



FANGDICHAN KAIFA SANDA JIEDUAN
FALV FENGXIAN FENXI YU FANGFAN

房地产开发三大阶段 法律风险分析与防范

经典案例 深度解析
风险防范 实战为王

王志钢◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

014037078

D922.384
01

FANGDICHAN KAIFA SANDA JIEDUAN
FALV FENGXIAN FENXI YU FANGFAN

房地产开发三大阶段 法律风险分析与防范

王志钢◎著



D922.384
01



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



北航

C1725162

图书在版编目(CIP)数据

房地产开发三大阶段法律风险分析与防范 / 王志钢
著. —北京:法律出版社,2014.2
ISBN 978-7-5118-5996-9

I. ①房… II. ①王… III. ①房地产法—研究—中国
IV. ①D922.181.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 022583 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/王津京

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/固安华明印刷厂

编辑统筹/财税出版分社
经销/新华书店
责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16
版本/2014 年 3 月第 1 版

印张/18.5 字数/352 千
印次/2014 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5996-9

定价:46.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

根据《中华人民共和国城市房地产开发经营管理条例》第2条的规定,所谓房地产开发经营,是指房地产开发企业在城市规划区内国有土地上进行基础设施建设、房屋建设,并转让房地产开发项目或者销售、出租商品房的行为。房地产开发经营是一个系统工程,要经过立项、批地、获取建设用地规划许可、建设工程规划许可、施工招标、获取施工许可、施工建造、竣工验收、办理初始登记、销售等多个环节。

从不同的角度出发,对房地产开发的整个流程可以划分为不同的阶段。从法律风险分析与防范的角度出发,房地产开发的整个流程可分为三大阶段:(1)取地,获取建设用地使用权,进行初期开发建设;(2)建造,与承包人签订施工合同,进行施工建设;(3)销售,将具备销售条件的房地产项目进行销售。

司法实践表明,有关房地产开发的纠纷大部分集中在上述取地、建造、销售三大阶段。最高人民法院先后颁布了三大司法解释,与上述三大阶段正好吻合。三大司法解释分别是《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》、《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》、《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》。

本书将以房地产开发上述三大阶段划分为基础,从司法实践中发生的典型案例出发,根据房地产开发相关法律和最高人民法院三大司法解释的有关规定,分析房地产开发企业在取地阶段、建造阶段、销售阶段存在的法律风险,在分析存在的法律风险的同时,找到切实可行,行之有效的防范风险、化解风险的方法,指导房地产开发企业规避开发过程中的法律风险。这是本书的目的和价值所在。

由于我国房地产相关法律法规错综复杂,加之司法实践中存在同样的案情出现不同判决结果的现象,本书对有关问题的分析阐述若有遗漏或错误,欢迎批评指正。

本书在引用我国有关法律法规时使用简称,在经典案例中引用有关法律法规时亦使用简称。

本书引用的法律法规统一简称如下:

1.《中华人民共和国城市房地产开发经营管理条例》简称为《城市房地产开发经营管理条例》;

2.《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》简称为《国有土地使用权合同纠纷司法解释》;

3.《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》简称为《建设工程施工合同纠纷司法解释》；

4.《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》简称为《商品房买卖合同司法解释》；

5.《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让条例》简称为《国有土地使用权出让和转让条例》；

6.《中华人民共和国城市房地产管理法》简称为《城市房地产管理法》^①；

7.《中华人民共和国物权法》简称为《物权法》；

8.《中华人民共和国土地管理法》简称为《土地管理法》；

9.《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》简称为《招拍挂出让土地使用权规定》；

10.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》简称为《合同法解释一》；

11.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》简称为《合同法解释二》；

12.《中华人民共和国民法通则》简称为《民法通则》；

13.《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的解释（试行）》简称为《民法通则意见》；

14.《中华人民共和国招标投标法》简称为《招标投标法》；

15.《中华人民共和国招标投标法实施条例》简称为《招标投标法实施条例》；

16.《中华人民共和国建筑法》简称为《建筑法》；

17.《中华人民共和国广告法》简称为《广告法》；

18.《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》简称为《买卖合同纠纷司法解释》。

^① 该法颁布于1994年，后于2007年、2009年经过两次修正，书中未标注年份的为1994年法，新法在书中称为《城市房地产管理法》（2009年）。

目 录

第一章 房地产开发取地阶段法律风险分析与防范 / 1

第一节 出让取得 / 2

一、出让取得建设用地使用权概述 / 2

二、经典案例 / 4

三、经典案例评析 / 11

四、法律风险分析与防范 / 17

五、相关法律、法规链接 / 21

第二节 资产转让取得 / 23

一、资产转让取得建设用地使用权概述 / 23

二、经典案例 / 29

三、经典案例评析 / 48

四、法律风险分析与防范 / 51

五、相关法律、法规链接 / 62

第三节 股权转让取得 / 63

一、股权转让取得建设用地使用权概述 / 63

二、经典案例 / 67

三、经典案例评析 / 70

四、法律风险分析与防范 / 70

五、相关法律、法规链接 / 80

第四节 合作开发 / 80

一、合作开发概述 / 80

二、经典案例 / 82

三、经典案例评析 / 88

四、法律风险分析与防范 / 89

五、相关法律、法规链接 / 92

第二章 房地产开发建造阶段法律风险分析与防范 / 94

第一节 施工合同签订 / 95

一、施工合同签订概述 / 95

二、经典案例 / 100

三、经典案例评析 / 106

四、法律风险分析与防范 / 107

五、相关法律、法规链接 / 114

第二节 非法转包和违法分包 / 116

一、非法转包和违法分包概述 / 116

二、经典案例 / 122

三、法律风险分析与防范 / 124

四、相关法律、法规链接 / 125

第三节 工程签证 / 127

一、工程签证概述 / 127

二、经典案例 / 131

三、经典案例评析 / 133

四、法律风险分析与防范 / 134

五、相关法律、法规链接 / 144

第四节 工程款结算 / 145

一、工程款结算概述 / 145

二、经典案例 / 147

三、经典案例评析 / 151

四、法律风险分析与防范 / 152

五、相关法律、法规链接 / 157

第五节 2013 版《建设工程施工合同(示范文本)》与《建设工程工程量清单计价规范》 / 159

一、2013 版《建设工程施工合同(示范文本)》简介 / 159

二、2013 版《建设工程工程量清单计价规范》简介 / 162

三、2013 版《建设工程工程量清单计价规范》的巨大影响 / 166

第三章 房地产开发销售阶段法律风险分析与防范 / 168

第一节 房地产广告 / 168

一、房地产广告概述 / 168

二、经典案例 / 169

三、经典案例评析 / 174

四、法律风险分析与防范 / 182

五、相关法律、法规链接 / 186

第二节 房地产认购书 / 189

一、房地产认购书概述 / 189	189
二、经典案例 / 194	194
三、经典案例评析 / 205	205
四、法律风险分析与防范 / 207	207
五、相关法律、法规链接 / 208	208
第三节 惩罚性赔偿 / 209	209
一、惩罚性赔偿概述 / 209	209
二、经典案例 / 211	211
三、经典案例评析 / 219	219
四、法律风险分析与防范 / 222	222
五、相关法律、法规链接 / 226	226
第四节 房地产交付 / 227	227
一、房地产交付概述 / 227	227
二、经典案例 / 233	233
三、经典案例评析 / 237	237
四、法律风险分析与防范 / 238	238
五、相关法律、法规链接 / 243	243
第五节 房地产办证 / 248	248
一、房地产办证概述 / 248	248
二、经典案例 / 250	250
三、经典案例评析 / 258	258
四、法律风险分析与防范 / 264	264
五、相关法律、法规链接 / 265	265
第六节 商品房包销 / 267	267
一、商品房包销概述 / 267	267
二、经典案例 / 269	269
三、经典案例评析 / 282	282
四、法律风险分析与防范 / 284	284
五、相关法律、法规链接 / 287	287

第一章 房地产开发取地阶段 法律风险分析与防范

取得建设用地使用权是进行房地产开发经营的首要条件。在房地产开发业内,有人曾用“面粉”与“面包”的关系来类比土地与建成的房屋,足见土地在房地产开发中的重要性。

我国现行法律和行政法规中多次提到国有土地使用权和建设用地使用权,二者是否有区别呢?

国务院于1990年5月19日颁布并实施的《国有土地使用权出让和转让条例》在第2条首次使用了国有土地使用权的概念,但该条例对何为国有土地使用权没有给予界定。1995年1月1日实施的《城市房地产管理法》中也使用了国有土地使用权的概念,该法也未对国有土地使用权给予准确定义。从学理上讲,国有土地使用权是指从土地所有权中分离出的相对独立而又与所有权相关联的对土地加以利用并取得收益、具有物权性质的民事财产权利。广义的国有土地使用权应该包括国有农用地使用权和国有建设用地使用权。狭义的国有土地使用权仅指国有建设用地使用权。上述条例和法律中的国有土地使用权显然是在狭义的范围内使用,仅指国有建设用地使用权。

《物权法》第三编用益物权中的第十二章的标题是建设用地使用权,该章中多次使用了建设用地使用权的概念,但也未对建设用地使用权给予界定。结合第三编用益物权的规定,建设用地使用权应该是指权利人依法对国有建设用地享有占有、使用、收益和一定处分的权利,并可以利用该土地建造建筑物、构筑物及附属设施的权利。

从上述对比分析可以看出,建设用地使用权与狭义的国有土地使用权的含义基本一致,鉴于《物权法》已颁布实施,《国有土地使用权出让和转让条例》、《城市房地产管理法》中仍在使用的国有土地使用权的概念,本书对二者视为具有同样的含义。

如上所述,房地产开发的首要环节是取得建设用地使用权。根据《土地管理法》和《城市房地产管理法》等法律规定,开发企业取得建设用地使用权的途径有二:一是在土地一级市场,通过“招、牌、挂”方式或者协议出让方式,^①直接从国家受让建设用地使用权;二是在土地二级市场,通过建设用地使用权转让的方式获取建设用地使用权。

^① 2002年7月1日《招标投标挂牌出让国有土地使用权规定》实施后,房地产开发用地就不能采取协议出让方式出让了。

其中第一种通过出让方式取得建设用地使用权可以简称为出让取得。此处的建设用地使用权出让,特指国家将国有建设用地使用权在一定年限内出让给土地使用者,由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。第二种通过建设用地使用权转让获取建设用地使用权的方式可以简称为通过转让取得建设用地使用权,此处的建设用地使用权转让特指土地使用者人将已合法取得的建设用地使用权转让给他人的行为。

实践中,通过转让取得建设用地使用权又有三种不同的表现形式:其一,转让方在依法取得的土地上进行了初期投资开发,受让方通过与转让方签订土地使用权转让协议或在建项目转让协议,取得建设用地使用权及在建项目的开发建设权利。由于此种转让方式转让的标的的本质是资产,因此,本书中将其称为通过资产转让方式取得建设用地使用权,简称资产转让取得。其二,受让方受让房地产项目公司的股权,进而控制项目公司,最终间接取得该项目公司名下的建设用地使用权和项目开发建设权利。与通过资产转让取得建设用地使用权的方式相比,通过受让房地产项目公司股权的方式取得建设用地使用权显然属于间接取得,由于此种转让方式转让的标的的本质是股权,因此,本书将其称为通过股权转让取得建设用地使用权,简称股权转让取得。其三,有土地的一方与有资金的一方合作开发,有资金的一方变相取得建设用地使用权,本书将此种取得方式简称为合作开发取得或者合作开发。

对于转让取得建设用地使用权需要注意的是,通过资产转让方式直接转让建设用地使用权需要满足法律的特定条件,通过股权转让间接转让建设用地使用权在目前的实践中面临巨大的刑事法律风险,本书下文将会详细分析。而合作开发房地产,除了要求至少一方具有房地产开发资质外,其他则没有更多的法律限制。

对于建设用地使用权转让还需要特别说明的是,实践中,有的转让方在仅仅取得政府的立项批文,大部分土地出让金都没有缴纳,尚未取得建设用地使用权证的情况下即转让土地使用权,这种行为不仅不符合《城市房地产管理法》关于房地产项目转让的有关规定,并且已涉嫌触犯《刑法》第 228 条规定的非法转让、倒卖土地使用权罪。生活中,关于非法转让、倒卖土地使用权罪的案件不时见诸报端,上海、南京有多名开发企业的负责人因触犯此罪而锒铛入狱,房地产开发企业应引以为戒。

本章内容根据上述房地产开发企业取得土地使用权的四种方式——出让取得、资产转让取得、股权转让取得、合作开发,分为四节,与房地产开发企业取得土地使用权的方式一一对应。

第一节 出 让 取 得

一、出让取得建设用地使用权概述

2013 年 11 月 13 日公布的《十八届三中全会关于全面深化改革若干重大问题的决

定》提到了集体土地入市和流转问题,但相关的政策和配套法律目前尚未落地。因此,根据我国现行法律规定,房地产开发经营用地仍然必须使用国有建设用地。

1995年1月1日实施的《城市房地产管理法》第3条确立了我国土地供应的双轨制,即在土地一级市场,获取建设用地使用权的途径有两种,即出让和划拨。根据《城市房地产管理法》第23条的规定,国家机关和军事用地,城市建设和公益事业用地,国家重点扶持的能源、交通、水利等项目用地以及法律行政法规规定的其他用地,确属必需的,可以由县级以上人民政府依法划拨。该条所谓的“确属必需的”,实践中一般是指经济适用房和保障房建设的情形。显然,在《城市房地产管理法》实施后,除了经济适用房和保障房的建设用地外,其他房地产开发用地不能通过划拨取得,只能通过出让取得。

在我国,实行土地公有制,即全民所有和集体所有。实践中应该由哪个主体代表土地所有人与房地产开发企业签订出让合同呢?《城市房地产管理法》第11条规定:“土地使用权出让,由市、县人民政府有计划、有步骤地进行。出让的每幅地块、用途、年限和其他条件,由市、县人民政府土地管理部门会同城市规划、建设、房产管理部门共同拟定方案,按照国务院规定,报经有批准权的人民政府批准后,由市、县人民政府土地管理部门实施。”根据该条规定,土地使用权出让的主体只能是市、县人民政府的土地管理部门,其他任何主体包括省级人民政府、市县人民政府、市辖区人民政府以及市辖区土地管理部门都无权出让国有土地。2005年6月18日公布并于2005年8月1日实施的《国有土地使用权合同纠纷司法解释》第2条就明确规定,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。

确定了出让主体,具体出让方式应该采用何种方式呢?2002年5月9日公布并于2002年7月1日实施的《招拍挂出让土地使用权规定》第4条对土地使用权的出让方式作出了明确规定:“商业、旅游、娱乐和商品住宅等各类经营性用地,必须以招标、拍卖或者挂牌方式出让。前款规定以外用途的土地的供地计划公布后,同一宗地有两个以上意向用地者的,也应当采用招标、拍卖或者挂牌方式出让。”2007年10月1日生效的《物权法》第137条不仅将上述部门规章的规定上升为国家立法,同时将工业用地也纳入了“招、拍、挂”的范围之内。

根据《物权法》关于建设用地使用权的规定,通过出让方式取得的建设用地使用权属于用益物权,是物权的一种。权利人对建设用地享有占有、使用、收益、处分的权利。处分包括转让、互换、出资、抵押、出租。权利人依法行使权利任何人不得干预。但是也必须明确,在我国,建设用地使用权人在享有权利的同时,也必须同时承担下列义务:第一,应当依照法律规定以及出让合同约定支付出让金。违反此义务可能导致土地出让合同被解除,土地被收回。第二,应当合理利用土地,按照法律及合同的约定进行开发建设,不得擅自改变土地用途;确实需要改变土地用途的,应当依法经有关行政

主管部门批准。否则,违反此义务也可能导致土地被无偿收回。

房地产开发企业通过出让方式取得建设用地使用权的法律风险主要集中在三方面:第一,有关政府机关不能严格依照《土地管理法》、《城市房地产管理法》及相关法律法规规定的审批流程进行审批;第二,项目从立项到实施经历时间较长,期间国家政策发生变化也会对取地带来难以估量的影响;第三,房地产开发企业自身的原因,比如不能按照出让合同约定支付土地出让金,不能按照约定期限投资开发,擅自改变土地用途。

下面就通过具体的案例进行分析。

二、经典案例

【案例一】违反国家政策的土地出让合同有效但不得履行

导读:

本案有两大精彩之处:第一,诉辩针锋相对,对于相同的法律条文,双方由于立场不同,有不同的理解,体现了双方代理人一定的职业素养;第二,最高人民法院终审判决高屋建瓴,条分缕析,鞭辟入里,精彩绝伦。终审判决对该案土地使用权出让合同是否生效、是否有效、合同有效但与国家政策冲突时的处理,以及对于合同解除制度的理解等,都体现了中国法律人最高的法律素养,值得每一位法律人仔细阅读学习。

(一)案件当事人

上诉人(原审被告):青岛市崂山区国土资源局(以下简称崂山区国土局)

被上诉人(原告):青岛南太置业有限公司(以下简称南太公司)

(二)审理法院

一审:山东省高级人民法院

二审:最高人民法院

(三)基本案情

1. 签约经过

2001年2月23日,青岛市人民政府在澳大利亚举办“青岛日”招商活动,崂山区沙子口街道段家埠村与澳大利亚南太置业股份有限公司、青岛鑫城房地产有限公司签订了《联建合同书》。

2001年8月15日,崂山区国土局与南太公司、澳大利亚南太置业股份有限公司签订了《青岛市崂山区国有土地使用权预约协议》。约定位于沙子口街道段家埠村的土地,面积300亩,综合用地,使用期限50年;在预约有效期内,正式签订《国有土地使用权出让合同》。

2001年10月11日,青岛市人民政府批准同意成立南太公司,在上述300亩土地范围内从事房地产开发及销售。

2. 履约经过

2002年1月24日,青岛市崂山区发展计划局下发了《关于澳洲花园项目立项的批复》,同意项目实施。

2002年2月4日,青岛市规划局下发了《建设工程规划审查意见书》,同意选址建设。

2002年7月29日,青岛市规划局下发《建设用地规划设计条件通知书》,同意南太公司对该用地进行规划设计。

2002年12月26日,青岛市人民政府向山东省人民政府报送《关于崂山区2002年度第十八批城市建设用地的请示》。该请示称,经审查,该批用地符合崂山区沙子口街道土地利用总体规划,在确定的建设用地范围内,所占耕地已开发补充同等数量的耕地,并验收合格,拟同意作为崂山区2002年度第十八批城市建设用地呈报,办理农用地转用和土地征用手续。

2003年1月6日,崂山区国土局与南太公司签订《国有土地使用权出让合同》。约定宗地位于沙子口街道段家埠村,面积186235平方米,用途为住宅,出让期限50年,出让金每平方米369.15元。第40条第2款约定,本合同项下宗地出让方案尚须经山东省人民政府批准,本合同自山东省人民政府批准之日起生效。

2003年1月13日,南太公司取得了《建设用地规划许可证》。

2003年2月19日,山东省人民政府下发《关于青岛市崂山区2002年第十八批次城市建设用地的批复》,同意青岛市将崂山区沙子口街道20万平方米农用地转为建设用地。上述农用地转用后同意征用,用于青岛市城市建设。

自2001年9月28日至2003年5月29日,南太公司付清了全部土地出让金和代征道路及绿化用地征地费。

3. 成讼原因

2004年4月12日,崂山区国土局以出让合同无效、无法履行合同约定的义务为由,通知南太公司解除合同并要求办理退款手续。2004年6月18日,崂山区国土局再次致函南太公司,要求办理退款等相关手续。

南太公司不同意解除合同,双方成讼。

(四) 一审诉辩

2004年6月28日,南太公司向一审法院起诉,请求判令崂山区国土局继续履行《国有土地使用权出让合同》,立即为南太公司颁发土地使用权证。

理由:南太公司系“澳洲花园”项目开发商,该项目是青岛市人民政府招商引资项目。2003年1月6日双方正式签订了《国有土地使用权出让合同》。2003年2月19日,山东省人民政府批复了项目所涉土地农转用及征用事宜,并且项目也办理了各项规划手续。

崂山区国土局辩称,双方签订的《国有土地使用权出让合同》没有生效,没有约束力,请求驳回南太公司的诉讼请求。

(五)一审认定与判决

一审法院认为,《国有土地使用权出让合同》第40条第2款约定,该合同的生效条件为“本合同项下宗地出让方案尚须经山东省人民政府批准,本合同自山东省人民政府批准之日起生效”。经查,“澳洲花园”项目是青岛市人民政府在招商引资活动中引入的项目,相关的立项、规划、用地等手续已经青岛市人民政府有关职能部门批准。2003年2月19日,山东省人民政府批复了项目所涉土地农转用及征地事宜。至此,《国有土地使用权出让合同》的生效条件已成就,该合同自山东省人民政府批复之日起生效。崂山区国土局关于合同没有生效的抗辩不成立,不予支持。本案《国有土地使用权出让合同》及《补充协议》内容合法,意思表示真实,为有效合同。

南太公司按约付清了土地出让金和代征道路及绿化用地征地费,青岛市人民政府有关职能部门为该项目办理了项目立项、规划、用地等手续,双方的合同义务已基本履行完毕。今后只要崂山区国土局继续履行合同义务,依约为南太公司办理国有土地使用权证,合同目的即可得到实现。

综上,判决:

- (1)崂山区国土局继续履行《国有土地使用权出让合同》及《补充协议》;
- (2)崂山区国土局于判决生效后30日内为南太公司办理《国有土地使用权证》。

(六)二审诉辩

1. 国土局上诉请求及理由

崂山区国土局上诉请求撤销一审判决,改判驳回南太公司的诉讼请求。主要理由:

(1)一审认定《国有土地使用权出让合同》的生效条件已经成就不符合事实和法律规定。

首先,本案所涉《国有土地使用权出让合同》是附生效条件的合同,所附条件并未成就。依据《土地管理法实施条例》第22条规定,只有供地方案(包括出让方案)经过有批准权的人民政府批准后,市、县人民政府土地行政管理部门才能与土地使用者签订《国有土地使用权出让合同》。实践中,存在先签合同后报批的情况。本案即是先签合同后报批,双方约定:“本合同项下宗地出让方案尚须经山东省人民政府批准,本合同自山东省人民政府批准之日起生效。”山东省人大常委会制定的《山东省实施〈土地管理法〉办法》第24条规定:“占用土地8公顷以上的,由省人民政府批准。”本案出让土地面积为15.27公顷,依法应由山东省人民政府批准。综上,因本案所涉出让方案至今没有得到山东省人民政府的批准,因而合同的生效条件始终没有成就。

其次,出让方案审批和农转用审批是两个不同性质的审批,一审混淆了二者,错误

地认定农转用审批就是出让方案审批。农转用审批是形成供地方案的前提条件。农转用审批是供地方案(包括出让方案)审批的前置程序,二者不能等同。

(2)一审判决认定本案《国有土地使用权出让合同》为有效合同不能成立。

首先,《城市房地产管理法》第8条规定:“城市规划区内的集体所有的土地,经依法征用转为国有土地后,该幅土地的使用权方可有偿转让。”根据该规定,集体土地必须先征用后出让。本案山东省人民政府是在2003年2月19日批复农转用后同意征用。而《国有土地使用权出让合同》却早在2003年1月6日即已签订。出让在先,征用在后。本案合同违反了上述强制性规定,自始没有法律效力。

其次,本案《国有土地使用权出让合同》严重违反了土地“招、拍、挂”的强制性规定。《招拍挂出让国有土地使用权规定》早在2002年7月1日即已开始实施,而本案《国有土地使用权出让合同》于2003年1月6日签订。显然,本案《国有土地使用权出让合同》项下土地必须通过招标、拍卖、挂牌的方式公开进行出让,而双方仍以协议方式出让国有土地用于住宅建设,违反了上述规定。

2. 南太公司答辩

南太公司辩称,上诉理由不成立,请求驳回上诉,维持原判。主要理由:

(1)一审判决认定双方当事人所签订的《国有土地使用权出让合同》的生效条件已成就,符合事实和法律规定。

首先,根据现行法律规定,本案所涉土地出让,只有农转用方案、补充耕地方案、征用土地方案应当由省人民政府审批,而上述事项已获得山东省政府批复。

其次,正因为只有上述内容依法应由省人民政府审批,因此双方合同第40条关于合同的生效条件“本合同项下的宗地出让方案尚需经山东省人民政府批准,本合同自山东省人民政府批准之日生效”,只能是指对宗地出让方案中的农转用方案、补充耕地方案、征用土地方案的审批,其余事项山东省人民政府既无法律授予的审批权限,也无此义务。

最后,崂山区国土局认为本案《国有土地使用权出让合同》不生效的理由不能成立。第一,供地方案的审批机关依法并非山东省人民政府,而是青岛市崂山区人民政府。第二,崂山区国土局所引用的法律条文,均没有供地方案应由山东省人民政府批准的规定。其引用《山东省实施〈土地管理法〉办法》第24条来论证供地方案的审批机关是山东省人民政府,也是错误的,因为从该条所处的章节位置来看,该条规定的是农用地转用的审批权限,并非供地方案的审批权限。

(2)一审判决认定双方当事人签订的《国有土地使用权出让合同》为有效合同是完全正确的。本案合同内容并未违反法律和行政法规的强制性规定。

崂山区国土局所谓的违反法律强制性规定是其对《城市房地产管理法》的错误理解。崂山区国土局将《城市房地产管理法》第8条任意曲解为,城市规划区内的集体所

有的土地,经依法征用转为国有土地后,该幅土地的使用权方可签订出让合同(有偿出让)。所以才得出“建设用地须先征用,后签订出让合同”的错误结论。该规定的立法本意是,强调集体所有的土地未经依法征用转为国有后,不能进行事实上的出让行为或产生出让的结果。本案所涉出让合同签订时,约定了以土地征用等被批准为生效条件,该生效条件业已成就。

(七)二审查明的有关事实

二审查明:2003年2月19日,山东省政府批复除同意青岛市将崂山区沙子口街道20万平方米农用地转为建设用地,以及上述农用地转用后征用,用于青岛市城市建设外,同时指出,要严格按照有关规定向具体建设项目提供用地,供地情况要经青岛市国土资源部门及时报山东省国土资源厅备案。

2004年3月8日,青岛市人民政府办公厅向山东省人民政府督察处报送《关于青岛市崂山区段家埠村“澳洲花园”项目用地的情况报告》,该报告提出的处理意见为:鉴于目前情况,该宗用地实际已不能按2003年1月6日崂签订的《国有土地使用权出让合同》的约定进行协议出让,应依法解除该出让合同,退还出让金等相关费用,将该宗地依法纳入政府储备。

2005年7月4日,崂山区国土局向最高人民法院提交《补充说明》,在该材料中提到,如果不支持崂山区国土局的上诉请求,其结果是合同无法履行,当事人主张的权利也无法实现。请求最高人民法院查清事实,即使认定合同有效,也要考虑到有关法律和事实上的障碍,作出合法合理合情的判决。

2005年9月1日,青岛市崂山区人民政府向最高人民法院提交崂政函〔2005〕21号《关于我区国土资源局与青岛南太置业有限公司国有土地使用权出让合同纠纷案有关情况说明的函》。该函中提及,因该案涉及执行国家部委规定及落实国务院领导批示事宜,特作如下说明:(1)根据有关规定和领导批示精神,崂山区国土局于2004年4月14日作出《关于解除〈国有土地使用权出让合同〉的通知》;(2)根据现行国有土地出让管理的规定以及目前崂山区实际情况,该宗土地出让合同已无法继续履行。

其他事实与一审法院查明的事实相同。

(八)二审认定与判决

最高人民法院认为,本案双方二审中主要争议焦点问题如下:

1. 双方签订的《国有土地使用权出让合同》是否生效。

根据《中华人民共和国合同法》第45条规定,当事人对合同的效力可以约定附条件。附条件的合同,自条件成就时生效。所谓附条件的合同,是指当事人在合同中特别约定一定的条件,以条件是否成就作为合同效力发生的根据。合同所附条件,必须是将来发生的、不确定的事实,是当事人约定的而不是法定的,同时还必须是合法的。在我国,政府机关对有关事项或者合同审批或者批准的权限和职责,源于法律和行政

法规的规定,而不属于当事人约定的范围。当事人将法律和行政法规规定的政府机关对有关事项或者合同的审批权或者批准权约定为附条件的合同中的条件,不符合《合同法》有关附条件的合同的规定。当事人将法律和行政法规没有规定的政府机关对有关事项或者合同的审批权或者批准权约定为附条件的合同中的条件,同样不符合《合同法》有关附条件合同的规定。根据《合同法》相关规定的精神,当事人在订立合同时,将法定的审批权或者批准权作为合同生效条件的,视为没有附条件。将法律未规定为政府机关职责范围的审批权或者批准权作为包括合同在内的民事法律行为生效条件的,同样视为没有附条件,所附的“条件”不产生限制合同效力的法律效果。

本案“澳洲花园”项目是青岛市人民政府在招商引资活动中引入的项目,与该项目相关的立项、规划、用地等手续已经青岛市人民政府有关职能部门及青岛市崂山区人民政府有关职能部门陆续批准。2002年12月26日,青岛市人民政府向山东省人民政府报送了《关于崂山区2002年第十八批城市建设用地的请示》,内容中包括本案所涉及的土地。2003年2月19日,山东省人民政府批复农用地转用并同意征用,用于青岛市城市建设。批复还指出,要严格按照有关规定向具体建设项目提供用地,供地情况要经青岛市国土资源部门及时报山东省国土资源厅备案。这表明山东省人民政府对建设项目供地管理采取的是备案制而不是审批制,有关供地事项不需要报经山东省人民政府审批。

本案《国有土地使用权出让合同》中约定“本合同项下宗地出让方案尚须经山东省人民政府批准,本合同自山东省人民政府批准之日起生效”,虽然表明双方约定经山东省人民政府批准合同项下宗地出让方案作为《国有土地使用权出让合同》的生效条件,但该条件不属于我国合同法规定的附生效条件合同的条件,并且山东省人民政府在有关批复中明确指出,具体建设项目提供用地情况经青岛市国土资源部门及时报山东省国土资源厅备案,表明不需要报经批准。因此,双方关于合同项下宗地出让方案须经山东省人民政府批准生效的约定,对本案所涉《国有土地使用权出让合同》不产生限制合同效力的法律效果。崂山区国土局认为双方签订的《国有土地使用权出让合同》约定的合同生效条件未成就,以此为由主张所涉土地出让合同未生效,没有法律依据。

2. 本案《国有土地使用权出让合同》是否有效。

本案双方所签《国有土地使用权出让合同》是在平等自愿基础上达成的协议,意思表示真实。根据自1999年1月1日起施行的《土地管理法》第44条规定,建设占用土地,涉及农用地转为建设用地的,应当办理农用地转用审批手续。在土地利用总体规划确定的城市和村庄、集镇建设用地规模范围内,为实施该规划而将农用地转为建设用地的,按土地利用年度计划分批次由原批准土地利用总体规划的机关批准。在已批准的农用地转用范围内,具体建设项目用地可以由市、县人民政府批准。根据自1999年1月1日起施行的《土地管理法实施条例》第22条规定,具体建设项目占用土地利