



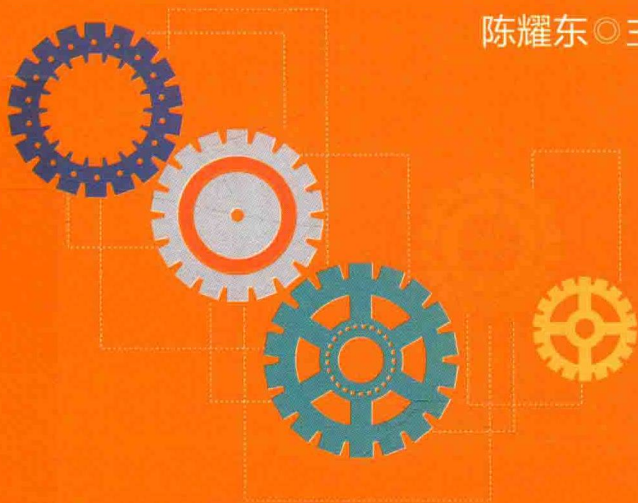
21世纪经济与管理精编教材
经济学系列

新编房地产 法学

(第二版)

The Science of Real Estate Law
2nd edition

陈耀东◎主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



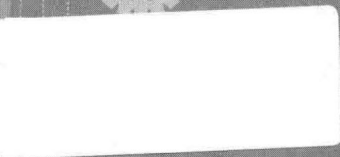
21世纪经济与管理精编教材
经济学系列

新编房地产 法学

(第二版)

The Science of Real Estate Law
2nd edition

陈耀东◎主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

新编房地产法学/陈耀东主编. —2版. —北京:北京大学出版社,2018.3

(21世纪经济与管理精编教材·经济学系列)

ISBN 978-7-301-29330-0

I. ①新… II. ①陈… III. ①房地产—法学—中国—高等学校—教材 IV. ①D922.181.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第036824号


- 书 名** 新编房地产法学(第二版)
XINBIAN FANGDICHANFAXUE
- 著作责任者** 陈耀东 主编
- 责任编辑** 任京雪 刘 京
- 标准书号** ISBN 978-7-301-29330-0
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路205号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn>
- 电子信箱** em@pup.cn QQ:552063295
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北京大学出版社经管图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752926
- 印 刷 者** 北京鑫海金澳胶印有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 787毫米×1092毫米 16开本 18.75印张 480千字
2009年10月第1版
2018年3月第2版 2018年3月第1次印刷
- 定 价** 39.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

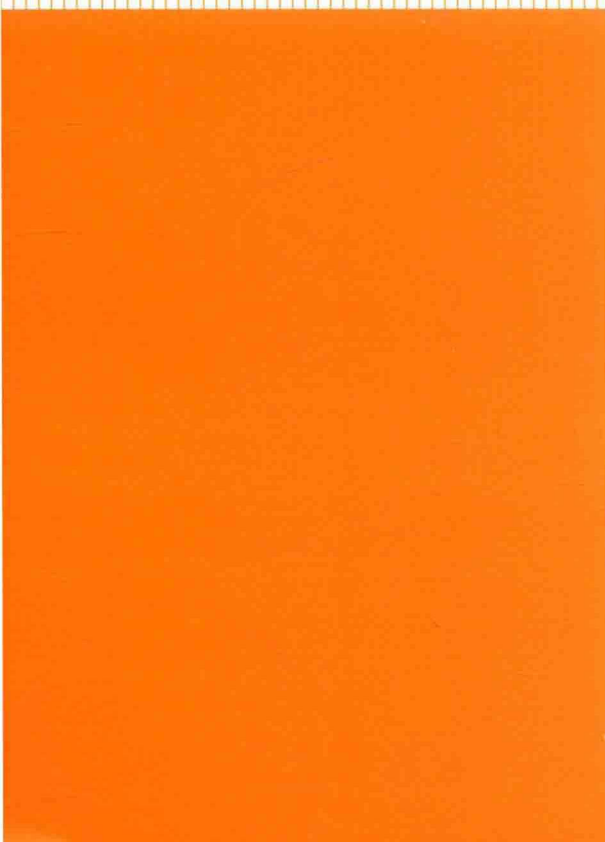
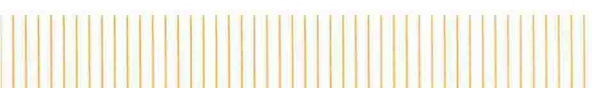
版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370



陈耀东，曾用名陈跃东，南开大学法学院教授、民商法专业博士研究生导师，南开大学滨海开发研究院房地产金融与法律研究中心副主任。主要研究领域为房地产法、财产法等民商法、经济法。



经济学相关教材

发展经济学 / 姚洋

新制度经济学 (第二版) / 卢现祥等

新编房地产法学 (第二版) / 陈耀东

法经济学 (第二版) / 史晋川

现代西方经济学流派 (第二版) / 王志伟

创业经济学 / 胡振华

区域经济学教程 (第二版) / 孙翠兰

能源经济学 / 周东

Stata数据分析应用 / 朱顺泉

策 划: 贾米娜

责任编辑: 任京雪 刘 京

封面设计:  知行北师

010-88360310

第二版前言

承蒙北京大学出版社相邀,《新编房地产法学》2009年出版之后,北京大学出版社的编辑曾多次催促本人修改再版,由于本人的拖沓、懒惰,延至今日方修改完毕。实有愧于北京大学出版社诸编辑之厚爱!在此,亦真诚地感谢北京大学出版社诸编辑之支持、鼓励及鞭策!

近些年来,伴随着我国市场经济的飞速发展,房地产业亦呈兴旺发达之态势。与之相伴,房地产领域的法律法规、司法解释、政策文件不断出台;直接或间接调整适用房地产关系的法律政策文件、相应条款亦不断涌现。法律者,如《民法总则》;行政法规者,如《房屋征收与补偿条例》《不动产登记暂行条例》;部门规章者,如《不动产登记条例细则》;司法解释者,如《房屋登记案件司法解释》《城镇房屋租赁合同司法解释》《物权法司法解释(一)》;国家政策者,如2013年11月12日《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》、2016年11月4日《中共中央 国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》。此外,一些法律文件正在修改之中,如《土地管理法》《住房公积金管理条例》;一些法律文件虽依然有效,但实践中已被“架空”,如2013年12月,住建部、财政部、发改委联合发布了《关于公共租赁住房和廉租住房并轨运行的通知》,即从2014年起各地公租房和廉租房并轨运行,将廉租住房并入公共租赁住房,从而使《廉租住房保障办法》“名存实亡”。鉴于此,房地产法教材实有修订之必要,如此方能与时俱进,及时回应我国法律政策的不断变化,亦能及时跟进房地产法理论的最新研究成果。

《新编房地产法学》在得到肯定的同时,亦发现其中存在一些疏漏乃至错误,有些章节内容也较为单薄。借此再版之机,本书在保留原有体例结构、行文风格的同时,一是对本书进行了全面修订,力求减少瑕疵;二是或删减或增加了部分章节内容,通过吸纳最新学术成果,力求对问题的说明、论证更为清晰、充实;三是将最新的法律政策文件纳入其中,并从解释论的角度进行适当阐释,力求在全面把握现行房地产法的基础上,能够洞悉我国未来房地产法的发展方向。

在修订工作中,由于首版一些作者工作变动的原因,本书再版部分章节的修订撰写者有所调整,具体分工如下:

陈耀东(南开大学法学院),第一章、第二章、第五章、第八章。

吴彬(天津市高级人民法院民一庭),第三章、第十二章。

杨雅婷(天津大学法学院),第四章。

王者洁(天津工业大学法学院),第六章。

罗瑞芳(北京社会科学院法学研究所),第七章、第十章。

赵文聘(中共中央上海市委党校、上海发展研究院),第九章。

吴迪(南开大学法学院),第十一章。

最后,由陈耀东统一修改定稿。南开大学民商法专业的硕士研究生孙雪雁同学对再版书稿进行了校对,在此一并表示感谢。

再版作者虽对修订本书临深履薄、精益求精,但疏漏、憾缺在所难免,尚祈读者斧正。

陈耀东

2018年1月于南开大学

前 言

伴随着我国房地产业的发展,我国的房地产立法经历了一个从无到有、从不完善到逐步走向完善的过程。2007年《物权法》的出台,则昭示着我国未来的房地产立法将步入成熟发展阶段。

以房地产法为研究对象的房地产法学作为一门学科,与我国房地产业、房地产立法的发展走着同样的道路。作为法学、房地产经济、工程管理等专业的一门课程,房地产法学在高等院校愈来愈受重视,房地产法学教育呈现出一片繁荣景象。

房地产法学教育离不开房地产法教材。我国最早的以房地产法命名的教材应该出现在20世纪90年代初期。房地产法教材的编著经历了起步阶段、探索阶段与繁荣阶段,已经走过了近二十年的历程。可以说,房地产法教材的编写与使用对繁荣房地产法教学与研究作出了很大贡献,也培养了大批的房地产法学人才,对房地产法实务亦产生了很好的指导作用。但客观来讲,目前的房地产法教材也存在一些缺陷。例如,现有教材多是章节的简单排列,未形成完整的、内在统一的体系;教材的内容、章节的安排缺乏严密的逻辑;对热点问题关注不够,缺乏应有的指导功能,等等。为了弥补现有房地产法教材的一些遗憾,我们旨在以一种新思路来编写房地产法教材,并试图在教材的体例设计与章节内容等方面作些尝试与创新,故将书名谓之“新编房地产法学”。之所以称“新编”,主要基于以下几点:

第一,体例新。

本书分为三编,即上、中、下三编。

上编是对房地产法基本理论和内容的高度概括,是统领全书内容的部分,居于总论的地位。“房地产财产权”一章,以民事财产权理论为平台,梳理、建构了我国的房地产财产权体系;考虑到登记乃是房地产权变动以及房地产利用的基础,没有登记则许多房地产法律制度就成了无源之水、无本之木,故“房地产登记”理当提领整个房地产法,置于上编部分合情合理。

房地产是一种财产,房地产关系是一种财产关系,而财产关系是人们在产品的生产、分配、交换和消费过程中形成的具有经济内容的关系,故中编是按照房地产这种产品从无到有、从有到交易、从交易到服务的运行过程进行的法律阐述。中编的体例在借鉴现行《城市房地产管理法》第二章、第三章、第四章的编排的基础上,吸纳了其他法律法规的规定,将中介服务与物业服务一并纳入“房地产服务”一章,并位于此编之内。

鉴于房地产法领域有些特殊问题既无法承载总论的作用,又难以融入房地产这种产品的财产关系的运行过程之中,故本书将其他比较重要的房地产法内容纳入了下编之中,作为特殊法律问题进行撰写。

第二,内容新。

《物权法》的出台,既为《土地管理法》《城市房地产管理法》《物业管理条例》《城市房屋拆迁管理条例》等法律法规的修改带来了契机,也为房地产法教材的编写注入了新思想、新观念。

现行房地产立法多是从行政管理角度制定的,现出版的房地产法教材多是将房地产法按照经济法或行政管理法的思路来撰写的。我们认为,房地产作为最重要的不动产,房地产法应以调整房地产民事关系为主,以调整房地产行政关系和房地产社会保障关系为辅。故此,本书基本上以民事理论,尤其是物权理论、债权理论为基础,更多从房地产民事权利的角度来撰写各章内容。

本书将房地产财产权、房地产登记、房地产征收、房地产社会保障等单独设计为独立各章,在现有的房地产法教材中是比较独到的。

本书所撰写的一些具体内容也是比较新颖的,如集体建设用地使用权的出让、出租、流转,宅基地使用权的相关法律问题,农民集体土地与其上的房屋登记问题,房屋买卖中的“小产权房”问题,房地产合作开发,房屋反向抵押等,在现有的房地产法教材中鲜有涉及。

第三,有一定前瞻性。

我国践行的房地产制度改革长期以来局限于城市国有土地使用权的财产化以及城市房屋的商品化,这使得对房地产的理解更多地等同于城市房地产,现有房地产立法也多是城市房地产立法,缺乏对农村房地产的法律调整。近些年,随着城乡一体化以及农村城市化的发展,以及“农地入市”、集体建设用地使用权流转步伐的加快,未来的房地产法必将朝着城乡一体化的方向设计。2008年10月12日《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》中也指出:“逐步建立城乡统一的建设用地市场,对依法取得的农村集体经营性建设用地,必须通过统一有形的土地市场、以公开规范的方式转让土地使用权,在符合规划的前提下与国有土地享有平等权益。抓紧完善相关法律法规和配套政策,规范推进农村土地管理制度改革。”这就要求编写房地产法教材时应该适应这一发展方向,作出积极反应。故此,本书在对现行房地产法进行整理和阐释的基础上,也反映了我们对未来房地产立法的前瞻性预判,以体现本书的学术价值。

当然,上述尝试和创新也许不是很成熟,甚至稚嫩,但毕竟是我们思考的结果,希望与各位读者分享,同时也期盼社会的检验和评判。

本书作为一部集体完成的作品,由南开大学法学院陈耀东教授任主编,由各位作者分工撰写、合作完成。具体分工如下:

陈耀东(南开大学),第一章、第二章、第五章(与李红娟合作编写)、第八章(与刘会玲合作编写)。

吴彬(天津市高级人民法院),第三章、第十二章。

杨雅婷(南开大学博士研究生),第四章。

李红娟(天津汉溢资产管理股份有限公司),第五章。

王者洁(天津工业大学),第六章。

罗瑞芳(天津社会科学院、南开大学博士研究生),第七章、第十章。

刘会玲(广东商学院),第八章。

赵文聘(天津工程技术师范学院、南开大学博士研究生),第九章。

王岳龙(南开大学博士研究生),第十一章。

本书由陈耀东、罗瑞芳统稿、定稿。感谢南开大学民商法专业的硕士研究生窦维娟、董绍君、滕亮等同学在文字修改等方面付出的辛劳。

陈耀东

2008年3月于南开大学

目 录

上 编

第一章 房地产与房地产法概说	3
第一节 房地产与房地产业	3
第二节 房地产法基本问题	14
第三节 我国房地产法的演化与健全	22
本章小结	26
第二章 房地产财产权	28
第一节 房地产财产权简要梳理	28
第二节 土地财产权	30
第三节 房屋财产权	46
本章小结	53
第三章 房地产登记	54
第一节 不动产物权变动与房地产登记模式	54
第二节 我国现行法调整下的房地产登记	61
第三节 农民集体土地与其上房屋登记	78
本章小结	81

中 编

第四章 房地产开发用地	85
第一节 房地产开发用地基本问题	85
第二节 建设用地使用权出让法律制度	89
第三节 建设用地使用权划拨法律制度	105
本章小结	109
第五章 房地产开发建设	110
第一节 房地产开发建设基本问题	110
第二节 房地产开发企业	116
第三节 房地产合作开发	121
本章小结	128

第六章 房地产交易 ·····	129
第一节 房地产交易概述·····	129
第二节 房地产转让·····	132
第三节 房地产抵押及相关制度·····	143
第四节 房地产使用权转移·····	151
本章小结·····	157
第七章 房地产服务 ·····	159
第一节 房地产中介服务·····	159
第二节 物业服务·····	167
本章小结·····	181

下 编

第八章 房地产征收 ·····	185
第一节 不动产征收基本法律问题·····	186
第二节 土地征收·····	190
第三节 房屋征收·····	197
本章小结·····	207
第九章 房地产社会保障 ·····	209
第一节 房地产社会保障概说·····	209
第二节 国内外住房保障立法介评·····	212
第三节 我国住房保障制度的类型与主要内容·····	217
第四节 我国农村房地产社会保障制度·····	229
本章小结·····	233
第十章 房地产行政管理 ·····	234
第一节 房地产行政管理概述·····	234
第二节 我国房地产行政管理体系与基本内容·····	240
第三节 我国现行房地产行政管理的法律检视·····	252
本章小结·····	255
第十一章 房地产税收 ·····	256
第一节 房地产税收基本知识·····	256
第二节 土地税·····	259
第三节 房产税·····	263
第四节 我国房地产税收制度的评价与房产税改革·····	265
本章小结·····	270
第十二章 房地产纠纷与解决 ·····	271
第一节 房地产纠纷·····	271
第二节 房地产纠纷的解决·····	276
本章小结·····	287
本书缩略语表 ·····	289

上 编

第一章 房地产与房地产法概说

【知识要求】

通过本章的学习,掌握:

- 不动产、房地产、房屋、土地、房地产业、房地产市场与房地产法的含义;
- 我国房地产法的特征、调整对象;
- 深入理解房地产法律关系并学会运用法律关系理论分析房地产法律问题。

【技能要求】

通过本章的学习,能够了解:

- 我国房地产法的渊源;
- 我国房地产法的发展及发展中存在的问题;
- 如何完善我国的房地产法。

第一节 房地产与房地产业

一、不动产与房地产

(一) 不动产

1. 不动产与动产——物的二元划分

物,可以从不同角度进行分类。从权利主体对物的性质方面,可分为公物与私物;从有无形体、可否触及方面,可分为有体物与无体物;从能否自由流通方面,可分为流通物、限制流通物和禁止流通物;从财产的移动性和是否附着于土地方面,可分为动产与不动产;等等。

物最重要的分类是动产与不动产。其分类方法是先规定不动产,除此之外的物为动产。现在,几乎所有的国家都承认这种划分。而且,各国长期以来也都存在以这种划分为基础的法律规则。划分动产与不动产的主要目的在于:以它们为交易客体的规则因物之属性不同必然产生不同的公示方式,并进而成为民事立法在物的划分上的基本分类,其他分类均受到该分类的影响或制约;在程序法和国际私法上,不动产与动产的区分也是确定诉讼管辖与冲突规则的基础之一。

不动产于法律上是一个非常古老的术语。如果从动产与不动产并行出现的历史演进过程

考察,古罗马《十二铜表法》中尚未出现不动产与动产的明确划分,而是采用“土地(包括房屋)”和“土地之外其他物品”的表达来说明土地、房屋与其他物存在的明显差异。后来,古罗马法学家莫德斯汀在其著作《论区别》中明确使用了“动产”与“不动产”的称谓,“被指派对全部财产进行管理的监护人,没有权利人的特别指派,不得转让物的所有权,无论是动产或不动产”^①。古罗马主要根据物是否具有可移动性、不动产的整体性,以及物的用途和作用来判断该物是动产还是不动产。从罗马法的法律实践可以看出,不动产与动产划分的制度价值在于:可以根据不动产与动产的特性给予物在法律上的不同规制。这同样也是后世各国法律延续不动产与动产划分的制度价值所在,例如法国民法在确定不动产与动产时就吸收了罗马法将物的作用、用途等纳入思考范围的综合分析方法,在判断不动产时,分别从自然性质、物的用途、是否附着于土地等不同角度进行综合判断。对此,《法国民法典》第 517 条作出了“财产之为不动产,或依其性质,或依其用途,或按其所附着的客体”的规定以高度概括这一基本判断思路。其中,“依其性质”为纯粹的物理标准;“依其用途,或按其所附着的客体”则是不完全的物理标准。再如,《意大利民法典》第 812 条规定,土地、泉水、河流、林木、房屋和其他建筑物,临时附着于土地的建筑物以及自然或是人为地与土地结为一体的物品是不动产。固定在河岸或者河床之上且永久使用而建造的磨坊、浴场,以及其他漂浮在水面上的建筑视为不动产。除此之外,所有其他财产则为动产。可见,动产与不动产的分类,其意义是巨大的,它对后世各国的法律理论和立法都产生了深远影响。在美国,虽然不同州对不动产一词有不同的理解,但基本上都包括土地、固定在土地上的定着物 and 附着于或者从属于土地的物。

目前,对不动产内涵的理解主要包括三项:第一,以物能否实现物理意义上的移动为标准,凡在空间上占有固定位置,不能移动或移动后会损害其经济价值的,为不动产,如土地及其定着物等。第二,从属于或者附着于自然不动产的动产,因其用途而成为不动产,如耕作用的家畜、农具,出租房屋用的浴缸。第三,以不动产为标的的权利,如地上权、地役权等。

历史上,各国对动产、不动产概念的界定和范围的框定在不同时期并不相同,两者的内涵和外延在各国也不完全一致,经常随社会需求和经济的发展而发生变化,并不单纯从能否移动的角度对物或财产是动产还是不动产进行判别。近些年,许多国家对不动产的法律规定除考虑财产的物理标准外,更加关注该财产的使用目的与用途、经济价值、社会意义等,采用整体确认、综合确认等思路来划定不动产的范畴。

2. 我国法的规定

动产与不动产的划分,在我国长期以来没有得到应有的重视。1922 年《苏俄民法典》废弃动产与不动产的区分以后,我国曾长期仿效。改革开放以来,1982 年 3 月我国《民事诉讼法》(试行)第 30 条中首次出现了“不动产”的表述。^②自 1986 年的《民法通则》确认不动产与动产的划分之后,此种物的分类愈来愈受到重视,比如《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 186 条将不动产规定为:“土地、附着于土地的建筑物及其他定着物、建筑物的固定附属设备为不动产。”1992 年 7 月 17 日国家税务总局颁布的《土地使用权转让及出售建筑物和经济权益转让征收营业税具体办法》第 8 条第 1 款第 4 项规定:“不动产,是指不能移动,移动后会起性质、形状改变的财产。”1995 年的《担保法》第 92 条规定:

^① 费安玲,“不动产与动产划分之罗马法与近现代法分析”,《比较法研究》,2007 年第 4 期。

^② 《民事诉讼法》(试行)第 30 条规定:“下列案件,由本条规定的人民法院专属管辖:(一)因不动产提起的诉讼,由不动产所在地人民法院管辖……”

“本法所称不动产是指土地以及房屋、林木等地上定着物。本法所称动产是指不动产以外的物。”2007年的《物权法》虽然未规定不动产的范围,但第2条第2款将动产与不动产明确规定为物的主要分类。^①2015年施行的《不动产登记暂行条例》第2条第2款规定:“本条例所称不动产,是指土地、海域以及房屋、林木等定着物。”2015年公布的《不动产登记条例细则》在起草过程中曾细化了不动产的范围^②,但最终该条被删除。从我国《宪法》《民法通则》《物权法》《土地管理法》等现行法的规定来看,我国的不动产有如下几类:①土地;②建筑物、林木等定着物;③矿藏;④水流;⑤海域;⑥森林;⑦山岭;⑧草原;⑨荒地;⑩滩涂等。^③

从上述有关规定来看,我国法对不动产的范围框定渐趋拓宽,但主要采用的依然是罗马法的标准,关注的也是物的物理属性,同时也考虑物的价值,采用了物的不可移动性和不动产整体确认的思考方法。

3. 对不动产的进一步理解

关于对不动产的理解与界定,我们认为:第一,不动产概念的表述应综合采用列举式与概括式,以使对不动产的认识处于一种开放状态。这样,富有弹性的不动产概念可以更好地适应社会经济生活的变化。第二,在坚持按照物理标准——不可移动性——这一基本思路来判定不动产的基础上,有必要辅之以登记标准,将须以登记为物权变动公示方法的某些动产也纳入不动产范畴之中。现实中,“在接受动产登记的例外时,实际上已经树立了一个新的划分动产和不动产的标准,这就是登记。凡社会认为是重要财产需要登记的,必须经过登记,其他财产不需要登记”。“以登记区分动产与不动产,已经成为生活中的一个事实,我们所要做的仅仅是揭示和说明这一客观存在。”^④域外民法中,《俄罗斯联邦民法典》第130条就确定了以登记作为动产与不动产划分的标准,将登记的动产也纳入不动产范畴,即登记性不动产。第三,在以不动产的整体性为判断标准时,不动产所包含的内容不仅有土地、土地附着物、与土地尚未脱离的土地生成物、因自然或者人力添附于土地并且不能分离的其他物,还包括看不见、摸不着,但可以直接感觉到的不动产权益,如不动产所有权、不动产用益物权等。这些权益虽然在当事人有约定的情况下可以将权利转移给他人,但这些权利的存在由于与不动产不可分离,故它们与不动产所形成的整体性依然不会因发生权利转移而受损。古罗马人就认为,人们对土地的关注实质上是对土地权利的关注,如罗马皇帝弗拉维乌斯·尤利安曾言:“没有人怀疑,如果我在我的土地上播种了你的小麦,收获物及出卖收获物的价金将是我的”,因为“在获取孳息的时候,人们关心的是对土地的权利,而非对种子的权利”^⑤。正是因为不动产的价值本质上凝结在不动产权益之中,因此,需要从法律上对不动产权益作出一种价值取向的肯定,将依托于不动产这一物质实体的权益作为不动产的整体来考虑。

① 我国《物权法》第2条第2款规定:“本法所称物,包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的,依照其规定。”

② 2015年《不动产登记条例细则》(征求意见稿)第2条规定:“依照本细则登记的不动产包括:(一)耕地、林地、草地、水域、滩涂、建设用地以及因自然淤积和人工填海、填湖形成的土地等;(二)定着于地表、地上或者地下的房屋等建筑物、构筑物以及特定空间;(三)海域以及海上建筑物、构筑物;(四)定着于土地的森林和林木;(五)法律、行政法规规定可以登记的其他不动产。”

③ 刘燕平、张富刚,《不动产登记制度理论探究》,北京:北京大学出版社,2016年,第6页。

④ 孟勤国,《物权二元结构论——中国物权制度的理论重构》,北京:人民法院出版社,2002年,第126页。

⑤ 费安玲,“不动产与动产划分之罗马法与近现代法分析”,《比较法研究》,2007年第4期。

（二）房地产

1. 对房地产概念的理解

（1）房地产一词的起源。自罗马法以来，不动产的概念已有上千年的历史。但从严格意义上来讲，无论是大陆法系，还是英美法系，迄今都没有房地产这一不动产法律意义上的称谓。我国古代社会也没有“房地产”的提法，对房地产相关概念的称谓主要有“田产”“宅业”，二者合称即为“田宅产业”。从房地产这一术语的产生时间来看，它应当是我国现代城市经济的产物，房地产一词本为经济学上的概念，后被广泛运用。

在我国，房地产与不动产往往被理解为是同一语义的两种表述。房地产是不动产，是不动产最主要和最重要的部分，但房地产并不等同于不动产，不动产还包括林木、海域、矿产资源等，不动产的外延和范围要大于房地产，房地产是不动产的下位概念。不动产与房地产概念的重心也不同，传统的不动产概念注重对私人财产权益，特别是土地权益的保护；房地产概念的重心则是房屋，既关注私益，也关注公益。

（2）何谓房地产？从自然属性上理解房地产，它依然是一个古老而又年轻的概念。说其古老是指作为物态的“房地产”几乎与人类社会的经济生活同时产生；作为经济范畴的“房地产”也随着商品经济和城市的产生而逐渐萌生、生成和发展，至少也有几百年了。说其年轻是指作为经济范畴的“房地产”的内涵，仍在讨论之中。目前，学界对房地产的定义有各种表述。^① 作为一个复合术语，单纯的土地和房屋不能被称作房地产，房地产必然是土地和房屋的统一。但笼统地称为土地和房屋，又不能准确地界定房地产的内涵，因为土地中的“地”作为生产要素，就其经济用途而言，只有承载用地才能于其上建造房屋；养力用地和富源地经转为建设用地后，才能成为房地产中的“地”。也就是说，“房地产是指建筑地块和建筑地块上以房屋为主的永久性建筑物及其衍生的权利”。住房和城乡建设部 2012 年颁布的《房地产登记技术规程》亦强调房与地的结合，“2.1.1 房地产 real estate 定着于地表或地下的房屋及其所占用的土地”。“房地产这个复合概念有两个鲜明的特点：一是房和地在物态上的不可分性；二是物态上的不可分性导致衍生权利的耦合性。而这种物态不可分性及其所衍生的产权关系的耦合性，正是房地产经济的特征和奥妙所在。”^②

简单来说，房地产即房产和地产的合称，是指土地财产、土地上的房屋财产，以及由此衍生的权益的总称。在外观形态上，房屋与土地总是联结在一起的，即“房依地建、地为房载”“房下有地、地上有房”，房地不可分离；在经济形态上，房地产的经济内容和运动过程也具有整体性；在法律上，房屋权利的交易一般导致建设用地使用权的转移，反之亦然，即所谓“房随地走、地随房走”，房屋所有权与建设用地使用权的主体原则上应为同一人。正因为如此，在产权形态上人们也习惯于将两者合称为房地产。

（3）城市房地产。《城市房地产管理法》所称的“城市房地产”，实际上是内地借鉴香港、澳门地区的房地产制度而形成的。内地在 20 世纪 80 年代推行的房地产制度改革，很大程度上借鉴了香港地区的做法，而香港地区的房地产基本上是指城市房地产，不包括农村房地产。澳门地区的房地产虽然形式上包括农村房地产，但农村房地产在澳门那里实质上已无意义。

中华人民共和国成立以来所推行的城乡二元社会结构，导致我国房地产的概念先天不足，

^① 比较有代表性的观点有：① 房和地有机整体论。② 房产和地产统称论。③ 狭义房地产论。④ 广义房地产论。

^⑤ 房地产即不动产论。参见曹振良等，《房地产经济学通论》，北京：北京大学出版社，2003 年，第 1 页。

^② 曹振良等，《房地产经济学通论》，北京：北京大学出版社，2003 年，第 2 页。

加之我国践行的房地产制度改革长期以来局限于城市国有土地使用权的民事财产化以及城市房屋的商品化,从而使得对房地产的理解更多地倾向于对城市房地产的狭义理解。这从我国制定的调整房地产领域的法律法规中就可见一斑,如《城市房地产管理法》《房屋拆迁条例》《城市商品房预售管理办法》《城市房地产开发经营管理条例》《城市房地产抵押管理办法》等。从我国农村房地产总量超过城市房地产总量的国情来看,将集体土地及其上之房屋排除在房地产法的统一调整下,会造成农村房地产或适用法律上的空白,或适用法律上的冲突。

近些年,一是国家顶层制度设计提出要破解城乡二元社会结构,促进城乡一体发展。“农地入市”“建立城乡统一的建设用地市场”、宅基地使用权与农民住宅财产权的流转试点改革为构建城乡统一的房地产市场指明了方向。^①二是近几年颁行的房地产领域的规范性法律文件,渐趋对城乡房地产进行一体化法律调整,如《城乡规划法》《不动产登记暂行条例》。

鉴于此,我国未来的房地产法有必要设计一个涵盖城市和农村的房地产概念。对此,本书将房地产的概念表述为:“房地产是指建设用地和其上之房屋,以及建设用地和房屋衍生的房地产权益。”需要说明的是:第一,此处的建设用地既包括国有建设用地,也包括集体建设用地。第二,建设用地在外延上涵盖了农村村民建房所依附的宅基地。第三,之所以未采用城市与农村的提法,是因为城市是一个动态发展的概念,其市区和边界是不断变化的。同时,城市也是一个地理概念,而非法律概念。实践中,判断城市范围的标准有行政边界、规划边界、城市建制、地理特征等^②,而这些都在不断变化之中,实难确定;随着城乡一体化以及农村城市化,农村这一地理概念也与城市一样具有不确定性。故此,本书采用“建设用地”“房屋”这两个法律概念作为构成房地产概念的基本元素。

2. 房屋

原建设部 2002 年 3 月 20 日发布的《房地产统计指标解释(试行)》对房屋的界定是:“一般指上有屋顶,周围有墙,能防风避雨,御寒保温,供人们在其中工作、生活、学习、娱乐和储藏物资,并具有固定基础,层高一般在 2.2 米以上的永久性场所。但根据某些地方的生活习惯,可供人们常年居住的窑洞、竹楼等也应包括在内。”狭义的房屋通常是指能够供人居住、生活或工作、生产,以及进行其他活动的场所。《城市房地产管理法》第 2 条是从广义上界定房屋的,即“本法所称房屋,是指土地上的房屋等建筑物及构筑物”。何谓建筑物、构筑物?我国现行法并

^① 例如,2008 年 10 月 12 日《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》中指出:“在土地利用规划确定的城镇建设用地范围外,经批准占用农村集体土地建设非公益性项目,允许农民依法通过多种方式参与开发经营并保障农民合法权益。逐步建立城乡统一的建设用地市场,对依法取得的农村集体经营性建设用地,必须通过统一有形的土地市场、以公开规范的方式转让土地使用权,在符合规划的前提下与国有土地享有平等权益。抓紧完善相关法律法规和配套政策,规范推进农村土地管理制度改革。”2013 年 11 月 12 日《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》之三“加快完善现代市场体系”之(11)指出“建立城乡统一的建设用地市场。在符合规划和用途管制前提下,允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股,实行与国有土地同等入市、同权同价。缩小征地范围,规范征地程序,完善对被征地农民合理、规范、多元保障机制。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。完善土地租赁、转让、抵押二级市场”。之六“健全城乡发展一体化体制机制”之(21)指出“赋予农民更多财产权利。保障农民集体经济组织成员权利,积极发展农民股份合作,赋予农民对集体资产股份占有、收益、有偿退出及抵押、担保、继承权。保障农户宅基地用益物权,改革完善农村宅基地制度,选择若干试点,慎重稳妥推进农民住房财产权抵押、担保、转让,探索农民增加财产性收入渠道。建立农村产权流转交易市场,推动农村产权流转交易公开、公正、规范运行”。2015 年 11 月中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《深化农村改革综合性实施方案》中指出:“城乡发展一体化是解决我国‘三农’问题的根本途径,必须坚持工业反哺农业、城市支持农村的基本方针,协调推进城镇化和新农村建设,加快形成以工促农、以城带乡、工农互惠、城乡一体的新型工农城乡关系,努力缩小城乡发展差距。”

^② 1990 年 4 月 1 日实施,被 2008 年 1 月 1 日生效实施的《城乡规划法》所取代的《城市规划法》第 3 条第 1 款曾规定:“本法所称城市,是指国家按行政建制设立的直辖市、市、镇。”

未规定,通常是指定着于土地地表或地表上下,具有顶盖、梁柱、墙壁,在其内进行生产和生活活动的构造物,如房屋、地下室、仓库、立体停车场、空中走廊等。凡具有覆盖墙垣,足以蔽风雨,供出入而可达经济上使用的,均是建筑物。即便屋顶没有完工,没有油漆粉刷,或者没有装妥门窗,均在所不问。^①而构筑物一般是指不在该物之内进行生产和生活活动的物,如水塔、烟筒、桥梁、道路、球场等。《房地产登记技术规程》亦是 from 广义上界定房屋的,“2.1.2 房屋 building 有固定基础、固定界限且有独立使用价值,人工建造的建筑物、构筑物以及特定空间”。“固定界限 fixed boundary 能够区分相邻房屋登记基本单元或共用部分,由固定的围护物或明确的界址点闭合形成的界线。”本书对房屋的概念亦从广义上进行界定,即房屋“是指土地地表及其上下的建筑物、构筑物及其附属设施”。因附属设施与建筑物、构筑物不可分离,故应将附属设施纳入其中。

从不同角度出发,房屋可作多种分类,比如按照所有权性质的不同,可分为国有房屋、集体所有房屋、私有房屋;按照用途的不同,可分为居住用房,工业用房,教育、科技、文化、卫生、体育用房,商业、旅游、娱乐用房等;按照主体人数的不同,可分为独有房屋、共有房屋、区分所有房屋。此外,房屋还可分为平房与楼房、新建房与旧房、期房与现房、商品房与社会保障住房等。

房屋作为人类生活、生产所必需的物质载体,其基本特征有:内涵统一性(房屋还包括其占地范围内的土地,两者合为一物)、空间固定性、需求普遍性、效用长期性等。

3. 土地

何谓土地?由于土地概念本身的多学科性及其在所属不同学科中所具有的不同语境,对土地的认识很难统一。例如,美国土地经济学家伊利认为:“经济学家所使用的土地这个词,指的是自然的各种力量,或自然资源……经济学上的土地侧重于大自然所赋予的东西。”^②归纳起来,对土地概念的理解,有资源价值说、土地价值说、土地物权说、几何分析说、综合体观说、土地地理学说、系统综合说等。^③

各国和各地区立法对土地概念的法律界定也存在差异。如我国台湾地区“土地法”第1条规定,土地为水陆及天然富源。水指水域,陆指陆地;天然富源指天然资源。美国《加利福尼亚州民法典》第659条规定:“土地为混土以及含有沙土、石头或其他成分而组成的物质,它包括地面以上和地面以下一定距离的开放或有建筑物的空间,其高度和深度由法律规定的空间决定,或由法律允许行使的空间权利决定。”可见,随着人类对土地开发利用的发展,人类对土地的本质和价值有了更深层次的理解。土地的概念应是三维立体空间的构成及该三维空间中自然资源的组合,如1999年美国《布莱克法律词典》对土地下的定义是:“土地是由地表、地上空间及地下空间三个部分所构成的一个不可移动的和不可毁灭的三维立体空间,包括在此空间内生长的所有生物及永久地附着于此空间内的所有物质。”

总之,土地是一个自然综合体,指具有四至范围的地球表面以及地面上空及地下,包括各种类型,如建设用地、耕地、自留地、自留山、林地、坡地、荒地等,以及水域、滩涂、岛屿、矿藏等。所以,土地的范围既包括地表,也包括地表上下一定范围之空间,可称为土地的横向范围和纵向范围。土地还是一个时间概念,体现了物尽其用的效率规则。不同时期人类对土地所施加

① 谢在全,《民法物权论》(上册),北京:中国政法大学出版社,1999年,第22页。

② [美]伊利,《土地经济学原理》,藤维藻译,北京:商务印书馆,1982年,第19页。

③ 徐汉明,《中国农民土地持有产权制度研究》,北京:社会科学文献出版社,2004年,第28—29页。

的影响强烈地改变了土地的自然性质和面貌,在不妨碍权利人行使土地权利的前提下,通过利用土地而不断提高着土地的空间效率。例如,为解决城市交通问题而设置的立体交叉桥、高架铁路、地下商场等,便是高效使用土地空间的典型例证。

根据《土地管理法》第4条的规定,我国将土地分为农用地、建设用地和未利用土地。具体而言,“农用地是指直接用于农业生产的土地,包括耕地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面等;建设用地是指建造建筑物、构筑物的土地,包括城乡住宅和公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地、军事设施用地等;未利用土地是指农用地和建设用地以外的土地”^①。此外,土地按照不同标准可以进行多种划分,比如按照所有制不同分为国有土地和集体土地;按照经济用途不同分为承载用地(如建设用地)、养力用地(如种植、养殖用地)、富源地(如矿藏地);按照对土地开发和开发利用的程度不同分为过生地、生地、熟地、过熟地;按照与城市经济联系的紧密程度不同分为农村土地和城市土地;按照土地产业结构不同分为工业用地、商业用地、公用事业用地、居住用地、军事用地等。

土地的基本特征包括自然特征和经济特征。前者是土地自然属性的反映,与人类对土地利用与否没有必然的联系;后者是在人类对土地利用的过程中产生的。土地的自然特征有位置的固定性、面积的有限性、质量的差异性、功能的永久性;土地的经济特征有土地供给的稀缺性、土地利用方式的相对分散性、土地利用方向变更的困难性、土地利用报酬递减的可能性、土地利用后果的社会性。^②有学者还认为,土地的经济特征除此之外还有区位效益性和边际产出递减性。^③作为自然力之禀赋的土地,其功能表现有承载功能、资源功能和生产功能。^④

(三) 房地产的属性

房地产作为一种商品,与动产、技术一样,具有价值和使用价值,也具有交换价值。但是,房地产毕竟不同于其他商品,它具有自己的特征。

1. 房地产的自然属性

主要包括:房地产位置的固定性,即不可移动性;房地产的耐久性,即使用的长期性;房地产的异质性,即独特性和不可替代性;房地产的保值增值性,即可以作为对抗通货膨胀的保值增值实物。

2. 房地产的经济属性

主要包括:房地产的高资本性、房地产利用适应物价变动的缓慢性、投资与消费的双重性、房地产利用的外部性。

3. 房地产的法律属性

主要包括:房地产的不动产性、房地产的法权性、房地产的可分性。

4. 房地产的社会属性

主要包括:房地产利用的社会效应、房地产的美学价值和心理效应。^⑤

① 参见《土地管理法》第4条第2款。

② 毕宝德,《土地经济学》,北京:中国人民大学出版社,2001年,第3—6页。

③ 王霞等,《城市土地经济学》,上海:复旦大学出版社,2004年,第5页。

④ 徐汉明,《中国农民土地持有产权制度研究》,北京:社会科学文献出版社,2004年,第31页。

⑤ 曹振良等,《房地产经济学通论》,北京:北京大学出版社,2003年,第3—6页。