

其一,居住权制度将对有关产业发展产生影响。在产业发展上,居住权制度或带动以房养老模式的发展,为其提供制度保障。同时,居住权制度的灵活性也可能为廉租房、公租房等既有住房模式提供法治支撑。但是,也有观点认为,居住权并不具有普适性,市场上设置居住权的房产应该仅是个别情况,只会占市场的很小比例,很大一部分绑定居住权的房产会是在公租房、法拍房等特殊领域。因此,居住权制度虽然会对二手房的流通产生一定影响,但对整个房地产市场影响甚微。

其二,居住权制度将对相关利害关系人产生影响。一方面,对于房屋的所有权人而言,居住权成立后会对其权利产生一定限制。对所有权人来讲,设立居住权后,房屋所有权人的权利肯定受到限制。例如,房屋所有权人不能再把房屋进行出租,否则将和居住权人的利益产生冲突。但是,房屋所有权人可以继续转让房屋。虽然在房屋上设立了居住权,但是,房屋的所有权人是不会变的。但是,无论将房屋转让给谁,居住权都是不会变的。也就是说“房屋转让不能打破居住权”。这就意味着,设立居住权后,房屋的所有权人在出售房屋的时候肯定会有较多障碍。另一方面,买房人将会面临更多的审查义务。居住权属于用益物权,可以对房屋的所有者进行对抗,所以在进行房产交易的过程之中,买房人不能忽略是否存在居住权。买房人不仅仅需要查询房屋的所有权归属、有无查封、有无抵押等情况,还必须确认房屋上是否登记了居住权,防止出现房子购买之后无法行使使用权等问题。买房人经过查询房屋的登记情况,如果发现房屋上有居住权,则意味着买房人买房后既不能居住,也不能出租,这就导致买房的交换价值和使用价值受到很多限制。因此,在《民法典》正式施行之后,二手房交易中,买房人要尽到更为谨慎的买方注意义务,对所购买之房屋上的抵押权、居住权等权利负担进行更为详尽的审查,避免出现“买者风险自担”之不利后果。

总之,民法典设置专章规定居住权,反映了“以人民为中心”的发展思想,反映了民事立法对人民群众现实居住需求的积极回应。有理由相信,民法典的居住权将对百姓的日常生活带来明显的变化。我们应该充分利用好居住权制度实现“房尽其用、住有所居”的美好愿望。但是,也应该重视居住权制度的引入对有关产业和利害关系人可能产生的影响,积极采取措施,对有关问题提前作出制度安排。

## 合伙合同法律规范对合作开发房地产合同纠纷审判的意义

曹 慧

(山东省济南市中级人民法院民一庭法官,山东 济南 250001)

随着房地产制度改革的推进,房地产市场得到迅速发展,但由于现阶段我国房地产市场功能尚不健全,市场交易行为不规范,引发了众多纠纷。<sup>①</sup>合作开发作为房地产行业常见的运营模式,合作开发主体间的纠纷在房地产纠纷案件中占有很大比例。合作开发房地产合同<sup>②</sup>大量存在于房地产开发实践中,但《合同法》并未规定此种合同类型,与法律规范缺失形成对比的是,合作开发合同已经在实践中发展出极其多样化的形态,因此长期以来审判实务中在处理相关纠纷时常陷于法律适用的困境。

民法典合同编设立专章规定了“合伙合同”,确立合伙合同的基本规则,填补了我国关于合伙合同法律调整的漏洞。实务中的合作开发房地产合同具备合伙合同的属性,民法典合同编新增“合伙合同”这一

<sup>①</sup> 最高人民法院民事审判第一庭:《最高人民法院国有土地使用权合同纠纷司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第6页。

<sup>②</sup> 合作开发房地产合同的概念在立法中并未体现,《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》第十四条规定了此概念,即合作开发房地产合同是指当事人订立的以提供出让土地使用权、资金等作为共同投资,共享利润、共担风险合作开发房地产为基本内容的协议。

典型合同类型,对于审判实践中处理合作开发房地产合同纠纷提供了法律依据。有些合同虽有合作之名但并无合作之实,根据合伙合同的核心属性可以对房地产开发实务中大量存在各类合资、合作合同进行甄别。区别于一般合同,合伙合同当事人的权利义务具有一致性,是一种合作关系而非对立关系,合伙还具有较强的人合性和组织性。合伙合同法律规范中关于合伙财产分割、合伙利润分配与亏损分配、退伙、合伙合同终止后的处理等规则对合作开发房地产合同相关纠纷的处理提供了依据。

## 一、合作开发房地产合同具备合伙合同的属性

### (一)合作开发房地产合同的概念

按照《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》第十四条的规定,合作开发房地产合同是指当事人订立的以提供出让土地使用权、资金等作为共同投资,共享利润、共担风险合作开发房地产为基本内容的协议。对“合作开发房地产合同”概念的理解需要分析“合作”与“开发”的含义。根据最高院司法解释中的定义,显然此处“合作开发”是一种经营行为,“合作开发”中的“开发”的准确含义是“房地产开发经营”而非泛指一切“房地产开发”活动。

关于“合作”的含义,最高院司法解释中规定了“共同投资”“共享利润”“共担风险”三个要件。最高院没有规定“共同经营”为合作开发的要件,并认为这充分体现了合作开发房地产合同与传统的联营合同的不同,也充分表达了合作开发房地产合同中共同出资与共担风险的重要性。<sup>①</sup>

笔者认为,合作开发房地产合同与联营合同的根本区别并不在于合作主体是否共同参与经营,而在于合作的事业是临时性还是长期性的。“联营”指《民法通则》规定的企业之间或者企业、事业单位之间联营。<sup>②</sup>我国将自然人之间的合伙称为“个人合伙”,将法人之间的合伙称为“合伙型联营”,所谓联营实际上是由法人组成的合伙组织。<sup>③</sup>法人之间的合伙,可以分为持续性合伙和偶然性合伙。<sup>④</sup>企业间联营合同多具有长期性、持续性、稳定性,为持续性合伙。而合作开发具有临时性、偶然性、一次性,为达成特定的目的,为偶然性合伙。

合作开发以具有共同事业为核心特征,正是由于要从事共同的事业,所以各方需要共同出资、直接或间接参与经营、共享利润、共担风险。当各合伙人就事业之成立有共同利害关系时,则其事业为共同。<sup>⑤</sup>因此,判断是否属于合作开发关系,应当以各方有没有形成“共同事业”为标准,即各方是否具有一致的利益指向,就开发项目是否形成共同利害关系。有鉴于此,当事人之间是否“共担风险”对于合作开发关系的认定具有关键意义。

### (二)合作开发房地产合同的性质辨析

民法典第九百六十七条规定,合伙合同是两个以上合伙人为了共同的事业目的,订立的共享利益、共担风险的协议。合伙合同,是以各合伙人共同出资为基础,以共同事业为目的,以共享利益、共担风险为本质的协议。合作开发是法人之间,基于特定目的建立的临时性、偶然性的合伙关系。合作开发合同在性质上属于是明确合伙内部权利义务的合伙协议。合伙协议与股东签署的公司章程一样,属于共同行为,与属于双边行为的一般合同具有不同的性质。共同行为各方的利益指向是一致,而双边行为双方的利益是对立的,一方的权利构成对方的义务。合伙协议各方不构成对待给付关系。

因此,对合作开发房地产合同更为确切的定义应当为“合伙开发房地产合同”。“合作”的概念在日常

① 最高人民法院民事审判第一庭:《最高人民法院国有土地使用权合同纠纷司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第159页。

② 李开国、张玉敏:《中国民法学》,法律出版社2002年版,第167页。

③ 《民法通则》第五十一、五十二、五十三条的规定。

④ 王利明:《论合伙协议与合伙组织体的相互关系》,《当代法学》2013年第4期,第61页。

⑤ 史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第686页。

生活以及商业交易中的使用有泛化的现象,受“合作共赢”理念的影响,诸如买卖合同等主体之间利益成对立态势的双边行为,也都可以被理解或描述为是一种“合作”关系,甚至商业活动中任何交易都可以被认为是交易双方的“合作”。可见,作为法律概念使用的“合作开发房地产合同”中“合作”的内涵,与社会公众在日常生活中对“合作”的理解有明显的区别。为避免混淆,将“合作开发房地产合同”定义为“合伙开发房地产合同”更为妥当。

## 二、实务中合作开发房地产合同的“名实不符”现象

合作开发合同属于合伙合同,而合伙合同的核心属性是合作各方具有共同的利益指向,通过房地产项目的开发获益是各方共同目的,共同承担开发项目的风险是必然要求。如果各方利益指向不一致,不是共同从事开发事业,而是在开发过程中各取所需,则不构成合作关系。在合作关系中各方的给付是对“合作组织”的出资,不是向对方的给付。

### (一)合作开发“名实不符”的原因

合作开发房地产合同中的“合作”实际是一种主体间利益指向一致的“合伙”关系,一切权利义务呈对待关系的合同均不能构成“合伙”。而日常生活及商业交易中对“合作”概念的使用有泛化的现象,房地产开发项目实施过程中,有多个主体参与时,往往签订各种类型的“合作协议”。实践中,房地产开发领域存在大量的“合作协议”,这些所谓的“合作协议”之中有很大一部分签订主体之间的权利义务呈对待关系,而非一致关系,不属于“合作开发房地产合同。”

真正的合作开发关系,合作各方付出的是出资,包括以金钱出资或以实物出资,获取的是项目结算后的利润分配,而利润有无及利润的数额在项目完成结算之前是无法确定的。合同约定一方取得固定的利益,说明取得固定利益一方不承担经营的风险,则不构成真正的合作关系。如果提供土地使用权一方取得固定利益,比如数额确定的金钱、面积或者比例确定的房屋,则应认定为土地使用权转让合同关系。如果出资一方取得固定利益,比如收取固定数额金钱、取得确定面积或者比例房屋所有权或者使用权,则根据其取得利益不同而构成借贷关系或者房屋买卖、租赁关系。<sup>①</sup>

### (二)合作开发“名实不符”的具体类型

除了最高院司法解释中列举的合作开发合同“名实不符”的四种类型<sup>②</sup>以外,实践中还常见另一种类型的“名实不符”,即房地产开发取得建设用地使用权之前,在土地熟化过程中,由原土地使用权人与项目建设单位之间签订的合作协议。

建设项目取得建设用地使用权除了法定特殊情况下可以划拨的方式取得外,都应当以出让方式取得,由建设单位与政府签订出让合同。以出让方式取得土地使用权是原始取得,该土地应当没有任何权利负担,并且土地应具备实施开发的基础条件。因此,政府在出让土地之前,应当完成所谓的“前期熟化”,主要包括两方面的内容:其一,对原土地使用权人进行安置补偿,注销原土地使用权及不动产所有权;其二,对土地进行基础设施建设,使其具备实施开发的条件。这两方面的工作都需要付出大量的资金,为减轻资金压力,在土地的“前期熟化”中政府会引进社会资本,往往是有用地意向的开发企业在办理土地出让手续之前便对土地熟化进行投资,包括对原土地使用权人进行安置补偿。由此,原本应属政府实施的土地熟化工作转嫁给了用地意向企业,由用地意向企业实施拆迁安置等工作,并投入相应的资金。

社会资本的投入总是需要回报的,政府所给予的回报可能是限制参与竞买资格,例如规定只有实施了前期熟化的企业才有资格参与该宗土地的招、拍、挂,以此确保投入资金实施土地熟化的企业能够取得建设用地使用权。而前期为实施土地熟化所支出的费用,往往是通过政府将部分出让金返还给原土地权

<sup>①</sup> 《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》第二十四条至二十七条的规定。

<sup>②</sup> 即“名为合作实为土地使用权转让”“名为合作实为房屋买卖”“名为合作实为借款”“名为合作实为租赁”,详见《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》第二十四条至二十七条的规定。

利人,再由原土地权利人支付给土地熟化投资企业,以此完成熟化资金的回收。在这样一种运作模式中,涉及政府、原土地权利人、开发企业三方主体,政府与原土地权利人之间是土地使用权收回或收购合同关系,政府与开发企业是土地使用权出让合同关系,而由于开发企业介入到土地收回过程中的拆迁安置补偿活动中,从而使得开发企业与原土地权利人也发生法律关系。开发企业为了获得土地竞买资格,通过与原土地权利人签订“合作协议”的方式确立自己所谓“熟化人”的地位。此种“合作协议”的内容一般涉及开发企业应出资对原权利人进行安置补偿,比如建设一定数量的安置房,可能还需另支付一定数量的补偿款,并参加该宗土地的招、拍、挂;原权利人应积极配合政府对土地的收储,如期完成搬迁,并将政府返还的土地出让金(实质上系对收回土地使用权的补偿),转付给开发企业。因此,开发企业与原土地权利人之间的权利义务构成对待给付,双方并非利益一致,不能构成合作开发房地产合同关系。其中构成合同主要内容的安置房的建设交付与土地出让金的转支付,较接近于房屋买卖合同或者委托代建合同,应视合同具体内容予以辨别。

上述土地熟化的运作模式,不利于原土地使用权人即被拆迁人安置补偿利益的保障,特别是将竞买人资格限定为熟化人的政策,与土地使用权公开、公平交易的基本要求不符,影响了土地使用权交易的正常秩序。鉴于以上弊端,目前此种模式在一定程度上已经得到纠正<sup>①</sup>,但所引发的纠纷在现阶段仍大量存在。

### 三、合作开发合同无效、解除后的处理

合作各方投入资金或者土地使用权,从性质上属于履行出资义务,原则上一经出资即构成合作各方共有的状态。在完成出资后,为了达成合作经营事业的目的,合作各方有维持合作资本的义务,无正当理由不得要求撤回出资或者分割合作资产。在合作合同无效或解除的情况下,一方面,由于合作合同为共同行为并非双边行为,合作合同中的给付义务系向“合作组织”的出资并非向对方履行对待给付。因此,在合作关系中不存在一方因合同而取得对方财产的情况,在合同无效时也不能简单地适用一般合同无效或解除时“返还原物”的处理方式。另一方面,合作合同系继续性合同,继续性合同无效、被撤销或解除一般不溯及既往,合同消灭应面向将来,之前的合同关系不受影响,合同消灭后没有恢复原状的可能性或者不宜恢复原状。

合作合同无效或解除后应采取清算机制,对合作期间形成共有状态的资产进行清算,由合作各方对资产和负债进行清理,确定利润的分配和亏损的负担。合作一方要求对合作开发房地产项目的实物进行分割的,如果建设用地使用权登记在一方名下的,一般应当按照物权法的规定确定地上建筑物归属于土地使用权人,但取得建筑物所有权的一方应当对其他合作方进行补偿。按照实际出资比例或者参照合作合同约定的比例,确定各方所应占份额,对该份额的价值进行评估确定,由取得项目实物权属的一方对他方进行补偿。

---

<sup>①</sup> 比如济南市政府于2015年5月18日出台《济南市政府关于规范社会资金参与土地熟化工作的意见》,明确了土地熟化投资的回报为不高于投入资金的15%,结束了之前熟化人才有资格参与竞买的土地出让模式,并规定以2016年6月30日为限,仍未完成土地熟化的,重新签订土地熟化投资协议,实施“净地”出让,因此网络称2016年6月30日为济南土地出让“唯一熟化人”模式的大限。

## The Civil Code and Improvement of the Real Estate Legal System (Exchange by Writing)

WANG Jintang, LIU Yunsheng, LI Zonglu, CHEN Xiaojun,

LIANG Yong, YU Jiansheng, GUAN Hongyan, CAO Hui

**Editor's note:** The promulgation of the *Civil Code of the People's Republic of China* has a significant impact on the real estate legal system in China. Focusing on “the civil code and improvement of real estate legal system”, we invite the scholars from the legal and judicial circles to participate in the exchange. The exchange puts forward some novel and unique viewpoints regarding the legislation of “separation of three rights” of rural land, the extension and application of the right of residence, and the solution of judicial confusion in the practice of real estate dispute trial, which are of reference significance for the legislation and judicial improvement of the legal system of land and other real estate in China.

**Key words:** the civil code; separation of three rights; right of land management; right of residence; jointly-developed real estate; dissenting registration

(责任编辑:董兴佩)

---

(上接第 20 页)

## Luo Jialun's Thoughts of Science Studies

LI Xingmin

(Association for the Journal of Dialectics of Nature, Chinese Academy of Sciences, Beijing 100049, China)

**Abstract:** Although Luo Jialun was not a scientist or a philosopher of science, he, as a thinker, paid more attention to science and scientific theory and wrote many works on them. This paper focuses on the following aspects, including Luo Jialun's concept, classification, nature or characteristics of science, scientific method and spirit, function or value of science, the relationship between science and metaphysics, Luo Jialun and critical school of thoughts, and elaborates on his thoughts of science studies in a relatively comprehensive way and makes appropriate evaluations.

**Key words:** Luo Jialun, science, science studies, metaphysics or philosophy

(责任编辑:江 雯)