



房地产投融资与开发 法律风险及对策

Real Estate Investment,
Financing and Development:
Legal Risks and Strategies

颜学海 主编

房地产投融资与开发 法律风险及对策

Real Estate Investment,
Financing and Development:
Legal Risks and Strategies

颜学海 主编

图书在版编目(CIP)数据

房地产投融资与开发法律风险及对策/颜学海主编. —上海:复旦大学出版社,2015.5
ISBN 978-7-309-11219-1

I. 房… II. 颜… III. ①房地产投资-金融法-研究-中国②房地产-融资-金融法-研究-中国
③房地产-研究-中国
IV. ①D922.280.4②D922.181.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第017834号

房地产投融资与开发法律风险及对策
颜学海 主编
责任编辑/宋朝阳

复旦大学出版社有限公司出版发行
上海市国权路579号 邮编:200433
网址:fupnet@fudanpress.com http://www.fudanpress.com
门市零售:86-21-65642857 团体订购:86-21-65118853
外埠邮购:86-21-65109143
上海春秋印刷厂

开本 787×960 1/16 印张 34 字数 510 千
2015年5月第1版第1次印刷
印数 1—4 100

ISBN 978-7-309-11219-1/D·724
定价:68.00元

如有印装质量问题,请向复旦大学出版社有限公司发行部调换。
版权所有 侵权必究

编委： 颜学海 陆文昕 孙 伟 刘 娟 冯英婵
丁 芳 石传省 金晨洁 章斐然 钟 妮
缪江峰 奚 颃 钟黎峰 裔 滨 杨颖璐
费米青 陈元熹 顾雪晶 徐 曼 谢 丹

校对：李育民

本人自律师执业之初,就从事房地产领域的法律工作,回头想想已经在这个领域摸爬滚打了近 20 年,还组建了一支专注于房地产法律服务的专业律师团队。这近 20 年的执业经历,使我在房地产领域收获颇丰,得到了客户的信任、获得了一些荣誉,但更重要的是积累了丰富的实务经验。“独乐乐,不如众乐乐”,本人一直在想如何将这些收获和经验与他人分享,写书倒是一种不错的分享方式,本书便由此而来。

本书的第一个特点是将房地产投融资法务及开发建设法务相结合。著书之初,对于本书的选题我们编著团队也犹豫颇久。是专注于房地产开发,向读者分享房地产开发的流程、其中的法律问题及法律风险等内容,还是专注于投融资,向读者阐述不同阶段房地产投融资的特点、模式等内容?考虑到目前市场上少有兼具房地产开发及投融资的书籍,而且房地产开发及投融资是一个系统完整的过程,脱离投融资的房地产开发几乎不存在;同时,脱离对房地产开发的了解,投融资交易必然会遇到诸多问题和障碍。因此,考虑再三,编著团队还是决定将房地产开发与投融资都纳入本书的内容范围,这样整个体系会更完整,对于读者的帮助也更全面。

本书的第二个特点是房地产法律的实务性与针对性相结合。全书从一系列在房地产开发及投融资过程中会遇到的法律问题出发,通过回答和解决这些实务性问题,向读者分享了本人及本人专业法律服务团队在房地产开发及投融资领域的丰富经验,特别是本书包含了大量操作流程、文书范本及操作案例,一定会给读者以实实在在的帮助。

本书的编著经历了近两年的时间。这两年中,中国房地产行业发生了巨大的变化,限购及限贷政策出现,导致大量商品房滞销;前几年二三线城市大量土地供应,及这些城市人口导出性特点,造就了一个个“鬼城”和大量中小房企被洗牌;一线城市土地资源的稀缺,又成就了一个个“地王”的出现和一线城市坚挺的房价。与此同时,对于部分房地产融资渠道(如开发贷、信托等)的限制和收紧管理,以及对于一些新型融资渠道(如私募基金、资管计划等)的大规模探索和运用,造就了房地产投融资领域的“推陈出新”和“升级换代”。正是因为这些变化,使全书的编著经历了前后三轮的修订,以力求反映房地产开发及投融资的最新状况。

本书分为上下两篇,分别专注房地产投融资和房地产开发两个部分。上篇在对房地产投融资进行概述的基础上,根据最主流的几种投融资工具,包括房地产并购、房地产境外上市、房地产信托、房地产资管、房地产私募基金、银行贷款等,向读者呈现了目前我国完整的房地产投融资结构,并从各种投融资工具的概念、运作方式、风险防范等方面入手,借助案例分析,实务性地向读者分享了本人及编著团队在房地产投融资领域的经验。

下篇则将焦点落到房地产开发上,依照房地产开发的时间轴,从土地开发到建筑工程,再到营销、租赁和运营,通过对房地产开发全过程中重要的节点性问题及法律风险的阐述及对经典案例的分析,使读者对房地产开发的全过程及其蕴含的法律风险有更清晰的了解。

本书由颜学海担任总编,主要负责上下篇的结构安排、章节设计与重要章节内容的编写,以及全书最后的审定。参与本书编写的均是在第一线提供法律服务,并在专业领域具有丰富实战经验的律师。其中,“房地产投融资与法律事务概述”“房地产私募基金”“房地产企业境外上市”及“房地产资产证券化”章节由陆文昕律师编写,“房地产并购”与“房地产资管”章节由冯英婵律师负责编写,“房地产信托”章节由金晨洁律师负责编写,“房地产企业借壳上市”“其他房地产投融资方式”章节由奚颢负责编写,“银行贷款”章节由石传省律师负责编写。此外,陆文昕律师还参与了“房地产并购”“房地产信托”等章节的审定与修改;石传

省律师参与了“房地产借壳上市”一章的审定与修改。“房地产开发中土地使用权法律实务”章节由孙伟律师负责编写,“房地产项目建设施工法律实务”章节由刘娟律师负责编写,“房地产销售、租赁和运营法律实务”章节由丁芳律师负责编写。由于编写者本身的局限性,书中也一定会存在不足之处,还请广大读者批评指正。

颜学海

2015年1月

上 篇

房地产投融资法律风险及对策

第 1 章 房地产投融资与法律事务概述 / 003

1.1 房地产投融资概述 / 004

1.1.1 房地产业与投融资之间的关系 / 004

1.1.2 我国房地产投融资的现状 / 005

1.1.3 研究房地产投融资问题的意义 / 006

1.2 我国房地产企业投融资渠道 / 007

1.2.1 当前我国房地产投融资渠道的现状如何,弊端体现在哪里 / 007

1.2.2 我国房地产业主要的外部投融资渠道 / 007

1.2.3 目前我国房地产融资渠道单一的原因和造成的后果 / 012

1.2.4 为什么说多元化融资是当前国家宏观调控背景下房地产业的必然选择 / 014

1.3 房地产企业投融资渠道法律实务分析 / 016

1.3.1 法律风险防控对房地产投融资的重要性 / 016

1.3.2 房企如何规避风险,如何选择适合自身企业的融资渠道 / 017

1.3.3 律师在房地产投融资过程中能起到哪些作用 / 018

第 2 章 房地产并购 / 021

2.1 并购——房地产投融资重要工具 / 022

- 2.1.1 为什么房地产并购是房地产投融资的重要工具 / 022
- 2.1.2 资产收购与股权收购的区别及利弊有哪些 / 023
- 2.1.3 房地产并购的现状如何 / 024
- 2.1.4 房地产并购的意义何在 / 025
- 2.2 房地产并购过程中需要关注的法律问题 / 027
 - 2.2.1 对于建设用地应注意的问题 / 027
 - 2.2.2 对于在建工程的房地产并购应注意的问题 / 029
 - 2.2.3 对于已建成房地产项目应注意的问题 / 030
 - 2.2.4 对于目标公司的国资因素应注意的问题 / 031
 - 2.2.5 对于外资房地产并购应注意的问题 / 031
 - 2.2.6 对于特殊类型房产并购应注意的问题 / 036
 - 2.2.7 对于房地产股权并购应注意的一般问题 / 038
- 2.3 房地产并购中的律师尽职调查 / 039
 - 2.3.1 房地产并购中的律师尽职调查的价值 / 040
 - 2.3.2 房地产并购中的律师尽职调查须经历哪些主要步骤 / 040
 - 2.3.3 房地产并购中的律师尽职调查的内容 / 042
- 2.4 房地产股权并购中的交易结构安排及法律文件制作 / 045
 - 2.4.1 房地产股权并购中的交易结构安排 / 045
 - 2.4.2 房地产股权并购中并购合同的制作 / 046
- 2.5 案例分析——上海某房地产公司并购案例 / 049
 - 2.5.1 案例背景 / 049
 - 2.5.2 操作过程 / 050
 - 2.5.3 相关法律问题分析 / 051

第3章 房地产信托 / 053

- 3.1 房地产信托概述 / 054
 - 3.1.1 什么是房地产信托 / 054
 - 3.1.2 房地产信托的种类 / 055
 - 3.1.3 我国房地产信托的现状 / 056
 - 3.1.4 我国房地产信托监管的发展历程 / 057

- 3.2 房地产集合资金信托计划的主要业务模式及法律问题 / 059
 - 3.2.1 房地产集合资金信托计划的主要业务模式 / 059
 - 3.2.2 与银行贷款相比,债权型房地产信托的竞争力何在 / 061
 - 3.2.3 股权型房地产信托风险如何掌控 / 062
 - 3.2.4 混合型房地产信托中的“债转股”交易如何安排 / 064
 - 3.2.5 “股权投资附加回购承诺”结构安排及其风险 / 065
 - 3.2.6 优先劣后设置是否是变相承诺最低收益 / 067
 - 3.2.7 延期兑付违约的形成原因是什么,常见的应对措施有哪些 / 069
 - 3.2.8 信托资金监管存在哪些问题 / 072
 - 3.3 在我国要开展 REITs 所面临的法律问题 / 074
 - 3.3.1 REITs 在我国的现状如何 / 074
 - 3.3.2 REITs 发行主体须构建“特殊目的公司”(SPV)还是依托现有的信托公司 / 074
 - 3.3.3 REITs 监管机构的职责划分如何协调 / 076
 - 3.3.4 REITs 基金在银行间市场还是证券交易所流转 / 078
 - 3.3.5 须完善哪些税收政策来促进 REITs 的发展 / 079
 - 3.4 房地产信托的法律文书制作 / 082
 - 3.4.1 信托目的条款 / 082
 - 3.4.2 信托计划的期限 / 083
 - 3.4.3 信托财产管理、运用和处分条款 / 083
 - 3.4.4 受益人大会条款 / 084
 - 3.4.5 信托财产税费条款 / 085
 - 3.4.6 信托受益分配条款 / 085
 - 3.5 案例分析——中信—聚信汇金地产基金 II 号集合信托计划 / 086
 - 3.5.1 信托计划 / 086
 - 3.5.2 操作流程 / 086
 - 3.5.3 评价 / 087
- 第 4 章 房地产资管 / 089**
- 4.1 房地产资管概述 / 090

- 4.1.1 资管业务的类型 / 090
- 4.1.2 房地产资管业务类型 / 093
- 4.1.3 房地产资管业务的现状 / 096
- 4.1.4 房地产资管与房地产信托的比较 / 098
- 4.2 房地产资管的法律风险和控制 / 099
 - 4.2.1 资管产品的募集问题 / 099
 - 4.2.2 证券公司集合资管“输血”房地产的法律问题 / 101
 - 4.2.3 基金子公司房地产资管通道业务的法律问题 / 102
 - 4.2.4 定向资产管理合同收益权转让的法律风险及防范措施 / 103
 - 4.2.5 证券公司资管股权收益权售后回购业务的法律风险 / 105
- 4.3 房地产资管的法律文书制作 / 107
 - 4.3.1 资管计划的基本情况条款 / 107
 - 4.3.2 资管计划的投资政策条款 / 107
 - 4.3.3 资产的管理方式和管理权限条款 / 108
 - 4.3.4 资管计划的费用条款 / 109
 - 4.3.5 收益分配条款 / 110
- 4.4 案例分析——汇添富新华联1号专项资产管理计划 / 110
 - 4.4.1 案例背景 / 110
 - 4.4.2 操作流程 / 111
 - 4.4.3 评价 / 112
- 第5章 房地产私募基金 / 115**
 - 5.1 房地产私募基金概述 / 116
 - 5.1.1 何为房地产私募基金 / 116
 - 5.1.2 房地产私募基金的优势何在 / 116
 - 5.1.3 房地产公司除了从私募基金那里得到资金,还能得到什么 / 118
 - 5.1.4 我国房地产私募基金的发展有何背景,现状如何 / 118
 - 5.2 房地产私募基金的运作模式 / 122
 - 5.2.1 房地产私募基金设立时可供选择的组织形式有哪些,各有何特点 / 122
 - 5.2.2 有限合伙制为何成为设立房地产私募基金的主流组织形式 / 125

5.2.3	成立有限合伙制房地产私募基金的程序 / 128
5.3	房地产私募基金的法律风险与控制 / 130
5.3.1	有限合伙制房地产私募基金设立时的相关法律风险提示 / 130
5.3.2	如何最大限度地降低基金管理人道德风险,保护投资人利益 / 134
5.3.3	如何做好对被投资房地产企业的法律尽职调查 / 135
5.3.4	私募基金退出机制中有哪些法律风险,如何防范 / 138
5.3.5	私募基金相关法律法规哪些方面还需要健全 / 140
5.4	房地产私募基金的法律文件制作 / 144
5.4.1	合伙企业基本情况条款 / 145
5.4.2	合伙企业出资条款 / 145
5.4.3	内部治理条款 / 147
5.4.4	收益分配条款 / 148
5.4.5	费用条款 / 149
5.4.6	入伙、退伙、除名、权益转让继承条款 / 149
5.5	案例分析——某房地产基金股权投资某园区项目 / 150
5.5.1	案例背景 / 150
5.5.2	操作过程 / 151
5.5.3	相关法律问题分析 / 151
第6章	房地产企业境外上市 / 155
6.1	房地产企业境外上市的概述 / 156
6.1.1	何为企业境外上市,企业为何选择境外上市 / 156
6.1.2	目前我国境内房地产企业在境外上市的情况 / 158
6.1.3	为什么我国境内房地产企业青睐于选择香港作为上市地 / 159
6.2	房地产企业境外上市的模式 / 160
6.2.1	红筹模式 / 160
6.2.2	H股上市模式 / 165
6.2.3	借壳上市模式 / 166
6.2.4	ADR模式 / 167
6.3	房地产企业境外上市的法律风险与防范 / 169

6.3.1 “10号文”和“50号文”对通过红筹模式境外上市造成何种影响及应如何应对 / 169

6.3.2 几种规避“10号文”和“50号文”的模式所蕴含的法律风险有哪些 / 170

6.3.3 为何说 ADR 发行者面临潜在的巨额诉讼风险 / 172

6.4 案例分析 / 174

6.4.1 旭辉集团(香港上市,红筹模式) / 174

6.4.2 阳光控股(新加坡上市,红筹模式) / 179

6.4.3 西安新兴房地产(OTCBB 转板 NASDAQ,借壳模式) / 181

第7章 房地产企业借壳上市 / 185

7.1 借壳上市概述 / 186

7.1.1 什么是借壳上市 / 186

7.1.2 房地产企业为什么选择借壳上市 / 186

7.2 房地产企业借壳上市的主要模式与架构设计 / 191

7.2.1 房地产企业借壳上市架构中的核心环节 / 191

7.2.2 传统模式——先控股后资产置换 / 199

7.2.3 主流模式——换股吸收合并 / 201

7.3 房地产企业借壳上市的法律问题解析 / 203

7.3.1 房地产企业借壳上市过程中应当履行何种法定程序和审批事项 / 203

7.3.2 房地产企业借壳上市可能面临的风险 / 205

7.3.3 房地产企业借壳上市应如何进行风险防范 / 209

7.4 案例分析——华丽家族借壳 SST 新智 / 213

7.4.1 案例背景情况 / 213

7.4.2 操作流程 / 215

7.4.3 案例相关法律问题评析 / 217

第8章 房地产资产证券化 / 219

8.1 房地产资产证券化概述 / 220

8.1.1 何为资产证券化 / 220

8.1.2 房地产资产证券化及其对房地产投融资的意义 / 221

8.1.3 房地产资产证券化在国外的背景 / 222

- 8.1.4 房地产资产证券化在我国的发展及现状 / 224
- 8.1.5 房地产资产证券化的分类 / 226
- 8.2 房地产资产证券化的运作方式 / 227
 - 8.2.1 我国目前主流房地产资产证券化的运作模式 / 227
 - 8.2.2 我国房地产作为基础资产在境外发行 REITs 的运作方式及优劣势 / 229
 - 8.2.3 我国房地产作为基础资产在境内发行专项资管计划并在交易所挂牌交易的运作方式及优劣势 / 232
- 8.3 房地产资产证券化的法律问题 / 236
 - 8.3.1 目前我国对房地产资产证券化的法律规范框架 / 236
 - 8.3.2 如何解决房地产资产证券化基础资产风险隔离(破产隔离)问题 / 239
 - 8.3.3 房地产资产证券化过程中如何进行增信 / 243
 - 8.3.4 为什么说我国目前税收政策是阻碍我国房地产资产证券化(特别是 REITs)发展的重要障碍 / 246
- 8.4 房地产资产证券化案例 / 249
 - 8.4.1 境外 REITs 案例: 开元产业信托 / 249
 - 8.4.2 境内资产支持专项计划案例: 中信华夏苏宁云创资产支持专项计划 / 252
- 第9章 银行贷款 / 257**
 - 9.1 银行贷款概述 / 258
 - 9.2 房地产开发贷款风险分析及防范 / 259
 - 9.2.1 用信主体准入违法、违规风险 / 259
 - 9.2.2 房地产项目合法手续不齐全所致违规风险 / 261
 - 9.2.3 担保准入环节法律风险 / 262
 - 9.2.4 商业银行如何应对房地产开发商土地闲置的风险 / 266
 - 9.2.5 商业银行如何应对房地产开发商挪用贷款资金 / 267
 - 9.2.6 地王频出的形势下商业银行应如何应对土地储备贷款风险 / 268
 - 9.2.7 某商业银行发放房地产开发贷款所导致的风险分析 / 269
 - 9.3 房地产个人住房抵押贷款风险分析及防范 / 273
 - 9.3.1 开发商如何防范个人住房抵押贷款中保证责任的法律风险 / 273
 - 9.3.2 解除《商品房买卖合同》后购房款的处理将面临何种法律风险 / 278

- 9.3.3 现行法律法规对于开发商的法律风险 / 280
- 9.3.4 商品房预售抵押的法律效力如何认定 / 281
- 9.3.5 开发商在何种情况下可行使法定的解除《商品房买卖合同》的权利 / 284
- 9.3.6 商业银行如何防范开发商的假按揭行为 / 285
- 9.3.7 商业银行如何利用个人住房抵押贷款保险 / 290
- 9.3.8 商业银行如何应对因抵押物而引起的法律风险 / 291
- 9.3.9 美国次贷危机对于我国商业银行开展个人住房贷款抵押证券化的指导意义有哪些 / 292
- 9.3.10 案例分析——某开发商假按揭骗取商业银行贷款 / 296

第10章 其他房地产投融资方式 / 301

- 10.1 房地产众筹 / 302
 - 10.1.1 房地产众筹的定义 / 302
 - 10.1.2 房地产众筹的模式 / 302
 - 10.1.3 房地产众筹可能面临的法律风险 / 304
- 10.2 债券类融资 / 308
 - 10.2.1 房地产企业可以采用的债券类融资手段 / 308
 - 10.2.2 各类债券类融资手段的法律规定 / 315
- 10.3 保险资金 / 318
 - 10.3.1 直接投资 / 318
 - 10.3.2 间接投资 / 321

下 篇

房地产开发与建设法律风险及对策

第11章 房地产开发中土地使用权法律实务 / 329

- 11.1 房地产开发中的土地概述 / 330
- 11.2 土地的征收、征用与补偿中的实务问题 / 331
 - 11.2.1 目前土地征收、征用过程中的问题 / 331
 - 11.2.2 土地拆迁中的安置与补偿的问题 / 337

- 11.2.3 城市拆迁管理条例与物权法的法律冲突 / 339
- 11.2.4 为何强制拆迁的合法性遭质疑 / 340
- 11.2.5 对于土地管理法修订草案的疑惑 / 342
- 11.2.6 实务文本制作 / 343
- 11.2.7 案例分析——农村承包土地征用补偿归属纠纷案 / 345
- 11.3 土地使用权出让制度的实务问题 / 347
 - 11.3.1 土地使用权出让招标、拍卖、挂牌、协议出让方式存在的问题 / 347
 - 11.3.2 外商投资企业竞买土地使用权的限制有哪些 / 348
 - 11.3.3 如何保障土地“招、拍、挂”出让的公正 / 353
 - 11.3.4 土地出让期限届满后如何处理 / 355
 - 11.3.5 出让土地使用权转让限制条件的执行效果所反映的问题 / 355
 - 11.3.6 案例分析——“一地两证”索赔纠纷案 / 356
- 11.4 土地使用权转让制度的实务问题 / 358
 - 11.4.1 土地使用权转让中的常见问题 / 358
 - 11.4.2 土地转让中的“阴阳合同”问题 / 361
 - 11.4.3 土地使用权无效转让的情形有哪些 / 362
 - 11.4.4 军用土地使用权经营性转让的弊端有哪些 / 366
 - 11.4.5 实务文本制作 / 366
 - 11.4.6 案例分析——土地使用权转让合同无效索赔纠纷案 / 367
- 11.5 土地使用权抵押制度的实务 / 369
 - 11.5.1 划拨土地使用权的抵押问题 / 369
 - 11.5.2 农村集体土地使用权的抵押问题 / 373
 - 11.5.3 土地使用权抵押期间的转让问题 / 375
 - 11.5.4 土地使用权实现抵押时与地上新增房屋买受人的冲突 / 377
 - 11.5.5 土地使用权或房屋的重复抵押及权利冲突问题 / 380
 - 11.5.6 在建工程抵押及在先土地使用权抵押的冲突问题 / 382
 - 11.5.7 案例分析——国有划拨土地抵押纠纷案 / 384
- 第 12 章 房地产项目建设施工法律实务 / 387**
 - 12.1 房地产项目建设施工法律问题概述 / 388

- 12.2 房地产项目建设施工业务招投标法律实务 / 389
 - 12.2.1 招投标环节的风险及如何规避 / 389
 - 12.2.2 投标文件承诺固定价格的风险及如何防范 / 390
 - 12.2.3 放弃“优先受偿权”的风险及如何防范 / 391
 - 12.2.4 联合体投标的连带责任风险及如何防范 / 391
 - 12.2.5 内部承包经营形式对外投标的风险及如何防范 / 392
- 12.3 房地产项目建设施工业务分包法律实务 / 393
 - 12.3.1 转包、违法分包的风险及如何防范 / 393
 - 12.3.2 指定分包的风险及如何防范 / 393
 - 12.3.3 接受挂靠的风险及如何防范 / 394
 - 12.3.4 分包人主体资格及生产条件的风险及如何防范 / 395
 - 12.3.5 分包合同签订中的相关风险及如何防范 / 395
- 12.4 房地产项目建设施工合同签订法律实务 / 396
 - 12.4.1 如何规避合同签订主体及其资质引发的风险 / 396
 - 12.4.2 如何确保合同内容的完整和真实有效 / 396
 - 12.4.3 如何防范合同约定不明导致的风险 / 396
 - 12.4.4 黑白合同的效力如何认定 / 397
 - 12.4.5 如何行使合同的解除权 / 399
 - 12.4.6 合同的无效情形有哪些, 如何处理 / 403
 - 12.4.7 案例分析——昆山某房产公司施工合同纠纷案 / 407
- 12.5 房地产项目建设施工工程法律实务 / 408
 - 12.5.1 如何处理施工过程中各类停工的责任 / 408
 - 12.5.2 工程签证中应关注哪些问题 / 410
 - 12.5.3 如何管理施工中的各类书面材料 / 414
 - 12.5.4 承包方如何进行工程索赔 / 415
 - 12.5.5 发包方如何进行工程反索赔及如何应对承包方的索赔 / 417
 - 12.5.6 怎样理解和处理工程签证与工程索赔的关系 / 420
 - 12.5.7 如何规避劳动用工不规范引发的风险 / 423
 - 12.5.8 案例分析——上海某建筑公司施工合同纠纷案 / 424