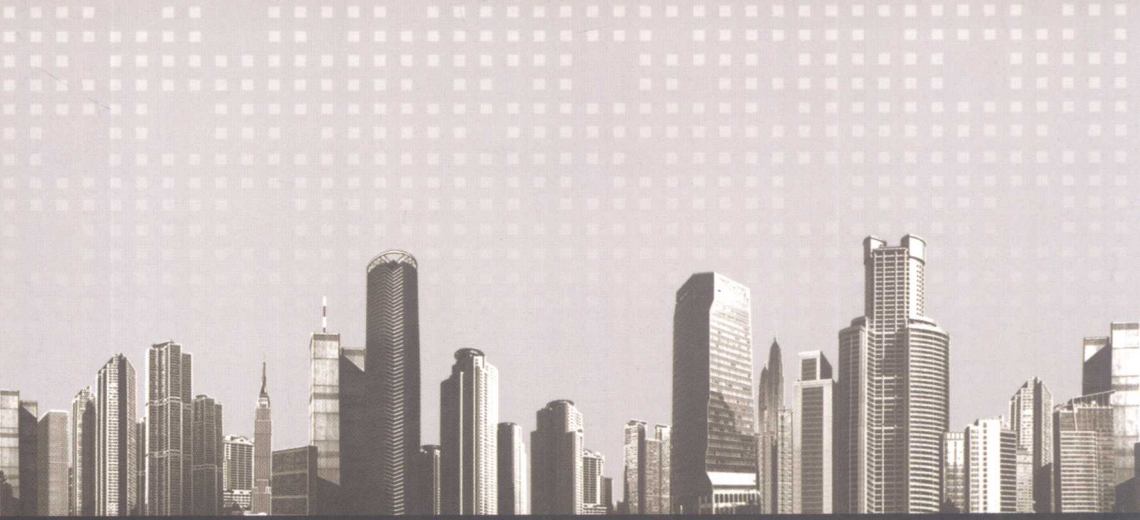




房地产开发 法律风险防范实务

FANGDICHAN KAIFA FALÜ FENGXIAN FANGFAN SHIWU

郭家汉◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



房地产开发 法律风险防范实务

FANGDICHAN KAIFA FALÜ FENGXIAN FANGFAN SHIWU

郭家汉◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

房地产开发法律风险防范实务 / 郭家汉著. -- 北京: 知识产权出版社, 2015.3
ISBN 978-7-5130-1746-6

I. ①房… II. ①郭… III. ①房地产法-风险分析-研究-中国 IV. ①D922.181.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 038415 号

内容提要

本书以最新发布或修订的法律、法规、规章、司法解释和规范性文件为依据, 以房地产开发主体、房地产开发用地取得、房地产开发建设、房地产开发经营、前期物业管理等房地产开发全过程为主线, 从作者亲自办理的 14 个诉讼与非诉讼具体案件入手, 对房地产开发主体、国有建设土地使用权设立取得、国有建设土地使用权转让取得、国有建设土地使用权合作开发取得、房地产开发建设、商品房销售、商品房屋租赁、房地产抵押、前期物业管理等方面存在的法律风险进行了全面的分析, 对风险防范提出了针对性、系统性和可操作性的应对措施。

本书还对外商投资房地产、集体土地和房屋的征收与补偿、土地一级开发、房地产并购、房地产项目融资、商品房销售广告宣传、商品房预售、按揭贷款、商品房先租后售、商品房售后包租等房地产开发热点问题法律风险防范进行了重点阐述。

本书可供房地产开发企业、建设单位、工程勘察设计企业、施工企业、监理企业等单位的相关人员、律师、法官、法学院师生及有关研究人员等阅读使用, 具有很强的实务操作指导作用。



责任编辑: 陆俊春

责任出版: 刘译文

房地产开发法律风险防范实务

FANGDICHAN KAIFA FALÜ FENGXIAN FANGFAN SHIWU

郭家汉 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

电 话: 010-82004826

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

责编电话: 010-82000860 转 8573

发行电话: 010-82000860 转 8101/8029

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 1/16

版 次: 2015 年 3 月第 1 版

字 数: 402 千字

ISBN 978-7-5130-1746-6

网 址: <http://www.ipph.cn>

<http://www.laichushu.com>

邮 编: 100088

责编邮箱: xujiachun625@163.com

发行传真: 010-82000893/82003279

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 23.5

印 次: 2015 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 62.00 元

出版版权 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

（代前言）

做房地产开发企业与 建设工程企业的法律护航者¹

——访北京市金洋律师事务所主任郭家汉

在北京，有一家为房地产与建设工程法律事务攻坚克难的律师事务所——北京市金洋律师事务所（以下简称金洋所），他们凭借扎实的法学理论功底、专业的业务技能、紧密的团队精神、真诚的服务态度，10多年来，先后为近千家房地产开发企业与建设工程企业提供法律服务，成为名副其实的房地产开发企业与建设工程企业的法律保驾护航者。近日，记者采访了该律师事务所的当家人——郭家汉律师。

弥足珍贵的从政经历

提起郭家汉律师，不能不介绍他的一段从政经历。1989年7月，当郭家汉从中国政法大学研究生院毕业后，被分配到国家建设部从事建设方面的立法工作。其间，他先后参加了《城市房地产管理法》《建筑法》等40余项房地产、工程建设等方面的法律、法规、规章的起草和修改工作，为房地产与建设工程的法制建设贡献了自己的聪明才智。但是，就在工作蒸蒸日上，仕途一片灿烂之际，他却辞去官职，自谋生路，干起了专业律师。说起这段经历，郭家汉介绍：“之所以选择做律师，一个重要的原因就是，经过大约10年时间的经验积累，虽然我对国家宏观政策和建设行业的总体情况比较了解，但同时我也发觉自己对建设行业的企业内部还不够了解。而只有把所掌握的宏观政策及行业特点和

1 本文是《中国建设报》记者柳枢对作者的专访，刊登在2014年12月26日出版的《中国建设报》。

企业情况结合起来，才能为房地产开发企业、建设工程企业提供更好、更专业的服务，乃至为建设行业做出更大贡献。”

潜心为房地产开发企业服务

或许有过这样一段从政经历，从当律师的第一天起，郭家汉就不遗余力地奔走于各相关房地产开发企业之间，并潜心为他们提供法律服务。2001年，金洋律师事务所成立，郭家汉与自己的团队更是把为房地产开发企业提供优质、高效、诚信的法律服务作为该所的服务宗旨。

对此，郭家汉介绍道：“进入21世纪以来，我国城镇化的步伐明显加快，这给房地产开发企业带来巨大发展机遇的同时，也使房地产开发企业面临更多的责任和风险，法律风险就是其中一种。就法律风险来说，可分为几个方面：第一，是企业设立的风险；第二是企业取得房地产开发用地的风险；第三是房地产开发建设风险；第四是房地产销售风险；第五是前期物业管理风险。在目前房地产市场还不是很规范、机制也有待健全的情况下，如何提高房地产开发企业防范和抵御风险的能力，就显得尤为重要。而金洋所要做的，就是用专业的法律知识，为房地产开发企业提供最好的服务。”

郭家汉是这样说的，也是这样做的。十几年来，他和金洋所充分运用所掌握和积累的法律知识及实务技巧，结合企业的经营模式、财务状况、行业特点等具体情况，以企业利益最大化为出发点，在法律风险产生之前对风险进行有效的识别、规避和化解，从而大大降低了企业法律纠纷的发生，有力地保障了企业的稳健快速发展。

做专业的建设工程法律顾问

近十年来，随着我国经济快速发展、投资规模不断扩大，建设工程自然也是法律纠纷的多发地。作为较早涉足这一领域的律师事务所，金洋所一直以为客户提供全方位的优质法律服务、做专业的建设工程法律顾问为己任。郭家汉介绍，建设工程所涉及的法律法规数量众多，如《建筑法》《城乡规划法》《招标投标法》《合同法》等；涉及的主要行政法规及部门规章包括《招标投标法

实施条例》《建设工程安全生产管理条例》《建筑工程施工许可管理办法》等；涉及的法律关系也极为复杂，各省、区、市具体的规范性文件也起着重要的作用。鉴于此，为了更好地服务客户，金洋所对内部作了更进一步的细化，在人员配备上不仅划分了项目主管律师、项目派驻律师、具体业务律师，而且将人员专业服务细化到招标发包、勘察设计、施工、监理及工程总承包与分包等各个层面。在长期的法律服务过程中，金洋所已经与广大客户建立起了良好的合作关系，同时也与相关政府部门、法院、仲裁机构建立了良好的互动关系。靠着这种细致入微的服务，金洋所无论是在所代理的建设工程纠纷中，还是被聘为建设工程企业的法律顾问，总能攻城拔寨，立于不败之地。

防范风险是根本

在十多年的律师生涯中，郭家汉的切身体会是：法律风险须以防范为主，待到纠纷发生时再进行补救，往往只是亡羊补牢，为时已晚！为此，郭家汉建议：授人以鱼不如授人以渔，通过法律风险管理的介入让企业建立起自我完善、自我提升的风险管理平台，达到全面防范或化解法律风险的目的。

为了帮助企业实现这一目标，郭家汉为所服务的企业建立起一套科学的市场分析、预警机制。郭家汉认为：房地产开发企业与建设工程企业的改制和资产重组，是最易于产生法律纠纷的风险点之一。他结合实例介绍道：“在这类风险防范中，首先要注意的法律问题就是国有资产处理问题。我遇到一家企业，由于没有依法处置国有资产，导致这家负责人被当地公安局限制人身自由多达15天。第二个需要注意的是职工安置问题。原有国有企业的老员工以及企业的离退休、内退人员的安置，要全部按照国家相关政策处理。吉林省就发生过一起由于企业重组，职工没有安置好，职工闹事造成一名经理被打死的惨剧。第三个是股权设置一定要建立好股权激励机制，经营者和骨干员工要持大股，建立起股权流动机制，员工离职股权要及时转让。第四个是要按照《公司法》的规定设立好法人治理结构。”

郭家汉和金洋所的用心服务，在为一家家企业筑好法律风险“防火墙”的同时，也赢得了所有与金洋所合作企业的赞誉。

事业未有穷期

十余年的奋斗，郭家汉和他的金洋所无疑创造了历史。至今，郭家汉先后为中国中元国际工程公司、总装备部工程设计研究总院等几十家大中型企业担任常年法律顾问；为中共中央组织部办公楼、中国寰球工程公司科研设计基地项目等提供了包括项目法人设立、项目实施前期、项目合同签订、项目合同履行及项目竣工交付等阶段全过程房地产项目法律服务；为中交水运规划设计研究院、中国市政工程西北设计研究院等数十家企业提供了企业改制与资产重组法律服务；为国内外客户代理了数百件房地产与建设工程等方面诉讼与仲裁案件；为十余家科技型企业提供了企业发展战略、机构设置、岗位分析、薪酬分配等管理咨询服务；此外，还包括工程设计责任保险、工程总承包保险等代理与咨询服务。

郭家汉凭借其扎实的理论功底和丰富的实务经验，现已被聘为中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。在执业过程中，他坚持钻研业务，总结办案经验，已经出版《建设工程法律风险防范实务》，即将出版《房地产开发法律风险防范实务》等专著。

对下一步的发展目标，郭家汉表示，金洋所将通过不断提高事务所的综合服务水平和业务创新能力，积极参与中国市场经济建设和法制建设，把金洋所建成规范化、规模化、品牌化、国际化的大型律师事务所，以更好地为房地产开发企业与建设工程企业提供法律服务，为之保驾护航。

目 录

代前言	1
第一篇 房地产开发主体法律风险防范	1
◆内资房地产开发企业的风险分析与防范	3
【案情简介】	3
【一审代理意见和判决】	6
【二审代理意见和裁定】	10
【风险分析与防范】	18
◆外商投资房地产的风险分析与防范	28
【案情简介】	28
【代理过程与结果】	29
【风险分析与防范】	30
第二篇 国有建设用地使用权设立取得法律风险防范	63
◆集体土地和房屋的征收与补偿的风险分析与防范	65
【案情简介】	65
【一审代理意见和判决】	67
【二审代理意见和判决】	71
【案件最终结果】	73
【风险分析与防范】	74
◆土地一级开发与国有建设用地使用权出让取得的风险分析与防范	100
【案情简介】	100
【代理过程与结果】	101
【风险分析与防范】	103

第三篇 国有建设用地使用权转让取得法律风险防范·····	119
◆国有建设用地使用权转让的风险分析与防范·····	121
【案情简介】·····	121
【代理意见和仲裁裁决】·····	123
【仲裁裁决撤销申请与法院裁定】·····	132
【风险分析与防范】·····	142
◆在建工程转让的风险分析与防范·····	152
【案情简介】·····	152
【代理过程和结果】·····	153
【风险分析与防范】·····	155
◆在建工程转让合同签订和履行的风险分析与防范·····	164
【案情简介】·····	164
【代理意见和判决】·····	167
【风险分析与防范】·····	173
◆房地产项目转让其他方式的风险分析与防范·····	183
【案情简介】·····	183
【代理过程和结果】·····	184
【风险分析与防范】·····	188
第四篇 国有建设用地使用权合作开发取得法律风险防范·····	197
◆房地产合作开发的风险分析与防范·····	199
【案情简介】·····	199
【代理过程和结果】·····	199
【风险分析与防范】·····	200
第五篇 房地产开发建设法律风险防范·····	207
◆房地产开发建设的风险分析与防范·····	209
【案情简介】·····	209

【代理过程和结果】	209
【风险分析与防范】	210
第六篇 商品房销售法律风险防范	249
◆商品房销售的风险分析与防范	251
【案情简介】	251
【代理过程和结果】	252
【风险分析与防范】	253
第七篇 商品房屋租赁法律风险防范	305
◆商品房屋租赁的风险分析与防范	307
【案情简介】	307
【一审代理意见和判决】	308
【风险分析与防范】	310
第八篇 房地产抵押法律风险防范	325
◆房地产抵押的风险分析与防范	327
【案情简介】	327
【代理过程和结果】	328
【风险分析与防范】	329
第九篇 前期物业管理法律风险防范	343
◆前期物业管理的风险分析与防范	345
【案情简介】	345
【一审代理意见和和解】	346
【风险分析与防范】	348
后记	363

第一篇

房地产开发主体法律风险防范



◆内资房地产开发企业的风险分析与防范

——从代理中国某报社参加李某某诉

广东某房地产开发公司、

广东某市某区房地产开发集团公司、姜某某、

中国某报社投资合同纠纷应诉案谈起

【案情简介】

1990年12月5日,湖南省某县人民政府经济技术协作办公室(以下简称“某县经济协作办公室”)与惠阳县房产管理局签订《转让土地协议书》,约定惠阳县房产管理局将坐落在惠州市惠阳区淡水镇熊老屋地段13045平方米土地转让给某县经济协作办公室,每平方米价格450元。惠阳县房产管理局转让土地后,某县经济协作办公室的房屋开发与经营均挂靠某房地产开发集团公司,惠阳县房产管理局按有关规定及时给某县经济协作办公室办好房屋产权和经营手续,挂靠手续费按某县经济协作办公室房屋建筑造价的5%收取。1992年7月4日,中国某报社深圳记者站(以下简称“深圳记者站”)“长富花园”项目的代表姜某某与某县经济协作办公室“长富花园”项目的代表邓某某,以及某房地产开发集团公司签订《“长富花园”房产开发由合伙经营变为独家经营的协议》(以下简称“该协议”),按该协议约定,“长富花园”房产是由深圳记者站为代表的深圳方和某县经济协作办公室为代表的某方各投资50%合伙开发经营,其

◆◆◆房地产开发法律风险防范实务

房产开发挂靠某房地产开发集团公司。由于经济成果已初见端倪，可作结算，双方认为今后由一方经营比合伙经营更有利。经“长富花园”房产开发领导小组讨论决定，由深圳记者站独家接管经营，深圳记者站接管经营后，隶属关系不变，工程名称不变，公章及银行账号不变；移交后某县经济协作办公室不再插手房产开发经营一切事宜；移交时间为7月10日前；深圳记者站分三期支付1350万元给某县经济协作办公室。

1994年7月17日，广东某房地产开发公司成立，法定代表人为姜某某，企业类型为全民所有制，主管部门和出资单位均系中国某报社。1987年至1994年间，姜某某系中国某报社深圳记者站站长，亦是“长富花园”开发项目领导小组成员。1994年10月，深圳记者站出具《淡水“长富花园”产权移交书》，主要内容是：深圳记者站与某县经济协作办公室开发的“长富花园”楼房八栋，第一期工程（四栋）完工后，某县经济协作办公室即退出项目建设，由深圳记者站单方开发，当年广东某房地产开发公司成立，本现场移交给广东某房地产开发公司开发管理，今后“长富花园”的一切产权和物业管理均由广东某房地产开发公司负责处理。广东某房地产开发公司承接“长富花园”开发项目后，仍然继续挂靠某房地产开发集团公司开发经营。1996年11月，惠阳市房产管理局出具《关于“长富花园”产权证明书》，确认“长富花园”工程于1993年年底全部竣工，属商品房性质，总共51000多平方米，现尚余19949.67平方米，其中商业用房面积9426.9平方米，住宅10263.77平方米，其他用房256平方米，产权属于广东某房地产开发公司。1997年10月30日，广东某房地产开发公司与湖南省某县人民政府签订一份《分房协议书》，确认“长富花园”项目由广东某房地产开发公司独家经营后，某县人民政府除已经分得的10650177.7元外，还应收回2849822.3元，由于受经济形势影响，“长富花园”项目的房产销售不好，某县人民政府不能收回余款，经协商，广东某房地产开发公司从“长富花园”划给某县人民政府价值300万元的房产物业，建筑面积为2386.64平方米。2004年10月29日，广东某房地产开发公司因不按规定参加2002年度企业年检被吊销了营业执照。该公司被吊销执照后没有进行清算。

李某某于1990年年底至1991年4月向淡水“长富花园”投资75万元，1993年1月又向淡水“长富花园”投资100万元，1996年10月28日由广东某房地产开发公司出具《投资证明书》给李某某，《投资证明书》写明：“兹证明李某某同志在淡水镇‘长富花园’第一期投资75万元，第二期投资100万元，总共投资175万元，特此证明。”姜某某以证明人的身份在《投资证明书》上签名。之后，李某某先后两次收到广东某房地产开发公司支付投资利益共337500元港币。后来，因为广东某房地产开发公司一直没有分配投资利益及归还投资款给李某某，也没有给李某某一个合理的说法，为此，李某某于2007年2月5日以姜某某、姜某、某房地产开发集团公司、惠阳市惠阳区房产管理局、惠州市惠阳区国有资产经营有限公司为被告向惠州市中级人民法院提起诉讼，请求判令姜某某、姜某归还投资款175万元；判令姜某某、姜某、惠阳区房产开发集团公司、惠州市惠阳区房产管理局立即停止单方处置“长富花园”的房屋，并清算淡水“长富花园”的投资收益；判令姜某某、姜某、某房地产开发集团公司、惠州市惠阳区房产管理局连带支付“长富花园”的投资收益约400万元；判令惠州市惠阳区国有资产经营有限公司对某房地产开发集团公司承担连带责任。惠州市中级人民法院经审理认为，原告请求姜某某、姜某、某房地产开发集团公司、惠州市惠阳区房产管理局、惠州市惠阳区国有资产经营有限公司承担责任没有事实和法律依据，原告所诉的纠纷是原告与广东某房地产开发公司之间的债务纠纷，可另行提起诉讼，遂驳回了原告的诉讼请求。

2008年3月27日，原告李某某以广东某房地产开发公司为第一被告、某房地产开发集团公司为第二被告、姜某某为第三被告、中国某报社为第四被告向广东省惠州市惠阳区人民法院提起诉讼，要求第一被告立即归还投资款175万元及相关利息，第二被告和第三被告承担归还上述投资款本息的连带责任，第一被告结算“长富花园”投资收益，第一被告支付“长富花园”投资收益给原告，第四被告连带承担第一被告的民事责任。惠州市惠阳区人民法院经审理于2009年3月3日作出一审判决，判决被告广东某房地产开发公司应于本判决发生法律效力之日起10日内归还投资款175万元给原告；被告中国某报社

应于本判决发生法律效力之日起 15 日内成立清算组,对被告广东某房地产开发公司进行清算,于 3 个月内清算完毕,并以广东某房地产开发公司的财产清偿原告的投资款,逾期不清算,应对原告的投资款的清偿承担连带责任。

一审判决后,李某某、广东某房地产开发公司不服,上诉至惠州市中级人民法院,经过审理,惠州市中级人民法院于 2009 年 11 月 10 日作出了撤销惠阳区人民法院一审判决、驳回上诉人李某某的起诉的终审裁定。

【一审代理意见和判决】

原告诉讼请求

原告李某某的诉讼请求是:1.判令第一被告立即归还投资款 175 万元及相关利息;2.判令第二和第三被告承担归还上述投资款本息的连带责任;3.判令第一被告结算“长富花园”投资收益;4.判令第一被告支付“长富花园”的投资收益给原告;5.判令第四被告连带承担第一被告的民事责任。

原告诉讼请求的理由是:一是,原告在 1990 年至 1993 年间先后向中国某报社深圳记者在惠州市惠阳区淡水镇开发的“长富花园”项目投资 175 万元。1994 年 10 月,中国某报社深圳记者站将“长富花园”项目移交给第一被告广东某房地产开发公司,第一被告取得原中国某报社深圳记者站开发的“长富花园”房屋 19 949.67 平方米。1996 年 10 月,第一被告向原告出具投资证明书,确认原告投资“长富花园”的总投资为 175 万元。第一被告在 1997 年 10 月向原告合作方某县人民政府划出 2 386.64 平方米房屋,其余的房屋全部由第一被告管理和销售。第一被告除了向原告支付投资款利息(两次)共 337 500 元港币外,至今未与原告结算投资收益和归还投资款本息。第一被告称在 2003 年至 2004 年销售“长富花园”八号楼住宅和其他楼零散房产共收回房款 420 万元,但却分文不付给原告。二是,在第一被告被吊销营业执照后,第二被告某房地产开发集团公司和第三被告姜某某在 2007 年 1 月恶意串通,将“长富花园”第一栋北楼整栋共 6 065 平方米的房屋以 4 245 500 元的低价格转让给惠州市某实业有限公司,并由第三被告收取上述款项,因此,第二被告、第三被告应对

其恶意处分第一被告财产的行为承担第一被告归还原告投资款本息的相应法律责任。三是，第四被告中国某报社作为第一被告的开办人注册资金并未到位，同时，在第一被告注销房地产开发资质和被吊销经营资格后，第四被告长期不对第一被告的财产及债权债务进行清算，任由第三被告侵吞、转移第一被告的资产，造成原告的投资款本息至今无法归还，同时，导致“长富花园”项目的投资收益无法结算，第四被告依法应对第一被告的民事行为承担相应的民事责任。

第一被告一审答辩意见

针对原告的诉讼请求，第一被告广东某房地产开发公司在一审中作出如下答辩意见：1. 原告交付给我公司资金的行为实际上是非法集资行为，法院应依法驳回原告的诉讼请求。2. 退一步说，原告向我公司投资，不可能只享受利益而不承担风险。广东某房地产开发公司的房地产开发项目主要有两个，一个是惠州“长富花园”项目，一个是深圳梅林通达楼项目。“长富花园”项目在1993年前还盈利，原告两次共分红337 500港币，深圳梅林通达楼项目亏损数百万，另外，深圳记者站成立的黑龙江某某经济贸易公司，原告提出由其个人收购自主经营，他承诺移交给他的249万元集资款分期分批归还给各集资者，但原告在第二年即将公司停业，自己携带公司300多万元失踪。本次诉讼，原告对拿去公司的集资款只字不提，只凭一份不全面、不真实的个人资料胡乱找人要投资利息和分红，确实是只求回报不担风险，因此原告向我公司要求投资款及回报，没有事实和法律依据，其诉讼请求应予驳回。

第二被告一审答辩意见

针对原告的诉讼请求，第二被告某房地产开发集团公司在一审中作出如下答辩意见：1. 关于惠阳淡水“长富花园”商品房开发项目问题，该项目是我公司依据当时的主管单位惠阳县房管局和该项目的建设方湖南省某县人民政府经济技术协作办公室的要求同意被建设方挂靠我公司开发经营的。在项目的开发经营过程中，我公司从未与原告发生过任何关系。2. 关于原告投资惠阳“长富花园”的问题，我公司认为，假设原告所诉其在1990年至1993年间先后向中国某报社深圳记者站在涉案的“长富花园”商品房开发项目中投资175万元属实，