

周刘律师事务所策划

城市房地产管理法释义

周岩 等著

改革出版社

城市房地产管理法释义

周 岩 等著

改革出版社

(京)新登字 053 号

图书在版编目(CIP)数据

城市房地产管理法释义/周岩编著.

—北京:改革出版社,1994.12

ISBN 7-80072-632-0

I. 城…

Ⅰ. 周…

Ⅱ. 城市—房地产—经济管理—法规—法律解释—中国

Ⅳ. D922.345

中国版本图书馆 CIP 数据核字(94)第 14383 号

城市房地产管理法释义

周岩 等著

改革出版社出版发行

责任编辑:袁晖

社址:北京市东城区安德里北街 23 号

邮政编码:100011

中国人民解放军 57051 印刷厂印刷

新华书店经销

1994 年 9 月第 1 版

1994 年 9 月第 1 次印刷

850×1168 1/32 4.2 印张 110 千字

印数:6000 册

ISBN7-80072-632-0/F·362

定价 7.80 元

前 言

随着我国房地产业的蓬勃发展,房地产法制逐步健全。几年来,我国陆续制定和发布了若干重要房地产法律法规,对规范房地产市场秩序,保护房地产权利人的合法权益起到了重要作用。将于1995年1月1日施行的《中华人民共和国城市房地产管理法》,是一部涉及到各行各业的重要法律,将起到对房地产业的规范、引导、推动和保障作用。

作为在改革大潮中诞生的北京市第一家以房地产法律服务为主的合伙制律师事务所的律师,我们以健全我国的房地产法制、保护房地产权利人的合法权益为己任,虚心学习,勇于开拓,为我国的改革大业做出应有的贡献。

在本书中,我们结合律师实践,对《城市房地产管理法》作了逐条解释,反映了我们对该法的立法精神及含义的认识,也以此就教于广大读者,进行讨论、探索。

本书由周岩主编,参加编写的还有周刘律师事务所刘玉明、徐丽、张今律师。

作 者

1994年9月19日

绪 论

《中华人民共和国城市房地产管理法》(以下简称《本法》)将于1995年1月1日起施行。本法虽然在很大程度上是对原有法律的整理,但仍然在内容上作了较多改变,并确立了一些新的原则,不能不引起我们的注意。

一、本法确立了政府向社会供应土地的基本方式

本法发布前,国家所有的土地是依照《土地管理法》和《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(以下简称《出让条例》)的规定,以划拨和出让两种方式向社会供应的。作为一项改革,出让方式在沿海城市较多地采用,而就全国范围而言,以计划体制为背景的划拨方式仍然具有普遍性,这显然与改革的要求不相适应。本法不仅在总则明确了实行国有土地有偿、有限期使用制度(参见第3条),而且在具体法律制度中严格限制了以划拨方式向社会供应土地,从而消除了一个计划体制的重要堡垒。确立以出让方式向社会供应土地的基本制度,使得原有法律中存在的不规范状况得以改变,在基本方向上给企业提供了公平竞争的机会。依照本法第23条的规定,只有以下四种情况,才能采用划拨方式:

- (一)国家机关用地和军事用地;
- (二)城市基础设施用地和公益事业用地;
- (三)国家重点扶持的能源、交通、水利等项目用地;
- (四)法律、行政法规规定的其他用地。

二、关于土地使用权出让的性质

土地使用权出让作为政府批准用地的一种方式,其性质属行政行为,应无疑义。然而虽然在理论上没有进行比较多的讨论,但分歧是存在的。在《出让条例》中曾规定了“土地使用权出让是指国家以土地所有者的身份将土地使用权在一定年限内让与土地使用者,并由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为”。这显

然把土地使用权出让定性为民事行为。但法律关系的性质是由其确立的权利义务内容决定的,而不取决于对概念的规定,相反,必须根据法律关系的内容规定概念。几年来的实践已经证明,土地使用权出让是民事行为的提法,造成了许多自相矛盾之处。本法在这里有一个重要的进步,它规定“土地使用权出让,是指国家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”。而国家作为一种公共权力,在土地使用权出让中是以管理者的身份出现的。这一点,当我们仔细地研究每一份出让合同及有关的法律法规所确立的出让人与受让人之间的权利义务关系后,是不难发现的。

三、关于集体所有土地的出让问题

集体土地能否出让,就整体而言,此前的政策法律矛盾重重,原则不一,修改后的土地管理法对此规定得十分含混。尽管大量的政策文件一再申明集体土地只有经国家征用后才可出让,但这一问题远远没有得到充分的理论说明,从而影响了这一政策的权威性,导致地方立法在陈旧的立法思想指引下进行了大胆的“改革”——集体土地也可以出让。

本法第8条规定的“城市规划区内的集体所有的土地,经依法征用转为国家土地后,该幅国有土地的使用权方可有偿出让”,在理论上可以成立,在实践上也已被证明是必要的,同时有利于推行宪法确立的“城市土地归国家所有”政策。

但是,尽管在法律上明确了只有国有土地可以出让,但同样会由于立法上的不统一而使这一规定在实践中受到很大冲击。由于存在着立法技术上的问题,虽然明确规定集体土地可以出让的政府规章、地方立法会由于与本法抵触而失效,但法律本身的问题却没能解决。例如《土地管理法》第36条以集体土地作为联营条件的规定,股份制乡镇企业存在的集体土地权益转让的情况,形成了立法本身的矛盾。

四、关于土地使用权出让权限

《出让条例》规定市、县人民政府负责土地使用权出让，这一规定导致直辖市所属县是否可以进行土地使用权出让及其权限不明确。因此，本法在明确土地使用权出让由市、县人民政府负责后，将直辖市的县人民政府及其有关部门在土地使用权出让中的权限，交由直辖市人民政府规定（参见该法第 11 条）。

五、关于土地使用权出让的方式

《出让条例》规定土地使用权出让的方式为协议、招标、拍卖。本法第 12 条则表述为拍卖、招标、协议，并且明确规定了几种用地要以拍卖、招标方式为主，其立法意图在于鼓励采取竞争性的方式出让土地。这是本法的一个新变化，也是一项进步。但是，本法仍然没有能够提供一个确切的选择，将给今后的实践中增加人为的因素留下余地。

六、关于土地使用权出让金的支付与土地提供

依照本法规定，土地使用者必须按照出让合同约定，支付土地使用权出让金。而此前《出让条例》则规定土地使用权出让合同签订后六十日内，支付全部土地使用权出让金。因此，支付土地使用权出让金的时间较以前灵活，即有可能在出让合同中约定在出让合同签订六十日之后支付土地使用权出让金。但关于土地使用权（土地）取得的时间，仍然是在支付土地使用权出让金后，即先支付出让金，后取得土地使用权。

七、关于土地使用权期限届满

土地使用权期限届满后土地使用权及其地上物如何处理，是法律上的一个重要问题。就土地使用权而言，期限届满由国家收回，在基本原则不会造成不公平。《出让条例》中规定，土地使用权期满，土地使用者可以申请续期，但没有规定何时提出申请及具备什么条件才能获得批准。本法第 21 条则明确规定，土地使用权出让合同约定的使用年限届满，土地使用者需要继续使用土地的，应当至迟于届满前一年申请续期，除根据社会公共利益需要收回

该幅土地的,应当予以批准。可见,在这里至少在立法技术上是一个进步。

关于土地使用权期限届满后地上物如何处理,本法没有规定,但这并不是立法上的疏忽。做为出让土地使用权的理论基础的传统法上的地上权,其终止时地上物的处理,有完整的规定。由于在《出让条例》的起草过程中,在较普遍并且涉及较高层次的范围内,存在着与中国历史上曾发生过的租界和租借地相联系的顾虑,因此,尽管存在着按照传统立法上对地上权终止时地上物的处理原则作出相应的规定的主张,但在需要缓解前述疑虑的背景下,这样的主张十分微弱,没有对立法发生实质影响。

而在本法的起草过程中,关于土地使用权终止时不能无偿收回地上物的主张,则较之以前产生了更大的影响,同时由于在一定程度上进行了学术上的探讨,虽然最后在本法中回避了对这一问题的规定,但显然前述主张的合理性得到了一定的认可。

当然,由于本法对此问题没有规定,因此我们只能说对这一问题在立法上有一个积极的信号。但就整个立法而言,尚未发生实质改变,因为《出让条例》中的有关规定仍然是有效的。

八、关于土地使用权划拨

依照本法第 22 条规定,土地使用权划拨,是指县级以上人民政府依法批准,在土地使用者缴纳补偿、安置等费用后将该幅土地交付其使用,或者将土地使用权无偿交付给土地使用者使用的行为。并且规定,依照本法规定以划拨方式取得土地使用权的,除法律、行政法规另有规定外,没有使用期限的限制。本法对土地使用权划拨的这一定义,与《土地管理法》中关于国家建设用地的规定是一致的。此前《出让条例》第 43 条对划拨土地使用权定义为“土地使用者通过各种方式依法无偿取得的土地使用权”。虽然在实施中主管机关对其含义作出过与本法精神一致的解释,但由于《出让条例》第 43 条在立法技术上不够严谨,因此本法的这一改变又是一项进步。

正如前述“一”指出的，就普遍意义上，在本法施行后，在我国以划拨方式提供经营性用地的做法不复存在了。

九、关于以土地使用权合资、合作开发经营房地产

依照本法第 27 条的规定，依法取得的土地使用权，可以依照本法和有关法律、行政法规的规定，作价入股，合资、合作开发经营房地产。

以土地使用权合资、合作，即发生实体土地权益转移，因此，如果以划拨方式取得土地使用权进行合资、合作，则须依本法及其他相关法规办理土地使用权出让手续。本条所指依法取得的土地使用权，包括了本法施行前已经合法地以划拨方式取得的经营性用地。而就本法范围内取得的划拨土地使用权而言，其允许以合资、合作或其他方式进行房地产开发经营的情况将会是极少的。

十、关于房地产开发企业的设立

依照本法第 29 条的规定，房地产开发企业的设立实行登记制，即向工商行政管理部门提出设立申请，符合本条规定的条件的，予以登记，发给营业执照。房地产开发企业领取营业执照后一个月内向登记机关所在地的县级以上地方人民政府规定的部门备案。而此前的有关行政规定和实践中实行的是审批制，即由建设主管机关对设立房地产开发企业的条件进行审查，经批准的，向工商行政管理机关申请办理登记注册。

十一、关于出让土地使用权转让

在《出让条例》发布前的一些地方政府制定的有关规章中，曾规定必须完成开发投资总额的一定比例（一般为百分之二十五）后，才允许转让。但是《出让条例》却对此作了改变，规定符合出让合同规定的条件和期限后，才允许转让，即由每一个出让合同去规定。而依本法第 38 条规定，除符合出让合同规定的其他条件外，还要完成开发投资总额的百分之二十五以上，即完成开发投资总额的比例是强行规定，必须遵守。如果出让合同中约定的比例低于百分之二十五，则该条款无效。

十二、关于划拨土地使用权转让

对通过划拨方式取得的土地使用权进行转让,要经行政机关批准。关于批准机关,《出让条例》第45条曾规定为市、县人民政府土地管理部门。而批准划拨土地使用权转让,其性质与批准划拨或出让土地使用权是相同的。《出让条例》规定的批准机关与《土地管理法》的精神有违。因此,本法第39条规定以划拨方式取得土地使用权的,转让房地产时,应当按照国务院规定,报有批准权的人民政府审批。虽然目前尚无就此权限的具体规定,但从立法精神上,估计在实践上或国务院可能作出的规定中,会按照转让土地的面积而由县市级、省级人民政府或国务院批准(参见《土地管理法》第25条和《国务院关于出让国有土地使用权批准权限的通知》)。

经批准转让划拨土地使用权的,原有法律规定必须由转让方办理出让手续,补交出让金。而本法第39条作出了两点改变:1. 有批准权的人民政府可以决定办理出让手续,也可以决定不办理出让手续;2. 对决定办理出让手续的,则由受让方与政府办理出让手续,交纳出让金;对决定可以不办理出让手续的,则由转让方将因转让房地产获得的土地收益上缴国家或者作其他处理。

关于有批准权的人民政府在何种条件下决定可以不办理土地使用权出让手续,本法虽然提出由国务院作出规定,但从本法精神看,应当解释为只有受让方符合本法第23条规定的取得划拨土地使用权的条件时,方允许不办理土地使用权出让手续。

十三、关于商品房预售

本法发布前,有关商品房预售,各地均以地方行政机关的规定为依据,而无全国性统一规定。本法第44条对商品房预售的条件作了规定。由于商品房预售涉及房屋所有权和土地使用权同时转让,故本条还规定商品房预售人应当按照国家有关规定将预售合同报县级以上人民政府房产管理部门和土地管理部门登记备案。

关于商品房预购人将购买的未竣工的预售商品房再行转让,本法并未禁止,而是提出由国务院作出具体规定。目前有些地方政

府的规定中已允许将未竣工的预售商品房再行转让。

十四、关于房地产抵押

本法第 46 条规定了房地产抵押的概念,从而纠正了《出让条例》第 36 条的一个错误。《出让条例》第 36 条规定:“抵押人到期未能履行债务……”,从而确定抵押人与债务人必须为同一人,故排斥了第三人以自己的土地使用权为债务人担保的可能,这不仅与传统立法不一致,也与我国的实际经济生活不符。

本法关于房地产抵押的另一个新变化是,不必首先办理土地使用权出让手续即可将房屋所有权连同所涉划拨土地使用权抵押,而《出让条例》则要求必须办理土地使用权出让手续后,才可以抵押。显然,目前的规定更便利经济生活。

但须注意的是,由于设定抵押的房地产的价值总额中包含着应当交给政府的出让金(如果是划拨土地使用权的话),而抵押权人只能对拍卖所得总额扣除出让金的剩余部分享有优先受偿权,则抵押权人应特别注意设定抵押权的房地产中的土地使用权是以何种方式取得(出让还是划拨)。

本法在此有一个疏忽,即由于抵押权的设定,有可能形成抵押物的转让。而本法对划拨土地使用权设定抵押却未规定报有批准权的人民政府审批,即对转让和抵押本属相同层次的问题,却适用不同的原则。

十五、关于房屋租赁

依照本法规定,房屋所有权人将以划拨方式取得使用权的国有土地上建成的房屋出租的,应当将租金中所含土地收益上缴国家。而没有硬性要求须办理土地使用权出让手续后才能出租,这也是本法的一个变化。

十六、关于房地产权登记

我国现行法律确立了土地、房产分别登记制度,即由人民政府批准,土地管理部门发土地使用权证,房产管理部门发房屋所有权证。本法对此仍然予以确认。但针对有些地方人民政府由一个部

门统一负责房产管理和土地管理,故本法允许制作、颁发统一的房地产权证书。

关于房地产权登记发证的程序,依照本法规定,属于取得房地产开发用地的,则先办理土地使用权登记发证,房屋建成后,再办房屋所有权登记发证;属于房地产转让或者变更的,则先办房屋所有权变更登记发证,再办土地使用权变更登记发证。

而房地产抵押权,属于房地产权的附属权利,其附属于主权利而存在,故应当与前述土地使用权和房屋所有权的登记程序、登记机关相同。然而本法在此发生一严重失误,却规定向县级以上地方人民政府规定的部门办理抵押登记。故在立法上提供了另外三种选择:1. 由土地管理部门登记;2. 由房产管理部门登记;3. 由第三个部门登记。但这三种选择均会造成行政职责不清,并且会给正常的房地产交易带来混乱。

目 录

前言	
绪论	(1)
城市房地产管理法释义	(1)
附件	(70)
(一)《中华人民共和国城市房地产管理法》	(70)
(二)1. 国有土地使用权出让合同	
(宗地出让合同)	(82)
2. 国有土地使用权出让合同	
(成片开发土地出让合同)	(90)
3. 国有土地使用权出让合同(划拨土地	
使用权补办出让合同)	(103)
(三)外销商品房预售契约	(107)
(四)房地产抵押合同	(114)
(五)1. 房屋租赁合同	(116)
2. 商品房产租赁合同	(119)

城市房地产管理法释义

第一章 总 则

本章规定了本法的立法目的、适用范围。

第一条 为了加强对城市房地产的管理,维护房地产市场秩序,保障房地产权利人的合法权益,促进房地产业的健康发展,制定本法。

【释义】 本条规定了本法的立法目的。

(一)立法背景

房地产是社会财富的重要组成部分,是构成各种经济实体的基本物质要素。房地产业的发展,不仅可以为城市经济发展提供基本物质基础和前提,而且有利于改善城市居民生活条件,为国家开辟一条重要财源。房地产业在国民经济和社会发展中的重要地位和作用,客观上要求用法律加以规范、引导、推动和保障。我国推行改革开放的政策后,特别是我国进行城镇国有土地有偿使用制度改革以来,我国房地产业迅速崛起,随着 1992 年以后改革和建设步伐加快,房地产业又发展到一个新阶段。与此同时,随着房地产业的迅猛发展,也出现了一些亟待解决的问题,主要是出让土地热、建开发区热,造成建设用地供应总量失控,国有土地资产流失。同时,房地产开发投资结构不合理,房地产开发企业过多、过滥,房地产市场机制不健全,交易不规范,交易价格混乱,炒地皮、炒房产现象严重。要从根本上解决这些问题,必须健全房地产法制。由此,比较直观的想法就是通过制定一部“房地产法”来达到上述目的。

在本法发布前,我国有关房地产立法,主要是随着不同阶段行政管理需要陆续发布的。这些法律或法规,规定了行政管理的不

同方面,并且其中许多重要内容,比较明显地反映着计划经济体制的特征,同时由于行政部门职责划分上的原因,很难就房地产市场制度进行通盘考虑,与规范房地产市场秩序的要求不相适应。因此,制定本法,也是试图从法律体系上更进一步。一方面,从法律上填补一些空白点,另一方面,很大程度上是对现行法律规范加以整理,进行阶段性的总结。

有关房地产的立法,包含着多种法律关系的内容。作为对财产权利的行使和保护规范,它根基于我国的民事立法,而就单项房地产法规而言,则强烈地表现着行政法的色彩。有关房地产方面的单项法律法规主要有:《城市规划法》、《土地管理法》、《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》、《外商投资开发经营成片土地管理暂行办法》、《城市私有房屋管理条例》、《城市房屋拆迁管理条例》及若干税收条例等。

(二)房地产立法趋势

近代房地产立法,从封建社会挣脱出来,以所有权做为私有权利保障的基础,主张所有权神圣不可侵犯,而对所有权的行使,对任何人均不会构成不法。但是,第一次世界大战以后,资本主义进入垄断阶段,所有权思想发生了重大变化,所有权中被灌入了强烈的社会性观念,即所有权应当正当行使并发挥社会作用。以所有权为中心的房地产立法,演变为利用权为中心的立法。尤其是城市,人口稠密,交通拥挤,广大居民的生存权要受到特别的尊重。因此,房地产的利用权优于所有权,房地产权利的行使,应以不排斥现实的利用为前提。而关于房地产的所有权和利用权,均平等地受到法律的保护。正基于此,本法的立法目的为:加强城市房地产的管理,维护房地产市场秩序,保障房地产权利人的合法权益,促进房地产业的健康发展。

第二条 在中华人民共和国城市规划区国有土地(以下简称国有土地)范围内取得房地产开发用地的土地使用权,从事房地产

开发、房地产交易,实施房地产管理,应当遵守本法。

本法所称房屋,是指土地上的房屋等建筑物及构筑物。

本法所称房地产开发,是指在依据本法取得国有土地使用权的土地上进行基础设施、房屋建设的行为。

本法所称房地产交易,包括房地产转让、房地产抵押和房屋租赁。

【释义】 本条规定了本法的适用范围。

法的适用范围,是指法律规范在何时、何地、对何人发生法律效力。法的适用范围,也就是法的效力范围。

本条规定了本法在空间上的适用范围。而本法在时间上的适用范围则由本法第 72 条做出规定。

(一)本法在空间上的适用范围

依照本条规定,本法适用于中华人民共和国城市规划区。

本条所称城市,是指国家按行政建制设立的直辖市、市、镇。依照我国法律规定,直辖市的设立,由全国人民代表大会审议决定;其他市的设立,由国务院审批;镇的设立,由省、自治区、直辖市人民政府审批。

城市规划是在一定时期内城市建设的发展计划,对城市内各方面的建设进行综合部署,作为城市开发、城市建设和城市管理的主要依据。城市规划区,是指城市市区、近郊区以及城市行政区域内因城市建设和发展需要实行规划控制的区域。城市规划区的具体范围,由城市人民政府在编制的城市总体规划中划定。

(二)本法调整的法律关系

依照本条规定,在城市规划区内取得房地产开发用地的土地使用权,从事房地产开发、房地产交易,实施房地产管理,应当遵守本法。明确本法调整的法律关系,也就概括了本法的主要内容。

1. 取得房地产开发用地的土地使用权

本法规范了取得房地产开发用地的土地使用权的方式、程序,

其法律关系的另一面,也就规范了政府向社会供应土地的方式和程序。

依照本法规定,取得房地产开发用地的土地使用权的方式有两种,即土地使用权出让和划拨。土地使用权出让,是指国家将国有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。通过这一方式取得的土地使用权是有期限的土地使用权,其基本特征是,在其存续期间内,可以依法出租、转让、抵押。土地使用权划拨,是指县级以上人民政府依法批准,在土地使用者缴纳补偿、安置等费用后将该幅土地交付其使用,或者将土地使用权无偿交付给土地使用者使用的行为。通过划拨方式取得的土地使用权限于特定的目的,并且无限期,但不得出租、转让、抵押。

出让和划拨,是政府以不同方式向社会供应土地的行政行为,受让人与政府间确立了行政法律关系。

2. 房地产开发

依照本条规定,本法所称房地产开发,是指在依据本法取得国有土地使用权的土地上进行基础设施、房屋建设的行为。

基础设施,是房地产开发中基础性、整体性的先期开发内容,主要包括:1. 给水、排水系统;2. 能源生产和供应系统;3. 交通运输系统;4. 通讯和信息传输系统;5. 环保系统;6. 防灾系统。依照本条规定,本法所称房屋,是指土地上的房屋等建筑物及构筑物。单纯就房屋而言,是指有屋面和围护结构(有墙或两边有柱),能够遮风避雨,可供人们在其中生产、工作、学习、娱乐、居住或储藏物资的场所。本法所称房屋,还包括围墙、烟囱、水池、桥梁等建筑物和构筑物。

3. 房地产交易

房地产交易泛指以房地产为标的的商品交换行为,即民事法律行为。在本法中指房地产转让、房地产抵押和房屋租赁。房地产转让,是指房地产权利人通过买卖、赠与或者其他合法方式将其房