

“民商法律师实务”丛书 ①⑨

民 事 律 师 实 务

(第5辑)

中华全国律师协会民事专业委员会 编

- 婚姻家庭
- 民事侵权
- 土地建筑房地产
- 保障型住房投融资
- 新型律师业务

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

102.9-53138
“民商法律师实务”丛书 ①

D925.104-53/2:5

民事律师实务

(第5辑)

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

民事律师实务/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.第5辑)
ISBN 978-7-5093-3152-1

I. ①民… II. ①中… III. ①民事诉讼法-中国-文集
IV. ①D925.104-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 193819 号

策划编辑 张岩

责任编辑 潘孝莉

装帧设计 蒋怡

民事律师实务

MINSHI LUSHI SHIWU

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/21 字数/688 千

2011 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-3152-1

定价: 50.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66022958

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

示范文本缺位 合同争议失据	朱树英 3
我国住房保障制度建设方向的若干建议	韦 烨 张思佳 11
基层政府重大投资项目中投标主体资格法律风险防范的对策与建议	严亮奇 20
试论地方政府在农村集体土地征收中的角色定位	慎先进 27
浅议房地产信托在中国的发展及相关法律法规的完善	曹立志 34
农村的产权改制及其法律问题	常鹤旻 46
浅论房地产投资信托的法律与实践	陈志亭 55
司法实践中常见的房地产投融资纠纷案例分析 ...	黄 伟 刘传刚 65
集体土地所有权的保护措施及立法建议	李法捷 陈 莹 71
论建设用地使用权的空间性	梁海峰 78
土地出让金独立于房屋价格探析	孟凡胜 89
房地产投资信托的风险及制度构建	明智坚 缪晓军 93
关于切中肯綮有效调控房地产市场、让房价回归合理水平的提案	钱 锋 封晓骏 宋园国 105
苏州“限购令”解读及房地产企业法律风险防控	钱 虹 113
房地产外资进入的渠道以及法律规制	薛春艳 蒋少华 118

房地产外资进入的渠道及法律规制	张丽娜 周 胜	126
房地产外资进入的渠道及法律规制	张先力	131
房地产合作开发过程中的模式选择及权益保障 ...	周月萍 王秀明	137

二、保障性住房的投融资

浅析房地产新政与房地产法律的整合	季 诺 陈 周	152
浅析保障性住房建设过程中试点房地产投资信托 (REITs) 的必 要性	王文德	162
BT 模式建设公共租赁房的法律实务	周兰萍	174
BT 模式建设保障性住房的法律实务	邹高铃	178
BT 模式建设保障性住房的法律实务	杨洪军	185
信托融资模式及相关法律实务浅析	史 威 王国强	194

三、其他民事纠纷

环境侵权中的政府责任	刘昕涛	204
公共应急法律功效评估机制探析	严亮奇	213

四、关于“桥头堡”

律师为桥头堡建设服务面临的问题和机遇	陈建国	220
发展“桥头堡”法律服务 构筑中国 - 东盟法律服务大通道	马 巍 庄云超	228
实施桥头堡战略对区域内律师业的影响	郑继华	234
律师业在桥头堡建设中面临的问题和机遇	陈 霞	241

第二部分 律师民事新业务论文集

一、土地建筑房地产

建设工程验收合格之日与实际竣工之日之间的联系与区别及法律 意义	李冠军	247
--	-----	-----

商业银行应关注的审理房屋登记案件新司法解释内容及其对策

论隐名购房的法律问题	陈福录	252
农村房屋买卖探析	常鹤旻	257
建设工程挂靠：概念、特征、类型与效力	金志学	265
建设工程挂靠与转包辨析	丁茂福	271
房地产抵押中的律师实务	丁茂福	281
浅析建设工程未经竣工验收提前使用的法律后果	甘元春	290
建设工程招标投标行为的法律性质及责任后果分析	张庆华	296
建设工程招标投标行为的法律性质及责任后果分析	张庆华	300
房地产企业私募股权融资思考	任旭荣	311
工程事故的不同“面相”及“面向”	文萍	319
房地产项目合作开发过程中的模式选择及权益保障	曲笑飞	319
为工业园区建设运营主体提供法律服务的流程和内容解析	黄亮	330
	高斌	338

二、其他房地产的投融资

房地产投资基金的发展问题	韦九银	孙华	346
我国房地产私募投资基金的发展趋势及法律规制	曹珊		350
房地产私募股权投资基金运作中的律师作用	吴金兰		358
有限合伙型房地产私募股权投资基金在我国的发展及相关法律实务	娄斐弘	李剑伟	367
房地产通过民间融资的合法性研究	刘友青		377
民间融资对建筑与房地产影响及法律规制	王乐		381
房屋抵押贷款证券化及其法律分析	周鹏飞	周胜	387
“假按揭”融资的法律风险	于旭东		393
浅论“假按揭”融资的法律风险	孙传龙		397
“假按揭”，不是开发商的独角戏	严爱斌	陈广信	403

三、其他建筑房地产问题

EPC 模式的基本原则和实践中存在的法律问题	谭敬慧	410
------------------------	-----	-----

用TOT模式解决国有资金项目经营权转让主体利益平衡问题

张丽 418

“包工头”的债务谁承担? 张太盛 423

我国房地产经纪行业发展热点问题探讨 赵胜 黄昕 430

四、公司法

公司投资合伙企业成为普通合伙人的风险与防范 陈召利 437

浅析股东资格认定的相关问题 孟冰 442

五、合同法

艺人合同纠纷之浅析 李学辉 447

电影合同若干问题浅谈 庞理鹏 王璇 453

浅论我国法律中的强制缔约制度 任成宇 王锐 459

论善意取得与无权处分合同的效力关系 王艳玲 陈蕴新 468

六、婚姻家庭

论当代夫妻法定财产制发展的趋势及原因 李启来 473

遗产与无主财产的纠结 杨柳松 480

七、民事侵权

医学会从事医疗损害鉴定之合法性研究 陈志华 485

从《中华人民共和国侵权责任法》的归责原则看我国民事责任归

责原则适用的变化 李家有 496

侵权责任法公平责任原则探究 徐晓炜 陈蕴新 503

我国食品安全法中“十倍赔偿”的法律适用 赵明贵 李海霞 518

八、普通民事业务

新世纪国有资产运营模式的探索 白颜美 535

国有资金项目中群体性事件的预防和处理 邓璐瑶 541

浅谈矿业权抵押的法律风险与应对 梁兰芝 李国荣 547

精神损害赔偿之不足与对策 刘辉 551

论商业秘密的善意取得 吕庆立 陈蕴新 558

我国侵权法上雇主责任制度的演变及完善	孟凡胜	566
透过 3.15 看我国的消费维权	潘 宏 陈蕴新	571
浅析我国企业补充养老保险制度的改革和完善 ...	阮立杰 姜 雷	577
出票人应承担付款责任	索建国	590
浅论新形态无主财产的处理	童 靖 宋 聘	594
工伤保险待遇若干问题探析	俞肃平	602
邻国劳动用工制度对比浅析	沈 慧 杨 哲	610
重大体育赛事非市场化特殊票务规则之法律思考	张士忠	619

九、新型律师业务

浅析 ADR 在民事诉讼实务中的运用	卢 茜	628
拨开网络侵权的迷雾	齐 霁	636
新型农村合作医疗相关法律制度研究	谭焕娟 姜 雷	642
论律师参与加强和创新社会管理工作的必要性和可行性 ...	田 竹	649
漫谈网络服务商的“避风港”	武倩倩	655

• 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

示范文本缺位 合同争议失据

——国家应尽快推行工程总承包合同示范文本

朱树英*

一、案情简介

天津某生产企业（下称“业主”）将新建厂房项目（包括厂房及办公楼，下称“工程项目”）以工程总承包（即设计、采购、施工总承包）方式发包给一设计单位（下称“工程总承包单位”），2005年4月18日，工程总承包单位将其承包工程范围中除桩基、主体结构以外的土建、安装工程的施工任务分包给某建筑企业（下称“分包施工单位”）承建，桩基、钢结构由工程总承包单位另行发包。为此，工程总承包单位与分包施工单位采用国家推荐的1999版建设工程施工合同示范文本签订了分包工程施工合同。合同约定的开工日期为2005年3月29日，竣工日期为2005年11月20日，此竣工时间与总承包单位与建设单位的工程总承包合同约定的竣工期间一致；并约定除尾项工程外，工程竣工验收合格后，施工单位可向工程总承包单位提交结算文件进行结算。

施工合同签订后，分包施工单位按约进场施工。2005年10月8日业主启用联合厂房进行生产设备安装；2005年11月28日启用办公室办公使用；2006年1月18日至20日开始试生产；2006年3月15日，现场门卫正式由业主接管；2006年4月4日业主对整个工程进行接收，但直至2006年7月2日分包施工单位提起仲裁时，整个工程项目仍未进行竣工验收。

在施工合同履行过程中，工程总承包单位与分包施工单位因竣工时间

* 上海建纬律师事务所

及工程价款结算发生争议。2006年3月26日,分包施工单位向工程总承包单位递交了结算文件,工程总承包单位在收到结算文件后未在合同约定的50天内给予分包施工单位任何答复。6月28日,分包施工单位依约向工程总承包单位发出终止合同通知书。7月2日,按照分包施工合同约定的仲裁条款,分包施工单位向天津仲裁委员会提起仲裁,要求终止施工合同,并要求工程总承包单位支付拖欠的分包工程款600多万元及拖欠工程款利息。工程总承包单位则以整个工程未经竣工验收,分包施工单位应与工程总承包单位一起向业主承担整个工程逾期竣工的连带责任为由,认为分包施工单位无权要求结算,并提起反请求,要求施工单位承担逾期完工的责任。由于案情复杂,分包施工单位在已委托了一个天津律师的情况下,又增加我作为代理律师参与仲裁。

申请人与被申请人之间的主要争议焦点在于:(1)分包施工单位能否提出本案的仲裁请求?(2)施工合同中约定的“工程竣工验收合格后,施工单位应向工程总承包单位提交结算文件进行结算”中的“工程竣工验收合格”是指整个工程总承包项目的竣工验收合格,还是分包施工单位承包范围内工程竣工验收合格?(3)工程项目未经正式验收程序,业主提前使用,如何确定具体竣工时间?

本案争议双方使用的合同本身有缺陷,工程总承包单位与分包施工单位未使用工程总承包合同前提下的分包合同,而是套用了目前国家推荐的建设单位与施工单位的施工总承包合同,而后者只能适应承包关系而不能适应总分包关系。尽管本人选择了有利于分包单位的代理思路,要求对名实不符合同应以实际履行的合同为准,并要求仲裁庭按工程总承包单位与分包施工单位实际履行的分包合同确认双方权利义务关系,分包单位不应也无法对工程总承包合同的工期承担责任。但由于双方的合同文本使用确有瑕疵,又由于双方各执一词,争执不下,调解不成,最终天津仲裁委员会以举证不能为由,裁决驳回申请人的仲裁请求。

我方当事人败诉,而且是惨败。

二、工程总承包是不同于施工总承包的另一种总承包方式

本案的败诉使分包施工单位对被拖欠的分包工程款的追索遭遇到根本性的法律障碍,导致分包施工单位陷入非常被动的困境。根据“一案不得两诉”的原则,当事人在仲裁败诉后难以重新通过其他司法途径寻求合法

权益的保护。这个值得深入分析讨论的败诉，不仅值得当事人从中吸取教训，而且引发了一系列立法和司法问题，尤其是引发了国家建设主管部门的合同示范文本制度的完善和加强合同管理的重大课题。

（一）我国法律鼓励实施工程总承包以及工程总承包的法律特征。

所谓工程总承包即设计、采购、施工总承包，也称交钥匙工程总承包，是指从事工程总承包的企业受建设单位即业主委托，按照合同约定对工程项目的勘察、设计、采购、施工、试运行（竣工验收）等实行全过程或若干阶段的承包，并对承包工程的质量、安全、工期、造价全面负责，最终向业主提交一个满足使用功能、具备使用条件的工程项目。

工程总承包模式是国际通用的工程承包模式。为适应工程总承包/交钥匙模式的发展，FIDIC（国际咨询工程师联合会）1995年出版了国际通用的《设计——建造总承包与交钥匙工程合同条件》。1999年9月，FIDIC在总结以往合同条件的基础上，又修改出版了《EPC/交钥匙项目合同条件》。依据FIDIC示范文本的相关条款，交钥匙承包模式适用于加工或动力设备、工厂或类似设施、基础设施项目或其他类型的开发项目，由总承包商负责一个完整工程（包括土木、机械、电气等专业）的设计、施工、设备采购、物资供应、安装、调试、保修等全部工作，最终向业主提供整套设施所需的大部分或全部装置、配件与设备，使该设施在转动“钥匙”时可以随时启动运营。

我国法律对工程总承包有相应的规定。我国《建筑法》第24条规定：“提倡对建筑工程实行总承包，禁止将建筑工程肢解发包。建筑工程的发包单位可以将建筑工程的勘察、设计、施工、设备采购一并发包给一个工程总承包单位，也可以将建筑工程勘察、设计、施工、设备采购的一项或者多项发包给一个工程总承包单位；但是，不得将应当由一个承包单位完成的建筑工程肢解成若干部分发包给几个承包单位。”我国《合同法》第272条规定：“发包人可以与总承包人订立建设工程合同，也可以分别与勘察人、设计人、施工人订立勘察、设计、施工承包合同。发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程肢解成若干部分发包给几个承包人。总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设

计、施工承包人向发包人承担连带责任。”

据此，工程总承包的基本特征主要是：

1. 工程总承包企业按照合同约定对工程项目的质量、工期、造价等向业主负责。

2. 工程总承包企业可依法将所承包工程中的部分工作发包给具有相应资质的分包企业；分包企业按照分包合同的约定对总承包企业负责。

3. 工程总承包企业可以将建筑工程的勘察、设计、施工、设备采购一并发包给一个工程总承包单位，也可以将建筑工程勘察、设计、施工、设备采购的一项或者多项发包给一个工程总承包单位。

4. 不得将应当由一个承包单位完成的建筑工程肢解成若干部分发包给几个承包单位。

(二) 工程总承包与分包施工合同的“工程竣工验收合格”的涵义和承包范围都不同。

本案中工程总承包单位以工程总承包方式承包了业主新厂建设工程的设计采购及施工任务，是该工程的工程总承包单位。工程总承包单位将部分土建、安装工程分包给施工单位承建，施工单位仅是总承包单位选定的土建、安装工程的分包施工单位之一。本案中工程总承包单位与分包施工单位之间的关系完全符合我国《建筑法》第24的规定，即工程总承包单位与施工单位之间为总分包关系，工程总承包单位就整个工程向业主承担责任，分包施工单位仅应就分包范围内的工程向工程总承包单位承担责任。可以明确的是，分包施工单位无论是向工程总承包单位还是向业主，均仅就其分包范围内的工程承担连带责任。

系争工程项目在由设计单位作为工程总承包单位的情况下，工程总承包单位本身并不承担具体的施工任务，而是把工程施工任务分包给一个或几个施工单位承建。在工程总承包单位将施工分包给几个施工单位承建的情况下，由于整个工程竣工验收是由业主与工程总承包单位来进行，而通常工程总承包单位、业主、分包单位不会针对分包工程进行专门的竣工验收，如果工程总承包单位急于向业主提请竣工验收，则分包工程的实际竣工时间往往难以确定。

由于本案的分包合同错误适用，即使工程总承包单位在整个工程竣工后及时通过工程竣工验收，也只能将工程竣工的时间视同分包工程的竣工时间，这与分包单位仅应就承包范围内的分包工程承担责任的原则不符。

如果一方面分包单位仅应就承包范围内的分包工程承担责任；一方面又以整个工程竣工时间作为分包工程的竣工时间，对于分包施工单位来说显属不公。

因此，虽然本案工程总承包单位与分包施工单位签订的分包施工合同未明确分包单位应承担整个工程竣工验收合格的责任，但是，按照分包施工单位仅应就承包范围内的工程承担责任的基本原则，本案中工程总承包单位与施工单位签订的施工合同中约定的“工程竣工验收合格”，应理解为施工单位承包范围内分包工程竣工验收合格，而非整个工程的竣工验收合格。

本案败诉的教训是：在工程总承包或施工总承包模式中，如果分包合同要以工程竣工验收合格作为提交结算文件的前提条件，合同应明确约定是整个工程竣工验收合格，还是分包工程竣工验收合格？只有合同明确约定了工程竣工验收的具体范围，才能避免产生不必要的争议。因此，除分包合同明确约定分包工程的竣工时间以整个工程的竣工时间为竣工时间外，为了避免以整个工程竣工时间作为分包工程竣工时间而对分包单位不公的情况，在分包合同中应对分包工程的竣工时间以及分包工程的验收进行专门的约定，即约定在分包工程完工后，由业主、工程总承包单位、监理单位对分包工程进行专门的竣工验收程序，才能避免本案因约定不明使分包施工单位处于被动。

（三）工程未经竣工验收提前使用，应以使用时间为实际竣工日期。

本案的基本事实是整个工程未经竣工验收，业主已提前使用。在此情形下，如何认定工程的实际竣工日期也是本案的一个关键问题。按照《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》（下称“司法解释”）第14条的规定：“当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，按照以下情形分别处理：……（三）建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。”本案应以业主实际使用时为竣工日期。“司法解释”适用的范围为建设工程施工合同，本案中工程总承包单位与分包施工单位之间的法律关系属建设工程施工合同关系，理应适用“司法解释”。

“司法解释”中的“擅自使用”是在工程未经竣工验收或竣工验收不合格的情况下，业主对工程进行使用的行为。所谓“使用”，就是利用该工程的使用功能的行为。对于厂房来说，就是用厂房来安装设备、组织生