

房地产法实务指导丛书

中国土地法

操作实务

张庆华 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

房地产法实务指导丛书

中国土地法

操作实务

张庆华 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国土地法操作实务/张庆华著. —北京:法律出版社, 2003. 10
ISBN 7-5036-4512-1

I. 中… II. 张… III. 土地法-研究-中国 IV. D922.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 084234 号

法律出版社·中国

责任编辑/戴伟

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶松

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/29.5 字数/454 千

版本/2003 年 11 月第 1 版

印次/2003 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939642

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782 中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4512-1/D·4230 定价:48.00 元

前 言

作为一名多年从事房地产法律事务的专业律师,我亲历了上世纪 90 年代我国房地产业从高峰跌至低谷,又从低谷中艰难走出,逐步复苏的全过程。在这一过程中,我目睹和参与了大量与房地产有关的纠纷和诉讼,并感受到许多当事人因陷于纠纷不能自拔而蒙受重大损失的痛苦和绝望。那么究竟是什么原因导致这些纠纷和诉讼呢?有人说纠纷和诉讼是房地产泡沫遽然破灭的必然产物;也有人说这是由房地产高投入、高利润和高风险的特点所决定的。我不敢苟同。在房地产业跌入低谷时,虽然往往容易诱发大范围的房地产纠纷和诉讼,但在我国房地产市场热涨时,同样是纠纷不断。而房地产业的“三高”特点虽然增加了房地产开发的法律操作难度,但这并不意味着纠纷和诉讼就不可避免。对众多案例进行分析总结可以发现,产生各种纠纷和诉讼的根源还是法律意识和能否依法操作的问题,即当事人是否掌握了依法维权的技巧?是否学会了合理的纠纷预防方法?肩负房地产管理职能的政府主管部门能否依法管理和规范市场等等,才是根本原因。其实这与其他行业引发纠纷和诉讼的原因本质上并无多大区别。

同时,对许多房地产纠纷案例进行研究后我还发现,几乎所有的房地产纠纷诉讼都与土地问题有关,即使一些经常性、表面化和大众化的普通商品房买卖或合作建房合同,其争议的焦点和难点也多表现为土地问题。对于最基本的合同效力问题,也主要是从土地使用权的取得和转让的合

法性入手加以分析判断并得出结论。而在房地产开发的非诉讼领域,即每一具体开发建设项目从立项审批到最终的产权登记过户的全过程,土地问题更是贯穿于建设项目始终的操作难点,同时也成为影响开发项目进程和成败的关键。

然而,与世界上大多数实行一元化土地所有制的国家相比,我国的土地制度显得既复杂独特,又富于变化:两种所有权权能差异明显的土地产权关系;两种截然不同的土地使用权取得方式;大量纷繁复杂、级别效力不同并且经常相互冲突的法律、法规、部门和地方规章以及政策性规定等。特别是在确立了社会主义市场经济方略之后,我国的土地制度在最近 10 年左右的时间又进入一个大调整时期,一些刚颁布的法律因为不符合市场经济的要求而不得不重新进行修改。同时新的法律又在短时间内不断出台。进入新世纪刚刚两年多的时间,土地制度的改革措施和立法建设就频频出新:土地储备、城市经营、土地供应的市场化运作、取消经营性土地的协议出让方式、农地流转的有条件解禁、农村土地承包法的颁布以及包含有重要土地权利内容的物权法提交人大审议等等,所有这一切,不仅使得涉足房地产领域的普通当事人把握起来感到力不从心,不得要领,即使一些专门从事土地制度研究的学者或者土地实务工作者也常常感到困惑或无所适从,并由此引发了学术界和司法实务界广泛而持续的争论。

在本书写作之前,我结合自己的业务实践也曾参与过一些土地热点难点问题的研讨,并也零零散散地撰写和发表过一些理论文章。但我觉得,如能对我国土地制度进行系统化的整理,对其中常见的热点难点问题按照一定的规律和逻辑关系进行有针对性的法理分析并提出具体的解决办法,也许更有现实意义。这便是本书的写作初衷。

在体例上,本书仍然采用了一般介绍、技能讲解和难点剖析的传统写作模式。全书内容以我国各项具体土地制度为主线,并且尽量涵盖我国现行土地制度在立法和实务操作方面各种热点和难点问题。同时对于我国土地制度实践中的一些创新制度,如土地储备、城市经营及其中的 BOT 运营模式等,也从法律角度进行了分析和论证。

希望本书的出版既能为涉身房地产领域的当事人和土地法实务工作者提供一个案头操作指南,同时也能对我国土地制度的立法建设和改革实践起到一定的借鉴和推动作用。但由于作者才疏学浅,书中的谬误之处在所难免,因此恳望读者不吝赐教,并欢迎来函来电就一些共同感兴趣的问题进行更深入的讨论。

作者单位:山东北极之星律师事务所

地址:青岛市高雄路 18 号阜康大厦 6 层

办公电话:(0532)5879739 5874422

传真:(0532)5923216

网址:<http://www.polaris-lawyer.com>

E-mail:polaris@public.qd.sd.cn

作者:张庆华

目 录

第一章 土地权利制度概说	1
第一节 土地所有权和使用权	2
一、土地所有权	2
二、土地使用权	6
第二节 我国的土地所有和使用制度	9
一、我国的土地所有制度	9
二、我国土地使用制度	12
第三节 我国土地权利体系的缺陷及对司法审判的影响	12
一、关于土地权利主体代表的确认	13
二、关于土地所有权客体的界定	17
三、关于国家土地所有权与集体土地所有权的差别	21
四、关于土地权利的物权化建设	23
 第二章 土地征用补偿制度	 27
第一节 土地征用补偿制度概述	27
一、土地征用的概念及法律特征	27
二、土地征用的基本程序	30
第二节 土地征用中存在的问题及立法建议	31
一、征地中存在的主要问题	31
二、解决征地中存在问题的立法建议	35
 第三章 土地使用权出让制度	 39
第一节 土地出让制度概述	39

一、土地出让制度概述	39
二、土地使用权出让的原则	42
三、土地使用权出让的方式及程序	43
四、挂牌——土地使用权出让的新方式	47
第二节 土地出让制度存在的弊端及完善构想	50
一、“协议出让”——出让方式的先天缺陷	51
二、对外商建设用地适用双重标准有害无益	53
三、土地出让的阳光操作——招标采购挂牌	58
第三节 土地使用权出让中的理论难题	61
一、迟早要面对的难题——土地出让期限届满后的处理	61
二、关于出让土地使用权转让的限制条件有无必要的问题	64
三、司法实践面临的难题——土地使用权出让行为性质的界定	66
 第四章 土地使用权划拨制度	 70
第一节 土地使用权划拨制度概述	70
一、土地使用权划拨的概念和特征	70
二、土地使用权划拨的适用范围和程序	71
三、经济适用住房用地政策的利弊分析	73
第二节 土地使用权划拨制度存在的缺陷及完善构想	82
一、土地使用权划拨制度建立的简要回顾	82
二、土地使用权划拨制度存在的缺陷	83
三、土地使用权划拨制度的完善	87
第三节 国企改革中划拨土地使用权的处理	90
一、国企改革中土地使用权的处置方式	90
二、国企改革中土地使用权处置程序及应注意的问题	92
三、国企改革划拨土地使用权处置与土地储备	94
 第五章 土地使用权转让制度	 97
第一节 土地使用权转让制度概述	97
一、土地使用权转让的概念	97
二、土地使用权转让的条件	98

三、土地使用权转让的程序	101
第二节 土地使用权转让中的常见问题及解决办法	101
一、土地使用权转让中的常见问题	101
二、土地转让中的“阴阳合同”	104
三、土地使用权违法转让的防治及处罚	105
第三节 土地使用权转让合同的无效情形及处理	108
一、土地使用权转让合同的概念和基本形式	108
二、土地使用权无效转让的情形及处理	110
 第六章 农村土地承包制度	 116
第一节 新颁《农村土地承包法》的意义及立法原则	116
一、新颁《农村土地承包法》的意义	116
二、《农村土地承包法》的基本原则	118
第二节 《农村土地承包法》的基本内容	123
一、发包方和承包方的权利和义务	123
二、土地承包的原则和程序	128
三、对土地承包经营权的主要保护措施	131
第三节 承包经营权流转——承包制的新突破	133
一、土地承包经营权流转的概念和特征	133
二、土地承包经营权流转的重大意义	134
三、土地承包经营权流转的方式和原则	135
四、土地承包经营权流转应注意的主要问题	137
 第七章 城市土地租赁制度	 140
第一节 土地租赁制度概述	140
一、土地租赁的概念	140
二、土地使用权出租的条件和范围	141
第二节 土地出让与土地租赁的比较及租赁制度创新	142
一、土地使用权出让与租赁的联系与区别	142
二、土地年租制——土地有偿使用方式创新	143
 第八章 土地储备制度	 148

第一节 土地储备制度概述	148
一、土地储备制度的概念及其法律特征	148
二、土地储备制度的建立背景和作用	152
三、土地储备制度的立法框架	155
第二节 土地储备制度的基本程序	156
一、土地储备的审批程序	156
二、土地储备制度的公示程序	156
三、土地储备中的签约程序	158
第三节 关于土地储备中值得注意的几个问题	160
一、土地储备机构的性质、地位和作用	160
二、原土地使用者可否在被收回的土地重新出让时参与 投标或竞买?	161
三、土地储备机构的资金来源问题	162
四、土地储备制度能否平抑地价问题	162
五、土地收购价格的确定标准问题	163
六、土地收购中政府的优先购买权问题	164
 第九章 土地权属登记制度	 166
第一节 土地权属登记概述	166
一、土地权属登记的概念及特征	166
二、土地权属登记的三大功能	167
三、土地权属登记的基本模式	168
四、我国土地权属登记的发展过程及基本模式	170
第二节 土地权属登记的内容及程序	173
一、土地登记的内容	173
二、土地权属登记的程序	175
 第十章 建设用地规划和计划管理制度	 179
第一节 建设用地取得及规划许可	179
一、建设用地前期审批内容	179
二、建设用地规划许可——获得土地使用权的前提	182
第二节 建设用地的规划管理	185

一、土地利用总体规划——宏观调控的基石	185
二、城市规划——建设用地供应指南	189
三、目前建设用地规划管理中的弊端及解决思路	191
第三节 建设用地的计划管理	197
一、建设用地计划管理的概念和范围	198
二、建设用地计划管理的基本原则	200
三、建设用地计划的编制程序与实施	201
四、建设用地计划管理制度的完善建议	202
 第十一章 土地使用权抵押制度	 204
第一节 土地使用权抵押概述	204
一、土地使用权抵押的概念和特征	204
二、可以设定抵押权的土地使用权范围	206
三、土地使用权抵押的设定	206
第二节 土地使用权抵押制度在司法实践中的常见争议及解决	211
一、土地使用权抵押权与工程价款优先权的冲突及解决	211
二、划拨土地使用权的抵押问题	212
三、土地使用权抵押期间的转让问题	214
四、农村集体土地使用权抵押问题	217
五、抵押权实现时与地上新增房屋买受人的冲突	220
六、土地使用权或房屋的重复抵押问题	223
 第十二章 城市经营中的法律问题	 227
第一节 城市经营概述	228
一、城市经营的概念及其法律特征	228
二、城市经营与企业经营的区别	229
三、城市经营与党政机关经商办企业的区别	232
四、城市经营与城市管理的联系与区别	234
第二节 城市经营中的土地经营	235
一、土地经营是城市经营的核心内容	235
二、土地经营的基本原则	237

三、土地经营中应注意的法律问题	240
四、土地经营与房地产泡沫	244
第三节 城市经营中 BOT 模式的运用	251
一、BOT 项目融资简介	251
二、BOT 模式在城市经营中的适用范围	252
三、BOT 模式的法律特征及其操作程序	253
四、BOT 特许权经营与土地的关系	258
五、城市经营适用 BOT 模式的主要风险及注意问题	259
 第十三章 土地违法行为法律责任	 267
第一节 土地违法行为的行政责任	267
一、土地行政违法行为的种类	267
二、土地违法行为的行政处罚措施	270
三、土地违法行为行政处罚的原则	271
第二节 土地违法的民事责任	273
一、土地民事违法行为的常见种类	273
二、土地违法承担民事责任的方式	275
三、土地违法民事责任适用时应注意的问题	275
第三节 土地违法的刑事责任	278
一、土地刑事违法行为的主要种类	278
二、我国刑法关于土地违法刑事责任的规定及其犯罪构成 分析	279
三、土地违法行为罪与非罪的界限	283
四、目前土地违法刑事责任为什么难追究?	285
 第十四章 土地纠纷处理及预防	 289
第一节 土地纠纷及其处理原则和依据	289
一、常见土地纠纷的种类	289
二、土地纠纷增多的主要原因	290
三、处理土地纠纷的一般原则	292
四、审理土地纠纷案件的法律依据	298
第二节 常见土地纠纷及预防	302

一、土地征用纠纷及预防	302
二、土地使用权出让纠纷及预防	304
三、土地使用权转让(联建)纠纷及预防	307
四、土地使用权抵押纠纷及预防	311
五、土地权属及土地侵权纠纷和预防	313
六、律师在土地纠纷预防中的作用	316
第三节 土地纠纷处理中司法权与行政权的冲突及解决	320
一、人民法院可以让行政机关干违法的事吗?	320
二、土地强制执行中司法权与行政权冲突的危害	324
三、将法院查封的土地纳入土地储备系统是解决司法权 与行政权冲突的有效方法	326
第十五章 常见土地纠纷案例评析	330
[案例一]	330
张文秀等 163 人与贵阳市黔灵乡东山村村民委员会、 贵阳市黔灵乡人民政府侵权纠纷上诉案 ——土地征用安置补助费权属纠纷	334
[案例二]	337
青岛德寿宫酒店有限公司诉青岛市重庆路(李沧段) 两侧改造办公室拆迁补偿纠纷案 ——土地征用与房屋拆迁的区别	337
[案例三]	343
西安市碑林区紫雾酒家与西安市统一征地管理办公室、 西安市碑林区永宁村村民委员会房屋租赁、侵权赔偿 纠纷上诉案 ——因土地征用拆迁村委会自建租赁房屋产生的纠纷	343
[案例四]	349
青岛某指挥部诉青岛某咨询公司、青岛某物业发展公司 土地使用权出让金拖欠纠纷案 ——土地出让合同履行中的债务转让纠纷	349
[案例五]	
青岛某医院诉青岛某房地产开发有限公司及李某合作 建房纠纷上诉案	

——合作建设用地范围及最终规划建筑面积的确定
纠纷

[案例六] 368

辽宁盛大房地产开发公司与辽宁省交通房地产开发公
司联合开发合同纠纷上诉案

——以划拨土地使用权参与联建无效合同纠纷

[案例七] 372

南昌市兴城房地产开发公司与江西省针棉织品进出口
公司、南昌市收容遣送站预购商品房合同纠纷上诉案

——行政划拨用地进入房地产开发市场的效力认定
纠纷

[案例八] 376

青岛湛山疗养院诉青岛亚建实业有限公司土地使用权
转让费纠纷案

——划拨土地进入市场办理出让手续的时机如何确定

[案例九] 383

青岛经济技术开发区管理委员会、青岛经济技术开发区
规划土地局与青岛达华房地产开发有限公司土地使用
权出让合同纠纷上诉案

——土地出让合同因一方不同意变更而终止履行

[案例十] 388

鞍山房屋建设开发股份有限公司、大连市地产开发
总公司诉大连国发企业集团侵权纠纷案

——因土地使用权转让而产生的侵权纠纷案

[案例十一] 393

海南省南江机械厂诉通什市人民政府、通什市计划经
济委员会及通什市大江南水泥厂损害赔偿纠纷案

——因划拨土地使用权收回及地上建筑物出租引起
的损害赔偿纠纷案

附录:

中华人民共和国土地管理法	398
中华人民共和国土地管理法实施条例	412
中华人民共和国城市房地产管理法	421
中华人民共和国农村土地承包法	430
中华人民共和国招标投标法	438
中华人民共和国城市规划法	447
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	452

第一章



土地权利制度概说

著名法学家江平教授曾说过：“土地权利是物权法制度的基石。”2002年岁末，我国首部民法草案提交全国人大常委会进行第一次审议，而民法草案中备受关注的物权法编中的重要组成部分就是有关土地权利的内容。一个国家的土地制度包括多方面的内容，但最重要的内容或称土地制度的主线有两条：一为土地的行政管理，二为土地的权利保护。著名学者王卫国教授将此二者视为社会前进的两条腿。^① 过去几十年，我国土地制度的建立，比较侧重于土地行政管理方面，而忽视和淡漠了土地权利制度的建设。从表面看来，我国土地市场上的混乱表现，甚至因土地而产生的种种纠纷似乎都因为土地行政管理不严或措施不力，但究其根源则在于土地权利制度的不完善。各种纠纷归根结底还是一种权利上的冲突。

本书各章节，无论是关于土地的征用补偿还是土地的出让转让，以及土地纠纷的处理等实务操作问题，大多是围绕着土地的权利冲突及解决、土地权利保护展开的。当然，土地权利的保护离不开土地的行政管理，保护土地权利本来也应该成为土地行政管理的主要价值取向。应该说，土地权利和土地行政管理是目的和手段的关系，完善土地行政管理的根本

^① 王卫国：《中国土地权利研究》，中国政法大学出版社1997年版。

目的,就是有效地保护土地权利。从这个意义上,土地权利制度自身的建设和完善更应该受到重视。

第一节 土地所有权和使用权

一、土地所有权

所有权是物权中最重要、最完整的一种权利,它在全部物权中起着主导作用。但与一般财产所有权不同的是,土地所有权制度往往直接构成一个国家社会制度的重要组成部分,或者说表现了一个国家社会制度的性质。一些学者认为:“物权法是最具本土色彩的。不像债权法、合同法是可以国际通用的。而物权法中不动产物权更具本土性。它跟这个国家的政治经济制度唇齿相依。”^① 因此也可以说,土地制度是国家基本制度,土地政策则是国家的基本国策。

(一)土地所有权的类型

土地所有权制度发展到今天,经历了漫长而复杂的演变过程。在不同的时期、不同的国家和不同社会制度条件下,土地所有权的类型也是多种多样的。按土地所有权制度的发展历史和不同国家土地所有权制度的状况,可以把土地所有权制度分成6种类型:部落和氏族所有、家庭所有、个人所有、集体所有、法人所有和国家所有。^②

进一步归纳,上述6种土地所有制的基本类型又可划分为公有和私有(世界上少数经济和文化落后的地区尚有实行部落或氏族所有制的残余,但从严格意义上仍属私人所有,土地所有权事实上掌握在部落或氏族首领的手中),而按社会制度划分,在当今世界主要存在两大社会制度,即社会主义公有制和资本主义私有制。在社会主义国家实行的是完全的土地公有制,即将土地作为基本的生产、生活资料实行严格意义上的社会主义全民所有制和劳动群众集体所有制。而资本主义国家土地所有制的主流则是土地的私有制。

社会主义土地制度最典型的特点是实行土地所有权的公有制,即在法律上否定土地所有权的私人所有。但法律同时规定,土地所有权和土

① 赵红梅著:2001年“关于中国土地产权制度建设讨论会”上的发言摘录。

② 谢经荣等编著:《房地产经济学》,中国人民大学出版社2002年版,第146页。