

蒲 杰◎著

房地产开发 法律实务与理论研究



房地产开发经营市场准入机制
土地征收、国有土地租赁、城市房屋拆迁
国有土地使用权出让、转让、抵押、收回
房地产开发项目转让、合作开发、房地产融资



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Research on the Theory and Practice of Real Estate Development

房地产开发 法律实务与理论研究

蒲 杰◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

房地产开发法律实务与理论研究 / 蒲杰著. —北京: 法律出版社, 2007. 3

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7104 - 3

I. 房... II. 蒲... III. 房地产业—法规—研究—中国 IV. D922.181.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 026238 号

© 法律出版社·中国

房地产开发法律实务与理论研究

蒲杰著

责任编辑 王旭坤

装帧设计 汪奇峰

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2007 年 3 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 22.75 字数 332 千

印次 2007 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7104 - 3

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

蒲杰 (1967—)，男，四川省南部县人，1990年毕业于西南政法学院（现西南政法大学）法学系，获法学学士学位。1996年就读于西南政法大学研究生院，取得法学硕士学位，主攻房地产法、建筑法。主要工作经历：曾供职于四川省省直机关，1992年考取律师资格，1993年开始执业律师业，1994年与他人创办某合伙制律师事务所，1997年担任律师事务所主任，2000年创办四川杰成律师事务所并担任主任至今，专业从事房地产、建筑等法律服务近十年。主要律师执业领域：房地产、建筑、公司、金融等。主要社会兼职：四川省律师协会副会长、四川省律师协会房地产（建筑）专业委员会副主任、中国全国律师协会民事业务委员会委员等。公开发表的著述有：《金牌律师服务》（合著），另发表：《房屋拆迁权的滥用与预防》、《论档案法律关系》、《西部条件下律师事务所的专业划分和专业品牌》等二十余篇论文。

作者联系方式：

地址：四川省成都市永陵路9号民族饭店H座2楼（610031）

电话：028-87778888

传真：028-87762621

网址：www.jclaw.cn

电子邮件：pujie@jclaw.cn

《房地产开发法律实务与理论研究》

《房地产经营法律实务与理论研究》（待出版）

序

我国不动产市场开启从1988年土地制度改革开始,到今天大约二十年了。这些年来,我国房地产开发法律实务的总结和理论研究的成果,到现在还很难看见系统化的作品。也许因为这样的工作不仅仅需要扎实的法学功底,而且还需要积累有实务工作经验的缘故吧,这一工作的难度当然不可一言蔽之。

简要的说,我国房地产开发法律体系中,当然首先是内容复杂的土地法,而土地法,包括民事权利方面的法律,也包括行政管理方面的法律。此外,关于建筑物方面的法律,也是包括这两个方面的法律。而这些法律,除了国家的中央立法机关制定的法律(它本身也还有法律、法规、规章的差别)之外,在各地也都有一些适应当地情形的特别规定。本书作者毕业于西南政法大学取得法学硕士学位,之后长期从事房地产法律实务,不仅学业优秀,而且对我国房地产法的实践适用有相当的了解和体会。他不但喜欢学习,而且喜欢总结,因此长期以来就有将自己的学习心得贡献于社会的打算,可谓是有心人也!从作者给我发来的书稿可以看出,作者自觉地运用物权法、合同法、行政法和金融法等多个部门法的基础理论于房地产开发的实践,他的作品并不仅仅满足于实务工作运用法律的需要,还对其中的很多问题展开了较为细致和深入的研究。比如,作者以明锐笔触对我国如何建立我国房地产开发市场准入机制的探讨,以及他根据物权法定原则,对行政规章将土地使用权租赁界定为他项权所提出的批评,就很有学术的味道。同时,该书还为完善我国立法方面,提出了很多有价值的意见。比如,作者运用公共利益分层理论,提出了判断土地征收权和房屋拆迁权合法性的标准,以及作者通过对土地使用权收回和房屋拆迁法律制度的比较研究,提出应以土地收回法律制度替代房屋拆迁法律制度的主张,也值得立法者思考。当然,本书最有价值的地方,是作者从实际工作者的角度出发对于疑难问题比如城市房屋拆迁问题进行的研究,不论是其资料还是其分析,都具有相当分量,值得大家思考和关注。

在我写作这个序言的时候,正值全国十届人大五次会议闭幕之日,传来了

《物权法》高票通过表决的好消息,我作为长期从事这一领域的研究人员和始终参与我国物权法立法活动的学者,尤其感到欣慰。尽管新通过的物权法在立法技术上尚有一些值得深入探讨的地方,尤其在法院裁判规则方面的精细程度尚有不足。但是,物权法的通过对于我国国计民生具有里程碑意义,这一点是完全不可以忽视的。多年来,本人在各种场合传播物权法科学制度,引发学者们和实务界渐近且深入的讨论。我欣喜地看到,这些成果有很多已被吸纳进了新通过的物权法,并且不少已经在审判实践中得到运用。但是,我仍然要强调的是,对市场经济条件下的物权法学的承认,应该遵循潘德克顿法学的基本法理,掌握潘德克顿法学对物权和物权法研究成果的真正含义。只有这样,才能真正促进我国民法立法进一步的发展。

三年前,本书作者邀请我访问其主持的律师事务所,在随后的两、三年间,我又看到了他对物权法的学习和研究产生了优秀的成果。对此我当然十分高兴,并将这本颇有价值的著作衷心地推荐给各位读者。

孙宪忠^[1]

2007年3月16日

[1] 孙宪忠,中国社会科学院法学研究所研究员,民法研究室主任,中国民法学会常务副会长。

前 言

我自己从事律师工作已经有 14 个年头,办过的案件形形色色,直到 1999 年从母校西南政法大学研究生毕业之前,基本上我还没有形成明确的专业定位。在研究生学习期间,得益于我的恩师刘俊教授的谆谆教诲,我将房地产法、建筑法作为自己的研究方向。与其他部门法相比,房地产法、建筑法体系显得相当庞杂。幸好从 1998 年开始,我在本地率先倡导的为房地产企业提供全过程法律服务的模式得以实施,才能在实践中充分研究浩瀚的房地产和建筑法律体系,并以此为起点开始了近十年时间的专业探索。时值国内房地产业高速发展,给了我不少实践法律思想的机会,让我能够检阅自己的所学,允许我系统探讨实务中的法律理论问题。那时,国内律师界经历着是做“工匠型”律师还是“专家型”律师的讨论,尽管自己那时少有著作发表,对不少问题的理解肤浅且才疏学浅,但既然怀揣了一种憧憬,我还是立志做一名“专家型”律师。之所以有这种倾向,是因为我常常见到,一些“工匠型”律师用对法律并不精确的理解为客户提供着服务,既误导了实践,也误导了他人。对于像我这样即使在代理词中有一处错误标点符号都必须改正过来才能交到法庭去的人而言,这类错误是自己不能原谅的,也是自己不能承受的。“专家型”律师是要有真才实学的,深知自己距此要求相差甚远,唯有努力再努力,从不敢丝毫懈怠。

数年来,我一直想将在房地产领域的从业心得进行系统总结,但羞于自己才识拙劣,直到 2005 年初才开始动笔。由于律师工作的烦琐以及来自生活的压力,写作过程总是因诸事被阻断数次,好的是很多素材就装在我的头脑中,在写作过程中可以信手拈来,并且上天佑我,让我最终完成。

捧奉给读者的这本书,是我多年的实践和学习心得。本书不仅对房地产开发实务和操作作出了细致、明确的交代,而且结合物权法、合同法等法理对一些实务中的理论问题进行了试探性研究。作为一本既充分考虑实务操作又兼具理论性的书籍,不仅应解决实务中的问题,让读者读后有所收获,而且还须从理论的角度阐述法理依据,对完善现行法不合理、不科学之处提出有理有据的建

议。因此,本书可以作为房地产专业律师提高理论素质的书籍。当然,本书的用语并不晦涩,理论阐述较为直白,即使非专业律师阅读也应该不成问题。

本书在对一些问题进行阐述时,引用了笔者曾亲自承办的不少案例。这些案例或简单或复杂,或专业或平凡,都从不同角度印证着笔者的观点。只是,由于很多案例都涉及客户的商业秘密,不宜公布客户的真实名称,读者没有必要一一对号入座。另外,出于论述充分所需,书中引用了一些笔者并不敢轻易苟同的观点以及不少正确而又精彩的著述,实属论述充分之必要,既非借此抬高自己,也非贬低他人,请各位贤达见谅,多多赐教。

当然,本书所涉及内容对于房地产专业律师而言,还是远远不够的。诸如空间权、地下权、房地产权属登记、建筑物区分所有权、房地产买卖以及物业管理问题,都是房地产专业律师在实务中常常遇到的。但是,鉴于篇幅所限,以及律师工作的繁重,笔者只能将其放在本书的姊妹篇《房地产经营法律实务与理论研究》中研究。本书章节没有采用教科书式的排列方法,每一章能成为一个独立的专题。况且,由于难以进行准确归纳,本书书名是否准确也还需要考究。例如,房地产融资是律师们常常为房地产开发企业做的“功课”,严格意义上不是开发行为,本书第十一章专题予以探讨。当然,由于才疏学浅,书中谬误之处恐怕在所难免,我以一种虔诚的心态期待读者和老师们的指正。为了方便交流,现将本人的联系方式公布如下:地址:四川省成都市永陵路9号民族饭店H座2楼;邮编:610031;电话:028-87778888;传真:028-87762621;网址:www.jclaw.cn;电子邮件:pujie@jclaw.cn。

本书的完成除了应该感谢中国社会科学院法学研究所民法室主任孙宪忠教授不吝赐教,在百忙之中亲自批阅书稿,指正观点并作序外,还应感谢西南政法大学副校长、刘俊教授的鼓励,他为本书的篇章结构提供了很有价值的意见,并为本书的出版牵线搭桥。在我紧张写作期间,四川杰成律师事务所的各位同仁为我分担了不少工作压力,我的几位助理帮助完成了书稿的校对。对于他们的支持、帮助和关心,在此一并致谢。当然,家人的鼓励和支持,也是我写作的巨大动力。为本书的出版提供过帮助的朋友还有很多,恕不一一列举大名,在此谢过。

写完上述文字不知不觉已到凌晨一点,家人早已入睡,狗儿在书房中依偎

在我的脚下。窗外万籁寂静,今夜十分晴朗,明亮的月光照亮着大地,迎来将是一个秋高气爽的好日子。

蒲 杰

2006 年 11 月初深夜于成都锦城苑

《物权法释义、立法争点与法律适用》

王利明、程啸、尹飞著

2007年4月即将推出

本书按物权法体例，每章先行概述，简洁明了地介绍本章的立法体例，所规定的内容及其他需要说明的问题，并对每一个法条，下列三部分：条文解释、立法争点、法律适用加以详细论述。

《物权法争点详析》

侯水平 著

2007年4月即将推出

本书按物权法立法体例，针对物权法出台前所有争点进行汇总概括，并进行学理解析。本书主要特点即是对每个争点进行了全面的学理解析，既适合学术研究使用，亦适合作为资料查阅，同时也适合法律爱好者理解学习物权法之用。

《物权法要义》

温世扬 著

本书以《中华人民共和国物权法》的体系和内容为依归，阐述物权的基本法理，缕析《物权法》的主要规定，例解《物权法》的重要制度，力求简明、透彻，对该法的理解与适用裨益。本书的主要特色在于简明扼要，结合案例阐述原理与制度。

《中国民法案例与学理研究》（物权篇）（第三版）

王利明 杨立新 郭明瑞 著

本书根据《中华人民共和国物权法》作最新修订，增删相关案例，补充知识点，尤其是结合案例对物权法的新规则、新制度设计作分析阐述。

《身边的物权法》

吴春岐 项先权 主编

本书通过介绍并分析与百姓密切相关的物权法方面的80个生活实例，结合物权法最关键的要点，提请百姓如何防范或者解决生活中与物权法相关的难题。本书分为生活实例、物权法中找答案、温馨提示、相关法条链接四部分。

其它重点项目

民法典重大疑难问题之研究	王利明
民法的发展与中国民法的未来	王利明
我国民法诸问题与民法方法论	王利明
德国当代物权法（第二版）	孙宪忠
物权法总论（第二版）	孙宪忠
论占有（法学经典译丛）	萨维尼著 刘智慧译
法国物权法（第二版）	尹田
德国民法总论	陈卫佐
物权法的展开与反思	常鹏翱
物权法总论	龙卫球
中国不动产法研究（第一卷）	刘云生 主编
用益物权制度研究	王效贤 夏建三
中国土地法理论研究	刘俊
担保物权功能论	徐洁
现代建筑物区分所有权制度	陈华彬

目 录 / CATALOGUE

序	孙宪忠	1
前言		1
第一章 房地产开发经营市场准入机制		1
一、房地产开发经营市场准入机制的历史演变		1
二、房地产开发经营市场准入机制的现状		3
三、兼营房地产公司的法律问题		9
四、项目公司的法律问题		10
第二章 土地征收		13
第一节 土地征收的概念、特征及与征用的区别		13
一、概念		13
二、法律特征		14
三、与土地征用的区别		16
第二节 土地征收程序		17
一、查询拟申请征收土地是否符合规划和年度计划		18
二、申请建设用地预审,取得建设项目预审意见书		18
三、申办建设项目选址意见书		19
四、申办环保、劳动许可等手续		19

五、报省级人民政府或者国务院审批	19
六、土地管理部门负责补偿安置,办理征地手续	20
七、核发建设用地批准书,被征地单位交地	22
八、签订出让合同或取得拨地决定书	22
九、申办建设项目选址意见书和建设用地规划许可证	22
十、办理国有土地使用证	23
第三节 征地审批、征地主体及其补偿	23
一、征地审批权	23
二、征地主体	24
三、征收补偿原则	25
四、农村房屋的拆迁安置补偿	26
五、人员安置	27
六、土地征收补偿存在的问题及其改革土地征收制度的建议	28
第四节 土地征收权的滥用和预防	32
一、土地征收权实体合法的唯一标准——社会公共利益	32
二、防止土地征收权被滥用的应然救济程序	36
第五节 不服土地征收行为的法律救济	40
一、不服征地补偿、安置方案的法律救济	40
二、不服土地征收实施行为的法律救济	41
三、不服土地征收行政处罚的法律救济	42
 第三章 国有土地使用权出让	 43
第一节 土地使用权出让制度的基本理论	43
一、各国(地区)立法例概略比较	43
二、我国土地使用权出让制度的形成	44
三、含义及法律特征	45
第二节 土地使用权出让中的法律问题	47
一、土地使用权的出让主体	47
二、经营性用地的具体划分	48

三、土地使用权出让基本程序及其法律问题	50
四、出让价款和出让金的核定	68
五、出让价款和出让金的调整	72
六、出让年限	75
第三节 土地使用权出让行为的法律性质	78
一、三种观点的争论	78
二、对土地使用权出让行为是民事法律行为的评价	80
第四节 对相关司法解释的评析	84
一、土地使用权出让合同的概念	85
二、出让主体	85
三、协议出让价过低时效力的认定	86
四、出让方不能交付土地的处理	86
五、请求调整出让金的事由	87
六、受让方擅自改变土地用途的法律责任	88
 第四章 国有土地租赁	 89
一、含义及法律性质	89
二、与传统租赁的区别	90
三、国有土地租赁的范围	91
四、国有土地租赁的期限	93
五、租金标准、租金调整和支付方式以及租金管理	94
六、取得承租土地使用权的方式	96
七、国有土地租赁合同的基本内容	96
八、承租国有土地使用权的流转	97
九、承租土地使用权的续期	99
十、承租土地使用权的收回	100
十一、对国有土地租赁制度的批判性认识	101

第五章 国有土地使用权转让	106
第一节 含义和法律特征	106
第二节 土地使用权转让的形式	110
一、买卖	110
二、交换	110
三、赠与	112
四、作价入股	115
五、土地使用权属发生变更的房屋联建	121
六、土地使用权属发生转移的企业兼并、收购或合并	121
七、以土地使用权折价抵偿债务	122
八、不属土地使用权转让的两种形式	122
第三节 土地使用权转让的生效条件	124
一、以出让方式取得土地使用权的转让	124
二、划拨土地使用权的转让	130
三、划拨土地使用权的强制执行	140
第四节 国家优先购买权	143
一、优先购买权的法律属性	143
二、国家行使优先购买权的条件	146
第五节 土地使用权的交易方式	147
一、建立土地公开交易市场的必要性	147
二、应公开交易的土地使用权类型	148
三、公开交易方式	148
第六节 破产企业中的划拨土地使用权法律问题	149
一、划拨用地是否属于破产财产	149
二、破产企业中的划拨用地抵押权优先受偿问题	151
第六章 国有土地使用权抵押	152
第一节 三种形式国有土地使用权的抵押	152
一、划拨土地使用权的抵押	152

二、出让国有土地使用权的抵押	155
三、承租国有土地使用权的抵押	155
第二节 土地使用权抵押的基本原则	156
一、房地不可分原则	156
二、登记公示原则	158
三、抵押合同与出让合同、租赁合同的关联原则	160
第三节 土地使用权抵押的除斥期	161
第四节 抵押登记错误的行政赔偿	162
一、抵押登记属于具体行政行为	163
二、错误登记承担责任的归责原则	164
三、赔偿程序和范围	165
第七章 土地使用权的收回	167
第一节 收回土地使用权的性质及法律特征	167
一、收回土地使用权的性质	167
二、收回土地使用权的法律特征	174
第二节 收回土地使用权的实体和程序要件	176
一、用公共利益分层理论判断收回土地使用权的合法性	177
二、以司法救济手段保障收回土地使用权的正当行使	179
第三节 收回土地使用权不予补偿的法定情形	180
一、土地使用期满被收回	180
二、未按规定期限和条件开发、利用土地被收回	182
第四节 收回土地使用权的补偿及其范围	183
一、适用范围	183
二、补偿范围和标准	185
三、收回土地的相关税费问题	188
第五节 土地使用权收回权与抵押权、司法权的冲突	190
一、权利(权力)冲突的处理原则	190
二、冲突处理原则的例外情形	192

第八章 城市房屋拆迁	193
第一节 立法例比较、历史成因、立法冲突和改良	194
一、与中国香港、美国等立法例的比较	194
二、我国城市房屋拆迁法律制度的历史成因	195
三、现行立法冲突和改良	197
第二节 房屋拆迁权的法律性质及特征	201
一、房屋拆迁权的法律性质	201
二、房屋拆迁权的法律特征	205
第三节 房屋拆迁法律关系	209
一、房屋拆迁法律关系概述	210
二、拆迁行政法律关系	214
三、拆迁民事法律关系	228
第四节 房屋拆迁权的滥用与预防	233
一、房屋拆迁权实体合法的唯一标准——社会公共利益	234
二、房屋拆迁权合法的程序要件——程序救济途径	241
第五节 房屋拆迁的安置与补偿	244
一、拆迁安置	245
二、拆迁补偿	253
三、房屋拆迁估价	257
四、安置补偿对他项权利的保护	266
五、拆迁项目的转让和房屋拆迁的税收	269
第六节 我国房屋拆迁资金的监管机制	270
一、必要性以及现行立法	270
二、实践中的做法	271
第九章 项目转让	274
一、项目转让的概念以及基本程序	274
二、受让人的主体资格	275