

中国房地产法 热点问题研究

魏秀玲 杨承志 许奋飞 / 著

Z

HONGGUOFANGDICHANFA
REDIANWENTIYANJIU

吉林人民出版社

中国房地产热点问题研究

魏秀玲 杨承志 许奋飞 著

吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国房地产法热点问题研究/魏秀玲,杨承志,许奋飞著.

—长春:吉林人民出版社,2005

ISBN 7-206-04636-3

I.中… II.①魏… ②杨… ③许… 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(2005)第 034031 号

中国房地产法热点问题研究

著 者:魏秀玲 杨承志 许奋飞

责任编辑:李艳萍 封面设计:雪 琳

吉林人民出版社出版 发行(中国·长春市人民大街 7548 号 邮政编码:130022)

印 刷:长春市华艺印刷有限公司

开 本:850mm×1168mm 1/32

印 张:7.5 字 数:200 千字

标准书号:ISBN 7-206-04636-3/D·1414

版 次:2005 年 5 月第 1 版 印 次:2005 年 5 月第 1 次印刷

印 数:1-1 000 册 定 价:20.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

自序

1986年6月25日，第六届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议通过了《中华人民共和国土地管理法》，自1987年1月1日起施行，这标志着我国土地法制建设进入了一个新阶段。1988年4月，第七届全国人大第一次会议通过《宪法修正案》，取消禁止土地出租的规定，允许土地使用权依法转让。1990年5月，国务院发布了《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》和《外商投资开发经营成片土地暂行管理办法》。1992年3月，国家土地管理局颁发了《划拨土地使用权管理暂行办法》。这一系列法律、法规的出台，标志着随着改革开放的发展，房地产管理工作受到高度的重视，房地产立法工作也随之进入了一个新阶段，而此时的我，才刚刚结束了从大学本科到研究生的学习生涯，并先后任职于陕西警官干部工作学校、华侨大学，完成了从青年学生到年轻教师的角色转换，承担着《民法学》、《经济法学》、《公司法》等学科的教学任务，对房地产法学的研究尚未开始。

1994年6月，为了探索社会主义市场经济体制下的中国房地产法学，宣传、学习、普及房地产法律知识，使国家管理机构、房地产管理部门、房地产经营开发组织和公民个人，学会运用房地产法律进行有效的管理，维护自身的合法权益，中国经济法制管理丛书编委会，特组织全国二十所大学和实际部门的专家学者联合编著了《中国房地产经营法制管理》一书，我有

幸被邀参加该项目工作，完成了部分内容的撰写。该项目作为国家自然科学基金研究项目成果，于1994年8月出版，成为当时系统、全面研究、论证中国房地产法学的专著，并被确定为高等学校法学教材。在该专著面世的同时，我因工作原因，从华侨大学调入广东商学院工作，该成果成为我结束华侨大学工作经历的一部纪念之作。

1994年调入广东商学院工作后，适逢全国性的房地产开发热潮，而广东位于改革开放的前沿地区，房地产开发热引发的一系列问题，较全国其他地方更明显地得到关注，而房地产立法的滞后及司法实践中处理房地产纠纷的盲目性，在某种程度上激发了我从事这一学科领域研究的热情。一方面我在艰苦努力下力排非议，在广东商学院首次开设了《房地产法》课程，作为专业选修课，来推广这一学科的建设和发展；另一方面，我将自己的科研重点放在这一领域，对中国房地产法所涉及的诸多问题进行了认真的思考。同时，从事兼职律师的条件，便于我将实践中发现的大量房地产实务结合到理论研究中来，从实践到理论来探索研究房地产法的诸多问题，《中国房地产法热点问题研究》一书，正是这十年来我在房地产法教学、科研工作方面的总结。在这本书即将出版之际，我再一次因工作的需要，从广东商学院调往深圳大学工作，而《中国房地产法热点问题研究》一书，成为我在广东商学院十年工作历程的又一部纪念之作。

由于工作的原因，我有幸认识了广州市国土资源和房屋管理局法规处处长杨承志同志和广州市律师协会房地产专业委员会主任许奋飞律师。由于共同的理想，共同的兴趣，我们多次就房地产法的诸多问题进行探讨，《中国房地产法热点问题研究》一书，也凝聚了他们的一部分研究成果，我在此表示诚挚的感谢！并祈盼在这一领域里，我们能有更多的成果面世。

最后，我要感谢我的家人。没有他们的支持，我是难以实现

理想的追求与事业的进步，正是他们的无私奉献、细心关爱及默默无闻的支持，才有了我的进步和成就，而拙作的出版，也是我献给他们的最好的新年礼物！

新年的钟声即将敲响，人生的另一个历程也已拉开序幕。斗转星移，日月变换，改变的是我的容颜，不变的是我对事业的孜孜追求。我坚信在我们的不断努力下，中国房地产法学一定会迎来辉煌的明天！

深圳大学法学院：魏秀玲

2004年12月20日于广州市碧桂园

目 录

第一章	WTO 与中国房地产法的完善与发展	(1)
一、	WTO 法律体系对房地产业的基本要求	(2)
二、	中国加入 WTO 对房地产业所做的承诺	(7)
三、	加入 WTO 对中国房地产业的影响	(10)
四、	中国房地产立法现状	(18)
五、	加入 WTO 后我国房地产法的完善	(21)
第二章	建设工程承包人优先受偿权	(24)
一、	优先权制度的产生及在我国法律中的体现	(24)
二、	房地产开发中建设工程承包人优先受偿权的 法律性质	(25)
三、	建设工程承包人优先受偿权行使的条件	(27)
四、	建设工程承包人优先受偿权与其他权利 竞合的效力	(29)
第三章	商品房预售法律制度若干问题研究	(32)
一、	商品房预售合同预告登记制度的法律思考	(32)
二、	加强商品房预售合同的风险管理	(40)
三、	建立预售商品房转让制度	(47)
四、	建立预售商品房按揭管理制度	(52)

第四章 商品房按揭纠纷法律问题之探讨	(60)
一、商品房按揭的含义及其与商品房 抵押的区别.....	(60)
二、商品房按揭纠纷涉及的合同关系.....	(62)
三、商品房按揭纠纷的认定及处理.....	(65)
第五章 房屋销售楼宇认购书若干法律 问题之探讨	(71)
一、楼宇认购书的概念及特征.....	(72)
二、楼宇认购书的法律性质.....	(73)
三、楼宇认购书的法律效力.....	(74)
四、楼宇认购书中的定金问题.....	(76)
第六章 商品房买卖合同纠纷法律问题	(78)
一、商品房买卖合同的概念及相关法律规定	(78)
二、商品房买卖合同纠纷的表现形式及 处理原则	(82)
第七章 房地产开发经营中商品房包销法律问题探讨	(123)
一、商品房包销的概念及表现形式.....	(123)
二、商品房包销行为的法律性质.....	(125)
三、商品房包销合同的效力认定.....	(126)
第八章 集体土地所有权与使用权法律制度的思考	(130)
一、集体土地所有权与使用权的现行立法规定	(130)
二、集体建设用地使用权与建筑物所有权 关系的分析	(136)
三、集体土地所有权与使用权非法转让的	

客观现状及类型·····	(141)
四、集体土地所有权与使用权纠纷案件的 处理原则·····	(143)
 第九章 房地产开发经营中合作建房合同效力的 认定及处理·····	(157)
一、房地产合作开发建房合同的表现形式·····	(158)
二、认定房地产开发合作建房合同效力的原则·····	(159)
三、房地产开发合同纠纷的处理·····	(167)
 第十章 定金若干法律问题之探讨·····	(172)
一、定金的性质·····	(172)
二、定金的效力·····	(175)
三、定金的标的·····	(176)
四、定金与预付款的区别·····	(177)
 第十一章 出租房屋承租人优先购买权法律问题 之探讨·····	(179)
一、承租人优先购买权行使的条件·····	(180)
二、承租人优先购买权的性质·····	(182)
三、实践中承租人优先购买权提起诉讼的性质及 处理原则·····	(184)
 第十二章 《广州市城市房屋拆迁管理办法》若干 问题之解读·····	(186)
一、广州市制定《办法》的必要性 ·····	(186)
二、广州市新《办法》制定的过程 ·····	(188)
三、制定《办法》的主要原则 ·····	(188)

四、《办法》的主要内容	(189)
五、《办法》与广州市原《条例》在内容上 的主要区别	(190)
六、新《办法》还需在实践中不断完善	(197)
 第十三章 物业管理若干法律问题之探讨	(199)
一、物业与物业管理的概念及相关法律问题	(199)
二、业主的概念及相关法律问题	(203)
三、物业管理的种类及管理内容	(204)
四、业主大会的性质及相关法律问题	(209)
五、业主委员会的概念和法律地位	(211)
六、业主公约相关法律问题	(215)
七、专项维修基金相关法律问题	(218)
八、物业管理公司的相关法律问题	(221)
九、会所、球场、泳池等建筑物设施的 相关法律问题	(224)
十、建筑物地下层停车场(库)相关法律问题	(225)

第一章 WTO 与中国房地产法的完善与发展

第二次世界大战以后，国际社会曾经试图筹建一个“国际贸易组织”，并为此起草了《国际贸易组织宪章》。国际贸易组织未能成立，但《国际贸易组织宪章》中的贸易政策条款却被单独抽出，经修改形成了单一的多边协定，定名为“关税与贸易总协定”（简称关贸总协定 General Agreement on Tariffs and Trade, GATT），并从1948年1月1日起生效。从1948年到1995年，它一直是管理国际贸易的唯一的多边条约，成为事实上的“国际贸易组织”。GATT在其成立以后的近半个世纪里，先后主持了八轮全球性的多边关税和贸易谈判，取得举世瞩目的成就，关税大幅降低，非关税壁垒大量减少，成功地促进和保证了大部分世界贸易的自由化，形成了一套指导缔约方贸易行为的国际贸易准则，对各缔约国国内贸易管制法律和贸易政策产生了深刻的影响，为WTO体制的产生提供了法律基础。GATT在最后举行的“乌拉圭回合”谈判中，于1995年1月1日宣布成立世界贸易组织（World Trade Organization, WTO），达成了《建立多边贸易组织的协定》（简称《WTO协定》），以及由WTO这个“宪章”性文件统领，包括乌拉圭回合达成的“一揽子协议”共28个协议文件。WTO是致力于监督世界贸易和使世界贸易自由化的国际组织，其核心是《WTO协定》，基本职能是实施《WTO协定》，组织多边贸易谈判，以及解决成员间可能产生的贸易争

端和审议各成员的贸易政策。我国是关税与贸易总协定的创始国，由于历史原因，与其中断联系 30 多年，1986 年我国正式申请恢复关税贸易总协定缔约国地位，并开始了艰苦的谈判历程，经过 15 年的艰苦努力，2001 年 12 月 11 日起，我国正式成为 WTO 的成员国。加入 WTO 既会对我国经济发展、结构调整、科技创新和改革开放带来历史性的机遇，也必然会对我国宏观经济和部分产业带来一定的影响和挑战。中国的房地产业，作为国民经济的先导产业，目前还处于起步阶段，是一个年轻的产业，加入 WTO 后面临国际壁垒的消除，外资的大量涌入，使中国房地产业面临着严峻的考验。如何完善与发展中国房地产法律制度，更是使中国房地产业适应 WTO 规则，迎接挑战的当务之急。

一、WTO 法律体系对房地产业的基本要求

世界贸易组织的法律文件体系，主要是由《建立世界贸易组织的协议》及其四个附件组成，其中世界贸易组织协议包括 29 个独立法律文件，其范围包括从农产品到纺织品与服装，从服务到政府采购，从原产地规则到知识产权和投资等各项内容。协议本身并未涉及规范和管理多边贸易关系的实质性原则，只是就世界贸易组织的结构，决策过程、成员资格、接受加入和生效等程序问题做了原则性规定。实质上，有关协调多边贸易关系和解决贸易争端以及规范国际贸易竞争规则的实质性规定，均体现在四个附件中。这四个附件包括 13 个多边货物贸易协定，《服务贸易总协定》和《与贸易有关的知识产权协议》（这三项构成附件一）、《贸易争端解决规则和程序的谅解》（附件二）、《贸易政策审议机制》（附件三）及四个诸边协议（附件四）。WTO 和房地产相关的基本规则体现在《服务贸易总协定》中。《服务贸易总协定》（General Agreement on Trade in Service，简称 GATS）是多边贸易体制第一个有关服务贸易的框架性法律文

件, 目的在于通过建立服务贸易多边规则, 推进全球服务业市场的开放, 保证服务贸易在透明和渐进自由化下的新发展。该协定兼顾了不同国家服务贸易发展水平的不平衡, 允许各成员国对服务贸易进行有效的管理, 鼓励发展中国家提高国内服务业的效率和竞争力。《服务贸易总协定》分 6 个部分, 由 32 个条款组成。该协定主要包括管辖范围、一般义务和纪律、具体承诺、逐步自由化、机构条款和最后条款等。《服务贸易总协定》以自身获取利益的商业性服务确定为其管辖领域, 并界定了其服务范围, 包括跨境支付、境外消费、商业存在和自然人流动等四个方面, 并参考联合国中心产品分类系统对服务的分类和定义, 对于服务部门做出了划分, 服务部门一共被分成了 12 个部门, 即商务服务, 通信服务, 建筑和相关工程服务, 分销服务, 教育服务, 环境服务, 金融服务, 健康服务, 娱乐、文化和体育服务, 运输服务和其他服务。这 12 个部门又进一步地被细分为 160 多个部门, 其中和房地产相关的部门有商务服务、建筑和相关工程服务、环境服务等领域。《服务贸易总协定》对各成员国的基本要求主要有两类, 一类是适用于所有服务部门的一般性义务和纪律, 另一类是适用于国别减让表中具体承诺范围内的部门的有条件的义务和纪律, 这些义务和纪律构成了 WTO 对房地产及其他服务领域的基本要求和规则, 具体包含:

(一) 最惠国待遇与例外

根据《服务贸易总协定》之规定, WTO 成员给予任何其他国家, 不论 WTO 成员方还是非成员方的服务或服务提供者提供的待遇, 必须立即和无条件地给予其他成员方类似的服务或服务提供者。但是一个成员方可以在 10 年的过渡期内维持与最惠国待遇不符的措施, 但要将这些措施列入一个例外清单, 从而可以在特定的服务部门给予特定的国家以更优惠的待遇。这些例外是临时性的, 维持这些例外的必要性要在 5 年之后进行定期审议,

并必须在 10 年之后取消。服务贸易中最惠国原则适用的对象，不仅包括服务本身，而且也包括服务的提供者。

（二）透明度原则

《服务贸易总协定》的透明度原则规定：成员方必须及时公布影响《服务贸易总协定》实施的、所有普遍适用的相关措施。另外，如果成员方新制定或修改后的法律、法规和行政措施给成员在《服务贸易总协定》下服务贸易具体承诺产生了影响，成员方有义务将其通报给服务贸易理事会。《服务贸易总协定》要求各成员方在世贸组织成立两年内（即 1996 年底以前）必须设立至少一个咨询处，以答复其他成员方就其所公布的措施提出的细节咨询，以及提供相关的具体资料。此外，为了帮助发展中国家的政府和服务提供者，协定还呼吁发达国家设立联系机构向发展中成员方提供如下信息：服务技术的情况，有关的商业和技术资料，如何登记、承认和获得专业资格。

（三）相互承认服务提供者的资格

成员方之间是否相互认可对方授予服务提供者的学历、资历、专业资格证明或工作许可证等，是影响服务贸易中自然人流动的一个重要因素，它也可能成为阻碍国际服务贸易发展的障碍。《服务贸易总协定》第 7 条对此问题作了专门规定，内容包括：一成员方可根据与有关国家签订的协议承认他国授予的学历、资历、专业资格证明或工作许可证等，也可以采取自动承认的方式给予对方此类待遇；根据最惠国待遇原则，一成员方有关资格认可的规定，不应构成对其他不同国家的歧视，或成为限制服务贸易发展的障碍。因而，一成员方在与其他成员方达成此类协议时，也应对其他有关的成员方提供适当的机会，就其加入该协议或达成类似的协议进行谈判，如果采取自动认可的方式，则也应为其他有关成员方提供适当机会，以表明在其他成员方境内授予的学历、资历、专业资格证明等也有条件得到自动认可。

（四）管理垄断和专营服务提供者及有关商业惯例

鉴于服务业国内市场上经常出现垄断的现象，由于各国服务贸易中不同程度地存在某些部门的垄断或专营现象，这种现象不可避免地会对国际服务贸易自由化的发展构成阻碍。为了尽可能地规范此类行为，《服务贸易总协定》第8条作了专门规定：各成员方应确保其境内的垄断或专营服务提供者在提供服务时，不违背本协定规定的最惠国待遇原则和该成员方在其承诺清单中承诺的具体义务；在垄断或专营服务提供者参与或通过其子公司参与垄断权范围之外的竞争时，不能滥用其垄断权，也不能违背该成员方承诺的具体义务；如果一成员方准备授予其承诺范围内的某项服务的垄断或专营权时，他应在授权之前3个月内通知服务贸易理事会；如果一成员方认为另一成员方正在实施与本协定不相符的垄断行为时，可请求服务贸易理事会予以审查，理事会可要求实施垄断行为的成员方提交有关的具体资料；某些不属于垄断或专营范围的商业惯例也会实际上起到阻碍服务贸易自由化的作用。因此，如果一个成员方向另一成员方提出取消此类商业惯例的要求时，另一成员方应予以充分考虑，并提供与此事有关的、可公开的、非机密性资料予以合作。如果双方就有关机密性资料的保密问题达成协议，也可提供有关的保密性资料，以澄清该商业惯例是否违反《服务贸易总协定》的规定。

（五）市场准入原则

市场准入原则是服务贸易总协定有关成员方具体承诺义务的规定，该义务必须与每一成员方提交的服务部门承诺计划表相结合，对该成员方发生效力。《服务贸易总协定》第16条关于市场准入的规定包括以下内容：每一成员方应按其提交的承诺表所指明的有关服务部门开放的期限、限制和条件为另一成员方提供市场准入的待遇；每一成员方在其承担市场准入义务的部门中，除非在承诺计划表中有特别规定，不应采取或继续维持下列影响

市场准入的措施：（1）以数量配额、垄断、专营服务提供者的方式，或以要求测定经济需求的方式，限制服务提供者的数量；（2）以数量配额或要求测定经济需求的方式，限制服务交易或交易资产的总金额，或者限制服务业务总量，或者限制在某一服务部门被雇用的或服务提供者可以雇用的自然人的人数；（3）对法人实体形式的限制，即规定服务提供者必须通过特定的法人实体才可提供服务；（4）对外资份额的限制，即规定外资参股某服务部门的最高股权额或对单个的或累计的外资投资总额予以限制。

（六）国民待遇原则

国民待遇原则，又称平等原则，是指 WTO 成员国之间相互给予对方的自然人、法人、其他经济组织、商品、产品、投资、服务、知识产权等相同的待遇。国民待遇原则是关贸总协定的一项基本原则。《服务贸易总协定》以具体承诺的方式规定了国民待遇原则，即该原则并不适用于服务贸易部门，而仅适用于每一参加方在承诺义务的计划表中所列的部门。该协议第 17 条规定服务贸易中的国民待遇原则的内容包括：每一成员方按其递交的承诺计划表中列明的服务部门以及明确表示的各种适用条件和资格给予其他成员方的服务和服务提供者以不低于其本国相同的的服务和服务提供者的待遇；上述给予另一成员方和服务提供者待遇在形式上可以与提供给本国相同服务和服务提供者的待遇不同，即无论采取相同的或不同的形式，只要不造成对其他成员方服务和服务提供者事实上的歧视，就不属于违反国民待遇；无论形式上是否相同，只要给予内外不同的服务或服务提供者的待遇改变了双方的竞争条件，使其实际上有利于国内的服务和服务提供者，将被认为是违反了国民待遇原则。

《服务贸易总协定》除了规定上述成员国必须承担的一般义务外，还规定了成员方履行承诺义务的例外规定，在一成员方遇

到协定明文规定的情况时，在符合协定规定的条件下，可以免除其履行承诺的义务。如紧急保障措施，国际收支严重失衡的例外，政论采购、其他一般例外、安全例外、补贴例外等和房地产业服务业密切相关的一般例外。^①

二、中国加入 WTO 对房地产业所做的承诺

加入 WTO，使我国在国际贸易事务中享有相应权利的同时，也意味着我国需要履行承诺的义务。为此，中国在申请加入 WTO 时，以“中国加入工作组报告书”“中国加入协议书”及其 9 个附件^②对 WTO 做出了承诺。承诺自加入 WTO 时起，中国应遵守《WTO 协定》及其附件中所规定的各项义务。综合中国政府所做的承诺，和中国房地产业相关的承诺内容如下：第一，中国作为发展中国家，有权根据《WTO 协定》享受给予发展中国家所有特殊和更优惠待遇同时，中国对所有外国个人、企业和外商投资企业给予非歧视待遇，中国将对包括外商投资企业在内的中国企业、在中国的外国企业和个人给予相同的待遇，WTO 成员在享有非歧视待遇的条件基础上，与我国所有的企业、无论国有企业、还是私营企业均享有平等竞争的充分机会，所有企业仅根据自身的商业考虑进行其经营活动，中国政府将不直接或间接地影响国有企业或国家投资企业的商业决定，除非中国议定书另有规定，WTO 关于非歧视待遇和国民待遇的规定应得到全面遵守，这一承诺使外商投资中国房地产业的主体资格及待遇得到了法律上的确认；第二，中国对议定书附件四中声明的实行价格控制的产品和服务保留国家定价，并将在官方刊物《中华人民

① 杨荣珍主编：《世界贸易组织规则精解》，人民出版社，2001 年 1 月版，第 66 页。

② 杨国华著：《中国加入 WTO 法律问题专论》，法律出版社，2002 年 5 月版，第 57 页。