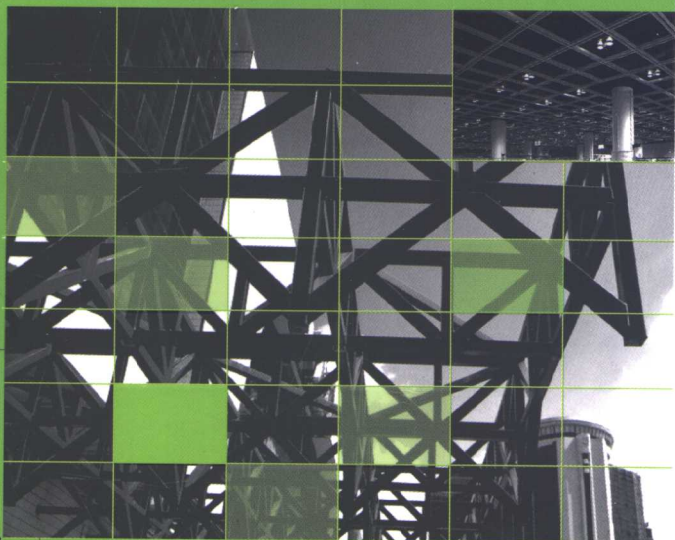




房地产法实务指导丛书

房地产开发经营中的合同问题

朱征夫 何海东 贺玉平 ◆ 著



本书以房地产开发经营全过程所涉及的十三类合同为主题，通过分析其主要条款和适用中存在的问题，为房地产开发经营与管理过程中的各方利益冲突与平衡提出解决方案，以利于在实务中避免争议与纠纷。





房地产法实务指导丛书

房地产开发经营中的合同问题

朱征夫 何海东 贺玉平 ◆ 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

房地产开发经营中的合同问题/朱征夫,何海东,
贺玉平著. —北京:法律出版社,2004.3
ISBN 7-5036-4763-9

I. 房… II. ①朱…②何…③贺… III. 房地产
—经济合同—基本知识—中国 IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 010117 号

法律出版社·中国

责任编辑/戴 伟	装帧设计/于 佳
出版/法律出版社	编辑/法学学术出版中心
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京中科印刷有限公司	责任印制/陶 松
开本/787×960 毫米 1/16	印张/17.25 字数/284 千
版本/2004 年 1 月第 1 版	印次/2004 年 1 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939642	传真/010-63939701
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	中法图第一法律书店/010-63939781/9782
客服热线/010-63939792	中法图北京分公司/010-62534456
网址/www.chinalawbook.com	中法图上海公司/021-62071010/1636
电子邮件/service@chinalawbook.com	中法图苏州公司/0512-65293270
中法图深圳公司/0755-83072995	
书号:ISBN 7-5036-4763-9/D·4481	定价:32.00 元

序

“土地是财富之母”，不论社会经济如何发展，土地及以其为基础的房产和其他不动产权利始终是社会财富的主要内容。由房地产开发、经营及其管理所引发的一系列法律问题，也是我们法律工作者需要认真思考和面对的问题。事实上，传统的物权法即是以不动产及其之上的各种权利为中心而展开的。

由于特定历史原因，我国在作为民事立法的物权法阙如的情况下，逐渐形成了一整套房地产法律法规。新中国建立之后，便于1950年通过新生的国家政权颁布了《土地改革法》，以国家政策干预、调整土地等不动产关系的趋势初见端倪。自高度集中的计划经济管理体制形成以后，我国主要通过行政管理手段调整不动产关系，这种管理体制从法律的形式到内容上更需要具有浓厚行政管理特点的房地产法，而不需要传统上以“私权神圣”、“私法自治”等理念为核心的、注重对不动产物权进行确认和保护的民事物权法体系。因此，大多数平等主体间的物权关系的规则只能被房地产法所吸收，从而具有一定程度上的行政化、公法化的特点。

改革开放以来，有关房地产方面的立法虽然在不断增多，但这些立法仍然主要体现的是政府对房地产关系的纵向管理与监督关系。例如，1980年国务院颁布的《关于中外合资企业建设用地的暂行规定》、1982年国务院颁布的《村镇建房用地管理条例》、1986年由全国人大常委会公布的《土地管理法》、

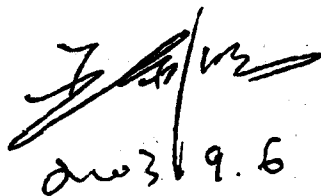
1989年全国人大常委会颁布的《城市规划法》、1990年国务院发布的《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》、1994年全国人大常委会颁布的《城市房地产管理法》等等。尽管这些法律、法规都是我国房地产法的重要内容,但从其立法精神和调整机制来看,仍然具有浓厚的行政管理色彩,更强调的是国家对房地产关系的规划、管理、监管和调控。

严格地说,房地产法是一个典型的综合法律体系,其开发经营与管理过程涉及众多基本的民事和行政法律制度,如物权法、合同法、土地管理法、城市规划法、房地产管理法、公司法等诸方面,其中的法律关系纵横交错,纷繁复杂。20世纪80年代末期以来,随着土地使用权出让制度的推行,我国的房地产市场得到了超常规的高速发展,相关的制度安排也经历了一个由混沌而逐渐清晰的过程,在制度的建立和完善过程中,因规范缺乏而引发的法律纠纷为数不少,且呈逐年上升之势。因此,尽管我国目前在房地产管理方面的立法会逐渐完备,但有关房地产权利方面的法律制度即作为物权法范畴的房地产法仍然有待进一步完善。

本书的三位作者身处房地产市场最为发达的广东地区,且长期从事房地产法律实务,因此,本书紧密围绕着房地产开发经营与管理各个环节的合同法律问题,没有流于对法律原理和规则的泛泛而谈,也非简单的法律普及式的陈述。本书中,朱征夫律师等人试图以房地产开发经营与管理的过程为主线,以期间所涉及各类合同及存在的法律问题为切入点,为研究房地产法律提供一个较为全面的视野,对房地产开发经营与管理过程中的各方利益冲突与平衡提出自己的见解。我认为,这是一种有益的探索。

法学是实践性很强的社会科学,法学的繁荣有赖于全体法律人的共同努力,作为生活在法律适用前沿的法律人,律师对法律问题的理解与研究有着独特的视角,因此,律师在法学理论层面的研究也是十分重要的。因此,我欣然见到本书的出版,也乐于向读者诸君推荐本书。愿本书的出版能为法律实践与理论研究之间架设一座新的桥梁。

是为序。



Handwritten signature and date: 2003.9.6

目 录

序	1
第一章 土地使用权出让合同	1
第一节 概述	1
一、土地使用权之渊源	1
二、土地使用权与国家主权	2
三、土地使用权出让合同的法律性质	3
第二节 土地使用权出让合同的基本条款	5
一、宗地之状况	5
二、宗地之范围和面积	6
三、宗地之用途	7
四、宗地之出让年限	7
五、宗地使用条件	8
六、出让金及其支付	9
七、土地使用权之处分	10
八、违约责任	11
九、其他	11
第三节 出让中的违约行为	12
一、出让人的违约行为	12

房地产开发经营中的合同问题	2
---------------------	---

二、对出让人违约行为的救济	12
三、受让人的违约行为	13
四、对受让人违约行为的救济	14

第二章 土地使用权转让合同

15

第一节 土地使用权转让的特点和方式

15

一、土地使用权转让的特点	15
--------------------	----

二、土地使用权转让的方式	17
--------------------	----

第二节 土地使用权转让的条件

18

一、对附加土地使用权转让条件的质疑	18
-------------------------	----

二、缴清土地出让金	19
-----------------	----

三、取得土地使用证	20
-----------------	----

四、成片开发土地须形成工业用地或其他建设用地条件	21
--------------------------------	----

五、其他对转让的限制	22
------------------	----

第三节 土地使用权转让合同的主要内容

22

一、合同之主体	22
---------------	----

二、合同之标的	23
---------------	----

三、价金	24
------------	----

四、转让登记	25
--------------	----

五、违约责任	26
--------------	----

第四节 土地使用权转让的风险问题

27

一、土地上负担隐瞒	27
-----------------	----

二、受让人支付能力不足	30
-------------------	----

第三章 合作开发房地产合同

31

第一节 概述

31

一、合作开发房地产合同的法律特征	31
------------------------	----

二、合作开发房地产合同的主要内容	33
------------------------	----

第二节 中外合作开发房地产合同的相关法律问题

34

一、合作主体问题	35
----------------	----

二、出资问题	36
--------------	----

三、注册资本与投资总额	39
-------------------	----

四、利益分配.....	40
第三节 项目公司型内资合作开发房地产合同的相关法律问题	43
一、合作形式.....	43
二、土地使用权的取得与投入.....	44
三、项目公司的股东责任.....	46
第四节 非项目公司型内资合作开发房地产合同的相关法律问题	46
一、合作形式及合同效力.....	47
二、投资方式与经营模式.....	50
三、收益分配及责任承担.....	50
 第四章 房屋拆迁补偿安置合同	52
第一节 房屋拆迁概述	52
一、房屋拆迁的概念.....	52
二、房屋拆迁的法律特征.....	52
三、房屋拆迁的程序.....	53
第二节 拆迁补偿安置合同的法律特征、主体及内容.....	54
一、房屋拆迁补偿安置合同的法律特征.....	54
二、房屋拆迁补偿安置合同的主体.....	54
三、房屋拆迁补偿安置合同的主要内容.....	55
第三节 拆迁补偿安置中的行政裁决和先行拆迁	56
一、拆迁补偿安置中的行政裁决.....	56
二、拆迁补偿安置中的先行拆迁.....	58
第四节 拆迁补偿安置中的几种特殊情况	60
一、共有房屋的拆迁补偿安置.....	60
二、产权不明确的房屋的拆迁补偿.....	60
三、租赁房屋的拆迁补偿安置.....	60
四、设有抵押权的房屋的拆迁补偿.....	61
五、临时建筑和违章建筑的拆迁补偿.....	61
六、产权调换中对被拆迁人的特别保护.....	61
 第五章 建设工程合同.....	63
第一节 概述	63

房地产开发经营中的合同问题 4

一、建设工程合同的概念与法律特征.....	63
二、建设工程合同的分类.....	65
第二节 建设工程合同的主要内容	65
一、建设工程施工合同的主要内容.....	66
二、建设工程勘察与设计合同的主要内容.....	69
第三节 影响建设工程合同效力的若干问题	69
一、资质问题.....	70
二、招标问题.....	72
三、分包与转包.....	73
四、带资与垫资条款.....	74
第四节 承包人优先受偿权	75
一、承包人优先受偿权的性质.....	75
二、行使法定抵押权的条件.....	76
三、承包人法定抵押权的效力.....	79
四、承包人法定抵押权的行使方式.....	81

第六章 项目转让合同..... 82

第一节 项目转让概述	82
一、项目转让的概念.....	82
二、项目转让的发展过程.....	82
三、项目转让应具备的条件和应办理的手续.....	83
第二节 项目转让合同的主体和效力	84
一、项目转让合同的概念.....	84
二、项目转让合同的主体.....	84
三、项目转让合同的效力.....	85
第三节 项目转让合同的特点与内容	87
一、项目转让合同的特点.....	87
二、项目转让合同的内容.....	89
第四节 产生项目转让实际效果的几种合同	90
一、房屋包销合同.....	90
二、股权转让合同.....	93
三、项目承包经营合同.....	94

第七章 商品房买卖合同	96
第一节 概述	96
一、商品房买卖合同的概念	96
二、商品房买卖合同的法律特征	96
第二节 商品房买卖合同的主要内容	98
一、当事人条款	98
二、商品房项目及所售商品房的基本状况(标的物条款)	98
三、价款及其支付方式	99
四、商品房交付使用方式及条件	99
五、公共配套设施设备条款	100
六、面积差异的处理	100
七、权属登记的约定	100
八、违约责任	101
第三节 商品房买卖合同的标的物	102
一、房屋	102
二、土地使用权	104
第四节 商品房订购书的法律问题	105
一、订购书的法律性质与效力	105
二、订购书与正式的商品房买卖合同的冲突解决	110
第五节 商品房出卖人的瑕疵担保责任	110
一、物的瑕疵担保	111
二、权利瑕疵担保	123
 第八章 商品房预售合同	131
第一节 概述	131
一、商品房预售合同的特殊性	131
二、商品房预售合同的性质	132
第二节 商品房预售合同的效力	133
一、预售的法定条件	133
二、不具备法定预售条件时所签预售合同的效力	133
第三节 商品房预售合同与分期付款	134
一、分期付款与所有权保留	135

二、分期付款买卖与不动产预登记制度	137
三、分期付款买受人的期待权	139
四、商品房交付使用后出卖人的取回权	141
第四节 预售商品房所有权的转移	143
一、预售商品房所有权转移须以登记为要件	143
二、买受人所持有的为不动产特定物债权	143
第五节 预售商品房的再转让	145
一、预售商品房再转让的现实情况	145
二、不应对预售商品房的再转让进行限制	146

第九章 房地产按揭合同 147

第一节 概述	147
一、“按揭”的渊源	147
二、按揭在大陆地区的发展	148
三、按揭作为一种特殊形式的抵押	149
第二节 房地产按揭合同的主要条款	151
一、按揭合同当事人：按揭人、按揭权人和发展商	151
二、按揭之标的	152
三、按揭担保的范围	152
四、按揭的期限	152
五、按揭权人之权利	153
六、按揭人之义务	154
七、担保人之权利与义务	154
八、违约责任	155
九、其他条款	156
第三节 房地产按揭合同履行中的若干法律问题	158
一、按揭中的转按揭	158
二、因发展商违约导致的购房人违约和对按揭房屋的处分	161
三、按揭人承担法律责任的财产范围	163

第十章 房地产抵押合同 165

第一节 概述	165
---------------------	-----

一、约定抵押权与法定抵押权	165
二、房地产抵押权的法律性质	167
三、房地产开发公司以建设中的房地产进行抵押的特点	168
第二节 房地产抵押合同的主要内容	169
一、合同的当事人	169
二、被担保的债权	170
三、债务人履行债务的期限	171
四、抵押标的物	171
五、抵押合同当事人的权利与义务	173
第三节 房地产抵押登记	174
一、设定房地产抵押应办理登记	174
二、设定房地产抵押未办理登记的处理	176
三、抵押登记的效力	177
第四节 房地产抵押权的实现	178
一、抵押的期限	178
二、抵押物的处分	182
 第十一章 房地产租赁合同	188
第一节 房地产租赁合同概述	188
一、房地产租赁合同的概念和特征	188
二、房地产租赁合同的种类	189
第二节 房屋租赁合同概述	190
一、房屋租赁合同的概念和分类	190
二、房屋租赁合同的内容	191
第三节 房屋租赁合同中的几个重要法律问题	195
一、共有房屋租赁及其优先购买权	195
二、房屋的转租	198
三、房屋租赁与房屋抵押的关系	201
四、房屋租赁中的添附	205
五、房屋租赁中的押金	207
六、实践中常见的几种无效房屋租赁合同及其处理	209
 第十二章 房地产中介服务合同	212

第一节 概述	212
一、房地产中介服务的概念	212
二、房地产中介服务机构的设立条件	212
三、房地产中介服务合同的概念	213
第二节 房地产咨询合同	213
一、房地产咨询服务的内容	213
二、房地产咨询合同的概念和主体	213
三、房地产咨询合同的形式与内容	214
第三节 房地产评估委托合同	214
一、房地产评估委托合同的概念	214
二、房地产评估委托合同的当事人	215
三、房地产评估委托合同的主要内容	216
四、评估机构及其评估人员不实评估的责任问题	217
五、政府部门对评估报告的确认问题	217
六、委托人对评估报告的异议权问题	217
第四节 房地产经纪合同	218
一、房地产经纪合同的概念	218
二、房地产经纪合同的法律特征	218
三、房地产经纪委托代理合同	219
四、房地产经纪居间合同	226
五、房地产经纪合同中当事人的随时解约权问题	233
六、房地产经纪机构对委托人及其相对人的交易资金的托管问题	235

第十三章 物业管理合同 236

第一节 物业管理概述	236
一、物业和物业管理的含义	236
二、物业管理的法律特征	237
三、物业管理的内容	237
第二节 物业管理法律关系的主体——业主及其组织	238
一、业主及其权利义务	238
二、业主大会	239
三、业主委员会	241

第三节 物业管理法律关系的主体——物业管理企业	243
一、物业管理企业的概念和设立条件	243
二、物业管理企业的法律地位	244
三、物业管理企业的权利和义务	245
四、物业管理企业的资质等级管理	246
第四节 物业管理合同的种类及内容	248
一、业主公约	248
二、物业服务合同	251
后记	257

第一章



土地使用权出让合同

第一节 概 述

一、土地使用权之渊源

现今世界各国之土地制度,大约可分为三种:以美国、日本和法国为代表的土地私有制度;以英国和英联邦国家为代表的土地公有、但所有权与使用权相分离的用地制度;以及以前苏联为代表的土地公有制度^①。香港在英国殖民期间采用英国的土地制度,由政府掌握土地资源,通过批租的方式把土地交给使用者使用。虽然目前英国的土地公有制已逐渐虚化,全国大部分土地已在事实上成为私有,但香港的土地批租制度仍沿用至今,并在我国实行土地有偿使用制度时为我国的立法者所借鉴,遂有今日之土地使用权出让制度。

中国在改革土地制度时为何不借鉴土地私有制、却单单借鉴土地批租制度?原因可谓复杂。中国自古就有“普天之下、莫非王土”的传统。不仅土地,就是臣民的身家性命,都可由皇上任意处分,中国虽有几千年的灿烂文明,却从未建立私有财产神圣不可侵犯的理念,故土地私有制在这块土地上没有生

^① 参见周珂:“论土地使用权出让制度与可持续发展战略”,《中国人民大学学报》,1999年第1期,第84页。

命力。加之,新中国是在几次土地革命的基础上产生的,土地公有制也是在“打土豪、分田地”、通过暴力无情剥夺地主的土地所有权的基础上建立的,实行土地有偿使用时,人们对解放前地主恶霸垄断土地资源、残酷剥削农民的历史仍记忆犹新,谁敢把土地所有权再交给私人呢?谁能保证不出现新的地主恶霸呢?因此,国家对土地的垄断地位是不能动摇的。但是,传统体制下的土地公有、使用者一经政府批准就可以无偿、无限期使用土地的做法无法优化土地资源的配置,也不能适应改革开放的新形势,于是就有了将土地使用权与土地所有权进行分离、由国家将土地使用权有偿、有期限地转移给使用者使用的需要,香港的土地批租制度正好与这一需要不谋而合。

所以,我国的土地使用权制度是改革开放、社会转型的历史产物,它的利与弊、它的发展与消亡,皆因为它只属于这个特定的历史时期。

二、土地使用权与国家主权

国家土地使用权来源于国家土地所有权,国家土地所有权来源于国家主权。

土地乃天然而成,它本不属于任何人、任何国家。因为有了人,需要在土地上定居和生活,才有了不同人群根据习惯、通过协商或甚至使用暴力争夺来划分土地的必要。这正如草原或丛林中的动物,需要通过使用暴力来取得和维护自己的地盘。在国家产生以后,国与国之间从未停止对土地的争夺;另一方面,国家在自己境内剥夺不同族群之间划分土地的权力,而把它交给统治者,由统治者决定其统治范围的土地的使用。这种一部分人在其所控制的范围内管理自己辖区事务的权力,现在被称作主权。

显然,“主权”二字并未回答权力的性质问题。只要足够强大,或看上去足以强大,能够足以慑服和统治一定范围的人群,便可能有主权,而不论这种权力是否得到拥护。所以,“主权”可以是神权,也可以是君权,也可以是民权。法学家的局限性在于他们不能决定或选择主权的性质,而只能在既定的权力框架和法律体制下工作。国家权力的性质从来就是社会各利益集团斗争和妥协的结果,而不是法学家们自由选择的产物,所以,法律之善恶绝非法学家之功过。“恶法亦法”与其说是法学家们对现实的无奈,还不如说是对自我使命的认知。

因此,土地所有形式为主权性质所决定,无论是“土地公有”还是“土地私有”均不是严格意义上的法律问题。法学家们要研究和解决的是“土地公有”或“土地私有”以后的各种法律关系,并为建立特定的法律关系而设计当事各

方之权利与义务。

三、土地使用权出让合同的法律性质

理论界关于土地使用权出让合同的法律性质的主张大约有四种:

一是行政合同说,该说认为政府在出让合同中代表公共利益,出让合同是政府进行行政管理的一种体现,且出让合同还为行政机关保留了作为平等民事主体所不能享有的特别权力,如监督指导合同的实际履行、单方面变更合同的条款、有权认定受让方利用土地的行为是否违法并给予行政制裁等,因此,土地使用权出让合同是行政合同^①。

二是民事合同说,认为政府代表国家管理土地,是以民事主体身份参加合同关系,出让合同确定的是平等的民事主体之间的权利义务关系,因此,土地出让合同是民事合同^②。

三是双重性说,认为政府在土地出让合同关系中既是行政管理者,又是土地所有者的代表人;既可以作为行政机关审查和批准用地人的用地申请,并核发土地使用证,又可以代表土地所有者与土地使用者签订土地使用权出让合同,约定双方的权利义务及各方违约的责任。政府的双重身份导致出让合同既有行政合同性质,又有民事合同性质^③。

四是经济法律合同说,认为国家出让土地使用权的行为是经济法律行为,因为出让行为的一方主体是国家,出让行为的目的和完成过程均体现国家干预,贯彻国家意志,但出让行为又是有偿的,有经济合同的性质,且违反出让合同的责任是复合责任,即既有行政责任,又有经济责任,故国家出让土地的行为是经济法律行为^④。该说与双重性说近似,但因不是从国家在出让合同中的身份、而是从国家实施出让行为的性质入手立论,故独立成说。

关于出让合同的性质,笔者曾有专文加以分析,认为出让合同应为民事合同^⑤。现试作进一步论述如下:

(1)合同内容 土地使用权出让合同是双方当事人的合意。政府代表国家作为合同中的出让人,用地人是合同中的受让人,只有双方意思表示一致,

① 参见应松年:“行政合同不可忽视”,《法制日报》,1997年6月9日,第1版。

② 参见王家福、黄明川著:《土地法的理论与实践》,人民日报出版社1991年版,第217页。

③ 参见王利明著:《物权法论》,中国政法大学出版社1997年版,第590—598页。

④ 参见朱谢群:“论国有土地使用权出让的法律性质”,《法律科学》1999年第2期,第106—110页。

⑤ 参见朱征夫著:《房地产项目公司的法律问题》,法律出版社2001年版,第59—61页。