

房地产开发

Real Estate Development

刘瑛 乔宁 著

无论是在国外还是在国内，房地产业都毫无疑问地被列为国民经济中的重要产业。在国民民生中发挥着举足轻重的作用。同时，房地产业的发展又与人们的安居乐业密切相关，是实现人们的居住权和提高人们的生活质量的重要物质基础。为了促进房地产业的健康快速发展，既满足房地产业发展的内在经济要求，又保障房地产业本身具有的社会政治功能得以实现，各国都认为房地产业不能是完全自由放任的私领域，必须用法律的形式对房地产业进行适当的干预。为此，各国都制定了大量的法律法规对房地产业进行规范，以保障房地产业能实现个人利益与社会公共利益的协调发展。

|房|地|产|法|理|论|与|实|务|丛|书|

Theory and Practice Series on Real Estate Law



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



房地产开发

Real Estate Development 刘瑛 乔宁 著

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



图书在版编目(CIP)数据

房地产开发/刘瑛,乔宁著. —北京:北京大学出版社,2007.9

(房地产法理论与实务丛书)

ISBN 978 - 7 - 301 - 10418 - 7

I. 房… II. ①刘… ②乔… III. 房地产 - 开发 IV. F293.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 149048 号

书 名: 房地产开发

著作责任者: 刘 瑛 乔 宁 著

责任编辑: 李燕芬

封面设计: 春天书装工作室

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 10418 - 7/D · 1425

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印刷者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 28.25 印张 477 千字

2007 年 9 月第 1 版 2007 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 52.00 元

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

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

总 序

无论是在国外还是在国内,房地产业都毫无例外地被视为国民经济中的重要产业,在国计民生中发挥着举足轻重的作用。同时,房地产业的发展又与人们的安居乐业密切相关,是实现人们的居住权和提高人们的生活质量的重要物质基础。为了促进房地产业的健康快速发展,既满足房地产业发展的内在经济要求,又保障房地产业本身具有的社会政治功能得以实现,各国都认为房地产领域不能是完全自由放任的私领域,必须用法律的形式对房地产领域进行适度的干预。为此,各国都制定了大量的法律法规对房地产业进行规范,以保障房地产业能实现个人利益与社会公共利益的协调发展。

在我国,由于建国以后长时间实行计划经济体制,房地产被认为不是商品,不具有商品属性,因此在这段时间内我国不存在真正的房地产业。只有在确立了社会主义市场经济体制和进行住房制度改革后,我国的房地产业才真正开始发展起来。但是,由于法律规则的缺失和人们认识上的偏差,我国的房地产业在发展初期长期处于摸索和混乱阶段。经过十多年的探索和借鉴,我国目前已在房地产领域制订了大量的法律法规,初步建立起房地产法的大体框架,基本解决了在房地产领域有法可依的问题。特别是近两年,为了解决房价过高的问题,国家加大了对房地产业的宏观调控力度,有关房地产的立法文件频频出台。

为了对近年来房地产法的立法和理论进行系统梳理和总结,反映学者们对房地产法的最新研究成果,我们组织编写了这套房地产法理论与实务丛书。本丛书一共六本,分别是:房地产金融、房地产交易、房地产开发、房地产建设工程、物业管理、房屋征收与拆迁。我们认为这套丛书基本囊括了房地产法的所有重要方面和重要制度。与其他同类书相比,本丛书主要有以下特色:

1. 在内容的编排体例上进行了创新。本丛书彻底打破了传统的章节限制,各章以下不再设节,而是统一把每章的内容分为基本原理、制度借鉴、操作流程、争议焦点与案例分析四个部分。基本原理部分主要介绍该制度的基本理论问题,阐述该制度的理论基础、制度内容以及改革完善的建议

等,解决该制度是什么的问题;制度借鉴主要介绍世界各国或地区在相关制度方面的一些不同做法和有益经验,着重于不同国家之间的横向比较,为完善我国的相关制度提供比较法上的依据;操作流程关注的是具体的办事程序、办事规则,试图通过该内容告诉读者该制度在实际生活层面具体是怎么运作的,解决的是该制度的具体操作问题;争议焦点与案例分析由两部分组成,前者主要聚焦于理论上的热点问题,探讨理论界对一些前沿问题的争议和不同观点,后者主要是对一些典型案例进行法理上的评析,着眼于法律的具体运用。通过这种内容编排上的创新,我们意图按照内容的性质对全部内容进行重新整合,最大限度地突出内容的性质差异,方便读者从理论与实务的不同角度对内容进行更好的选择和把握。

2. 注重理论与实践的结合。我们认识到任何法律都不是在真空中产生的,法律只不过是对社会生活的记录而已,法律的生命力和广阔空间在于法律的伟大实践。在整套丛书的设计上我们始终非常关注理论与实践的密切结合。在作者的构成上,我们既有理论功底深厚的大学教授、博士生导师,又有工作在司法工作第一线、实践经验丰富的法官和检察官,还有在房地产领域辛勤耕耘几十年的资深律师,他们的组合使我们的丛书既有理论的深度又有实践的厚度。在内容的安排上我们同样坚持了理论与实践相结合的精神,每章的基本原理、制度借鉴、争议焦点部分主要倾向于理论层面的探讨,而操作流程和案例分析则更多地关注解决实际问题的需要。

3. 密切关注立法动态。在所有的亚部门法领域,房地产法是受国家政策影响最大的法律门类之一,国家政策在房地产法中扮演着非常重要的角色。而政策的重要特点之一就是灵活性和易变性,这就要求我们从事房地产研究的人员要敏锐地观察和掌握国家的立法动向,及时地对一些最新立法政策进行反映。在本丛书的编写过程中,我们的作者们对这一点进行了很好的把握,及时地把一些最新的规则吸收进了我们的研究成果中,使我们的研究做到了与时俱进。

当然,由于时间的仓促和作者水平的有限,本丛书的错误和遗漏之处在所难免,敬请各位读者谅解,并请不吝赐教。

符启林

2007年9月

序

在建设中国社会主义市场经济的进程中,房地产业无疑是国民经济的一个重大门类。作为朝阳产业,房地产业越来越在国民经济发展中成为一个支柱产业并发挥着日益重要的作用。房地产业的蓬勃发展,需要社会主义市场经济下法律体系的制度支撑。在实践中,房地产业受到法律和国家政策的巨大影响。无论是从事房地产的开发、经营,还是进行房地产的管理和服务,几乎都离不开国家相关主管部门的审批、核准或备案。因此,房地产业是一种行政性很强的行业。相应的,房地产法也是一个综合性的法律部门,涉及民商、行政和经济法等庞杂的法律规范;此外,政府和有关行政机关制订的各种规范性文件也是房地产从业人员必须了解的内容,在实践中起着不可忽视的作用。

房屋是关系到国计民生的重大事项,与人民群众的基本生活密切相关。法律或政策的任何变更修改,都会对房地产市场产生深远影响,甚至影响到社会秩序和安定团结的局面。现阶段,我国的房地产市场正处于房地产制度改革的实践过程中。如何立足于我国的基本国情,借鉴境外的相关制度,按照市场经济的客观规律,利用市场的机制,进一步稳定和发展房地产市场,以保证房地产业的和谐和良性运转,是我国房地产业面临的重大课题之一。

本书主要介绍我国的房地产开发制度。房地产开发在房地产业中起着基础性的作用。本书共分为房地产开发主体、土地使用权取得、集体土地征收、城市规划管理、房地产项目开发、房地产成片开发(包括开发区制度)和经济适用房制度七个部分。作者努力在通过阐述各项制度的基本原理以及境外相关或类似制度的基础上,注意从实务操作的角度对房地产开发的各个环节和程序进行详细介绍,并结合一些有争议的理论问题和实践中的案例进行综合性的说明和分析。

在书稿付印之际,第十届全国人民代表大会第五次会议于2007年3月16日通过了《中华人民共和国物权法》这一极为重要的法律,并将于2007年10月1日起施行。《物权法》的颁布虽然延后了本书预期的付梓时间,但作者却得以及时补充物权法的相关内容,使本书能够反映房地产开发制度



房地产开发

的最新变化,也是令人欣慰的事情。

我们期望本书能对研究和从事房地产的业内人士以及对房地产有兴趣的广大读者有所裨益。由于作者水平有限,对于书中疏漏及错误之处,尚祈各位读者不吝赐教,提出宝贵意见。

本书最终得以成书,衷心感谢中国政法大学符启林教授的大力帮助。感谢刘文慧、林志中、朱洪云参与本书有关章节的撰写工作。感谢丛书总策划和本书责任编辑李燕芬女士的大力支持。一并感谢所有对本书提出意见和就有关观点与作者进行讨论的学者和律师们。

刘瑛

2007年9月

CONTENTS 目 录

第一章 房地产开发主体制度	1
基本原理	1
一、房地产开发主体的概念	1
二、房地产开发企业	3
操作流程	6
一、房地产开发企业的设立	6
二、房地产开发企业的资质管理	10
三、涉外房地产开发经营的法律规定	14
四、房地产开发企业的终止	22
五、房地产开发企业的年检	23
争议焦点与案例分析	23
一、争议焦点——国有土地使用权与建设用地使用权	23
二、案例分析	24

第二章 土地使用权取得法律制度	28
基本原理	28
一、国有土地使用权出让法律制度	28
二、国有土地使用权划拨法律制度	38
三、国有土地使用权转让的基本原理	54
四、国有土地租赁法律制度	60
制度借鉴	65
一、土地所有权的典型形态	65
二、各国土地制度简介	69



CONTENTS 目 录

三、我国港、澳、台地区的土地制度	72
四、对其他国家或法域土地法律制度的借鉴	84
操作流程	85
一、国有土地使用权出让流程	85
二、国有土地使用权转让的操作流程	107
三、国有土地使用权租赁流程	108
四、与土地使用权取得有关的合同文本	112
争议焦点与案例分析	130
一、争议焦点	130
二、案例分析	132
第三章 集体土地征收制度	156
基本原理	156
一、集体土地进入房地产开发市场的必要性和途径	156
二、集体土地征收的概念和法律特征	157
三、集体土地征收的性质、原则和条件	158
四、集体土地征收的批准权限和程序	163
五、集体土地征收的补偿	165
六、集体土地征收中存在的问题和对策	176
制度借鉴	181
一、各国(地区)关于土地征收目的之规定	182
二、美国关于土地征收之正当程序的规定	185
三、各国关于土地征收补偿范围之规定	187
四、各国关于土地征收补偿原则之规定	188

CONTENTS 目 录

操作流程	190
一、集体土地征收的程序	190
三、征收集体土地和农用地转用报批工作的前期手续	195
四、征收集体土地和农用地转用审批流程	196
四、附图	200
争议焦点与案例分析	203
一、争议焦点	203
二、案例分析	208
第四章 城市规划管理制度	218
基本原理	218
一、规划管理制度概述	218
二、城市规划管理的基本内容	220
三、城市规划制定的原则	228
四、新区开发与旧城改建与规划管理	229
五、城市规划的编制权和管理体制	234
六、城市规划的立法	237
七、城市规划管理与房地产开发用地的关系	240
制度借鉴	243
一、概述	243
二、外国的城市规划制度	244
三、我国香港、台湾地区的城市规划制度	247
操作流程	251
一、城市规划实务流程概述	251



CONTENTS 目 录

二、《建设用地选址意见书》的申请和批准	251
三、申请《建设用地规划许可证》的一般程序	252
四、申请《建设工程规划许可证》的一般程序	254
五、办理过程中的阶段性审批程序	255
争议焦点与案例分析	256
一、争议焦点——停车位的规划	256
二、案例分析	257

第五章 房地产项目开发制度	265
基本原理	265
一、房地产开发的概念	265
二、房地产开发的分类	266
三、房地产开发的特点	268
四、房地产开发的内容	269
五、房地产开发的基本原则	269
六、城市房地产开发的目标模式	272
七、房地产开发的作用	273
制度借鉴	275
一、房地产项目开发与融资	275
二、房地产项目开发的融资渠道	275
三、房地产融资信托制度	280
操作流程	286
一、房地产项目的前期开发程序	286
二、合同实务	310

CONTENTS 目 录

争议焦点与案例分析	318
一、争议焦点	318
二、案例分析	326
第六章 房地产成片开发制度	342
基本原理	342
一、外商投资开发经营成片土地	343
二、开发区各项制度	351
制度借鉴	359
一、开发区建设借鉴国外相关制度的意义	359
二、管理运营模式的借鉴	360
三、过渡期开发区立法之借鉴	363
操作流程	365
一、国有土地(成片开发)使用权出让合同	365
二、合同范本	368
争议焦点与案例分析	377
一、争议焦点	377
二、案例分析	378
三、实例分析	388
第七章 经济适用房法律制度	398
基本原理	398
一、经济适用房的概念和特征	398

CONTENTS 目 录

二、经济适用房的开发	400
三、经济适用房的建设	401
四、经济适用房的出售和转让	404
制度借鉴	407
一、法国的廉租房制度	408
二、我国香港地区的廉租房制度	409
三、我国内地的廉租房制度	411
操作流程	412
一、经济适用房之开发程序	413
二、经济适用房之购买程序	421
争议焦点与案例分析	429
一、争议焦点	429
二、案例分析	433
主要参考书目	439

第一章 房地产开发主体制度

- 房地产开发企业的设立条件
- 房地产开发企业的类型
- 房地产开发企业的资质管理
- 涉外房地产开发企业的特殊规定

基本原理

一、房地产开发主体的概念

(一) 房地产法律关系的主体

房地产开发法律关系的主体是指参加房地产法律关系,享有房地产权利与承担房地产义务的当事人。其资格是由法律规定的,按照法律规定,房地产法律关系的主体既可以是国家,也可以是法人、其他社会组织 and 自然人,表现出广泛性和多样性。

1. 国家或政府

国家或政府是房地产法律关系中一种特殊的主体,主要参加房地产管理法律关系并居主导地位。当然,国家也以其他身份参与房地产法律关系。因此,国家作为主体在房地产法律关系中具有如下三重性质:一是充当一般的房地产民事法律关系的主体。例如,国家机关作为买方向开发商购买商品房而形成的房地产买卖合同中的主体资格,这是一种纯粹的民事法律关系。二是作为房地产活动的管理者所具有的主体资格。例如,国家对房地产价格的管理,对房地产交易的管理等。三是作为国有土地资源所有者和管理者的特殊主体资格。这实质上是一种房地产经济法律关系,如国家在土地使用权出让关系中既是合同一方,同时又是房地产建设用地的管理者。

2. 劳动群众集体经济组织

劳动群众集体经济组织可以成为房产所有权的主体和国有土地使用权



的主体,并且,农村劳动群众集体经济组织是集体土地所有权的主体。^①

3. 房地产商

土地和房屋对每一个社会组织来说都是不可缺少的,尤其是随着市场经济的发展,对房地产的需求更加扩大,也拉动了房地产投资。越来越多的企业从事房地产业并成为房地产法律关系中的主体。其中,有代表性的几种是:第一,房地产开发商,它是专门从事房地产开发的企业,是房地产开发活动的组织者,是一种重要的房地产法律关系主体;第二,建筑商,它是指承接开发商提供的房地产开发项目,进行建筑施工的企业,它主要受《合同法》和《建筑法》的规范;第三,房地产销售商,它主要包括商品房的出售者以及土地使用权的转让者;第四,房地产辅助商,它是指从事除直接进行房地产开发和交易以外的其他房地产服务性业务的经营者,如房地产经纪人、房地产交易行、房地产评估机构、物业管理公司等。

4. 非法人组织及自然人

非法人组织也可以成为房地产法律关系中的主体,如合伙组织购买、租赁房地产作为经营场所等。自然人不仅可以依法享有房产的所有权和国家集体土地的使用权,而且可以就自己的房产进行转让、设定抵押、进行出租等,从而设立相应的房地产转让法律关系、房地产抵押法律关系、房地产租赁法律关系,并成为这些房地产法律关系中的主体。

(二) 关于房地产开发主体的说明

在与房地产有关的各类活动中,房地产开发是一种复杂的、综合性的生产活动。房地产项目开发可以从熟地上开始,也可以从生地上开始。因此在各类房地产法律关系的主体中,从事房地产开发活动之行为者即为房地产开发主体。实践中,主要存在政府作为开发主体和房地产开发企业作为开发主体两种情形。政府开发一般是由政府出面,组织人力和物力进行前期开发,将生地变熟地,然后出让土地使用权;房地产开发企业开发是指房地产开发企业通过法定程序取得开发项目后,对土地进行开发,建设房屋等建筑物。

本书下文所述的房地产开发主体指房地产开发企业,不包括政府。特此说明。

城市建设的发展,促进了房地产开发企业的建立,而开发企业的建立,又加速了城市建设的步伐。房地产开发企业作为房地产开发的一类主体,

^① 赵勇山主编:《房地产法论》,法律出版社2002年版,第34—35页。

在房地产开发市场上占有重要地位。随着我国经济体制改革和住房体制改革的推进,房地产业迅速兴起和发展,出现了大量不同规模、不同开发能力、不同所有制性质的房地产开发公司。这些开发企业分别在国内外居住区的综合开发、配套建设,承担大型的、功能复杂的综合开发区的建设,以至承担国外的房地产开发项目等方面发挥着各自的作用,为推动城乡建设与发展做出了重要的贡献。随着我国加入 WTO,建立高素质的房地产开发企业和企业集团是我国房地产开发企业未来的主要目标。

二、房地产开发企业

(一) 房地产开发企业的概念和特征

依据《城市房地产管理法》第 29 条的规定,房地产开发企业是以营利为目的,从事房地产开发和经营的企业,也称“房地产开发商”。建设部 2000 年 3 月 29 日颁布的《房地产开发企业资质管理规定》第 2 条规定:“本规定所称房地产开发企业是指依法设立、具有企业法人资格的经济实体。”

作为从事房地产开发和经营的营利性组织,房地产开发企业具有如下特征:

1. 房地产开发企业是具有法人资格的经济组织

房地产开发企业必须依法成立,有自己的名称、组织机构和经营场所,有独立的资金并对外独立承担责任。

2. 房地产开发企业是以营利为目的的经济组织

房地产开发企业是营利性法人。营利包括如下要素:房地产开发企业的经营目的是为了获得经济利益,即为了使公司自身的财产增加并获得利润;房地产开发公司的经营具有连续性,即经营不间断,而不是一次性营利行为。

3. 房地产开发企业的业务活动范围主要是对房地产进行开发与经营

房地产开发企业作为法人,具有民事权利能力和民事行为能力。其权利能力是房地产开发企业作为民事主体的资格存续期间。而行为能力,则是指法律赋予房地产开发企业可以依法从事某种民事行为的资格。从某种意义上说,行为能力在一方面指房地产开发企业应当具备房地产经营和开发的相关资质,另一方面指法人的业务活动范围,也就是其营业执照上注明的经营范围,主要是开发和经营房地产,房地产开发企业应当在其业务范围内进行活动。



4. 房地产开发企业实行行业归口管理

房地产开发企业由国家各地建设主管部门实行行业归口管理,并在城建规划指导下进行房地产开发与经营活动。

(二) 房地产开发企业的分类

我国的房地产开发企业,按不同的标准,可做不同的划分。例如:

1. 以所有权性质作为划分标准

按所有权性质划分,可将房地产开发企业主要划分为:国家所有的房地产开发公司、集体所有的房地产开发公司、中外合资的房地产开发公司、中外合作的房地产开发公司、外商独资的房地产开发公司。

(1) 国家所有的房地产开发公司

这种类型的房地产开发公司通称为“城市建设综合开发公司”或“房地产开发经营公司”,目前所占比例最大。这种城市建设综合开发公司是在房屋统建的基础上发展起来的,其建立和形成大体上分为三类:一类是由原来的“统建办”演变而来,这类公司目前大都成为当地的骨干开发机构;第二类是政府各部门、各单位组建的开发公司,这类公司往往附属于政府的某一部 门;第三类是原来一些土建施工公司根据业务需要而专门成立的房地产开发公司。国家所有的房地产开发公司与政府的联系较为密切,主要任务就是接受当地政府的委托或者通过项目投标后中标承担开发任务,综合开发的协调工作也多由政府出面协调解决。

(2) 集体所有的房地产开发公司

集体所有的房地产开发公司一般是指各部门集资合办或者是集体单位独立开办的公司,有大集体和小集体之分。原来的大集体房地产开发公司类似于国家所有的房地产开发公司,小集体所有的房地产公司一般都是新成立的房地产开发公司。集体所有的房地产开发公司一般来说都能自主经营、自负盈亏、独立核算,企业多以有限责任公司的形式注册,按照股份比例分配利润和承担责任。由于其资金来源有限,企业规模较小,资质等级不高,市场竞争力有限,所以此种房地产开发企业在数量上不占优势,特别是经过对房地产开发市场的整顿,数量上进一步缩小。

(3) 中外合资或合作的房地产开发公司

中外合资经营的房地产开发公司是取得国内法人地位的一种国际性联合经营的开发公司,是股权式公司,由中方和外方在商定的期限内共同投资、进行房地产开发与经营的有限责任公司。合资各方以自己的投资额为限承担责任,同时按出资比例分配利润。一般这种合资经营的房地产开发