

房地产与建设工程法律从业者实用手册

# 房地产与建设工程 法律实务

A Handbook of Legal Practice  
of  
Real Estate Development and Construction Engineering

丁小军 / 著



常用法律法规汇总  
热点法律问题聚焦  
实践疑难问题解答



法律出版社 | LAW PRESS

- 
- ◆ 整合房地产与建设工程领域现行有效的法律、行政法规、其他相关规范性法律文件规定的主要内容，基本反映可依之法的全貌，可作为研究者进行中外比较研究、全国性规定与地方规定整合的素材。
  - ◆ 择优选用最高人民法院最新相关案例及其他精典案例，从不同侧重点进行研究，可为研究者观察司法实践最新进展提供素材。
  - ◆ 发挥作者实务经验丰富的优势，详细介绍实务工作中涉及的各个环节与方面，供业内人士对照查漏补缺，有利于相关当事方全面履行义务、依法承担责任，共建法治诚信社会。
- 

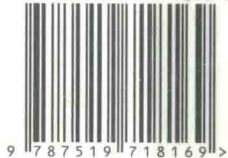


上架建议◎ 法律实务·建筑工程



法律出版社官方微信

ISBN 978-7-5197-1816-9



9 787519 718169 >

定价:68.00元

房地产与建设工程法律从业者实用手册

# 房地产与建设工程 法律实务

A Handbook of Legal Practice  
of  
Real Estate Development and Construction Engineering

丁小军 / 著



法律出版社 | LAW PRESS

## 图书在版编目 ( CIP ) 数据

房地产与建设工程法律实务 / 丁小军著. -- 北京:  
法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1816 - 9

I. ①房… II. ①丁… III. ①房地产法—基本知识—  
中国②建筑法—基本知识—中国 IV. ①D922.38  
②D922.297

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 311872 号

房地产与建设工程法律实务

FANGDICHAN YU JIANSHE GONGCHENG FALU SHIWU

丁小军 著

策划编辑 陈 睿  
责任编辑 陈 睿  
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任校对 杨昆玲

责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律考试·职业教育出版分社

开本 720 毫米 × 960 毫米 1/16

印张 22

字数 380 千

版本 2017 年 12 月第 1 版

印次 2017 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400 - 660 - 6393

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

西安分公司 / 029 - 85330678

重庆分公司 / 023 - 67453036

上海分公司 / 021 - 62071639/1636

深圳分公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 1816 - 9

定价: 68.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

## 序

房地产与基础设施建设是国民经济的重要组成部分,在国民经济中所占比重较大。这一领域产生的纠纷,不仅数量多,而且常常比较复杂。因此,全面掌握房地产及建设工程的相关法律知识,为客户或服务单位提供相应的法律风险防范和争议解决服务,是极有价值的工作,需要律师、公司法务人员等各界人士付出积极的努力。

房地产及建设工程涉及的领域比较专业,涉及的法律知识也比较多。仅仅有短期的房地产与建设工程经营经验或者短期的法律实务,要全面领会与掌握房地产建设工程领域的法律知识,不是一件容易的事。本书作者在房地产与建设工程经营实务与法律实务领域有超过二十年工作经验,包括有为世界五百强企业旗下外商投资房地产企业提供法律服务的经验。源于对工作的热爱,作者在十多年前即开始系统收集、整理本领域规范性文件及案例,因此有深厚的专业积累。为与业内人士、后学者分享其心得及研究成果,作者于2016年下半年着手本书写作。

本书从房地产的源头即土地储备与供应开篇,依次较为系统地介绍了工程设计与报建、工程建设、商品房买卖与物业管理,以及外商投资房地产相关法律问题,覆盖了房地产开发过程的各主要环节。从内容来看,本书既整合、介绍了国家法律、行政法规、最高人民法院发布的司法解释等相关规定,又非常注重从争端的终极解决,即法院案例的角度,向读者呈现相关法律法规是如何运行的。本书内容全面,视野开放,重点突出,理论联系实际,倾注了作者个人的独立思考,相信能够为房地产与建设工程领域的行政管理人员、经营管理人员、公司法务、律师提供有益的参考。对于有志于研习房地产法律的学子,乃至对于一般关心房地产、建设工程的民众及普通购房者,本书亦不失为较好的参考。

法律职业需要终身继续学习。社会不断发展变化,调整社会关系的法律因而也在不断发展变化,房地产与建设工程领域尤其如此。作者作为房地产与建设工程领域的资深专业人士,如能持续深耕,跟进最新发展,并在若干年后更新本书,相

信会是一件比较有意义的事情,读者理应也乐见其成。而欲达成此一目标,除了作者本人持续努力之外,各位读者的宝贵意见与建议,也是一大助力。

作者在武汉大学攻读国际法专业硕士学位时,本人有幸担任其指导教师,看到作者在这一领域的精进,将在校期间研究的涉外或国际民商事争议解决技能,结合自身工作,细推至房地产与工程建设这一专门领域,并有斩获,殊感可贺。

以上数语,谨以为序。



2017年7月5日于北京昌平

# C 目录 Contents

## 第一章 主要土地制度及相关问题

第一节 可用于房地产开发的土地及相关问题 .....	1
一、可用于房地产开发的土地 .....	1
二、土地储备制度与一级开发 .....	2
三、国有土地上房屋征收与补偿 .....	6
四、农用地转为建设用地与集体所有土地征收 .....	10
五、土地闲置 .....	14
六、城市居民购买集体土地上建设的房屋的相关问题 .....	16
第二节 国有建设用地使用权出让 .....	19
一、出让的计划性 .....	19
二、出让土地的具体要求 .....	20
三、建设用地使用权年期及相关问题 .....	21
四、开、竣工制度安排 .....	25
五、建设用地使用权招拍挂历史渊源 .....	27
六、招拍挂概述 .....	30
七、招拍挂公告 .....	33
八、招标 .....	34
九、拍卖 .....	37
十、挂牌 .....	37
十一、出让价格控制 .....	40
十二、房地产开发企业参加挂牌的注意要点 .....	44
十三、对招拍挂的评价 .....	46

十四、国有建设用地使用权协议出让 .....	47
十五、国有建设用地使用权出让合同 .....	49
第三节 国有建设用地使用权划拨、出租、作价出资(入股)、授权经营 .....	52
一、国有建设用地使用权划拨 .....	52
二、国有建设用地租赁 .....	54
三、国有建设用地作价出资(入股) .....	57
四、国有建设用地授权经营 .....	58
第四节 合作开发 .....	58
一、影响合作开发合同效力的因素 .....	59
二、狭义的合作开发房地产下合作开发合同争议的处理 .....	60
三、合作开发合同下的工程款争议 .....	62
四、名为合作开发实为其他性质的合同 .....	63
第五节 收购房地产项目、国有建设用地使用权转让、收购项目公司 .....	64
一、收购房地产项目、国有建设用地使用权转让 .....	64
二、收购项目公司 .....	66
第六节 经济适用房、廉租房、公共租赁住房 .....	67
一、经济适用住房 .....	67
二、廉租住房 .....	68
三、公共租赁住房 .....	68

## | 第二章 报建、规划、设计与监理 |

第一节 工程报建 .....	70
一、“国发[2016]29号”文的优化 .....	70
二、“国发[2016]29号”印发后的进一步优化 .....	82
第二节 工程规划、设计 .....	84
一、规划与设计三个触及购房人利益的事项 .....	84
二、修建性详细规划、设计方案 .....	85
三、施工图审查 .....	87
四、工程款调整 .....	87
五、律师建议 .....	88
第三节 工程建设监理 .....	89



一、工程建设监理的概念与建设工程监理合同 .....	89
二、实行强制监理的建设工程范围 .....	90
三、建设单位与工程监理单位的义务 .....	91
四、监理在解决工程施工合同争议中的作用 .....	92
<b>第三章 工程建设</b>	
<b>第一节 建设工程发包与承包</b> .....	<b>95</b>
一、建设工程的发包 .....	95
二、招标发包 .....	97
三、工程总承包 .....	102
四、联合承包 .....	106
五、内部承包 .....	106
六、挂靠 .....	108
七、分包 .....	112
八、转包 .....	116
九、实际施工人 .....	117
<b>第二节 建设工程施工合同</b> .....	<b>123</b>
一、建设工程施工合同的发包人 .....	123
二、建设工程施工合同的形式与内容 .....	124
三、建设工程施工合同示范文本 .....	126
四、建设工程施工合同的一般有效要件 .....	127
五、建设工程施工合同无效 .....	128
六、建设工程施工合同解除 .....	136
七、“黑白合同”问题 .....	138
<b>第三节 施工许可、工期</b> .....	<b>142</b>
一、施工许可 .....	142
二、工期概述 .....	144
三、开工日期 .....	145
四、可顺延工期的情形 .....	147
五、工期顺延的主张与确认 .....	148
<b>第四节 工程质量与保修</b> .....	<b>150</b>

一、工程质量标准 .....	150
二、建筑材料、建筑构配件与设备 .....	153
三、发包人与承包人关于质量的权利、义务与责任 .....	155
四、建设工程质量保证金 .....	158
五、建设工程质量鉴定 .....	161
六、发包人基于质量的抗辩与反诉 .....	162
七、质量监督、质量事故的社会监督、报告与调查 .....	164
八、建设工程质量保修 .....	164
<b>第五节 工程造价与工程款支付 .....</b>	<b>166</b>
一、建筑安装工程费用项目组成 .....	166
二、建设工程计价办法与确定合同价款的方式 .....	169
三、固定价格合同下的人工、材料、机械费用出现波动的处理 .....	171
四、固定总价合同下因设计变更导致工程量或者质量标准发生变化的处理 .....	173
五、工程结算 .....	175
六、工程款支付 .....	191
七、建设工程施工合同下的违约金 .....	206
八、建设工程价款优先受偿权 .....	211
<b>第六节 竣工验收及备案 .....</b>	<b>224</b>
一、竣工验收及备案综述 .....	224
二、对房地产开发企业的建议 .....	227
<b>第七节 诉讼时效与管辖法院 .....</b>	<b>227</b>
一、诉讼时效 .....	227
二、管辖法院 .....	227
<b>第八节 项目管理与代建制 .....</b>	<b>228</b>

## | 第四章 商品房买卖 |

<b>第一节 商品房销售条件 .....</b>	<b>231</b>
一、购房人购房需看的“五证”或“六证” .....	231
二、商品房预售 .....	232
三、商品房现售 .....	238

第二节 销售公示、明码标价与广告 .....	239
一、销售公示(告知)事项 .....	239
二、价格与明码标价 .....	240
三、房地产广告 .....	242
第三节 商品房认购书 .....	244
一、商品房认购书的性质 .....	244
二、预售许可证对商品房认购书效力的影响 .....	246
三、违反认购书约定应承担的法律责任 .....	247
第四节 商品房买卖合同 .....	249
一、商品房买卖合同的形式与内容 .....	249
二、应与商品房买卖合同同时签署的文件 .....	253
三、商品房买卖合同的备案 .....	253
四、商品房买卖合同的更名 .....	254
第五节 限购与限贷 .....	255
一、限购、限贷等调控措施的性质 .....	255
二、因限购产生争议的处理 .....	258
三、因信贷政策变化导致商品房买卖合同不能履行的处理 .....	259
第六节 商品房交付使用与保修 .....	262
一、商品房交付使用的条件 .....	262
二、不符合法定强制性交付条件买受人要求交付商品房的处理 .....	269
三、买受人明知商品房不具备法定或约定交付条件仍同意接收 房屋后索赔 .....	269
四、商品房交付使用与物业管理的衔接 .....	270
五、商品房完成交付使用的标志与房屋风险转移 .....	270
六、住宅质量保证书与住宅使用说明书 .....	271
七、商品房保修 .....	272
第七节 商品房买卖关系中的其他常见法律问题 .....	275
一、买受人付款 .....	275
二、商品房面积差异处理 .....	277
三、产权证办理 .....	278
四、一房多卖 .....	280
五、已抵押房屋的销售 .....	281

六、房屋被查封对转让的影响 .....	282
七、法院将尚未过户的买受人所购商品房予以拍卖 .....	283
八、购房人在收房前或办理不动产转移登记前去世的处理 .....	283
九、房地产开发企业可以解除商品房买卖合同的情形 .....	283
十、购房人可以解除商品房买卖合同的情形 .....	284
<b>第八节 停车位</b> .....	286
一、住宅小区车位相关法律问题 .....	286
二、对房地产开发企业的建议 .....	294
<b>第九节 境外机构和个人在境内购房</b> .....	294
一、相关规范性文件 .....	294
二、境外机构在境内购房 .....	295
三、境外个人(不含港澳台居民和华侨)在境内购房 .....	296
四、港澳台居民和华侨在境内购房 .....	297
五、因故不能完成商品房交易的人民币购房款购汇汇出 .....	297
六、转让所购境内商品房取得的人民币资金购汇汇出 .....	298

## | 第五章 物业管理 |

<b>第一节 建筑物区分所有权及相关制度</b> .....	299
一、业主的建筑物区分所有权 .....	299
二、物业承接查验 .....	300
三、住宅专项维修资金 .....	303
<b>第二节 管理规约与物业服务合同</b> .....	310
一、临时管理规约与管理规约 .....	310
二、物业管理区域的管理者、前期物业服务合同与物业服务合同 .....	312
<b>第三节 业主的权利、义务与责任</b> .....	315
一、业主 .....	315
二、业主的权利 .....	316
三、业主的义务 .....	317
四、业主的诉权 .....	317
<b>第四节 物业服务企业的权利、义务与责任</b> .....	318
一、物业服务企业的权利 .....	318

二、物业服务企业的义务 .....	318
三、物业服务企业的责任 .....	319
四、物业服务企业的诉权 .....	319
第五节 业主大会与业主委员会 .....	319
一、业主大会 .....	319
二、业主委员会 .....	320
三、业主大会或者业主委员会作出的决定对业主的约束力 .....	321
四、业主大会与业主委员会的诉讼主体资格 .....	322
第六节 物业管理法律关系中的其他常见法律问题 .....	325
一、包干制与酬金制 .....	325
二、违章搭建 .....	327
三、住宅经商 .....	327
四、首层住宅业主是否需承担电梯使用费 .....	328

## 第六章 外商投资房地产

第一节 房地产行业与外商投资产业指导目录 .....	330
第二节 外商投资房地产企业设立与变更 .....	331
一、早先的法律规定 .....	331
二、当前的法律规定 .....	335
三、尚需进一步厘清的问题 .....	337
第三节 外商投资房地产项目备案 .....	337
一、外商投资房地产项目均应实行备案管理 .....	337
二、外商投资房地产项目由地方政府投资主管部门备案 .....	338
第四节 外商投资房地产企业境内贷款、境外贷款、外汇借款相关规定 .....	338
一、涉及相关文件 .....	338
二、主要规定 .....	339

## 第一章 主要土地制度及相关问题

土地资源是房地产开发的基石。与房地产开发相关的主要土地问题包括:哪些土地可用于房地产开发,这些土地如何进行归集,完成归集后如何进行供应,供应后从哪些方面进行监管。本章内容主要围绕上述问题展开。

### 第一节 可用于房地产开发的土地及相关问题

#### 一、可用于房地产开发的土地

我国宪法规定,中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制。据此,《土地管理法》第2条规定,中华人民共和国实行土地的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制。国有土地,即指全民所有的土地。国有土地的所有权由国务院代表国家行使。

根据《土地管理法》及《土地管理法实施条例》,国有土地包括:(1)城市市区的土地;(2)农村和城市郊区中已经依法没收、征收、征购为国有的土地;(3)国家依法征收的土地;(4)依法不属于集体所有的林地、草地、荒地、滩涂及其他土地;(5)农村集体经济组织全部成员转为城镇居民的,原属于其成员集体所有的土地;(6)因国家组织移民、自然灾害等原因,农民成建制地集体迁移后不再使用的原属于迁移农民集体所有的土地。

根据《土地管理法》第4条规定,国有土地按用途,可分为国有农用地、国有建设用地和国有未利用地。根据《土地管理法》第4条和第43条规定,进行房地产开发,必须使用国有建设土地。

通常所称的房地产开发,主要是指房地产开发企业通过出让、划拨等方式获得国有建设用地使用权,并在依法取得国有建设用地使用权的土地上进行基础设施、

房屋建设,在此基础上通过持有房地产经营、转让房地产等获取收益的行为。

## 二、土地储备制度与一级开发

### (一)土地储备制度

#### 1. 土地储备的含义

土地储备,是指市、县人民政府国土资源管理部门为实现调控土地市场、促进土地资源合理利用目标,依法取得土地,进行前期开发、储存以备供应土地的行为。土地储备的目的是收集、储存土地并进行前期开发整理形成土地供应条件以备供应,是通过出让、划拨等方式供应土地的基础。实务中,为获取房地产开发项目,有经验的房地产开发企业会密切关注土地储备部门的工作计划与方向,确保第一时间了解土地供应信息。

根据《土地储备管理办法》第10条规定,下列土地可以纳入土地储备范围:(1)依法收回的国有土地;(2)收购的土地;(3)行使优先购买权取得的土地;(4)已办理农用地转用、土地征收批准手续的土地;(5)其他依法取得的土地。

#### 2. 储备土地登记与临时利用

关于储备土地的登记。根据《土地储备管理办法》第17条规定以及《国土资源部关于规范土地登记的意见》(国土资发[2012]134号),市、县人民政府可根据需要,对产权清晰、申请资料齐全的储备土地,办理土地登记手续,核发土地证书。申请储备土地登记的机构应为市(县)人民政府批准成立、具有独立的法人资格、隶属于国土资源主管部门、统一承担本行政辖区内土地储备工作的事业单位。储备土地登记的使用权类型统一确定为“其他(政府储备)”,登记的用途应依据土地利用总体规划确定,能够细化到《土地利用现状分类》二级类的,应当按《土地利用现状分类》二级类填写。未确定规划用途的,不予登记。

根据《土地储备管理办法》第21条规定,土地储备机构可将储备土地或连同地上建(构)筑物,通过出租、临时使用等方式加以利用。设立抵押权的储备土地临时利用,应征得抵押权人同意。

根据《土地储备管理办法》第22条等的规定,储备土地完成前期开发整理后,纳入当地市、县土地供应计划,由市、县人民政府国土资源管理部门统一组织供地。供应已发证储备土地前,应收回土地证书,设立土地抵押权的,要先行依法解除。供地的方式包括通过招标、拍卖、挂牌出让,也可按规定协议出让或划拨。

值得注意的是,《地方政府土地储备专项债券管理办法(试行)》第32条规定,

地方各级政府不得以土地储备名义为非土地储备机构举借政府债务,不得通过地方政府债券以外的任何方式举借土地储备债务,不得以储备土地为任何单位和个人的债务以任何方式提供担保。这一规定旨在“从机制上堵住融资平台公司等企业冒用土地储备名义以储备土地进行抵押担保融资的‘后门’‘歪门’,防范违法违规举债或变相举债、挪用土地储备资金等行为发生”。<sup>①</sup>

### 3. 土地储备资金

根据《财政部、国土资源部、中国人民银行、银监会关于规范土地储备和资金管理等相关问题的通知》(财综[2016]4号)规定,土地储备机构新增土地储备项目所需资金,应当严格按照规定纳入政府性基金预算,从国有土地收益基金、土地出让收入和其他财政资金中统筹安排,不足部分在国家核定的债务限额内通过省级政府代发地方政府债券筹集资金解决。自2016年1月1日起,各地不得再向银行业金融机构举借土地储备贷款。地方政府应在核定的债务限额内,根据本地区土地储备相关政府性基金收入、地方政府性债务风险等因素,合理安排年度用于土地储备的债券发行规模和期限。

从2016年1月1日起,土地储备资金从以下渠道筹集:一是财政部门从已供应储备土地产生的土地出让收入中安排给土地储备机构的征地和拆迁补偿费用、土地开发费用等储备土地过程中发生的相关费用。二是财政部门从国有土地收益基金中安排用于土地储备的资金。三是发行地方政府债券筹集的土地储备资金。四是经财政部门批准可用于土地储备的其他资金。五是上述资金产生的利息收入。2017年5月16日,财政部、国土资源部印发《地方政府土地储备专项债券管理办法(试行)》,规定地方政府为土地储备举借债务采取发行土地储备专项债券方式。省、自治区、直辖市政府(以下简称省级政府)为土地储备专项债券的发行主体。设区的市、自治州、县、自治县、不设区的市、市辖区级政府(以下简称市县级政府)确需发行土地储备专项债券的,由省级政府统一发行并转贷给市县级政府。经省级政府批准,计划单列市政府可以自办发行土地储备专项债券。

土地储备资金主要用于征收、收购、优先购买、收回土地以及储备土地供应前的前期开发等土地储备开支,不得用于土地储备机构日常经费开支。土地储备机构所需的日常经费,应当与土地储备资金实行分账核算,不得相互混用。土地储备资金的使用范围包括:(1)征收、收购、优先购买或收回土地需要支付的土地价款或

<sup>①</sup> [http://yss.mof.gov.cn/zhuantilanmu/dfzgl/zcjd/201706/t20170601\\_2612935.html](http://yss.mof.gov.cn/zhuantilanmu/dfzgl/zcjd/201706/t20170601_2612935.html), 访问日期:2017年11月12日。



征地和拆迁补偿费用。包括土地补偿费和安置补助费、地上附着物和青苗补偿费、拆迁补偿费,以及依法需要支付的与征收、收购、优先购买或收回土地有关的其他费用。(2)征收、收购、优先购买或收回土地后进行必要的前期土地开发费用。储备土地的前期开发,仅限于与储备宗地相关的道路、供水、供电、供气、排水、通讯、照明、绿化、土地平整等基础设施建设。各地不得借土地储备前期开发,搭车进行与储备宗地无关的上述相关基础设施建设。(3)按照本通知规定需要偿还的土地储备存量贷款本金和利息支出。(4)经同级财政部门批准的与土地储备有关的其他支出。包括土地储备工作中发生的地籍调查、土地登记、地价评估以及管护中围栏、围墙等建设等支出。

## (二)土地一级开发

### 1. 土地一级开发的含义

土地一级开发与土地一级市场相关。土地一级市场,是土地所有者将从土地所有权中分离出来的土地使用权让渡给土地使用者的市场。与土地一级市场相对应的是土地二级市场。土地二级市场是指土地使用者从土地一级市场获得的土地使用权进行转让、出租、抵押的市场。

为探究“土地一级开发”的含义,我们先看看相关规定。

《中国国土资源部党组关于国土资源系统开展“两整治一改革”专项行动的通知》(国土资党发〔2010〕45号)要求:“土地储备机构必须与其下设或挂靠的从事土地开发相关业务的机构彻底脱钩。收购土地遴选价格评估机构应坚持公开、公正的选择方式,土地前期开发必须按规定通过招标方式选择工程实施单位。各地国土资源部门及所属企事业单位,不得直接从事土地一级市场开发。”

《海南省人民政府关于严格规范土地一级开发管理的通知》(琼府〔2015〕28号)规定:“本通知所称土地一级开发,是指按照城乡规划、土地利用总体规划的要求,对集中连片、面积达60公顷以上的土地进行统一征收(收回)、统一实施基础设施配套建设,使区域内的土地达到开发建设条件后依法进行土地供应的行为,包括对政府储备土地、园区土地、农垦系统利用的国有划拨土地实施的土地一级开发以及省政府批准的其他土地一级开发。”

《云南省工业园区管理办法》第9条第3款规定:“工业园区管理机构在园区规划范围内享有土地一级开发权,园区土地出让收益用于园区基础设施建设。鼓励工业园区构建融资平台,组建投资开发企业参与土地一级开发。”

《昆明市社会资金参与土地一级开发整理项目的办法(修订)》(昆政发〔2016〕72号)第2条规定:“本办法所称参与土地一级开发整理,是指在市人民政府授权市

级国有投资公司或县级地方人民政府进行土地一级开发整理过程中,社会资金参与一定区域内土地的征地、拆迁、安置,实施道路、供水、供电、供气、排水、通讯、照明、绿化、土地平整等市政基础设施配套建设工作,使该区域内土地具备供应条件的行为。”第5条规定:“社会投资人可以自主选择以下阶段和领域参与土地一级开发整理项目:(一)土地的征地、拆迁及安置;(二)市政基础设施配套工程建设;(三)全面参与征地、拆迁、安置和市政基础设施配套工程建设等。”

《青岛市轨道交通土地资源开发利用管理办法》第13条规定:“核心区土地资源由轨道交通经营单位负责实施一级开发整理,相关区(市)人民政府负责完成其土地的农用地转用、集体土地征收、国有土地使用权收回、房屋征收不动产权属注销等工作,相关费用由轨道交通经营单位承担。其中,轨道交通综合开发项目用地纳入轨道交通建设用地征收范围,费用列入轨道交通建设成本。”

从以上规定可以看到,对于何为土地一级开发,在理解上并不一致。《中国国土资源部党组关于国土资源系统开展“两整治一改革”专项行动的通知》所指土地一级市场开发应不包括征地、拆迁工作。《海南省人民政府关于严格规范土地一级开发管理的通知》所指土地一级市场开发包括土地征收、收回。《昆明市社会资金参与土地一级开发整理项目的办法(修订)》所指土地一级市场开发包括土地的征地、拆迁、安置。《青岛市轨道交通土地资源开发利用管理办法》所指土地一级市场开发不包括农用地转用、集体土地征收、国有土地使用权收回、房屋征收不动产权属注销等工作。

通过以上分析,可以认为,土地一级开发,主要是指对已经完成储备、尚未供应的国有建设用地进行道路、供水、供电、供气、排水、通讯、照明、绿化、土地平整等市政基础设施配套建设工作和污染治理等,使其具备动工开发所必需的基本条件的过程。

## 2. 土地一级开发方式

《中国国土资源部党组关于国土资源系统开展“两整治一改革”专项行动的通知》要求各地国土资源部门及所属企事业单位,不得直接从事土地一级市场开发,应主要是为了避免国土资源部门既当运动员,又当裁判员,损害国土资源部门的形象和公信力。《国土资源部、财政部、中国人民银行、中国银行业监督管理委员会关于加强土地储备与融资管理的通知》(国土资发[2012]162号)规定,土地储备机构应组织开展对储备土地的前期开发,为政府供应“净地”提供有效保障。进行道路、供水、供电、供气、排水、通讯、照明、绿化、土地平整等基础设施建设的,应通过公开招标方式选择工程设计、施工和监理等单位,不得通过下设机构进行工程建设。有

下设或挂靠从事工程建设机构的,必须与土地储备机构彻底脱钩。

目前的土地一级开发,由土地储备机构负责,主要是采取政府主导、市场运作的原则推进,具体实施应符合招标投标和政府采购相关规定。《财政部、国土资源部、中国人民银行、银监会关于规范土地储备和资金管理等相关问题的通知》(财综〔2016〕4号)规定,土地储备机构应当积极探索通过政府采购实施储备土地的前期开发,包括与储备宗地相关的道路、供水、供电、供气、排水、通讯、照明、绿化、土地平整等基础设施建设。项目承接主体或供应商应当严格履行合同义务,按合同约定数额获取报酬,不得与土地使用权出让收入挂钩,也不得以项目所涉及的土地名义融资或者变相融资。《财政部关于坚决制止地方以政府购买服务名义违法违规融资的通知》(财预〔2017〕87号)规定严禁将储备土地前期开发等建设工程作为政府购买服务项目,严禁将建设工程与服务打包作为政府购买服务项目。地方政府也出台了相关规定。比如,《海南省人民政府关于严格规范土地一级开发管理的通知》(琼府〔2015〕28号)规定:“对纳入储备的土地,由政府土地储备机构通过公开招标方式选取有资质的工程设计、施工和监理等单位实施土地整理、基础设施配套建设。经整理的土地具备开发利用条件后,由市县依法组织供应。”

有些地方,如北京市,规定了企业参与土地一级开发的最高利润率。北京市国土资源局等五部门印发的《关于印发进一步规范企业投资土地一级开发项目利润管理的通知》(京国土储〔2015〕37号)规定:“本意见下发之日起一年内实现供地(招拍挂项目发布交易公告、划拨项目取得划拨决定书、协议出让项目签订土地出让合同)的,且经政府储备土地和入市交易土地联席会议审议通过的企业为主体土地一级开发项目(含458历史遗留项目),全部用于公开配租配售保障性住房和共有产权性质自住型商品房建设的利润率最高可按15%计取。”

### 三、国有土地上房屋征收与补偿

国有土地上的房屋被依法征收的,国有土地使用权同时收回。被收回的国有土地中的建设用地即可通过出让、划拨等途径用于建设。通过征收国有土地上房屋而收回国有建设用地使用权,是储备存量国有建设用地的途径之一。

#### (一)征收方

国有土地上房屋征收的征收方包括市、县级人民政府、房屋征收部门和房屋征收实施单位。市、县级人民政府负责本行政区域的房屋征收与补偿工作。市、县级人民政府确定的房屋征收部门组织实施本行政区域的房屋征收与补偿工作。房屋

征收实施单位是受房屋征收部门委托,承担房屋征收与补偿的具体工作的单位。房屋征收实施单位不得以营利为目的。房屋征收部门对房屋征收实施单位在委托范围内实施的房屋征收与补偿行为负责监督,并对其行为后果承担法律责任。

## (二)征收国有土地上房屋,应当是出于公共利益的需要

征收国有土地上房屋,应当是出于以下保障国家安全、促进国民经济和社会发展等公共利益的需要:(1)国防和外交的需要;(2)由政府组织实施的能源、交通、水利等基础设施建设的需要;(3)由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社会福利、市政公用等公共事业的需要;(4)由政府组织实施的保障性安居工程建设的需要;(5)由政府依照城乡规划法有关规定组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段进行旧城区改建的需要;(6)法律、行政法规规定的其他公共利益的需要。

## (三)关于征收决定程序

征收决定程序包括四个环节:拟定征收补偿方案、征求公众意见与修改方案、做好其他准备工作、作出征收决定。征收补偿方案由房屋征收部门拟定,报市、县级人民政府。市、县级人民政府应当组织有关部门对征收补偿方案进行论证并予以公布,征求公众意见。征求意见期限不得少于30日。因旧城区改建需要征收房屋,多数被征收人认为征收补偿方案不符合本条例规定的,市、县级人民政府应当组织由被征收人和公众代表参加的听证会,并根据听证会情况修改方案。市、县级人民政府应当将征求意见情况和根据公众意见修改的情况及时公布。市、县级人民政府作出房屋征收决定前,应当做好其他准备工作:(1)组织有关部门依法对征收范围内未经登记的建筑进行调查、认定和处理;(2)按照有关规定进行社会稳定风险评估;(3)征收补偿费用应当足额到位、专户存储、专款专用。市、县级人民政府作出房屋征收决定后应当及时公告。公告应当载明征收补偿方案和行政复议、行政诉讼权利等事项。市、县级人民政府及房屋征收部门应当做好房屋征收与补偿的宣传、解释工作。被征收人对市、县级人民政府作出的房屋征收决定不服的,可以依法申请行政复议,也可以依法提起行政诉讼。

## (四)关于征收补偿

征收国有土地上单位、个人的房屋,应当对被征收房屋所有权人(被征收人)给予公平补偿。补偿包括:(1)被征收房屋价值的补偿;(2)因征收房屋造成的搬迁、临时安置的补偿;(3)因征收房屋造成的停产停业损失的补偿。

对被征收房屋价值的补偿,不得低于房屋征收决定公告之日被征收房屋类似房地产的市场价格。被征收房屋的价值,由具有相应资质的房地产价格评估机构

按照房屋征收评估办法评估确定。对评估确定的被征收房屋价值有异议的,可以向房地产价格评估机构申请复核评估。对复核结果有异议的,可以向房地产价格评估专家委员会申请鉴定。

房地产价格评估机构由被征收人在规定时间内协商选定;在规定时间内协商不成的,由房屋征收部门通过组织被征收人按照少数服从多数的原则投票决定,或者采取摇号、抽签等随机方式确定。具体办法由省、自治区、直辖市制定。房地产价格评估机构应当独立、客观、公正地开展房屋征收评估工作,任何单位和个人不得干预。房地产价格评估机构不得采取迎合征收当事人不当要求、虚假宣传、恶意低收费等不正当手段承揽房屋征收评估业务。

房地产价格评估机构应当按照房屋征收评估委托书或者委托合同的约定,向房屋征收部门提供分户的初步评估结果。分户的初步评估结果应当包括评估对象的构成及其基本情况和评估价值。房屋征收部门应当将分户的初步评估结果在征收范围内向被征收人公示。公示期间,房地产价格评估机构应当安排注册房地产估价师对分户的初步评估结果进行现场说明解释。存在错误的,房地产价格评估机构应当修正。分户初步评估结果公示期满后,房地产价格评估机构应当向房屋征收部门提供委托评估范围内被征收房屋的整体评估报告和分户评估报告。房屋征收部门应当向被征收人转交分户评估报告。

被征收人可以选择货币补偿,也可以选择房屋产权调换。征收个人住宅,被征收人符合住房保障条件的,作出房屋征收决定的市、县级人民政府应当优先给予住房保障。

因征收房屋造成搬迁的,房屋征收部门应当向被征收人支付搬迁费;选择房屋产权调换的,产权调换房屋交付前,房屋征收部门应当向被征收人支付临时安置费或者提供周转用房。

对因征收房屋造成停产停业损失的补偿,根据房屋被征收前的效益、停产停业期限等因素确定。具体办法由省、自治区、直辖市制定。

房屋征收部门与被征收人应按照规定,就补偿方式、补偿金额和支付期限、用于产权调换房屋的地点和面积、搬迁费、临时安置费或者周转用房、停产停业损失、搬迁期限、过渡方式和过渡期限等事项,订立补偿协议。房屋征收部门与被征收人在征收补偿方案确定的签约期限内达不成补偿协议,或者被征收房屋所有权人不明确的,由房屋征收部门报请作出房屋征收决定的市、县级人民政府按照征收补偿方案作出补偿决定,并在房屋征收范围内予以公告。

#### (五) 搬迁与强制执行

被征收人在法定期限内不申请行政复议或者不提起行政诉讼,在补偿决定规

定的期限内又不搬迁的,由作出房屋征收决定的市、县级人民政府依法申请人民法院强制执行。

强制执行的申请应当自被执行人的法定起诉期限届满之日起3个月内提出;逾期申请的,除有正当理由外,人民法院不予受理。申请人民法院强制执行征收补偿决定案件,由房屋所在地基层人民法院管辖,高级人民法院可以根据本地实际情况决定管辖法院。

人民法院认为强制执行的申请符合形式要件且材料齐全的,应当在接到申请后5日内立案受理,并通知申请机关;不符合形式要件或者材料不全的应当限期补正,并在最终补正的材料提供后5日内立案受理;不符合形式要件或者逾期无正当理由不补正材料的,裁定不予受理。申请机关对不予受理的裁定有异议的,可以自收到裁定之日起15日内向上一级人民法院申请复议,上一级人民法院应当自收到复议申请之日起15日内作出裁定。

在审查强制执行申请时,人民法院对程序合法性与正当性均进行审查。人民法院应当自立案之日起30日内作出是否准予执行的裁定;有特殊情况需要延长审查期限的,基层人民法院应直接报请高级人民法院批准,同时报中级人民法院备案。

征收补偿决定存在下列情形之一的,人民法院应当裁定不准予执行:(1)明显缺乏事实根据;(2)明显缺乏法律、法规依据;(3)明显不符合公平补偿原则,严重损害被执行人合法权益,或者使被执行人基本生活、生产经营条件没有保障;(4)明显违反行政目的,严重损害公共利益;(5)严重违反法定程序或者正当程序;(6)超越职权;(7)未进行社会稳定风险评估;(8)被执行人尚未超过法定起诉期限;(9)具体行政行为虽然合法但确有明显不合理及不宜执行情形的;(10)法律、法规、规章等规定的其他不宜强制执行的情形。

人民法院裁定不准予执行的,应当说明理由,并在5日内将裁定送达申请机关。申请机关对不准予执行的裁定有异议的,可以自收到裁定之日起15日内向上一级人民法院申请复议,上一级人民法院应当自收到复议申请之日起30日内作出裁定。上级人民法院经复议撤销原审裁定的同时,可以直接作出是否受理或者是否准予执行的裁定,也可以针对原审裁定认定事实不清、证据不足等情形,裁定发回原审法院重新审查,申请机关对重新审查后的裁定可再次依法申请复议。

人民法院在作出准予执行的裁定时,可以同时载明由相关政府组织实施。人民法院裁定准予执行的,应当在5日内将裁定送达申请机关和被执行人。人民法院作出准予执行的裁定时,可以根据案件的实际情况,就审查中预见的与强制执行相关

的问题,书面建议申请机关依法采取必要措施消除隐患或者落实必要的应对预案,也可以针对政府组织实施行为提出相关建议,以保障征收与补偿活动依法有序顺利实施。

国有土地上房屋征收补偿决定的强制执行属于行政强制执行。根据《行政强制法》第2条规定,行政强制执行,是指行政机关或者行政机关申请人民法院,对不履行行政决定的公民、法人或者其他组织,依法强制履行义务的行为。对强制执行国有土地上房屋征收补偿决定,实行“裁执分离”的原则,即由政府组织实施为总原则、由法院执行属个别例外。按照《最高人民法院关于在征收拆迁案件中进一步严格规范司法行为积极推进“裁执分离”的通知》(法〔2014〕191号)等相关要求,在个别例外情形下法院认为自身有足够能力直接执行时,须报经上一级人民法院审查批准方可采取强制手段。在原则上不准先予执行的前提下,确需先予执行的,须报上一级法院批准。

#### 四、农用地转为建设用地与集体所有土地征收

将国有农用地、国有未利用地转为国有建设用地,以及通过征收集体所有土地作为国有建设用地,均可新增国有建设用地。无论是农用地转用,还是征收土地,既可因实施城市规划、村庄、集镇规划而推动,也可因具体项目需要使用土地而实施。国有农用地、集体所有农用地转为国有建设用地,应办理农用地转用审批手续。征收集体所有土地作为国有建设用地,应办理征收土地相关手续。集体所有农用地转为国有建设用地,既涉及农用地转用审批,也涉及征收土地相关手续。

##### (一) 农用地转为建设用地

根据《土地管理法》及《土地管理法实施条例》相关规定,建设占用土地,涉及农用地转为建设用地的,应当办理农用地转用审批手续。农用地转为建设用地,应当符合土地利用总体规划和土地利用年度计划中确定的农用地转用指标;城市和村庄、集镇建设占用土地,涉及农用地转用的,还应当符合城市规划和村庄、集镇规划。不符合规定的,不得批准农用地转为建设用地。

关于农用地转用审批权限。省、自治区、直辖市人民政府批准的道路、管线工程和大型基础设施建设项目、国务院批准的建设项目占用土地,涉及农用地转为建设用地的,由国务院批准。在土地利用总体规划确定的城市和村庄、集镇建设用地规模范围内,为实施该规划而将农用地转为建设用地的,按土地利用年度计划分批次由原批准土地利用总体规划的机关批准。在已批准的农用地转用范围内,具体建

设项目用地可以由市、县人民政府批准。前述范围以外的建设项目占用土地,涉及农用地转为建设用地的,由省、自治区、直辖市人民政府批准。

根据《土地管理法实施条例》第20条规定,在土地利用总体规划确定的城市建设用地范围内,为实施城市规划占用土地的,按照下列规定办理:(1)市、县人民政府按照土地利用年度计划拟订农用地转用方案、补充耕地方案、征收土地方案,分批次逐级上报有批准权的人民政府。(2)有批准权的人民政府土地行政主管部门对农用地转用方案、补充耕地方案、征收土地方案进行审查,提出审查意见,报有批准权的人民政府批准;其中,补充耕地方案由批准农用地转用方案的人民政府在批准农用地转用方案时一并批准。(3)农用地转用方案、补充耕地方案、征收土地方案经批准后,由市、县人民政府组织实施,按具体建设项目分别供地。在土地利用总体规划确定的村庄、集镇建设用地范围内,为实施村庄、集镇规划占用土地的,由市、县人民政府拟订农用地转用方案、补充耕地方案,依照前述规定的程序办理。

根据《土地管理法实施条例》第22条规定,具体建设项目需要占用土地利用总体规划确定的城市建设用地范围内的国有建设用地的,按照下列规定办理:(1)建设项目可行性研究论证时,由土地行政主管部门对建设项目用地有关事项进行审查,提出建设项目用地预审报告;可行性研究报告报批时,必须附具土地行政主管部门出具的建设项目用地预审报告。(2)建设单位持建设项目的有关批准文件,向市、县人民政府土地行政主管部门提出建设用地申请,由市、县人民政府土地行政主管部门审查,拟订供地方案,报市、县人民政府批准;需要上级人民政府批准的,应当报上级人民政府批准。(3)供地方案经批准后,由市、县人民政府向建设单位颁发建设用地批准书。有偿使用国有土地的,由市、县人民政府土地行政主管部门与土地使用者签订国有土地有偿使用合同;划拨使用国有土地的,由市、县人民政府土地行政主管部门向土地使用者核发国有土地划拨决定书。(4)土地使用者应当依法申请土地登记。通过招标、拍卖方式提供国有建设用地使用权的,由市、县人民政府土地行政主管部门会同有关部门拟订方案,报市、县人民政府批准后,由市、县人民政府土地行政主管部门组织实施,并与土地使用者签订土地有偿使用合同。土地使用者应当依法申请土地登记。

## (二)征收集体所有土地

根据《城市房地产管理法》第9条和《土地管理法》第2条第4款规定,城市规划区内的集体所有的土地,经依法征收转为国有土地后,该幅国有土地的使用权方可有偿出让。另外,对于不属于城市规划区内的集体所有的土地,也须经依法征收转为国有土地后,方才存在有偿出让或划拨的可能。国家对集体所有土地进行征