



建纬律师文库

墨斗匠心定经纬

2

房地产开发疑难案件
办案思路与执业技巧

疑难杂症一案一方·专家箴言一字一珠·风险防范一点一滴
保驾护航一心一意·传道授业一板一眼·共谋发展一带一路

朱树英 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



建伟律师文库

墨斗匠心定经纬

2

房地产开发疑难案件
办案思路与执业技巧

朱树英 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

墨斗匠心定经纬. 2, 房地产开发疑难案件办案思路
与执业技巧 / 朱树英著. —北京: 法律出版社,
2017. 1

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0472 - 8

I. ①墨… II. ①朱… III. ①房地产开发—案例—中
国 IV. ①D920.5②D922.181.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 000205 号

墨斗匠心定经纬 2

——房地产开发疑难案件办案思路与执业技巧
朱树英 著

编辑统筹 法律应用出版分社

策划编辑 何海刚

责任编辑 何海刚

装帧设计 完 颖

© 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

责任印制 胡晓雅

印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 30.25

字数 430 千

版本 2017 年 1 月第 1 版

印次 2017 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0472 - 8

定价:85.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

换一种眼光看世界

这是一本专为法学人写的书，
很辛辣、很幽默、很无奈、很动人。
它可能会让你豁然开朗、会心一笑，
也可能令你胆战心惊、手心冒汗。

但重要的是：
它教会你如何冷静地看这人世间的众生相；
它教会你如何睿智地解开这错综的玲珑局！

时光荏苒，转眼日历已经翻到了2016年9月26日，在完成了《树英说～办案回眸》最后一篇案例分析文章的编辑工作之后，小编不禁长舒一口气——整整一年，我们相约星期一；54个经典案例，引读者思绪万千……当这一切落下帷幕，似乎我们要做的就只是回顾过往，静待花开。

夜深人静时，小编提笔为朱律师的《墨斗匠心定经纬2——房地产开发疑难案件办案思路与执业技巧》作序。如果说，在建设工程分册的序言中，小编希望大家能体会到朱树英作为成功律师的“诗外的功夫”，从而精进业务，完善自身；那么在这里，小编要让大家感悟的是一种审时度势的眼光，一份冷眼旁观的睿智。

细心的读者可能会注意到，一直以来，小编喜欢把朱律师办案比作医生问诊切脉，无论是望闻问切下狠药，还是未雨绸缪治未病，这样的语句都曾在编前、编后中多次出现过。为何会有此一说？是因为在律师行业的局外人——小编看来，医生看病而非看人，同样律师办案也非办事，就是这份客观、这种“冷眼”，才让他们明晰事实、看透本质、准确判断、妥善处理。

本书精选的28个房地产案件具有很强的时代特性。尤其是在改革开放后的城市大建设初期,在市场机制、法律法规尚不完善的历史背景下,当事各方的纠纷频频发生,面对没有定论的矛盾冲突、面对模棱两可的裁判思维,律师办案的困难或许不仅在于专业功底是否扎实,还在于能否“换种眼光看世界”,能否灵活应变、推己及人。如果说,20多年来的一次次案件成败“转换”体现的是自信与魄力,那么如今的“回眸”则更多了一份智者的感悟。须知,这“回眸”何尝不是一次目光转换,又何尝不是柳暗花明又一村。

回望初心,朱树英之所以承诺法律出版社写这套书,就是希望把自己几十年来经办的经典案件以案例分析的形式整理出来,留给后学之人参考学习。那朱律师的初衷能否实现呢?已正式出版的《墨斗匠心定经纬——建设工程疑难案件办案思路与执业技巧》的读者反响和市场销量无疑是最好的印证;而来自法律界、企业界人士的反馈再一次验证了此次“普法”的效果卓然。客观分析,如今市场上的法律图书铺天盖地,仅仅凭“朱树英”三个字就能成为“市场灵药”吗?显然不是!是因为读者,尤其是有相关法律背景的读者——值!而这份“值”又恰恰体现在朱树英为大家提供了一种全新的办案视角,并且一步一步指导大家去学习、去体会如何换种眼光看世界。

作为一个对朱树英充满敬佩之心的后学晚辈,能为其新书写序是何等之荣幸。对小编而言,这千字序言不仅是为《办案回眸》所作,更是为自己所作。诚如此前小编所言,自己并非法律专业出身,机缘巧合才涉足律师行业,而借着《办案回眸》才得见专业法律之博大精深,准确办案之无限精彩。这一切之于小编本人,显然也是一次难得的“换种眼光看世界”。

回首这一年,一路走来,是朱树英律师手举大旗悉心引领,是整个团队齐心协力默契配合,是众多粉丝关心支持、陪伴左右。为表感谢,小编有几句肺腑之言相赠:

人生处处有风景,需要我们用热心、以冷眼,横看成岭侧成峰!

是为序。

顾卓敏

2016年10月3日

前言

有限探索与无限精彩

——28 个房地产开发案例与实战中的民事法律关系

根据“建纬律师”官方微信《树英说 ~ 办案回眸》专栏的安排,本书记载的是我历年来承办的 28 个有关房地产开发的典型案例,连同本书的姊妹篇《墨斗匠心定经纬——建设工程疑难案件办案思路与执业技巧》中所列 26 个有关建设工程的案件,一共是 54 个典型案例,全部是从我承办的 1000 多个诉讼案件中挑选出来的。处理疑难复杂的房地产案件,尤其是遇到法律、法规或最高人民法院相关司法解释没有规定,甚至当事人的合同也没有约定的情形,结合案件的事实和证据,按民事法律关系的主客体、民事行为及当事人的意思表示、互相权利义务等民法原理,依据法律的原则规定或法理基础理论,分析当事人的是非曲直,提出案件处理的对策或建议,往往能够影响办案法官自由裁量的思路,取得意想不到的实际效果。

民事法律关系,是指基于民事法律事实并由民事法律规范调整形成的民事权利义务关系,是民法所调整的平等主体之间的财产关系和人身关系在法律上的表现,包括主体、客体和内容三个要素。民事法律关系一经确立,当事人一方即享有民事权利,而另一方便负有相应的民事义务。从这一定义出发分析房地产开发的纠纷案件,都可归入民事法律关系的范畴。本书通过 28 个房地产开发疑难复杂案例,归纳、分析其民事法律关系,值得深入研究探讨。

本书回眸的 28 个房地产开发案件,26 个为民事案件(21 个为民事诉讼案件,其中最终审级为最高人民法院的有 4 个、地方高级人民法院的有 13 个、中

级人民法院的有 4 个;另有 5 个为仲裁案件),行政诉讼案件和刑事案件各 1 个。上述 26 个民事案件中,除了 3 个由我担任首席仲裁员(未代理任何一方)、4 个案件达成和解或调解结案(最终结果均有利于我方当事人)外,其余 19 个案件我所代理的当事人均获胜诉。有 1 个涉及房地产专业问题的刑事案件,经我出庭进行法庭辩论后法院将案件退回检察院补充侦查,后检察院决定不起诉。律师个人承办房地产开发案件的数量虽然有一定限制,但案件反映纷繁复杂的法律问题,以及房地产开发专业案件所反映实战中民事法律关系的博大精深和精彩纷呈,是经历者最深切的体验和领悟。

第一部分:经纬缘自墨斗,行成于思。

如前所述,结合各式房地产开发案件的案情对民事法律关系理论进行深入思考和研究,用法学的基础理论分析案件争议焦点的法律关系,并用以厘清案件的脉络以及当事人之间的是非曲直,使之成为解决房地产开发案件疑难复杂法律问题的基础和依据,要求房地产专业律师具有深厚的民法理论基础,这对于我这样一个并非名牌院校法律专业科班出身、来自施工企业的“草根”律师而言,难度不小。但是,笨鸟先飞、勤于思考、勤能补拙、勤劳致富,说的都是勤奋对于成功的重要性。业精于勤,荒于嬉;行成于思,毁于随。这是韩愈在《劝学》中的名句,说的是术业有专攻,只能来自刻苦奋斗、勤于思考;悠悠然一事无成,就是因为安于享乐、不求甚解。我自从踏上工作岗位,无论干什么工作都将这一古训牢记于心,尤其在个人事业发展走上法律轨道时更是不敢懈怠,不断地在办案实践中理论结合实际、敬业钻研专业,常年刻苦钻研法学基础理论,使之成为处理疑难案件时得心应手的依据和工具,因而每每受益。

一、自己研制顺手木工工具的启迪。

1965 年初中毕业后,我考入上海市建工局下属第八建筑工程公司职工技术学校,被分配在木工技术班,不久转为木工学徒,我一踏上工作岗位便和墨斗打上了交道。“没有规矩,不成方圆”是每一个木工遵循的最基本的信条。木工活是个技术活,而个人技术的提升则完全取决于自己的专注用心和不懈努力。记得“文革”后施工企业开始注重青年工人的技术培训,我所在单位 1978 年组织了全公司首次青年工人的技术大比武。木工是施工企业的主要技术工种,施工

现场木工技术比试项目有两项:装木门和木窗。是年,我以超过定额人工单位工日完成装修数量一倍以上且质量优良的成绩,一人同时夺得这两项技术比赛的第一名。在总结经验体会时,我觉得最重要的心得是,提高木工技术活质量和数量最重要的经验,是根据提高工作效率的需要,不断改革研制适合自己的木工工具。在技术比赛时,我使用的木工工具不是单位发放的死板的传统工具,而是根据自己的身体条件改造或定制的木工斧头和刨子;尤其是对于装木门非常重要的工具凿子,我没有使用单位发的3厘米宽的,而是自己委托打铁店定制了5厘米宽的。木门装修过程需安装10厘米宽的铰链,其他人要打三凿才可制成,我只用两凿。仅此一项,我的工效就比其他人提高了1/3。使用自己研制的顺手工具,是我一举获奖的重要诀窍。

由此,我悟出了一个道理:从事技术工作,要想取得更好的成效,除了用功努力之外,用脑、用心更重要;要想提高工作效率,自己一定要不断总结经验,手中要能够掌握最实用的工具。很多媒体日后采访我时,都对我从小木匠到大律师的经历特别感兴趣,每每问及木匠生涯对我做律师有何帮助?其实答案很简单:正是因为在做木匠时有了关于工具的领悟,后来从事法律行业时,我才逐渐体悟出案例分析的要诀是注重民事法律关系分析,才能够从容解决各种棘手的法律问题。值得一提的是,木工最重要的技能是使用、控制好决定横平竖直标准的重要工具墨斗,故墨斗也有准绳的含义;我日后从事律师工作,恰好也有一项重要工具能够发挥准绳的作用,那就是法律本身。

二、反复讲授《民法原理》的锤炼。

从木工提干从事管理工作之后,我的第一份工作是担任企业教育干事,主要工作是组织职工业余学习。这工作本职并不要求教育干事能够上课,但是我认为自己不会上课,怎么能组织好别人上课。于是我利用担任教育干事的有利条件,自己业余进修《教学法》一年,接着又考入业余大学攻读了四年的中文大专,边学边讲了五年的语文课。由于大专学习提高了写作能力,我又改行担任公司总经理秘书,有条件以实践方式进一步以中文学业提升了处事能力和写作水平。时来运转,造化弄人。为发展我国律师事业,国家司法主管部门规定凡具有大专学历的可以报考律师,我又在职研读了两年的律师培训班,并在1996年通过了律师资格考试。其间,我改行担任了企业法律顾问室负责人。为提高

自己的法学理论基础,又在职考入华东政法学院成人学院攻读了三年的法学本科。这寒窗攻读十年的实际效果和木工学艺十年的效果一样,我通过自己的艰苦奋斗和不懈努力,为从事专业律师工作定制了适合自己顺手的“工具”,即民事法律关系分析方法,不断提升了使用法律“墨斗”作为准绳的实务操作能力。

机遇永远只垂青有准备的人。我从担任兼职实习律师开始,有机会在法律电视大学担任兼职教师,讲授《婚姻法》《民事诉讼法》《司法文书》等课程,并开始担任主讲《民法通则》课程的民法讲师,此课程设置时间需一年。由于我讲课的“工具”顺手,具有担任讲师的教学能力和中文专业的表达能力,加上认真负责的备课和担任兼职律师的同时又进行司法实践的经历,我的课程讲授得到学员的认可,被评价为讲课能够“理论结合实际”,能够深入浅出地讲清楚民法的原理,于是这一课程我重复讲了三年。这为我日后从事建设工程和房地产专业法律服务,在实践中不断解决疑难复杂的法律问题积累了扎实的理论功底。

三、结合司法实践方显法理之精彩纷呈。

本书系《墨斗匠心定经纬——建设工程疑难案件办案思路与执业技巧》一书的姊妹篇——《墨斗匠心定经纬 2——房地产开发疑难案件办案思路与执业技巧》。与建设工程案件更多地涉及《建筑法》《招标投标法》、菲迪克合同这些“精专”领域的法律条文及合同示范文本不同,房地产开发案件更多地涉及民事法律关系等民法基本理论问题,更需要能够适用《民法通则》《合同法》《物权法》等基本大法解决司法实践纠纷,这对律师的法学基本功提出了更高的要求。

民事法律关系,是由民事法律规范调整所形成的以民事权利和民事义务为核心内容的社会关系,包括主体、内容和客体三个要素。本书共 28 个房地产开发领域的典型案件,根据最高人民法院《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》分为三大专业板块,分别是“土地使用权出让”(包括规划许可)板块、“土地使用权转让”板块和“房地产合作开发”板块,本书对这些案件的实践处理全部以民事法律关系为基础展开分析,尤其是第三板块中的 10 个案例按照房地产合作开发的主体、客体和内容三个要素的不同方面进行了细分,相信读者看后会对民事法律关系有更加深刻的领悟。这三个专题板块的案件是从我近 30 年承办的大量房地产案件中精挑细选、认真整理出来

的,是结合房地产开发的客观规律、按项目开发流程进展的先后顺序进行划分的,反映的是我承办房地产诉讼案件的实际情况,案件大都纷繁复杂,处理也精彩纷呈。

(一)第一板块“土地使用权出让”。

“土地使用权出让”板块包括“规划许可”和“土地使用权出让”两部分,其中规划许可与否决定房地产开发建设行为的合法性和有效性。

规划许可是房地产开发的龙头和城市建设的生命线,任何一个房地产项目开发都必须从规划许可开始,规划许可与否决定房地产开发建设行为的合法性和有效性。房地产开发和城市建设只有沿着选址规划许可、建设用地规划许可、建设工程规划许可的轨迹,项目的开发商和建设者才能够使自己的开发建设行为符合国家的意志和科学合理的客观要求,才能取得预期的开发效果。本书案例1至案例4属于规划许可案件,分别从以下四个方面总结了房地产案件在规划许可方面的纠纷解决思路:

1. 房地产项目开发违反规划管理部门许可确认的房屋及土地性质和用途的,不具备合法性,当事人据以签订的相关合同无效。

2. 新建、扩建和改建建筑物等工程设施建设必须取得规划选址许可、建设用地规划许可和建设工程规划许可,任何擅自变更规划许可证的规划参数都将受到行政处罚,对相邻建筑物所有人造成侵权的,应承担损害赔偿责任。

3. 军事用地的商业用途变性使用,不仅必须事先经总后勤部批准,还必须纳入地方规划主管部门统一管理,用地人必须办理规划许可手续,未取得总后勤部审批不能在地方政府规划管理部门办理“规划两证”,未在地方政府规划管理部门办理“规划两证”将导致项目建设不合法,相关房地产开发及工程建设合同将因此而无效。

4. 规划行政主管部门是通过核发《建设用地规划许可证》和《建设工程规划许可证》进行规划许可管理的,获得两证是进行房地产开发经营的前提条件,是判断其行为合法性的基本标准,是否具有两证直接决定国有土地出让、转让、合作开发合同的效力。

“土地使用权出让”板块四个典型案例呈现了土地使用权出让合同民事法律纠纷中的四大焦点问题。

土地使用权出让,是指国家将国有土地使用权(以下简称土地使用权)在一定年限内出让给土地使用者,由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。市、县人民政府土地管理部门代表国家与土地使用者签订的、将土地使用权在一定年限内让与土地使用者,土地使用者向国家支付土地使用权出让金的合同,为土地使用权出让合同。土地使用权出让合同在法律性质上属于民事合同,土地管理部门与土地使用者是在平等、自愿和有偿的原则下签订合同的。出让金是土地使用权的对价,交易的目的是转移土地使用权,任何一方违约的救济方式是违约责任而非国家赔偿。虽然土地使用权出让合同纠纷会涉及国土部门内部的行政审批,但这只是行政机关内部的申报、批准等前置程序问题,并不影响此类纠纷的性质。因此,土地使用权出让合同纠纷属于民事纠纷范畴。本书运用4个典型案例,即案例5至案例8,呈现了土地使用权出让合同纠纷中的4个焦点问题:

1. 划拨土地使用权未办理出让手续不得用于商业开发,对划拨土地未办理出让手续用于商业开发的违法行为应按补缴出让金的方法及时补救,才能获得法律的保护,否则合同无效。

2. 国家对国有土地出让的权限和审批程序有明确的规定,土地使用权出让方对土地使用权的变性使用和使用用途的审批未按规定获得上级相应部门批准,将导致土地使用权出让合同不生效。

3. 以划拨土地使用权用于房地产开发,是否于“起诉前”补正土地使用权出让手续是合同有效与否的关键和前提,起诉前办理了出让手续的合同有效,起诉前未办理土地出让手续、尽管在一审审理过程中办妥了相关手续,依法仍不能追认合同有效。

4. 国有土地使用权出让的主体只能是市、县人民政府的土地主管部门,具有特定性和专属性,其他政府部门或单位,如开发区管委会或街道办事处,均无权实施出让行为,其签订土地使用权出让合同的,合同无效。但起诉前经市、县人民政府土地管理部门追认的,可以认定合同有效。

(二)第二板块“土地使用权转让”。

该板块10个不同的典型案例分七种土地使用权转让形式展现了转让纠纷的纷繁复杂。

本书案例9至案例18共10个案件是土地使用权转让引发的各种纠纷。土地使用权转让,是指土地使用者将土地使用权再转移的行为,包括出售、交换和赠送。土地使用权转让合同,是指土地使用权人作为转让方将出让土地使用权转让于受让方,受让方支付价款的协议。土地使用权转让的交易形式不仅局限于直接以土地使用权为标的的转让,还包括通过项目转让、在建工程转让、股权转让、一地数转、BOT投融资变异方式转让、房地产包销方式转让等形式。这些不同的转让方式因土地使用权的转让业态和开发阶段不同而形式各异。本书运用案例9至案例18共10个典型案件,呈现了七种不同形式的土地使用权转让合同纠纷:

1. 如果转让的出让土地使用权尚未进入立项阶段,其转让的仅是土地使用权本身,如案例9。

2. 如果转让的土地使用权已通过项目立项的审批,其转让的土地使用权表现形态则是开发项目,即通过转让房地产开发项目转让土地使用权,如案例10、案例11、案例14。

3. 如果转让的土地使用权已进入工程建设阶段,则转让的标的是在建工程,房地产市场多适用联建或参建形式,其联建或参建的对象是一个在建的工程,通过转让在建工程的形式转让土地使用权,如案例12。

4. 如果获得出让土地使用权的当事人组成公司法人、股东之间或股东向其他当事人转让公司股权的,相应的土地使用权份额也同时按股权比例转让,此种形式属于通过房地产公司股权转让的方式转让土地使用权,如案例13、案例15。

5. 如果在房地产开发过程中,土地使用权人作为转让方就同一出让土地使用权订立数个转让合同,属于“一地数转”,案例16分析了在一地数转的情况下应遵循一看谁先登记、二看谁先占有、三看谁先付款、四看谁先签订合同的四项处理原则解决权属纠纷。

6. 在基础设施BOT投融资变异模式中,政府通过授权投资人综合开发土地使用权的形式对投资人提供政府补助,由此引发争议的核心问题是土地使用权转让的合法性,此种情形属于BOT投融资变异模式下的土地使用权转让,案例17对此进行了详细的分析。

7. 如果在建工程已达到可以预售的阶段,可以以房地产包销方式转让土地使用权,除了购买房屋的业主外,以可预售房屋的包销方式转让土地使用权的,转让的对象是房地合一的楼盘整体,案例 18 是以房地产包销方式转让土地使用权的典型案件。

(三) 第三板块“房地产合作开发”。

房地产合作开发的主体、客体和内容三个要素均是纠纷频发的焦点。

本板块包括案例 19 至案例 28,共计 10 个案情扑朔迷离、法律关系形态各异的案件。房地产合作开发,是指两个或两个以上的当事人以土地使用权、资金、技术、劳务等共同投资、共享利润、共担风险,合作开发房地产的行为。合作开发房地产合同,是指当事人订立的以提供出让土地使用权、资金等作为共同投资、共享利润、共担风险,合作开发房地产为基本内容的协议。房地产合作开发是一种民事法律关系,具备民事法律关系的三个要素:主体、客体和权利义务内容。房地产合作开发的主体要素主要是明确是什么人进行合作、以什么方式进行合作等问题;其客体要素主要是落实合作的对象是什么、合作使用的土地使用权属于什么性质等问题;其内容要素则是解决合作各方的权利义务是什么、责任范围是什么等问题。本书在“房地产合作开发”板块,将 10 个错综复杂的案件按照纠纷涉及房地产合作开发的主体、客体和内容三个要素的不同方面进行了细分。

1. 案例 19 和案例 20 主要涉及房地产合作开发主体方面的纠纷。案例 19 表明房地产合作开发的主体应是以土地使用权、资金等可以用货币估价并且可以依法转让的非货币财产进行共同投资的合作方,并且合作开发房地产合同的当事人中有一方具备房地产开发经营资质,合同即有效。案例 20 的重点在于房地产合作开发的主体以什么方式进行合作,房地产合作开发方式包括法人型、合伙型和合同型联营三种。案例 20 是双方当事人以组建项目公司的方式进行房地产合作开发的,属于法人型联营;项目公司系企业法人,独立对外承担责任,合作各方作为股东以出资为限承担有限责任。

2. 案例 21 是房地产合作开发的客体方面的纠纷,分析了在系争地块上分别有出让和划拨两种土地使用权性质、商业房屋和工会俱乐部两种规划用途、商品住宅和技术改造两种立项方式,而我国法律法规对此并无相关规定的情况

下的纠纷解决办法。

3. 案例 22 至案例 28 的焦点集中在房地产合作开发权利义务内容的不同方面。案例 22 突出了房地产合作开发各方的风险共担,房地产合作开发的义务随合作开发权利一同转移,受让方不能仅享有权利而不承担义务;案例 23 从房地产合作开发参建方权利义务的角度,探讨了参建有效和无效的界限,确认了动迁房在获得预售许可手续的情况下参建行为有效;案例 24 从与权利义务相对应的责任的角度,分析了房地产合作开发各方对外承担连带责任,对内承担按份责任,按照协议中约定的投资比例或利润分配比例承担责任;案例 25 从房地产合作开发各方利润共享的角度,探讨了超过规划建筑面积并获得有批准权的人民政府批准后各合作方对增加建筑面积的利润分配问题;案例 26 对名不副实的房地产合作开发民事法律关系的处理问题进行了探讨,指出应当按照当事人真实意思表示以及当事人是否承担经营风险的标准对名为“合作开发房地产合同”的协议进行定性;案例 27 运用法律解释的方法探究当事人签订合同的原意,分析房地产合作开发合同条款的理解和费用承担问题;案例 28 最特殊,系一起房地产合作开发引发的刑事案件,本案以合作开发房地产法律关系为基础、以刑法学理论结合民法上的法人理论进行分析,可谓民事专业律师触类旁通的经典案例。

第二部分:雕琢全赖匠心,行成于思。

我一直强调,“要做好律师,首先要做好人”,只有在德行上使人敬重,才能在业务上使人信服。要达到这一境界,关键在于承办各式专业案件时专注匠心雕琢,行成于思。木匠是手艺活,重在细致;律师同样是技术活,重在细节,二者颇有相似之处。木匠需要有巧妙的构思、熟练的手艺、应手的工具、精雕细琢,方能成器;律师需要有精准的思路、丰富的经验、深厚的功底、擘肌分理,方能成功。孔子曰:“工欲善其事,必先利其器。”木匠要想手艺精到,一定要先让工具锋利;律师要想打赢官司,一定要先具备深厚的法理功底。平日要勤于思考,办案要深思熟虑,这就是“雕琢全赖匠心,行成于思”的含义。总结我二十多年办理房地产开发案件的经验,具体表现在三个方面:一是办案办成“样板房”,二是打破砂锅问到底,三是实务法理精准链。这三个方面充分说明律师在处理疑难

复杂的房地产开发案件时,运用民事法律关系主体、客体、权利义务等民法基本理论进行分析研究,对于厘清案件是非曲直、分析案件法律关系、提出有效应对对策具有指导作用;尤其是在缺乏法律、法规和最高人民法院司法解释相关规定以及当事人相应约定的情况下,运用民法基本理论结合案件实际进行分析研究并提出有针对性的处理对策,对于影响法官判案自由裁量的思路、最终获得案件胜诉都至关重要。

一、办案办成“样板房”。

“样板房”,顾名思义,是购房者装修效果的参照实例。本书所选的许多案例,都是在房地产领域某一方面首次发生的案例。本人在案件事实与民事法律关系等民法基本理论相结合的基础上提出办案对策,案件的解决思路与诉讼策略构成了办案的“样板房”,为后续类似案件的办理提供了有益参考,具有借鉴意义。其中,有些案件的准确处理推动了司法的进步与完善,有些案件提出的争议解决办法为司法解释相应规定的制定提供了司法实践基础。

早在 20 世纪 90 年代初期房地产热刚刚兴起时,上海市高级人民法院决定自 1995 年开始,受理标的超过 3000 万元的一审房地产纠纷案件。当年上海市高级人民法院受理的第一个案件,是一个标的 6000 万元的房地产隐名投资纠纷案件,这也是上海市高级人民法院一审受理的首例合作开发房地产案件,案件的原告由我代理。此后,上海市高级人民法院一审受理到 6 号案件时,其中第 1 号、2 号、4 号、6 号 4 个案件均由我代理,包括 3 个案件的原告以及 1 个案件的被告,这使上海市建纬律师事务所凭借其专业能力和影响成为当时房地产专业法律服务领域里一道靓丽的风景线。1997 年,我承办的四方当事人签订协议通过转让房地产项目的方式转让土地使用权的案件,是一起涉及一系列民法基本理论问题的疑难复杂案件,一审判决转让不生效。由我出任二审代理人,在我的努力下,最高人民法院最终改判转让生效,该案被列入 2010 年 11 月出版的《最高人民法院民事案件解析》一书中。1999 年,我代理了一起在当时称得上是新中国成立以来上海标的最大的房地产纠纷案,涉案标的高达 54,815 万元,是一起典型的由提供项目用地、项目资金、开发资质三方主体合作开发房地产的重大纠纷案件,该案的处理在一定程度上推动了司法的进步。2000 年,我承办了一起房地产合作开发过程中因增加建筑面积而导致利益分配产生纠

纷的案件,我当时的办案思路与5年后2005年8月1日最高人民法院施行的《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第20条对房屋实际建筑面积超出规划建筑面积双方协商不成的情况下利润分配的规定基本一致,本案的成功为司法解释的制定提供了司法实践基础。2001年,我代理了一起诉讼程序最复杂、由最高人民法院受理最高人民检察院抗诉的、最高人民法院自己终审的房地产项目转让再审案,该案是全国首例最高人民检察院抗诉最高人民法院终审调解成功的再审案件,本人凭借此案被评为2006年至2008年度“上海优秀民事代理律师”,荣获该称号的律师一共只有7名。2010年,我担任武汉仲裁委员会仲裁员时,全年审理的唯一一个有关国有土地出让纠纷的仲裁案,在2011年荣获了武汉仲裁委员会“仲裁工作突出贡献奖”。这些案件都是我这些年来办成的“样板房”,通过本书向大家分享我的办案思路与执业技巧。

值得强调的是,民事法律关系等民法基本理论的实战运用对于办成“样板房”起到了至关重要的作用。民事法律关系是民法所调整的平等主体之间的财产关系和人身关系在法律上的表现,是整个民法逻辑体系展开与构建的基础,也是民事案件分析的核心。在结合案情分析时,应当首先归纳出法律关系,再以此为基础提出策略。例如,下述由本人先后代理的两个“包销案”,虽然案情各有不同,但究其根本,都是以民事法律关系为立足点进行分析,在明确双方权利义务的前提下才能做出最有利于当事人的判断并提供相应的诉讼策略。

这里以“包销案”为例,看专业“样板房”是怎么办成的。

(一)典型案例,最高人民法院引经据典。

早在1995年8月,我就成功代理了上海市高级人民法院受理的全国首例包销大案——黄国栋诉上海益发房地产发展有限公司返还包销款纠纷案,该案在司法实践中引起了强烈的反响,本人因此被同行誉为“房地产包销案第一人”。最高人民法院民一庭撰写的《最高人民法院〈关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》(以下简称《理解与适用》)一书,在解释第20条包销规定时,将此包销案作为典型案例予以引用。《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第20条对包销的规定是:“出卖人与包销人订立商品房包销合同,约定出卖人将其开发建设的房屋交

由包销人以出卖人的名义销售的,包销期满未销售的房屋,由包销人按照合同约定的包销价格购买,但当事人另有约定的除外。”该条没有对包销人的主体资格进行规定,最高人民法院《理解与适用》一书正是在“包销人的主体资格”一节中引用了我所承办的案件。在该案中,对于包销人的主体资格与包销合同效力之间的关系,原被告双方存在不同观点。我代理原告方,认为包销合同是开发商与包销人双方的真实意思表示,且不违反国家法律、行政法规的强制性规定,包销人不具备房地产开发经营资质的,不影响包销合同的效力;被告方则认为,包销人应当具备房地产开发经营资格,这有利于规范房地产市场秩序,也有利于保护买受人的合法利益,包销人不具备房地产开发经营资质的,包销合同无效。上海市高级人民法院支持了我的观点,认为对于包销合同的效力,我国法律、法规中并无明确规定,特别是在无禁止性规定的情况下,包销合同是双方真实意思表示,不违反我国法律的基本原则,应认定有效。最高人民法院赞同上海市高级人民法院的审判意见,在《理解与适用》一书中阐明,“从诉讼角度讲,在国家法律、行政法规对包销没有规定,尤其是禁止性规定的情况下,以包销人不具备房地产经营资格为由,认定包销合同无效,是不当的,只要包销合同是开发商与包销人双方的真实意思表示,合同内容不违反国家法律或社会公共利益,宜认定为有效”。

本案运用民事法律关系主体、意思自治原则和合同效力等民法基本理论定纷止争,在缺乏法律相关规定的情况下影响法官自由裁量,最终二审成功改判、我方全面获胜,本案因此成为包销“样板房”的典型案件,被最高人民法院在研读相关司法解释时引用收录。

(二) 奇思妙想,案件才起死回生。

2010年6月,本人再次代理了一起奇特的包销案件。该案是一起以房地产包销方式转让土地使用权的典型案件。涉案房地产性质原先为动迁住宅,其土地性质为划拨用地,涉案房屋的原所有人、本案第三人上海市某征地事务中心将涉案房产以行政方式调拨给上海市房屋管理局。本案委托包销转让房地产的一方是行政主管部门,以包销方式受让房地产的是一家房地产公司。本案的特殊性——包销商拖欠房屋主管部门近千万的包销余款达10年之久,其间主管部门没有索要欠款以中断时效。那么问题来了,债权人还有权请求包销商支付剩余包销款吗?债权人可以采取什么方式救济诉讼时效?早在1993年,我