



“民商法律师实务”丛书 7

房地产建筑 律师实务

(第2辑)

Practical Book for Lawyers on Real Estate & Construction Law

中华全国律师协会民事专业委员会 编

- ▶ 建筑工程合同
- ▶ 建筑工程承(发、转)包
- ▶ 工程造价与司法鉴定
- ▶ 不动产流转
- ▶ 不动产登记
- ▶ 不动产使用



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



“民商法律师实务”丛书 ⑦

房地产建筑律师实务

Practical Book for Lawyers on Real Estate & Construction Law

(第2辑)

中华全国律师协会民事专业委员会 编



法律出版社

LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

房地产建筑律师实务. 第2辑 / 中华全国律师
协会民事专业委员会编. —北京: 法律出版社,
2007. 9

(民商法律师实务)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7670 - 3

I. 房… II. 中… III. ①房地产业—法规—
中国—文集②建筑法—中国—文集
IV. D922.181.4-53 D922.297.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 134978 号

©法律出版社·中国

责任编辑/霍爱华

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/24 字数/730 千

版本/2007 年 9 月第 1 版

印次/2007 年 9 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 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7670 - 3

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)



“民商法律师实务”丛书

1 民事律师实务

书号：7-5036-6480-0

定价：38.00元

2 房地产建筑律师实务

书号：7-5036-6481-9

定价：48.00元

3 公司法律师实务

书号：7-5036-6479-7

定价：35.00元

4 知识产权法律服务与律师实务

书号：978-7-5036-5804-4

定价：39.00元

5 工程合同实务问答

书号：978-7-5036-7002-2

定价：38.00元

6 民事律师实务（第2辑）

书号：978-7-5036-7654-3

定价：45.00元

7 房地产建筑律师实务（第2辑）

书号：978-7-5036-7670-3

定价：45.00元

8 公司法破产法律师实务（第2辑）

书号：978-7-5036-7643-7

定价：29.00元

9 婚姻家庭法律师实务

书号：978-7-5036-7669-7

定价：25.00元

房地产建筑法相关书目

- **建设工程法律实务**

朱树英著 定价：35.00元

- **房地产开发法律实务**

朱树英著 定价：38.00元

- **建设工程纠纷处理依据小全书**

法规中心编 定价：28.00元

- **房地产纠纷办案必携**

法规中心编 定价：25.00元

- **新编房地产法小全书**

法规中心编 定价：39.00元

- **房地产开发经营中的合同问题(最新修订版)**

朱征夫 何海东 贺卫平著 定价：36.00元

- **新编建筑法小全书**

龚一民 林镛海主编 定价：38.00元

- **《建设工程施工合同司法解释》操作指南**

林镛海著 定价：39.00元

- **房地产新型疑难案例判解**

北京市高级人民法院编 定价：48.00元

- **房地产建筑律师实务**

中华全国律师协会民事专业委员会编 定价：48.00元

- **房地产开发经营法律实务**

陈文主编 定价：48.00元

- **建筑与房地产常用法律文书范本**

孙林 于腾群等编著 定价：48.00元

邮购电话：010-63939792 010-63939779

迎来民商事律师业务研究百花齐放的春天

(代 序)

中华全国律师协会民事专业委员会(下称民委会)动员自己的委员和全国广大律师注重民商事专业业务研究,结合实务,及时从法学理论和法律服务实践相结合的高度总结经验,以此与同行作交流的局面已经初步形成。继2006年民委会在沈阳召开的第八届中国民商法实务论坛收到250多篇论文之后,2007年在新疆乌鲁木齐市召开的第九届中国民商法实务论坛截至7月15日已收到论文300多篇,不仅数量增加,而且论文质量也比2006年有所提高。此外,律师的业务研讨极具时代感,体现着与时俱进的精神,这在2007年论坛论文集的编排上也有了充分体现。2006年,顺应《物权法》的制定与通过,在论坛论文编排时单独设立了“物权法篇”。而随着《侵权责任法》的制定提上日程,在2007年论文集的编排上也随之将“侵权法篇”单独设立。2007年6月1日,《企业破产法》开始施行,很多律师对于企业破产中的管理人制度、企业破产程序、律师工作实务等问题都提出了自己的见解,相信这些见解与研讨能够为《企业破产法》的实施提供更好的理论与操作平台。虽然2007年的民委会年会和民商法实务论坛在美丽的秋天召开,但可以说我们已经迎来了民商事律师业务研究百花齐放的春天。

全国律协民委会2007年实施了大论坛和小论坛相结合的方法,所谓大论坛指每年召开一次的中国民商法实务论坛,小论坛则是根据民商事专业业务研究的客观需求而组织的民商事具体业务的专题论坛,两者结合展现了更有实效、更加深入的民商事业务的研究。民委会于2007年4月15日、16日在北京举行了首届民商法婚姻家庭专题论坛;2007年5月22日、23日在浙江绍兴市举行了第二届建筑房地产法律服务专题会议,这二次民商事具体专业业务的小论坛已经搜集到委员和广大律

师的专业论文共 70 篇,这为 2007 年的民委会年会和第九届中国民商法实务论坛的顺利召开,奠定了深厚的基础。大论坛和小论坛互相结合的办法,开拓了律师专业业务研究的新渠道和新方法。

2007 年 5 月 23 日在绍兴召开的民委会主任会议上,根据民委会业务研究更加深入,专业论文的搜集、筛选和编辑成书的工作量越来越大的实际情况,决定聘任庞标委员担任副秘书长,专门负责此项工作。担此重任后,庞标委员在王小咪副秘书长的配合下,夜以继日、呕心沥血,经不懈努力,我们才有了今天得以阅览和交流的、被编为“民商法律师实务”丛书第 6 至 9 册的《民事律师实务(第 2 辑)》、《房地产建筑律师实务(第 2 辑)》、《公司法破产法律师实务(第 2 辑)》、《婚姻家庭法律师实务》共四册正式出版的论文集。

由法律出版社出版“民商法律师实务”丛书是加强民委会专业业务研究并对全国广大律师的民商事业务进行指导的一项重要工作,在此,我谨对法律出版社为编辑出版该丛书提供的方便致以衷心的感谢。自 2006 年以来,从民委会编辑该丛书的第 1 册至第 5 册的发行效果来看,不仅印数逐渐增加,销售情况也越来越好,许多迫切需要得到业务指导的律师对该丛书都给予了较高的评价。

2007 年民委会收到的众多论文是民委会的委员和广大律师共同努力的结晶,充分反映了中国律师关心法治、关注执法的实务操作的主流方向,也体现了广大律师不断钻研、积极进取、不断提高实务能力的使命感和责任心。我谨代表全国律协民委会表示深深的敬意和诚挚的感谢!有民委会全体委员和广大律师的努力和支持,律师民商事业务研究百花齐放的春天一定会更灿烂、更美好!

中华全国律师协会民事专业委员会主任 朱树英

目 录

上篇 建筑工程篇

3	第一章 建筑工程合同	
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》在司法实践中遇到的若干问题的思考	王小咪
10	建筑工程价款纠纷中“黑白合同”的法律适用、现状及研究——探讨最高人民法院司法解释第 21 条的准确贯彻实施	曹 珊
17	关于建设项目合同管理若干问题的讨论	李鹏程 吕士威
24	施工合同司法解释在司法实践中的问题及对策	訥建宏
30	施工企业工程索赔及其策略技巧	宋安成
35	建筑工程施工企业工程如何进行有效工程签证	宋安成
40	关于工程签证和索赔法律服务的内容和要求	田维桢 孙桂帅
47	《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》在治理工程欠款中的具体运用	邢万兵
58	建设工程签证与索赔法律实务	邢万兵
64	索赔法律实务	姚宗国
74	第二章 建筑工程承(发、转)包	
74	正视带、垫资承包方式:重点进行法律风险识别与防范	曹 珊
84	论建设工程施工的转包与分包	丁茂福
93	合同法第 286 条相关问题的探讨	贾晓钧

102	完善我国建设工程施工劳务分包制度之研究	李 恒
112	垫资按有效处理的原则在实践中的新情况和 新对策	李 云 万国华
118	建设工程垫资按有效处理的原则在实践中的问题及对策	林莉华
123	评析中国垫资制度	邢万兵
129	第三章 工程造价与司法鉴定	
129	工程造价案件现有司法鉴定模式存在的问题及其对策	朱树英
137	是缺陷整改,还是结构破坏? ——一例建设工程质量缺陷整改鉴定引发的质疑	朱树英
149	工程造价司法鉴定相关问题的探讨	孙卫星
158	从一起工程造价纠纷案件看审判实践中造价司法鉴定 所应遵循的从约原则的法律适用问题及对策	曹 珊
166	工程造价司法鉴定的四大难点	顾志建
173	对招标文件和施工合同专用条款深度和要求的一些探讨 ——由工程造价司法鉴定工作联想之	顾志建
181	建设工程造价司法鉴定略论	韩洪钢 丁剑峰
190	房地产评估的法律适用	贺湘华
197	论民事诉讼中的工程造价鉴定结论	韩 静
203	建筑工程司法鉴定的基本原则	华 洋
209	构建司法工程造价鉴定回避制度之我见	季永蔚 汪来喜
216	司法鉴定中涉及工程造价案件应注意的几个问题	雷士国
221	从司法实践看工程造价审价鉴定应遵循的基本原则	李瑾瑜
230	建设工程中签证和索赔应注意的法律问题	梁兰芝
237	论应充分发挥专家辅助人对司法鉴定程序的补充和 监督作用	罗弘韬

243	搞好建设司法鉴定 平息化解社会矛盾	毛玲英	周柯生
249	建筑工程质量与造价鉴定应注意的几个原则		宋安成
255	造价三审,凸现工程司法鉴定缺陷的分析 ——从一建筑工程合同纠纷案件谈起		宋安成
261	建设工程质量和造价司法鉴定相关问题评析		王平荣
270	建设工程造价鉴定范围确定以及委托授权应 明确的事项	韦 烨	马丽红
279	建设工程地基与基础质量缺陷司法鉴定		肖南川
286	建设工程施工合同无效前提下工程价款的认定和工程 造价鉴定的作用		徐守军
294	工程造价司法鉴定若干基本问题探讨		许为安
302	建设工程施工合同无效法院依职权委托司法鉴定的 必要性		杨向荣
308	中介机构接受建设工程质量和造价司法鉴定的法律地 位和鉴定结论性质		张 斌
315	通过案例浅析鉴定在律师办理建筑工程、房地产案件 中的作用		张菊香
321	司法鉴定阶段的建设工程质量评定	周柯生	毛玲英
328	法律 + 鉴定 = 公正? ——论工程造价司法鉴定所存在的问题	周丽霞	边青青
338	施工合同无效,工程质量合格情形下如何进行造价鉴定 之我见		庄永宏
345	第四章 其他		
345	工程建设行业商业贿赂的行为要点及法律责任		雷士国
353	项目经理承包制是非谈		雷士国
358	政府投资工程以 BT 方式运作的思考及其对策		雷士国

367	《建筑法》调整对象的范围应当扩大为“建设工程”	连玉东
371	建设工程施工索赔和律师法律服务	苗劲松
377	建筑工程施工企业十大风险及规避	宋安成
388	论外聘律师在建筑施工企业中的作用范围	王维嘉
394	政府投资项目代建制法律服务探讨	熊 煜
404	抵押权与工程价款优先权的冲突及解决	张庆华

下篇 不动产篇

415 第一章 不动产流转

415	《物权法》的颁布与土地征收制度的完善	李晓斌
427	房地产项目转让中“一地数转”的法律问题与建议	曹 珊
435	军地互涉房地产管理的法律思考	陈本祥
443	划拨国有土地转租赁评析	丁继胜
450	对承租人优先购买权制度是否保留或在多大范围内保留的思考	丁少飞
457	构建农村集体建设用地使用权流转法律制度的可行性分析	韩洪钢
466	划拨国有土地的抵押与流转	韩洪钢
476	关于农村建设用地流转的法律思考	杰 强
492	土地征收中公共利益的界定与探索	李超峰
502	房地产销售/招商代理合同律师实务	连玉东
507	土地征收中公共利益的界定与探索	卢伟豪
513	简析商品房现房出售合同中的法律适用问题	鲁 宏
522	一房多卖中争议商品房所有权的归属	孟 冰

529	集体土地抵押问题研究	秦承敏
537	《物权法》之不动产善意取得制度	曲柏杰
548	我国征地中“公共利益”界定的困惑及其法律对策	沈 晖
555	论不动产的善意取得制度	盛先磊
563	房屋买卖合同纠纷案件办案手记	孙雪飞 房 华
567	论不动产之善意取得	王德成
574	划拨土地使用权及其抵押制度嬗变	王冬梅 杨育洪
580	土地征收中公共利益的立法现状及界定探索	王 令 栗 红
589	对划拨土地使用权抵押及破产处置的法律思考	王 哲
598	论不动产中的先买权	夏志泽
608	集体土地建设用地流转有关法律问题	辛春光
616	宅基地使用权的转让与法律对策	徐双泉
621	析土地使用权出让合同	徐 微
627	关于房地产抵押若干法律问题的思考	尹义锋
635	论房屋认购书性质及违约责任	张菊香
642	制作房地产销售代理合同应注意的几个问题	张延岭
648	从农村房屋流转看集体建设用地市场化	庄丽生
660	住房按揭中的假按揭现象分析及对策	苏松涛
667	论预售商品房抵押法律问题	王卫东
675	第二章 不动产登记	
675	异议登记制度的完善及权利人法律救济途径	崔淑杰
679	不动产预告登记制度研究	韩 静
686	论不动产物权登记的公示效力	李宗胜
690	论房屋登记制度与房屋买卖合同的关系	李宗胜

695	论我国不动产登记制度的立法完善	刘 畅
700	第三章 不动产使用	
700	物业管理三个争议问题的立法考量	蒲 杰
709	细节缺陷影响《物业管理条例》发挥应有作用	洪利·拔都
714	析地下车库权属问题	凌永琴
721	《物权法》车位车库权属规定浅析	卢安龙
727	论建筑物区分所有权之共有权	曲柏杰
732	论物业的主体资格	王 中
744	《物权法》关于土地使用期限届满后处理规定的不足及 操作障碍	张庆华

上 篇

建筑工程篇

第一章 建筑工程合同

《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》 在司法实践中遇到的若干问题的思考

王小咪*

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》(以下简称《司法解释》)于2005年1月1日施行至今已有两年多的时间,该解释弥补了《建筑法》、《合同法》的诸多不足,解决了司法实践中的相关问题,统一了司法界在建筑工程案件上的观点,不仅保证了法院审理案件的公正性、统一性和严肃性,同时对解决拖欠工程款和农民工的工资问题也起到十分积极的作用。但是在办案实践中,尚有一些问题有待解决,笔者拟通过本文就办案过程中遇到的有关问题提出一些粗浅的观点,以供商榷。

一、施工合同无效,竣工验收合格,按合同约定支付工程款问题

《司法解释》第2条规定:“建设工程施工合同无效,但建设工程竣工验收合格,承包人请求参照合同约定支付工程价款的,应予支持。”

上述《司法解释》出台后,学术界曾有人认为该解释违反《民法通则》和《合同法》,对此,最高人民法院的副院长黄松有在答记者问时这样解释:《合同法》第58条规定,合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。建设工程施工合同具有特殊性,合同履行的过程就是将劳动和建筑材料

* 上海市中怡律师事务所

物化为建筑产品的过程。合同被确认无效后,已经履行的内容不能适用返还的方式使合同恢复到签约前的状态,而只能按照折价补偿的方式处理。从建设工程施工合同的实际履行情况看,当合同被确认无效后,有两种折价补偿方式,一是以工程定额为标准,通过鉴定确定建设工程价值。考虑到目前我国建筑市场的实际情况,有的发包人在签订合同时往往把工程价款压得很低,如果合同被确认无效还按照第一方案折价补偿,将会导致无效合同比有效合同的工程价款还高,这超出了当事人签订合同的预期。二是参照合同约定结算工程价款。这种折价补偿的方式不仅符合双方当事人在订立合同时的真实意思,而且还可以节省鉴定费用,提高诉讼效率。因此,通过对以上两种折价补偿方案的比较,根据我国建筑行业的现状,衡平合同各方当事人的利益,在《司法解释》第2条规定,建设工程施工合同被确认无效以后,建设工程质量合格的,可以参照合同约定结算工程价款。《司法解释》确立了参照合同约定结算工程价款的折价补偿原则。这与《民法通则》、《合同法》第58条的规定并不矛盾,而是在处理无效的建设工程施工合同纠纷案件中具体体现了《合同法》规定的无效处理原则。

笔者认为,最高人民法院在考虑无效施工合同工程价款问题时体现在《司法解释》中的宗旨无疑是符合国情和司法实践的,因为如果严格按照法律规定,“返还”在事实上是不可能的,而在《司法解释》出台前的审判实践中,法官处理无效施工合同的通常做法就是按照定额审价鉴定确定无效施工合同的工程价款。然而正如黄院长所述,如果每个无效合同必须鉴定,不仅会提高双方诉讼成本,还可能导致无效合同的工程款高于有效合同。可该条解释虽然考虑了诸如发包人压低工程价款等目前实践中可能普遍存在的现象,力图保证无效合同的价格不高于有效合同以及尊重当事人意思自治的原则,但是对合同约定的多样性未作过多假设,该条解释可能会存在以下问题:

一是当事人在无效合同上约定的工程价款高于工程定额的情况也是完全可能发生的,在此情况下,仅以当事人意思自治原则将无效施工合同约定的工程价款作为唯一依据,无疑会在客观上使得非法转包、借用资质等行为的当事人约定收益得到完全保证,从而使无效合同完全合法化。