



建筑房地产实务指导丛书 28

Real Estate

致力于打造国内最权威、最专业、最实用的
房地产法律实务图书！



邢万兵 著

房地产 法律实务

立志成为中国房地产法律服务的领军团队之一



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

建筑房地产实务指导丛书 28

邢万兵 著

Real Estate
房地产
法律实务



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

房地产法律实务 / 邢万兵著. —北京:法律出版社,2012

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2939 - 9

I. ①房… II. ①邢… III. ①房地产业—法律—基本知识—中国 IV. ①D922.1814

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 263219 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/张新新

装帧设计/马 帅

出版/法律出版社

编辑统筹/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/廊坊市飞腾彩印制版公司

责任印制/陶 松

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/26.75 字数/446 千

版本/2012 年 1 月第 1 版

印次/2012 年 1 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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2939 - 9

定价:56.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

中国房地产的发展速度让世人瞩目,令各路人士始料不及,从业者、服务者、监管者无不在思考、在行动、在预测、在储备。“审堂下之阴而知日月之行、阴阳之变;见瓶水之冰而知天下之寒、鱼鳖之藏也!”房地产行业的起落兴盛实质是中国经济发展方式的写照、是中国人习俗心声的表露。

中国任何一个行业的发展速度都无法与房地产业相提并论。笔者也在思考,中国房地产何去何从?近年出台的“国N条”先后指明了“促进健康发展、促进平稳发展、坚决遏制快速上涨、进一步做好……严格执行……”的调控思路,促进发展仍是调控的主旋律;中央层面提出新的多种土地竞价方式,但新的竞价方式仍是现行“招拍挂”制度的有益补充,地方政府对土地财政的依赖程度在短期内不会改善;中国已进入城镇化的快速发展阶段,城镇化是现代化的必经过程,城镇化意味着大量农民“被上楼”,所腾退土地将用于城市建设;房地产是现阶段中国经济的重要增长点,未来新的经济增长点确立之前,GDP仍需房地产拉动。凡此种种表明,房地产仍在、仍将发展,但应当保持健康、平稳、理性的发展趋势。

政治、经济、文化、伦理、道德等问题最终都将演化为法律问题,法院是解决社会矛盾的最后一站,法律是解决社会矛盾的最后凭藉,无论房地产市场将何去何从,都必须在法律规则范围内游戏!

本书是一部系统介绍房地产法律实务的著作,包括开发用地、前期手续、合作开发、项目并购、外商投资、项目招标、项目施工、项目销售、房地产税收等九大问题,旨在系统、全面、务实地为读者提供一部全程式的法律适用指南。

作者从事律师工作十二年,期间不断在学习、在践行、在思考,将所思所行倾诉于字里行间,形成目前的文字作品,冀希各位读有所获、获有所用、用有所益。当然,本书观点为作者一孔之见,难免偏颇,恳请方家不吝赐教。

目 录

第一章 房地产法律制度概述	(1)
第一节 房地产与房地产业的概念	(1)
第二节 房地产法律体系简介	(2)
一、房地产法律渊源	(2)
二、房地产政策体系	(3)
第二章 房地产开发用地	(6)
一、土地一级开发	(6)
二、土地二级开发(房地产开发)	(7)
第一节 建设用地供应与土地储备制度	(8)
一、建设用地供应制度的现状	(8)
二、土地储备制度的运作模式	(11)
三、公共利益下的土地储备制度变革	(12)
第二节 建设用地出让中的法律问题	(14)
一、信息公开制度	(14)
二、竞价申请制度	(15)
三、土地出让方式的确定	(16)
四、规划条件与建设条件对所有参与者具有约束力	(17)
五、确定中标人(竞得人)与订立出让合同	(17)
六、缴纳土地出让金与办理土地使用证	(18)
七、建设用地的交付	(19)
八、土地开发建设与用地监管	(20)
九、建设用地使用权期限届满的续期问题	(22)
十、受让人违约行为与责任	(23)

十一、出让人违约行为与责任	(24)
● 房地产开发经营合同文本之一	(25)
● 房地产开发经营合同文本之二	(34)
第三节 出让土地使用权的转让	(40)
一、土地使用权转让合同的订立与履行	(40)
二、区分合同效力与物权变动	(41)
三、不符合《城市房地产管理法》第 39 条的转让行为	(42)
四、违反《城市房地产管理法》第 38 条的转让行为	(43)
五、“一地数转”合同纠纷的处理规则	(44)
第四节 划拨土地供应与流转制度	(45)
一、划拨土地的供应与变革	(45)
二、划拨土地用于经营性建设项目	(46)
三、划拨土地抵押制度	(47)
第五节 闲置土地治理与预防之策	(48)
一、闲置土地的范畴	(49)
二、土地闲置的原因透视	(49)
三、闲置土地的治理与预防之策	(50)
四、设定抵押的闲置土地收回问题	(51)
第六节 《物权法》上不动产抵押制度的新规定与新实践	(52)
一、扩充了可设定抵押的财产范围	(53)
二、区分了抵押合同生效与抵押权设立	(53)
三、健全了不动产抵押权登记制度	(54)
四、正视了房与地分别抵押制度	(55)
五、漠视了人保与物保之间相互追偿	(55)
六、简化了抵押权的实现过程	(56)
七、缩短了抵押权的实行期间	(56)
八、完善了抵押权保全制度	(57)
九、协调了抵押权与其他权利的冲突	(57)
第七节 公共利益下的房屋征收制度	(57)
一、从拆迁到征收:变与不变	(58)
二、公共利益下的征收启动程序	(59)
三、征收核心问题:补偿之争	(61)
四、程序保障下的强行搬迁	(64)

五、小结	(64)
第三章 房地产开发前期手续	(65)
第一节 固定资产投资(房地产开发)立项制度	(65)
一、投资体制概述	(65)
二、完善政府投资体制	(66)
三、规范核准制	(67)
四、健全备案制	(68)
五、招标内容的核准	(69)
●北京市固定资产投资(房地产开发)办事指南之一	(70)
●北京市固定资产投资(房地产开发)办事指南之二	(72)
●北京市固定资产投资(房地产开发)办事指南之三	(73)
第二节 办理规划许可手续	(74)
一、城乡规划管理体系概述	(74)
二、建设用地规划管理	(75)
三、建设工程规划管理	(77)
●北京市固定资产投资(房地产开发)办事指南之四	(79)
●北京市固定资产投资(房地产开发)办事指南之五	(81)
●北京市固定资产投资(房地产开发)办事指南之六	(82)
第三节 办理国有土地使用证	(84)
一、登记机关	(84)
二、申请材料	(85)
三、土地登记的法律效力	(86)
●北京市固定资产投资(房地产开发)办事指南之七	(87)
第四节 办理施工许可证	(89)
一、必须领取施工许可证的工程范围	(89)
二、申请领取施工许可证的条件	(89)
三、特殊情形下施工许可证管理	(90)
●北京市固定资产投资(房地产开发)办事指南之八	(91)
第五节 办理预售许可证	(94)
一、商品房预售的法定条件	(94)
二、办理预售许可证的申请材料	(94)
●北京市固定资产投资(房地产开发)办事指南之九	(95)
第六节 建设工程设计合同订立与履行	(97)

一、设计文件的编制依据与深度要求	(98)
二、建设工程设计合同当事人的义务与责任	(98)
三、建设工程设计合同的条款内容	(100)
四、设计文件的交付与验收	(101)
● 房地产开发经营合同文本之三	(102)
第四章 房地产合作开发	(108)
第一节 选择恰当合作开发模式	(108)
一、协议合作模式	(108)
二、新设公司模式	(109)
三、后续入股模式	(109)
四、小结	(109)
第二节 协议式合作开发	(110)
一、合作的主体要件	(110)
二、合作的土地条件	(110)
三、开发事务的执行	(111)
四、投资增减与利润分配	(112)
五、面积增减与利润分配	(113)
六、违章建筑不予分配	(113)
七、提供资金的隐名一方的风险与对策	(114)
八、名不副实的合作开发	(115)
九、合作协议的主要条款	(116)
第三节 项目公司式合作开发	(117)
一、公司设立条件与程序	(117)
二、合作者的出资与投资	(118)
三、合作协议(公司设立协议)	(119)
四、公司组织机构	(120)
五、合作各方的利润分配	(121)
六、公司设立前与清算中的股东责任	(121)
七、合作开发合同条款	(122)
第五章 房地产项目并购	(123)
第一节 并购之前的尽职调查	(123)
一、尽职调查的重要价值	(123)
二、尽职调查内容	(123)

三、尽职调查方法	(127)
四、调查报告的制作	(128)
● 房地产开发经营合同文本之四	(129)
第二节 并购途径之一:股权转让	(131)
一、股权转让的步骤	(131)
二、意向书订立	(132)
三、尽职调查重点	(133)
四、履行公司法上的手续	(133)
五、价款确定与支付	(134)
六、办理股权变更登记	(135)
七、项目交接	(135)
八、过渡期处理	(136)
九、陈述与保证条款	(137)
十、股权转让合同条款	(137)
第三节 并购途径之二:项目转让	(138)
一、项目转让程序安排	(138)
二、尽职调查重点	(139)
三、相关合同处理	(140)
四、价款支付	(141)
五、项目交接	(141)
六、项目手续变更	(142)
七、项目转让合同的条款	(142)
第四节 两种非典型性并购方式	(143)
一、不变更手续式的项目转让	(143)
二、不变更手续式的股权转让	(144)
三、小结	(145)
第六章 外商直接投资房地产	(146)
第一节 外国投资者直接设立房地产企业	(146)
一、商业存在原则与项目公司原则	(146)
二、外国投资者参与建设用地出让	(147)
三、竞标保证金与土地出让金的支付	(148)
四、外资房地产项目的核准	(150)
五、外资房地产企业的审批	(151)

六、外资房地产企业的设立	(152)
七、外资房地产企业的备案	(154)
八、外资房地产企业的外汇登记	(154)
九、外商房地产企业举借外债	(155)
第二节 外国投资者并购境内房地产企业	(156)
一、外国投资者并购境内房地产企业基本制度	(157)
二、外国投资者实施资产并购	(160)
三、外国投资者实施股权并购	(161)
第三节 外资房地产企业投资者股权转让	(163)
一、遵守外资企业法与外资准入制度	(163)
二、股权转让协议的订立	(164)
三、办理审批手续	(164)
四、办理企业变更手续	(165)
第四节 境外机构和个人购买自用房地产	(166)
一、根据购房目的区别对待	(166)
二、房地产政策对“限外令”的影响	(167)
第七章 建设工程招标与合同订立	(168)
第一节 建设工程的承包体系与合同订立	(168)
一、建设工程的承包体系与方式	(168)
二、专业(劳务)分包、违法分包与转包	(170)
三、无效施工合同及法律后果	(172)
四、书面合同与施工合同范本	(173)
五、建设工程企业资质	(175)
第二节 建筑安装工程费用构成与计价方法	(177)
一、建筑安装工程费用组成	(178)
二、两种工程款计价方法	(179)
第三节 2008年版《建设工程工程量清单计价规范》法律解析	(180)
一、2008年版《建设工程工程量清单计价规范》简介	(180)
二、工程量清单的编制	(181)
三、工程量清单计价	(196)
第四节 建设工程合同的风险防范应从招投标开始	(199)
一、招标文件直接决定建设工程合同的实质性内容	(199)
二、违反《招标投标法》强制性规范的建设工程施工合同无效	(199)

三、招标投标文件是解决施工合同纠纷的主要证据	(200)
四、招标投标文件决定着合同双方的风险格局与防控措施	(200)
第五节 建设工程招标的前期准备工作	(201)
一、强制性招标项目的范围和规模标准	(201)
二、招标条件	(202)
三、招标方式	(202)
四、招标组织形式	(203)
五、招标文件编制及内容	(203)
六、发布招标公告(发出投标邀请书)	(204)
七、对投标人资格预审	(205)
八、投标(履约)保证金的得丧变更	(206)
第六节 招标投标五个阶段的法律效力	(207)
一、招标阶段	(207)
二、投标阶段	(207)
三、开标阶段	(208)
四、评标定标阶段	(208)
五、订立合同阶段	(209)
●北京市固定资产投资(房地产开发)办事指南之十	(210)
第七节 招标投标过程中的违法行为、法律责任与投诉救济	(212)
一、招标投标阶段的违法行为与法律责任	(212)
二、评标定标阶段的违法行为与法律责任	(214)
三、合同订立阶段的违法行为与法律责任	(215)
四、投诉违法行为的受理机关与处理决定	(215)
第八节 建设工程承包发包中的主要犯罪行为	(216)
一、(合同)诈骗罪	(216)
二、串通投标罪	(217)
三、职务犯罪	(217)
第九节 简析中国工程垫资制度	(218)
一、多种垫资方式	(218)
二、危害与成因	(219)
三、国家机关对垫资的态度	(219)
四、承包人的应对策略	(220)
第十节 工程介绍费是否支付	(221)

一、支持报酬请求	(221)
二、驳回报酬请求	(222)
三、本书认为,居间人不违反强制性规定均可获取报酬	(222)
第八章 房地产工程建设	(224)
第一节 建设工程质量控制与质量责任	(224)
一、建设工程参与人在工程质量上的义务与责任	(224)
二、质量标准与工程价款	(229)
三、质量控制措施与制度	(232)
四、质量缺陷的责任承担	(237)
第二节 建设工程竣工验收、保修与赔偿	(238)
一、竣工条件与验收程序	(239)
二、住宅验收的特殊规定	(242)
三、竣工备案制度	(246)
●北京市固定资产投资(房地产开发)办事指南之十一	(246)
四、建设工程质量保修制度	(248)
五、建设工程交付后的赔偿责任	(249)
第三节 工程变更与价款调整	(251)
一、工程变更权与变更程序	(251)
二、“08 规范”规定的工程价款调整方法及启示	(253)
第四节 工期及逾期交工的违约责任	(256)
一、施工组织	(256)
二、开工日期	(256)
三、暂停施工	(257)
四、工期顺延	(257)
五、竣工日期	(258)
第五节 建设工程签证与索赔法律实务	(260)
一、签证与索赔的特征及关系	(261)
二、应当提请签证的情形	(261)
三、签证应注意的问题	(262)
四、常见索赔事件	(263)
五、索赔程序与要点	(264)
第六节 工程款支付与结算	(270)
一、工程款的支付与结算	(270)

二、支付与结算的几项规则	(274)
三、“黑白合同”效力之争与工程价款结算	(276)
第七节 《施工合同司法解释》在治理工程欠款中的具体运用	(277)
一、充分利用《施工合同司法解释》约定工程价款	(278)
二、强化施工管理,为获取工程款奠定基础	(280)
三、工程质量状况直接决定价款的得丧变更	(281)
四、工期是决定工程价款的又一重要因素	(283)
五、《施工合同司法解释》在工程款结算上的新规定	(283)
六、充分运用《施工合同司法解释》提起工程款诉讼	(285)
第九章 商品房销售与交付	(287)
第一节 房地产调控政策对商品房预售(销售)的影响	(287)
一、住房限购措施	(288)
二、差别化信贷制度	(289)
三、严格税收征收制度	(289)
第二节 商品房预售前的准备工作	(291)
一、办理预售许可证	(291)
二、制定商品房预售方案	(292)
三、准备签约合同文本	(292)
四、了解网上签约与合同备案制度	(293)
五、发布房地产销售广告	(293)
六、实施房产面积预测	(294)
七、取得抵押权人同意	(295)
八、确定前期物业管理	(295)
九、明确基础设施、公共配套建筑的交付标准与日期	(295)
十、确定具体明确的装饰和设备标准	(296)
十一、确定住房贷款银行	(297)
十二、确定销售代理公司	(297)
● 房地产开发经营合同文本之五	(298)
第三节 房地产广告发布及相关纠纷处理	(301)
一、房地产广告的制作与发布规则	(301)
二、房地产广告纠纷的处理方案	(303)
第四节 商品房认购纠纷与定金罚则	(306)
一、定金担保的是什么债务	(306)

二、定金罚则的具体适用	(307)
●房地产开发经营合同文本之六	(307)
第五节 商品房面积的计算方法及纠纷处理	(322)
一、建筑面积的计算方法	(322)
二、商品房面积纠纷的处理规则	(325)
第六节 房屋登记种类与移转登记迟延纠纷	(327)
一、房屋登记的种类	(327)
二、商品房预售涉及的房屋登记	(327)
三、逾期办理移转登记的违约责任	(329)
第七节 惩罚性赔偿制度在商品房买卖合同中的适用	(330)
一、适用惩罚性赔偿的前提问题	(330)
二、惩罚性赔偿适用情形之一：恶意违约	(331)
三、惩罚性赔偿适用情形之二：欺诈	(332)
第八节 商品房交付时的若干法律问题	(333)
一、交付条件	(333)
二、修复保修	(334)
三、逾期交房	(334)
四、权利协调	(335)
五、税费交纳	(336)
六、解除委托	(337)
七、区分所有	(337)
八、前期物业	(338)
●房地产开发经营合同文本之七	(339)
第九节 个人住房贷款及相关纠纷处理	(342)
一、个人住房贷款步骤	(342)
二、贷款对象与条件	(342)
三、开发商、银行、买受人三者纠纷的处理规则	(343)
●房地产开发经营合同文本之八	(345)
●房地产开发经营合同文本之九	(356)
第十节 假按揭纠纷的民事救济与风险防范	(358)
一、假按揭的特征与各方利益冲突	(358)
二、抵押贷款合同纠纷中银行面临的四个问题	(359)
三、真买受人的救济途径与诉讼时机	(360)

四、假按揭的成因与法律预防	(361)
第十章 房地产税收法律制度	(364)
第一节 房地产税收概述	(364)
第二节 流转税	(365)
一、土地增值税	(365)
二、营业税	(368)
三、城市维护建设税与教育费附加	(371)
第三节 所得税	(372)
一、企业所得税	(372)
二、个人所得税	(374)
第四节 财产税	(377)
一、契税	(377)
二、房产税	(378)
三、城镇土地使用税	(379)
四、耕地占用税	(380)
第五节 行为税	(382)
一、纳税人与应税凭证	(383)
二、税额计算方式	(383)
三、印花税的减免	(383)
固定资产投资(房地产开发)法律汇编	(384)
一、基础法律法规与政策	(384)
二、房地产开发用地法规	(386)
三、固定资产投资与前期手续法规	(390)
四、房地产贷款法规	(392)
五、规划设计法规	(394)
六、外商投资房地产法规	(395)
七、建设工程法规	(398)
八、房地产交易	(402)
九、房地产税收	(404)
主要参考资料	(408)
一、参考书目	(408)
二、论文资料主要来源网站	(410)

第一章

房地产法律制度概述

第一节 房地产与房地产业的概念

房地产是地产、房产及其衍生利益的集合体。

地产,以房地产开发商为主体、以建设用地为载体、以房地产开发经营为内容,涉及土地一级开发、取得开发用地、工程建设、销售租赁、物业管理、项目融资、合作开发、项目并购、资本运作等事项。

房产,以业主为主体、以房屋为载体、以房屋支配与流转为内容,涉及房屋买卖、房屋租赁、房屋拆迁、离婚分房、房屋继承、投资理财等事项。

地产与房产是对立统一的关系。房价与地价相互给力,同起同落,高房价必然催生高地价,高地价必然导致高房价。除自用型项目之外,房地产开发的直接目的是销售与出租,以收回投资、实现利润,前期一系列开发工作最终归结于销售与出租。开发商与业主有各自利益诉求,两种利益是相互博弈,趋于“双赢”的格局。

房地产业是从事房地产开发、经营、管理、中介服务的行业,是《国民经济行业分类》(GB/T4754-2011)中的“K”门类行业。^①房地产业划分为五个种类:(1)房地产开发经营,指房地产开发企业进行的房屋、基础设施建设等开发,以及转让房地产开发项目或者销售、出租房屋等活动;(2)物业管理,指物业服务企业按照合同约定,对房屋及配套的设施设备和相关场地进行维修、养护、管理,维护

^① 该标准为国家标准,由国家统计局起草,国家质量监督检验检疫总局、国家标准化管理委员会批准发布。《国民经济行业分类》于1984年首次发布,分别于1994年、2002年、2011年进行修订,最新修订的国家标准于2011年11月1日实施。该标准适用于在计划、统计、财政、税收、工商行政管理等国家宏观管理及部门管理中对经济活动进行的行业分类。

环境卫生和相关秩序的活动；(3) 房地产中介服务，指房地产咨询、房地产价格评估、房地产经纪等活动；(4) 自有房地产经营活动，指除房地产开发商、房地产中介、物业公司以外的单位和居民住户对自有房地产（土地、住房、生产经营用房和办公用房）的买卖和以营利为目的的租赁活动，以及房地产管理部门和企事业单位提供的非营利租赁服务，还包括居民居住自有住房所形成的住房服务；(5) 其他房地产业。在国家统计局印发的《三次产业划分规定》中，房地产业属于第三产业。建筑业与房地产业关系密切，而建筑业属于第二产业。

第二节 房地产法律体系简介

在房地产开发经营过程中，开发商将分别与行政管理机关、合作方、交易方、利害关系人建立不同社会关系，这些社会关系经过法律调整将形成法律关系，法律关系的内容为权利、义务、责任。

近二十年来，国家制定了多部调整房地产开发经营的法律法规，出台了多项规范房地产市场的调控政策，房地产行业呈现出法律与政策共同调整的特点。

一、房地产法律渊源

法律渊源是法律规范的表现形式。房地产法律渊源众多，表现为：

(1) 宪法。宪法关于土地所有权、土地使用权、不动产征收的原则性规定是房地产法律的渊源之一。

(2) 法律。专门调整房地产开发的法律包括：《城市房地产管理法》、《土地管理法》、《城乡规划法》、《建筑法》，基础性法律包括：《民法通则》、《物权法》、《合同法》、《担保法》、《招标投标法》、《行政许可法》等。

(3) 行政法规。专门调整房地产开发的行政法规包括：《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》、《城市房地产开发经营管理条例》、《国有土地上房屋征收与补偿条例》、《建设工程质量管理条例》、《物业管理条例》等。

(4) 行政规章。直接管理房地产开发的国家部委是住房和城乡建设部及国土资源部，其发布的行政规章包括：《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》、《协议出让国有土地使用权规定》、《闲置土地处置办法》、《城市房地产转让管理规定》、《商品房销售管理办法》、《城市商品房预售管理办法》、《商品房屋租赁管理办法》、《城市房地产抵押管理办法》、《房屋登记办法》、《土地登记办法》等。

(5) 地方性法规与地方政府规章。省、自治区、直辖市、较大的市的人民代表