

房地产法论

赵红梅 著

中国政法大学出版社

前 言

“土地是财富之母”，土地是一切财富的源泉，以土地为基础的房地产是人类最重要的物质财富之一。因而，调整与房地产相关的社会关系的法律——房地产法，在现代各国法律体系中占据着重要地位。

我从事房地产法的研究始于1992年，当时正值我国出现大规模的房地产热。目睹房地产业兴盛与混乱并存，我意识到了法律规制的意义，想到应该让法律工作者和房地产业者了解和熟知房地产法，遂在我所在的中国政法大学于全国政法院校范围内率先开设了“房地产法”专业课程，受到大学生们的热烈欢迎。两年多来，我从事了大量与房地产相关的社会实践，与立法、行政、司法部门，与发展商、经纪人、律师、业主保持着经常和密切的联系，这使我得以从实践中发现问题，并在此基础上进行系统的同时又是有的放矢的理论研究。

我注意到，与实践相比，我国房地产立法相当滞后。而我国房地产法的理论研究更与实践和立法不相适应：大量迫切需要解决的问题，在理论上混沌不清；市场上关于房地产法律实务方面的书籍很多，然而真正有学术价值的房地产理论著作甚少。故此，我将自己从事房地产法理论研究的成果著成此书，奉献给读者，并以此对我国房地产法制建设尽微薄之力。

本书在学术风格上，一方面考虑到房地产法理论处于初

创时期，应注重体系的完整性，因此在借鉴其他同志研究成果的基础上，对房地产法的各主要方面都进行了全面、系统地论述。另一方面考虑到房地产法理论中有一些迫切需要澄清的问题，故而对一些重要问题进行了较深入的探讨和论述，并放胆陈述了观点。上述论述和观点多属管窥之见、一家之言，是否正确还待实践检验，谬误之处，祈请读者指正。

在本书出版之际，我特别感谢中国政法大学的徐杰教授、黄勤南教授、王遂起教授、隋彭生副教授、张今副教授、李玺文副处长和李玉香讲师，他们不但在本书的编写过程中给予我诸多指导和帮助，同时也对我从事房地产法教学、研究工作给予极大支持，不愧为我的良师益友。此外，我还特别感谢中国政法大学出版社的徐波、吕志红两位编辑，他们为本书的出版付出了智慧和辛劳。

赵红梅

1995年5月于中国政法大学

目 录

第一章 房地产和房地产业论.....	(1)
第一节 房地产.....	(1)
一、房地产的概念.....	(1)
二、房地产的称谓.....	(3)
三、房产与地产的基本关系.....	(5)
四、房地产的特征.....	(7)
五、房地产的类别.....	(8)
第二节 房地产业	(11)
一、房地产业的概念和性质	(11)
二、房地产业的特征	(12)
三、房地产业的作用	(13)
四、我国房地产业的产生和发展	(16)
第三节 我国房地产热的表象和评价	(22)
一、我国房地产热的表象	(22)
二、对我国房地产热的评价	(24)
第二章 房地产法概论	(29)
第一节 房地产法基本理论	(29)
一、房地产法的概念和调整对象	(29)
二、房地产法律主体	(31)
三、房地产法的地位	(34)
四、房地产法的特征	(35)
第二节 房地产法的历史沿革	(36)

一、国外房地产法的历史沿革	(36)
二、我国房地产法的历史沿革	(38)
第三节 房地产法律体系	(41)
一、房地产法律体系的模式	(41)
二、我国房地产法律体系的框架	(45)
第三章 国外土地制度论	(47)
第一节 国外土地所有制	(47)
一、土地所有制形式	(47)
二、各国(地区)土地所有制概况	(50)
第二节 国外土地权利的設置和限制	(53)
一、土地权利的設置	(53)
二、土地权利在立体空间上的分离	(57)
三、国家对土地私有权的限制	(61)
第三节 国外土地征用制度	(64)
一、土地征用制度的涵义	(64)
二、征用土地的补偿	(65)
第四章 国有土地划拨使用制度论	(68)
第一节 国有土地使用制度的改革	(68)
一、国有土地所有制	(68)
二、改革前的国有土地使用制	(70)
三、国有土地使用制度的改革	(71)
第二节 国有土地划拨使用制度	(73)
一、土地使用权划拨的概念和特征	(73)
二、土地使用权划拨的适用范围	(74)
三、土地使用权划拨的程序和审批权限	(78)
四、划拨土地使用权的收回	(80)
第五章 国有土地出让使用制度论	(82)

第一节 国有土地出让使用制度	(82)
一、土地使用权出让的概念和特征	(82)
二、土地使用权出让的范围	(83)
三、土地使用权出让的方式	(85)
四、土地使用权出让的最高年限	(87)
五、土地使用权出让的程序	(88)
六、土地使用权出让合同	(89)
七、出让土地使用权的终止	(93)
第二节 国有土地出让使用制度的理论问题	(95)
一、从房产权与地产权的关系看土地使 用权的年限和期满的法律后果	(95)
二、土地使用权出让行为的法律性质	(101)
第六章 集体土地制度论	(104)
第一节 集体土地制度及其改革	(104)
一、集体土地所有制	(104)
二、集体土地使用制	(107)
三、现行集体土地制度的改革	(111)
四、关于“集体土地的使用权可以依法转 让”的立法	(115)
第二节 集体土地征用制度	(117)
一、集体土地征用的概念和特征	(117)
二、征用集体土地的审批程序 and 基本要求	(118)
三、征用集体土地的补偿和安置	(119)
四、有关完善土地征用制度的建议	(120)
第七章 房地产开发制度论	(124)
第一节 房地产开发制度概述	(124)
一、房地产开发的概念和特征	(124)

二、房地产开发的类别·····	(125)
三、房地产开发的基本原则·····	(128)
第二节 房地产开发企业制度·····	(134)
一、房地产开发企业的概念和别类·····	(134)
二、房地产开发企业的资质管理·····	(135)
三、房地产开发企业的设立管理·····	(137)
四、房地产开发企业的资金管理·····	(138)
第三节 城市规划对房地产开发的规制·····	(139)
一、城市规划概述·····	(139)
二、城市规划对房地产开发的规制·····	(141)
三、加强并改进城市规划对房地产开发 的规制·····	(142)
第四节 城市房屋拆迁制度·····	(143)
一、城市房屋拆迁的概念和实施程序·····	(143)
二、拆迁补偿·····	(146)
三、拆迁安置·····	(149)
四、关于完善城市房屋拆迁制度的若干问题·····	(150)
第五节 房地产开发项目管理制度·····	(158)
一、房地产开发项目招标投标制度·····	(158)
二、房地产开发项目合同制度·····	(159)
三、房地产开发项目勘察设计管理制度·····	(162)
四、房地产开发项目施工管理制度·····	(165)
五、房地产开发项目的质量监督及竣工 验收制度·····	(166)
六、对房地产开发项目管理制度的总体 评价·····	(168)
第八章 房地产交易制度论·····	(170)

第一节 房地产交易制度概述	(170)
一、房地产市场概述	(170)
二、房地产交易的概念和特征	(171)
三、房地产交易的原则	(172)
第二节 房地产转让	(179)
一、房地产转让的涵义和方式	(179)
二、房地产转让的条件	(180)
三、房地产转让的程序	(185)
四、关于以房地产合资、合作是否视为 房地产转让的探讨	(188)
第三节 房地产抵押	(190)
一、房地产抵押的涵义与相关概念	(190)
二、房地产抵押物	(194)
三、房地产抵押的设定	(198)
四、房地产抵押权的实现	(200)
五、有关房地产抵押的几个理论问题	(201)
第四节 房屋租赁	(204)
一、房屋租赁的涵义	(204)
二、房屋租赁合同	(205)
三、住宅用房租赁与非住宅用房租赁	(207)
四、关于出租划拨土地上房产的规定	(208)
第九章 房地产中介服务制度论	(210)
第一节 房地产中介服务制度概述	(210)
一、房地产中介服务的概念和特征	(210)
二、房地产中介服务业	(211)
三、房地产中介服务制度	(212)
第二节 房地产经纪制度	(213)

一、房地产经纪的概念和作用·····	(213)
二、美国房地产经纪业制度·····	(215)
三、我国房地产经纪制度·····	(218)
第三节 房地产估价制度·····	(219)
一、房地产估价的概念和必要性·····	(219)
二、国外房地产估价制度·····	(221)
三、我国房地产估价制度·····	(222)
第四节 物业管理制度·····	(224)
一、物业管理的概念和必要性·····	(224)
二、香港物业管理制度·····	(225)
三、我国大陆的物业管理制度·····	(228)
第十章 房地产权属制度论·····	(232)
第一节 房地产权属·····	(232)
一、房地产权属概述·····	(232)
二、土地所有权·····	(235)
三、土地使用权·····	(238)
四、房屋所有权·····	(242)
五、房屋使用权·····	(246)
第二节 房地产权属登记制度·····	(248)
一、房地产权属登记的概念、性质和功能·····	(248)
二、房地产权属登记的模式和效力·····	(249)
三、房地产权属登记机关·····	(252)
四、房地产权属登记的种类·····	(253)
五、房地产权属登记的程序·····	(256)
第十一章 房地产税费制度论·····	(260)
第一节 房地产税收制度·····	(260)
一、房地产税收概述·····	(260)

二、我国现行房地产税收制度·····	(262)
三、我国现行房地产税收制度评述·····	(270)
第二节 房地产收费制度·····	(277)
一、房地产收费概述·····	(277)
二、我国现行房地产收费制度·····	(279)
三、我国现行房地产收费制度评述·····	(280)
第十二章 住房制度论·····	(282)
第一节 住房制度概述·····	(282)
一、住房的地位和属性·····	(282)
二、国外住房制度模式·····	(282)
三、我国计划体制下的住房制度·····	(286)
第二节 我国住房制度改革·····	(288)
一、住房制度改革的发展历程·····	(288)
二、住房制度改革的基本内容·····	(289)
三、公积金制度·····	(290)
四、租金改革·····	(291)
五、公有住房出售·····	(292)
六、关于部分产权性质的理论探讨·····	(299)
主要参考书目·····	(304)

第一章 房地产和房地产业论

第一节 房地产

一、房地产的概念

“房地产”一词有狭义和广义两种解释。狭义的房地产是指房屋、屋基地以及附属土地。所谓附属土地是指房屋的院落占地、楼间空地、道路占地等空间上与房屋和屋基地紧密结合的土地。广义的房地产是指全部土地和房屋及固着于土地和房屋上不可分离的部分^①。本书是从广义上来使用“房地产”一词的。

房地产既是一种客观存在的物质形态，也是一项法律上的财产。因此应从两个方面理解其概念。

（一）作为物质存在形态的房地产

作为物质存在形态的房地产是指土地、房屋及固着于土地、房屋上不可分离的部分。固着于土地、房屋上不可分离的部分，如水、暖、电、卫生、通风、电梯、树木等设施 and 物质，往往可以看作是土地或房屋的构成部分，因此，房地产实质上包括土地和房屋两大部分。

土地一词，其涵义有多种解释，一种说法是土地就是土

^① 参见崔建远等著《中国房地产法研究》，中国法制出版社，第3页。

壤，即陆地的疏松表层^①。另一种说法是土地是地球陆区表层（包括陆区水域和海洋中岛屿）的总称。再一种说法是，土地是地球上陆地和水面的总称^②。还有一种说法是土地包括全部自然资源和整个自然环境，这实际上把土地当作自然资源的代名词^③。我倾向于这样界定作为物质存在形态的土地的概念，即土地是指包括地上空间和地下空间的地表。地上空间是指从地球表层向上扩展到一定高度的天空空间。地下空间则是指从地球表层的土地边界呈锥形而延伸到地心的地下空间。地表和地上及地下空间中存在的尚未与土地分离的自然物（如水流、岩石、矿藏、树木等）均属于土地的范畴。

关于房屋的概念，也有广义和狭义理解之分。我们日常生活中所谓的房屋是指能够遮风避雨并供人居住、生活或进行其他活动的建筑物，这是对房屋狭义的理解。作为物质存在形态的房地产两大组成部分的房屋，应对其做广义的理解，即房屋是指土地上的房屋等建筑物及构筑物^④。所谓构筑物是指除房屋以外的人工建造的工程建筑物，如桥梁、道路、隧道、水井、水塔、水坝、烟囱等。换言之，凡土地上人工建造的不可移动的物质均属广义上的房屋的范畴。

依广义的房地产概念理论，土地和房屋是房地产的两大基本构成要素，但不能认为只有土地和房屋同时存在时，才有房地产可言。房地产有两种存在形态：一种是土地上建

① 参见《简明大不列颠百科全书》第8卷，第32页。

② 参见《土地法概论》，华中师范大学出版社，第2页。

③ 参见〔英〕马歇尔著《经济学原理》（上卷）（中译版），商务印书馆1964年版，第157页。

④ 引自《中华人民共和国城市房地产管理法》，第2条第2款。

有房屋的房地产，另一种是土地上未建有房屋的房地产（如农地、荒地和城市的空地），对于后者，我们有时称之为单纯的地产。关于单纯的地产是否属于房地产的范畴，理论界有不同认识。我主张，不但房地同存的形态属于房地产，单纯的地产也是房地产的一种存在形态。从这种意义上讲，房地产与不动产是同一语义的两种表述。

（二）法律意义上的房地产

法律意义上的房地产是指以土地和房屋作为物质存在形态的财产。它在本质上是一种财产。具体来说，这种财产是指寓含于房地产实体中的各种经济利益以及由此而形成的各种权利，如所有权、使用权、地上权、地役权、租赁权、抵押权等等。

在房地产经济十分发达的美国，房地产的概念包含两个递进层次：其一，把土地和房屋、构筑物等附着物当作一个整体来看待；其二，把土地及房屋、构筑物附带的各种权利合在一起广义地视为一个整体^①。美国关于房地产概念的表述，同样把房地产诠释为实体财产与财产权利的有机结合体。

二、房地产的称谓

理论界有一种观点反对使用“房地产”的称谓，主张在不同的场合，分别使用“不动产”、“地产”、“房产”等概念。其理由是：第一，从实物的形成过程看，必须是先有土地后有房屋，“房地产”一词，却将“房”置于“地”之前，显然摆错了位置。第二，无论是房产，还是地产，从民法学上讲，都属于不动产的范畴，因此用不动产的概念来概括房

^① 引自柴强著《房地产估价》，北京经济学院出版社，第3页。

产和地产等，是最准确和最科学的。第三，世界上大多数国家在民法和其他有关法律中都使用“不动产”的称谓，却很少使用“房地产”的称谓，这种现象不是偶然的。

有学者认为，上述观点有一定道理，但仍比较片面。因为国外一些国家如美国，也在广泛使用房地产一词，我国的台湾也广泛使用房地产一词，同时，“房地产”一词在我国已使用多年，并已写进了党和政府的有关政策性文件和立法中。可以说这一称谓的使用在我国已经形成习惯，因此不得使用“房地产”称谓的观点是不现实的。而真正现实可行的做法是承认房地产的称谓，并科学地界定“房地产”的内涵外延，及其与其他相关称谓的关系，避免在认识上和立法上出现混乱。鉴于此，本书将与房地产相关的几个称谓也作简单介绍。按照广义的房地产概念理论，这几个称谓可以看作是房地产的别称。

（一）不动产

不动产的英文名称为 real estate 或 real property。在英语中，real estate 一词具体是指土地及附着在土地上的人工构筑物和房屋；real property 一词具体是指 real estate 及其附带的各种权益。房地产由于其位置固定、不可移动，通常又被称之为不动产。许多人基于狭义的房地产观点，认为不动产的外延大于房地产。我基于广义的房地产观点认为实际上房地产与不动产是同一语义的两种表述，房地产的表述倾向于表明这种财产是以房屋和土地作为物质载体，而不动产的表述侧重于表明这种财产具有不可移动的属性，但两者所指的是同一个对象，因为，房屋与土地绝对地具有不可移动的属性，而不可移动的物质非房屋和土地莫属。英文 real estate 和 real property 既可译为不动产也可译为房地产，两者关系

可见一斑。就一般情况而言，“不动产”是民法惯常使用的词汇，而“房地产”则是经济法和行政法及商事实务中较常使用的称谓。

（二）地产

在世界一些实行土地私有制或允许土地买卖的国家和地区，房地产市场上的流通物是土地，房屋仅仅作为土地的附着物或相对于土地的地上的物而存在。如英国物权法规定：“地上建筑物从属于土地”。德国民法典规定：“建筑物是土地本质性构成部分”。也就是说，土地可以作为基本商品流通，而房屋不能单独成为不动产，只能作为土地的附着物进入市场，这种情况被称之为“房随地走”。上述国家在处理地产与房产的关系上，以地产为主，因此又把房地产称为地产。在许多市场经济国家中，地产与房地产的涵义是相同的。

（三）物业

在香港、澳门及东南亚，当涉及房地产时，人们惯常使用“物业”一词，我国目前也开始广泛使用“物业”一词。物业实质即是房地产，仅叫法不同而已。香港李宗鐸先生对物业的解释很精辟：“物业是单元性地产。一住宅单位是一物业，一工厂楼宇是一物业，一农庄也是一物业。故物业可大可小，大物业可分割为小物业”。^①

三、房产与地产的基本关系

房屋和土地是房地产的两大基本构成，以房屋作为物质载体的财产称为房产，以土地作为物质载体的财产称为地

^① 引自李宗鐸著《香港房地产法》，商务印书馆香港分馆1988年版，第9页。

产。澄清房产与地产的关系，是房地产法律研究中的一个基本问题。

房产与地产的关系可表述为以下两点：

（一）房地不可分割

将房地产相对地分为房产与地产只是基于以下两点考虑：一是为了研究上的方便，分别探讨有关土地和房屋的经营运作和法律对策；二是为了管理上的需要，特别是在我国，目前房屋和土地还基本分属两个行政部门管理。但这种划分不具有绝对性，房产与地产具有“房依地建，地为房载，房地不可分离”的属性。具体来说，这种不可分性表现在四个方面：其一，从作用上讲，地产是房产的依托和基础，房产是地产的目标和用途。其二，从物质形态上看，房产总是与地产联结为一体而不可分离的，离开土地，建筑物就不复存在。其三，从房地产的实物形成过程看，土地的开发与房屋的建筑总是一个并行或相继发生的完整的过程，没有土地开发，房屋建筑就无法进行，而只有土地开发没有后续的房屋建筑，土地开发就失去了意义。其四，在价值形态上，房产与地产往往也无法截然分开，在我国，房产的价格中往往包含着地产的价格，而在西方一些国家，地产的价格中往往包含着地上房屋的价格。

（二）土地为主、房屋为辅

这种关系表现在三个方面：其一，从物质形态上来看，土地可以独立存在，形成独立的物体，而房屋却不能独立存在，因此存在着尚未形成房产的地产，但没有脱离开地产的房产，不存在独立意义的房产。其二，从土地和房屋在房地产业中的作用来看，土地的获得占有是房地产业的基础和前提，同时也是房地产经营开发活动的开端。其三，从地产和

房产的存续期间来看，房屋会不断损耗直至自然灭失，而土地却可永续利用。实行计划经济或者处于市场经济低级发展阶段的国家，土地的价值及其在房地产中的主导地位往往不能得到充分显示；而市场经济越发达、现代化程度越高的国家，土地的价值和主导地位越能得到充分显示。这在我国已得到初步证实。

四、房地产的特征

房地产与其他经济物品或法律上其他的财产相比，有着本质区别，这种区别就是房地产的下列特征：

（一）固定性

所有的房地产在位置上都是固定的，如果它们可以移动，就不可称之为不动产。固定性是房地产区别于其他财产的一个重要特征。人们可以把汽车、食品拿到市场上销售，可以把知识产权和资金在不同的地域之间转移，但却无法将房地产本身移至市场销售或在不同地域市场间流转。因此在房地产投资中，空间位置的选择十分重要。

（二）永久性

土地具有不可毁灭的永久性；建筑物虽会自然灭失，但一经建造即可使用几十年甚至几百年，相对于其他物品来说也具有永久性。正是由于具有这种特征，法律才规定房地产的所有权和使用权可以分离，在一项房地产上可同时设定不同的权益。

（三）个别性

在市场上流通的商品许多都是种类物，如一批同一商标品牌、同一款式、同时生产的汽车，在市场上出售时，消费者认为它们的价值是相同的。房地产则不同，基本上全都是特定物。如外型尺寸、年代、风格、建筑标准完全相同的数