

对话，SGLA（中世律所联盟）与北京大学法学院合作专栏

与“房地产法”专家对话 ——访北京大学法学院房地产研究中心副主任金锦萍博士

在法律实践中，一线的公司律师和社会律师都会有来自现实的困惑，为此，《SGLA 法律观察》开设《对话》专栏，由律师和北京大学法学院的教授们对话，针对企业界关心的法律问题，进行探讨，推动法律服务的进一步提升和发展。

《SGLA 法律观察》：在开发商将其土地使用权设定了抵押的情况下，但因开发商未能在规定的时间内开发已抵押的土地使用权，而被国家强行收回土地使用权的时候，抵押权人的利益如何保障？

金锦萍：政府根据《城市房地产管理法》依法收回土地使用权是一种行政法律关系，在性质上，与设立抵押权的民事法律行为有根本区别。政府在依法无偿收回土地使用权时，抵押权人并不能从政府获得补偿。同时，由于政府依法收回土地使用权的行为在民法上属于原始取得，因此，原抵押权人的抵押权因标的物的灭失而消灭。

在这种情况下，开发商未能按照国有土地使用权出让合同和有关法律法规的规定按时对土地进行开发，是导致国家收回土地使用权的主要原因，正是开发商的这一行为导致土地使用权灭失，开发商对此具有过失。根据《担保法》第五十一条的规定，抵押权人有权要求开发商提供与已抵押土地使用权价值相当的担保物。

《SGLA 法律观察》：以公有制经济占主导地位的开发企业在出让土地使用权时，为避免政策要求“公开挂牌交易”的规定，而由一方通过法院诉讼，要求强制执行土地使用权过户。法院是否可以做出执行判决？土地管理部门面对政策和法令的冲突时如何处理？

金锦萍：根据国资委和财政部《企业国有产权转让管理暂行办法》，国有产权转让应当在依法设立的产权交易机构中公开进行。具体到土地使用权出让，国有使用权必须通过各地设立的交易中心等进行公开挂牌交易。两部委的这一《办法》在性质上属于部门规章，系对国有资产管理中的具体问题进行规定，与上位法没有冲突。因此，法院在审理案件时应当适用这一办法的规定，不能做出执行判决。

我们认为，土地管理部门在具体执法时，既要符合法律法规的规定，又要考虑到政策的具体要求。在有关政策不违反法律基本原则的情况下，应在法律允许的范围内执行政策。如果政策涉及违反上位法规定的，应当按照有关法律程序建议对有关规范性文件进行审查。

《SGLA 法律观察》：企业投资参与土地一级开发行为，此时企业和委托方（土地储备中心或者某些地方的开发区管委会等）形成何种法律关系？在土地开发过程中，企业自主筹集开发资金进行开发的行为在法律上如何定性？是垫资（借贷）还是投资行为？

金锦萍：根据有关规定，经营性用地应当纳入土地储备，由土地储备中心完成前期开发后，再按照“招拍挂”程序公开出让。因此，现行法律为企业参与土地一级开发预留的空间不大。从现有法律规定和各地实践来看，企业（如开发商）并不能成为土地一级开发的主体，各地实践中开发商也只是作为具体前期开发工程的施工方来参与土地一级开发。

由此我们认为，目前企业在参与一级开发时，其与委托方成立建筑工程合同法律关系，企业按照委托人的要求进行工程建设，委托人支付相应的合同价款。从法律规定来看，企业自主筹集开发资金的行为应当认定为垫资行为。投资行为不仅不符合法律有关土地前期开发主体资格的规定，也与各地的实践不符。

《SGLA 法律观察》：国家目前有商品房预售的有关规定，但是没有关于工业厂房预售的相应政策和规范，您对于工业厂房预售制度的建立有何意见？

金锦萍：随着我国经济的迅速发展和房地产业的不断成熟，工业厂房开发已经成为房地产行业发展的方向之一，不仅有利于推动房地产业的进一步发展，也符合我国当前工业基础设施建设迅速发展的要求。

工业厂房预售制度的建立是工业厂房开发建设的重要环节，国家应当考虑适时推动这一制度的建立和完善。需要注意的是，与商品房预售不同，工业厂房在建设和转让时具有整体性，建造标准也与商品房不同，因此，在建立工业厂房预售制度时应当考虑到这些特殊性，对有关的工程建设、厂房登记等制度进行完善，以符合工业厂房预售的要求。