

6



盈科律师丛书
YingKe Lawyers Series

总主编：梅向荣

LEGAL PRACTICE IN COMMERCIAL REAL ESTATE

商业地产法律实务

宋安成/著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

LEGAL PRACTICE IN COMMERCIAL REAL ESTATE

商业地产法律实务

宋安成 / 著



法律出版社

www.lawpress.com.cn

法律门
Access To



www.falvmn.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

商业地产法律实务 / 宋安成著. —北京: 法律出版社, 2011. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2083 - 9

I. ①商… II. ①宋… III. ①城市商业—房地产业—法律—研究—中国 IV. ①D922.181.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 073385 号

商业地产法律实务
宋安成 著

编辑统筹 大众出版社
策划编辑 韦钦平
责任编辑 柯 恒
编辑助理 李海艳
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 北京外文印刷厂
责任印制 沙 磊

开本 720 × 960 毫米 1/16
印张 29.25
字数 462 千
版本 2011 年 6 月第 1 版
印次 2011 年 6 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 - 2083 - 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)

总 序

盈科律师事务所秉承“诚信、卓越、合作、责任”的法律服务理念,坚持规模化、专业化、品牌化和国际化的发展方向,坚持以客户为导向、以律师为本、律师事务所可持续发展、政府和社会满意的共赢原则,先后获得“法律服务先进集体”、“司法行政系统先进集体”等多项荣誉称号。

在盈科的发展过程中,盈科律师迎来了中共中央政治局常委、国务院总理温家宝同志的亲切接见,接受了中共中央政治局常委、中央政法委书记周永康同志的视察,也得到了中华人民共和国司法部吴爱英部长对盈科律师事务所“以党建带所建”工作的充分肯定。

盈科律师事务所总部设在北京。截至2011年5月底,盈科共建成沈阳、呼和浩特、天津、青岛、上海、南京、苏州、厦门、广州、昆明、长沙、成都、武汉、石家庄、高雄等15家国内办公室;同时,在英国、意大利、匈牙利、巴西等地设有国际办公室。盈科律师事务所的员工总人数近3000名,已成为中国规模排名第二的律师事务所。在未来五年内,盈科律师事务所将继续引进国际化人才,拓展海外法律服务市场,完成在欧洲、美国、日本、加拿大等国家和地区分所的建设工作,形成盈科所遍布全球的法律服务网络体系。

盈科律师事务所汇集了一大批优秀的律师人才,广博的专业知识、精湛的专业技能、丰富的实践经验和勤勉尽职的职业道德形成了盈科所独具特色的律师团队。盈科汇集了来自国内外知名大学和研究机构的各类专业律师和精英法律专家;大多数律师取得了中、美、英、德等国的法学博士或硕士学位,半数以上的执业律师具有法律、理工、医学、计算机、国际贸易、金融投资等复合专业背景,相当一部分律师还具有在行业协会、企业、大学、司法机关或外国律师事务所工作的丰富经历。盈科所还聘请了一批在国内外法学理论及实务领域享有盛誉和崇

高威望的一流法律专家担任顾问。

在不同领域均能为客户提供满意的法律服务是盈科律师事务所矢志不渝的追求。盈科所借鉴国际化律所的经营管理模式,结合中国律师行业的发展状况,制定了具有国际职业水准的法律服务标准和具有良好质量控制的实务操作规范。业务领域涵盖公司并购与重组、证券与资本市场、外商直接投资、境外投资与反向收购、金融证券和银行、知识产权、房地产、基础设施建设、项目融资、政府采购与招投标、信息产业、资讯与媒体服务、文化、体育、劳动和社会保障、矿产和自然资源、国际贸易、海商与海事、诉讼与仲裁等多个法律部门、多个服务领域。在传统和新兴的法律业务领域,盈科所均已处于法律服务的前沿。

我们深知,专业化、高水平的律师队伍是律师事务所为客户提供专业服务的根本保证。为此,盈科律师事务所大力推进律师事务所的专业化建设,启动了“部门主任负责制”为特征的专业化建设工作。盈科律师事务所涌现了一批在不同专业领域的大律师、名律师。我们把盈科律师在不同专业领域的学术研究和成果编辑成册,汇集成《盈科律师丛书》,并由我担任《盈科律师丛书》的总主编。我衷心地希望《盈科律师丛书》的出版能够极大地提升盈科律师的专业化水平,另一方面,也希望能为企业、法律界的同行交流使用。

由于《盈科律师丛书》的编辑时间比较仓促,不足之处还请大家多多批评指正。

盈科律师事务所主任 梅向荣
2011年5月28日

前言

中国房地产业,源于1981年深圳的商品房试点,在深圳建成了中国第一个商品房小区——东湖丽苑。在经历了1993年以海南房地产泡沫为代表的房地产萧条之后,中国房地产业一直到1998年年初发展的基本情况是波澜不惊。1998年3月19日,为寻求金融危机后的经营增长点,时任国务院总理的朱镕基向全世界宣布中国停止福利分房至今,中国房地产业迎来了历史性“大跃进”式发展。

相对于政策性较强的住宅地产,主要是市场导向的商业地产很难从政策的角度找到其发展的历史轨迹,笔者认为,从商业地产发展的模式可以依稀找到其发展演进的历程。商业地产发展的初级模式是商自然人形成的商业地产模式,比如集贸市场、传统商业街;商业地产发展的中级模式是纳入城市发展规划、主要满足居住购物需求的单一业态的商业地产模式,比如百货商场、购物广场、社区商业中心;商业地产发展的高级模式是满足居民购物、办公、休闲、娱乐等多方位需求的综合开发模式,比如城市综合体、大型购物中心等,三种发展模式反映了不同时期老百姓的不同需要,但三种模式之间并不是互相排斥的,而是互补共生,各自对应不同的消费群体的不同商业发展模式。

虽然商业地产的发展潜力极大,但商业地产是一个高投入、高风险的行业,特别是2010年年底到2011年的住宅房地产调控政策的密集出台,住宅房地产发展遇到了前所未有的政策阻力,商业地产成为房地产开发企业改变经营模式、寻求企业发展新的突破口的载体。万科地产、复地地产、绿地集团等以住宅开发为主业的房地产开发商,也纷纷在全国各地摘牌商业地产土地,起步较早的万达订单开发模式日益受到业界的追捧。笔者认为,商业地产不同于住宅地产可以从其本身定义上找出答案:“商业+地产”,从其自身固有的模式来看,商业地产又

可以理解为:商业运营管理和房地产投资开发相结合的模式,同时这种复合模式通常都伴随着项目运作周期长、资金投入高、行业专业要求复杂、投资高风险与高回报等基本特征。商业地产按照不同的表现形式又可以分为:大型和超大型购物中心、社区购物中心、零售百货业、专业批发市场、专业零售市场、主题商场、商业街和步行街、社区零售门店、大型综合超市、各种连锁门店、专业连锁大卖场、零售品牌店、现代生活街市以及各种商业写字楼等,商业地产的载体躯壳是房地产,核心灵魂是商业运营。商业地产可以引发三种价值:一是房地产本身物业的增值;二是商业流通经营的增值;三是商业运营和房地产开发的品牌增值。万达的订单式开发、绿地牵手商业巨头红星美凯龙“拿地”正是对商业地产开发模式的实例诠释。

本书介绍商业地产知识与相关法律风险并重,既就房地产行业的一些共性问题进行分析,又结合商业地产的特殊性就商业地产的招商、策划、经营管理模式进行分析,从法律的层面剖析了商业地产新模式下的一些法律问题。此书的目的是为律师同行介绍一些商业地产的知识,使商业地产界的朋友了解商业地产开发中的一些法律问题。本书共分八章,第一章是商业地产及商业地产法律服务,主要简单介绍我国的房地产行业、房地产开发流程、房地产法律服务、商业地产的发展与运作问题;第二章是商业地产的策划问题,按照商业地产“先炒商,缓炒铺”的原则,提出商业地产策划的重要性,并提出商业地产策划的主要内容及应注意的法律问题;第三章是商业地产的融资问题,指出常见的商业地产融资的主要方式及融资应注意的一些问题,特别对一些新的融资模式,如夹层融资作出了详细的说明;第四章是商业地产的工程建设,主要内容是对项目施工建设应注意的问题进行说明,对工程施工中常见的索赔、分包问题进行介绍;第五章是商业地产的经营管理模式介绍,主要是对商业地产的经营管理模式的选择进行介绍,对各种经营模式的风险进行介绍,对法律风险进行分析,并详细介绍商业地产的招商;第六章是商业地产的销(预)售与租赁,对商业地产的预售问题、销控手段、包销问题进行分析,介绍了商业地产的租赁模式;第七章是商业地产项目投资与转让问题,本章中对商业地产投资的风险、外商投资商业地产、商业地产的股权转让及项目转让进行了分析;第八章是商业地产的税收法律问题,对商业地产涉及的主要税种进行了介绍,对常见的房地产征税、避税问题进行介绍。

由于商业地产开发本身具有复杂性,特别是随着商业地产模式的不断推陈

出新,房地产立法的变化,商业地产开发中可能会遇到一些新的问题,本书的编写肯定会有一些不足之处。本书的内容作为作者执业经验的一些总结,有些观点、想法多有不妥,敬请各位读者斧正,也希望能与各位读者交流和学习!

由于工作极其繁忙,在本书的编写过程中,得到上海盈科房地产开发法律团队十多位同仁的支持,得到了上海地产界新老朋友的极力相助,也得到了家人的理解与支持,在资料收集、材料整理、文章校对等方面得到了胡剑蓓律师、贾少玮律师的大力支持,值此书出版之际,表达对他们的感激之情。

最后,诚挚感谢各位读者的支持与厚爱!

宋安成

2011年5月于上海

目录 / CATALOGUE

第一章 商业地产及商业地产法律服务	1
第一节 房地产业	1
一、房地产业简介	1
二、我国房地产业相关立法简介	6
三、我国房地产法律的基本原则	7
四、律师要了解的一些房地产专业概念	9
第二节 商业地产	15
一、商业地产的概念及具体类型	15
二、商业地产的特点	16
三、我国商业地产的发展趋势及存在问题	17
第三节 房地产开发的基本流程	21
一、提出可行性研究报告	21
二、申请项目用地	22
三、规划设计	24
四、征地及拆迁安置	25
五、建设工程项目建设与验收	25
六、市场营销与策划	26
七、物业管理	26
第四节 开发商业地产与一般房地产开发的不同分析	27
一、商业地产开发的特点分析	27
二、商业地产的运作手法	32
三、商业地产的具体运营模式简介	34

第五节 商业地产的法律服务	40
一、商业地产的风险简述	40
二、法律服务的主要内容	41
附:某房地产项目建设项目全过程法律服务的预估工作内容	44
附:商业地产招商及商业顾问合同	47
第二章 商业地产的策划	55
第一节 商业地产策划的重要性分析	55
第二节 商业地产策划的主要内容	57
第三节 策划委托合同及相关法律问题	61
一、策划公司的选择	61
二、开发商与策划公司的委托合同应注意的问题	62
案例:涉嫌民事侵权,“贝沙湾”改为“贝尚湾”	66
附:策划合同及其附件	69
第三章 商业地产的融资	85
第一节 我国房地产融资市场简介	85
一、融资	85
二、房地产融资的现状	87
三、拓宽房地产融资渠道的法律建议	90
四、中小房地产开发企业融资方式的法律风险分析	92
附:房地产企业具体融资方式图表	98
第二节 商业地产几种常见融资模式介绍	98
一、房地产融资策划的意义	99
二、融资策划的主要内容	100
三、银行贷款	100
四、项目融资	114
五、股权融资	120
六、风险投资引进融资	131
附:股权转让协议书	133
七、房地产信托	150
案例:越秀房地产投资信托基金	160

八、企业债券	162
第三节 其他商业地产融资模式	172
一、私募房地产投资基金	172
二、委托贷款	178
案例:地产商筹钱 银监会“点名”商业银行委托贷款	178
三、夹层融资	185
四、几种房地产融资方式的一些特性比较	186
五、资产证券化简介及我国的实践	187
附:全程融资合作协议	190
第四章 商业地产工程建设	194
第一节 商业地产的工程招标	194
一、商业地产工程建设是否需要招标的分析	194
二、房地产开发企业招标的基本流程简述	196
三、设备材料的招标问题	201
四、开发商招投标应注意的问题	201
附:某商业地产公司的招标基本流程	205
第二节 建设工程施工合同的签约与履行	210
一、开发商工程发包模式的选择分析	210
二、选择工程发包模式需要考虑的因素	212
第三节 建设工程施工合同履行与法律纠纷	216
一、房地产开发商企业的工程款流程	216
二、工程施工过程中的签证(索赔)问题	218
三、开发商对分包单位管理应注意的问题分析	222
四、工程施工合同履行中开发商应注意的问题	224
第五章 商业地产的经营管理模式	231
第一节 商业地产经营模式的选择	231
第二节 商业地产经营管理模式的定位与风险分析	233
一、商业地产的定位	233
二、租售模式的选择分析	235
三、商业地产管理团队的设置及应注意的问题	236

附:某商业街区项目管理人员及业务人员职务及职责	237
第三节 商业地产的风险分析	238
一、自然风险	238
二、政策风险	239
三、经济风险	241
四、技术风险	244
五、社会风险	245
六、内部决策及管理风险	246
第四节 商业地产经营的法律风险分析	246
第五节 不同业态商业地产经营模式及风险分析	251
一、大型购物中心经营模式及风险分析	251
二、城市综合体经营模式及风险分析	253
三、写字楼经营模式及风险分析	257
四、商业街区经营模式及风险分析	259
第六节 商业地产招商管理	264
一、商业地产统一招商管理的基本原则	265
二、商业地产招商的基本程序与内容	269
三、招商后的经营管理工作简介	271
附:某商业街招商管理制度	271
附:产权式商业街区招商管理	275
第七节 商业地产的物业管理	280
一、商业地产物业管理的特点分析	280
二、商业地产管理的基本模式	281
三、商业地产管理的基本内容和管理费用构成分析	282
四、几种商业物业管理类型的管理介绍及法律风险	289
案例一:60岁老妇电梯惊魂摔成残疾 物业电梯公司赔偿9.2万 (人身损害)	299
案例二:车库水淹新奔驰 物业赔偿86万(财产损害)	300
案例三:私家车停车场内被盗 无监控记录物业赔偿	302
案例四:沪一业主公司遇害 物业未尽安保义务判赔2万元	303

案例五:八旬老人来访摔伤 状告物业获赔两万元	305
第六章 商业地产的预售与租赁	306
第一节 房地产预(销)售制度	306
一、商业地产项目的预售条件及相关问题	306
二、商业地产的销售条件及基本问题	308
第二节 商业地产预(销)售法律问题分析	310
一、认购书的性质和法律效力问题	310
二、开发商签订房屋预售或销售合同应注意的问题	311
三、销控措施简介	316
四、商业地产的包销	319
附:销售代理协议书	324
第三节 商业地产租赁	328
一、商业地产租赁模式的运作手法	328
二、产权销售后的返租	334
三、售后包租问题	338
附:摊位租赁合同	340
附:包租协议书	346
第七章 商业地产项目投资与转让	351
第一节 投资商业地产	351
一、投资商业地产的风险分析	351
二、投资商业地产的风险规避	353
第二节 外资进入商业地产的限制	355
一、外资进入房地产限制的背景及概述	355
二、外商投资自用房地产的限制	356
三、外商投资非自用房地产的限制	357
四、外商投资房地产业的限制	358
第三节 外商投资境内房地产开发的模式	365
一、外商以自己名义取得出让的国有土地使用权,独立开发	365
二、外商与境内合作方联合名义取得出让的国有土地使用权,独立或 联合开发	366

三、外商并购境内房地产开发企业	366
四、外商收购已设立的外商投资房地产开发企业	367
五、外商与境内合作方合作,在境外完成股权转让	367
六、外商与境内合作方进行施工合作	367
七、外商投资企业境内再投资	368
第四节 商业地产项目的转让	368
一、项目工程的转让形式分析	368
二、项目工程直接转让模式风险分析	370
三、股权转让模式风险分析	373
四、股权转让协议签订应注意事项及基本内容	375
五、项目转让的律师尽职调查	385
附:股权转让协议	398
第八章 商业地产的税收法律问题	404
第一节 房地产开发企业涉及税种简介	404
一、土地增值税	404
二、契税	409
三、房产税	413
四、城镇土地使用税	417
五、耕地占用税	419
六、印花税	421
七、营业税	423
八、企业所得税	428
九、城市维护建设税	434
十、教育费附加	435
第二节 房地产取得土地的税收法律问题	436
一、房地产开发企业通过土地出让方式取得土地的基本操作流程介绍	436
二、通过土地出让取得土地所涉及的主要税收事项描述	437
案例:闲置土地是否缴纳城镇土地使用税	438
三、房地产销售类型与销售方式简介	439
四、商业地产销售所涉及的主要税收事项描述	441

案例:向准业主收取的诚意金是否需要预缴企业所得税、营业税和 土地增值税	442
第三节 商业地产项目转让税收问题	443
一、两种房地产项目转让方式的税收成本	443
案例:何种情形下采用整体转让资产方案	443
二、以股权方式转让项目税收问题分析	445
第四节 商业地产持有税收问题	448
案例:开发房产转为自用是否交纳营业税	450

第一章 商业地产及商业地产法律服务

第一节 房地产业

一、房地产业简介

房地产又称不动产,其含义有广义和狭义之分。广义的房地产是指土地、土地上的永久性建筑物、基础设施,以及诸如水和矿藏等自然资源,还包括与土地、房屋所有权有关的所有权利或利益,与分析房地产有关的知识,以及经营房地产买卖的商业界。狭义的房地产是指房屋的建筑部分与建筑地块有机结合的整体和它们衍生的各种物权。

广义的房地产概念包含以下四层含义:第一,房地产是以土地和房屋设施为其存在的物质条件,它是一个经济范畴,是一种特殊形态的财产,不同于一般意义上以其物的特定用途为着眼点的土地和房屋设施。第二,房地产作为财产的一种形态,必然会涉及权属关系。产权的让渡、分割、继承、抵押等构成了房地产经济活动的基本内容。第三,房地产产权可以为不同所有者占有,在发达的市场经济条件下必然会引出权益的追求和实现,从而产生各种经营活动和商业行为。如房地产的投资、开发、买卖、租赁等活动。第四,房地产以其固定性、不可移动性为基本特征,因此也称为不动产。房地产的许多技术经济特点亦是由上述四个方面的含义而产生,所以房地产经济活动需要专门的知识、技能、政策和法规为它服务。分上述四个层次分析和界定房地产概念,反映了现代经济环境下房地产所包括的丰富内涵,如果仅把房地产解释为土地和房屋,或者只把它看成一种权益,都会使我们的认识受到局限。

(一) 房地产的分类

1. 按房地产的权属关系分类

按权属关系可分为公有财产和私有财产两大类。在不同国家公产和私产所占的份额有很大不同,划分方法有许多区别。我国城市土地属于国家财产,也就是公有财产。地上房产的权属有以下几种类型:

(1)公有房产,包括:①以房地产管理局为产权单位的公有房产。其中又包括政府接管的、国家经租的、国家收购的和国家投资新建的房产。这里房地产管理局作为政府机构,代表公产的产权人。②全民所有制企业和单位拥有产权的房产。③军队拥有产权的房产。④集体所有制企业和单位拥有产权的房产等。

(2)私有房产,包括城镇企业、事业单位职工、个体户、华侨、侨眷、归侨、外籍华人等居民所拥有产权的房产,也包括农民所拥有的私人房产。

(3)中外合资房产,即由我国政府、企业与外国政府、公司厂商和个人等共同投资拥有的房产。

(4)外资房产,即由外国政府、厂商、社会团体、国际性机构及外国侨民等所有的房产。

(5)其他房产,如宗教所有的房产(教会产、庙产等)、未定产权的房产等。

2. 按房地产用途分类

房地产按用途分类主要有:

(1)工业生产用房地产,包括各种工业企业所使用的房地产。如各种工厂建筑物及其附属设施等均属此类。

(2)商业用房地产,包括各种商店、办公、银行、仓储、饮食服务和旅游设施等商用房地产。

(3)公用事业用房地产,包括文化、教育、体育、卫生、交通、邮电、社会福利机构、政府机关等使用的房地产。

(4)住宅。

(5)军用房地产。

(6)农用房地产。

(7)其他用途的房地产。

在城市房地产中,前四项用途占有较大的比重。其中工业生产用的房地产在我国城市中占的比重更大,根据有关资料,上海市工业用地占上海市总面积