

浙江省省直律师协会 主办

◆ 唐国华 主编

律师实务研究

第八卷



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

浙江省省直律师协会 主办

◆ 唐国华 主编

律师实务研究

第八卷



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

律师实务研究. 第8卷 / 唐国华主编. —杭州:
浙江大学出版社, 2013. 11
ISBN 978-7-308-12238-2

I. ①律… II. ①唐… III. ①律师业务—中国—文集
IV. ①D926. 5-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 219230 号

律师实务研究(第8卷)

唐国华 主编

责任编辑 周卫群

封面设计 刘依群

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路148号 邮政编码310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州中大图文设计有限公司

印 刷 富阳市育才印刷有限公司

开 本 787mm×1092mm 1/16

印 张 9

字 数 230 千

版 印 次 2013 年 11 月第 1 版 2013 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-12238-2

定 价 29.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部联系方式: 0571-88925591; <http://zjdxcb.tmall.com>

《律师实务研究》编辑委员会

主任 唐国华

委员 (按姓氏笔画为序)

王慧贞 田 晔 朱亚元 李国刚

陆云良 陈月祺 陈晓军 应振芳

张 亮 高振华 麻 侃 程 岚

前 言

中国社会正在进入一个追求变革、竞争与向往财富的法治时代。随着人们的民主观念和法律意识的日益增强,一般的法律基础知识越来越普及,因此社会对法律服务的需求也日益提高,律师业务已由过去“欠钱还钱”式简单的法律服务扩展到金融、房地产、证券、知识产权、项目投融资等市场经济的诉讼和非诉讼领域,社会需求使律师的专业要求越来越高,专业细分越来越明显。可以说,律师专业业务的细分已经是当前律师业的发展趋势。这就要求律师不断地学习,汲取新知识,在工作中不断总结经验,努力提高专业水平,以便为社会大众提供更好的法律服务,为创建和谐社会尽一份力量。

为此,浙江省省直律师协会召开了 2012 年度的律师事务理论研讨会,各省直律师积极投稿,经本书编委会集体评选,选了其中部分优秀论文出版。文章具有很好的质量,充分反映出广大律师的实务和理论成果。

本书所选论文均为律师工作实务理论文章,为第 8 卷。若对律师同行、其他法律职业共同体、法律职业兴趣爱好者及其他社会人士有一定借鉴和帮助,我们会备感欣慰。不足之处,真诚地欢迎广大读者提出批评意见。

本书编委会

二〇一三年六月于杭州

目 录

民事专业

人防地下车库所有权归属探析·····	金 鹰	徐 进(3)
最高额抵押在实践中的几个问题探讨·····	柴善清	傅叶飞(12)
未盖章的《预购房协议》能否成为合法、有效的商品房买卖合同 ——张某诉杭州市 A 房地产开发公司、邯郸市 B 房地产开发公司 房屋买卖合同纠纷一案评析·····	商金玉	钱春梅(16)
名为投资实为借贷的法律关系认定·····	施建华	程 豪(21)
论协议控制模式的法律规制·····		叶永祥(25)

公司与证券专业

从发行人规范视角试论私募债发行条件·····	潘晓虹	(33)
股权并购实例中的公司控制权之争·····	侯旭昇	颜方乐(37)
信用证结算中的风险及其防范·····	戴安徽	(41)
论股东大会审议关联事项时的回避制度·····	万剑飞	张 俊(47)
管理人在破产债权审核中的职能·····	孟德荣	孔 磊(51)

建筑与房地产专业

实践中有关工程造价司法鉴定问题的分析·····	陈姣娣	练良火(61)
论情势变更原则在建设工程施工合同中的适用·····	郑立钧	(70)
监理单位的连带责任和不真正连带责任·····	刘 莺	(80)
建设用海海域使用权若干问题分析·····	杨海洋	(89)
调控形势下慎用情势变更原则·····	赵 婷	(94)
保险资金投资养老地产相关法律问题研究·····	梁基栋	(97)

知识产权专业

“邻里”之争

- 商标与商号冲突的解决机制初探……………王红燕(106)

案 例

殴打特异体质者致死触犯何罪

- 张某某故意伤害案……………吕俊(115)

从一则股权转让纠纷案谈民刑交叉疑难案件的程序处理模式……………汪波克 罗梦倩(118)

转让吊销未注销的外商独资企业股权的协议是否有效

- 某控股公司、某材料科技公司诉某纺织科技公司合同纠纷案评析 ……郭 恒(125)

一起 2000 万元合同纠纷案件的处理手记

- 兼谈融资性贸易合同的法律风险……………孙 辉 陆利忠(129)

“跳单”违约的认定与法律适用

- 甲公司诉吴某居间合同纠纷案件评析……………徐 涛 石碧蕾(133)

资金不翼而飞,公司如何维权?

- 刍议民事诉讼案件中公司资金挪用行为的认定……………徐 涛(136)

民 事 专 业

人防地下车库所有权归属探析

金 鹰 徐 进*

【摘 要】 人防地下车库的权属问题,因目前法律法规不明确、司法实践不一致等原因,长期没有得到有效解决。在实务中,此问题已严重妨碍了正常的社会交易秩序,损害了建设单位的投资积极性,也在某种程度上影响了国防建设的有序开展。本文试就此问题依据有关法规并结合实践做法,对目前的几种代表性观点进行评析,并提出自己的观点,力图为该问题的尽早解决提供一些新的思路与建议。

【关键词】 人民防空;地下车库;所有权;易地建设费

一、引 言

随着我国城镇化进程的快速推进和城镇国土面积的日渐供不应求,近年来城市房地产价格呈持续走高之势,与此同时,对一些产权不甚明确的房地产附属单位的确权要求也变得越来越迫切。在实践中涌现出了越来越集中的讼争和纠纷,例如,关于人防地下车库的权属之争,即是体现在这方面的一个非常典型的代表。

人防地下车库的产权归属,在相关的法律法规上一直没有得到明确勘定,由此导致了各地在司法实践上莫衷一是,给相关使用方、善意受让方及管理部门本身都带来了诸多的困难和不便,甚至转化为大量难以化解的民商事法律纠纷。如此局面,既不利于保障人防设施在国防法上应当实现的本质性效能,也不利于实现在和平时期提高资源使用效率,为社会经济服务的综合性能。因此,对其权属问题作进一步的理论明晰,并力争尽早法律上予以明确规定,我们认为目前法律理论和实践界共同面临的亟待完成的任务。本文也将在这个问题上提出一些解决思路和立法建议,希冀有助于相关问题的早日攻克。

二、讨论从两个案例开始

案例 1:2004 年 5 月 28 日,原告楼某与被告宁波华泰股份有限公司签订《华泰剑桥二期地下车位买卖合同》一份,合同约定:双方就买卖地下汽车位使用权达成协议;原告向被告购买位于华泰剑桥二期地下 K1 库编号为 123 的车位一个;车位的价款为 9.8 万元;原告应于 2004

* 金鹰:男,西南政法大学硕士研究生,浙江大学 EMBA 硕士。浙江腾飞金鹰律师事务所主任。执业领域为建筑、房地产开发、基础设施投资建设、土地征收及拆迁、项目融资等。

徐进:男,浙江腾飞金鹰律师事务所律师,专职办理建筑房地产法律事务。

年5月28日前支付价款;被告应于2005年2月28日前将车位交付给原告。原、被告均按约履行了付款及交付车位的义务。

原告称于2008年发现该地下车位属于人民防空工程的一部分,而被告在出卖时从没提到过这个情况。原告认为该地下车位的买卖无效,将被告告上法庭。

庭审中,争议集中在这样几个问题上,如:法律是否允许属于人民防空工程的地下车位的买卖?如果购买了此类地下车位,转让方是否必须履行相关的告知义务?如果购买讼争车位时,对该车位系人防工程不知情或存在重大误解,是否可以要求变更或者撤销合同?

法院的判决认为:法律和行政法规未禁止作为人民防空工程的车位使用权的买卖,故原、被告之间签订的《华泰剑桥二期地下车位买卖合同》合法有效。但作为人民防空工程的车位的使用权的确有一定的限制,如发生战争时必须作为人民防空工程使用,如果原告在购买讼争车位的使用权时,对该车位系人民防空工程不知情,存在重大误解的,原告可以提出要求变更或撤销合同。^①

案例2:2004年3月,广州白云区华兴苑小区,因开发商欠债无法偿还,广州原东山区法院委托拍卖公司将开发商改建的人防地下车库予以拍卖,引发业委会的反对。业委会认为人防地下车库应归全体业主所有,不应确权给开发商,也不能拍卖过户给私人。2004年6月,业委会将广州市国土房管局告上法庭。

在这个案件的庭审辩论中,除了争论人防地下车库的权属究竟应姓“国”还是姓“私”以外,更令业委会担忧的是:人防工程变成可以随意转让的私有财产是否会损害其国防目的与国防功能?一旦发生战争,小区居民是否可以当然主张入内躲避的权利呢?

广州白云区法院在一审判决中认为:涉案房产原是开发商的物业,因开发商欠款被原东山区法院裁定拍卖。而因行政机关根据人民法院的协助执行通知书实施的行为,是行政机关必须履行的法定义务,不属于法院行政诉讼的受案范围,驳回原告的起诉。^②

从上述两个案例可见,目前在我国司法实践中对人防地下车库权属的模糊不清及操作不一状况,已严重影响到利害关系人的生产生活秩序,妨碍了对争议资产的有效交易与利用,同时也使其附有的国防效能无法获得切实保障。由此,很有必要在理论与实践上尽快形成统一的规范,以期恢复社会正常交往秩序并保障国防安全。

三、人防地下车库的范畴界定

首先,本文所指称的“人防地下车库”,是“人民防空工程地下车库”的简称。“人民防空工程地下车库”是“人民防空工程”的其中一种形式。根据《人民防空法》第十八条的规定,人民防空工程包括单独修建的地下防护建筑,以及结合地面建筑修建的地下室。而“人防地下车库”即属于第二种情况——结合地面建筑修建的地下室。只是该类地下室后被开发商改作为车库的用途。

在我国,对人防工程实行多元化投资,即人防地下车库的建设资金来源有政府投资和民间

^① 《地下人防车位:姓“公”还是姓“私”》,载于宁波法院网:<http://www.nbcourt.orghtmlmtdjjpbd20091016/187.html>,最后浏览于2013年1月17日。

^② 《广州小区拍卖人防地下室引起15场官司》,载于新浪网:<http://news.sina.com.cn/c/2007-11-12/143414288974.shtml>,最后浏览于2013年1月17日。

投资^①两大类。政府投资包括中央政府投资及地方政府投资;民间投资的来源则多种多样,其中由开发商进行投资建设是最为多见的方式。由政府投资建设的人防地下车库,其产权理应归属国有。争议较大的是开发商投资建设的人防地下车库(包括开发商投资建设自用的,以及开发商投资建设后流通的)。本文所探讨的人防地下车库所有权归属争议,即限于开发商投资建设的人防地下车库。

(一)人防地下车库权属争议的由来

1. 相关法律法规及各地的规定

目前,我国与人防地下车库相关的法律法规主要有:《人民防空法》《国务院、中央军委关于进一步推进人民防空事业发展的若干意见》《中共中央、国务院、中央军委关于加强人民防空工作的决定》等。但是,从部门和各地的规定来看,有的部门规定人防地下车库的所有权属于国家,如财政部、国家人防委员会发布的《关于平时使用人民防空工程收费的暂行规定》第二条规定:“人防工程及其设备设施是国家的财产,平时使用时应本着有偿使用的原则,由人防部门收取使用费。”有些地方则规定人防地下车库的所有权归属于投资者,如《上海市民防工程建设和使用管理办法》第二十二规定:“民防工程的投资者可以按照房地产管理的有关规定取得民防工程的所有权。民防工程的所有权登记,按照本市房地产登记的有关规定执行。”《重庆市人民防空条例》第七条规定:“人民防空设施建设及开发利用,享受国家、市人民政府规定的优惠政策。鼓励企业事业单位、社会团体和个人,以多种方式投资建设和利用人民防空设施,其所有权和收益归投资者。”

另外,关于地方性法规是否应确定人防工程的产权登记程序,全国人大常委会法制工作委员会的答复是,“关于人民防空工程设施的登记问题,如属不动产产权登记,则涉及民事法律基本制度。此外,这个问题比较复杂,各地情况也不完全一致,尚需中央有关部门统一研究解决,以不在地方性法规中规定为宜”^②。

由此可见,现阶段在法律法规层面虽然有所涉及人防地下车库的权属,但部门规章和各地规定对此并不统一,其所有权归属问题还是亟须在立法层面上予以完善。

2. 从司法实践中的判决来看

近年来,各地屡有案例涉及人防地下车库的所有权问题。不过,法院在判决中少有实质性认定人防车库的所有权归属,而是尽可能地回避直接由所有权归属所产生的争议。较详细的判决解释,可参考北京华清嘉园九业主诉海淀区人防办财产权属纠纷一案。该案的一、二审法院均认为:首先,购房者不具备《人民防空法》上所指的“投资者”资格,购房者在确立买卖合同关系时应明知其所支付的购房款的对价并不包括防空地下室,因此即使修建该防空地下室的成本确为各业主所分担,但其在出资时处于缺乏主动性的消极状态,也就并非法律意义上的“投资”行为。其次,即使购房者确为《人民防空法》上所指的“投资者”,其亦不能由此被确认对争议的防空地下室享有所有权。因为,依照《人民防空法》的相关规定,人防工程的收益应归投资者所有。而收益权确为所有权的四大权能之一。在通常的状况下,享有所有权,即应当享有收益权;但是反过来,享有收益权,却并不能必然地推导出其享有所有权。因此,购房者所主张

^① 农村村集体及其投资设立的公司修建的人防地下车库应属于民间投资的范畴。

^② 《地方性法规能否规定人防工程产权登记》,载于中国人大网:http://www.npc.gov.cn/npc/xinwenfzgzxwdf/2004-12/24/content_363199.htm,最后浏览于2013年1月18日。

的所有权关系最终未获法院支持。再如前引宁波楼某与某开发商车位买卖合同纠纷一案中,法院也是以法律法规未明确禁止买卖车位使用权为由认定合同有效,进而驳回了原告主张合同无效的诉讼请求。

(二)人防地下车库确权的必要性

如上所述的这种所有权归属不清的状况,直接影响到了人防地下车库的合法使用。虽然《人民防空法》规定了“谁投资,谁使用,谁收益”的总体原则,在一定程度上确立了人防地下车库的使用规则,然而在具体操作中还是会产生诸多困难。

首先,开发商投资建设的人防地下车库一般与小区建筑紧密相连,且通常情况下此类车库内可以停放大量的车辆,从资源优化利用的角度讲,要开发商一家独自使用如此大面积的地下车位,不但不经济也浪费了宝贵的停车位资源。因此,明确开发商对地下停车库有转让的权利,是必要的。其次,如果可转让,那么问题在于:转让的是所有权还是一定年限内的使用权呢?如果明确开发商享有人防地下车库的所有权,则应按照所有权转让的方式,办理不动产过户登记。如果明确开发商不享有所有权,则应保障开发商依据“谁投资,谁使用,谁收益”的原则能够将车位的一定年限的使用权转让给购房者。但在目前的法律法规中,不但没有明确开发商是否应对人防地下车库享有所有权,也没有明确开发商是否可以转让人防地下车库的使用权。当然,法律实务中有法院以“法无明文禁止即可行”的理由确认开发商可以转让人防地下车库的使用权^①,但是使用权作为物权的其中一项重要权能,其转让的方式、程序和限制也应当依据“物权法定”的原则,在法律层面上予以明确规定为宜。

四、关于人防地下车库所有权归属的法理探讨

(一)既有的主要观点

在提出本文的主要观点之前,我们首先来了解和分析一下学界既有的主要代表性观点:

1. 国家所有说

第一种观点认为,在对以人防地下车库为代表的人防设施的修建问题上,国家往往是“不仅减让土地出让金,减免了有关税费,还给予了种种优惠条件。因此,人防地下车库的产权应归国家,使用管理权应归人民防空主管部门”^②。其次,“人防工程是关系到国家安全、人民存亡的保命工程,是战争中保护有生力量的物质基础……对于该类人防工程的出资,属于法律强制规定的义务”。因此,其性质也应当属于国家所有的资产。^③

2. 开发商所有说

此种观点认为,鉴于人防车位的特殊性,既然法律尚无明确规定,依据“谁投资谁受益”的原则,人防车位的产权归属房地产开发商并无不妥。开发商可以单独转让给业主,由业主取得

^① 《地下人防车位:姓“公”还是姓“私”》,载于宁波法院网:<http://www.nbcourt.org/htmlmtjdjpbpd20091016/187.html>,最后浏览于2013年1月17日。

^② 引自北京市人防办给北京市人大代表高扬的《关于人大代表对人防工程产权问题的回复》,载于〔2005〕海民初字第10827号判决书。

^③ 合肥市人防办:http://www.hfrfb.gov.cn/renfang/6005_1206_2011/05/15/3529.html,最后浏览于2013年1月17日。

人防车位的专有所有权。但是在《关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》实施之后,若开发商对人防车位不能取得初始登记,该人防车位就无法通过转移登记而成为特定业主所有权的客体,此时人防车位应归全体业主共同所有。^①“虽然地下人防车位的财产权受到很大程度的限制,但是只要人防车位建设费用是由建设单位筹措并列入建设项目投资,开发商作为住宅小区地下人防车位的投资人和所有人,就应享有使用、收益权。”^②

3. 业主共有说

此种观点认为,住宅小区的地下人防工程是由全体业主投资建设的,应当为小区业主共有。国家并没有投入任何资金,也没有经过国有化征收或征用程序,更没有给予补偿,因此不应归国家所有。并且认为国家减免人防工程的土地使用费和其他税费只是国家取得战时人防工程使用权的对价,但不是取得所有权的对价。^③

4. 约定归属说

此种观点认为,在现行法律没有对车库的归属作出明确规定的情况下,要求当事人在合同中约定车库的归属是必要的。通过约定来解决人防地下车库的产权归属,这种方式充分体现了私法自治的原则。既符合市场经济的内在要求,又有利于对车库的有效利用和管理,同时也有利于鼓励开发商修建车库。^④

5. 以是否计入公摊面积决定说

最后一种观点认为,如果开发商在销售商品房时,将地下车库计入公摊,显然是采取分摊销售的方式,地下车库的所有权就应当属于全体业主。如果开发商没有将地下车库计入公摊,车库所有权究竟属于开发商抑或全体业主,则需要依法律进行推定。这种制度安排可以促进或保障开发商采取住宅单元和地下车位分别销售的交易方式。^⑤

(二)对上述观点的分析和重构

首先,从民法的基本原理来讲,所有权的取得包括生产、孳息、转让、继承、遗赠、遗失物、所有人不明的埋藏物和隐藏物、添附及国有化和征收等方式。而在未经国有化或征收之前,物权法的一般理论是优先认可通过生产的方式创造出新的所有权,即原始取得所有权的。生产者当然成为原始所有权的享有者。因此,物的创造者被赋予最为优先的权属顺位并受到更为优越的法律保护。也即从物权法的意义上讲,当缺乏具体法律依据的时候,应当根据“付出者受益”的物权法基本精神和“损益相抵”的法律原则来寻找最合理的解决方案。

前述“开发商所有说”“业主共有说”和“以是否计入公摊面积决定说”的共同特点,是看到了生产者和投资者的巨大付出,区别主要在于关注的阶段不同而已。在对地下车库的兴建问题上,开发商是承担第一期投资和生产的主体,而且这种投资往往是规模比较大的,甚至要承担相当大的市场风险。因此在将此种第一期的投资与风险转嫁给他人之前,应当可以肯定开发商具有物权法意义上的对所兴建不动产的优先受益权。即使是对人防地下车库这种按照法

① 程建乐、朱章程:《论建筑物区分所有形态之下小区停车位的权属》,载于《法律适用》2009年第7期。

② 《小区人防车位能否转让》,载于宁波法院网:<http://www.nbcourt.orghtmlpfjtyaxf20090916/54.html>,最后浏览于2013年1月17日。

③ 高圣平:《住宅小区车位、车库的性质及其权利归属研究——兼评〈物权法〉第74条》,载于《法学家》2008年第6期。

④ 王利明:《论物权法中车库的归属及相关法律问题》,载于《现代法学》2006年第5期。

⑤ 陈甦:《小区地下车库的权属须依是否计入公摊而定》,载于中国法学网:<http://www.iolaw.org.cn/showNews.asp?id=5025>,最后浏览于2013年1月17日。

定强制性义务而兴建的房地产附随单位,也必须充分体现出“投资者受益”的基本法律原则。

“业主共有说”考虑到业主通过交付售房款的方式,已经填补了由开发商先期所承担的一切建设资金,因此对开发商而言的“付出者受益”原则已经实现。此时需要满足和抵消的是这一系列权利的继受取得者,即小区业主的投资付出。因此,允许业主将所购买的房产连同附随的配套设施上的权利一并主张,才能保障新的“损益平衡”目标得以实现。

第三种“以是否计入公摊面积决定说”,实际上只是对“业主所有说”的一种精确化的解释,它们强调的核心都是要确定出真实的“付出者”,即投资者究竟是谁的问题。如果可以证明这些人防地下车库的建设费用已经由业主分摊了,那么业主就自然继受了对人防地下车库的相关一系列权属。而如果无法证明这一点,则“以是否计入公摊面积决定说”认为还是要回转到第一种“开发商所有说”的逻辑当中去,即优先保护原始物权取得者的受益之权利。

接下来的“约定归属说”,也是在房产销售合同的公摊项目未列明地下车库归属时的一种考量方式。因为如果已经能够像“以是否计入公摊面积决定说”中所希望的那样,明确举证公摊中已列明了地下车库的归属事项,就可以相应地直接确定享有权利的主体而无须再另行加以约定。因此,“约定归属说”,可以说是在解决无法证明投资人(即付出人)的情况下为争议双方提供的一种协调利益的机会而已,其实质上并非一种独立的权属安排主张或观点。

由此可知,真正留给我们值得探讨的问题,实质上在于“开发商所有说”和“业主共有说”中所共同体现出的“投资人受益”之私法原理,与“国家所有说”所依凭的公法的保护原则之间的法理冲突。在综合了上述几种争议观点的背后支撑性理念后,问题的焦点已经完全可以用“投资者所有论”和“国家所有论”这两大学说的分歧予以替代了。

那么,究竟应当是物权法的“损益相抵”原则优先,还是公法的“国家利益保护”原则优先呢?我们认为,这两者均代表了从某一个立场所看到的合理性。“国家所有论”,主要强调了国家人防部门角度的利益和国民作为整体的对国防目的的追求;而“投资者所有论”,则主要体现出作为私人主体的市场交易需求和对利益目标的追求。二者在各自的领域中都分别具有其合理性,只是在人防地下车库权属这一特殊的具体问题上,需要决策者从立法层面上作一综合性权衡,并最终进行一种高度的价值立场决断。

五、本文的观点:人防地下车库应属国家所有

笔者在综合考量了各种因素的基础之上,拟提出自己的观点,即认为在我国现阶段,最适宜采取的方案是:人防工程的所有权属于国家,同时在能够保证战时使用效能的前提下,由建设单位(投资人)按照“谁投资,谁使用,谁收益”的原则在人防部门核发的《人防工程使用证》规定的时间和范围内行使权利。对于这个结论,需要从以下几点来具体阐释:

1. 从立法规定的层面看

根据《国防法》第三十七条第一款规定,“国家为武装力量建设、国防科研生产和其他国防建设直接投入的资金、划拨使用的土地等资源,以及由此形成的用于国防目的的武器装备和设备设施、物资器材、技术成果等属于国防资产”。因此,应首先区分出两种情况,即第一种:如果是国家直接投入资金的或直接划拨了土地等资产予以兴建的各类国防设施,均应当明确是无疑义属于国有资产的范畴。而第二种:有疑义的在于国家只是给予了一定的优惠和支持政策却未进行直接投资的情况。这类情况才是所谓目前立法空白阶段下的“投资者所有”与“国家所有”的争议焦点。

2. 从缴纳易地建设费的强制义务来看

我国《人民防空法》第八条规定：“一切组织和个人都有得到人民防空保护的权力，都必须依法履行人民防空的义务。”第二十二条规定：“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。”《国务院、中央军委关于进一步推进人民防空事业发展的若干意见》和《中共中央、国务院、中央军委关于加强人民防空工作的决定》规定：“城市新建民用建筑必须依法修建防空地下室，确因地质等原因难以修建的要按规定缴纳易地建设费。对未按规定修建防空地下室、未按规定缴纳易地建设费的，人民防空部门要严格依法处理。”^①

因此，从上述规定可以看出，建设单位修建人防工程或交纳人防工程易地建设费，是履行法定的义务。那么假设我们未来的立法规定“人防地下车库的所有权归属于投资人”，就可以得出“建设单位履行人防建设义务最终的权益归属是开发商或全体业主”的推论，那么按照这个逻辑推导下去，我们会发现：①建设单位履行人防建设义务最终的权益归属全体业主；②建设单位承担人防法定义务有两种方式，即在项目中实物建设和缴纳人防工程易地建设费；③实物建设的人防工程属于开发商或小区全体业主共有；④建设单位缴纳的人防工程易地建设费也属于开发商或小区全体业主共有；⑤开发商或小区全体业主可以对建设单位缴纳给相关部门的人防易地建设费主张所有权。而这个推论结果显然是同目前的国防管理体制相悖的，也不合乎国防设施建设的本意。

3. 针对第一点中列举的第二种情况，还需要从设施的管理层面予以探讨

现行《人民防空法》第二十六、二十七条规定：“平时利用人民防空工程，不得影响其防空效能”；“任何组织或者个人不得进行影响人民防空工程使用或者降低人民防空工程防护能力的作业，不得向人民防空工程内排入废水、废气和倾倒废弃物，不得在人民防空工程内生产、储存爆炸、剧毒、易燃、放射性和腐蚀性物品”。

此外，《人民防空工程平时开发利用管理办法》第五、八、九、十五、十六条规定，人民防空工程平时由投资者使用管理，收益归投资者所有；人民防空工程平时开发利用实行备案登记制度。人民防空主管部门应当根据使用单位提交的备案资料，经审查合格后发给《人民防空工程平时使用证》。使用单位必须持有《人民防空工程平时使用证》，方可使用人民防空工程。使用单位利用人民防空工程进行下列活动时，应当向工程隶属单位缴纳人民防空工程使用费：①利用人民防空工程进行经营性活动；②利用人民防空工程冷风降温；③利用人民防空工程敷设通信、电力等管线；④利用人民防空工程施工碴石等副产品。使用单位利用人民防空工程兴办非经营性或者公共事业，可免缴人民防空工程使用费。

因此，可以确定的是人防工程建成后的使用、收益权均归属于投资者享有，这在人防工程建成后保证投资主体能够收回投资，保证其付出的利益不受损失这一点上是与民法理论无悖的。而“投资者所有”和“国家所有”的差异只在于人防地下车库的所有权是由国家保留抑或可

^① 《国务院、中央军委关于进一步推进人民防空事业发展的若干意见》规定，城市新建民用建筑必须依法修建防空地下室，确因地质等原因难以修建的要按规定缴纳易地建设费。对未按规定修建防空地下室、未按规定缴纳易地建设费的，人民防空部门要严格依法处理。

《中共中央、国务院、中央军委关于加强人民防空工作的决定》规定，城市及城市规划区内的新建民用建筑，必须依法同步建设防空地下室。……对应建成防空地下室的建设项目，未经人民防空主管部门审核批准，建设、消防等部门不能办理相关手续。坚持以建为主，确因地质条件限制不能修建防空地下室的项目，由人民防空主管部门审核批准后，按规定交纳易地建设费，具体收费标准由省、自治区、直辖市价格主管部门会同同级财政、人防主管部门按照当地防空地下室的造价制定。除国家规定的减免项目外，任何部门和个人不得批准减免易地建设费。

由投资者进行私相转让的问题。

那么针对这一问题,需要考虑和权衡的因素就必然牵涉国防安全的角度和对人防设施的日常维护管理的角度。

第一,相对于允许投资者进行私相转让的方案,如果确定了人防工程的所有权由国家予以保留而仅出让使用、收益权的话,则人防工程在战时就能够由国家直接以所有人的地位宣布收回,而无须通过任何征收或征用的途径,无疑将是最有利于保障国防安全这一目的的。尽管由于近几十年来国内及周边的国际形势基本比较稳定,一般的民众容易忽视掉国防安全这一领域的重要性,但是从国家立法的角度来说,应当不同于一般追逐短期经济利益的民众之视角,而应当以“居安思危”的胸怀意识到全国的战略大局和一旦发生战争的更大范围内的民众的利益维护。

第二,基于日常维护和管理,如果规定人防地下车库属于开发商或小区全体业主共有的话,则该维护和管理责任主体应如何落实?是责任落实到开发了众多楼盘的开发商,还是具体落实到每一户业主,抑或由业主委员会来履行该义务呢?目前比较可行的方案恐怕只有由业主委员会所选聘的物业公司来操作,因为单一业主或单一的开发商无法具体有效地来开展日常维护。那么问题又在于,目前对物业公司的服务规范中也没有明确认定物业公司是国防工程的维护义务承担主体。

实际上,基于国防设施的特殊目的性,其必须在保证整体的完整性和可统一使用的基础上,才能够实现既定的国防安全之目的。而一旦维护的义务主体不明确,不仅将给人防部门的监管带来巨大的困难,而且必然会带来维护责任意识的淡化结果。因此,这些在实际操作中都会带来一系列的复杂问题。而上述情况如果出现,则对于人防工程的安全性和宏观的国防建设事业都是极为不利的。

六、立法建议

综上所述,在前文提出的各项论证的基础之上,我们希望立法者在立法修改的过程中着重考虑如下几点:

第一,在一部法律中,如《人民防空法》中,直接明确非国家投资的人防工程的所有权归属和义务承担主体,使人防地下车库的所有权、使用权、收益权、维护和管理责任等问题的处理都有明确的法律依据,进而将人防地下车库所有权归属的问题和纠纷在源头上予以化解。这有利于划清“公私界限”,提高资源的使用和流转效益,并预防国有资产的变相流失。

第二,明确人防工程的投资者主体资格,界定投资者的范围,特别要明确购房者的购房行为是否属于投资行为的问题。由于《人民防空工程平时开发利用管理办法》第十条规定,禁止无证使用人防工程,禁止转让“人民防空工程平时使用证”。因此,如果排除了购房者投资者地位,也即直接排除了购房者的使用收益权,这样既不利于对人防地下车库的有效利用,还有可能造成人防工程的实际使用人和“人民防空工程平时使用证”记载的使用人不一致的现象。因此,进一步明确购房者对人防地下车库的使用、收益的权益依据,提高人防地下车库的资源利用率和修缮保养水平,有利于在司法实践中找到开发商、购房者和国家公权力等利害相关方的利益平衡点,起到法律所应当发挥的定纷止争、重塑秩序的作用。