

房地产

项目公司的法律

问题



房地产法实务指导丛书

法律出版社

本书从房地产项目公司的设立、经营管理、土地使用权、开发和清算等环节，对项目公司在房地产开发中的重点、难点法律问题进行了深入研究，提出了富有建设性的对策与建议。

朱征夫 [著]

Zhu Zhengfu



房地产法实务指导丛书

房地产 项目公司的 **法律问题**

朱征夫/著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

房地产项目公司的法律问题/朱征夫著. —北京:
法律出版社, 2001.6
(房地产法实务指导丛书)
ISBN 7-5036-3393-X

I. 房… II. 朱… III. 房地产业—法规—基本
知识—中国 IV. D922.181

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 19195 号

出版/法律出版社
印刷/北京朝阳北苑印刷厂
责任印制/陶 松

总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店
责任校对/何 萍

开本/A5
版本/2001年6月第1版

印张/6.375 字数/163千
2002年3月第2次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
传真/(010)88414115
电话/(010)88414121(总编室)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)
传真/(010)88414897
电话/(010)88414899 88414900

(010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部)
(010)88414934(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)
(021)62071679(上海公司)

商务网址/www.chinalaw-book.com

出版声明/版权所有,侵权必究。
书号,ISBN 7-5036-3393-X/D·3110
定价:15.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)



作者简介

朱征夫，1964年11月出生
于湖北江陵，就读于武汉大学
法学院，先后获法学学士、硕
士、博士学位。1998年度为哈
佛大学法学院访问学者。现为
广东东方昆仑律师事务所执行
合伙人。

房地产项目公司的法律问题

朱征夫 著

法律出版社

序

改革开放以来,房地产业已经成为我国国民经济的支柱产业之一。在沿海地区特别是广东省,以中外合作经营企业的形式开发房地产一直是房地产开发的主流。开发房地产的中外合作经营企业又以项目公司为主要的法人形式。房地产开发的项目公司在引进外资、提高我国房地产开发的管理水平,以及促进我国的商品房屋在海外的销售等方面发挥了重要作用。然而,我国法学界过去对房地产开发的项目公司的法律问题一直缺乏较为系统地研究,朱征夫同志的这部专著在一定程度上弥补了这一不足。

中外房地产开发项目公司的法律问题较为复杂,涉及投资法、合同法、房地产法和公司法等多个领域。本书作者以项目公司的设立和运作为主线,分别从公司的成立、经营管理、土地使用权、开发经营和清算等环节,对项目公司在房地产开发中的重点、难点问题进行了深入研究,并提出了一些建设性的对策与建议。

本书作者长期从事房地产的法律业务,亲历了90年代初房地产业从高峰至低谷以及调整和整顿的全过程,参与处理了许多项目公司合作纠纷和房屋买卖纠纷,具有较丰富的实践经验。作者在本书中不仅对房地产开发中的有关理论问题进行了探讨,而且还提出和分析了许多在实践中面临的新问题,因而本书颇具理论和实用价值。

作者从1980年开始在武汉大学学习法律,1994年开始研究房地产项目公司的法律问题,1998年至1999年在哈佛法学院学习。该同志一向勤奋好学,富有开拓精神,其专业功底厚实,视野开阔,思

维敏捷,具有较强的研究能力。本书是在其博士论文的基础上增删修改而成的,相信该书的出版将有助于促进我国法学界对中外合作的房地产项目公司的法律问题的进一步关注和研究。

余劲松

2000年11月8日

于武汉大学法学院

法律出版社征稿启事

近年来,伴随着国家法治建设的进程,法律出版社作为我国历史最悠久的国家级法律专业出版社,取得了长足发展。法律出版社的成长离不开多年来关怀着我们的读者,更离不开对我们大力支持,诚心提携的作者。

在此,我们真诚希望关心、相信我们的作者,把那些治国安邦的行为准则,指导系统工作的“金科玉律”,传道、授业、解惑的“四书五经”,特别是那些穷天人之际,通古今之变,成一家之言,足以开启民智,领潮头之先的传世之作,放心大胆地交给我们出版。

我们庄严地承诺:将以最好的编辑和装帧质量,最广泛有效的发行渠道,最丰厚诱人的润笔稿酬和合作条件,使您们的大作风行于世,继“立功”、“立德”之后,助您们完成“立言”这不朽之业。

征稿范围:

立法司法行政执法部门工作用书,法律职业人员工作用书,法律院校教材及教辅用书,各类资格、学历考试法学参考用书,法学学术著作,法学译著,法律知识读物,法律实务及案例读物,法律工具书。

投稿地址:北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层

邮 编:100037

总 编 室:010-88414121 010-68710320

策划编辑:010-88414134 010-88414135

编 辑 室:010-88414127 010-68710321

传 真:010-88414115

电子信箱:pholaw@public.bta.net.cn

目 录

第一章 项目公司在成立中的法律问题	(1)
第一节 概述	(1)
第二节 项目公司的性质	(3)
1.2.1 关于合作企业性质的几种学说	(3)
1.2.2 项目公司的特殊性	(8)
1.2.3 项目公司的实践对传统的合作企业理论 的扩张	(12)
第三节 项目公司的合作合同	(13)
1.3.1 经营宗旨与经营范围	(14)
1.3.2 注册资本和投资总额	(15)
1.3.3 各投资方的持股比例	(16)
1.3.4 缴付出资或投资的期限	(18)
1.3.5 收益分配与风险分担	(19)
1.3.6 合作企业的管理	(21)
1.3.7 违约的自我救济条款	(21)
1.3.8 争议的解决	(22)
第四节 项目公司章程	(23)
1.4.1 章程的性质	(24)
1.4.2 项目公司合同与章程的关系	(27)
第五节 房地产投资的审批程序	(28)
1.5.1 一般程序	(28)

1.5.2	各审批手续之间的法律关系·····	(29)
1.5.3	合同的审批及其效力·····	(31)
第二章	项目公司土地使用权的法律问题 ·····	(33)
第一节	概述 ·····	(33)
第二节	土地使用权的法律特性 ·····	(35)
2.2.1	土地使用权是物权·····	(35)
2.2.2	土地使用权是不动产物权·····	(36)
2.2.3	土地使用权是用益物权·····	(37)
2.2.4	土地使用权与其他不动产物权的关系·····	(39)
2.2.4.1	土地使用权与土地所有权·····	(39)
2.2.4.2	土地使用权与地上权·····	(42)
2.2.4.3	土地使用权与永佃权·····	(44)
2.2.4.4	土地使用权与典权·····	(46)
2.2.4.5	土地使用权与地役权·····	(47)
2.2.5	土地使用权与土地租赁权·····	(49)
第三节	项目公司土地使用权的取得 ·····	(52)
2.3.1	关于物权变动的几种主张·····	(52)
2.3.1.1	形式主义和物权行为无因性理论·····	(52)
2.3.1.2	意思主义·····	(55)
2.3.1.3	登记要件主义·····	(57)
2.3.2	通过出让取得土地使用权·····	(58)
2.3.2.1	土地使用权出让合同·····	(58)
2.3.2.2	出让行为的特点·····	(59)
2.3.2.3	出让合同的法律性质·····	(59)
2.3.3	通过转让取得土地使用权·····	(61)
2.3.3.1	转让行为的特点·····	(62)
2.3.3.2	对土地转让条件的质疑·····	(62)
2.3.3.3	土地使用权转让的公示与公信原则·····	(64)

2.3.4 项目公司取得土地使用权的特点	(66)
第四节 项目公司的土地使用权抵押	(69)
2.4.1 概述	(69)
2.4.2 土地使用权抵押的内容	(71)
2.4.2.1 抵押人的权利	(72)
2.4.2.2 抵押权人的权利	(74)
2.4.3 抵押担保的债权的范围	(74)
2.4.4 抵押的期限	(75)
2.4.5 抵押登记	(76)
2.4.6 项目公司抵押土地使用权的特别规定	(78)
第三章 项目公司在管理中的法律问题	(82)
第一节 项目公司董事与公司的关系	(82)
3.1.1 董事的概念和项目公司董事的产生	(82)
3.1.2 我国公司法关于董事的规定在实践 中存在的问题	(84)
3.1.3 美国公司法董事的权利与义务分析	(84)
3.1.4 项目公司可以采取的补救措施	(93)
3.1.5 项目公司的董事会会议	(94)
3.1.5.1 会议的形式	(94)
3.1.5.2 法定人数	(94)
3.1.5.3 表决方式	(95)
3.1.5.4 董事会决议与董事的决议责任	(96)
3.1.6 项目公司的董事长	(98)
3.1.6.1 项目公司董事长的产生和撤换	(99)
3.1.6.2 董事长的越权行为	(100)
3.1.6.3 董事长的委托行为	(101)
第二节 项目公司股东与公司的关系	(103)
3.2.1 股东在项目公司的权益	(103)

3.2.1.1 股东权的概念	(103)
3.2.1.2 股东权的性质	(104)
3.2.1.3 股东权的内容	(107)
3.2.1.4 对项目公司小股东起诉权的几点思考 ...	(115)
3.2.2 股东在项目公司的责任	(116)
3.2.2.1 公司法人人格否认	(116)
3.2.2.2 美国公司法的“揭开法人面纱”探析	(117)
3.2.2.3 依我国现有法律母公司对项目公司 债权人的责任	(122)
第三节 内部协议问题	(124)
3.3.1 内部协议的性质及法律原则的适用	(124)
3.3.2 内部协议对竞争的限制	(127)
第四章 项目公司在开发经营中的法律问题	(129)
第一节 合作中的提前购入	(129)
4.1.1 概述	(129)
4.1.2 提前购入的性质	(129)
4.1.2.1 股权转让说	(129)
4.1.2.2 房屋预售说	(130)
4.1.2.3 权益转让说	(131)
4.1.3 提前购入合同与合作合同的关系	(132)
4.1.3.1 联系说	(132)
4.1.3.2 独立说	(132)
4.1.3.3 相对独立说	(133)
4.1.4 提前购入的实践	(133)
第二节 合作中的项目转让	(136)
4.2.1 以土地转让为表现形式的项目转让	(138)
4.2.1.1 项目转让中土地使用权转让的特殊性 ...	(138)
4.2.1.2 项目公司以转让土地使用权为表现	

形式转让项目的特点	(139)
4.2.2 以包销为表现形式的项目转让	(140)
4.2.2.1 包销合同的特点	(140)
4.2.2.2 项目公司以包销为表现形式转让 项目的特点	(141)
4.2.3 以股权转让为表现形式的项目转让	(142)
第三节 项目公司的承包经营	(143)
4.3.1 承包经营的条件	(144)
4.3.1.1 关于注册资金	(144)
4.3.1.2 关于风险保证金	(144)
4.3.2 目前项目公司承包经营存在的问题	(145)
4.3.2.1 在合作合同中设定承包条款	(145)
4.3.2.2 以项目公司的名义融资	(146)
4.3.2.3 在海外的售楼款	(146)
第四节 房屋预售的法律问题	(147)
4.4.1 售楼书的法律作用	(147)
4.4.2 预售合同的签订方式	(149)
4.4.3 预售中的回购行为	(151)
4.4.4 预售楼款的监管问题	(154)
第五节 合作开发中的违约行为	(155)
4.5.1 先期违约问题	(157)
4.5.2 合同同时履行抗辩权问题	(159)
4.5.3 双方违约的问题	(161)
4.5.4 对违约行为的救济——解除合同	(163)
第五章 项目公司在清算中的法律问题	(166)
第一节 概述	(166)
5.1.1 公司的清算与破产	(166)
5.1.2 普通清算与特别清算	(168)

第二节 项目公司进行清算的条件·····	(170)
5.2.1 经营期限届满·····	(170)
5.2.2 合作各方协议·····	(170)
5.2.3 企业被依法责令关闭而解散·····	(171)
5.2.4 法院判决或仲裁裁决·····	(172)
第三节 项目公司的清算组织·····	(173)
5.3.1 清算组成员之选任·····	(173)
5.3.2 清算委员会成员之资格及更换·····	(174)
5.3.3 清算委员会之职权·····	(176)
第四节 清算程序中的债权人·····	(178)
5.4.1 债权人会议·····	(178)
5.4.2 对债权人的救济·····	(180)
第五节 项目公司清算的几个特殊问题·····	(182)
5.5.1 清算中的预售合同和按揭合同·····	(182)
5.5.2 清算中的担保责任·····	(184)
5.5.3 清算中的无效处分和撤销权·····	(187)
5.5.4 清算中的涉外债权与债务·····	(189)
5.5.5 在一方股东的恶意阻挠下清算·····	(190)

第一章 项目公司在成立中的法律问题

第一节 概 述

从80年代末到90年代初,随着外国资本逐步投向我国的房地产领域,项目公司作为一个新的概念产生了,它是一种新型的、专为开发特定的房地产项目而成立的、有外国资本投入和参加经营的房地产开发公司。虽然到目前为止仍未有关于项目公司的系统立法,但政府有关部门的文件已对项目公司作了较为明确的规定。以广东省为例,广州市人民政府于1989年8月24日颁布了《广州市利用外资经营房地产管理办法》,广东省建设委员会1992年10月7日发出了“关于认真贯彻省人民政府关于加强利用外资经营房地产管理工作的通知”,以规范性的文件对项目公司作出了规定,使广东省和广州市申报和审批项目公司的工作有章可循。依上述两份规范性文件,我们可知项目公司具有如下特点:

(1)项目公司是外商投资企业。《广州市利用外资经营房地产管理办法》规定该办法适用于在广州市从事房地产经营的外商独资、中外合资、中外合作经营企业。其第四条规定外资投资经营房地产的项目审批、对外履约等,由广州市对外经济贸易委员会负责。其第7条还详细规定了为开发房地产而设立外商投资企业的申报审批程序。

(2)项目公司是房地产开发企业。《广州市利用外资经营房地产

管理办法》第3条规定中外合资、合作经营房地产的中方企业必须是有房地产开发资质的企业;《关于认真贯彻省人民政府关于加强利用外资经营房地产管理工作的通知》规定中外合资、合作的房地产经营企业按其隶属关系审查资质。省属企业由省建委负责资质审查,市、县(区)、镇属企业由市房地产管理部门负责资质审查。同时规定在外商投资的房地产经营企业开发的项目完成以后,须向审批颁发资质证书的省、市房地产管理部门办理注销手续,交回原资质证书。

(3)项目公司限于开发特定的房地产项目。就具体土地开发项目引进外资的精神,国务院1990年5月19日颁布的《外商投资开发经营成片土地暂行管理办法》有明确规定,其第4条规定:外商投资成片开发,应分别依照《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国中外合作经营企业法》、《中华人民共和国外资企业法》的规定,成立从事成片开发经营的中外合资经营企业、或者中外合作经营企业、或者外资企业。《广州市利用外资经营房地产管理办法》和广东省建委《关于认真贯彻省人民政府关于加强利用外资经营房地产管理工作的通知》就外商投资房地产的项目审批、用地手续的申办、开发资质的申请和注销等均定有明文,项目公司的开发经营被限于其所取得的特定的土地使用权的范围,如果外商投资的特定的土地被开发完毕,项目公司的经营活动即行终止。因此,与综合性房地产开发公司不同,项目公司不能开发特定范围以外的其他房地产项目。

值得注意的是,尽管依有关法规的规定,项目公司可以采取中外合资形式,也可以采取中外合作或外商独资的形式,但在实践中,由于合作开发的土地多为中方合作者提供,外商独资的项目公司极为少见,加之,由于合作多采取一方出地,一方出钱的方式,而以土地作为合作条件的,其土地价值较难确定,因而以各方出资的数额来确立各方在项目公司的持股比例有具体困难,项目公司采取合资方式经营的不多。为经营上的便利,广东省的项目公司现多采取合作方式经营。因此,尽管后来为开发特定的土地而由内资组成的法人型联

营企业也被称为项目公司,但本文讨论的项目公司专指传统意义上的、从事房地产开发的中外合作经营企业。因此,在本书中,“房地产开发的合作企业”或者“项目公司”和“合作公司”等都具有相同的含义。

第二节 项目公司的性质

项目公司的性质问题属于中外合作企业的性质问题。我国《中外合作经营企业法》将中外合作企业分为两种:法人式合作企业和非法人式合作企业。由于项目公司均须依法取得中国法人资格,故属法人式合作企业。为了更好地把握项目公司的法律地位,弄清各合作方之间的法律关系以及各投资方对合作企业的责任,笔者拟从整体上对合作企业(含法人式和非法人式)的性质加以探讨。

依我国法律的规定,合作企业与合资企业不同,合作企业各方的投资是由投资各方在合作合同中约定。与通常意义上的股份公司和有限责任公司不同,合作企业的经营期限不是无限期的,合作各方须在合作合同中约定合作的期限。在房地产开发的合作合同中,各方已约定对特定范围的土地进行开发,经过约定的开发经营的期限后,各方的合作即行终止;同时,合作企业的经营活动限于合作合同约定的目的和范围,不如股份公司和有限责任公司那样可以在更为广阔的范围内从事经营活动,也无法像股份公司和有限责任公司那样进行合作项目以外的收购、兼并或各种商业投资;与一般意义上合伙企业不同,具有法人地位的合作企业的投资各方无须对合作企业的债务承担连带责任,他们以各自对合作企业的投资负担合作企业的盈亏。

因此,关于合作企业的法律性质存在广泛的争议,难以按传统法律概念对合作企业进行归类。

1.2.1 关于合作企业性质的几种学说

合伙说。许多美国学者认为合营企业(joint venture)属于合伙