



FEI SUSONG LÜSHI SHIWU

非诉讼律师实务

主 编◎杨继慧

副主编◎牛玉璞 敖 妙



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

辽宁省教育厅高校学术专著出版基金资助



FEISUSONG LÜSHI SHIWU

非诉讼律师实务

主 编◎杨继慧



副主编◎牛玉璞 敖 妙



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

非诉讼律师实务 / 杨继慧主编. —北京: 北京师范大学出版社, 2012.10
ISBN 978-7-303-14985-8

I. ①非… II. ①杨… III. ①律师业务—中国
IV. ①D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 163383 号

营销中心电话	010-58802181 58805532
北师大出版社高等教育分社网	http://gaojiao.bnup.com.cn
电子信箱	beishida168@126.com

出版发行: 北京师范大学出版社 www.bnup.com.cn
北京新街口外大街 19 号
邮政编码: 100875

印 刷: 北京京师印务有限公司
经 销: 全国新华书店
开 本: 170 mm × 230 mm
印 张: 12
字 数: 210 千字
版 次: 2012 年 10 月第 1 版
印 次: 2012 年 10 月第 1 次印刷
定 价: 28.00 元

策划编辑: 李洪波	责任编辑: 李洪波
美术编辑: 毛 佳	装帧设计: 毛 佳
责任校对: 李 茵	责任印制: 李 啸

版权所有 侵权必究

反盗版、侵权举报电话: 010-58800697

北京读者服务部电话: 010-58808104

外埠邮购电话: 010-58808083

本书如有印装质量问题, 请与印制管理部联系调换。

印制管理部电话: 010-58800825

作者简介

杨继慧 辽宁省锦州市人，法律硕士。现为沈阳工程学院政治法律系法学副教授。教授的主要课程有《行政与行政诉讼法》、《房地产法》、《律师学》、《非诉讼实务》。完成多项省级、校级教研及科研课题研究工作，其中课题《关于农村土地承包经营权流转的法律问题研究》被辽宁省社会科学界联合会 2009 年度评为一等奖，发表论文 20 余篇。兼职律师，曾先后担任辽宁省外国机构服务处、辽宁渥尔夫房地产开发有限公司、辽宁恒宇投资管理有限公司、沈阳建大汇众置业有限责任公司等单位的常年法律顾问，为香港乔冠有限公司办理“新海广场”拆迁补偿事宜提供法律服务。代理中国华融、信达资产管理公司沈阳办事处诉讼业务标的达两亿元，具有丰富的诉讼和非诉讼实践经验。

前 言

人们认为一个好的医生不仅是治疗疾病的专家，更是预防疾病的能手。律师也是如此，仅仅能够胜任诉讼案件的代理工作，还不能称其为一名优秀的律师，当今是经济飞速发展的时代，人们对律师的需要不仅仅在发生纠纷之后，更需要在发生诉讼之前，希望通过律师的指导和参与把纠纷消灭在萌芽中，以免造成不必要的诉讼资源浪费，所以当今社会对非诉讼律师的需求远远大于对诉讼律师的需求。

虽然目前律师的非诉讼业务发展空间异常广泛，各高等院校法学专业也纷纷开设非诉讼律师实务方面的课程，但关于非诉讼实务方面的书籍和教材却少之又少，关于这一方面的内容都编写在律师学或律师实务中，这给律师办理非诉讼业务和非诉讼实务的教学工作带来了麻烦。作者本人多年来从事非诉讼方面的教学工作，又在多家企业担任法律顾问，在非诉讼领域积累了丰富的经验，所以萌生出版《非诉讼律师实务》一书的愿望，以飨广大对此有所需求的读者。

本书分为四编，共十七章，包括房地产律师实务，知识产权律师实务，企业股份制改组律师实务，其他律师实务四个方面律师的非诉讼工作要点和内容。

第一编，房地产律师实务，主要阐述了律师在国有土地使用权出让、国有土地使用权转让、房地产开发、房地产交易、物业管理四个方面中的非诉讼业务及其应当提醒委托人的事项。

第二编，知识产权律师实务，主要分析了律师在著作权、商标权、专利权三个方面的非诉讼业务及其应当注意的问题。

第三编，企业股份制改组律师实务，主要研究了律师在企业改组前的咨询，

企业改组方式的选择，企业资产评估、资产重置，企业股份制改组律师见证四个方面的非诉讼工作内容。

第四编，其他律师实务，主要探析了律师咨询、律师代书、律师见证、律师担任法律顾问四个方面中的非诉讼实务内容。

本书的编写以现行法律、法规为基本原则，在侧重理论体系构建的同时，重点在于与实务相结合，阐述了律师在非诉讼领域具体工作内容、工作程序及可以帮助委托人解决的重要问题，具有很强的实用性。本书适用于从事非诉讼实务工作的律师、法律服务人员，也可供从事法学教学工作的广大教师在教学中参考。

因时间仓促，本书还存在很多问题，希望广大读者能够批评指正！

目 录

第一编 房地产律师实务

第一章 土地开发中的律师实务	(3)
第一节 建设用地使用权出让中的律师实务	(3)
第二节 建设用地使用权转让中的律师实务	(8)
第三节 城市房屋拆迁中的律师实务	(11)
第二章 房地产开发律师实务	(17)
第一节 房屋建设律师实务	(17)
第二节 建设工程施工管理律师实务	(21)
第三章 商品房预售及销售律师实务	(28)
第一节 商品房预售及销售律师为开发公司提供的法律服务	(28)
第二节 商品房预售及销售律师为买受人提供的法律服务	(31)
第四章 商品房抵押和租赁律师实务	(39)
第一节 商品房抵押律师实务	(39)
第二节 商品房租赁律师实务	(46)

第五章 物业管理律师实务	(51)
第一节 前期物业管理律师实务	(51)
第二节 物业管理服务中的律师实务	(58)

第二编 知识产权律师实务

第六章 知识产权律师实务概述	(65)
第一节 知识产权律师实务概念和作用	(65)
第二节 知识产权律师实务的范围和基本要求	(66)
第三节 知识产权律师实务分类	(74)
第七章 商标权律师实务	(80)
第一节 商标权诉讼律师实务	(80)
第二节 商标权非诉讼律师实务	(82)
第八章 专利权律师实务	(88)
第一节 专利权诉讼律师实务	(88)
第二节 专利权非诉讼律师实务	(91)
第九章 著作权律师实务	(95)
第一节 著作权诉讼律师实务	(95)
第二节 著作权非诉讼律师实务	(99)

第三编 企业股份制改组的律师实务

第十章 企业股份制改组的律师实务概述	(105)
第一节 企业股份制改组的律师业务	(105)
第二节 企业股份制改组中的律师执业要求	(109)
第十一章 企业股份制改组方式选择中的律师实务	(114)

第十二章 资产评估、股本形成、股权设置中的律师实务	(118)
第一节 资产评估中的律师实务	(118)
第二节 股本形成过程中的律师实务	(121)
第三节 股权设置中的律师实务	(123)
第十三章 证券法律见证	(126)
第一节 证券法律见证律师的执业要求	(126)
第二节 法律意见书及律师工作报告	(129)
第四编 其他非诉讼律师实务	
第十四章 律师法律咨询	(137)
第一节 法律咨询概述	(137)
第二节 法律咨询的范围与方法	(140)
第十五章 律师代写法律文书	(146)
第一节 律师代写法律文书概述	(146)
第二节 律师代书的工作程序	(149)
第三节 诉讼文书的代书	(151)
第四节 其他法律事务文书的代书	(156)
第十六章 律师见证业务	(161)
第一节 律师见证业务概述	(161)
第二节 几种特殊的律师见证	(163)
第三节 律师见证业务的具体程序	(164)
第四节 遗嘱见证	(167)
第五节 婚前财产律师见证	(170)
第十七章 律师企业法律顾问业务	(172)
第一节 企业法律顾问概述	(172)
第二节 律师担任企业法律顾问的工作流程	(174)
参考文献	(178)

第一编

房地产律师实务

第一章

土地开发中的律师实务

第一节 建设用地使用权出让中的律师实务

一、建设用地使用权出让的主要法律制度

(一) 建设用地使用权出让的范围

第一，建设用地使用权出让仅限于城镇国有土地。根据《城市房地产管理法》第2条规定，土地使用权出让的空间地域范围是城市规划区。在我国，城市规划区主要包括城市市区、近郊区以及城市行政区域内因城市建设和发展需要实行规划控制的区域。《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第2条规定，土地使用权出让不及于地下资源、埋藏物和市政公用设施。

第二，用于出让的建设用地属于具有商业利益的土地，即具有交易性质的土地。政府用地、国计民生企业用地、公益用地等具有特殊用途的用地通过划拨方式取得，不能通过出让方式取得。

第三，建设用地使用权出让仅在城市规划区国有土地范围内进行，集体所有土地需经过土地征收的程序，转为国有土地后方可出让。

(二) 建设用地使用权出让的最高年限

建设用地使用权出让的最高年限，是指按照国家法律和法规规定的建设用地使用者得以使用土地的最长年限。《城市房地产管理法》第14条规定：土地使用权出让最高年限由国务院规定。根据《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第12条规定，土地使用权出让最高年限按用途不同分别为：(1)居住用地70年；(2)工业用地50年；(3)教育、科技、文化、卫生、体育用地50年；

(4)商业、旅游、娱乐用地 40 年；(5)综合或者其他用地 50 年。

因此，土地使用权出让双方必须在上述年限内约定出让土地使用权的年限，不能超出这个年限。土地使用权出让年限的计算，是从土地使用者领取土地使用权证书之日开始计算，不是从合同生效之日开始计算。

(三)建设用地使用权出让的收回制度

建设用地使用权受让人违反土地使用权出让合同的规定而被国家强制收回使用权。《城市房地产管理法》第 26 条规定：“以出让方式取得土地使用权进行房地产开发的，必须按照土地使用权出让合同约定的土地用途、动工开发期限开发土地。超过出让合同约定的动工开发日期满一年未动工开发的，可以征收相当于土地使用权出让金百分之二十以下的土地闲置费；满二年未动工开发的，可以无偿收回土地使用权。”

土地使用权因土地使用权出让合同规定的使用期限届满而终止，导致建设用地使用权被国家收回。即当土地使用权出让合同规定的使用期限届满时，土地所有者将依土地使用权出让合同的规定收回土地使用权，土地使用权受让人从此将不再拥有该土地的使用权。由于出让的土地使用权是在不改变土地所有者的前提下的有期限的使用权，因而在使用期限届满之日起土地使用权受让人应将土地使用权返还给土地所有者。

在土地使用权期满前，国家因社会公共利益的需要而提前收回土地使用权。国家对依法取得的土地使用权给予充分的法律保护，土地使用人在使用期限内和国家规定范围内使用土地，任何单位和个人不得干涉或限制，国家也不能无正当理由提前收回土地，除非国家有特殊需要时例外。《城市房地产管理法》第 20 条规定：“国家对土地使用者依法取得的土地使用权，在出让合同约定的使用年限届满前不收回，在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，可以依照法律程序提前收回，并根据土地使用者使用的实际年限和开发土地的实际情况给予相应的补偿。”

二、建设用地国有土地使用权出让合同

土地使用权出让合同是土地使用权出让的最重要的法律文件。国有土地使用权出让只有签订合同后方能成立，出让双方的权利义务才能明确，才能受法律保护。土地使用权出让合同是指国有土地所有者(或者其代表)与土地使用权受让人之间就出让土地使用权及如何行使使用权等所达成的、明确相互间权利义务关系的协议。

(一)建设用地国有土地使用权出让合同的主要内容

1. 合同的标的

土地的面积、用途。

2. 使用年限

《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》对不同用途的土地使用年限做了具体规定，即居住用地最高 70 年；工业用地最高 50 年；教育、科技、文化、卫生、体育用地最高 50 年；商业、旅游、娱乐用地最高 40 年；综合或者其他用地最高 50 年。因此，合同在确定土地使用期限时，应在这个限度内根据具体情况来定。

3. 规划设计条件

该地块土地使用权的总平面布置图、建筑密度和高度控制指标、工程管线规划和竖向规划，这是出让、转让土地使用权必不可少的条件。

4. 开发期限

土地使用人在取得土地使用权后开发利用土地的时限。明确这项内容，是保证有效开发利用土地的依据，防止不按期开发、闲置土地等现象。

5. 出让金数额及支付方式

确定土地使用权出让金的数额是订立出让合同的关键，它涉及标的物的价款，是合同不可缺少的内容。

6. 开发进度与分期投资额度

出让土地的开发工程量往往根据进度投入相应的资金，才能有效地监督合同按期履行。

7. 违约责任

它是合同的当事人一方不履行合同，或不适当履行合同规定的义务应承担的法律责任。如一方未按合同规定提供土地使用权，受让方逾期未支付出让金等。对违约行为的一方，另一方有权请求违约赔偿，如果一方严重违约，另一方有权解除合同。

(二) 建设用地国有土地使用权出让合同的变更和解除

1. 建设用地国有土地使用权出让合同的变更

土地使用权出让合同的变更，一般是指合同当事人中的一方或双方由于某种原因，要求改变合同的部分条款内容，从而引起当事人双方的权利义务关系的调整 and 变化。土地使用权出让合同的期限很长，一般都为几十年，在合同执行中，不可避免地发生土地使用权出让合同的变更。大多数是土地使用者改变土地用途，而土地用途的改变必然引起土地使用年限、土地使用权出让金等条件产生改变，从而使双方权利义务关系产生变化。因此，《城市房地产管理法》第 18 条规定：“土地使用者需要改变土地使用权出让合同约定的土地用途的，必须取得出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门的同意，签订土地使

使用权出让合同变更协议或者重新签订土地使用权出让合同，相应调整土地使用权出让金。”

2. 土地使用权出让合同的解除

(1) 土地使用者不按出让合同的约定支付土地使用权出让金的，土地管理部门有权解除合同。

(2) 土地管理部门未按照出让合同约定提供出让的土地的，土地使用者有权解除合同。

(3) 土地使用者不按法律、法规的规定和出让合同约定，开发、利用和经营土地使用权的，土地管理部门有权根据情节给予处罚，直到收回土地使用权。

(4) 土地使用权终止。

三、土地使用权出让实务中的法律思考

第一，合同条款不完备，内容过于简单，致使当事人的权利、义务难以明确；有的地方片面强调发展本地经济，以地招商、以地引资，合同条款显失公平，甚至有明显违法条款；出让合同文本、名称、具体格式比较混乱等。这不仅影响了出让合同的履约率，而且导致合同纠纷增多，解决纠纷的难度加大。

第二，当事人不合格。主要是作为受让方的当事人不具备开发经营的实力，有些是“皮包”公司，只想倒卖“地皮”赚取利润，因而导致土地使用权出让合同无法履行。

第三，履行土地使用权出让合同意识差，导致不履行或不按期履行合同规定的义务，从而引起合同解除的法律后果。一般来说，主要有以下三种情况。

(1) 土地使用者不按出让合同约定支付土地使用权出让金，土地管理部门有权解除合同。

(2) 土地管理部门未按照出让合同约定提供出让的土地，土地使用者有权解除合同。如政府的“三通一平”等基础条件未及时提供，或规划设计方案不能批准等政府原因。

(3) 土地使用者不按法律、法规的规定和出让合同的约定开发、利用和经营土地使用权，土地管理部门有权予以处罚，直至收回土地使用权。

第四，土地供给总量失控。表现在：(1) 争相设立开发区，大量占用耕地；(2) 在出让中，协议方式较多，招标、拍卖方式很少，影响了市场的公平性和土地有偿使用制度的推广。

第五，土地没有分等定级标准，价格也较混乱；国家土地收益流失严重，收益分配不够规范。

四、国有土地使用权出让中律师的主要业务

(一)对开发公司取得土地的合法性进行审查

从取得土地的方式、审批的程序到签订具体的土地出让合同，律师都应当把好关，比如有的地方存在违规批地问题，审查购买土地使用权的性质，只有国有土地使用权才能出让，不能违反法律直接购买集体土地使用权，交付的土地有没有“七通一平”等情况，对这些问题，律师都要从合法的角度做好审查。

(二)对国有土地使用权出让合同进行审查

律师一定要做好合同的洽谈、起草、审查、订立工作，因为这些合同都是房地产开发的基础合同，不能出现任何的疏漏和瑕疵。签订土地使用权出让合同应当注意以下几个主要问题。

(1)合同的主体要合法，只有县级以上土地管理部门才能代表国家与受让人签订土地使用权出让合同，并且双方必须是在平等、自愿、有偿的基础上订立合同。

(2)土地使用权出让金必须合法、合理。只有付清土地出让金才能发放土地使用证。签订合同时必须交5%~20%的定金，成片开发土地的出让金一次支付如有困难，可按开发期限分期支付(但要限定最长期限)，分期发证，即在土地使用权备注栏内注明只享有已付出让金部分的土地使用权。

(3)土地的用途应符合土地使用条件的要求。土地使用条件，是国家对土地使用者取得土地时强制性的要求，是合同要约中的重要内容，凡未完全承诺则无法签订合同。

(4)土地使用权出让合同约定的土地使用权出让年限不能高于法律规定的最高年限。

(5)土地使用权转让、出租有限制性的条件。如凡未完成总投资(不含地价款)25%的，不能转让土地使用权。

(6)双方的违约责任条款应当具体、明确，以支付违约的形式为主。

(三)协助发展商办理土地使用权有偿受让手续

律师协助受让人办理土地使用权有偿受让手续并代理领取《国有土地使用权证》。

(四)律师应当告知受让人的注意事项

(1)土地使用者应当按照土地使用权出让合同约定的土地用途、动工开发期限开发土地。

(2)超过出让合同约定的动工开发日期满一年未动工开发的，土地所有权人可以征收相当于土地使用权出让金20%以下的土地闲置费。

(3)超过出让合同约定的动工开发日期满2年未动工开发的,土地所有权人可以无偿收回土地使用权。

(五)协助房地产开发公司办理审批业务

这个阶段涉及的行政审批较多,即使在目前很多地方有审批大厅,简化了办理程序、审批事项、审批环节,律师仍要协助建设单位进行审批、请示、报告,缩短审批时间,使得工程顺利开工进展。

第二节 建设用地使用权转让中的律师实务

一、建设用地使用权转让主要法律制度

(一)建设用地使用权转让的原则

第一,符合国家法律规定的原则。国家禁止转让的房地产不得转让。《城市房地产管理法》第38条规定:“下列房地产,不得转让:(一)以出让方式取得的土地使用权,不符合本法第三十九条规定的条件的;(二)司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的;(三)依法收回土地使用权的;(四)共有房地产,未经其他共有人书面同意的;(五)权属有争议的;(六)未依法登记领取权属证书的;(七)法律、行政法规规定禁止转让的其他情形。”同时,除上述禁止转让的房地产外,转让房地产必须符合国家规定的转让条件,否则,均构成无效行为,严重的将受到法律制裁。

第二,继续履行原土地使用权出让合同规定的权利义务的原则。即土地使用权转让时,原受让人同时转让了土地使用权出让合同中规定的权利义务。《城市房地产管理法》第42条规定:“房地产转让时,土地使用权出让合同载明的权利、义务随之转移。”土地使用权转让,并不意味着土地出让合同规定的权利义务终止,新的受让人仍继续履行原合同规定义务,需要改变原出让合同规定的土地用途的,应征得出让人同意,经政府有关部门批准后,重新签订合同。《城市房地产管理法》第43条规定:“以出让方式取得土地使用权的,转让房地产后,受让人改变原土地使用权出让合同约定的土地用途的,必须取得原出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门的同意,签订土地使用权出让合同变更协议或者重新签订土地使用权出让合同,相应调整土地使用权出让金。”

第三,土地使用权与其地上建筑物权利主体一致的原则。即土地使用权转让,其地上建筑物必须转让;地上建筑物转让,土地使用权同时转让。实行这一原则,便于国家对房地产市场的监督管理,符合房地产不可分割的属性。《城市房地产管理法》第32条规定:“房地产转让、抵押时,房屋的所有权和该房屋