



CONSTRUCTION PROJECT

On the Legal Practice and Risk of the Construction Contract

最新建设工程施工合同 法律实务与风险防范

完美把握施工合同纠纷案件要点和难点

张 义 ◎著

对全国法院2014年终审的典型裁判及所表达的典型审判观点进行对比和分析，
总结风险防范措施，全局呈现施工合同纠纷案件情况。

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



CONSTRUCTION PROIJECT

On the Legal Practice and Risk of the Construction Contract

最新建设工程施工合同 法律实务与风险防范

完美把握施工合同纠纷案件要点和难点

张 义 ◎ 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

最新建设工程施工合同法律实务与风险防范 / 张义
著. —北京: 中国法制出版社, 2015. 7
ISBN 978 - 7 - 5093 - 6591 - 5

I. ①最… II. ①张… III. ①建筑工程 - 经济合同 -
合同法 - 基本知识 - 中国 IV. ①D923. 6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 174275 号

策划编辑 李小草 (lixiaocao2008@sina.cn)

责任编辑 张津 (zj2007011567@163.com)

封面设计 周黎明

最新建设工程施工合同法律实务与风险防范

ZUIXIN JIANSHE GONGCHENG SHIGONG HETONG FALÜ SHIWU YU FENGXIAN FANGFAN

著者/张义

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 毫米×1092 毫米 16

版次/2015 年 9 月第 1 版

印张/14 字数/190 千

2015 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 6591 - 5

定价: 39.80 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66053217

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

序 言

从 20 世纪 90 年代开始,房地产业及建筑业进入快速发展时期,直至今日仍方兴未艾。根据国家统计局发布的数据,2014 年建筑业国民生产总值绝对额为 44725 亿元,比上年增长 8.9%,约占年度国民生产总值的 7%;房地产业国民生产总值绝对额为 38167 亿元,比上年增长 2.3%,约占年度国民生产总值的 6%。^①

伴随着行业的飞速发展,是建设工程领域的大量纠纷和争议。为规范建筑市场,国家相继颁布了《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国招标投标法》《建设工程质量管理条例》等多项法律法规及配套措施,而最高人民法院于 2004 年 10 月 25 日发布的《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若干问题的解释》(法释〔2004〕14 号)(下称“《施工合同司法解释》”)更成为处理建设工程施工合同纠纷最重要的依据和准则。但不可否认的是,由于中国建筑行业和房地产行业产生和发展的特殊情况,《施工合同司法解释》做了太多的妥协和让步,在为施工合同纠纷的妥善处理确立规则的同时,也引出了更多的问题,这使得建筑行业完善立法体系、提升司法水平、加强守法意识更加必要。

作为一名建设工程领域的法律从业者,笔者一直对三个问题感到非常好奇:第一,建设工程领域的纠纷为什么会形成,主要争议点在哪里?第二,针对各种类型的纠纷,全国三十余个省市数百个法院在适用法律、认定证据、做出裁判方面是否能够保持一致?第三,对于法律没有规定或者没有详细规定的争议点,各个法院做出裁判时又适用了哪些法律?

这三个问题之所以重要,是因为通过总结与分析这些问题,不但可以了解

^① 数据见国家统计局:《2014 年 1-4 季度我国 GDP(国内生产总值)初步核算情况》。

全国范围内建设工程施工领域的纠纷状况、更加深入和全面地理解建设工程施工方面现有的法规政策，为之后类似案件的妥善处理提供参考，还可以为房地产及建筑行业各从业主体在开发过程中防范和化解风险提供借鉴，而且可以为建筑行业的立法和法律修订提供参考和依据。

《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》（法释〔2013〕26号）的颁布以及中国裁判文书网^①的上线，使我们有机会看到各个地方、各个级别的法院做出的绝大部分裁判文书，从而使解答上述三个问题成为可能。笔者基于心中的疑惑，对中国裁判文书网上公布的建设工程施工合同纠纷案件进行了搜集和整理，但基于审判实践的特征及时间要求，笔者在筛选案件时考虑了如下因素：

（1）鉴于一审判决后各方当事人仍有上诉的可能，而基于目前的信息手段，笔者无法确定相关当事人是否上诉，因此无法确定一审判决是否已生效，同时由于一审判决的效力相对较低，因此本书仅统计终审判决（包括再审终审判决）。

（2）为统一分析标准，同时考虑时间原因，仅统计2014提起上诉的案件。

（3）鉴于自然人之间的施工合同纠纷一般情况下均为索要工程款或劳务款，案情相对简单、金额相对较小，因此本书仅统计当事人均为法人、组织或其它单位的案件。

（4）鉴于金额过小的案件在案情及判决方面都非常简单，且不会对统计分析造成重大影响，因此除非该案件为非金钱标的，或者案件情况非常特殊，仅统计标的额在人民币十万元以上的案件。

需要说明的是，本书中所统计的“建设工程施工合同纠纷案件”，范围比《民事案件案由规定》（法发〔2011〕42号）第100条第（3）项的“建设工程施工合同纠纷”要广。因为笔者在统计过程中发现，各级法院在确定案由时并不十分严格，裁判文书中写明案由为“建设工程施工合同纠纷”的案件实际上包括了《民事案件案由规定》第100条中的第（3）项“建设工程施工合同纠纷”、第（4）项“建设工程价款优先受偿权纠纷”、第（5）项“建设工程分包合同纠纷”以及第（7）项“装饰装修合同纠纷”。

^① 网址：<http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/>

根据上述原则，纳入统计的建设工程施工合同纠纷案件共计 1052 件。结合对这些案件的统计与分析，笔者将本书内容分为三编：

第一编为法律实务，该编以《施工合同司法解释》为纲，结合其它与建设工程相关的重要法律规定，按照法律条文中所涉及的争议点，对全国各个法院在审理施工合同纠纷案件中所做出的典型裁判或所表达的典型审判观点进行对比，然后结合相关规定，对该争议点的事实认定或法律适用做出分析并提出笔者自己的看法，以达到正本清源的目的，或者至少为该争议的处理提供较为详实的法律或理论依据。

第二编为风险防范，本编收录了笔者所看到的、对于房地产及建筑业从业主体防范和化解风险具有警示和借鉴作用的部分案例。案例内容集中在企业管理漏洞方面，笔者根据判决书内容全部进行重新总结和编写，使重点更加突出、脉络更加清晰。这些案例一方面可以使相关单位了解风险可能发生的阶段以及时加强防范，另一方面也方便法律从业者作为培训案例使用。

第三编为纠纷情况统计分析，主要是对所搜集整理的 2014 年做出终审判决的千余起案件进行统计分析，从案件数量、案件领域分布、本诉及反诉情况、诉讼标的额、审理期限、二审判决情况，以及各个案件所涉及的争议点、各个争议点的出现频率等做出描述或说明，以便读者对 2014 年度施工合同纠纷案件有一个全局性的认识。同时亦将所搜集的案件编号、当事人名称、诉讼标的额等简要列出，以方便读者检索查阅。

由于时间和水平所限，本书难免存在错漏和不足，也希望各位读者能够多提宝贵意见。

张义

目 录

上篇 法律实务

003

第一章 合同无效

- 一、哪些工程属于必须招标的建设工程? / 4
- 二、未取得国有土地使用权证、建设工程规划许可证或施工许可证进行招标所签订的施工合同是否有效? / 5
- 三、完成招标签订施工合同后未将合同备案, 是否影响合同效力? / 7
- 四、阴阳合同效力问题辨析 / 7

012

第二章 无效合同付款

- 一、承包人是否可以请求不按合同约定而按实际情况支付工程款? / 12
- 二、合同无效, 合同中约定的利润是否应当支持? / 13

015

第三章 转包分包

- 一、未经发包人认可的分包合同是否有效? / 15
- 二、何为“主体结构” / 16
- 三、如何确定是否收缴违法所得? / 17

019 | 第四章 合同解除

一、不符合法定或约定解除条件，可否适用《合同法解释二》

第24条？/ 19

二、合同解除后，发包人应在何时支付工程款？/ 21

三、合同解除后是否仍可留存质保金？/ 22

四、因发包人原因解除合同的，承包人的可得利益损失如何认定？/ 24

027 | 第五章 工程质量

一、工程修复费用尚未实际发生，是否可以通过鉴定确定金额并要求承包人支付？/ 27

029 | 第六章 擅自使用工程

一、如何认定“擅自使用”？/ 29

二、发包人在擅自使用工程前已经提出工程存在质量问题，则本款不适用。/ 30

三、发包人擅自使用工程的，承包人就擅自使用部分是否承担保修义务？/ 31

033 | 第七章 工 期

一、未办理施工许可证即开始施工，承包人是否可以要求顺延相应的工期？/ 33

二、竣工验收单（或类似文件）记载的验收合格时间与实际验收合格时间不一致的，竣工日期如何确定？/ 34

三、如何认定工程逾期范围和逾期天数？/ 35

037 | 第八章 有效合同结算

一、双方已就结算达成一致，在诉讼中又进行鉴定的，如何确定结算金额？/ 37

二、当事人约定按固定价结算，合同未履行完毕的，当事人是否有权申请鉴定？/ 38

040

第九章 欠付工程款

- 一、合同就欠付工程款既约定利息又约定违约金的，是否可以同时支持？ / 40
- 二、合同约定以房抵工程款，承包人是否可以请求发包人直接支付工程款？ / 42
- 三、要求开具发票是否属于民事案件受理范围？ / 44
- 四、发包人是否可以对方未开具发票为由拒绝付款？ / 45

049

第十章 付款时间

- 一、当事人仅约定双方完成结算后一定期间内付款的，是否属于付款时间约定不明？ / 49
- 二、分包合同约定以发包人向承包人付款作为承包人向分包人付款的条件是否有效？ / 51

053

第十一章 工 程 量

- 一、承包人未按设计文件施工，发包人未提出异议的，是否应就不符合设计文件的工程付款？ / 53

055

第十二章 逾期答复视为认可结算文件

- 一、合同未约定逾期答复视为认可结算文件的，是否可以适用本条规定？ / 55
- 二、无效合同是否可以适用本条规定？ / 57

058

第十三章 阴阳合同结算

- 一、本条适用范围是否包括非必须招标的工程？ / 58
- 二、备案合同无效的，是否适用本条规定？ / 59
- 三、何为“实质性内容不一致”？ / 61
- 四、另行签订的合同与备案合同实质性内容不一致，双方依据另行签订的合同完成结算的，结算是否有效？ / 62

063 | 第十四章 主 体

- 一、因多份合同产生的纠纷可否在同一案件中一并审理? / 63
- 二、实际施工人起诉转包人或违法分包人并同时起诉发包人主张权利,但发包人与转包人或违法分包人尚未完成结算的,是否可以直接判令发包人在欠付工程款范围内承担连带责任? / 66
- 三、被挂靠人是否有权利向发包人主张工程款? / 69
- 四、没有合同依据,发包人是否可以直接向实际施工人付款? / 70
- 五、是否可以判令分公司承担民事责任? / 71

075 | 第十五章 保 修

- 一、各部分工程质保期不同,合同对质保金返还期限及金额未做区分的,如何处理? / 75
- 二、承包人与分包人约定承包人在收到发包人支付的质保金后再向分包人支付质保金是否有效? / 77
- 三、尚未实际发生的维修费用或赔偿费用是否可以得到支持? / 78

080 | 第十六章 优先受偿权

- 一、优先受偿权的行使期限自何时起算? / 80
- 二、承包人是否可以放弃优先受偿权? / 83

086 | 第十七章 违约金调整

- 一、当事人未要求调整违约金,法院是否可以直接依职权进行调整? / 86
- 二、违约金过高的举证责任如何分配? / 87

089 | 第十八章 诉讼时效

- 一、施工合同未约定付款时间的,工程款的诉讼时效在结算前是否起算? / 89
- 二、哪些社会组织有权解决施工合同纠纷? / 90
- 三、超过诉讼时效期间后,债务人签收催款函等类似文件是否构成同意履行? / 92

中篇 风险防范

- 095
- 一、没有委托付款手续，工程款付了也白付 / 95
 - 二、招标工作不细致，价差损失自己担 / 96
 - 三、重要事项不作回复，对方有权解除合同 / 98
 - 四、不按约定期限提出索赔，法院认定丧失索赔权利 / 99
 - 五、甲供材出现质量问题，承包人亦应承担责任 / 100
 - 六、胁迫发包人增加价款，法院判决承包人返还 / 101
 - 七、重大过失造成对方损失，约定赔偿限额无效 / 103
 - 八、股东未经授权代表公司签订的合同对公司不发生效力 / 104

下篇 纠纷情况统计分析

- 109
- 一、领域划分 / 109
 - 二、标的额区间 / 110
 - 三、审理期限 / 111
 - 四、本诉及反诉支持情况 / 112
 - 五、终审改判情况 / 113
 - 六、争议点分布 / 114

附录

- 185 | 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
- 188 | 中华人民共和国建筑法
- 196 | 中华人民共和国招标投标法
- 203 | 建设工程质量管理条例

上篇

法律实务

《施工合同司法解释》的颁布为建设工程施工合同纠纷案件中大部分争议的认定和解决确定了原则，促进了各地各级人民法院在审理施工合同纠纷案件中达到同案同判的效果。但是，《施工合同司法解释》一共只有二十八条、数百个字，面对千变万化的实际情况，并不能完全覆盖所有的施工合同纠纷类型，因此，很有必要研究各地各级法院在实际审理案件过程中适用法律的思路，以及各级法院在没有直接的法律依据可用时对案件的分析过程。

鉴于《施工合同司法解释》对处理建设工程施工合同纠纷的重要作用，本编以其为纲，结合其它相关法律规定，对第一编所列争议点所包含的重点问题一一进行分析，在罗列各个法院针对同一问题的不同观点之外，根据法律规定提出笔者认为最符合法律和法理的观点，以期使读者对这些问题有较为清晰的理解。

为确保观点的准确性及全面性，笔者除查看所搜集到的 1052 个案件的终审判决书外，另行查阅了最高人民法院于 2014 年度就建设工程施工合同纠纷案件做出的数百份裁定，因裁定大部分为驳回再审申请之用，为避免重复并不纳入案件统计范围，但其中涉及的典型观点会在本编中有所体现。^①

另外，鉴于笔者查阅的文书主要是民事判决书，因此本编主要针对各个案件的实体争议进行分析，同时涉及判决书中能够看到的一小部分程序争议，对于其它的程序性争议不做分析。

^① 最高人民法院作出的判决书及裁定书将会加黑显示，以方便查看。

第一章 合同无效

《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》

第一条 建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效：

- （一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；
- （二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；
- （三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

本条规定的合同无效情况包括以下五种：

- （1）承包人未取得建筑施工企业资质便与发包人签订施工合同；
- （2）承包人超越资质等级许可的业务范围与发包人签订施工合同；
- （3）没有资质的实际施工人以有资质的建筑企业的名义与发包人签订施工合同；
- （4）必须招标的建设工程未经招标直接签订施工合同；
- （5）必须招标的建设工程虽经招标，但中标无效，承发包双方依无效的中标结果签订施工合同。

从2014年建设工程施工合同纠纷案件整体情况来看，资质问题引起的合同无效占了相当大的比例，但是从法律层面来说，是否符合建筑施工企业资质要求属于事实问题，法律适用上并不存在争议，实践中争议最大的问题在于招标对合同效力的影响。

一、哪些工程属于必须招标的建设工程？

《中华人民共和国招标投标法》（下称“《招标投标法》”）第三条对必须进行招标的建设工程项目做了原则性规定，并授权国务院发展计划部门确定具体范围和规划标准。发改委于2000年5月1日公布《工程建设项目招标范围和规模标准规定》（下称“《招标标准规定》”），详细规定了必须进行招标的工程项；而建设部于2001年6月1日公布《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》（建设部2001年89号令，下称“《工程施工招标办法》”），其中第三条规定，“房屋建筑和市政基础设施工程的施工单项合同估算价在200万元以上，或者项目总投资在3000万元以上的，必须进行招标”，将必须招标的工程范围几乎扩大至一切建设工程项目。

笔者认为，实践中应当将《招标投标法》及《招标标准规定》作为确定工程项目是否必须招标的依据。《工程施工招标办法》仅是部门规章层级的规定，在《招标投标法》和《招标标准规定》规定范围以外的工程项目，即使未履行招标手续，也不会导致施工合同无效。如黑龙江省高级人民法院在南通一建集团有限公司与嫩江祥润食品有限公司建设工程施工合同纠纷一案〔（2014）黑民终字第41号〕中便认定：“南通公司提出的该工程标的已达30000000.00元，应进行招标的依据为建设部的《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》，该办法为部门规章，非效力性强制性规定，故不应做为本案中认定合同无效的依据。”

但根据目前的法律规定，亦不能任意缩小必须招标工程的范围。如在昆山华强房地产开发有限公司与江苏南通六建建设集团有限公司施工合同纠纷案〔（2014）苏中民终字第1695号〕中，江苏省苏州市中级人民法院认定：“该住宅楼工程并非法律法规规定的必须强制招投标的工程，故双方签订的《建设工程施工合同》及其补充协议均合法有效。”^①这类判决与法律规定并不相符。

① 持相同观点的还有：

①浙江省金华市中级人民法院做出的（2014）浙金民终字第259号民事判决书；

②海南省高级人民法院做出的（2014）琼环民终字第2号民事判决书；

二、未取得国有土地使用权证、建设工程规划许可证或施工许可证进行招标所签订的施工合同是否有效？

工程建设开始前，当事人应当完成一系列的审批手续，包括获取国有土地使用证、建设工程规划许可证、建设工程施工许可证等，如果工程相关审批手续不齐全，当事人便已就该项目进行招标并签订施工合同，相应的施工合同是否有效？

首先应当明确，建设工程施工许可证并不影响招标或施工合同的效力。根据《中华人民共和国建筑法》（下称“《建筑法》”）第八条的规定，申请领取施工许可证时应当已经确定建筑施工企业，而建筑施工企业只能通过签订施工合同来进行确定，而建设部发布的《工程建设项目实施阶段程序管理暂行规定》（建建[1995]第494号）第四条第一款也规定：“施工准备阶段分为工程建设项目报建、委托建设监理、招标投标、施工合同签订；施工阶段分为建设工程施工许可证领取、施工；竣工阶段分为竣工验收及期内保修。”由此可知，签订合同后再领取施工许可证并不违反法律规定和主管部门的行政管理规定。

对于未取得国有土地使用权证、建设工程规划许可证而签订的施工合同的效力问题，各地法院存在不同判决：

部分法院认为，建设项目未取得国有土地使用权证、规划许可证而签订的施工合同应当认定为无效。如在常州市横山建筑工程有限公司与无锡龙电通用电气制造有限公司、无锡龙电通用电气制造有限公司常州武进分公司建设工程施工合同纠纷案〔（2014）常民再终字第0008号〕中，江苏省常州市中级人民法院认定：“本案所涉工程至今未取得土地使用权、未取得建设工程规划许可证，也未取得施工许可证，该工程属于‘三无’工程。《中华人民共和国城乡规划法》（下称“《城乡规划法》”）第四十条、第六十四条规定，建设单位或个人应当申请办理建设工程规划许可证，未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定进行建设的，由县级以上地方政府城乡规划主管部门责令停止建设、限期改正、限期拆除、没收实物或者违法收入，可以并处罚款，上述规定属于影响到合同效力的强制性规定。因此，对于本案所涉工程，应当适用《中华人民共和国合同法》（下称“《合同法》”）第五十二条第一款第（五）项‘违反法律、行政