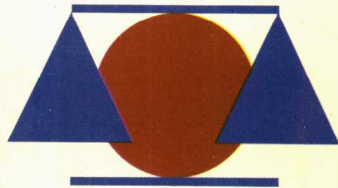


法学丛书

# 中国房地产法的理论与实务

主 编

吴少鹏 李启欣 李捷云 金贻国



花 城 出 版 社

# 中国房地产法的理论与实务

主 编

吴少鹏 李启欣 李捷云 金贻国

花城出版社

# 中国房地产法的理论与实务

主 编

吴少鹏 李启欣 李捷云 金贻国

\*

花 城 出 版 社 发 行

(广州市环市东路水荫路11号)

新 华 书 店 经 销

广东科普印刷厂印刷

广州应元路大华街兴平里3号

850×1168毫米 32开本 7.125印张 180,000字

1996年12月第1版 1996年12月第1次印刷

ISBN 7-5360-2479-7

D·8 定价:9.80元

## 前 言

《中国房地产法的理论与实务》一书，经过协作单位的共同努力，现在和读者见面了！

本书最初由香港吴少鹏律师提议组织编写。经过和有关部门的酝酿讨论，最后一致同意由广东省法学会、中山大学法政学院、广州市房地产信息中心以及吴少鹏律师事务所四个单位协作，共同撰稿合作完成。

中国房地产业正在蓬勃兴起，前景广阔，但是中国房地产市场则正在培育形成，法规尚有待建立和健全。有鉴于此，加强房地产法的理论与实务的认识与研究，实是推动房地产业发展极其重要的一环，因而萌发了编写本书的想法。

本书是一本有内在逻辑结构而由各篇相对独立的论文组成的书籍。全书分为三部分：第一部分是对新颁布的《中华人民共和国城市房地产管理法》中的一些主要法律规定进行阐述分析；第二部分是对国内若干房地产业较发达城市法规建设的介绍和总结；第三部分是对香港地区及国外几个国家房地产法律的介绍分析，以资借鉴。

全书力图从建立社会主义市场经济的角度，对中国房地产法从理论上和实务上作出深刻的分析和准确的阐述。但愿我们的工作能有助于促进中国房地产法的健全与实施！

编 者

1996年10月

**合编单位**

广东省法学会  
中山大学法政学院  
广州市房地产信息中心  
吴少鹏律师事务所

**编辑委员会**

主 编：吴少鹏 李启欣 李捷云 金贻国

编 委：（按姓氏笔画为序）

王耀堃 邓 锐 李启欣 李捷云

吴少鹏 张文彪 周治平 金贻国

钟基年 彭昆仁 黎文江

**编辑小组**

负 责 人：王耀堃 林 春 黄建武

小组成员：王耀堃 林 春 黄建武 李国清

马 锋 任 强

# 中国房地产法制建设的现状与发展趋势

吴少鹏

房地产业是经济发展的基础性、先导性产业，是国民经济的支柱产业之一。近年来，中国房地产业迅速发展，房地产作为新兴的生产要素，成为社会主义市场经济的重要组成部分。与此同时，房地产立法工作有较大发展，房地产行政管理、产权管理、市场管理开始逐步走上法制化的轨道。本文拟扼要总结中国房地产法制建设的现状，分析房地产业法律调整中存在的问题，探讨加强房地产法制建设的若干对策并预测其发展趋势，以期进一步完善市场经济条件下房地产市场法律环境。

## 一、中国房地产法制建设的现状

### 1、中国房地产法律制度的健全与房地产市场形成及发展

#### (1) 房地产与房地产业的定义

房地产是“房产”和“地产”的统称。房屋这一本为物质形态的建筑物，当被作为一项财产来看时，即被称为“房产”。房产是房屋的经济形态。地产是土地的经济形态，是凝结着人类劳动的社会资产。房产和地产具有不可分割性，故统称为“房地产”。法律上一般所说的“不动产”，主要是指房地产，因为房屋和土地均属于不可移动或一经移动就会丧失较大价值的物。在中国实行土地公有制的情况下，房屋所有权和土地的使用权是相互依存的。因而，在房地产的开发、经营、管理和服务以及在司法实践中，一般都是将房地产作为一个完整的统一的整体来对待。

房地产业是从事房地产开发、经营、管理和服务的产业。世界各国都把房地产业列为第三产业。根据1985年5月《国务院办公厅转发国家统计局关于建立第三产业统计的报告》，中国房地产业被划入第三产业的第二层次。自改革开放以来，随着经济体制的改革和市场经济的发展，中国房地产业迅速崛起，房地产业各个环节的改革相继展开。目前，中国房地产业已经初步成为一个包括房地产开发、经营、管理、服务等多种经济活动的高附加值的综合性产业。

### (2) 改革开放前中国的房地产业与房地产法律制度

房地产业，早在旧中国已经存在。如解放前的上海，全市有外资、华商房地产企业270多家，兼营房地产的工商企业有2300多户，可算是一个庞大的房地产业。新中国成立以后，实行了城市房地产公有制，建立了公有制为主体的城市房地产经济模式和法律制度。在这种模式和制度下，城市房地产开发建设实行国家投资计划管理。生产性房地产，国家计划投资建设，无偿划拨给企业使用；国家对城市住宅实行了福利制低租金政策，使得房地产业只有投入没有产出。由于长期“左”的思想和产品经济结构的制约，房地产作为商品没有得到应有的承认和重视。中国房地产商品经济只限于很少量的私房领域，基本上处于被桎梏状态。旧的房地产模式和体制，割断了城市房地产生产与流通两大环节的正常联系，使房地产业萧条，长期处于萎缩状态。几十年来，房地产管理主要是依靠与形势和阶级斗争运动有关的政策文件，房地产法律制度残缺不全。

### (3) 改革开放以来房地产业的崛起与房地产法律制度的建设

1978年中共十一届三中全会以来，随着经济体制改革和对外开放的深入发展，进行了城镇国有土地有偿使用制度改革和房地产综合开发建设体制改革，中国房地产业迅速崛起，全国各地出现了房地产开发建设的热潮，一个包括国有土地使用权出让、转

让、房屋买卖、租赁、房地产抵押、信托、拍卖等房地产市场体系逐步形成。随着 1992 年邓小平同志视察南方发表重要谈话和中共十四大以来，改革和建设的步伐加快，房地产业的发展进入一个新的发展阶段。

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，客观上要求法律加以规范、引导、推动和保障。房地产法制建设开始得到重视并较之改革开放前 30 年有了较大的发展。1987 年 9 月，深圳市首次将 5321.8 平方米国有土地使用权以 106.4 万元的价格有偿转让给一家国内公司经营 50 年，揭开了房地产开发市场的序幕。1988 年 4 月 12 日全国人大通过宪法修正案，在宪法中增加了可以依法转让土地使用权的内容，同时对《土地管理法》作了相应的修改，1990 年 5 月国务院公布了《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》和《外商投资开发经营成片土地暂行管理办法》。各地也依法定职权制定地方性的房地产法规和规章。这些法律法规，对房地产市场的发育发挥了作用。中国房地产经济，前几年发展比较迅猛，也出现了一些亟待解决的问题，主要是：土地批租热、建开发区热，造成建设用地供应问题失控，国家土地资源流失；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，造成国有土地收益流失。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，八届全国人大常委会第八次会议于 1994 年 7 月 5 日通过了《中华人民共和国城市房地产管理法》（以下简称《城市房地产管理法》），并从 1995 年 1 月 1 日起施行。该法的实施将对中国房地产市场产生重大影响，对整个房地产行业的统一规范，产权人合法权益的保障，都将创造一个良

好的法律环境，使中国房地产业逐步纳入法制轨道。

## 2、中国房地产法制建设的现状

### (1) 立法工作发展较快

中国房地产法是由一系列等级有序、内容衔接的法律、法规、规章等构成的规范体系。从建国以来中国房地产的立法情况看，中国在房地产立法上采取了中央和地方立法两级体制。即由全国人民代表大会及其常务委员会制定和修改根本法即宪法和基本法如民法通则、土地管理法、城市房地产管理法等；国务院和有关部门根据宪法和法律制定有关的行政法规和规章；地方各省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会、人民政府，在不同宪法、法律和行政法规相抵触的前提下，制定和修改地方性法规和规章。中国目前组成房地产立法体系的大多数是单行法规，而且不少房地产法规、规章是由地方根据当地具体情况制定实施的。如广东省人大常委会近年来相继制定了《广东省房地产开发经营条例》、《广东省城镇房地产转让条例》、《广东省房地产评估条例》、《广东省房地产登记条例》等地方性法规，初步形成了地方性的房地产法规体系。此外，国际惯例也可以成为一种特殊的房地产法律渊源。国际惯例是国际上通行的某些习惯做法和惯例。中国经济特区和沿海经济发达地区在发展房地产过程中，都自觉或不自觉地按国际惯例来运作，如房地产登记、公证、估价等一套管理、监督制度。

改革开放以来，中国房地产法制建设得到了较大的发展。这个时期立法上的特点表现在：第一，与改革开放前相比，制定的房地产法律、法规多。几年来，制定了《城市规划法》（1990年）、《土地管理法》（1986年）、《城市房地产管理法》（1994年）等法律和《城市私有房屋管理条例》（1983年）、《城镇个人建造住宅管理办法》（1983年）、《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》（1990年）、《城市房屋拆迁管理条例》（1991年）等行政法规，同

时由建设部制定发布几十件房地产规范内容的部门规章和部颁文件。第二，法律、法规的调整范围不断拓宽，内容涉及房地产开发、建设、经营、市场、使用消费以及各种产权（公房、私房、合作），涉外房地产等方面都纳入房地产立法工作的范围。第三，房地产立法的地位得到提高。改革开放前一直习惯于用政策和行政命令来管理房地产的状况有所改变，一些政策已被相应的法律、法规所取代，已经颁布实施的法律、法规对调整房地产产权、开发、建设、经营、市场活动所产生的各种社会关系起到了重要作用。

## （2）执法工作得到加强

正确发挥执法部门的职能和作用是一个合法、有序、公平的房地产市场的重要因素。改革开放以来，在“一手抓建设、一手抓法制”的战略思想指导下，中国不断充实和加强司法机关、行政管理机关等执法部门，对维护房地产市场秩序，保障当事人的合法权益，促进房地产业的发展发挥了重要作用。从不同的功能和职权出发，中国执法体系可分为两大系统：

一是法律适用机关。即人民法院、人民检察院在审理、侦查房地产纠纷、违法犯罪案件中正确适用法律、法规，以恢复、维护、保障生产生活秩序，达到司法补救的最大化。随着房地产业的不断深入、发展、房地产纠纷不断增多，当前比较突出的是其中有关房地产开发经营方面的纠纷，包括土地使用权出让、转让纠纷，土地使用权抵押纠纷，商品房预售转让纠纷，合资、合作开发经营房地产纠纷，开发建设项目转让纠纷等等。不少地方人民法院从实际出发，专门设立房地产审判庭审理有关房地产纠纷案件。1993年11月24日，最高人民法院《全国民事审判工作座谈会纪要》对审理房地产案件的几个问题，作出了司法解释，以指导司法实践。

二是行政执法部门。按照中国现行体制，对城市房地产的管理，涉及建设行政主管部门和土地管理部门。房地产业是一个统

一的行业，房地产本身又具有房、地不可分的特性，国家对房地产业应实行统一的管理。但是，由于中国房地产管理体制正处于改革的阶段，各地政治、经济、文化的发展不平衡，城市房地产业的发展差别也很大。1995年1月1日开始施行的《城市房地产管理法》第六条规定：“国务院建设行政主管部门、土地管理部门依照国务院规定的职权划分，各司其职，密切配合，管理全国房地产工作。”“县级以上地方各级人民政府房产管理、土地管理部门的机构设置及其职权由省、自治区、直辖市人民政府确定。”因此，目前主要有两种模式：一是多数城市分别设立了房产管理和土地管理的机构，由其分别进行房产和土地的管理工作；二是有些城市设立了一个统一的房地产管理机构，由其统一管理房地产工作。此外，有些城市虽设立了房产管理机构和土地管理机构，但由建设口统管，具有统一管理的性质；有些城市土地管理机构还负责本辖区规划工作，各地的机构设置和职责分工不尽一致。随着《城市房地产管理法》的实施，城市房地产管理体制将会有新的突破。

### (3) 法律服务机构逐步介入房地产市场

在中国房地产市场形成和发展过程中，法律服务机构通过公证、见证，草拟、审查房地产合同、出具法律意见书、参与房地产诉讼等多种手段逐步介入房地产业，为房地产市场各环节提供法律服务，此举有力地促进了房地产市场的规范和发展。另外，经中国司法部批准，有70多家境外律师事务所在北京、上海、广州、深圳、海南等地设立办事机构，这些境外律师办事机构为外商投资中国房地产业及中国商品房境外销售也提供了有益的法律服务。

## 二、中国房地产法律的主要规定

### 1、房地产建设用地

### (1) 土地所有权和使用权

作为民法权利的土地所有权是指土地所有者在法律规定的范围内对其拥有的土地享有占有、使用、收益和处分的权利。这种权利是土地的所有制关系在法律上的表现。土地所有权的一个重要的法律特征是法律对它有限制性的规定。即使在所有权绝对自由主张盛行的自由资本主义时期也不例外。在中国，土地的所有人特别是集体所有土地的所有权人对自己所有的土地的处分权受到比其他国家更大的限制。

中国的土地所有权分为两种，一种是土地的国家所有权，另一种是土地的集体所有权。我国宪法规定：“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。”土地国家所有权的法律特征是其主体是国家，法律授权的国家行政管理机关对国有土地进行管理。国家所有的土地的使用一般是由个人、经济组织和其它组织通过法定程序取得其使用权来实现。土地集体所有权是土地集体所有制在法律上的表现，其法律特征是它没有一个全国统一的主体，而是分散的各自独立的主体。随着农村经济体制改革的深入，集体所有土地的主体的名称也有所变化。土地的集体所有权并不是该集体的成员的共有，它是不可分割的。集体所有土地的主体的种类主要有三种：村农民集体、农业集体经济组织的农民集体和乡镇农民集体。土地集体所有权的另一个法律特征是它的行使，特别是土地所有者对土地的处分受到法律的严格限制。

土地使用权是由中国《民法通则》和《土地管理法》所设立的一种物权。它是由土地使用权人依照法律或者合同的规定对土地的直接控制、利用、支配和收益和排他性的权利，作为获得土地使用权的依据的合同必须符合有关法律的规定。它的法律特征是：它不是债权，而是由法律专门设定的一种物权，依法取得的土地使用权受法律的保护。

## (2) 国有土地使用权的出让和转让

国有土地使用权的出让，是指国家以土地所有者的身份将一定年限的国有土地使用权转移给受让人，受让人为此支付土地使用出让金的行为。受让人取得的是一种具有独立意义的土地使用权，包括在一定年限内的所有权中的占有、使用、收益权能。它的法律特征是：①它根据法律和国有土地出让合同取得，是国家土地所有者与土地使用者之间的按平等、自愿、有偿原则建立的一种权利义务关系，它受法律保护；②土地使用者取得的是一定期限的使用权；③国有土地出让合同由地方政府土地管理部门代表国家与土地使用者订立，国有土地出让方只能是国家，受让方可以是法人或者其它经济组织，也可以是个人。

国有土地使用权出让的主要法律依据，是《中华人民共和国城市房地产管理法》和《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让条例》以及各地根据这个条例制定的有关地方法规，对外商取得开发成片土地使用权的主要法律依据是《外商投资开发经营成片土地暂行管理办法》。国有土地使用权的受让方在取得土地使用权后，进行具体的开发建设活动要受城市规划和有关建设方面的地方法规的约束。目前地方政府对国有土地的出让方式，主要有与受让方协商、招标、拍卖三种形式。《城市房地产管理法》对行政划拨土地严格限制范围，强调要采取拍卖、招标方式出让国有土地，采取协议方式出让的，土地出让金不得低于国家规定的最低价格。

国有土地使用权的转让是指依法获得土地使用权的使用者，将其拥有的土地使用权依法转移给他人所有的行为。土地使用权转移后，转让人与国家的权利义务关系也全部转移给受让人，它包括土地使用权的出售、交换和赠予。国有土地的使用权可以多次转让。国有土地使用权的转让的法律特征是：①转让方将其与国家之间关于某块土地的尚存在权利义务一并转移给受让人；

转让一经完成，受转让方直接与国家之间产生权利义务关系；②土地使用权与其地上建筑物产权必须一起转移；③转让方必须履行了按法律和合同规定的义务，其土地使用权方可转让。

依法获得的国有土地使用权除了可以转让以外，还可出租、抵押。土地使用权出租和抵押时，土地使用权随同地上建筑物、其他附着物一起出租和抵押。其主要的法律特征是与土地所有者国家间存在直接权利义务关系的还是出租方和抵押人，即原土地使用权人，而承租人和抵押权人并不直接与国家发生权利义务关系。

### (3) 集体土地使用权的取得

集体土地的所有权与使用权也可以分离，但集体土地的使用权取得的方式是受法律的严格限制的。集体土地的使用权不能通过出让土地使用权的方式取得，集体土地的使用权的转移只可以通过某些特定的方式进行。虽然《中华人民共和国土地管理法》第二条规定了“国有土地和集体所有的土地的使用权可以依法转让。土地使用权的具体办法，国务院另行规定。”但是到目前（1994年）为止国务院尚未对集体土地的使用权的转让的具体办法作出规定。关于集体土地的使用权的转让存在着较大的争议，依据现有的法规，集体所有的土地还不能进行出让，集体土地使用权的转让还只能通过承包经营农、林、牧、渔业生产，以及联营建厂或者举办合资企业等形式实现。而且这种使用权的“转让”与国有土地转让中的“转让”的含义是有区别的，严格地讲，它只是出租的一种形式。集体土地只有在被征用为国有土地后才能出让其使用权。

集体土地的征用，是指国家为了进行经济、文化、国防建设和兴办社会公共事业的需要，依法将集体所有的土地有偿转化为国家所有的土地。它是集体所有制转变为国家所有制的一种方式。国家对集体土地的征用，其主要的法律特征有：①它具有强制性。国家对集体土地进行征用，集体土地所有权的主体必须服从，不

不得以任何理由拒绝。国家对集体土地的征用是有偿的，但补偿的方式和补偿的额度由国家法律规定，集体土地所有者没有讨价还价的余地。②它是所有权发生转移。集体土地从被征用时起，转变为国家所有土地。③它有一定的法定程序。只有按法律规定的审批程序办理的征用土地才具有法律效力。④它是一种行政措施，不是平等主体间的权利义务关系。

## 2、房地产开发经营

### (1) 房地产开发经营企业

房地产开发经营企业是以房地产开发、经营为主要业务的经济实体。它除了具有一般经济实体的性质外，还有不同于其他经济实体的组织和运作方式。中国房地产企业的类型多种多样，传统习惯上按产权所属关系划分为全民所有制房地产开发公司、集体所有制房地产开发公司、中外合营房地产开发公司和外商独资房地产公司。按照企业的经营业务又可分为：项目公司、兼营公司和专营公司。

全民所有制房地产开发公司的数量最多，它们大多是在房屋统建的基础上建立起来的，主要经营城市土地开发和房地产业务，与政府部门联系紧密，城市土地的成片开发和基础建设多由这些公司完成。它们所进行的综合开发所涉及的市政工程、公用事业、商业交通、文教卫生、城市绿化等许多工作都靠政府协助解决。这类公司的规模一般较大。按资质条件不同，这类公司被分为四个不同的等级，分别为一级、二级、三级和四级房地产综合开发公司。对这类公司的等级的划分和升级降级、可以接受的业务的大小、财务管理等都有行政法规作出具体规定。

集体所有制房地产开发公司，是完全自主经营、独立核算、自负盈亏的公司。多以责任有限公司的形式注册，按照股份比例分配利润和承担责任。在许多地方，这类公司采用个人承包的形式经营管理，这类公司规模一般较小。

中外合营房地产公司有中外合作经营与中外合资经营两种形式。中外合资房地产公司依照中国法律设立，在中国取得法人资格，中外各方以认缴的出资额为限承担有限责任，这种公司一般是在一定期限内，对各种开发建设项目进行投资，一般是专营公司。中外合作经营的房地产公司，是指建立在合同基础上的契约式的合作性开发公司，它可以是取得法人资格的公司，也可以是不具有法人资格的联合经济组织。合作双方的权利、义务和责任，都由合同明确规定。合作经营的公司一般是项目公司，以开发某一项目为目的，当这一项目完成后，这种公司就可以进行财产清理并解散，或者续签合同，经营别的项目。

外商独资的房地产开发公司是指依中国法律在中国设立的全部资本由外国投资者投资的房地产开发公司。由于房地产业务与国家基本建设政策密切相关，且中国房地产市场还不成熟，各地区对成立外商独资房地产公司都持谨慎态度，这种房地产开发公司为数不多。

## (2) 房地产开发经营管理

房地产开发经营是一个复杂的工作，一般将它分为投资决策阶段、前期准备阶段、建设阶段、租售阶段。投资决策是指对市场的分析预测，以及项目的财务估算，它是决定是否投入的关键；前期准备是指获取土地的使用权，进行征地、拆迁、安置等工作，并制订建设方案，获得规划部门的许可，以及施工现场的：“七通一平”或“三通一平”，很多时候还包括预售等等；建设阶段即对项目的建设具体地实施；租售阶段是指将建成的房产通过租赁或者出售推向市场，现在许多开发商在前期准备阶段即已经开始售房或者招租。

房地产开发的很多环节要与政府有关部门接触，如国有土地使用权的获得要与国土局订立土地使用权出让合同；征用土地以及对土地上原有房屋的拆迁，要房管部门的配合；制订建设方案

要得到规划部门的批准，对于这些环节的管理，主要由各省市地方政府通过地方法规来实现。

### (3) 房地产开发与外商投资

外商投资房地产开发近几年发展很快。从立法情况看，1990年5月19日国务院发布的《外商投资开发经营成片土地暂行管理办法》是外商进行房地产开发的主要依据，各地也有根据这个规定制订一些地方法规，对外商投资当地的房地产开发作出更具体的规定。

外商从事土地成片开发，是指外商在依国有土地使用权出让和转让的有关规定取得国有土地使用权后，依照规划对土地进行综合性的开发建设形成工业用地和其他建设用地条件后进行转让土地使用权、经营公用事业；或者建设通用工业厂房以及配套的生产和生活服务设施等地面建筑物，并对这些地面建筑物从事转让或者出租的经营活动。

外商也可以进行一般的房地产开发活动。即在依法取得土地使用权后，从事一般性的土地开发、建设公用基础设施或者房屋，并从事房地产转让、出租、抵押等的经营活动。为了防止外商从事纯粹的“炒地”活动，法规规定外商从事房地产开发应有明确的开发目标。外商从事房地产开发，应通过国有土地使用权出让或者转让的方式取得土地使用权。外商在进行成片开发时，应分别按照中国有关法律成立从事开发经营的中外合资经营企业，或者中外合作经营企业，或者外资独资企业。选择什么样的企业组织形式，由外资自主决定。但外商在进行一般的房地产开发活动中，一般不允许以设立外资独资企业的形式进行，而只能通过设立中外合资或者中外合作企业的形式进行。

在1992年以前，一般只有境外的专门性房地产公司或者集团性公司才能有资格被批准进行房地产开发。从1992年起，只要投资者在一定的条件下取得了土地使用权，并有一定的资本额就可