

房地产建设工程

Real Estate Construction Projects

符启林 等著

无论是在国外还是在国内，房地产业都毫无例外地被视为国民经济中的重要产业，在国计民生中发挥着举足轻重的作用。同时，房地产业的发展又与人们的安居乐业密切相关，是实现人们的居住权和提高人们的生活质量的重要物质基础。为了促进房地产业的健康快速发展，既满足房地产业发展的内在经济要求，又保障房地产业本身具有的社会政治功能得以实现，各国都认为房地产领域不能是完全自由放任的私领域，必须用法律的形式对房地产领域进行适度的干预。为此，各国都制定了大量的法律法规对房地产业进行规范，以保障房地产业能实现个人利益与社会公共利益的协调发展。

|房|地|产|法|理|论|与|实|务|丛|书|

Theory and Practice Series on Real Estate Law



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



房地产建设工程

Real Estate Construction Projects

符启林 等著

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



图书在版编目(CIP)数据

房地产建设工程/符启林等著. —北京:北京大学出版社,2007.9
(房地产法理论与实务丛书)

ISBN 978 - 7 - 301 - 10376 - 0

I. 房… II. 符… III. 房地产业 - 建筑工程 IV. TU

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 149037 号

书 名: 房地产建设工程

著作责任者: 符启林 等著

责任编辑: 李燕芬

封面设计: 春天书装工作室

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 10376 - 0/D · 1407

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 24.25 印张 410 千字

2007 年 9 月第 1 版 2007 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 43.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

总 序

无论是在国外还是在国内,房地产业都毫无例外地被视为国民经济中的重要产业,在国计民生中发挥着举足轻重的作用。同时,房地产业的发展又与人们的安居乐业密切相关,是实现人们的居住权和提高人们的生活质量的重要物质基础。为了促进房地产业的健康快速发展,既满足房地产业发展的内在经济要求,又保障房地产业本身具有的社会政治功能得以实现,各国都认为房地产领域不能是完全自由放任的私领域,必须用法律的形式对房地产领域进行适度的干预。为此,各国都制定了大量的法律法规对房地产业进行规范,以保障房地产业能实现个人利益与社会公共利益的协调发展。

在我国,由于建国以后长时间实行计划经济体制,房地产被认为不是商品,不具有商品属性,因此在这段时间内我国不存在真正的房地产业。只有在确立了社会主义市场经济体制和进行住房制度改革后,我国的房地产业才真正开始发展起来。但是,由于法律规则的缺失和人们认识上的偏差,我国的房地产业在发展初期长期处于摸索和混乱阶段。经过十多年的探索和借鉴,我国目前已在房地产领域制订了大量的法律法规,初步建立起房地产法的大体框架,基本解决了在房地产领域有法可依的问题。特别是近两年,为了解决房价过高的问题,国家加大了对房地产业的宏观调控力度,有关房地产的立法文件频频出台。

为了对近年来房地产法的立法和理论进行系统梳理和总结,反映学者们对房地产法的最新研究成果,我们组织编写了这套房地产法理论与实务丛书。本丛书一共六本,分别是:房地产金融、房地产交易、房地产开发、房地产建设工程、物业管理、房屋征收与拆迁。我们认为这套丛书基本囊括了房地产法的所有重要方面和重要制度。与其他同类书相比,本丛书主要有以下特色:

1. 在内容的编排体例上进行了创新。本丛书彻底打破了传统的章节限制,各章以下不再设节,而是统一把每章的内容分为基本原理、制度借鉴、操作流程、争议焦点与案例分析四个部分。基本原理部分主要介绍该制度的基本理论问题,阐述该制度的理论基础、制度内容以及改革完善的建议



等,解决该制度是什么的问题;制度借鉴主要介绍世界各国或地区在相关制度方面的一些不同做法和有益经验,着重于不同国家之间的横向比较,为完善我国的相关制度提供比较法上的依据;操作流程关注的是具体的办事程序、办事规则,试图通过该内容告诉读者该制度在实际生活层面具体是怎么运作的,解决的是该制度的具体操作问题;争议焦点与案例分析由两部分组成,前者主要聚焦于理论上的热点问题,探讨理论界对一些前沿问题的争议和不同观点,后者主要是对一些典型案例进行法理上的评析,着眼于法律的具体运用。通过这种内容编排上的创新,我们意图按照内容的性质对全部内容进行重新整合,最大限度地突出内容的性质差异,方便读者从理论与实务的不同角度对内容进行更好的选择和把握。

2. 注重理论与实践的结合。我们认识到任何法律都不是在真空中产生的,法律只不过是和社会生活的记录而已,法律的生命力和广阔空间在于法律的伟大实践。在整套丛书的设计上我们始终非常关注理论与实践的密切结合。在作者的构成上,我们既有理论功底深厚的大学教授、博士生导师,又有工作在司法工作第一线、经验丰富的法官和检察官,还有在房地产领域辛勤耕耘几十年的资深律师,他们的组合使我们的丛书既有理论的深度又有实践的厚度。在内容的安排上我们同样坚持了理论与实践相结合的精神,每章的基本原理、制度借鉴、争议焦点部分主要倾向于理论层面的探讨,而操作流程和案例分析则更多地关注解决实际问题的需要。

3. 密切关注立法动态。在所有的亚部门法领域,房地产法是受国家政策影响最大的法律门类之一,国家政策在房地产法中扮演着非常重要的角色。而政策的重要特点之一就是灵活性和易变性,这就要求我们从事房地产研究的人员要敏锐地观察和掌握国家的立法动向,及时地对一些最新立法政策进行反映。在本丛书的编写过程中,我们的作者们对这一点进行了很好的把握,及时地把一些最新的规则吸收进了我们的研究成果中,使我们的研究做到了与时俱进。

当然,由于时间的仓促和作者水平的有限,本丛书的错误和遗漏之处在所难免,敬请各位读者谅解,并请不吝赐教。

符启林

2007年9月

序

房地产建设工程的内涵很广泛,严格说起来既包括房屋建设也包括土地建设,即既包括房屋主体工程和附属设施的施工,也包括土地的平整和基础设施的建设。但由于本丛书有房地产项目开发之单独一书,为避免重复,本书只涉及房屋建设的内容,对土地建设和平整的部分未予涉及。

房地产工程建设的核心问题是工程质量问题。近年来建筑工程的质量问题日益引起社会的关注,各种“豆腐渣”工程的报道不断进入人们的视线。建筑工程的质量问题不仅严重危害了人民的生命财产安全,也损害了党和政府的良好形象。在所有的建筑工程中,房屋建筑的质量问题尤为社会各界所重视。对于广大老百姓来说,房屋不仅仅是个简单的栖身的场所,而且是人们生产和生活不可缺少的一部分,是人们心灵和感情的重要依托。在实际生活中,人们为了购买一套自己称心如意的住房,往往需要花费一家数十年甚至一辈子的积蓄。一旦发生纠纷,即使可以通过诉讼的方式挽回部分损失,但往往是身心疲惫苦不堪言,更何况还有可能不能从开发商处获得任何赔偿。

事实证明事前的预防远比事后的救济成本更低效果更好。为了减少房地产工程的质量问题,确保房地产工程的质量必须对房地产工程建设进行严格的管理。房地产开发商都是利己的经济人,在没有外在强大压力的情况下,他们没有动力花费巨大的成本去确保房地产工程的质量。在现代社会中,为了弥补市场机制的失灵,政府必须勇敢地承担起监管房地产工程建设市场的重任,事实上也只有政府才具有对房地产工程建设市场进行管理的能力。房地产建设领域不能成为完全由市场进行自发调节的领域,政府作为社会整体利益的代表应该不辜负万千百姓的重托,应该为处于社会弱势群体的购房人严格把好质量关,建立起规范有效的房地产工程建设市场秩序。

世界上一些法制比较完善的国家已经建立起了一整套行之有效的对建设工程质量进行管理的制度体系。由于众所周知的原因我国法制建设的起步较晚,但通过党、政府和全国人民的共同努力我们的法制建设进展迅速,到目前为止我国在房地产建设领域已经形成了以《建筑法》为龙头的包括一



大批法律法规以及行政规章的较为完整的法律体系,应该说在房地产工程建设领域我们已经基本做到了有法可依。但是由于各种客观条件的限制,我们的法律体系还不太科学不太完善。

以我国现有的规定为依据,考虑工程建设的固有规律,本书重点介绍了房地产工程建设的主体制度、施工许可制度、房地产建设工程的发包与承包制度、房地产建设工程施工管理制度、房地产建设工程竣工验收制度、房地产建设工程保修制度等。作者希望通过自己的介绍能使读者对我国现有的工程建设制度有个基本的认识 and 了解,能够给相关领域的专家学者、专业人士和普通公民一些有益的借鉴和参考。

按撰写章节顺序,本书的分工如下:符启林、侯科,负责第一章、第二章的撰写,吕虹燊,负责第三章的撰写,姜玉波、郑明析,负责第四章、第五章的撰写,贾春辉,负责第六章、第八章的撰写,程海群,负责第七章、第九章的撰写,全书由符启林教授进行汇总和统稿。另外,下列单位或个人在本书的写作过程中提供了指导或协助,在此一并表示感谢:中华人民共和国最高人民法院于金陵法官、李春法官,广东省中山市中级人民法院牛庆利法官,光大环保工程技术(深圳)有限公司,以及丛书总策划和本书责任编辑李燕芬女士。

由于房地产工程建设的法律问题博大精深,专业性很强,作者在论述过程中由于精力和知识本身的局限性,难免有疏漏甚至错误之处,敬请读者批评指正。

符启林

2007年9月于中国政法大学

CONTENTS 目 录

第一章 房地产工程建筑主体制度	1
基本原理	1
一、从事建筑活动的单位应当具备的条件	2
二、建筑活动单位的资质管理制度	3
三、对专业技术人员从事建筑活动的执业资格的有关规定	10
制度借鉴	15
一、英国对建筑承包商资质的管理及对建筑企业执业人员的资格要求	15
二、美国对建筑公司资质管理的要求	18
三、日本建筑市场对承包商的资质管理	20
四、境外建筑业企业资质管理经验对我国的启示	22
操作流程	24
一、内资建筑施工企业的资质管理实务操作规程	24
二、外商投资建筑施工企业的资质管理实务操作规程	28
三、工程勘察和工程设计单位资质管理的实务操作规程	29
四、工程监理企业资质管理的实务操作规程	31
争议焦点和案例分析	33

第二章 建筑工程施工许可制度	45
基本原理	45
一、需要申请施工许可证的建筑工程的范围	45



CONTENTS 目 录

二、申请施工许可证的注意事项	46
三、申请领取施工许可证的条件	47
四、关于施工许可证效力期限的规定	51
五、中止施工和恢复施工的报告制度	52
制度借鉴	53
一、德国的建筑法规体系	53
二、德国巴伐利亚州建筑许可制度与我国建筑 许可制度的比较及借鉴	54
操作流程	58
一、申请领取施工许可证的程序	58
二、建设行政主管部门颁发许可证期限的规定	59
争议焦点和案例分析	59
一、争议焦点	59
二、案例分析	60
第三章 房地产建设工程的发包与承包制度	85
基本原理	85
一、房地产建设工程发包承包的主体	85
二、房地产建设工程承包合同	86
三、房地产建设工程的联合共同承包以及 分包与转包	90
四、房地产建设工程发包的方式	93
五、房地产建设工程的招标与投标	94
六、房地产建设工程造价	108

CONTENTS 目 录

七、禁止行贿、受贿和不正当竞争行为	110
制度借鉴	110
一、招标投标在国际上的发展概况	110
二、国外招标投标法律制度体系的特点	116
操作流程	119
一、招标单位组建招标工作机构,进行必要的前期准备工作	119
二、资格预审、编制招标文件和标底	119
三、发布招标公告和发出投标邀请书	122
四、投标单位递交投标文件	122
五、建立评标机构,制定评标、定标办法	123
六、开标	124
七、评标与定标	125
八、发出中标通知书,通报所有投标人	126
九、签订承包合同	127
争议焦点和案例分析	127
 第四章 房地产建设工程监理制度	 148
基本原理	148
一、工程监理概述	148
二、监理工程师和工程监理企业	158
三、工程监理协会	167
四、工程监理合同	168
制度借鉴	170



CONTENTS 目 录

一、监理人员素质要求	170
二、业务范围	171
三、监理取费	172
四、职业道德	172
操作流程	173
一、建设工程决策阶段	173
二、建设工程勘察设计阶段	173
三、建设工程施工阶段	173
争议焦点和案例分析	174
第五章 房地产建设工程安全生产管理制度	187
基本原理	187
一、房地产建设工程安全生产管理概念	187
二、工程安全管理方针	188
三、工程安全管理必要性	188
四、工程安全管理基本制度	190
制度借鉴	199
一、美国建设工程安全管理	199
二、英国建设工程安全管理	201
三、德国建设工程安全管理	202
四、安全生产委员会的设立	203
操作流程	206
一、建设工程安全生产法规和强制性标准	206
二、安全生产监察程序	207

CONTENTS 目 录

三、建设工程重大安全事故处理程序	208
争议焦点和案例分析	210
第六章 房地产建设工程质量管理制度	225
基本原理	225
一、建筑工程质量管理概述	225
二、建筑工程的质量要求	230
三、建筑工程质量体系认证制度	235
四、建筑工程的质量责任与义务	241
五、建筑工程质量管理的法律责任	258
操作流程	261
一、第一类的质量问题的处理	262
二、第二类的房屋质量问题的处理	264
争议焦点和案例分析	265
第七章 房地产建设工程竣工验收制度	274
基本原理	274
一、我国建设工程质量政府监督管理的发展历程	274
二、建设工程质量政府监督管理模式	279
三、现行竣工验收备案制度	281
四、建设工程竣工验收法律体系	286
操作流程	291
一、建设工程竣工验收的条件	291



CONTENTS 目 录

二、建设工程竣工验收	292
三、备案部门竣工验收备案细则	294
争议焦点和案例分析	297
第八章 房地产建设工程质量保修制度	323
基本原理	323
一、概述	323
二、赔偿主体与赔偿责任	329
争议焦点和案例分析	335
第九章 建设工程施工合同制度研究	345
基本原理	345
一、FIDIC 介绍	345
二、FIDIC 合同条件	351
三、NEC 合同	356
四、FIDIC 的《土木工程合同条件》与 NEC 的 《工程施工合同条件》的内容比较	358
制度借鉴	367
一、我国的施工合同文本对 FIDIC 的借鉴之处	367
二、世界施工合同条件的新发展	368
参考文献	375

第一章 房地产工程建筑主体制度

- 房地产工程建筑主体的资质和条件
- 从业人员执业资格的相关规定
- 各国的建筑工程主体资质管理制度
- 内外资建筑施工企业资质管理

基本原理

建筑工程种类很多,不同的建筑工程,其建设规模和技术要求的复杂程度可能有很大的差别。而从事建筑活动的施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位的情况也各有不同,有的资本雄厚,专业技术人员较多,有关技术装备齐全,有较强的经济和技术实力,而有的经济和技术实力则较弱。为此,我国在对建筑活动的监督管理中,将从事建筑活动的单位按其具有的不同经济、技术条件,划分为不同的资质等级,并对不同的资质等级的单位所能从事的建筑活动的范围作出了明确的规定。我国《建筑法》第13条明确规定:“从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位,按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件,划分不同的资质等级,经资质审查合格,取得相应等级资质证书后,方可在其资质等级许可证的范围内从事建筑活动。”这在法律上确定了我国从业资格制度。实践证明,从业资格制度是建立和维护建筑市场的正常秩序、保证建筑工程质量的一项有效措施。^①

我国《建筑法》关于建筑活动从业资格的规定,主要包括三个方面:一是从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位应当具备的条件;二是从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位的资质管理制度;三是从事建筑活动的专业技术人员应当依法取

① 何佰洲编著:《工程建设法规与案例》(第2版),中国建筑工业出版社2004年版,第25页。



得执业资格证书,并在执业资格证书许可的范围内从事建筑活动。以下分别介绍。

一、从事建筑活动的单位应当具备的条件

我国《建筑法》第12条规定,从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位应当具备以下四项条件:

1. 有符合国家规定的注册资本

有符合国家规定的注册资本是指建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位在申请设立注册登记时,应当达到国家规定的注册资本的数量标准。关于上述单位应当具有的最低注册资本的具体数额,我国《建筑法》未做规定,对此应当按照其他有关法律、行政法规的规定执行。根据《建筑业企业资质管理规定》的有关规定,“建筑业企业资质等级标准由国务院建设行政主管部门会同国务院有关部门制定”。例如,建设部制定的《建筑业企业承包资质等级标准》(2001年4月20日)对房屋建筑工程施工总承包企业和公路工程施工总承包企业的注册资本的最低限额所做的规定是:(1)房建工程企业的注册资本要求是:特级企业注册资本金3亿元以上;一级企业注册资本金5000万元以上;二级企业注册资本金2000万元以上;三级企业注册资本金600万元以上。(2)公路工程企业的注册资本要求是:特级企业注册资本金3亿元以上;一级企业注册资本金6000万元以上;二级企业注册资本金3000万元以上;三级企业注册资本金1000万元以上。又如建设部、对外贸易经济合作部颁布的《关于设立外商投资建筑业企业的若干规定》中规定:一级建筑施工企业的注册资本不低于1000万美元;二级建筑施工企业的注册资本不低于500万美元;三级建筑施工企业的注册资本不低于160万美元。而根据《工程监理企业资质管理规定》的有关规定,将工程监理企业的资质等级分为甲级、乙级和丙级,并按照工程性质和技术特点划分为若干工程类别。并规定甲级工程监理企业的注册资本不少于100万元;乙级工程监理企业的注册资本不少于50万元;丙级工程监理企业的注册资本不少于10万元。建设部、国家工商行政管理局颁布的《工程勘察设计单位登记管理暂行办法》中规定,从事工程项目建设总承包业务的勘察设计公司,其注册资金不得少于500万元,其他工程勘察设计单位的注册资金不得少于20万元。此外,我国《公司法》对设立此类有限责任公司的最低注册资本数额及设立股份有限公司的最低注册资本数额做了明确的规定,设立从事建筑活动的有限责任公司或股份有限公司时,其注册资本必须符合

《公司法》的有关规定。

2. 有与其从事的建筑活动相适应的具有法定执业资格的专业技术人员

建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位必须具有与其从事的建筑活动相适应的具有法定执业资格的专业技术人员,这是设立建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位的一项十分重要的条件。从事建筑活动的企业不仅需要懂经营、懂管理的经营管理人才,更需要有与其从事的建筑活动相适应的专业技术人员。按照本条规定,建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位必须有与其从事建筑活动相适应的专业技术人员,如注册建筑师、注册结构师和注册监理师等,而且这些专业技术人员必须具有法定的执业资格,即经过国家统一考试合格并依法批准注册。

3. 有从事相关建筑活动所应有的技术装备

具有与其建筑活动相关的技术装备是建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位进行正常施工、勘察设计和监理工作的重要的物质保障。建筑活动具有专业性强、技术性强的特点,没有相应的技术装备无法进行。如从事建筑施工活动,必须有相应的施工机械设备与质量检验检测手段;从事勘察设计活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位,必须有从事相关建筑活动所应有的技术装备。没有相应技术装备的单位,不得从事建筑活动。

4. 法律、行政法规规定的其他条件

建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位除了应具备上述三项条件外,还应当具有从事经营活动所应具备的其他条件。如按照我国《公司法》的规定,设立从事建筑活动的有限责任公司和股份有限公司,股东或发起人必须符合法定人数;股东或发起人共同制定公司章程;有公司的名称,建立符合要求的组织机构;有固定的生产经营场所和必要的生产条件等。这里的“其他条件”,仅指法律、行政法规规定的条件,不包括国务院有关行政主管部门颁发的部门规章,也不包括地方性规定。因为涉及市场准入规则的问题,应当由法律、行政法规作出统一的规定。

二、建筑活动单位的资质管理制度

通常地,建设工程的建设规模越大,技术复杂程度越高,对承包该项工程的建筑单位所具有的经济和技术力量的要求也越高,否则将难以保证工程的建筑质量。国家在对建筑活动的监督管理中,将从事建筑活动的单位



按其具有的不同经济、技术条件,划分为不同的资质等级,并对不同资质等级的单位所能从事的建筑活动的范围作出明确的规定很有必要,实践证明,这是建立和维护建筑市场的正常秩序,保证建筑工程质量的一项有效措施。我国《建筑法》第13条以法律的形式对资质等级管理这一有效的监督管理措施予以肯定,规定对从事建筑活动的单位按其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备等经济、技术条件和已完成的建筑工程业绩,划分不同的资质等级,经资质审查合格,取得相应等级的资质证书后,方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。资质审查制度是根据建筑活动的特点确立的一项重要的从业资格许可制度。

1. 建筑施工企业的资质分类、分级、业务范围以及法律责任

《建筑业企业资质管理规定》对建筑施工企业的资质分类分级、资质申请与审批、监督管理和法律责任等作出了明确规定,在本节主要介绍资质分类、分级和业务范围以及违反法律规定所应承担的法律责任,具体的资质申请、审批及年检制度将在第二节实务操作规程中详细介绍。

(1) 内资建筑施工企业的资质分类、分级、业务范围和法律责任

建筑业企业资质分为施工总承包、专业承包和劳务分包三个序列。获得施工总承包资质的企业,可以对工程实行施工总承包或者对主体工程实行施工承包。承担施工总承包的企业可以对所承接的工程全部自行施工,也可以将非主体工程或者劳务作业分包给具有相应专业承包资质或者劳务分包资质的其他建筑企业。获得专业承包资质的企业,要以承接施工总承包企业分包的专业工程或者建设单位按照规定发包的专业工程。专业承包企业可以对所承接的工程全部自行施工,也可以将劳务作业分包给具有相应劳务分包资质的劳务分包企业。获得劳务分包资质的企业,可以承接施工总承包企业或者专业承包企业分包的劳务作业。^①

施工总承包资质、专业承包资质、劳务分包资质序列按照工程性质和技术特点分别划分为若干资质类别。各资质类别按照规定的条件划分为若干等级。建筑业企业资质等级标准由国务院建设行政主管部门会同国务院有关部门制定。根据建设部2001年4月20日发布的《建筑业企业资质等级标准》,房屋建筑工程施工总承包企业资质分为特级、一级、二级、三级,可承包工程范围为:

特级企业:可承担各种房屋建筑工程的施工。

① 《建筑业企业资质管理规定》(2001年4月18日)第5条。