

FANGDICHAN DIANXING YINAN ANLI SUSONG QUANCHENG SHILU
LVSHI BANAN SHOUJI YU ANWAI SIKAO

房地产典型疑难案例诉讼 全程实录

——律师办案手记与案外思考

陈玉萍 / 编著

再现房地产典型疑难案例的代理思路、观点，分享经验与技巧
探索相关法律问题的理解与运用，总结执业智慧，以飨读者



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

FANGDICHAN DIANXING YINAN ANLI SUSONG QUANCHENG SHILU
LVSHI BANAN SHOUJI YU ANWAI SIKAO

房地产典型疑难案例诉讼 全程实录

——律师办案手记与案外思考

陈玉萍 / 编著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

房地产典型疑难案例诉讼全程实录:律师办案手记
与案外思考 / 陈玉萍编著. —北京:法律出版社,

2012. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4000 - 4

I. ①房… II. ①陈… III. ①房地产业—民事诉讼—
案例—中国 IV. ①D925. 105

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 215055 号

房地产典型疑难案例诉讼全程实录
——律师办案手记与案外思考
陈玉萍 编著

编辑统筹 法律应用出版社
责任编辑 何海刚
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司
责任印制 陶 松

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 26.75
字数 454 千
版本 2013 年 1 月第 1 版
印次 2013 年 1 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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4000 - 4

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

业精于勤 行成于思

玉萍发来书稿,邀我为之作序。

我认真详读了一下,感觉这本书的体例很好,我也是第一次看到专业律师结合自己承办的案件,通过这样叙述、评判的形式,精准地再现每一个具有典型性、代表性的建筑房产案例的代理及审判过程。这样的总结体系,不但客观真实地再现了过去十年我国在房地产开发过热阶段,多发的建筑房地产案件的趋势、走向,以及律师代理、法官审理这些案件时所暴露出来的诸多法律问题、现实问题、审判机制问题等;更反映出玉萍律师在代理这些案件时,反复研究、探索现行法律、法规及相关司法解释、法学理论问题的过程和脉络。同时,通过仔细阅看这些案例,可以清晰地看出玉萍律师为每一委托人竭尽全力地维护其合法权益的艰辛过程。例如,某建设公司诉某开发公司建设工程施工合同纠纷案,从甘肃高院2001年8月受理该案,一直到2011年2月最高人民法院审结该案,其间历经了四次审理。十年时间,其间律师的辛勤付出不言而喻。再如,某开发公司诉兰州某报社合作建房纠纷、某房产公司诉某企业公司建设项目转让等案例,期间长达十年以上,至今仍在诉讼过程中……这些案例所暴露出来的相关法律问题,值得广泛、深入研究!

更重要的是,这些实实在在的成功案例就发生在我们身边,发生在我们西部律师亲自代理的专业法律服务中。由此,我可以看到在我国西部律师的专业能力和水平,以及对建筑房地产法律实务的孜孜不倦的追求。据我所知。有不少

像玉萍律师这样工作在一线的西部律师,为我国的法治文明与进步、社会的公平与正义默默坚守着律师这份职业。我为之感动!

此外,就该书而言,我还注意到,玉萍律师对其编著的十五个典型案例,逐一概述了“办案手记”、“案情概述”及“案外思考”。

“办案手记”将具体案例涉及的主要法律问题,如何理解和适用该案所涉及的法律规定以及双方代理人的不同观点、人民法院审理意见等,作了概要式的提示与释义,使读者直接按提示阅读案例。

“案情概述”对具体案例的事实背景及审理情况、审理期限及审理结果,作出明确、清晰的简述,使读者首先通过简介概述全面了解案情,了解专业律师承办疑难复杂案件的研判思路和有针对性的对策,继而再阅读案件代理、审理的全过程。

在“案外思考”中,作者将自己亲自参与案件审理全过程后,针对人民法院最终的判决结论,从亲身办案体会、从法学理论高度和律师实务的视角等方面作出综合评论,阐述取得成功的案件的律师之观点,以抛砖引玉的方式,引导读者或同行继续评判、争论、研究、探索,提升对这些案例乃至律师实务中所遇到的法律问题的关注与讨论,以促使大家更加加强对专业理论知识和法律实务技能的提高。

为此,我认为该书从体例设计到评述编法,非常好,值得学习借鉴。

然而,看过该书以后,我注意到中华全国律协学兵副会长也在百忙中对其中的一个案例做出了评析,并阐述了自己的一些观点。如果在“案外思考”方面再多邀请一些专家、学者,从不同角度予以评述,让读者更广泛地汲取不同视角的法律观点,则会更加完美!

总之,看过字数约四十六万字的书稿,足见玉萍律师为该书的出版付出了辛勤的汗水;看过玉萍对该书出版的说明,也深悟其将十余年精典案例编著出版的良苦用心。这是一本西部专业律师的成功佳作,值得一读。相信年轻律师和同行们看后会有同感。

愿该书尽早面世,以飨读者!

朱树英

2012.11.21 于上海

备注:朱树英,中华全国律师协会民商专业委员会主任,全国建筑房地产业务领域著名专家。

目 录

1. 合作建房合同纠纷中适用情势变更原则解除合同的情形

——甘肃荣成房地产开发有限公司诉兰州日报社合作建房纠纷案 …… (1)

办案手记与案外思考:

如何认识效力待定合同转化为有效合同的界限

情势变更原则的适用条件

适用情势变更原则解除合同的法律意义

认定违约行为与承担违约责任的要义

2. 建设工程施工合同纠纷中的工程欠款本诉与工程延期反诉同时主张诉权的情形

——甘肃第七建设集团股份有限公司诉兰州中盛房地产开发有限公司
建设工程施工合同纠纷案 …………… (46)

办案手记与案外思考:

如何界定建设工程施工合同履行中的单方或双方混合违约责任

工程量结算鉴定单位资质与鉴定结论的有效性关系分析

反诉损失赔偿数额的依据界定

实际占有使用建设工程的法律后果承担

3. 超过审批期限临时建筑物的拆迁安置补偿

——兰州国芳置业有限责任公司诉兰州市城关区房地产开发公司、
兰州市城关区供销合作社房屋拆迁安置补偿纠纷案 …………… (110)

办案手记与案外思考:

临时建筑、违章建筑拆迁安置法律实务问题认识

安置补偿是否属于人民法院案件受理范围及司法解释的时间界点

安置单位主张法定补偿是否具有诉权

4. 以国有划拨土地使用权作为合作条件签订合作开发合同的法律效力
——兰州第二十七中学诉兰州天力房地产开发有限责任公司合作建房纠纷案 (135)

办案手记与案外思考:

以国有划拨教学用地作为条件签订合作开发房地产合同, 应如何认定合同性质

本案建设项目应认定为普通商业开发项目还是公益性建设项目

本案合作建设合同的法律效力如何认定

5. 合作建房合同从效力待定转化为有效合同的临界点
——兰州科技实业有限公司诉兰州体育学校合作建房纠纷案 (158)

办案手记与案外思考:

以国有划拨教学用地作为条件签订合作开发合同无效转为有效的临界点

合作开发合同有效前提下解除合同的思路设定

补偿损失和解结案的适用

6. 历史遗留产权不明的建筑物、构筑物拆迁补偿安置
——兰州生物制药厂、生物制品研究所诉甘肃中立集团有限责任公司拆迁补偿安置纠纷案 (166)

办案手记与案外思考:

侵权赔偿之诉和拆迁安置补偿之诉竞合前提下的诉权设置

历史遗留产权不明的建筑物、构筑物所有权归属界定

黄河两岸架桥是否影响水源地正常取水量

侵权赔偿之诉与拆迁安置补偿之诉的区别

7. 合作建房合同履行期间在建项目转让合同的法律效力

- 甘肃三宝房地产开发有限责任公司诉兰州七里河区双箭矿机有限责任公司、甘肃城市建设第三工程公司合作开发、在建项目转让纠纷案 (183)

办案手记与案外思考:

无效合作开发合同基础上的在建工程转让法律效力如何认识
没有取得土地出让、建设规划许可手续的建设工程所有权归属
没有许建手续建筑物上的经营收入如何确定归属
原告十年期间四次反复主张诉权是否属于缠诉

8. 以集体土地所有权合作建房及合作主体缺失合同的法律效力

- 兰州市城关区城关乡亭子村及村企业公司诉兰州广宇房地产开发有限公司合作建房纠纷案 (223)

办案手记与案外思考:

以集体土地使用权作为合作建房条件形成事实的无效法律后果分析
在合同无效或合同有效情形下如何保护失地农民权益
三方合同主体缺失一方情形下“回购”协议是否具有法律效力

9. 建设施工合同发包方多次更换后如何确定结算人主体资格

- 甘肃第七建设集团股份有限公司诉酒泉宾馆、敦煌神州旅游股份有限公司等建设工程施工合同纠纷案 (262)

办案手记与案外思考:

建设施工合同履行过程中工程招标方与发包方更换后如何确定建设主体
工程结算方或建设工程使用方应否确定为建设工程欠款的支付人
建设工程未竣工交付第三方已取得该建设工程产权证依据质疑
一项建设工程违法转让、办证、抵押、撤销、欠款等产生的连锁诉讼结果引发的法律后果及审理程序

10. 仲裁和解协议约定高额违约金的法律效力

- 东方建设集团有限公司与兰州兰新瑞德实业有限公司、兰州兰新设备集团有限公司建设工程施工合同仲裁案 (284)

办案手记与案外思考：

仲裁和解协议约定高额违约金是否具备法律效力

仲裁案件执行力的利弊分析

11. 建设项目整体转让合同法律效力的认定

- 甘肃省对外经济贸易国际公司、对外经济国际物业公司诉金昌市人民政府驻兰州办事处、平凉市人民政府驻兰州办事处建设项目转让纠纷案…………… (300)

办案手记与案外思考：

在建项目可否进行转让

在建项目转让行为有效或无效的前提条件如何界定

未取得法定用地、规划、许建审批手续情形下如何认识转让行为

既成事实的建设项目转让的处理思路

12. 建设工程施工合同履行后主张三项补贴及工程质量保证金返还的相关问题

- 甘肃第七建设集团股份有限公司诉兰州民百集团股份有限公司工程质保金返还纠纷案…………… (326)

办案手记与案外思考：

建设工程质量保证金与维修金在何种情形下进行对冲

质保金单方使用应具备哪些条件

预留的工程质量维修金可否直接对冲工程欠款

工期奖金、冬季施工补贴应否计入工程造价

13. 建设工程施工合同工程欠款与工程质量保修赔偿合并审理及检察院提起抗诉后的审理状况

- 甘肃第六建设工程股份有限公司诉甘肃基隆房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷抗诉案…………… (346)

办案手记与案外思考：

未提起上诉的一审民事调解书如何处理

人民检察院依法抗诉民事案件错误判决的救济途径

人民法院审理抗诉民事案件结果败诉的思考

14. 以合同约定价格低于市场价行使合同撤销权问题

- 甘肃地质勘探研究设计院诉甘肃某房地产开发有限公司、甘肃某房地产咨询评估有限公司合同撤销权案…………… (381)

办案手记与案外思考：

厘清法律关系一案一诉行使诉权的重要性
行使撤销权的法定期间
评判合同约定价低于市场价的依据与标准
维护契约自由、意思自治合同的重要性

15. 建设工程施工合同工程“结算资料不全”情形下工程造价部门出具的鉴定结论对法院判决结果的影响

- 甘肃第七建设集团股份有限公司诉甘肃民基房地产开发有限公司责任公司建设工程施工合同纠纷申诉案…………… (390)

办案手记与案外思考：

工程结算存在争议情形下的第三方审核
人民法院委托司法鉴定结论的重要性、准确性认识
司法鉴定结论是否是人民法院判决认定的唯一依据
鉴定资料缺失情形下鉴定结论能否作为定案依据

后记…………… (416)

1. 合作建房合同纠纷中适用情势变更原则解除合同的情形

——甘肃荣成房地产开发有限公司诉兰州日报社合作建房纠纷案

【办案手记】

在合作建房合同从效力待定转化为有效的法定情形下,应该按合同约定条款实际履行。然而,10多年以来,房地产开发过热带来的市场巨变以及其他因素,使合同履行过程中出现“情势变更”的情形非常多,使合同当事人一方无法实际履行原合同约定的权利义务,从而出现新的法律问题,值得研究。

该案属于较为典型的基于情势变更而不能继续履行合同的案例,从签订合同到一方要求继续履行合同,再加之诉讼审理期间的延长,已经10年。此种情形究竟如何处理?在司法审判实践中,一直缺乏具体明确的法律依据。

2009年5月最高人民法院法释[2009]5号《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第26条规定了情势变更条款:“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。”该条规定主要解决合同订立后显失公平的问题,或者,合同订立的时候是公平的,在合同成立后由于社会环境发生重大变化,使一方当事人遭受重大的损害,造成双方当事人显失公平,按照实际情况无法履行原合同约定。出现这些情形时,应在符合司法解释规定的情形下,审慎、严格地适用情势变更原则。目前,情势变更原则在大陆法系绝大部分国家的民法典中均有规定,并被判例所运用。笔者认为,该案应属于情势变更的法定情形。该案具有特殊性,该案从一审、二审再到申请再审,继而又产生因违约损失重复起诉的一审、二审。该纠纷从2006年至今已6年,形成连环诉讼,仍未结案。

目前,该案仍在诉讼审理中。

【案情概述】

案由：“报业大厦”合作建房合同纠纷

原告：甘肃荣成房地产开发有限公司（以下简称开发公司）

委托代理人：郑银慧，甘肃荣成房地产开发有限公司副总经理

委托代理人：李晓远，甘肃金城律师事务所律师

被告：兰州日报社（以下简称报社）

委托代理人：陈玉萍，甘肃中立源律师事务所律师

2000年5月，报社与开发公司签订合作建设“报业大厦”协议书。合作建设条件：报社用3.5市亩国有划拨土地使用权作为出资，开发公司首期投资3420万元（剩余投资约定不明），共同建设“报业大厦”。同时，合同约定，开发建设产生的管理费用等诸多开发成本由双方按4:6比例承担，大厦建成后按4:6比例分配面积。

合同签订后，报社如约履行，并自己承担前期拆迁费用1200万余元。但是开发公司直至2003年12月仍未按合同约定投入3420万元（分文未到账）。造成“报业大厦”项目因开发公司的资金问题未启动。其间，报社职工向兰州市委市政府上访，兰州市委宣传部以（2001）42号文件的形式，以该项目未经市委同意为由禁止开工。自2001年至2005年7月开发公司未找报社履行2000年5月签订的“联建合同”。该合作建设合同约定的履行届满期为2003年12月。

2006年年初，兰州市委市政府就“报业大厦”的建设项目开始了新的招商引资，并将原规划占地3.5市亩建设一栋28层的规划设计方案，修改为占地6市亩建设一栋裙楼二栋塔楼的规划设计方案。2006年6月，该整体项目的土地出让手续和建设手续已审批。

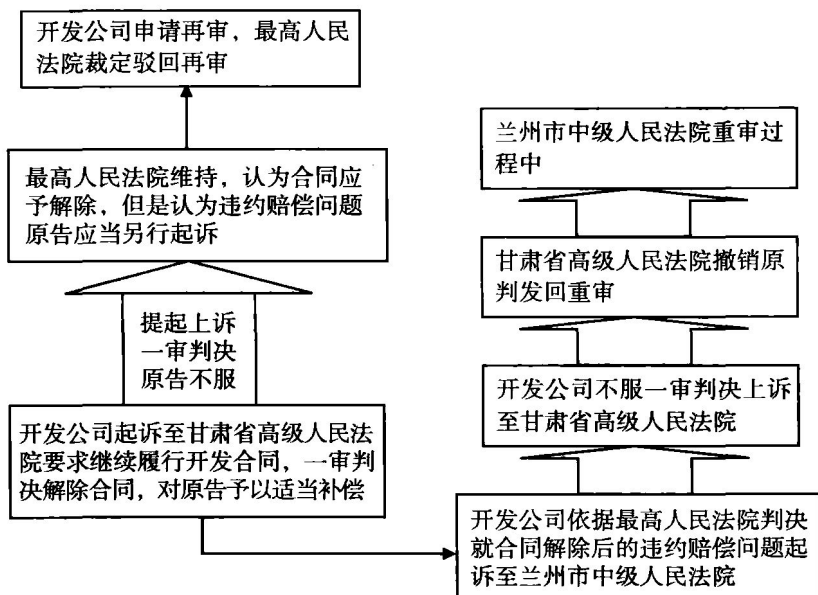
2006年7月18日开发公司向甘肃省高级人民法院起诉，要求报社继续履行合作建设合同并赔偿其违约损失1080万元（后增加为1620万元）。

本案争议焦点：

第一，合作建房合同是否有效？

第二，本案中是否存在情势变更中止履行的事由？

第三，1620万元的违约赔偿能否成立？



本案诉讼过程简图

1.0 一审情况

1.1 原告开发公司提出如下诉讼请求

1. 诉请判令被告立即继续履行与原告订立的《报业大厦合作开发协议书》及《补充协议》。

2. 判令被告支付原告违约金 10,800,000.00 元(后增加为 16,200,000.00 元)。

原告诉讼请求所依据的事实与理由

2000 年 5 月 30 日,原告开发公司与被告报社订立了《报业大厦合作开发协议书》。协议约定,原、被告双方在位于报社院内东南角,南邻张掖路,东邻大众巷,占地 2000~2500 平方米的土地上合作建设报业大厦,总建筑面积 35,000 平方米,层数 28 层。出资比例为原告 60%,被告 40%。工程应于 2000 年 9 月开工,2003 年 6 月底交付使用。同年 12 月 28 日,原、被告双方又订立了补充协议,该补充协议对违约责任等作了重新约定。2003 年 5 月 26 日,被告突然向原告发出了《关于停止联建报业大厦致甘肃荣成房地产开发公司的函》,提出中止执行与原告联建报业大厦的协议。2003 年 6 月 2 日,原告向被告回复了《关于应继续履行联建报业大厦协议的复函》,要求被告继续履行《报业大厦合作开发协议书》。被告接到原告的复函后,仍然单方面擅自中止《报业大厦合作开发协议书》。

及《补充协议》。由此给原告造成了巨大的经济损失。原告诉之贵院,请求对原告的请求依法予以保护。

1.2 被告报社答辩意见

一、开发公司在诉状中隐瞒了本案的主要事实

被答辩人主张答辩人未履行联建协议的陈述与事实不符。

双方签订合同后,答辩人积极履行合同约定义务,进行项目建设前期工作,包括难度最大的动迁工作,对28户住房按市拆迁办指定的地点安置在草场街拆迁楼。对“灰豆王”等8户商户,以货币形式买断产权和使用权,对玉盛祥眼镜店等以“拆一还一”的方式原地返还,且每季度支付歇业费、过渡费。其间答辩人共支付拆迁费、安置费、歇业费等1200万余元。

但是,被答辩人无力履行合同约定的投资义务,只字不提自己资金是否到位问题和动迁的实施及费用承担问题。导致在2000年以后,报社被迫支付1200万余元的动迁费用后,开发公司没有按照合同约定成立联合财务,没有到位一分钱,甚至连规划设计方案、图纸等均未向答辩人提供。2001年6月,开发公司突然提出要马上开工。在上述情形下,2001年6月3日,针对开发公司欲强行开工一事,市委明确要求该建设项目须经市委同意后再动工兴建,并于2001年8月29日下发了市委宣发(2001)42号文件《关于报社报业大厦工程有关问题的通知》。据此事实,开发公司所诉陈述不实。

二、开发公司自联建合同签订后,缺乏实际履行能力,没有投入合同约定的投资款3420万元,构成根本违约

自2000年5月合同签订至2003年6月合同履行期满,开发公司没有向报社基建账户注入任何资金。相反,报社却为此项目的建设实际投入了1200万余元。2002年,报社负责基建的人员多次与开发公司交涉,在交涉中发现开发公司的资信存在严重问题,基本上没有资金。开发公司想通过抵押报社3.5市亩土地使用权的方式取得贷款,属于空手做项目。为此,2002年8月21日,报社向市委、市政府上报《关于报社报业大厦有关问题的报告》,将报业大厦建设当中的有关问题向市委作了汇报。为此,报社曾于2003年向开发公司发函,中止联建协议,并于2003年6月向市中级人民法院起诉,要求中止与开发公司的联建合同。开发公司则在诉讼期间,于2003年11月10日盗用报社名义抢先向市规划土地局交纳3,882,155.00元的土地出让金,试图造成土地出让的事实,以达到强行逼迫报社履行联建公司合同的目的。在上述事实下,报社于2003年11月12日致函市规划土地局,请求停止给开发公司办理报业大厦建设的审批手续。

据此事实,合同未能实际履行,系由于开发公司缺乏资金的违约行为造成合

同履行期限届满,继而导致建设项目发生情势变更。

三、开发公司没有实际履行合同造成合同履行期已届满,致使目前联建合同丧失履行的基本条件

自2000年至2006年,已经6年多时间。6年来由于市政府对城市整体规划方案的调整,张掖路步行一条街的建设,以及市委、市政府对报业大厦建设的总体部署,使报业大厦的建设及规划产生了重大调整,已经无法回到6年前的联建思路。同时,6年来开发公司既急于履行合同约定的投资义务,又急于向人民法院主张继续履行合同的诉权,一味等待,且将实现联建目的的行为寄托在报社自己办理建设手续和取得土地出让的基础上,将全部联建过程中属于开发商应尽的义务转嫁给报社,形成六年后意坐享其成的局面,逼迫报社就范实施联建。对此,报社认为,开发公司在联建合同期限届满后6年主张诉权,应属恶意。

四、报业大厦项目现状

目前,报社已根据市委招商引资后的要求,独立进行项目的开发建设,一切工作正常进行,现行报业大厦的建设规划、使用功能等均按照主管部门的要求设计施工,已不能适应和满足与开发公司联建合同约定的要求。因此,开发公司诉请继续履行合同根本无法实现。

五、关于1620万元的损失问题

对于开发公司对此项目代垫的土地出让金等正常费用,报社据实支付,但开发公司主张1620万元的违约损失缺乏依据。同时,若计算违约损失,按合同第13条第5款的规定,开发公司应在2003年6月底前竣工,向报社交付使用该项目,每拖延一个月承担15万元违约金。按此约定开发公司应向报社付1000多万元的违约金和歇业费用等损失。

综上,报社认为,基于以上事实,开发公司的诉请缺乏基本事实依据和法律依据,应予驳回诉讼请求。

1.3 被告报社提出反诉请求

第一,解除反诉人与被反诉人签订的联建合同及补充合同。

第二,判令被反诉人承担违约金10,900,000.00元。

1.4 一审庭审中,被告代理人陈玉萍律师提出如下代理意见

一、本案原、被告于2000年5月签订的《报业大厦合作开发协议书》应系无效合同

2000年5月原、被告签订该合作协议时,以一方出资一方出地的形式作为联建报业大厦的合作条件。而根据我国《城市房地产管理法》第3条的规定,“一方

提供土地使用权,另一方或多方提供资金,合作、合资开发经营房地产,而房地产权发生变更的,是房地产转让行为”。第39条规定:“以划拨方式取得土地使用权的,转让房地产时,应当按照国务院规定,报有批准权的人民政府审批。有批准权的人民政府准予转让的,应当由受让方办理土地使用权出让手续,并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金。”最高人民法院1996年法发2号《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》第18条规定:“享有土地使用权的一方以土地使用权作为投资与他人合作建房,签订的合建合同是土地使用权有偿转让的一种特殊形式,除办理合建审批手续外,还应依法办理土地使用权变更登记手续。未办理土地使用权变更登记手续的,一般应当认定合建合同无效,但双方已实际履行了合同,或房屋已基本建成,又无其他违法行为的,可认定合建合同有效,并责令当事人补办土地使用权变更登记手续。”

本案中,原、被告双方合作建房使用的土地恰恰是国有划拨地,且在签订合作建房合同时,并未报请市政府及相关部门批准。因此,根据《民法通则》和《合同法》第52条之规定,违反法律、行政法规的合同属无效合同。同时,最高人民法院2005年6月18日会议通过的法释(2005)5号《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》第16条也明确规定:“土地使用权人未经有批准权的人民政府批准,以划拨土地使用权作为投资与他人订立合同合作开发房地产的,应当认定合同无效。但起诉前已经办理批准手续的,应当认定合同有效。”

根据以上法律规定,本案中,原、被告双方合作建房的行为并未得到政府有关部门的批准,其合同无效是显而易见的。(特别说明:在原审期间,开发公司悄悄以报社的名义缴纳了土地出让金,使国有划拨土地转化为出让土地,致使联建合同从无效转化为有效。)

二、原告的违约行为导致原合同履行期早已过期,原合同根本无法继续实际履行

原、被告双方联建合同签订于2000年5月,合同约定的项目竣工交付使用时间是2003年6月。原合同约定建设项目约3.5万平方米,占地3.5市亩。原合同约定原告首期应投入资金3420万元。但是,由于原告缺乏合同实际履行能力,在报社完成合同项下拆迁义务的前提下,原告不能启动开发工程,更不能支付合同约定的首付款3420万元,从而导致合同根本无法实际履行,导致报社自己承担了全部拆迁户的安置、补偿费1000多万元。之后,合同约定的2003年6月应交付使用的工程没有任何履约的资金保证,导致报社至今仍无端地承担全部拆迁户的超期过渡费、补偿费。以上事实给报社造成了巨大的经济损失和数

年不能如期建设使用该项目的损害事实。

由此,代理人认为,本案中从法律角度讲,因联建合同的有效性使继续履行的法律保障缺乏,从事实和客观实际来讲,早已超过了联建合同约定的实际履行期限。也就是说从2000年5月,合同约定于2003年6月竣工交付使用的项目,再到如今2007年已超过了近四年,已根本缺乏继续履行的客观性和必要性。

三、现阶段“报业大厦”建设项目已发生重大变化,该项目现系原合同中止后,市政府2006年的重点招商引资项目且已实际实施,故原联建合同已丧失了履行的基本前提条件

该项目自2000年5月签订后至2001年6月,由于原告自己的种种违约行为,使合同不能履行,导致报社职工集体联名上访,反映了该合同的“不公正”性,引起市委、市政府对该联建问题的重视,并以市委宣发(2001)42号文件的形式明确提出不能开工建设的要求。2004年开始,报社已根据市委市政府的要求,全面调整变更了“报业大厦”的总体建设方案。该方案经省市有关部门于2006年批准立项,将原来占地3.5市亩扩大为6市亩,将原来的拟建一栋综合楼扩大为一栋整体连体裙楼,二栋塔楼的整体项目。目前,根据兰政办(2007)1号文件市人民政府办公厅《关于印发报业大厦项目招商引资建设有关问题会议纪要的通知》的要求,报社正向市土地规划局、国土资源局等有关部门办理该项目的国有划拨土地出让手续。因此,从这个角度讲,“报业大厦”项目的建设已发生了法律许可的“重大调整”和“情势变更”。因此,按照我国《城市规划法》(已失效)第32条之规定,“在城市规划区内新建、扩建和改建建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程设施,必须持有关批准文件向城市规划行政主管部门提出申请,由城市规划行政主管部门根据城市规划提出的规划设计要求,核发建设工程规划许可证件。建设单位或者个人在取得建设工程规划许可证件和其他有关批准文件后,方可申请办理开工手续”。报社新的建设项目规划方案已经有关部门审核批准,符合我国《土地法》和《城市规划法》的要求。相反,原联建合同约定的建设项目因未获得政府批准,没有批准立项,没有取得建设用地规划许可证和建设项目的建设许可证而根本无法实施。同时,从市政府对整个项目的宏观调控及总体规划来讲,该项目列为2006年的重点招商引资项目,并已全面启动了该项目的实施。因此,从这个角度讲,原联建合同也已丧失了实际履行的可能性,此点希望能够引起合议庭的重视。

四、关于原告诉请赔偿1620万元的问题

本案质证时,原告向合议庭提交的损失款项仅为2,748,758.00元(不包括399.86万元),而该274.8万元是原告单方财务记账的账页记录表。从原告提供