资源性土地和资源归属和利用制度</b> .....                | (483) |
| <b>第1节 资源性土地与资源</b> .....                        | (483) |
| 1. 资源性土地 .....                                   | (483) |
| 2. 资源 .....                                      | (485) |
| 3. 资源和土地的特征 .....                                | (487) |
| <b>第2节 资源和资源性土地归属和利用的现行<br/>        规范</b> ..... | (489) |
| 1. 现行资源和资源性土地的归属和利用权利设计 .....                    | (489) |
| 2. 现行资源和资源性土地立法存在的缺陷 .....                       | (493) |