



Arbitration Thinking and
Guidelines of
Real Estate Judgement

房地产纠纷 裁判思路与规范指引

奚晓明 韩延斌 王林清 著

〔上〕

人民法院出版社

让我们维护公平，
那么我们将会得到更多的自由。

—— 约瑟夫·儒贝尔

法律决非一成不变的，
相反地，
正如天空和海面因风浪而起变化
一样，
法律也因情况和时运而变化。

—— 黑格尔

ISBN 978-7-5109-0925-2



定价：186.00 元（上·下）



Arbitration Thinking and
Guidelines of
Real Estate Judgement

房地产纠纷 裁判思路与规范指引

奚晓明 韩延斌 王林清 著

〔上〕

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

房地产纠纷裁判思路与规范指引/奚晓明, 韩延斌, 王林清著. —北京: 人民法院出版社, 2014. 4
ISBN 978-7-5109-0925-2

I. ①房… II. ①奚… ②韩… ③王… III. ①房屋纠纷—审判—研究—中国 IV. ①D925.118.24

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 050764 号

房地产纠纷裁判思路与规范指引

奚晓明 韩延斌 王林清 著

责任编辑 郭继良 张 珺
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 67550607 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)
网 址 <http://www.courtpress.com.cn>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定市中画美凯印刷有限公司
经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16
字 数 1207 千字
印 张 74
版 次 2014 年 4 月第 1 版 2014 年 4 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5109-0925-2
定 价 186.00 元 (上下册)

版权所有 侵权必究



前 言

“居者有其屋”“耕者有其田”是我们中华民族乃至全人类几千年来为之奋斗不息的生活理想，房屋和土地则是实现该理想而须臾不可分离的重要物质基础。随着人类社会的不断进步，房屋和土地作为人类社会必需的生活资料和生产资料，其产生的种种社会关系也逐渐纳入为法律所调整和规范的法律关系范畴。房地产业已成为当前国家经济发展的基础性、支柱性产业。特别是由于房地产行业直接关系到国计民生，其产生的各种社会关系和法律关系必将成为人类社会各个发展阶段所关注的社会焦点。

随着我国市场经济体制的加快发展，住房制度的改革进一步深化，城镇居民住房已完全实现了社会化和商品化。房地产业迅猛发展，不仅极大地推进了我国国民经济的快速发展和综合国力的增强，更带动了金融业、保险业、旅游业、服务业等几十个相关产业的发展，为增加财政收入、推动经济发展提供了充足的物质基础和前提条件。由于房地产业涉及领域众多，它在为经济社会发展带来极大繁荣的同时，也不可避免地会衍生出这样或那样的社会问题。

众所周知，土地因其所具有的有限性和不可再生性，决定了我们必须建立一个高效、有序运行的土地市场，避免过度开发、滥用，以保障土地利用效益的最大化。党的十八大提出，依法维护农民土地承包经营权、宅基地使用权。党的十八届三中全会提出，扩大国有土地有偿使用范围，减少非公益性用地划拨，建立兼顾国家、集体、个人的土地增值收益分配机制，合理提高个人收益。由此可见，建立一个权利清晰、权责分明、功能完善、稳定有序的房地产市场体系，已经成为客观上的必然要求。

房地产做为特定物的不动产，在静止状态下归属于物权法调整，但在其



作为交易标的物进入流通市场呈现流动状态时又同时受制于债权法及相关行政法律、法规、政策、部门规章等制度的规制。因此，调整和规范房地产法律关系成为法学理论研究和立法、司法、行政管理工作中必须面对的问题。由于我国房地产市场仍处于发育阶段，房地产立法尚不完善，市场功能不健全，市场交易行为不规范，引发了许多纠纷，影响了社会的稳定，阻碍了我国房地产各项制度改革的进程。为此，在1994年7月《城市房地产管理法》颁布后，针对房地产市场出现的各类纠纷，最高人民法院结合审判实践，相继出台了《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》《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》《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》《关于审理物业服务合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》以及《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》。这些司法解释基本涵盖了房地产开发经营的一级、二级、三级市场，对解决当前出现的各类纠纷作出了一些具体规定，为人民法院及时、有效地处理房地产纠纷案件、化解社会矛盾提供了依据。

我们深知，扎实深厚的理论功底对做好审判工作的重要性。而房地产行业涉及领域广泛，涉及的法学理论博大精深，我们坚持关注房地产理论的动态发展，从学术探讨到制度分析，从观点比较到思路指引，以审判实践工作为出发点，以系统、全面的理论架构为支撑，为更妥善地处理房地产纠纷案件奠定基础。

法谚云：徒法不足以自行。要使法律、法规、司法解释在实践中得以正确实施，还有赖于从事司法实务的全体同仁和广大司法工作者正确认知和把握。为此，我们将多年从事房地产审判和起草制定相关司法解释过程中积累的大量实践问题和前沿问题进行梳理，并予以归类、总结，以现行法律、法规、司法解释的规定为基础，对各个问题分别从学理分析、实务争点的角度予以阐述，力图揭示法律适用方面存在问题的症结，同时以审判工作的视角，提出了我们的见解和观点。

本书仅是我们个人从研究的角度对审判实践中相关问题所作的思考和认识，并不代表任何组织和机构。书中的一些观点正确与否，还需要接受各界



的评判和实践的检验。随着法制建设的不断完善和司法实践的发展，有些问题的最佳处理方式也可能发生相应的变化，因而书中有些观点有可能不合时宜。希望读者抱着批评的态度看待本书，也希望法学理论界的学者、司法实务界的同仁提出宝贵意见，我们将继续深入研讨，适时提出修正建议。

作者

2014年3月



缩略语对照表

(一) 本书中,除“规范指引”栏目法律、法规等规范性文件名称使用全称外,其他正文内容一律使用简称,如《中华人民共和国民法通则》简称为《民法通则》。

(二) 其他规范性文件简称如下:

序号	文件全称	文件简称	文号
1	《最高人民法院印发〈关于贯彻执行《中华人民共和国民法通则》若干问题的意见(试行)〉的通知》	《民法通则意见》	法(办)发〔1988〕6号
2	《最高人民法院印发〈关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的意见〉的通知》	《民事诉讼法意见》	法发〔1992〕22号
3	《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》	《民事证据规定》	法释〔2001〕33号
4	《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》	《担保法解释》	法释〔2000〕44号
5	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》	《合同法解释(一)》	法释〔1999〕19号
6	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》	《合同法解释(二)》	法释〔2009〕5号
7	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(一)》	《公司法规定(一)》	法释〔2006〕3号



续表

序号	文件全称	文件简称	文号
8	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》	《公司法规定（二）》	法释〔2008〕6号
9	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》	《公司法规定（三）》	法释〔2011〕3号
10	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》	《婚姻法解释（一）》	法释〔2001〕30号
11	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》	《婚姻法解释（二）》	法释〔2003〕19号
12	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》	《婚姻法解释（三）》	法释〔2011〕18号
13	《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》	《买卖合同解释》	法释〔2012〕8号
14	《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》	《国有土地使用权合同纠纷解释》	法释〔2005〕5号
15	《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》	《建设工程施工合同纠纷解释》	法释〔2004〕14号
16	《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》	《工程价款优先受偿权批复》	法释〔2002〕16号
17	《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》	《商品房买卖合同解释》	法释〔2003〕7号
18	《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》	《建筑物区分所有权解释》	法释〔2009〕7号
19	《最高人民法院关于审理物业服务合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》	《物业服务解释》	法释〔2009〕8号



续表

序号	文件全称	文件简称	文号
20	《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》	《房屋租赁合同解释》	法释〔2009〕11号
21	《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》	《农村土地承包解释》	法释〔2005〕6号
22	《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》	《拍卖、变卖财产规定》	法释〔2004〕16号
23	《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》	《行政诉讼法解释》	法释〔2000〕8号
24	《最高人民法院关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）服务党和国家的工作大局的通知》	《服务党和国家工作大局通知》	法〔2009〕165号



总目录

第一编 国有土地使用权出让转让纠纷 裁判思路与规范指引

第一章	国有土地使用权出让纠纷裁判思路与规范指引·····	3
第二章	国有土地使用权出让金纠纷裁判思路与规范指引·····	25
第三章	国有土地出让合同效力纠纷裁判思路与规范指引·····	41
第四章	国有土地使用权转让合同纠纷裁判思路与规范指引·····	77
第五章	国有土地使用权“一地数转”纠纷裁判思路与规范指引·····	112
第六章	国有划拨土地使用权转让纠纷裁判思路与规范指引·····	121
第七章	农村集体建设用地使用权流转合同纠纷裁判思路与 规范指引·····	155
第八章	农村宅基地使用权纠纷裁判思路与规范指引·····	173
第九章	农村土地承包经营权流转纠纷裁判思路与规范指引·····	189

第二编 建设工程施工合同纠纷裁判思路与规范指引

第一章	建设工程施工合同效力纠纷裁判思路与规范指引·····	243
第二章	建设工程质量纠纷裁判思路与规范指引·····	300
第三章	建设工程工期纠纷裁判思路与规范指引·····	326
第四章	建设工程价款纠纷裁判思路与规范指引·····	342
第五章	建设工程价款优先权纠纷裁判思路与规范指引·····	385



第三编 房地产开发、联建与项目转让 纠纷裁判思路与规范指引

第一章	合作开发房地产合同纠纷裁判思路与规范指引·····	413
第二章	联建合同纠纷裁判思路与规范指引·····	449
第三章	房地产项目转让纠纷裁判思路与规范指引·····	466

第四编 建筑物区分所有权纠纷 裁判思路与规范指引

第一章	建筑物区分所有权专有权纠纷裁判思路与规范指引·····	479
第二章	建筑物区分所有人共有权纠纷裁判思路与规范指引·····	516

第五编 房屋买卖纠纷裁判思路与规范指引

第一章	商品房预售合同纠纷裁判思路与规范指引·····	533
第二章	商品房买卖认购纠纷裁判思路与规范指引·····	559
第三章	商品房销售广告和宣传纠纷裁判思路与规范指引·····	589
第四章	商品房买卖合同纠纷裁判思路与规范指引·····	603
第五章	商品房交付使用和风险责任承担纠纷裁判思路与规范指引·····	640
第六章	商品房买卖民事责任纠纷裁判思路与规范指引·····	684
第七章	商品房买卖合同解除纠纷裁判思路与规范指引·····	716
第八章	房屋产权证书纠纷裁判思路与规范指引·····	727
第九章	商品房包销纠纷裁判思路与规范指引·····	741
第十章	商品房担保贷款合同纠纷裁判思路与规范指引·····	761
第十一章	房产新政下商品房买卖纠纷裁判思路与规范指引·····	803
第十二章	二手房买卖纠纷裁判思路与规范指引·····	837
第十三章	婚姻家庭继承案件中房屋纠纷裁判思路与规范指引·····	872
第十四章	特殊房屋买卖纠纷裁判思路与规范指引·····	905



第六编 物业服务合同纠纷裁判思路与规范指引

第一章	业主物业管理权纠纷裁判思路与规范指引·····	931
第二章	物业服务合同纠纷裁判思路与规范指引·····	945

第七编 房屋租赁纠纷裁判思路与规范指引

第一章	房屋租赁合同效力认定纠纷裁判思路与规范指引·····	969
第二章	租金标准纠纷裁判思路与规范指引·····	992
第三章	房屋租赁合同解除权纠纷裁判思路与规范指引·····	1010
第四章	转租纠纷裁判思路与规范指引·····	1046
第五章	承租人优先购买权纠纷裁判思路与规范指引·····	1063
第六章	房屋租赁装饰装修物纠纷裁判思路与规范指引·····	1094
第七章	买卖不破租赁纠纷裁判思路与规范指引·····	1114



目 录（上）

第一编 国有土地使用权出让转让纠纷 裁判思路与规范指引

第一章 国有土地使用权出让纠纷裁判思路与规范指引

■ 本章导读	3
一、国有土地使用权出让行为应认定为行政行为还是民事法律行为?	4
二、国有土地使用权出让合同应认定为行政合同还是民事合同?	7
三、开发区管理委员会签订的国有土地使用权出让合同的效力应如何认定?	10
同类问题	14
市、县人民政府在开发区设立的土地管理部门订立的国有土地使用权出让合同的效力如何认定?	
省级人民政府土地管理部门订立的国有土地使用权出让合同的效力如何认定?	
市辖区人民政府土地管理部门订立的国有土地使用权出让合同的效力如何认定?	
四、《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》施行后，经营性建设用地采取协议方式出让的，其效力如何认定?	15



同类问题·····	18
工业用地应否实行招拍挂方式出让？	
五、在房地产开发合同纠纷中，土地管理部门要求建设用地使用权人支付土地闲置费或者无偿收回土地使用权案件应否作为民事案件受理？·····	18
同类问题·····	21
收回建设用地使用权的，如何分配土地增值的归属？	
六、土地用途变更经有权机关批准但未经出让人同意的，其效力如何认定？·····	22
同类问题·····	23
变更国有土地使用权出让合同如何适用情势变更原则？	
第二章 国有土地使用权出让金纠纷裁判思路与规范指引	
本章导读·····	25
一、以协议方式出让建设用地使用权时，出让金低于国家规定的最低价的，合同效力如何认定？·····	26
同类问题·····	29
行政管理部门同意受让人缓交甚至免交出让金的，能否以受让人未交清土地出让金为由认定其转让建设用地使用权合同无效？	
开发商要求购房者支付国有土地使用权出让金的条款其效力如何认定？	
二、出让土地用途变更后，建设用地使用权出让金应作出何种调整？·····	31
同类问题·····	32
哪些民事主体有权利提出调整出让金的请求？	
受让人不履行支付土地出让金的义务的，出让人是否有权行使合同解除权？	
三、土地使用者改变土地容积率的，建设用地使用权出让金应作出何种调整？·····	35
四、国有土地管理部门追收土地出让金的案件，其性质如何认定？·····	38



同类问题·····	39
-----------	----

实际转让的面积小于合同约定的面积的，是否应扣减土地转让中相差面积的款项？

第三章 国有土地出让合同效力纠纷裁判思路与规范指引

本章导读·····	41
-----------	----

一、如何正确认识土地出让批准手续与合同效力认定之间的关系？·····	42
------------------------------------	----

二、国有土地使用权出让合同无法继续履行的，哪一方当事人享有撤销权？·····	45
--	----

同类问题·····	48
-----------	----

国有土地使用权出让合同约定的滞纳金的性质如何认定？

三、对改变出让土地用途的国有土地使用权出让合同纠纷应如何处理？·····	49
--------------------------------------	----

同类问题·····	51
-----------	----

签订国有土地使用权出让合同后，改变土地用途的应遵循何种程序？

四、未达投资总额 25% 是否必然导致国有土地使用权转让合同无效？·····	52
--	----

同类问题·····	54
-----------	----

对于未取得土地使用权证书的国有建设用地使用权转让合同，其效力应当如何认定？

如何正确认识“开发投资总额”？

未按照合同约定支付全部土地使用权出让金但已取得土地使用权证书，该土地使用权转让合同的效力如何认定？

五、招标、拍卖挂牌出让建设用地使用权签署的成交确认书的，其性质和效力应当如何认定？·····	57
--	----

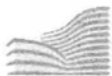
同类问题·····	60
-----------	----

成交确认书是否具有成立建设用地使用权出让合同的效力？

六、出让建设用地使用权未按照法律规定办理出让审批手续，是否影响国有建设用地使用权出让合同的效力？·····	61
---	----

同类问题·····	63
-----------	----

建设用地使用权出让未办理批准手续的，受让人是否享有合同解



除权？	
七、受让人未按照出让合同的约定而擅自改变建设用地用途的， 出让人可否行使解除权？	64
八、土地使用者未按照出让合同约定的期限和条件实际开发 利用土地而被收回建设用地使用权的，其法律性质如何 认定？	66
九、国家无偿收回建设用地使用权的，是否要返还土地使用 者缴纳的土地出让金以及赔偿土地使用者前期 投入的费用？	68
同类问题	69
国家无偿收回建设用地使用权的，对受让人的地上建筑物、附着物 是否应予补偿？	
十、因公共利益需要提前收回建设用地使用权的，应当如何 认定和处理？	70
同类问题	73
如何理解提前收回建设用地使用权土地与征收的关系？	
十一、建设用地使用权期限届满后，在续期时是否应当支付 土地使用费？	74
第四章 国有土地使用权转让合同纠纷裁判思路与规范指引	
📖 本章导读	77
一、国有土地使用权转让未变更登记，对国有土地使用权转让 合同效力有何影响？	78
同类问题	82
国有土地开发许可权与国有土地使用权的性质有何不同？	
二、如何认定以出让方式取得的建设用地使用权转让合同的 效力？	83
三、房地产项目转让纠纷中预约合同的效力如何认定？	87
四、没有采取公开竞价方式签订的经营性建设用地使用权出让 合同的效力应当如何认定？	89
五、国有土地使用权转让合同因出让方违约导致合同解除的，责任 应如何承担？	92



同类问题	94
国有土地出让合同中, 出让方承担违约责任的情形主要有哪些?	
六、企业单独以划拨土地使用权之上的建筑物设定抵押的, 该抵押合同的效力应如何认定?	95
七、抵押期间, 抵押人未经抵押权人同意转让国有土地 使用权的, 其效力如何认定?	99
八、在房地抵押中, 对《物权法》第 182 条中“视为一并 抵押”的表述应如何理解与使用?	101
九、抵押人将房地分别抵押给数个抵押权人的, 各抵押权 效力应如何认定?	104
十、国有土地开荒后用于农耕的土地使用权转让合同, 转让方 未取得土地使用权证书的, 该转让合同的效力 如何认定?	108
第五章 国有土地使用权“一地数转”纠纷裁判思路与规范指引	
📖 本章导读	112
一、“一地数转”合同效力应如何认定?	113
二、“一地数转”合同纠纷中, 应由哪一方最终取得 土地使用权?	116
第六章 国有划拨土地使用权转让纠纷裁判思路与规范指引	
📖 本章导读	121
一、国有划拨土地的使用范围包括哪些?	122
同类问题	126
国有企业改革中划拨土地使用权如何处置?	
政策性优惠住房划拨土地使用权如何处置?	
二、国有划拨土地未经批准能否转让?	128
三、受让方与国土资源管理部门订立土地出让合同后, 转让合同 是否有效?	130
同类问题	133
对划拨土地使用权转让的批准期限如何认定?	
对于传统划拨土地使用权的市场化处分的用途应作何限定?	



划拨土地使用权人转让土地使用权的，是否以交纳土地出让金为要件？

- 四、国有控股公司以其控股国有企业的划拨土地对外投资
是否构成抽逃出资并承担民事责任？…………… 134
同类问题 …………… 137

企业经营性划拨土地使用权的财产权益归属如何认定？

- 五、划拨土地使用权转让经政府主管部门批准由受让方
直接办理土地使用权出让手续，转让合同的性质如何
认定？…………… 138
同类问题 …………… 140

划拨土地使用权人与受让方订立的转让合同按照补偿性质合同处理的，在程序与实体上应当注意的问题有哪些？

- 六、划拨土地使用权转让经政府批准决定不办理土地使用权
出让手续，而是直接划拨给受让方使用，转让合同的
性质如何认定？…………… 142
同类问题 …………… 144

转让方将转让房地产所获收益中的土地收益上缴国家与补偿性质的合同之间是否存在矛盾？

以划拨土地使用权与他人合作或合资建房的效力如何认定？

- 七、案件判决生效后，划拨土地经有批准权的人民政府批准
办理土地使用权出让手续的，当事人能否以此为由主
张土地使用权转让合同有效？…………… 146

- 八、企业破产或因债务纠纷被执行引起的划拨建设用地
使用权如何流转？…………… 149
同类问题 …………… 152

破产案件中划拨土地使用权的处置原则和方式是什么？

第七章 农村集体建设用地使用权流转合同纠纷裁判思路与规范指引

- 本章导读 …………… 155

- 一、集体民主议定程序对农村集体土地使用权流转合同效力
有何影响？…………… 156



二、乡镇企业、公益事业和公共设施建设用地使用权	
能否流转?	159
同类问题	163
农村集体建设用地流转的基本形式和程序是什么?	
三、期限对农村集体土地使用权租赁合同的效力有何影响?	164
同类问题	168
能否依据《土地管理法》第 63 条规定认定农村集体建设用地使用权不得出租?	
四、国家收回由集体使用的国有土地, 该土地的承包经营权人是否有权分得部分土地补偿费?	169
第八章 农村宅基地使用权纠纷裁判思路与规范指引	
📖 本章导读	173
一、农村宅基地使用权能否进行流转?	174
同类问题	179
宅基地使用权的空间范围如何认定?	
宅基地使用权能否出租?	
二、农村宅基地使用权可否继承?	180
同类问题	185
通过家庭承包方式取得的农村土地承包经营权的权利主体如何确定?	
通过家庭承包方式取得耕地承包经营权, 农户成员死亡的, 土地承包经营权能否继承?	
对于为已经生效的法律文书所羁束的农村宅基地登记行为是否可以提出行政诉讼?	
第九章 农村土地承包经营权流转纠纷裁判思路与规范指引	
📖 本章导读	189
一、农村集体经济组织成员因未实际取得土地承包经营权发生纠纷是否属于民事案件?	190



同类问题	194
农村土地承包经营权性质的物权化确认是如何实现的？	
二、未经发包人同意的农村土地承包经营权转让合同的效力如何认定？	196
同类问题	200
对于发包人“无法定理由”不同意或者拖延表态的转让合同应当如何认定其效力？	
未经备案的土地承包经营权流转合同的效力如何认定？	
未经登记的土地承包经营权转让，其法律后果如何认定？	
三、承包人以土地承包权抵押的，该合同效力如何认定？	201
同类问题	204
能否以农村土地承包经营权向金融机构抵押融资？	
四、承包方弃耕、撂荒的承包地被发包方另行发包给第三人的，发包人与第三人签订的承包合同其效力如何认定，对于承包方的损失应否予以赔偿？	206
同类问题	208
证明承包方系自愿交回承包地的举证责任如何分配？	
五、土地承包经营权转包后承包地被征收，如何认定被征地农户？	209
六、农村集体经济组织成员资格如何认定？	212
同类问题	216
对于超生人员、外出经商务工、外出学习、服兵役、被劳改服刑、“农嫁女”、“空挂户”以及回乡退养等人员，其集体经济组织成员资格如何认定？	
七、以家庭承包方式确定的土地承包经营权，在流转中涉及本集体经济组织成员优先权纠纷的，应当如何处理？	218
同类问题	221
以其他方式承包农村土地，或者本集体经济组织成员存在优先权竞争的情况下，如何享有优先承包权？	
八、情势变更原则在土地承包经营权流转纠纷中如何正确适用？	222



同类问题	226
土地流转合同中如何平衡当事人之间的利益？	
九、土地承包经营权互换合同纠纷如何处理？	227
同类问题	229
土地承包经营权互换合同中未约定互换期限的，如何处理？	
未经登记的互换合同的效力如何认定？	
不在同一集体经济组织的农户之间互换土地承包经营权的，其效力如何认定？	
基于家庭承包方式产生的土地承包经营权与基于其他方式产生的土地承包经营权之间的互换应否允许？	
十、“一地数包”产生的纠纷应当如何处理	233
同类问题	236
两个以上承包方均已依法登记的，应由哪一方取得土地承包经营权？	
已经登记但未取得土地承包经营权证书的，能否视为未登记？	
十一、自留地流转纠纷是否属于人民法院主管范围？	237

第二编 建设工程施工合同纠纷裁判思路与规范指引

第一章 建设工程施工合同效力纠纷裁判思路与规范指引

本章导读	243
一、建设工程实际施工人没有取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的，如何认定建设工程施工合同的效力？	244
二、发包人明知实际施工人无资质或故意追求借用资质的情形，发包人与承包人之间、承包人与无资质的实际施工人之间签订的合同效力如何认定？	248
同类问题	250
没有资质的个人与建设方签订的建设工程施工合同能否一概认定为无效？	
对于没有资质等级的施工企业签订的建设工程施工合同能否适用合同效力补正？	
建设工程必须进行招标而未招标或者中标的，其效力如何认定？	
三、对建设工程“黑白合同”如何进行认定与处理？	252



同类问题	256
如何认定备案或未备案的合同内容属于实质性变化？	
四、在备案合同之外，当事人又签订实质性内容不同的合同且未备案，是否存在“黑合同”？	257
五、施工合同约定的建设工程是“三无”工程或被行政主管部门认定为违法建筑，该建设工程施工合同的效力如何认定？	258
同类问题	260
当事人能否请求继续履行无效的建设工程施工合同？	
六、如何正确区分合同转包、违法分包、倒卖合同与合同转让的界限？	261
同类问题	263
如何认定违法分包？	
指定分包工程的法律责任应由哪一方承担？	
如何正确认识分包与转包的区别与联系？	
当转包合同、违法分包合同等多份合同并存的情况下，是所有合同全部无效，还是部分合同无效？	
劳务分包与工程分包有何区别？	
没有劳务作业资质的施工单位签订的劳务分包合同的效力如何认定？	
七、承包人向发包人出具的让利承诺书，在法律效力上如何认定？	268
同类问题	271
如何判断另行订立的建设施工合同与备案中标的建设施工合同构成“实质性内容不一致”？	
八、建设工程项目经理代理行为的法律责任如何认定？	272
同类问题	274
项目经理部的性质如何认定？	
项目经理部对外签订的分包合同的效力如何认定？	
《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2013-0201）对项目经理作了哪些规定？	
九、建筑工程强制拍卖后，建筑工程上的权利负担如何转移？	276



十、建设工程施工合同被确定为无效的,诉讼时效从何时 开始计算?	278
十一、建设工程欠缺应具有的许可施工的手续,建设工程施工 合同的效力如何认定?	281
十二、建设工程施工合同被确认无效后,过错责任赔偿范围 如何确定?	282
十三、建设工程施工合同中垫资条款的效力如何认定?	284
同类问题	286
建设工程合同中对于垫资的利息如何处理?	
十四、低于建设工程成本价所签订的施工合同是否有效?	287
十五、委托代建合同中委托人应否对代建人的行为承担 法律责任?	289
十六、内部承包产生的纠纷是否属于人民法院受案范围?	292
十七、建设工程施工合同纠纷中施工人作为原告的,其他 诉讼主体如何确定?	295
同类问题	297
建设工程施工合同纠纷案件中的诉讼主体如何确定?	
第二章 建设工程质量纠纷裁判思路与规范指引	
本章导读	300
一、建设工程质量问题如何认定?	301
同类问题	303
建设工程合同纠纷中的鉴定应当遵循什么程序?	
竣工验收与竣工验收备案有何区别?	
对工程质量标准作出超乎备案水准之上的特殊约定的效力如何?	
无效的建设工程施工合同工程质量保修责任如何承担?	
二、承包方的过错归责原则及责任承担义务应当如何认定?	306
同类问题	309
承包人违约的主要情形有哪些?	
三、发包人应对造成工程质量缺陷应如何承担责任?	309
同类问题	311
发包人违约的主要情形有哪些?	



发包人擅自使用未经验收的建设工程，出现质量问题应当如何承担？

在合理使用寿命内地基基础工程和主体结构质量出现问题，如何承担责任？

- 四、对商品房质量保证期限与施工单位的质量保修期限之间的关系如何认定？ 312
- 同类问题 314
- 工程质量鉴定期间能否成为顺延工期的期间？
- 新版《建设工程施工合同（示范文本）》规定了缺陷责任期，作了哪些规定？
- 五、建设工程合同纠纷案件中的反诉与抗辩应如何认定？ 316
- 同类问题 318
- 发包人因建设工程质量瑕疵造成财产或者人身损害而向承包人提出赔偿请求的，在程序上应当如何处理？
- 六、建设工程施工合同因发包方违约，承包人解除合同时能否主张可得利益？ 319
- 七、房屋质量出现非主体结构问题，购房人是否享有退房权利？ 321
- 八、购房者对建筑工程竣工验收备案行为可否提起行政诉讼？ 324

第三章 建设工程工期纠纷裁判思路与规范指引

- 📖 本章导读 326
- 一、如何认定建设工程合同的开工日期？ 327
- 同类问题 329
- 承包人可以顺延开工日期的情形有哪些？
- 二、如何认定建设工程合同的竣工日期？ 330
- 同类问题 333
- 分包人承包的部分建设工程在整体工程之前完工，其能否在工程整体竣工验收之前主张工程价款？
- 延期竣工的诉讼时效如何计算？
- 建设工程的交付范围有哪些？
- 三、施工合同约定的工期低于合理工期的应当如何处理？ 334
- 四、如何认定建设工程施工合同中承包方的工期顺延权？ 337
- 同类问题 338
- 分包人承包的部分建设工程在整体工程之前完工，其是否在工程整



- 竣工验收之前主张工程价款？
 - 司法实务中如何确定开工日期？
 - 实务中承包人可以顺延工程日期的情形主要有哪些？
 - 司法实务中因发包人原因导致工期延误的情形主要有哪些？
 - 分包人承包的部分建设工程在整体工程之前完工，其是否在工程整体竣工验收之前主张工程价款？
 - 因承包人原因导致工期延误的法律后果有哪些？

第四章 建设工程价款纠纷裁判思路与规范指引

本章导读	342
一、建设工程质量标准或者工程量发生变化的，如何确定工程价款？	343
同类问题	345
能否以监理单位与施工方之间的结算价作为认定工程款的依据？	
如何正确理解“可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款”？	
司法实务中如何调整建筑材料的差价？	
存在多份合同情形下工程总价款如何确定？	
情势变更原则在工程价款中如何适用？	
二、建设工程合同被确认为无效后，工程价款如何结算？	348
同类问题	351
发包人是否有权根据《建设工程施工合同解释》第2条规定，请求参照合同约定支付工程价款？	
三、实际施工人请求支付无效建设工程施工合同约定的工程进度奖励金的，应否予以支持？	351
同类问题	353
建设工程施工合同无效，当事人能否基于《建设工程施工合同解释》第20条请求按照竣工结算文件结算工程价款？	
非法分包、违法分包、挂靠合同工程价款如何结算？	
四、未完工程的工程价款如何结算？	355
五、工程变更后的工程价款如何结算？	357
同类问题	358
固定单价合同的工程变更的，如何确定工程价款？	



固定总价合同的工程变更的，如何确定工程价款？	
合同固定价和材料损耗如何认定？	
新的《建设工程施工合同（示范文本）》对因市场价格波动进行调整作了哪些约定？	
新的《建设工程施工合同（示范文本）》对因法律变化引起的调整作了哪些约定？	
六、发包人未按照约定支付工程款，如何计算拖欠的工程款	
利息？	361
同类问题	363
利息的起算时间如何确定？	
七、能否以未开具发票作为拒绝支付工程款的先履行	
抗辩的事由？	363
八、当事人在合同中仅约定了发包人应在约定的期限内答复，	
但没有约定逾期不答复的法律后果，能否视为发包人	
认可竣工结算文件适用该条的规定？	365
同类问题	367
发包人未在催款函约定的期限内回复，是否视为认可施工人的报价？	
催告是否为承包人应当履行的义务和确定结算依据的必然环节？	
九、财政评审中心作出的审核结论能否作为工程结算的依据？	369
十、建设工程施工合同被认定无效，但工程经竣工验收合格时，	
如何适用折价补偿原则？	371
同类问题	374
建设工程施工合同无效的法律后果是折价补偿还是按照过错赔偿	
损失？	
十一、建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，	
发包人请求参照合同约定支付工程价款的，是否支持？	376
十二、建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收	
不合格的，应当如何处理工程款？	378
十三、发包人收到承包人竣工结算文件后，在约定期限内	
未予答复，是否视为认可竣工结算文件？	380
同类问题	383
新的《建设工程施工合同（示范文本）》对竣工结算审核作了哪些新	



的约定?

第五章 建设工程价款优先权纠纷裁判思路与规范指引

本章导读	385
一、装饰装修工程价款是否适用优先受偿权的规定?	386
同类问题	388
工程勘察和设计能否属于优先受偿权的行使范围?	
二、建设工程款中的利润是否属于优先权的范围?	389
同类问题	391
预期利润是否属于建设工程优先权所涵盖的工程款债权范围?	
工作人员报酬、材料款及其他垫资等实际支出的费用是否属于建设工程优先权所涵盖的工程款债权范围?	
优先受偿权的行使是否以建设工程竣工为限, 分包人或实际施工人能否享有优先受偿权?	
三、《合同法》第 286 条规定的建设工程价款优先权的客体是否及于建筑物所占用的建设用地使用权?	393
四、转包合同、非法分包合同中的实际施工人能否享受工程价款优先受偿权?	396
五、建设施工合同无效时, 承包人或实际施工人是否能取得工程价款优先受偿权?	398
同类问题	401
无效建设工程施工合同如何实现有效转化?	
建设工程优先受偿权的顺序如何确定?	
建设工程优先受偿权可否随主债权的转让而转让?	
建设工程为第三人所有的, 能否适用建设工程优先受偿权?	
如何认定建设工程优先受偿权的行使期间与失权?	
是否应将预售登记作为消费者优于建设工程优先权的前提条件?	
六、建设工程施工合同解除后, 未完工程的承包人主张工程价款优先受偿权的, 起算点如何确定?	403
七、通过以物抵债方式取得建设工程所有权的第三人, 能否对抗承包人行使建设工程价款优先受偿权?	406



第三编 房地产开发、联建与项目转让 纠纷裁判思路与规范指引

第一章 合作开发房地产合同纠纷裁判思路与规范指引

■ 本章导读	413
一、当事人不具备房地产经营资格的合同效力如何补正?	414
同类问题	417
房地产开发中借用资质行为的效力如何认定?	
二、未经批准以划拨国有土地使用权开发房地产的合同效力 如何认定及补正?	417
三、合同约定一方出地，一方出资，开发后出地方取得房屋 所有权，出资方在一定期限内使用房屋，此类 合同性质如何认定?	420
四、在划拨土地上建成房屋出租，该出租合同的效力如何认定?	423
五、合作开发房地产合同无效的法律后果应如何承担?	425
六、合作开发房地产合同终止、解除后应如何处理?	428
七、增加投资数额的，如何确定各方对增加投资数额的 分担比例?	430
八、合作各方权益分配比例的认定标准如何进行认定?	433
同类问题	435
在房屋实际建筑面积减少情况下的权益分配，如何分配合作开发房 地产项目的权益和利润?	
九、预售房款能否充抵投资参与利润分配?	436
十、房屋竣工验收是否是分配权益的前提条件?	437
十一、对未达到投资总额 25% 以上的土地使用权合作开发 房地产项目，其合同效力如何认定?	439
十二、名为合作开发实为房屋买卖的合同效力如何认定?	442
十三、名为合作开发实为房屋租赁合同效力如何认定?	443
十四、名为合作开发实为借款的合同效力如何认定?	446

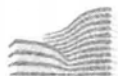


第二章 联建合同纠纷裁判思路与规范指引

本章导读	449
一、房屋联建合同的性质如何认定?	450
二、不承担经营风险只分配固定数量房屋的联建合同的效力如何认定?	452
三、联建房屋所有权的取得方式如何认定?	455
四、预售款能否充抵投资?	457
五、对于隐名合伙未足额出资的联建, 利润应当如何分配?	459
六、联建合同解除的法律效力如何认定?	461
七、以合作开发项目国有土地使用权抵押所取得的贷款的归属如何认定?	463

第三章 房地产项目转让纠纷裁判思路与规范指引

本章导读	466
一、未取得国有土地使用权证书的土地使用权人转让房地产项目, 其效力如何认定?	467
同类问题	471
实务中, 房地产项目转让的方式有哪些?	
房地产开发项目转让的受让方是否必须是具有房地产开发经营资质的企业?	
二、土地使用权转让合同的当事人之间未办理土地使用权变更登记手续的, 对合同效力的认定有何影响?	474
同类问题	475
土地使用权被司法机关或行政机关查封, 是否影响土地使用权转让合同的效力?	
转让人未缴清土地出让金而取得土地使用权证的, 其转让土地使用权的行为是否有效?	



第四编 建筑物区分所有权纠纷 裁判思路与规范指引

第一章 建筑物区分所有权专有权纠纷裁判思路与规范指引

■ 本章导读	479
一、“能够登记”应否成为构成建筑物区分所有权之专有权的条件?	480
同类问题	483
虽未登记但符合一定条件的，能否认定为《物权法》第6章所称的业主	
在二手房买卖中，应当如何认定业主身份	
购房时对专有权客体范围作出的特殊约定，其效力如何认定?	
二、能否认为一套房屋有几个房间，就有几个专有部分?	485
同类问题	486
露台能否成为专有部分中的组成部分?	
整栋建筑物能否成为专有部分	
三、分层取得建设用地使用权的权利人之间因空间利用发生争议的，应当如何协调解决?	488
四、应以套内建筑面积还是以使用面积为标准计算业主的表决权?	490
五、车位、车库归属没有约定或约定不明时，如何确定车位、车库的归属?	493
六、关于商品房住宅小区内防空地下车库使用权、收益权的归属如何确定?	497
七、《物权法》第74条第1款规定的“应当首先满足业主的需要”属于何种性质的强制性规定?	499
八、小区内的绿地应当属于共有部分还是专有部分?	501
同类问题	503
小区的会所是否属于共有部分?	
九、楼顶平台是共有部分还是专有部分?	504



十、“住改商”的行为应否被禁止?	506
十一、限制业主专有部分所有权的管理公约或章程的效力 如何认定?	509
十二、房屋登记应否进行实质审查?	511
第二章 建筑物区分所有人共有权纠纷裁判思路与规范指引	
本章导读	516
一、在业主大会或者业主委员会投赞成票或者未表示异议的业主 嗣后能否提起撤销之诉?	517
二、业主大会以及业主委员会能否成为撤销之诉的被告?	518
三、夫妻一方参加业主大会行使表决权后, 另一方以该表决权的 行使未经其同意为由请求确认该表决权的 行使无效的, 如何处理?	521
四、数人按份共有某一专有部分, 在决议事项上存有争议的 如何处理?	523
五、居民住宅小区的外墙面所有权属于谁?	525
六、业主能否请求撤销管理规约?	528

第一编 国有土地使用权出让
转让纠纷裁判思路与
规范指引





第一章 国有土地使用权出让纠纷 裁判思路与规范指引

本·章·导·读

土地作为一种自然资源，是人类最基本、最重要的生存条件之一，具有不动性、耐久性、有限性和不可再生性特点，是一个国家和社会最大的资源与财富，是生产要素市场中价值最高的资产。我国土地问题中最主要、最突出的矛盾是地少人多，因而存在着较为严重的土地危机，是社会矛盾、社会冲突的焦点之一。2013年11月，党的十八届三中全会明确提出了建立兼顾国家、集体、个人的土地增值收益分配机制。

国有建设用地使用权的出让是以土地所有权与土地使用权的分离为基础，以创设土地使用权这一用益物权为目的，通过合同这一形式来实现的民事法律行为。国家将国有土地使用权出让给土地使用者，是国家作为国有土地所有权人，将其所有权权能中的使用权分离出来，让与给土地使用者的一种权利转移方式，其实质是国家行使的对国有土地财产的处分权。土地使用者通过出让方式取得的土地使用权一经设定，即成为一种物权，在土地使用权存续期间，土地使用者在设定的权利范围内，不仅享有对土地的实际占有权，而且还享有对土地的使用权、转让权、抵押权、租赁权等民事权利，其他任何人、任何单位不得非法干预。土地使用权出让具有主体和标的物的特定性、土地使用者行使权利效力的有限性以及土地使用权的出让具有有偿性和有期限性。土地使用权出让后，涉及一系列法律问题，譬如，土地使用权出让的性质界定，不符合法定出让的主体出让行为的效力认定，使用者未在规定的期限内动工开发的后果，等等。诸如此类的实践问题，仍有继续探讨研判的必要。

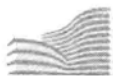


一、国有土地使用权出让行为应认定为行政行为还是民事法律行为？

国有土地使用权出让是指国家以土地所有人身份，将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。^① 国有土地使用权的出让可以采取拍卖、招标或者双方协议的方式进行，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。土地使用权出让的主体是土地所有人，即国家，而市、县人民政府的土地管理部门按照国家法律的授权和有批准权的人民政府批准授权，可以代表国家出让国有土地使用权。土地使用权出让的标的物只能是国有土地，而且只能是国有建设性用地，不包括国有农用地和未利用地，至于农村集体所有的土地使用权更不得出让、转让或者出租用于非农业建设，但经依法征收转为国有土地后，方可有偿出让。

根据《城市房地产管理法》《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》等法律、行政法规有关土地使用权出让的内容看，其只对土地使用权的出让行为概念、出让方式、出让土地的一些具体措施、土地使用权出让合同的订立、履行等问题作了较为详细的规定，但对土地使用权出让合同的性质均未予明确，《合同法》分则也未将土地使用权出让合同作为有名合同予以规定，导致在实践中产生了分歧。对因土地使用权转让发生的争议，是作为行政行为还是普通民事法律行为看待，进而对于产生的纠纷应按照行政诉讼还是民事诉讼处理，在认识上存有异议。我们认为，根据最高人民法院公布的《国有土地使用权合同解释》第1条规定：“本解释所称的土地使用权出让合同，是指市、县人民政府土地管理部门作为出让方将国有土地使用权在一定年限内让与受让方，受让方支付土地使用权出让金的协议”，应将国有土地使用权出让行为作为民事法律行为看待。

① 梅夏英、高圣平：《物权法教程》，中国人民大学出版社2007年版，第246页。



—— 实 务 争 点 ——

土地使用权是通过与土地所有权分离创设的，其创设主体只能是国家。由于国家既是土地所有权人，又是土地利用的管理者，具有双重身份，因此，学术界和实务界对土地使用权出让行为的性质存有不同认识。

第一种观点认为，土地使用权出让是一种行政行为，也即称为“行政行为说”。该说认为，从土地使用权出让的主体看，土地出让方是土地行政管理机关，另一方是土地使用者，二者是管理和被管理的关系。土地管理机关作为政府管理土地的职能部门，充当土地使用权出让人时，其行政管理者的身份没有改变，也不能改变。从土地使用权出让金看，它不是土地使用权的商品价格，出让人并不单纯追求收取最高的土地使用权出让金，而是要考虑如何实现最佳的管理目的，确定出让金成为一种管理手段。从解决争议的措施看，出让方可以直接根据法律采取单方措施，如收回土地使用权。因此，土地使用权出让为一种行政行为，属于行政法调整的范围。^①

第二种观点认为，土地使用权出让是一种民事法律行为，也即称为“民事法律行为说”。该说认为，土地使用权出让实质上是法律上的一种出让财产的合同行为。国家虽然是社会管理机关和最高权力代表，但在土地使用权出让的法律关系中，国家并不以主权者的身份出现，而是以“土地所有者”的身份出现。作为土地所有者，国家的法律地位与土地使用权受让人的法律地位完全平等。土地使用权出让合同的订立应遵守平等、自愿、有偿的原则，国家不能表现出其对土地使用权受让人的优越地位，合同内容必须是双方真实意愿的表达。^②

—— 裁 判 思 路 ——

关于土地使用权出让行为的法律性质，如前文所述，我们同意第二种观点，即民事法律行为说。主要理由如下：

第一，土地使用权的出让虽然是由政府职能机关实施的，表面上看，在

^① 周岩、金心：《土地转让中的法律问题》，中国政法大学出版社1990年版，第110～112页。

^② 王家福、黄明川：《土地法的理论与实践》，人民日报出版社1991年版，第220～221页。

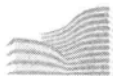


出让方和受让方之间有一些行政管理的痕迹，但是，土地使用权出让的主体是国家，政府土地管理部门只是代表国家具体依法履行土地出让行为。国家在履行土地使用权出让行为时，是以土地所有权人的身份出现，其法律地位只是一个民事主体，与土地使用权受让人的法律地位完全平等，土地使用权出让合同的订立也完全遵循的是平等、自愿、有偿的原则，合同内容也是当事人真实的内心意愿的表达。至于国家根据公共利益的需要采取的依法提前收回土地，或者对出让期限届满、闲置的土地依法无偿收回等行政措施，只是国家在对土地使用权出让合同之外依法行使对土地利用的监督管理职权，这也是国家所具有的双重身份的具体体现。而土地管理部门在土地使用权出让法律关系中，并不是以土地管理者的身份出现，而是代表国家行使权力，不是土地使用权出让的当事人，出让人实质上是国家。不能因土地管理部门在行政法律关系中具有管理者的身份，就否认其在民事关系中所具有的民事主体属性。

第二，从土地使用权出让的目的看，国家出让土地使用权的根本目的实际上是一种土地所有权人以出让财产创设物权的民事行为，由土地所有权派生出来的土地使用权作为一种用益物权，已是立法机关和理论界及司法实务界的共识，并体现在我国《物权法》中。《物权法》第三编规定了用益物权种类，并明确规定有建设用地使用权，建设用地使用权人有权对国家所有的土地行使占有、使用和收益的权利，在该土地上建造并经营建筑物、构筑物以及其他附着物的权利。土地使用权所具有的排他性、对世性也决定了国家在出让土地使用权时必须以所有权人的身份，必须将出让行为作为平等主体之间合意创设物权的民事行为，如果国家是以土地管理者的身份出让土地使用权，那么土地使用权将成为受出让人单方意志摆布的权利，丧失对世效力，背离了物权法的基本原则。

第三，土地使用权出让金是一次收取若干年土地使用费的总和，可称之为土地使用权价格，其实质是资本化的地租，由狭义的地租和土地固定资产的折旧和利息所组成。^①虽然，土地使用权在以协议方式出让时，出让金是由政府土地管理部门评估确定，并由国家限定最低价格的，但随着我国土地

^① 周诚：《马克思的地租理论与现阶段我国社会主义经济中的地租》，载国家土地管理局政策法规司编：《土地使用制度改革理论与实践》（第1集），第307页。



市场体系的建立完善，土地使用权出让金以协议方式收取的做法已被严格限制，并逐步通过招标、拍卖、挂牌的方式走向市场化、公开化，土地使用权的价格完全实现了商品化，其实质已是资本化的地租，土地使用权出让金不再是政府的管理手段。从各地对土地使用权出让的有关规定和实际收取的土地使用权出让金数额看，出让人收取的地价款，不仅包括土地使用权出让金，还有市政配套设施费和土地开发费等。^①因此，行政行为说把土地使用权出让金只是看作一种管理手段，否认是土地使用权商品价格的观点已不符合实际情况。

第四，从土地市场的分类看，土地使用权出让是土地一级市场，土地使用权转让是土地二级市场，二者密不可分。行政行为说将土地使用权出让视为行政行为，而把土地使用权转让定性为民事法律行为，人为地将土地一级市场与二级市场割裂开来，有欠妥当。

综合以上理由，我们认为，涉及国有土地使用权出让，是一种建立在平等民事主体之间的民事法律行为，发生的纠纷同样应当作为普通民事诉讼而非行政诉讼处理。

— 规 范 指 引 —

《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》第一条 本解释所称的土地使用权出让合同，是指市、县人民政府土地管理部门作为出让方将国有土地使用权在一定年限内让与受让方，受让方支付土地使用权出让金的协议。

二、国有土地使用权出让合同应认定为行政合同还是民事合同？

对国有土地使用权出让合同法律性质的不同认定，将会直接影响到对合同双方权利义务的解释和判断、解决合同纠纷时的实体和程序法律适用等。

^① 也有学者认为，土地出让金的数额并不是完全由出让方确定的，而是通过拍卖、招标或双方协商的方式确定的，由此可以表明建设用地使用权出让合同属于民事合同，而不是行政合同。参见梅夏英、高圣平：《物权法教程》，中国人民大学出版社2007年版，第246页；王利明：《物权法论》，中国政法大学出版社1998年版，第597页。



民事救济规则注重对合同双方当事人的平等保护，而行政救济规则充分考虑行政机关的主导权和职能行使。审判实践中，各级法院甚至最高人民法院内部的审判业务庭对国有土地使用权出让合同的性质表现出来的态度也并不一致，这也是理论上的争议在司法实践中的反映。

—— 实 务 争 点 ——

与上一个问题对国有土地使用权出让行为的性质争议相同，对国有土地使用权出让合同也存在行政合同说和民事合同说之分歧。

第一种观点认为，国有土地使用权出让合同为行政合同而不属于民事合同。理由是：一是在国有土地使用权出让合同中，土地行政管理部门为土地使用权出让合同的一方主体。二是国有土地使用权出让合同是以执行公务为目的。三是国有土地使用权出让合同适用超越私法的特殊规则。在适用法律规则方面，作为出让合同主体一方的政府土地管理部门依法负有相应的管理职责和享有单方处罚权及单方变更权等，这些规定就是法律赋予行政机关的行政特权，是完全超越私法的特殊规则。

第二种观点认为，国有土地使用权出让合同属于民事合同。

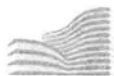
第三种观点认为，从实然状态来分析，国有土地使用权出让合同是具有行政合同和民事合同双重性质的“混合合同”。

—— 裁 判 思 路 ——

关于国有土地使用权出让合同的性质，我们认为，与上一问题的思路大致相同，即国有土地使用权出让合同属于民事合同，并且应当采用民事救济规则解决土地出让合同纠纷。主要理由如下：

第一，从权利本身的脆弱性来看，由于国家垄断土地一级市场，受让人处于相对弱势地位。在此情况下，如果再赋予出让人大量行政特权，对受让人而言，则无疑是雪上加霜，使其权利处于一种不稳定的、随时可能受到侵犯的状态，并且还会使这种侵害进一步披上“合法的外衣”。^①

^① 宋志红：《国有土地使用权出让合同的法律性质与法律适用探讨》，载《法学杂志》2007年第2期。



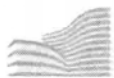
第二，土地使用权出让是国家作为土地所有权人将土地使用权在一定年限内出让给受让人，从而创设土地使用权物权的一种民事行为，土地使用权作为土地所有权派生的一种用益物权，已是立法机关和理论界及实务界的共识，并体现在我国的《物权法》中。土地行政管理部门在土地使用权出让合同法律关系中，只是代表国家对土地所有权进行处分，并不是以土地管理者的身份出现。如果国家是以土地管理者的身份出让土地使用权，那么土地使用权将成为受出让单方意志任意摆布的权利，从而丧失对世效力，背离了物权法的基本原则。

第三，国家在以土地所有权身份从事土地使用权出让行为时，其法律地位只是一个特殊的民事主体，与土地使用权受让人的法律地位完全平等，土地使用权出让合同的订立也完全遵循的是平等、自愿、有偿的原则，合同内容也是当事人真实的内心意愿的表达。至于国家根据公共利益的需要依法行使的提前收回土地，或者对出让期限届满、闲置的土地依法无偿收回等行政措施，只是国家在土地使用权出让合同关系之外依法行使对土地利用的监督管理职权，这也是国家所具有的双重身份的具体体现，但并不能就此认为，国有土地使用权出让合同适用的规则是超越私法规则范围。

第四，从我国目前立法看，将国有土地使用权出让合同归属于行政合同没有法律依据。在《物权法》起草过程中曾广泛征求有关方面意见，大多认为土地使用权为他物权，以创设他物权而订立的出让合同为民事合同，并在第十二章明确规定建设用地使用权为用益物权的一个种类，其取得设立应订立建设用地出让合同。

第五，适用民事程序规则解决出让合同纠纷，也并不会对出让合同中行政管理目标的实现造成实质影响和损害，因为行政合同制度本身就借鉴了民事合同制度的很多规则，在法律适用上也多有援引民事合同规则之处。相反，如果是适用行政程序规则来解决出让合同纠纷，则可能会对其中民事目标的实现造成极大损害。^①按照最高人民法院2011年修改后的《民事案件案由规定》，建设用地使用权合同纠纷包括建设用地使用权出让合同纠纷和建设用地使用权转让合同纠纷。因此，从司法实践层面上看，也是采用民事

^① 宋志红：《国有土地使用权出让合同的法律性质与法律适用探讨》，载《法学杂志》2007年第2期。



救济规则解决土地出让合同纠纷。

综上，我们采纳国有土地使用权出让合同为民事合同的观点。

另外，我们还认为，国土资源管理局作为土地行政主管部门，在出让国有土地使用权的过程中，与竞得人签署国有土地使用权竞得成交确认书的行为，其性质也属于民事行为。详见本章相关内容。

— 规 范 指 引 —

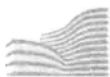
《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第一条 本解释所称的土地使用权出让合同，是指市、县人民政府土地管理部门作为出让方将国有土地使用权在一定年限内让与受让方，受让方支付土地使用权出让金的协议。

三、开发区管理委员会签订的国有土地使用权出让合同的效力应如何认定？

改革开放以来，依照国务院规定批准兴办的各类开发区、工业园区、保税区、高新技术产业开发区、旅游度假区等在全国各地如雨后春笋般出现。开发区的兴办呈现出泛滥无序的状态，继而引发的是各地以兴办开发区为名，随意圈点大量耕地和违法出让、转让土地的问题，严重损害了农民利益和国家利益。有的地方甚至出台规定，授权开发区管理委员会对开发区内的国有土地统一管理，加剧了土地一级市场秩序的混乱，开发区管理委员会俨然成为一个具有合法资格的国有土地使用权的出让主体。

针对上述情况，近十几年来，国务院陆续出台了关于加强严格土地管理的若干规定和通知，开始整顿国有土地管理秩序的混乱局面，要求加强土地审批管理和对房地产土地供应的调控，杜绝违规非法用地，土地供应必须严格集中统一管理，同一城市范围内的各类房地产开发用地必须纳入当地政府的统一供应渠道，严禁下放土地审批权。然而，对于开发区管理委员会已经作出批准的国有土地使用权出让的，其效力如何认定，却是实践中存在的一个难点。

我们认为，开发区管理委员会出让土地的行为，不能简单地划归无权代



理，而更类似于表见代理。^①从代理人的角度分析，表见代理虽然仍表现为无权代理的特征，但从归属效果看，代理人签订的合同仍然对被代理人确定地发生效力。^②因此，表见代理的法律后果对相对人而言是有效的，产生有权代理的效果。何况，开发区管理委员会所依据的地方政府的有关政策文件的制定出台是有其相应的社会条件为背景的，对其合法性和有效性也应从历史的角度着眼看待。

—— 实 务 争 点 ——

对开发区管理委员会出让土地的行为如何认定其效力，实务中存有不同意见。

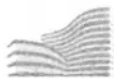
第一种观点认为，开发区管理委员会作为出让人订立的土地使用权出让合同应认定无效，其理由是，根据《城市房地产管理法》和《土地管理法》的有关规定，土地使用权出让合同的出让方应为土地所在地的市、县人民政府国土资源管理部门，开发区管理委员会不具备土地使用权出让的主体资格，市、县人民政府也无权批准开发区管理委员会作为出让人，即使批准也是违法批准。

第二种观点认为，对开发区管理委员会订立的合同不能按无效处理，根据《城市房地产管理法》的规定，土地使用权出让行为实质上是一种土地用益物权的创设行为，市、县人民政府设置的土地管理部门是依法有权经办国有土地使用权出让具体行为的主体，从本质上讲，国有土地使用权的出让属于对国有土地所有权的法律处分行为，开发区管理委员会未经授权出让国有土地使用权属于无权处分行为，依据《合同法》第51条规定，其订立的土地使用权出让合同为效力待定合同，而不是无效合同，在经权利人追认后，该合同有效。因此，开发区管委会作为出让方与受让方订立的土地使用权出让合同，如在起诉前经市、县人民政府批准同意的，可以认定合同有效。

第三种观点认为，开发区管理委员会签订的土地使用权出让合同应按照

^① 表见代理的理论基础，是对权利表象的责任，即可归责于某人的行为或者其他方式产生了某种相应权利状态的表象，或者具有消除这一表象能力的人未消除某种权利表象，那么，信赖该表象的相对人有权要求该人承担相应的责任。参见[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第887页。

^② 刘贵祥：《合同效力研究》，人民法院出版社2012年版，第223页。



无权代理行为和无权代表行为处理。

—— 裁 判 思 路 ——

我们认为，对于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的效力认定问题，应当分阶段区别情况作出分别处理：

（一）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

对于不具备法定主体资格的开发区管理委员会作为出让方订立的土地使用权出让合同，应当认定无效。根据《城市房地产管理法》第8条、第15条之规定，土地使用权出让是国家将国有土地使用权出让给土地使用者的行为，该行为由市、县人民政府土地管理部门实施并订立书面出让合同。由此可见，土地使用权出让合同的出让主体是特定的，具有法定性，即必须由市、县人民政府土地管理部门代表国家以国有土地所有者的身份具体实施出让行为，其他任何部门和单位都没有资格以出让人的身份订立土地使用权出让合同。

从《城市房地产管理法》和《土地管理法》看，法律对行使国有土地使用权出让行为的主体资格予以明确规定，即只有市、县人民政府的土地管理部门才具有行使国有土地使用权出让行为的主体资格，享有出让国有土地使用权的民事权利能力和民事行为能力。该民事行为主体的民事能力范围和资格具有法定性和特定性，不具备出让行为法定主体资格的民事主体所从事的民事法律行为应当认定为无效。但由于各种原因，我国土地出让一级市场秩序较为混乱，特别是各地政府擅自下放土地审批权力，导致开发区管理委员会出让土地的情况严重。基于此，国务院曾多次部署开展对土地市场进行治理整顿的工作，明确提出要严格加强对土地的集中统一管理和统一供应，禁止违法下放土地征地、供地审批权，禁止违法出让、转让国有土地使用权。

（二）《国有土地使用权合同解释》实施前，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，起诉前经市、县人民政府土地管理部门追认的，可以认定合同有效

在明确规定将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认定为无效的同时，要考虑到开发区管理委员会行使出让土地权利



的历史形成原因和我国土地市场存在的实际情况等因素,《国有土地使用权合同解释》对开发区管委会订立的土地使用权出让合同效力未一概按无效处理,而是采取了相应的补救措施,避免大量无效合同的出现,导致土地市场交易关系更大的混乱。根据《城市房地产管理法》的有关规定,市、县人民政府设置的土地管理部门是依法有权经办国有土地使用权出让行为的主体,其实施的土地使用权出让行为,实质是创设一种对土地的用益物权,属于对国有土地所有权的法律处分行为,开发区管委会未经授权出让国有土地应属于无权处分行为,对其订立的土地使用权出让合同可以作为效力待定的合同予以处理,而不是直接认定合同无效。根据《合同法》第51条规定,无处分权的人处分他人财产,经权利人追认后,该合同有效。据此,开发区管委会在起诉前经市县人民政府土地管理部门追认后,可以认定合同有效。

因此,司法实践中应把握以下两个要点:一是可以追认有效的合同只限于《国有土地使用权合同解释》实施前开发区管理委员会作为出让方订立的土地使用权出让合同。由于该解释正式实施是2005年8月1日,因此,只有在2005年8月1日前开发区管理委员会作为出让方订立的土地使用权出让合同才可适用本条款。二是开发区管理委员会作为出让方订立的土地使用权出让合同必须在起诉前经市、县人民政府土地管理部门追认。^①只有同时具备这两个条件,开发区管理委员会作为出让方订立的土地使用权出让合同才可以认定有效,如果只具备其中一个条件,该合同依然应当认定为无效。《国有土地使用权合同解释》之所以将追认的对象范围限定在该解释实施之前订立的出让合同,且追认行为必须限定在向人民法院起诉前,是因为随着国家土地市场清理整顿力度的加大,开发区管理委员会出让土地的问题基本消除,诉至法院的国有土地使用权出让合同纠纷是历史遗留的一些问题,限制在起诉前主要是为了使合同所体现的法律关系处于恒定状态,有利于人民法院作出实体审理;同时,也有利于防止追认权的滥用,有效规范以后的土地出让行为。

^① 对于市、县人民政府土地管理部门在一审诉讼期间追认合同效力的,原则上亦应认定合同无效,但如果合同已经履行完毕,土地已经被实际开发的,可以按照无效认定、有效处理的原则处理。参见王永起:《国有建设用地使用权出让合同纠纷法律前沿问题》,载周玉华主编:《民事审判指导》2012年第1集(总第2集),中国法制出版社2012年版,第245页。



—— 同 类 问 题 ——

市、县人民政府在开发区设立的土地管理部门订立的国有土地使用权出让合同的效力如何认定？

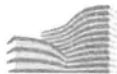
实践中经常遇到的一个问题是，国有土地使用权出让合同不是由开发区管理委员会订立，而是由市、县人民政府在开发区设立的土地管理部门订立，如果这些土地管理部门属于市、县人民政府土地管理部门的派出机构，其出让国有建设用地使用权，并与土地使用者订立建设用地使用权出让合同的行为代表了市、县人民政府，此种情形，不宜适用司法解释的规定认定属于开发区管理委员会出让土地的行为，亦不宜认定此种情形下订立国有土地使用权出让合同无效。

省级人民政府土地管理部门订立的国有土地使用权出让合同的效力如何认定？

按照《城市房地产管理法》和《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》的规定，只有市、县人民政府土地管理部门享有行使土地出让权，并与土地使用者订立国有土地使用权出让合同的权利，没有赋予省级人民政府土地管理部门订立国有土地使用权出让合同的权利，意味着省级人民政府土地管理部门无权代表国家行使土地出让权，即省级人民政府土地管理部门不享有订立国有土地使用权出让合同的合法主体资格，其与土地使用者订立的国有土地使用权出让合同，违反了法律的强制性规定，应当依法认定无效。司法实践中，由省级人民政府土地管理部门与土地使用者订立的国有土地使用权出让合同较为罕见。

市辖区人民政府土地管理部门订立的国有土地使用权出让合同的效力如何认定？

市辖区人民政府土地管理部门与土地使用者订立国有土地使用权出让合同的情形在房地产市场中比较常见，对此类出让合同效力的认定，在司法实践中亦存在不同的认识和做法。由于《城市房地产管理法》和《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》未明确赋予市辖区人民政府土地管理部门代表国家行使土地出让的权利，因此，市辖区人民政府土地管理部门无权代表国家与土地使用者订立国有土地使用权出让合同，即市辖区人民政府土地管



理部门不享有订立国有土地使用权出让合同的合法主体资格，其所订立的合同应依法认定无效。

— 规 范 指 引 —

《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》第二条 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。

本解释实施前，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，起诉前经市、县人民政府土地管理部门追认的，可以认定合同有效。

四、《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》施行后，经营性建设用地采取协议方式出让的，其效力如何认定？

土地使用权的出让方式就是出让人选择受让人以及缔结合同的方式。《城市房地产管理法》第13条确立了土地使用权出让可以采取拍卖、招标或者双方协议三种方式；国土资源部2002年发布的《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》还提出了一种新的公开出让方式——挂牌方式。因此，建设用地使用权出让有协议、招标、拍卖和挂牌四种方式。

在上述四种方式中，协议出让^①方式因为缺乏公开性、竞争性，受具体经办人的主观因素影响较大，容易出现出让金偏低等不正常现象；而其他三种方式则具有公开性、竞争性，避免了协议出让的弊端。因此，经营性用地必须采取招标、拍卖或挂牌的方式，而协议出让方式只是前述三种方式的补充。

2002年《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》第一次明确了经营性用地必须实行“招拍挂”出让，确立了市场配置土地资源、确定土地使用

^① 协议出让建设用地使用权，是指出让人和受让人就出让建设用地使用权进行一对一的洽商，最终达成出让建设用地使用权的协议，待登记完毕，由受让人取得建设用地使用权的现象。参见崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（下册），清华大学出版社2011年版，第562～563页。



权人制度；《物权法》第 137 条将工业用地出让纳入招标、拍卖范围；2007 年国土资源部对 2002 年《招标投标挂牌出让国有土地使用权规定》作了修订，公布了《招标投标挂牌出让国有建设用地使用权规定》，其中第 4 条明确规定，工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一宗地有两个以上意向用地者的，应当以招标、拍卖或者挂牌方式出让。

之所以对出让方式的适用范围作出强制性规范，其目的就在于防止出让机构不负责地低价出让土地，从而有效遏制国有资产流失和腐败现象。这种对使用权出让方式的限制属于行政管理和效力管理范畴，对此，司法实践中是有争议的。

—— 实 务 争 点 ——

关于出让方式违反管制与出让合同效力的关系，法律并未明确。比如，对于经营性建设用地采取协议方式出让的，这样的合同效力如何认定，是有效还是无效？实务中有不同的观点：

第一种观点认为，违反出让方式限制而进行出让的（指本应采取公开方式，而采用协议方式的），一般对当事人进行行政处罚或补救，而不否定出让合同的效力。尤其是在出让土地已经投入建设的情形下，否定合同效力不利于土地资源有效利用。因此，对出让合同管制的违反，宜认定违反者只承担行政责任，而不能否定出让合同的民事效力。

第二种观点认为，根据《合同法解释（一）》的规定，国土资源部的规章不属于法律、行政法规的强制性规定，不是认定合同效力的依据，而且国土资源部的规章与《城市房地产管理法》的规定相悖，在《城市房地产管理法》未修改的情况下，协议仍是建设用地使用权出让的一种法定方式。因此，以协议方式出让建设用地使用权订立的合同不能据此认定无效。

第三种观点认为，尽管国土资源部 2007 年发布的《招标投标挂牌出让国有建设用地使用权规定》不能直接作为认定协议方式出让建设用地使用权合同效力的依据，但该规章属于国家政策的范畴，在现行法律对经营性建设用地采取的出让方式未明确规定的情况下，应当按照国家政策确认以协议方式订立的建设用地使用权出让合同的效力。



— 裁 判 思 路 —

我们同意第三种观点。对于经营性建设用地的出让采取了协议方式的，这样的出让合同应当认定为无效。主要理由是：

第一，虽然国土资源部颁布实施的《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》属于部颁规章，但该规章属于国家政策的范畴。尽管我国法律对于经营性建设用地的出让采取协议方式能否直接认定无效尚未有法律明确规定，但是，《民法通则》第6条明确规定：“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策。”民事法官在适用法律中，应当坚持以经济政策司法考量作为经济政策司法融入的出发点。^①以协议方式出让经营性建设用地，显而易见违背了我国的土地利用政策，应当认定其无效。

第二，以协议方式出让经营性建设用地，违背了社会公共利益。社会公共利益，^②即公序良俗。在法律无明确的禁止性规定，但当事人的法律行为已危害到国家经济秩序和稳定时，透过公序良俗条款来否定该行为的效力是准确和必要的。以协议方式出让经营性建设用地，不仅有可能使国家的土地收入大大减损，而且对于其他需要地地的使用者亦不公平，由于出让方与受让方私相授受，使得其他有意取得建设用地使用权的潜在使用者丧失了本来通过“招拍挂”有可能取得的建设用地使用权，造成了他们的利益受损。

第三，《物权法》第137条将国土资源部的规章上升为法律规定，在民事基本法层面明确规定经营性建设用地必须采取招标、拍卖或者挂牌出让方式，严禁采取协议方式出让经营性建设用地使用权。

综上，《物权法》实施后，未采取招标、拍卖或者挂牌等法定出让方式订立的经营性建设用地使用权出让合同，因违反了《物权法》的强制性规定应认定无效。

^① 就国家经济政策在当前民事审判工作中的作用，以及经济政策与民法规范之间的关系，可参见潘军锋：《论经济政策的司法融入——以政策在民事审判中的介入机制为研究路径》，载《法制与社会发展》2012年第1期。

^② 损害社会公共利益的合同种类较多，如侵害基本权利保护的合同类型、危害家庭关系的合同类型等。有关社会公共利益的具体内容，可参见崔建远：《合同法总论》（上卷），中国人民大学出版社2011年版，第310~329页。



—— 同 类 问 题 ——

工业用地应否实行招拍挂方式出让？

《物权法》对土地招标、拍卖、挂牌范围进行了明确规定：“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。”工业用地招标、拍卖、挂牌出让由国家政策上升到法律规定。鉴于《物权法》扩大了原国有土地招标、拍卖、挂牌出让的范围，明确了建设用地使用权可以分层设立等，国土资源部2007年修订后发布的《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》修改了国有建设用地“招拍挂”出让的范围，实行经营性土地使用权招标、拍卖、挂牌出让制度，并将工业用地纳入了招标、拍卖、挂牌的范围，规定工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一宗地有两个以上意向用地者的，应当以招标、拍卖或者挂牌方式出让。同时明确，工业用地包括仓储用地，但不包括采矿用地。

因此，工业用地实行招标、拍卖、挂牌出让，对于建立完善土地市场机制，更大程度地发挥市场配置资源的基础性作用，具有重要意义。

—— 规 范 指 引 ——

《中华人民共和国物权法》第一百三十七条 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。

五、在房地产开发合同纠纷中，土地管理部门要求建设用地使用权人支付土地闲置费或者无偿收回土地使用权案件应否作为民事案件受理？

《城市房地产管理法》第26条规定，以出让方式取得土地使用权进行房



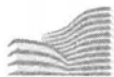
地产开发的，必须按照土地使用权出让合同约定的土地用途、动工开发期限开发土地。满二年未动工开发的，可以无偿收回土地使用权。当然，该规定所指的对象是以出让方式取得土地使用权进行房地产开发的土地，并非所有以出让方式取得使用权的国有土地。《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第17条第2款规定：“未按合同规定的期限和条件开发、利用土地的，市、县人民政府土地管理部门应当予以纠正，并根据情节可以给予警告、罚款直至无偿收回土地使用权的处罚。”国土资源部2012年修订的《闲置土地处置办法》对闲置土地作了认定。^①满两年未动工开发的，市、县国土资源主管部门应报经有批准权的人民政府批准后，向国有建设用地使用权人下达《收回国有建设用地使用权决定书》，无偿收回国有建设用地使用权。闲置土地设有抵押权的，同时抄送相关土地抵押权人。

—— 实 务 争 点 ——

对于审判实践遇到的土地管理部门要求建设用地使用权人支付土地闲置费或者无偿收回建设用地使用权而产生的纠纷应否作为民事案件受理的问题，存有较大争议，司法实践中对此观点与做法不一。

第一种观点认为，此类纠纷应当作为民事案件受理。主要理由是，既然土地使用权出让合同属于民事合同，那么市、县人民政府土地管理部门的行为就只能是民事行为而不是行政处罚行为，其根据只能是出让合同的约定。如果出让合同对此没有约定的，其根据就是《城市房地产管理法》第26条的规定，因为民事合同的双方是平等的，不存在一方处罚另一方的问题。在实体处理上，应将土地管理部门收取的闲置费或无偿收回的建设用地使用权作为违约金来考量，建设用地使用权人可依据《合同法》的有关规定，以约定的违约金过分高于造成的损失为由，请求人民法院或者仲裁机构予以适当

^① 国土资源部2012年5月修订通过的《闲置土地处置办法》第2条规定：“本办法所称闲置土地，是指国有建设用地使用权人超过国有建设用地使用权有偿使用合同或者划拨决定书约定、规定的动工开发日期满一年未动工开发的国有建设用地。已动工开发但开发建设用地面积占应动工开发建设用地总面积不足三分之一或者已投资额占总投资额不足百分之二十五，中止开发建设满一年的国有建设用地，也可以认定为闲置土地。”



减少。^①

第二种观点认为,根据《城市房地产管理法》《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》以及国土资源部颁布的《闲置土地处置办法》的规定,无偿收回土地使用权的决定权在人民政府,人民政府可以无偿收回,也可以采取其他行政手段。这些都是政府行使的对土地使用权的行政管理,发生争议的,应当作为行政案件审理。

——**裁 判 思 路**——

我们认为,人民法院在审理房地产开发合同纠纷中,对于那些符合《城市房地产管理法》第26条规定的超过出让合同约定的动工开发日期满二年未动工开发,或者符合《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第17条规定的土地使用者未按出让合同规定的期限和条件开发、利用土地,人民政府或者土地行政主管部门依法无偿收回出让的国有土地使用权的,是行政机关作出的具体行政行为,由此引发的纠纷应当作为行政案件审理。主要理由有三:

第一,土地管理部门和建设用地使用权人之间除了因建设用地使用权出让合同产生的平等民事权利义务关系外,还存在因土地管理部门行使行政管理职能产生的行政法律关系。土地管理部门的行为有的是民事行为,有的是行政行为,有的是行政行为与民事行为并存。其行为到底是何种性质,关键要看是以出让人的身份进行民事活动,还是以行政管理者的身份履行行政管理职能。对于超过出让合同约定的动工开发日期满一年未动工开发的征收闲置费,或者是对满二年未动工开发的无偿收回土地使用权的行为,都是行政处罚行为。因此这些情况下,土地管理部门并不是基于出让人的身份行使民事权利,而是基于土地行政管理机关的身份行使行政管理权。

第二,人民法院只处理民事合同当事人的权利义务关系,对于政府的行政行为,民事审判不宜过多干预或评论。政府无偿收回是政府行使行政管理权的体现,《城市房地产管理法》规定的是“可以”收回,当然也意味着不

^① 可参见杨永清:《〈物权法〉分则与民事审判》,载《法律适用》2007年第8期;程啸:《物权法规定建设用地使用权的意义——无偿收回土地使用权行为的性质评析》,载《人民法院报》2007年6月11日。



收回也不违法，即使政府不收回，人民法院也不能越俎代庖，通过司法建议或者民事审判的方式对此作出司法判断，人民法院不能僵化地、机械地理解上述法律规定。

第三，人民政府收回土地使用权是政府的具体行政行为，当事人不服该具体行政行为的，可以依法提起行政诉讼，由人民法院行政审判庭负责对该行为是否符合《行政处罚法》的规定进行合法性审查。

综上，此类纠纷属于土地管理部门依法行使行政管理权而产生的纠纷，不属于因出让合同引发的民事纠纷，因而应作为行政案件审理。

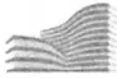
——同 类 问 题——

收回建设用地使用权的，如何分配土地增值的归属？

因国家方面的原因，如为了公共利益、实施城市规划而收回土地使用权的，应按现时价格计算并返还征地补偿费、拆迁补偿费、征地规费、税费以及土地出让金四项费用，土地的增值归土地使用者所有，以体现“有偿”收回的法律规定。但是，因土地使用者自己的原因，如单位迁移、解散、撤销、破产而被收回土地使用权的，应按原价格标准计算并返还四项费用，土地的增值归代表土地所有者的政府所有。

——规 范 指 引——

《中华人民共和国城市房地产管理法》第二十六条 出让方式取得土地使用权进行房地产开发的，必须按照土地使用权出让合同约定的土地用途、动工开发期限开发土地。超过出让合同约定的动工开发日期满一年未动工开发的，可以征收相当于土地使用权出让金百分之二十以下的土地闲置费；满二年未动工开发的，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开发迟延的除外。



六、土地用途变更经有权机关批准但未经出让人同意的，其效力如何认定？

国有土地使用权出让合同是具有一定特殊性的合同。一方面，其具有民事合同的性质，是平等民事主体在达成一致意见基础上签订的契约；另一方面，在我国现行体系下，又体现了很多国家对土地出让市场的规范和管理职能的内容。一般而言，普通的民事合同，如果就合同内容变更，只要合同主体之间达成共识即可，而土地用途的变更，除了平等的民事主体之间达成共识外，还必须经由有权机关批准同意。《合同法》第77条第2款规定：“法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。”国有土地使用权出让合同的变更，就属于此种。我国对于国有土地使用权出让合同中有关土地用途这一部分内容实行的是除当事人达成协议外还必须经过严格的审批程序，对变更问题的规定也较为严格，如《城市房地产管理法》第18条以及《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第18条都明确规定了变更土地用途必须经过同意或审批登记。可以说，同意或审批登记是国有土地使用权出让合同中变更土地用途的必要条件，非经同意或审批登记，变更行为就不能受到合法有效的保护。

—— 实 务 争 点 ——

土地出让方不同意变更土地出让合同中约定的土地用途，但受让方取得了市、县人民政府城市规划行政主管部门的同意，是否可以认定此改变土地使用权出让合同约定的土地用途的行为的有效性？对此问题，实践中存在着不同的观点。

第一种观点认为，土地用途的审批权在于政府规划部门，土地使用者取得了土地使用权后，关于土地的用途问题就与出让方没有任何关系了。只要规划部门批准新的土地用途，则无论出让方是否同意，均不影响实际上土地用途发生变更。

第二种观点认为，作为合同内容的变更，只有合同当事人有权决定，因此如果出让方对变更问题持否定态度，将不可能导致合同变更的法律后果的出现。土地用途是土地出让合同中的一项重要内容，必须经由当事人协商解



决。至于规划部门的审批，只是根据相关法律规定所必须履行的一种程序性要求而已。

—— 裁 判 思 路 ——

我们同意第二种观点。

国有土地使用权出让合同就其本质来讲具有民事合同的性质，因而它应该遵循民事合同关于合同变更的规定。《合同法》第8条规定：“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。依法成立的合同，受法律保护。”《合同法》第77条第1款规定：“当事人协商一致，可以变更合同。”由此可以看出，国有土地使用权出让合同的变更应依当事人双方协商取得一致。作为一种民事行为，民事合同更多的应该尊重当事人的意愿，即使受让方已经市、县人民政府城市规划行政主管部门同意，改变土地使用权出让合同约定的土地用途，也不能当然认定合同必然发生变更，依然要依照合同法上的意思自治原则，赋予合同当事人自主自愿的决定是否变更合同的权利。而依据《合同法》第78条规定：“当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。”依此规定，当事人达不成协议便不发生合同变更的法律效果。同时，由于法律的特殊规定，变更土地出让合同中的土地用途，是一种必须经规划部门批准才能有效的行为，所以，从另一个角度看，如果受让方与出让方就土地用途变更问题达成协议，但未经规划部门批准的，该土地用途同样不能成为合法有效的行为。所以，我们认为，关于土地用途的变更问题，合同主体间的合意以及必要的审批程序，二者缺一不可。

—— 同 类 问 题 ——

变更国有土地使用权出让合同如何适用情势变更原则？

情势变更原则，是指合同有效成立后，因不可归责于双方当事人的事由发生重大变化而使合同基础动摇或者丧失，若继续维持合同会显失公平，因此允许变更合同内容或者解除合同的原则。最高人民法院2009年4月公布



的《合同法解释（二）》第26条确立了情势变更原则。^①同月，最高人民法院发布了《服务党和国家工作大局通知》，要求严格区分变更的情势与正常的市场风险之间的区别，审慎适用情势变更原则。因全球性金融危机和国内宏观经济形势变化导致国有土地使用出让合同变更的，我们认为，应当严格按照《合同法解释（二）》和《服务党和国家工作大局通知》的规定要求，遵循以下几个原则：

一是不应主动适用该原则。在国有土地使用权出让合同纠纷中，人民法院不应主动适用该原则，需由当事人申请和请求。人民法院也不应主动释明当事人适用该原则。

二是从程序上严格控制适用该原则。对必须适用情势变更原则进行裁判的个案，要层报高级人民法院审核，最大限度地避免对交易安全和市场秩序造成大的冲击。对各地高级法院自己不能把握和确定的案件，要报告最高人民法院审核。

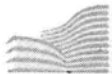
三是从实体处理上严格审查。对于部分当事人在诉讼中提出适用情势变更原则变更或者解除合同的请求，人民法院应当慎重适用情势变更原则，合理调整双方利益关系，依据公平原则和情势变更原则严格审查。

四是要充分保护守约一方的合法权益。要充分注意全球性金融危机和国内宏观经济形势变化并非完全是一个令所有市场主体猝不及防的突变过程，而是一个逐步演变的过程。要合理区分情势变更与商业风险之间的区别。在调整尺度和价值取向的把握上，人民法院应当侧重于保护守约方的合法权益

— 规 范 指 引 —

《中华人民共和国城市房地产管理法》第十八条 土地使用者需要改变土地使用权出让合同约定的土地用途的，必须取得出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门的同意，签订土地使用权出让合同变更协议或者重新签订土地使用权出让合同，相应调整土地使用权出让金。

^① 《合同法解释（二）》第26条规定：“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。”

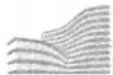


第二章 国有土地使用权出让金纠纷 裁判思路与规范指引

本·章·导·读

取得国有土地的使用权通常有两种方式：一种是通过划拨形成划拨土地使用权；另一种是通过出让形成出让土地使用权。以出让方式取得的建设用地使用权，在法律许可的范围内，可以转让、继承、出租、抵押或者用于其他经济活动。对国有土地使用权有偿出让，不仅使国有土地得到合理利用，而且创制了一种可自主处分的民法上的财产权利——使用权，进而使土地成为可有限流转的财产。

按照现行法律和行政法规的规定，国有土地使用权的出让，采用拍卖、招标、挂牌、协议四种方式。从有利于实现国有土地所有权人利益、维护需用地者权益的角度出发，招标、拍卖、挂牌的出让方式是真正意义的在竞争基础之上的缔约方式。协议出让制度从开始推行之初至今，一直利弊参半，由此引发的争论也从未停止过。相对于“招拍挂”而言，协议出让的方式没有公开竞争，缺少公开透明成分，人为因素无法排除。随着社会主义市场经济体制的建立，房地产业和土地有偿使用制度的发展，协议出让土地方式暴露出一些矛盾和问题。以协议方式出让建设用地使用权时，因出让金发生的争议是目前人民法院审理的国有建设用地使用权出让合同纠纷案件的常见类型，主要包括土地使用者未按照国有建设用地使用权出让合同约定的期限和要求支付土地出让金发生的争议；因土地使用者改变土地用途而出让人请求调整土地出让金发生的争议等。妥善处理涉及出让土地使用权出让金案件，显得尤为重要。



一、以协议方式出让建设用地使用权时，出让金低于国家规定的最低价的，合同效力如何认定？

土地是生产要素市场中价值最高的资产，作为资产自然应当有它相应的价格，低于这个价格，国家将遭受损失，社会公共利益亦将受到损害。以协议方式出让国有土地使用权的过程中，会出现前述诸多弊端，极有可能出现出让方和受让方随意甚至恶意串通，以极低的价格获取土地使用权，导致“炒地”现象大量出现，严重损害国家和社会公共利益。按照《城市房地产管理法》第13条第3款规定，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。所谓按国家规定所确定的最低价，通常情况下是指新增建设用地的土地有偿使用费、征地（拆迁）补偿费用以及按照国家规定应当缴纳的有关税费之和。我国一些地区规定有基准地价，协议出让土地所有权最低价不得低于出让地块所在级别基准地价的70%。

最低价并非是一个一成不变的事物，由于依据国家规定所确定的最低价，需要在确定国家规定、土地资源稀缺程度、国家相关税费收取标准等参数的基础上加以确定，而这些标准都有可能发生变化或者调整，所以依据这些具有可变性标准确定得出的最低价，也存在变化的可能。因此，以不同阶段的地价来判断合同约定地价的高低，很有可能得出不同的结论。这就有必要确定一个判断的时点，是以签订合同时依据当时当地的规定确定得出的最低价为判断标准，还是合同签订后依据起诉时的规定确定的最低价为判断标准？对此，《国有土地使用权合同解释》明确规定，是以“订立合同时当地政府按照国家规定确定的最低价”为标准。但如果当地确定的最低价上调，明显高于原来签订合同时的最低价的，作为代表国有土地所有权人的政府相关部门，也不得擅自以国家利益受损为由，主张按照后来的市场评估价格为准要求调整最低价。

—— 实 务 争 点 ——

对于以协议方式出让国有土地使用权时，出让金低于当地政府按国家规定所确定的最低价的，合同效力应当如何认定？司法实践中观点不一。

第一种观点认为，《城市房地产管理法》第13条已明确规定，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。其目的就在于防止出让方和受让方随意甚至恶意串通，以极低的价格获取土地使用权，损害国家和社会公共利益。《民法通则》第 58 条、《合同法》第 52 条均对恶意串通、损害国家和社会公共利益的行为明确规定为无效。因此，对于协议方式出让土地使用权，土地使用权出让金低于订立合同时当地政府按照国家规定确定的最低价的，应当认定土地使用权出让合同无效。

第二种观点认为，由于我国地域广阔，各地情况差异大，再加上某些人为因素，如何认定出让金是否低于按国家规定确定的最低价难度较大。同时，对此类情况一概认定合同无效，依据也不是很明确。而且，如果动辄允许以出让金低于按国家规定确定的最低价为由认定合同无效，会造成出让方滥用确认合同无效的诉权。这不仅不利于合同交易关系的稳定，不利于开展对土地的有效利用，更不利于保护受让方的合法权益。因此，应当仅认定出让合同约定的价格条款无效，而不是整个合同无效。

—— 裁 判 思 路 ——

我们认为，对低于按国家规定所确定的最低价的协议出让土地使用权的合同，应当认定部分条款无效，而非土地使用权出让合同全部无效。主要理由有三点：

第一，认定整个合同无效对受让人不公平。对低于按国家规定所确定的最低价的协议出让土地使用权的合同，如果单纯按照《合同法》第 52 条及《民法通则》第 58 条规定，并结合《城市房地产管理法》第 13 条的有关规定，应当认定为无效合同。但必须考虑到，对于土地出让金是否低于按国家规定所确定的最低价问题，作为土地管理者和国家政策的执行者，出让方有更为清楚的认识，因而其过错责任应更大，在以协议方式出让建设用地使用权时，出让方的意志体现得更为充分。如果允许出让方可以任意解除合同，就大大增加了合同的不确定性，不利于维护交易的安全与稳定，同时也可能使出让方在签订合同时更为随意，甚至可以导致出让方滥用此项权利损害受让方权益现象的发生。^①此外，由于我国各地区实际情况不同，无法确定明确统一的出让金最低价的数额限定，一般都是由各地自行确定。而在有些地

^① 吕伯涛主编：《适用物权法重大疑难问题研究》，人民法院出版社 2008 年版，第 207 页。

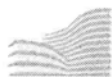


方，由于招商引资和其他一些利益的影响，往往会向投资方许诺许多优惠条件，其中最主要的优惠条件，就是在出让土地使用权时就出让金数额上作出优惠，出现一些地方政府对于协议出让土地使用权的出让金价格确定上的随意性。就造成客观上出现土地出让金低于最低价的结果，这是出让人主观因素起了决定性作用的。^① 在这种情况下，认定出让金低于最低价并进而主张合同无效，对受让方来讲是极不公平的。

第二，认定整个合同无效有可能导致出让方牟取不法利益。从合同交易关系的稳定性以及保护受让方合法权益的角度来考虑，我国立法本着鼓励交易的原则，对于合同无效采取了比较严格限制的态度。同时，如果单纯以出让金低于按国家规定确定的最低价为由认定出让合同无效，将使受让方处于非常不利的地位。出让方完全有可能利用甚至滥用确认合同无效的诉权，以达到其侵占受让方权益的目的。《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。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”可以看出，法律明确规定，无效合同不受法律保护，一旦判定合同无效，将产生返还财产、缔约过失责任、行政处罚等法律后果。然而，仅仅因为出让金低于按国家规定确定的最低价使合同无效来确定缔约过失责任是比较困难的，最终只能是返还财产。而在房地产开发项目或其他一些与土地开发有关联的项目中，往往时间周期长，投资巨大，受让方投入的人力、财力和物力已经物化到土地中而无法与土地分开，已经承担了巨大的风险，如果仅仅因为出让金低于按国家规定确定的最低价使合同无效，受让方将承受额外的风险与损失，由此还有可能造成一些出让方恶意利用此项规定，以达到牟取不法利益的目的，从而损害到国家、集体、社会公共利益及他人合法权益。可见，完全认定合同无效具有很大的弊端，并且容易形成更加尖锐的矛盾。

第三，认定整个合同无效违反《合同法》中的有关规定。《合同法》第 56 条后半段规定：“合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。”确立合同的部分无效，应当符合如下几个要件：一是必须限于一个

^① 韩延斌：《国有土地使用权合同案件审理中理论与实务分析》，载《人民司法》2005 年第 8 期。



单一的合同，而不是构成数个合同，否则就是一个分别无效的问题，而不是部分无效的问题。二是合同内容具有一定的可分性。所谓可分性，指将无效部分分离出来，并可以将其行为想象为有效的行为继续存在，而且该项行为并不与当事人的愿望相违背。例如，在合同中的格式条款因为剥夺了消费者的主要权利而无效的情形下，如果该格式条款可以与一般条款分开，就构成合同部分无效。三是合同部分无效，不影响其他部分效力的。如果合同表面上是一个行为，实质上由若干部分组成，或在内容上可以分为若干部分，即有效部分和无效部分可以独立存在，一部分无效并不影响另一部分的效力，那么无效部分被确认无效后，有效部分继续有效。但是，如果无效部分与有效部分有牵连关系，确认部分内容无效将影响有效部分的效力，或者从行为的目的、交易的习惯以及根据诚实信用和公平原则，决定剩余的有效部分对于当事人已无意义或已不公平合理，则合同应被全部确认为无效。四是合同部分无效需在除去无效的部分行为后，当事人将履行剩余部分行为的情况下，才发生部分无效。即部分无效不导致合同整体无效，如果部分无效将导致整个合同履行不公平，当事人也不愿意继续履行的，这种情况下应当宣告合同全部无效。

综合以上，我们认为，出让金约定价格低于签订合同时当地最低价的效力问题，可以认定为部分无效。也就是说，仅认定合同中的出让金数额条款无效，而不是认定合同整个无效。当事人可以仅就出让金数额条款进行修改，从而使得合同得以顺利履行下去，或者在认定合同整体有效的情形下，处理后续事宜。这样既维护了合同交易关系的稳定，也可以有效保护当事人的合法权益。关于合同效力，人民法院应当坚持不论当事人是否有明确主张均可依职权主动审查的司法原则，其出发点也是对国家、社会 and 他人利益的保护。因此，就出让金价款约定的效力问题，既可以根据当事人主动提出而审查，也可以由人民法院在审理案件过程中依职权主动进行审查。

— 同 类 问 题 —

行政管理部门同意受让人缓交甚至免交出让金的，能否以受让人未交清土地出让金为由认定其转让建设用地使用权合同无效？

按照《城市房地产管理法》第39条规定，以出让方式取得土地使用权，转让房地产时，必须按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金，否