

校园与社区—国家普法规划用书

FA LÜ ZHUAN JIA JIAO NIN
JIAN ZHU GONG CHENG YU
FANG DI CHAN FA LÜ SHI WU

法律专家为民说法系列丛书

法律专家教您

建筑工程与房地产法律事务

陈定好 郭雪礼 张 炜 编著



吉林文史出版社

D9
4038

法律专家为民说法系列丛书

法律专家

教您建筑工程与房地产 法律事务

陈定好 郭雪礼 张 炜 编著

吉林文史出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律专家教您建筑工程与房地产法律事务 / 陈定好, 郭雪礼, 张炜编著. — 长春: 吉林文史出版社, 2015. 3
(法律专家为民说法系列丛书 / 张宏伟, 吴晓明主编)

ISBN 978-7-5472-2747-3

I. ①法… II. ①陈… ②郭… ③张… III. ①建筑法—案例—中国②房地产法—案例—中国 IV. ①D922.297.5②D922.181.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 043897 号

法律专家教您建筑工程与房地产法律事务

编 著	陈定好 郭雪礼 张 炜
责任编辑	李相梅
责任校对	宋茜茜
丛书主编	张宏伟 吴晓明
封面设计	清 风
美术编辑	李丽薇
出版发行	吉林文史出版社(长春市人民大街 4646 号) 全国新华书店经销
印 刷	三河市祥宏印务有限公司
开 本	720mm × 1000mm 1/16
印 张	12
字 数	100 千字
标准书号	ISBN 978-7-5472-2747-3
版 次	2015 年 7 月第 1 版
印 次	2015 年 7 月第 1 次
定 价	29.80 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。



PREFACE

【前言】



在过去的10年，随着中国城镇化进程不断向前推进，房地产行业及相关产业出现了井喷式发展。李克强总理在新一届政府工作报告中提出“推进以人为核心的新型城镇化”：促进约1亿农业转移人口落户城镇，改造约1亿人居住的城镇棚户区和城中村，引导约1亿人在中西部地区就近城镇化。我们有充分的理由相信：未来10年，将是中国转型发展具有历史性意义的关键时期。而中国只有让房地产业健康持续的发展，才能顺利实现上述政府工作目标。我们更有理由相信：在新型城镇化进程中，建筑与房地产市场仍将是一个非常巨大的市场。

在过去的发展过程中，由于我国建筑与房地产市场各方主体的法律意识比较淡薄，诚信意识缺失，以及政府监管部门监督及管理不到位、立法滞后等多方面原因，我国建筑与房地产市场出现了很多新问题，建筑与房地产市场领域的法律纠纷与日俱增，成为困扰建筑施工企业与房地产开



发企业的一大难题。同时,老百姓在商品房买卖过程中也遇到了很多纠纷,甚至出现“房、财两空”的巨大法律风险。

为了规范建筑与房地产市场各种参与主体的行为,督促合同当事人依法诚信履约,构建和谐建筑房地产市场,建设部、国家工商行政管理局联合印发了《商品房买卖合同示范文本》、《建设工程施工合同(示范文本)》,以求从源头上控制和管理各类合同履约风险,规范合同管理。但是,由于建设与房地产工程涉及的专业领域较多,合同履行周期较长,在合同履行过程中由于主、客观情况变化也会出现变更合同或者部分解除合同的情形等,加上建筑房地产市场从业人员对相关法律及合同文本理解不深刻,实践中仍将面临很多棘手的问题亟须理清思路。

为了帮助建筑与房地产领域从业人员在签订和履行合同过程中,能够识别和防范常见法律风险,笔者把在律师业务实践中经常遇到的法律纠纷类型进行整理,并以案例问答的形式整理成册,以供广大读者参考。

在本书编写的过程中,得到多方的支持和帮助,我们在此深表谢意。由于作者水平有限,书中难免出现遗漏、疏忽和不足之处,希望广大读者和业界同仁提出批评和指正意见。



目 录

CONTENTS

前言	001
1. 鉴定机构分别按照定额价和市场价对工程价款作出不同鉴定意见的, 如何确定工程价款?	001
2. 冒用其他企业资质签订的建设工程施工合同有效吗?	003
3. 建设工程必须进行招标而未按规定进行招标的, 建设工程施工合同是否有效?	006
4. 中标无效有哪些情形?	012
5. 一方当事人出具的让利承诺书, 与双方依据招投标文件签订的《建设工程施工合同》明显不一致, 该让利承诺书是否有效?	016
6. 工程质量保修期限和保修金返还期限有何不同?	019
7. 如何认定建设工程施工合同中的实际施工人身份?	021
8. 如何认定建设工程竣工验收时间?	023
9. 当事人对已经达成的工程结算协议反悔, 要求鉴定重新确定工程款时应当如何处理?	027
10. 实际施工人与工程发包人之间没有合同关系, 实际施工人能否起诉发包人在欠付工程款范围内承担付款责任?	030
11. 如何认定合作开发合同的法律效力?	031



12.土地使用权人不按出让合同约定的动工开发期限开发土地导致土地长期闲置,政府是否有权收回土地使用权?	036
13.房地产开发企业如果没有资质或超越资质进行房地产开发的,需承担什么法律责任?	038
14.房地产开发公司如何通过项目公司股权转让的方式转让房地产开发项目?	043
15.开发区管理委员会有权对外签订国有土地使用权出让合同吗?	050
16.转让方未按照出让合同约定支付全部土地使用权出让金的,转让合同是否有效?	052
17.未经政府部门批准转让划拨土地使用权的,转让合同是否有效?	054
18.建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的,建设工程施工合同的效力如何?	055
19.建设工程施工合同无效,建设工程竣工后工程价款怎么处理?	058
20.建设工程施工合同无效的情形有哪些?	059
21.建筑工程施工合同法定解除的情形有哪些?	063
22.建设工程施工合同中的违约情形有哪些?	067
23.开发商销售的房屋与宣传资料不一致是否要承担违约责任? ...	072
24.商品房买卖合同没有成立时定金怎么处理?	074
25.房地产开发公司一房二卖导致买受人无法取得房屋的,应当承担何种法律责任?	077
26.开发商逾期办证应该承担违约责任吗?	079



27.没有取得商品房预售许可证预售房屋的,商品房预售合同的效果如何?	081
28.商品房实际面积与约定面积不一致怎么办?	083
29.房地产开发公司擅自更改房屋设计应该怎么办?	085
30.出卖人逾期交房的,买受人该怎么办?	087
31.因为不可抗力导致商品房不能交付时怎么办?	090
32.在符合交房条件的情况下,买受人逾期收房的,逾期收房期间发生意外造成房屋毁损的,相应的损失由谁承担?	092
33.商品房出现质量问题,买房人应该怎么办?	095
34.购买的商品房存在噪声污染怎么办?	097
35.商品房的保修期为多久?	101
36.未成年人与房地产开发公司签订商品房买卖合同有效吗? ...	103
37.在签订商品房买卖合同的过程中出现了重大误解怎么办? ...	106
38.按揭合同解除,商品房买卖合同还有效吗?	109
39.买受人向银行提前还款可以退还哪些费用? 是否对银行构成违约?	112
40.建设单位与物业服务企业签订的《前期物业服务合同》对业主有约束力吗?	114
41.商品房买卖合同中的加重买受人义务的格式条款有效吗? ...	117
42.商品房买卖纠纷中的诉讼时效是多长时间?	120
43.购买商品房时需要查看开发商的什么证件? 交付房屋时应该给购房者提供什么法律文书?	123



44.小区停车位权属应该如何确定?	125
45.房屋在被人民法院查封期间转让是否有效?	126
46.房地产抵押合同签订后,土地上新增的房屋是否属于抵押财产?	128
47.经营房地产中介服务机构需要什么条件?	129
48.按份共有的房地产,按份共有人未经其他共有人同意可以对外进行 转让吗?	135
49.土地使用权出让合同约定的使用年限届满,土地使用者未申请续 期,土地使用权怎么处理?	137
50.以出让方式取得土地使用权进行房地产开发的,超过出让合同约定的 动工开发日期满一年未动工开发的,怎么办?	140
51.成立房地产开发企业需要满足哪些条件?	141
52.一般情况下,房地产项目开发建设有哪些流程?	143
附录一:中华人民共和国建筑法	153
附录二:中华人民共和国城市房地产管理法	169



中,建设、施工等单位,为降低成本,许多做法与法律、法规的要求相冲突,造成合同被确认无效的情形也就自然大量存在。导致建设工程施工合同无效的情形很多,目前常见的主要有以下几种:

1.不具有主体资格的企业或个人订立的建设工程合同。

从事建筑活动,建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位,必须持有相应的营业执照、资质证书等,即必须具备从事建筑活动的主体资格。国家对从事建设经营活动的企业的资质、等级有着严格的要求。《建筑法》第十三条规定,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,应当取得资质证书,在资质等级许可的范围内从事建筑活动。同时,国务院《建设工程质量管理条例》第七条也规定:建设单位应当将工程发包给具有相应资质等级的单位。所以,从事建设经营活动的企业必须在其资质等级许可的范围内从事建筑活动,超越资质等级属于资质上存有瑕疵,因而超越资质签订的建设工程施工合同,也会被认定为无效。

2.违反有关招标投标规定订立的建设工程合同。

这里又有以下几种情况:一是不招标。建设单位对应当进行招标的工程不进行招投标,直接将工程发包给施工单位;二是肢解招标;三是虚假招标;四是恶意招投标。

3.违反有关转包、分包规定订立的建设工程合同。

转包是指承包人在承包工程后,又将其承包的工程建设任务部分或全部转让给第三人的行为。工程非法转包,容易使建设工程流入不具有相应资质的承包者而造成工程质量低下,损害发包人的合法权益,甚至给公共安全带来隐患,也容易造成建设市场混乱,属法律、行政法规明令禁止的行为。《建筑法》第二十八条规定:“禁止承包单位将其承包



差额巨大,但合同记载的签订时间却是同一日期,由相同的委托代理人签订的,依据合同不能确认合同当事人对合同价款约定的真实意思表示。一审法院为解决双方当事人的讼争,通过委托鉴定的方式,依据鉴定机构出具的鉴定结论对双方当事人争议的工程价款作出司法认定,并无不当。本案应当以市场价进行鉴定的结论作为定案依据,而不应以定额价作为工程价款结算依据。其理由如下:

首先,建设工程定额标准是各地建设主管部门根据本地建筑市场建筑成本的平均值确定的,是完成一定计量单位产品的人工、材料、机械和资金消费的规定额度,是政府指导价范畴,属于任意性规范而非强制性规范。在当事人之间没有作出以定额价作为工程价款的约定时,一般不宜以定额价确定工程价款。

其次,以定额为基础确定工程造价没有考虑企业的技术专长、劳动生产力水平、材料采购渠道和管理能力,这种计价模式不能反映企业的施工、技术和管理水平。

再次,定额标准往往跟不上市场价格的变化,而建设行政主管部门发布的市场价格信息,更贴近市场价格,更接近建筑工程的实际造价成本。此外,本案所涉钢结构工程与传统建筑工程相比属于较新型建设工程,工程定额与传统建筑工程定额相比还不够完备,按照钢结构工程造价鉴定的惯例,以市场价鉴定的结论更接近造价成本,更有利于保护当事人的利益。

最后,根据《中华人民共和国合同法》第六十二条第(二)项规定,当事人就合同价款或者报酬约定不明确,依照《合同法》第六十一条的规定仍不能确定的,按照订立合同时履行地的市场价格履行;依法应当执行政府定价或者政府指导价的,按照规定履行。本案所涉工程不属于政



府定价,因此,以市场价作为合同履行的依据不仅更符合法律规定,而且对双方当事人更公平。

专家支招:

鉴定机构分别按照定额价和市场价作出鉴定结论的,在确定工程价款时,一般应以市场价确定工程价款。这是因为,以定额为基础确定工程造价大多未能反映企业的施工、技术和管理水平,定额标准往往跟不上市场价格的变化,而建设行政主管部门发布的市场价格信息,更贴近市场价格,更接近建筑工程的实际造价成本,且符合《合同法》的有关规定,对双方当事人更公平。



2.冒用其他企业资质签订的建设工程施工合同有效吗?

案例:

合发公司注册资金 327 万元,主项资质等级是钢结构工程叁级,承包范围是可承担单项合同额不超过企业注册资金 5 倍且跨度 24 米及以下、总重量 600 吨及以下、单体建筑面积 6000 平方米及以下的钢结构工程。2003 年 11 月张某冒充某集团公司工作人员,提供了某集团公司的相关资质材料及某集团公司第五工程公司的印鉴及其他材料,并以该公司的名义承包了永成公司的钢结构工程(合发公司本身不具备相应资质等级),并由合发公司实际施工,2004 年合发公司完成施工任务并经验收合格。在施工过程中,合发公司工作人员一直使用张某提供



的“某集团公司第五工程公司”虚假公章与永成公司及关联单位联系业务。后经合发公司到某集团公司落实,发现并无“某集团公司第五工程公司”,某集团公司也无张某等工作人员。请问:冒用其他企业资质签订的建设工程施工合同有效吗?

专家解析:

本案中,合发公司工作人员假冒某集团公司第五工程公司的企业名称和施工资质承包涉案工程,其行为已经构成欺诈,且违反了建筑法以及相关行政法规关于建筑施工企业应当取得相应等级资质证书后,在其资质等级许可的范围内从事建筑活动的强制性规定。依照《中华人民共和国合同法》第五十二条第(五)项、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》第一条之规定,应当认定合发公司假冒某集团公司第五工程公司的企业名称和施工资质与永成公司签订的建设工程施工合同无效。但由于合发公司按质量要求完成了钢结构厂房工程,工程质量验收合格,永成公司也已经接收厂房并已投入使用,所以,合发公司有权以实际施工人的身份向永成公司主张工程款。

专家支招:

建设工程施工合同,是承包人进行工程建设,发包人接受工作成果并支付价款的合同。由于建设工程不仅具有不可移动性,而且要长期存在和发挥作用,事关国计民生,国家要实行严格的监督管理,因而不同于其他承揽工作的完成。多年来,为加强对建设市场的管理,国家制定了一系列法律法规和政策规定,来规范市场行为,但这远远满足不了建设市场发展的需要。建设工程项目往往标的大、成本高、利润厚,在实践



中,建设、施工等单位,为降低成本,许多做法与法律、法规的要求相冲突,造成合同被确认无效的情形也就自然大量存在。导致建设工程施工合同无效的情形很多,目前常见的主要有以下几种:

1.不具有主体资格的企业或个人订立的建设工程合同。

从事建筑活动,建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位,必须持有相应的营业执照、资质证书等,即必须具备从事建筑活动的主体资格。国家对从事建设经营活动的企业的资质、等级有着严格的要求。《建筑法》第十三条规定,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,应当取得资质证书,在资质等级许可的范围内从事建筑活动。同时,国务院《建设工程质量管理条例》第七条也规定:建设单位应当将工程发包给具有相应资质等级的单位。所以,从事建设经营活动的企业必须在其资质等级许可的范围内从事建筑活动,超越资质等级属于资质上存有瑕疵,因而超越资质签订的建设工程施工合同,也会被认定为无效。

2.违反有关招标投标规定订立的建设工程合同。

这里又有以下几种情况:一是不招标。建设单位对应当进行招标的工程不进行招投标,直接将工程发包给施工单位;二是肢解招标;三是虚假招标;四是恶意招投标。

3.违反有关转包、分包规定订立的建设工程合同。

转包是指承包人在承包工程后,又将其承包的工程建设任务部分或全部转让给第三人的行为。工程非法转包,容易使建设工程流入不具有相应资质的承包者而造成工程质量低下,损害发包人的合法权益,甚至给公共安全带来隐患,也容易造成建设市场混乱,属法律、行政法规明令禁止的行为。《建筑法》第二十八条规定:“禁止承包单位将其承包



的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义转包给他人”。国务院《建设工程质量管理条例》第二十五条也规定施工单位不得转包或违法分包工程。

4. 没有按国家规定的程序和国家批准的投资计划订立的建设工程合同。

5. 发包人与承包人签订的“三无”建设工程合同。所谓“三无”建设工程合同是指发包人与承包人签订的建设工程合同的标的即建设工程，没有取得土地使用权证、没有取得建筑工程规划许可证、没有办理报建手续。



3. 建设工程必须进行招标而未按规定进行招标的， 建设工程施工合同是否有效？

案例：

承包人甲公司与发包人乙公司于2013年9月1日签订《XX小区商品房建设工程施工合同》。工程内容为：xx小区1#至9#工程施工总承包；工程承包范围：结构工程、装修工程、机电安装、消防工程等；承包方式：按建筑面积平方米含税单价包干，除设计变更按合同中的约定的调整方式进行调整外，其余一律不作调整；双方在合同中对施工工期、工程价款等合同实质性内容均进行了明确约定，同时约定：本工程招标手续及政府要求招投标相关手续由承包人自行办理并支付相应费用。该合同签订后，承包人按照当地政府要求从形式上履行了招投标手续，但并未开展实质性招投标工作，开标、评标及中标后所签订的《建设工



程施工合同》内容等一切均与双方实际施工过程中履行的合同内容不同。后双方发生纠纷诉至法院。请问:建设工程必须进行招标而未按规定进行招标的,建设工程施工合同是否有效?

专家解析:

根据《中华人民共和国招标投标法》第三条及《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第三条第五项的规定“商品住宅,包括经济适用住房。属于《中华人民共和国招标投标法》中关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围,属于必须进行招投标的项目。另外,根据《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》第一条第三项的规定即建设工程必须进行招标而未招标,所签订的建设工程施工合同无效。本案所涉商品住宅工程系依法必须招标工程,但双方早在招投标之前就对合同实质性内容进行谈判,签订建设工程施工合同,违反了《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》第一条第三项的规定而无效。

专家支招:

由于很多工程建设项目关系国计民生和人民群众切身利益,必须由政府对这类工程建设项目进行有效监督和管理。《中华人民共和国招标投标法》及《工程建设项目招标范围和规模标准规定》对必须进行招标的工程建设项目进行了明确的规定,下面进行详细介绍,以供广大读者参考:

一、必须进行招标的工程建设项目的范围

1.《招标投标法》规定的必须进行招标的工程建设项目。

必须进行招标的工程建设项目又称强制招标项目。《招标投标法》



第三条规定：“在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：

（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；

（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；

（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。

前款所列项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准。法律或者国务院对必须进行招标的其他项目的范围有规定的，依照其规定。”

就上述必须进行招标的工程建设项目，主要是从工程项目的性质和项目资金的来源进行区分。需注意的是，此处法定的“工程建设项目”不仅仅只包括“建设工程”。按照《建设工程质量管理条例》，“建设工程是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程”。而《招标投标法》中的“工程建设项目”应当做更宽泛的理解，除包括上述“建设工程”外，还应包括石油、天然气等能源项目，垃圾处理、生态环境保护等环保项目等。

2.《工程建设项目招标范围和规模标准规定》规定的必须进行招标的工程建设项目。

《招标投标法》对必须进行招标的工程建设项目仅是原则性规定。根据上述《招标投标法》第三条第二款的规定，必须进行招标的工程建设项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准。国家发展计划委员会于2005年5月1日发布实施的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》即是依据上述