



学习目标

1. 掌握土地所有权的概念,理解其形成、特征以及争议解决;
2. 掌握土地使用权的概念,了解其性质、取得方式和使用;
3. 掌握房屋所有权的概念,了解其种类、取得和消灭;
4. 掌握相邻关系的概念、特征及内容,建筑物区分所有权的概念、特征及内容;
5. 理解房地产登记的分类、效力、作用及赔偿制度,土地、房屋登记的原则、程序。

引例

王某、陈某等合资、合作开发房地产合同纠纷^①

2010年11月16日,江苏×县经济开发区管理委员会(甲方,以下简称×县开发区管委会)与陈某(乙方)签订《协议书》,主要约定甲方将在建的某安置小区的蔡楼地块(位于蔡楼村庄内)交给乙方作为开发商品房用地,作价45万元/亩,并约定由甲方于2011年5月前办理好土地出让手续和土地证。

2010年11月18日,陈某与方某等人签订《蔡楼地块商品房联合开发合作协议书》(以下简称《联合开发协议书》),约定陈某将该地块作为双方合作的入股资金,并由方某等人所属公司负责对蔡楼地块的商品房开发、设计、管理和销售等工作。

[思考]

1. 蔡楼地块的土地性质如何确定?
2. ×县开发区管委会直接有偿出让蔡楼地块的行为是否合法?

^① 参见江苏省高级人民法院〔2014〕苏民终字第0285号民事判决书。

3. 如何认定《联合开发协议书》的效力?

[解析]

1. 依据《中华人民共和国土地管理法》第8条的规定:“城市市区的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于农民集体所有;宅基地和自留地、自留山,属于农民集体所有。”本案中,蔡楼地块位于蔡楼村庄内,应属于集体所有的土地。

2. 根据《中华人民共和国城市房地产管理法》第8条规定:城市规划区内的集体所有的土地,经依法征用转为国有土地后,该幅国有土地的使用权方可有偿出让。

根据《中华人民共和国土地管理法》和《中华人民共和国城市房地产管理法》的规定,土地使用权出让合同的出让方为市、县人民政府的土地管理部门,其他部门无权出让。最高人民法院《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第2条规定:开发区管理委员会作为出让方与受让方订立的土地使用权出让合同,应当认定无效。

由此可见,法律禁止集体土地直接出让用作建设用地,必须先征用转为国有土地,出让主体是市、县人民政府的土地管理部门,开发区管理委员会无权出让,×县经济开发区管理委员会的做法是违法的。

3. 《江苏省土地管理条例》第36条规定,城市规划区范围内的经营性房产等经营性项目用地,必须采取招标、拍卖方式出让。其目的即是为了保护耕地,规范土地一级市场秩序,防止损害国家利益。

本案中,《协议书》中所约定开发的蔡楼地块为集体土地,尚未依法征用转为国有土地,×县开发区管委会本身不具备签订土地出让协议的主体资格,且蔡楼地块系用于商品房开发,未经过招标、拍卖程序即私下约定出让给陈某违法,因此,《协议书》因违反了法律、行政法规的强制性规定而无效。

另外,陈某与方某签订的《联合开发协议书》系以《协议书》为基础,以尚不具备出让条件的蔡楼地块作为其合作的出资,因标的物违法亦应认定为无效。

第一节 土地所有权法律制度

我国在全国范围内实行土地国家所有和集体所有并存的土地所有制,是我国土地的根本制度并由《宪法》所确认。

一、土地所有权的概念与特征

土地所有权是指土地所有人有权独占性地支配其所拥有的土地,并排除他人干涉的

权利。土地所有人于法律规定的范围内享有对土地的占有、使用、收益和处分权。我国宪法规定,土地所有权有两种形式,国家土地所有权和集体土地所有权。土地所有权属于土地物权的一种,除具有物权的一般特征外,尚有其自身的特点。

根据我国法律的规定,土地所有权不得为买卖、抵押、出租或者为其他形式的交易客体,以此保护和巩固我国土地的社会主义公有制。由于我国实行土地公有制,因此土地所有权不能进行交易,除了公共利益的需要征收集体土地为国家所有而引起土地所有权的物权变动外,土地所有权的权属是不会发生变动的。

二、国家土地所有权

(一) 国家土地所有权的概念

国家土地所有权是指国家对其所有的土地依法享有占有、使用、收益和处分的权利。这是我国最为重要的土地所有权形式,在我国社会经济生活中占有重要的地位。新中国成立以后,对城市土地没有立即实行完全的国有化,而是针对不同性质的所有权形式,分阶段分别采取接管、没收、赎买、征购、征用、收归国有及宣布全部城市土地属于国家所有等方式一步一步地实现国有化,历时三十余年。

(二) 土地国家所有权的客体范围

我国《宪法》第9条第1款规定:“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源,都属于国家所有,即全民所有;由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。”该法第10条第1款、第2款规定:“城市的土地属于国家所有。”“农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有;宅基地和自留地、自留山,也属于集体所有。”

《土地管理法》第8条规定:“城市市区的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于农民集体所有;宅基地和自留地、自留山,属于农民集体所有。”从以上规定可以看出,土地国家所有权的客体包括城市的土地,以及法律规定属于国家所有的农村和城市郊区的土地。

案例 1-1

林某与怀集 X 矿业有限公司合伙协议纠纷案^①

怀集 X 矿业有限公司作为探矿权人取得有勘查项目为广东省某地的探矿权证,勘查面积为 4.70 平方公里,有效期限从 2010 年 8 月 21 日至 2012 年 8 月 20 日。之后,怀集

^① 参见广东省怀集县人民法院〔2014〕肇怀法民三初字第 217 号民事判决书。

X 矿业有限公司将探矿权证项下的勘查面积范围内的磁铁矿矿山分别发包给林某等多个承包者进行探采,并于 2007 年 6 月 28 日收取了林某生产押金 100 万元。

2008 年 12 月 18 日和 2009 年 1 月 8 日,怀集 X 矿业有限公司又与广东 Y 实业集团公司分别签订了一份《合作探采凤岗带下磁铁矿合同书》和一份《补充协议》,约定双方对上述探矿权证项下的四至面积 4.70 平方公里范围内的磁铁矿矿山进行合作探采。

为此,广东 Y 实业集团公司于 2009 年 1 月 8 日与林某签订了一份《矿山、选厂收购合同》,约定该广东 Y 实业集团公司以价款 760 万元收购林某选厂及矿山 1、2 号矿窿,该 760 万元其中包括怀集 X 矿业有限公司收取林某的前期押金款 100 万元。2009 年 1 月 15 日,广东 Y 实业集团公司支付了 760 万元给林某。

2013 年,林某与怀集 X 矿业有限公司发生纠纷,要求其返还非法向林某收取的 100 万押金。

[法条链接]

《中华人民共和国矿产资源法实施细则》第 5 条规定,国家对矿产资源的勘查、开采实行许可证制度。第 6 条规定,《矿产资源法》及本细则中探矿权的含义,是指在依法取得的勘查许可证规定的范围内,勘查矿产资源的权利。取得勘查许可证的单位或者个人称为探矿权人。

[思考]

1. 我国矿产资源的所有权归谁所有?
2. 怀集 X 矿业有限公司取得探矿权证,是否意味着其享有采矿的权利?
3. 怀集 X 矿业有限公司与林某、广东 Y 实业集团公司签订有关探采合作的合同是否合法?
4. 林某是否有权要求怀集 X 矿业有限公司返还押金 100 万元?

[解析]

《中华人民共和国矿产资源法》第 3 条第 1 款规定,矿产资源属于国家所有,由国务院行使国家对矿产资源的所有权。同时,第 3 款规定,勘查、开采矿产资源,必须依法分别申请、经批准取得探矿权、采矿权,并办理登记。

本案中怀集 X 矿业有限公司是案涉磁铁矿的探矿权人,但是探矿权不等同于开采权,开采矿石仍需取得开采许可证。因此,怀集 X 矿业有限公司与林某、广东 Y 实业集团公司签订的各项合同,均违反了上述法律、行政法规的强制性规定,根据《中华人民共和国合同法》第 52 条第 1 款第 5 项的规定,应认定为无效合同。

《中华人民共和国合同法》第 58 条规定,合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。故林某有权要求怀集 X 矿业有限公司返还生产押金 100 万元。

（三）国家土地所有权的行使

土地国家所有权的权利主体只能是国家,国家以外的任何国家机关、企事业单位或公民个人都不能享有土地国家所有权的各项权能。我国对国有土地采取统一领导、分级管理的原则。国家通过法律授权国务院和地方各级人民政府,以及国家土地管理局和地方各级土地主管部门行使国家土地的所有权。各级人民政府和政府的土地主管部门对国有土地所有权通过以下方法行使:

1. 对已经被国家机关、企事业单位、社会团体和公民个人合法占用的国有土地,依照有关法律的规定确认使用者的土地使用权,并由县级以上人民政府登记造册,核发土地使用权证,并依法收取土地使用金。

2. 出让、划拨国有土地的使用权。划拨是指县级以上人民政府代表国家将国有土地无偿划给国家机关、社会团体、企事业单位和公民个人使用的行为。出让是指县、市级人民政府代表国家将国有土地使用权在一定年限内让与土地使用者,并收取出让金的行为。划拨和出让土地使用权是国有土地使用权行使的两种主要形式。

3. 收回土地使用权。国家可以将国有土地交由国家机关、企事业单位、社会团体和个人使用,也有权依法予以收回。根据《土地管理法》及有关法律的规定,在以下情况下,国家有权收回土地使用权:第一,用地单位已经撤销或者迁移的;第二,土地使用者未经原批准机关同意,连续两年未使用土地的;第三,土地使用者不按批准用途使用土地的;第四,铁路、公路、机场、矿场等经核准报废的;第五,出让的土地,土地使用权届满的;第六,划拨的土地因国家建设需要收回土地使用权的。

三、集体土地所有权

（一）集体土地所有权的概念和形成

集体土地所有权是指农民集体组织对其所有的土地依法享有占有、使用、收益和处分的权利。集体土地所有权是我国土地所有权的另一种形式,在农村经济中发挥着重要作用。

集体土地所有权的形成:

新中国成立以来,我国农村土地所有制的变革基本上可分为两个阶段。^①

第一阶段,废除封建的土地所有制,建立土地的农民私有制。根据《土地改革法》进行土地改革,建立农民土地私有制。土改后,党中央引导农民走农业合作化道路,从农业劳动互助组到土地集体经营、土地参加分红的初级农业合作社。

第二阶段,建立土地集体所有制。具体过程如下。

^① 参见阮可、傅群、高园园编著:《房地产基本制度与政策》,14页,北京,化学工业出版社,2013。

1. 成立高级农业生产合作社,土地集体所有、集体经营,不允许土地自由买卖和出租。
2. 在人民公社化初期(1958—1962年),所有土地公有化,可以由公社甚至全县任意调配。
3. 进一步稳定农村土地集体所有制,1962年9月颁布的《农村人民公社工作条例修正草案》(又称《六十条》)规定:“生产队范围内的土地,都归生产队所有。”
4. 建立土地集体所有、个体农民使用为主的制度。

(二) 集体土地所有权的客体范围

集体所有土地为国家土地之外的其他土地,即法律规定属于集体所有的土地。《宪法》第10条第2款规定:“农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有;宅基地和自留地、自留山,也属于集体所有。”

《土地管理法》规定:“农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的,由村集体经济组织或者村民委员会经营、管理;已经分别属于村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有的,由村内各该农村集体经济组织或者村民小组经营、管理;已经属于乡(镇)农民集体所有的,由乡(镇)农民集体经济组织经营、管理。农民集体所有的土地,由县乡人民政府登记造册,核发证书,确认所有权。”

《确定土地所有权和使用权的若干规定》规定:“土地改革时分给农民并颁发了所有证的土地,属于农民集体所有;”实施《六十条》时确定为集体所有的土地,属农民集体所有。村农民集体所有的土地,按目前该村农民集体实际使用的本集体土地所有权界限确定所有权。

农民集体经依法批准以土地使用权作为联营条件与其他单位或个人举办联营企业的,或者农民集体经依法批准以集体所有的土地的使用权作价入股,举办外商投资企业或内联乡镇企业的,集体土地所有权不变。

(三) 集体土地所有权的行使^①

集体土地所有权分为三种形式,其权利的主体也有所不同。乡(镇)农民群众集体所有的土地,其所有权由乡(镇)人民政府代表全乡(镇)农民行使;村农民集体所有的土地,由村民委员会代表全村农民行使;村内经济组织农民集体所有的土地,由该集体经济组织内的全体农民通过农民大会来行使。行使集体土地所有权的内容主要有以下方面。

1. 要求县级人民政府颁发土地所有权证,行使法律上对土地的占有权。
2. 利用集体土地修建农用设施和进行农业生产,如修建水库、水渠、农用公路,种植

^① 参见邓保同、孙晋主编:《房地产法》,48页,北京,清华大学出版社,2011。

农作物等。

3. 可以将土地交集体经济组织内的农民作宅基地、自留地、自留山使用,或者通过承包经营合同发包给农民使用。

4. 可以依法使用土地兴建乡村企业,或者以土地使用权作为出资与国有企业、集体企业或外商投资企业联营。

5. 有权依法收回土地使用权。集体土地使用权在以下条件下可以收回:第一,使用集体土地的单位解散;第二,原用宅基地的土地,房屋拆除后,房主不再在该基地上建房的;第三,使用集体土地的公民死亡,没有继承人或不宜由其继承人继续使用的;第四,土地使用者违法用地的;第五,土地使用者因建设需要,必须收回土地使用权的。

四、土地权属争议及其解决

从法律上说,国家土地所有权和集体土地所有权可谓界限分明,但在现实生活中,这两种土地所有权有时存在模糊不清的状态,以致发生土地权属争议纠纷。国家土地管理局于1995年制定的《确定土地所有权和使用权的若干规定》第18条规定:“土地所有权有争议,不能依法证明争议土地属于农民集体所有的,属于国家所有。”《土地管理法实施条例》第2条也有类似的规定。

2004年修订后的《土地管理法》第16条规定:“土地所有权和使用权争议,由当事人协商解决;协商不成的,由人民政府处理。单位之间的争议,由县级以上人民政府处理;个人之间、个人与单位之间的争议,由乡级人民政府或者县级以上人民政府处理。当事人对有关人民政府的处理决定不服的,可以自接到处理决定通知之日起三十日内,向人民法院起诉。在土地所有权和使用权争议解决前,任何一方不得改变土地利用现状。”因此,因土地权属发生的争议案件,以行政处理为诉讼的前置程序。

《行政复议法》第30条将土地权属发生的诉讼明确为行政诉讼,而且将行政复议作为前置程序。该条规定:公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其已经取得的土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的,应当先申请行政复议;对行政复议决定不服的,可以依法向人民法院提起行政诉讼。

根据国务院或者省、自治区、直辖市人民政府对行政区划的勘定、调整或者征用土地的决定,“省、自治区、直辖市人民政府确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的行政复议决定为最终裁决。”

综上,土地所有权与使用权权属争议救济途径和程序应当依照《土地管理法》和《行政复议法》进行,即先进行行政处理,对行政处理不服的,可进行复议;对行政复议不服的,再提起行政诉讼。

第二节 土地使用权法律制度

一、土地使用权概述

(一) 土地使用权的概念

土地使用权是指法人或公民依法取得的对土地的占有、使用、收益及受限制的处分权。土地使用权是土地所有权最重要的一项权能,土地使用权的主要意义不在于土地所有人自己行使,而在于由非所有人行使,如地上权、地役权等。

依据我国土地所有权的分类,可将土地使用权分为国有土地使用权和集体土地使用权。其中,集体土地使用权包括农村集体建设用地使用权、集体土地承包经营权。土地使用权内容包括对土地的利用权、出租权、转让权、抵押权等,但并非某一具体的土地使用权都包含这些内容,土地使用权的取得方式不同,法律对其所作的限制亦有所不同。

例如,通过划拨方式取得的土地使用权不得转让、出租或抵押,而以出让方式取得的土地使用权则可以转让、出租或抵押。

(二) 土地使用权的性质

我国的土地使用权是一种新型物权,是与土地所有权并列的权利。第一,它是一种独立的物权,而不仅仅是所有权中单一的权能,它包括占有、使用、收益和处分全部权能,土地使用权人与所有权人的关系属于物权法律关系;第二,它是一种用益物权,即在他人所有物上设定的,以物的使用和收益为目的的他物权;第三,与传统的他物权相比,土地使用权的转让更自由。

(三) 土地使用权的确定

土地使用权按照土地所有权的不同,可以分为国有土地使用权和集体土地使用权。

国有土地使用权的确定。国有土地使用权可以依法与国有土地所有权分离,确定给直接使用土地的具有法人资格的单位或个人。国家土地管理局《确定土地所有权和使用权的若干规定》第28条规定:“土地公有制之前,通过购买房屋或土地及租赁土地方式使用私有的土地,土地转为国有后迄今仍继续使用的,可确定现使用者国有土地使用权。”

集体土地使用权的确定。乡(镇)村办企事业单位和个人依法使用农民集体土地进行非农业建设的,可依法确定使用者集体土地建设用地使用权。农民集体所有的土地依法用于非农业建设的,由县级人民政府登记造册,核发证书,确认建设用地使用权。

案例 1-2裴某与杨某、何某侵权责任纠纷案^①

2013年6月,裴某经村党支部书记余某同意,将该村与农科院交界处的一段废弃的排碱渠开垦及平整,准备栽种树木。届时,发现本村杨某、何某(杨某、何某系夫妻)未经裴某同意便占用其平整出的土地栽种树木。该排碱渠以西为杨某承包的土地,杨某一直在使用。

裴某开垦该段排碱渠并未经过杨某同意,也未办理任何其他手续。经村党支部书记余某调解未果,裴某诉至判令,请求判令杨某、何某立即返还土地,并赔偿由此造成的损失。诉讼过程中,杨某主张该段排碱渠属于公共用地,裴某开垦并未办理任何手续,因此,对该块土地并无所有权也无使用权。

[思考]

1. 本案中涉案土地的所有权如何确定?
2. 本案中裴某对涉案土地是否享有使用权?能否要求杨某、何某返还土地?
3. 本案中裴某是否有权向杨某、何某主张赔偿损失?

[解析]

根据《中华人民共和国土地管理法》第8条第2款、第9条、第14条第1款之规定,农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于农民集体所有;对农民集体所有的土地,可以依法确定给个人使用;由本集体经济组织的成员承包经营的,应当订立承包合同,其土地承包经营权受法律保护。

本案中,涉案的土地应属于村集体所有。裴某要求杨某、何某被告返还土地,但裴某对于本案争议土地并未签订相关承包合同,因此,裴某对本案争议土地并不具有使用权,故无权要求杨某、何某返还土地。相应地,对于裴某因土地被占用而导致的损失获得赔偿的要求,由于裴某对案涉争议土地不具有使用权,即便存在杨某、何某占用土地的情况,也未侵害裴某的权利,裴某没有资格主张赔偿损失。

二、建设开发用地制度

(一) 建设用地使用权的取得方式

取得土地使用权是房地产开发的前提。土地使用权的取得必须符合国家有关法律、

^① 参见新疆维吾尔自治区石河子市人民法院〔2014〕石民初字第3983号民事判决书。

法规的规定。房地产开发用地取得包括出让和划拨两种方式。《城市房地产开发经营管理条例》第12条规定:房地产开发用地应当以出让方式取得;但是,法律和国务院规定可以采用划拨方式的除外。

《物权法》第137条规定:“设立建设用地使用权,可以采取出让或者划拨等方式。工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地,以及同一土地有两个以上意向用地者的,应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让。严格限制以划拨方式设立建设用地使用权,采取划拨方式的,应当遵守法律、行政法规关于土地用途的规定。”《城市房地产开发经营管理条例》也作了类似规定。

在土地使用权出让或者划拨之前,县级以上地方人民政府城市规划行政主管部门和房地产开发主管部门应当对下列事项提出书面意见,作为土地使用权出让或者划拨的依据:

- (1) 房地产开发项目的性质、规模和开发期限;
- (2) 城市规划设计条件;
- (3) 基础设施和公共设施建设要求;
- (4) 基础设施建成后的产权界定;
- (5) 项目拆迁补偿、安置要求。

有关部门对上述事项的有关情况进行审查后,应出具《房地产开发项目建设条件意见书》,作为土地使用权出让合同的必备条款或划拨土地使用权批准文件的内容之一。

(二) 建设用地的审批

《城市房地产管理法》第9条规定:“土地使用权出让,必须符合土地利用总体规划、城市规划和年度建设用地计划。”第10条规定:“县级以上地方人民政府出让土地使用权用于房地产开发的,须根据省级以上人民政府下达的控制指标拟订年度出让土地使用权总面积方案,按照国务院规定,报国务院或者省级人民政府批准。”房地产开发建设用地的审批,必须符合国家有关法律的规定,必须严格执行土地利用规划和年度计划。

(三) 建设用地的使用

房地产开发企业在依法取得土地使用权之后,必须按照土地使用权出让合同约定的土地使用用途、动工开发期限进行项目开发建设,否则,将依法承担法律责任。根据《城市房地产管理法》和《城市房地产开发经营管理条例》的规定,土地使用权出让合同约定的动工期限满一年未动工开发的,可以征收相当于土地使用权出让金20%以下的土地闲置费;满两年未动工开发的,可以无偿收回土地使用权。

但是,因不可抗力或者政府、政府有关部门的行为或者动工开发必需的前期工作造成动工迟延的除外。这一规定为房地产开发建设用地的使用,严格执行城市土地利用规划和土地利用计划提供了保障。

第三节 房屋权属法律制度

一、房产所有权的概述

(一) 房产所有权的概念

房产所有权是指所有人依法对自己所有的房屋享有占有、使用、收益和处分的权利。房屋占有权是对房屋的实际控制的权利,可以由所有人直接行使,也可以由非所有人合法行使。有法定或者约定根据的非所有人占有为合法占有,反之则为非法占有。

房产使用权是根据房屋的性能和用途对房屋加以利用的权利。房屋所有人可以直接使用房屋,也可以由非所有人根据法律规定或者取得所有人同意后使用。房产收益权是房屋所有人收取房屋所产生利益的权利。如将房屋出租收取租金或者将房屋投资入股分红。收益可以由房屋所有人享有,也可以由合法的非所有人享有。房产处分权是房屋所有人在事实上或者法律上赠与、互换。房屋处分权一般仅属于房屋所有人,非所有人只有在符合法定条件下并在法定范围内才能行使他人房屋处分权。

(二) 房产所有权的种类

房产所有权可依据不同标准不同分类。实践中,以房产所有权的主体不同,可分为公房、私房、外产房、中外合资房和其他性质的房产所有权,这种关于房产所有权的分类,对实际生活具有重要意义。我国房产管理部门正是按照上述分类对房产进行登记管理的。另外,房产所有权还可以根据其他标准作出分类,如根据房产所有权主体多少的不同,可将房产所有权分为独有房产所有权和共有房产所有权;根据权利主体享有房产的充分性,可将房产所有权分为完全所有权和部分所有权。

(三) 房屋共有

1. 房屋共有的概念

房屋共有是指两个以上主体对同一房屋共同享有所有权。房屋共有具有以下特征:

- (1) 主体有两个或者两个以上。
- (2) 客体是同一项房产。
- (3) 分为共同共有和按份共有两种形式。
- (4) 不构成一种新的所有权类型。
- (5) 产生共有的根据是共同生活、共同劳动、共同购买、共同经营、共同继承等关系。

2. 房屋共同共有

房屋共同共有是指两个或者两个以上的人对其共有的某项房屋平等地不分份额地享有权利并承担义务。共有人之间不分份额、完全平等,即每个共有人都对整个共有房

屋享有所有权;共有人对共有房屋享有共同的权利,并承担共同的义务;共有房屋在共同共有关系存续期间没有分清份额,只有在共同共有关系消灭时方能分清份额。

案例 1-3

汪某某与朱某所有权确认纠纷^①

汪某某(未成年)系汪父与朱某的婚生女儿。2010年12月15日,汪某某父母达成离婚协议,约定双方位于六合区某房屋产权归汪某某所有,汪某某随汪父生活,朱某不用支付抚养费。当天,汪某某父母办理了离婚登记,汪某某随汪父居住在该房屋内。2011年3月14日,朱某提起诉讼,要求与汪父分割该房屋,后又撤诉。

2011年4月15日,朱某出具承诺书,表示汪父给付朱某3万元财产分割补偿款后双方在财产分割上无涉。2013年7月,汪某某起诉,要求确认离婚协议中约定的房屋产权归汪某某具有法律效力,该房屋产权归其所有。到目前为止,该房屋仍在汪某和朱某名下。

[思考]

1. 夫妻共有房屋属于何种共有关系?应如何处分?
2. 本案中汪父与朱某在离婚协议中处分房屋的行为是否有效?

[解析]

1. 夫妻共有的房屋应属于房屋共同共有。在共同共有关系存续期间,应共同处分共有房屋,部分共有人擅自处分共有房屋的,除符合善意取得条件外,一般认定无效。

2. 本案中,汪父与朱某系汪某某父母,双方在协议离婚时约定将共同共有的房屋产权归汪某某所有,该约定属于双方共同处分共有财产的行为,确切地说是双方将共同共有的该房屋赠与他们的女儿汪某某,是双方一致决定的结果。

虽然汪某某系未成年人,其尚不具备完全民事行为能力,无法表达接受还是不接受赠与,但其父母可以相互作为汪某某的法定代理人代为接受对方的赠与。现朱某单方要求反悔赠与行为,与共有财产处分的原则不一致,另外,接受赠与系对汪某某个人财产的增加,利于汪某某,从保护未成年人合法权益的角度,也不能支持朱某的主张。

依据《物权法》的规定,不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生效力。这里的“不发生效力”,是指不发生上述物权行为效力,但不影响为引起物权行为的债权行为效力。目前该房屋虽然登记在汪父和朱某名下,还没有过户给汪某某,但不影响汪父与朱某共同处分房屋(赠与)协议的效力。

^① 参见南京市六合区人民法院[2013]六民初字第674号民事判决书。

在处理房屋共同共有关系时,要掌握如下规则:

(1) 共有人对共有部分房屋性质不明,部分共有人主张按份共有,部分共有人主张共同共有,如果不能证明房屋是按份共有的,应当认定为共同共有;

(2) 在共同共有关系存续期间,部分共有人擅自处分共有房产的,一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该房产的,应当维护第三人的合法权益;对其他共有人的损失,由擅自处分共有房产的人赔偿。

(3) 在共同共有关系终止时,对共有房产的分割,有协议的,按协议处理;没有协议的,应当根据等分原则处理,并要考虑共有人对共有房屋的贡献大小,适当照顾共有人生产、生活的实际需要等情况。分割夫妻共有房产,应当根据《婚姻法》的有关规定处理。

(4) 共同共有房产分割后,一个或数个原共有人出卖自己分得的房产时,如果出卖的房产与其他原共有人分得的房产属于一个整体或者配套使用,其他原共有人主张优先购买权的,应当予以支持。

3. 房屋按份共有

房屋按份共有是指两个或者两个以上的人对同一项房屋按照确定的份额享受权利、承担义务。《物权法》第94条规定:“按份共有人对共有的不动产或者动产按照其份额享有所有权。”房屋按份共有的主体各有份额,即对统一房屋享有明确具体的份额;每个共有人有权要求将自己的份额分出或者转让;每个共有人按照各自的份额,对共有房产分享权力,分担义务。



小贴士

这里所说的份额,就是指共有人对共有财产存在的应有部分,也就是共有人对共有物的所有权所享有的比例。《物权法》第104条规定:“按份共有人对共有的不动产或者动产享有的份额,没有约定或者约定不明确的,按照出资额确定;不能确定出资额的,视为等额享有。”该条的规定为确定份额提供了依据。

在处理房屋按份共有关系时,要掌握如下规则:

(1) 一个或数个共有人要求将自己的份额分出或者转让时,其他共有人不得妨碍其行使权利。

(2) 共有人出售自己的份额时,其他共有人在同等条件下,有优先购买的权利。

(3) 按份共有房产的分割必须保持房屋的使用价值,不能采用损害房屋使用价值的办法,对其中不能分割或者分割有损其价值的可以折价补偿、变价分割。



房屋共有人享有的优先购买权

我国《物权法》第101条规定：“按份共有人可以转让其享有的共有的不动产或者动产份额。其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利。”房屋共有人的优先购买权，是指房屋共有人的房屋有偿转让给第三人时，其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利。数个共有人都主张优先购买权时如何处理，可以考虑，有约定的，按照约定；没有约定的，按照各自在共有财产中所占的比例处理。注意：国外对房屋共有人的优先购买权没有划分按份共有和共同共有。

（四）房产所有权的取得和消灭

1. 房产所有权的取得

房屋所有权的取得分为原始取得和继受取得两种方式。原始取得房屋所有权的具体方式包括：

（1）新建，即由国家、集体、个人或者其他主体处置建造房屋的，该房屋处置兴建人取得房屋的所有权，但该建造必须是合法的而不是非法的。

（2）因法院判决或强制执行以及没收取得房屋所有权。

（3）无主房屋被收归国有，或集体经济组织的成员死亡没有继承人的，其房屋收归集体所有。

（4）添附，即在原有房屋上扩建、加层，添附人取得添附房屋的所有权，但添附必须依法进行才能取得所有权。

房屋所有权的继受取得，主要是以合同关系进行的所有权转让，受让人因出让人的出让行为取得出让房屋的所有权，以及当事人因继承或受遗赠而取得房屋的所有权。房屋所有权的继受取得与原始取得的主要区别在于，继受取得中后手的权利直接来自于前手权利的转让，原始取得则不以他人所有权的先存在为前提。

我国在房屋所有权的取得上采取的是生效要件主义，即登记是房屋所有权转移和取得的特别生效要件。《物权法》第9条第1款规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外。”

2. 房屋所有权的消灭

房屋所有权的消灭是指通过一定的法律行为或法律事实，使房屋所有权对任何人都不复存在或与原所有权主体脱离。房屋所有权消灭的依据主要有：房屋灭失；房屋所有人抛弃房屋所有权；房屋所有权人因房屋被强制执行或因判决生效而丧失对房屋的所有权。

有权;房屋所有权人因房屋转让;房屋所有权人消灭。

第四节 相邻关系和建筑物区分所有权

一、相邻关系

(一) 相邻关系的概念及特征

房地产相邻权,即在两个或两个以上相互毗邻的房地产所有人或使用人之间,一方行使所有权或使用权时,享有要求另一方提供便利或接受限制的权利。从相邻的不动产所有人和使用人之间的关系的角度来看,相邻权就称作相邻关系了。

一般认为,房地产相邻法律关系是一方房地产所有人或使用人的财产权利的延伸,同时又是对他方房地产所有人或使用人的房地产权利的限制。在处理相邻关系时依法应适用兼顾各方的利益、互谅互让、团结互助的原则,有利生产、方便生活的原则,以及公平合理的原则。

房地产相邻关系具有以下法律特征^①:

- (1) 相邻关系的主体是两个或两个以上的不动产所有人或使用人。
- (2) 主体所有或使用的房地产必须是相邻的。相邻包括相互邻接或相互邻近,还可以分为平面相邻、垂直相邻和包容相邻。
- (3) 相邻关系的客体是相邻房地产所有人或使用人行使其权利时所体现的利益,而非房地产本身。
- (4) 相邻权依附于相邻房地产的所有权或使用权,两者不可分离。
- (5) 相邻权的行使以从相邻一方取得必要的便利为限度,不可滥用。

(二) 相邻关系的主要内容

《民法通则》第83条规定:“不动产的相邻各方,应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的精神,正确处理截水、排水、通行、通风、采光等方面的相邻关系。给相邻方造成妨碍或者损失的,应当停止侵害,排除妨碍,赔偿损失。”

1. 相邻土地使用关系

此处的“土地”泛指田地、山岭、森林、草原、滩涂等地表空间。若相邻一方的建筑物或土地处于邻人土地包围之中,非经邻人土地不能到达公用通道,或者有其他通道但需较高费用或十分不便时,可经邻人的土地以到达公用通道。相邻一方因修建施工临时占用他方使用的土地,占用的一方如未按照双方约定的范围、用途和期限使用的,应当责令

^① 参见阮可、傅群、高园园编著:《房地产基本制度与政策》,17页,北京,化学工业出版社,2013。

其及时清理现场,排除妨碍,恢复原状,赔偿损失。^①

2. 宅基地等相邻疆界使用关系

相邻各方对自己宅基地及其附属设施的占有、使用应当界线明确、四至清楚,不然,应查明院墙、界石、墙桩、树木等历史遗留标记,作为确定界线的根据。对于相邻双方共用的空地、道路、院墙以及宅基地上的附属物,相邻一方不得擅自独用或处理。

3. 相邻用水、截水、排水关系

相邻人应当保持水的自然流向,不得擅自截流或改变水流方向;在修造房屋时,应注意地势及排水通道,不应使檐滴水、污水流入他人的房屋、庭院,还应为他人房屋留有一定间距,以免使污水或雨水等直接渗入他人房屋。

4. 相邻管线安装关系

相邻人因埋设管道、电缆或者架设电线、通信线路等,需要经过他人的土地时,他人应当允许。一方擅自堵截或者独占自然流水,影响他方正常生产、生活的,他方有权请求排除妨碍;造成他方损失的,应负赔偿责任。

相邻一方必须使用另一方的土地排水的,应当予以准许;但应在必要限度内使用并采取适当的保护措施排水,如仍造成损失的,由受益人合理补偿。相邻一方可以采取其他合理的措施排水而未采取,向他方土地排水毁损或者可能毁损他方财产,他方要求致害人停止侵害、消除危险、恢复原状、赔偿损失的,应当予以支持。

5. 相邻通风、日照、音响震动关系

相邻人在建造建筑物时,应当与邻人的建筑物留有一定距离,以免影响邻人建筑物的通风、日照。此外,相邻各方应当注意环境整洁,不得以高音、噪声、喧哗、震动等妨碍邻人的工作、生活和休息。

6. 相邻环境与安全关系

相邻一方在开挖土地、井眼和打桩施工中不得使邻人的地基发生动摇,或建筑物受到危害;一旦威胁邻人生命、财产安全时,相邻一方应当采取适当对策,如加固、拆除;相邻一方在生产中排放废气、废水、废渣,不得超过国家标准。相邻他方对超标排放有权要求相邻人排除和治理,并有权向加害方索赔。

二、建筑物区分所有权

(一) 建筑物区分所有权的概念及特征

我国民法通则和土地法对建筑物区分所有权问题未做直接规定,目前国内比较统一的关于建筑物区分所有权的概念为:建筑物区分所有权是指多个区分所有权人共同拥有

^① 参见高旭军、沈晖等:《房地产法》,130页,上海,上海财经大学出版社,2004。

一座区分所有建筑物时,各区分所有权人对建筑物专有部分享有的专有部分所有权、对建筑物共有部分享有的共用部分持分权,以及因区分所有人之间的共同关系所产生的成员权的总称。

建筑物区分所有权具有下列法律特征。

1. 复合性

建筑物区分所有权是由专有所有权、共用部分持分权(共有所有权)和成员权等三要素构成的特殊所有权。而一般不动产所有权的构成要素都是单一的。

2. 专有权的主导性

在构成建筑物区分所有权的三个要素中,专有权具有主导作用。第一,区分所有权人取得专有权,即取得共有部分的持分权和成员权;反之,则意味着失去了其他两个要素的权利。第二,专有权的大小决定其共有部分持分权和成员权之大小。第三,在区分所有权登记上,只登记专有权,而不单独登记其他要素的权利。

3. 一体性

构成建筑物区分所有权的三要素须结为一体,不可分离。在转让、抵押、继承时,应将三者一体转让、抵押或继承。受让人在受让区分所有权时,此三项权利亦须同时取得。

4. 权利主体身份的多重性

建筑物区分所有权人相对于专有部分而言,有资格成为专有权人;相对于共有部分而言,有资格成为共有权人;相对于区分建筑物的团体成员共同关系而言,有资格成为成员权人。与此形成对比的是,一般所有权和一般共有权的权利主体之身份只能是单一的,不具备同时兼有多重身份的属性。

案例 1-4

王某与卜某恢复原状纠纷案^①

王某居住在乌鲁木齐经济技术开发区某小区 A10-4-602 室,卜某住 A10-4-601 室,二者系对门邻居,居住在所在楼房最高层。卜某居住的 601 室在楼顶有一阁楼,阁楼前后为一大、一小的两个露台,阁楼只有一扇门,开向大露台,大露台与王某居住的 602 室楼顶之间有高约 1.4 米、栏间距 0.1 米的防护栏,该防护栏的归属在王某、卜某与房产公司签订的合同中均未进行约定。

2012 年 8 月,卜某拆除了其与王某楼顶之间的防护栏近 3 米长,为了前往房顶的小露台种菜。王某认为其房屋所对应的楼顶未做保护层,卜某来往经过的行为侵犯了其合

^① 参见新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市头屯河区人民法院〔2014〕头民一初字第 876 号民事判决书。

法权益,影响其对房屋的使用。双方发生纠纷,经所在的社区及物业公司调解无果,王某将卜某诉至人民法院,要求卜某将损坏的防护栏恢复原状、停止侵害,并赔偿王某的损失。

[思考]

1. 本案中,防护栏的归属如何认定?
2. 本案中,王某要求卜某将损坏的防护栏恢复原状、停止侵害,并赔偿损失是否合法?

[解析]

1. 根据《最高人民法院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》第2条规定:“建筑区划内符合下列条件的房屋,以及车位、摊位等特定空间,应当认定为物权法第六章所称的专有部分:(一)具有构造上的独立性,能够明确区分;(二)具有利用上的独立性,可以排他使用;(三)能够登记成为特定业主所有权的客体。规划上专属于特定房屋,且建设单位销售时已经根据规划列入该特定房屋买卖合同中的露台等,应当认定为物权法第六章所称专有部分的组成部分。本条第一款所称房屋,包括整栋建筑物。”

第3条规定:除法律、行政法规规定的共有部分外,建筑区划内的以下部分,也应当认定为物权法第6章所称的共有部分:(一)建筑物的基础、承重结构、外墙、屋顶等基本结构部分,通道、楼梯、大堂等公共通行部分,消防、公共照明等附属设施、设备,避难层、设备层或者设备间等结构部分;(二)其他不属于业主专有部分,也不属于市政公用部分或者其他权利人所有的场所及设施等。本案中,王某、卜某楼顶之间的防护栏在双方与房产公司之间的合同中均未约定归属,故不属于王某、卜某专有,该防护栏应属于小区业主共同共有。

2. 《最高人民法院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》第15条规定:业主或者其他行为人违反法律、法规、国家相关强制性标准、管理规约,或者违反业主大会、业主委员会依法作出的决定,实施下列行为的,可以认定为《物权法》第83条第2款所称的其他“损害他人合法权益的行为”:……(四)违章加建、改建,侵占、挖掘公共通道、道路、场地或者其他共有部分。

本案中,卜某将防护栏损坏,因防护栏属于小区业主共有,故卜某的行为损害了业主的合法权益,造成了一定的财产损失,构成侵权,应当承担相应的责任;卜某损坏防护栏后,经过王某房屋对应的楼顶前往小露台种菜,在一定程度上影响了王某的生活及其房屋的使用,故王某有权要求被告停止侵害、恢复原状。

(二) 专有部分

专有部分是指区分所有建筑物中由所有人专门支配的独立构造部分。它是一个与

其他专有部分或共有部分以墙体、楼板层相互分割的独立空间。分割的方式分为纵割式、横割式和混合式三种。

根据《最高人民法院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》的规定,建筑区划内符合下列条件的房屋(包括整栋建筑),以及车位、摊位等特定空间,应当认定为专有部分:

1. 具体构造上的独立性,能够明确区分;
2. 具体利用上的独立性,可以排他使用;
3. 能够登记成为特定业主所有权的客体;
4. 规划上专属于特定房屋,且建设单位销售时已经根据规划列入该特定房屋买卖合同中的露台等。业主基于对住宅、经营性用房等专有部分特定使用功能的合理需要,无偿利用屋顶以及与其专有部分相对应的外墙面等共有部分的,不应认定为侵权。

按照我国《商品房销售面积计算及公用建筑面积分摊规则(试行)》规定,商品房销售面积为套内建筑面积与分摊的公用建筑面积之和,其中套内建筑面积由套(单元)内的使用面积、套内墙体面积和阳台建筑面积三部分组成。商品房各套(单元)之间的分割墙、套(单元)与公用建筑空间之间投影面积的一半计入套内建筑面积。按上述规定,专有部分的范围界限为“壁心”。

(三) 共有部分

共有部分是指区分所有建筑物中由有关所有人共用并属其共有的部分。按照我国《城市房产毗连房屋管理规定》第6条规定,所有人和使用人对共有、共用的门厅、阳台、屋面、楼面、厨房、厕所以及院落、上下设施等,应共同合理使用并承担相应的义务;除另有约定外,任何一方不得多占、独占。此处体现了共同共有的原则。但上述规定在房产毗连房屋自然损坏修缮费用承担方面则体现按份共有的原则。另按《商品房销售面积计算及共用建筑面积分摊规则(试行)》规定,对于公用建筑面积分摊上也体现为按份共有原则。

建筑物中的共有部分,一般需按照法律、行政法规的规定来予以认定。以下建筑物无须经过法律和行政法规认定,直接被认定为建筑物中的共有部分。

1. 建筑物的基础、承重结构、外墙、屋顶等基本结构部分,通道、楼梯、大堂等共同通行部分,消防、公共照明等附属设施、设备,避难层、设备层或者设备间等结构部分;
2. 其他不属于业主专有部分,也不属于市政公用部分或者其他权利人所有的场所及设施等;
3. 建筑区划内的土地,依法由业主共同享有建设用地使用权,但属于业主专有的整栋建筑物的规划占地或者城镇公共道路、绿地占地除外。

（四）业主享有的成员权

业主成员权是指业主基于建筑物专有部分与共有部分、专有权与共有权不可分离，而形成的作为建筑物管理团体的一个成员所享有的权利。在物业管理中，业主是物业服务企业提供物业服务的对象，是物业管理市场的需求主体。业主可以是自然人、法人、其他组织和国家。业主的成员权既是一项权利，又是一种资格，与专有部分的所有权紧密联系，任何人取得了专有部分的专有权，即同时取得了业主自治团体成员资格，享有成员权，具体而言，包括：制定规约权；投票权；选举和被选举权；对物业服务企业的选择权等权利。

第五节 房地产权属登记法律制度

一、房地产登记概述

房地产登记是法律授权的房地产登记机构将申请人申请登记的房地产权利和其他应当记载的事项，在房地产登记簿予以记载并向申请人发放有关权属证书或者证明的行政行为，它是房地产权属确认归属的公示方式。在中国现行登记体制下，房地产登记包括土地登记和房屋登记。

（一）房地产登记的分类

中国房地产登记可以有以下类型：按客体不同分为土地登记和房屋登记；按时间不同分为总登记（初始登记）和日常登记（变更登记）；按权利不同分为所有权登记、使用权登记和他项权利登记；按权利主体不同分为集体（团体）登记和个人登记；按权属关系不同分为公有和私有登记。



知识链接

《物权法》第6条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付……”第9条第1款规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外。”第14条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生法律效力。”

《土地管理法》第12条规定：“依法改变土地权属和用途的，应当办理土地变更登记手续。”第13条规定：“依法登记的土地的所有权和使用权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。”

《城市房地产管理法》第60条规定:“国家实行土地使用权和房屋所有权登记发证制度”。第61条规定:“以出让或者划拨方式取得土地使用权,应当向县级以上地方人民政府土地管理部门申请登记,经县级以上地方人民政府土地管理部门核实,由同级人民政府颁发土地使用权证书。在依法取得的房地产开发用地上建成房屋的,应当凭土地使用权证书向县级以上地方人民政府房产管理部门申请登记,由县级以上地方人民政府房产管理部门核实并颁发房屋所有权证书的房地产转让或者变更时,应当向县级以上地方人民政府房产管理部门申请土地使用权变更登记,经同级人民政府土地管理部门核实,由同级人民政府更换或者更改土地使用权证书。法律另有规定的,依照有关法律的规定办理。”第62条规定:“房地产抵押时,应当向县级以上地方人民政府规定的部门办理抵押登记。因处分抵押房地产而取得土地使用权和房屋所有权的,应当按照本章规定办理过户登记。”

(二) 房地产登记的效力

考察目前中国不动产登记法律法规的具体规定,房地产登记采用了登记生效模式。这种模式主要以登记生效为基础,其他情形为例外。

《物权法》第9条第1款规定的例外包括两种情形:

第一种情形是,房地产物权无须进行登记的情形。依据《物权法》第9条第2款的规定,依法属于国家所有的自然资源包括矿藏、水流、海域等,无须进行登记。由于国家所有权依法不能进行转移,也就不可能再创设新的所有权,这样规定有利于保护国家所有权。

第二种情形是,房地产物权变动并不以登记作为生效要件的情形,主要包括两个方面:

1. 无须登记即能发生房地产物权变动的效力

(1) 因人民法院、仲裁委员会的法律文书或人民政府的征收决定等,导致物权设立、变更、转让或者消灭的,自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。

(2) 因继承或者受遗赠取得物权的,自继承或受遗赠开始时发生效力。

(3) 因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的,自事实行为成就时发生效力。

(4) 土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。

2. 登记是房地产物权变动的对抗要件,土地承包经营权的变动即为适例

土地承包经营权人将土地承包经营权互换、转让,当事人要求登记的,应当向县级以上地方人民政府申请土地承包经营权变更登记;未经登记,不得对抗善意第三人。^①

^① 参见康耀江、刘毅、秦凤伟编著:《房地产法律与制度》,北京,清华大学出版社,2012。

房地产登记具有公信力。物权公信力是指物权发生了变动并依法进行了公示,则即使依公示方法表现出来的物权不存在或存在瑕疵,但对于信赖该物权的存在并从事了物权交易的人,法律仍然承认其具有与真实的物权存在相同的法律效果。《物权法》第16条规定:“不动产登记簿是物权归属和内容的根据。不动产登记簿由登记机关管理。”

房地产登记实施强制登记原则。《物权法》第9条第1款规定:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生法律效力,但法律另有规定的除外。”第14条规定:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,依照法律规定应当登记的,自记载于不动产登记簿时发生法律效力。”《城市房地产管理法》第38条规定,未依法登记领取权属证书的房地产不得转让。

(三) 房地产登记机关及赔偿制度

目前,中国房地产登记仍然由不同登记机关分别登记。《土地登记办法》第3条规定:土地登记实行属地登记原则。申请人应当按照本办法向土地所在地的县级以上人民政府国土资源行政主管部门提出土地登记申请,依法报县级以上人民政府登记造册,核发土地权利证书。但土地抵押权、地役权由县级以上人民政府国土资源行政主管部门登记,核发土地他项权利证明书。

《房屋登记办法》第4条规定:“房屋登记,由房屋所在地的房屋登记机构办理。本办法所称房屋登记机构,是指直辖市、市、县人民政府建设(房地产)主管部门或者其设置的负责房屋登记工作的机构。”另外,中国《土地管理法》和《城市房地产管理法》也有相似的内容。按照这些规定,土地的登记机构为土地行政主管部门,房屋的登记机构为房屋行政主管部门。

法律设置了登记错误的赔偿责任。《物权法》第21条规定:“当事人提供虚假材料申请登记,给他人造成损害的,应当承担赔偿责任。因登记错误,给他人造成损害的,登记机构应当承担赔偿责任。登记机构赔偿后,可以向造成登记错误的人追偿。”实践中登记错误的情形主要有两种:一是登记机构工作人员疏忽、过失等原因造成错误;二是登记申请人采取欺骗手段或者与登记机关人员恶意串通造成错误。

案例 1-5

张某与安阳市房产管理局行政赔偿纠纷^①

张某和刘某系安阳某数码制作有限公司(以下简称数码公司)工作人员,数码公司(1996)4号文件规定解决员工住房问题,文件要求部长及部长级以下住房者,必须与公司

^① 参见河南省安阳市中级人民法院〔2014〕安中行终字第81号行政赔偿判决书。

签订10年期工作合同,在合同期间只有居住权,没有产权、买卖权和转让权。1996年3月4日,数码公司向河南某房地产开发有限公司(以下简称房产公司)汇款购买浍北小区39号楼12号房,并委托刘某办理有关购房手续。由于刘某私改证明信企图将房屋占为己有,被数码公司发现后向检察院控告,并收回了购房大票。

人民检察院于1997年9月17日致函中星公司办理变更房屋产权手续,数码公司下文将该房屋分配给张某,明确该房屋产权归张某个人所有;并将购房大票变更后的原件交给张某,购房大票上的名字也由刘某改为张某;中星公司在更改处加盖了印鉴,现原始大票在张某手里。1999年1月6日,申某(系刘某岳父)在没有提交刘某委托其办理房屋登记委托书的情况下,向安阳市房产管理局申请办理名为刘某的房产证。

安阳市房产管理局在为申某(刘某)办理该套房屋的登记手续时,没有验证收取刘某的身份证明,没有让申某出具刘某委托其办理房屋登记的委托书,没有审查购房大票原件,即为申某颁发了名为刘某的房屋产权证。

1999年,申某领取了名为刘某的房产证后,在没有刘某出具委托其卖房委托书的情况下,申某将该房屋出卖给第三人。第三人于2001年提起民事诉讼,要求法院判决申某、刘某与其买卖关系有效,经法院审理作出最终判决,认定第三人善意取得涉案房屋。张某在2004年5月向人民法院提起行政诉讼,要求撤销安阳市房产管理局为刘某颁发的房产证并确认无效,并要求安阳市房产管理局对其损失进行赔偿。

[思考]

1. 张某就其本案损失是否有向安阳市房产管理局取得行政赔偿的权利?
2. 安阳市房产管理局是否应当承担张某损失的全部赔偿责任?

[解析]

1. 2010年4月29日修正前的《中华人民共和国国家赔偿法》第4条规定:“行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯财产权情形之一的,受害人有取得赔偿的权利:(一)违法实施罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚的;(二)违法对财产采取查封、扣押、冻结等行政强制措施的;(三)违反国家规定征收财物、摊派费用的;(四)造成财产损害的其他违法行为。”本案中,第三人通过人民法院的终审判决被确认为善意取得涉案房屋时,房屋无法要回,张某的损失已实际产生,张某有申请行政赔偿的事实基础。

2. 《中华人民共和国物权法》第21条第2款规定:“因登记错误,给他人造成损害的,登记机构应当承担赔偿责任。登记机构赔偿后,可以向造成登记错误的人追偿。”本案中,已发生法律效力行政判决,认定本归张某所有的涉案房屋,被安阳市房产管理局在向刘某颁发了房产证的过程中,没有让刘某提交身份证件,也无刘某委托申某办证的委托书,没有审查购房大票原始凭证,属认定事实不清,主要证据不足,程序严重违法,其颁发该房产证显属登记错误,应当承担张某全部损失的赔偿责任。只是,安阳市房产管理

局在承担赔偿责任之后,可以向造成登记错误的人追偿。

二、土地登记制度

(一) 土地登记的含义

土地登记是指国家土地登记机关将国有土地使用权、集体土地所有权、集体土地使用权和土地抵押权、地役权以及依照法律法规规定需要登记的其他土地权利记载于土地登记簿公示,并向权利人发放权属证书或者证明的行为。土地登记具有统一性、唯一性、完整性、连续性、公开性、可信性等特点。

在一个登记区内只能由一个土地登记机关实施登记;同一块土地的登记结果应当是唯一的。《土地登记办法》第15条规定:土地登记簿是土地权利归属和内容的根据。第16条规定:土地权利证书是土地权利人享有土地权利的证明。土地权利书记载的事项,应当与土地登记簿一致;记载不一致的,除有证据证明土地登记簿确有错误的,以土地登记簿为准。

(二) 土地登记的基本原则和程序

我国的土地登记遵循以下原则:①依法进行;②以书面申请为准;③事实审查;④进行公示;⑤属地管辖。

土地登记的基本程序:①申请;②受理;③审查;④土地登记簿和归户卡的填写;⑤土地权利证书的颁发。

土地使用权、所有权设定登记,土地使用权、所有权变更登记,名称、地址和土地用途变更登记,土地管理部门应当在受理之日起三十日内,对登记申请和地籍调查结果进行审核,并报经批准后进行注册登记,颁发、更换或者更改土地证书。

土地他项权利设立变更登记和注销土地登记,土地管理部门应在受申请之日起十五日内,对登记和地籍调查结果进行审核后办理注册登记或者注销登记,颁发或者更换土地他项权利证明书,或者将注销登记的结果书面通知当事人。

不予受理登记申请的情形:(1)申请登记的土地不在本登记范围;(2)提供的证明材料不齐全;(3)不能提供合法证明;(4)土地使用权转让、出租、抵押期限超过土地使用权出让年限的;(5)按规定应当申报地价未申报,或者地价应当经土地管理部门确认而未办理确认手续的;(6)其他。

暂缓登记的情形:(1)土地权属争议尚未解决的;(2)土地违法行为尚未处理或者正在处理的;(3)依法限制土地权利或者依法查封地上建筑物、其他附着物而限制土地权利的;(4)其他。

（三）土地登记的种类

土地登记包括土地总登记、土地初始登记、土地变更登记、土地注销登记和其他土地登记等。

1. 土地总登记。土地总登记是指在一定时间内对辖区内全部土地或者特定区域内土地进行的全面登记。土地总登记应当发布通告。

2. 土地初始登记。土地初始登记是指在土地总登记之外对设立的土地权利进行的登记。

3. 土地变更登记。土地变更登记是指因土地权利人发生改变,或者因土地权利人姓名或者名称、地址和土地用途等内容发生变更而进行的登记。

4. 土地注销登记。注销登记是指因土地权利的消灭等而进行的登记。

5. 其他土地登记。

（1）更正登记

国土资源行政主管部门发现土地登记簿记载的事项确有错误的,应当报经人民政府批准后进行更正登记,并书面通知当事人在规定期限内办理更换或者注销原土地权利证书的手续。当事人逾期不办理的,国土资源行政主管部门报经人民政府批准并公告后,原土地权利证书废止。更正登记涉及土地权利归属的,应当对更正登记结果进行公告。

土地权利人认为土地登记簿记载的事项错误的,可以持原土地权利证书和证明登记错误的相关材料,申请更正登记。利害关系人认为土地登记簿记载的事项错误的,可以持土地权利人书面同意更正的证明文件,申请更正登记。

（2）异议登记

土地登记簿记载的权利人不同意更正的,利害关系人可以申请异议登记。异议登记期间,未经异议登记权利人同意,不得办理土地权利的变更或者设定土地抵押权。但有下列情形之一的,异议登记失效:①异议登记申请人在异议登记之日起十五日内没有起诉的;②人民法院对异议登记申请人的起诉不予受理的;③人民法院对异议登记申请人的诉讼请求不予支持。异议登记失效后,原申请人就同一事项再次申请异议登记的,国土资源行政主管部门不予受理。

（3）预告登记

当事人签订土地权利转让的协议后,可以按照约定持转让协议申请预告登记。对符合预告登记条件的,国土资源行政主管部门应当将相关事项记载于土地登记簿,并向申请人颁发预告登记证明。预告登记后,债权消灭或者自能够进行土地登记之日起三个月内当事人未申请土地登记的,预告登记失效。预告登记期间,未经预告登记权利人同意,不得办理土地权利的变更登记或者土地抵押权、地役权登记。

三、房屋登记制度

(一) 房屋登记的含义与作用

房屋登记是指房屋登记机构依法将房屋权利和其他应当记载的事项在房屋登记簿上予以记载,进行公示并向权利人发放权属证书或者证明的行为。房屋登记包括国有土地范围内的房屋登记和集体土地范围内的房屋登记。房屋登记可以产生公信力,进而实现定纷止争、明晰产权、防止发生纠纷;可以维护交易安全,交易人通过查询登记簿来判断交易风险,决定是否交易;可以提高房屋利用效率。

按照《物权法》《城市房地产管理法》《房屋登记办法》等法律法规的规定,房屋登记要遵循以下基本原则:依申请进行原则;实施审查原则;依基本单元进行登记原则;房地权利一致原则;实行属地管辖原则。

(二) 房屋登记的基本程序

①申请;②受理;③实地查看;④审核;⑤记载于登记簿;⑥发放房屋权利证书

(三) 房屋登记的办结期限

自受理登记申请之日起,房屋登记机构应当于下列时限内,将申请登记事项记载于房屋登记簿或者作出不予登记的决定:①国有土地范围内房屋所有权登记,30个工作日,集体土地范围内房屋所有权登记,60个工作日;②抵押权、地役权登记,10个工作日;③预告登记、更正登记,10个工作日;④异议登记,1个工作日。

公告时间不计入前款规定时限。因特殊原因需要延长登记时限的,经房屋登记机构负责人批准可以延长,但最长不得超过原时限的一倍。法律、法规对登记时限另有规定的,从其规定。



中国房地产登记的法律体系

目前,中国房地产登记的法律体系主要由法律、行政法规、部门规章、地方性法规与地方政府规章组成。这些规范性文件从不同的效力等级、不同的内容、不同的侧重领域共同组成了中国金字塔形的房地产权属登记法律体系。

(一) 法律。《物权法》第二章第一节;《城市房地产管理法》第五章;《土地管理法》第二章;《担保法》第三章第二节。

(二) 行政法规。《土地管理法实施条例》《城镇国有土地使用权出让和转让暂行办法》《国有土地上房屋征收与补偿条例》。

(三) 部门规章。国土资源部于2007年11月28日制定了《土地登记办法》;住房与

城乡建设部于2008年1月22日制定了《房屋登记办法》。

(四) 地方性法规。如《上海市房地产登记条例》。

(五) 地方政府规章。如《上海市城市地下空间建设用地审批和房地产登记试行规定》就是典型的有关房地产登记的地方政府规章。



实训练习

一、不定项选择题

1. 哪些土地属于国家土地所有权? ()
 - A. 矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源
 - B. 城市的土地
 - C. 农村和城市郊区的土地
 - D. 宅基地和自留地、自留山
2. 下列哪些情况国家可以依法收回土地使用权? ()
 - A. 用地单位已经撤销或者迁移的
 - B. 土地使用者未经原批准机关同意,连续两年未使用土地的
 - C. 土地使用者不按批准用途使用土地的
 - D. 铁路、公路、机场、矿场等经核准报废的
3. 取得土地使用权的方式有()。
 - A. 出让
 - B. 先占
 - C. 互易
 - D. 划拨
4. 房屋共有的特征有哪些? ()
 - A. 构成一种新的所有权类型
 - B. 主体有两个或者两个以上
 - C. 分为共同共有和按份共有两种形式
 - D. 客体是同一项房产
5. 土地登记的基本程序有()。
 - A. 申请
 - B. 受理
 - C. 审查
 - D. 土地权利证书的颁发

二、判断对错

1. () 国家所有土地的所有权由各级人民政府代表国家行使。
2. () 农村和城市郊区的土地,全部属于农民集体所有。
3. () 按份共有人对共有的不动产或者动产按照其份额享有所有权。
4. () 预告登记没有时限限制。

三、思考讨论题

1. 简述集体土地所有权的范围
2. 简述房屋共有的概念和特征
3. 论述房地产相邻关系的处理

四、案例分析

家住某小区7幢302室的王某在对新房进行装潢时,为了改善其客厅的采光条件,便在客厅朝南的外墙小阳台旁又自行开设了一扇 1.5×1.2 米的塑钢窗户。楼下住户刘某见状后,即以王某擅自在楼房外墙开设窗户对其居住造成安全隐患为由,要求王某立即将开设的窗户拆除并恢复原状。在多次协调未果的情况下,刘某一纸诉状将王某告上了法庭。

在诉讼过程中,法院委托有资质的房屋安全鉴定处对王某在外墙所开设的窗户进行鉴定,结论为:302室在外墙所开设的 1.5×1.2 米的塑钢窗户未对整幢楼房的主体造成明显的结构性损坏,目前不影响居住和使用安全。^①

请回答以下问题:

- (1) 被告在其居室的外墙壁自行开设窗户的行为是否合法?
- (2) 原告的诉请是否应该得到支持?

^① 参见邓保同、孙晋主编:《房地产法》,57页,北京,清华大学出版社,2011。



学习目标

1. 了解房地产开发的概念、分类和基本原则；
2. 掌握房地产开发企业设立的条件、程序与资质等级管理；
3. 了解土地使用权取得的方式和程序；
4. 了解房地产开发程序。

引例

春光置地公司诉钢院有限公司合资、合作开发房地产合同案^①

2013年,钢院有限公司与春光置地公司签订《某公司科研业务楼合作建设协议书》及操作细则,约定:钢院有限公司提供建设用地,春光置地公司提供建设资金并负责工程建设,双方合作建设钢院项目,双方共享建设成果。

钢院有限公司应当在2013年3月31日前取得其上级单位冶金科工公司关于同意本次交易的批准文件,如果未能在同年4月30日前取得上述批准文件,则春光置地公司有权解除本协议且钢院有限公司应以定金数额为基数按照银行三个月存款利率向春光置地公司支付利息……出现以下情况协议终止:

1. 本协议经双方协商一致后可以解除。
2. 冶金科工公司不批准该协议。
3. 本协议被有权方解除。
4. 钢院项目全部建设完成,且春光置地公司取得项目公司全部股权。同年5月6日,冶金科工公司出具批复文件,不同意该项目方案。

随后,钢院有限公司通知春光置地公司终止合作协议,退还1亿元定金。现春光置

^① 参见北京市西城区人民法院〔2015〕西民初字第12300号民事判决书。

地公司以钢院有限公司未按约定取得批准合作协议文件构成违约为由诉至法院,要求钢院有限公司支付违约金、定金利息等相关损失。

[讨论]

合作开发房地产合同终止后,违约方如何承担违约责任?

[解析]

依法成立的合同,对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同。本案中,双方签订的协议书及操作细则系双方当事人的真实意思表示,不违反法律、行政法规的强制性规定,应属合法有效,双方当事人均应按照合同约定履行自己的义务。

由于钢院有限公司未能按约取得上级公司的批准文件,因此构成违约,应当以定金数额为基数按照银行三个月存款利率向春光置地公司支付利息。另外,其要求钢院有限公司支付其他损失,应提供证据证明约定的违约金低于造成的损失,如果不能证明的法院不予支持。

第一节 房地产开发概述

一、房地产开发的概念

房地产是指土地、建筑物及固着在土地、建筑物上不可分离的部分及其附带的各种权益,由于房地产的固定性和不可移动性,因此又称为不动产。房地产开发属于房地产生产、流通、消费诸环节中的首要环节,是一项以土地开发和房屋建设为投资对象的经济活动。房地产开发有广义和狭义之分。

广义的房地产开发,一般是指从工程勘察、规划设计、征地拆迁、土地开发到房屋开发项目建设的全过程;狭义的房地产开发,多是指建设前期的开发工作,即包括工程勘探、规划设计、征地拆迁及土地的“三通一平”或“七通一平”部分。我们通常所说的房地产开发,是指广义的房地产开发。^①

房地产开发是一项高投入、高风险的投资经营活动,也是一项涉及面较广的经济活动,对国计民生影响重大,因此,国家通过立法及其他手段对其加以调控管理。《中华人民共和国城市房地产管理法》(以下称《城市房地产管理法》)第2条规定:本法所称房地产开发,是指在依据本法取得国有土地使用权的土地上进行基础设施、房屋建设的行为。

^① 参见符启林:《房地产法》(第三版),165页,北京,法律出版社,2004。

由此可以看出,城市房地产开发用地必须是国有土地,取得国有土地使用权是房地产开发的前提。对城镇国家所有的土地,我国按照土地所有权与使用权分离的原则,实行城镇国有土地使用权出让、转让制度,对城镇国有土地,可以通过出让、划拨、转让的方式获得。

二、房地产开发的分类

房地产开发是一项复杂的综合性的生产活动,根据不同的标准和开发内容,可以将房地产开发进行不同的分类。

(一) 单项开发、小区开发、成片开发

根据房地产开发规模的大小,可将房地产开发划分为单项开发、小区开发和成片开发三类。

1. 单项开发

单项开发是指开发方式规模小、占地不大、项目功能单一、配套设施简单的开发形式。这种开发形式往往在新区总体开发和旧城区总体改造中形成一个相对独立的项目,但其外貌、风格、设施等要求与总体开发项目相协调,并在较短时间内完成这类开发。

2. 小区开发

小区开发包括两种情况,一种是旧城区改造中一个相对独立的局部区域的更新改建,另一种是新城开发中一个独立小区的综合开发。这两种情况的小区开发均要求开发区域范围内做到基础设施完善、配套项目齐全。与单项开发相比,小区开发规模、占地较大、投资较多,建设周期较长,一般实行分期、分批开发。

3. 成片开发

成片开发是指范围广阔、投入资金巨大、项目众多、建设周期长的综合性开发。一般成片开发的范围大到接近于开辟一个新的城区,如上海浦东开发区等。在成片开发中,房地产开发往往成为基础产业和先行项目,发挥启动和引导作用。

(二) 单纯的土地开发和再开发、单纯的房屋开发和再开发、土地房屋的一体化开发

从房地产开发的内容不同,可将房地产开发划分为单纯的土地开发和再开发、单纯的房屋开发和再开发、土地房屋的一体化开发三大类。

1. 单纯的土地开发和再开发

单纯的土地开发一般指开发主体通过“三通一平”或“七通一平”,按照竖向规划进行土方工程施工,将自然状态的土地变为可供建造各类房屋和各类设施的建筑用地,即把生地变为熟地的开发活动。

“三通一平”具体指:通水、通电、通路和场地平整。“七通一平”比“三通一平”更加严格,指的是土地(生地)在通过一级开发后,使其达到具备给水、排水、通电、通路、通信、通

暖气、通天然气或煤气以及场地平整的条件,使二级开发商可以进场后迅速开发建设。

土地再开发是指对已开发区域的现有土地,通过一定量的资金、劳动的投入,调整用地结构,完善基础设施,以提高土地使用功能和开发利用效益。实践中的土地再开发主要有工业用地置换和旧城改造两种情况,工业用地置换中的土地再开发,因工业用地产权单一,所以情况相对简单。

而旧城改造中的土地再开发,因面对的主体广泛,产权状况复杂,重建方案与成本都有很大的不确定性,成为城市土地再开发的最大难点领域。

2. 单纯的房屋开发和再开发

房屋开发是指在具备建设条件的土地上,新建各类房屋的活动。一般包括地基建、主体工程建设、配套和附属工程建设、安装和装饰工程建设等内容。房屋再开发指的是为了提高现有房屋的使用功能和利用效益,在不拆除现有房屋的前提下,对现有房屋进行较大规模的扩建和改建活动。

对房屋的扩建和改建只有达到一定程度和规模,才属于房地产开发的范畴,对现有房屋进行一般性的修缮和装修,属于物业管理的范畴,而不是房地产开发。

3. 土地房屋一体化开发

土地房屋一体化开发是指从事土地开发和房屋开发,或从事土地再开发和房屋开发全过程的房地产开发活动。我国目前的房地产开发以此类形式居多。

(三) 经营性房地产开发、自用性房地产开发

根据开发目的不同,可将房地产开发划分为经营性房地产开发和自用性房地产开发。

1. 经营性房地产开发

经营性房地产开发是一种经营性行为,由专业化的房地产开发企业进行,通过房地产的投资开发活动将房屋、基础设施、土地使用权等开发产品作为商品进行交易,并获得利润回报。我们在生活中常见的商品房开发销售多属于这种性质的开发。

2. 自用性房地产开发

自用性的房地产开发是开发者为满足自用需要进行的房地产开发活动,其开发的房地产产品不进入流通领域,开发建成的房地产用于自己进行生产、经营或消费。在自用性的房地产开发中,开发者即使用者,开发环节本身不追求营利。

除了以上三种分类之外,还有学者提出其他分类方式:如,从房地产开发的机构方面进行划分,可分为政府开发和非政府开发;^①从房地产开发的形式进行划分,可分为合作

^① 参见符启林:《房地产法》(第三版),167页,北京,法律出版社,2004。

开发、合资开发和独资开发等。^①

三、房地产开发的基本原则

房地产开发的基本原则是指在城市规划区国有土地范围内从事房地产开发并实施房地产开发管理中应依法遵守的基本原则。依据《城市房地产管理法》以及《城市房地产开发管理暂行办法》的相关规定,在我国从事房地产开发行为应遵循的基本原则主要有:

(一) 依法取得土地使用权原则

在我国,必须依法在取得土地使用权的城市规划区国有土地范围内从事房地产开发,通过出让或划拨方式依法取得国有土地使用权是房地产开发的前提条件,房地产开发必须是国有土地。我国的农村集体土地必须事先通过国家征用转化为国有土地后,才能在该土地上进行房地产开发,农村集体土地不能直接用于房地产开发。

(二) 严格执行城市规划原则

城市规划是为了实现一定时期内城市的经济和社会发展目标,确定城市性质、规模和发展方向,合理利用城市土地,协调城市空间布局 and 各项建设所作的综合部署和具体安排。城市规划是城市发展的纲领,是城市各项建设包括房地产开发的依据。房地产开发必须在城市规划的引导和控制下,通过科学的预测和规划,明确房地产开发的发展方向和发展格局,逐步实现发展目标。

(三) 经济效益、社会效益和环境效益相统一原则

经济效益是房地产所产生的经济利益的大小,是房地产开发企业赖以生存和发展的必要条件和动力来源。社会效益是房地产开发给社会带来的效果和利益。环境效益是房地产开发对城市自然环境和人文环境所产生的积极影响。经济效益是基础,社会效益和环境效益也是房地产开发的整体目标之一。

只重视经济效益,忽视社会效益和环境效益,房地产开发事业不可能长久;只重视社会效益和环境效益,不重视经济效益,也不符合房地产开发的客观经济规律。^② 三者是矛盾统一的辩证关系,应该相互促进,相互协调,共同发展。

(四) 综合开发原则

房地产开发坚持综合开发原则,即是要坚持全面规划、合理布局、综合开发、配套建设的原则。综合开发是根据城市建设总体规划,统筹安排建设项目,分期施工,协调发展,以取得良好的经济效益、社会效益和环境效益的一种科学的建设经济管理方法。

^① 参见高富平、黄武双:《房地产法新论》(第二版),149~150页,北京,中国法制出版社,2002。

^② 参见符启林:《房地产法》(第三版),169页,北京,法律出版社,2004。

综合开发有利于实现城市总体规划,加快改变城市的面貌;有利于城市各项建设的协调发展,促进生产,方便生活;有利于缩短建设周期,提高经济效益和社会效益。

(五) 保证开发产品质量合格原则

房屋质量出现问题,轻则影响群众正常生活,导致财产损失,重则造成房屋毁损和人身伤亡。因此,房地产开发必须坚持开发的产品质量合格的原则,房地产开发项目经过验收合格后,方能交付使用。为了贯彻执行这一原则,我国相关法律明确规定:

一是房地产开发项目的设计、施工必须符合国家的相关标准和规划;

二是开发的房地产项目竣工后须经验收合格才可投入市场,不符合国家有关规定,不通过验收或验收不合格的房屋不得交付使用。

(六) 鼓励开发建设居民住宅的原则

居民住宅既是人们基本的生活资料,也是人们的主要财产。保证住宅所有权的正确行使关系到人民切身利益,也关系到一个国家的社会生活秩序。



知识链接

《城市房地产管理法》分别在第4条和第29条规定,国家根据社会、经济发展水平,扶持发展居民住宅建设,逐步改善居民的居住条件。国家采取税收等方面的优惠措施鼓励和扶持房地产开发企业开发建设居民住宅。

国家一般通过税收杠杆、金融杠杆、地价杠杆鼓励住宅的开发建设。其中,运用税收杠杆,即对高档开发项目实行重税赋和增加税种,而对普通住宅项目实行减、免税;运用金融杠杆,即对高档开发项目不予贷款、减少贷款或者调高贷款利率并缩短还款年限,对普通住宅项目给予贷款,降低贷款利率并延长还款年限;运用地价杠杆,即对高档开发项目以招标或拍卖出让方式高价提供,对普通住宅项目以划拨或协议出让方式无偿或低价提供。

第二节 房地产开发企业设立与资质等级管理

一、房地产开发企业的概念和特点

依据《城市房地产管理法》的规定,房地产开发企业是以营利为目的,从事房地产开发和经营的企业。依据建设部部长令第77号文件《房地产开发企业资质管理规定》的规定,房地产开发企业是指依法设立、具有企业法人资格的经济实体。

房地产是指土地、建筑物及固着在土地、建筑物上不可分离的部分及其附带的各种权益。房地产由于位置的固定性和不可移动性,又被称为不动产。房地产开发企业以从事房地产开发为主业。受所经营产品和服务特殊性的影响,同其他行业的企业相比较,房地产开发企业有以下几方面特征:

(一) 房地产开发企业是依法设立、具有企业法人资格的经济实体

企业是从事生产、流通、服务等经济活动,以生产或服务满足社会需要,实行自主经营、独立核算、依法设立的一种营利性的经济组织。

房地产开发企业的设立必须符合《城市房地产管理法》以及《房地产开发企业资质管理规定》的相关规定,按照法定的程序进行,必须依法成立,有自己的名称、组织机构和经营场所,有独立的资金并对外独立承担责任。

(二) 房地产开发企业以营利为目的

房地产开发企业将有偿获得的土地开发完成后,可以有偿转让给其他单位使用,也可以自行组织建造房屋和其他设施。可见,房地产开发企业的产品是作为商品进入市场,按照供需双方合同协议规定的价格或市场价格进行转让或销售的,其经营目的均是为了获得经济利益。

(三) 房地产开发企业业务范围和生产经营具有特殊性

房地产开发企业除了土地和房屋开发外,还要建设相应的基础设施和公共配套设施。经营业务囊括了从征地、拆迁、勘察、设计、施工、销售到售后服务全过程。企业开发的产品单位价值高、建设周期长、负债经营程度高、不确定因素多、一旦决策失误、销路不畅、将造成大量开发产品积压、使企业资金周转不灵、导致企业陷入困境。

这种特殊性决定了国家要对房地产开发企业的设立条件和程序进行高标准、严要求,并通过不断完善法律法规进行规范管理。

(四) 房地产开发企业实行行业归口管理

归口管理是按国家赋予的权利和承担的责任、各司其职,按特定的管理渠道实施管理。房地产开发企业由国家各地建设主管部门实行行业归口管理,并在城建规划指导下进行房地产开发与经营活动。



知识链接

《城市房地产开发经营管理条例》第15条规定:房地产开发企业应当按照土地使用权出让合同约定的土地用途、动工开发期限进行项目开发建设。出让合同约定的动工开发期限满1年未动工开发的,可以征收相当于土地使用权出让金20%以下的土地闲置

费;满2年未动工开发的,可以无偿收回土地使用权。但是,因不可抗力或者政府、政府有关部门的行为或者动工开发必需的前期工作造成动工迟延的除外。

二、房地产开发企业的设立

(一) 设立的条件

根据《城市房地产管理法》第30条规定,设立房地产开发企业需要同时具备以下条件:1.有自己的名称和组织机构;2.有固定的经营场所;3.有符合国务院规定的注册资本;4.有足够的专业技术人员;5.法律、行政法规规定的其他条件。设立房地产开发企业,应当向工商行政管理部门申请设立登记。工商行政管理部门对符合本法规定条件的,应当予以登记,发给营业执照;对不符合本法规定条件的,不予登记。

另外,根据相关规定,设立房地产开发企业,应当依据《公司法》登记为有限责任公司或股份有限公司。原有房地产开发企业应当按照国务院的有关规定逐步改组为规范化的公司。具体而言,设立房地产开发企业应当包括以下条件。

1. 有自己的名称和组织机构

企业的名称相当于自然人的姓名,任何房地产开发企业都必须有自己的名称,这是房地产开发企业人格化和区别于其他企业的重要标志,也是设立房地产开发企业的一个必要条件。房地产开发企业的名称包括字号、行业和资质形式三方面的内容,名称可以自由选用,但是房地产开发企业设立成公司性质的,在选用名称时必须标明公司的种类,如“有限责任公司”或“股份有限公司”的字样。

规范的内部治理结构是公司法人不同于很多其他法人组织的重要标志之一,公司必须通过设立公司机关进行意见的决定和实施。公司组织机构包括公司的权力机构、执行机构和监督机构。依据我国《公司法》,有限责任公司和股份有限公司的组织机构略有差异,前者一般包括股东会和董事会,后者一般包括股东会、董事会和监事会。房地产开发企业的组织机构是对内管理企业事务,对外代表企业从事民事活动的机构的总称,是使企业的房地产开发和经营业务活动正常运行的重要保证。

一般说来,房地产开发企业的组织机构主要包括:(1)股东会(股东大会)。它是房地产开发公司的决策机构,形成企业的意志、决定企业重大事务;(2)董事会、经理。董事会是房地产开发公司的执行机构,负责贯彻执行决策机关的决议、指示,经理是受董事会聘用、具体管理企业日常业务活动的机构;(3)监事会。它是对房地产开发企业执行机构的活动进行监督的机构。在房地产开发有限公司,如股东人数较少和规模较小的,可以不设监事会,而只设1~2名监事。

2. 有固定的经营场所

房地产开发企业要有自己的经营场所,这是其实现设立目的所实施经营的地方,这

一经营场所包括自有的或租赁的,但必须是固定的经营场所,有企业法人的固定地址,不能是游动性地从事生产经营活动。房地产开发企业的固定经营场所是其活动中心,方便各方面进行联系,该固定经营场所要在工商管理部门进行登记。

3. 有符合国务院规定的注册资本

房地产开发企业进行房地产开发经营活动必须拥有资本。注册资本的多少在一定程度上反映了企业的经济实力。由于房地产开发具有投资量大、资金占用周期长的特点,房地产开发企业的注册资金要求比一般企业要高。根据《房地产开发企业资质管理规定》,房地产开发企业按照企业条件分为一、二、三、四共四个资质等级。其中,一级资质的注册资本不低于5 000万元;二级资质的注册资本不低于2 000万元;三级资质的注册资本不低于800万元;四级资质的注册资本不低于100万元。

4. 有足够的专业技术人员

《房地产开发企业资质管理规定》根据不同资质的企业对拥有专业技术人员的条件进行了差别性规定,具体而言:

一级资质企业有职称的建筑、结构、财务、房地产及有关经济类的专业管理人员不少于40人,其中具有中级以上职称的管理人员不少于20人,持有资格证书的专职会计人员不少于4人;

二级资质企业有职称的建筑、结构、财务、房地产及有关经济类的专业管理人员不少于20人,其中具有中级以上职称的管理人员不少于10人,持有资格证书的专职会计人员不少于3人;

三级资质企业有职称的建筑、结构、财务、房地产及有关经济类的专业管理人员不少于10人,其中具有中级以上职称的管理人员不少于5人,持有资格证书的专职会计人员不少于2人;

四级资质企业有职称的建筑、结构、财务、房地产及有关经济类的专业管理人员不少于5人,持有资格证书的专职会计人员不少于2人。

5. 法律、行政法规规定的其他条件

根据《公司法》的规定,设立房地产开发有限责任公司的,除符合上述四个条件外,还要符合下列条件:(1)股东符合法定人数,由50个以下股东出资设立;(2)有符合公司章程规定的全体股东认缴的出资额;(3)股东共同制定公司章程;(4)有公司名称,建立符合有限责任公司要求的组织机构;(5)有公司住所。

设立房地产开发股份有限公司的,除符合上述四个条件外,还要符合下列条件:(1)发起人符合法定人数,应当有2人以上200人以下,其中须有半数以上的发起人在中国境内有住所;(2)有符合公司章程规定的全体发起人认购的股本总额或者募集的实收股本总额;(3)股份发行、筹办事项符合法律规定;(4)发起人制订公司章程,采用募集方式设立的经创立大会通过;(5)有公司名称,建立符合股份有限公司要求的组织

机构;(6)有公司住所。

另外,根据《城市房地产开发经营管理条例》第6条的规定,外商投资设立房地产开发企业的,还应当依照外商投资企业法律、行政法规的规定,办理有关审批手续。

(二) 设立的程序

房地产开发企业必须依照法定程序设立,其设立过程要经过登记和备案两个阶段。

1. 房地产开发企业的设立登记

《城市房地产管理法》第30条第2款和《城市房地产开发经营管理条例》第7条均对房地产开发企业的设立登记进行规定。综合而言,设立房地产开发企业,应当向县级以上人民政府工商行政管理部门申请登记,工商行政管理部门对符合规定条件的,应当自收到申请之日起30日内予以登记,并发给营业执照;对不符合条件的不予登记并说明理由。工商行政管理部门在对设立房地产开发企业申请登记进行审查时,应当听取同级房地产开发主管部门的意见。

2. 房地产开发企业的备案

《城市房地产管理法》第30条第4款规定,房地产开发企业在领取营业执照后的一个月内,应当到登记机关所在地的县级以上地方人民政府规定的部门备案。另外,《房地产开发企业资质管理规定》第6条第1款规定,新设立的房地产开发企业应当自领取营业执照之日起30日内,持下列文件到房地产开发主管部门备案:(1)营业执照复印件;(2)企业章程;(3)验资证明;(4)企业法定代表人的身份证明;(5)专业技术人员的资格证书和劳动合同;(6)房地产开发主管部门认为需要出示的其他文件。

案例 2-1

曹某某与江苏华东房地产开发有限公司挂靠经营合同纠纷案^①

2011年,被告华东房地产公司与原告曹某某分别以甲方和乙方的身份,就“东沟阳光小区”工程的开发事项签订协议书,约定:

甲方的职责:

1. 甲方提供该地块所需的一切土地上市手续和公司证明材料,委派一名人员不定期对乙方进行施工、销售监督检查;
2. 定期对该项目进行跟踪检查;
3. 甲方为乙方提供手续,由乙方自己开设临时专用银行账户使用;

乙方的职责:

^① 参见江苏省阜宁县人民法院[2013]阜城商初字第0050号民事判决书。

乙方负责该地块开发项目的所有资金投入,工程建设、房屋销售、物业管理等,一切具体工作与甲方无关……

协议中还约定:“东沟阳光小区的产权、土地使用权归乙方所属,甲方无权干涉,如单方违约,罚违约金5万元整人民币。”

2010年,被告与国土资源部门签订了国有建设用地使用权出让合同并收取挂靠管理费1万元。随后,原告以被告于2012年末参加工商执照、开发资质年检,导致原告无法办理土地使用权和房产证为由诉至法院。

[讨论]

涉及建设工程施工领域“挂靠协议”的效力如何认定?

[解析]

建设工程施工领域的挂靠行为,是指没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义承揽建设工程的行为,被挂靠人不参与工程投资和施工管理,只收取管理费,挂靠人进行投资和施工管理,自带资金、自负盈亏,上缴被挂靠者管理费,处于被挂靠者的管理之中。

本案中,曹某某个人没有房地产开发经验资质,不能对外以自己的名义进行房地产开发经营,其挂靠在被告名下,向被告交纳管理费,并借用被告资质从事房地产开发经营,双方是挂靠经营关系。因挂靠行为违反了建筑行业特许经营的规定,属于违反法律强制性规定,故原告与被告签订的挂靠协议应为无效合同。

三、房地产开发企业的资质等级管理

房地产开发企业的资本实力、管理能力等决定了企业承担房地产开发任务的规模、数量。我国通过立法加强对房地产开发企业经营管理活动的指导监督,并根据房地产开发企业的资金、人员资质、管理水平等条件对房地产开发企业进行登记管理,并颁发证书。

我国《城市房地产开发经营管理条例》第9条规定,房地产开发主管部门应当根据房地产开发企业的资产、专业技术人员和开发经营业绩等,对备案的房地产开发企业核定资质等级。房地产开发企业应当按照核定的资质等级,承担相应的房地产开发项目。具体办法由国务院建设行政主管部门制定。2000年开始施行的《房地产开发企业资质管理规定》对房地产开发企业资质管理进行了更加具体的规定。

(一) 资质等级管理内容

1. 资质等级是从事房地产开发经营业务的必备条件

房地产开发企业应当按照《房地产开发企业资质管理规定》申请核定企业资质等级,

未取得房地产开发资质等级证书的企业,不得从事房地产开发经营业务。

2. 对房地产开发企业施行归口资质管理

具体而言,国务院建设行政主管部门负责全国房地产开发企业的资质管理工作,县级以上地方人民政府房地产开发主管部门负责本行政区域内房地产开发企业的资质管理工作。

3. 将房地产开发企业划分为四个资质等级

根据注册资金、专业人员人数及资质情况、开发经营年限、建筑工程质量合格率、房屋建筑面积等方面进行标准划分,将房地产开发企业划分为一、二、三、四共四个资质等级。

4. 《暂定资质证书》具有限期

房地产开发主管部门在收到备案申请后 30 日内向符合条件的企业核发《暂定资质证书》,该资质证书是有效期的,期限为 1 年。房地产开发主管部门可以视企业经营情况延长《暂定资质证书》有效期,但延长期限不得超过 2 年。也就是说,该《暂定资质证书》最长有效期不超过 3 年。另外,房地产开发企业自领取《暂定资质证书》之日起 1 年内无开发项目的,《暂定资质证书》有效期不得延长。

5. 申请核定资质等级具有时间限制

房地产开发企业应当在《暂定资质证书》有效期满前 1 个月内向房地产开发主管部门申请核定资质等级,房地产开发主管部门根据房地产开发企业的开发经营业绩核定相应的资质等级。

6. 房地产开发企业资质等级实行分级审批

一级资质由省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门初审,报国务院建设行政主管部门审批。二、三、四级资质企业的审批办法由省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门制定。经资质审查合格的企业,由资质审批部门发给相应等级的资质证书。

7. 资质等级证书的补领和变更

任何单位和个人不得涂改、出租、出借、转让、出卖资质证书。企业遗失资质证书,必须在新闻媒体上声明作废后,方可补领。企业变更名称、法定代表人和主要管理、技术负责人,应当在变更 30 日内,向原资质审批部门办理变更手续。

8. 房地产开发企业的资质实行分级年检制度

一级资质房地产开发企业的资质年检由国务院建设行政主管部门或者其委托的机构负责。二级资质及二级资质以下房地产开发企业的资质年检由省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门制定办法。房地产开发主管部门应当将房地产开发企业资质年检结果向社会公布。

9. 房地产开发企业资质等级的注销

企业发生分立、合并的,应当在向工商行政管理部门办理变更手续后的 30 日内,到

原资质审批部门申请办理资质证书注销手续,并重新申请资质等级。企业破产、歇业或者因其他原因终止业务时,应当在向工商行政管理部门办理注销营业执照后的 15 日内,到原资质审批部门注销资质证书。

对于不符合原定资质条件或者有不良经营行为的企业,由原资质审批部门予以降级或者注销资质证书。房地产开发企业无正当理由不参加资质年检的,视为年检不合格,由原资质审批部门注销资质证书。

(二) 资质等级管理划分标准

房地产开发企业按照企业条件分为一、二、三、四共四个资质等级。

一级资质企业符合下列条件:

1. 注册资本不低于 5 000 万元;
2. 从事房地产开发经营 5 年以上;
3. 近 3 年房屋建筑面积累计竣工 30 万平方米以上,或者累计完成与此相当的房地产开发投资额;
4. 连续 5 年建筑工程质量合格率达 100%;
5. 上一年房屋建筑施工面积 15 万平方米以上,或者完成与此相当的房地产开发投资额;
6. 有职称的建筑、结构、财务、房地产及有关经济类的专业管理人员不少于 40 人,其中具有中级以上职称的管理人员不少于 20 人,持有资格证书的专职会计人员不少于 4 人;
7. 工程技术、财务、统计等业务负责人具有相应专业中级以上职称;
8. 具有完善的质量保证体系,商品住宅销售中实行了《住宅质量保证书》和《住宅使用说明书》制度;
9. 未发生过重大工程质量事故。

二级资质企业符合下列条件:

1. 注册资本不低于 2 000 万元;
2. 从事房地产开发经营 3 年以上;
3. 近 3 年房屋建筑面积累计竣工 15 万平方米以上,或者累计完成与此相当的房地产开发投资额;
4. 连续 3 年建筑工程质量合格率达 100%;
5. 上一年房屋建筑施工面积 10 万平方米以上,或者完成与此相当的房地产开发投资额;
6. 有职称的建筑、结构、财务、房地产及有关经济类的专业管理人员不少于 20 人,其中具有中级以上职称的管理人员不少于 10 人,持有资格证书的专职会计人员不少于

3 人；

7. 工程技术、财务、统计等业务负责人具有相应专业中级以上职称；

8. 具有完善的质量保证体系，商品住宅销售中实行了《住宅质量保证书》和《住宅使用说明书》制度；

9. 未发生过重大工程质量事故。

三级资质企业符合下列条件：

1. 注册资本不低于 800 万元；

2. 从事房地产开发经营 2 年以上；

3. 房屋建筑面积累计竣工 5 万平方米以上，或者累计完成与此相当的房地产开发投资额；

4. 连续 2 年建筑工程质量合格率达 100%；

5. 有职称的建筑、结构、财务、房地产及有关经济类的专业管理人员不少于 10 人，其中具有中级以上职称的管理人员不少于 5 人，持有资格证书的专职会计人员不少于 2 人；

6. 工程技术、财务等业务负责人具有相应专业中级以上职称，统计等其他业务负责人具有相应专业初级以上职称；

7. 具有完善的质量保证体系，商品住宅销售中实行了《住宅质量保证书》和《住宅使用说明书》制度；

8. 未发生过重大工程质量事故。

四级资质企业符合下列条件：

1. 注册资本不低于 100 万元；

2. 从事房地产开发经营 1 年以上；

3. 已竣工的建筑工程质量合格率达 100%；

4. 有职称的建筑、结构、财务、房地产及有关经济类的专业管理人员不少于 5 人，持有资格证书的专职会计人员不少于 2 人；

5. 工程技术负责人具有相应专业中级以上职称，财务负责人具有相应专业初级以上职称，配有专业统计人员；

6. 商品住宅销售中实行了《住宅质量保证书》和《住宅使用说明书》制度；

7. 未发生过重大工程质量事故。

（三）各资质等级房地产开发公司的业务范围

一级资质的房地产开发企业承担房地产项目的建设规模不受限制，可以在全国范围承揽房地产开发项目。二级资质及二级资质以下的房地产开发企业可以承担建筑面积 25 万平方米以下的开发建设项目，承担业务的具体范围由省、自治区、直辖市人民政府建

设行政主管部门确定。各资质等级企业应当在规定的业务范围内从事房地产开发经营业务,不得越级承担任务。

四、房地产开发企业的终止

企业终止是企业停止经营活动,清理财产,清偿债务,依法注销企业法人资格的行为。根据《公司法》《企业法人登记管理条例》等规定,引起房地产开发企业终止的法律事实主要有以下几类。

1. 企业资格被撤销

根据《公司法》《企业法人登记管理条例》等规定,企业存在某些违法行为的,可导致撤销企业登记、吊销营业执照、强制歇业等情况。概括起来主要有以下几种情况。

(1) 公司成立后,无正当理由超过6个月未开业的,或开业后自行停业连续6个月以上的,由公司登记机关吊销其营业执照;

(2) 公司采取欺诈手段骗取登记的,可给予撤销公司登记的处罚;

(3) 一年内无房地产开发业务的房地产开发专营企业,取消其地产开发资格,并向工商行政管理机关办理注销登记;

(4) 房地产开发专营企业之外的其他经批准从事房地产开发、经营的企业,一年内未开展房地产开发经营活动的,取消其开发经营资格,工商行政管理机关依法核减其经营范围。

对于以上这些情况,企业对行政机关吊销营业执照、强制歇业不服的,均可通过行政诉讼途径请求司法审查。法院一旦作出维护行政决定的判决或裁定,企业法人必须终止。

2. 企业破产

房地产开发企业因不能清偿到期债务的,要按照《公司法》的相关规定,被依法宣告破产并对其全部财产进行清算分配,最后终止企业。根据破产申请人的不同,房地产开发企业的破产又分为债权人申请破产和企业自己申请破产,无论哪种破产,都意味着房地产开发企业法人资格的终止。

3. 企业自行解散

房地产开发企业因发生法律或者章程规定的事由而停止业务活动并进行清算,最后使法人资格终止。依照《公司法》的相关规定,可引起房地产开发企业解散的事由主要包括以下五种情形:

(1) 公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现;

(2) 股东会或者股东大会决议解散;

(3) 因公司合并或者分立需要解散;

(4) 依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销;

(5) 人民法院依照股东请求予以解散。

第三节 房地产开发用地的取得

一、房地产开发用地取得概述^①

土地是房地产开发活动的载体,进行房地产开发就必须设计房地产开发用地。房地产开发用地是指进行基础设施和房屋建设的用地。房地产开发用地仅限于国有土地,现阶段能够用作房地产开发用地的,主要是城市的国有土地及城市市郊的国有土地,而不包括农村或城市郊区的集体土地。房地产开发用地仅指取得开发用地的使用权,而不是取得开发用地的所有权。

取得国有建设用地使用权是房地产开发的前提,而房地产开发也并非仅限于房屋建设或者商品房开发,还包括土地开发和房屋开发在内的开发经营活动。现阶段,取得国有建设用地使用权的途径主要有四种:行政划拨、出让、房地产转让以及土地或房地产租赁。

二、土地使用权出让

(一) 土地使用权出让的概念与性质

按照《土地管理法》的规定,土地使用权出让,是指国家将国有土地使用权(以下简称土地使用权)在一定年限内出让给土地使用者,由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。

出让系一种有偿、有期限的准民事法律行为,其客体仅限于土地,其一方主体(出让方)仅限于国家。如我国《矿产资源法》第3条规定:地表或地下的矿产资源的国家所有权,不因其所依附的土地的所有权或使用权的不同而改变。《物权法》第136条规定:建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立。

根据现行立法,土地使用权出让包含以下内容:①出让的土地须为国有土地;②出让土地须符合城市规划和土地利用总体规划;③出让的土地使用权仅限于城镇国有土地使用权,集体土地所有权转为城市建设用地,须经征地程序;④出让的性质可定为准交易,而划拨则属于行政行为;⑤涉及农用地转为建设用地的,应当符合土地利用总体规划和土地利用年度计划中确定的农用地转用指标。

^① 参见张忠野、曾大鹏:《房地产法学》,135~143页,上海,格致出版社,2010。

案例 2-2同一宗地的国有建设用地使用权是否可以分层出让?^①

某国土资源局以拍卖方式将某地块的建设用地使用权出让给 A 公司。合同约定:该地块范围上下线为地上 60m 至地下 30m,高差 90m。A 公司支付了全款并拿到土地使用权证书。随后,国土资源局又将该宗地以地下 30m 至地下 70m 为限,高差为 40m 的建设用地使用权出让给 B 公司。A 公司提出异议要求收回 B 公司的建设用地使用权。国土资源局称,将建设用地使用权进行立体分割后,分别进行出让,不存在违法违规行为。

[讨论]

国土资源局能否将同一宗地的建设用地使用权分层出让?

[解析]

建设用地使用权分层出让是指将国有建设用地使用权立体分割成多个不同高度且不相重叠的建设用地使用权,再分别进行出让的行为。《物权法》第 136 条:“建设用地使用权可以在土地的地表、地上或者地下分别设立。新设立的建设用地使用权,不得损害已设立的用益物权。”《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》第 2 条:在中华人民共和国境内以招标、拍卖或者挂牌出让方式在土地的地表、地上或者地下设立国有建设用地使用权的,适用本规定。

可见,国家可将土地进行立体的纵向分割,即将土地分成不同高度的空间,既可以在同一宗土地上为一个人设立一个建设用地使用权,也可以为两个以上的人分别设立若干个相互之间不冲突的建设用地使用权。但是,如何避免各建设用地使用权人之间的权利冲突,如何确定建设用地使用权分层设立后的出让金标准等,这些问题还有待在实践中找出解决的方法。

(二) 土地使用权出让的范围与审批

1. 出让范围

根据《城市房地产管理法》第 9 条规定:“城市规划区内的集体所有的土地,经依法征用转为国有土地后,该幅国有土地的使用权方可有偿出让。”

第 10 条规定:“土地使用权出让,必须符合土地利用总体规划、城市规划和年度建设用地计划。”

第 11 条规定:“县级以上地方人民政府出让土地使用权用于房地产开发的,须根据

^① 参见潘安平主编:《房地产法规》,31 页,北京,北京大学出版社,2013。

省级以上人民政府下达的控制指标拟订年度出让土地使用权总面积方案,按照国务院规定,报国务院或者省级人民政府批准。”

第 12 条规定:“土地使用权出让,由市、县人民政府有计划、有步骤地进行。出让的每幅地块、用途、年限和其他条件,由市、县人民政府土地管理部门会同城市规划、建设、房产管理部门共同拟订方案,按照国务院规定,报经有批准权的人民政府批准后,由市、县人民政府土地管理部门实施。直辖市的县人民政府及其有关部门行使前款规定的权限,由直辖市人民政府规定。”

2. 审批权限

国有建设用地使用权出让的审批,是政府对国有建设用地使用权出让活动进行管理的一种行政措施,目的在于加强国有建设用地使用权出让的监督、检查,使国有建设用地使用权出让有计划、有步骤地进行。

(1) 批准部门:国务院规定的各级人民政府

《城市房地产管理法》第 12 条规定:“土地使用权出让,由市、县人民政府有计划、有步骤地进行。出让的每幅地块、用途、年限和其他条件,由市、县人民政府土地管理部门会同城市规划、建设、房产管理部门共同拟订方案,按照国务院规定,报经有批准权的人民政府批准后,由市、县人民政府土地管理部门实施。直辖市的县人民政府及其有关部门行使前款规定的权限,由直辖市人民政府规定。”

(2) 土地利用总体规划范围内用地审批

《土地管理法实施条例》第 20 条规定:“在土地利用总体规划确定的城市建设用地范围内,为实施城市规划占用土地的,按照下列规定办理:

① 市、县人民政府按照土地利用年度计划拟订农用地转用方案、补充耕地方案、征用土地方案,分批次逐级上报有批准权的人民政府。

② 有批准权的人民政府土地行政主管部门对农用地转用方案、补充耕地方案、征用土地方案进行审查,提出审查意见,报有批准权的人民政府批准;其中,补充耕地方案由批准农用地转用方案的人民政府在批准农用地转用方案时一并批准。

③ 农用地转用方案、补充耕地方案、征用土地方案经批准后,由市、县人民政府组织实施,按具体建设项目分别供地。在土地利用总体规划确定的村庄、集镇建设用地范围内,为实施村庄、集镇规划占用土地的,由市、县人民政府拟定农用地转用方案、补充耕地方案,依照前款规定的程序办理。”

(3) 具体建设项目用地审批

《土地管理法实施条例》第 21 条规定:“具体建设项目需要使用土地的,建设单位应当根据建设项目的总体设计一次申请,办理建设用地审批手续;分期建设的项目,可以根据可行性研究报告确定的方案分期申请建设用地,分期办理建设用地有关审批手续。”

案例 2-3建设用地使用权的出让^①

塘下镇政府为了发展经济,决定对原有集镇进行改造,要求职业高中临街部分建两层楼建筑。由于经费困难,职业高中表示无力建造。于是,镇政府决定将职业高中临街土地 598.5 平方米的地块进行拍卖,随后镇政府共得拍卖国有土地款 9 万元。

[讨论]

塘下镇政府此次拍卖国有土地的行为是否合法,为什么?

[解析]

塘下镇政府无权拍卖国有土地使用权。根据《中华人民共和国城镇国有土地使用权暂行规定》第 9 条规定:土地使用权的出让由市、县人民政府负责,有计划、有步骤地进行。第 10 条规定:土地使用权出让的具体内容,由土管部门会同城建、房产部门共同拟订方案。按照批准权限批准后,由土管部门实施。可见,出让国有土地使用权的,必须由县级以上人民政府土地管理部门代表政府具体组织实施。案例中的镇政府不仅超越了职权,而且形成了非法转让国有土地使用权的事实。

(三) 土地使用权出让方式

《城市房地产管理法》第 13 条规定:“土地使用权出让,可以采取拍卖、招标或者双方协议的方式。商业、旅游、娱乐和豪华住宅用地,有条件的,必须采取拍卖、招标方式;没有条件,不能采取拍卖、招标方式的,可以采取双方协议的方式。采取双方协议方式出让土地使用权的出让金不得低于按国家规定所确定的最低价。”

1. 土地使用权协议出让

协议出让是指出让方和受让方通过协商,就土地使用权出让条件及双方的权利义务达成一致而取得土地使用权的方式。协议出让土地使用权的程序如下。

(1) 申请

由有意受让人持有关文件(如设计任务书、可行性研究报告等)及文字说明、资金来源证明等向所在县、市土地管理部门申请用地。

(2) 审查与协商

土地管理部门在接到受让人申请后,在规定的时间内进行审查,对选定的受让人提出出让地块的必要资料和有关规定。被选定的受让人在得到有关资料后,应在规定的时

^① 参见潘安平主编:《房地产法规》,33 页,北京,北京大学出版社,2013。

间内,向土地管理部门提交土地开发建设方案以及出让金数额及付款方式等有关文件。土地管理部门收到文件后,应对用地是否合理,是否符合规划用途和建设要求,出让金高低等问题会同有关部门进行审查,然后给予答复。

(3) 签约与登记

经过协商达成协议后,土地管理部门与受让人签订土地使用权出让合同,并由受让人支付定金。受让人按合同支付出让金后,在规定的时间内到土地管理部办理土地使用权登记并领取土地使用证。

2. 土地使用权的招标出让

招标出让是指在指定期限内,由符合指定条件的潜在投标人以标书的形式竞争土地使用权的出让方式,分为公开招标和邀请招标。招标人采用公开招标方式的,应当发布招标公告。依法必须进行招标的项目的招标公告,应当通过国家指定的报刊、信息网络或者其他媒介发布。

招标公告应当载明招标人的名称和地址、招标项目的性质、数量、实施地点和时间以及获取招标文件的办法等事项。招标人采用邀请招标方式的,应当向三个以上具备承担招标项目能力的、资信良好的特定的法人或者其他组织发出投标邀请书。

招投标活动应当遵循公开、公平、公正、诚实信用原则。土地招标一般按以下程序进行:

- (1) 编制招标文件;
- (2) 确定参与投标的资格范围;
- (3) 发出招标公告;
- (4) 投标企业购买招标文件;
- (5) 投标小组解答投标者提出的问题;
- (6) 标书密封投入标箱,并按规定缴纳保证金;
- (7) 公开开标、验标,不符合规定的标书当众宣布无效;
- (8) 评标并确定中标单位,向中标者发出中标通知书,对没有中标的投标者也应书面通知;
- (9) 中标者在接到中标通知书后规定的时间内与政府签订《土地使用合同》;
- (10) 中标者按规定办理有关土地登记手续,领取土地使用证书。

开标由招标小组组织投标单位及社会有关人士参加,当众启封标书;宣布各投标单位的标价;开标时可聘请律师或公证员担任监标人。招标小组对每一个投标书、规划设计方案应进行全面的、充分的评价。招标以单独出标价形式,一般以价高者中标;既出标价,又提交规划设计方案的,以综合评分法确定中标者。例如标价占总分的50%,规划设计方案占总分的40%,企业业绩资信10%,总评得分高者中标。

3. 土地使用权的拍卖出让

《中华人民共和国拍卖法》第3条规定:“拍卖是指以公开竞价的形式,将特定物品或

财产权利转让给最高应价者的买卖方式。”拍卖适合竞争性强的土地,一般适用于高标准住宅、商业、旅游服务业等有较高营业收入的建设用地。

土地使用权拍卖出让的一般程序是:

(1) 发布拍卖公告。拍卖公告的内容,一般包括拍卖地块的位置、面积、用途、使用年限、底价及应价等。

(2) 竞买。竞买的法律性质为要约。以举牌方式应价,竞投者应价时,手举的牌子应高出头部。

(3) 拍定。拍定的法律性质为承诺。

(4) 签约、登记发证。拍得者即时与政府签订《土地使用合同》,缴纳出让金,办理登记,取得土地使用证。

(四) 土地使用权出让合同

我国《物权法》第 138 条规定:采取招标、拍卖、协议等出让方式设立建设用地使用权的,当事人应当采取书面形式订立建设用地使用权出让合同。土地使用权出让合同一般包括以下内容:双方当事人的名称、住所;出让土地的位置、面积、界限;土地的使用期限;土地用途;土地出让金的数额、支付方式;土地使用条件,即建设规划设计条件;合同的担保方式;违约责任及纠纷解决方式;其他条款。

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第 14 条规定:“土地使用者应当在签订土地使用权出让合同后六十天内,支付全部土地使用权出让金。”另外,我国《城乡规划法》《城市房地产管理法》《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》也是处理土地使用权出让合同事宜的重要依据。

(五) 土地使用权出让年限

根据《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第 12 条的规定,土地使用权出让的最高期限为:

1. 居住用地 70 年;
2. 工业用地 50 年;
3. 教育、科技、文化、卫生、体育用地 50 年;
4. 商业、旅游、娱乐用地 40 年;
5. 综合或者其他用地 50 年。



知识链接

《城市房地产管理法》第 22 条第 1 款规定:“土地使用权出让合同约定的使用年限届满,土地使用者需要继续使用土地的,应当至迟于届满前一年申请续期,除根据社会公共

利益需要收回该幅土地的,应当予以批准。经批准准予续期的,应当重新签订土地使用权出让合同,依照规定支付土地使用权出让金。”

(六) 土地使用权的终止

土地使用权因下列原因而终止。

(1) 出让合同规定的使用年限届满。土地使用权期满,土地使用权及其地上建筑物、其他附着物所有权由国家无偿取得。土地使用者应当交还土地使用证,并依照规定办理注销登记。

(2) 国家根据社会公共利益的需要提前收回土地使用权。国家对土地使用者依法取得的土地使用权,在出让合同约定的使用年限届满前不收回;在特殊情况下,根据社会公共利益的需要,可以依照法律程序提前收回,并根据土地使用者使用土地的实际年限和开发土地的实际情况给予相应的补偿。

(3) 受让人违约,出让人提前收回土地使用权。

(4) 土地使用权因土地灭失而终止。

案例 2-4

某食品公司诉某国土资源局土地使用权收回纠纷^①

原告(某食品有限公司)与被告(某国土资源局)分别于2006年和2007年签订《国有土地使用权出让合同》,取得地块一、二、三的国有土地使用权。但自原告领取国有土地使用证后,未就地块一向规划部门申请相关规划建设许可,也未动工开发建设;在地块二、三上仅建设部分工程,且未经批准中止建设。

被告发现后,历经调查询问、现场勘测,于2008年向原告下达通知,要求原告提交该项目投资建设计划、目前进度以及中止建设原因等情况说明,并下达通知要求改正。2011年原告请求继续使用土地未获同意。被告制作《闲置土地认定书》并依法送达给原告。原告不服认定书,向法院提起行政诉讼。

[讨论]

《收回国有土地使用权决定书》是否合法?

[解析]

《城镇国有土地出让和转让暂行条例》第6条规定:“县级以上人民政府土地管理部门依法对土地使用权的出让、转让、出租、抵押、终止进行监督检查。”第17条规定:“土地

^① 参见山东省高密市人民法院〔2012〕高行初字第70号行政判决书。

使用者应当依照土地使用权出让合同的规定和城市规划的要求,开发、利用、经营土地。未按合同规定的期限和条件开发、利用土地的,市、县人民政府土地管理部门应当予以纠正,并根据情节予以警告、罚款直至无偿收回土地使用权的处罚。”

本案双方签订了出让合同,对三块土地利用条件、容积率等进行约定,属有效合同。原告在合同履行过程中有违反出让合同行为,且一直未予纠正,因此,被告对原告作出收回国有土地使用权决定是合法的。

三、土地使用权划拨

(一) 土地使用权划拨的概念及性质

根据《城市房地产管理法》第 23 条第 1 款的规定:“土地使用权划拨,是指县级以上人民政府依法批准,在土地使用者缴纳补偿、安置等费用后将该幅土地交付其使用,或者将土地使用权无偿交付给土地使用者使用的行为。”划拨土地使用权是指土地使用者通过各种方式依法无偿取得的土地使用权,土地使用者应当依照《城镇土地使用税暂行条例》的规定缴纳土地使用税。

划拨土地使用权符合下列条件的,经市、县人民政府土地管理部门和房产管理部门批准,其划拨土地使用权和地上建筑物、其他附着物所有权可以转让、出租、抵押:

- (1) 土地使用者为公司、企业、其他经济组织和个人;
- (2) 领有国有土地使用证;
- (3) 具有地上建筑物、其他附着物合法的产权证明;
- (4) 签订土地使用权出让合同,向当地市、县人民政府补交土地使用权出让金或者以转让、出租、抵押所获效益抵交土地使用权出让金。

无偿取得划拨土地使用权的土地使用者,因迁移、解散、撤销、破产或者其他原因而停止使用土地的,市、县人民政府应当无偿收回其划拨土地使用权,并可以出让。对划拨土地使用权,市、县人民政府根据城市建设发展需要和城市规划的要求,可以无偿收回,并可以出让。无偿收回划拨土地使用权时,对其地上建筑物、其他附着物,市、县人民政府应当根据实际情况给予适当补偿。

土地使用权划拨是一种无偿的行政行为,须经县级以上人民政府批准,因划拨产生的土地使用权可以有期限的,也可以是无期限的。《城市房地产管理法》第 23 条第 2 款规定:“依照本法规定以划拨方式取得土地使用权的,除法律、行政法规另有规定外,没有使用期限的限制。”

(二) 土地使用权划拨的范围

根据《土地管理法》第 54 条和《城市房地产管理法》第 24 条规定:“下列建设用地的

土地使用权,确属必需的,可以由县级以上人民政府依法批准划拨:(1)国家机关用地和军事用地;(2)城市基础设施用地和公益事业用地;(3)国家重点扶持的能源、交通、水利等项目用地;(4)法律、行政法规规定的其他用地。”

(三) 土地使用权划拨程序

土地使用权划拨程序与出让程序大同小异:申请—审核—批准—划拨—登记。《城市房地产开发经营管理条例》第12条第2款规定:“土地使用权出让或者划拨前,县级以上地方人民政府城市规划行政主管部门和房地产开发主管部门应当对下列事项提出书面意见,作为土地使用权出让或者划拨的依据之一:(1)房地产开发项目的性质、规模和开发期限;(2)城市规划设计条件;(3)基础设施和公共设施的建設要求;(4)基础设施建成后的产权界定;(5)项目拆迁补偿、安置要求。”

第四节 房地产开发程序

根据《城市房地产开发经营管理条例》第10条的规定:“按照国家有关规定需要经计划主管部门批准的,还应当报计划主管部门批准,并纳入年度固定资产投资计划。”需要纳入固定资产投资计划的房地产开发,需要经历的主要包括如下程序。

一、房地产开发立项^①

房地产开发立项指的是根据城市社会经济发展计划、城市总体规划和分区规划、城市建设和住宅发展计划等要求提出的项目建议书,取得计划行政主管部门的批准,项目建议书获得批准后即为立项。项目建议书主要内容包括项目名称、主办单位和负责人、项目的必要性、项目规模和地点、投资额、进度以及效益的初步分析。

根据《建设项目选址规划管理办法》第4条的规定:“城市规划行政主管部门应当了解建设项目建议书阶段的选址工作。各级人民政府计划行政主管部门在审批项目建议书时,对拟安排在城市规划区内的建设项目,要征求同级人民政府城市规划行政主管部门的意见。”因此,各级人民政府计划行政主管部门在审批项目建议书时,必须听取城市规划行政主管部门的意见。

二、房地产开发可行性研究

房地产开发可行性研究是指运用技术经济学的基本原理,对工程项目从技术、经济

^① 参见陈光中总主编、关永宏主编:《房地产法学》,63页,北京,中国民主法制出版社,2008。

上论证其可行性,预测工程项目建成后的经济效果,并选择出最优的方案。包括市场需求和资源供给研究、工艺和操作技术研究以及财务和经济效果研究。

根据《建设用地审查报批管理办法》第4条规定:“建设项目可行性研究论证时,建设单位应当向建设项目批准机关的同级土地行政主管部门提出建设用地预申请。受理预申请的土地行政主管部门应当依据土地总体规划和国家土地供应政策,对建设项目的有关事项进行预审,出具建设项目用地预审报告。”

三、取得建设项目选址意见书

房地产开发企业只有取得了城市规划行政主管部门的选址意见书后才能进行房地产项目的总平面图设计和初步设计,才能获得设计任务书的批准。《建设项目选址规划管理办法》第5条规定:“城市规划行政主管部门应当参加建设项目设计任务书阶段的选址工作,对确定安排在城市规划区内的建设项目从城市规划方面提出选址意见书。设计任务书报请批准时。必须附有城市规划行政主管部门的选址意见书。”

四、取得建设用地规划许可证

《中华人民共和国城乡规划法》第37条:“在城市、镇规划区内以划拨方式提供国有土地使用权的建设项目,经有关部门批准、核准、备案后,建设单位应当向城市、县人民政府城乡规划主管部门提出建设用地规划许可申请,由城市、县人民政府城乡规划主管部门依据控制性详细规划核定建设用地的位置、面积、允许建设的范围,核发建设用地规划许可证。建设单位在取得建设用地规划许可证后,方可向县级以上地方人民政府土地主管部门申请用地,经县级以上人民政府审批后,由土地主管部门划拨土地。”

从规划部门获得建设用地规划许可证是获得土地使用权的前提条件。建设用地许可证是建设单位在向土地管理行政主管部门申请征用、划拨土地前,经城市规划行政主管部门确认建设项目位置和范围是否符合城市规划的法定凭证。它是经规划部门对用地单位的申请实质审查批准后颁发的。在颁发建设用地许可证后,城市规划部门仍应对征地、划拨土地进行验核,并进行监督检查、杜绝违章占地情况的发生。对建设用地进行调整。另外,建设单位因施工、堆料等临时使用土地的,也得从规划部门获得临时建设用地许可证。

五、取得土地使用权

(一) 申请

建设单位在取得建设用地规划许可证后,可以申请建设用地使用许可证。《建设用地审查报批管理办法》规定,建设单位提出用地申请时,应当填写《建设用地申请》,并附具下列材料:

1. 建设单位有关资质证明；
2. 项目可行性研究报告批复或者其他有关批准文件；
3. 土地行政主管部门出具的建设项目用地预审报告；
4. 初步设计或者其他有关批准文件；
5. 建设项目总平面布置图；
6. 占用耕地的，必须提出补充耕地方案；
7. 建设项目位于地质灾害易发区的，应当提供地质灾害危险性评估报告。

（二）批准

建设用地区审查实行土地行政主管部门内部会审制度。土地行政主管部门审查通过后报请人民政府批准。人民政府批准以有偿使用方式提供国有土地使用权的，由市、县人民政府土地行政主管部门与土地使用者签订土地有偿使用合同，并向建设单位颁发《建设用地区批准书》。土地使用者缴纳土地使用费后，依照规定办理土地登记。

批准以划拨方式提供国有土地使用权的，由市、县人民政府土地主管部门向建设单位颁发《国有土地划拨决定书》和《建设用地区批准书》，依照规定办理登记。

根据《城市房地产开发经营管理条例》第12条第2款的规定，土地使用权出让或者划拨前，县级以上地方人民政府城市规划行政主管部门和房地产开发主管部门应当对下列事项提出书面意见，作为土地使用权出让或者划拨的依据之一：

1. 房地产开发项目的性质、规模和开发期限；
2. 城市规划设计条件；
3. 基础设施和公共设施的建设要求；
4. 基础设施建成后的产权界定；
5. 项目拆迁补偿、安置要求。

六、申领建设工程许可证

1. 建设单位申请

建设单位持批准的计划投资文件，上级主管部门批准建设的批文和建设用地区规划许可证，向城市规划部门申请建设，城市规划部门对于建设申请进行审查，确定建设工程的性质、规模等是否符合城市规划的布局和发展需求；建设工程涉及相关行政主管部门的，应根据实际需要，征求有关行政主管部门的意见，进行综合协调。

2. 确定规划设计要求

城市规划部门对建设申请进行审查后，根据建设工程所在地段详细规划的要求，提出规划设计要求，核发规划设计要点通知书。建设单位按照规划设计要点通知书的要求，委托设计部门进行方案设计工作。

3. 方案审查

建设单位提出建设方案、文件、图纸后,城市规划部门对各个方案的总平面布置、交通组织情况、工程周围环境关系和个体设计体量、层次、造型等进行审查比较,确定规划设计方案,提出规划个性意见,核发设计方案通知书。建设单位据此委托设计单位进行施工图设计。

4. 核发建设工程规划许可证

建设单位持标有注册勘察设计证号的总平面图、个体建筑设计施工图,交城市规划部门进行审查,经审查批准后,发给建设工程规划许可证,在进入施工阶段后,城市规划部门仍然要对工程建设实施监督。这称为建设工程审批后的管理。其内容包括开工验线、施工中检查和竣工验收。

七、房地产开发项目的施工建设

在取得建设工程施工许可证后,施工单位应依照施工图施工,在施工过程中需要注意的事项有:

(一) 施工单位必须按照施工图进行施工,保证工程施工的质量。不得偷工减料,在发现工程设计不符合国家的设计标准时必须及时向甲方和监理单位提出,甲方必须及时向设计单位提出,如果情况属实,设计单位必须及时进行设计变更,由此给施工单位造成施工迟延的,施工单位有权要求顺延工期。

(二) 建设监理单位必须按照法律规定、委托监理合同的约定和施工图对建设项目的投资、进度和质量进行控制,督促施工单位按照施工图和工程施工规范进行施工,控制工程建设的进度,并按时提醒建设单位向施工单位支付工程款。

(三) 建设单位必须提供施工所需要具备的各种辅助条件,协调工程建设中发现的各种问题,对施工单位所提出的问题及时组织解决,按时支付工程款。

八、房地产开发项目的竣工验收

房地产开发竣工后,应当进行综合验收,验收合格后,才能交付使用。未经验收或者验收不合格的,不得交付使用。房地产开发项目竣工后,房地产开发企业应当向项目所在地的县级以上地方人民政府房地产开发主管部门提出竣工验收申请。房地产开发主管部门应当自收到竣工验收申请之日起 30 日内,对涉及公共安全的内容,组织工程质量监督、规划、消防、人防等有关部门或者单位进行验收。

关于工程竣工验收的标准,《城市房地产开发经营管理条例》第 18 条规定,住宅小区等群体房地产开发项目竣工,应当依照本条例第 17 条的规定和下列要求进行综合验收:

- (1) 城市规划设计条件的落实情况;
- (2) 城市规划要求配套的基础设施和公共设施的建设情况;

- (3) 单项工程的工程质量验收情况;
- (4) 拆迁安置方案的落实情况;
- (5) 物业管理的落实情况;住宅小区等群体房地产开发项目实行分期开发的,可以分期验收。

建设单位应当自建设工程竣工验收合格之日起 15 日内,将建设工程竣工验收报告和规划、公安消防、环保等部门出具的认可文件或者准许使用文件报建设行政主管部门或者其他有关部门备案。建设行政主管部门或者其他有关部门发现建设单位在竣工验收过程中有违反国家有关建设工程质量管理规定行为的,责令停止使用,重新组织竣工验收。



实训练习

一、不定项选择

1. 按房地产开发的目的不同,房地产开发可以分为()。
A. 单项开发 B. 经营性开发 C. 成片开发 D. 自用性开发
2. 根据《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第 12 条的规定,以下关于土地使用权出让的最高期限说法正确的是()。
A. 居住用地七十年
B. 工业用地五十年
C. 教育、科技、文化、卫生、体育用地五十年
D. 商业、旅游、娱乐用地四十年
E. 综合或者其他用地五十年
3. 设立房地产开发企业,应当具备()条件。
A. 有固定的经营场所
B. 有自己的名称和组织机构或与其他企业联合
C. 有符合国务院规定的注册资金
D. 有一定固定专业技术人员和临时聘用人员

二、案例分析

某特种纸业公司诉国土资源局行政纠纷^①

某市第一造纸厂于 2002 年进行国有企业改制,该市国有资产管理委员会作出批复,

^① 参见河北省唐山市开平区人民法院〔2012〕开行初字第 13 号行政判决书。

同意该厂地处的 117 594.9 平方米土地,在不改变用途前提下,暂不变更土地使用权。2003 年,第一造纸厂改制为特种纸业公司,为股份合作制企业。2004 年国土资源局作出批复,117 594.9 平方米划拨土地仍保留划拨用地性质,用途为工业,并颁发了《国有土地使用证》(划拨)。2006 年,特种纸业公司与国土资源局签订土地使用权出让合同书,前者出资购买了该地块土地使用权,后者颁发了《国有土地使用证》(出让)。

2006 年,特种纸业公司将该块土地使用权合法转让给某房地产开发公司,国土资源局依法审查核实、登记并颁发《国有土地使用权证》(出让)。2010 年,该市国土资源局以某通知要求按国家法律法规予以纠正为由,决定解除与特种纸业公司签定的国有土地使用权出让合同,撤销国土资源局关于特种纸业公司企业改制土地资产处置的批复。

特种纸业公司认为,该案争议的土地从划拨到出让再到转让的过程,都是由市国土资源局按法定程序颁发了国有土地(划拨、出让)使用证。自 2006 年,特种纸业公司与该地块已无任何法律关系,国土资源局作出的上述撤销土地使用权出让合同以及撤销改制批复的行政行为无效。故诉至法院要求撤销国土资源局该具体行政行为。

讨论:什么情况下能解除土地使用权出让合同?



学习目标

1. 了解商品房预售的特征及程序,掌握商品房预售概念、条件;
2. 理解商品房预售合同主体及相应的权利与义务;
3. 理解商品房预售合同法律关系的构成要素;掌握预售合同的生效及相应的法律效果。

引例^①

张某与北辰房地产开发有限公司(以下简称北辰房地产公司)签订《深圳市商品房买卖合同》一份,约定:乙方张某按揭购买甲方北辰房地产公司开发预售的住房一套,总价款为 987080 元;甲方须在 2013 年 11 月 28 日前将竣工验收备案登记商品房交付乙方使用,商品房交付使用后 60 日内,办理《房地产权证》;如因甲方的责任,致使乙方不能在规定的期限内取得房地产权属证书,乙方不退房的,从逾期之日起,甲方按已付房价款总额,依照中国人民银行同期贷款利率向乙方支付违约金。

北辰房地产公司在 2013 年 11 月 28 日前将房屋交付给张某;2014 年 3 月 8 日,房地产公司完成初始登记,取得相应《房地产权证》;2014 年 6 月 25 日,张某填具《深圳市土地房屋权属登记申请书》《授权委托书》,交付北辰房地产公司,委托其办理所购商品房的土地房屋权属登记。

2014 年 11 月 3 日,北辰房地产公司将张某所购房屋的办证资料提交深圳市土地房屋权属登记中心。2015 年 1 月 12 日,房地产权属登记机关就该套商品房颁发《房地产权证》。

张某认为,自己按约履行支付房款义务,房地产公司没有按合同约定时间办理《房地

^① 说明:本案例根据相关案例改编,以后未加注释的案例来源与本案例相同。

产权证》,属违约行为,应承担相应违约责任,于是在2015年2月3日向法院起诉,要求北辰房地产公司支付逾期办证违约金。

一审法院判决:(1)被告北辰房地产公司于本判决生效后7日内支付张某房款987 080元从2013年11月28日起至2015年1月12日按中国人民银行同期贷款利率计算的迟延办证违约金;(2)驳回张某的其他诉讼请求。

[解析]

本案中,买受人基于商品房买卖合同享有要求被告为其办理房屋产权证的权利,该权利属于债权请求权,应当适用诉讼时效制度,《民法通则》第137条规定:“诉讼时效期间从知道或应当知道权利被侵害时起计算。”第135条规定:“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年,法律另有规定的除外。”

商品房买受人因开发商方面的原因,无法在约定的期限内办理房屋产权证的,其办证请求权的诉讼时效应当从约定期限届满之次日开始计算,也就是从其知道或应当知道权利被侵害之日起计算。

第一节 商品房预售的概述

一、商品房预售的概念及特征

商品房预售是指房地产开发企业(以下简称开发企业)将正在建设中的房屋预先出售给承购人,由承购人支付定金或房价款的行为。^①商品房预售,可以避免承购人一次性支出巨额购房款,减轻其经济压力;也可以为房地产开发企业筹措工程建设款项,解决其建设资金不足等问题。商品房预售在我国商品房销售中占据主导地位。

我国商品房预售法律制度所规定的商品房预售,具有四个明显的特征。

第一,预售的商品房必须是作为商品房项目建设的房屋,而不是政府批准的一些社会福利性房屋,或社会保障性、社会救济性质的房屋,也不是一些单位内部自建的集资房或城市居民自购住宅用地所建的等非社会化、商品化房屋。因此,此类房屋具有明显的社会化、商品化和公开销售的特征。

第二,预售的商品房是处于特定状态的房屋,即必须是已经开工建设,正处于正常的施工建设状态,但尚未竣工的商品房。不是尚未开工的商品房项目,也不是已经竣工交付使用的商品房现房,更不是早已停工无法继续施工建设的“半拉子”工程,或时建时停

^① 参见《城市商品房预售管理办法》(1994年颁布,2004年修正)第2条

无法预计或确定竣工时间的商品房工程项目。因此,作为正处在施工建设状态、尚未竣工交付的房屋提前销售,是预售的最显著的特征。

第三,商品房预售的预售主体是特殊的商品房开发商,必须是具备商品房预售条件的开发企业,即具有法定性和特定性商品房开发企业。而购房人则是社会不特定的主体,任何要购买预售商品房的公民,都可以成为商品房预售的买方。

第四,商品房预售,必须要依照有关法律规定,具备必需的条件,尤其是政府有关部门批准的商品房预售许可证,并将有关预售商品房的资料及有关法律规定向购房人公示,即具备的法定公开性。因此,商品房预售行为是一种附期限的交易行为,购房者在期限到来前拥有期待权,当期限届至并办理了房屋过户手续才拥有房屋的所有权。

二、商品房预售许可证

我国商品房预售实行许可制度。开发企业进行商品房预售,应当向房地产管理部门申请预售许可,取得《商品房预售许可证》。《商品房预售许可证》是开发商从事商品房预售的必备条件,未取得《商品房预售许可证》的,不得进行商品房预售。

最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第2条规定:出卖人未取得商品房预售许可证明,与买受人订立的商品房预售合同,应当认定无效,但是在起诉前取得商品房预售许可证明的,可以认定有效。可见,商品房预售许可证明是商品房预售合同有效的前提要件。

案例 3-1

乙公司诉甲公司商品房预售合同纠纷案

2014年3月,原告乙公司与被告甲公司签订商品房预售合同,约定乙公司购买甲公司开发商品房一套,2015年1月交房,在合同签订时甲公司暂时还没取得房屋预售许可证(乙公司也知道)。合同签订后,乙公司交付房款,甲公司未能按期交房。2015年3月,乙公司诉至法院要求被告承担逾期交房的违约责任。

〔解析〕

本案在审理中,首先要查明商品房预售合同的效力问题,在审理过程中,甲公司取得了预售许可证,根据最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第2条规定,法院认定合同有效,判决甲公司按照合同约定承担逾期交房的违约责任。

（一）取得《商品房预售许可证》的条件

依据建设部《城市商品房预售管理办法》第7条规定,开发企业申请预售许可,应当提交下列证件(复印件)及资料:

1. 商品房预售许可申请表;
2. 开发企业的《营业执照》和资质证书;
3. 土地使用权证、建设工程规划许可证、施工许可证;
4. 投入开发建设的资金占工程建设总投资的比例符合规定条件的证明;
5. 工程施工合同及关于施工进度的说明;
6. 商品房预售方案。预售方案应当说明预售商品房的位置、面积、竣工交付日期等内容,并应附预售商品房分层平面图。

（二）商品房预售许可程序

依据建设部《城市商品房预售管理办法》第8条规定,商品房预售许可依下列程序办理。

1. 受理。开发企业按本办法第7条的规定提交有关材料,材料齐全的,房地产管理部门应当当场出具受理通知书;材料不齐的,应当场或者5日内一次性书面告知需要补充的材料。

2. 审核。房地产管理部门对开发企业提供的有关材料是否符合法定条件进行审核。开发企业对所提交材料实质内容的真实性负责。

3. 许可。经审查,开发企业的申请符合法定条件的,房地产管理部门应当在受理之日起10日内,依法做出准予预售的行政许可书面决定,发送开发企业,并自做出决定之日起10日内向开发企业颁发、送达《商品房预售许可证》。

经审查,开发企业的申请不符合法定条件的,房地产管理部门应当在受理之日起10日内,依法做出不予许可的书面决定。书面决定应当说明理由,告知开发企业享有依法申请行政复议或者提起行政诉讼的权利,并送达开发企业。

商品房预售许可决定书、不予商品房预售许可决定书应当加盖房地产管理部门的行政许可专用印章,《商品房预售许可证》应当加盖房地产管理部门的印章。

4. 公示。房地产管理部门做出的准予商品房预售许可的决定,应当予以公开,公众有权查阅。

三、商品房预售的条件

商品房预售条件,《城市房地产管理法》第45条做出明确规定。

第一,已交付全部土地使用权出让金,取得土地使用权证书。商品房项目的合法开工建设和合法预售,必须以对该土地的合法使用权为前提。

第二,必须持有建设工程规划许可证。对城市建设工程实行许可证制度管理,是一种强制性管理,不是任意性或选择性的,如果房地产开发商忽视这一点而预售房屋,无论对于开发商还是购房者都将带来巨大风险。

第三,按提供预售的商品房计算,投入开发建设的资金达到工程建设总投资的百分之二十五以上,并已经确定施工进度和竣工交付日期;

第四,向县级以上人民政府房产管理部门办理预售登记,取得商品房预售许可证。

针对开发商进行商品房预售经营活动要符合商品房预售条件的规定,尤其是必须具备两个许可证的规定,是国家对开发商进行商品房预售经营应当具备的资格和条件的规范,明显体现出国家行政管理的性质。

四、商品房预售的登记

房地产开发企业在取得预售许可证后,即可推出预售广告并与承购人签订商品房预售合同。目前我国的商品房预售一般采用格式合同。预售合同签订后,开发企业应当自签约之日起 30 日内,向房产管理部门和市、县人民政府土地管理部门办理商品房预售合同登记备案手续。商品房预售合同登记备案手续可以委托代理人办理。委托代理人办理的,应当有书面委托书。

这种登记备案制度的规定,是为了便于地方政府的房产和土地管理职能部门,通过对商品房预售合同的登记备案管理,掌握商品房预售情况的市场动态,以有利于监督检查和对于不符合预售条件或违法的预售行为,及时予以查处和纠正,有利于商品房建成后的转移登记、办证发证工作。



“预售登记”与“登记备案”是两个完全不同的概念。商品房开发的“预售登记”,是指房地产开发商,在其开发的商品房已经具备其他预售条件,为取得合法进行商品房预售经营活动,向当地县级以上人民政府房产管理部门申请办理商品房预售许可证而必须进行的专项登记。

而商品房预售合同的“登记备案”,则是指已经具备商品房预售条件,持有商品房预售许可证明的房地产开发商,在与购房人签订商品房预售合同后,为便于政府法定职能部门对其商品房预售行为进行监督、管理及房屋建成后办理相关产权转移登记及相关产权证明,而将合同依法分别向当地县级以上人民政府的房产管理部门和土地管理部门办理的备案性登记。

第二节 商品房预售合同

一、商品房预售合同的概念及性质

商品房预售合同是指商品房预售方和预购方双方约定,预售方在约定时间内将建成的商品房所有权转移于预购方,预购方向预售方交付定金或部分房款并按期接受商品房的书面协议。商品房预售合同属于买卖合同的一种,是以建造中的房屋为标的物的,但又与一般买卖合同不同。

商品房预售合同不是预约买卖合同、期货买卖合同、附期限买卖合同、分期付款买卖合同。从法律角度为商品房预售合同定性,商品房预售合同属于远期交货合同。所谓远期交货合同,是合同双方当事人约定在将来的一定期间内交货的合同。预售方依据合同,为满足融资需要,在未实际交付登记房屋的情况下,事先取得全部或部分房屋价款,但同时有义务在房屋建成后,将房屋以依定的条件交付给买受人。买受人与开发商签订商品房预售合同并进行预售登记后,出卖人不得再将房产另行处理。

二、商品房预售合同的主体及其权利与义务

(一) 商品房预售合同的主体

预售合同的当事人是预售人和预购人。预售人必须是经过批准设立,并在工商行政管理部门登记注册的房地产开发企业。房地产开发企业是以营利为目的,从事房地产开发和经营的企业。但是,如果不具备房地产开发经营资格的企业,在《城市房地产管理法》施行之前,与他人订立了商品房预售合同,而在一审诉讼期间依法取得了房地产开发经营资格,则可以认定合同有效。

根据《城市房地产管理法》第30条的规定:“房地产开发企业是以营利为目的,从事房地产开发和经营的企业。设立房地产开发企业,应当具备下列条件:

1. 有自己的名称和组织机构;
2. 有固定的经营场所;
3. 有符合国务院规定的注册资本;
4. 有足够的专业技术人员;

5. 法律、行政法规规定的其他条件。设立房地产开发企业,应当向工商行政管理部门申请设立登记。

工商行政管理部门对符合本法规定条件的,应当予以登记,发给营业执照;对不符合本法规定条件的,不予登记。设立有限责任公司、股份有限公司,从事房地产开发经营的,还应当执行公司法的有关规定。房地产开发企业在领取营业执照后的1个月内,应

当到登记机关所在地的县级以上地方人民政府规定的部门备案。”

《城市房地产开发经营管理条例》第5条规定:设立房地产开发企业,除应当符合有关法律、行政法规规定的企业设立条件外,还应当具备下列条件:①有100万元以上的注册资本;②有4名以上持有资格证书的房地产专业、建筑工程专业的专职技术人员,2名以上持有资格证书的专职会计人员。

本条例第6条规定:“外商投资设立房地产开发企业的,除应当符合本条例第五条的规定外,还应当依照外商投资企业法律、行政法规的规定,办理有关审批手续。”

预购人必须是具有完全民事行为能力的人。除此之外,有两种特殊情况。

1. 根据《城市商品房预售管理办法》的规定,预售人向境外预售商品房的,应当提交允许向境外销售的批准文件;

2. 根据最高人民法院在1993年《全国民事审判工作座谈会纪要》的规定:“无当地户口的人购买城镇房屋,对于符合本地区房屋买卖法规规定的,可以认定买卖有效。”无当地户口的人买卖本地城镇房屋将取决于当地政府制定的房屋买卖法规。

(二) 商品房预售合同的主体的权利与义务

商品房预售合同的内容可以由预售人和预购人协商确定,但是由于双方在专业知识和经验上的差距,协商确定的方式会给预购人保护自己的权益带来很大的困难。为了更好地保护处于弱势地位的承购人,建设部和各地管理机关发布了2014年版《商品房买卖合同(预售)示范文本》,预售人和预购人可以在范本的基础上适当的增减签订预售合同。

但在现实生活中,预售人和预购人是处于并不平等的地位,在消息的获取来源通道上也不对等,预购人最后实际所取得的房屋大多与想象当中的有所出入,由此而产生的纠纷也不在少数。

对于预售人来说,其最基本的权利就是按照约定收取房屋价款,这里主要谈预购人在预售过程中的几项基本权利。

1. 知情权

商品房预购者的知情权是指预购者知道商品房本身情况及有关商品房的重要信息(属于房地产开发者知识产权范围的除外)的权利。

该知情权包括三部分。

第一部分,签订预售合同前的知情权。主要包括预售广告和预售许可证两部分内容。预售广告内容必须真实、合法、科学、准确,售楼广告和说明书应当载明《商品房预售许可证》的批准文号。《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第3条规定:“商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请,但是出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所做的说明和允诺具体确定,并对商品房买卖合

同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的,应当视为要约。该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同,亦应视为合同内容,当事人违反的,应当承担违约责任。”

第二部分,签订合同时的知情权主要是针对合同内容而言。预购人有权了解预购商品房的基本情况及交易的其他信息。

第三部分,在合同生效后的履行过程中,预售人的知情权主要包括向买受人提供《住宅质量保证书》《住宅使用说明书》。经规划部门批准的规划变更、设计单位同意的设计变更导致出现影响商品房质量或者使用功能情形的,房地产开发企业应当在变更确立之日起 10 日内,书面通知买受人。因不可抗力或者当事人在合同中约定的其他原因需延期交付的,房地产开发企业应当及时告知买受人等内容。

案例 3-2

售楼广告是要约还是要约邀请?

2012 年 8 月,李先生与妻子看上一套新房,广告中这样描述:现预售一批高层住宅楼盘,年底完工,小区东面将建大型休闲公园,西面将建幼儿园、小区会所等相应配套设施……虽然该房价比其他楼盘平均每平方米高 500 元左右,但李先生还是买下其中一套房子,并与开发商签订房屋预售合同,支付 60 万元首付款。

可当楼盘竣工,李先生一家准备入住时,才发现原来的休闲公园并未建设,幼儿园等配套设施也并未兑现,许多业主找到开发商交涉,而开发商则回应说售楼广告仅是一种宣传手段,以预售合同为准。李先生等业主仔细翻看了房屋预售合同,确实对休闲公园、幼儿园、小区会所等未作明确约定。开发商的行为到底构不构成违约?

〔解析〕

《中华人民共和国合同法》第 15 条规定:“要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。商业广告的内容符合要约规定的,视为要约。”

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 3 条规定:“商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请,但是出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定,并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的,应当视为要约。该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同,亦应当视为合同内容,当事人违反的,应当承担违约责任。”

本案中,与李先生签订合同的开发商发布的楼盘广告已经交代各个配套设施及具体方位,内容明确具体,从而使该楼盘比其他同等条件的楼盘价格每平方米高出 500 元,对买受人是否与之约定产生重大影响,应该属于要约,不是要约邀请,开发商应当履行其合

同义务,否则承担违约责任,并未因此给李先生造成的损失承担赔偿责任。

2. 在约定时间内获得商品房交付并取得房屋权属登记的权利

这一权利与预售人交付房屋的基本义务相对应。《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第11条规定:对房屋的转移占有,视为房屋的交付使用,但当事人另有约定的除外。预售人应当按照合同约定的日期,将商品房交付给预购人,实现商品房的实际控制权的转移。

实践中一般以双方签订《房屋交接单》,预售人将钥匙交给预购人作为判断转移房屋占有的标志。交付是商品房风险转移的标志,商品房交付后,风险承担由预售方转至预购方;交付也是住宅保修期的起算点。在接受房屋交付之前要对房屋进行仔细的验收,验收合格后再接受钥匙,且要检查预售方提供的“两证”是否齐全,两证是指《住宅质量保证书》和《住宅使用说明书》。

《商品住宅实行住宅质量保证书和住宅使用说明书制度的规定》第3条规定:房地产开发企业在向用户交付销售的新建商品住宅时,必须提供《住宅质量保证书》和《住宅使用说明书》。因此预购人在接受交付时如果预售方拒绝提供上述两书或者两书不全的,买房人有权拒绝接受该商品房,对因此而导致的迟延交付不承担责任。

由于不动产只有履行了产权登记手续后,所有权方得移转,所以,预售房屋交付给预购人后,预购人有权要求预售人协助其办理房屋所有权登记。

《城市商品房预售管理办法》第12条中规定:预售的商品房交付使用之日起90日内,承购人应当依法到房地产管理部门和市、县人民政府土地管理部门办理权属登记手续。开发企业应予以协助,并提供必要的证明文件。也就是说预售人具有协助预购人办理产权证的义务,该义务对应的正是预购人要求其提供协助的权利。

3. 要求所购买的商品房不存在质量瑕疵和权利瑕疵

预购人的该项权利对应预售人的瑕疵担保义务,由质量瑕疵担保义务和权利瑕疵担保义务两项构成。预售人交付的商品房应当符合国家规定的质量标准及当事人双方合同的约定,预售人不得擅自将已预售的商品房转卖或抵押给第三人,预购人应获得一个完整的物权,不存在第三人对其预购商品房享有所有权或者其他物权的情形。

4. 解除合同的权力

合同的解除主要有约定解除和法定解除两种。当事人协商一致,可以解除合同。解除合同的条件成熟时,解除权人可以解除合同。合同法将不可抗力规定为法定免责条件。不可抗力是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。除了不可抗力,预购者享有法定解除权的情形主要有以下几种。

(1)《商品房销售管理办法》第20条规定的合同中未约定或者未明确约定房屋面积

误差处理方式,面积误差比绝对值超出 3% 时。

(2)《商品房销售管理办法》第 24 条规定的规划变更影响商品房质量或者使用功能,房地产开发企业未在变更确立之日起 10 日内书面通知认购人的。

(3)《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 8 条规定房地产开发企业恶意违约,导致商品房买卖合同目的不能实现的两种情形。

(4)预售人迟延交付房屋,经催告后在三个月的合理期限内仍未履行,认购人请求解除合同的,当事人另有约定的除外。

(5)商品房主体结构质量不合格的、因房屋主体结构质量不合格不能交付使用或房屋质量问题严重影响正常居住使用的。

(6)商品房买卖合同约定或者《城市房地产开发经营管理条例》第 33 条规定的办理房屋所有权登记的期限届满后超过一年,由于预售人的原因,导致认购人无法办理房屋所有权登记的。



知识链接

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 8 条规定:

具有下列情形之一的,导致商品房买卖合同目的不能实现的,无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失,并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任:(一)商品房买卖合同订立后,出卖人未告知买受人又将该房屋抵押给第三人;(二)商品房买卖合同订立后,出卖人又将该房屋出卖给第三人。



案例 3-3

李某起诉开发商解除商品房预售合同案

2013 年 3 月,李某看到天津某房地产公司的房产销售广告后,就与该企业签订了《商品房预售合同》,购买了一套面积为 105 平方米的商品房,该套房屋预计年底入住。此后,李某按约交纳了 35% 的预付款。该商品房预售合同登记后,李某偶然得知该在建房屋所使用的土地原是一家化工企业的垃圾填埋场,李某担心化工垃圾会污染地下水,对身体有害,所以他与开发商商量解除合同事宜。

李某认为,开发商没有将预售商品房的重要情况告诉自己,侵犯了其知情权。如果事先知道这一情况,是绝不可能签订购房合同的,因此要求解除与开发商签订的《商品房

预售合同》，并要求开发商退还自己已缴纳的部分房款。开发商不同意，李某将开发商诉至法院。

〔解析〕

本案涉及商品房预售合同的性质、内容、效力及解除等问题。李某以开发商隐瞒了预售商品房的重要信息，侵犯自己的知情权为由，要求解除预售合同，具有一定的合理性，但解除合同必须要开发商同意或依照相关法律符合同解除的法定事由。如果李某以解除合同为诉讼请求，因不具备《合同法》第94条的解除事由和预购者所享有的法定解除权的相关情形而得不到支持。但如果李某可以证明开发商在商品房预售过程中，存在欺诈行为，可依照《合同法》第54条的规定，向人民法院主张撤销商品房预售合同。

三、商品房预售合同的标的物

商品房预售合同的标的物即预售商品房，预售合同签订时，房屋尚未建设或者在建但尚未竣工。对买受人来说，所得到的是一种房屋产权的期待权。这也与一般买卖合同标的物的现实性、特定性要求不同。由于缔约阶段合同标的物的非现时客观存在的特性，预购人对合同标的物状况的了解只能依赖于预售广告、样品房及房屋图纸等资料，因此，合同的风险较大。

四、商品房预售合同登记的效力

对于大多数合同而言，合同成立即生效，但商品房预售合同应办理登记手续，但这是否意味着预售合同是在登记后才生效呢？《中华人民共和国合同法》第44条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”我国相关法律法规对商品房预售合同登记备案制度有详细规定。

《城市房地产管理法》第45条第2款规定：商品房预售人应当按照国家有关规定将预售合同报县级以上人民政府房产管理部门和土地管理部门登记备案。《城市商品房预售管理办法》第10条规定：商品房预售，开发企业应当与承购人签订商品房预售合同。预售人应当在签约之日起30日内持商品房预售合同向县级以上人民政府房地产管理部门和土地管理部门办理登记备案手续。

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第6条：当事人以商品房预售合同未按照法律、行政法规规定办理登记备案手续为由，请求确认合同无效的，不予支持。商品房预售合同登记备案，属于行政管理部门的一种管理措施，不是确立合同效力的必要条件，即来源于该司法解释。

可见现阶段商品房预售合同登记备案制度登记的是商品房预售合同中约定的债权

债务关系,仅仅规定成为了一种备案性质行政管理手段,而尚不能发挥保护民事权利的作用。若将商品房预售合同登记作为预售合同的生效要件,不仅与我国当前的立法精神不符,而且为不法开发商任意毁约打开了方便之门,实不可取。因此,预售合同成立即生效符合中国的立法发展趋势,也符合现实的客观需求。

案例 3-4

商品房预售合同备案登记效力案

2011年4月甲房地产开发公司与乙签订《商品房预售合同》,约定乙购买甲房地产开发公司开发一套商品房,甲房地产公司在某市房地产交易所进行了商品房预售合同登记;但该房屋一直未过户至乙名下。

2012年12月,甲房地产公司以自己名义办理了房地产权证。2013年12月28日甲房地产公司与丙签订抵押借款合同,向丙借款300万元,并将此房办理了抵押登记手续。后甲房地产公司未依约还款,丙向人民法院提起诉讼,要求确定该房屋的所有权为丙所有,要求甲房地产公司为其办理房产证。

甲房地产开发公司与乙签订《商品房预售合同》,并进行预售合同登记,是否具有对抗第三人的效力?

〔解析〕

《城市商品房预售管理办法》第10条第1款规定:“商品房预售,开发企业应当与承购人签订商品房预售合同。开发企业应当自签约之日起30日内,向房地产管理部门和市、县人民政府土地管理部门办理商品房预售合同登记备案手续。”《物权法》第20条第1款规定:“当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议,为保障将来实现物权,按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后,未经预告登记的权利人同意,处分该不动产的,不发生物权效力。”

按照《物权法》《城市商品房预售管理办法》的规定,甲房地产开发公司与乙签订《商品房预售合同》,并进行预售合同登记后,具有对抗第三人的效力。

房屋办理预售登记后,能否以预售登记直接认定诉争房屋所有权归乙所有?

〔解析〕

《物权法》第20条第2款规定:“预告登记后,债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的,预告登记失效。”房屋预售登记不能直接产生房屋所有权,要进行房屋产权登记后,才能获得房屋所有权。

本案中,由于房屋一直未过户到乙名下,自商品房能过户之日起超过3个月,原预售

登记失效;本案中,2012年12月,甲房地产公司已经以自己名义办理了房地产权证,当然不能以预售登记直接认定诉争房屋所有权归乙所有。

本案乙的权利如何保护?

[解析]

甲房地产开发公司与乙签订《商品房预售合同》,并进行预售合同登记,显然合同是合法有效的,但甲房地产开发公司却将乙预购的房屋登记在自己名下,是明显的违约行为,对于乙不能取得所购房屋所有权的损失应当根据其过错承担违约责任或赔偿损失。

第三节 商品房预售中的常见法律问题

一、商品房预售中签订认购书的相关问题

在商品房的预售过程中,购房人在选中一处房产后,往往就已选定的房屋与开发商签订认购书,并向开发商缴付一定数额的定金,约定一定时间订立正式商品房买卖合同。但从认购书的签订到正式房地产买卖合同的订立,其间充满了种种变数,如果双方无法就房地产买卖达成一致意见,导致房地产买卖合同无法签订,此时开发商往往依认购书的约定拒绝返还定金。实践中因此而引发了大量的诉讼。如何正确认识商品房预售认购书的性质及效力,是当前值得探讨的法律问题。

(一) 商品房预售认购书的性质

商品房预售认购书是商品房买卖双方当事人在签订商品房买卖合同之前签订的一种法律文书,是双方对买卖商品房有关事宜进行初步法律确认的一种书面凭证。其内容一般包括双方当事人的基本情况、商品房的基本情况、房款的计算及交付规定、签订正式合同的期限等,并以其中的定金条款来约束购房者在指定或约定期限与其签订正式的买卖合同,否则开发商不予返还定金。

因商品房预售认购书在预售房屋交易中的特殊法律地位和对双方权利义务界定的不甚清楚具体。目前,理论界与实务界对认购书的性质存在争议,大致可归纳为以下三种观点:(1)认购书是意向书,没有法律效力。(2)认购书是商品房预售合同的补充协议,不是一个独立的合同。(3)签订认购书是订立商品房预售合同的先决条件,认购书的性质为预约合同,是独立有效的合同。

有关商品房预售认购书性质表述的前两种观点值得商榷。第一种观点全然否定了认购书的法律效力。第二种观点将认购书看作商品房预售合同的补充协议,忽视了认购

书的独立合同性质。笔者赞同第三种观点,认购书在性质上应为预约合同,是当事人对将来订立本约即正式的商品房买卖合同而约定权利、义务的合同,本质上是开发商与购房者订立正式合同的合意。

(二) 商品房预售认购书违约责任的认定

商品房预售认购书签订后,如果一方当事人不履行签约义务,该如何追究其违约责任呢?最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第4条规定:“出卖人通过认购、订购、预订等方式向买受人收受定金作为订立商品房买卖合同担保的,如果因当事人一方原因未能订立商品房买卖合同,应当按照法律关于定金的规定处理;因不可归责于当事人双方的事由,导致商品房买卖合同未能订立的,出卖人应当将定金返还买受人。”该规定已在形式上确认了认购书中定金条款的法律效力。



知识链接

定金罚则:最高人民法院关于适用《中华人民共和国担保法》若干问题的解释第115条:当事人约定以交付定金作为订立主合同担保的,给付定金的一方拒绝订立主合同的,无权要求返还定金;收受定金的一方拒绝订立合同的,应当双倍返还定金。

对于签订商品房预售认购书后,买卖双方就合同的部分条款不能达成一致意见,从而导致合同无法签订,此时该如何处理?笔者认为应分情况来处理。

第一种情况,当事人协商的主合同条款在认购书中无约定,当事人协商不成的,则不能认定为任何一方当事人违反了认购书的约定,不能适用定金罚则。

第二种情况,该主合同的条款在认购书中已经有了约定,则双方当事人应当接受此约定,否则即是对认购书的违反,当然可以适用定金罚则。



案例 3-5

已经交纳的定金能否返还?

2014年3月1日,王先生与南京某房地产开发公司就本市某处房屋签订了一份《认购书》,双方约定于2014年3月20日之前签订《商品房预售合同》;同日,王先生向房产公司支付了定金人民币5万元。当王先生依约前往订立《商品房预售合同》时,发现所认购房屋的房型与先前房产公司描述的情况相差太远,交房期限也比先前承诺的期限要晚半年,双方最终未签预售合同,赵先生要求返还定金被房产公司断然拒绝。

法院认为:买受人在交纳定金之前,明知交纳定金是为了签订主合同提供担保,其本

身就有义务先详细了解主合同的内容再交纳定金,买受人在交纳定金后,以主合同条款双方无法达成一致为由,拒绝签订主合同,买受人未履行认购协议的义务,定金不应返还。

本案中的情况不属于《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》有关“因不可归责于当事人双方的事由,导致商品房买卖合同未能订立的,出卖人应当将定金返还买受人”的规定,最后判决王先生一审败诉。

二、商品房预售合同价格纠纷的处理问题

商品房预售合同的投资数额大、履行期限长,所以,从商品房的开工建设到交付使用往往需要很长的时间。在这段时间内,可能会由于市场行情的变化而引发商品房的价格纠纷。目前,商品房预售合同的价格纠纷占整个商品房预售合同纠纷的一半以上。

一方面,预售方会以建筑材料的价格上涨或房地产价格的上涨为由要求提高房价遭预购方的拒绝而形成纠纷;另一方面,预购方有时也会以房地产价格的下跌为由要求降低房价遭预售方的拒绝而形成纠纷。由于法律对此尚没有明确规定,所以各地的处理方法不尽相同,有的按原合同的约定处理,有的按当事人分担风险的风险负担原则处理,有的按情势变更原则处理。

最高人民法院《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》第31条规定:预售商品房的价格,除国家规定“微利房”“解困房”等必须执行国家定价的以外,合同双方根据房地产市场行情约定的价格,也应当予以保护。

“一方以政府调整与房地产有关的税费为由要求变更合同约定价格的,可予以支持。一方以建筑材料或商品房的市场价格变化等为由,要求变更合同约定的价格或解除合同的,一般不予支持。”该司法解释对商品房预售合同的价格纠纷的处理作了原则性规定。我们认为,这个《解答》对处理《城市房地产管理法》施行之后的商品房预售合同的价格纠纷亦有一定的指导意义。



情势变更原则,有广义和狭义之说,本书适用狭义说,即不包括不可抗力。合同有效成立后,因不可归责于双方当事人的原因发生情势变更,致使合同的基础动摇或丧失,如果继续维持合同原来效力而显失公平,则允许变更合同内容或解除合同的一项法律制度。

案例 3-6

因国家政策性调整是否适用情势变更原则？

北京某房地产开发公司(被告)与北京某旅游公司(原告)签订了商品房预售合同,合同对房款、付款期限及交房期限做了约定,原告按约定支付了房款,房屋竣工验收合格后,房地产开发公司以国家对建筑费用定额部分进行调整,水电费等有政策性提价为由,要求原告提高约定的房价。原告起诉到法院,要求被告按照原合同的约定履行,被告则要求适用情势变更原则,请求法院变更合同,提高房价。

法院经审理查明,在合同履行过程中,确有国家对建筑费用定额部分的上调等实际情况,因此被告请求适用情势变更原则增加房价,应予适当支持。

案例 3-7

因地方政府的行政干预是否适用情势变更原则？

某房地产开发公司在深圳市西部开发区内建造商品房小区,并与预购人王某签订了商品房预售合同,在合同履行过程中,深圳市政府决定将开发区移至市区东部,预售方房地产开发公司正在兴建的商品房所在地行政划归郊区,原定的小区内配套建设项目也无法继续实施,预购人王某提出降低售价或要求解除合同,预售方房地产开发公司不同意,于是起诉至法院。

法院经审理查明,深圳市政府的行政干预将房地产开发规划变更,属于适用情势变更原则的情形,故原告王某请求降低售价或要求解除合同的诉讼请求,应予适当支持。

在一般情况下,合同当事人以建筑材料或房地产的价格上涨或下跌为由要求提高房价或降低房价的,法院不应当支持。在房地产市场中,建筑材料或房地产的价格上涨或下跌确实是存在的,但这种价格上涨或下跌属于正常的市场风险,而不属于国家政策性风险。

在商品房的价格因国家政策的变化、地方政府的房地产开发规划变更而引起变化的情况下,就可以按照情势变更原则处理价格纠纷。在运用情势变更原则处理商品房预售合同的价格纠纷时,应当特别注意正确区分情势变更与正常的市场风险的区别。

三、商品房预售资金的监管问题

(一) 我国目前的商品房预售资金监管制度

商品房预售资金是开发商将正在建设中的商品房出售给购房人,购房人按照商品房买卖合同约定支付给开发商的购房款(包括定金、首付款、后续付款、按揭付款)。

在商品房预售环节,仍存在一些违法违规现象,尤为突出的是商品房预售资金使用问题。由于缺乏对预售资金使用的有效监督,暴露出如逾期交房、无法办理“两证”、“烂尾楼”等现象,直接导致购房者利益和公共利益受损,不仅扰乱了房地产市场的健康有序发展,而且影响了社会的稳定。正是由于预售制度本身存在的缺陷和风险,基于对相关主体尤其是购房人和贷款银行合法权益的保护,国务院要求各地制定商品房预售款监管办法,其实质是要求对现行的商品房预售制度进行有效补充和完善。

《中华人民共和国城市房地产管理法》第45条第3款规定:“商品房预售所得款项,必须用于有关的工程建设。”《城市商品房预售管理办法》第11条规定:“开发企业预售商品房所得款项应当用于有关的工程建设。商品房预售款监管的具体办法,由房地产管理部门制定。”第14条规定:“开发企业不按规定使用商品房预售款项的,由房地产管理部门责令限期纠正,并可处以违法所得3倍以下但不超过3万元的罚款。”这些规定缺乏可操作性,对开发商挪用预售资金的法律后果未予明确规定,也没有有效的监管机关,致使开发商侵犯预购人利益的违规行为屡屡发生,预购人的利益无法得到保障。

(二) 完善商品房预售资金监管制度

完善商品房预售资金监管制度的目的。

一是要约束商品房预售的开发商,对于预售所得房款,必须专款专用,保证工程进度,按期完工、验收和交付房屋,以保障购房消费者的合法权益;

二是监督商品房预售的开发商,不得就商品房预售所得房款挪作他用,不得用专款来偿还开发商所欠他人的非该项工程债务,以防止建房工程非正常停工、停建;

三是监督开发商按工程进度向施工单位支付工程款,以防止因拖欠工程款纠纷引发施工单位行使所建工程的优先受偿权,而损害购房消费者的合法权益。

完善商品房预售资金监管制度对于监督开发商全面履行合同、维护购房消费者的合法权益有着非常重要的作用。

1. 明确监管机关

新建商品房预售资金的监管,要遵循专款专户、专款专存、专款专用的原则,采用全程全额的监管方式,商品房预售资金全程第三方监管,购房款不进开发商账户。只能进监管单位指定的银行账户,实行用款审批制度。新建商品房预售资金监管期限,自核发商品房销售许可证开始,至办理房地产初始登记后止。

2. 加强预售资金的使用管理

新建商品房预售资金应当用于购买开发建设必需的建筑材料、设备和支付项目建设的施工进度款、法定税费和其他相关费用。采用按项目施工进度拨付款项的原则来核准开发商使用预售款。

开发商在申请使用预售资金时,须向房地产产权市场处提供用款计划,并按计划分次申请用款。用款计划应当按建设工程部门完成情况或建设工程施工合同约定的付款节点制定。预售人有多个商品房预售项目的,应当分别设立商品房预售款专用账户。

3. 建立健全信息化制度,加大预售管理信息的透明度

房产管理部门批准商品房预售许可后,要及时在相关媒体上发布公告,预售许可内容中可加注预售资金收存银行名称、开户账号等相关内容,以便买受人执行和监督。同时要以城市为单位,通过一定的信息平台,依托房地产管理系统,将施工许可管理数据、房地产开发项目手册备案管理数据、商品房预售管理数据、房地产权属登记数据、房地产企业信用档案等业务管理数据有机整合起来,形成全面客观地反映房地产市场运行状况的信息系统。

这样就能让购房者通过信息化渠道了解所购期房的状况,明明白白购房并进行有效的监督。

4. 加大宣传力度,提高购房者风险防范的意识

通过信息化的管理,让购房者在购买预售房时就能更多地了解自己所要购买楼盘的状况及开发商的信誉。同时,市房管部门通过报纸、电视、网络等各种途径加大宣传力度,普及市民的房产交易常识,提高其维权和风险防范意识,使消费者在购房初期就明白交预售款时应将其直接汇入监控账户而不能支付给开发商。

5. 法律责任

预售人违反专款专用的规定,将预售款挪作他用给预购人造成损失的,应当依法承担赔偿责任;监管银行对预售款监管不当,给预购人造成损失的,应当承担连带赔偿责任。预售人违反专款专用的规定将预售款挪用或直接收取预售款的,主管部门应责令改正,降低或撤销其房地产开发资质,并可处以罚款。

四、预售商品房的交付

(一) 预售商品房交付的法定条件

根据《合同法》第153条规定:“出卖人应当按照约定的质量要求交付标的物。出卖人提供有关标的物质量说明的,交付的标的物应当符合该说明的质量要求。”

这里提到的“约定的质量要求”,应从合同目的、标的物特性两方面考虑,约定的质量要求应包括法定的交付条件和特别约定的交付标准。法定的交付条件应为强制性的,由

国家法律法规来保障所购买的房屋主体质量合格等,能实现最基本的居住安全和用途的目的。

另外,该法定交付条件也是由房屋本身的特性决定的,普通的百姓无法判定房屋的主体、结构等是否符合安全标准,建设过程中也包含了很多隐蔽工程,因此必须强制性规定,只有达到法定的保障主体及结构安全的房屋才能交付使用。

我国《建筑法》《城市房地产管理法》等规定“未经验收合格,不得交付使用”,我国房屋交付使用,必须强制验收,验收不合格的房屋不得交付,此类法律法规属于禁止性规范,因此法定的交付条件应为强制性规定,即竣工验收合格的依据是竣工验收备案证,其效力具有确定性。

房地产开发企业作为出卖人向买受人交付商品房时,除了将房屋钥匙交付给买受人外,还应当交付验收手续,并由用户对住宅设备、设施的正常运行签字认可;同时,还须向用户提供《住宅质量保证书》和《住宅使用说明书》。

案例 3-8

接受并使用未竣工验收合格的房屋能视为已交付吗?

张三与某开发商 A 签订《商品房预售合同》,在合同中并没有对房屋的交付条件做出特别约定,在交付期限届满时,开发商 A 将还未竣工验收合格的商品房交付给张三使用,而张三也接受了,事后张三将开发商 A 起诉至法院,以商品房不具备验收合格条件为由向开发商 A 主张逾期交房的违约责任。

〔解析〕

法律明确规定商品房交付条件为竣工验收合格,即使张三提前接受了还未竣工验收合格的商品房并使用,也不影响张三向开发商 A 主张逾期交房的违约责任。

(二) 房屋的交付使用

《合同法》第 133 条规定:“标的物的所有权自标的物交付时起转移,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”《物权法》第 14 条规定:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,依照法律规定应当登记的,自记载于不动产登记簿时发生效力。”

据此,买卖合同的标的物所有权一般自交付时起转移,而《城市房地产开发经营管理条例》第 33 条规定:“预售商品房的购买人应当自商品房交付使用之日起 90 日内,办理土地使用权变更和房屋所有权登记手续;现售商品房的购买人应当自销售合同签订之日起 90 日内,办理土地使用权变更和房屋所有权登记手续。房地产开发企业应当协助商品房购买人办理土地使用权变更和房屋所有权登记手续,并提供必要的证明文件。”不动

产房屋的所有权从办理所有权登记手续起转移,这也是不动产权变动的公示方式和要件。

(三) 风险责任承担

风险责任是因不可抗力或意外事件等不可归责于当事人的事由而导致标的物毁损、灭失。根据《合同法》第142条规定:“标的物毁损、灭失的风险,在标的物交付之前由出卖人承担,交付之后由买受人承担,但法律另有规定或当事人另有约定的除外。”可见,风险责任一般情况下与标的物交付同时转移。

由于我国房屋所有权的转移是以办理登记为生效要件的,所以,房屋所有权的转移时间和标的物的交付时间存在差异,在房屋交付使用后至办理所有权登记手续前的时间内,标的物发生意外风险的责任由谁承担? 最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第11条第2款规定:“房屋毁损、灭失的风险,在交付使用前由出卖人承担,交付使用后由买受人承担;买受人接到出卖人的书面交房通知,无正当理由拒绝接收的,房屋毁损、灭失的风险自书面交房通知确定的交付使用之日起由买受人承担,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”

案例 3-9

房屋损坏的风险由谁承担?

孙某于2013年3月与某房地产开发公司B签订《商品房预售合同》,购买一套商品房,并约定于2014年3月15日交房,但由于2014年3月14日突发地震,对房子造成了一定损坏,于是延期交房。同时,房地产开发公司B提出要求业主支付一定额度的维修费。孙某可以拒付该维修费吗?

【解析】

开发商的做法不合法,孙某可以拒付维修费。《合同法》第142条规定:“标的物毁损、灭失的风险,在标的物交付之前由出卖人承担,交付之后由买受人承担,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第11条第2款规定:“房屋毁损、灭失的风险,在交付使用前由出卖人承担,交付使用后由买受人承担。”本案中,发生地震时房屋并未交付,所以对房屋造成的损失应由房地产开发公司自行承担,维修费也当然由该房地产开发公司来承担。

(四) 不能交付或不按期交付商品房纠纷的处理

在商品房预售合同纠纷中,预售方不能交付或不按期交付商品房的纠纷也占有相当

大的比例。这种纠纷的形成原因是多方面的:有的是因为预售方的建房资金不到位而引起的;有的是因为预售方将商品房转卖给第三人引起的,等等。对于这类纠纷,较难处理的问题是判定继续履行合同还是解除合同。

在预售方不能按合同交付房屋的纠纷中,有些预购方要求预售方退还房款(解除合同)并承担违约责任;也有的预购方要求预售方继续履行合同并承担违约责任。对于这类纠纷,笔者认为,应当在坚持合同效力的前提下,切实维护预购方的合法权益。

一方面,在预售方有能力继续履行合同的情况下,应当要求预售方继续履行合同并承担违约责任。否则,如果判定解除合同,退还房款,则可能由于预售方无力退款而使预购人的合法权益得不到保障。

另一方面,在预售方没有能力继续履行合同的情况下,而预售方又有足够的资金可以退还房款的,则可以解除合同,退还房款并承担违约责任。如果预售方既无继续履行合同的能力,又无退款的能力,法院则可以采取一定的保全措施,以保护预购方的合法权益。在这种情况下,法院应当判决解除合同,责令预售方承担违约责任,并对预售方已建的商品房或土地使用权依法进行强制拍卖,以拍卖的价款退还预购方的房款。



案例 3-10

房屋有质量问题不收房能否追究开发商迟延交付的违约责任?

2013年10月,陈某与南京一家房地产公司签订《商品房预售合同》,合同约定蔡某购买精装修商品房一套,房地产公司于2014年12月交付房屋。合同签订后,蔡某支付了购房款。2014年12月,陈某委托收房人查验收房,发现“客厅暖气片掉漆”等65项问题,遂将上述问题写入房屋维修单,并写明“有质量问题,不收房”。房地产公司于2015年2月将涉案房屋修复完毕,陈某于2015年4月与其办理了房屋交接手续。同月,陈某诉至法院,以房地产公司未按合同约定交房已构成迟延交付为由,要求房地产公司继续履行合同,同时支付延期交房违约金3万余元。

房地产公司辩称:涉案房屋已具备交付条件,并向陈某发出了收楼通知书,陈某因自身原因拖延收楼,对此,公司不应承担任何违约责任。陈某已实际入住涉案房屋,已经与公司履行完收楼手续。一审法院经审理做出房地产公司赔偿陈某7000元的判决,陈某不服,提出上诉。二审法院最终驳回了陈某上诉并维持原判。

[解析]

在合同约定交付条件之外,合同又明确约定此类问题应该由双方通过维修解决。因此,该案中购房人以开发商未符合合同约定的商品房交付条件为由,要求开发商继续履行合同并支付违约金的诉讼请求缺乏依据,法院没有支持。面对此类问题,购房人应起