

<http://www.phei.com.cn>

中国房地产 政策研究

——堵漏、体改、维权

郑 华 著



电子工业出版社
PUBLISHING HOUSE OF ELECTRONICS INDUSTRY

中国房地产政策研究

——堵漏、体改、维权

郑 华 著

電子工業出版社·

Publishing House of Electronics Industry

北京·BEIJING

内 容 简 介

本书全面系统地介绍了我国房地产业的法律、法规及相关政策,涉及到土地获得、产权登记、房屋拆迁、房地产开发、建筑施工管理、商品房销售、中介管理、物业管理等诸方面的政策。

本书深入地分析了各种政策中存在的漏洞、问题,并分析其原因。同时,本书汇集各家学者的观点,对相关问题进行了深刻的理论分析,有很高的学术价值。

本书密切关注实际生活中的热点问题,用许多生动的案例再现当前房地产市场的种种纠纷、矛盾。

本书适合房地产管理部门、房地产开发企业及相关领域的学术研究人员、教师、学生阅读。

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。

图书在版编目(CIP)数据

中国房地产政策研究——堵漏、体改、维权/郑华著. —北京:电子工业出版社, 2004.5
ISBN 7-5053-9902-0

I. 中… II. 郑… III. 房地产业—经济政策—研究—中国 IV. F299.233.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 040624 号

责任编辑: 龚立堇

印 刷: 北京天竺颖华印刷厂

出版发行: 电子工业出版社

北京市海淀区万寿路 173 信箱 邮编 100036

经 销: 各地新华书店

开 本: 787×980 1/16 印张: 19.75 字数: 450 千字 插页: 1

印 次: 2004 年 5 月第 1 次印刷

印 数: 5 000 册 定价: 27.00 元

凡购买电子工业出版社的图书,如有缺损问题,请向购买书店调换。若书店售缺,请与本社发行部联系。联系电话:(010) 68279077。质量投诉请发邮件至 zlts@phei.com.cn,盗版侵权举报请发邮件至 dbqq@phei.com.cn。

前言

中国房地产市场与政策联系十分紧密。政府作为管理者和国有土地所有者的代理人，对中国房地产市场的影响尤其巨大。由于房地产业立法建制时间不长，其间不断被各种政治运动打断、干扰，政策未能升级为法律，执法者与立法者又合二为一，其影响力之大不难想像；政策的作用往往大于法律，使我国房地产政策存在着政出多门，政策多变，前后不一，互相矛盾，透明度低等问题使政策研究与贯彻困难重重。

当房地产业裹挟着滚滚财源浩荡前行时，伴随着的政策制定、发展的轨迹却容易被忽视，谁还记得中国房地产业是怎么走过来的？谁会花心思去连缀这过往的经历和片断，发现其中的教训和代价呢？

20 世纪 90 年代初的房地产狂热尚记忆犹新，21 世纪的新“圈地热”又起波澜，痼疾伴随着腐败、环境破坏的新病复发了。一方面老百姓作为弱势群体，在房地产市场上倍感疲惫，担惊受怕。另一方面业主作为一个新型社会角色，正在打起维权的大旗，形成一支不可忽视的力量，他们向开发商讨公道，向政府要说法。恰恰是这种无形的力量推动立法建设的步伐不断前行。该是梳理政策法规的时候了，把一个个疏漏清理出来，把一个个立法空白或灰色地带勾勒清晰，把一个个惨痛的教训告诉人们，把学术研究领域的声音传播出去，向政府敲响反腐的警钟，让老百姓绷紧自主维权的神经，让开发商了解正确把握政策的方法，辨别出政策带来的是机会还是风险。

有种习惯认为，政策是官方管理老百姓的工具，政策一向以文件自称，被保密或神秘化了，所以老百姓对所谓政策，搞不懂也不敢问，甚至有一种天然的抵触。然而，作为业主，又必须捍卫自己的权利，当百姓发现利益被暴露在法律保护之外时，他们不得不学习法规政策，在一个法规不健全的环境中，不懂政策，谈什么维权，谈什么防范？所以我认为首先的任务是打破这种神秘。

本书遵循这样一个大的思路，即先把政策内容介绍清楚，让读者看懂，在本书的每一章中，列出种种相关政策的名称、发布机构、发布时间，以备读者查阅检索。

要读懂政策，还要发现政策的问题、漏洞，我整理了近十几年来报刊曝光的重大典型案例，一是说明政策与我们每个人的生活息息相关，二是反映出政策研究的紧迫性。

怀着这种打算，我写了这本关于中国房地产政策的书。好在，前人的研究已经堆叠了相当多的精华和成果，我所做的就是把它们整理出来。作为理论研究者，我

认为各位专家学者论文中点滴的真知灼见都是十分宝贵的，有价值的，应挖掘、整理、汇集起来，传播出去，让人们理解，特别是给后人查找提供线索，即便只是作为资料保存，往往也是具有学术价值的。

这样的研究使我有一种使命感。研究公摊面积问题及产权证难办的原因，使我感到应该为百姓呼吁；研究土地管理问题，使我为国有资产流失而愤慨；研究建筑管理制度，我又会为由于房屋质量问题而在“衡阳 11·9”大火中死难的 20 位官兵年轻的生命而叹息。这种使命感使我把辛苦的写作视为乐趣，期待着我微弱的声音能够有更响亮的回声，带来更多的知音。

郑华

2004 年 3 月

目 录

第一章 引言	1
第一节 研究房地产政策的重要性	1
一、法律调整对于一般房地产经济活动的意义	1
二、房地产政策、法律对于中国房地产的特殊意义	3
第二节 中国房地产政策与法	5
第三节 中国房地产立法及政策运作的实践	7
一、改革开放以前我国的房地产政策（1949—1978 年）	8
二、改革开放以后我国的房地产政策（1978 年至今）	9
第四节 中国房地产政策运作中存在的问题	11
一、行政管理的色彩过重	11
二、一事多法，多头立法，重复立法	11
三、在立法的运作上，政企尚未脱钩	12
四、在行政运作过程中，缺乏监督和投诉的机制	12
五、运作效率低	12
第五节 房地产政策的价值取向	12
一、一般公共政策的价值取向	13
二、房地产政策的价值取向	14
第六节 房地产政策体系	16
一、按规范行为的内容分类	17
二、房地产政策体系的效力层级结构	18
三、按其他方式对房地产政策进行分类	19
四、本书的结构	20
第二章 土地政策总论	22
第一节 土地政策的意义	22
第二节 土地政策的分类	24

一、按土地分类进行的土地政策分类·····	24
二、按土地利用、保护、经营与管理等多种行为内容对土地政策进行分类·····	25
三、按其他标准与依据的分类·····	25
第三节 土地管理中出现的新问题与土地政策研究之必要性·····	28
一、新一轮“圈地”热·····	28
二、此次“圈地”热新特点之一：规模大·····	29
三、此次“圈地”热新特点之二：圈占风景名胜区·····	29
四、此次“圈地”热新特点之三：腐败现象明显·····	30
第三章 农村土地管理·····	32
第一节 农村非建设用地的管理·····	32
一、耕地资源状况令人堪忧·····	32
二、土地管理的最高原则·····	34
三、实施土地用途管制制度·····	35
四、耕地保护·····	38
五、农村非建设用地管理中存在的问题·····	40
第二节 农村建设用地的管理·····	43
一、关于农村建设用地的有关规定·····	44
二、农村建设用地管理政策实施中的问题·····	49
第四章 城市土地供应·····	55
第一节 城市建设用地的供应·····	55
一、我国现行土地市场供应方式·····	55
二、我国土地使用权出让、划拨中存在的问题·····	56
三、对土地供应方式的建议·····	58
第二节 土地使用权划拨·····	58
一、土地使用权划拨的概念·····	58
二、土地使用权划拨的法律特征·····	58
三、土地使用权划拨范围·····	59
四、非公益目的划拨土地的“转轨”·····	60
五、划拨土地使用权及其终止·····	64
六、划拨土地的其他转化形式·····	64
第三节 土地使用权出让·····	69
一、土地政策的市场化价值取向·····	69

二、土地使用权出让	70
三、土地使用权出让合同	72
四、土地使用权出让的年限	74
五、土地使用权出让的灭失	75
六、协议出让	75
七、招标、拍卖、挂牌出让	77
八、土地使用权出让中面临的问题	78
第四节 土地使用权转让、出租、抵押	88
一、土地使用权转让	88
二、土地使用权出租	92
三、土地使用权抵押	94
第五章 城市土地管理	99
第一节 土地储备制度	99
一、土地储备制度的产生	99
二、土地储备制度的实施	100
三、土地储备制度的理论问题探讨	105
第二节 土地价格管理	121
一、土地估价制度的产生	121
二、土地价格管理政策中的问题	123
第六章 城市房屋拆迁管理政策	124
第一节 房屋拆迁程序及其管理政策	125
一、拆迁中的各方当事人	125
二、拆迁管理	126
三、拆迁补偿与安置	129
第二节 房屋拆迁政策实施中存在的问题	131
一、拆迁管理体制中存在的问题	132
二、拆迁安置与补偿中存在的问题	138
第七章 房地产登记制度与政策	151
第一节 我国房地产登记制度的确定与发展	152
第二节 我国房地产登记制度的基本内容	153
一、房地产登记机关	154

二、房地产登记内容	155
三、房屋土地登记的类型	157
四、房地产登记的基本程序	159
第三节 房地产登记政策的问题	163
一、登记效力模式的选择问题	163
二、登记效力与合同效力的关系问题	167
三、预告登记问题	169
四、登记种类问题	174
五、建立登记赔偿制度	175
第八章 房地产企业管理政策	178
第一节 房地产开发及开发企业	185
一、房地产开发的类型	185
二、房地产开发企业的类型	187
第二节 房地产开发企业的设立	188
一、房地产企业的设立	188
二、外资房地产开发企业的设立	190
三、房地产开发企业资质等级条件	192
四、房地产开发企业资质等级的申请核定、审批、年检	194
五、房地产开发企业的业务范围	195
六、违反资质管理的法律责任	195
第九章 房地产开发项目计划管理	197
第一节 房地产开发项目投资计划管理	197
一、项目建议书的编制、申报和审批	197
二、可行性研究报告的编制、申报和审批	199
三、列入年度计划的条件、申报和审批	200
第二节 房地产开发项目计划管理体制的改革	201
一、房地产开发计划管理的市场化改革	201
二、房地产开发程序的变动和调整	203
第十章 房地产开发项目规划管理	205
第一节 房地产开发项目的用地及工程规划管理	205
一、核发选址意见书	205

二、建设用地规划许可证	207
三、房地产开发项目的工程规划管理	208
四、房地产开发项目的市政配套	209
第二节 用地及工程规划管理中的问题	210
一、规划管理中的不平衡现象	210
二、规划管理程序有待调整	210
三、规划管理程序费时费力, 且没有时限规定	211
第十一章 房地产开发项目建设管理	212
第一节 建筑工程施工许可证制度	213
一、施工许可证制度的有关规定	213
二、建设工程施工许可证制度中存在的问题	215
第二节 建筑工程建设招投标制度	217
一、建设工程招投标的有关规定	217
二、建设工程招标投标中存在的问题	223
第三节 建筑工程建设监理制度	227
一、建设工程监理制度的有关规定	227
二、工程监理制度及其实施中的问题	230
第十二章 商品房销售管理政策	234
第一节 商品房销售的法规政策	234
一、商品房预售的条件	235
二、商品房现售的条件	235
三、商品房销售合同	236
第二节 商品房销售中的几个问题	237
一、广告的约束力	237
二、产权证的办理	239
三、房屋质量和保修	242
四、商品房面积测算	244
五、竣工验收与延期交房	246
第三节 商品房销售政策的深入分析	251
一、商品房面积纠纷	251
二、产权证为什么难办	258

第十三章 房地产中介管理政策	265
第一节 房地产业中介管理的法律法规	265
一、房地产业中介机构服务范围	266
二、房地产中介机构的人员管理	267
三、房地产中介机构的资质管理	272
四、房地产中介机构的运作管理	276
第二节 房地产中介法规中存在的问题	280
一、房地产中介相关法律法规的不足	280
二、房地产中介机构行业管理的问题	281
三、房地产中介服务人员管理的问题	282
四、房地产中介机构资质管理的问题	282
五、房地产中介服务收费管理的问题	283
第三节 房地产中介法规建设	284
一、关于房地产中介机构行业管理的建议	284
二、关于房地产中介机构人员管理的建议	285
三、关于房地产中介机构资质管理的建议	286
四、关于房地产中介机构收费管理的建议	287
第十四章 物业管理制度	289
第一节 物业管理基本概念	289
一、物业管理概述	289
二、物业管理委托	289
三、物业管理的主要内容	291
第二节 物业管理法及政策	292
一、物业管理公司的有关规定	293
二、业主、业主委员会、业主大会的权利与义务	296
三、物业管理费	298
第三节 《物业管理条例》的进一步探讨	300
一、应明确业主大会和业主委员会的性质、地位	300
二、强化业主委员会的监督职责	301
三、公共维修基金的管理	302
四、物业管理服务内容和标准	302
五、物业管理招投标的问题	303

第一章 引言

第一节 研究房地产政策的重要性

一、法律调整对于一般房地产经济活动的意义

研究某一个方面问题的意义，在于问题所涉及的事件行为对于人类生活的重要性。房地产政策及法律之所以具有极大的研究价值，就在于房地产作为几乎是最具价值的财产对于人类经济活动的重要性。

房地产又称为不动产，英文称之为 Real estate 或 Property。意义为永久性的财产，或真正的财产。显然人们从称谓上把房地产与其他类型的财产区别开来，它被看做是真实持久的财产。

房地产的特殊性质，使其具有比其他资产类型更强的保值性和增值性。

(1) 房地产是持久性财产。土地和房屋一般来说不容易被损坏，房屋的使用年限长则百年以上，一向被人们称为固定资产。土地更不易损坏，除非自然灾害，如泥石流、地震、洪水、火山喷发等，而这种自然灾害发生的概率是很低的。土地即使是遭遇到灭顶之灾，经过一定时间的修复或维护后，仍然可复原或用于他项用途。

(2) 房地产是不动产。土地和房屋固定于某一个位置，不会移动。拥有这种财产，主人不用担心被人移走或偷窃。从来没有必要将盗窃法运用于土地上¹。正因为土地的持久性和不动性，人们发现，最适合在土地上设置抵押权。用土地和房屋作为抵押担保物不必担心抵押物丢失和损坏。

(3) 房地产具有惟一性。严格地说世界上没有相同的房产和土地，由于位置的差异，设计上完全相同的房产享有的空气和阳光也是不同的。房间可以设计成相同的，楼房也可以批量生产，但周边的环境是无法复制的。所以人们在投资房产时信仰一句话叫做：位置，位置，还是位置。

(4) 房地产的供应量是有限的，需求量却是不断增加的。土地不易损坏，土地表面又是那么广阔无垠，但是真正适合人居住的土地只占地球表面面积的很小一部分。

1 [英]F.H. 劳森, B.拉登. 财产法. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998

那么,各种给人们带来方便的配套设施,如商场、道路、绿化等都齐备的土地的数量更为有限。由于人口的增加,人均居住面积的增加,人们生产活动对土地的要求也在增加。于是,就特定的地块而言,特别是适合人们居住的、方便人们生活的、配套设施齐全的土地总是需求大于供给。这就使这些土地和房产具有极大的保值性,也有人称之为抗跌性。

(5) 房地产的价值不是由成本决定的。土地与其他资产最显著的不同,在于它的价值不是由其构成物的价值(如砖头的价值、木材的价值等)构成的。土地是非劳动产物,没有价值,它的价值是人们赋予它的一种价格形式,是虚拟的价值。土地的虚拟价值是由土地地租的资本化换算出来的。土地价格相当于这样一笔货币资本,把这笔货币资本存入银行每年所得的利息,与用这笔货币资本购买一块土地后将其出租每年所获得的地租相等。用公式表示就是:土地价格=地租/利息率。因此土地的价值增长不是成本推动的,不是线性增长的,而是成倍地以几何级数增长的。因此作为一种可选择的资本投资,它具有增值性。

房地产作为财产或作为资产可以说都有特别的优越性。于是围绕着房地产,人们开展了越来越复杂的经济活动,不断地开掘房地产的使用价值和价值。人们不仅使用(居住或耕作),而且还形成分割或共同拥有房地产所带来的收益(如夫妻共同拥有房产,投资人共同投资以获取资产经营的收入等)。人们还在房地产上设置担保,将房地产进行抵押、转让、出租、赠与等。诸多的经济行为,涉及多方的经济主体,经过多次的交易过程,这些经济活动引发了越来越多复杂的房地产经济关系。

为了保证经济生活的稳定,提高生产和交换的效率,减少交易成本,人类经过长期的探索,制定出各种规则、法律,用以调整房地产活动中的经济关系,规范房地产交易和开发的行为,维护房地产关系中主体之间权利、责任、义务、利益的分配的公平性、合理性。伴随经济关系的产生和发展,于是产生了调整这种经济关系的法。

法律调整的必要性,来源于经济关系复杂性。而法之所以能够进行这种调整在于法本身就是关于权利分配的工具、方法。古今中外的法学家已给法下过许多定义,如:法是规范或规则(管子);法是一种规范体系(凯尔逊);法是社会契约的产物(卢梭);法是社会生活条件的总和(耶林);法是理性的体现(斯多葛学派);法是自由意志的体现(康德、黑格尔);法是民族精神的体现(萨维尼);法是经济(波斯纳);法是政治(昂格尔)。²然而通俗地理解的话,法首先是方法,具有指导和规范行为功能。依法从事经济活动,有利于活动的顺利进行和效率的提高及费用的降低。法是人类经济生活中调整自身关系及与自然关系的经验总结。任何经济活动都离不开法这种工具。房地产经济活动也是如此。人们给房地产业下了如下的定义:房地产是从

2 威渊. 论立法权. 北京:中国法制出版社,2002年6月

事房地产开发、经营、管理和服务的产业，是具有生产、经营和服务的独立行业。作为国民经济的一个独立产业，它包括房地产买卖、租赁、抵押、物业管理等实现使用价值和价值的方式。房地产法是由国家立法机关制定，由国家强制执行的房地产法律规范。

房地产的特殊性，引发了复杂的房地产经济活动和经济关系。决定了房地产法律调整的必要性和房地产法律的复杂性。作为一种重要的经济现实，作为一种工具、方法、调整的方式，房地产法及政策自然引起从业人员乃至所有老百姓的重视，同时引来关注和研究的目光。

中国正处于房地产业高速发展的阶段，中国的房地产政策又在房地产业发展中起到了极其重要的作用，这种作用从某种意义上说甚至超过了法律的作用（这是由中国的行政结构决定的，房地产与政策的关系将在以后内容中做出解释）。

如果说房地产法是人们无法逃避的经济现实，那么中国的房地产法和房地产政策更是中国人无法回避的经济现实。几乎可以说所有的中国人，一生中都要接触到房地产法或房地产政策。人生下来就要住房，结婚生子、工作、养老，都必须有住房或各种活动空间。中国房地产政策和法律这一现实，应当尽快引起人们的极大关注，引起研究者的长期深入研究。因为理解了中国经济的特殊性和中国房地产法与政策在经济活动中的特殊地位，才能更好地维护自己的权益，才能更有效地保护土地资源和更大地发挥土地资本的价值。

二、房地产政策、法律对于中国房地产的特殊意义

每个人一生不可能不与房地产打交道，都要涉及有关房地产方面的经济关系。然而对于中国人来说，房地产政策、房地产经济活动有着特殊的重要性。

（一）对每个老百姓来说，研究房地产政策法律有利于其利用这个工具进行维权

中国的老百姓，面临的是一个房地产业迅速发展，但其市场又极其不规范的环境，买房、卖房、拆房、建房、分房、继承都有可能遇到各种风险。房地产法自然就是必不可少的规范和方法指导。所谓市场不规范，就是指市场主体行为的不规范，市场规则的不健全。直接的表现是市场规则中存在大量的漏洞和问题。政策和法律是市场规则的外化形式。所以研究政策和法，可以认识这些法与政策的不完善之处，发现漏洞就是发现了风险，发现风险才能采取措施防范风险造成的损失。规则不健全，固然需要研究和认识它。在规则健全的地方，有时也会存在侵犯老百姓权益的有失公平的情况，在这种情况下，老百姓的维权意识就要表现在对法规政策的研究、分析和推敲，甚至批评和呼吁上。

（二）对于政府来说，研究房地产政策也是维护国有资产所必需的

在改革开放的今天，土地可以说是最值钱的固定资产之一了。围绕国有土地的开发、使用、转让、交易引发了极其复杂的经济活动和经济关系。为了确保国有土地资产价值的保值、增值，不至于不合理地流入到私人手中，国有土地的代理人、监管人、各级人民政府的职能部门必须研究出各种政策法规，以规范市场行为，确保交易活动在所有者许可的范围之内进行。

近年来，国有资产大量流失，国有土地的收益也因法律和政策的疏漏而大量地被少数不法商人、腐败分子所截流、窃取。人们都熟悉这样一句话，“上马一批工程，下马一批干部”。可见房地产与腐败有着何等密切的联系。房地产不仅是腐败易滋生的地带，而且与不法分子的欺诈、恶意串通也有着不解之缘。2003 年相继曝光的周正义、钱永强案件不正说明了这样一点吗？这些金融诈骗犯最初都是从房地产起家的。要加强金融内部控制，严格房地产开发活动各环节的管理，研究政策、发现漏洞是必须做的工作。所谓“魔高一尺，道高一丈”。所以不仅百姓维权需要研究政策法规，政府自身也必须研究和发现政策漏洞。政策漏洞对于政府来说就意味着国有资产的流失，就意味着腐败。漏洞就是颠覆江山社稷于一旦的蚁穴，切不可疏忽。

（三）对于开发商来说，研究政策意味着回避风险

政策漏洞对于开发商也同样意味着风险，钻政策的缺口可能一时获利，但长期下去就意味着在经营行为的合法性上打了折扣，为日后被政策限制、规范、调整，甚至整顿清理，埋下了隐患。一个守法的商人必须了解政策，研究法的原则、价值取向，预见政策和立法的动向。实际上，政策的出台是有前兆的，是经过一个相当长的孕育过程的。相反，没有这种预见性，不在加强实力上下功夫，政策就能成为影响资金来源，影响开发进度，影响工程质量和销售收入、服务水平的不利因素。2003 年的新房贷政策（121 文件）之所以引起了开发商的强烈反应，就可以说明这样一点。实际上，每一次对开发行为的规范性政策的出台都会遭到一些开发商的抵制，但是没有哪一次抵制能阻碍房地产立法建设的进行，没有哪一次反对能阻止房地产政策对规范市场行为的越来越细化的趋势。所以与其被政策打得措手不及叫苦连天，不如早早好自为之，严格自律，充实自己的实力和物质基础，提高企业自身的素质和核心竞争能力，不被政策打乱自己的经营方略。能利用政策提高自己，这才是企业经营的高境界。

（四）研究房地产政策，是房地产企业国际化趋势，立法国际化趋势的要求

随着中国市场向国际开放，国外投资和房地产开发、建筑设计、服务会大量涌入国内市场。中国成功地加入了 WTO，又成功取得了 2008 年奥运会的申办权，国外经济活动的加入，加大了对中国市场的影响力量，中国政府必然面临新的问题，管理任

务更加复杂、艰巨。

另外,中国加入 WTO 以后,就必须接受 WTO 对于中国的义务、责任的要求。WTO 是一个以防止贸易保护主义,促进公开、公平贸易为宗旨的政府间组织。WTO 的基本原则及各项规定是基于市场导向基础之上,要求各成员国政府创造公平的市场竞争环境,变过多的行政干预管制的抑制功能为服务保障功能。我国现行的房地产管理制度是许可证制度加审批制度。审批程序的透明度低,不规范,不统一,这是与 WTO 的依法行政,依法竞争,开放市场,非歧视性,公开透明的基本原则和要求相违背的。

因此,我国政府、开发商,都必须研究、整理、清理现有的房地产政策法律、法规,不断地规范,完善。这样才能引进更多的外资,才能规范外资的投资行为,有理有节地减少国际市场给我国带来的风险。

第二节 中国房地产政策与法

房地产的特殊性及中国房地产的重要性都决定了房地产法与政策的必要性。中国房地产法与政策的重要性还在于中国政府是国家代理人,是国有土地的实际支配者和管理者。政府对房地产业的作用较之其他产业要深入和显著得多。不仅如此,中国的房地产业还有一个特别之处,就是政策的作用远大于房地产法律。因此,研究中国的房地产必须研究政策。

严格地讲,到目前为止,中国真正的房地产法律只有《城市房地产管理法》和 2003 年出台的《物业管理条例》。因为只有它们才是真正经过我国立法机关的立法程序制定的法律。其他的法规,包括国务院发布的各种条例、办法等也都只能理解为政策或法规。此外还有国务院授权的各部委发布的办法、条例、通知等。根据现行宪法和组织法的规定,我国的立法权结构是:全国人大及其常委会行使国家立法权;国务院根据宪法和法律可以制定行政法规;省、直辖市的人大及其常委会在不与宪法、法律和行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规,报全国人大常委会备案;民族自治地方的人大有权依照当地民族的政治、经济和文化特点,制定自治条例和单行条例,报全国人大常委会批准后生效。按照严格的立法程序,由人大常委会通过并发布的,或者由人大常委会授权制定的法才可真正称为法。我国房地产领域出台的各种法规,并没有明确的全国人民代表大会和人大常委会的授权委托³。

由此,我们可以对政策和法进行一定的区分。从而更确切地说明我们的研究对象和研究范围。另外,研究政策与法的区别与联系的重要意义还在于:中国房地产领域中,政策性文件占相当大的比重,如何处理好政策与更具有权威的法律关系,关系到

3 威渊.论立法权.北京:中国法制出版社,2002年6月

是政策大还是法大,“人治”还是“法治”的问题。

法与政策在主旨上都是调节人与人之间,人与国家、政府之间,企业与企业之间,人与自然之间的权利和义务关系的工具。法调节的原理在于规定人们的权利和义务的边界及内容,以调节人们之间的关系。而政策调节的原理在于规定人们的行为,在人们的权利和义务规定的方向指引下,通过规范行为来保证权利和义务的分配及人和人之间的关系状态的平衡。政策是法的初级形式,是在权利与义务的内容和边界尚不确定的时候的一种过渡形式。通过政策实施的过程,不断发现和汲取房地产实践活动中符合客观规律的合理因素,不断收集各种冲突纠纷的形式和类型,不断地发现和接近房地产经济活动中人们之间的权利、义务的边界,廓清权利义务的内容,最终形成权利和义务的关系框架。

政策与法相比,法更具有稳定性和抽象性。法与政策的关系本身是相辅相成的,政策是法律的前期形式,法更要保障政策的实施。政策的规范性、稳定性均不如法律,但是政策的灵活性、透明性都比较强。在政策的运作中运用的范围非常之广。

政策固然是法的初级形式,也有人称之为法的延伸。但是,政策只有合法(与一个国家的宪法相符合),才会产生持久的约束力,才能得到国民的遵守。所以政策不是随意的,它的灵活性是要受到法的限制。在一个法制的社会中,政策也要求符合法制的规范。政府的政策也必须是依法行政的结果,否则政策就不能成为政策。总之,离开了法去谈政策,只能是独断专行或自以为是。所以政策的合法性是极为重要的,没有合法的保证,政策就会成为少数人甚至是某个人的决定,而少数人或个人的决定极易导致专权和腐败。

政策与法是密切联系的,政策是法的初级形式,是法的前期形式,是法的延伸,同时政策的合理性又必须受法的制约。政策的合法性表现为政策的形成、决策和实施是不是在法律允许的范围内,是否符合法的理念、精神和原则。

政策与法是有区别的,有时甚至是相互矛盾和冲突的。认识到这一点,对于研究政策是极为重要的。比如在房地产领域中,根据《担保法》和《城市房地产管理法》规定,房地产抵押登记机关为“地方人民政府”规定的部门,于是在有的地方规定为房地局作为登记机关,有的地方则规定工商局作为登记机关。政策与法律规定上的区别,导致不同地区不同的政策结果。再比如在土地出让的情况下,有时会遇到受让人要遵守两个合同的义务,受到地产和房产使用年限的双重限制。当土地使用权年限少于房屋使用寿命时,是根据《城市房地产管理法》第二十一条规定,即:土地使用权出让后合同规定的使用年限届满,土地使用者需要继续使用土地的,应当最迟于届满前一年申请续期。根据社会公共利益需要收回该幅土地的,应当予以批准。根据《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第四十条规定:“土地使用权期满,届时土地使用权及其地上建筑物,其他附着物所有权由国家无偿取得。”可见政策与法不完全是