

“民商法律师实务”丛书 ⑮

建设工程不动产 律师实务

(第4辑)

中华全国律师协会民事专业委员会 编

- 建设工程招投标
- 建设工程施工合同
- 建设工程司法鉴定
- 房地产开发
- 城市建设投融资
- 二手房买卖
- 土地征收
- 土地承包与流转
- 物业纠纷处理
- 工程款管理

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

建设工程不动产律师实务/中华全国律师协会民事专业委员会编. —北京: 中国法制出版社, 2009. 8

(民商法律师实务丛书. 第4辑)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1378 - 7

I. 建… II. 中… III. ①建筑法 - 中国 - 文集②不动产 - 物权法 - 中国 - 文集 IV. D922. 297. 4 - 53 D923. 24 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 125998 号

策划编辑 张岩 责任编辑 冯雨春 封面设计 蒋怡
赵宏

建设工程不动产律师实务

JIANSHE GONGCHENG BUDONGCHAN LUSHI SHIWU

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2009 年 8 月第 1 版

印张/13 字数/288 千

2009 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1378 - 7

定价: 26.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66010405

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

紧握时代脉搏，不断探索进取

中华全国律师协会民事专业委员会（下称民委会）自1988年始，在时代法治建设的大潮中已经走过了21个春秋。从广州到呼和浩特，从上海到乌鲁木齐，民委会律师们的足迹已经踏遍了我国十余个省、市、自治区。注册委员从起初的十几人发展到现在将近百人，每届民商法实务论坛收到论文达数百篇，参会人员达数百人。自2006年第八届民商法实务论坛开始，民委会的论文经全国律协审定后开始由专业出版机构正式出版发行，作为律师专业业务研讨的成果。已经出版的民商事实务论文集得到社会各界越来越多的认可。民委会今年出版的已是“民商法律师实务”系列丛书的第14、15册。

在二十多年的探索与发展中，民商专业律师紧跟时代潮流，在中国民商法立法建设与司法实践中发挥了重要作用。今年的论文尤其体现了律师紧握时代脉搏，在探索中不断进取的特点。2008年秋冬之间，一场席卷全球的金融海啸在我国东南沿海登陆，大量复杂的法律纠纷逐渐凸现。如何帮助企业应对和防范法律风险，在恶劣的经济环境下寻求生存和发展的途径是摆在每一个民商法律师面前的课题。2008年11月在上海召开的第十届中国民商法实务论坛上，民委会临时紧急将“应对金融海啸，防范法律风险”作为重要议题，在大会上进行了广泛和深入的探讨，为民商法律师应对金融海啸的法律服务业务做了充分铺垫和准备。而今，全球性金融危机仍在威胁着我们的民族经济，民

商专业律师面对危机而展开的法律风险应对的探讨越来越多。今年的论文集则从不同方面体现了民商律师在应对金融海啸过程中的经验总结、建议提醒。

2008年12月22日，全国人大常委会对《侵权责任法》草案进行了第二次审议，这是我国民法典制订过程中至关重要的环节。侵权责任法的立法工作已紧锣密鼓地展开。专家、学者、法律工作者都在为这部法律的制订积极调研、热烈讨论。于是，我们看到今年侵权责任法方面的论文数量明显增多，达到四十篇之多，涉及侵权责任法的基本法理探讨，包括侵权归责原则、侵权责任方式、损害赔偿范围，以及各类特殊侵权的研讨，如医疗侵权、校园侵权、交通事故侵权等热议问题。本届论坛收到有关侵权法的论文几乎是历届论文集侵权法论文数量的总和。

本届论坛与第九届“中国律师论坛”同时在成都召开，全国律协与民委会同时征集论文，原本以为今年的论文收集会出现困难，广大律师向民委会提交论文的数量可能因中国律师论坛也在收集论文而受影响，我们甚至已经和全国律协联系，打算如果征集的论文数量过少，我们就与全国律协合出论文集或者民委会就不单独出版论文集了。可是没想到两个论坛同时召开，丝毫没有影响民委委员和广大律师的踊跃投稿，今年民委会征集到的论文数量仍高达239篇之多，这让我们非常感动。民委会带动全国民商专业律师进行专业化探讨，已经出现了反推动力，律师的专业研讨能力越来越强。这股强大的力量必将激励着我们、推动着我们走得更好更快。

在本次论文的收录中，民委会仍然秉承了自去年开始施行的“严把质量关，三级审核制度”：第一，经过秘书处庞标副秘书长、王像委员编辑梳理，剔除不符合征稿要求的文章；第二，分别根据文章内容

划定其所属的论坛，将文章交由各论坛主任进行一一甄别，严格把关，删去具有抄袭嫌疑、内容重复、缺乏新意的论文；第三，最终由中国法制出版社根据其内部论文集稿件质量要求再次删减。

于是，作为民委会主任，我在深感欣慰的同时，对提交论文的民委会委员和广大律师表示衷心的感谢，对民委会秘书处和各论坛主任以及中国法制出版社编辑的辛勤工作表示诚挚的感谢！

中华全国律师协会民事专业委员会主任 朱树英

2009年7月29日

目 录

第一篇 建设工程篇

金融危机背景下, 律师协助建筑企业加强项目工程款 管理的重要性和操作性 ——从一起案例看建筑企业对项目经理擅领 工程款的有效防范	朱树英 刘 一 3
施工企业从投标、合同签订到履行应对金融海啸影响 下建设单位对承包商的规制之方略	曹 珊 11
论农民工合法权益的保护与合同相对性原则的维护	曹 珊 21
论建筑工程招投标中取消依法必须招标项目投标资格 之行政处罚	曹珊 林隐 33
浅谈与项目经理相关的几个法律问题	陈沸 王浩 45
建设工程低于成本价中标的弊端分析及司法评判	陈贞学 54
浅析 DAB 机制及在我国的适用	程建平 66
建设项目中 BT 方式与带资承包方式的相关 问题探析	戴勇坚 谭艳辉 75
建筑企业使用农民工的法律风险分析及对策	丁 敏 85

保护与限制

- 论建设工程实际施工人法律地位 黄剑锋 王爱琴 91
- 从法律层面上关注工程量清单计价的热点 雷士国 96
- 金融危机下施工企业亟待解决的问题 雷士国 108
- 建设工程司法鉴定制度缺陷简论 李俊华 115
- 实际施工人如何突破维权困局 凌兴高 126
- 浅谈律师如何为发包人做好建筑施工合同管理 王欢欢 134
- 建设工程最低价中标的弊端以及低于企业成本价
司法判定相关法律问题 王 钦 140
- 浅析建筑工程施工类合同纠纷的律师代理要点 王维嘉 150
- 建设工程未经验收、擅自使用的法律后果
——谈最高人民法院审理建设工程施工合同纠纷
案件司法解释第 13 条的理解 王文立 155
- 建设工程中的履约支付保函选择及法律构建 谢军 鹿娜 162
- 城市建设投融资模式的法律比较 熊 煜 170
- 建设工程项目施工合同履行的主要法律风险与防范 袁仲斌 180

第二篇 不动产篇

- 论探矿权的流转 贺宝健 劳 佳 193
- 金融危机背景下房地产纠纷的相关问题研究
——商品房销售“包租回购”问题研究 曹珊 林隐 206
- 二手房买卖法律问题初探 陈卓 姜雷 218
- 浅议农村集体土地征收制度改革 程建平 226

浅议房地产项目合作开发的模式及法律风险防范	杜文堂	237
地下车位所有权归属和收益分配探讨	郭俊	243
经济危机形势下房地产企业的法律风险和防范	李利威	251
浅谈国有建设用地使用权出让	李水建	256
香港居民大陆投资买房其妻有无共有权	李兴淳	262
小产权房的相关探究	刘文鹏	272
浅析小区会所涉及的相关法律问题	刘潇瑜	278
浅议合法征地的要素及完善我国征地制度的要求 ...	罗瑞芳 杨威	286
土地登记制度有关问题的探讨	孟冰	294
国有建设用地使用权出让之出让方土地信息		
披露义务探析	钱雪慧 王冰洁	301
小区规划变更纠纷原因分析与规制	宋安成 胡剑蓓	311
严禁“住改商”引发的法律思考	王锐	318
对不动产实际购买人权利保护的若干思考	王维廷	325
预告登记设立之构成要件研究		
——以《物权法》第二十条为中心	吴海洋	330
浅析农村土地承包经营权流转	徐文龙	343
国有土地使用权出让合同的性质解读	闫凌宇	350
农村土地征收制度与农民利益的保护	杨家学 崇维洁	358
对我国《物权法》中异议登记制度的评析	张晋萍	369
抵押权与地上新增房屋买受人的权利冲突	张庆华	377

农村集体建设用地使用权流转中存在的主要问题及

规制建议	张庆华 384
土地使用权出让合同性质之争	张庆华 392
不动产登记审查及赔偿问题探析	朱宝丽 陈金玲 398



建设工程不动产律师实务

第一篇 建设工程篇

金融危机背景下，律师协助建筑企业 加强项目工程款管理的重要性和操作性

——从一起案例看建筑企业对项目经理
擅领工程款的有效防范

朱树英 刘 一*

在金融海啸冲击下，我国的房地产市场首当其冲受到冲击，呈现出“山雨欲来风满楼”的萧条境况，并迅速引发整个行业链条上的多米诺骨牌效应，建筑施工企业面临可承接的工程数量锐减、已承接的工程又收不回工程款、收回工程款又可能被项目经理或包工头私自侵吞的尴尬局面。在此背景下，提高对项目经理及工程款管理安全性成为建筑施工企业的第一要务，也是律师深入研究为建筑企业提供相应的非诉讼法律服务的当务之急。

实践中，建筑企业大量存在项目经理或包工头私下领取工程款后挪用或携款潜逃的情形，这给建筑企业带来法律风险和经营风险是巨大的，特别是在金融危机大背景下无疑更是雪上加霜。如何协助建筑企业形成一套行之有效的工程款管理制度？如何协助建筑企业加强对项目经理等管理人员的约束？这些是律师为建筑企业提供非诉讼法律服务时应当重视和解决的问题，而我们在相关诉讼案件的代理过程中总结其经验教训往往能受到启发。

* 上海市建纬律师事务所

近期，笔者承办了一起与项目管理人员私自领款有关的建设工程施工合同纠纷案，代理承包人向发包人追讨工程款。按照此类案件的常规审判思路，往往只要发包人证明已经将工程款支付给了承包人项目经理或管理人员，一般会被认定构成表见代理或职务行为，从而导致承包人追讨工程款的诉请不被支持。而本案的审理结果是：一审判决支持了承包人诉请的全部工程欠款及其利息。本案胜诉的关键就在于：承包人在洽谈承包合同时对工程款的支付方式和路径有特殊要求，双方从而达成一个特别的约定，代理人正是紧紧围绕这一特别约定发表代理意见最终赢得诉讼。可以说，该案承包人管理工程款的做法为律师协助建筑施工企业提高工程款管理安全性提供了借鉴。

一、一起承包人预先设定特殊支付条款、成功保障工程款收取安全性的案例

上海某建筑公司（原告、承包人）与上海某厂（被告、发包人）签订《建设工程施工合同》（下称“合同”），约定由原告承建被告的自用厂房工程。其后，原告如约完成了工程，竣工验收合格后交付被告使用。

经结算，最终确认的工程总价款为 1500 万元。原告向被告开具了票面金额 1500 万元的发票，但实际上原告仅收到 1100 万元，于是发函向被告催讨，被告认为“贵公司委托公司项目部承建，具体工程由黄××负责施工”，工程款已经全部支付完毕，均由黄××签收，出具收款收据或收条，因此不同意原告的主张。原告只好提起诉讼，要求被告支付剩余工程款及其利息，并提交了《建设工程施工合同》、《项目经理任命书》、《建设工程质量人员从业资格审查表》、《工程竣工验收交底纪要》、收据存根、催讨函及被告回函等证据。

在庭审过程中，原被告双方对工程的工期、质量、结算价款数额均无异议。双方的主要分歧是：被告认为已经支付了全部 1500 万元的工程款，由黄××签收。为此被告还提交了《技术核定单》15 张、《项目签证单》22 张、各种类型付款凭证、结算协议、《安全生产内部

管理协议书》等证据，着力于证明黄××是原告施工项目负责人，其收款行为代表原告。而原告认为：原被告之间对付款方式有一个特殊的约定，被告按照约定的方式仅仅支付了1100万元；不符合约定的支付方式原告一概不予认可，至于黄××是否构成表见代理与本案争议焦点无关。

最终，一审法院支持了原告的观点，判决被告向原告支付工程款400万元，并按照中国人民银行同期贷款利率向原告支付利息损失。

二、因建设工程项目经理或管理人员对外行为所引发工程款纠纷案件的通常处理原则

建筑施工行业点多面广的特殊性决定了企业项目部和项目经理较多，且部分项目部和项目经理并非名正言顺由企业设立委派，而仅仅是借用资质收取管理费的挂靠关系，这就使得建筑企业对项目经理管理和约束的难度增加，也直接导致因项目经理对外行为所引发的工程纠纷案件数量居高不下。

按通常理解，项目经理是企业法人在项目上的全权代表，代表公司对外行使权利、履行义务。我国《民法通则》第43条规定：“企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动，承担民事责任。”最高人民法院（以下简称最高院）《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第58条规定：“企业法人的法定代表人和其他工作人员，以法人名义从事的经营活动，给他人造成经济损失的，企业法人应当承担民事责任。”《合同法》第49条规定，“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”另外，在程序法上，最高院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第42条规定：“法人或者其他组织的工作人员因职务行为或者授权行为发生的诉讼，该法人或其他组织为当事人。”因此，司法实践中，在案件当事人没有特别约定的情况下，只要发包人能拿出证明有权代理的证据，法院一般都是认定项目经理或管理人员的行为

为职务行为或者构成表见代理，而判令由建筑企业承担不利后果。至于建筑企业与项目经理或管理人员之间的纠纷，往往要求另行追究。

早在1997年，就有学者提醒“表见代理责任已经使许多企业陷入债务泥潭，成为吞噬企业资产的黑洞，威胁企业生存的隐形杀手”。^①的确，项目经理或管理人员肆意的对外行为导致较多建筑企业不明不白吃了不少亏，遭受了巨大的经济损失。据了解，某中央建筑施工企业面对一系列工程款纠纷案件，因被法院认定项目经理的行为构成表见代理，施工企业全部败诉，致使该企业处于非常被动的局面。面临这样的行业形势和司法实践，专业律师应协助建筑施工企业采取有效的措施，从企业财务制度和内部承包合同管理上对项目经理进行必要的约束，尽量防范和化解相应法律风险给企业带来的经济损失。

三、预先设定特殊支付条款具有法律和操作上的优势，可为律师协助建筑企业加强工程款管理提供借鉴

本案当事人特别是承包人为规避工作人员私自领款后挪用、防止工程款中途流失，对收取工程款作出了怎样的特殊约定呢？第一，承包人在双方《协议书》盖章页特别注明“甲方（被告）工程款包括增加或室外总体等，必须全部汇入签约帐户，如有一笔款不汇入，合同无效一切与公司无关”；第二，《专用条款》第六条明确约定“合同价款采用支票支付方式确定”。第三，承包人还在交付给发包人的每一张收据上都特别注明“预收工程款必须汇入本单位，如不汇入本单位，一切经济损失有甲方（被告）承担。”可见，本案当事人的做法并不复杂，完全具有可操作性和可复制性，更重要的是：这一做法具有明显的优势，且被法院的判决证明为合法有效，能切实保护建筑施工企业的权利。

（一）特殊支付条款符合行业特殊性和交易常规，只要合理合法一

^① 李召亮：《表见代理——吞噬企业资产的黑洞》，载《中国资产新闻》1997年第12期。

般不会被认定无效

合同是双方当事人之间的契约，根据契约自由原则，只要当事人之间的约定是真实意思表示，且不违反国家法律法规和公序良俗，一般不会被认定无效。另外，考虑到建筑行业施工周期长、工程款往来多、人员复杂等因素，为防止工程款流失或者被挪用，也有必要对工程款支付作出特别约定。

在本案中，双方当事人对付款方式有真实明确的约定，而这一特殊约定完全符合建筑施工行业的特殊性和交易常规，即发包人必须开具以承包人为收款人的记名支票，支票对应款项的所有权必须落地到承包人名下，其他任何支付方式均被排除，以规避工作人员私自领款挪作他用等情况。因此，被告向原告开具支票后由原告再行背书给第三人的款项，原告全部认可；而所有未经原告背书由被告直接转帐给第三人的款项，完全背离了合同约定，原告一概不追认。

一审法院对此的观点是：“从合同约定的本意及交易习惯来看应该没有理解上的差异。由于建筑行业的特殊性，为防止工程款的中间流失，原、被告在合同中订立必须通过银行转账的方式来支付工程款并未违背一般交易常规”。可见，法律和司法实践认可当事人根据需要设定符合行业特殊性和交易常规的特殊约定。

（二）特殊支付条款可排除项目经理或其他管理人员收款行为构成表见代理的法律后果

如果没有特殊支付条款的约定，项目经理或其他管理人员的收款行为一般被认定为职务行为或者构成表见代理。因此，是否构成表见代理是工程款纠纷案件常见的争议焦点。但是，在预先设定特殊支付条款的情况下，争议焦点显然发生了变化，承发包人之间是否有特殊约定是确定案件争议焦点和判断发包人是否履行付款义务的唯一标准。

具体而言，在本案中，原被告双方对已付款项和拖欠款项的数额有争议，即法庭要解决“被告拖欠多少工程款”这一问题。若没有特殊支付条款，则争议焦点是“发包人已经支付，包括向承包人的项目

经理或其他构成表见代理的人员支付了多少工程款？”形成对比的是，在预先设定特殊支付条款的前提下，则争议焦点是“发包人已按照合同约定的付款方式支付、且同时承包人按照合同约定的入账方式收到多少工程款？”简而言之，即“发包人的付款形式是否符合合同约定”，至于项目经理等管理人员的收款行为是否构成表见代理就不再是争议焦点了。

一审判决最终也认定：“本院的争议并非‘被告在庭审中主张原告下属项目部及黄××的签字对原告构成表见代理’的问题，而是‘原、被告在工程款支付的实际履行中是否对原来合同约定的方式进行了变更的问题’。据此，一审法院经审理认为“由于合同明确约定了工程款支付方式，被告以其他支付方式向原告支付工程款，原告有权不予认定”。“至于被告主张支付给黄××的有争议的款项，被告可以通过其他救济方法予以主张。”

（三）特殊支付条款可区别“领款”行为与“收款”行为，从而避免混淆项目管理人员的职务行为和个人行为

一般情况下，领款就是收款，因而才会有领款人私自收款的行为发生。但在本案中，当事人既约定了支付到签约账户，又约定了支付方式为“支票”，综合这两点可知当事人实际约定了“记名支票”的支付方式，即发包人必须在支票收款人一栏中填写承包人的名称，而不是任何第三人或者不记名。

根据我国《票据法》等相关规定，记名支票的特点决定了“领款”不等同于“收款”，不论领款人是谁，收款人始终是记名支票上载明的“收款人”。任何领取人即使占有记名支票也无法占有支票对应的钱款。据此，只要发包人按照合同约定开具以承包人为收款人的记名支票，那么不管领取支票的人是黄××还是受承包人委派的任何一个工作人员，这都不会影响款项落到承包人账户上。

因此，本案黄××领取载明原告为收款人的支票的行为，符合合同约定，原告予以认可。而被告将现金支付给黄××个人，或者将款