



天津滨海法学

Tianjin Binhai Law Journal

第六卷

主编 郝磊

中国检察出版社



天津师范大学法学院主办

天津滨海法学

Tianjin Binhai Law Journal

第六卷

主编 郝磊

本卷执行主编 郭明龙

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

天津滨海法学. 第六卷/郝磊主编. —北京: 中国检察出版社, 2017. 9

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1962 - 7

I. ①天… II. ①郝… III. ①法学 - 文集 IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 214606 号

天津滨海法学

(第六卷)

主编 郝磊 本卷执行主编 郭明龙

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 109 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

编辑电话: (010) 86423751

发行电话: (010) 86423726 86423727 86423728

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: 710 mm × 960 mm 16 开

印 张: 22.25 插页 4

字 数: 407 千字

版 次: 2017 年 9 月第一版 2017 年 9 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1962 - 7

定 价: 65.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究

如遇图书印装质量问题本社负责调换

编辑委员会

学术顾问 (按姓氏笔画排序)

从希斌	尹田	吴志攀
应松年	沈四宝	张卫平
赵秉志	贾邦俊	徐大同
梁津明	彭炳金	韩大元
韩志红		

委员 (按姓氏笔画排序)

于增尊	孙立文	刘东辉
吴占英	张培尧	尚海涛
郝磊	郭庆珠	郭明龙

主编 郝磊

主编助理 于增尊

卷首语

在《天津滨海法学》(第六卷)即将付梓之际,首先要感谢各位专家学者、实务界工作者的赐稿。

本卷设置了本卷特稿、专题策划、各科专论、教学探索、名家演讲、青年法苑、域外法制等栏目。

“本卷特稿”刊载了米健教授的《国有土地使用权续期问题的若干思考》。该文围绕2016年4月温州土地使用权到期续费所引起的争议,主张问题的解决应坚持全局观,不要将法律问题政治化,“自动续期”并不意味着无偿续期;可以通过借鉴澳门经验,用“特别捐税”或“年租”取代现行的土地出让金,所谓收费应当是象征性的。文章所提出的观点极富启发意义,对未来政策制定和立法完善具有很强的参考价值,值得一读。

“专题策划”重点关注了我国司法改革中的检察制度创新问题。党的十八届四中全会着眼于全面推进依法治国,对司法体制和社会体制改革提出了新任务、新要求。宋洪磊的论文《窘境与突破:检察管理模式创新的障碍及其法治化路径探析》、盛波的论文《从混沌走向协同——论司法改革背景下基层检察机关案管职能和检务督察职能的自我规制与相互协调》,就是在司法改革大背景下所进行的积极理论探索。

“各科专论”共选取了12篇论文,涉及宪法与行政法、法制史、民法、国际法、刑法、经济法、诉讼法等学科,覆盖面较广。研究的范围包括“法治中国”语境下的社会创新、农民医疗保障权、地方公共文化服务立法、特殊动产所有权变动、冷冻胚胎法律属性、国际法在国内法治体系中的地位和作用、刑法上从业禁止的定性与适用、诉前财产保全、法官员额制改革、京津两市小客车限购政策、刑事卷宗司法运用等诸多领域。论文所研究的均为我国理论上和实践中的新问题,也是目

前我国经济社会发展中亟待解决的问题,其所提建议具有很强的针对性和操作性。

“教学探索”选取了本院教师两篇文章。天津师范大学法学专业开办37年以来,在法学教育改革和探索上取得了一些成绩,“以法律服务为主的应用型法律人才”培养的试点工作也初见成效,但改革仍有很多工作要做,法学院特色专业建设和实践教学的探索仍处于“创业艰难百战多”的阶段。本次所选取的郭明龙的《案例教学:回归/走向法教义学》与郭庆珠的《漫谈本科阶段行政法学论文的写作》即是在实践教学方面所作出的新思考,值得一读。

“名家演讲”刊载了江平教授和孙宪忠教授先后在天津师范大学法学院所做的演讲。民法典的编纂,是目前中国法学界的盛事,其对我国经济社会发展意义重大。江平教授从宏观角度入手,围绕民法典编纂,从人法和物法、法定主义和非法定主义、强制性规范和任意性规范、合法与有权四个方面贡献了自己的真知灼见。孙宪忠教授则结合其实际参与中国民法典编纂具体工作的经历以及长期的研究,从我国民法典的立法情况、民法典编纂的社会功用、我国民法典编纂的基本逻辑问题三个方面分享了对民法典尤其是民法总则编制的思考。两位学术大家的演讲内容丰富、语言平实,紧紧把握立法前沿动态,对于我们准确把握民法理念及相关制度的适用不无裨益。

“青年法苑”是为青年学子开辟的学术展示平台,本次共收录了3篇作品,涉及网络谣言的生成及其预防、消费民事公益诉讼司法解释的不足及完善、信号传递视角下的社会规范等论题。青年学术虽然略显稚嫩,但他们是学术研究的未来,值得扶植、褒扬。

“域外法制”栏目希望“他山之石,可以攻玉”,通过对国外立法、司法经验的引介为我国相关法律制度的完善提供参考与借鉴。本栏目推出了美国康奈尔大学 Bryce and Edith 人文研究中心的荣休教授布莱恩·蒂尔尼发表在《政治学评论》上的大作《自然法与自然权利:老问题和新方法》,由北京大学法学院博士生邓辉先生译出。该文对自然法与自然权利的介绍可以回应我国国内的自然法思潮,无论是对法理学、宪法学还是政治学研究都具有一定参考价值。

另外,值得高兴的是,从本卷开始(连同之前部分已出版各卷),《天津滨海法学》登载的作品将同时在“中国知网”上呈现给读者。虽

然这对于我们扩大刊物影响力、更好地服务作者与读者是利好消息，但也是沉甸甸的责任，我们会倍加努力，在各位作者和读者的支持帮助下，力争把《天津滨海法学》这个平台办得更坚实。

目 录

【本卷特稿】

- 国有土地使用权续期问题的若干思考 米 健 (1)

【专题策划】

- 窘境与突破：检察管理模式创新的障碍及其法治化路径探析
..... 宋洪磊 (10)

从混沌走向协同

- 论司改背景下基层检察机关案管职能和检务
督察职能的自我规制与相互协调 盛 波 (29)

【各科专论】

- “法治中国”语境下社会管理创新的法治化路径
..... 龚 艳 (40)

新型城镇化背景下农民医疗保障权的宪法学考察

- 李晓栓 魏健馨 (61)

地方公共文化服务立法问题研究

- 兼论《天津市公共文化服务保障条例》的
制定 魏建新 (78)

北京国民政府时期华资民营银行治理研究

- 以“北四行”为中心 李金潭 (93)

论特殊动产的所有权变动

- 评最高人民法院《物权法司法解释（一）》第6条
..... 杨志航 (108)

- 论冷冻胚胎的法律属性 董 磊 (122)

国际法在国内法治体系中的地位和作用探析

- 基于若干国家非宪法性法律的样本考察 张 建 (136)

论我国从业禁止的定性与适用

——对《刑法修正案(九)》第1条之解读 汪雪城 (151)

论诉前财产保全制度的适用 李丰安 (167)

法官员额制改革的价值评判和路径选择

..... 石东洋 翟 婷 王 艳 (177)

京津两市小客车限购法律政策之对比研究 纪长胜 (186)

案卷运用与法院的运行逻辑

——对刑事案卷司法误区的解读 薛 鸿 (197)

【教学探索】

案例教学：回归/走向法教义学 郭明龙 (208)

漫谈本科阶段行政法学论文的写作 郭庆珠 (225)

【名家演讲】

民法的宏观思考 江 平 (236)

中国民法典编纂的问题与思考 孙宪忠 (252)

【青年法苑】

论网络谣言的生成及其预防机制 戎有方 (264)

消费民事公益诉讼司法解释的不足及完善 段 冉 (280)

信号传递视角下的社会规范与法律

——以彩礼规范为切入点 魏晓东 (293)

【域外法制】

自然法与自然权利：老问题和新方法

..... [美] 布莱恩·蒂尔尼著 邓辉译 (309)

【附录】

学术动态 (326)

《天津滨海法学》稿约 (339)

CONTENTS

【 Forum 】

- Some Thoughts on the Renewal of Usufructuary of Land for
Building Mi Jian (1)

【 Monographic Study 】

- Dilemma and breakthrough: procuratorial management mode
innovation barriers and path analysis of rule by law
..... Song Honglei (10)
- From Chaos to Synergy—On Our Reform Background of
Grassroots Procuratorate Case Management Functions and
the Functions of the Procuratorial Supervision and Self
Regulation and Coordination Sheng Bo (29)

【 Articles 】

- On the Legalization of Social Management Innovation in the
Context of “Rule of Law in China” Gong Yan (40)
- Constitutional Research on Rural Medical Security in new
Urbanization Li Xiaoshuan, Wei Jianxin (61)
- A Study on the Legislation of Local Public Cultural Serv-
ices—Also on the Establishment of the Regulations on the
Guarantee of Public Cultural Services in Tianjin
..... Wei Jianxin (78)
- Research on Governance of Chinese—funded Private Banks
during the Period of Beijing National Government—taking
“North Bank” as the center Li Jintan (93)
- On the Transfer of Real Rights on Special Movables—Com-
ment on Article 6, Judicial Interpretation of Property Law
of the Supreme People’s Court Yang Zhihang (108)

- On the properties of frozen embryos Dong Lei (122)
- The position and role of international law in domestic legal
system analysis—Based on a number of countries as the
sample to investigate their non-constitutional law
..... Zhang Jian (136)
- On the Qualification and Application of the Prohibition of
Employment in China—An Interpretation of Article 1, the
Criminal Law Amendment (9) Wang Xuecheng (151)
- On the Application of Pre-vault Property Preservation Sys-
tem Li Feng-an (167)
- Value Judgment and Path Choice of Judge Staff System Re-
form Shi Dongyang, Zhai Ting, Wang Yan (177)
- The policy of restricting the purchase of the cars between
Beijing and Tianjin Ji Changsheng (186)
- The Application of the Case and the Logic of the Court—An
Interpretation of the Misunderstanding of Criminal Cases
..... Xue Hong (197)

[Teaching and Exploration]

- Case Teaching: Returning/Reaching to Legal Dogmatics
..... Guo Minglong (208)
- On the Papers of Administrative Law to the Bachelor Degree
..... Guo Qingzhu (225)

[Speech]

- Macro-thinking on Civil Law Jiang Ping (236)
- Problems and Reflections on the Compilation of Civil Code
..... Sun Xianzhong (252)

[Youth Law Forum]

- Generative Mechanism and Preventive Mechanism of Internet
Rumor Rong Youfang (264)
- The Deficiency and Perfection of the Judicial Interpretation of
the Consumption Civil Public Interest Litigation ... Duan Ran (280)
- Social Norms and Law From the Perspective of Signaling—
Betrothal Gift Norm as An Entry Point Wei Xiaodong (293)

【 Researches on Foreign Laws 】

Natural Law and Natural Rights: Old Problems and
Recent Approaches

..... Written by Brian Tierney/Translated by Deng Hui (309)

【 Appendix 】

Academic News (326)

Notice of Tianjin Binhai Law Journal to Contributors (339)

【本卷特稿】

国有土地使用权续期问题的若干思考

米 健*

内容摘要：国有土地使用权到期后的续期问题在理论上和实践上存在较大争议。问题的解决必须坚持全局观，问题起源于制度设计本身就应用法律思维去寻找解决方案，不要将法律问题政治化。住房所有权人的利益应当得到保护，但“自动续期”并不等于无偿续期。借鉴澳门相关经验，应当改变土地名义上属于国家所有而实际上属于政府所有的现象，明确自动续期必须满足法定条件并经过法定程序，自动续期应当续缴土地使用费，但应是象征意义的，可以考虑用“特别捐税”或“年租”取代土地出让金。

关键词：国有土地使用权续期 自动续期 象征性年租 土地出让金

2016年3月，因为温州土地使用权到期而引发了全社会对国有土地使用权到期后可否续期、如何续期问题的关注和讨论。实际上，这是一个从开始就存在，无论是所有权人还是使用权人明知有问题却得过且过，而如今不得不直接面对的问题。其中，住宅用地使用权的续期问题更成为关注焦点。

不过，分析讨论住宅用地使用权续期必须明白它只是问题的一个方面。整个问题，即土地国家所有及其利用，直接关系到改革开放和经济体制改革的政策方向能否一以贯之，几十年来由此取得的成就和利益（包括国家、社会和个人利益）能否在法律上得到一个终局的确认。所

* 澳门特别行政区政府政策研究室首席顾问，中国政法大学教授，博士生导师，现从事民商法学研究。

以,讨论这个问题并寻求解决方案,必须要有全局观,即必须因循改革开放之初的思路,必须对那时实行的土地使用政策予以法律上的确认,否则可能后患无穷,甚至有可能使改革前功尽弃。

一、问题产生的背景与根源

改革开放之初,关于土地利用的基本思路是什么呢?可能会有许多诠释,如具有社会主义特色的市场经济、经济体制改革、变计划经济为商品经济及搞活经济等。但无论怎么说,核心思想很简单,就是要突破自上而下大一统的、僵化的国家所有或全民所有观念,将国家或政府大包大揽掌握的资源逐步放手给国企、外企甚至个人。因为改革设计者很清楚,社会主义市场经济也好、商品经济也好,本质上就是资本或自由经济,要想搞活经济,必须放手国有资源为民所用,使之成为市场经济的资本资源且能相对自由地投放。在此基础上,形成资本、劳动和生产的市场竞争,其直接结果,就是有可能使一部分人先富起来。正是在此思想和政策背景下,本来在制度上或法律上属于国有的土地,成为改革开放初期实践中最重要的一种资源被投放到市场经济运营中。也是在此背景下,为了给改革开放的这种政治决策提供理论和法律依据,经济学界和法学界便有了难以自圆其说、多少有些“掩耳盗铃”之嫌但可以解一时之困的“两权分离”(所有权与经营权或使用权分离)的理论。在今天看来,这个理论为当时改革开放政策提供了一种法律上的诠释,确实提供了绕过既定制度屏障继续前进的出路。但是,由于这种“法律拟制”本身就违背法律逻辑,故根本不可能真正解决问题,甚至不可避免地留下了后人必须以智慧去进一步解决问题的伏笔。现在土地使用权到期如何续期问题,实质上只是这个伏笔的表现之一。

进一步讲,土地使用权到期的重点与核心实际是现今所有权制度下财产所有与财产利用之间的矛盾冲突,是制度使然的问题。具体来说,就是如何在社会主义公有制的前提下,实现市场经济或商品经济的自由运行。这个根本问题不解决,即使不在土地到期这方面出问题,也会在其他方面出问题。所以,正确、合法和合理地解决土地使用权到期问题,是一项具有重大示范意义的工作,攸关我们国家改革开放以来所取得的成果。

二、明确问题性质，避免以政治思维解决法律问题

在现今土地和房屋两权分离的情况下，居民购得住房实际获得了两项物权：一是通常为期 70 年的土地使用权；二是对于所购住房的永久所有权。这样一来，实际从一开始就因房与地的权属分离制度决定了房屋所有权与土地使用权的时间落差，这是制度设计或制度安排本身的问题。在此情况下，一旦土地使用权到期，必然会出现三个问题：第一，房屋所有权人虽然理论上或法律上对其所购房屋拥有无期限所有权，但其房屋必然附着的使用权却不再存续，因而发生了房屋所有权和土地使用权不同步的问题；第二，作为获批建设用地使用权的开发商在建设住宅过程中大多赚得盆满钵满后离场而去，最初存在的国家、开发商（土地使用权掮客）和房屋所有权人的三角关系，现在变成房屋所有权人直接面对土地所有权人的双方关系，并且要承担因土地使用权续期所带来的负担；第三，上述情况表明了第三个法律问题，即土地使用权实际已经完成了一次再转让。原本一整块地的使用权只是给一个人（承批人或开发商），亦即最初的关系人双方是“一对一”，但住宅建成并出售之后，原本一个土地使用权却被分解成无数个使用权，关系人也由原本的“一对一”变为“一对 X”。在此种情况下，虽然土地用途没有发生转变，但法律上却完成了“权利转让”。从理论上讲，开发商在此过程中不仅获取了出售房屋的利润，而且还不动声色地利用土地使用权二次转让获取收益，房屋价格构成的一般公式其实可以非常清楚地表明这点。正因如此，囤积土地推高地价进而抬高楼价才成为大多数开发商乐见乐为的事情。这些问题，都是真实的法律问题。然而迄今为止，中国大陆地区既无有关此类土地权利二次转让的明确法律依据，亦无对此类转让的法律意义和经济价值的探讨，现实是土地所有权人为难、土地承批人大赚、土地使用者叫苦。

从以上分析可知，在讨论住宅建设用地使用期届满如何续期时，必须首先认识到问题的起源是制度设计本身。但要解决这些法律问题，应用法律思维去寻找方案，不能用政治思维去代替法律思维，不要将法律问题政治化。否则，不仅不能真正解决已经存在的问题，而且还会留下更多问题后患。

目前，围绕着住宅用地到期应否无偿续期展开的讨论，意见纷纭、

各有所持。其中不乏有研究、有思考且有启发的意见,但也有明显缺乏法律思考和逻辑的立论。产生后面一种情况,主要是因为有些学者把法律问题政治化,试图用政治化的方式来解决实际存在的法律问题。质言之,他们有意无意地忽略了土地所有权和房屋所有权分离的制度性以及由此导致的权属与利用的必然冲突,有意无意地站在道德和政治的高地,提出既有可能获得民众称赞,又不得不让权力当局重视的解决方案。其实,这是法学界长期以来都存在的问题,甚至成了一种方法:以政治上的靠拢或政治立场的标榜,获取经营法学的社会、政治和财政资源,并在此基础上赢得法学话语的强势、优势和态势。自改革开放以来,中国法学期长期难以作为一个科学领域存在,更难有真正的法学大家产生,这是非常重要的原因之一。

三、因制度发生的悖论必须从制度上消除

由于我国现今土地所有权制度而发生的土地公有和房屋私有的分离,这种所有权两分制度从一开始就决定了土地和房屋所有权的必然冲突,可以说,这是因制度而发生的悖论。土地是人类所有社会活动和生产活动赖以发生的最基本、最重要的资源,这也是为什么自古至今,人类的很多利益冲突和战争总是离不开土地。同时,作为土地最普遍的地上定着物,住宅房屋是人类社会最重要的生产活动、居住场所,所谓“安得广厦千万间”“居有所所”或“安居乐业”等,无不说明这个道理。土地和房屋由此发生了一个密不可分的关系,即土地首先用于居住,而居住必然依赖土地。正因如此,古今中外的法律一般都将房屋作为土地的附从物来看待。进一步讲,无论是在社会主义国家,还是资本主义国家,土地与房屋的关系,尤其是房屋对土地的依赖关系从来都是一样的。所以,在土地国家(或王室)所有,但房屋却可以私人所有的情况下,房屋所有权人从一开始就是有限的,即受土地使用权限制的所有权。事实上,在我国宪法规定城市土地属于国有(《宪法》第10条),但同时又保护公民私有财产(《宪法》第13条),《物权法》第66条亦明确规定保护公民私有产权(包括房屋所有权)的情况下,已经预设了“保护私有财产但却难以保障私有财产”的制度困局,至少在房屋所有权和房屋附着的使用权方面是如此。在此种情况下,要想使房屋所有权人摆脱“两权分离”的困境或彻底解决这个问题只有

两个出路：一是使土地所有权和房屋所有权合一，二是不断延期土地使用权，从而使房屋所有权在法律上成为真正没有后顾之忧的恒产。其实，这种“两权分离”的情况古今中外都存在，只不过在资本主义制度下，这个问题的解决没有意识形态的影响和政治风险，所以较为简单和容易。在我国，无论从国情看还是从制度看，第一种出路是很难的，至少在现今历史阶段上不太可能，而且长远来看也未必就是唯一的、最恰当的出路。如此，就只有第二种出路，即不断延期土地使用权。其意义在于使用权的不断延期可以在根本制度不发生变革的情况下，在法律实践上最大限度地接近所有权。其实，“两权分离”的情况古今中外都有，历史上和今天，许多国家和地区解决这个问题的方法都是采取第二种出路。

四、房屋所有权人的利益必须得到保护

采取以上第二种出路，理由在于无论是从改革开放时的初衷或目标考虑，抑或根据目前的制度与现实，这是可行的、较为安全的出路。因为在这个问题上，一方面住房所有权人的利益必须得到保护，另一方面住宅建设用地批给通常是不可逆的。

首先，由于房屋所有权的特殊性及其社会意义，尤其是作为改革开放以来最重要的社会与法律实践，使这种权利必须得到制度的保护。否则，不只会产生法律问题，还会引发社会和政治等一系列问题，甚至使改革开放的成果大打折扣，导致国家动荡。因此，既然我们不能毕其功于一役，即将土地所有权和房屋所有权合二为一，那么就只剩一种可能，即按照《物权法》第149条规定，对所有到期的住宅用地实行自动续期。这意味着，住宅用地续期其实是无可选择的必然。问题是在什么条件下，通过什么程序实现续期，使用权人续期需要负担什么样的成本。

其次，根据《城镇国有土地出让和转让暂行条例》第12条规定，城镇国家土地使用权的批给依其用途分几种类型，即居住用地最长70年，工业用地50年，教育、科学、文化、卫生、体育等用地50年，商业、旅游、娱乐用地40年，综合和其他用地50年。由上可知，目前要想一下子解决所有类型土地的使用权续期问题很复杂、很困难，因为它涉及土地制度变革。但现在重中之重、急中之急的是要解决住宅用地使