

南京市律师协会 编著

房地产开发 法律风险防范



The Prevention of Legal Risks
of Real Estate Development



南京大学出版社

南京市律师协

房地产开发 法律风险防范

编委会主任	王星旅		
编委会副主任	薛济民	谢满林	申士清
编委会委员	王宏	邓立新	戎浩军
	华洪群	李俭	杜庆江
	陈继久	虞兴东	吴培
执行主编	张利军		



南京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

房地产开发法律风险防范/南京市律师协会编著
—南京:南京大学出版社,2010.8
ISBN 978-7-305-07357-1

I. ①房… II. ①南… III. ①房地产业—法
规—研究—中国 IV. ①D922.181.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 153288 号

出版发行 南京大学出版社
社 址 南京市汉口路 22 号 邮编 210093
网 址 <http://www.NjupCo.com>
出 版 人 左 健

书 名 房地产开发法律风险防范
编 著 南京市律师协会
责任编辑 李志红 编辑热线 025-83594071

照 排 南京玄武湖印刷照排中心
印 刷 南京京新印刷厂
开 本 787×1 092 1/16 印张 19.25 字数 333 千
版 次 2010 年 8 月第 1 版 2010 年 8 月第 1 次印刷
ISBN 978-7-305-07357-1
定 价 46.00 元

发行热线 025-83594756 83686452
电子邮箱 Press@NjupCo.com
Sales@NjupCo.com(市场部)

* 版权所有,侵权必究

* 凡购买南大版图书,如有印装质量问题,请与所购
图书销售部门联系调换

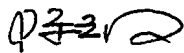
序

我国的房地产业是一个快速发展的新兴产业,从 20 世纪 80 年代起步以来,几经曲折,目前已经发展成为我国国民经济的重要支柱产业。在国际金融危机对我国经济造成严重冲击的情况下,房地产业对我国经济领先于世界各国回暖和复苏起了重要作用。我国房地产业的持续、健康、稳定发展,对于实现我国国民经济的平稳健康发展,维护社会的和谐稳定,具有十分重要的意义。

我国的房地产业还处于成长期。现阶段该领域内的法律、法规还不够系统和完善,各类市场主体的法律意识还稍显淡薄,法律纠纷层出不穷。如何增强房地产企业的依法经营意识和风险防范意识,化解开发过程中出现的不同利益群体之间的矛盾,不仅是房地产行业从业人员需要思考的问题,更是从事房地产行业法律工作的专家学者们必须认真研究和解决的课题。

《房地产开发法律风险防范》一书,以房地产企业的开发流程为论述主线,对房地产开发各环节面临的风险,以及可采取的防范措施进行了较深入的研究和探讨。书中既有系统的理论阐述,也有精彩的案例分析,实用性和操作性较强。房地产从业人员和房地产法律工作者都可从中获得一些有益的启示和借鉴。相信这本书的出版发行会为房地产行业的持续、健康、稳定的发展增添新的力量。

中国房地产业协会副会长
江苏省房地产业协会会长
2010 年 4 月 16 日





目 录

绪论 房地产开发概述.....	1
-----------------	---

上篇 房地产开发企业篇

第一章 房地产开发企业设立阶段的法律风险防范	11
第一节 房地产开发企业概述	11
第二节 房地产开发企业设立阶段的法律风险及其防范	18
第二章 房地产合作开发的法律风险防范	31
第一节 房地产合作开发概述	31
第二节 房地产合作开发法律风险及其防范	33
第三章 房地产项目并购法律风险防范	43
第一节 房地产项目并购概述	43
第二节 房地产项目并购法律风险及其防范	47
第四章 房地产开发融资法律风险防范	66
第一节 房地产开发融资概述	66
第二节 房地产开发融资法律风险及其防范	77
第五章 房地产开发企业环境保护法律风险防范	85
第一节 房地产开发企业环境保护法律风险产生的背景	85
第二节 房地产开发中的环境保护法律风险产生的原因	87
第三节 房地产开发中环境保护法律风险的内容	89
第四节 房地产开发中环境保护法律风险的防范	91

下篇 房地产开发流程篇

第一章 房地产开发立项与审批的法律风险防范	99
-----------------------------	----



第一节 房地产开发立项与审批概述	99
第二节 房地产开发立项与审批的法律风险及其防范	104
第二章 土地使用权取得的法律风险防范	107
第一节 土地使用权取得概述	107
第二节 土地使用权出让的法律风险防范	109
第三节 土地使用权转让的法律风险防范	118
第三章 建设工程合同的法律风险防范	128
第一节 建设工程施工合同概述	128
第二节 建设工程施工合同的法律风险及其防范	129
第四章 商品房销售阶段法律风险防范	172
第一节 商品房销售法律风险防范	172
第二节 与购房者相关的法律风险防范	183
第五章 房地产经纪所涉法律问题及风险防范	194
第一节 房地产经纪概述	194
第二节 房地产经纪中的市场欺诈及风险防范	199
第六章 房地产开发物业管理法律风险防范	207
第一节 房地产开发物业管理概述	207
第二节 物业管理与服务的法律风险及其防范	214
附 录	245
一、《中华人民共和国城市房地产管理法》	
二、《中华人民共和国土地管理法》	
三、《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》	
四、《国有土地上房屋征收与补偿条例(征求意见稿)》	
五、《中华人民共和国建筑法》	
六、《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》	
七、《最高人民法院关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》	
八、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》	
主要参考文献	298
后 记	301



绪论

第一章

房地产开发概述

一、房地产发展与房地产法律概况

房地产业在我国是一个新兴的行业。自 20 世纪 80 年代初,伴随着住房制度改革、城市建设发展而兴起,到现在也只有 20 多年的历史。与其他行业一样,房地产业在中国的发展也是一个从无到有、从不成熟到逐渐成熟的过程,大致经历了以下三个阶段:

第一阶段:理论突破与试点起步阶段(20 世纪 70 年代末至 90 年代初)

1978 年理论界提出了住房商品化、土地产权等观点。1980 年 9 月北京市住房统建办公室率先挂牌,成立了北京市城市开发总公司,拉开了房地产综合开发的序幕。1982 年国务院在四个城市进行售房试点。1984 年广东、重庆开始征收土地使用费。1987 年至 1991 年是中国房地产市场的起步阶段。1987 年 11 月 26 日,深圳市政府首次公开招标出让住房用地。1990 年上海市房改方案出台,开始建立住房公积金制度。1991 年开始,国务院先后批复了 24 个省市的房改总体方案。

第二阶段:非理性炒作与调整推进阶段(20 世纪 90 年代初至 90 年代中期)

1992 年房改全面启动,住房公积金制度全面推行。1993 年“安居工程”开始启动。1992 年后,房地产业急剧快速增长,月投资最高增幅曾高达 146.9%。房地产市场在局部地区一度呈现混乱局面,在个别地区出现较为明显的房地产泡沫,主要是在南方,包括海南、深圳、珠海、惠州、北海等地。因为在这些地方出现了房地产市场过热的问题,所以有了第一次房地产的调控。1993 年底宏观经济调控后,房地产业投资增长率普遍大幅回落。房地产市场在经历一段时间的低迷之后开始复苏。

第三阶段:相对稳定协调发展阶段(20 世纪 90 年代中期至本世纪初)

随着社会主义市场经济的进一步的发展,从 1999 年开始,房地产市场



逐渐步入市场化的新阶段,其中最有标志性的事件是1998年彻底停止了住房实物分配制度,实行住房货币分配政策。居民个人已经成为住房消费的主体,市场在住房资源配置中的基础性作用初步确立,住房市场体系逐步完善,房地产投资进入平稳快速发展时期,房地产业成为经济的支柱产业之一。

第四阶段:新的调整阶段(本世纪初至今)

在该阶段,房地产价格持续上扬,多项调控措施出台。2003年后市场进一步发展,并引发了一系列的政府干预,主要针对控制投资规模、抑制房地产价格上涨过快。特别是自2009年下半年以来,房价持续非理性上涨,中央及地方政府连续出台多项政策抑制房价上涨过快,打击市场投机行为,规范房地产市场。

以上是我国房地产市场发展所经历的四个阶段。总的来说,我国房地产业发展迅速,在几十年间形成了几近完整的房地产业,主要包括土地的开发与再发展;地产经营,包括土地的转让、租赁等;房屋开发建设;房产经营,包括房屋买卖、租赁、抵押等;房地产中介服务,包括评估、置换、装修、物业管理等;房地产金融,包括信贷和房地产金融投资等^①。

从目前看,我国房地产业正处于调整阶段,在此过程中国家相继出台了一系列法律、法规、规章。我国第一部城市房地产管理方面的法律是1994年7月5日第八届全国人民代表大会常务委员会第八次会议通过的《中华人民共和国城市房地产管理法》。此后又先后颁布了《中华人民共和国土地法》、《中华人民共和国建筑法》等一系列法律。1998年7月20日国务院颁布了《城市房地产开发经营管理条例》、《物业管理条例》等行政法规。依据这些法律法规,建设部及地方房地产主管部门也相继出台了相当多的部门规章、地方规章及规范性文件。为更好地处理房地产纠纷,最高人民法院从司法实践的角度,也出台了一系列的司法解释,特别是在2003年和2004年,先后出台了三个司法解释,即《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》、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》、《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》。随着房地产法律、法规、部门规章及规范性文件、司法解释的颁布实施,我国的房地产法律逐渐健全

^① 宋安成:《律师提供全程房地产法律服务操作实务》,《房地产建筑律师实务——前沿、务实与责任》,法律出版社,2006年6月第1版。



和完善,房地产行业的各种操作模式也越来越规范。

二、房地产开发的主要特点

房地产开发是现代市场发展中的经济活动,它直接从事土地与建筑产品的生产和经营,直接进行包括住宅、厂房、库房、商业、办公、旅游、餐饮、娱乐等社会生产和社会服务所需房屋的建设以及土地的开发,为社会生产生活提供了物质基础保证。

作为房地产企业开发经营的对象,房地产开发的主要特点概括如下:

1. 地理位置的固定性和不可移动性

土地开发、房屋建设及使用均具有地理位置不可变动的特点,在开发项目时必须考虑到地区差异,考虑到就地开发土地、就地建房、就地经营销售、就地使用获利的可能性等因素。

2. 开发周期长

土地及建筑物作为项目开发的内容,工程量较大。另外,工程建设进度也有其客观规律性和相应的时间要求。项目开工建设前的有关手续繁杂,也影响着项目开发周期。总体来说,完成一个开发项目一般需要1—3年,甚至更长的时间。

3. 受国家法规政策严格约束和调控

房地产开发作为特殊的经济活动,涉及社会生产生活的方方面面,同时也关系到国民经济(如土地资源配置、城市发展规划等)和国计民生。因此,房地产开发必须通过国家和地方政府进行宏观调控和政策引导才能保证其健康有序的发展。从立项开始,房地产项目的各个环节都有直接的约束和控制。如项目开发必须符合国家产业政策,服从城市统一规划,遵守城市建设法规,房地产售价受国家有关法规政策调控等。

4. 建设环节多样性

这与项目开发受法规政策严格约束的特点直接相关。从我国现行管理体制来看,参与房地产开发项目管理的部门很多,可能涉及到计划、土地、规划、建设、消防、交通、教育、人防、环保、市政、城管、园林、卫生、技监、质监、安监、墙改办、房管等众多部门。因此,项目建设环节较多,而且各环节不可或缺。

5. 投资需求量大

由于房地产开发项目投资大,开发周期长,项目资金来源不可能完全依靠房地产开发企业自有资金来运作。因此,房地产企业需要通过各种渠道



筹措大量建设资金,而其中多以银行借贷资金为主。

6. 投资风险大,影响因素多样性

由于房地产项目具有以上特点,也就相应决定了其投资风险较大。如很容易受到国家政策、宏观政治经济形势、市场需求变化及竞争对手等方面的影响。另外,在项目建设期间,随着时间的推移,建筑材料价格、劳动力价格等有可能发生变动,从而影响项目的投资额。再比如说,当公共利益需要时,可能遇到强制性征收、停止使用或限期拆除情况等。

三、房地产开发的主体

房地产开发中,法律关系错综复杂,涉及到的法律主体既可以是国家,也可以是法人、其他社会组织 and 自然人,表现出广泛性和多样性。

1. 国家和政府

国家或政府是房地产法律关系中一种特殊的主体,主要参加房地产管理法律关系并居主导地位。当然,国家也以其他身份参与房地产法律关系。因此,国家作为主体在房地产法律关系中具有如下三重性质:一是充当一般的房地产民事法律关系的主体。例如,国家机关作为买方向房地产开发企业购买商品房而形成的房地产买卖合同关系中的主体资格,这是一种纯粹的民事法律关系。二是作为房地产活动的管理者所具有的主体资格。例如,国家对房地产价格的管理,对房地产交易的管理等。三是作为国有土地资源所有者和管理者的特殊主体资格。这实质上是一种房地产经济法律关系,如国家在土地使用权出让关系中既是合同一方,同时又是房地产建设用地的管理者。

2. 劳动群众集体经济组织

劳动群众集体经济组织可以成为房产所有权的主体和国有土地使用权的主体,并且农村劳动群众集体经济组织是集体土地所有权的主体。

3. 从事房地产开发的企业

土地和房屋对每一个社会组织来说都是不可或缺的,尤其是随着市场经济的发展,对房地产的需求更是逐步增加,同时又反过来拉动了房地产投资。越来越多的企业从事房地产业并成为房地产法律关系中的主体。其中,有代表性的几种是:第一,房地产开发企业,它是专门从事房地产开发的企业,是房地产开发活动的组织者,是一种重要的房地产法律关系主体;第二,建筑施工企业,它是指承接房地产开发企业提供的房地产开发项目,进行建筑施工的企业,它主要受《合同法》和《建筑法》的规范;第三,房地产销



售企业,它主要包括商品房的出售者以及土地使用权的转让者;第四,房地产辅助商,它是指从事除直接进行房地产开发和交易以外的其他房地产服务性业务的经营者,如房地产经纪人、房地产交易行、房地产评估机构、物业管理公司等。

4. 非法人组织及自然人

非法人组织也可以成为房地产法律关系中的主体,如合伙组织购买、租赁房地产作为经营场所等。自然人不仅可以依法享有房产的所有权和国家集体土地的使用权,而且可以就自己的房产进行转让、设定抵押、进行出租等,从而成为相应的房地产转让法律关系中的主体。

在各类房地产法律关系的主体中,从事房地产开发活动之行为者即为房地产开发主体。实践中,主要存在政府作为开发主体和房地产开发企业作为开发主体两种情形。政府开发一般是由政府出面,组织人力和物力进行前期开发,出让土地使用权;房地产开发企业开发是指房地产开发企业通过法定程序取得开发项目后,对土地进行开发,建设房屋等建筑物。

城市建设的发展,促进了房地产开发企业的建立,而开发企业的建立,又加速了城市建设的步伐。房地产开发企业作为房地产开发的一类主体,在房地产开发市场上占重要地位。随着我国经济体制改革和住房体制改革的推进,房地产业迅速兴起和发展,出现了大量不同规模、不同开发能力、不同所有制性质的房地产开发公司。这些开发企业分别在国内居住区的综合开发、配套建设、承担大型功能复杂的综合开发区的建设,以致承担国外的房地产开发项目等方面发挥着各自的作用,为推动城乡建设与发展做出了重要的贡献。随着我国加入 WTO,建立高素质的房地产开发企业 and 企业集团是我国房地产开发企业未来的主要目标。

因此,房地产开发企业成为房地产开发中最重要的主体,在本书上篇中也将着重阐述房地产开发企业这一房地产开发主体,内容将围绕房地产开发企业在房地产开发中所涉及到的法律风险及其应如何防范展开,主要包括房地产开发企业的设立、房地产合作开发、房地产项目并购、房地产开发融资、环境保护等。

四、房地产开发流程

房地产建设项目一般周期较长,通常可以分为以下四个阶段,而该书下篇的内容也将主要围绕房地产开发流程中的法律风险及其防范展开。



1. 建设项目工程的前期开发阶段

前期准备工作主要是房地产开发项目的立项和可行性研究,包括计委对房地产项目进行立项审批,进行施工设计,土地出让或转让等。此阶段的主要工作是取得项目开工建设的一系列许可证和取得项目建设用地的国有土地使用权。

该阶段涉及到的法律问题较为复杂,因此,本书就该阶段的法律风险主要分为两部分进行论述:下篇第一章着重就房地产开发前期的立项与审批阶段的法律风险防范展开论述,而土地使用权取得方面的法律风险防范主要在下篇第二章展开。

2. 项目的建设施工阶段

建筑施工阶段是房地产开发企业委托建筑公司进行项目建设的阶段。该阶段是房地产开发的重要阶段,房地产开发企业在这个阶段委托有资质的公司进行项目设计、项目施工、项目监理,并组织项目的竣工验收。

在本阶段的法律问题主要涉及到相关招标文件的起草、制定以及设计、监理、测绘、勘察、工程承包等一系列合同的审查与修改。因此,本阶段的法律风险防范主要就相关招标文件与合同展开论述。

3. 项目管理阶段

该阶段主要是房屋销售。具体的说,销售分为预售和现房销售两个阶段。预售即通常所说的期房预售,是指房地产开发企业与购房者约定,由购房者交付定金或预付款,在未来一定日期拥有现房的房产交易行为。它与现房销售已成为我国商品房市场中的两种主要的房屋销售形式。

该阶段的法律问题主要体现在商品房销售以及房地产开发企业与购房者两个方面,涉及到的法律风险防范也将就此展开。此外,房地产经纪作为中介服务提供者,日渐成为房地产市场的重要参与者,其在商品房销售中发挥着越来越重要的作用。因此,房地产经纪中的各项法律风险防范也同样需要重视。

4. 物业管理阶段

本阶段主要是物业管理企业从房地产开发企业接管物业后,进行物业管理服务的活动。一般是指受物业所有人的委托,依据物业管理委托合同,对物业的房屋建筑及其设备,市政公用设施、绿化、卫生、交通、治安和环境容貌等管理项目进行维护、修缮和整治,并向物业所有人和使用人提供综合性的有偿服务。

该阶段的法律问题主要存在于房地产开发企业与物业公司以及房地产



开发企业与业主之间。

五、房地产开发法律风险防范体系的建立

房地产开发由于自身的固有特点,在经营过程中面临种种法律风险。近年来,房地产开发经营领域中的诉讼案件数量迅速增长,大多案情复杂,诉讼标的庞大,诉讼主体众多,影响巨大,涉及各个环节。对于房地产开发企业来说,明确房地产开发过程中的法律风险,并适时采取防范措施以及充分利用法律保护自己的合法权益,以确保开发顺利进行,是一个必修的课题。在这之中,房地产企业应该学会如何防范法律风险,知其何可为,何不可为。本书正以此为主旨,就房地产开发企业与房地产开发流程中存在的法律风险种类及其产生原因、引发后果进行了详细的论述,并分为上下两篇分别阐述。



上 篇

房地产开发企业篇





第一章 房地产开发企业设立阶段的法律风险防范

第一节 房地产开发企业概述

一、房地产开发企业的概念和特征

依据《城市房地产管理法》第 29 条的规定,房地产开发企业是以营利为目的,从事房地产开发和经营的企业,也称“房地产开发商”。建设部 2000 年 3 月 29 日颁布的《房地产开发企业资质管理规定》第 2 条规定:“本规定所称房地产开发企业是指依法设立、具有企业法人资格的经济实体。”

作为从事房地产开发和经营的营利性组织,房地产开发企业具有如下特征:

1. 房地产开发企业是具有法人资格的经济组织

房地产开发企业必须依法成立,有自己的名称、组织机构和经营场所,并独立对外承担责任。

2. 房地产开发企业是以营利为目的的经济组织

房地产开发企业是营利法人,并且其存在的目的是为了获得经济利益和利润而存在的,主要开展房地产经营活动。

3. 房地产开发企业的业务活动范围主要是进行房地产开发与经营

房地产开发企业作为法人,具有民事权利能力和民事行为能力。从某种意义上说,行为能力在一方面指房地产开发企业应当具备房地产经营和开发的相关资质,另一方面指法人的业务活动范围,主要业务范围包括城镇土地开发、房屋营造、基础设施建设,以及房地产营销等经营活动。

4. 房地产开发企业实行行业归口管理^①

房地产开发企业由国家各地建设主管部门实行行业归口管理,并在城

^① 参见刘瑛,乔宁著《房地产开发》,北京大学出版社 2007 年版。