

房地产业的崛起与危机

吴晓波著

FANGDICHANFA
DEJILUN
YUSHUAN



176

97.1.14

652

房地产法的理论与实践

沈 晖 等著

同济大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

房地产法的理论与实践/沈晖等著. —上海:同济大学出版社, 2000.9

ISBN 7-5608-2173-1

I. 房… II. 沈… III. 房地产-行政管理-法规-中国-研究 IV. G922.181.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 28950 号

房地产法的理论与实践

作者 沈 晖 等著

责任编辑 司徒妙龄 责任校对 徐春莲 装帧设计 李志云

出版
发行 同济大学出版社

(上海四平路 1239 号 邮编 200092 电话 021-65985622)

经 销 全国各地新华书店

印 刷 江苏大丰市印刷二厂印刷

开 本 850mm × 1168mm 1/32

印 张 12.75

字 数 367200

版 次 2000 年 9 月第 1 版 2000 年 9 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5608-2173-1/F·218

定 价 19.50 元

本书若有印装质量问题, 请向本社发行部调换

序

土地和房屋是人类赖以生存、生活和生产的一项基本要件；自然人(公民)、法人和其他非法人组织在日常活动和生产经营中，包括公法人的政府机关和人民团体的公务活动在内，都离不开他(它)们的活动基地——土地和房屋。就经济价值来说，世界各国都认为房地产业是一项十分重要的产业，大多在法制上有一系列法律、法规作了详尽的规定，确立其权利义务关系以资规范。再就法效意义来说，公民、法人都要有住所(总公司、主营业所)，住所有问题会影响法律行为(如合同)的成立、履行或效力等问题，也会发生诉讼管辖或者法律适用问题，甚至会发生主体的国籍问题。所以，房屋和土地的法律问题是事关国家、社会的稳定和人民安居乐业的大事。

我国是社会主义国家，经济制度以公有制为主导力量。宪法第十条分款明确规定，“城市土地属于国家所有”(第一款)，“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”(第二款)；“……土地使用权可以依照法律的规定转让”(第四款)。这就是我国实行土地公有制，但土地使用权可以依法从所有权中分离出来进行转让的最基本的法制规范。我国过去在计划经济条件下，所有企事业单位的房屋和建筑用地几乎毫无例外地分别由国家 and 集体无偿调拨或者计划报销；公房统一由房管部门管理或者经租。党的十一届三中全会以后，实施改革开放，由计划经济逐步转轨为社会主义市场经济，20年来已初具雏形。房地产法制改革也取得了不少进展。但是，社会主义房地产法学不仅涉及面广，改革震幅亦大，法律关系更为繁琐复杂，它既有行政管理、监督、登记、征税等纵向法律关系(应属行政法学范围)；又有平等

主体之间横向的法律关系(应属民商法学范围);更有纵横交错的双重关系,如土地批租和转让,企事业重组时房地产转移的土地使用金的补交。还有利用房地产法律关系进行犯罪的,则涉及刑事法学范围。可见房地产法学是一门综合性的、领域宽广的部门法学学科。

任何一门科学必须理论联系实际,社会科学尤其如此。法学理论如果不联系社会实际,就会空洞的理论;没有理论指导的实践,就成为盲目的实践。更何况在改革开放中,人们会不断遇到许多新型的社会关系,如何加以规范,既无先例可援,但又亟待解决。我们只有遵循邓小平理论,“解放思想,实事求是”,“实践是检验真理的唯一标准”,理论与实际相结合,进一步在改革的攻坚阶段中研究房地产法学的几个层次较深的实际问题。愚见以为下列八个方面的问题在当前应该率先研究解决:

1. 房地产的管理问题。代表公有房地产所有权的机构(应是公有制的业主)目前是如何组建的?是否合乎法理?应与管理房地产行业的行政管理机构相分离。物业管理公司应是统一服务于公私房地业主和住户的,性质上是企业,不是机关。所以,应该连同房地纠纷的仲裁庭,与房管部门脱钩。一套班子挂三块牌子的情况不能再存在下去了。

2. 房地产业应与银行业分业分管。国务院、中国人民银行对此早有明令。房地产投资公司应自有法定注册资本,法律上要严格禁止专靠银行贷款投资房地产的皮包公司;房地产公司与银行应各自防范金融风险。

3. 房地产法制改革中如何与所在城市建设协调配套?如何以货币化分房、银行按揭贷款相配套?

4. 前几年企事业单位甚至国家机关联合申请批租土地使用权,联建房屋,形成的相互间或与银行连锁、或与工程单位连锁债务纠纷,形成历史遗留问题,如何认定(合法与否)?联建是相互联

合投资,还是违规经营房地产?是一般债务纠纷还是违反金融法制?要调查研究,提出解决办法。

5. 企事业单位分立、合并、重组中房地产权转让时,以前无偿调拨的土地如何对待?如何作价?谁任中介评估?要不要补办审批土地使用权?税款如何处理?

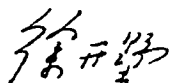
6. 如何防范借款申请批租土地使用权,批到地又以按揭借款造房,房未建成又公开“廉价”预售、甚至预收租金等一连串债务纠纷?似应加速完善债法制度(仅依合同法是不够的),尤其是及早研订物权法制,以补现行法制的不足。

7. 作为抵押物的数宗房地产分割了(例如继承),担保责任依法理是不能分割的;债权分割了(例如,企业分立),只要债务人不变,抵押物所有人的抵押责任依法理也不应变更。但是我国《担保法》没有规定,怎么办?

8. 房地产业宜及时组建行业协会,组建统一的交易市场,都要有立法。是否可以使房地产证券化?很值得深入研究。

以上是笔者近来对我国房地产法学的几点法律思考和疑问,就自己阅读到的一些书籍刊物和教材的能涵盖以上八个方面问题的,似乎还不多见,或者尚不够深入,很想能向这方面的专家学者请教。最近,我接待了一位中青年学者,喜获交谈机会。来访者是同济大学法律系副教授沈晖女士,她邀请我为其新著作序。她是本书的主要作者(撰写本书百分之八十以上文稿),也是本书的主编(全书由她拟定提纲并统稿)。沈晖副教授出生于1960年12月,1983年7月毕业于华东政法学院法律系。1983年8月起她在上海市中级人民法院民庭从事审判工作,后入同济大学法律系任教,兼任律师。他曾参加经济法学论著编写工作且任副主编,近年来发表过多篇论文,两次得奖。这几年来她主要教学房地产法等课程,本书是她的教学科研成果。全书对房地产法学体制初列框架,比较全面合理,章节条理清楚,资料翔实,论述有据,且多用实

践印证。对我上述提出的八个方面问题,该书也已有部分论及,间有个人创新之见,可供进一步研究参考。理论与实际相结合是本书的特点,为此愿向读者推荐。是为序。



1999年2月25日于上海社科院

徐开墅(1916~1999年),我国当代著名民商法学家。生前为上海社会科学院法学研究所教授,任上海市人民政府立法专家咨询委员等职。

前 言

本书是作者集近年来教授和研究房地产法及在上海中怡等律师事务所从事房地产法律实务的心得与经验所成。书中按照理论同实践相结合的宗旨,对若干房地产的立法司法诸问题作了阐述或探析,但愿能对研究我国房地产法、促进房地产法制建设有所裨益。由于房地产法的许多理论和实践问题仍在探索和发展之中,对其规律的认识需要有一个不断深化的过程,加之自身的学识功力所限,书中不尽如人意之处恐在所难免,尚祈专家同仁与广大读者明鉴并赐教。

本书各章的撰稿人为:沈晖,第一、二、三、五、七、八、九章;武家国,第四章和第十章;郑龙清,第六章。全书由沈晖统稿、定稿。

著名民商法学家徐开墅教授不顾耄龄,对本书初稿提出了宝贵意见,并拨冗作序,令人十分感动。然而,正当作者对照新合同法及其他新颁法规、规章,致力于本书的修改、充实与统稿工作之时,传来了徐老因突发脑溢血不幸逝世的噩耗……我们所敬重的、学识渊博的老前辈就这样溘然长逝,但其一丝不苟、谦逊淡泊的学者风范却使人永难忘怀。沈晖有机会请到徐老为本书作序,感到莫大的荣幸,在本书付梓之际,谨向徐老表示一个晚辈学人的沉痛哀悼和深切怀念!

本书的撰写,得到了不少老师、同事、同行的支持和帮助;本书的出版,得到了同济大学出版社的支持,司徒妙龄女士为此付出了辛勤劳动,在此一并表示诚挚的谢意。

沈 晖 武家国 郑龙清

1999年10月于同济园

目 录

序

前言

第一章 房地产法概论	(1)
第一节 房地产与房地产业	(1)
一、房地产的概念	(1)
二、房地产的特征	(2)
三、房地产的类别	(3)
四、房地产业	(5)
第二节 房地产法的概念和调整对象	(6)
一、房地产法的概念	(6)
二、房地产法的调整对象	(7)
第三节 房地产法律关系	(9)
一、房地产法律关系的概念与特点	(9)
二、房地产法律关系的构成要素	(11)
三、房地产法律关系的产生、变更和终止	(15)
四、房地产法律关系的保护	(18)
第四节 我国房地产立法问题探讨	(21)
一、我国房地产立法简况	(21)
二、我国现今房地产立法存在的主要问题	(24)
三、完善我国房地产立法体系的基本思路	(27)
第二章 房地产开发用地制度	(31)
第一节 我国土地制度概要	(31)

第二节 城镇国有土地使用权出让	(35)
一、国有土地使用权出让的概念和特征	(35)
二、国有土地使用权出让的法律限定	(36)
三、国有土地使用权出让的方式	(41)
四、土地使用权出让合同	(46)
五、土地使用权的终止和续期	(50)
第三节 城镇国有土地使用权划拨	(52)
一、国有土地使用权划拨的概念和特征	(52)
二、国有土地使用权划拨的形式	(53)
三、国有土地使用权划拨的范围	(54)
四、国有土地使用权划拨的程序	(55)
五、划拨土地使用权的收回	(56)
第四节 土地开发利用的其他方式	(57)
一、国有土地使用权转让	(57)
二、国有土地使用权出租	(61)
三、国有土地使用权抵押	(65)
第五节 土地征用及拆迁补偿	(68)
一、土地征用的法律规定	(68)
二、城镇房屋拆迁的法律规定	(71)
三、我国城市房屋拆迁制度若干法律问题评析	(80)
附:国有土地使用权出让合同(宗地出让合同)(样本)	
.....	(85)
国有土地使用权出让合同(成片开发土地出让合同)	
(样本).....	(91)
房屋拆迁补偿安置协议书(样本)	(101)
第三章 房地产开发制度	(103)
第一节 房地产开发制度的建立和发展.....	(103)

一、房地产开发的概念及其基本原则	(103)
二、我国房地产开发制度的建立与发展回顾	(105)
第二节 房地产开发的类型和开发程序	(107)
一、房地产开发的类型	(107)
二、房地产开发的程序	(109)
第三节 房地产开发的法律规范	(111)
一、房地产开发企业法律规范	(111)
二、房地产开发的规划管理	(116)
第四节 我国城市规划法制化管理的思考	(125)
一、问题存在的主要原因	(125)
二、解决问题的点滴思考	(126)
附:房地产开发合同(样本)	(127)
第四章 房地产权制度	(130)
第一节 房地产权概述	(130)
一、房地产权的概念和特征	(130)
二、房地产权法的概念和特征	(131)
三、房地产权的一般原理	(133)
第二节 房地产所有权	(141)
一、国家土地所有权	(142)
二、集体土地所有权	(145)
三、房屋所有权	(146)
第三节 建筑物区分所有权	(148)
一、建筑物区分所有权的概念和特征	(148)
二、专有部分所有权	(150)
三、共有所有权	(151)
四、区分建筑物的基地使用权	(153)
五、建筑物区分使用权人的成员权	(154)

第四节 房地产他物权	(154)
一、基地使用权与地上权	(155)
二、邻地利用权与地役权	(157)
三、农地使用权与永佃权	(160)
四、空间利用权	(161)
五、抵押权与典权	(163)
六、留置权	(164)
第五章 房地产债权制度	(167)
第一节 房地产债权和房地产交易	(167)
一、房地产债权的概念和特征	(167)
二、房地产交易的概念及其与房地产债权的关系	(169)
第二节 房地产转让	(169)
一、房地产转让概述	(169)
二、房地产转让的有效条件	(171)
三、房地产转让的程序	(173)
四、房地产转让合同	(174)
第三节 商品房预售	(175)
一、商品房预售的概念及其法律特征	(175)
二、商品房预售的程序	(178)
三、商品房预售纠纷常见类型及其司法对策	(179)
第四节 房屋租赁	(184)
一、房屋租赁的概念及其法律特征	(184)
二、房屋租赁的种类	(186)
三、房屋租赁的条件	(187)
四、房屋租金	(190)
五、关于租赁权的性质及其“永续性”问题	(191)
第五节 房地产抵押	(193)

一、房地产抵押的概念和房地产抵押权的性质	(193)
二、房地产抵押的法律特征及其与房地产按揭的区别	(194)
三、房地产抵押权的设定	(197)
四、房地产抵押权的实现	(203)
五、个人住房抵押贷款	(205)
第六节 房地产中介服务机构	(210)
一、房地产中介服务制度	(210)
二、房地产经纪制度	(213)
三、房地产估价制度	(215)
附:商品房购销合同(样本)	(220)
房屋租赁合同(样本)	(229)
房地产抵押贷款合同(样本)	(231)
第六章 房地产权属登记制度	(237)
第一节 房地产权属登记的概念与特征	(237)
一、房地产权属登记的概念	(237)
二、房地产权属登记的特征	(238)
三、房地产权属登记的法律依据	(239)
四、房地产权属登记分类	(241)
第二节 土地使用权登记	(242)
一、土地使用权的取得	(243)
二、土地使用权登记类型和应提交的文件	(243)
三、土地使用权登记范围	(245)
第三节 房屋所有权登记	(246)
一、房屋所有权初始登记	(246)
二、房屋所有权变更登记	(247)
三、房屋所有权注销登记	(248)

第四节 房地产他项权利登记	(249)
第五节 房地产权属登记实务	(250)
一、房地产权属证书管理	(250)
二、房地产登记项目管理	(251)
第七章 物业管理制度	(255)
第一节 物业管理概述	(255)
一、物业和物业管理的概念	(255)
二、物业管理的特点、类型及其作用	(256)
第二节 物业管理的主要法律规定	(258)
一、业主管理委员会	(258)
二、物业管理企业	(260)
三、住宅小区管理	(262)
四、物业管理的法律责任	(265)
第三节 我国物业管理发展的法律透视	(266)
一、当前物业管理存在的若干问题	(266)
二、健全和完善我国的物业管理制度	(269)
附:业主公约示范文本	(271)
物业管理委托合同示范文本	(273)
第八章 房地产税费制度	(281)
第一节 房地产税费概述	(281)
一、房地产税的概念	(281)
二、房地产费的概念	(282)
三、房地产税与房地产费的区别	(282)
第二节 房地产税的主要法律规定	(283)
一、我国房地产税收制度简况	(283)
二、我国现行房地产主要税法和税种	(283)

第三节 主要房地产费的规定	(296)
一、土地出让应缴纳的费	(296)
二、房地产开发应缴纳的费	(297)
三、房地产经营应缴纳的费	(297)
四、房地产保有应缴纳的费	(297)
第四节 我国房地产税费制度存在的问题及其改革方案 选择	(297)
一、房地产税费在运行过程中存在的主要问题	(298)
二、房地产税费在征管中存在的问题	(301)
三、我国房地产税制改革方案选择	(302)
第九章 涉外房地产制度	(306)
第一节 涉外房地产法律制度概述	(306)
一、涉外房地产的概念及其类型	(306)
二、涉外房地产的主要法律规范	(307)
三、从事涉外房地产活动的基本原则	(308)
第二节 外商投资房地产企业	(310)
一、中外合资经营房地产企业	(311)
二、中外合作经营房地产企业	(313)
三、外资房地产企业	(315)
四、外商房地产开发企业的资质等级	(316)
第三节 外商投资房地产企业的用地规定	(317)
一、外商投资房地产企业土地使用权的划拨取得	(317)
二、外商投资房地产企业土地使用权的出让取得	(318)
三、外商投资房地产企业土地使用权取得的其他途径	(320)
第四节 外销商品房的预售和销售规定	(321)
一、外销商品房预售	(321)

二、外销商品房出售	(322)
第十章 房地产纠纷的解决	(324)
第一节 房地产纠纷概述	(324)
一、房地产纠纷的概念	(324)
二、房地产纠纷的分类	(324)
三、解决房地产纠纷应当注意的几个问题	(326)
第二节 协商和调解	(326)
一、协商	(326)
二、人民调解	(327)
三、行政调处	(331)
第三节 房地产纠纷仲裁	(332)
一、房地产纠纷仲裁的概念和特征	(332)
二、房地产纠纷的仲裁程序	(334)
第四节 房地产纠纷的行政诉讼	(337)
一、房地产纠纷行政诉讼的特点和受案范围	(337)
二、房地产行政诉讼的原则和管辖	(340)
三、房地产纠纷行政诉讼的程序	(341)
第五节 房地产纠纷的民事诉讼	(343)
一、房地产纠纷民事诉讼的受案范围和管辖	(343)
二、房地产纠纷民事诉讼的起诉和受理	(343)
三、开庭审理和判决	(344)
四、上诉、申诉和执行	(345)
附录一 中华人民共和国城市房地产管理法	(347)
附录二 中华人民共和国土地管理法	(360)
附录三 中华人民共和国土地管理法实施条例	(380)
参考文献	(392)

第一章 房地产法概论

第一节 房地产与房地产业

一、房地产的概念

房屋,指由建筑人员根据规划、设计要求,经施工、安装,将各种建筑材料有机地组成有墙、顶、地坪、门窗等,并能满足人们居住、生产或其他用途所需的建筑物。当房屋被作为一项财产来看待而非视为物质形态的建筑物时,则成为“房产”,此乃房屋的社会经济形态。土地,从房地产业角度而言,是指地球的陆地表面及其上下空间,即城市土地、农村土地、耕地、荒地、风景区、自然保护区,以及其他陆地表面及其上下空间^①。而“地产”,即土地的社会经济形态,系凝聚着人类劳动的社会资产。房产与地产在其经济内容上具有整体性和不可分性,故合称为“房地产”。房地产既是一种客观存在的物质形态,亦是一项法律上的财产。

“房地产”一词有狭义与广义之分。狭义的房地产,是指房屋、地基和附属土地及由此产生的权利。所谓“附属土地”,特指房屋的院落、楼间空地、道路等房产和地产在空间上紧密结合的部分。广义的房地产,是指一个地区的全部土地和房屋以及附属于土地与房屋的其他建筑物、构筑物等^②及其由此产生的权利。这里的“其他建筑物、构筑物”,包括树木、桥梁、球场、果园等非房屋载体。本书所言“房地产”一词,是从广义上来把握的。

① 项学敏等主编,《中国房地产市场法律问答》,法律出版社,1993年11月,第2页

② 崔建远等著,《中国房地产法研究》,中国法制出版社,1995年3月,第3~4页