

中国房地产开发法律规则

文/海德，路伟北京

房地产业关乎国计民生。目前，在百年不遇的美国金融危机的背景下，了解中国房地产法律规则体系及风险防范是地产企业及相关行业关注的重点。

本期《SGLA 法律观察》的主题为“中国房地产法律规则体系”，围绕四个主题：中国房地产开发的立法和行政管理体系、土地使用权体系、房地产开发审批程序、从事房地产开发项目相关企业的许可条件，概括介绍中国房地产所有权和开发建设的相关法律体系。

中国房地产开发的立法和行政管理体系

与土地有关的中国法律主要包括《物权法》、《土地管理法》、《城市房地产管理法》。

《物权法》以及《合同法》对建筑物及其他不动产的转让合同进行了规定。建筑物建造和修缮的相关规定则可参见《建筑法》和一系列由相关政府部门（建筑质量管理、环境保护、消防、安全、劳动以及卫生）颁布的配套行政规章、规则等。

国土资源部是中央一级的土地管理行政部门。省级的土地管理部门因地域不同，名称不同，绝大部分都被称为房地产及土地资源管理局。省以下管理机构一般被称为地区规划和土地管理局，或地区房地产和土地管理局。

如何获得房屋所有权和土地使用权

在中国，“土地所有权”和“土地使用权”本质不同。所有的土地都归国家或集体所有，土地所有权不能被转让。相反，国有土地使用权则可以被转让、租赁或者抵押。假设国家征用了某块土地，那么实际上该土地便变成了国有土地。集体所有土地的使用权也可以被转让、租赁或者抵押。

中国将土地类型分为农业用地、建筑用地或闲置土地。按一般规则，只有国有建筑用地才能被征用，及被用于商业或营利性房地产项目的开发。

一般而言，土地使用权仅能通过“出让”和“划拨”两种途径取得。划拨是指土地权力机构将土地无限期的划拨给国有企业或其他公共组织，不需支付对价。划拨土地使用权不能转让、租赁和抵押。相反，出让土地使用权则涉及到国有土地使用权出让合同的履行，该合同由土地使用人和土地权力机构签订，且土地使用者要支付相应的转让费。

出让的国有土地很可能被用于工业或住宅，而国有土地的受让人则享有下列权利：（1）在 40 至 70 年的固定期限内享有使用该土地的可实施权利；（2）在规定期间内，其可以根据土地出让合同列明的具体用途使用该土地；（3）除特别限制外，土地使用权能够自由转让、租赁或抵押。

土地出让合同一般是由土地权力机构起草并发布的格式条款合同，不过，须细致审查。该合同经常为土地出让费的支付，以及建筑开工完工时间设定严格的期限，且违约惩罚非常严厉。该合同还包括土地开发的规划标准、土地所在位置的描述、土地使用类型（住宅、商业、工业或综合）以及土地出让期限。

中国的房地产开发商可以通过多种途径获得土地使用权，例如，可以受让土地从而开发一个新的项目、收购一个现存的开发项目、收购一家已经拥有土地使用权的机构的股份、租赁土地使用权。

中国政府不允许租赁土地使用权用于商业开发，但是土地使用权仍然可以在二级市场中进行租赁，如已获受让的权利。据合同法，租赁期限超过 20 年的部分无效。期限届满之后需要进行延展。此外，承租人也极少能够与出租人在转让、转租或就土地使用权设定担保等方面成功进行交涉。

土地使用权的出让方式包括多种类型，如协议出让、公开投标、拍卖或者挂牌程序，不过，当使用土地用途为工业、商业、娱乐、旅游以及住宅的时候，则不能再通过协议的方式出让土地。依据是《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（国土资源部颁布，2007 年 11 月 1 日生效）。通过拍卖或者公开投标的方式出让土地使用权，转让价格不得低于政府规定的最低价格。

土地使用权也可以通过在二级土地市场从原始土地使用权人处受让的方式获得，该转让通过交换对价或赠与的方式进行，并受政府严格监督。一般依据转让合同转让土地使用权。受让人土地使用权的期限为转让人获得的出让土地使用权的剩余期限。

尽管其他不动产（如建筑物及其附着物）的所有权与土地使用权的监管规定互相独立，但中国法律承认产权获得的一致性。因此，当土地使用权被出让、转让或遗赠时，土地上的附着物将随土地使用权一起移转。

根据《物权法》，与不动产有关的财产权的创设、变更、转让或终止，包括土地使用权以及建筑物，只有通过登记才始生效力。具体而言，如果根据可执行的转让合同转让了一块土地的使用权，在合同的约束下，合同双方都具有可执行的权利和义务。如该转让没有登记，原土地转让合同的出让人又将土地使用权转让给了善意第三人，且该善意第三人对第二次转让进行了登记，那么善意第三人便是该块土地的合法所有人，而原来的受让人的唯一救济方式便是根据原转让合同提起损害赔偿之诉。

房地产开发审批程序

在中国，房地产开发审批有明显的地方差异。大多数情况下，被用来证明出让土地使用权的文件被称为土地使用证。为获得该证，土地使用者需要获得当地、市级或省级等多达五家行政机关的许可和批准。

首先，土地使用者必须向相关发展和改革委员会（DRC）提交一份项目计划书和可行性研究报告。经审批后，DRC 将会颁发一个项目许可证。接着，向主管建设的相关部门（建设局）申请，获得“土地选址意见函”。下一步，向土地权力机关申请，获得“建设项目土地使用预先批准报告”。

据国家环保总局颁发的《项目建设环境保护管理条例》（1998 年 11 月 29 日生效）规定，在开工建设之前，土地使用者必须向有关当地环保局提交一份详尽的环境影响评估报告或表格，或者一份环境影响评估登记表，以便环保部门进行审核与批准。

如上所述，如涉及集体所有的土地，土地权力机关必须征用该土地。土地权力机构将同有关乡村的集体组织签订一个补偿及重新安置协议，对集体所有的土地、安置成本、修缮费用、植被和农作物等进行补偿。之后，土地权力机构颁发一个建筑使用土地许可证，该块土地的性质由集体所有变为国有，土地使用者和土地权力机构将会签署土地出让合同。

此后，土地使用人将会向主管城市规划的部门(规划局)提出申请。获得“建设用地规划意见书”后，必须向土地权力机构申请土地使用证。

大多数情况下，能够证明一个建筑所有权的法律文件被称为产权证。

建设项目的初步设计必须由合格的设计机构完成，并经主管公共设施建设、道路交通设计、消防安全设计、工作环境安全设计、健康设施设计的相关部门和当地环保部门的批准或发表相关意见。此外，建筑商还必须从规划局那里取得建筑用地规划许可，并通过“建设项目通知表”通知建设局。根据有关通知办法，该“通知表”可以使建筑商获得开工许可证。

开工之前，建筑商还须向规划局申请以便获取建设规划许可证。在取得了上述文件并完成了相关的拆迁和安置工作之后，开工之前，如任何建设前准备工作出现了问题，那么建筑商必须重申请开工许可证。

最后，建设项目完工后,建筑商和土地使用人必须安排建设局、当地环保部门以及其他主管消防、安全、劳动、健康的相关部门对建设项目施工检查。获得相应认可后，土地使用人有可能会向建设局提出申请，获得建筑物所有权证。

房地产企业的许可条件

下面从房地产行业的基本商业活动以及与之对应的监管规则做一个简单的概述——

勘察:

建设项目勘察(CPS)是指对建设地点的地址以及地理属性进行调研、分析和评估。中国法律不允许外资进入勘察这一商业领域，不过外资企业可以雇佣合格的勘察公司进行勘察活动。

建设部颁布的《建设项目勘察和设计资质管理规定》(2007年9月1日生效,160号文)将CPS分为三种资质类型:全面资质、专业资质和服务资质。

全面类型的CPS仅有一个级别,为A级。一家全面类型CPS的公司除了不能从事海洋项目勘察外,无论项目的规模和类型,其都可以在各个专业领域进行建设项目勘察。专业类型的CPS分为三类:A级、B级、C级,如果一个企业的项目经验、技术、管理能力与注册资本符合相应类别的最低标准,则该拥有专业建设工程勘察资质的企业可开展勘察。

服务类型的CPS并不分类。一个拥有服务资质的勘察企业可以承担一些涉及土木工程、钻井工程、井筒钻凿的管理及其他一些类似活动的勘察工程。

设计:

建设项目设计(“CPD”)是指对一个建设项目设计文件的技术、经济、材料与环境条件方面的综合分析和准备。160号文将企业的CPD资质划分为三类:全面资质、具体行业资质和专业资质。

全面资质仅有一种级别,即A级,该级别可以从事所有工业领域的设计服务,全面资质的最低注册资本是人民币6000万元,企业必须有500名专业人士,且其中200名必须具有个人资质或高级学历,160号文还就企业经营历史记录、技术与管理资质方面提出了具体的要求。

工业资质分为三类，A级、B级和C级,其可以从事专业工业领域的全部项目设计服务。

专业资质分为三类，A级、B级和C级,其可以从事专业工业领域的特定类型的项目设计服务。还存在D级，不过其被限定在建设及建筑设计领域。

开发:

在中国，监管开发者资质的主要法规是《房地产开发企业资质管理规定》，由建设部颁布，于2000年3月29日生效，要求从事该类活动的组织需取得房地产开发资格证。在中国，新成立的房地产开发商需要在领取营业执照30天内申请临时资格证书,证书有效期为一年。

该《资质管理规定》将房地产开发定义为：在国有土地范围内根据城市规划进行的基础设施及建筑物的建设、房地产开发项目的转让、商品房的购买与租赁。该规定将房地产开发企业划分为四类：A级、B级、C级和D级，主要的划分依据是注册资本、经营时间、项目经验和专业员工。

项目管理:

建设部颁发的《建设工程项目管理暂行办法》（2004年12月1日生效）对与项目管理有关的活动进行管理。根据该办法，项目工程管理企业是指代表项目所有人在项目开发过程中就项目管理事项提供专业管理服务的企业。从事项目管理的企业必须拥有下列一个或更多的资质：勘察、设计、建筑、监督、投标代理和成本咨询,不过在特定情形下，勘察、设计或监督可以被转包给合格第三方。

建筑:

根据建设部颁发的《建筑业企业资质管理规定》（2007年9月1日生效，159号文），一家建筑业企业是指是指从事土木工程、线路铺设、线路管道设备安装工程以及其他建筑工程的新建、扩建、改建、重建或翻新活动的企业。

159号文将建筑企业的资质划分为三种类型：总建筑承包商、专业建筑承包商和服务转包商。总建筑承包商可以从事各种类型的建筑项目，也可以将其项目的一部分转包给合格的转包商或服务提供者。专业建筑承包商可以从事总建筑承包商以及开发商转包的或自己的专业项目。服务转包商可以从事总建筑承包商或专业建筑承包商转包给他们的服务项目。

监督:

一家项目监督公司一般是代表开发商对承包商的建筑工程质量、各个阶段的完成时点以及建筑资金的使用进行监督。监督公司必须遵从相关法律法规、技术标准、设计文件以及建筑合同的条款，其必须对其自己的行为承担法律责任。

建设部颁布的《建设监督业企业资质管理规定》(2007年8月1日生效)将建设监督资质划分为三种类型:全面资质、专业资质和公司资质。全面资质的企业没有相应的分级体系。合格的全面监督企业能够从事建筑工程项目中的全部监督行为。

专业资质的企业根据其过去的经营记录、技术和管理能力以及注册资本能否达到最低标准被划分为A级和B级，对于房产建设,还设有C级。

公司资质的企业也没有进行分级，该类监督企业注册资本以及员工和技术能力要求明显偏低，且对过去的经营情况不做要求。

投标代理:

根据建设部颁布的《建设项目投标代理资质确认管理办法》（2007年3月1日生效），一家建筑投标代理企业代表其委托人准备投标文件,并对整个建设项目的勘察、设计、建筑以及监督进行投标估价。此外，其还负责获取或投标与建设项目相关的设备和材料。

投标代理企业的资质要求分为三级:A级、B级、临时级别。每一级别的企业都被要求拥有符合其经营活动的工作场地条件、管理系统和投标估价的执行流程。

项目成本咨询:

建设部颁发的《项目成本咨询企业管理办法》（2006年3月22日生效）规定项目成本咨询企业是指就建设项目的投资、项目成本的确定和控制提供专业咨询服务的企业。

根据注册资本数量、经营历史情况、营业额、员工数量和高级管理人员的相关经验将项目成本咨询企业的资质分为A级和B级。新成立的企业第一年仅能获得B级的资质，而且B级公司所从事的项目的总价值被严格限定在人民币5000万元之下。

结论

本文仅对目前影响中国房地产行业的若干规定做了“浮光掠影”的介绍。由于法律原则与市场实践之间存在的巨大差异，因此只是对规则体系进行讨论，不能一窥房地产业全貌。在如此剧烈快速变化的社会中，无论是国内还是国外的投资者，在合规守纪与商业实践之间决策，无疑都会陷入一种两难的境地。而求助于经验丰富的专业人士，是一种明智的选择。

版权所有 © SGLA 2008。

此出版物仅供阁下参考和兴趣阅读之用，无意作为完整全面的信息，并不构成亦不应予以依赖为法律意见。请根据自身情况寻求专门咨询。