

原文发表于韩国庆熙大学法学研究所《庆熙法学》(Kyung Hee Law Journal)第 43 卷, 2008 年 12 月, 第 605-645 页。

最高人民法院与合同生效要件

——以国有土地使用权转让合同为例 (1987 - 2007)

王 军

论文摘要:

“合同生效要件”关注的问题是, 一个有效合同应该具备哪些法律上的条件。有效合同是可请求法院强制执行的合同。因此, 研究合同生效要件, 不仅要考虑成文法的规定, 还必须关注审判实践, 研究法院的观点。自 1987 年 1 月 1 日“民法通则”施行至 2007 年 10 月 1 日“物权法”施行的 20 年间, 中国的合同生效要件发生了显著变化。这个变化不仅是立法上的改变, 也反映在最高人民法院的司法解释和司法实践之中。本文以国有土地使用权转让合同为例, 在比较了《合同法》实行前后的立法、司法实践和相关理论的基础上, 着重讨论了最高法院对合同生效要件的解释和适用, 最高法院如何以自己的方式改变合同生效要件, 以及最高法院进行上述解释的理论基础。

本文研究发现:

1. 民法通则的“企业法人应在核准登记的经营范围內从事经营”的规定, 已施行 20 余年, 至今未变。但最高法院对该规则的解释却经历了显著变化: 企业“经营范围”最初被等同于企业法人的“行为能力”范围, 成为合同生效要件之一; 1993 年“全国经济审判工作座谈会纪要”发布后, 最高法院基本放弃了上述观点; 目前, “经营范围”仅在个别情形下可作为判定合同效力的要件。
2. 关于不动产权属登记究竟是合同生效要件还是物权变动要件, 制定法并无明确规定。各级法院 (包括最高法院) 在合同法施行前一直将其视为合同的“法定形式”, 因而登记事实上成了合同生效要件。至法释[2005]5 号解释, 最高法院形成了区分“设定债权债务的合同”

和“物权变动”的观点，从而认为不动产权属登记不是合同生效要件而是物权变动要件。到物权法颁布时，这一观点得到更多强调。

3. 房地产管理法等规定了土地使用权“转让”的条件，但“转让”究竟是指订立转让合同，还是转移物权，制定法上从未明确规定。最高法院一直将“转让”解释为订立转让合同，实际上导致合同生效要件复杂化。最高法院通过判决和法释[2005]5号解释简化土地使用权转让合同的生效要件，其实质是在缓解自己制造的难题。

综上所述，自1987年至2007年的20年间，合同生效要件在中国的演变，固然与民事制定法的变革（主要是1999年合同法的施行）有关，但本文对土地使用权转让合同的分析表明，更主要的原因可能是最高法院对制定法的解释及其理论基础发生了变化。20年间，合同生效要件由繁就简、由紧至松的逐渐变化，主要是因为最高法院逐渐修正了自己的理论观点，改变了先前的某些观念或教条。

目前，最高法院的各种观点仍在不断变动，理论分歧时有发生。如何将最高法院的理论争论从类立法的、不公开的状态纳入一套公开的理性化机制（如真正的合议制、判决书说理、判决书显示异议意见等）成为当前的迫切任务。

目录

1. 引言	3
2. 合同法施行前.....	4
3. 合同法施行以来.....	8
4. 最高法院的理论基础.....	12
5. 结论.....	15

论文正文：

“合同生效要件”的实质是：一个有效合同（即可请求法院强制执行的合同）应该具备哪些法律上的条件。自 1987 年 1 月 1 日民法通则施行至 2007 年 10 月 1 日物权法施行的 20 年间，中国的合同生效要件发生了显著变化。这个变化不仅是立法上的改变，也反映在最高人民法院（以下简称：最高法院）的司法解释和司法实践之中。最高法院如何解释合同生效要件？如何以自己的方式改变合同生效要件？其理论基础是什么？本文试图以国有土地使用权转让合同为例讨论上述问题。

1. 引言

中华人民共和国的一切土地均归公有，即国家所有或者集体所有。“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”。¹这是宪法中“生产资料的社会主义公有制”在土地法上的反映。²在一切土地公有的前提下，土地所有权的转让是不可能的。事实上，宪法和法律也禁止土地所有权的转让。³但是，“土地使用权”可以分配或出让给个人或者组织，可以依法转让。⁴因此，作为一种承载一切有形财富、不可或缺的市场要素，土地在中国国民经济中的配置和流转是通过各种“土地使用权”的划拨、出让、出租、承包、投资入股和转让等方式实现的。

作为国有土地的所有者，国家可以通过“出让”和“划拨”两种方式设立国有土地土地使用权。“出让”是国家以收取使用者出让金为对价，允许使用者在一定年限内占有、使用土地（包括依法处分土地使用权）的行为。⁵土地使用权出让应该签订书面合同。⁶“划拨”是国家为某些公共或法定目标而将土地使用权无偿交付使用者使用的行为。土地使用权划拨无须签订书面合同，除法律、行政法规规定外，没有使用期限。⁷以“出让”或者“划拨”方式取得的土地使用权均可依法转让。⁸本文仅讨论国有土地使用权的转让，不涉及集体土地使用权问题。

¹ 宪法（1982）第 10 条第 1、2 款。迄今为止的多次次宪法修正均未修改上述两款。

² 宪法（1982）第 6 条第 1 款。

³ 宪法（1988）第 10 条第 4 款规定，“任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。”土地管理法（1986）第 2 条第 3 款有相同规定。

⁴ 宪法（1988）第 10 条第 4 款，土地管理法第 2 条第 3 款、第 9 条。

⁵ 城市房地产管理法（1995）第 7 条。

⁶ 城市房地产管理法（1995）第 14 条。

⁷ 城市房地产管理法（1995）第 22 条。

⁸ 城市房地产管理法（1995）第 36—45 条。

法律经济学的观点一般认为，财产的自由流转有利于资源的有效配置，也就是说，有助于资源流向能够最有效率使用该资源的人。⁹基于这种观点，鼓励市场经济的法律就应该减少对财产转让的限制，使资源尽可能自由交易。这恰好也符合古典合同法的合同自由理念。¹⁰中国的国有土地使用权转让合同所经历的法律变化似乎为上述论点提供了一个佐证：国有土地的开发利用对中国工业化和城市现代化的发展至关重要，在中国经济逐步市场化的同时，此类合同的生效要件也经历了一个由严到松的过程。

2. 合同法施行前

2.1 法律法规、司法实践和理论观点

在合同法施行（1999 年 10 月 1 日起施行）前，土地使用权转让合同的生效要件，在民事一般法上须依经济合同法（1982）和民法通则（1987）关于“经济合同”和“民事法律行为”的规定，在特别法上须依城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例（1990）和城市房地产管理法（1995）的规定。综合起来一个有效合同应该符合以下四个要件：

第一，行为人具有相应的民事行为能力。¹¹对自然人来说，民法通则从其年龄、精神健康状况等方面规定了行为能力标准。¹²对企业法人而言，¹³当时的司法实践和主流民法理论均将经核准的企业法人工商登记记载的经营范围作为界定法人行为能力的标准。因此，法人超越经营范围订立的合同属于从事不“具有相应民事行为能力”的民事行为，为无效合同。¹⁴由于当时仍处于经济改革初期，企业的经营范围须经相应主管部门批准后才能进行工商登记，¹⁵而且企业的经营范围通常比较狭窄、固定，按行业划分职权的主管部门也绝不鼓励企业跨行业从事“多种经营”。然而，遭受长期计划经济压抑后逐渐苏醒的中国经济萌发出越来越多的商业机会，它们诱使正在扩大经营自主权的工商企业超越经营范围开展各类经营。于是，

⁹ 波斯纳著，蒋兆康译，《法律的经济分析》，中国大百科全书出版社 1997 年，第 41 页。

¹⁰ 阿迪亚著，赵旭东、何帅领、邓晓霞译，《合同法导论》，法律出版社 2002 年，第 7 页。

¹¹ 民法通则第 55 条第 1 款。

¹² 参见民法通则第 11—14 条。

¹³ 民法通则第 42 条规定，企业法人应在核准登记的经营范围内从事经营。

¹⁴ 最高法院“关于在审理经济合同纠纷案件中具体适用《经济合同法》的若干问题的解答”（1987 年 7 月发布，2000 年 7 月废止）指出，“超越经营范围或违反经营方式所签订的合同应认定为无效合同。例如：非法经营重要生产资料和紧俏耐用消费品的；零售商经营批发业务的；代销商搞经销的；只准在特定地区内销售的进口商品，未经批准私自流入其他地区的，等等，均应按无效合同处理。全部为超营项目的，全部无效；部分为超营项目的，超营部分无效。”另参见王利明、崔建远，《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社 1996 年，第 190 页。理论观点参见王家福主编，《中国民法学·民法债权》，法律出版社 1991 年，第 318 页。

¹⁵ 企业法人登记管理条例（1988）第 15 条规定，申请企业法人开业登记者须提交“主管部门或者审批机关的批准文件”。

这一规则在工商管理和司法实践中导致出现了大量无效合同。

第二，意思表示真实。¹⁶法律规定了意思表示不真实的两种表现，即受欺诈或者受胁迫而为的意思表示，未涉及单方或双方通谋的虚伪意思表示。受欺诈或者受胁迫而订立的合同自始无效，¹⁷这同样导致大量无效合同。而且，从法律文义上看，法律并不禁止实施欺诈和胁迫的合同当事人主张合同无效——这就形成了一种激励：缔约时存有过错的当事人往往更热衷于以合同无效为借口摆脱合同责任。

第三，不违反法律或者社会公共利益。¹⁸作为判定合同合法性依据的“法律”，其含义极其宽泛，实际上包括了一切法律、行政法规、地方法规、部门规章，乃至国家政策和计划。¹⁹经济合同要具备合法性，就不得不符合上述各类规范性文件的要求。然而，这些“政出多门”的规范可能互有抵触，可能“秘而不宣”，最可怕的是变化无常——它们令合同当事人无所适从。因此，合同极易被法院判决无效。²⁰有学者指出，在司法实践中，“违法性的概念被赋予了无限的延伸性。因此，几乎所有的‘红头文件’，不论是立法机关制定，还是行政机关、司法机关制定的，不论是中央的还是地方的，也不论是公开的还是内部的，都可以用来致合同于死地”。²¹“社会公共利益”则是一个含义和判断标准极不确定的抽象概念。有观点认为“社会公共利益”与国外民法中的公共秩序和善良风俗有相似之处，是民法的一个基本原则。²²但是，由于“法律”概念的极度扩张，法院和合同管理机关要判定合同无效根本无须援引“社会公共利益”为依据。²³事实上，因违反“社会公共利益”而无效的合同十分罕见。

关于土地使用权转让合同的特别生效要件，1980年代并无全国统一的法律规定，有些地方制定了地方性法规；²⁴1990年国务院“城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例”（1990）

¹⁶ 民法通则第55条第2款。

¹⁷ 经济合同法第7条，民法通则第58条。

¹⁸ 民法通则第55条第3款。

¹⁹ 经济合同法（1982）第7条规定，违反法律和国家政策、计划的合同为无效合同（该条款1993年修改为“违反法律和行政法规的合同为无效合同”）。该法于1999年10月1日合同法施行时起废止。民法通则第58条也规定违反国家指令性计划的经济合同无效。最高法院“关于贯彻执行《经济合同法》若干问题的意见”（1984年9月发布，2000年7月废止）指出，各级法院应依据法律、法规、国家政策和计划审查经济合同的内容是否“合法”。

²⁰ 北京市海淀区人民法院法官宋鱼水发现，“在我国的经济活动中，无效经济合同约占经济合同总量的10%至15%”。宋鱼水，无效合同的认定和处理，《人民司法》1999年第2期。

²¹ 王卫国，论合同无效制度，《法学研究》1995年第3期，第16页。

²² 王家福主编，前引书，第323页。

²³ 同上。

²⁴ 例如，广东省1987年规定，转让深圳市土地使用权必须具备两个条件：一是，领有土地使用证；二是，除已支付的出让金外，投入开发建设的资金已达投资总额的25%（深圳经济特区土地管理条例（1987年12月29日广东省人大常委会通过）第20条）。上海市1987年规定，出让合同规定的建筑物未完成的，土地使用权不得转让，广州、杭州、青岛、福州、厦门、宁波等城市也有不同规定。参见陈信勇，《房地产法学》，杭州大学出版社1995年，第182页。

规定,“未按土地使用权出让合同规定的期限和条件投资开发、利用土地的,土地使用权不得转让。”²⁵1995 年城市房地产管理法将土地使用权转让的特别要件按出让取得和划拨取得两类予以统一规定。²⁶审判实践中,这些法定条件都被作为判定转让合同生效与否的标准,不符合者均为无效合同。²⁷

第四,具备法律规定的特定形式。²⁸法律和行政法规均规定土地使用权转让须订立书面合同,并“按照规定办理过户登记”。²⁹当时的司法实践和民法理论几乎一致地认为,不动产权属登记和合同的书面形式一样,都是土地使用权转让合同的“法定的特定形式”,因此是转让合同的生效要件之一。³⁰换言之,无书面合同或者未经登记的土地使用权转让合同都是无效的。

经济合同法和民法通则从行为能力、意思表示、内容合法和形式合法“四要件”对合同生效要件的规定是比较抽象的。但各类行政法规、部门规章、地方规章对合同当事人资格、交易标的、约定内容、合同形式等多有繁琐规定。而司法实践又倾向于接纳这些法规和规章,作为合同合法性的判定依据。于是,合同生效要件复杂而多变,合同合法化成本较高;相应的,合同无效的原因极其宽泛,合同稍有不慎就可能触犯禁令而归于无效。合同的易于无效最终造成了一种逆向激励:主张合同无效成了当事人首选的而且运用娴熟的事后重新分配交易风险的手段,而信守合同以求共赢反而变成了次优选择。³¹

国有土地使用权的转让,不仅面临较高的合法化成本和合同极易无效的法律风险,而且当事人须承担营业税、土地增值税、印花税、城市维护建设税等税费。³²因此,许多当事人尽力避免直接签订土地使用权转让合同,他们通过其他方式间接实现土地使用权转让要达到的经济目的。这些替代方式包括:不直接转让土地使用权而是转让持有土地使用权的公司的股权,或者以土地使用权与他方合作开发、共享营利,或者先签订转让合同同时进行开发,待到投资开发程度已达到法规要求时再办理土地使用权过户登记手续。通过这些替代方式,

²⁵ 第 19 条第 2 款。

²⁶ 城市房地产管理法(1995)第 38、39 条。

²⁷ 最高法院民一庭编著,《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 2005 年,第 105 页;另参见陈曦(福建省高级人民法院),未达到法定投资开发条件的土地使用权转让合同效力浅析,《引进与咨询》2006 年第 2 期,第 10 页;广东省高级人民法院的相关判决参见陈华杰主编,《房地产纠纷典型案例评述》,人民法院出版社 2004 年版,第 250、193 页。

²⁸ 民法通则第 56 条。

²⁹ 城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例(1990)第 20、25 条,城市房地产管理法第 40 条、第 60 条第 3 款。

³⁰ 王家福主编,前引书,第 308 页;陈信勇,前引书,第 188 页;王利明、崔建远,《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社 1996 年,第 196 页。

³¹ 参见宋鱼水,前引文。典型案例参见陈曦,前引文,第 10 页。

³² 参见郑华,《中国房地产政策研究》,电子工业出版社 2005 年,第 92 页。

当事人节省了税费，也在一定程度上摆脱了法律的繁琐规定。³³因此，从实际效果看，法规设定的重重限制实际上只制约了土地使用权的部分交易，有时甚至只是一小部分。这或许可以解释以下疑问：在法规对土地交易严加管控、交易成本较高、法院对合同不够友善的情况下，1990年代初的土地使用权交易和房地产开发（尤其在中国广东、海南等南部沿海地区）为什么仍然得以迅速发展。³⁴

2.2 最高法院的“司法解释”

1990年代初，尤其是1992年“十四大”提出建立“社会主义市场经济”体制之后，在经济合同法和民法通则未加修订的情形下，最高法院对待经济合同的司法政策相比1980年代有了“亲市场化”的转变：由全力打击无效合同逐渐向鼓励合同生效转变。

1993年“全国经济审判工作座谈会纪要”提出要增强“合同观念”，尊重当事人的意思表示，并提出对“一般地超范围经营、违反经营方式等，而不是违反专营、专卖及法律禁止性规定，合同标的物也不属于限制流通的物品的”合同，可不确认无效。³⁵

1995年城市房地产管理法规定，转让以出让方式取得的土地使用权时，转让方应满足三个条件：一是，已支付全部土地出让金；二是，已取得土地使用权证书；三是，已按照出让合同约定进行投资开发（具体要求是：属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的25%以上；属于成片开发土地的，形成工业用地或者其他建设用地条件）。³⁶房地产管理法施行前，国务院“城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例”（1990）的规定更为严格：“未按土地使用权出让合同规定的期限和条件投资开发、利用土地的，土地使用权不得转让”。³⁷事实上，两部法规都存在一个法律解释问题：条文中的“转让”究竟指的是订立转让合同的行为，还是转移物权的行为？

一方面，最高法院历来认为，“转让”是指订立转让合同的行为，因此法规对“转让”所规定的各项条件均属合同生效要件。另一方面，最高法院“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（法发[1996]第2号）”又试图软化这些法定要件：（1）在

³³ 参见陈文，“房地产项目转让的法律问题”，载陈文主编《房地产开发经营法律实务》，法律出版社2005年，第25页。

³⁴ 当然，法规从未得到完全执行也是一个主要因素。关于1990年代初中国房地产开发情况的分析可参见何清涟，《现代化的陷阱——当代中国的经济社会问题》，今日中国出版社1998年，第49—77页。

³⁵ 该座谈会于1993年1月6日至10日在上海召开，最高法院主持，各省、自治区、直辖市高级人民法院分管经济审判工作的副院长、经济庭庭长、解放军军事法院的代表参加了会议。

³⁶ 城市房地产管理法（1995）第38、39条。

³⁷ 第19条第2款。

符合某些条件的情况下，转让方在合同订立时无土地使用权，但在一审诉讼终结前取得使用权的，法院可以认定合同有效；³⁸（2）“经有关主管部门认可”，并符合某些条件时，未按出让合同投资开发的土地也可以有效转让；³⁹（3）在一审诉讼终结前补办批准手续的，擅自改变出让合同约定的土地用途的转让合同也可被认定为有效。⁴⁰

登记是否为不动产转让合同的生效要件，房地产管理法以及之前的法规均无明文规定。⁴¹最高法院部分地修正了以登记为合同生效要件的一贯立场。“法发[1996]第2号解答”指出，使用权转让合同签订后，拖延办理登记变更手续的一方不得以未办理土地使用权变更登记手续为由主张合同无效，法院应责令当事人依法办理变更登记手续。⁴²但“解答”的其他条文又显示：变更登记仍是决定转让合同生效的要件之一。⁴³而且“解答”特别指出，转让方就同一土地使用权分别与几方签订土地使用权转让合同，均未办理土地使用权变更登记手续的，一般应当认定各合同无效。⁴⁴可见，最高法院的立场仍然是不清晰的。

总之，在合同法施行前，合同生效要件的某些放松迹象不是因为立法机关修改了制定法，而是因为最高法院修正了原有的法律解释。

3. 合同法施行以来

3.1 合同法

1999年3月15日，中华人民共和国九届全国人大二次会议批准通过了合同法。在这部法律从起草到最终公布的六年时间里，中国在经济社会发展目标上也完成了一个重大的转折：市场经济在中国的政治经济体制中获得了合法性。作为“市场经济基本法律”的合同法不可避免地反映了这一转变。合同不再被视为社会主义经济的敌人，而成为经济发展的宠儿。立法机关赋予合同法的使命不是千方百计消灭无效合同，而是鼓励合同生效，扩大人们利用合同从事交易的可能性。

合同法改变了经济合同法和民法通则的某些规则：（1）合同法尽管仍要求合同当事人须

³⁸ “解答”第7条：转让合同订立时，转让方应已取得土地使用证，否则，合同无效；但转让方已按出让合同约定的期限和条件投资开发利用了土地，在一审诉讼期间取得了土地使用证的，可认定合同有效。

³⁹ “解答”第8条。

⁴⁰ “解答”第11条。

⁴¹ 城市房地产管理法（1995）第60条第3款。

⁴² “解答”第12条。

⁴³ “解答”第7、8、9条。

⁴⁴ “解答”第14条。

具有相应民事行为能力，⁴⁵但限制行为能力人订立的合同不再被认为是无效合同而被认定为效力未定合同；⁴⁶（2）意思表示真实还是合同生效的基本要求，⁴⁷但以欺诈、胁迫、乘人之危的手段使对方违背真实意思而订立合同不再是无效合同而是可撤销、可变更合同，受损害方有权请求法院或仲裁机构变更或撤销合同，⁴⁸只是在以欺诈、胁迫手段订立合同损害国家利益的情况下，合同才是无效的；⁴⁹（3）合法性同样是合同生效的必备条件，但合同法限缩了合法性判定依据的范围，使之局限于“法律、行政法规的强制性规定”，⁵⁰从而缩小了判定合同“违法”（因而无效）的规范性文件的范围；（4）在合同形式方面，合同法也放宽限制：书面、口头和其他形式均属合法，⁵¹合同的批准和登记等手续不属于合同形式，只有在法律、行政法规规定合同办理批准和登记等手续后生效的情况下，这些手续才成为合同生效的特别要件。⁵²

3.2 最高法院对合同法的解释

合同法施行不久，最高法院就公布了关于合同法的第一个“司法解释”。⁵³解释的第10条将1993年“全国经济审判工作座谈会纪要”以来弱化经营范围限制的司法政策进一步明确化：当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但解释也为国家的经济管制留有余地：超越经营范围订立合同，如果违反“国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定”，则合同无效。

最高法院通过区分不同类型的批准和登记手续而界定它们的不同效力：一是，法律、行政法规规定合同应当办理批准手续，或者办理批准、登记等手续才生效的，则该批准、登记手续为合同生效要件，在一审法庭辩论终结前当事人仍未满足该要件的，法院应认定合同“未生效”；二是，法律、行政法规未规定合同于登记后生效的，当事人未办理登记手续不影响合同效力，但合同标的物所有权及其他物权不能转移。⁵⁴

最高法院提出了“合同未生效”概念，“未生效合同”并非“无效合同”，当事人还有机会补办手续以使合同生效。“未生效”概念扩大了“有效合同”和“无效合同”间的“中间地带”，使许多

⁴⁵ 合同法第9条。

⁴⁶ 合同法第47条。

⁴⁷ 合同法第3、4条。

⁴⁸ 合同法第54条。

⁴⁹ 合同法第52条第1款。

⁵⁰ 合同法第52条第5款。

⁵¹ 合同法第10条。

⁵² 合同法第44条第2款。

⁵³ 最高法院“关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（一）”（1999年12月1日）。

⁵⁴ 第9条。

合同有了存活的可能。同时，合同法“司法解释”改变了“法发[1996]第2号解答”的矛盾立场，规定法律、行政法规未明确规定物权登记为合同生效要件时，物权登记不是合同生效而是物权变动的法定要件。这标志着最高法院对物权登记的观点发生了变化。

3.3 最高法院的判决、批复和“司法解释”

在合同法放松合同生效要件的背景下，单行法规对土地使用权转让的特殊限制（如房地产管理法第38条）问题浮现出来。在经济比较发达、房地产业发展较早的广东省，其高级法院主张放宽土地使用权转让合同的生效要件：转让合同在某些情况下只需符合房地产管理法第38条的三个要件之一即为有效。⁵⁵

2002年，最高法院开始起草有关审理土地使用权合同纠纷的“司法解释”。⁵⁶最高法院同样无法回避的问题是，房地产管理法第38条规定的转让条件究竟是不是合同的生效要件？

一种观点认为，只要不完全具备第38条规定的条件，就应认定转让合同无效，但如果在起诉前符合转让条件，也可以认定转让合同有效；这样可有效规范土地交易行为，防止投机炒地，也符合当前的立法精神。⁵⁷反映这一观点的是2003年6月9日最高法院对广西壮族自治区高级人民法院的一个“批复”，其主旨是，未同时具备房地产管理法第38条规定的各项条件的土地使用权转让合同无效。⁵⁸

相反观点则认为：交付或登记独立于合同，合同拟转让的标的物是否达到城市房地产管理法第38条规定的投资开发条件，能否完成转让行为，是合同履行的问题，不影响合同效力；“炒地”行为应由政府行政管理部门监管，不能因转让的标的物有瑕疵而认定合同无效；即使转让人在订立土地使用权转让合同时尚未取得土地使用权证书，合同也非当然无效，而应按无权处分行为处理。⁵⁹

尽管争论直至法释[2005]5号司法解释发布也未结束，⁶⁰但第二种观点渐成主导意见。最高法院在2004年8月31日判决的一个案件中指出：转让方是否已交纳土地出让金是“土

⁵⁵广东省高级人民法院关于《合同法》施行后认定房地产开发经营合同效力问题的指导意见（2001年10月30日粤高法发[2001]41号）第8条、第9条。

⁵⁶ 最高法院民一庭编著，前引书，第7页。

⁵⁷ 韩延斌，《国有土地使用权出让、转让合同及相关纠纷案件适用法律若干问题的解释》修改意见综述，《人民法院报》2004年6月29日。

⁵⁸ 最高法院“关于土地转让方未按规定完成土地的开发投资即签订土地使用权转让合同的效力问题的答复”[法函（2003）24号]。同时，最高法院的判决也显示，转让方未完成投资开发总额的25%即签订转让合同的，合同因此被认定无效。参加万顺（湖南）置业发展有限公司与湖南开元置业发展有限公司房地产转让纠纷案，最高法院民事判决书（2003）民一终字第45号，最高法院民一庭编著，前引书，第312页。

⁵⁹ 韩延斌，前引文。

⁶⁰ 韩延斌，前引文。

地出让合同”的履行问题，不影响对土地使用权转让合同效力的认定；城市房地产管理法第38条关于土地转让时投资应达到开发投资总额25%的规定，“是对土地使用权转让合同标的物设定的于物权变动时的限制性条件，转让的土地未达到25%以上的投资，属合同标的物的瑕疵，并不直接影响土地使用权转让合同的效力，城市房地产管理法第三十八条中的该项规定，不是认定土地使用权转让合同效力的法律强制性规定”。⁶¹在这个判决中，法官运用区分技术限缩了房地产管理法第38条的适用范围：一是，区分了“出让合同”和“转让合同”，提出二者的效力互不影响；二是，区分了“合同生效”和“物权变动”，提出房地产管理法对土地投资开发程度的规定只是物权变动的要件而非转让合同生效要件。

此外，最高法院民一庭还在一个“批复”中提出：“土地受让人虽未全部交纳土地使用权出让金，但已取得土地使用权证书的，其与他人签订的房地产转让合同可以认定有效”。⁶²

2005年6月，最高人民法院公布“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”（法释[2005]5号），对土地使用权转让合同的生效要件作了倾向于放宽限制的解釋。

首先，“法释[2005]5号解释”放弃了土地权属登记是土地使用权转让合同生效要件的观点。“解释”重申，不得以未办理变更登记而认定转让合同无效。⁶³另一方面，“解释”纠正了“法发[1996]2号解答”第14条关于未登记的“一地多卖”合同均属无效的观点，⁶⁴承认多个土地使用权转让合同均为有效，法院应根据受让方的实际占有或付款情况分别处理。⁶⁵

其次，关于房地产管理法第38条的三个条件，“法释[2005]5号解释”只提出转让方拥有土地使用权是转让合同生效的要件，⁶⁶而未提及交纳全部出让金和按照出让合同投资开发两个条件。⁶⁷

第三，关于未经批准即转让划拨土地使用权的合同，“法释[2005]5号解释”认为应当认

⁶¹ 柳州市全威电器有限责任公司、柳州超凡房地产开发有限责任公司与南宁桂馨源房地产有限公司，最高人民法院民事判决书（2004）民一终字第46号，最高法院民一庭编著，前引书，第469页。

⁶² “关于已经取得土地使用权证，但未交清土地使用权出让金的当事人所订立房地产转让合同是否有效的答复”，（2004）民一他字第18号，最高法院民一庭编著，前引书，第123页。

⁶³ “解释”第8条。

⁶⁴ 韩延斌，前引文。最高法院的法官认为，法发[1996]2号“解答”第14条混淆了债权合同和物权变动，参见最高法院民一庭编著，前引书，第126页。

⁶⁵ “解释”第10条。

⁶⁶ “解释”第9条。

⁶⁷ “解释”的征求意见稿曾提及土地“达到法律、行政法规规定的土地投资开发条件”这个要件，规定只要在起诉前满足即可认定合同生效。但正式发布的司法解释删除了这个要件。参见最高人民法院关于审理国有土地使用权转让合同及相关纠纷案件适用法律若干问题的解释（征求意见稿）第3、4、5条，《人民法院报》2003年11月20日。

定合同无效，但起诉前经有批准权的人民政府批准办理土地使用权出让手续的，应当认定合同有效。⁶⁸ 起诉前补办“土地使用权出让手续”表明该土地使用权由“划拨地”转变为“出让地”，其转让合同是否有效也涉及是否完全具备房地产管理法第 38 条三个要件。对此，“解释”同样保持沉默。

事实上，最高法院的“沉默”并不意味着没有立场。一些个案判决显示，最高法院并不审查转让方是否已交纳全部出让金以及是否按照出让合同投资开发土地，而仅以转让方在起诉前取得土地使用权证书或征得有批准权的人民政府同意转让为合同生效的必备要件。⁶⁹

3.4 物权法

2007 年 3 月 16 日，十届全国人大第五次会议批准通过物权法，该法自 2007 年 10 月 1 日起施行。在物权法第 3 编，原国有土地使用权以“建设用地使用权”的新名称被规定为一种“用益物权”。⁷⁰ 关于建设用地使用权的转让，物权法并未做出与房地产管理法（1995）不同的规定。关于权属登记，物权法几乎采取了与房地产管理法相同的表述：“建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，应当向登记机构申请变更登记”。⁷¹ 不过，物权法第 15 条规定，设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同不以物权登记为生效要件，除非法律另有规定或合同另有约定。因此，法释[2005]5 号解释提出的“土地权属登记不是土地使用权转让合同的生效要件”的观点有了正式的法律依据。

4. 最高法院的理论基础

从合同法施行前认为土地权属登记是“合同的法定形式”，到法释[2005]5 号司法解释，最高法院逐渐形成了这样一个观点：土地使用权转让过程应该区分为“设定债权债务的合同”和“物权变动”两个的法律关系，二者相对独立。

依据这个理论，最高法院认为，不动产权属登记是当事人履行合同义务、直接转移物权

⁶⁸ “解释”第 11 条。

⁶⁹ 至少有两个最高法院的判决可作为证明：一是河南花园置业有限公司与河南鑫苑置业有限公司土地使用权转让合同纠纷上诉案，最高法院民一庭编《最高人民法院二审民事案件解析》第 5 集，法律出版社 2007 年，第 64 页；二是，山西嘉和泰房地产开发有限公司与太原重型机械（集团）有限公司土地使用权转让合同纠纷案，最高人民法院民事判决书（2007）民一终字第 62 号，《中华人民共和国最高人民法院公报》2008 年第 3 期，第 36 页。在第二个案件中，转让方于 2002 年 9 月 24 日与太原市国土资源局签订土地使用权《出让合同》，取得土地使用权，同年 12 月转让方与受让方签订《转让合同》，完成使用权变更登记。从时间上看，转让方在签订《转让合同》时不可能达到出让合同要求的投资开发条件，判决书也未提及转让方是否按照出让合同投资开发土地，显然该问题未列入法院审查范围。判决书直接援引了法释[2005]5 号“解释”的第 9 条作为认定转让合同“合法有效”的依据。

⁷⁰ 物权法第 135—151 条。

⁷¹ 物权法第 145 条。

的行为，而非转让合同的一部分，不能因合同不履行而反推合同无效；⁷²因此，变更登记应为物权变动要件，与转让合同的效力无关。⁷³在这一区分的基础上，最高法院又实现了对房地产管理法第 38 条的限缩解释，即将“按照出让合同约定进行投资开发”作为物权变动之要件，排除于合同生效要件之外。

除此之外，最高法院至今认为，转让方拥有处分权是物权转让合同生效的必备要件，无土地使用权证书而订立使用权转让合同属于无权处分，合同效力未定。

4.1 关于土地权属登记

最高法院关于土地权属登记法律性质的观点经历了一个变化过程：合同法施行前，登记一直被认为是转让合同的“法定形式”，因而是合同生效要件之一；在法发[1996]2 号解答中，以登记为合同生效要件的看法发生动摇；法释[2005]5 号解释则认为，登记是“合同的履行行为”，同时也是引起“物权变动”的行为。

最高法院为上述理论转变提出三点理由：第一，按照我国法律，不动产权属变更登记是对转让合同的履行行为，直接导致不动产物权变动，而转让合同的生效并不产生此种法律效果，所以，在区分合同生效和合同履行的前提下，应将变更登记作为物权变动而非转让合同的生效要件。⁷⁴第二，根据房地产交易的实际情况，从签订转让合同到变更登记往往有一个时间差，作为履行合同的履行行为，转让方变更登记和受让方支付价款均是当事人自我保护和互相制约的必要手段。如果以变更登记为合同生效要件，就等于要求转让方在订立合同后立即变更登记，而受让方却不必立即付款，这不仅不合惯例和常理而且破坏了合同双方的利益平衡。⁷⁵第三，不以变更登记为转让合同生效要件也具有抑制背信行为的意义。既然变更登记是合同履行行为，那么，以未变更登记（即自己的违约行为）为由主张合同无效，本身就是不诚信的表现，法院支持这样的诉讼主张无异于鼓励背信违约，是不公正的。⁷⁶

4.2 关于区分“设立债权债务的合同”和“物权变动”

最高法院虽然认为，应该区分为“设定债权债务的合同”和“物权变动”两个法律关系，且二者相对独立；但并不认为，在物权变动中还存在一个独立于转让合同的“物权合意（或物权合同）”。也就是说，物权登记是转让合同的结果，是履行转让合同的义务，它并不需要

⁷² 最高法院民一庭编著，前引书，第 120 页。

⁷³ 物权法第 15 条规定未办理物权登记不影响合同效力，是对这一区分观点的肯定。

⁷⁴ 最高法院民一庭，前引书，第 101 页。

⁷⁵ 同上书，第 101—102 页。

⁷⁶ 同上书，第 102—103 页。

另有一个合意或合同作为前提。因为，转让合同已经表达了当事人要转移物权的意思，“物权合意”是不必要的。实际上，与德国民法不同，⁷⁷我国法律也未规定，当事人变更不动产登记之前还需要在转让合同之外另有一个“物权合意”。因此，最高法院的区分“设定债权债务的合同”和“物权变动”与德国民法理论的区分“负担行为”和“处分行为”并无对应关系。⁷⁸这其实也是中国民法学界的主流观点（所谓“债权形式主义”）。⁷⁹

土地使用权未经变更登记的，转让合同效力固然不受影响，但转让方亦无不履行该合同之自由。理由是，转让合同生效后，变更登记是履约行为，无须双方再作一致之意思表示（物权合意），转让方拒不变更登记构成违约，受让方有权要求转让方完成变更登记以“实际履行”合同。⁸⁰这是视权属登记为履约行为而无须当事人另有“物权合意”的必然逻辑结果。

4.3 关于处分权

以转让方拥有处分权为合同生效要件的观点与最高法院区分“设定债权债务的合同”和“物权变动”的观点实际上是冲突的。在区分两个法律关系的前提下，转让方拥有转让标的的处分权只是完成物权变动的必要条件，与设定债权债务的合同并无直接关系。按照最高法院在第一个理论观点中的逻辑，转让方能否拥有处分权进而完成物权转移也应该是合同义务的履行问题，而不应作为合同的生效要件。事实上，最高法院内部一直有观点认为，无处分权而订立的合同应为有效合同，应该对合同法第 51 条进行限缩解释：即该条所谓“处分”应仅指直接转移物权的行为（“处分行为”）而非设定债权债务的合同行为（“负担行为”），故在处分他人之物的情形，合同有效，而物权变动效力未定。⁸¹这一观点在广东省高级人民法院和某些地方高级法院的审判实践中已有显露。⁸²

假如上述观点在最高法院成为主流意见，那么，房地产管理法第 38 条还有限缩适用范围的余地：转让方已取得土地使用权证书也是物权变动要件而非合同生效要件。但是，这一

⁷⁷ 关于土地所有权转移的合意，德国民法第 925 条规定，转让方和受让方须同时到场向主管登记的机构（公证人或者作为土地登记处的区法院）作出物权转移的合意。参见：[德]沃尔夫著，吴越、李大雪译，《物权法》，法律出版社 2002 年，第 214—230 页；陈卫佐译注，《德国民法典》，法律出版社 2004 年，第 291 页。

⁷⁸ 参见最高法院民一庭编著，前引书，第 197—209 页。

⁷⁹ 参见崔建远，前引文；最高法院民一庭编著，前引书，第 109 页。

⁸⁰ 法发[1996]2 号解答第 12 条，法释[2005]5 号解释第 10 条。

⁸¹ 宋晓明、王闯，“无权处分与有权处分：企业法人分支机构未经授权以登记在其名下的房地产为他人提供抵押的效力问题之考量和认定——关于最高人民法院（2005）民二他字第 8 号请示答复之解析”，最高法院民二庭编《民商事审判指导》2006 年第 1 辑，人民法院出版社 2006 年，第 107—108 页。

⁸² 参见：“广东省高级人民法院关于《合同法》施行后认定房地产开发经营合同效力问题的指导意见（2001）”第 8 条第 2 款；河南省高级人民法院在“河南花园置业有限公司与河南鑫苑置业有限公司土地使用权转让合同纠纷上诉案”中的一审判决理由，最高法院民一庭编《最高人民法院二审民事案件解析》第 5 集，法律出版社 2007 年，第 61 页。

限缩可能与最高法院目前宣称的第 38 条的“立法本意”——防止投机炒卖土地使用权——相冲突；因为，无处分权而订立转让合同历来被认为是“买空卖空”的投机行为。⁸³而且，也可能与合同法第 51 条发生抵触。

5. 结论

民法通则的“企业法人应在核准登记的经营范围內从事经营”的规定，⁸⁴已施行 20 余年，至今未变。但最高法院对该规则的解释却经历了显著变化：企业“经营范围”最初被等同于企业法人的“行为能力”范围，成为合同生效要件之一；1993 年“全国经济审判工作座谈会纪要”发布后，最高法院基本放弃了上述观点；目前，“经营范围”仅在个别情形下可作为判定合同效力的要件。

关于不动产权属登记究竟是合同生效要件还是物权变动要件，制定法并无明确规定。各级法院（包括最高法院）在合同法施行前一直将其视为合同的“法定形式”，因而登记事实上成了合同生效要件。至法释[2005]5 号解释，最高法院形成了区分“设定债权债务的合同”和“物权变动”的观点，从而认为不动产权属登记不是合同生效要件而是物权变动要件。到物权法颁布时，这一观点得到更多强调。⁸⁵

房地产管理法等规定了土地使用权“转让”的条件，但“转让”究竟是指订立转让合同，还是转移物权，制定法上从未明确规定。最高法院一直将“转让”解释为订立转让合同，实际上导致合同生效要件复杂化。最高法院通过判决和法释[2005]5 号解释简化土地使用权转让合同的生效要件，其实质是在缓解自己制造的难题。

综上所述，自 1987 年至 2007 年的 20 年间，合同生效要件在中国的演变，固然与民事制定法的变革（主要是 1999 年合同法的施行）有关，但本文对土地使用权转让合同的分析表明，更主要的原因可能是最高法院对制定法的解释及其理论基础发生了变化。20 年间，合同生效要件由繁就简、由紧至松的逐渐变化，主要是因为最高法院逐渐修正了自己的理论观点，改变了先前的某些观念或教条。

⁸³ 参见国务院办公厅关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知（国办发[1999]39 号），最高法院目前也这样认为。

⁸⁴ 民法通则第 42 条。

⁸⁵ 在 2007 年 5 月召开的“全国民商事审判工作会议”上，最高人民法院副院长奚晓明指出：“物权法第十五条确定了原因行为和物权变动的区分原则。该原则强调合同等原因行为的效力应受合同法的调整，物权的设立、变更、转让和消灭等物权变动则受物权法的规制，原因行为的效力不受物权变动要件的影响。”《中国审判》2007 年第 7 期，总 17 期，第 4 页。

目前，最高法院的各种观点仍在不断变动，理论分歧时有发生。如何将最高法院的理论争论从类立法的、不公开的状态纳入一套公开的理性化机制（如真正的合议制、判决书说理、判决书显示异议意见等）成为当前的迫切任务。

参考文献：

- 1．阿迪亚，《合同法导论》，赵旭东、何帅领、邓晓霞译，法律出版社 2002 年版。
- 2．波斯纳，《法律的经济分析》，蒋兆康译，中国大百科全书出版社 1997 年版。
- 3．陈华杰主编，《房地产纠纷典型案例评述》，人民法院出版社 2004 年版。
- 4．陈信勇，《房地产法学》，杭州大学出版社 1995 年版。
- 5．陈曦，未达到法定投资开发条件的土地使用权转让合同效力浅析，《引进与咨询》2006 年第 2 期。
- 6．陈文主编，《房地产开发经营法律实务》，法律出版社 2005 年版。
- 7．《德国民法典》，陈卫佐译注，法律出版社 2004 年版。
- 8．何清涟，《现代化的陷阱——当代中国的经济社会问题》，今日中国出版社 1998 年版。
- 9．韩延斌，《国有土地使用权出让、转让合同及相关纠纷案件适用法律若干问题的解释》修改意见综述，《人民法院报》2004 年 6 月 29 日。
- 10．王家福主编，《中国民法学·民法债权》，法律出版社 1991 年版。
- 11．宋鱼水，无效合同的认定和处理，《人民司法》1999 年第 2 期。
- 12．王卫国，论合同无效制度，《法学研究》1995 年第 3 期。
- 13．沃尔夫，《物权法》，吴越、李大雪译，法律出版社 2002 年版。
- 14．最高人民法院关于审理国有土地使用权转让合同及相关纠纷案件适用法律若干问题的解释（征求意见稿）第 3、4、5 条，《人民法院报》2003 年 11 月 20 日。
- 15．最高人民法院民一庭编著，《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 2005 年版。

- 16 . 最高人民法院民一庭编《最高人民法院二审民事案件解析》第 5 集, 法律出版社 2007 年版。
- 17 . 最高人民法院民二庭编,《民商事审判指导》2006 年第 1 辑, 人民法院出版社 2006 年版。
- 18 . 郑华,《中国房地产政策研究》, 电子工业出版社 2005 年。
- 19 . 《中华人民共和国最高人民法院公报》2008 年第 3 期。