

房地产法律实务系列教材

建设工程法律实务

李巧玲 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

房地产法律实务系列教材

建设工程法律实务

主编 李巧玲 副主编 范红霞



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

建设工程法律实务/李巧玲主编. —武汉:武汉大学出版社,2015.8
房地产法律实务系列教材
ISBN 978-7-307-16144-3

I. 建… II. 李… III. 建筑法—中国—教材 IV. D922.297

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 127922 号

责任编辑:田红恩 责任校对:李孟潇 版式设计:马 佳

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:cbs22@whu.edu.cn 网址:www.wdp.com.cn)

印刷:武汉市江城印务有限公司

开本:787×1092 1/16 印张:13 字数:307千字 插页:1

版次:2015年8月第1版 2015年8月第1次印刷

ISBN 978-7-307-16144-3 定价:28.00元

版权所有,不得翻印;凡购买我社的图书,如有质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

总 序

诺贝尔经济学奖获得者、前世界银行副行长斯蒂格利茨说：“中国的城市化与美国的高科技发展将是影响 21 世纪人类社会发展进程的两件大事。中国的城市化将是区域经济增长的火车头，将会产生最重要的经济效益。同时，城市化也将是中国在新世纪里面面临的第一大挑战。”城镇化是一个国家和一个地区现代化发展的必然趋势，党的十六大提出：“要逐步提高城镇化水平，坚持大中小城市和小城镇协调发展，走中国特色的城镇化道路。”

中国是一个人口规模巨大、疆域辽阔且区域差异显著的发展中大国，目前城镇化正进入一个快速发展的时期。联合国《城市的繁荣 2012/2013》中预测，到 2030 年，最保守估计将有 2.5 亿人进城，中性估计会有 2.7 亿人进城，乐观估计会有 3 亿人进城。城镇化将带来一系列的变化，如城镇消费群体扩大、结构升级、潜力释放，在旧城改造、新城开发过程中城市基础设施、公共服务设施等领域会产生巨大的投资需求，在这个发展过程中房地产业始终具有举足轻重的作用。故如何建立一套完善的法律体系，以法律手段规制房地产业，保证其健康、稳定、持续地发展便具有重要的研究价值。

房地产业涉及的领域十分广阔，在开发建设过程中涉及土地征收、旧城改造、老房拆迁、工程招投标、工程施工、工程验收，在房产开发后还涉及房产转让、物业管理等多方面内容。在房地产业发展的过程中涉及多方利益主体的关系协调，既有政府与房地产业的投资者之间的利益协调，又有房地产建设单位与设计单位、施工单位、房地产业主之间的利益协调。目前我国对房地产行业的法律规制并不完善，房地产行业的市场并不成熟，还存在许多急待解决的问题，在房地产开发建设以及房产转让、物业管理等过程中容易发生纠纷，需要培养专业的房地产法律实务工作者。

人才的培养必须立足于课堂教学，而课堂教学质量的高低又在很大程度上取决于教材。目前，出版的大多数房地产方面的教学，是以知识点之间的逻辑体系来进行编排，难以使学识顺利转化为操作能力。而本系列教材是武汉工商学院按照“知识+技术+能力+素质”的要求，培养适应社会发展需要，系统掌握本专业基础知识和必备技能，具有创新与创业意识和能力的高素质应用型人才的定位，以房地产开发业务流程为依据编排的课程体系，使学生所学知识与房地产业每个流程环节建立起对应关系。

本丛书由四本书组成，分别是《土地开发管理法律实务》、《房地产交易法律实务》、《建设工程法律实务》、《物业管理法律实务》，涵盖了房地产行业从土地征收、房屋拆迁、房产建设、房产交易以及物业管理的全过程，内容全面充实，且该书在编写过程中，始终要求能反映目前最新的法律法规及政策的要求，强调其实务性与实用性，并具有可操作性。

本书的适用对象是法学专业的本科生，但同时由于该套书涉及房地产行业的相关法律实务，因此亦可作为房地产行业以及相关单位法务部门的参考读物。

鉴于时间仓促，编者能力所限，该套教材并非十分精致与完美，还存在很多需要完善的地方。但是我相信他们会做得更好，因为在研究房地产行业法律实务的过程中，探索与思考的脚步永远不会停止。

吴天明

2015年5月1日

前 言

在建设社会主义现代化的中国，建设工程正以日新月异的速度不断拓展，有关建设工程的法律纠纷案件也居高不下，究其原因还是在于我国有关建设工程的相关法律制度不完善，建筑行业僧多粥少、项目各责任主体的法律程序意识不强导致的。为了减少和避免建设工程的法律纠纷，有必要对建设工程法律实务相关问题进行研究。

目前研究建设工程法律实务的主要以律师行业和法院系统为主，出现了不少优秀的实务研究成果，如上海建纬律师事务所创始主任朱树英律师编著的《建设工程法律实务》、《房地产开发法律实务》、《建设工程实务问答》、《建设工程合同与索赔管理》，李刚、李娜律师编著的《建设工程全程法律风险控制》、周月萍律师编著的《建筑企业法律风险防范与化解》、周吉高律师编著的《建设工程专项法律实务》、王文杰律师编著的《建设工程法律实务操作及疑难问题深度剖析》等著作，为律师操作建设工程法律实务和规范建筑行业发展提供了良好的指引，具有非常重要的研究价值。

本书是对房地产法律实务课程建设的一个探索，同时也是编者承担的湖北省教育厅法律消费与服务市场背景下法学实践教学模式建构项目的阶段性成果。关注现实的法律消费与法律服务市场的特点，将法律消费和服务模式与法学专业实践课程体系改革结合起来，能强化法学专业实践教学的需求，培养学生的法律思维及解决实际问题的能力，以适应社会对法律人才的市场需求，从而实现学校的社会服务功能。作为法学专业房地产法律实务方向的学生既要掌握与建设工程纠纷有关的法律制度，又要学会运用这些制度去处理建设工程法律纠纷。基于该出发点，本书在编排体例上分为导读、问题引入、基本内容以及典型案例四大部分，在书后还附有部分法律、法规、规章及司法解释，便于学生在学完相关基础知识后，再研究实际案例，从而将所学理论知识与实践相结合，提高学生的实践能力。

本书的内容共分建设工程规划许可与施工许可、建设工程招标投标、建设工程施工合同、建设工程签证与索赔、建设工程质量与工期、建设工程竣工验收与保修、建设工程价款结算与支付七大板块，涉及建设工程从规划到招投标到施工、竣工验收与结算的整个过程的法律实务。

囿于时间和学识，有关建设工程的大量疑难问题并未在书中一并展现，对建设工程法律实务还有待进一步深入研究，以期得出更好的成果。

目 录

第一章 建设工程规划许可与施工许可.....	1
第一节 建设工程规划许可.....	1
一、建设工程规划许可概述.....	2
二、建设工程规划许可登记的机关和条件.....	3
三、建设工程规划许可的程序.....	3
四、违反建设工程规划许可的法律责任.....	5
第二节 建设工程施工许可.....	7
一、建设工程施工许可的意义.....	7
二、建设工程施工许可的范围.....	8
三、申请建设工程施工许可的条件和程序.....	9
四、建筑工程施工许可证的效力	10
五、违反建设工程施工许可的法律责任	11
第二章 建设工程招标投标	15
第一节 建设工程招标投标概述	15
一、建设工程招投标的概念和分类	15
二、建设工程招投标的基本原则和意义	17
三、建设工程招标的方式	18
四、建设工程招标的范围	19
五、建设工程招标应具备的条件	23
六、建设工程招投标的主体	24
第二节 建设工程招投标的程序	26
一、招标	26
二、投标	29
三、开标	32
四、评标和中标	32
五、发出中标通知书及合同签订	33
第三节 违反招投标法的法律责任	34
一、常见违法招标投标行为及法律责任	34
二、中标无效的法定情形	39

第三章 建设工程施工合同	44
第一节 建设工程施工合同概述	44
一、建设工程合同和建设工程施工合同	45
二、建设工程施工合同的特点与分类	46
三、2013 版《施工合同示范文本》	48
第二节 建设工程施工合同的内容	49
一、建设工程施工合同的内容	50
二、建设工程施工合同双方当事人的义务与责任	53
第三节 建设工程合同的效力和解除	54
一、施工合同无效的常见情形及法律后果	55
二、施工单位垫资施工合同的效力	57
三、黑白合同的效力认定	58
四、建设工程施工合同的解除	59
第四节 建设工程施工合同的诉讼主体认定	60
一、建设工程施工合同的主体	61
二、建设工程施工合同主体纠纷的发生原因	61
三、建设工程施工合同纠纷诉讼主体的认定	61
第四章 建设工程签证与索赔	65
第一节 建设工程签证	65
一、建设工程签证的概念及法律特征	66
二、建设工程签证的分类与范围	67
三、建设工程签证的流程和常见问题	70
四、建设工程签证的注意事项	72
第二节 建设工程索赔	74
一、建设工程索赔的概念与种类	75
二、建设工程索赔的发生原因	76
三、发包人的反索赔	77
四、索赔的程序	77
五、索赔报告与索赔证据	80
第五章 建设工程质量与工期	87
第一节 建设工程质量	87
一、建设工程质量概述	87
二、建筑工程施工质量验收标准与程序	89
三、建设工程主体的责任与义务	90
四、建设工程常见质量纠纷处理	100
第二节 建设工程的工期	102

一、建设工程工期的相关概念	102
二、开工日期	104
三、竣工日期	107
四、工程延误	110
五、工期顺延	112
六、2013 版《施工合同示范文本》规定的暂停施工	113
第六章 建设工程竣工验收与保修	119
第一节 建设工程竣工验收	119
一、建设工程竣工验收的分类	119
二、建设工程竣工验收的主体	120
三、建设工程竣工验收的法律意义	120
四、建设工程竣工验收的条件和程序	122
五、建设工程竣工验收备案	124
六、有关建设工程竣工验收的争议及处理	124
第二节 建设工程质量保修	127
一、建设工程质量保修制度及其相关法律规定	128
二、建设工程质量的保修范围	128
三、建设工程质量保修期及起算时间	130
四、建设工程质量保修程序和保修费用	131
五、建设工程质量保险	132
六、有关建设工程质量保修的争议及处理	133
第七章 建设工程价款结算与支付	140
第一节 工程价款结算的概述	140
一、工程价款结算的概念	140
二、工程价款结算的主要方式	141
三、工程合同价款的约定	141
四、工程价款的确定方式	142
第二节 工程变更与合同价款调整	144
一、工程变更的分类	144
二、工程变更的程序	145
三、工程变更对合同价款的影响	146
第三节 工程价款的支付与争议处理	148
一、工程预付款支付	148
二、工程进度款支付	150
三、工程竣工结算款支付	151
四、工程价款结算的争议处理	152

附录：相关法律法规规章及司法解释

中华人民共和国建筑法	160
中华人民共和国招标投标法	170
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	178
建设工程质量管理条例	181
建筑工程施工发包与承包计价管理办法	191
建设工程价款结算暂行办法	195

第一章 建设工程规划许可与施工许可

【本章导读】

建设工程在施工前应当办理规划许可与施工许可，规划许可要求建设工程符合城市规划的要求，施工许可要求建设工程应当具备施工的条件。近年来我国颁布了《城市规划法》、《建筑法》、《建筑工程施工许可管理办法》等一系列法律法规及部门规章，违反上述法律法规进行建设的应当认定为违法行为。对于违法建设行为的处理有罚款、限期拆除、没收违法所得等处罚措施，学习本章应当重点研究申请规划许可和施工许可的条件、程序以及违反相关许可规定应当承担的法律后果。

第一节 建设工程规划许可

【问题引入】

2010年9月3日，株洲市规划局执法人员在巡查中发现，××房地产公司在株洲市芦淞区鸟树下建设住宅，其经株洲市规划局核发的建设工程规划许可证规定为1栋6层，建筑面积为2350m²，实际已建成1栋6层，建筑面积为2520m²，超出规划许可面积170m²。执法人员经巡查发现后，对××房地产公司进行了立案调查，制作了现场勘验笔录，调取了国土、规划、建设等行政部门的审批文件及有关图纸、资料，对××房地产公司法定代表人李××、项目经办人陈××、施工单位负责人汪××等制作了调查笔录，就违法位置、违法面积、建设工程造价进行了核实。经查，违法行为为局部扩建，建设工程总造价为134.056万元。××房地产公司在其违法建设行为被株洲市规划局查处后，立即停止了新的建设行为，主动配合该局执法人员调查取证，积极进行整改，主动纠正违法行为。根据上述事实，株洲市规划局对××房地产公司作出以下处罚：

- (一) 按建设工程总造价的8%予以处罚，共计罚款107245元，上缴国库；
- (二) 自接到本决定书之日起15日内到指定银行缴纳罚款并完善相关手续，逾期不缴纳，按每日3%加处罚款。^①

问题：株洲市规划局的处罚是否合法？

^① 该案例根据株洲市规划局法规解读案例改编而成，株洲市规划局网站：http://www.hnzzgh.gov.cn/zcfg/fgjd/201305/t20130531_854.htm，访问时间：2014年11月12日。

一、建设工程规划许可概述

(一) 建设工程的含义与类型

根据《建设工程质量管理条例》第2条的规定,建设工程是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程。按照《建设工程分类标准》(GB/T 50841-2013)的规定,建设工程是指为人类生活、生产提供物质技术基础的各类建筑物和工程设施的统称。

根据不同的标准,建设工程有不同的分类,按照自然属性可分为建筑工程、土木工程和机电工程三类;按照社会属性可分为房屋建筑工程、铁路工程、公路工程、水利工程、市政工程、煤炭矿山工程、水运工程、海洋工程、民航工程、商业与物质工程、农业工程、林业工程、粮食工程、石油天然气工程、海洋石油工程、火电工程、水电工程、核工业工程、建材工程、冶金工程、有色金属工程、石化工程、化工工程、医药工程、机械工程、航天与航空工程、兵器与船舶工程、轻工工程、纺织工程、电子与通信工程和广播电影电视工程等31类。按照功能不同可分为节能工程、消防工程、抗震工程等;按照用途不同可分为住宅工程、铁路工程、公路工程等;按照结构不同可分为建设项目、单位工程、分部工程、分项工程等。

根据《中华人民共和国城市规划法》(以下简称《城市规划法》)的相关规定,建设工程主要包括建筑工程、市政管线工程及道路交通工程等。

(二) 建设工程规划许可与建设用地规划许可

《城乡规划法》第37条规定,在城市、镇规划区内以划拨方式提供国有土地使用权的建设项目,经有关部门批准、核准、备案后,建设单位应当向城市、县人民政府城乡规划主管部门提出建设用地规划许可申请,由城市、县人民政府城乡规划主管部门依据控制性详细规划核定建设用地的位置、面积、允许建设的范围,核发建设用地规划许可证。

建设单位在取得建设用地规划许可证后,方可向县级以上地方人民政府土地主管部门申请用地,经县级以上人民政府审批后,由土地主管部门划拨土地。

《城乡规划法》第38条规定,在城市、镇规划区内以出让方式提供国有土地使用权的,在国有土地使用权出让前,城市、县人民政府城乡规划主管部门应当依据控制性详细规划,提出出让地块的位置、使用性质、开发强度等规划条件,作为国有土地使用权出让合同的组成部分。未确定规划条件的地块,不得出让国有土地使用权。

以出让方式取得国有土地使用权的建设项目,在签订国有土地使用权出让合同后,建设单位应当持建设项目的批准、核准、备案文件和国有土地使用权出让合同,向城市、县人民政府城乡规划主管部门领取建设用地规划许可证。

城市、县人民政府城乡规划主管部门不得在建设用地规划许可证中,擅自改变作为国有土地使用权出让合同组成部分的规划条件。

从上述规定可以看出,凡进行当前建设活动的,都应当提交使用土地的有关证明文件、建设工程设计方案等材料,需要建设单位编制修建性详细规划的建设项目还应提交修建性详细规划,向城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府申请办理建设工程规划许可证。因此,建设用地规划许可是向土地行政

主管部门办理用地手续之前，向规划行政主管部门申请办理界定土地使用性质、土地使用面积、建筑容积率、建筑密度、绿地率等的规划许可，只有取得建设用地规划许可才能够申请用地许可，而建设工程规划许可是由规划行政主管部门核发的准许建设工程按批准规划方案和认可施工图文件进行建设的活动。建设单位进行建设必须取得建设工程规划许可，涉及用地的，还需取得建设用地规划许可。

二、建设工程规划许可登记的机关和条件

（一）建设工程规划许可登记的机关

《城乡规划法》第40条规定，在城市、镇规划区内进行建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程建设的，建设单位或者个人应当向城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府申请办理建设工程规划许可证。根据该条规定，国务院城市规划行政主管部门（中华人民共和国住房和城乡建设部），主管全国的城市规划工作，县级以上地方政府城市规划行政主管部门（市国土资源和规划局），主管其行政区内的城市规划工作，并负责建设工程规划许可证的审核、签发。

（二）建设工程规划许可的条件

1. 申请单位或者个人符合法定资格；
2. 申请事项符合法定程序和法定形式，申请材料、图纸完备；
3. 符合依法批准的控制性详细规划、相关的法律法规和规划条件以及其他具体要求。

《城乡规划法》第2条第2款规定，本法所称城乡规划，包括城镇体系规划、城市规划、镇规划、乡规划和村庄规划。城市规划、镇规划分为总体规划和详细规划。详细规划分为控制性详细规划和修建性详细规划。建设工程应当符合上述规划要求，属于上述规划范围之内，方能进行许可。

三、建设工程规划许可的程序

（一）建设工程规划许可的程序

规划行政主管部门根据《城市规划法》对申请建设工程规划许可的建设项目进行审查并颁发建设工程规划许可证。《关于统一实行建设用地规划许可证和建设工程规划许可证的通知》（1990年2月23日建设部建规字第66号文发布）中确定了发放建设工程规划许可证的一般程序：

- （1）凡在城市规划区内新建、扩建和改建建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程设施的单位与个人，必须持有关批准文件向城市规划行政主管部门提出建设申请；

- （2）城市规划行政主管部门根据城市规划提出建设工程规划设计要求；

- （3）城市规划行政主管部门征求并综合协调有关行政主管部门对建设工程设计方案的意见，审定建设工程初步设计方案；

- （4）城市规划行政主管部门审核建设单位或个人提供的工程施工图后，核发建设工程规划许可证。

建设工程规划许可证所包括的附图和附件，按照建筑物、构筑物、道路、管线以及个人建房等不同要求，由发证单位根据法律、法规规定和实际情况制定。附图和附件是建设

工程规划许可证的配套证件，具有同等法律效力。

(二) 申请建设工程规划许可的材料

依据《城乡规划法》，申请建设工程规划许可需要提交的材料如下：

(1) 建设工程规划许可书面申请；

(2) 建设用地规划许可证；

(3) 土地使用有关证明；

(4) 建设项目批准文件；

(5) 经依法审定的建设工程设计方案（需要编制修建性详细规划的，还应提供经依法审定的修建性详细规划）及其相关材料。

对于建设工程规划许可的具体程序在各地实践中有不同，可以通过各地规划行政主管部门网上公开信息进行查询。

【案例 1-1】

2000 年 9 月 11 日北京市规划委员会就核定了中国预防医学科学院环境卫生监测所有关建设动物实验室建设项目的《审定设计方案通知书》，确定了项目的可行性研究结论。2001 年 12 月 10 日，规划委员会向中国预防医学科学院环境卫生监测所颁发了编号为 2001 规建字 1769 号《建设工程规划许可证》，该许可证标明的建设项目为二级动物实验室，建设位置为朝阳区潘家园南里 7 号，建设规模为 2 949.18 平方米。许可证的附件中标明该二级动物实验室层数为地上 3 层、地下 1 层，结构类型为框架。2000 年 12 月 7 日中国预防医学科学院环境卫生监测所就动物实验室建设项目向北京环境保护局（以下简称环保局）申请办理环保审批，2002 年 2 月 21 日环保局给予确定批复。某住宅楼位于该二级动物实验室的北侧，其中 6 号楼与动物实验室的间距为 19.06 米。2004 年，住宅楼居民向北京市西城区人民法院提出诉讼，要求撤销规划委员会向中国预防医学科学院环境卫生监测所颁发的编号为 2001 规建字 1769 号《建设工程规划许可证》。

案件审理中规划委员会认为该实验室项目于 2000 年通过了卫生部的批准，环保局亦于 2002 年 2 月对该建设项目核发了《关于卫生部食品卫生检验所动物房项目环境影响报告表的批复》，并提交了卫生部的批准文件。

北京市西城区人民法院经审理认为根据《中华人民共和国环境保护法》第 13 条的规定，建设污染环境的项目，必须遵守国家有关建设项目环境保护管理的规定。建设项目的环境影响报告书，必须对建设项目产生的污染和对环境作出评价，规定防治措施，经项目主管部门预审并依照规定的程序报环境保护行政主管部门批准。环境影响报告书经批准后，计划部门方可批准建设项目设计任务书。被告规划委员会在审批该项目的《建设工程规划许可证》时，应当审查第三人是否已取得了环境影响报告书，并根据卫生部颁布施行的《卫生系统实验动物管理暂行条例》规定，审查申报建设的实验动物室建筑是否保留至少有 20 米的卫生隔离区。但是，本案中规划委员会核准的动物实验室工程设计方案，实验室与原告的住宅楼之间的距离为 19.06 米，未达到规定的距离要求。规划委员会在诉讼中向法院提交的有关证据，不足以证明其

审批行为认定事实清楚，程序正当、合法。据此，北京市西城区人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第54条第（二）项第1目之规定，于2003年6月19日作出判决，撤销了被告北京市规划委员会于2001年12月10日向第三人颁发的2001规建字1769号《建设工程规划许可证》。^①

四、违反建设工程规划许可的法律责任

违反建设工程规划许可的行为，是指行为人未取得城市规划行政主管部门核发的建设工程规划许可证，或者违反建设工程规划许可证的规定在城市规划区内进行建设的行为。

（一）违法行为的认定

工程建设程序是法律、法规规定的从事工程建设活动必须遵守的先后次序，从工程建设的自然过程而言，完成一个建设项目要依次经过项目可行性研究、立项报批、建设用地及城市规划许可、工程勘察、工程设计、工程施工、竣工验收和交付使用等若干阶段。任何单位和个人超越工程建设程序进行建设活动均属于违法行为，对工程建设实践中未取得建设工程规划许可证而通过各种方式取得建设行政主管部门的施工许可证进行施工建设，或者取得建设工程规划许可证但违反建设工程规划许可证规定进行建设的行为，依法应当认定为违法建设行为。

违反建设工程规划许可的行为主要包括两类，一是行为人未取得城市规划行政主管部门核发的建设工程规划许可证，主要指在城市、镇规划区内，建设单位或个人在未经规划审批、未取得建设工程规划许可证的情况下擅自建设的建筑物、构筑物等工程设施，二是未按照建设工程规划许可证的规定进行建设，是指在城市、镇规划区内虽然取得了建设工程规划许可证，但当事人违反建设工程规划许可证的规定建设的建筑物、构筑物等工程设施。此类违法情形较为常见，如浙江临洮规划局在执法过程中就发现建设单位常见的违法行为有批少建多，实际建筑面积超过规划审批建筑面积；批一建二或建三，审批建设一层而实际建设二层或三层；超范围建设，开发小区在未经规划审批的情况下擅自建设附属设施以及物业管理用房；随意变更规划进行建设，不按规划设计规定的建筑风格、绿地面积、外墙粉饰、附属设施等要求随意建设；违反规划规定的其他情形。前两种情形，占到临洮县城区违法建筑总数的60%以上。^②

（二）违反建设工程规划许可的法律责任

《城乡规划法》第64条规定：未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定进行建设的，由县级以上人民政府城乡规划主管部门责令停止建设；尚可采取改正措施消除对规划实施的影响，限期改正，处建设工程造价5%以上10%以下的罚款；无法采取改正措施消除影响的，限期拆除，不能拆除的，没收实物或者违法收入，可以并处建设工程造价10%以下的罚款。按照该规定，对违法建筑的处理主要有罚款、限

^① 该案例来自《最高人民法院公报案例》2004年第3期。

^② 颜柏祥：《对违反规划违法建筑的认定及处理》，载《城市管理》：<http://wsz.cq.gov.cn/zt/csgl/show.aspx?id=7451>，访问时间：2014年10月29日。

期拆除和没收三种方式。

1. 罚款

对于违法建设当事人所建的违法建筑可以采取改正措施消除对规划实施的影响的，可以单独处建设工程造价 5% 以上 10% 以下的罚款。对于无法采取改正措施消除影响的，可以并处建设工程造价 10% 以下的罚款。

2. 限期拆除

违法建设当事人所建的违法建筑，无法采取改正措施消除对规划实施的影响的，限期拆除。适用限期拆除的前提条件是要有合法的规划，违章建筑不能消除影响，能消除影响的可以处以罚款，不能消除影响的要限期拆除。根据现行的法律规定，限期拆除的执行一般有两种方式，即自行拆除和强制拆除，强制拆除又可分为司法强制和行政强制两种。自行拆除，是指行政机关对当事人下达行政处罚决定后，当事人在规定的期限内，按照处罚决定确定的方式自行拆除违法建筑。强制拆除，是指行政机关对当事人下达行政处罚决定后，当事人拒绝履行限期拆除义务，而由行政机关或人民法院强行拆除。行政机关提出执行申请后由人民法院决定并组织强行拆除的，称为司法强制；由行政机关决定并组织强行拆除的，称为行政强制。

3. 没收

“没收”这一处罚方法的适用，其实体要件和程序要件与强制拆除基本相同。不同的是，具备了强制拆除的必备条件后，在违法建筑不能拆除的情况下，才能适用没收这一行政处罚措施。没收和罚款“可以”并处。这里的“可以”，法律上称之为选择性规定，也称之为弹性规定，意思是可以选择，也可以不选择，具体根据行政处罚案件的实际情况而定。前述案例中，根据《城市规划法》第 40、41 条的规定，违法建设行为虽然影响城市规划但尚可采取改正措施补救的，由县级以上地方人民政府城市规划行政主管部门责令限期改正，并处罚款；对违法建设严重影响城市规划的，由县级以上地方人民政府城市规划行政主管部门责令停止建设，限期拆除或者没收违法建筑物、构筑物或者其他设施；对违法建设单位的有关责任人员，由其所在单位或者上级主管部门给予行政处分。

在问题引入中所述的案例中××房地产公司在株洲市芦淞区乌树下开发建设住宅，未经规划主管部门批准，擅自违反建设工程规划许可证的规定，超建 170m²，违反了《城乡规划法》第 40 条和《湖南省实施〈中华人民共和国城乡规划法〉办法》第 25 条的规定，属违法建设，应当依据《城乡规划法》第 64 条、《湖南省实施〈中华人民共和国城乡规划法〉办法》第 51 条规定进行行政处罚。

××房地产公司在其违法建设行为被查处后，立即停止了新的建设行为，主动配合执法人员调查取证，积极进行整改，主动纠正违法行为，并且违法面积相对不大，没有超出用地许可范围，对相邻关系影响较小，且不违反国家规划强制性规定，基本符合该地段控制性详细规划，经现场公示，相邻利害关系人没有异议，符合《株洲市规划局行政处罚自由裁量基准制度》第 13 条第 3 款规定的违法情形，可以采取补办规划许可手续以消除对城市规划实施的影响，故对××房地产公司处建设工程总造价 8% 的罚款。株洲规划局对××房地产公司的处罚是合法的。

第二节 建设工程施工许可

【问题引入】

2014年2月26日,常熟市住房和城乡建设局城市建设监察大队发现某某房地产开发有限公司投资建设的住宅楼、商业用房桩基工程项目涉嫌未取得施工许可擅自施工,于2014年3月3日立案调查。经查,某某房地产开发有限公司投资建设的住宅楼、商业用房桩基工程项目工程,工程合同造价为456万元。2014年1月10日,该公司在未取得施工许可证、未办理质监手续、安监手续的情况下进行项目建设,调查时桩基部分已经完工,其行为违反了《中华人民共和国建筑法》(以下简称《建筑法》)第7条第1款和《建设工程质量管理条例》第13条的规定。违法事实认定的依据主要有:发包人和承包人签订的施工协议、现场检查笔录及照片、询问笔录等。根据《建设工程质量管理条例》第57条的规定,以及常熟市住房和城乡建设局有关行政处罚自由裁量权实施细则,常熟市住房和城乡建设局对某某房地产开发有限公司无施工许可证擅自施工的行为,责令停止施工,限期改正,并处工程合同价款456万元的1.49%(68 000元)的罚款。^①

问题:常熟市住房和城乡建设局的处罚是否合法?

一、建设工程施工许可的意义

建设工程施工许可是指建设行政主管部门依法对建设工程是否具备施工条件进行审查,符合条件者准许施工并颁发施工许可证的活动。建设工程施工许可证是建设单位符合各种施工条件、允许开工的批准文件,是建设单位进行工程施工的法律凭证,也是相关工程权属登记的主要依据之一。建设工程关系国计民生,对建设工程施工进行管理具有重要的意义。

(一) 有利于国家进行宏观调控

建设工程施工许可制度有利于国家对基本建设进行宏观调控,既可以监督建设单位尽快建成拟建项目,防止闲置土地,影响公众利益,又能保证建设项目开工后能够顺利进行,避免由于不具备条件盲目上马,给参与建设的各方造成不必要的损失,同时也有助于建设行政主管部门对在建项目实施有效的监督管理。

(二) 有利于规范建筑市场

建设单位取得施工许可证需要符合一定的条件,并按照相关程序才能办理。对建设工程项目实施建设工程施工许可制度有利于规范建筑市场,保证建筑工程质量和建筑安全生产,维护社会经济秩序,提高投资效益,保障公民生命财产和国家财产安全。来自浙

^① 该案例根据常熟市住房和城乡建设局网站公布的案例进行改编。详见2014年3月份违法违规典型案例——未办理施工许可手续擅自开工案, <http://www.csbuild.gov.cn/newsshow.php?type=guanli&Id=10017251>, 访问时间:2014年12月26日。