

JIANZHU GONGCHENG FANGDICHAN
FALÜ SHIWU JINGYAO

建筑工程房地产 法律实务精要

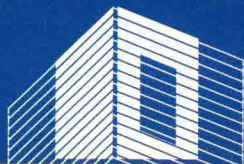
陈洪 ©主编



知识产权出版社
全国百佳图书出版单位

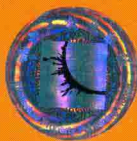
JIANZHU GONGCHENG FANGDICHAN
FALU SHIWU JINGYAO

建筑工程房地产 法律实务精要



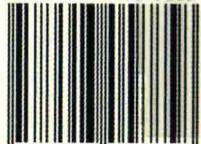
建筑工程房地产热点难点法律问题深度剖析

工程结算、建设工程施工合同、工程质量鉴定、
商品房买卖与抵押、建设工程领域刑事案件等
法律问题实证分析及对策指引



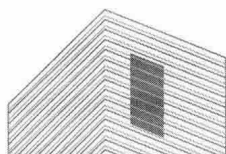
上架建议 法律实务

ISBN 978-7-5130-5885-8



9 787513 058858 >

定价：88.00元



JIANZHU GONGCHENG FANGDICHAN
FALÜ SHIWU JINGYAO

建筑工程房地产 法律实务精要

陈湧 ©主编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

建筑工程房地产法律实务精要 / 陈沸主编. —北京: 知识产权出版社, 2018. 10

ISBN 978 - 7 - 5130 - 5885 - 8

I. ①建… II. ①陈… III. ①房地产法—研究—中国 IV. ①D922. 181. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 226265 号

法律资料分享, docsriver.com

责任编辑: 齐梓伊 唱学静

责任印制: 刘译文

封面设计: 久品轩

建筑工程房地产法律实务精要

陈 沸 主编

出版发行: **知识产权出版社** 有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院

邮 编: 100081

责编电话: 010 - 82000860 转 8112

责编邮箱: ruixue604@163.com

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

发行传真: 010 - 82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 700mm × 1000mm 1/16

印 张: 23.5

版 次: 2018 年 10 月第 1 版

印 次: 2018 年 10 月第 1 次印刷

字 数: 380 千字

定 价: 88.00 元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 5885 - 8

出版者专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

本书编委会

顾 问：朱树英

主 编：陈 沸

副主编：张爱国 曲笑飞

成 员：侯志会 王 钦 郑立钧

编委会成员简介

张爱国

中国海洋大学土木工程学士、浙江大学法律硕士，现任建纬杭州律师事务所副主任、高级合伙人，兼任浙江省律师协会房地产专业委员会委员、杭州仲裁委员会仲裁员、马鞍山仲裁委员会仲裁员。5年工程管理工作经验，1999年起任专职律师至今，担任多家施工企业、房地产开发企业法律顾问，擅长建设工程、房地产、海外投资法律事务。

曲笑飞

南京大学经济法学博士，现任建纬杭州律师事务所副主任、高级合伙人，兼任全国律师协会建房委委员、浙江省建筑业行业协会法务专业委员会副秘书长、杭州律师协会建工委主任，同时兼任杭州仲裁委员会仲裁员、浙江省建设工程领域争议评审专家，曾于2015年、2017年被ENR/《建筑时报》评为“最值得推荐的60位中国工程法律专业律师”。

侯志会

河南大学法学本科，现任建纬杭州律师事务所副主任、高级合伙人，兼任杭州仲裁委员会仲裁员、杭州市滨江区人大代表、浙江省律师协会刑事委副秘书长、杭州市律师协会刑法委副秘书长。2002年起从事律师职业至今，曾被评为“浙江省服务中小企业优秀律师”，擅长建设工程领域的刑事法律事务处理。

王 钦

西南政法大学经济法学学士、民商法学硕士，现任建纬杭州律师事务所副主任、高级合伙人、党支部书记，兼任浙江省杭州市律师协会公司与证券业务委员会、房地产业务委员会委员，杭州市律师协会税务业务委员会委员，擅长公司、证券、合同、保险、税收、破产及建设工程与房地产等商法领域的法律事务处理。

郑立钧

浙江大学法律硕士，现任建纬杭州律师事务所副主任、高级合伙人。担任多家施工企业、房地产开发企业法律顾问，擅长建设工程与房地产、公司、合同、劳动纠纷以及企业法律风险防范等民商事领域的法律事务处理。

成果来自“苦寒磨砺”的身体力行

值此建纬杭州分所成立十周年之际，为新书《建筑工程房地产法律实务精要》作序，我感慨颇深！一则感慨建纬在这10年间的变化，从6家分所到18家分所，遍布18个省、直辖市；二则感慨建纬杭州分所对建纬大家庭作出的贡献，10年间荣获“杭州市规范化律师事务所”“先进基层党组织”“第四届杭州律师论坛‘优秀组织奖’”等殊荣；三则感慨建纬上海总所26年、建纬杭州分所10年对行业的坚守与对专业的坚持！

正如《警世贤文》之“勤奋篇”所云：“宝剑锋从磨砺出，梅花香自苦寒来”，建纬的成果来自建纬人“苦寒磨砺”的身体力行！

建纬所多年来一直坚持“超前、务实、至诚、优质”的八字方针，在专业化道路上砥砺前行，不断从传统的建设工程与房地产领域，向基础设施PPP、不动产金融、工程总承包等领域迈进，并筹建“建纬建设争议商事调解中心”，靠所有建纬人的不懈努力，连续数年蝉联钱伯斯建设工程专业律所榜首。

我个人无论做律师还是政协委员，始终秉持“业精于勤荒于嬉，行成于思毁于随”的理念，鞭策自己精益求精。我在上海建纬所从业的26年间先后撰写、出版17部专业法律图书，共计1641万字，仅我的6本专著就达252万字。为鼓励现在的年轻律师在专业道路上走得长远，走得扎实，我将30余年的律师执业经历总结在《苦难磨砺筑方圆》上、下两册的一套书中，概括为“能说会写”4个字，告诫年轻律师要注重律师的演讲与写作。

律师的演讲和写作是律师执业的基本功，是律师的立身之本，发达之魂。说得直白些，律师就是靠“嘴皮子”和“笔杆子”讨生活的。要想靠律师这个职业安身立命，既要嘴皮子过硬，又要笔杆子过硬；要想靠律师这个职业获取

事业成功、实现人生价值，“能说”和“会写”如鸟之双翼，二者缺一不可，至关重要。但是，若要具备这两项能力，是需要积淀的，需要长期的积累和历练，没有捷径可言，唯有勤说多写。

“说”体现在庭审控辩、商务谈判、讲座授课等方面；“写”体现在法律文书、立法修订、论文专著等方面。律师的工作无论哪一天都离不开演讲，也离不开写作，可以说律师的人生就是演讲的人生，就是写作的人生。律师通过提升演讲和写作能力，能够提升自己的业务能力和市场价值，能够提高自己的行业影响和社会地位，从而扩大业务来源、增强创收能力，改变“律师找业务”的被动局面，形成“业务找律师”的主动地位。律师通过刻苦的磨砺和艰苦的努力，不断提升律师演讲和写作能力，最终使自己成为律师行业中的专家。

《建筑工程房地产法律实务精要》就是律师写作的成果体现。看到此书，我深感欣慰，欢喜于他们取得的每一份荣誉，更赞许他们背后的每一份付出，一分耕耘一分收获，唯有经历风雨方能看见彩虹。建纬杭州分所今天的成果来自建纬杭州分所人“苦难磨砺”的身体力行。希望建纬杭州分所百尺竿头，更进一步！

《管子·权修》云：“十年之计，莫如树木；终身之计，莫如树人。”建纬杭州分所10年，建纬上海总所20余载，在行业发展与专业拓展的道路上，重在法律专业人才的培养，在不断壮大建纬专业律师队伍的同时，不断为律师行业培养人才。路漫漫其修远兮，唯有不忘初心，砥砺前行。

正春华之俏，待秋实果茂，与君共勉！

中华全国律师协会建设工程与房地产专业委员会主任 朱树英
于建纬杭州分所成立十周年之际

感谢坚持

建纬（建纬杭州律师事务所）十年，我最大的收获，是收获友谊。与一群积极进取的同事在一起，一起欢笑，一起彷徨，一起努力，一起成长……

秋天是收获的季节，我们经过十年的辛勤耕耘，准备迁入杭州钱江新城核心商务区的高德置地广场，以庆祝建纬杭州分所的十周岁生日。同时，我们还将举办一场关于工程总承包及全过程工程咨询的论坛，以体现我们的专业水准，并回馈一直以来支持我们的客户与各界朋友。

我们常说的法律研习三要素：第一是法律原理；第二是法律规则；第三是司法案例。法律人要 *thinking like a lawyer*，这里的 *lawyer* 是法律实务家的意思，故对于实务理论的研究是法律人永恒的主题。

非常庆幸，年轻人从法学院毕业后，进入我们的团队，就开始接受严格的实务训练，除却传统的“传帮带”形式外，我们还给予每周一次的解读建设工程与房地产领域疑难问题的培训，坚持数年，成效显著。看到年轻人逐渐成长，自然由衷地感到高兴，这也是我们事业的重要意义之所在。

王泽鉴教授说，法学的训练在于写作和案例研究。写作是知识回顾的极佳方法，体系化梳理可将某一领域的问题予以固化；而通过案例研究来解决实际问题，则是法律人的终极目标，归纳、演绎、类比之诸路径，对思维能力的提升大有裨益。

建纬律师事务所创始人朱树英先生认为，律师要能说会写。一名优秀的律师，雄辩的口才自然必不可少，但我认为，文字功底更见平时之历练，法律素养之体现。写作，是律师执业生涯永远绕不过去的话题。

我们通过制度设计，鼓励年轻律师多写文章，也是提高专业水准与培养人

才的一种方法。我们曾经分12个专题，以杭州市中级人民法院近3年关于建设工程施工合同纠纷案的判决书为样本，展开大数据分析，提炼裁判要旨，形成论文集。后所有作者获邀赴杭州市中级人民法院研讨，增强了法律职业共同体的互动，也展现了我们的专业能力，提升了我们的专业地位。

在参与立法方面，写作更是起到独特的重要作用，如住房和城乡建设部委托建纬律师事务所起草《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》，课题组成员对于某一细分领域的研究，通常都会形成论文。

读不在三更五鼓，功只怕一曝十寒。成建纬之专，唯守恒心之道。实务训练如是，写作亦如是。点滴之藏，汇成仓。

本书荟萃了所内多位律师的研究成果，百花齐放，百家争鸣，凝聚着律师们的汗水与智慧，呈现出律师们开阔的探究领域、深入的思维触角和扎实的专业功底。本书中数十篇论文，是理论与实践的完美结合。钩章棘句，筚路蓝缕，记叙了探索者的艰辛；雁过留声，雪泥鸿爪，印证着实践者的足迹；所内律师们实践经验的总结，法学探索的见解皆在书内。

夜深了，我忆起自己所走过的路，不禁感慨万千。更想起20世纪90年代初在法院工作时，曾主编刊物《青年与法》，彼时青葱岁月，激情澎湃，如今则以培养年轻人为己任，更是我们这一代法律人的使命。时事变迁，唯有积极拥抱变化，方使我们立于不败之地。

感谢坚持！感谢我的伙伴们！感恩之际，抒怀以为序。

陈 沸

2018年8月8日暮夏夜

目 录

-
- 建设工程篇** 3 **工程结算中“以审计为准”条款的理解与突破**
牛永帅
- 15 **建设工程施工合同纠纷中专家辅助人制度的完善**
陈 沸 斯陈洁
- 28 **建设工程纠纷中的表见代理**
——以举证责任的分配为视角
陈 沸 朱春苗
- 39 **浅议对被收购建筑施工企业承建项目尽职调查思路的
构建**
陈 沸 蒋 烽
- 50 **工程质量鉴定的质证要点与采信标准**
——基于杭州中院 5 个典型案例的考察
曲笑飞
- 71 **双方当事人已就工程价款达成结算协议，能否启动司法
鉴定程序**
——从一起建设工程施工合同纠纷案件谈起
杨 峰

- 87 **建设工程领域刑事案例实证分析**
——基于杭州地区法院 27 个刑事判决的考察
侯志会 施飞军
- 109 **尴尬的情怀，错位的制度**
——对“实际施工人”概念及制度的反思
曲笑飞
- 119 **建设工程固定价合同调整价差司法路径分析**
徐 丹
- 130 **工程转包与挂靠的认定与甄别**
徐 丹
- 141 **法院对建设工程领域“背靠背”条款处理的常见类型**
——基于近两年的 20 个典型案例的分析
宋坚达
- 158 **当事人自行委托鉴定的效力与操作**
——基于 18 个建设工程案例的分析
曲笑飞
- 168 **论情事变更原则在建设工程施工合同中的适用**
郑立钧
- 185 **业主指定发包的规范与操作**
曲笑飞
- 199 **建设工程代建模式中的工程款支付主体认定**
——基于 15 个典型案例的分析
曲笑飞

210 承包人承诺放弃优先受偿权的效力

曲笑飞

房 地 产 篇

221 商品房赠送面积所涉法律困境及实例解析

朱春苗

232 认定商品房宣传资料效力的实证分析

——基于浙江法院 111 个判决的考察

王 钦 徐 琼 黄 博

246 “附赠花园”衍生的权利冲突及物权规则探析

陈 沸 朱春苗

256 预购商品房抵押权预告登记相关实务问题研究

徐 琼 王 钦 周 丰

270 地下车位权属问题刍论

徐 琼 王 钦 周 丰

280 网签下商品房买卖合同新实务问题研究

——以杭州市区操作为例

王 钦 徐 琼

民 商 篇

289 执行异议之诉中不动产物权期待权问题探究

项 平

299 快递承运致买卖合同标的物损失的风险负担刍论

郭青青 徐 琼

- 322 **阻遏委托方“跳单行为”之路径新探**
——以救济中介方“报酬请求权”为切入点
郭青青 徐琼

-
- 税 务 篇** 339 **达摩克利斯之剑：实质课税原则**
——以股权并购中的土地增值税为视角
王钦 徐琼 周丰
- 350 **房屋计税依据明显偏低时“正当理由”的认定相关实务问题研究**
王钦 徐琼 黄博

'01

建设工程篇

工程结算中“以审计为准”条款的理解与突破
建设工程施工合同纠纷中专家辅助人制度的完善
建设工程纠纷中的表见代理

——以举证责任的分配为视角

浅议对被收购建筑施工企业承建项目尽职调查思路的构建
工程质量鉴定的质证要点与采信标准

——基于杭州中院5个典型案例的考察

双方当事人已就工程价款达成结算协议，能否启动司法鉴定程序

——从一起建设工程施工合同纠纷案件谈起

建设工程领域刑事案例实证分析

——基于杭州地区法院27个刑事判决的考察

尴尬的情怀，错位的制度

——对“实际施工人”概念及制度的反思

建设工程固定价合同调整价差司法路径分析

工程转包与挂靠的认定与甄别

法院对建设工程领域“背靠背”条款处理的常见类型

——基于近两年的20个典型案例的分析

当事人自行委托鉴定的效力与操作

——基于18个建设工程案例的分析

论情事变更原则在建设工程施工合同中的适用

业主指定发包的规范与操作

建设工程代建模式中的工程款支付主体认定

——基于15个典型案例的分析

承包人承诺放弃优先受偿权的效力

工程结算中“以审计为准”条款的理解与突破*

牛永帅**

在建设工程施工合同纠纷中，施工单位请求支付工程款是最为常见的纠纷类型，此类纠纷中工程价款的举证责任通常由施工单位负担。实践中，工程价款的确定，或由双方对账确认，或由双方委托第三方审价。如果上述方式遇阻，久拖不决，当事人可在诉讼（仲裁）程序中申请司法鉴定，通常仅需数月时间即可完成工程造价金额的基本确定，施工单位回收工程款的风险整体上可控。但是，若施工合同中约定类似“工程造价以政府审计结论为准”的条款（以下简称“以审计为准”条款）时，审计程序的启动和审计进程的快慢，施工单位均无从置喙，对审计程序和审计结论的影响微乎其微，从而不能合理地维护自身权益，使工程结算徒增变数，为将来的利益损失埋下隐患。

在工程结算中，经常涉及“审计”一词，若工程结算委托给第三方进行，称为“第三方审计”；由建设单位内部核算部门进行，称为“内部审计”，这些类型的审计均属民事行为，其效力取决于双方当事人是否认可相应结论，此种审计不属于本文讨论对象。

本文讨论的“审计”，指根据《政府投资项目审计规定》中规定的“审计机关对政府投资和以政府投资为主的项目实施的审计和专项审计调查”，是《中华人民共和国审计法》（以下简称《审计法》）意义上的政府审计行为。在

* 本文获“第四届杭州律师论坛优秀奖”。

** 牛永帅，建纬杭州律师事务所律师，西南政法大学法学硕士。