

REAL ESTATE

中国房地产
法律实务研究论坛
CHINA REAL ESTATE
LEGAL FORUM
'06

中国不动产法研究

RESEARCH ON
REAL ESTATE LAW OF CHINA

2017年第2辑·总第16卷

刘云生·主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊 (2017—2018)

中国房地产
法律实务研究论坛
CHINA REAL ESTATE
LEGAL FORUM
'06

REAL ESTATE

中国不动产法研究

RESEARCH ON
REAL ESTATE LAW OF CHINA

2017年第2辑·总第16卷

刘云生·主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国不动产法研究. 2017 年. 第 2 辑: 总第 16 卷 /
刘云生主编. -- 北京: 法律出版社, 2018
ISBN 978 - 7 - 5197 - 1899 - 2

I. ①中… II. ①刘… III. ①不动产—物权法—研究
—中国—丛刊 IV. ①D923.24 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 002126 号

中国不动产法研究(2017 年第 2 辑·总第 16 卷)
ZHONGGUO BUDONGCHANFA YANJIU
(2017 NIAN DI 2 JI · ZONG DI 16 JUAN)

刘云生 主编

策划编辑 沈小英
责任编辑 陈 妮
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 马 丽
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经出版分社
开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
印张 15.25
字数 350 千
版本 2018 年 1 月第 1 版
印次 2018 年 1 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1899 - 2

定价:53.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

中国房地产法律实务研究论坛组织架构

委员会

- 名誉主席：李开国（中国民法学研究会学术委员，西南政法大学民商法学院教授、博士研究生导师）
朱洪超（第四届、第五届中华全国律师协会副会长）
- 主 席：刘 俊（西南政法大学经济法学院教授、博士研究生导师，中国社会法学会副会长，重庆市房地产与物权法研究会会长）
张永岳（华东师范大学房地产学院院长、博士研究生导师，上海易居房地产学院院长，中国房地产估价师与房地产经纪人学会副会长，中国房地产业协会理事，上海市经济学会副会长）
- 执行主席：刘云生（西南政法大学民商法学院教授、博士研究生导师，中国不动产研究中心主任，重庆市市场交易法律制度研究基地常务主任）
朱 平（邦信阳中建中汇律师事务所管理合伙人、律师）
朱 磊（邦信阳中建中汇律师事务所北京分所主任、律师）

论坛秘书处

- 主 任：刘云生（西南政法大学民商法学院教授、博士研究生导师，中国不动产研究中心主任，重庆市市场交易法律制度研究基地常务主任）
- 副 主 任：洪 流（邦信阳中建中汇律师事务所合伙人、律师）
丁祖昱（上海易居房地产研究院副院长）
- 秘 书 长：欧家路（西南政法大学民商法学博士）
- 秘 书：黄海诺（邦信阳中建中汇律师事务所律师）

论坛编辑部

- 主 编：刘云生（西南政法大学民商法学院教授、博士研究生导师，中国不动产研究中心主任，重庆市市场交易法律制度研究基地常务主任）
- 论坛编辑：欧家路（西南政法大学民商法学博士）
吴昭军（西南政法大学民商法学博士研究生）
景 荻（西南政法大学民商法学博士研究生）
潘亚飞（西南政法大学民商法学硕士研究生）
黄海诺（邦信阳中建中汇律师事务所）
- 美术编辑：朱毅敏（邦信阳中建中汇律师事务所）

中国房地产法律实务研究论坛编辑委员会名单

- 主 编：刘云生
- 编 委 会：李开国 刘 俊 赵万一 陈小君 陈华彬 欧家路

余能斌

新中国民法典起草人员，
中国民法研究会顾问，
武汉大学教授、博士研究生导师。

为实现中国
房地产业法治
化教与呼！
——热烈祝贺中国房地产业
论坛圆满成功
余能斌
二〇〇六
六月十五

金平

新中国民法典起草人员，
西南政法大学教授。

中国房地产业实务研究论坛人才荟萃，理论联系实际，
运作有序，为中国房地产业
的发展和法律制度的
完善作出巨大贡献。

金平
二〇〇六.六.二二

梁慧星

中国社会科学院研究员，
教授、博士研究生导师。

办好中国房地产业
论坛
完善中国房产业
法制
梁慧星
06.6.15

王利明

中国人民大学副校长，
教授、博士研究生导师，
中国民法研究会会长。

祝《中国房地
产业法律实务研
究论坛》越办越
好！

王利明
2006.6.23
于重庆

陈小君

中南财经政法大学副校长，
教授、博士研究生导师。

谨祝论坛——
穿西贯南，融
中汇外，
历史传统制度之
保守，居现代房地产法
治之鳌头。
陈小君
06.6.15

龙宗智

著名法学家，原西南政法大学校长，
四川大学教授。

为创建有活力、有
秩序的中国特色社会主义
而努力！
——贺中国房地产法律
实务论坛开办
龙宗智
2006.6.16

孙宪忠

中国社会科学院研究员，
教授、博士研究生导师，
中国民法研究会常务副会长。

有恒产者有恒心，
民有恒产，则
有爱国爱家之
恒久之心。
孙宪忠
2006年6月24日

王卫国

中国政法大学民商经济法学院院长，
教授、博士研究生导师。

以制度理性推动
房地产法制完善。
以实践智慧促进
房地产经济发展。
王卫国
2006年6月24日

Contents

Focus

- 3 **Review of the Principle of Proportionality of Multi-Purpose Civil Air Defense Projects**
Zhu Jindong
- 14 **Land Registration Fund System of Taiwan and Its Enlightenment**
Yu Fengrui
- 26 **On the Property Attribute of Private Non-enterprise Units and its Ownership of Rights**
—A Perspective of down the Way from Private Non-enterprise Units to Social Service Organizations
Li Ning
- 46 **Administrative Tendency of Housing Accumulation Fund: Formation, Performance and Reformation**
Zhan Yunyan

Theory

- 57 **Analysis of Problems of Legal Governance of Changing the Purpose of Garages of Condominium Buildings**
Luo Fang
- 67 **Narrowing Down the Land Banking's Range in the Background of Market Entry Permission of Collective Profitable Constructive Land**
Ma Yong
- 75 **On the Essence and Legal Structure of the Property Right of Use**
Zhang Jing
- 93 **Reform of Servitude Facing to Real Estate Servitude**
Yang Aoyu
- 106 **Deconstruction and Reconstruction of Mixed Co-guarantee**
Liu Jiulin

Legal Practice

- 123 **Investigation Report on the Present Situation of Contracted Land Circulation and the Implementation of the Farmland Policy of “Division of Three Rights” in Shandong Province**
Wang Jintang Wang Jingjing Yang Huijie Zhang Wenhan
- 135 **The Path of the Type Transfer of “Small Property Right House” —Review of Land Administration Law(Amendment) by the Ministry of land (Draft)**
Zhong Kai
- 150 **The Judicial Determination of Atypical Fluidity Contract and Its Judgement Route**
—Comments on the Supreme Court(2013) Civil Judgement No. 135
Jiang Hongli Fan Lin
- 159 **On Legal Attribute and Exemption of Fees for Changed Construction —No. 21 Guiding Case Study Issued by Supreme People’s Court**
Wei Zhenhua
- 175 **Research of Guarantee Set by Real Estate Sales Contract**
Yuan Xiaobo Li Zhiqi

Land Shareholding System Reform

- 185 **System Construction for Exit with Compensation from the Land Management Right**
Li Yan
- 196 **Expansion of the Legal Rules of the Circulation of Stocks of the Collective Commercial Property**
Qi Lei
- 204 **Deconstruction and Improved of Farmland Stock Trust on the Reform of Shareholding System**
—A Case Study of the Model of Beijing Trust
Wang Pengpeng
- 215 **The Analysis about the Way to solve the Dilemma of the Mortgage Financing of Agricultural Land Management Rights in the Legal Perspective of “Separation of the-three-right Concerning Land transfer”**
Xu Junhua

Editor's Note

227 **Culture • Experience • Reason**

—Interpretation of the Shareholding Reform Model of Hongcun Town Lichuan County

230 **Instructions**

目 录

论坛聚焦

- 3 结建人防工程国家所有的比例原则审查
朱金东
- 14 我国台湾地区土地登记储金制度及其启示
于凤瑞
- 26 论民办非企业单位财产属性及其权利归属
——以民办非企业单位向社会服务机构转型为视角
李 宁
- 46 住房公积金的行政化:形成、表现与改革
詹云燕

理论探索

- 57 改变区分所有建筑物车库用途行为之法律规制问题分析
罗 芳
- 67 集体经营性建设用地入市背景下土地储备范围的收缩
马 勇
- 75 论用益物权本质及其法律构造
张 静
- 93 面向不动产役权的地役权变革
杨翱宇
- 106 混合共同担保制度之解构与重构
刘玖林

法律实务

- 123 山东省承包土地流转暨“三权分置”政策实施现状调查报告
王金堂 王晶晶 杨惠杰 张文瀚

- 135 论“小产权房”类型化流转的路径选择
——兼评国土资源部《中华人民共和国土地管理法(修正案)(征求意见稿)》
钟 凯
- 150 非典型“流质契约”的司法认定与裁判路径
——兼评最高人民法院(2013)民提字第135号判决书
姜红利 樊 琳
- 159 易地建设费的法律属性及其减免规则
——基于最高人民法院指导案例21号的分析
魏振华
- 175 不动产买卖合同担保实务研究
袁晓波 李志奇

农地股份制改革专题

- 185 土地承包经营权有偿退出制度构造
李 宴
- 196 集体经营性资产股份流转法律规则之展开
綦 磊
- 204 股份制改革下农地入股信托的解构与耦合性改良
——以北京信托模式为例
王鹏鹏
- 215 “三权分置”法理视角下农地经营权抵押融资困境的解决路径探析
许峻桦

编者手记

- 227 文化·经验·理性
——黎川县宏村镇股份制改革模式解读
- 230 《中国不动产法研究》稿约



论坛聚焦

结建人防工程国家所有的比例原则审查

朱金东*

人防工程有单建式和结建式之分,前者是国家单独修建的地下防护建筑,后者是建设单位结合地面民用建筑修建的防空地下室。结建人防工程便于居民就近、就地掩蔽,节约人财物,一举多得,故单建人防工程渐趋衰微,结建人防工程量大体广。前者由国家筹集资金,归国家所有。后者由私人建造,究竟归私人所有抑或归国家所有,聚讼纷纭。结建人防工程产权初始配置是一项无法回避的根本、敏感议题,如何取舍关乎融资管道之畅通、流转方式之灵活、行政权责之优化及维护责任之分配,可谓牵一发而动全身。迄今,《中华人民共和国人民防空法》(以下简称《人民防空法》)颁行已有 20 余载,世易时移,修法工作业已启动,实有必要对现行结建人防工程国家所有作出反思与检讨。本文引入比例原则,审视国家所有的正当性,测度国家所有的制度绩效,权衡国有、私有之优劣,希冀为修法夯实理论根基。

一、结建人防工程国家所有的比例原则审查何以可能

《人民防空法》第 22 条规定:“城市新建民用建筑,按照国家有关规定修建战时可用于防空的地下室。”该条沿袭《人民防空条例》第 18 条的规定,“人民防空重点城市修建民用建筑时,必须按照国家有关规定修建防空地下室”。“必须”表明,配建义务是国家对建设单位设定的法定义务、强制义务,建设单位不得漏建或者肆意不建。关于产权归属,该条则语焉不详。依国家人民防空办公室、国家国有资产管理局《人民防空国有资产管理规定》第 12 条第 1 项之规定,人防国有资产包括“结合城市新建小区和危房改造修建,交由人防主管部门负责管理的防空地下室及其内部设备”。该项填补了上位法的“产权真空”,结建人防工程由国家所有由此确立。对此,人防部门坚决力挺,学者莫衷一是,观点之间裂痕日渐加深。支持者主张,所有权应归国家。反对者认为,所有权应归投资者。由于对真正投资者的认定存有歧见,

* 淮阴师范学院法政学院副教授,西北政法大学博士研究生。

本文系作者主持的国家社会科学基金青年项目“公私法交叉视角下城市地下空间利用问题研究”(项目批准号:14CFX039)阶段性成果之一。

私有说衍生出“开发商所有说”和“业主共有说”。^①

支持者和反对派集中围绕结建人防工程是否属于国防资产、国家给予政策优惠是对价还是不充分补偿、建设单位法定配建义务的性质是税赋还是投资等争点展开攻防。此三项论题分别对应《人民防空法》第2条、第5条和第22条。双方借由解释论诠释规范内涵,却得出截然相反的论断。此外,调整结建人防工程权属的法规范体系庞杂,大致囊括《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)、《中华人民共和国国防法》(以下简称《国防法》)、《人民防空法》、《人民防空国有资产管理规定》和《城市地下空间开发利用管理规定》等。这片“规则丛林”涵盖法律与部门规章、上位法与下位法、一般法与特别法,且存在规则间相互“打架”的情况。支持者极力证立部门规章与法律之间的内在一致性,反对派质疑部门规章是否遵循法律保留。^②可见,既有论证思路主要依循法解释论路径,辅之以形式合法性审查。

然而,上述论证要么流于相关条文的文本解读,要么止步于审查下位法是否违反上位法,均纠缠于事实判断,浮于表面。这种争辩看似热闹非凡,实则各说各话,所作结论均令人难以信服。即使支持者证成国家所有符合法律保留,但这仅仅迈出了第一步,“合法性”和“合法性”之间尚有一步之遥,不能必然推导出该立法行为实质合法的结论。同样,反对派以私法学者居多,私法学者以解释论为杠杆,力图撬动部门规章这块“磐石”,费尽周章地证伪国家所有,显然力有不逮。民法无力也不能提供评判该行为合法性、合理性与否的判准,更甬论提供相应的救济手段了。此项作业已逾越了民法的功能限度。在现代法治社会,解决该问题唯有诉诸宪法之一途。^③当双方僵持不下时,破局之道便在于将研究触角伸向国家所有的实质判断,评价政府采取国家所有的手段和所欲达成目的之间的内在勾连。从实然层面来探究法律规范旨趣只是第一步,我们更需要从应然层面评判法律规范是否具有宪法上正当性,即追问立法行为的合法性。公法旨在追求和确保政府行为的合法性。一项政府行为,无论是由立法机关或行政机关作出,还是由司法机关作出,皆须具备合法性,此乃法治国家不变之真谛,毋庸置疑。^④法规范的正当性植根于民众因认同而服从,而非盲从或屈从。在国家所有之下,建造人劳而无果,国家不劳而获,这有悖于民众朴实的法感,自然无法获得民众的普遍体认,内心不满容易外化为行动抵制。在司法实践中,结建人防工程所有权争议纠纷层出不穷,涉及面广,矛盾尖锐,司法成本耗费巨大,同案不同判更削弱了国家所有的可接受性。任何公权力对私人财产权的剥夺或限制行为都应合乎宪法,结建人防工程国家所有构成对基本权利的严重侵害,这一规范本身理当受到实质审查。法治国家限制人权要依循公益条款、法律保留以及比例原则。其中,最足以保障人民基本权利之制度,莫如比例原则。^⑤当解释论力有不逮时,不如另辟蹊径,套用比例原则这一分析工具,深度拷问国家所有的正当性。

比例原则滥觞于19世纪的德国警察法制,最终跃居为“帝王条款”,辐射公法、私法两大

① 高圣平:《住宅小区车位、车库的性质及其权利归属研究》,载《法学家》2008年第6期。

② 刘国春:《区分所有建筑物的人防工程归属论》,载《法学》2013年第2期。

③ 易军:《所有权自由与限制视域中的单双号限行常态化》,载《法学》2015年第2期。

④ 沈岿:《因开放、反思而合法——探索中国公法变迁的规范性基础》,载《中国社会科学》2004年第4期。

⑤ 陈新民:《德国公法学基础理论》(上),法律出版社2010年版,第442页。

界域,贯穿立法、执法和司法三环节。比例原则为当今国家公权力行使的最高指导原则,立法、行政或司法机关,在行使公权力以达到任务的过程中都要受到比例原则的拘束。^①对物权的限制须基于防止妨害他人利益、发展公共利益。此等限制须符合所谓的“比例原则”,即(1)对物权行使的限制须有助于达到立法目的(妥当性原则);(2)在所有能够达成立法目的的手段中,须选择最少侵害的方法(尽可能最小侵害原则);(3)对物权行使的限制和公共利益之间,应有合理的比例,不得过度(狭义的比例原则),应依利益衡量的方式加以认定。^②通说认为,比例原则由妥当性、必要性和均衡性组合而成。作为一个有机整体,三项子原则环环相扣,依次递进。要评判结建人防工程国家所有这一制度设计是否属于“侵害最小的最优立法方案”,须经过妥当性、必要性和均衡性逐一验证。

二、结建人防工程国家所有的妥当性判定

妥当性意指公权力所采取的手段应能促成目的之实现,突出目的导向。目的使手段正当化,手段须适合目的,手段与目的之间应具有密切关联。我们不应仅仅只关注政府“如何做”,而且还应关注政府“为什么做”,对于政府的公权力行为,既要进行手段审查,也要进行目的审查。^③目的正当是公权力行为正当的逻辑原点,探寻结建人防工程国家所有的立法目的乃判定妥当性的前置作业。然后,进一步检验该目的正当与否、手段实际效果的强弱。

依《人民防空法》第1条,该法立法宗旨包括有效地组织人民防空、保护人民的生命和财产安全与保障社会主义现代化建设的顺利进行。有效地组织人民防空,是保护人民的生命和财产安全,保障社会主义现代化建设顺利进行的前提和手段。保护人民生命和财产安全,保障社会主义现代化建设顺利进行是人民防空立法的根本目的和主要任务。^④有国必有防,国无防不立,维护国家安全利益是国防的根本职能。结建人防工程作为防御敌方空袭的避难场所,乃整个国防体系中不可或缺的一环。这一“地下长城”军事色彩强烈,我国人防工程军政双重领导、军事权与行政权交织的管理体制即可佐证。如今,我国正接轨国际,“人防”朝向“民防”过渡,“人防工程”这一传统称谓日渐被“民防工程”取而代之。“民防”淡化军事色彩,着力构筑战时防空、应急防灾一体化。二者虽一字之差,但差之千里。传统“人防”重在“保国”,现代“民防”重在“保民”。无论保障国家主权抑或维护民众安全皆属公共利益范畴。国家所有的直接目的是有效管理人民防空,根本目的是维护民众安全和保障国家主权,故国家所有可以通过目的正当性审查。

结建人防工程的建设单位基于合法建造这一事实行为原始取得所有权,国家于竣工后继受取得所有权。雄厚的国家财政为人防工程的平时维护提供亟须的经费保障,发达的科层体系为紧急状态下高效地统筹人防资源提供有力的组织支撑,国家的财力优势和组织优势有助

① 姜昕:《比例原则研究》,法律出版社2008年版,第16页。

② 王泽鉴:《物权法上的自由与限制》,载《岳麓法学评论》2000年。

③ 刘权:《目的正当性与比例原则的重构》,载《中国法学》2014年第4期。

④ 孙晓钟等主编:《中华人民共和国法律释义全书》(第4卷),中国言实出版社1997年版,第572页。

于促成“有效管理人民防空”。国家所有的目的正当性附丽于结建人防工程的公益性,而结建人防工程的公益性决定了国家所有权的行使势必受到一定的限制。这种限制大体表现为以下方面:一是合理使用之限制。结建人防工程平时使用之前须经人防部门审批,人防部门和使用人依法订立书面合同,使用人原则上支付使用费,承担维护责任,且不得从事降低防护效能的活动。二是事实处分之限制。物理上,使用人不得变更主体结构或擅自拆除。否则,拆除单位应负责补建或者补偿。三是法律处分之限制。公产在公共使用目的废除以前,所有权不能转让,无论这种转让出于行政主体自愿行为或非自愿行为,都不发生效力。^① 依《江苏省物业管理条例》第66条之规定,物业管理区域内依法配建的人民防空工程平时用作停车位的,应当向全体业主开放,出租的租赁期限不得超过3年,不得将停车位出售、附赠。“只租不售”充分体现了公物的禁止融通性。一言以蔽之,国家既享有所有权,亦负担相应义务。

至此,结建人防工程国家所有直接作用于“物”,间接及于“人”,基本合乎正当目的。但是,任何立法者(或公权力)所采取之措施多多少少会达成目的。^② 鉴于手段宽泛,每个手段究竟全面促成或部分促成既定目的尚待缕析。例如,设定强制配建义务和确立国家所有虽是国家履行“有效地组织人民防空”职责的具体表征之一,但立法旨趣殊殊。强制配建义务针对建设阶段,借由政府干预矫正市场供给不足,追求工程最低数量;国家所有则针对运行阶段,追求工程最佳性能。如果说强制配建义务是雪中送炭,那么国家所有至多是锦上添花。所以,不宜过分夸大目的正当性的功用。我们不能选择目的不达的手段,更不能为达目的不择手段。接下来,尚须诉诸必要性判定。

三、结建人防工程国家所有的必要性判定

其实,一项法律制度是由两部分构成的:一是立法欲实现的目的,是制度利益之所在;二是实现该目的欲使用的手段。目的与手段之间应当有妥适的配合,制度利益的获取应当采取适当的手段。^③ 依必要性原则,公权力应在能够同等达到目的的诸多手段中选取最温和的手段,即须对基本权利干预最小和科以负担最轻。国家负有证明不存在其他相同有效且对当事人侵害更小的手段的论证义务。可供挑选手段的识别、侵害性大小的比较和效果相当性的甄别勾勒出必要性判断的三部曲。那么,结建人防工程国家所有是唯一手段吗?结建人防工程国家所有、私人所有并存的二元架构、结建人防工程私有化的地方样本和法定防空地下室业主共有的域外立法足以证明,国家所有并非唯一解。

就规范分析而言,依《人民防空法》第5条第2款的规定,国家鼓励、支持企业事业组织、社会团体和个人,通过多种途径,投资进行人民防空工程建设;人民防空工程平时由投资者使用管理,收益归投资者所有。该款确立了“谁投资、谁使用、谁受益”原则。然而,该款未言及

^① 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1997年版,第334页。

^② 陈新民:《德国公法学基础理论》(上),法律出版社2010年版,第442页。

^③ 梁上上:《利益衡量论》,法律出版社2013年版,第158页。