



“民商法律师实务”丛书

5

中华全国律师协会审定

中华全国律师协会民事专业委员会推荐

工程合同实务问答

GONGCHENG HETONG SHIWU WENDA

朱树英 著

律师从事建筑业法律服务必读的业务指导书
建筑企业依法维权、防范风险的最佳参考书
深入理解《建设工程施工合同司法解释》的最新读本

- ▶ 司法解释操作指南
- ▶ 工程合同的效力
- ▶ 工程合同的解除权
- ▶ 工程质量问题
- ▶ 工程期限问题
- ▶ 工程结算标准
- ▶ 工程量的确定
- ▶ 程序问题的确定



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



“民商法律师实务”丛书 5
中华全国律师协会审定



工程合同实务问答

GONGCHENG HETONG SHIWU WENDA

朱树英 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

工程合同实务问答/朱树英著. —北京:法律出版社,
2007. 2

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7002 - 2

I. 工… II. 朱… III. 建筑工程—经济合同—
合同法—中国—问答 IV. D923.6 - 44

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 010772 号

©法律出版社·中国

责任编辑/戴伟 张 戢

装帧设计/于 佳

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/20.125 字数/532 千

版本/2007 年 3 月第 1 版

印次/2007 年 3 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

苏州公司/0512 - 65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7002 - 2

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

2004年10月26日,最高人民法院颁布了《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》(下称该解释),并规定该解释自2005年1月1日起正式施行。在此前后,我受邀多次就该解释的理解与适用、在实际操作中应注意的法律问题、企业的合同管理问题以及律师实务操作问题等,在各地的建筑业协会、房地产协会、律师协会以及大型施工企业、房地产企业上课讲解。

早在2001年5月法律出版社就已经出版了我撰写的《建设工程法律实务》一书,该书第254页至275页的内容是“在实务中使用建筑法的建议”。当时,我在中华全国律师协会民事业务委员会任副主任,兼任该委员会的建筑房地产论坛组织委员会主任,该委员会组织了执行建筑法若干问题处理意见的建议课题组,该课题组由我负责,课题组结合在操作实践中遇到的各种法律问题,并由该委员会几经讨论、修改,最后由我执笔完成了课题报告,即刚才所说的“在实务中使用建筑法的建议”。该报告提出了建设工程案件审理中律师和法官已经遇到和可能遇到的15类问题的处理意见和建议,具体条文共有115条。当时,该委员会将该课题报告呈送最高人民法院民一庭,并书面要求最高人民法院起草、颁布相应的司法解释。

2002年3月26日,最高人民法院在广州召开“全国民事审判工作座谈会”。事后,我看到了最高人民法院起草的最初的讨论稿《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》。此后,我一直主动与最高人民法院民一庭联系,对讨论稿的解释条文不断提出修改意见和建议。2003年8月30日,非典刚平息,我就积极参加了

中国建筑业协会和建筑时报在贵阳组织的一个研讨会。研讨会邀请了最高人民法院民一庭负责起草该解释的冯小光法官和民一庭副庭长俞宏武两位法官参加,两位法官给研讨会带来了计划出台的该解释的初稿,冯小光法官在研讨会上进行了相当长时间的讲解。俞宏武和冯小光法官还在贵阳召开了一个由施工企业法务负责人参加的座谈会。我也参加了座谈会并提出了很多修改意见。研讨会结束不久,最高人民法院民一庭就该解释起草过程中遇到的几个具体问题正式行文国家建设部,建设部在向中国建筑业协会征求意见时,我也参与了。其间,最高人民法院民一庭就垫资问题的处理,曾在建设部三楼会议室召开过一个专题研讨会,有关领导和许多教授、专家参加了该研讨会,我也参加了该会并发表了意见。

2003年12月15日,最高人民法院将该解释的正式讨论稿在《人民法院报》和中国法院网上同时公布,在全国范围内征求意见。我组织所内律师逐条进行讨论,并形成了书面修改意见,在12月30日呈送最高人民法院(征求意见稿和本所修改意见附后)。最高人民法院民一庭在对相关意见进行整理归纳的同时,于2004年2月15日在北京东交民巷宾馆召开了一次有不同方面参加的座谈会,我作为律师代表参加了座谈,并对该解释的征求意见稿提出了相应的修改意见。可以说,我积极主动参与了该解释起草的全过程。

2004年10月26日,该解释正式公布,并规定2005年1月1日起施行。2004年12月,作为北京仲裁委员会的仲裁员,我收到北京仲裁委员会和北京市高级人民法院的联合邀请,希望我以《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〉对规范建筑市场的重要意义以及司法实践中应注意的操作问题》为题在12月24日、25日作主题演讲。这次演讲的内容、法官和仲裁员们提出的50多个实务方面的问题,是我写这本书的最初动因。此后,我在上课过程中不断收到方方面面提出的各种问题,在解答这些问题的同时,我决定再次向法律出版社提供《工程合同实务问答》作为《建设工程法律实务》的姐妹篇。本书上篇是“司法解释操作指南”,即我在北京市高级人民法院和北京仲裁委员会组织的研讨会作《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〉对规范建筑市场的重要意义以及司法实践中应注意的操作问题》的讲稿。中篇是“实务问答”,这是全书的主体。我搜集整理的有关该解释的各种问题共 365 个,按该解释的 7 个部分进行了分类,分别作了回答。我在每次上课过程中,对于来不及回答的问题,都对提问者作过承诺:课堂上来不及回答的问题,我将会通过其他方式作统一回答。感谢法律出版社出版本书,让我对那么多不特定的提问者实践了我的诺言。本书的下篇是“热点专论”,这是我在该解释施行后就相关热点问题撰写的论文。

本书的体例和《建设工程法律实务》基本相同。《建设工程法律实务》出版后,受到广大读者的青睐,许多读者来电来信希望我继续工作,提供新的成果。因此,出版本书谨表达我对广大喜爱专业法律实务书籍的读者的诚挚的谢意。

注:为便于广大读者提出宝贵意见,特公布我的最新联系方式,以便广大读者批评指正。

上海市建纬律师事务所

上海市铜仁路 258 号九安广场金座 3 楼(200040)

Tel: +8602162470088

Fax: +8602162790099

E-mail:lw@jianwei.com

建纬(北京)律师事务所

北京市朝阳区东大桥路 8 号尚都国际中心 A 座 1501 室
(100020)

Tel: +861058700882/3/4/5/6

Fax: +861058700881

上海市建纬律师事务所深圳分所

深圳市福田区益田路江苏大厦 A 座 8 楼(518026)

Tel: +8675582960782

Fax: +8675582960736

上海市建纬律师事务所苏州分所

苏州工业园区机场路 328 号国际科技园 F—301 室(215021)

Tel: +8651267619577

Fax: +8651267619599

上海市建纬律师事务所昆明分所

昆明市东风西路 123 号 9 楼 F 座(650031)

Tel: +868713641566

Fax: +868713641565

上海市建纬律师事务所武汉分所

武汉市汉口建设大道 702 号房产大厦 20 楼(430015)

Tel: +862785482077

Fax: +862785482422

目 录

前言	(1)
----------	-------

上篇	司法解释操作指南
-----------	-----------------

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	(3)
---	-------

依法保护当事人权益 促进建筑市场健康发展	
----------------------	--

——最高人民法院副院长黄松有就《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》 答记者问	(8)
--	-------

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》对规范建筑市场的重要意义 以及司法实践中应注意的操作问题 ——在北京市高级人民法院和北京仲裁委员会联合 举办的高级研讨班上的讲课提纲及讲课内容的 录音整理稿	(19)
---	--------

中篇	实务问答
-----------	-------------

第一部分 合同的效力	(109)
1. 是否只要建筑质量合格,不管是否有相应资质,均可 以承揽工程?	(109)
2. 无效合同的实际施工人对合格工程可取得收入,是否 放宽了资质管理条件?	(110)
3. 承包单位实施工程时未取得资质,而完工或起诉前取	

- 得资质,合同是否有效? (110)
4. 挂靠者的责任,能否以无资质者不得以有资质企业的名义签订合同无效进行抗辩? (111)
5. 施工单位在竣工前取得资质,施工合同是否有效? (112)
6. 资质挂靠的无效合同可参照合同约定支付工程款,是否与无效合同的性质矛盾? (113)
7. 工程分包、肢解发包、肢解分包的区别? (113)
8. 地基工程是否可以分包,是否需要办理施工许可证?
..... (114)
9. 如果约定总包人承包的地基要自己完成,那么基础专业公司签订的合同是否有效? (115)
10. 劳务分包与工程分包有哪些主要区别? (116)
11. 对于工程承包范围是劳务加辅材的合同,是否可认定为劳务合同? (117)
12. 承包人与承包施工的石材公司签订的合同是劳务合同还是工程转包合同? (118)
13. 承包人与无劳务作业资质的施工组签订的劳务合同是否有效? (119)
14. 施工过程中,劳务分包工作人员发生安全事故,总承包人是否要承担责任? (121)
15. 若要编制施工合同、劳务分包等合同有哪些直接简明的相关资料可以参考? (122)
16. 建筑施工总承包应如何签订有效的劳务合同,应注意哪些问题? (123)
17. 1999 年版示范文本是否可以认定为格式合同? (124)
18. 总承包单位与分包单位之间的合同签订有无现成的合同文本? (124)
19. 签订施工合同应该注意哪几大点? 哪些须有双方约定才对承包人有利益? (125)
20. 校方(建设方)是否有权选择承包方? 如何避免假

- 招标现象? (126)
21. 学校引资建设和投资方签订合同时应注意哪些问题?
..... (127)
22. 总承包人将工程的二分之一分包给他人,是否构成
违法分包? (128)
23. 乙是甲的参股单位,甲将包含主体工程的部分工程
转包给乙,是否属于违法分包? (129)
24. 承包人将某公司编入承包人项目经理部下的土方一
队、隧道一队等,是分包,还是内部承包? (130)
25. 无开工许可证已完成的工程,责任如何确定? 违章
建筑工程款如何支付? (130)
26. 一方诉求合同无效,审价鉴定结果远远高于原合同
价格,另一方如何应对? (131)
27. 垫资工程本金及利息的约定,是否以体现在招标文
件中为必要生效条件? (132)
28. “工程价款”是指什么? 工程无实用价值,发包人是
否可要求返还已支付工程款? (133)
29. 中标后承发包双方签订了合同但未备案,发包人将
工程发包给他人,发包人是否违约? (134)
30. 设计发包没有经过招投标程序并且没有经过备案的
合同,是否为无效合同? (135)
31. 总包方和分包方约定支付分包款以建设方付款为
前提,这样的约定是否有效? (136)
32. 分包合同约定“总包合同结算完毕后再办理分包合
同结算”,分包人如何规避风险? (137)
33. 合同通用条款是否能更改? 与示范文本通用条款相
违背的专用条款是否有效? (138)
34. 《司法解释》第2条中的“参照”怎么解释? 为什么
不规定为“依照”? (139)
35. 建设工程中的项目经理部是什么性质? 是否需要营

- 业执照? (139)
36. 仅加盖“×××公司×××项目部技术专用章”的
采购材料合同的效力? (140)
37. 工程项目经理部对外签订的分包合同,如何认定其
效力? (141)
38. 中标候选人“弄虚作假,骗取中标”的,可否取消其
中标资格? (142)
39. 低于成本价的中标是否有效? (143)
40. 转包合同无效,转包合同中的租赁条款是否有效? (144)
41. 执行 1999 年版施工合同示范文本,中标通知书与概
算的法律解释顺序是怎样的? (144)
42. 有各方盖章的会议纪要,可否视为合同的补充? (145)
43. 建筑合同成立后、生效前,违约方民事责任性质? (146)
44. 约定屋面保修期 3 年,是否因违反屋面法定最低 5
年保修期的规定而无效? (146)
45. 村委会与不属于本村的村民签订的别墅建设施工合
同是否有效? (147)
46. 建设工程施工合同无效,其诉讼时效从何时开始
起算? (148)
47. 招标人与中标候选人就实质性内容进行谈判,其他
投标人有权提出异议吗? (150)
48. 发包人将在建工程抵押给该工程承包人之外的其他
承包人,该抵押行为有效吗? (151)
49. 承包人以签约时自己资质不够为由主张合同无效,其
是否有权要求按现在的市场价对工程进行审价? (153)
50. 施工图纸未经审查和未取得建设用地规划许可证对
合同效力有何影响? (154)
51. 合同无效,谁有权利要求主张参照合同约定支付工
程价款? (158)
52. 代建合同的法律性质是什么? 以及如何适用法律? (159)

53. 工业设备安装合同是否属于建设工程施工合同的范畴? (160)
54. 企业内部承包方式是否合法? 是否属于转包? (161)
55. 承包人将 500 万元借给发包人用于办理施工许可证等手续, 是否属于垫资? (164)
56. 项目部公章的效力范围及失效的时间? (165)
57. 建设方未取得土地使用权证和建设工程规划许可证的, 施工合同是否有效? (167)
58. 设计合同标准文本将设计失误承担责任设定为“设计失误部分的设计费”, 是否为格式条款? (169)
59. 如何准确理解肢解发包? 施工总承包可以把地基工程分包出去吗? (170)
60. 总包单位将打桩工程分包给有相应资质的专业施工队伍, 分包合同是否有效? (171)
61. 招标文本中明确要求投标人自行承担材料涨价的风险的, 该条款能否视为无效条款? (172)
62. 项目经理有资质, 但是没有与本企业直接签订劳动合同, 承包合同的效力如何? (173)
63. 发包人经常在招标文件中用“暂定价格”或指明“类似 × × 品牌”的字样, 这种情况如何处理? (174)
64. 1999 年版施工合同示范文本解释顺序经发包方与承包方协商后, 该顺序能否调整? (175)
65. 工程已按照发包方的要求完工并已进行了验收, 但是合同尚未签订, 这种情况如何处理? (175)
66. 实际施工人借用资质, 若发生安全质量事故, 其应承担什么法律责任? (176)
67. 未进行招标签订施工合同, 后补办招标并另签订了一份施工合同, 如何处理? (177)
68. 经过投标签订了施工合同, 为了备案时少交纳税金重签了一份合同, 该情况如何处理? (178)

69. 结算书上未加盖建设单位法人章,盖的是项目部的公章,该结算书是否生效? (179)
70. 结算书上只有建设单位公章而没有法定代表人签字,该结算书是否有效? (180)
71. 发包方与承包方在签订合同时,明确一切安全事故由承包方承担,该约定法律上予以支持吗? (180)
72. 如果总包单位与分包单方向同时签订了劳务分包合同,同时与承包方签订委托材料采购合同和机械租赁合同,是否可以认定为劳务分包? (181)
73. 持有专业分包资质的企业签订了劳务分包合同是否合理? (182)
74. 专业分包企业授权“包工头”进行投标和中标后的管理,出现争议时,“包工头”承担法律责任吗? (183)

第二部分 合同的解除权 (185)

75. 加工承揽合同中承揽人享有合同解除权吗? (185)
76. 发包人能否以工程逾期为由解除合同? 解除效力要法院确定吗? (186)
77. 施工单位在合同履行过程中被降低资质,建设单位是否可以据此解除合同? (188)
78. 工程项目合同转让未经相关部门备案,该转让合同是否有效? 可否解除? (188)
79. 房屋消防设施不符合标准而出租给他人的,该租赁合同是否有效? 可否解除? (191)
80. 发包方不履行义务,承包方如何在关系和谐中保护自己的合法权益? 可否解除合同? (191)
81. 分包商项目经理部无故中途退场,总承包人是否有权直接介入管理? (192)
82. 施工过程中,发包方是否有权将总包合同的工程直接进行分包? (193)

83. 承发双方都向法院诉请解除合同,是否视为双方就
合同解除达成了合意? (194)
84. 发包人不履行前一份合同的付款义务,承包人是否
可以要求解除后一份合同? (197)
85. 发包方将承包人承包的工程中的分项工程另行发
包,承包人是否可以要求解除合同? (198)
86. 因发包方违约解除合同,如何确定其赔偿范围? (199)
87. 未取得建设工程规划许可证和施工许可证,承包方
是否可以要求解除合同? (200)
88. 未取得施工许可证,承包方是否可以停工并要求对
已完成的部分工程进行结算? (202)
89. 媒体报道建设单位经营存在欺诈,承包方是否可以
因此解除建设工程施工合同? (203)
90. 对于业主为个人的,其是否有权签订建设工程合同?
如果能,合同签订中应注意哪些事项?“合同终止”
与“合同中止”法律意义有何不同? (205)
91. 合同中明确约定承包方出现较大的质量事故或工期
拖延严重影响发包方利益,发包方可以解除合同的,
当出现较大质量事故或工期严重延误情况时,发包
方有权解除合同吗? (206)
- 第三部分 工程质量问题** (207)
92. 未经验收即擅自使用,发包人可否以存在质量问题
为由拒付工程款? (207)
93. 主管部门批准投入使用能否构成对质量问题由建设
方负责的抗辩? (207)
94. 施工项目未竣工验收,开发商在此种情况下开始使
用的,如何处理? (208)
95. 建设单位不组织验收,但已接收该工程,施工单位是
否可以不承担质量责任? (209)

96. 工程交付以后发现质量存在问题(非主体工程)时,
施工方要承担违约责任吗? (210)
97. 验收合格后,出现质量问题,承包方提出是设计问
题,怎样处理? (210)
98. 建设方所供材料质量有问题,而施工单位也未检验,
出现质量问题如何处理? (211)
99. 承包人擅自更改设计和材料后工程仍符合国家标
准,承包人承担什么责任? (212)
100. 发包人指定分包,总包方未收取任何总包管理费,
分包工程发生质量问题,如何处理? (213)
101. 发包人指定分包,总包方收取了管理费,分包工程
出现质量问题,如何处理? (213)
102. 保修期内建设单位请另一施工单位来维修,保修费
用如何结算? (215)
103. 建筑厂房质量不合格,发包人是否可以要求承包人
返还已付进度款? (215)
104. 乙方中途停工,甲方已使用,乙方索要工程款,甲方
是否可以以质量反诉? (216)
105. 发现质量问题,承包人的法定代表人和项目经理负
何责任? (217)
106. 工程质量保证金与质量保修金有何区别? (218)
107. 工程质量保修金返还数额是否有规定? (219)
108. 约定设计出现问题赔偿“所收设计费”,而实际损
失巨大如何处理? (219)
109. 合同中的工期延期的违约金约定的较少,实际损失
多,如何处理? (220)
110. 合同规定工程质量应达到优良或鲁班奖,相关问题
如何处理? (221)
111. 地基工程施工验收时各方均未提出任何异议,此后
出现质量问题,如何处理? (223)

112. 发包人指定分包,总包人是否承担该指定分包工程 质量缺陷、工期延误的责任?	(225)
113. 竣工验收以通过什么单位的验收为标准?	(226)
114. 质量纠纷案件是应判施工方赔偿还是应判施工方 进行修复?	(227)
115. 修复(整改)有无次数限制,是否只限于一次?	(228)
116. “修复后的建设工程经竣工验收不合格”是以约定 的标准,还是国家标准?	(229)
117. 监理公司的过错是否可以推定是发包人的过错?	(230)
118. “经使用一年,未发现较大质量问题”的监理意见 如何理解?	(231)
119. 违章工程按质完工后,施工企业是否有权要求建设 单位支付工程款?	(232)
120. 整体工程评为优良是否可以视为分包装饰工程的 质量也达到了优良?	(234)
121. 双方约定发包方对建筑物的实际使用不视为已验 收,该约定是否有效?	(235)
122. 如何理解擅自使用?	(236)
123. 当承发包双方都对工程的某一部分(非地基基础 和主体结构)认为有可能存在着质量缺陷,是否可 将质量缺陷责任期延长并超过二十四个月?	(237)
 第四部分 工程期限	 (239)
124. 竣工后施工单位不进行交付,工期如何计算?	(239)
125. 对甩项验收工程,竣工时间如何确定?	(239)
126. 竣工结算按约送达甲方但其内容不太正确,资料不 合格怎样算起算日期?	(240)
127. 未取得施工许可证对工期起算的影响?	(241)
128. 有无规定在约定时间内必须开工,超出规定时间, 作为工期顺延?	(241)

129. 发包人所造成的开工延误的损失范围如何界定? (242)
130. 1999 版施工合同示范文本中通用条款第 31.1 款
中的“变更确定后”的时间界定? (243)
131. 发包人以种种借口延缓审计,无视合同及条款等规
定审计,承包人怎么办? (243)
132. 承包人因财政拨款手续迟缓导致的停工损失是否
可以请求发包人赔偿? (244)
133. 战争、非典是否属于不可抗力? 造成工期延误的责
任由谁承担? (245)
134. 监理合同工期和施工合同工期是否一致? (246)
135. 某一建设工程没有取得建设工程施工许可证,那么
开工日期如何确定? (247)
136. 建设单位一直不下开工令,施工单位如何应对? (247)
137. 因设计变更导致工程量增加,是否必然带来工期的
顺延? (248)
138. 什么是合理工期? 如何确定? 定额工期是否为合
理工期? (249)
139. 是否可以以业主使用其中部分工程时间为整个工
程竣工日期? (250)

第五部分 工程结算标准和工程量的确定 (252)

140. 发包人指定分包商分包,审计结算该不该算分包部
分费用? (252)
141. 合同没有约定计息,但有滞纳金计付标准,可以吗?
..... (253)
142. 合同签订时没有对工程逾期竣工的违约作具体约
定,如何适用《司法解释》? (254)
143. 实际施工人起诉转包人主张支付工程款的,工程款
中是否包括税金? (255)
144. 对欠付工程款是否支付利息没有约定,法院是否会