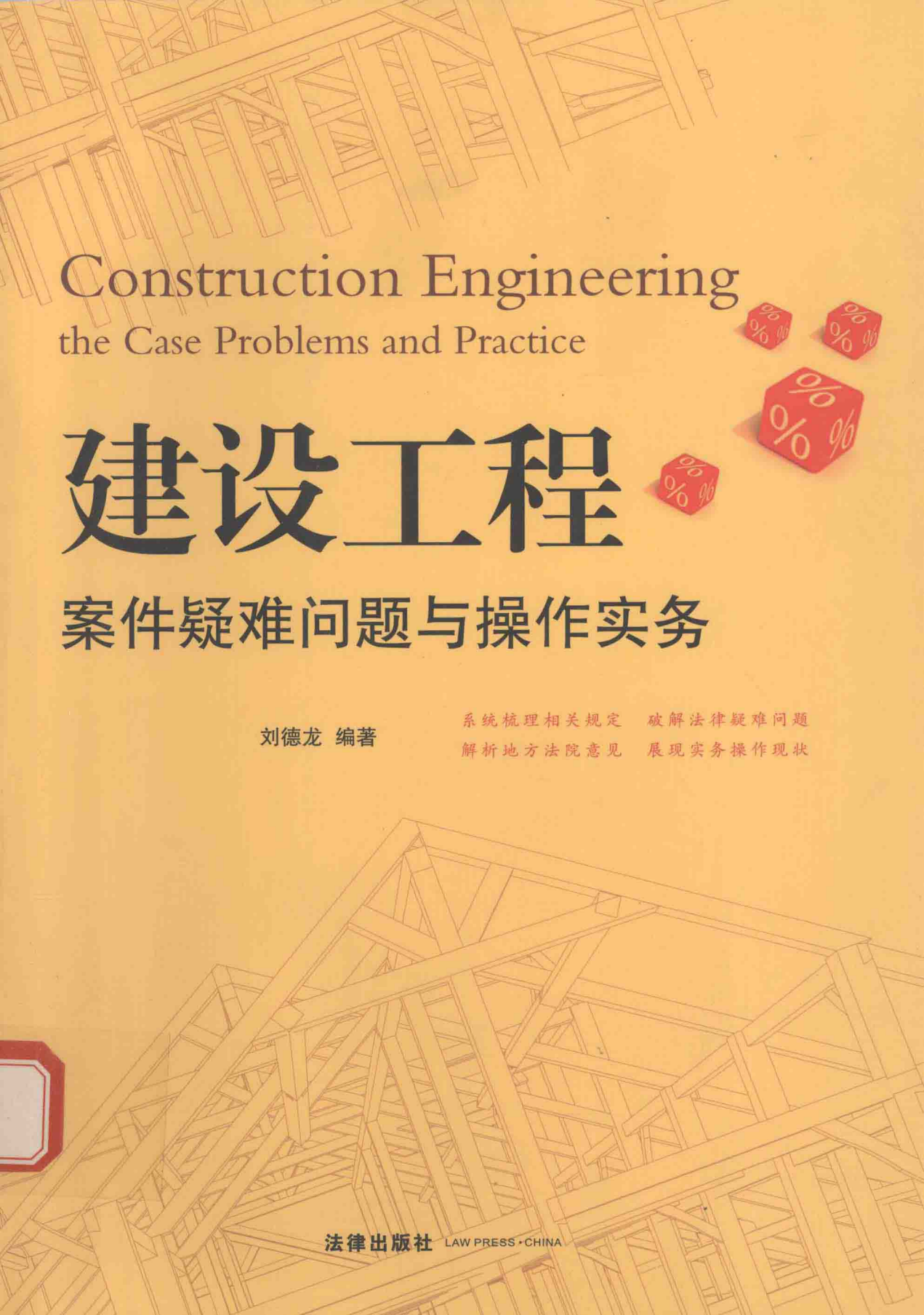




Construction Engineering
the Case Problems and Practice

建设工程

案件疑难问题与操作实务

刘德龙 编著

系统梳理相关规定 破解法律疑难问题
解析地方法院意见 展现实务操作现状



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

Construction Engineering
the Case Problems and Practice

建设工程

案件疑难问题与操作实务

刘德龙 编著

法律出版社 LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

建设工程案件疑难问题与操作实务 / 刘德龙著. —
北京: 法律出版社, 2015. 1
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7510 - 5

I. ①建… II. ①刘… III. ①建筑法—研究—中国
IV. ①D922.297.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 024818 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/郑怡萍

装帧设计/马 帅

出版/法律出版社

编辑统筹/综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印业有限公司

责任印制/沙 磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/21.75 字数/308 千

版本/2015 年 1 月第 1 版

印次/2015 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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7510 - 5

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

当前,由于我国建筑市场主体不规范现象较为普遍,建设工程案件呈现出法律关系重叠复杂、案件事实扑朔迷离的特点。对法律实务中遇到的诸如“黑白合同”、实际施工人、挂靠、“以送审价为准”、建设工程的“擅自使用”等难题,不仅学者、法官、仲裁员、律师的认识不同,地方法院出台的指导意见也有差异。对这些疑难问题,法律法规和司法解释有明确规定的遵循规定;没有明确规定的,法官尚可本着公平公正的原则,通过自由裁量权妥当裁判,而律师则不应把案件诉讼目标的实现寄托在法官的自由裁量权上。作为律师,在案件作出裁判之前,即代理过程中就要对相关法律问题有一个准确的认识和理解,只有这样才能厘清诉讼思路,把握案件走向,保证办案质量。为此,对代理建设工程案件的律师来讲,必须在熟悉建设工程法律法规、司法解释的基础上,注重学习最高人民法院法官的观点、地方法院出台的指导意见,并要关注最高人民法院公开发布的相关案例,以对建设工程法律实务中的疑难问题有一个正确的把握,所谓“不打无准备之仗”,更好地维护当事人的合法权益。

作者在本书中,结合自己代理建设工程案件的实务经验,围绕建设工程法律实务中的疑难问题,梳理了建设工程相关法律法规、司法解释以及地方各高级人民法院的指导意见,研究了最高人民法院近年来公布的相关具有代表性的案例,对建设工程法律实务中的疑难问题进行了有针对性的研析,对这些疑难问题在实务中的操作现状进行了立体式的展现。

本书从写作思路分为4个层面,也即本书的特点:

- (1)系统梳理相关规定
- (2)解析地方法院意见

(3) 破解法律疑难问题

(4) 展现实务操作现状

作者依照以上思路写作本书,是从律师代理建设工程案件的思路出发的,实质上体现了作者办理案件时研究相关法律问题的思维过程,希望本书能为律师代理建设工程案件提供有益参考。同时,本书也适合从事建设工程法律实务的法官、仲裁员、公司法务人员阅读。作者深知,工程实践复杂多样,工程法律博大精深,本书难以面面俱到,加之作者学识和能力有限,书中的思考 and 认识是否正确,尚须读者的评判,恳请读者多多提出宝贵意见。

刘德龙

2015 年 1 月 1 日

目 录

专题一 建设工程案件涉及合同效力与“黑白合同”的疑难问题 与操作实务	(1)
【观点梳理】	(1)
一、合同效力	(1)
二、“黑白合同”	(7)
【对地方法院有关“黑白合同”规定的解析】	(8)
一、福建省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案 件疑难问题的解答》	(8)
二、山东省高级人民法院《关于印发全省民事审判工作座谈会 纪要的通知》	(9)
三、山东省高级人民法院《关于印发全省民事审判工作会议纪 要的通知》	(10)
四、江苏省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案 件若干问题的意见》	(12)
五、安徽省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案 件适用法律问题的指导意见》	(13)
六、四川省高级人民法院《关于审理涉及招投标建设工程合同 纠纷案件的有关问题的意见》	(13)
七、广东省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案 件若干问题的指导意见》	(14)
八、北京市高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案 件若干疑难问题的解答》	(14)

九、浙江省高级人民法院民事审判第一庭《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》	(15)
十、广东省高级人民法院《全省民事审判工作会议纪要》	(16)
十一、杭州市中级人民法院民一庭《关于审理建设工程及房屋相关纠纷案件若干实务问题的解答》	(17)
【疑难问题】	(18)
一、“黑白合同”规定的适用范围是否限于强制招标项目	(18)
二、“白合同”的结算地位能否被动摇	(18)
三、中标通知书能否成为“白合同”	(19)
四、“黑合同”与合同变更的界限	(19)
五、中标通知书与建设工程合同成立的关系	(19)
【操作实务】	(22)
一、中标通知书发出后,未履行正式签订书面合同的行为,中标合同未成立	(22)
二、无效施工合同的发包人也有权请求参照合同约定支付工程价款	(23)
三、当“白合同”无效时,实际履行的合同应作为结算依据	(24)
四、让利承诺书本质上是“黑合同”,应认定无效	(26)
专题二 建设工程案件涉及工期的疑难问题与操作实务	(28)
【观点梳理】	(28)
一、工期认定	(28)
二、工期延误	(30)
【对地方法院有关工期规定的解析】	(31)
一、安徽省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的指导意见》	(31)
二、北京市高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干疑难问题的解答》	(32)
三、福建省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干疑难问题的解答》	(34)

四、广东省高级人民法院《全省民事审判工作会议纪要》	(35)
五、深圳市中级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件的指导意见》	(35)
六、浙江省高级人民法院民事审判第一庭《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》	(37)
【疑难问题】	(38)
一、施工合同无效工期延误和延期付款的责任承担	(38)
二、施工完毕情形下的工程停工与工期顺延	(38)
三、发包人拖延验收与竣工日期的确定	(38)
四、工期索赔逾期失权约定的效力	(38)
【操作实务】	(39)
一、停工时间应根据案件事实综合确定,停工损失应由过错方赔偿	(39)
二、施工合同无效应按照无效合同的处理原则确认损失	(41)
三、施工合同无效工期进度奖励金条款相应无效	(44)
专题三 建设工程案件涉及工程质量的疑难问题与操作实务	(47)
【观点梳理】	(47)
一、建设工程的竣工验收	(47)
二、工程质量的责任主体	(52)
三、工程质量的责任承担	(56)
【对地方法院有关工程质量规定的解析】	(59)
一、安徽省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的指导意见》	(59)
二、山东省高级人民法院《2008 年民事审判工作会议纪要》	(59)
三、山东省高级人民法院《关于印发全省民事审判工作会议纪要的通知》	(60)
四、福建省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件疑难问题的解答》	(62)
五、浙江省高级人民法院民事审判第一庭《关于审理建设工程	

施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》·····	(64)
六、江苏省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案 件若干问题的意见》·····	(66)
七、北京市高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案 件若干疑难问题的解答》·····	(66)
八、广东省高级人民法院《全省民事审判工作会议纪要》·····	(69)
九、杭州市中级人民法院民一庭《关于审理建设工程及房屋相 关纠纷案件若干实务问题的解答》·····	(69)
【疑难问题】·····	(70)
一、施工合同约定的工程质量标准与国家强制性标准不一致 的效力·····	(70)
二、保修期限与保修金返还的关系·····	(70)
三、施工合同无效的质量保修责任·····	(70)
四、工程质量缺陷修复费用的承担·····	(70)
五、以工程质量存在问题进行的抗辩·····	(70)
六、合同约定发包人未经竣工验收使用工程后,承包人仍然承 担质量缺陷责任条款的效力·····	(71)
七、发包人未经竣工验收擅自使用工程,承包人应否继续承担 质量保修责任·····	(72)
【操作实务】·····	(73)
一、建设工程已经竣工验收合格,工程存在的质量问题一般应 属于工程质量保修的范围·····	(73)
二、因组织工程竣工验收的主体不适格,质监部门出具的竣工 验收报告不具有证明力·····	(75)
三、违反最低保修期限,约定保修期限虽满质量责任仍应承担 ·····	(76)
专题四 建设工程案件涉及工程价款的疑难问题与操作实务·····	(78)
【观点梳理】·····	(78)
一、建设工程价款构成·····	(78)

二、工程价款计价模式	(84)
三、施工合同价格形式	(86)
四、建设工程价款结算与支付	(89)
五、以送审价为准	(98)
六、垫资条款的效力	(101)
七、审计结论与财政评审	(107)
【对地方法院有关工程价款结算与支付规定的解析】	(108)
一、安徽省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案 件适用法律问题的指导意见》	(108)
二、北京市高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案 件若干疑难问题的解答》	(109)
三、福建省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案 件疑难问题的解答》	(115)
四、广东省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案 件若干问题的指导意见》	(117)
五、广东省高级人民法院《全省民事审判工作会议纪要》	(119)
六、杭州市中级人民法院民一庭《关于审理建设工程及房屋相 关纠纷案件若干实务问题的解答》	(119)
七、江苏省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案 件若干问题的意见》	(121)
八、山东省高级人民法院《关于印发全省民事审判工作座谈会 纪要》的通知	(122)
九、山东省高级人民法院《2008 年民事审判工作会议纪要》	(123)
十、山东省高级人民法院《关于印发全省民事审判工作会议纪 要》的通知	(123)
十一、深圳市中级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷 案件的指导意见》	(126)
十二、浙江省高级人民法院民事审判第一庭关于印发《关于审 理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》的 通知	(127)

十三、重庆市高级人民法院关于当前民事审判若干法律问题的指导意见	(129)
【疑难问题】	(130)
一、结算协议的效力	(130)
二、固定价格合同未完工情形下工程款的结算	(130)
三、固定总价合同工程量、工程价款的调整	(130)
四、项目经理、监理人员及工作人员签证的效力	(131)
五、主张工程款的诉讼时效	(132)
六、合作开发房地产各方对工程款债务的承担	(132)
【操作实务】	(133)
一、审计部门对建设资金的审计不影响建设单位与承建单位的合同效力及履行	(133)
二、财政评审中心作出的审核结论原则上不能作为工程结算依据	(134)
三、作为合同结算依据的地方政府文件被撤销,不影响合同相关条款约定的效力	(136)
四、开具发票与支付工程款并非对等义务	(138)
五、建筑物所有人依据合同约定对建筑工程总承包人应付工程款不承担责任的应予支持	(141)
 专题五 建设工程案件涉及工程价款优先受偿权的疑难问题与操作实务	(144)
【观点梳理】	(144)
一、建设工程价款优先受偿权的性质及要件	(144)
二、建设工程价款优先受偿权的发展及完善	(145)
【对地方法院有关建设工程价款优先受偿权规定的解析】	(146)
一、安徽省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的指导意见》	(146)
二、广东省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见》	(147)

三、广东省高级人民法院《全省民事审判工作会议纪要》	(148)
四、广东省高级人民法院《关于在审判工作中如何适用〈合同法〉第286条的指导意见》	(149)
五、杭州市中级人民法院民一庭《关于审理建设工程及房屋相关纠纷案件若干实务问题的解答》	(152)
六、江苏省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》	(153)
七、深圳市中级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件的指导意见》	(154)
八、浙江省高级人民法院民事审判第一庭《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》	(155)
九、浙江省高级人民法院执行局《执行中处理建设工程价款优先受偿权有关问题的解答》	(155)
十、重庆市高级人民法院对最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》应如何理解的意见	(158)
【疑难问题】	(159)
一、建设工程价款优先受偿权的权利主体	(159)
二、建设工程价款优先受偿权的标的物	(160)
三、建设工程价款优先受偿权的债权范围	(161)
四、建设工程价款优先受偿权的行使	(162)
五、合同无效与建设工程价款优先受偿权	(163)
【操作实务】	(164)
一、建设工程价款优先受偿权的标的物不包括建设工程所占用的土地使用权	(164)
二、未完工程承包人可以主张建设工程价款优先受偿权	(167)
三、建设工程施工合同项下债权可以转让,受让人对该建设工程享有优先受偿权	(168)
四、承包人承诺放弃优先受偿权的条件未成就其对转让的工程仍享有建设工程价款优先受偿权	(169)

专题六 建设工程案件涉及实际施工人的疑难问题与操作实务 (172)

【观点梳理】..... (172)

一、转包 (172)

二、违法分包 (174)

三、挂靠 (175)

四、实际施工人利益的保护 (176)

【对地方法院有关实际施工人规定的解析】..... (178)

一、安徽省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的指导意见》..... (178)

二、北京市高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》..... (181)

三、福建省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件疑难问题的解答》..... (185)

四、广东省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见》..... (187)

五、广东省高级人民法院《全省民事审判工作会议纪要》..... (188)

六、江苏省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》..... (189)

七、山东省高级人民法院《关于印发全省民事审判工作会议纪要》的通知..... (190)

八、浙江省高级人民法院民事审判第一庭《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》..... (191)

九、重庆市高级人民法院《关于当前民事审判若干法律问题的指导意见》..... (192)

十、杭州市中级人民法院民一庭《关于审理建设工程及房屋相关纠纷案件若干实务问题的解答》..... (192)

【疑难问题】..... (194)

一、实际施工人的范围 (194)

二、实际施工人的诉讼地位 (194)

三、发包人责任的性质 (194)

四、发包人是否欠付工程款的举证责任	(196)
五、劳务分包与转包、违法分包的区别	(196)
六、内部承包与挂靠的区别	(196)
七、挂靠人以被挂靠人名义对外行为的法律后果	(197)
【操作实务】	(197)
一、建设工程经竣工验收合格后,实际施工人与发包人 所签订的建设工程价款结算协议可予保护	(197)
二、根据合同的相对性原则,非合同签订人不能请求他人 签订的合同无效	(198)
三、承包人将工程转包,发包人有权要求按照实际施工 人的资质据实结算工程款	(198)
专题七 建设工程案件涉及司法鉴定的疑难问题与操作实务	(201)
【观点梳理】	(201)
一、司法鉴定的相关规定	(201)
二、司法鉴定实务中存在的问题	(203)
三、建设工程司法鉴定	(204)
四、建设工程司法鉴定程序	(205)
【对地方法院有关建设工程司法鉴定规定的解析】	(208)
一、北京市高级人民法院《关于审理建设工程施工合 同纠纷案件若干疑难问题的解答》	(208)
二、广东省高级人民法院《关于审理建设工程施工合 同纠纷案件若干问题的指导意见》	(209)
三、广东省高级人民法院《全省民事审判工作会议纪 要》	(210)
四、杭州市中级人民法院民一庭《关于审理建设工 程及房屋相关纠纷案件若干实务问题的解答》	(211)
五、江苏省高级人民法院《关于审理建设工程施工合 同纠纷案件若干问题的意见》	(212)
六、山东省高级人民法院《关于印发全省民事审判工 作座谈会纪要的通知》	(213)

七、深圳市中级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件的指导意见》	(214)
八、浙江省高级人民法院民事审判第一庭《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》	(214)
九、重庆市高级人民法院《关于当前民事审判若干法律问题的指导意见》	(216)
【疑难问题】	(216)
一、工程造价司法鉴定	(216)
二、工程质量司法鉴定	(218)
三、司法鉴定与审判权	(218)
【操作实务】	(220)
当事人约定按照固定价结算工程价款,一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的,不予支持	(220)
 专题八 建设工程案件律师代理实录	(222)
一、原告起诉情况	(222)
二、一审法院认定与判决	(223)
三、被告上诉情况	(224)
四、二审法院认定与判决	(226)
五、宁夏××建筑工程有限公司申请再审情况	(227)
六、陕西省高级人民法院裁定	(227)
七、××市中级人民法院再审认定与判决	(228)
八、宁夏××建筑工程有限公司、刘某申请再审情况	(228)
九、陕西省高级人民法院裁定	(233)
十、陕西省高级人民法院再审认定与裁定	(236)
 附录 建设工程施工合同(示范文本)(GF-2013-0201)	(240)

专题一 建设工程案件涉及合同效力与“黑白合同”的疑难问题与操作实务

建设工程实践中,承发包双方出于逃避监管、降低规费等各种目的,加之建设工程施工周期长、不确定性因素较多等原因,在一个工程项目中签订几份合同的现象较为常见。在法律实务当中,不管是诉讼,还是仲裁,首要的问题便是正确认定涉案建设工程施工合同的效力,合同的效力问题直接决定了案件的审理走向。与其他合同类案件相比,“黑白合同”的区分又是建设工程施工合同案件的一个鲜明特征。办理建设工程施工合同案件,不仅要准确判断合同效力,还要注意识别“黑白合同”,在此基础上才能确定最终定案的合同依据。虽然最高人民法院《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》(法释[2004]14号,以下简称《建设工程司法解释》)对合同效力与“黑白合同”作出了具体规定,但由于合同效力与“黑白合同”的判断对象均针对案涉合同,判断所依据的事实也有重叠,使这类问题在实务中变得扑朔迷离。不仅学者、法官、仲裁员、律师意见各异,地方各高级人民法院出台的指导意见也不一致。

【观点梳理】

一、合同效力

(一)合同效力的判断

建设工程施工合同作为我国《合同法》分则第16章规定的有名合同,判断其合同效力当然要适用《合同法》第52条的规定。同时,《建设工程司法解释》第1条和第4条针对建设工程施工合同的效力问题作出了具体规定,

也是我们判断合同效力的重要依据。

1. 《合同法》的规定。《合同法》第 52 条规定,有下列情形之一的,合同无效:

- (1) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;
- (2) 恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;
- (3) 以合法形式掩盖非法目的;
- (4) 损害社会公共利益;
- (5) 违反法律、行政法规的强制性规定。

《合同法》颁布实施之后,最高人民法院司法解释针对合同效力的认定问题作了限缩性解释。一是,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第 4 条规定:合同法实施以后,人民法院确认合同无效,应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据,不得以地方性法规、行政规章为依据。二是,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第 14 条规定:《合同法》第 52 条第 5 项规定的“强制性规定”,是指效力性强制性规定。

2. 《建设工程司法解释》的规定。根据《建设工程司法解释》第 1 条和第 4 条的规定,以下情形建设工程施工合同无效:

(1) 承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级承揽建设工程的合同无效。

建筑工程质量事关人民群众生命财产安全,所谓百年大计,质量为本,而建筑施工企业的建筑施工能力是保证建设工程质量的前提条件。《建筑法》从各个层面对工程质量作了严格规定,其中就包括对建筑施工企业实行资质强制管理制度。按照《建筑法》规定,从事建筑活动的建筑施工企业,按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件划分为不同的资质等级,经资质审查合格,取得相应等级的资质证书后,方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。因此,承包人未取得建筑施工企业资质的不允许承揽工程,并且不允许取得资质的建筑施工企业超越资质等级承揽工程。法律实务中判断承包人是否具备资质及是否超越资质的依据是原建设部颁布的《建筑业企业资质管理规定》、《建筑施工企