

“民商法律师实务”丛书 ②⑩

新型民商专业律师 实务精选

中华全国律师协会民事专业委员会 编

- 公 司
- 合 同
- 婚姻家庭
- 民事侵权
- 土地建筑房地产
- 新型律师业务

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

新型民商专业律师 实 务 精 选

中华全国律师协会民事专业委员会 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

新型民商专业律师实务精选/中华全国律师协会民事专业委员会编.
—北京: 中国法制出版社, 2011. 10

(民商法律师实务丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3154 - 5

I. ①新… II. ①中… III. ①民法 - 中国 - 文集 ②商法 - 中国 - 文集
IV. ①D923. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 194933 号

策划编辑 张岩

责任编辑 潘孝莉

装帧设计 蒋怡

新型民商专业律师实务精选

XINXING MINSHANG ZHUANYE LUSHI SHIWU JINGXUAN

主编/中华全国律师协会民事专业委员会

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2011 年 10 月第 1 版

印张/20.5 字数/660 千

2011 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3154 - 5

定价: 50.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66022958

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

与时俱进 推陈出新

(代序)

中华全国律师协会民事专业委员会（下称民委会）自 2006 年起，选择每年举办的“中国民商法实务论坛”收集到的专业论文，编辑、出版《民商法律师实务丛书》（下称实务丛书），已连续六年，共出版了十八集。正式出版的我国民商法律师结合专业业务和操作实务撰写的论文共计 1203 篇，876 万字。

根据民委会主任会议的决定，今年的第十三届《中国民商法实务论坛》的主题为《律师服务与法治政府》。今年年初起，民委会就通过各种方式在全体民委会委员和广大律师中征集相关论文，论文征集通知获得广泛的重视和反响。结合民委会今年 1 月在上海举办的全国涉外婚姻律师实务及疑难法律问题交流研讨会、今年 4 月在杭州举办的保障性住房为主的房地产投融资法律论坛、今年 5 月在杭州举办的关于新版《建设工程施工合同（示范文本）》修订研讨会、今年 7 月在成都举办的 2011 年婚姻家庭法律师实务论坛收集到的相关论文，至收集论文截止日，共收到相关论文 220 篇。为确保质量，经民委会秘书处、各论坛组织委员会和中国法制出版社的多重审核、删节，从中收集优秀论文共 185 篇。

按照全国律协的统一安排，今年民委会的年会、民商法实务论坛和第九届《中国律师论坛》同步在青岛举办。据此，民委会对上述收到的论文再次进行遴选，并分别编入实务丛书的第 19 集和第 20 集。

全国律协的业务委员会对广大律师的实务研究和业务指导应当与时俱进，应当更加适应律师提高办案能力和业务水平的需求。为进一步提高对

全国民商事律师的业务指导，民委会经研究决定：自 2012 年起，民委会将以律师的办案经验总结作为重点，通过案例分析方式着重收集律师办案的成败得失，以案件胜诉的经验总结和案件败诉的原因分析为重点，整理出一批经典的民商事案例，作为广大律师尤其是年轻律师的业务指导教科书。希望民委会的律师实务研究和专业指导能够不断推陈出新，更上一层楼。

中华全国律师协会民事专业委员会主任 朱树英

2011 年 9 月 1 日

目 录

第一部分 律师为政府依法治市以及 为政府投资建设项目提供法律服务

一、土地建筑房地产

从上海 11.15 大火的教训看律师为政府投资建设项目提供法律服务 的重要性和必要性	朱树英	3
政府在国有土地上房屋征收中的角色与职责	李晓斌	10
地方政府如何进一步完善土地出让行为	李晓斌	19
为政府工程签订合同过程中解决中标单位投标瑕疵的建议	曹 珊	25
城市房屋征收中商业承租人权益保护分析	陈喻伟 张海涛	34
房价调控政策的法律思考	程学平	41
从政府采购角度分析政府投资项目代建制的有关问题	戴勇坚 熊 煜	51
国有资金建设项目模式分析	刘治勇	62
浅析经济适用住房的继承	孟丽娜 高冠宇	74
政府投资建设项目代建制度初探	税 彬	79
先租后建模式在国有划拨土地招商引资中的运用分析	孙 可 赵 航	87
经济适用型住房的继承	王仕清 陈蕴新	95

完善廉租房“共有产权”模式	熊 煜	100
解析政府在建设工程承包合同中的主体资格	袁华之	105
民间资金投资保障性住房建设的模式选择和权益保障	周月萍 周兰萍	112
审视“限购令”下的曲线炒房模式	陈晓羽 周 胜	119
房地产股权投资信托项目并购的法律实务	邓雄仔	126
土地出让成交确认书的法律效力及后果	丁继胜 孙孟强	132
城市房屋拆迁管理的法治化	高安举 陈蕴新	143
我国房地产信托模式及发展趋势	姜丛华 张爱华	148
对矿业权与土地承包经营权之间权利冲突的法律思考及应对	梁兰芝 李国荣	158
我国农民宅基地征收与开发房地产过程中的问题和立法建议	王 军	162
房地产投融资进程中的法律制度障碍和缺陷	王 勇	171
BT 模式建设保障性住房律师实务探析	谢明辉 吕秉虹	176
房地产信托资金募集和运用法律实务问题分析	徐 麟	187
房地产外资进入的渠道及法律规制	张志晓	197
施工企业如何与行业协会和专业律师防范表见代理带来的法律风 险	周月萍 魏 飞	204
房地产开发建设项目施工招标环节的风险防范	朱苏伶	210
浅谈《国有土地上房屋征收与补偿条例》	万 立 杨海燕	218
房地产新政实施后房地产纠纷案件的特点及预防纠纷的对策	林 丽	225
二、保障性住房的投融资		
正确处理保障性住房建设资金筹集和管理问题	徐 威	233
保障性住房的投资利弊及融资问题的法律对策	林 慧	238

保障性住房开发建设若干问题的实证分析	陈应春	244
保障性住房建设可借鉴英美法系的信托投资模式	金 莉	252
利用民间资金运营保障性住房	徐金雯 王 钦	261
利用民间资金建设保障性住房的模式选择及权益保障	樊德珠	269
利用银行贷款建设保障性住房的法律实务	周月萍 陈军杰	274
BT 模式建设保障性住房的相关法律问题	贺倩明 熊 婷	279
城市廉租房保障制度建设相关问题研究	曲笑飞	291
引入第三方担保机制 让保障房质量有保障	甘元春	297
外资参与国内经适房建设的可行性初探	张 华	301
中外保障性住房的法律制度比较	吴圣斌	306

三、其他民事纠纷

食品监管中的政府责任	甘元春 刘 辞	313
行政审批对特定财产权利转让合同效力的影响	蒋文军	317
假如“东电”在中国	庞 标	349
——环境污染下的政府责任		
群体性事件律师参与机制研究	严亮奇	354
因保护公益受损的适当补偿范围和索偿路径	关 鑫	362

四、“桥头堡”

论律师业在建设桥头堡中的作用	张 慧 刘晓炜	368
桥头堡基础设施建设中特殊纠纷的预防和对策研究		
.....	刘潇瑜 税 彬	373
为桥头堡建设构建有效的法律服务信息交流平台		
.....	关 琦 安柏静	378

第二部分 律师民事新业务

一、土地建筑房地产

建筑工程质量责任期间之辨析	李 恒	391
---------------------	-----	-----

EPC 合同条件下承包商的风险防范	刘治勇	403
二、其他房地产的投融资		
地产私募基金模式选择及风险规制	吴方荣	412
“假按揭”融资的法律风险	邵 莉 张锋平	421
三、公司法		
非法人企业法律地位若干问题刍议	蒋文军 丁 瑜	428
股东抽逃出资的股权转让合同的效力	赵 胜 黄 昕	451
四、合同法		
承包商在 EPC 合同履行中的工期风险分析	刘治勇	457
影视剧本合同法律问题浅谈	庞理鹏	463
特许经营合同实务中需注意的若干问题	任旭荣	469
五、婚姻家庭		
离婚后未分割的夫妻共同财产的性质判断	贾明军 吴卫义 陈 欢	479
我国当代夫妻财产制的缺陷和立法完善	宋雅梅	485
律师在维护婚姻家庭秩序中的积极作用	王 芳	491
当代夫妻财产制发展的趋势及原因	周世艳 姜 雷	496
夫妻离婚时有限公司股权的分割	付忠文	501
六、民事侵权		
医学会鉴定与司法鉴定之比较研究	陈志华	508
盗抢机动车交通事故责任承担	傅明华	515
论物权请求权和侵权请求权的关系	孙存保	524
《侵权责任法》若干问题探析	王德成	529
机动车交通事故责任若干问题的探讨	杨建东	538
如何确定专利保护范围	张 健	547
食品安全监管法律问题的思考	侯莉霞 讷建宏	557
侵权责任法在宅基地使用权保护方面的思考	讷建宏 侯莉霞	563

七、普通民事业务

抵押财产转让的法律规定及其适用 蒋文军 568

浅析“编外劳动者”工伤请求权障碍 李 超 590

我国环境公益民事诉讼原告主体资格探析 彭 静 陈喻伟 595

共同共有财产中的个人权利保护 王金兵 601

因保护公益受损的适当补偿范围和索偿路径 王 俊 607

保证期间的性质和保证期间的中断 王学鹏 陈蕴新 615

从仲裁协议效力的主体溯及范围浅谈商事仲裁中可否追加第三人
..... 张俊杰 623

八、新型律师业务

矿业权流转及矿业权合资、合作中的律师实务 梁兰芝 631

中美两国网络游戏产业版权保护政策比较 徐双泉 张瑞雪 637

• 01

第一部分

律师为政府依法治市以及为政府 投资建设项目提供法律服务

从上海 11.15 大火的教训看律师为政府投资建设 项目提供法律服务的重要性和必要性

朱树英*

【摘要】在我国城市化进程不断加快、城市公共设施和基础设施建设规模日益扩大以及市场经济日臻完善的今天，各级政府投资的重大建设项目规模越来越大，与市场接轨越来越明显，存在着专业法律服务的巨大需求，由律师为各级政府投资的重大建设项目提供法律服务已不是要不要的问题。吸取上海 11.15 大火反映出的有关政府建设主管部门法制意识淡薄，有法不依、有规不循的教训，已成为提高依法行政、依法治市能力的关键，而政府建设主管部门提高对专业法律服务重要性和必要性的认识，则是当务之急。

【关键词】上海大火 律师为政府服务 重要性 必要性

中共中央办公厅和国务院办公厅转发的《司法部关于进一步加强和改进律师工作的意见》（下称 30 号文件）对加大律师行业发展提出：建立健全律师人才培养选用机制。实施律师行业优秀人才和后备人才培养计划，建立律师人才专家库，推荐选拔优秀律师事务所和律师为在国（境）外上市的中国企业和关系国计民生的大型骨干国有企业提供法律服务。适应对外开放的需要，着力培养一批具有国际眼光、精通涉外法律业务的高素质律师人才。显然，律师为政府投资的基础设施建设项目提供相应的法律服务以及提高服务的能力和水平，符合 30 号文件的要求。全面贯彻落实中办、国办 30 号文件，不仅需要提高律师行业对政府投资建设项目法律服务

* 上海建纬律师事务所

的意识和专业水平、提高法律服务重要性的认识，同时需要各级政府提高对律师为项目建设提供法律服务的认识。两种认识中后一种认识更重要、更关键。作者认为：前不久发生的上海 11.15 大火及其应吸取的教训，已经对这一论题给出了最现实、最有说服力的答案。

一、有关政府部门在实施重大民生工程时，未从可行性分析开始寻求法律服务、未严格执行相关法律、未依法进行重大建设项目建设，是政府部门应吸取上海 11.15 大火的最重要的教训。

2010 年 3 月 13 日，上海市委、市政府办公厅联合发布《关于进一步发挥律师在法治政府、法治社会建设中重要作用的若干意见》，该意见第 4 条指出：“要加强对法律服务业的政策支持，搭建律师行业与政府有关部门的交流平台，不断促进律师事务所拓展金融证券、国际贸易、海商海事等法律服务领域。”第 5 条指出：“在政府重大工程决策、重大项目安排、重大民生工作和大额度资金使用的合法性和可行性论证过程中，各级政府部门应当积极组织律师参与。”市委、市政府的要求很明确：政府的重大民生工作和重大项目安排，从可行性认证开始就应当有律师参与，应事先进行法律分析和评估。

然而，作为上海市静安区政府投资 3500 万元并纳入区政府的重大民生工程，从有关政府主管部门在 11.15 火灾事故的起因和处置方案诸方面的失误来看，有法不依、有章不循是一个重大的教训。作为一个政府投资的建设项目，上海市委、市政府的上述意见并未在政府部门的日常工作中被加以重视，相关规定在这一项目建设中并未被严格执行。这个政府投资项目在运作中的失误主要有：

第一，政府部门根本不应作为商品住宅装修工程的发包人。

发生火灾的上海市胶州路 728 号大楼属于存量商品住宅，其所有权属于全体购房业主，大楼决定实施外墙重新装修工程，其发包人依法应是大楼全体业主，或者是得到授权的业主委员会。令人不可思议的是：本案装修工程实际上的发包人却是静安区建设交通委员会（下称区建交委），区建交委 2010 年 9 月通过招投标，确定工程总包方为上海市静安区建设总公司，分包方为上海佳艺建筑装饰工程公司。2010 年 11 月，区建交委进一步选择上海市静安建设工程监理有限公司承担项目监理工作，上海静安置业设计有限公司承担项目设计工作。此工程部分作业分包情况为：脚手架搭设作业分包给上海迪姆物业管理有限公司施工，搭设方案经公司总部和监

理单位审核，并得到批准；节能工程、保温工程和铝窗作业，通过政府采购程序分别选择正捷节能工程有限公司和中航铝门窗有限公司进行施工。

我国《物权法》第76条明确规定：“下列事项由业主共同决定：（一）制定和修改业主大会议事规则；（二）制定和修改建筑物及其附属设施的管理规约；（三）选举业主委员会或者更换业主委员会成员；（四）选聘和解聘物业服务企业或者其他管理人；（五）筹集和使用建筑物及其附属设施的维修资金；（六）改建、重建建筑物及其附属设施；（七）有关共有和共同管理权利的其他重大事项。决定前款第五项和第六项规定的事项，应当经专有部分占建筑物总面积三分之二以上的业主且占总人数三分之二以上的业主同意。决定前款其他事项，应当经专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意。”显然，本案由政府部门作为发包人毫无法律依据，政府部门实施的是毫无必要的并且是违法的招标行为。据传，是因为区里批准了大楼附近的新开高层项目，其楼高超过失火大楼影响了居民的采光和日照，政府是作为补偿才越俎代庖的。即便如此，按上海市的相关规定，区政府主管部门也应事先委托律师评估因此可能会带来的法律风险；而且，区政府财政投资三千五百多万元用于商品住宅的外墙重新装修属于重大投资安排和重大民生工作，更应当事先进行可行性分析并委托律师参加评估。

然而，从本案政府主管部门毫无法律根据的招投标行为开始，项目从可行性分析开始的运行，显然事先未经法律的专业论证并且未委托律师进行评估，这是有关政府部门法律失误的第一步。

第二，政府部门应对、处理突发事件处置失当。

11.15 火灾事故的事实从一开始就很清楚，是因为施工单位的转包或违法分包造成施工现场管理混乱；又因管理混乱、施工企业违法使用无上岗资格证书的工人，又违法动用明火且明火坠落引起火灾事故，事故性质明显属于施工单位的施工混乱对大楼居民的民事侵权行为引起的损害赔偿。

我国《侵权责任法》第11章“物件损害责任”第85条明确规定：“建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落造成他人损害，所有人、管理人或者使用人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。所有人、管理人或者使用人赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。”《建筑法》第67条明确规定：“承包单位将承包的工程转包的，或者违反本法规定进行分包的，责令改正，没收违法所得，并处

罚款，可以责令停业整顿，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书。承包单位有前款规定的违法行为的，对因转包工程或者违法分包的工程不符合规定的质量标准造成的损失，与接受转包或者分包的单位承担连带赔偿责任。”因此，作为政府部门的责任是第一时间实施抢救，在责任人尚未明确时先行抢救受伤者，并及时查明责任人，依法追究明确的侵权责任者的赔偿责任。

已事实上作为发包人的政府部门理应知道：一旦政府被确定为本案的侵权责任人，必将负有极其严重的赔偿责任。政府最忌讳的法律风险是不小心被涉入相应的侵权赔偿范围，即便工程由区建交委招标发包，施工现场发生火灾事故，依《侵权责任法》的相关规定，也未必属于政府的责任范围，赔偿责任依法应由负有过错责任的单位承担。其实政府部门完全可借鉴上海处理 2009 年 5 月 27 日闵行“莲花河畔景苑”倒楼事件的经验，在当事人被羁押的情况下由当事人委托律师出面处理，在有关方面对事故责任尚未确定的情况下，政府只是对事故善后处理起到指导、协调的作用。

事实上，在事故处置过程中，区政府出面宣布了死者的赔偿数额，不恰当地站到当事人和责任人的地位，在本案中已经走错了第一步的情况下又走错了第二步。究其原因，恐怕仍然是因为没有及时有效地进行法律责任的研究、论证工作，政府部门在突发事件时在法律上不能正确应对、又不知通过什么方式应对所致。

第三，侵权责任的赔偿是民事责任，应通过协商确定赔偿范围。

侵权损害的赔偿责任本属于民事责任，赔偿的范围和幅度应由侵权责任人加害人与受害人协商确定；在加害人静安区建筑装饰总公司法定代表人因涉嫌重大责任罪被刑事羁押的情况下，完全可委托律师出面到看守所办理委托代理手续；双方协商不成，既可由政府出面调解，也可以通过诉讼方式解决。上海去年发生闵行倒楼事件，其处理方式正是如此操作，才使政府处于不直接面对法律责任的主动地位。

而 11.15 事件的处理不是这样，善后处理以及宣布事故赔偿范围和幅度时均由政府主管领导直接出面，行政决定直接代替了民事赔偿方案。在涉及事故责任人范围以及责任人尚未确定的前提下，政府部门根本不应直接出面处理事故，因为这在法律上可能导致政府以自认的方式认领了事故的责任，这绝对是不明智、不策略、不必要，也不能起到安慰死伤、维护社会稳定的实际效果。

有关政府部门在 11.15 事故的起因和处置过程中既走错了第一步、第二步，又走错了第三步，这不能不说是法制意见薄弱导致违法行政的一个严重教训。而静安区现有 133 家律师事务所、律师 1720 人，其中不乏专业律师和业务精英。如果有关政府部门在本案项目的可行性研究、审批过程以及事故发生后对事故性质和法律对策等方面切实发挥律师作用，这些失误本应可以避免。

二、随着我国城市化进程的加快，各地、各级政府面对直接投资的重大建设项目不断增多的现状，为有效控制相应的各种商业风险和法律风险，应吸取上海 11.15 大火的教训，重视并发挥律师在政府重大投资建设中保驾护航的作用。事实也一再说明：律师完全有经验、有能力为政府投资项目提供法律服务和处理紧急事件的非诉讼服务。

近年来，越来越多的地方政府已认识到防范和预防政府投资项目建设的市场风险和法律风险的重要性，重视律师在政府投资建设项目中的作用，也逐渐成为不少地方政府的主导认识。2009 年 8 月 17 日浙江省司法厅和省发改委联合以浙司（2009）第 111 号文件发布《关于充分发挥律师作用积极为重大项目建设提供法律服务的意见》，这是全国各省、市首次由地方的司法和项目投资主管部门联合发布的专项规定。该规定指出：为贯彻国家保增长、扩内需、调结构的重大决策，省委、省政府出台了《浙江省 2009 - 2010 年政府主导性重大建设项目计划》，计划安排 81 个项目，总投资 8811 亿元。这是我省扩大内需、化解危机、促进经济平稳较快发展的现实选择，是推进经济转型升级的重要举措。

该规定还指出：重大项目建设单位可以根据项目建设的特点，聘请有专业特长的律师担任常年法律顾问，在项目建设的各个环节发挥律师的法律咨询作用，也可以就项目建设的某个阶段或问题，集中委托律师办理相关法律事务。受聘律师在咨询、办理相关事务的同时，要积极协助项目业主制定和完善企业的管理制度，强化内控机制，对可能影响项目建设的风险进行评估，建立法律预案，注意运用法律协调机制，化解各方面矛盾和纠纷，减少法律诉讼，保障重大项目建设的顺利进行。

我国的民商事专业律师能够为政府的重大工程项目建设以及社会稳定提供切实有效的法律服务已一再为事实所证明，各地的律师为政府投资的重大建设项目提供全过程的法律服务已逐渐为不少地方政府所接受，并已经取得成效。同样在上海，2009 年 6 月，上海闵行“河畔景苑”小区发生