

外国人在中国投资房地产的法律和政策

孙文杰*

目录

I. 前言	2. 外商投资房地产的特别法规
II. 几个相关的基本概念	IV. 外资进入中国房地产市场的几种模式
1. 外商投资企业	1. 设立外商投资企业
2. 注册资本	2. 并购国内的房地产公司或物业管理公司
3. 外商投资产业指导目录	3. 项目整体收购
4. 国有土地和集体土地	4. 海外基金和融资
5. 土地使用权及土地的征用、征收、划拨、 出让和转让	5. 外国个人投资
III. 外资在中国投资房地产的法律规定	V. 最新的调控政策
1. 中国房地产立法概况	VI. 结论

I. 前言

在过去的十年里，也许世界上没有第二个国家的房地产市场的发展速度能比得上中国，特别是中国的东部沿海城市。据统计上海仅用了十五年的时间在黄浦江对岸建成了一个规模相当于芝加哥的浦东新区；仅在2005年上海竣工楼宇的建筑面积就超过了纽约所有写字楼面积的总和¹⁾。类似的建设速度在北京、深圳、杭州、青岛等东部大城市里同时上演着。近年来，大量的外国资本以各种方式涌入了这个飞速膨胀的市场，写字楼、高档公寓被外

* 雷曼律师事务所(Lehman, Lee & Xu), Lawyer

1) David Barboza, "China Builds its Dreams, and Some Fear a Bubble", *N.Y. Times*, Oct. 18, 2005.

资整栋整栋地收购。当你站在上海的某个摩天大厦的顶层欣赏着周围这钢筋混凝土搭起的成片成片的森林的时候，你不会想到这个城市的土地使用权的商品化制度刚刚建立了不到二十年，住房商品化的历史还不到十五年²⁾。

II. 几个相关的基本概念

外国人在中国投资房地产的法律政策实际上包括三个方面，一是外商投资法³⁾，二是房地产法，三是专门的外商投资房地产的法律规定。其中外商投资法和房地产法是两个各自独立的法律体系，外商投资法是中国改革开放后最早确立的法律体系之一，它甚至早于许多重要的经济立法⁴⁾。外商投资法普遍适用于在任何产业领域设立的外商投资企业，房地产领域当然也不例外；而房地产法则是以中国的土地管理法所确立的基本土地制度为立法基础的，因此了解外商投资房地产的法律要从外商投资法和土地管理法确立的几个基本概念开始。

1. 外商投资企业(Foreign Invested Enterprise, FIE)

外商投资企业，是指依照中华人民共和国法律的规定，在中国境内设立的，由中国投资者和外国投资者共同投资或者全部由外国投资者投资的企业。外国投资者可以是外国公司也可以是外国的自然人。

2) 1988年中国修订82年宪法，其中第十条第四款增加了：“土地的使用权可以依照法律的规定转让。”

3) 中国的外商投资法是一个以《中外合资经营企业法》，《中外合作经营企业法》和《外资企业法》三部法律为核心的法律体系。

4) 例如第一部《中外合资经营企业法》颁布于1979年，其中规定中外合资经营企业的组织形式是有限责任公司，然而《中华人民共和国公司法》却是在近十五年后(1993年底)才颁布的。

由中国投资者和外国投资者共同投资成立的企业叫中外合资经营企业 (Equity Joint Venture) 或中外合作经营企业 (Cooperative Joint Venture), 全部由外国投资者投资成立的企业叫外商独资企业 (wholly foreign owned enterprise), 简称外资企业 (WFOE)。

合资企业(EJV)和外资企业(WFOE)的组织形式是有限责任公司, 公司的股东仅在公司注册资本范围内对公司承担有限的民事责任。合作企业(EJV)是根据合作合同规定成立的, 它的组织形式可以是有限责任公司也可以是其它方式的联合体, 如果是有限责任公司的, 公司股东也是在注册资本范围内对公司承担有限责任, 如果是其它形式的联合体, 则根据合同性质由中外双方投资人各自对联合体承担责任。

合资企业的投资人之间是按照股份比例承担责任和分享利润的, 合作公司是按照合作合同规定的方式分担责任和分配利润的。外商独资企业的利润全部归外方投资人所有。

合资和合作企业因为有中方投资人的参与, 往往能够使外方投资者更容易地和相关的政府部门打交道, 更快地熟悉中国市场并利用中方投资者的网络。在合资或合作企业经营过程中的重大决策, 法律要求中外双方达成完全一致方能进行, 然而, 由于中外双方在理念、管理方式方法、经营目的和企业文化方面的差异, 往往难以在重大经营决策上取得一致, 严重影响了企业的进一步发展, 这一点也成为了合资和合作企业相对于外商独资企业的最大弊端。

2. 注册资本

根据中国外商投资法律规定, 注册成有限责任公司的外商投资企业都必须认缴一定数额的注册资本。根据中国的公司法⁵⁾, 注册资本是指在公司登

5) 外商投资企业首先要适用外商投资法, 外商投资法律没有规定的则适用《公司法》

记机关依法登记的全体股东实缴或者认缴的对公司的出资额。如果中国某项专门的法律或法规对某一类型公司的注册资本有特别规定的最低限额，该规定必须遵守，如果没有特别规定，则按照2005年最新修订的《公司法》规定，即有限责任公司的注册资本的最低限额为人民币三万元。但是对于房地产开发公司的注册资本，行政法规和许多地方法规都作了特别规定，1998年国务院颁布的行政法规《城市房地产开发经营管理条例》中规定房地产公司的注册资本最低为人民币100万元，而随后陆续颁布的各省、市的地方法规规定的最低限额更高，比如山东省规定的最低注册资本为人民币1000万元，河北省和长春市规定的是500万⁶⁾。

注册资本可以以货币、实物、工业产权、非专利技术(know-how)或/和土地使用权等方式出资，其中货币出资不得少于总额的30%。所有出资必须在法定的期限内完成⁷⁾。只有注册资本完全到位后，公司才取得完全的民事行为能力。公司股东对公司承担的责任以注册资本为限。在中国，注册资本的多少往往被公众认为是一个公司经济实力和信用程度的象征。

3. 外商投资产业指导目录

国家发展改革委员会和商务部经国务院批准不定期地发布《外商投资产业指导目录》对外商投资领域进行分类调整。该目录将所有产业划分为三类，即禁止类、限制类、鼓励类。禁止类的产业明确禁止外商投资，比如新闻、基础教育、邮政、广播电视等；限制类产业则规定一些特定条件来限制外商投资，比如电信、保险和房地产行业中的高档宾馆建设；而大多数产业则属于鼓励类，鼓励外商投资；如果某一产业没有被列入“指导目录”，则意味着该产业既不属于禁止类和限制类，也不属于鼓励类，那么该产业被视

6) 参见2004年修订的《山东省城市房地产开发经营管理条例》、《长春市城市房地产开发经营管理条例》和《河北省城市房地产开发经营管理条例》。

7) 外商投资企业的出资期限根据注册资本的多少而不同，最短6个月，最长3年。

为是允许类，允许外商投资。现行有效的《外商投资产业指导目录》是2004年修订的。

在房地产行业，不同的领域分类也不同，例如普通住宅开发建设现在是属于鼓励类，而成片土地的开发则属于限制类只能进行合资和合作。高档宾馆和别墅的开发建设也是限制类，但仍允许外商独资，政府则在审批数量上进行控制⁸⁾。

4. 国有土地和集体土地

中国尚没有一部系统的民法典(Civil Code)也没有一部专门的物权法(Property Law)⁹⁾，土地制度是建立在行政法律体系中的，该体系的基本法律是《中华人民共和国土地管理法》。《土地管理法》规定，中国实行土地公有制，包括两种形式即国家所有制和集体所有制¹⁰⁾。城市市区的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地，除法律规定属于国家所有的以外均属于农民集体所有¹¹⁾。

5. 土地使用权及土地的征用、征收、划拨、出让和转让

(1) 土地使用权

中国实行土地使用权和所有权相分离的政策，土地使用权可以依法转让¹²⁾。目前，中国对于国有土地(即城市土地)使用权规定了有偿、有期限出

8) 中国分别在1995颁布了第一版《外商投资产业指导目录》，并在1997、2002和2004年进行了修订。

9) 《中华人民共和国物权法(草案)》已经提交给了正在北京召开的全国人民代表大会(中国最高的立法机构)，预计本次人大将通过该法案。

10) 《中华人民共和国土地管理法》(1986年颁布，2004年第2次修订)，第2条。

11) 《中华人民共和国土地管理法》第8条。

12) 《中华人民共和国土地管理法》第2条。

让和依法转让的制度¹³⁾。而对于集体土地的转让尚没有具体立法，集体土地仅限于农业使用。农民建设住宅和举办集体企业也可申请使用集体土地，但是这属于所有制内的调整，不属于法律意义上的转让。任何建设项目，需要使用土地的，必须申请使用国有土地，即使是准备在集体土地上建设的项目也需要首先将集体土地征用为国有土地之后再出让给建设项目¹⁴⁾。因此，中国的房地产开发包括两种途径，一是在城市即国有土地上的开发，二是对城市郊区的集体土地通过政府先征用再出让后进行的开发。在农村集体土地上的建设不属于房地产开发。

(2) 土地征用

是指政府依法对集体土地进行征用将其转为国有土地的行为。征用时，国家对集体土地的原所有权人和使用人按照法定标准进行补偿。

(3) 土地征收

是在2004年3月通过的宪法修正案中出现的一个新概念，该修正案规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿”，同年八月，中国的《土地管理法》也对相应条款作了同样修改¹⁵⁾。这里首次规定了对土地实行征收或征用的前提条件是“为了公共利益的需要”。至于“征收”和“征用”两个概念之间的区别、“公共利益”的含义、“补偿”的方式等还需要进一步的立法解释。

(4) 土地划拨

是国家将国有土地无偿无期限地授权给诸如国家机关和军事建设用地、

13) 《中华人民共和国城市房地产管理法》(1994年颁布，1995年1月1日施行)，第3条、第36条。

14) 《中华人民共和国土地管理法》第43条，《中华人民共和国城市房地产管理法》第8条。

15) 《中华人民共和国宪法》(2004年修正案)，第10条。

公共基础设施建设或其它特殊建设项目使用¹⁶⁾。划拨土地改变用途或转让受到严格的限制。

(5) 土地使用权出让

是指国家将国有土地使用权(简称土地使用权)在一定年限内出让给土地使用者,并由使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。出让可以采取拍卖、招标或者协议的方式来进行¹⁷⁾。出让土地的最高使用年限为:居住用地70年;工业用地50年,商业、旅游、娱乐用地40年,其它用地50年¹⁸⁾。目前尚无法律对土地使用权到期后如何处理作出规定¹⁹⁾。

(6) 土地使用权转让

是指土地使用权的权利人将土地使用权再转移的行为,包括出售、交换和赠与。为了限制对土地使用权的投机炒作,对于未按土地使用权出让合同规定的期限和条件投资开发、利用土地的,土地使用权不得转让²⁰⁾,如果在土地出让后的两年内土地使用权人没有动工开发,政府有权无偿收回该土地使用权²¹⁾。因此从一定意义上讲,土地使用权转让的含义是开发项目或房产的转让。

III. 外资在中国投资房地产的法律规定

有关外商投资房地产的法律渊源有三部分组成,第一是外商投资法,第

16) 具体参见2001年国土资源部颁布的《划拨土地目录》。

17) 《中华人民共和国城市房地产管理法》第12条。

18) 《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(1990),第11条。

19) 《物权法(草案)》当中规定了土地使用权期满后自动续期。

20) 《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》,第19条。

21) 参见国土资源部《闲置土地处置办法》(1999),第四条。

二房地产法，第三是有关外商投资房地产的特别规定。前文中对第一部分已经作过简单介绍，这里介绍第二和第三部分。

1. 中国房地产立法概况

从中华人民共和国建立至今，中国的土地制度经历了一个“私有制—公有制—土地使用权私有制”的过程。从1949年建国开始，通过没收、改造、征收、经租等方式，中国的城市土地逐步实现了国有化，1982年修订的宪法正式宣布“城市的土地属于国家所有”，至此完成了所有城市土地的国有化进程。

然而，在土地国有化的进程中，并没有完全对私有土地上的房产进行国有化，少部分自住的私有房产所有权仍然保留在主人手里²²⁾，但是这部分房产所占的比例很少²³⁾。在相当长的一段时间里，虽然这部分房产的主人拥有房产权，持有房屋所有权证书，但是不持有土地权利证书。

上个世纪的80年代之前，除上述的少数私有房产之外，绝大多数中国城市居民的房屋所有权属于国家所有，居民对房屋的使用权通过国家分配而取得，对所取得的房产享有无期限的承租权，并按照国家规定标准向专门的房产管理政府部门交纳房租。因此在这个时期，城市国有土地使用权的取得方式只有自然取得(私有房产的业主)和划拨取得(国家分配)两种。自然取得和划拨取得的国有土地使用权均是无限期使用。这个时期的房地产立法几乎空白，仅有少量政策性文件和行政命令，其中多数还是针对房屋管理的。

一九八八年宪法修正案增加了“土地的使用权可以依照法律的规定转让”的条款²⁴⁾。这就是当今中国的土地使用权有偿和有期限出让制度的宪法渊

22) 1990年4月《国家土地管理局关于城市宅基地所有权、使用权等问题(给最高人民法院民事审判庭)的复函》中解释：“我国1982年宪法规定城市土地归国家所有后，公民对原属自己所有的城市土地应该自然享有使用权。”

23) 据1982年调查统计，全国226个城市7438平方公里城市建成区中有私有土地334.7平方公里，占4.5%。

24) 《中华人民共和国宪法》(1988年修正案)，第2条。

源。80年代后期到90年代中期正是中国实施改革开放政策,从计划经济向市场经济转变的时期,适合市场经济要求的立法开始增加,立法速度也开始加快。房地产立法也随之步入了发展期,期间修订和颁布了两部与房地产法密不可分的基本法律即《中华人民共和国土地管理法》(1988年修订)和《中华人民共和国城市规划法》(1989年颁布),但是直接调整房地产法律关系的基本法律还没有经最高立法机关通过²⁵⁾,房地产的立法主要还是在行政法规和地方性法规的层面上,但这些法规的调整范围已经从最初的房屋产权管理、房屋买卖和租赁等扩展到土地出让和转让、城市规划、房地产开发、建筑设计、交易、抵押等新领域,而且还出现了专门针对外商投资房地产的法规,比如1988年《上海市外商投资房产企业商品住宅出售管理办法》,1990年5月国务院颁布的《外商投资开发经营成片土地暂行管理办法》²⁶⁾。

在政策层面上,上个世纪八十年代末正是中国的土地出让制度和住房商品化制度开始建立的时期,取消分配福利房和建立住房公积金制度是住房商品化制度形成的两项重要标志²⁷⁾,就是在这个时期,“商品房”、“开发商”等新概念开始进入普通中国人的知识领域。

一九九四年七月五经全国人大常委会议审议通过并自一九九五年一月一日起实施的《中华人民共和国城市房地产管理法》是第一部直接调整房地

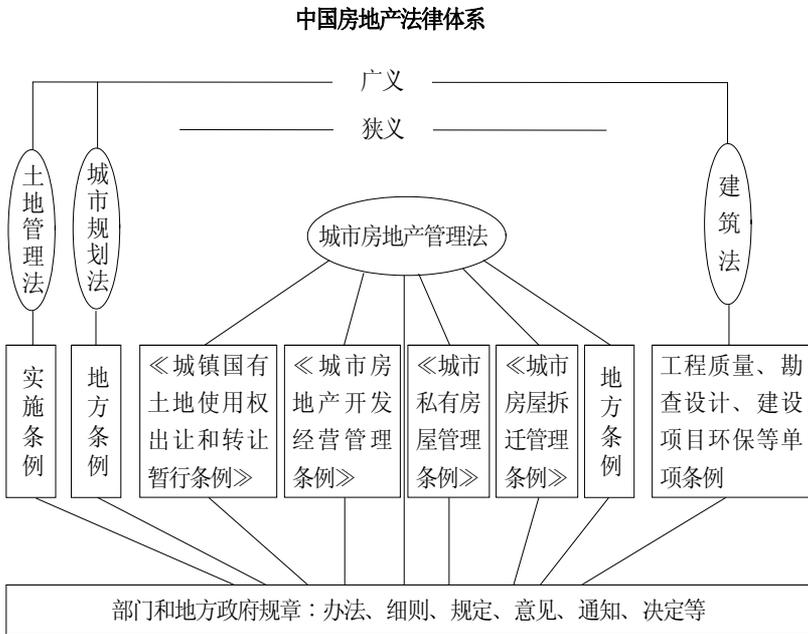
25) 中国宪法规定的最高权威的立法机关是全国人民代表大会及其常务委员会。

26) 《外商投资开发经营成片土地暂行管理办法》(1990年)第二条规定:“成片开发是指:在取得国有土地使用权后,依照规划对土地进行综合性的开发建设,平整场地、建设给排水、供电、供热、道路交通、通信等公用设施,形成工业用地和其他建设用地条件,然后进行转让土地使用权、经营公用事业;或者进而建设通用工业厂房以及相配套的生产和生活服务设施等地面建筑物,并对这些地面建筑物从事转让或出租的经营活动”。可见当时的成片开发不包括住宅建设,且仅限于“在经济特区、沿海开放城市和沿海经济开放区范围内施行”(第十八条)。

27) 福利分房是原来的计划经济下的产物,是指城市居民所就职的政府机构或国有企业等按照其工作性质、职务、工作年限和家庭成员等条件将国有房产分配给其家庭承租居住并按照国家标准收取房租的制度。住房公积金制度是指雇员个人及其雇主按照雇员工资的一定比例按月缴纳租金,该积累的资金在雇员购买或承租住房时可以使用,缴纳住房公积金是所有雇主和雇员的法定义务。自90年代末,各地方政府开始颁布行政规章规定交纳了公积金的雇员在买房时可以享受一定金额的低息的公积金贷款。

产法律关系的基本法律。它以最高立法的形式规定了诸如房屋、土地出让和划拨等基本概念，并对房地产开发企业的定义、设立条件以及房地产开发、交易和所有权登记等均作了原则性规定。随后，国务院分别就该法所涉及的多项内容颁布了相关的条例。

一九九七年全国人大常委会颁布了另一部房地产的边缘法律《中华人民共和国建筑法》专门调整建筑建设行为。至此，我们对中国的房地产立法及其渊源有了一个大体的认识，下面的图表为大家提供了一个大体的轮廓。



注释：

法律：最高立法机关全国人大及其常委会颁布的法律称为“法”

法规：(1) 国务院颁布的最高行政法规 (2) 省、自治区和直辖市人大颁布的地方法规，均称为“条例”。

规章：国务院各部委和省、自治区和直辖市政府颁布的，称为办法、细则、规定、意见、通知、决定等。

2. 外商投资房地产的特别法规

首个专门针对外商投资房地产领域的全国性立法是在一九九〇年由国务院颁布的《外商投资开发经营成片土地暂行管理办法》，这里的成片开发主要针对的是工业用地和基础建设用地的开发，并不包括住宅和商业地产，且该办法仅适用于当时的经济特区和沿海开放地区。但是，有关外商投资房地产方面的地方立法在八〇年代就有了，并且允许外商投资企业进行商品住宅的开发，例如从一九八八年上海市发布的《上海市外商投资房地产企业商品住宅出售管理办法》可以看出当时在上海是允许外商投资企业进行住宅开发的。

就全国范围而言，《外商投资产业指导目录》一直是指导外商投资的基本政策，第一个“指导目录”是在一九九五年颁布的，早期的“指导目录”明确规定不许设立外商独资房地产开发企业²⁸⁾。然而地方立法早在“指导目录”颁布之前就允许外商独资的房地产开发企业，例如在九〇年代初，北京市、河北省、山东省和青岛市政府都针对外商投资开发经营房地产颁布了专门的地方规章，承认外商可以设立独资企业从事房地产开发经营²⁹⁾，地方立法显得比国家政策更加开放。这个时期的某些地方立法还有着明显的地方功利特色，比如一九九三年的《天津市鼓励外商投资危陋房屋改造项目的优惠待遇暂行规定》和《上海市利用外资开发经营内销商品住宅暂行规定》都对在旧城改造方面进行投资的外商投资房地产企业在地方税收、行政收费等给予一定的优惠政策。这两个规定是典型的地方政府利用外资弥补地方财政不足减轻政府担负的旧城改造压力的一种短期的、目的性很强的地方立法。

28) 分别参见1995, 1997, 2002, 2004年的《外商投资产业指导目录》，自2002年起目录里规定鼓励外商投资开发普通住宅。95和97年的目录规定不许外商独资开发房地产。

29) 分别参见《河北省外商投资开发经营房地产管理规定》(1993. 8. 31), 《北京市人民政府关于外商投资开发经营房地产的若干规定》(1993. 5. 21), 《青岛市外商投资开发经营房地产管理规定》(1993. 1. 28), 《山东省鼓励外商投资开发经营成片土地和房地产试行办法》(1992. 7. 29)。

在上个世纪的八十年代末出现了商品房的概念后，中国在全国范围一直实行内销商品房和外销商品房划分的政策，即外国人、外国公司、港澳台华人和华侨只能购买外销房而不能购买内销房，而普通中国人则只能购买内销房而不允许购买外销房。之所以说这种划分是政策而不是法律，是因为中国并没有全国范围的立法来确立这种内外划分的制度，而只是由地方政府的具体部门在对商品房销售进行行政管理的过程中通过登记管理来进行划分的³⁰⁾。截至到九十年代初，虽然各地方政府立法允许外商投资进入到商品房的开放建设领域，但是对它们所建商品房的销售对象是有限制的，大多数城市规定外商投资房地产企业所建设的商品房只能外销³¹⁾。随着土地有偿出让和住房商品化两项制度的建立，加上各个地方政府进行旧城改造的需要，房地产领域的外商投资政策进一步放宽，到九十年代中期基本上取消了对外资开发内销房的限制³²⁾。

因为土地出让制度的建立，在九十年代的前半期，在土地出让较为活跃的中国东南和东部沿海城市出现过一次房地产热潮，一九九二年和一九九三年的商品房建设投资增长率曾经分别达到93.5%和124.9%³³⁾。当时的外商投资也较为活跃，外资在房地产市场上表现更多的是投机而不是投资，外商的

30) 如《北京市外销商品房管理规定》(1994)规定外销房屋的销售需要办理《外销商品房预售许可证》或《外销商品房销售许可证》方可进行。这个规定并非法律法规，它只是北京市房地产管理局公布的，属于行政命令。

31) 比如《上海市外商投资房地产企业商品住宅出售管理办法》(1988年)第六条规定，外商投资房地产企业建造的商品住宅，出售对象如下：(一)有本市常住户口的归侨或侨眷；(二)经有关部门批准来本市定居的华侨或外籍华人；(三)要求购买住房给常住本市的亲属居住的港、澳、台同胞，华侨或外籍华人；(四)为本企业职工居住而购买商品住宅的本市中、外合资经营企业、中外合作经营企业或外资企业；(五)为便于交往，经市政府外事办公室或市对外经贸委证明，同意其在本市购买商品住宅的港、澳、台同胞，华侨或外籍华人。

32) 尽管对外商开发内销房取消了限制，但是地方政府对此进行立法还是从90年代中期开始的。比如1995年颁布的《上海市利用外资开发经营内销商品住宅规定》鼓励外资介入内销普通商品房的开发建设。

33) 参见中国国家统计局官方网站发布的92年和93年的年度统计公报 <http://www.stats.gov.cn/tjgb/index.htm>。

主要资金和兴趣都集中在从地方政府拿地然后炒地上，后续的建设开发资金的严重不足。到九十年代中期该房地产热潮迅速退却，在沿海的许多城市留下了随处可见的烂尾楼和荒置的开发用地。除了经济原因外，这次泡沫的破灭有其法律政策环境上的原因：一是住房商品化的政策刚刚处于起步阶段，按揭贷款等配套的政策还没有出台；二是中国的城市居民刚开始转变福利分房的观念，但是对商品房的概念还没有完全形成；三是当时的商品房内销和外销的划分严重限制了市场的消费。

经过几年的低迷之后，中国的房地产市场从九十年代末开始重新升温，这期间政策面连续发生重大变化。1998年5月中国人民银行颁布了《个人住房贷款管理办法》规定在所有城镇开办个人住房抵押贷款业务，贷款金额可达房价的70%，个人住房贷款一直执行较低的利率政策³⁴⁾。而随后各商业银行自行制定的贷款办法突破了个人首付房款30%的限制，将首付款比例降低为房价的20%³⁵⁾。另外，从1996年至2002年期间，中国人民银行曾一度连续8次下调银行利率，低利率的政策也在不断地刺激着社会投资。

在外商投资房地产的法律政策上也发生了重大变化。二〇〇二年修订的《外商投资产业指导目录》中开始将普通住宅的开发列为外商投资的鼓励类项目。最重要的变化是从二〇〇二年到二〇〇三年，各地方政府纷纷取消了内销房和外销房的划分政策，至此，整个房地产市场在开放和销售两个方面已经几乎完全向外国资本开放³⁶⁾。这种宽松的投资环境一直持续到二〇〇六年。

34) 五年以上的商业住房贷款利率为5.31%，而公积金贷款利率则为4.23%。

35) 比如《中国银行个人住房贷款业务操作办法》(2001年7月7日 中银零[2001]78号)。

36) 对内销和外销房的统一并没有以立法的形式规定，因为原来的划分也仅仅是政策层面上的，是由地方政府的房产管理部门规定的，因此对它的取消也是由个地方政府的房产管理部门发布的，例如北京市是由北京国土资源和房屋管理局下发的《关于调整本市内外销商品房管理有关规定的通知》来取消的。

IV. 外资进入中国房地产市场的几种模式

近年来，到底有多少海外资本进入到中国的房地产市场一直没有一个权威的官方数字，二〇〇五年国家外汇管理局的官员曾披露，外资在中国房地产市场中的比例约占15%。此前，据中国人民银行调查，外资占上海全部购房资金的比例在二〇〇三年初为8.3%，到二〇〇四年底已经达到了23.2%³⁷⁾。但是这些数据都是从单一角度调查的结果，之所以难以对此进行全面统计是因为外资进入中国房地产市场的形式是多样的。

1. 设立外商投资企业

可以设立两种不同形式的外商投资企业进入到房地产市场：一是设立房地产开发企业直接进入开发领域；二是设立房地产管理公司进入到销售和管理领域。

从政策上看，尽管中国只是鼓励外商从事普通住宅的开发而限制外商从事高档宾馆、别墅和高档写字楼的开发³⁸⁾，但是实际上对所谓的高档宾馆、别墅和高档写字楼的概念并没有法定的解释，实践中往往是以政府官员的个人意见决定，而这些个人意见又经常不统一，比如二〇〇六年国土资源部的两位官员在不同场合对“别墅”的解释就不一样³⁹⁾。因为立法的不完善加上各个地方政府对招商引资的渴望，许多外商投资企业在设立时申请的是普通住宅或普通写字楼的开发而实际上从事的是高档项目。至少在北京和上海，没有哪个房地产开发商在促销时不说他的写字楼是不高档的。

37) 数据来自<http://house.news.hexun.com> 发布的新闻稿。

38) 参见2004年版的《外商投资产业目录》。

39) 例如国土资源部的一位官员在2006年出台限制审批别墅用地的政策后解释“别墅现在还是指独门独院、两至三层楼形式。”而同样是国土资源部的另一位官员则解释成“独门独户独院的那种，占地面积又相当大，容积率非常低的那种”。来自<http://www.scol.com.cn/focus/zgsz/20060614/2006614115754.htm>。

应当注意的是，中国对房地产开发企业实行资质管理制度，分四个等级，一级资质的企业可以在全国范围内从事开发而且不受项目规模的限制。一级资质的企业要求注册资本在人民币5000万元以上、从事经营5年以上、有一定数量的专业人员并对所开发的工程质量也有要求⁴⁰⁾。二级及二级以下资质的企业只能从事建筑面积25万平方米以下的项目开发，省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门有权审批二级及二级以下资质并决定其业务范围，因此二级及二级以下资质的企业只能在其所注册的省、自治区或直辖市的范围内从事经营⁴¹⁾。

鉴于上述资质管理的规定，从理论上讲，新设立的外商投资企业不能在全国范围内从事开发。在实践中对于25万平方米以下的项目，外商可以采取在项目所在地注册项目公司的方式来取得当地的开发权，因为最低等级的资质即四级资质企业的入门要求很低，注册资本只要求100万元且不受成立时间长短的限制。对于25万平方米以上的项目，则可以采取与其它一级资质企业进行联合的方式来开发。另一种行之有效的办法是从一开始就与一家一级资质企业成立合资公司，从而避免受资质的限制。

第二种方式是设立外商投资物业管理公司进入到销售和物业管理领域。物业管理公司也实行资质管理。成立物业管理公司的最低注册资本的要求是50万元人民币，最高级即一级资质的物业管理公司要求的注册资本为500万元人民币⁴²⁾。相对于房地产开发企业来讲，物业管理公司的入门要求比较低。物业管理公司可以从事销售代理和物业管理及咨询服务且经营业务没有地域上的限制。另外，因为法律对物业管理公司能否自行持有物业没有禁止性规定，作为一种投资手段，许多物业管理公司也进行物业的收购。

40) 《房地产开发企业资质管理规定》(2000年)第5条。

41) 《房地产开发企业资质管理规定》(2000年)第11条、第18条。

42) 《物业管理企业资质管理办法》(2004年)，第五条。

2. 并购国内的房地产公司或物业管理公司

法律规定的外商并购有两种形式：一是协议购买境内公司的股东的股权或认购境内公司增资，使该境内公司变更设立为外商投资企业，称为“股权并购”；二是设立外商投资企业，并通过该企业协议购买境内企业资产且运营该资产，或协议购买境内企业资产，并以该资产投资设立外商投资企业运营该资产，称为“资产并购”⁴³⁾。相比而言，在房地产和物业管理企业的并购中，股权并购是一种目前较为普遍并简便易行的办法。通过股权并购，外国投资者可以立即获得被收购企业所拥有的资质和市场资源，也能够享有被收购企业现有的人力资源。

在并购完成后，外国投资者应自外商投资企业营业执照颁发之日起3个月内向转让股权的股东，或出售资产的境内企业支付全部对价。对特殊情况需要延长者，经审批机关批准后，应自外商投资企业营业执照颁发之日起6个月内支付全部对价的60%以上，一年内付清全部对价⁴⁴⁾。

在股权并购中，除了其它法定条件外，必须作出被并购企业的职工安置计划，原则上讲对于未到期的劳动合同应当继续履行，不得因为公司股权的变化而受到影响，但是法律法规并没有规定对安置计划的形式和内容作出强制性要求⁴⁵⁾。

在资产并购中，除了其它法定条件外，被收购资产的企业必须将并购交易进行公告并通知债权人，如果债权人有异议，原则上应当作出债权债务安置方案。法规也要求对被并购资产的企业的工作作出安置方案，但是该义务主要是由被并购的国内企业承担，因为收购方无需承担被收购方的劳动合同义务⁴⁶⁾。

43) 《关于外国投资者并购境内企业的规定》(2006年修订)，第二条。

44) 上述，第十六条。

45) 上述，第二十一条。

46) 上述，第二十三条。

3. 项目整体收购

这里所谈的项目整体收购是指外国投资人直接向中国的开发商收购其在建或完工的房地产项目。如果是通过已经设立的外商投资企业进行的项目收购属于上文说述的第(一)种途径。

自从中国取消了内销和外销房的区分后,任何外国公司和个人可以毫无限制地购买普通住宅、公寓、写字楼和别墅等房产而无需在中国注册公司。手续简单到只需要提供一个经过公证的外国公司注册证明和公司名称的中文翻译就可以将所收购的物业登记在自己的名下。一方面由于中国房地产市场的需求逐步扩大,价格不断升温,另一方面由于国际社会长时间对人民币升值的预期,导致了大量的国外游资和基金通过这种方式流入到中国。整栋的楼盘被外国公司甚至个人直接收购,然后委托给外商投资的物业管理公司进行租赁或者转售从而获得长期而稳定的收益。据中国一家著名的外资房地产咨询机构戴德梁行(DTZ)最新发布的2006年上海房地产市场报告显示,海外机构投资者去年在上海投资房地产的总成交价值超过180亿元人民币,总成交面积达到100万平方米,均达到2005年的3倍水平⁴⁷⁾。传统的在中国设立房地产公司来经营业务的做法显然成为一种手续繁琐、周期漫长的投资方式。从二〇〇二年到二〇〇六年上半年是中国的房地产市场最热的时候,也是外资运用直接项目收购方式最普遍使用的时候,而这段时间恰恰是中国的房地产立法相对静止的时候。

4. 海外基金和融资

这种途径包括三种办法:一是中国的房地产企业通过在海外股市上市进

47) “06年上海房地产外资成交额超180亿”来源:上海证券报,2007. 1. 6. 10 <http://house.northeast.cn/system/2007/01/06/050662343.shtml>。

行融资，使海外的投资人通过股市进行投资；二是中国的房地产公司在海外（往往是在一些著名的避税天堂如British Virgin Islands, Cayman Islands等）先成立一家特殊目的公司进行海外融资，吸收了海外资金后反向收购并控股国内的房地产公司；三是海外上市的或有海外控股公司的中国房地产公司利用股权作质押向海外基金或金融机构贷款，或者其它形式的海外信贷。

在上面三种方式下海外的投资人可以以间接的方式投资到中国的房地产市场。这三种方式下，海外的股东或借款人往往要求中国的房地产公司委托具有国际声誉的房地产管理咨询公司进行项目开发和物业的管理。

这种途径因为属于跨国交易，许多合同选择适用外国法律，这种选择外国法律的做法并不违背中国法律的原则⁴⁸⁾。另外中国法律对于非国营企业的国内房地产公司的海外融资行为的监管也几乎是空白，因此这种方式具有很大的灵活性。

5. 外国个人投资

从形式上看外国个人投资和上面讲的第(三)种途径没有区别，只不过在投资规模上表现的较为零散。因为中国法律在二〇〇六年实行调控政策之前一直没有对外国个人购买房产的数量进行限制，外国个人投资者往往是购买几个甚至几十个单位的公寓和写字楼，采取亦住亦租的方式，其出租对象往往也是居住在中国的外国人。法律上讲，因为中国实行外汇管制的政策，除非是通过注册外商投资企业的方式来经营租赁业务，否则外国个人投资者获取的人民币租金很难通过合法途径兑换成外币汇出中国⁴⁹⁾，而出租给外国人的灵活之处在于，外国业主可以要求外国房客直接以外币的方式将租金支付到

48) 对于一方为外国人或公司的跨国合同，中国法律规定了几类特殊的合同必须适用中国法律，包括中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同和中外合作开发油气资源的合同。

49) 根据中国的《个人外汇管理办法》，个人外汇汇出每年超过5万美元需要特别地审批。

业主的海外账户上。因为语言上以及纳税申报和监管制度上的缺陷，外国业主的租金收入在许多中国城市都是个纳税漏洞。

V. 最新的调控政策

针对房地产市场连续几年的不断升温，中国相关政府部门先后出台了不同手段的调控措施，二〇〇六年是各项调控政策出台的高峰年，该年公布实施的调控措施主要有：

- (1) 人民银行两次上调商业住房贷款利率⁵⁰⁾；
- (2) 国务院就住房供应结构、税收、信贷、土地、廉租房和经济适用房建设等方面出台专门意见⁵¹⁾；
- (3) 国务院九个部委联合意见，规定今后审批的住宅开发项目中，90平方米以下的小户型不得少于70%，并将个人按揭贷款首付从最低20%提高到30%⁵²⁾；
- (4) 对5年内转让房产征收营业税、所得税、土地增值税等组合税收政策⁵³⁾；

50) 2006年4月28日，央行全面上调各档次贷款利率0.27个百分点，其中，5年期以上的银行房贷基准利率由6.12%上调至6.39%。这是央行在加息后短短一年多时间里再次上调利率。

51) 2006年5月17日国务院常务会议提出了促进房地产业健康发展的六项措施(通常称为“国六条”)，包括住房供应结构、税收、信贷、土地、廉租房和经济适用房建设等方面，开启了2006年房地产调控序幕。

52) 2006年5月29日经国务院批准，建设部等九个部委联合发布《关于调整住房供应结构稳定住房价格的意见》，对住宅房屋开发中的套型面积、小户型所占比率、新房首付款等方面作出了量化，确立了90+70原则，并对土地闲置收回作出了具体规定。

53) 税收政策有三项(1)2006年5月31日，国税总局下发《关于加强住房营业税征收管理有关问题的通知》，要求从2006年6月1日起，个人将购买不足5年的住房对外销售全额征收营业税5.5%；(2)2006年7月26日，国税总局发布《关于个人住房转让所得征收个人所得税有关问题的通知》，宣布从8月1日起，各地税局将在全国范围内统一强制性征收二手房转让个人所得税(价格的1%或增值的20%)；(3)2006年11月14日北京市地税局出台了《北

- (5) 国务院六部委发布对外资的专门限制令⁵⁴⁾；
- (6) 成立专门的土地督察局监管各地方政府的土地审批和利用行为⁵⁵⁾；
- (7) 进一步规范土地出让，强调包括所有经营性土地在内的六类情形必须以招标、拍卖或挂牌的方式出让⁵⁶⁾；
- (8) 出台包括**土地使用限禁目录**在内的各项土地使用控制政策⁵⁷⁾。

上述政策从土地出让、开发建设、交易、信贷、税收和土地使用等方面对中国的整个房地产行业采取了多角度、多手段地调控措施。对于外资而言，除了毫无例外地适用于上述所有调控政策外，更要接受上述第(5)项的“外资限炒令”的直接调控。该行政命令全称为《关于规范房地产市场外资准入和管理的意见》，是在二〇〇六年七月经国务院同意，由建设部、商务

京市地方税务局关于个人转让二手房征收土地增值税问题的通知》，将于12月1日起正式开征土地增值税(房价的1%或增值部分的超额累进税率从30%起)，其他城市也有类似规定。以上三项再加上原有的契税，(普通住宅按照1.5%房价的缴纳，高档住宅按照3%缴纳)。目前在许多城市对于超过140平方米的房产，在购买后五年内转让的税费成本已经超过房价的10%。

- 54) 2006年7月11日，建设部联合其他六部委下发《关于规范房地产市场外资准入和管理的意见》，被业内称为“外资限炒令”，加强了对外商投资企业房地产开发经营、境外机构和个人购房的管理。
- 55) 2006年7月24日，国务院发布《关于建立国家土地督察制度有关问题的通知》，九个国家土地督察局派驻地方，全国省(区、市)及计划单列市的土地审批利用，将纳入九大土地督察局严格监管之下。
- 56) 2006年7月底国土资源部发布：从8月1日起，《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规范》和《协议出让国有土地使用权规范》两则细则正式施行，规范对招标拍卖挂牌或协议出让国有土地使用权的范围作了细化，商业、旅游、娱乐和商品住宅等各类经营性用地以及有竞争要求的工业用地等六类情形必须纳入招标拍卖挂牌出让国有土地范围，并建立国有土地出让的协调决策机构和价格争议裁决机制。
- 57) 国家发改委和国土资源部于2006年12月12日发布《限制用地项目目录》和《禁止用地项目目录》。与1999年禁止目录相比，新目录增加了别墅类房地产开发，高尔夫球场，赛马场，党政机关、国有企事业单位新建培训中心，未依法取得探矿权的矿产资源勘查，未依法取得采矿权的矿产资源开采等六个项目。新进入限制用地的项目包括，机动车交易市场、家具城、建材城等大型商业设施，大型游乐设施、主题公园(影视城)、仿古城，低密度、大套型住宅项目(指住宅小区建筑容积率低于1.0、单套住房建筑面积超过144平方米的住宅项目)，赛车场项目，公墓项目，机动车训练场项目等。

部、国家发展改革委员会、中国人民银行、国家工商行政管理总局和国家外汇管理局联合发布的，其主要内容如下：

(1) 规范外商投资房地产市场准入

- 外资在境内购买非自用房地产，应当申请设立外商投资房地产企业，经有关部门批准并办理有关登记后方可按照核准的经营范围从事相关业务。
- 外商投资设立房地产企业，投资总额超过1000万美元(含1000万美元)的，注册资本不得低于投资总额的50%。
- 外商投资房地产企业的股份和项目转让，以及境外投资者并购内房地产企业，由商务主管等部门严格按照有关法律法规和政策规定进行审批。
- 境外投资者通过股权转让其他方式并购的境内房地产企业，收购合资企业中方股权的，需妥善安置职工，处理银行债务，并以自有资金一次性支付全部转让金。对有不良记录的境外投资者，不允许其在境内进行上述活动。

(2) 加强外商投资房地产企业的经营管理

- 对投资房地产未取得《外商投资企业批准证书》和《营业执照》的境外投资者，不得进行房产开发商和经营活动。
- 外商投资房地产企业注册资本金未全部缴付的，未取得《国有土地使用证》的，或开发项目资本金来达到项目投资总额的35%的，不得办理境内、境外贷款，外汇管理部门不予批准该企业的外汇借款结汇。
- 外商投资房地产企业的中外投资各方，不得以任何形式在合同、章程、股权转让协议以及其他文件中，订立保证任何一方固定回报或变相固定回报的条款。
- 外商投资房地产企业应当遵守房地产有关法律法规和政策规定，严格执行土地出让合同约定规划许可批准的期限和条件。

(3) 境外机构和个人购房管理

- 境外机构在境内设立的分支、代表机构(经批准从事经营房地产的企业除外)和在境内工作、学习时间超过一年的境外个人可以购买符合实际需要的自用、自住的商品房,不得购买非自用、非自住商品房。

- 在境内没有设立分支、代表机构的境外机构和在境内工作、学习时间一年一下的境外个人,不得购买商品房。港澳台地区居民和华侨因生活需要,可在境内限购一定面积的自住商品房。

- 符合规定的境外机构和个人购买自用、自住商品房必须采取实名制。并持有效证明(境外机构应持我政府有关部门批准设立住境内机构的证明,境外个人应持其来境内工作、学习,经我方批准的证明,下同)到土地和房地产部门办理相应的土地使用权及房屋产权登记手续。对不符合条件的不予登记。

- 相关房地产转让所得人民币资金经合规性审核并确认性规定办理纳税等手续后,方允许购汇汇出境外。

(4) 政府的监管责任

- 各地不得擅自出台对外商投资房地产企业的优惠政策,已经出台的需清理整理并予以纠正。有关部门要及时制定有关操作细节,加强对各地落实规范房地产市场外资准入和管理政策的指导和监督检查,要进一步加大对房地产违规跨境交易和汇兑违规行为的查处力度。

- 完善市场监测分析工作机制。有关部门要建立健全外资进入房地产市场信息监测系统,完善外资房地产信息网络。有关部门要加强协调配合,强化对跨境资本流动的监测,尽快实现外资房地产统计数据的信息共享。

实际上“外资限炒令”的前两项规定并不是什么新内容,除了有关注册资本的规定对房地产行业的外商投资企业的入门条件稍作提高外,其余内容只是对已有政策的再次强调而已,即使是关于1000万美元以上投资项目注册资本

不得低于50%的要求，也并没有给外商投资企业的设立和经营带来太大的障碍。因此说，它对于外商投资设立房地产开发企业的传统行为，即本文第三部分提及的第(一)和第(二)种模式，并没有太多实质性的影响。

“外资限炒令”所带来的新东西是对境外机构和个人购房所进行的限制。这是从取消内销和外销房的限制之后出台的第一项专门针对外资购房的限制性规定。从内容上看，该命令几乎禁止了本文第三部分提到的曾经表现得最活跃的第(三)和第(五)种投资模式。然而，该命令中使用了不少模糊性的语言，比如对于符合条件的外国机构在中国注册的分支机构或者工作、学习满一年的外国个人在购买房产时仅仅规定了“自住、自用”的原则，但是对于具体的面积、套数并没有规定。实践中，在北京、上海等城市经常有外国公司驻华代表处或外商投资企业为安排其外国雇员而整栋地购买高档公寓的行为，该行为是否符合自住自用的原则尚没有进一步解释。从另一方面讲，这种模糊概念使得各地方政府部门在具体执行和实施过程中享有较大的裁量权，比如2007年2月2日北京市建委等五个部门联合下发了《关于规范境外机构和境外个人购买商品房的的通知》明确规定境外个人在京工作学习超过一年的，一人可以且只能购买一套自住商品房；而对于境外机构在北京设立分支、代表机构购买自用商品房的，则没有数量上的限制规定；它还规定外国个人和分支代表机构购买的商品房不得随意出租和转让⁵⁸⁾。显然北京的规定比“外资限炒令”更加具体也更加严格。其它许多城市目前停止办理了外国个人购房的房产登记手续，估计是正在制定类似北京的具体实施办法。

严格地讲，“外资限炒令”仅仅对外国个人投资行为起到了明显的制约作用，但是因为外国个人投资规模不大，因此这种制约对整个市场的影响微乎其微。而对于外国的机构投资者而言，该命令只不过是原来的直接收购模式上增加了一点微不足道的交易成本，即从直接购买转变成通过成立房地产经营公司来进行购买。因此“外资限炒令”究竟在多大程度上影响着房地产领

58) 《关于规范境外机构和境外个人购买商品房的的通知》 <http://news.thebeijingnews.com/0553/2007/02-03/021@240596.htm>。

域的外商投资，至今还难以得出清晰的结论。

耐人寻味的是就在调控政策密集出台的二〇〇六年，中国众多城市的房屋销售价格不降反升。据国家发改委、国家统计局二〇〇六年八月九日公布的调查显示，除上海外，全国70个大中城市第二季度房屋销售价格同比上涨5.7%，较上季度高出0.2个百分点。深圳、大连、呼和浩特的房价涨幅均超过10%，北京房价涨幅也达到8.7%⁵⁹⁾。在“外资限炒令”公布后的三个月内，一向表现活跃的中国房地产市场曾出现了短暂的寂静，正如业内人士说“这只是暂时现象，外资只是需要时间根据限外政策进行策略调整”。事实证明，外资进入的步伐在确实并未受到多大阻碍，到二〇〇六年底，国外的房地产基金又加快了进入上海、北京等房地产市场的步伐⁶⁰⁾。

调控政策实际上成了一把双刃剑，一方面由于实施信贷控制的政策，使得许多中小规模的国内房地产出现明显的资金问题。为了回笼资金，中国房地产企业纷纷以转让项目、低价出售物业、转让股份的方式来募集资金，而募集海外资金是这些中国企业的首选，对于资本雄厚的大型国际投资机构而言，这正是不错的逢低吸纳的机会。另一方面，调控措施反而加强了一部分有实力的外资机构进入中国市场的信心，原因是他们认为，调控使中国房地产发展更加稳定，使中国房地产市场的风险降低，合理的政策是为了让市场更加规范，这也许正是战略投资者最看重的，调控反而给投资中国房地产市场带来了最佳时机⁶¹⁾。

59) “房价不降反升，房地产调控为何遭地方政府消极应对”，马正林，《中国经济周刊》2006828，<http://fj.house.sina.com.cn/news/2006.8.28/2757994.html>。

60) “‘限外令’之黑色幽默：海外基金加码内地楼市”，唐文琪，2007年02月16日《上海证券报》，http://house.focus.cn/news/20070216/284317_1.html。

61) “欧美资本借力调控政策 深度渗透中国房地产市场”，谢红玲，2006. 11. 19《中国经营报》，http://shop.soufun.com/2006.11.19/870042_4.htm。

VI. 结 论

作为一篇介绍性的文章，可能难以使读者从中得出任何全面而深入的结论。但是我们可以从中归纳出以下几个要点：

因为中国的房地产市场尚处于早期的发展阶段，表现出了既年轻而充满活力又脆弱而不成熟，所以往往出现以政策代替立法来适用市场的不断变化。中国的房地产立法太过原则性且语言模糊，因此在具体的操作中往往要依赖地方或部门政府来规定具体的实施办法，如果实施办法制定的不及时，政府官员的任意解释往往对具体交易行为产生至关重要的影响。房地产领域的外商投资法律等于房地产法律与外商投资法律的简单相加。在某些具体方面或者是某些地方，针对外商投资的特别政策往往比法律更具影响力。在具体执行法律时候，中国的地方政府在外商投资房地产领域的行政行为往往更加具有灵活性和任意性。

[국문요약]

중국의 부동산분야에서의 외국인 투자에 관한 법과 정책

WENJIE SUN*

이 논문에서는 먼저 중국에서 외국(법인과 개인)의 투자에 관한 법과 부동산 관련 법규에 대하여 기본 개념을 소개한다. 두 번째로, 외국(법인과 개인)의 부동산 투자 정책의 제정(변화) 과정을 전반적으로 소개한다. 마지막으로, 중국에서 외국 법인과 개인의 부동산 매입과 투자에 관한 최신 정책에 대하여 소개한다. 이 글의 목적은 법조인들과 학자, 그리고 전문가들이 외국인의 중국 부동산 투자 관련 법률과 정책에 대해 잘 알게 하기 위함이다.

이와 관련하여 외국투자기업으로서 중국·외국 합자기업, 중국·외국 합작기업, 외자기업의 형태와 장단점을 살펴본 후 등록자본의 개념과 외자기업의 최저출자액과 출자기한에 대하여 소개한다. 또한 외국인 투자에 있어서 지원목록, 제한목록, 금지목록, 허가목록의 내용과 의의를 살펴본다. 중국에서의 투자와 관련하여 국유토지와 집단소유토지라는 두 가지 형태의 토지개념 및 토지사용권 그리고 토지사용권의 취득과 분배, 양도에 관하여 소개하기로 한다.

외국자본의 중국 부동산 투자 관련 법률규정을 살펴보고, 현행 법률체계에서 외국자본의 부동산 투자 방식을 소개한다. 또한 투자와 관련된 세금정책 및 은행대부규제 등에 관하여 살펴본다.

중국의 부동산 관련 입법은 시장보다 낙후되었고, 심각한 상황이므로

* 雷曼律师事务所(Lehman, Lee & Xu), Lawyer

일반 공공과 부동산 업자사이의 불일치와 긴장관계의 조정을 위한 입법이 요구된다.

주제어 : 외국투자기업, 부동산 투자법률, 부동산 관련 입법