



民商事司法解释精释精解丛书

首届全国审判业务专家 何志◎总主编

最高人民法院 房地产法司法解释 精释精解

钱凯◎编著

Understanding and Application
of Judicial Interpretations

· 核心提示 · 实务争点 · 理解适用 ·
· 案例指导 · 规范指引 ·

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



民商事司法解释精释精解丛书

最高人民法院 房地产法司法解释 精释精解

钱 蹊 编著

Understanding and Application
of Judicial Interpretations

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

最高人民法院房地产法司法解释精释精解 / 钱凯编著.
—北京: 中国法制出版社, 2016.3
(民商事司法解释精释精解丛书 / 何志主编)
ISBN 978-7-5093-7357-6

I. ①最… II. ①钱… III. ①房地产法—法律解释—中国
IV. ①D922.181.5

中国版本图书馆CIP数据核字 (2016) 第054444号

策划编辑: 戴蕊 (dora6322@sina.com)

责任编辑: 程小永 (editorcheng@163.com)

封面设计: 李 宁

最高人民法院房地产法司法解释精释精解

ZUIGAO RENMIN FAYUAN FANGDICHANFA SIFA JIESHI JINGSHI JINGJIE

编著 / 钱 凯

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 710毫米×1000毫米 16开

版次 / 2016年9月第1版

印张 / 30.5 字数 / 467千

2016年9月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-7357-6

定价: 88.00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: 010-66033393

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

编辑部电话: 010-66073673

邮购部电话: 010-66033288

民商事司法解释精释精解丛书编辑委员会

编委会主任：何 志

编辑委员会成员（按照姓氏笔画排序）：

丁 钰 王 坤 王文远 王玉国 王瑞玲 尤 越 邓达江
龙 淼 田 庚 付永雄 吕 倩 朱 丽 任明哲 郭 砚
刘 龙 刘世国 孙 鹏 孙 韬 孙志丹 杨彤彤 李 丽
李 静 李 霖 李志强 李尚泽 时贝儿 吴学文 何 志
何晓航 张 伟 张 焱 张海燕 陆登鸿 陈龙吟 陈爱武
林恩韦 庞景玉 郑晓鹏 赵 珂 赵军蒙 侯国跃 皇甫家果
涂咏松 洪海林 姜 瑶 祝来新 秦 崧 秦锐文 钱 凯
徐强胜 黄 卫 黄 艳 黄 晨 黄学忠 黄砚丽 曹 磊
眭占菱 程 杨 雷元亮 蔡颖雯 熊剑宇 滕 威

总 序

在现代社会为数众多的社会调整机制中，法律属于较为精致、有效的一种。但法律是一个抽象化、概念化的行为规则体系。任何法律皆有漏洞，系今日判例学说共认之事实。^①德国历史法学派创始人萨维尼（F.K.V. Savigny）指出，法律自制定公布之时起，即逐渐与时代脱节。^②因此，在制定法律的时候，无论如何审慎周详，字斟句酌，也难免在文义和语境上产生疑义；无论如何总结社会矛盾的方方面面，在复杂多样的现实生活面前，也难免出现疏漏不周，挂万漏一；无论如何精雕细凿，科学圆满，也无法克服法律的稳定性和适用性的冲突倾向。因此，自法律诞生之日起，即诞生了与之形影相随的法律解释。

按照我国法律解释的基本框架，可将法律解释的内容区分为“法律条文本身”和“法律具体运用”两大类，前者由全国人大常委会解释（称为立法解释），后者由有关司法和行政机关分工解释。显然，最高人民法院的司法解释当属于后者。尽管司法解释的效力低于立法解释，但由于法律过于原则和抽象以及法律漏洞的存在，不仅给法官适用法律造成了困难，而且为法官留下了极大的自由裁量空间。因此，在法律存在着漏洞的情况下，司法解释

① 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第一册），中国政法大学出版社1998年版，第286页。

② 转引自梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社2003年版，第247页。

具有填补漏洞的作用。实际上,由于法律规则是对复杂的社会现象进行归纳、总结而作出的一般的、抽象的规定,因此人们对规则的含义常常有可能从不同的角度进行理解。而每一个法官在将抽象的规则运用于具体案件的时候,都要对法律规则的内涵及适用的范围根据自身的理解作出判断,而此种判断实际上就是一种对法律的解释。更何况成文法本身不是完美无缺的,而总是存在着这样或那样的漏洞,因此,法律解释对任何法律的适用都是必不可少的。尤其是在司法过程中,更需要对法律规范作出明确的解释,从而正确地适用法律和公正地裁判案件。

在我国的法律制度中,司法解释颇具中国特色,不仅实行判例法的英美法系没有,即使是实行成文法的大陆法系也没有。在大多数西方国家,一般没有“司法解释”一词,“法律解释”就是“司法解释”的代名词,二者含义一样。大多数西方国家的“司法”就是指法院的审判活动,司法机关就是法院,司法解释(即“法律解释”)指的就是法院或法官对法律的解释。尤其是在普通法系国家,法官制作的判例不仅可以对成文法进行解释,而且还可以创制法律规则,对于法律的解释也只有法官才有这样的权力。在大陆法系国家,尽管曾经一度否认过法官对法律的解释,但二战后德国最高法院复审制度的确立,最终使法官的司法解释权得到了巩固。而我国建立的司法解释体制是“二元一级”的完全不同于西方国家的司法解释体制,在此体制之下,司法解释被分为审判解释和检察解释,前者主要是指最高人民法院对审判工作中具体应用法律问题所作的解释,后者则指最高人民检察院对检察工作中具体应用法律问题所作的解释。因此,司法解释是人民法院在审判案件时可以引用作为裁判依据的规范性文件,也是保障我国法律正确适用的重要手段,在我国解释体系中占据着十分重要的地位。

最高人民法院历来非常重视司法解释工作,早在1997年就制定发布了《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》,2007年3月制定了《最高人民法院关于司法解释工作的规定》,废止了以前的规定。依据该规定:司法解释立项、审核、协调等工作由最高人民法院研究室统一负责。人民法院在审判工作中具体应用法律的问题,由最高人民法院作出司法解释。最高人民法院发布的司法解释,具有法律效力。司法解释的形式分为“解释”、“规定”、“批复”

和“决定”四种。对在审判工作中如何具体应用某一法律或者对某一类案件、某一类问题如何应用法律制定的司法解释,采用“解释”的形式;根据立法精神对审判工作中需要制定的规范、意见等司法解释,采用“规定”的形式;对高级人民法院、解放军军事法院就审判工作中具体应用法律问题的请示制定的司法解释,采用“批复”的形式;修改或者废止司法解释,采用“决定”的形式。这些司法解释特别是前两类司法解释的目的主要不是解决某一个具体案件中的法律适用问题,而旨在通过系统、全面地解释一类法律而为审判实践提供更多的可供适用的规则,或者完全不是针对某一法律进行解释,而是创设对某一类案件的裁判所应当适用的规则,使各级法院尽可能做到有章可循,这就使我国司法解释具有十分突出的抽象性和一般性的特点。^①

近年来,最高人民法院陆续发布的系列司法解释,均通过传统媒体和新媒体发布征求意见稿,倾听民声,广泛纳谏,确保了司法解释保障人民法院严格执法、公正裁判、实现法律公平正义的价值功能。为了使司法实务界和广大普通读者正确理解和适用司法解释,努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义,由中国法制出版社策划,由丛书总主编组织编写了《民事司法解释精释精解丛书》,该套丛书具有如下显著特点:

第一,体例独特。每本书原则上以某一(类别)司法解释为主线,全面阐述该司法解释的内容和实务中适用法律解决问题的依据及应当注意的问题。每一专题均分为五个部分:

核心提示——简明扼要,突出重点,重在阐释司法解释条文的主旨;

实务争点——归纳审判实践中的不同观点,总结理解适用司法解释解决审判实务的难题;

理解适用——以制定司法解释具体条款的目的为视角,站位于丰富的审判实践之上作精深解读,以便全面、正确理解适用司法解释;

案例指导——选取最高人民法院发布的公报案例、指导案例、典型案例及最高人民法院所裁判的案例等,突出案例指导的权威性;

规范指引——链接相关法律、法规、司法解释,确保适用法律的正确性。

^① 王利明:《司法改革研究》(修订本),法律出版社2001年版,第253页。

第二，内容丰富。丛书包含了民商法主要的司法解释，对司法解释进行了全方位的解读，形成了一个完整的理论体系，易于读者准确理解和适用。丛书以单行法的司法解释为主，分为合同法、担保法、侵权责任法、婚姻法、房地产法、公司法、保险法、商品房买卖合同、买卖合同、城镇房屋租赁合同、民间借贷、道路交通事故、指导案例共 13 个分册。

第三，案例权威。这套丛书案例的选取，原则上选用具有典型性、代表性、真实性的案例，均注明了来源，取其精华部分，避免了案例资料的大量堆砌。案例的权威性，为社会大众的遵法和人民法院的司法提供了很好的参考和参照价值。把抽象的规则和具体的案例结合起来学习民商法的方法就是“案例研习法”，即依据法律论断具体案件当事人间的权利和义务关系。为发现可适用于案例事实的法律，一方面须本诸案例事实去探寻法律规范，另一方面须将法律规范具体化于案例事实。^① 正所谓，法律来源于现实生活，高于现实生活；案例则是法律适用的结果，是“看得见的法典，摸得着的规则”。

第四，解读权威。由于我国司法解释具有抽象性、规范性、普遍适用性的特点，因而常常与立法相类似。因此，即使在最高人民法院作出司法解释，对个案的审理提供了一定的指引之后，法官在裁判案件时也需要对较为抽象的司法解释进行再解释，以具体适用到个案之中。^② 为了使广大读者全面正确理解适用司法解释，丛书由全国著名法学教授、博士生导师以及全国首批审判业务专家和诸多资深法官组成的作者团队，在借鉴最高人民法院对司法解释的理解与适用的基础上，广泛吸收民商法研究领域的最新成果，博采众长，并结合审判实践对司法解释进行解读，以期突出权威性和指导性。

美国大法官霍姆斯说过：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。”党的十八届四中全会决定指出：公正是法治的生命线。司法公正对社会公正具有重要引领作用，司法不公对社会公正具有致命破坏作用。法律的权威源自人民的内心拥护和真诚信仰。人民权益要靠法律保障，法律权威要靠人民维护。本套丛书的作者既为法律之人，又为经验之人；既具有高深的理论水平和丰

① 王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社 2001 年版，作者自序。

② 王利明：《法律解释学导论——以民法为视角》，法律出版社 2009 年版，第 190 页。

硕的研究成果，又具有丰富的司法实践经验。因此，该套丛书既具有很高的理论水平，又有很强的实用价值；既能为法学理论研究提供重要参考，又能为司法实践裁判提供参考依据。

首届全国审判业务专家 何志

二〇一六年一月



第一部分 国有土地使用权出让 / 001

- 专题一：开发区管委会能否作为国有土地出让合同主体 / 003
- 专题二：低于按国家规定所确定的最低价协议出让土地使用权合同
效力的认定 / 018
- 专题三：国有土地出让合同解除的司法处理 / 038
- 专题四：未办理批准手续出让合同的司法处理 / 051
- 专题五：土地出让金调整的司法处理 / 066
- 专题六：对擅自改变土地用途的司法处理 / 083

第二部分 国有土地使用权转让 / 091

- 专题一：国有土地使用权转让合同效力的司法认定 / 093
- 专题二：未办理权属变更登记的国有土地使用权转让合同效力的
司法认定 / 107
- 专题三：未取得土地使用权证书订立的土地使用权转让合同效力的
司法认定 / 118
- 专题四：“一地数转”合同的司法处理 / 134
- 专题五：划拨土地使用权的司法处理 / 150

第三部分 合作开发房地产 / 163

专题一：合作开发房地产合同的司法认定 / 165

专题二：房地产开发经营资格的司法认定 / 180

专题三：划拨土地未经批准合作开发的司法处理 / 196

专题四：投资数额增加时的分担比例的司法认定 / 204

专题五：建筑面积变动的司法处理 / 218

专题六：违章建筑的司法处理 / 232

专题七：房屋预售款能否充抵合作开发投资 / 244

专题八：名不符实的合作开发房地产合同的司法处理 / 254

第四部分 建设工程施工合同 / 273

专题一：建设工程施工合同成立的认定 / 275

专题二：建设工程施工合同无效的处理 / 300

专题三：建设工程施工合同解除的司法处理 / 339

专题四：建设工程施工合同履行纠纷的司法处理 / 359

专题五：工程款计算与结算的司法处理 / 390

专题六：建筑工程款优先受偿权的司法处理 / 431

专题七：建设工程施工合同诉讼的司法处理 / 456



目录 CONTENTS

第一部分 国有土地使用权出让 / 001

专题一：开发区管委会能否作为国有土地出让合同主体 / 003

【核心提示】开发区管理委员会作为出让方与受让方订立的土地使用权出让合同，应当认定无效。本解释实施前，开发区管理委员会作为出让方与受让方订立的土地使用权出让合同，起诉前经市、县人民政府土地管理部门追认的，可以认定合同有效。

专题二：低于按国家规定所确定的最低价协议出让土地使用权合同效力的认定 / 018

【核心提示】经市、县人民政府批准同意以协议方式出让的土地使用权，土地使用权出让金低于订立合同时当地政府按照国家规定确定的最低价的，应当认定土地使用权出让合同约定的价格条款无效。

专题三：国有土地出让合同解除的司法处理 / 038

【核心提示】当事人请求按照订立合同时的市场评估价格交纳土地使用权出让金的，应予支持；受让方不同意按照市场评估价格补足，请求解除合同的，应予支持。因此造成的损失，由当事人按照过错承担责任。

专题四：未办理批准手续出让合同的司法处理 / 051

【核心提示】土地使用权出让合同的出让方因未办理土地使用权出让批准手续而不能交付土地，受让方请求解除合同的，应予支持。

专题五：土地出让金调整的司法处理 / 066

【核心提示】受让方经出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门同意，改变土地使用权出让合同约定的土地用途，当事人请求按照起诉时同种用途的土地出让金标准调整土地出让金的，应予支持。

专题六：对擅自改变土地用途的司法处理 / 083

【核心提示】国有土地使用权受让方擅自改变土地使用权出让合同约定的土地用途，出让方请求解除合同的，应予支持。

第二部分 国有土地使用权转让 / 091

专题一：国有土地使用权转让合同效力的司法认定 / 093

【核心提示】国有土地使用权转让合同，是指土地使用权人作为转让方将出让土地使用权转让于受让方，受让方支付价款的协议。土地使用权转让合同的标的物应当是转让方通过出让方式取得使用权的城镇国有土地，应当符合法律规定才能生效。

专题二：未办理权属变更登记的国有土地使用权转让合同效力的司法认定 / 107

【核心提示】土地使用权人作为转让方与受让方订立土地使用权转让合同后，当事人一方以双方之间未办理土地使用权变更登记手续为由，请求确认合同无效的，不予支持。

专题三：未取得土地使用权证书订立的土地使用权转让合同效力的司法认定 / 118

【核心提示】转让方未取得出让土地使用权证书与受让方订立合同转让土地使用权，起诉前转让方已经取得出让土地使用权证书或者有批准权的人民政府同意转让的，应当认定合同有效。

专题四：“一地数转”合同的司法处理 / 134

【核心提示】出让土地使用权人就同一土地使用权与他人订立数个转让合同，在数个转让合同均为有效的情况下，如果数个土地受让方均请求继续履行合同，取得土地使用权的，首先根据我国立法确立的物

权变动原则确认土地使用权由已经办理权属变更登记手续的受让方取得；对均未办理土地使用权变更登记手续的，按照合法占有原则和土地利用效益原则，土地使用权由先行占有投资开发的受让方取得；对均未办理土地使用权变更登记手续，或者均未投资开发的，按照诚实信用和合同履行的原则，土地使用权由先行支付土地转让款的受让方取得；对合同均未履行的，按照诚实信用原则，土地使用权由依法成立在前的土地使用权转让合同的受让方取得。对于以上有权取得土地使用权的受让方请求继续履行合同的，应予支持。对于没有取得土地使用权的受让方请求解除合同、赔偿损失的，人民法院应当按照《合同法》的有关规定处理。

专题五：划拨土地使用权的司法处理 / 150

【核心提示】土地使用权人未经有批准权的人民政府批准，与受让方订立合同转让划拨土地使用权的，应当认定合同无效。但起诉前经有批准权的人民政府批准办理土地使用权出让手续的，应当认定合同有效。土地使用权人与受让方订立合同转让划拨土地使用权，起诉前经有批准权的人民政府同意转让，并由受让方办理土地使用权出让手续的，土地使用权人与受让方订立的合同可以按照补偿性质的合同处理。土地使用权人与受让方订立合同转让划拨土地使用权，起诉前经有批准权的人民政府决定不办理土地使用权出让手续，并将该划拨土地使用权直接划拨给受让方使用的，土地使用权人与受让方订立的合同可以按照补偿性质的合同处理。

第三部分 合作开发房地产 / 163

专题一：合作开发房地产合同的司法认定 / 165

【核心提示】合作开发房地产合同，是指当事人订立的以提供出让土地使用权、资金等作为共同投资，共享利润、共担风险合作开发房地产为基本内容的协议。

专题二：房地产开发经营资格的司法认定 / 180

【核心提示】合作开发房地产合同的当事人一方具备房地产开发经营资格的，应当认定合同有效。当事人双方均不具备房地产开发经营资格的，应当认定合同无效。但起诉前当事人一方取得房地产开发经营资格或者已依法合作成立房地产项目公司的，应当认定合同有效。

专题三：划拨土地未经批准合作开发的司法处理 / 196

【核心提示】土地使用权人以划拨土地使用权作为投资与他人订立合作开发房地产合同的，应当认定合同无效。但起诉前经有批准权的人民政府批准的，应当认定合同有效。法律之所以规定以划拨土地使用权作为投资与他人订立的合作开发房地产合同无效，这是基于我国的土地政策和划拨土地的法律性质而作出的。

专题四：投资数额增加时的分担比例的司法认定 / 204

【核心提示】因当事人过错导致投资数额超出合作开发房地产合同的约定，对增加的投资数额的承担比例，当事人协商不成的，按照当事人的过错确定；因不可归责于当事人的事由或者当事人过错无法确定的，按照约定的投资比例确定；没有约定投资比例的，按照约定的利润分配比例确定。

专题五：建筑面积变动的司法处理 / 218

【核心提示】房屋实际建筑面积超出规划建筑面积，经有批准权的人民政府主管部门批准后，当事人对超出部分的房屋分配比例协商不成的，按照约定的利润分配比例确定。对增加的投资数额的承担比例，当事人协商不成的，按照约定的投资比例确定；没有约定投资比例的，按照约定的利润分配比例确定。房屋实际建筑面积少于合作开发房地产合同的约定，对房屋实际建筑面积的分配比例，当事人协商不成的，按照当事人的过错确定；因不可归责于当事人的事由或者当事人过错无法确定的，按照约定的利润分配比例确定。

专题六：违章建筑的司法处理 / 232

【核心提示】未经有批准权的人民政府主管部门批准，或者房地产建设

项目未取得建设工程规划许可证,或者擅自变更建设工程规划的,合作开发房地产合同的当事人起诉请求分配房地产项目利益的,不予受理;已经受理的,驳回起诉。当事人违反规划开发建设的房屋,被有批准权的人民政府主管部门认定为违法建筑责令拆除,当事人对损失承担协商不成的,按照当事人过错确定责任;过错无法确定的,按照约定的投资比例确定责任;没有约定投资比例的,按照约定的利润分配比例确定责任。

专题七:房屋预售款能否充抵合作开发投资 / 244

【核心提示】在以“一方出地、一方出资”为典型模式的房地产合作开发中,房屋预售款与一方应当投入的资金均为货币,且都要用于工程建设。合作开发房地产合同的当事人要求将房屋预售款充抵投资参与利润分配的,不予支持。

专题八:名不符实合作开发房地产合同的司法处理 / 254

【核心提示】合作开发房地产合同约定提供土地使用权的当事人不承担经营风险,只收取固定利益的,应当认定为土地使用权转让合同。合作开发房地产合同约定提供资金的当事人不承担经营风险,只分配固定数量房屋的,应当认定为房屋买卖合同。合作开发房地产合同约定提供资金的当事人不承担经营风险,只收取固定数额货币的,应当认定为借款合同。合作开发房地产合同约定提供资金的当事人不承担经营风险,只以租赁或者其他形式使用房屋的,应当认定为房屋租赁合同。

第四部分 建设工程施工合同 / 273

专题一:建设工程施工合同成立的认定 / 275

【核心提示】建设工程合同的有效成立,除了需要具备合同成立的一般条件,还需要具有法律规定的形式要件:法律上要求招投标的项目中,建设工程合同必须以招投标的方式签订;发出中标通知书;国家重大建设工程合同,应当按照国家规定和国家批准的投资计划、可行性研究报告等文件订立;承包者具有相应的资质等级;其他法律规定的特

殊规定。

专题二：建设工程施工合同无效的处理 / 300

【核心提示】建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收不合格的，按照以下情形分别处理：（一）修复后的建设工程经竣工验收合格，发包人请求承包人承担修复费用的，应予支持；（二）修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。因建设工程不合格造成的损失，发包人有过错的，也应承担相应的民事责任。承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以收缴当事人已经取得的非法所得。承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同，在建设工程竣工前取得相应资质等级，当事人请求按照无效合同处理的，不予支持。当事人对垫资和垫资利息有约定，承包人请求按照约定返还垫资及其利息的，应予支持，但是约定的利息计算标准高于中国人民银行发布的同期同类贷款利率的部分除外。当事人对垫资没有约定的，按照工程欠款处理。当事人对垫资利息没有约定，承包人请求支付利息的，不予支持。具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人签订的劳务分包合同，当事人以转包建设工程违反法律规定为由请求确认无效的，不予支持。

专题三：建设工程施工合同解除的司法处理 / 339

【核心提示】承包人具有下列情形之一，发包人请求解除建设工程施工合同的，应予支持：（一）明确表示或者以行为表明不履行合同主要义务的；（二）合同约定的期限内没有完工，且在发包人催告的合理期限内仍未完工的；（三）已经完成的建设工程质量不合格，并拒绝修复的；（四）将承包的建设工程非法转包、违法分包的。发包人具有下列情形之一，致使承包人无法施工，且在催告的合理期限内仍未履行相应义务，承包人请求解除建设工程施工合同的，应予支持：（一）未按约