

100个案例丛书

100 GE AN LI CONG SHU

建设工程纠纷

案例答疑

陈旻 金华利 著

浩如烟海的案例库，搜索太难，
找不到相似案例？

长篇累牍的判决书，看着太累，
找不到胜败关键？

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

请翻开本书寻找答案

100个案例丛书
100 GE AN LI CONG SHU

建设工程纠纷

案例答疑

陈旻 金华利 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

建设工程纠纷案例答疑/陈旻, 金华利著. —北京: 中国法制出版社, 2008. 10

(100 个案例丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0767 - 0

I. 建… II. ①陈…②金… III. 建筑工程 - 经济纠纷 - 案例 - 分析 - 中国 IV. D922. 297. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 144513 号

建设工程纠纷案例答疑

JIANSHE GONGCHENG JIUFEN ANLI DAYI

著者/陈旻 金华利

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2008 年 11 月第 1 版

印张/9.75 字数/220 千

2008 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0767 - 0

定价: 25.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66065921

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

作者简介：

陈旻，北京大学法学硕士，北京市高级人民法院民一庭法官，主要负责房地产纠纷案件的审理工作。

金华利，法律硕士，北京市戎联律师事务所律师，在合同法、公司法、金融法、房地产法等领域具有丰富的司法实践经验，尤擅长房地产案件的诉讼与仲裁及公司法律事务的处理。

前言

顾名思义，本书是关于建设工程施工合同纠纷案例的分析和研究，研究的范围基本上涵盖了建设工程施工合同纠纷案件的方方面面。一般认为，案例研究的意义在于：首先，“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”，个案中蕴涵的法理更容易被理解和接受，加强案例研究有助于公众加深对法律的理解。其次，案例研究具有“澄清”和“划线”的功能。具体法律条文在解释上通常既有明确的核心部分，又有模糊的边缘部分，通过案例的分析引起理论上的探讨，模糊的边缘部分会变得清晰，以至出现明确的适用范围和边界。再次，在法律理论的创新过程中，案例研究是一个不可或缺的重要环节。实践中，法律理论的创新往往是从具体案例审理的突破开始的，是一个随着解决具体案例的需要而在具体的诉讼实践中发展理论的演化过程。最后，案例研究还有助于推动我国法制从“案例”到“判例”的制度建设。

本书选取了近年来审判实践中发生的32个建设工程施工合同纠纷案例，根据体例安排和分析需要，分为建设工程施工合同的效力、工程款的结算、给付与抗辩和建设工程优先受偿权三部分。在案例的选择上，尽量做到所选案例具有典型性、新颖性和疑难性的特点。所谓典型性，是指所选取的案例是在实践中经常发生或大量存在的，法律关系比较清晰，能够直接运用某一法律规定，具有普遍性、代表性的案例；所谓新颖性，是指所选取的案例一般是近几年发生的新型案例，能够适用当前生效的法律规定和原则；所谓疑难性，是指所选取的案例涉及的法律关系比较复杂，法律规定不甚明确，法

律理论上尚无定论，在实践中存在不同甚至相反观点的案例。每篇案例主要由案情、结果、分析、提示以及胜败关键五个部分构成，客观反映了案件的基本事实与处理结果，突出案件的争议焦点，结合我国相关法律规定，对实践中出现的疑点、难点问题进行了详细地说明和分析，并对当事人在案件中成败的原因进行了高度的归纳和概括。

实践中，由于建设工程施工合同具有政策性和行政管理性强、周期长、市场不够规范、地区差异较大等特点，因此该类纠纷在审理中具有很大的不确定性，不同法院、甚至同一法院在不同时期同案不同判的现象十分严重，当事人对案件处理很难有稳定的预期，因此本书在案例分析中尽量介绍司法实践中已经达成的基本共识以及尚存分歧的不同观点，列举各地法院下发的内部规范性意见中的相关规定，期望给读者以启发和借鉴。另外，在案例分析中，笔者除对案例中争议的典型、疑难问题进行详细分析外，还对与之相关的法律问题给予必要的关注，限于篇幅所限，这种关注仅限于司法实践中已达成一致的描述，没有深入地说明理由和依据，请读者见谅。

由于时间仓促，更受制于笔者的知识结构和认知能力，书中难免存在诸多不足，敬请读者批评指正。

笔者

2008年10月

目

录

第一章 建设工程施工合同的效力 / 1

- 001 影响建设工程施工合同效力的主要情形有哪些? / 30
- 002 签订书面形式合同是否是建设工程施工合同的生效要件? / 12
- 003 涉及“三无工程”签订的建设工程施工合同的效力应如何确定? / 18
- 004 未取得建设工程施工许可证签订的建设工程施工合同的效力应如何认定? / 26
- 005 承包人超越资质等级签订建设工程施工合同, 后在建设工程竣工前取得了相应资质等级, 其签订的建设工程施工合同的效力应如何认定? / 33
- 006 未经备案的建设工程施工合同的效力如何确定? / 38
- 007 建设工程转包和违法分包行为如何认定和处理? / 43
- 008 如何区分建设工程施工中的劳务分包与非法转包? / 51

第二章 工程款的结算、给付与抗辩 / 59

- 009 房地产合作开发中,合作一方以自己的名义与承包人签订建设工程施工合同,欠付工程款,其他合作方是否需承担责任? / 61
- 010 双方当事人自愿达成工程结算协议,一方当事人以显失公平为由要求撤销结算协议,并请求人民法院对工程进行造价鉴定的,应如何处理? / 68
- 011 建设工程施工合同履行过程中签订的结算协议、签证、材料采购合同上签字盖章的效力如何确定? / 77
- 012 建设工程施工合同约定按照固定价格结算工程款,一方当事人提出对工程价款重新结算的,应如何处理? / 86
- 013 建筑工程施工合同的发包人违反合同约定,对承包人提交的工程竣工结算报告逾期不予答复的,如何确定工程款的结算依据? / 95
- 014 无效建设工程施工合同的工程款结算如何确定? / 102
- 015 当事人就同一建设工程另行签订的工程施工合同与经过备案的中标合同存在实质性内容不一致时,如何确定工程价款的结算依据? / 109
- 016 如何正确理解和适用最高人民法院《建设工程施工合同解释》第二十一条确定的“黑白合同”的法律效力及工程款的结算依据? / 117

- 017 建设工程施工合同主体的变更,是否属于对中标合同的实质性内容变更? / 124
- 018 建设工程承包合同中双方当事人约定的工程结算价款与审计部门审计结论不一致时,如何处理? / 130
- 019 最高人民法院《建设工程施工合同解释》第二十六条中的实际施工人如何确定? / 135
- 020 装修工程合同中,发包人与房屋所有权人不一致时,承包人如何主张权利? / 146
- 021 承包人在工程款纠纷中要求发包人支付逾期付款违约金及利息应如何计算? / 153
- 022 建设工程施工合同欠付工程款的诉讼时效如何计算? / 162
- 023 发包人要求承包人承担保修责任应提起反诉还是应另行起诉? / 172
- 024 承包人追索工程款的诉讼中,发包人以工程质量不符约定为由请求减付工程款或赔偿损失,是属于抗辩理由还是必须提起反诉? / 179
- 025 建筑工程未经竣工验收,发包人擅自使用而发生质量问题的,责任如何承担? / 188
- 026 发包人擅自使用未经竣工验收的建筑工程,又拒绝支付工程款应如何处理? / 194
- 027 工程款纠纷中,发包人主张承包人延期竣工给其造成的损失应如何处理? / 201

第三章 建设工程优先受偿权 / 207

- 028 建设工程施工合同纠纷案件是否适用不动产专属管辖? / 209
- 029 建设工程承包人优先受偿权的权利属性应如何认识? / 215
- 030 如何确定建设工程优先受偿权的担保债权范围? / 224
- 031 承包人的建设工程优先受偿权与抵押权及其他权利之间的受偿顺序应如何确定? / 233
- 032 建设工程优先受偿权的行使期限应如何确定? / 243

法律规范性文件缩略语 / 249

附录:

中华人民共和国建筑法 / 251

(1997年11月1日)

中华人民共和国合同法(节录) / 264

(1999年3月15日)

中华人民共和国城乡规划法 / 268

(2007年10月28日)

建设工程质量管理条例 / 281

(2000年1月30日)

最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复 / 294

(2002 年 6 月 20 日)

最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行意见 / 295

(2002 年 8 月 5 日)

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

法律问题的解释 / 299

(2004 年 10 月 25 日)

第一章

建设工程施工合同的效力

如何认定建设工程施工合同的效力，是正确处理建设工程施工合同纠纷案件的首要问题。在理论层面，法律规范分为任意性规范与强制性规范，强制性规范进一步可分为效力性规范和管理性规范，如果该法律规范的目的是为了行政管理需要，则将该类强制性规范作为管理性规范看待，并将其排除在认定合同效力依据的范围之外；而对于效力性规范，则应作为认定合同效力的依据。在实践层面，我国《民法通则》第五十八条和《合同法》第五十二条对合同的效力问题都进行了相关规定，建设工程施工合同是我国《合同法》第十六章规定的有名合同的一种，当然应当受上述法律规定的约束与规范。同时，建设工程施工合同与其他合同相比又有其特殊性：一是国家对建筑市场实行严格的准入制度和行政管理。国家对建设工程项目的规划审批、施工许可、工程招投标程序、建筑企

业的资质等级、工程质量标准等问题都进行了严格的行政控制和管理。据不完全统计,我国的建筑法、招标投标法及其他行政法规、部门规章中对建设工程施工合同效力的强制性规定就有六十多条。二是建筑市场不够规范,借用资质、超越资质承揽工程、挂靠、违法分包、转包工程等违法行为十分普遍。为此,最高人民法院于2004年10月26日公布了《建设工程施工合同解释》,统一了审判实践中对建设工程施工合同效力的判断标准,并以列举的形式确定了五种建设工程施工合同无效情形,对依法保护建设工程施工合同各方当事人的合法权益、维护建筑市场秩序、促进建筑业健康发展具有深远而重要的影响。

本章所编案例,主要是收集了目前建设工程施工合同纠纷中关于合同效力争议的真实案件,通过对案例的详细分析、评判,进一步阐述建设工程施工合同效力认定的基本原理和审判实践中的具体判断标准。有些案例是直接根据《建设工程施工合同解释》认定建设工程施工合同无效的情形,如案例1。也有些案例是根据《民法通则》和《合同法》的相关规定分析建设工程施工合同的效力,如案例2。还有些案例是依据规范建筑市场的行政法规及民法原理来判断建设工程施工合同的效力,如案例3、4、6、7、8。

审判实践中对于建设工程施工合同效力的认定标准,各地法院有所差别,但大体坚持如下原则:一、以认定合同有效为原则;二、违反行政管理性强制规范,不宜认定合同无效;三、适用合同效力补正原则。

001 影响建设工程施工合同效力的主要情形有哪些？

一 案情

2004年4月25日，佳和公司与天一工程公司签订《建设工程施工合同》，合同约定，天一工程公司建设商品住宅小区1-4号楼，合同暂估价5320万元，为可调价。工程竣工验收以后进行结算。合同签订后，天一工程公司进场施工。佳和公司已分期支付工程款4612万元。2005年3月23日，工程办理了竣工验收。之后，天一工程公司向佳和公司提交了竣工结算报告，单方结算工程款7460万元。双方经多次协商，就最终结算数额仍未达成一致。另查，天一工程公司不具备承揽该工程的建筑企业资质，属于超越资质承揽工程，并且，本案涉及的商品房住宅工程属于必须进行招投标的工程，但双方在签订合同前未进行招投标程序。

2006年7月，天一工程公司起诉至原审法院要求法院判令佳和公司给付工程款2848万元及逾期付款利息。佳和公司辩称：天一工程公司不具备承揽该工程的建筑企业资质，无权承揽该本案工程，且诉争工程未经过招投标程序，违反了法律强制性规定，合同无效。故请求驳回天一工程公司的诉讼请求。

二 结果

法院经审理认为，佳和公司与天一工程公司签订《建设工程施工合同》虽系双方当事人的真实意思表示，但天一工程公司不具备承揽

该工程的建筑企业资质，属于超越资质承揽工程，并且，本案涉及的商品房住宅工程属于必须进行招投标的工程，但双方在签订合同前未进行招投标程序，故该施工合同违反法律的强制性规定，应属无效。合同无效后，因该合同取得的财产应当予以返还，不能返还的，应当折价补偿。佳和公司应当将工程的财产价值折价补偿给天一工程公司。佳和公司主张合同无效即不应支付工程折价补偿费用的抗辩没有法律依据，不应支持。法院判决佳和公司支付天一工程公司工程折价补偿款及逾期付款利息。

三 分析

本案争议焦点有二：一是建设工程承包人超越资质承揽工程，合同的效力如何？二是法律规定必须进行招投标的工程项目未经过招投标程序是否影响合同的效力？

一、建设工程合同的概念和特征

根据我国《合同法》第二百六十九条的规定，建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。建设工程合同的主体主要包括发包人和承包人。发包人一般为建设工程的建设单位，即投资建设该项工程的单位，通常也称作“业主”；承包人，即实施建设工程的勘察、设计、施工等业务的单位，包括对建设工程实行总承包的单位和承包分包工程的单位。建设工程施工合同的客体是工程，是指土木建筑工程和建筑业范围内的线路、管道、设备安装工程的新建、扩建、改建及大型的建筑装修装饰活动，主要包括房屋、铁路、公路、机场、港口、桥梁、矿井、水库、电站、通讯线路等。建设工程施工合同的内容是承包人进行工程建设，发包人支付价款。根据合同法的规定，建设工程合同的类型通常包括工程勘察、设计、施工合同。

建设工程合同为承揽合同的一种，属于承揽完成不动产工程项目的合同，但由于建设工程不同于其他工作的完成，建设工程合同除具有与一般承揽合同相同的特征外，例如为诺成性合同、双务合同、有

偿合同，还具有与一般承揽合同不同的一些特点。建设工程合同主要有以下法律特征：

(一) 合同主体的限定性。承揽合同的主体没有限制，可以为自然人，也可为法人或者其他组织。建设工程合同的主体即发包人和承包人是有限制的。建设工程合同的发包人一般为建设工程的建设单位，即投资建设该工程的单位。按照国家计委 1996 年 4 月发布的《关于实行建设项目法人责任制的暂行规定》，国有单位投资的经营性基本建设大中型建设项目，在建设阶段必须组建项目法人，由项目法人作为发包人。国有建设单位投资建设的非经营性的工程建设，应当由建设单位为发包人。建设工程合同的承包人只能是具有从事勘察、设计、建筑、安装任务资格的法人。根据建筑法的规定，从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位，应当具备符合国家规定的注册资本，有与其从事的建筑活动相适应的具有法定执业资格的专业技术人员，有从事相关建筑活动所应有的技术装备等，并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，取得相应等级的资质证书，在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。

(二) 合同标的的限定性。建设工程合同承包人承包建设的标的只能是工程而不能是其他的工作。承包人承揽的工作主要是指土木建筑工程和建筑业范围内的线路、管道、设备安装工程的新建、扩建、改建及大型的装饰装修活动，主要包括房屋、铁路、公路、机场、港口、桥梁、矿井、水库、电站、通讯线路等。

(三) 建设工程合同具有一定的计划性和程序性。由于工程建设对国家和社会生活的方方面面影响比较大，关系到国家利益和社会公共利益。基本建设工程合同要受到国家计划的制约。这是建设工程合同与其他合同的一个显著区别。建设工程合同的程序

性要求从事建设工程必须严格按照国家规定的审批权限和程序确定建设项目，工程施工需要开工报告，重大建设项目需要按照规定招标投标。合同的签订、履行、终止都要按照法律规定的程序进行，如发包人和承包人必须按照国家计划任务书签订合同；变更设计和工程造价必须履行相应的审批手续；实行招标投标的建设项目必须在完成招标投标，择优选择承包人后，才能签订合同。《合同法》第二百七十三条规定，国家重大建设工程合同，应当按照国家规定的程序和国家批准的投资计划、计划任务书和可行性研究报告等文件订立。

（四）合同形式的要式性。《合同法》第二百七十条规定：“建设工程合同应当采用书面形式。”法律之所以对建设工程合同的形式作如此规定，既是国家对基本建设进行监督管理的需要，也是由建设工程合同履行的特点所决定的。建设工程往往涉及国家基本建设和国家固定资产投资计划，对国计民生具有重要影响，且建设工程具有建设周期长，质量要求高的特点，所以，必须对合同双方的权利、义务和责任作出明确具体的约定，才能保证合同能够顺利地履行，保证合同双方实现合同目的，进而保证国家基本建设和投资计划的实现。

二、建设工程施工合同的效力问题

建设工程施工合同作为民事债权债务关系的一种，其效力自然受到《民法通则》和《合同法》相关规定的规范。由于建设工程施工合同的标的是涉及公共安全的特殊产品，不同领域的行政法规范对其作出的强制性规范多达六十多条，对其效力的判定又显得比较复杂。是否所有违反这些强制性规定的建设工程施工合同均应认定无效？这是近年来困扰法院审判实务的一大难题，各地对此做法也存在截然相反的实例。实际上，法律和行政法规中的强制性规范分为效力性规范和管理性规范，至少违反管理性规范的强制性规定不应影响建设工程施工合同的效力，只会产生行政处罚的后果。最高人民法院为此也出台了《建设工程施工合同解释》，进一步明确了建设工程施工合同的效力裁