



法院审理案件  
观点集成丛书

主 编  
朱树英

副主编  
曹 珊

- 法院如何认定规划主管部门限期拆除行政处罚决定的效力
- 法院如何确定承租人优先购买权受到侵害的损害赔偿数额
- 贷款未获批准，法院如何认定合同解除的理由与责任承担
- 法院如何认定以存单形式违法进行房地产借贷的责任承担
- 法院如何认定出让未履行审批程序的土地使用权的法律性质
- 法院如何确定合作开发、一地数转、情形下土地使用权的归属
- 因用地条件变化而追加项目（股权）转让款约定的效力如何认定
- 国有土地上房屋征收补偿过程中，如何对房屋使用性质进行认定

# 法院审理 房地产案件 观点集成

【第二版】

Aggregation of  
Trail Views  
in the Cases of  
Real Estate



中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

# 法院审理 房地产案件 观点集成



典型案例在司法审判活动中具有独特的价值。《法院审理案件观点集成》丛书通过整理全国各级法院的已生效裁判，总结、归纳出具体的裁判经验、思路和尺度，以及认定事实、适用法律的方法。同时结合最高人民法院司法解释、司法政策精神、审判业务意见以及最高人民法院专家法官著述、目前审判实务中的主流观点等对案例进行了透彻分析。阅读本丛书，使读者可以在快速了解某一类型案件法律争议问题的前提下，迅速了解法院的司法观点和态度，以及裁判的思路和尺度。

上架建议 司法实务·案例

ISBN 978-7-5093-8579-1



9 787509 385791 >

定价：128.00元



中国法制出版社  
官方微信



法律阅读  
从未如此有趣



法院审判案件  
观点集成丛书

# 法院审理 房地产案件 观点集成

【第二版】

Aggregation of  
Trail Views  
in the Cases of  
Real Estate

主 编 朱树英

副主编 曹 珊

编委会成员（以姓氏笔画为序）

孔令昌	曲笑飞	朱树英
李东华	李俊华	李 犁
刘潇瑜	宋仲春	陈广茂
陈 沸	周志芳	张 彪
贺倩明	曹 珊	解 石
谭敬慧	戴勇坚	



中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 (CIP) 数据

法院审理房地产案件观点集成 / 朱树英主编. —2 版.  
—北京: 中国法制出版社, 2017. 9  
(法院审理案件观点集成丛书)  
ISBN 978 - 7 - 5093 - 8579 - 1

I. ①法… II. ①朱… III. ①房地产法 - 案例 - 中国  
IV. ①D922. 385

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 108766 号

责任编辑: 马金凤 (editormjf@163.com)

封面设计: 李 宁

---

## 法院审理房地产案件观点集成 (第二版)

FAYUAN SHENLI FANGDICHAN ANJIAN GUANDIAN JICHENG (DIERBAN)

主编/朱树英

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 毫米×1000 毫米 16 开

版次/2017 年 9 月第 2 版

印张/44.5 字数/659 千

2017 年 9 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 8579 - 1

定价: 128.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66070046

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

## 修订说明

时光荏苒，自2012年10月本书初版面世以来，已过了五个春秋。在这五年中，本书有幸得到广大读者的喜爱，获得了不错的反响，本书作者在此深表感谢。五年间，我国房地产市场出现了一系列波动，政府亦出台了一系列政策加以规制。五年间，《中华人民共和国政府采购法实施条例》《不动产登记暂行条例》《不动产登记暂行条例实施细则》等一系列法律法规相继出台，法院在审理房地产纠纷案件时的法律依据和思路都有所调整。基于此，我们特对本书做了全面的修订。与第一版相比，第二版的修订内容主要有以下两方面：

第一，根据五年间的法律法规调整情况，对案例中涉及的法条进行了修订，删去了已废止的法条、加入了新增加的法条、修订了更改的法条。特别需要说明的是，2015年5月1日起施行的新修订的《中华人民共和国行政诉讼法》及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》开始施行，明确地将土地、房屋等征收征用补偿协议案件纳入了行政诉讼受案范围。自此，公民、法人或者其他组织与政府签订的征收征用补偿协议产生的纠纷属行政案件，其与房地产开发企业签订的购房协议产生的纠纷则属民事案件，二者有了明确的界限。本书第一版基于已有案例以及法学理论将二者全部归入民事领域，这一认定需要调整。因此在第二版，我们删去了原来的第三章即房地产开发用地的房屋拆迁一章，同时在最后一章即

有关房地产开发的其他案件中加入了两起有关征收补偿问题的典型案例，并进行了深入分析，以使本书对房地产方面的案例的裁判观点和思路有更加全面的展现。

第二，原则上替换掉了2010年以前的案例、代之以2010年以后的新案例，并将律师点评一并做了修改。做这样的修改，一是因为法院对一些争议点的分析和判断已经产生了变化，我们希望能够呈现出法院最新的思路；二是即使法院的观点没有太大变动，最新的案例也具有更强的说服力和指导意义。故此对全书的案例做了修订，以飨读者。

本书的修订由以下几位律师完成：朱树英、曹珊、宋仲春、周艺杰、刘知瑜、何溪滢、吴迪、张春玲、王剑龙、王惟佳，在此对他们的辛勤工作表示感谢。本书修订时间有限，书中难免存在不足，敬请广大读者批评指正。对本书的任何意见，可发送邮件至以下邮箱：[kongqinxi88@sina.com](mailto:kongqinxi88@sina.com)。

## 初版序言

### 研究房产案件审理 解析案件成败得失

#### ——规范市场开发 深化法律服务

自改革开放以来，我国的房地产法律制度逐步建立、发展并不断完善。1982年宪法确立了土地所有制，1986年颁布了《中华人民共和国土地管理法》，1988年宪法修正案确立土地使用权可以依照法律的规定转让，1989年颁布了《中华人民共和国城市规划法》。进入20世纪90年代，国家相继颁布了《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》《城市房屋拆迁管理条例》《中华人民共和国城市房地产管理法》《中华人民共和国建筑法》《城市房地产开发经营管理条例》等法律法规。进入21世纪，除了备受瞩目的《中华人民共和国物权法》的制定和颁布外，国家还颁布了《中华人民共和国城乡规划法》《物业管理条例》《国有土地上房屋征收与补偿条例》等法律法规。在此过程中，最高人民法院也制定了大量的审理房地产纠纷案件的司法解释。上述关于房地产方面的法律法规和司法解释为我国房地产行业的快速、规范发展及城市的开发建设等提供了相应的法律依据。

伴随着我国房地产行业的快速发展，房地产领域的相关纠纷也大量涌现。在房地产开发过程中，在土地使用权的取得、房地产规划许可、房屋征收和拆迁、房地产的登记、商品房销售和租赁等方面都有可能出现问题，并因此产生纠纷而诉诸法院。法院在审理房地产纠纷案件过程中，逐渐形成和积累了大量的审理房地产纠纷案件的司法观点和司法处理原则。对房地产纠纷案件进行研究并归纳法院在审理这些案件过程中形成的司法观点和司法处理原则，不仅可以为今后类似房地产纠纷案件的及时妥善解决提供参考和借鉴（对律师的房地产诉

讼法律业务有裨益)，也可以为房地产从业主体在房地产开发过程中事先防范和化解相关案件中所揭示的法律风险提供参考和借鉴（对律师的房地产非诉讼法律业务有裨益），而且还可以为今后房地产方面的法律法规和司法解释的制定与修改提供依据和支持（对房地产立法的修订与完善有裨益）。为此，房地产领域的专业律师，有必要对之前已审结的房地产案件进行系统研究和分析，解析这些案件的成败得失，这既有助于房地产从业主体规范市场开发行为，也有助于律师深化自身的法律服务，提升并扩展律师服务房地产和城市建设领域的深度和广度。

基于上述考虑，由上海市建纬律师事务所的专业律师经过深入挖掘，搜集了55个案例——其中最高法院公报案例11个，最高法院判例3个，高级法院判例14个，中级法院判例21个，区级法院判例6个；涉及关联案例145个——其中最高法院判例37个，高级法院判例27个，中级法院判例81个。汇集大量各级人民法院审理终结的典型房地产纠纷案件（其中有部分案例为建纬律师从自己所代理的案件中精心挑选，该部分案例尚无法从其他公开渠道获取，所以当事人均由英文字母代替），并进行深入研究后推出本书。

本书共十章，每一章为一个专题，每个专题开始均有一篇综述，结合该专题中所选案例对该专题所涉及类型纠纷案例的司法观点和司法处理原则等进行综合分析和论述。在综述之后为该专题所选取的案例，每个案例分为案例信息简介、案情简介、各方观点（包括各方当事人观点、法院观点）、关联案例、律师点评等几个部分。全书从房地产开发的规划许可、房地产开发土地使用权的取得、房地产开发用地的房屋拆迁、房地产合作开发、房地产开发中的项目转让、商品房销售、房屋权属登记、商品房屋租赁、房地产金融及有关房地产开发的其他案件等角度，对法院审理房地产开发建设整个过程中所涉及的各类房地产纠纷案件的司法观点和司法处理原则进行了全面的、系统的研究和分析。

上海市建纬律师事务所始终以房地产和城市建设领域法律服务为



专业，建纬律师长期专注于房地产和城市建设过程中法律问题的研究，本书作为建纬律师在房地产和城市建设法律服务领域研究成果的一个阶段性呈现和展示，希望能够对房地产领域的理论研究者和实务工作者有所裨益和借鉴。

限于时间和水平，书中难免存在疏漏和不足，敬请广大读者批评指正。

中华全国律师协会民事业务委员会主任  
上海市建纬律师事务所主任

Handwritten signature in black ink, appearing to read '朱树'.

# 目 录

## 第一章 房地产开发的规划许可

综述：房地产开发中的规划许可纠纷案件的司法处理原则 .....	1
1.1 法院如何判定违法行为中的利益损害程度 .....	11
1.2 法院如何认定规划主管部门限期拆除行政处罚决定的效力 .....	18
1.3 行政处罚明显不当，法院有权直接变更行政处罚内容 .....	30
1.4 法院如何认定农村建房中取得建设工程规划许可证的条件及 程序 .....	42
1.5 法院认定规划许可行为违法的主要依据 .....	53

## 第二章 房地产开发土地使用权的取得

综述：土地使用权取得常见法律问题分析 .....	66
2.1 法院如何认定出让未履行审批程序的土地使用权的法律责任 .....	76
2.2 生效条件不可能成就，法院如何确认国有土地使用权出让合 同效力 .....	87
2.3 国有土地使用权出让合同部分无效，法院如何认定其他部分 的效力 .....	98
2.4 确认国有土地使用权转让合同无效，是否应受诉讼时效的限 制 .....	110
2.5 转让方未取得出让土地使用权证时签订的土地使用权转让合 同，法院如何认定合同效力 .....	122
2.6 法院如何认定土地使用权转让合同履行过程中是否根本违约 .....	133

### 第三章 房地产合作开发

综述：合作开发房地产纠纷常见法律问题及司法处理原则 .....	149
3.1 法院如何认定土地使用权转让合同纠纷案中单方解除权行使的条件 .....	162
3.2 法院如何确定合作开发“一地数转”情形下土地使用权的归属 .....	173
3.3 法院如何确定合作开发房地产纠纷中当事人违约时应承担的责任 .....	188
3.4 法院如何认定以划拨土地使用权作为投资合作开发房地产合同的效力及法律后果 .....	204
3.5 法院如何认定合作开发项目新增利益分配比例 .....	210
3.6 法院如何认定合作开发房地产合同的性质及效力 .....	222
3.7 法院如何认定合作开发法律关系的当事人范围及其责任 .....	235
3.8 房地产合作开发一方因行政规章调整未能继续履行合同，法院如何认定违约责任？ .....	247

### 第四章 房地产开发中的项目转让

综述：通过股权转让实现房地产项目转让的常见纠纷及相关司法观点 .....	258
4.1 以取得土地使用权作为项目转让付款条件的，法院如何认定土地使用权的取得时间 .....	269
4.2 法院如何认定未经审批机关批准的中外合作企业权利义务转让合同的效力 .....	281
4.3 因用地条件变化而追加项目（股权）转让款约定的效力如何认定 .....	297
4.4 出让方隐瞒目标公司真实情况，法院如何认定股权转让合同效力 .....	309

## 第五章 商品房销售

综述：商品房买卖纠纷中的司法共识与观点分歧 .....	323
5.1 未取得商品房预售许可证，法院如何认定认购书的性质、效力及法律责任 .....	342
5.2 法院如何对宏观调控政策进行法律定性并适用法律调处纠纷 .....	363
5.3 贷款未获批准，法院如何认定合同解除的理由与责任承担 .....	378
5.4 房屋存在质量问题的，法院如何认定开发商应承担的责任 .....	390
5.5 法院如何认定行政会议纪要对于二手房买卖合同效力的影响 .....	400

## 第六章 房屋权属登记

综述：房地产登记诉讼的司法共识与观点分歧 .....	411
6.1 房屋登记簿发生非权利事项错误时，法院如何确认利害关系人申请变更登记的权利 .....	429
6.2 法院如何认定转让未经登记的房屋的合同的效力 .....	436
6.3 法院如何处理因登记原因行为瑕疵导致不动产登记错误的民行交叉诉讼 .....	444
6.4 法院如何认定违法的房屋初始登记被撤销后登记机构的行政赔偿责任 .....	457
6.5 民事调解书将房屋抵债的，法院如何认定第三方请求对房屋的强制执行 .....	470

## 第七章 商品房屋租赁

综述：商品房屋租赁合同纠纷常见法律问题及司法处理原则 .....	481
7.1 法院如何认定出租的房屋是否具备交付使用条件 .....	502
7.2 法院如何认定出租房屋未取得权属证书之租赁合同的效力 .....	514
7.3 法院如何认定约定租赁面积与房屋实际建筑面积严重不符是否构成重大误解 .....	524
7.4 法院是否认定出租人企业改制属于房屋租赁合同解除的法定条件 .....	538

7.5 法院如何确定承租人优先购买权受到侵害的损害赔偿数额 ..... 548

7.6 法院如何认定因第三人原因导致合同违约时的各方法律责任 ..... 557

## 第八章 房地产金融

综述：房地产金融之司法实务综述 ..... 570

8.1 法院如何认定“名为担保，实为借款”合同的效力 ..... 581

8.2 法院如何认定“假按揭”住房抵押贷款合同的效力及责任  
承担 ..... 590

8.3 法院如何认定以存单形式违法进行房地产借贷的责任承担 ..... 603

8.4 法院如何认定预售商品房按揭贷款中开发商承担阶段性担保  
责任的解除期限 ..... 613

8.5 法院如何认定房地产企业借款合同中罚息、复利约定的效力 ..... 621

## 第九章 有关房地产开发的其他案件

综述：房地产开发其他法律问题的司法处理原则 ..... 627

9.1 法院如何认定委托代建合同双方的违约责任 ..... 637

9.2 法院如何确定设定土地抵押权时未经抵押登记的地上建筑物  
的抵押效力 ..... 648

9.3 法院如何确认房地产开发企业作为一般保证人时的先诉抗辩  
权 ..... 659

9.4 股权转让合同未明确约定，法院如何认定“行政规费”的承  
担主体 ..... 670

9.5 国有土地上房屋征收补偿过程中，如何对房屋使用性质进行  
认定 ..... 681

9.6 政府征收过程中评估程序不合法，法院如何处理？ ..... 691

## 第一章 房地产开发的规划许可

### 综述：房地产开发中的规划许可纠纷案件的司法处理原则

房地产作为将土地和地上建筑物合而为一的不动产，其开发离不开土地。《宪法》规定：“城市的土地属于国家所有。”我国对利用国有土地开发房地产实行土地有偿使用制度。土地有偿使用，是国家将国有土地使用权从所有权中分离出来，在一定年限内有条件地出让给土地使用者，由土地使用者向国家缴纳土地有偿使用费。对于实施这种行为，国家附有使用条件，其中最重要和最根本的条件，就是土地开发利用必须服从城市规划管理。

房地产开发用地过程会涉及一系列的规划许可的行政管理，开发用地不论是划拨方式取得还是出让方式获得，都必须执行我国规划法律的相关规定，必须符合土地利用总体规划、城乡规划和年度建设用地计划。处理房地产开发的规划许可及其相关案件的法律适用，最主要的法律依据是我国有关城乡规划管理的法律规定。1990年4月1日我国施行《城市规划法》。2008年1月1日第十届全国人大第三十次会议通过修订后的《城乡规划法》开始施行；2015年4月24日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议对其进行了修正。在司法实践中，有关规划许可的纠纷案件多半是行政案件，有的案件会涉及规划许可的行政法律问题和当事人之间的民事权利义务，且往往两者交叉，司法实践也往往出现同一纠纷先后在民庭和行政庭分别受理、分别处理的情形，由此，此类案件成为房地产开发案件中一类疑难复杂案件。

#### 一、我国法律对房地产开发涉及规划及许可的强制性规定

我国法律对建设用地和房地产开发的规划控制，所作的一系列规定都是强制性的。例如，现行的《城乡规划法》第2条第1款规定：“制定和实施城乡规划，在规划区内进行建设活动，必须遵守本法。”第7条规定：“经依法批准的城乡规划，是城乡建设和规划管理的依据，未经法定程序不得修改。”第38条第1款规定：“在城市、镇规划区内以出让方式提供国有土地使用权

的，在国有土地使用权出让前，城市、县人民政府城乡规划主管部门应当依据控制性详细规划，提出出让地块的位置、使用性质、开发强度等规划条件，作为国有土地使用权出让合同的组成部分。未确定规划条件的地块，不得出让国有土地使用权。”第42条规定：“城乡规划主管部门不得在城乡规划确定的建设用地范围以外作出规划许可。”

司法实践中已发生的有关规划许可纠纷案件，按案件发生时的法律应当适用原《城市规划法》，同样的，《城市规划法》对房地产开发的规划控制所作的一系列规定也是强制性的。该法第2条规定：“制定和实施城市规划，在城市规划区内进行建设，必须遵守本法。”该法第29条规定：“城市规划区内的土地利用和各项建设必须符合城市规划，服从规划管理。”该法第31条规定：“在城市规划区内进行建设需要申请用地的，必须持国家批准建设项目的有关文件，向城市规划行政主管部门申请定点，由城市规划行政主管部门核定其用地位置和界限，提供规划设计条件，核发建设用地规划许可证。建设单位或者个人在取得建设用地规划许可证后，方可向县级以上地方人民政府土地管理部门申请用地，经县级以上人民政府审查批准后，由土地管理部门划拨土地。”该法第32条规定：“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。”

上述我国《城乡规划法》和《城市规划法》的相关规定，使用的法律模态词语都是“必须”或“不得”，相关规定都是强制性的，如果当事人违反这些规定，其行为都将因此而无效或不生效。实践中，有的房地产开发行为最终被法院判定为无效或者相应的建筑物被定性为违章建筑，其原因就在于没有取得我国规划法律规定的必须具有的两证：《建设用地规划许可证》和《建设工程规划许可证》。可以毫不夸张地说，规划许可是房地产开发的生命线。

从房地产实务操作层面分析，房地产开发获得两证的过程，其实是必须获得一系列许可尤其是规划许可的过程。

1. 开发的项目要有预可行性分析报告和可行性研究报告，并获得国家固定资产投资主管部门的许可。这个主管部门通常是县级以上人民政府的计划

管理部门或计划经济管理部门。开发的项目如果是商品房，则要获得商品房计划立项许可。

2. 开发项目获得计划立项许可后，开发商应继续申请规划选址的许可。规划选址是建设用地许可的前置审查，未通过选址许可的，不能申办《建设用地规划许可证》。选址许可实际是先行审定土地使用条件和规划参数，开发商在申请时要申报开发项目的详细规划。

3. 开发商同时要获得建设用地所涉市政建设各部门的许可。房地产开发用地必须配套具有用电、用水、排污、交通、通讯、邮电、商业、教育等方面的容量和设施。开发商在申请用地或是受让土地的同时，须征询有关市政、公用设施主管部门意见，并获得配套许可。

4. 开发商凭规划选址许可文件申领用地规划许可证时，要申报建筑设计方案和有关部门许可的文件。申报的开发项目，还必须符合建筑物的性质、用途、间距、日照、高度、容积率、覆盖率、绿化率、消防通道等规划管理的技术规定。符合要求的项目，才能获得《建设用地规划许可证》。

5. 开发商凭《建设用地规划许可证》申办用地手续，获得政府土地主管部门的划拨或出让土地，并办理土地使用批准证书或土地使用权证书。

6. 已获得土地使用权的开发商可持经规划批准的建筑初步设计和有关市政、公用部门的许可文件申办《建设工程规划许可证》，只有获得《建设工程规划许可证》的项目方可开工建设。

## 二、最高人民法院对房地产案件涉及规划问题的司法解释

上述一系列政府规划行政部门的许可，其实质是政府主管部门的行政管理 and 行政许可行为。按国家和各地地方规定，开发商提出各种有关规划许可或批准的申请或报告，规划主管部门都应当在规定的期限内给予批复，这些批复都是行政部门的行政行为。由此，在房地产开发规划许可过程中，也就会产生大量的行政争议，涉及的主要是这些开发商和政府主管部门之间的行政法律关系。形成诉讼的有关规划纠纷案件主要涉及对何为“严重影响城市规划”的准确理解。《城市规划法》第40条规定：“在城市规划区内，未取得建设工程规划许可证件或者违反建设工程规划许可证件的规定进行建设，严重影响城市规划的，由县级以上地方人民政府城市规划行政主管部门责令停止建设，限期拆除或者没收违法建筑物、构筑物或者其他设施；影响城市规



划，尚可采取改正措施的，由县级以上地方人民政府城市规划行政主管部门责令限期改正，并处罚款。”在新法即《城乡规划法》施行前的许多规划行政纠纷中，在处理时都涉及对《城市规划法》第五章“法律责任”部分第40条规定中“严重影响城市规划”的理解问题。

在司法实践中，最高人民法院在对有关规划许可的行政诉讼案件进行处理时，强调应按违反城市规划行为人的性质和后果并按个案的具体情况予以确认。1995年11月14日，最高人民法院行政审判庭就吉林省高级人民法院请示对《中华人民共和国城市规划法》第40条应如何适用时回复（〔1995〕法行字第15号）：“违反城市规划的行为人其违法行为是否属于严重影响城市规划，应从其违反行为的性质和后果来确认。违反该法第三十五条规定的，属于‘严重影响城市规划’的行为，但‘严重影响城市规划’的行为不仅限于该规定，应根据个案的具体情况予以确认。”

本章选用的哈尔滨公司诉哈尔滨市规划局行政处罚纠纷上诉案，以及L某诉S市C区城市规划管理局建设工程规划许可案一、二审法院的处理意见，都体现了最高院的回复意见。

此外，由规划许可引出的纠纷也常常发生在房地产开发过程中的民事主体之间，在司法实践中，也出现了不少有关规划许可的民事案件的争议。规划许可往往决定了房地产开发过程中各种行为是否有效，决定了当事人的权益是否能得到法律保护。针对司法实践中出现的规划许可的民事案件处理的相关问题，最高院于2005年8月1日施行的《最高人民法院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》，对国有土地使用权案件所涉规划许可的法律问题作了三条相关规定，这成为各级人民法院处理相关案件的主要司法裁判依据。

该解释第19条规定：“在下列情形下，合作开发房地产合同的当事人请求分配房地产项目利益的，不予受理；已经受理的，驳回起诉：（一）依法需经批准的房地产建设项目未经有批准权的人民政府主管部门批准；（二）房地产建设项目未取得建设工程规划许可证；（三）擅自变更建设工程规划。因当事人隐瞒建设工程规划变更的事实所造成的损失，由当事人按照过错承担。”

第20条规定：“房屋实际建筑面积超出规划建筑面积，经有批准权的人

民政府主管部门批准后，当事人对超出部分的房屋分配比例协商不成的，按照约定的利润分配比例确定。对增加的投资数额的承担比例，当事人协商不成的，按照约定的投资比例确定；没有约定投资比例的，按照约定的利润分配比例确定。”

第21条规定：“当事人违反规划开发建设的房屋，被有批准权的人民政府主管部门认定为违法建筑责令拆除，当事人对损失承担协商不成的，按照当事人过错确定责任；过错无法确定的，按照约定的投资比例确定责任；没有约定投资比例的，按照约定的利润分配比例确定责任。”

上述三条规定确立了人民法院处理有关规划许可案件涉及民事权利义务关系的最重要的原则，即司法权与行政权各自独立，一般情况下司法权不干涉行政权的处理原则。本章选用的某县A房产公司诉某县规划局城乡规划行政处罚及行政赔偿案件的审理法院对案件的处理说明：案件涉及的争议或问题，凡是没有获得规划许可或不符合规划许可要求的，当事人的合法权益就难以得到法律的保护。

### 三、规划许可——房地产开发中国家意志的集中体现<sup>①</sup>

房地产开发商在国有土地上开发房地产，必须服从国家的意志，而规划管理体现着科学、合理进行城市建设的国家意志。国家按照经济效益、社会效益、环境效益相统一的原则，实行城市建设的全面规划、合理布局、综合开发、配套建设。按照城市规划管理的基本要求，一个规范运作的房地产开发项目，在计划立项之前，应首先向规划行政主管部门征询规划选址意见并获得许可；在立项批准后，应获得规划用地许可；在项目开发过程中，还应获得工程建设的规划许可并完全符合许可的使用性质和各项规划技术参数。已经获得的规划许可，如要更改其中的规划设计条件，必须按申报的同样程序向规划行政主管部门申请并获得批准。

按现行《城乡规划法》的规定，符合城市规划，服从规划管理，是城市建设和房地产开发的依据和保障。任何单位和个人未经法定程序均不得更改或废止规划许可。违反者必然受到惩罚，为此付出代价，这也体现着城市建设的国家意志。

<sup>①</sup> 由笔者撰写的上述论文发表于1996年2月18日的《房地产报》。

本章选用的5个案例，集中反映了人民法院在处理涉及规划许可纠纷案件的主流意见，为准确判断房地产开发中国家意志的体现和开发行为的有效性，提供有益的借鉴。

#### （一）建设许可是项目建设顺利进行的保障

我国规划法律规定，在取得规划选址许可、建设用地规划许可之后，为了保证各项建设工程符合城市规划和城市规划管理技术规定，新建、扩建和改建建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程设施建设必须由规划管理部门核发《建设工程规划许可证》，即建筑工程执照。取得《建设工程规划许可证》，即表明房地产开发项目已最终完成规划的许可，可依法办理开工手续，进行建设。《建设用地规划许可证》确定了用地的位置、范围、规划用地性质及一系列规划技术参数，包括建设容积率、建筑密度、建筑高度、绿地率、停车场地、主要出入口、须配套的公共设施、工程设施、建筑界线等等。土地使用者必须严格遵照《建设用地规划许可证》中的各项规划要求开发和经营土地，未经原审批机构同意，不得擅自变更土地的使用性质及任何一项规划技术参数和指标。项目进入此阶段，当事人必须严格按照《建设工程规划许可证》所规定的各项要求进行建设，无权任意废止或更改。

1996年1月初，本所代理了一起上海市某区37户居民状告该区规划土地管理局的集体行政诉讼案件，案件的起因便是某电影院的扩建工程违反了建设工程规划许可的规定，超出批准范围，进行违章施工，严重妨碍了附近居民的正常生活。居民多次向该规土局反映电影院违章情况，要求责令停止施工、拆除违章建筑，但规土局未采取任何措施。无奈之下，37户居民联名向法院提起行政诉讼，要求法院判令规土局限期履行其法定职责，依法对该电影院的违章行为进行处罚。法院将电影院列为第三人。代理律师多次到实地进行测量，并根据《上海市城市规划条例》中规定的各项标准数值进行对照，找出其中超标和违反规划许可的具体问题。同时多次与规土局接触，寻求妥善解决纠纷的方法。在庭审中，面对该电影院违章扩建和规土局行政不作为的证据，规土局不得当庭承认了自己的过错。

庭审后，规土局主动纠正了不作为的行政行为，向电影院出具了一份行政处罚决定书，内容为：（1）确认该电影院改扩建项目未按建设工程规划许可证所批准的图纸施工；（2）限期三个月内拆除超出建设工程规划许可证所

批准的范围以外的建筑；(3) 处以人民币 50 万元的罚款。这一行政处罚决定维护了国家城市规划法律的严肃性和 37 户居民的合法权益。之后，审理法院在承办律师、街道办事处和公安派出所等各方面的共同努力下，协调 37 户居民和电影院签订了协议书，由电影院对 37 户居民进行总额为人民币 50 万元的赔偿。鉴此，37 户居民向法院申请撤回了起诉，一起居民与行政机关之间的群体纠纷，终于获得圆满解决。

结合本案审理不难看到，不论是新建还是改建、扩建工程，其建设必须符合建设工程规划许可证确定的土地使用性质、范围、建筑密度、容积率、建筑高度等各项规划技术指标，任何擅自变更许可证的规定进行建设或违背规划批准的图纸施工的行为，都将受到城市规划行政主管部门的依法处罚。

尽管本案发生在《城市规划法》施行之前，但审理案件的法院在当事人有涉及违反规划许可的违法行为时并不径自处理，而是等待行政机关作出行政处罚后再主持司法调解并使案件得以妥善处理，充分体现了司法权不干涉行政权的司法理念。

## (二) 对规划许可是否进行行政听证不属于人民法院的审理范围

本章选用的案例，第三人 B 通过出让方式取得某地块的国有土地使用权，并领取了国有土地使用权证，项目先后获得该地块改造的立项批复、地块控规、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证。自然人 A 等与 C 规划局对间距是否符合技术规定、发证未经听证等发生争议，并诉至法院。一审、二审人民法院经审理后判决：驳回自然人 A 等要求确认 C 规划局核发的规划许可违法的诉讼请求。

本案的争议除核发规划许可是否违法外，还涉及规划行政许可是否必须进行听证的法律问题，法院的案件审理对此应作出回应。

我国《行政许可法》第 46 条规定：“法律、法规、规章规定实施行政许可应当听证的事项，或者行政机关认为需要听证的其他涉及公共利益的重大行政许可事项，行政机关应当向社会公告，并举行听证。”第 47 条第 1 款规定：“行政许可直接涉及申请人与他人之间重大利益关系的，行政机关在作出行政许可决定前，应当告知申请人、利害关系人享有要求听证的权利；申请人、利害关系人在被告知听证权利之日起五日内提出听证申请的，行政机关应当在二十日内组织听证。”

上述条款是关于行政机关依职权听证和依申请听证两种不同情况下的规定，显然，第一种情形下进行判断相对简单，但第二种情形由于涉及利害关系人的范围性质确定问题以及重大利益关系的界定问题法律没有明确规定而变得难以掌握。一般意义上，“直接涉及申请人与他人之间重大利益关系”中利害关系人的范围行政机关应从严掌握，以利害关系人的权利与被许可事项直接相关为原则，而重大利益则宜宽松掌握，因为利益是否重大是个非常主观的判断标准，不同的人对利益的认知也各不相同。问题在于：这两个范围都属于行政机关具有一定自由裁量权的范围，也有赖于行政机关在不断的实践过程中持续确定、完善。本案中，审理案件的法院对于属于行政机关自由裁量权范围内行使的职权，严格遵守司法权对行政权干预的合理度，避免司法权对行政权的越权代替。

### （三）违反规划许可的当事人对管理部门处罚无权提出赔偿请求

本章选用的案例，某县A房产公司诉某县规划局城乡规划行政处罚及行政赔偿案，原告A公司认为被告的行政处罚决定所依据的建设工程规划许可证存在审批程序违法、内容错误、显失公正等错误，且在审批、执法的过程中，随意刁难原告，所作出的行政处罚决定不仅违法，也有违公正、公平、适当性原则，应予撤销，由此给原告造成的损失应予以赔偿。原告房产公司向法院提起诉讼，请求法院：（1）撤销被告的行政处罚决定；（2）责令被告向原告赔偿经济损失967298.25元。一审法院经审理后判决：判决驳回原告A房产公司的诉讼请求。该案原告没有上诉，一审判决生效。

本案属于一起由于房产公司违反规划进行违法建设受到限期拆除违法建筑的行政处罚，之后提起行政诉讼及行政赔偿诉讼而败诉的案例，此类案例在司法实践中并不少见。本案中，规划主管部门不仅依法对违法建筑的建设者作出了限期拆除违法建筑的行政处罚决定，在房产公司未自行拆除违法建筑的情况下，规划主管部门还依法报请县政府组织有关部门强制拆除了违法建筑，房产公司不仅针对规划主管部门作出的限期拆除违法建筑的行政处罚决定提起行政诉讼，还一并提出了要求规划主管部门赔偿因此给房产公司造成损失的行政赔偿请求。

本案所涉及的相关法律问题较为典型，尤其是案件中违反规划许可的当事人对规划主管部门的拆除违章建筑所造成的损失提出赔偿请求并不少见。

根据前述《最高人民法院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19条的规定，对于“依法需经批准的房地产建设项目未经有批准权的人民政府主管部门批准、房地产建设项目未取得建设工程规划许可证、擅自变更建设工程规划”的三种情形，“合作开发房地产合同的当事人请求分配房地产项目利益的，不予受理；已经受理的，驳回起诉”。此规定一方面肯定了司法权不干涉行政权的司法理念；同时也明确了违章建筑在未经行政主管部门处理前，人民法院不予处理。

因此，在行政相对人未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定进行建设时，所建成的建筑属于违法建筑或违章建筑，而对违法建筑或违章建筑而言，不存在应当依法予以保护的合法权益，本案驳回行政相对人要求规划主管部门向其承担行政赔偿责任的诉讼请求是完全正确的。

#### （四）是否属于“严重影响城市规划”视个案具体情况而定

本章选用的案例，哈尔滨市规划局针对当事人超建建筑面积并不接受行政处罚决定的违规行为，作出行政处罚：一、B公司未经市规划管理部门批准，未取得《建设工程规划许可证》，于1995年8月，将中央大街108号（原为138号）临街原有3层建筑（建筑面积1678.21平方米）拆除，建成地下1层、地面临中央大街为6层、后退2.2米为8层、从8层再后退4.4米为9层（建筑面积6164平方米）的建筑物，违反了《城市规划法》第29条、第32条和《黑龙江省实施〈中华人民共和国城市规划法〉办法》第23条规定。依据《城市规划法》第40条和《黑龙江省实施〈中华人民共和国城市规划法〉办法》第41条规定，作如下处理：（1）拆除地面工程队5、6、7、8、9层、拆除部分合计建筑面积为2964平方米。（2）地下1层、地面1、2、3、4层部分予以罚款保留，处罚建筑面积3200平方米，罚款192000元。二、B公司在1994年6月将中央大街108号（原为138号）院内原有2层建筑（建筑面积303.76平方米）拆除，建成地下1层、地面9层（建筑面积3800平方米），违反了《城市规划法》第29条、第32条和《黑龙江省实施〈中华人民共和国城市规划法〉办法》第23条规定。依据《城市规划法》第40条和《黑龙江省实施〈中华人民共和国城市规划法〉办法》第41条规定，作如下处理：（1）拆除地面工程队8、9层，拆除部分建筑面积为760平方米。（2）对地下1层，地面1、2、3、4、5、6、7层予以罚款保留，处罚建筑面

积 3040 平方米，罚款 182400 元。处罚决定履行后，B 公司可补办有关手续，补交有关费用。

B 公司不服上述处罚决定，向黑龙江省高级人民法院提起行政诉讼。一审法院经审理判决：一、撤销 A 市规划局哈规罚决字（1996）第 1 号行政处罚决定中第一部分第 1 项和第 2 项的罚款部分；撤销第二部分第 1 项和第 2 项的罚款部分（即拆除中央大街临街建筑部分的 5、6、7、8、9 层，拆除面积 2964 平方米，罚款 192000 元；拆除中央大街院内建筑部分 8、9 层，拆除面积 760 平方米，罚款 182400 元）；二、维持 A 市规划局哈规罚决字（1996）第 1 号行政处罚决定第一部分第 2 项的保留部分；维持第二部分第 2 项的保留部分（即中央大街 108 号临街建筑地下 1 层，地上 1、2、3、4 层部分予以罚款保留；中央大街 108 号院内建筑地下 1 层，地面 1、2、3、4、5、6、7 层予以罚款保留）；三、变更 A 市规划局哈规罚决字（1996）第 1 号行政处罚决定对该楼的拆除部分，变更为：该楼第七层由中央大街方向向后平行拆至第 3/2 支撑柱；第八层从中央大街方向向后平行拆至第 3 支撑柱；第九层从中央大街方向向后拆至第 4 支撑柱；第七、八、九层电梯间予以保留，电梯间门前保留一个柱距面积通道（上列所提柱距依 A 市纺织建筑设计院 1999 年 3 月 18 日现场实测汇丰楼七至九层平面图纸和规划局、B 公司现场认同立面图为准），对该违章建筑罚款 398480 元。上述罚款于本判决发生法律效力后一个月内履行，上述罚款履行后 B 公司、规划局于一个月内补办有关手续。

一审判决后，哈尔滨市规划局不服原判提出上诉。二审法院经审理后判决驳回上诉人上诉，维持原判。上述案件的一、二审法院审理本案，体现了最高人民法院在批复吉林省高级人民法院专项请示的处理原则。

此外，本章选用的案例的司法处理，同样反映了最高院的应按照具体情况而定的处理意见。利益衡量方法，是社会转型时期为解决制定法与社会生活脱节现象应运而生的一种方法。利益衡量是法官自由裁量的体现。法律规范的作用本是排除法官的恣意裁判，保障司法活动的客观性，但利益衡量却在法律规范滞后于发展的社会关系时，成为法官自由裁量的突出体现。利益衡量适用于存在无法消除的利益冲突的具体案件。确认违法判决的适用必须具备两个基本前提条件：（1）被诉具体行政行为违法，具备被撤销的条件，这是适用确认违法判决的首要条件。（2）撤销具体行政行

为将会给国家利益或者公共利益造成重大损失，这是作出确认违法判决的核心前提。

目前我国各地正处于大建设时期，在城乡建设过程中只有严格遵循我国《城乡规划法》的规定，严格按国家意志加强规划及许可管理，才能增强房地产开发和城市建设的生命活力。同时，审理规划纠纷案件的法官和为房地产开发提供专业法律服务的律师，都应当熟知并研究城市建设规划管理的法律法规，严格遵照司法界的主流意见分析、判断案件中的相关法律问题，并以此作为判断规划许可和房地产开发行为合法有效的依据和前提。

### 1.1 法院如何判定违法行为中的利益损害程度

——李某祥诉秦皇岛市城乡规划局建设工程规划许可证案<sup>①</sup>

**关键词：**建设工程规划许可，违法，法律后果，利益衡量

**问题提出：**当行政机关做出违法建设工程规划许可行为时，法院是如何根据利益损害程度做出判决的？

**裁判要旨：**被诉具体行政行为违反法定程序，属违法行为；如撤销被诉具体行政行为，将给公共利益造成重大损失，故从社会整体利益及本案实际情况慎做衡量，应在保留被诉具体行政行为效力的基础上确认其违法。

#### 案情简介

原告（上诉人）：李某祥

被告（被上诉人）：秦皇岛市城乡规划局

第三人：秦皇岛民安房地产开发有限公司

2003年12月19日，秦皇岛市房地产经营开发公司经挂牌出让方式取得了秦皇岛市海港区道南旧城区约224亩国有土地的出让许可。2007年4月20日被告为其核发了（2007）033号《建设用地规划许可证》。2009年9月15

<sup>①</sup> 一审法院：河北省秦皇岛市山海关区人民法院（2012）山行初字第5号；二审法院：河北省秦皇岛市中级人民法院（2013）秦行终字第22号。