




建设工程
施工合同纠纷案件
审判实务

林 一 / 主编

Trial Practice on the Contract Cases
of
Construction Projects



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



建设工程 施工合同纠纷案件 审判实务

林 一 / 主编

Trial Practice on the Contract Cases

Construction Projects



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

建设工程施工合同纠纷案件审判实务 / 林一主编. —北京:法律出版社, 2015. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7623 - 2

I. ①建… II. ①林… III. ①建筑工程—工程施工—合同纠纷—审判—研究—中国 IV. ①D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 045000 号

建设工程施工合同纠纷案件审判实务
林一 主编

编辑统筹 法律应用出版社
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 三河市龙大印装有限公司
责任印制 翟国磊

开本 720 毫米 × 960 毫米 1/16
印张 25.25
字数 386 千
版本 2015 年 5 月第 1 版
印次 2015 年 5 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 - 5118 - 7623 - 2

定价: 68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编委会

主 编

林 一

副主编

蒋卫宇 俞少春 叶向阳 亓述伟

撰写人员 (按姓氏笔画顺序)

王 勇 亓述伟 卢世昌 江宇奇 苏伟清

吴飞明 沈 妙 张玉环 陈 晨 陈 斌

赵 勇 章建荣 蒋卫宇

序

建筑业是国民经济的重要物质生产部门,它与国家经济的发展、人民生活的改善密切相关。近些年来,伴随着我国经济社会快速发展和城镇化进程不断推进、公共基础设施的大力投入和房地产市场的迅猛发展,建筑业蓬勃发展,呈现繁荣景象。浙江作为建筑大省、强省,主要经济技术指标一直居于全国前列。2014年浙江省建筑业总产值22668亿元,比上年增长12.2%,占全国的比重为12.8%,居全国第2位。在省外完成的产值11326亿元,居全国第1位,占全省建筑企业总产值的50.0%。全年新签合同22363亿元,占全国的比重为12.1%,居全国第1位。全年建筑业增加值2445亿元,比上年增长9.0%,占全省GDP的比重达6%。资质以上建筑企业利润总额590亿元,增长11.2%;税金总额660亿元,增长16.1%。浙江作为建筑大省、强省的地位进一步巩固,“浙江建设”的品牌效应进一步凸显。

国家十分重视对建筑业的发展培育。经过多年的市场整顿、制度建设及有效监管,我国建筑市场正逐步进入健康的发展轨道。但由于市场容量持续扩大以及建筑业的激烈竞争,仍在一定层面存在外部监管不到位、内部运营混乱等薄弱环节,违规开发项目、围标串标、低于成本价报价、超资质无资质承包、违法转包分包、挂靠等现象时有发生;建设方投资不足、拖欠工程款,施工方偷工减料、以次充好等工程欠款、质量纠纷仍呈多发态势。不少矛盾纠纷形成诉讼案件涌入法院。据统计,浙江法院2005年至2014年十年间年均受理建设工程合同纠纷一审案件达5800余件,其中建设工程施工合同纠纷数量占据大头。

建设工程施工合同纠纷不仅直接关系着承发包双方的经济利益,而且涉及农民工工资等外来务工人员切身权益,同时影响着材料供应等上下游产业,更事关人民群众的生命财产安全,事关经济社会的发展与稳定。妥善处理此类案件,对于依

法维护合同当事人的合法权益,构建有序竞争的建筑市场秩序,促进建筑行业健康、规范发展具有积极重要的意义。

在纠纷处理方面,我国已经形成了由《建筑法》、《合同法》、《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》、《建设工程质量管理条例》等多个法律法规和司法解释构成的建筑法律体系框架。但由于法律规定的天然滞后性、语言表述的局限性和建设工程的专业性、复杂性,理论和实践中容易对规范的理解产生分歧和争鸣。司法审判正是不断通过对法律理解和法律适用的实践,达致公平正义的结果。

面对建设工程领域层出不穷的新情况、新问题,浙江省高级人民法院民事审判第一庭历来注重发挥司法能动性,以案件裁判为源泉,不断积累审判经验,提炼裁判规则,促进建设工程审判业务水平的提升。2004年该庭编写的《房地产案件审判要旨与判案评析》一书,就对建设工程施工合同纠纷案件的审理设专章探讨,对凝聚裁判共识做了有益探索。2012年在总结经验、广泛论证的基础上形成了《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》,为全省法院审理此类案件提供了有效的业务指导,促进了法律适用和裁判标准的统一。

2013年以来,该庭组织省内具有丰富审判实践经验和良好法学理论素养的一线法官,在繁重工作之余,对建设工程施工合同纠纷案件审判实践中常见的各类问题和实务经验进行了系统梳理,历时两年完成本书。内容基本涵盖了建设工程施工的全过程,涉及建设工程合同的一般原理、合同订立、效力、变更、履行、质量和价款、终止和解除、工程价款优先受偿权、鉴定等方方面面,同时又对价款、工期、质量、鉴定等热点、难点和焦点问题浓施笔墨,做到了全面翔实且重点突出。

同时,本书注重理论与实践相结合,既兼顾学术性,对相关问题涉及的法理学理论、法律原则和当前国内主流观点做了充分阐释;又突出实务性,对司法审判实践中关注的重点问题予以提示说明,给出可操作性的建议。为了帮助读者更好地理解相关理论知识、掌握实务要点,本书精选典型案例,把案例剖析有机融入法律要点问题的论述中,为了方便读者查询相关规定,在每章尾部还收录了所涉的主要法律条文,可读性、实用性大大增强,能够更好地满足社会各界人士的需求。

值此《建设工程施工合同纠纷案件审判实务》一书付梓之际,乐作此序。

齐 奇
2015年5月

目 录

导 论	(1)
第一节 建设工程合同纠纷案件基本情况	(3)
一、建设工程合同纠纷案件的类型	(3)
二、建设工程合同纠纷审理的基本情况和特点	(5)
第二节 建设工程合同纠纷案件的管辖	(9)
一、民诉法司法解释实施前的管辖情况	(9)
二、民诉法司法解释实施后适用专属管辖原则	(12)
三、关于建设工程合同仲裁协议和相关问题	(13)
第三节 审理建设工程纠纷案件适用的规范	(17)
一、规范建设工程活动的基本法律	(17)
二、规范建筑市场秩序的相关法律法规	(17)
三、规范发包方与承包方相互之间民事权利义务关系的法律法规和 司法解释	(18)
第一章 建设工程施工合同一般原理	(19)
第一节 概述	(21)
一、建设工程施工合同的概念	(21)
二、建设工程施工合同的特征	(22)
第二节 建设工程施工合同主体	(24)

一、发包人	(25)
二、承包人	(26)
第三节 建设工程施工合同履行中涉及的其他主体	(34)
一、项目经理	(34)
二、监理人	(39)
三、专业承包人	(42)
四、劳务分包人	(43)
第四节 合同主体的主要权利义务	(47)
一、发包人的义务	(47)
二、承包人的义务	(52)
三、项目经理的义务	(54)
四、监理人的义务	(55)
五、专业承包人的义务	(56)
六、劳务分包人的义务	(56)
第二章 建设工程施工合同的效力	(59)
第一节 效力认定的基本原则	(61)
一、依法认定原则	(61)
二、质量第一原则	(62)
三、规范建筑市场秩序原则	(63)
四、慎用无效原则	(63)
第二节 内部承包	(65)
一、内部承包的认定	(65)
二、内部承包与借用资质及转包、分包的区别	(71)
三、内部承包合同的效力	(73)
第三节 建设工程转包及劳务分包	(78)
一、工程转包	(78)

二、劳务分包	(83)
第四节 违法转包、分包	(88)
一、违法转包的基本原理	(88)
二、违法分包的基本原理	(90)
第五节 借用资质(挂靠)	(93)
一、借用资质(挂靠)的概念及表现形式	(93)
二、借用资质(挂靠)的效力	(96)
三、借用资质(挂靠)的法律责任	(97)
第六节 黑白合同(阴阳合同)	(99)
一、黑白合同的概念及特征	(99)
二、黑白合同的性质及效力	(100)
三、黑白合同的认定	(102)
第三章 建设工程施工合同的变更	(107)
第一节 建设工程施工合同变更概要	(109)
一、合同变更的概念	(109)
二、合同变更的法律要件	(110)
三、合同变更的法律后果	(113)
第二节 签证联系单、会议纪要等的性质和认定	(114)
一、概念	(114)
二、签证程序和法律后果	(115)
三、签证效力的认定	(116)
第三节 情势变更与商业风险	(118)
一、概念	(118)
二、适用要件	(119)
三、情势变更与商业风险的区别	(120)
四、情势变更原则的适用	(123)

五、情势变更原则适用的法律后果	(126)
第四章 建设工程施工合同的履行概述	(129)
第一节 建设工程施工合同履行的基本原则	(131)
第二节 工期	(132)
一、开工日期和竣工日期的认定	(133)
二、工期延误和工期顺延	(141)
三、工期索赔	(147)
四、工期纠纷中举证责任的分配及证明标准	(149)
第三节 工程进度款	(151)
一、概念	(151)
二、支付条件	(151)
第五章 建设工程价款	(159)
第一节 竣工结算流程	(161)
一、工程竣工结算的概念	(161)
二、工程竣工结算的内容	(161)
第二节 无效合同的工程价款结算	(171)
一、无效建设工程施工合同处理的一般原则	(171)
二、司法解释“参照合同约定支付工程价款”规定的适用	(173)
三、施工合同无效且工程经竣工验收不合格的处理	(176)
第三节 固定总价、单价的工程款的结算	(177)
一、固定价结算的原则	(177)
二、固定价结算在审判实践中的常见问题	(178)
第四节 黑白合同的结算问题	(183)
一、审判实践中对司法解释第二十一条的不同理解	(183)
二、我们对黑白合同结算依据的观点	(184)

第六章 建设工程质量	(195)
第一节 建设工程质量的认定	(197)
一、工程质量的国家标准和行业标准	(197)
二、工程质量责任	(198)
三、工程质量监督管理	(204)
四、工程质量体系认证	(205)
五、工程竣工验收	(205)
六、工程质量责任的诉讼时效	(208)
第二节 建设工程质量保修制度	(209)
一、保修的范围及期限	(210)
二、最低保修期限	(210)
三、保修期的起算	(212)
四、保修期内质量责任的承担	(212)
五、保修责任的免除	(215)
六、质量保证金	(216)
第三节 地基基础工程、主体结构工程的规定	(221)
第七章 建设工程施工合同的违约责任	(227)
第一节 概述	(229)
一、违约责任的概念	(229)
二、违约责任的形式	(229)
第二节 违约的情形	(234)
一、发包人的违约情形	(234)
二、承包人的违约情形	(237)
第三节 违约金与利息	(240)
一、违约金	(240)

二、工程款利息	(241)
第四节 违约金的调整	(244)
一、违约金过高的认定标准	(244)
二、违约金调整的考量因素	(245)
三、违约金调整的举证责任分配	(247)
四、违约金调整的释明	(249)
第五节 违约责任的免除	(252)
一、不可抗力	(252)
二、免责条款	(255)
第八章 建设工程施工合同的终止和解除	(261)
第一节 概述	(263)
一、终止和解除的概念及特征	(263)
二、合同解除的类型	(265)
第二节 终止和解除条件成就的认定	(268)
一、发包人行使合同解除权的条件	(268)
二、承包人行使合同解除权的条件	(277)
第三节 终止和解除的法律后果	(281)
一、对已经完成的质量合格的建设工程折价补偿	(282)
二、承担违约责任	(282)
第九章 建设工程价款优先受偿权	(289)
第一节 建设工程价款优先受偿权的概念	(291)
一、建设工程价款优先受偿权的立法渊源	(291)
二、建设工程价款优先受偿权的法律性质	(292)
三、承包人放弃建设工程价款优先受偿权的效力	(294)
第二节 建设工程价款优先受偿权的主体	(297)

一、勘察人、设计人、监理人是否享有优先受偿权	(297)
二、分包人、实际施工人是否享有优先受偿权	(298)
三、装饰装修工程承包人是否享有优先受偿权	(301)
第三节 建设工程价款优先受偿权的客体	(303)
一、建设工程价款优先受偿权客体是否包括建设用地使用权价值 部分	(303)
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	(304)
三、建设工程价款优先受偿权客体中哪些属于“不宜折价、拍卖的 工程”	(305)
四、建设工程价款优先受偿权所担保的债权范围	(307)
第四节 建设工程价款优先受偿权的行使	(308)
一、建设工程价款优先受偿权的行使是否以催告为前置条件	(308)
二、建设工程价款优先受偿权的行使方式	(309)
三、建设工程价款优先受偿权与商品房买受人权利冲突的问题	(310)
四、建设工程价款优先受偿权在司法程序中如何实现	(312)
第五节 建设工程价款优先受偿权的行使期限	(314)
一、在工程竣工的情况下,建设工程价款优先受偿权行使期限如何 计算	(314)
二、在工程未竣工的情况下,建设工程价款优先受偿权行使期限如 何计算	(316)
三、对建设工程价款优先受偿权6个月行使期限的反思	(318)
第十章 工程量、工程造价和工程质量的鉴定	(321)
第一节 鉴定的启动	(323)
一、鉴定的提出	(323)
二、鉴定的委托	(331)
三、鉴定的流程	(333)

第二节 鉴定材料的审查	(337)
一、鉴定材料的范围	(337)
二、鉴定材料的证据交换	(338)
三、当事人存在合同争议时的有关鉴定问题	(339)
第三节 鉴定意见的审查、认定	(341)
一、关于鉴定意见	(341)
二、鉴定意见的质证	(344)
三、关于专家辅助人制度	(345)
四、关于鉴定意见的审核认定	(345)
第四节 建设工程质量鉴定	(348)
第五节 财政审计报告的效力	(350)
附录 重要法律法规司法解释问题解答	(357)
中华人民共和国建筑法	(357)
中华人民共和国合同法(节录)	(368)
建设工程质量管理条例	(371)
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	(382)
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	(386)
后 记	(391)

导

论



■ 第一节 建设工程合同纠纷案件基本情况

一、建设工程合同纠纷案件的类型

建设工程合同是复合性合同,涉及多重法律关系,从工程开始到完成的整个流程来看,包括建设工程的勘察、设计、招投标、材料采购、施工、监理、工程保修等合同,施工合同中还包括总包合同、分包合同、施工专业技术分包合同、劳务分包合同等。

《合同法》第十六章设专章规定了建设工程合同,并在第二百六十九条第二款规定:“建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。”

在最高人民法院《民事案件案由规定》(法[2011]42号)的案由体系中,建设工程合同纠纷为第三级案由。其第一级案由为“第四部分 合同、无因管理、不当得利纠纷”,第二级案由为“十、合同纠纷”,第三级案由为“100. 建设工程合同纠纷”。在第三级案由“100. 建设工程合同纠纷”项下,规定了9个第四级案由,分别为:(1)建设工程勘察合同纠纷;(2)建设工程设计合同纠纷;(3)建设工程施工合同纠纷;(4)建设工程价款优先受偿权纠纷;(5)建设工程分包合同纠纷;(6)建设工程监理合同纠纷;(7)装饰装修合同纠纷;(8)铁路修建合同纠纷;(9)农村建房施工合同纠纷。

民事案件案由概括的是当事人诉讼争议所包含、指向的法律关系,反映的是案件所涉及的民事法律关系的性质。《民事案件案由规定》在“建设工程合同纠纷”项下又设9个子案由,体现了建设工程合同纠纷中权利义务关系的复杂性。

从《合同法》和《民事案件案由规定》的比较看,《民事案件案由规定》在第四级案由中的第(1)、(2)、(3)项中,分别规定了建设工程勘察合同纠纷、建设工程设计合同纠纷、建设工程施工合同纠纷,与《合同法》第二百六十九条第二款规定的“建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同”是对应的。其余6个案由,除“(6)建设工程监理合同纠纷”因涉及实行监理的建设工程,而有别于建设工程的勘察、设计、施工合同纠纷,可以作为单独的案由予以规定外,“(4)建设工程价款优先受偿