



建筑房地产实务指导丛书 23

立志成为中国房地产法律服务的领军团队之一

Real Estate

Legal Services Operation Guide

打造最权威、最专业、最实用的

国内第一流房地产专业实务图书

房地产开发 法律服务操作实务

顾问

章靖忠（浙江省律师协会会长）

陈三联（浙江省律师协会秘书长）

主编

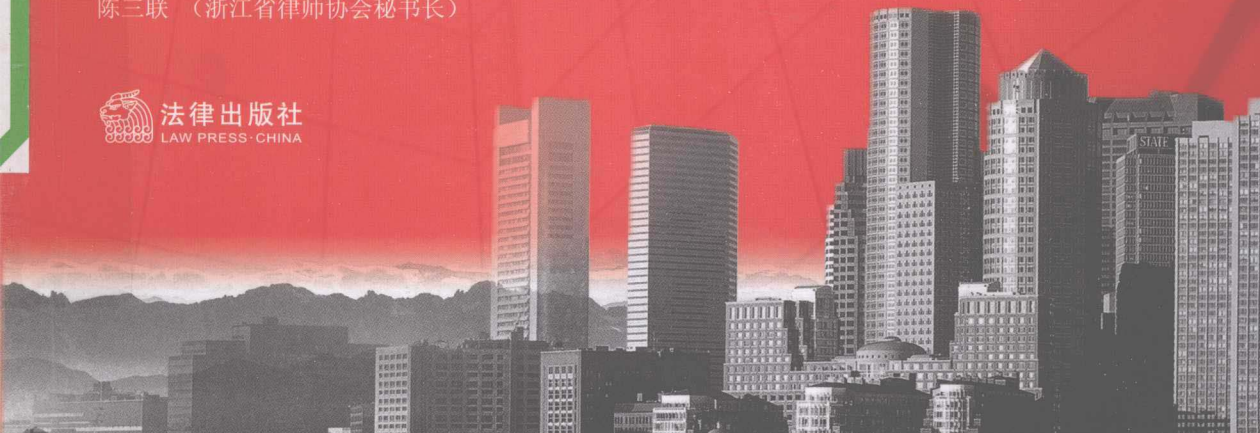
林轲海

编写

浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



建筑房地产实务指导丛书 23

立志成为中国房地产法律服务的领军团队之一

Real Estate
Legal Services Operation Guide

房地产开发 法律服务操作实务

顾 问

章靖忠（浙江省律师协会会长）

陈三联（浙江省律师协会秘书长）

主 编

林镭海

编 写

浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

房地产开发法律服务操作实务 / 林镛海主编. —北京:
法律出版社, 2010. 1

(建筑房地产法实务指导丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0358 - 0

I. ①房… II. ①林… III. ①房地产业—法规—基本
知识—中国 IV. ①D922. 181

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 012419 号

房地产开发法律服务操作实务
主编 林镛海

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 戴 伟 张新新
责任编辑 张新新
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

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 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 787×960 毫米 1/16
印张 31.25
字数 543 千
版本 2010 年 3 月第 1 版
印次 2010 年 3 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0358-0

定价:65.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编写

浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会

顾问

章靖忠(浙江省律师协会会长)

陈三联(浙江省律师协会秘书长)

主编

林镭海(浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会主任)

常务副主编

楼 韬(浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会副主任)

副主编

史建兵(浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会副主任)

周丽霞(浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会副主任)

张晟杰(浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会副主任)

裘红伟(浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会副主任)

陈月棋(浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会秘书长)

钱雪慧(浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会副秘书长)

叶劲松(浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会副秘书长)

鲁 宏(浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会副秘书长)

编委

章靖忠 陈三联 林镭海 楼 韬 史建兵 周丽霞

张晟杰 裘红伟 陈月棋 钱雪慧 叶劲松 鲁 宏

徐 巍 沈琼华 张锋平 姜丛华 左 斌 杨 益

何正桥 郑海东 沈世雄 王克先 徐志庆 王维永

叶通明 倪伟明 沈锋标 曹红光 骆忠红 牛 璞

卢赛红 顾 春 邝煜超

林镭海律师简介

林镭海,1963年生,男,毕业于东南大学,浙江沪鑫律师事务所主任,现任浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会主任、上海仲裁委员会仲裁员、上海市建筑施工行业专家委员会专家、中国房地产协会法律事务委员会委员、浙江省建筑业协会律师顾问团成员。1989年从事专职律师工作,1993年开始专业从事建筑、房地产领域的诉讼与非诉讼法律服务。被评为“全国优秀建筑企业法律顾问”、“全国建设领域百名优秀专业律师”、“浙江省律师事业突出贡献奖”、“纪念改革开放30周年建设领域法制先锋人物”。

在诉讼方面,林镭海律师在建筑与房地产领域有着丰富的实战经验和实战技巧,并成功地在浙、沪、苏三地胜诉了一批难、险、特、奇案件。其代理的涉及建设工程“阴阳合同”、“以送审价为准”的建设工程价款的结算,建设工程价款的优先受偿权以及房地产项目中的包销合同、预售合同、参联建合同纠纷等案件更是成为了法律实践的样板案例。

在非诉讼方面,林镭海律师为房地产开发和建筑施工提供工程项目全过程法律服务,以“降低风险、增加收益”为宗旨,掌握了审查房地产开发和建筑施工过程中的招投标文件、各类合同及指导施工过程中的签证、反签证,索赔、反索赔和工程款结算等方面的独特技巧,成功开辟了适合中国国情,有沪鑫特色,走在全国建筑和房地产非诉讼法律服务前沿的一整套核心技术,并受到企业青睐。

林镭海律师在理论研究上也是硕果累累。2005年其撰写的《〈建设工程施工合同司法解释〉操作指南——建筑商之孙子兵法》一书,由法律出版社出版,目前已经是第五次印刷;2006年其主编出版了《新编建筑法小全书》;2009年其主编出版了《建筑业法律服务实务》。其撰写的《解析“阴阳合同”之法律问题》等三篇文章连续三次获“浙江省律师理论与实务研讨会”一等奖和“华东律师论坛”优秀论文奖,多篇文章在核心期刊上发表。

周丽霞律师简介

周丽霞,1968年10月生,法律硕士,中共党员,1989年始执业,一级律师。其现任浙江导司律师事务所副主任、宁波仲裁委员会仲裁员、中华全国律协民委会诉讼法论坛副主任、浙江省律协建筑房地产专业委员会副主任、宁波市律师协会建筑房地产专业委员会主任,曾获“宁波市‘三八’红旗手”、“宁波市人民满意律师”、“宁波市优秀青年”等称号,现为中共宁波市第十一次党代会代表。

周丽霞现担任宁波雅戈尔置业有限公司、宁波万科房地产开发有限公司、宁波万达置业有限公司等十余家建筑房地产企业的常年法律顾问,曾成功代理众多房地产、建筑工程纠纷案件。其先后有十多篇专业论文在省、市律师实务理论研讨会上获一、二、三等奖,并在全国律协年会上作专题发言。

出版说明

2008年5月浙江省律师协会第二届建筑与房地产业务委员会成立,《房地产开发法律服务操作实务》一书的出版就被列为委员会三年规划的重要内容之一,为此,委员会迅速组成了强有力的撰写小组,由林饴海任主编,楼韬任常务副主编并具体分管这一工作,史建兵、周丽霞、张晟杰、裘红伟、陈月棋、钱雪慧、叶劲松、鲁宏任副主编,并对具体工作作了统一的分工。

《房地产开发法律服务操作实务》一书由第一编总则、第二编房地产开发领域中非诉讼法律服务实务、第三编律师为房地产开发领域提供诉讼法律服务实务、第四编专题探讨和第五编案例组成。

第一编总则部分由徐巍撰写。

第二编是房地产开发领域中非诉讼法律服务实务部分。第一章房地产开发公司设立中的法律服务实务由裘红伟撰写;第二章一级市场中土地取得(招拍挂)的法律服务由楼韬撰写;第三章二级市场中土地取得的法律服务中,第一节由陈月棋撰写,第二节由沈琼华撰写,第三节由钱雪慧撰写,第四节由史建兵撰写,第五节由鲁宏、张锋平撰写,第六节由姜丛华、左斌撰写,第七节由杨益撰写,第八节由沈琼华撰写;第四章诉讼、仲裁前的调解、调停、斡旋由钱雪慧撰写;第五章律师为房地产开发企业提供法律服务的模式指引由钱雪慧撰写。

第三编是律师为房地产开发领域提供诉讼法律服务实务部分。第一章诉讼与仲裁中,第一节诉讼由史建兵、娄建江撰写,第二节仲裁由张晟杰撰写;第二章房地产开发公司设立阶段的纠纷及其处理由裘红伟撰写;第三章一级市场中的土地取得(招拍挂)纠纷及其处理由楼韬撰写;第四章二级市场中的土地取得纠纷及其处理中,第一节由陈月棋撰写,第二节由沈琼华撰写,第三节由钱雪慧撰写,第四节由史建兵撰写,第五节由鲁宏、张锋平撰写,第六节由姜丛华撰写,第七节由杨益撰写,第八节由沈琼华撰写。

第四编专题探讨部分,收集汇编了由林饴海、郑海东、牛璞、徐志庆、王维永、曹红光、叶通明、倪伟明、沈锋标、沈琼华、王克先、沈世雄、何正桥、骆忠红撰写的房地产开发相关的论文共14篇。

第五编案例部分,收集汇编了由姜丛华、卢赛红、顾春、郦煜超等撰写的房地产开发相关案例。

以上的撰写者都由我们浙江省房地产开发领域法律服务的精英组成,非诉讼部分由楼韬、周丽霞、徐巍协助林镭海作最后的统稿,诉讼部分由史建兵统稿。

本书在编写过程中得到了有关领导、从事房地产开发领域法律服务的专业律师、各位作者以及参与编写的各位同仁的大力支持,尤其是各位作者,他们都是在繁忙的工作之余认真准备、积极撰写,对房地产开发领域法律服务的科学发展做出了无私的奉献,在此向他们表示衷心的感谢。当然,由于出书时间仓促,书中难免有疏漏和不当之处,还请广大的读者朋友不吝赐教。

浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会
2009年6月

序 言

全球金融危机给国内经济带来的深刻影响,已经渗入到各个经济领域,而房地产行业更是处于风口浪尖。

众所周知,房地产行业对经济具有巨大的拉动力,其直接关系到宏观经济的走向和国家金融的稳定;同时,房地产行业又涉及千家万户的切身利益,直接关系到民生保障。因此,房地产行业一直是国家政策调控的重点。

目前形势下,虽然自2009年1月份以来,在政府政策和开发商促销手段的刺激下,房地产市场交易量有所回升,价格也有明显上涨,但是,由于金融危机影响仍在持续,经济形势仍不十分明朗,因此,可以预见,在未来很长的一段时间内,房地产行业仍将面临一系列的调控措施。

房地产行业与国家政策具有高度的相关性,相应地,房地产法律法规体系也相当复杂。从房地产开发公司的设立、一级市场土地出让到二级市场中各种形式的土地转让,都有各种层级的法律法规加以规范。而法律法规之间、法律法规与政策之间也存在矛盾之处,所以国家立法机关根据实际情况也在对法律法规进行不断的修改,如目前对《土地法》和《城市房地产管理法》的修改就正在讨论之中。

因此,房地产开发企业在房地产开发过程中会不断遇到各种法律问题,而一旦应对不当则损失无可估量。尤其是在目前的形势下,准确应对房地产开发过程中的各种法律问题更是具有十分重大的意义!

浙江省作为全国的经济强省,其房地产开发也一直处于全国的前沿。浙江省的律师在为浙江房地产开发企业长期提供法律服务的过程中,也积累了丰富的经验。

为了集思广益、共享经验,浙江省律师协会建筑房地产业务委员会组织编写了本书,本书内容涵盖房地产开发实务、房地产开发的专题探讨以及案例分析三部分,融实务性、学术性、专业性与指导性为一体,是浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会全体专业律师集体智慧的结晶。

相信本书的出版必将对我国房地产行业的科学发展起到积极的促进作用!

浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会
2009年6月

目 录

第一编 总则	(1)
总则	(3)
第二编 房地产开发领域中非诉讼法律服务实务	(7)
第一章 房地产开发公司设立中的法律服务实务	(9)
第一节 有限责任公司形式房地产公司的设立	(9)
第二节 股份有限公司形式房地产公司的设立	(17)
第三节 外资房地产开发公司的设立	(19)
第四节 争议问题	(29)
第二章 一级市场中土地取得(招拍挂)的法律服务	(32)
第一节 招标、拍卖、挂牌的一般法律规定	(32)
第二节 代理出让方的律师提供的法律服务内容	(38)
第三节 代理受让方的律师提供的法律服务内容	(42)
第四节 律师在该阶段提供法律服务时特别要注意的问题	(47)
第五节 土地一级市场开发中的争议问题	(51)
第三章 二级市场中土地取得的法律服务	(57)
第一节 股权转让中的法律服务	(57)
第二节 项目转让中的法律服务	(79)
第三节 土地使用权转让中的法律服务	(94)
第四节 房地产合作开发中的法律服务	(110)
第五节 包销中的法律服务	(123)
第六节 开发管理中的法律服务	(147)
第七节 项目托管抄烂尾楼中的法律服务	(165)
第八节 BT 与 BOT 模式的法律服务	(170)

第四章 诉讼、仲裁前的调解中的法律服务	(180)
第五章 律师为房地产开发企业提供法律服务的模式指引	(183)
第一节 律师与委托方签订法律服务委托合同	(183)
第二节 律师为委托方提供法律服务时的操作程序	(188)
第三节 律师提供法律服务的基本模式	(188)
第四节 律师执业风险提示	(190)
 第三编 律师为房地产开发领域提供诉讼法律服务实务	(195)

第一章 诉讼与仲裁	(197)
第一节 诉讼	(197)
第二节 仲裁	(207)
第二章 房地产开发公司设立阶段的纠纷及其处理	(214)
第三章 一级市场中的土地取得(招拍挂)纠纷及其处理	(219)
第四章 二级市场中的土地取得纠纷及其处理	(229)
第一节 股权转让纠纷及其处理	(229)
第二节 项目转让纠纷及其处理	(233)
第三节 土地使用权转让纠纷及其处理	(242)
第四节 合作开发纠纷及其处理	(251)
第五节 商品房包销纠纷及其处理	(258)
第六节 开发管理纠纷及其处理	(264)
第七节 项目托管烂尾楼中的纠纷及其处理	(276)
第八节 BT/BOT 纠纷及其处理	(281)
 第四编 专题探讨	(289)

1. 房地产企业法律风险的防范	(291)
2. 《物权法》对房地产业发展的影响	(315)
3. 对房地产市场宏观调控政策合法性的质疑	(320)
4. 房地产合作开发合同有关法律问题探讨	(326)
5. 房地产合作开发合同名实不符的认定与处理	(332)
6. 合作开发房地产项目律师实务	(341)
7. 合作建房当事人权利义务	(349)

8. 项目公司开发房地产的法律探讨	(385)
9. 房地产项目转让的法律分析	(395)
10. 土地征收的公共利益界定	(401)
11. 商品房包销的法律问题	(410)
12. 《物权法》对建设用地的界定	(421)
13. 办理房地产权属证书迟延的责任	(424)
14. “烂尾楼”工程纠纷的法律问题	(430)
 第五编 案例	 (441)

1. 一起土地使用权出让合同纠纷案的启示	(443)
2. 律师在委托开发管理关系确立过程中的作用	(449)
3. ×××旅游度假城项目收购案例分析	(456)
4. 土地使用权转让合同纠纷案例评析	(461)
5. 合作开发外商投资房地产项目案例分析	(470)
6. 对一起土地使用权出让合同纠纷引出的几个问题的评述	(478)

第一编 总 则



总 则

浙江大平律师事务所 徐巍撰写

房地产是指房产和地产的总称,是房产和地产的结合体。从物权法的角度看,房地产又称为不动产,因为土地和房屋属于不可移动或经移动就要丧失其主要价值的物体。根据我国《城市房地产管理法》的规定,房地产开发是指在依据本法取得国有土地使用权的土地上进行基础设施建设、房屋建设的行为。房地产开发包括两部分的内容:其一是进行基础设施建设,通常称为土地开发或再开发,前者指把自然状态的土地通过建设变为可供建造房屋和各类设施的建筑用地,后者指对城市现有土地进行改造,调整用地结构,增加土地使用功能,提高土地利用率;其二是进行房屋建设,包括住宅、工业厂房、商业楼房、办公用房或其他专门用房的开发。然而,房地产开发商所涉及的业务还远远不只是这两项,还包括土地开发前的土地使用权取得和房屋建设后的房屋销售、物业管理等一系列更重要、更复杂的活动。

房地产开发商在规划、拆迁、施工、预售、销售以及租赁、物业管理等一系列活动中都会涉及各类复杂的法律问题,这就为律师参与房地产开发的全过程,为开发商提供全方位的法律服务提供了广阔的空间。目前,我国的房地产开发正处于高速发展阶段,但是我国对房地产开发活动进行调整的各项法律制度仍不够完善,各项法律规定不够明确,律师在为开发商提供法律服务中会遇到各类疑难问题,这需要律师在全面掌握房地产开发各阶段法律服务内容的基础上,不断地进行探索、研究,及时根据我国现行法律和政策有效处理开发商遇到的各类法律问题。

律师在为房地产开发商提供法律服务的过程中,应当遵守忠诚守信、专业精湛和勤勉尽责原则。律师应当以维护委托人合法权益为目的,在办理委托事

务过程中不受任何单位及其他组织和个人的非法干涉。律师应当精通法律知识,掌握与房地产开发相关的专业知识,提高业务操作能力和水平,以扎实的专业知识和技能为委托人提供优质的法律服务。同时,律师应当恪尽职守,勤勉敬业,对相关法律事实作尽职调查,向委托人提示各种法律风险,在与委托人约定的期限内完成各项具体的法律服务。

在房地产开发法律服务的过程中,律师应当做以下几项工作:(1)核实委托人的主体资格并充分了解受托事项的具体情况后,与委托人制作谈话笔录,向其提示法律风险,分析法律后果。(2)与委任人签订规范的委托合同,根据委托合同所约定的具体服务内容和要求,在委托权限内履行职责,不得损害委托人的合法权益。(3)严格执行中华全国律师协会颁发的《律师执业行为规范》(试行),注意防止出现利益冲突的情形,保守当事人的商业秘密和个人隐私(根据有关规定需向主管司法机关通报案情及已失密或已解密的事项除外)。(4)指导委托人以合法方式维护自身的合法权益,在委托人权益与第三方利益发生严重冲突时,律师应以构建和谐社会为宗旨,尽力防止冲突恶化,促进矛盾化解,引导各方当事人通过合法途径解决冲突。

本书的作者都是长期从事房地产开发法律服务的执业律师,他们在为开发商提供房地产开发法律服务时积累了丰富的经验,本指南是作者们多年执业经验的总结,是作者们专业知识的结晶。

律师提供法律服务,必须紧紧围绕法律法规的规定来进行。律师在提供房地产开发法律服务时,应注意参照以下法律、法规、规章和司法解释:

法律类:《民法通则》、《合同法》、《物权法》、《城市房地产管理法》、《土地管理法》、《城乡规划法》、《建筑法》、《招标投标法》、《环境保护法》、《环境影响评价法》等。

行政法规类:《城市房地产开发经营管理条例》、《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》、《土地管理法实施条例》、《城市房屋拆迁管理条例》、《建设工程质量管理条例》、《物业管理条例》等。

部门规章类:《房地产开发企业资质管理规定》、《建筑业企业资质管理规定》、《城市规划编制办法》、《商品房销售管理办法》、《城市商品房预售管理办法》、《城市房地产转让管理规定》、《房屋登记办法》等。

最高人民法院的司法解释类:《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释》(一)和(二)、《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》、《关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》、《关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》、《关于审理

建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》等。

由于房地产开发涉及面广,内容庞杂,本书无法涵盖房地产开发业务所涉及的全部法律内容。因此,在具体房地产开发业务操作过程中,读者应当根据我国现行法律法规,结合开发商所处的实际情况,自行判断运用本指南的内容。需要强调的是,房地产作为一个对国民经济有巨大影响的行业,不仅受到国家的重视,地方各级政府对当地的房地产业发展也高度关注。根据不同的时间和地区,地方政府会出台各种不同的政策对房地产业进行调整、控制和管理,读者应当将本指南与国家 and 地方不同的政策相结合,以期取得更好的实践效果。