

REAL ESTATE ENTERPRISE

COMMON LEGAL ISSUES AND
RISK PREVENTION AND CONTROL

房地产企业

常见法律问题及 风险防控

吕士威 ◎主编

土地拆迁 · 项目取得 · 项目融资 · 工程招标
工程建设 · 商品房销售 · 签约技巧 · 税务处理 · 争议解决



法律出版社 | LAW PRESS

REAL ESTATE ENTERPRISE

COMMON LEGAL ISSUES AND
RISK PREVENTION AND CONTROL

房地产企业

常见法律问题及 风险防控

吕士威 ◎主编



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

房地产企业常见法律问题及风险防控 / 吕士威主编.
—北京:法律出版社, 2016. 11
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0335 - 6

I. ①房… II. ①吕… III. ①房地产法—研究—中国
IV. ①D922. 181. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 285536 号

房地产企业常见法律问题及风险防控
吕士威 主编

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 李 群 李 璐
责任编辑 李 群 李 璐
装帧设计 贾丹丹

© 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 固安华明印业有限公司
责任印制 胡晓雅

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 17
字数 300 千
版本 2016 年 12 月第 1 版
印次 2016 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)

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 - 5197 - 0335 - 6

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编委会

主 编：吕士威

副 主 编：吴学联 李修超 贾国栋

执行编辑：张晓暄

撰 稿：程学林 贾国栋 吕士威 李霄然

李修超 施蕴涵 王 伟 王 众

王 勇 王 明 吴学联 武洪丞

吴 婧 张晓暄 赵 闯



程学林

北京德和衡（杭州）律师事务所主任，浙江省律师协会建筑与房地产以及公司与证券专业委员会委员，浙江省中小企业创业指导师，中华全国律师协会涉外律师领军人才，多年从事房地产法律服务，并在公司、金融领域有丰富经验。



贾国林

山东德衡律师事务所合伙人，房地产一部主任，房地产与建设工程专业律师，专注于建设工程和房地产税务问题的研究，在房地产诉讼和非诉讼领域积累了丰富的经验。



吕士威

德衡律师集团副总裁，房地产业务中心总监，山东省律师协会讲师团讲师。擅长代理重大、疑难房地产诉讼案件和房地产投融资、房地产项目并购和合作开发、城镇化及商业地产项目运作等非诉讼法律服务。



李霄然

德衡律师集团合伙人，集团房地产业务中心秘书长，北京市律师协会房地产专业委员会委员。擅长房地产争议解决，对国有建设用地出让和转让、房地产项目开发及转让、集体建设用地流转等有深入研究。



李修超

德衡律师集团合伙人，山东德衡（青岛西海岸经济新区）律师事务所执行主任，房地产专业资深律师，擅长房地产项目运营、村庄改造、建设工程、委托代建、房地产销售等诉讼和非诉业务。



施蕴涵

山东德衡律师事务所律师，擅长房地产法律事务、民商事纠纷案件、行政和政府法律事务，具有深厚的房地产专业理论功底和工作经验，熟悉房地产项目整个操作流程。



王伟

北京德和衡（青岛）律师事务所，房地产与建设工程业务专业律师，擅长代理房地产与建设工程领域诉讼或仲裁案件，并对房地产项目开发等非诉业务具有丰富经验。



王众

山东德衡律师事务所，房地产专业律师，擅长代理房地产诉讼或仲裁业务，熟悉诉讼事务操作，拥有丰富的庭审经验。



王 勇

山东德衡（青岛西海岸经济新区）
律师事务所律师，争议解决部主任，
擅长建设工程合同及商事合同
纠纷案件的代理。



王 明

山东德衡律师事务所房地产团队
律师，从业领域主要涉及房地产、
金融等。



吴学联

德衡律师集团合伙人，德衡城镇
化建设与征地拆迁业务团队主任，
擅长土地纠纷、房地产开发、征
地拆迁、村庄改造、建设工程纠纷、
商品房买卖、物业纠纷等诉讼和
非诉业务。



武洪丞

山东德衡律师事务所律师助理，
在征地拆迁、商品房买卖、物业
纠纷等诉讼和非诉业务中具有实
务经验。



吴 婧

德衡律师集团合伙人，曾任青岛市
律师协会房地产专业委员会委员、
青岛市法律援助中心疑难案件律
师团成员，擅长办理公司、房地产、
民事、经济、劳动等领域的诉讼
或非诉讼法律事务。



张晓暄

山东德衡律师事务所律师，德衡
集团房地产业务中心秘书，擅长
商品房买卖合同纠纷处理以及房
企日常合同审查。



赵 阎

山东德衡律师事务所，项目建设与
PPP 业务三部执业律师，擅长房地
产诉讼案件、劳动纠纷案件的代
理，以及房地产开发、商业地产
项目运作等相关非诉法律事务。

前言

Preface

房地产开发历时周期长、投资额度大、涉及法律关系多,其过程中法律风险频发,且容易引发纠纷,许多房地产企业苦于没有系统解决问题的手册,即便是面对常见问题,也只是见招拆招,疲于应对。我们基于多年服务于大中型房地产企业的经验,站在房地产企业的立场,就土地取得、项目投融资、施工建设、税收筹划、商品房预(销)售、争议解决等方面多发的法律风险和纠纷从实务角度进行分析,论证防范方案或解决办法,逐一发布于我们的微信公众号“德衡房地产律师工作室”,受到房地产法务人员、房地产专业律师及相关专业人士的广泛关注,并成为其处理相关问题的重要参考。以微信平台取得的效果为基础,我们筛选了部分具有典型性、普遍性的文章结集成此书,希望为广大房地产企业、房地产领域法律人士解决日常和多发的法律问题提供借鉴,以减少该领域的纠纷和争议。

鉴于上述成文目的和成书过程,本书文章均不称其为论文,与论文相比,所有文章没有学术批评、不重理论分析,也不苛求逻辑上的严密,其更注重解决常见法律问题的实用性,因此多从实务角度出发,短小、精练、通俗、易懂。对房地产一般从业人员解决其遇到的问题,可谓实用手册;对房地产法务人员或拟从事房地产法律服务的律师掌握房地产法律工作要点,可谓实务教材。

因本书主要为德衡房地产业务中心律师以其切身为房地产企业提供法律服务的实践为基础,结合经办的具体事务,研究相关法律法规、司法案例,并归纳总结其处理相关问题的个性化经验而形成,其观点和建议均具有较强的个体主观性,未必与权威的、主流的、通行的或实际处理相关事务的行政或司法机关的意见一致,因此,其对某些风险的防范预案并不能直接套用到具体的个案中,其对某类问题的解决建议也未必领先于行业内处理类似问题的惯例、对具体问题未必具有实际可

行性。尽管如此,但律师以其独特的视角、浅显的笔触将具有难点、争点的问题一一分析呈现,专业而不晦涩,犀利但不尖锐,值得开卷细读,值得尝试借鉴。

德衡集团房地产业务中心是一个精益求精的团队,但因作者较多,全书文章在行文风格上很难做到高度统一,选题和观点上也难免有重复或相左之处。同时,编委成员虽分工协作,经过多轮编辑校对,但因时间较紧、水平有限,仍不排除某些文字或修辞仍有疏漏,恳请读者谅解,并给予批评、指正。

法律服务以防患未然为基础,以息讼止争为目标。然而“以法服人,其外若密,以德实疏;以德结人,其外虽疏,其中实密”。我们追求法律服务专业、严谨,我们更崇尚诚实信用、义重于利,所以愿此书之于您,只如鞘中之剑。



2016 年 12 月 4 日

目 录

Contents

土地征迁

- 集体土地征收的流程有哪些? 吴学联 武洪丞(3)
- 集体土地征收如何进行补偿? 吴学联(6)
- “以租代征”有何法律风险? 如何防范? 吴学联 武洪丞(9)
- 被征收房屋的补偿价值如何确定? 吴学联 武洪丞(12)
- 农村土地承包经营权“一女二嫁”如何处理? 王 勇(15)
- 集体土地上的房屋拆迁补偿方式有哪些? 吴 婧(17)
- 国有土地上房屋征收补偿的范围有哪些? 如何在征收补偿时维护自己的合法权益? 施蕴涵(21)

项目取得

- 以土地使用权出资、入股是否受“已完成开发投资总额25% 以上”之规定的限制? 吕士威(27)
- 收购房地产项目, 资产并购和股权并购方式哪种好?
..... 吕士威(30)
- 在土地闲置认定和处置程序中, 开发商如何运用《闲置土地处置办法》维护自身利益? 吕士威(33)
- 房地产项目收购时未达到转让条件有何风险及如何应对?
..... 贾国栋(37)
- 被收购方在房地产项目并购中有哪些风险及如何应对?
..... 贾国栋(39)
- 国有建设用地使用权人如何改变土地用途? 李霄然(41)
- 没有采取公开竞价方式签订的经营性建设用地使用权出

让合同是否有效?	王 众(45)
关于土地使用权出资成立公司的法律规定	张晓暄(48)

项目融资

房地产信托融资有哪些模式? 其流程是怎样的?	吕士威(55)
PPP 模式能否用于土地一级开发? 目前操作实践是怎样 的?	吕士威(60)
权益众筹购房模式下, 如何保障投资人利益? 投资人如 何转让其份额?	吕士威(63)
产权众筹模式下, 众筹购房权属如何登记? 份额如何转让?	吕士威(67)
股权众筹购房的操作模式是怎样的? 如何保护投资人权益?	吕士威(69)
通过众筹方式招募购房人如何防范涉嫌犯罪的风险?	吕士威(72)
房企以“名股暗债”方式融资, 其对赌条款是否有效?	吕士威(75)
在建工程转让中如何防范政府行使优先购买权的风险?	王 伟(77)

工程招投

建设工程招投标的基本流程是怎样的? 招投标条例实施 后开发商应注意哪些问题?	吕士威(83)
必须招投标的项目, 开发商如何防范黑、白合同在适用上 的风险?	吕士威(86)
投标担保与履约担保有什么不同?	吕士威(89)
如何区分“必须招标”与“必须公开招标”的范围?	贾国栋(91)
招标如何避免引狼入室?	李修超(94)
发包人指定分包的合法措施有哪些?	王 伟(96)
依法必须招标而未招标存在哪些风险?	王 明(98)

工程建设

- 建设工程价款优先受偿权的几个实务问题 贾国栋(103)
- 结算审计与决算审计:工程款的结算依据是什么? 贾国栋(106)
- 工期延误责任应由谁来承担? 贾国栋(109)
- 发包人该如何处理承包人的索赔请求? 贾国栋(113)
- 监理合同无效,如何结算监理费? 李修超(116)
- 建设单位如何妥善处理与施工单位的关系? 李修超(119)
- 建设单位如何规避工程竣工验收和交付中的风险?
..... 李修超(121)
- 建设单位如何应对施工索赔法律风险? 李修超(123)
- 建设工程施工合同无效的情形与后果有哪些? 王 伟(125)
- 承包人项目部对外签订合同是否有效? 王 伟(128)
- 认定施工合同构成实质性背离的具体情形有哪些?
..... 王 伟(130)
- 房地产合作开发合同的联建方是否需对工程款支付承担
连带或者补充责任? 程学林(132)

商品房销售

- 开发商在商业地产项目中如何防范买受人提前进场装修
导致的迟延交付问题? 吕士威(137)
- 开发商采用“售后包租”方式销售商品房有何法律风险?
应该如何防范? 吕士威(139)
- 开发商有权处分其投资建设的幼儿园、会所等配套设施吗?
..... 吕士威(142)
- 常见的售楼广告违法风险有哪些及如何防范? 贾国栋(146)
- 商品房“验收合格”的标准是什么? 贾国栋(149)
- 商品房按揭中开发商有哪些法律风险及整体防控建议
..... 贾国栋(153)
- 人防工程应当如何依法处分? 贾国栋(157)
- 开发商预售精装修房屋有哪几种方案? 各方案有何优势

- 劣势? 李修超(160)
- 商品房限购令的法律属性如何? 开发商是否可以通过诉讼要求政府赔偿限购带来的损失? 李修超(162)
- 为业主提供阶段性担保,开发商如何自保? 李修超(165)
- 如何防范商品房买卖合同中第三人付款行为的法律风险?
..... 王 众(168)
- 开发商“垫首付”存在哪些风险? 赵 闯(170)

签约技巧

- 预售合同约定出现质量问题开发商零赔偿管用吗? 开发商在合同中如何约定更有利? 吕士威(175)
- 如何防范将来违约方主张合同约定的“违约金过高”的风险? 吕士威(177)
- 购房人未按认购书约定签署预(销)售合同能否取回定金?
..... 吕士威(179)
- 开发商如何防范销售人员擅自对外承诺的风险? 吕士威(182)
- 施工单位保修期届满后,开发商还需对商品房承担质量保修责任吗? 吕士威(184)
- 开发商如何设计划分商业地产项目的物业管理区域?
..... 贾国栋(187)
- 建设工程合同如何约定可以最大程度规避风险? 李修超(190)
- 如何签好“大订单”? 李修超(192)
- 庭院私属如何通过合同实现? 李修超(194)
- 土地抵押权能排除其他优先权吗? 抵押权人如何防范有关风险? 王 伟(196)
- 《商品房买卖合同(预售)示范文本》亮点有哪些? 王 众(199)

税务处理

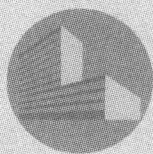
- 城市基础设施配套费是否应计入契税计税依据? 贾国栋(203)
- 贷款利息如何进行土地增值税筹划? 贾国栋(206)

房地产项目股权转让是否应缴纳土地增值税?	贾国栋(208)
开发贷款利息在土地增值税与企业所得税处理上有什么差异?	贾国栋(211)
以土地使用权出资涉及哪些税种?	贾国栋(214)

争议解决

房地产企业涉嫌行政违法时行政处罚程序是怎样的? 应当如何应对行政询问或调查?	吕士威(219)
房地产价格下跌购房人可以退房吗? 开发商如何防范该风险?	吕士威(224)
通过收购村集体所有的公司股权收购房产项目如何防范合同效力风险?	吕士威(227)
开发商对外应付账款被查封怎么办?	吕士威 张晓暄(231)
父母有权单独起诉解除其与未成年孩子共同签署的购房合同吗?	吕士威(233)
开发商能否直接受让银行按揭贷款债权?	贾国栋(235)
开发商遭遇“预查封”时该如何救济?	贾国栋(238)
施工现场发生的人身伤害事故责任应如何承担?	贾国栋(242)
商品房按揭贷款关系中,开发商阶段性连带保证责任何时终止?	李修超(245)
商品房抵押权预告登记后,其权利人是否享有优先受偿的权利?	李修超(248)
法院对购房人预购的商品房进行查封,是否应通知开发商? 开发商应如何救济?	李修超(251)
施工合同为固定总价的,工程未完工而合同解除时工程价款如何结算?	王 伟(253)
让利承诺书的法律效力如何认定?	王 伟(256)
房屋买卖合同纠纷审判实践中,有关违约金过高的问题有哪些?	王 众(258)
物业服务面临哪些风险? 如何防范?	赵 闯(260)

集体土地征迁，到底有什么讲究



土地征迁

随着城市化进程的加快，城市规模不断扩大，城市人口不断增加，城市用地需求日益增长。在城市发展过程中，土地征迁是一个不可避免的问题。土地征迁是指国家为了公共利益的需要，依法将集体所有的土地征收为国有土地，或者将集体所有的房屋拆迁的行为。土地征迁是城市发展的基础，也是城市发展的保障。但是，土地征迁也是一个敏感的问题，涉及到农民的切身利益，也涉及到社会的公平正义。因此，在土地征迁过程中，必须遵循合法、公平、公开的原则，保障农民的合法权益，维护社会的公平正义。

土地征迁是一个复杂的过程，涉及到多个环节。首先，是土地征迁的启动。土地征迁的启动必须基于公共利益的需要，并且必须经过严格的审批程序。其次，是土地征迁的补偿。土地征迁的补偿是保障农民合法权益的关键。补偿的标准应当公平合理，既要考虑到农民的土地投入，也要考虑到农民的生活保障。最后，是土地征迁的实施。土地征迁的实施应当公开透明，接受社会的监督。在实施过程中，应当尊重农民的意愿，保障农民的知情权、参与权和监督权。

土地征迁是一个系统工程，需要政府、企业、农民和社会的共同努力。政府应当加强土地征迁的监管，确保土地征迁的合法性和公平性。企业应当尊重农民的合法权益，不得随意征用农民的土地。农民应当了解土地征迁的政策，依法维护自己的合法权益。社会应当加强对土地征迁的监督，确保土地征迁的公开透明。只有各方共同努力，才能确保土地征迁的顺利进行，推动城市的健康发展。

集体土地征收的流程有哪些？

吴学联 武洪丞

集体土地征收,是指根据社会经济发展等公共利益的需要,依照法律规定的权限和程序,报经国务院或者省人民政府批准,将农民集体所有的土地征为国家所有,并依法合理予以补偿和安置的行为。

集体土地征收的流程

按照相关法律规定,市、县人民政府负责本行政区域内的土地征收工作;乡(镇)人民政府、街道办事处按照上级人民政府的统一安排,协助做好土地征收的有关工作;省级人民政府国土资源行政主管部门负责全省土地征收的监督管理工作,具体征收流程如下:

(一)由市、县人民政府在该农村集体经济组织所在地发布预征收土地公告。征收土地公告应当包括拟征收土地的位置、范围、用途、补偿标准等内容。

(二)市、县人民政府国土资源行政主管部门依据本级人民政府发布的征收土地公告,组织勘测定界,并会同财政等有关部门、乡(镇)人民政府或者街道办事处及用地单位,与村民委员会、承包户对拟征收土地的权属、地类、面积以及地面附着物的权属、种类、数量等进行现场调查、清点、核实,填写土地征收勘测调查清单。

(三)市、县人民政府国土资源行政主管部门会同有关部门依据国家和省级土地征收补偿安置的有关规定拟定土地征收补偿安置方案。

(四)市、县人民政府国土资源行政主管部门应当将拟定的土地征收补偿安置方案在农村集体经济组织所在地进行公示。

(五)农村集体经济组织、农民或者其他权利人对补偿标准和安置方式没有异议的,由市、县人民政府国土资源行政主管部门和财政部门与农村集体经济组织签订土地征收补偿安置协议。

(六)市、县人民政府国土资源行政主管部门组织编制土地征收方案,连同有关材料,报有批准权的人民政府批准。

(七)市、县人民政府应当自收到土地征收批准文件后,在被征收土地农村集体经济组织所在地予以公告。

(八)市、县人民政府财政部门会同国土资源行政主管部门足额向被征收土地农村集体经济组织、农民和其他权利人支付土地征收补偿安置费、地上附着物和青苗补偿费。

(九)被征收土地权利人在规定的期限内清理附着物,并移交土地。

针对集体土地征收的律师建议

当前我国土地征收违法现象比较严重,土地征收“程序合法”是征地行政行为合法的要素之一;而程序违法,使行政行为失去了合法性基础。对此律师提出以下三点建议,以期对征地机关有所裨益。

(一)依法按流程顺序征地。在实践中,征地机关未批先征、未批先用、未经听证程序而批准补偿安置方案、不按照法定程序公告、征地后不办理所有权与使用权变更手续等违反征地程序的现象较为普遍,也因此导致征地程序违法,引发大量“官民”矛盾。因此,应重视征地流程,依法按流程顺序征地。

(二)不可变相违反征地程序“空间”。征地程序的空间设定,主要体现为辖区设定与决定过程公开范围两个方面。在辖区方面,对于土地征收的审批,我国《土地管理法》明确规定了地类和数量与机关之间的一一对应关系,地块的重要性越高,数量越大,审批机关的级别也越高。然而,在目前土地征收工作中,“化整为零”“下放审批权”“特事特办”“越权审批”等现象普遍存在。这种规避审批辖区的做法,导致权限较低的征地机关处分了价值较高或数量较大的土地;而在决定过程的公开范围方面,征地机关的遮掩和回避往往使被征收人在不知不觉中丧失权利,并成为一些个案中被征收人无法及时主张权利的主要原因,为“非法圈地”打开了方便之门。

(三)依照法定方式进行。征地行为必须以一定的方式为载体,如以书面方式作出等。法定的方式对认定征收行为性质,确定征收行为效力和责任归属有重大意义,而违反法律规定方式的征地行为有可能导致征地程序违法。