

北京市中银律师事务所“建设工程”系列丛书

(一)

建设工程 风险防范与裁判规则

张 艾 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

北京市中银律师事务所“建设工程”系列丛书

(一)

建设工程 风险防范与裁判规则

张 艾 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

建设工程风险防范与裁判规则 / 张艾主编. —北京:
法律出版社, 2016. 12
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0258 - 8

I. ①建… II. ①张… III. ①建筑法—案例—中国
IV. ①D922. 297. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 273691 号

建设工程风险防范与裁判规则
张艾主编

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 李群
责任编辑 李群 李璐
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 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司
责任印制 胡晓雅

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 34.75
字数 528 千
版本 2017 年 1 月第 1 版
印次 2017 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 - 5197 - 0258 - 8

定价:88.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《建设工程风险防范与裁判规则》

主 编 张 艾

副主编 程 锋 肖 明 傅国旺

编 委 (排名不分先后)

迟 非	谢长铃	陈昌银	王 斌	何敬上
赖华明	李 倩	何惠民	吴喜朝	熊强华
任 红	谢金全	沈 忱	彭丁带	王兵堂
熊 瑾	黄 婷	徐 忆	万剑勇	蓝辉文

为什么律师应该是法律之师？

刘桂明

对于律师应该是法律之师这个定位，无论英美法系国家还是大陆法系地区，其实差别不大。

之所以说律师是法律之师，是因为律师不仅熟悉法律规则、精通法律规范，而且更重要的是，律师对于典型案例的研究与分析，应该是滚瓜烂熟与融会贯通的。尽管在不同的法律制度框架内或者是不同的法制传统体系中，案例可能表现出不同层面的功能与不同作用的价值，但在司法理念与司法技术乃至司法发展方面的意义功效，其实是大同小异的。在英美法系国家，将案例称其为判例并作为一种主要法律渊源在司法实务中发挥着不可替代的作用。而在我国，实行的是案例指导制度。于是，如何加强对案例指导制度的研究与分析，就成了摆在中国律师眼前的重要任务。

在我看来，所谓案例，就相当于作家的故事、诗人的诗集、记者的作品、歌手的唱片；就等同于经济学家的数据、哲学家的比方、语言学家的造句、军事家的战例；就类似于政治家的政绩、运动员的成绩、代理商的业绩。然而，从法律上来讲，案例就是过去成功的业务积累。对于法官和律师来讲，就是你一生办案的总结。所以，我一直主张，案例就是法律人最好的语言。

为了建立和完善有中国特色的案例指导制度，就应当借鉴古今中外一切优秀法律文化和先进制度，加强各类案例的研究与分析。那么，应

该如何研究呢？我认为，一是加强法律上的补充完善；二是加强业务上的实践指导；三是加强案例上的类型研究。不管是审判工作，还是检察工作，或者是律师业务，都有可能需要通过先前案例来寻找依据，帮助工作。当一个案子我们无法用法律来解释的时候，我们可以用案例来解释。在英美法系国家，一个案例可以代替一本书，一个判例可以改变一个时代。案例尽管因为没有约束力而不能直接援引，但可以起到可观的辅助性作用。

本书就是这样一部案例研究的优秀版本。经过近三年酝酿、筹划、讨论、调研，即将出版的《建设工程风险防范与裁判规则》一书，正是中银律所建筑团队付出辛劳与智慧并收获回报的见证！

从本书的写作缘由来看，这是一部呼应了建筑市场对法律需求的及时之作。由于建筑活动周期长、结构复杂、环节众多，关乎社会公共利益，涉及不同法律关系，实际运作中利益纠纷在所难免。面对当事人渴求的目光，尽管中银律师热情接待、尽职调查、细心研讨，甚至众多律师会诊把脉，但总觉得还是个案问题的处理，没有形成链条化、网状化、系统化的知识提炼。另外，伴随着司法改革的推进，案例指导工作在全国法院如火如荼地展开，中银律所团队认为必须对此既要关切又要呼应。于是，经过一番论证，建筑团队得以迅速组建，编写任务得以顺利完成。

从本书的案例选取来看，这是一部体现了法律人职业精神的精耕之作。可以说，案例的研究价值首先取决于案例的选取方向。在本书中，每确定一个案例，都是借助《最高人民法院公报》、《人民法院案例选》、“北大法宝”、“北大法意”、“无讼案例库”等权威平台进行筛选与过滤。40余个类似案例，最终在4000余份案例中精挑细选了本书的112个案例。其中，经最高人民法院终审的案例46个，占整个案例的41.07%；经高级人民法院终审的案例36个，占整个案例的32.1%；两项案例相加占整个案例的73.17%。由此可见，其选取的案例都是全省乃至全国有重大影响的案例。经两级人民法院审理结案的案例63个，占整个案例的

56.25%；经再审法院审理结案的案例41个，占整个案例的36.6%。两项案例相加占整个案例的92.85%。这就说明选取的案例很少是一审就结案的，绝大多数经过了二审乃至再审。由此可以看出，所有选取的案例的复杂性、代表性与普遍性。

从本书的案例分析来看，这是一部展示了法律人兼容并蓄风格的实用之作。在本书中出现的所有典型案例，都是中银团队律师在深入了解案情的基础上，全面分析原被告的不同诉求，斟酌各级法院的不同观点，然后结合我国的法律、行政法规、司法解释以及地方法规、地方各高级法院的审判意见等审判依据，再进行客观而全面的分析。尤其值得一提的是，其中有些特别疑难的案件，他们还充分发挥团队的合力，举全队之力甚至全所之力进行研讨，最后得出一个让大家信服的结论。

从本书的案例运用来看，这是一部反映了法律人擅长触类旁通技能的参考之作。我国虽然是大陆法系国家，但最高人民法院一直重视案例指导工作。从20世纪八十年代中期开始，《最高人民法院公报》开始刊登具有指导意义的案例。在此后全国各级法院的审判中，《最高人民法院公报》上公布的案例、《人民法院案例选》上登载的案例以及《中国审判案例要览》刊登的案例等，都对人民法院的司法审判工作起到了不同程度的指导作用。究其实质，指导性案例发挥作用的关键在于，通过研判焦点案例与指导性案例之间是否存在类似性的问题。此处所指的类似性，既包括案件基本事实类似，也涵盖法律关系类似，更涉及争议焦点类似等诸多方面。本书通过寻找争议案例与已经判决的权威案例之间的“类似性”，既能够深入分析法官的裁判行为，又可以做到知己知彼、举一反三乃至触类旁通。由此可见，本书是一部值得律师同行重点参考的专业手头之作。

对中国人来说，“中国梦、我的梦”是当下最能表达中国人民心声的一句口头禅。那么，对中银律师来说，又该如何表达呢？用中银人自己的话说就是“中银梦、你的梦”，他们认为这句话代表了中银律所建筑团

队与广大客户未来发展的一个风向标。由此可以认为,《建设工程风险防范与裁判规则》一书还只是他们送给大家的一个见面礼。据了解,在未来的日子里,他们还将通过微信、简报、期刊、讲座、会议纪要等各种新平台、新形式不断地推出该领域的成果。祝愿中银的成果越来越多、越来越好!

法律之师,不仅是中银律师的追求,更是所有中国律师的要求。
是为序。

2016年11月17日于北京海淀皂君庙

(注:本文题序者刘桂明先生,现为中国法学会律师法学研究会副会长、《民主与法制》周刊总编辑,曾任《中国律师》杂志社总编辑)

目 录

引言 建设工程风险防范与裁判规则概述	1
问题一：建设工程领域主要有哪些风险类别	1
问题二：建设工程裁判的法律依据如何体现	9
问题三：审理建设工程案件的基本原则如何确定	15
专题一 建设工程招投标风险防范与裁判	18
问题一：违背招投标法强制性规范的施工合同一定无效吗	18
——广颍城乡建设工程有限公司与龙坑镇政府建设工程合同纠纷案	
问题二：如何认定招投标过程中的法律关系及权利义务	22
——广厦建设集团有限责任公司与福州市台江区房地产开发公司施工合同纠纷上诉案	
问题三：如何认定招投标过程中的实质性协商	31
——绵阳利奥房地产开发有限公司与嘉屹建筑工程有限公司建设工程合同纠纷案	
问题四：投标人资格如何影响合同效力	38
——张义军与宁海县桃源街道冠庄社区翻身经济合作社建设工程合同纠纷案	
问题五：招投标过程如何影响合同效力及工程款结算	41
——河南七建工程集团有限公司与安阳广厦房地产开发有限公司建设工程纠纷案	

问题六：投标中的“挂靠”对合同效力有何影响	48
——永川建设工程有限公司与亮华金属制品有限公司 建设工程合同纠纷案	
问题七：如何认定政府作为招标人的资格及责任承担	54
——益民公司诉周口市政府等行政行为违法案	
问题八：电子政务背景下如何认识招投标过程的法定性	64
——北京希优照明设备有限公司不服上海市商务委员 会行政决定案	
问题九：合同解除后履约保证金退还的依据是什么	70
——台州水利水电工程有限公司与聚盛建设有限公司 工程合同纠纷案	
问题十：如何确定招投标过程中的缔约过失责任	74
——鸿泰建筑有限公司与茶陵县教育局建设工程合同 纠纷案	
问题十一：当事人在招标前达成的让利协议是否有效	78
——聊建集团明新建筑有限公司与宏运房地产开发 有限公司建设工程合同纠纷案	
问题十二：对合同条款有异议时，如何从招投标角度确定裁判依据	85
——河南省建筑安装工程有限公司与河南省工人文 化宫建设工程合同纠纷案	
专题二 建设工程“黑白合同”风险防范与裁判	93
问题一：什么合同可以被认定为“黑合同”	94
——南京军区航务军事代表办事处与上海绿地建设 (集团)有限公司施工合同纠纷案	
附加案例	97
——顺通建设集团有限公司诉九龙云天集团有限公司 等施工合同纠纷案	

问题二：“黑白合同”效力判定的依据是什么	108
——包头牡丹园置业有限公司与江苏中苑建设集团有限公司施工合同纠纷案	
问题三：是不是所有的合同都以备案合同为价款结算依据	112
——宝业建设集团有限公司与天津老板娘水产食品物流有限公司、浙江老板娘食品集团有限公司施工合同纠纷案	
附加案例	117
——临潼区建筑工程公司与恒升房地产开发有限公司施工合同纠纷案	
问题四：适用《建设工程施工合同纠纷司法解释》第 21 条的前提条件是什么	127
——浙江省二建建设集团有限公司与时间房地产建设集团有限公司施工合同纠纷案	
问题五：只要“黑合同”对“白合同”进行了实质性变更就必须按“白合同”结算吗	129
——伊春市宏达建筑工程有限公司与王跃利等施工合同纠纷案	
相关案例	131
——恒德建设有限公司与德清申达机器制造有限公司施工合同纠纷案	
问题六：合同无效情况下工程款该如何结算	132
——浙江恒盛商贸城开发有限公司与浙江万达建设集团有限公司施工合同纠纷案	
问题七：只经过备案的合同，是否适用《建设工程施工合同纠纷司法解释》第 21 条的规定	134
——青岛阜东锻压机械有限公司与青岛胶城建设集团有限公司建设工程合同纠纷案	
问题八：《建设工程施工合同纠纷司法解释》第 21 条是否适用并	

非必须招标的且存在“黑白合同”情形的施工合同 138

——广海房地产开发有限公司与融水苗族自治县建筑
工程公司施工合同纠纷上诉案

问题九：《结算备忘录》是否属于“黑白合同”的范畴 140

——华丰建设股份有限公司与上海盛鹰置业有限公司
建设工程合同纠纷案

专题三 实际施工人利益风险防范与裁判 145

问题一：如何正确理解建设工程合同中的实际施工人 146

案例一：宋仪庆与华泰建设集团有限公司、金水河置
业有限公司施工合同纠纷案

案例二：徐永祥诉慈溪市城市发展有限公司、慈溪城
关建筑有限公司、徐嘉余建设工程欠款纠纷案

案例三：程其强等诉南昌洪恒房地产开发有限公司等
建设工程施工合同纠纷案

问题二：实际施工人向发包人或者违法分包人主张权利，如何
认定合同中的管辖条款 160

案例一：中交第二公路工程局有限公司诉付洋等施工
合同纠纷管辖权异议案

案例二：天地科技股份有限公司唐山分公司与云南省
第二安装工程公司施工合同纠纷管辖权异议案

案例三：甘肃杰出建筑工程有限公司与中交第二公路
工程局有限公司施工合同纠纷再审案

案例四：中国联合通信有限公司新疆分公司等与林源
管辖权异议纠纷上诉案

问题三：合同无效情况下如何处理实际施工人缴纳的管理费 168

案例一：湖北中民建筑工程有限公司诉胡俊雄公司建
设工程施工合同纠纷案

案例二：腾达建设集团股份有限公司诉姚汉昭等建设

工程施工合同纠纷案

案例三：开封市兴育房地产开发有限公司等与王军等
建设工程施工合同纠纷案

案例四：中太建设集团股份有限公司与余松坚等建设
工程分包合同纠纷申请案

案例五：谢剑标等与四川路航建设工程有限责任公司
建设工程施工合同纠纷上诉案

案例六：黑龙江华隆电力工程有限公司与宁波建工股
份有限公司等建设工程施工合同纠纷申请案

问题四：实际施工人什么情况下才能向发包人行使诉权 …………… 179

案例一：大连恒达机械厂与普兰店市宏祥房地产开发
有限公司施工合同纠纷上诉案

案例二：上海五丰房地产有限公司等诉周华良建设工
程施工合同纠纷案

案例三：盛元公司诉何某、陈某案外人执行异议之诉
纠纷案

问题五：合同无效情况下如何处理实际施工人的优先受偿权 …… 193

案例一：李立冬与无锡蠡园经济开发区管理委员会等
建设工程施工合同纠纷案

案例二：鑫茂公司诉王某章确认劳动关系纠纷案

案例三：核工业西南建设集团有限公司与奥金（金坛）
鳄鱼开发有限公司施工合同纠纷案

案例四：华文潮与浙江德盛建设集团有限公司、天台
县赤城宾馆有限公司建设工程合同纠纷案

问题六：实际施工人雇用的劳动者受伤，如何确定责任主体 …… 204

案例一：袁新华等与朱水华雇员受害赔偿纠纷案

案例二：郑玉林与开化县顺风爆破有限公司确认劳动
关系纠纷案

问题七：实际施工人的对外法律行为由谁来承担责任 …………… 210

案例一：大庆龙安建筑安装有限公司与沙磊、孟令东
买卖合同纠纷案

案例二：江苏帝都建设工程有限公司与袁秀莲等租赁
合同纠纷案

案例三：广东省第四建筑工程公司与梁湘雄民间借贷
纠纷案

专题四 合同履行中情势变更风险防范与裁判 224

问题一：政策调整导致的情况变化能否适用情势变更原则 225

——新东化工发展有限公司、正通宏泰股份有限公司
施工合同、技术委托开发合同纠纷案

问题二：合同约定了固定价款后是否还可以适用情势变更原则 227

——中铁十八局集团第二工程有限公司与武汉绕城公
路建设指挥部合同纠纷案

**问题三：合同中采用固定人工价格，但人工费用上涨是否适用
情势变更原则 231**

——江西省建工集团公司与中共乐清市委党校建设工
程合同纠纷案

**问题四：因情势变更而签订的补充协议与中标合同不一致时如
何处理 233**

——肇庆市第二建筑工程集团有限公司与德庆县悦城工业
集约基地指挥部、德庆县政府施工合同纠纷再审案

**问题五：合同中已对市场风险承担条款作出约定，是否适用情
势变更原则 235**

——广东省电白建筑工程总公司与东莞市长安镇房地
产开发公司施工合同纠纷案

问题六：因情势变更导致合同解除后的民事责任如何承担 236

——常州新东化工发展有限公司与正通宏泰股份有限
公司工程承包、技术委托开发合同纠纷案

专题五 建设工程工期问题风险防范与裁判	239
问题一：竣工日期产生争议时认定的标准是什么	239
——密山市人民医院与国都建设（集团）有限公司施 工合同纠纷案	
问题二：竣工日期存在争议时，可否以实际使用日期作为竣工日期 	244
——源德房地产开发有限公司等与第二建筑工程公司 施工合同纠纷上诉案	
问题三：如何认定建设工程合同中工期约定是否符合法定要求	248
——江苏欧瑞置业有限公司与瑞安市建筑工程有限公 司施工合同纠纷案	
问题四：当约定工期短于定额工期时，约定工期一律无效吗	252
——江苏南通某有限公司与上海某公司建设工程施工 合同纠纷案	
问题五：天气原因导致工期逾期可以顺延吗	254
——江苏南通某有限公司诉上海某公司建设工程施工 合同纠纷案	
问题六：承包方逾期交付工程是否就一定违约	258
——江苏欧瑞置业有限公司与瑞安市建筑工程有限公 司施工合同纠纷案	
问题七：未按程序申请变更工期的情况下是否能顺延工期	264
——联华房地产开发有限公司与广厦建设集团有限公 司施工合同纠纷案	
问题八：合同对停工条件明确约定，承包方单方停工是否构成 工期违约	271
——海南职业技术学院与海南省第二建筑工程公司施 工合同纠纷案	
问题九：承包人逾期交工，除承担违约金之外，是否还应承担 赔偿责任	278

——宏运房地产开发有限公司与新疆建工集团第一建筑工程有限公司建筑工程合同纠纷案

问题十：未办理相关手续即投入使用，能否向对方主张逾期交工违约金 286

——新疆第三建筑工程公司与新疆宏大房地产开发有限公司工程结算纠纷案

问题十一：因发包人错误致使建设工程停工，当事人对停工时间未作约定或未达成协议的，人民法院应如何确定停工时间？ 292

——鑫龙建安工程有限公司与洛阳理工学院、河南省第六建筑工程公司施工合同纠纷案

专题六 建设工程质量问题风险防范与裁判 301

问题一：工程质量鉴定程序及其效力认定的标准是什么 303

——金利房产开发有限公司等与柳州市建筑工程集团有限公司工程质量纠纷再审案

问题二：未经验收即擅自使用，产生质量纠纷怎么办 310

——宁波东海电子科技有限公司与浙江宏丰建筑工程有限公司施工合同纠纷上诉案

问题三：如何依据质量缺陷的成因，依法确认责任主体 319

——敦煌国际大酒店有限公司与中国建筑西北设计研究院、甘肃第四建筑工程公司等质量纠纷案

问题四：质量有问题是否可以成为拒付工程款的理由 331

——洛阳某某房地产开发有限公司与栾川县某某建筑安装有限公司施工合同纠纷上诉案

问题五：保修期内，承包人拒不履行修复义务的法律后果是什么 ... 333

——重庆竞盟建筑工程（集团）有限公司与重庆长铃中德机车工业有限公司施工合同纠纷上诉案

问题六：业主一年后提出的质量诉求是否会得到支持 336

——长江城市建设综合开发公司等与交通部第二航务
工程局第四工程公司承包合同纠纷案

问题七：未经竣工验收即投入使用的，保修期如何起算 344

——大连铭泰房地产开发有限公司与大连浩盛建筑工
程有限公司施工合同纠纷上诉案

专题七 建设工程优先受偿风险防范与裁判 348

问题一：建设工程优先受偿权的主体范围如何界定 349

(一) 分包人或者实际施工人可以作为优先受偿权的权利主
体吗 349

案例一：C 公司与 B 公司和 A 公司建设工程分包合同
纠纷案

(二) 装修单位能够作为优先受偿权的权利主体吗 352

案例二：龙达（江西）化学纤维有限公司与大立建设
集团有限公司施工合同纠纷案

问题二：建设工程优先受偿权的客体范围如何界定 353

(一) 建设工程优先受偿权的客体是否包括工程所涉建设用
地使用权 353

案例一：甲建筑公司诉乙房地产开发公司拖欠建设工
程价款纠纷案

(二) 建设工程价款优先受偿权客体是否包括未竣工的建设
工程 354

案例二：椒江金日水电安装有限公司与鸿业贸易有限
公司建设工程合同纠纷案

问题三：建设工程优先受偿权可以直接通过执行程序实现吗 357

——明宏达公司、陈伟建诉永茂公司、福顺公司建设
工程价款优先受偿权纠纷案

问题四：同一工程上多个优先受偿权之间的顺位如何确定 360

——王文虎与申桥建设开发有限公司、明园房产开发