

建设工程合同纠纷 诉讼指引与实务解答

张广兄 编 著

DISPUTES OF CONSTRUCTION PROJECT
ACTION GUIDE AND PRACTICE ANSWERS



根据2012年新民事诉讼法编写

- 建设工程施工合同应包括哪些内容？
- 中标通知发出后一方拒绝签订合同时应如何处理？
- 项目经理部签订的分包合同效力如何认定？
- 开工日期、竣工日期、验收日期、交付日期如何确定？
- 合同双方能否以补充协议变更中标合同价款？
- 招标文件确定的工程量有误，承包人能否申请追加工程价款？
- 什么是建设工程价款优先受偿权？
- 工程款已结清情况下对工程量再有争议怎么办？

诉讼指引与实务解答丛书

建设工程合同纠纷 诉讼指引与实务解答

张广兄 编 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

建设工程合同纠纷诉讼指引与实务解答 / 张广兄编
著. —北京:法律出版社, 2013. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3474 - 4

I. ①建… II. ①张… III. ①建筑工程—经济合同—
经济纠纷—民事诉讼—中国—问题解答 IV. ①D925. 105

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 080465 号

建设工程合同纠纷诉讼指引与
实务解答
张广兄 编著

编辑统筹 大众出版分社
策划编辑 韦钦平 朱海波
责任编辑 朱海波
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

开本 A5

总发行 中国法律图书有限公司

印张 22

经销 新华书店

字数 604 千

印刷 永恒印刷有限公司

版本 2013 年 1 月第 1 版

责任印制 沙 磊

印次 2013 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

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

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3474 - 4

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

张广兄,江苏省淮安市清浦区人民法院民一庭副庭长,曾获江苏省法院系统调研工作先进个人、民事审判系统调研指导人才等称号,其所著论文与案例曾在《最高人民法院公报》、《人民司法》、《人民法院报》、《法律适用》、《人民法院案例选》、《司法研究》、《江苏省高级人民法院公报》、《判例评论》、《典型案例》、《参阅案例》等刊物多次上发表,并在全中国、江苏法院系统多次获奖。

联系人:张广兄

联系地址:江苏省淮安市清浦区人民法院(淮安市清浦区延安东路66号)

电话号码:18005236068 13236211857 邮政编码:223002

E-mail: fhlp881968@163.com

业务顾问:任玉虹

参编人员:刘玉娟 张剑吟 李洪昌

出版说明

近年来,人民法院的案件数量一直处于增长的态势,不少地区的法官面临巨大的办案压力,当事人基本法律知识的欠缺在一定程度上也加大了案件处理的难度。为了帮助法官有效地提升办理案件的审判质量、效率和效果,让当事人了解法院诉讼的流程、步骤和常见法律问题,促使当事人服判息诉,做到案结事了,实现“群众诉求妥善解决、矛盾纠纷有效化解、两个效果相得益彰”的目标。我们从法官办案和对当事人进行诉讼指引两个角度出发,规划设计了《诉讼指引与实务解答》系列丛书。

丛书特点:

1. 指引性、指导性

紧紧抓住各类纠纷诉讼活动的每个流程,指明诉讼各个阶段当事人所需提供的材料以及法官需要审查的内容,让当事人的诉讼活动更加流畅、高效。

2. 实践性、权威性

通过梳理、提炼、总结、归纳审判实践中遇到的常见、疑难新型问题,结合实践中的典型案例,运用法官的专业知识和办案经验,将这些问题通过简单明了的文字,生动清晰地予以分析解答。

3. 全面性、系统性

程序指引与实体问题处理兼备,流程部分的介绍系统清晰;实务问题的解答全面涵盖了各领域的常见、疑难新型问题。

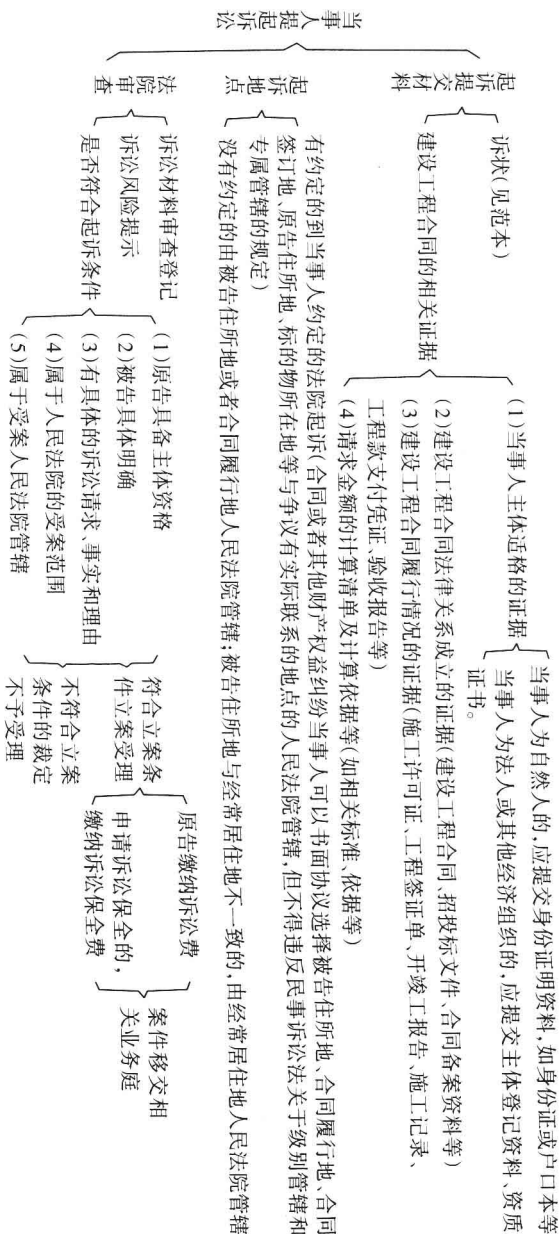
追求法律实践问题的细致解答是我们的根本宗旨,但鉴于编者水平、精力有限,不完善之处在所难免,希望读者提出宝贵意见,以帮助我们在修订、再版时加以完善。

邮箱:dazhong@lawpress.com.cn

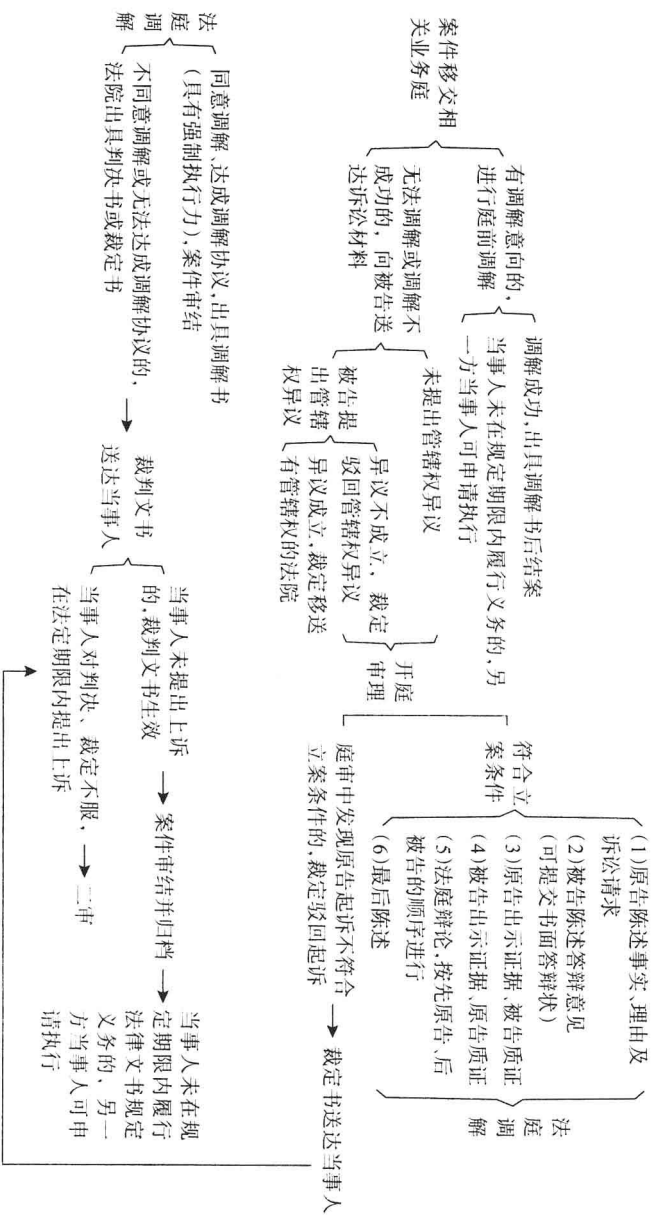
编者

2012年12月

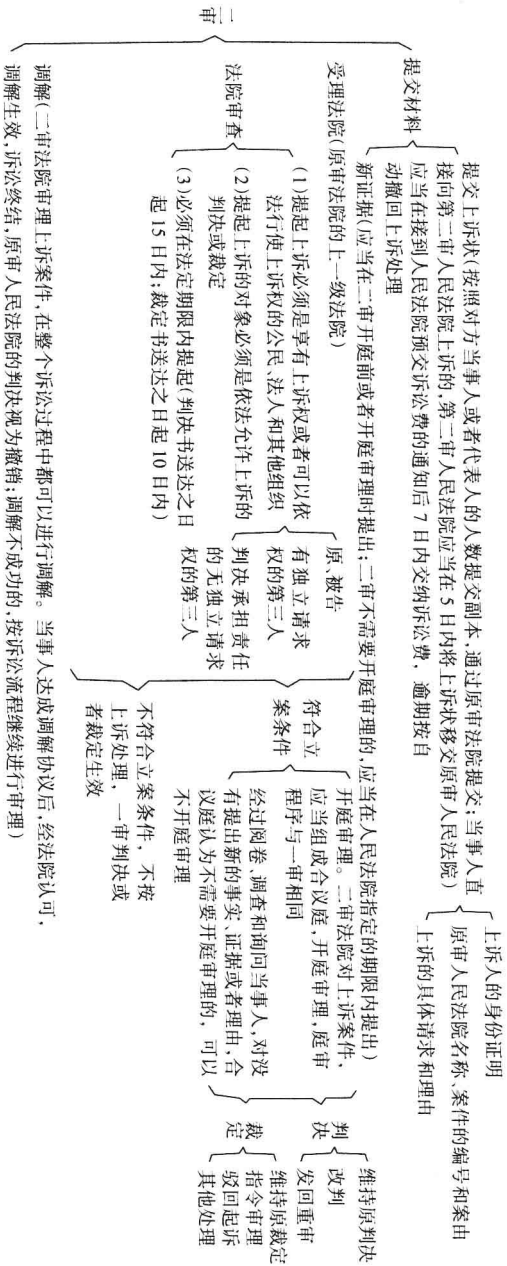
建设工程合同纠纷诉讼指引流程图(1)



建设工程合同纠纷诉讼指引流程图(2)



建设工程合同纠纷诉讼指引流程图(3)



前言

当前,随着我国改革开放的深入、经济的发展和城市化建设的推动,全国各地建筑行业均呈现出蓬勃发展之势:建筑工地随处可见,建设活动遍及城乡,吸引了大量的企业或个人投身其中。然而从建筑实务情况来看,由于缺乏行政手段的有力监管和配套法律、法规的有效规制,目前建筑市场中的不规范行为相当严重:没有资质、超越资质、借用资质承揽工程司空见惯,层层转包、违法分包等现象屡禁不止,使建筑业在拉动国民经济增长和提供大量就业岗位的同时,也产生了大量纠纷:工程质量问题屡屡见之报端、拖欠工程款行为层出不穷,从而导致诉讼到法院的建设工程合同纠纷案件也越来越多,呈现出与日俱增的诉讼和审判运行态势。

建设工程合同纠纷涉及招标、投标、挂靠、分包、转包等诸多法律规定,并有许多建筑领域的惯例、产业政策和专业技术规范夹杂其中;纠纷规制既有民事法律关系,又有行政管理关系;案件标的的大、法律关系复杂、专业要求高、证据材料庞杂、争议内容繁多等,都给此类案件的诉讼和审理带来了相当大的难度;故司法实务中,不少当事人、法律工作者、律师,甚至法官,都觉得此类纠纷存在诉讼主体确定难、证据审核认证难、合同效力认定难、合法转分包与非法转分包区分难等诸多诉讼和审判难点。同时,又由于此类纠纷不仅牵扯发包人、承包人,更关系到施工队伍、工程使用者、地方经济发展、农民工工资等政府、群体、个人多方利益,从而使此类案件的诉讼和审理都变得极为敏感,稍有不慎即引起群体上访、缠访、矛盾激化等影响社会稳定问题,因而,法律工作者、律师或法官对此类纠纷的处理水平和能力,也日益成为社会大众关注民生和

维护稳定问题的焦点。

由于建设工程合同纠纷呈现上述法律关系错综复杂、审理裁判难度较大、关乎社会和谐稳定等特点,使此类纠纷无论是在提起诉讼阶段还是进行审判阶段,都已成为一个工作的难点和社会关注的焦点。因此,如果对建设工程所涉法律规定、相关专业知识和行业标准、惯例等缺乏了解,就难以做到正确调处矛盾、合法解决纠纷及快办案、办好案,更不谈案结事了和维护公平正义。

为帮助广大法官、律师、法律工作者、纠纷当事人积极稳妥地处理和解决自己所面对、接手、代理或承办的建设工程合同纠纷或诉讼案件,笔者在总结审判实践经验及借鉴相关法律著述的基础上编著本书,对此类纠纷案件,特别是其中矛盾最为突出的施工合同纠纷案件中常见的各类问题,从法学理论、法律规定、司法惯例及审判实务的角度进行系统分析、归纳、梳理出解决之道,并运用典型案例加以解析,以期为广大法官、律师、法律工作者、纠纷当事人提供诉讼程序指引及法律实体处理参考。

囿于编者水平,本书如有不妥之处,敬请读者谅解并欢迎斧正为感!

张广兄
2012年12月

目 录

前言	001
----	-----

上编 建设工程合同纠纷诉讼指引

第一章 建设工程合同纠纷的基本知识	003
一、建设工程合同纠纷的概念	003
二、建设工程合同纠纷的特点	003
(一)建设工程合同纠纷的特点	003
(二)建设工程合同纠纷案件的成因分析	005
三、建设工程合同纠纷的种类	006
(一)建设工程勘察合同纠纷	007
(二)建设工程设计合同纠纷	007
(三)建设工程施工合同纠纷	008
(四)建设工程价款优先受偿权纠纷	008
(五)建设工程分包合同纠纷	008
(六)建设工程监理合同纠纷	008
(七)装饰装修合同纠纷	009
(八)铁路修建合同纠纷	009
(九)农村建房施工合同纠纷	009
第二章 建设工程合同纠纷的诉前准备	011
一、确定诉讼主体	011
二、选择诉讼请求	014

三、撰写诉讼文书	015
(一)民事起诉状	015
(二)民事答辩状	017
(三)民事反诉状	019
(四)民事上诉状	021
(五)保全申请书	023
(六)证据保全申请书	024
(七)撤诉申请书	025
(八)其他常用诉讼文书	026
四、收集涉诉证据	028
五、提出诉前保全	029
 第三章 建设工程合同纠纷的立案受理	030
一、法院立案标准	030
(一)审查诉讼材料	030
(二)确认管辖法院	031
(三)初步判断诉讼时效	032
(四)验收诉讼证据	033
二、法院受理程序	033
(一)收取诉讼材料	033
(二)缴纳诉讼费用	034
(三)确定开庭时间	035
(四)送达应诉材料	036
 第四章 建设工程合同纠纷案件的审理流程	038
一、案件审理流程与节点	038
(一)确定案件承办部门及法官	038
(二)承办法官的审前工作安排	039
(三)法官庭审中应当注意的程序问题	044
(四)法官裁判时应当把握的工作方向	058

二、法官判后答疑与告知	063
(一)当事人质疑问题的解答与释明	063
(二)法律文书生效执行问题的告知与指引	064
(三)申诉信访问题的疏导与救济	065

中编 实务问题解答

第五章 建设工程合同纠纷案件常见及 疑难问题实务问答	069
一、合同订立问题	069
1. 建设工程合同与承揽合同有什么联系和区别? 建设工程 施工合同与农村建房施工合同如何界定?	069
2. 家居装饰装修合同与装饰装修合同如何界定? 根据最高 人民法院新的民事案由分类,农村建房施工合同纠纷归 属建设工程合同纠纷类别后,家居装饰装修合同纠纷是 否亦应归属于建设工程合同纠纷?	074
3. 建设工程施工合同应包括哪些内容? 订立合同条款一般 应注意哪些问题?	077
4. 什么是包工包料、包工不包料? 什么是施工合同固定价、 按实价、可调价、成本加酬金? 什么是甲供材、甲指乙购、 甲指甲购? 什么是招标、投标、中标?	080
5. 什么是通用条款? 它能否变更? 什么是专用条款? 什么 是 FIDIC 土木工程施工合同条件? 什么是施工合同《示 范文本》?	084
6. 建设工程合同的签订是否必须经过招投标? 中标通知发 出后一方拒绝签订合同时应如何处理?	088
7. 建设工程合同签订后能否进行变更?	091
8. 建设工程合同签订后是否需要备案? 补充协议是否需要 备案?	094
9. 建设工程发包人通常可选择的施工发包模式有哪些? 法	

律、法规对签订建设工程施工合同通常有什么要求?	096
10. 什么是带资承包和垫资承包?	098
二、合同主体与转包、分包问题	100
11. 什么是发包人、承包人、分包人、转包人、转承包人、实际施工人? 什么是建设单位、施工单位、监理单位?	100
12. 什么是总承包、单项承包、工程分包、工程转包? 什么是肢解发包、肢解分包、非法转包、违法分包?	103
13. 承包建设工程是否需要相应资质? 农村建房合同施工人是否需要相应资质?	107
14. 项目经理、工程队、施工作业组、民工队、个人能否签订建设工程合同和作为诉讼主体? 包工头是什么意思, 其签订的合同效力如何认定?	110
15. 村委会能否成为建设工程施工合同主体?	114
16. 什么是挂靠、挂靠人、被挂靠人? 挂靠关系人之间应承担什么样的法律责任?	116
17. 挂靠承揽建设工程通常有哪些情形? 承包人之间存在挂靠关系如何判断?	119
18. 实际施工人可否为自然人?	122
19. 政府、政府所属部门或单位与开发商合作建设工程项目, 但未在合同上署名, 是否应列为共同被告?	124
20. 勘察、设计单位与施工单位能否成为共同被告?	126
21. 发包人、承包人、分包人、转包人、实际施工人之间是否可以追偿?	129
22. 建设单位内部不具有法人资格的职能部门或者分支机构能否签订建设工程合同和作为诉讼主体?	132
23. 筹建处、指挥部等临时性机构能否签订建设工程合同和作为诉讼主体?	134
24. 联合承包、合作开发各方诉讼主体关系及资质如何确定?	136
25. 招投标程序签订建设工程施工合同后, 发包人的主体资格能否转让?	138

26. 违法分包与内部承包如何界定? 劳务分包与专业工程分包有什么区别? 劳务加辅材分包合同属于劳务分包合同吗?	140
三、合同效力问题	144
27. 审理建设工程合同纠纷应坚持哪些处理原则? 保护和鼓励建设工程交易的规定有哪些?	144
28. 未取得资质或超越资质等级以及借用他人资质签订的建筑工程施工合同效力如何认定?	149
29. 未依法进行招投标所订立的建筑工程施工合同是否有效?	151
30. 违反国家计划的建筑工程施工合同是否有效?	153
31. 违法分包、转包的建设工程合同效力如何认定?	155
32. 未取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、土地使用权证的“三无”建设工程合同是否有效?	157
33. 未以书面形式订立的建设工程合同如何处理?	161
34. 什么是黑白合同? 黑白合同效力如何处理? 黑合同在白合同之前或之后签订法律后果有什么不同? 实质性改变的尺度如何掌握?	163
35. 非必须招投标工程是否存在黑白合同?	168
36. 建设工程合同低于成本价(中标)而签是否有效?	170
37. 建筑工程施工合同订立后尚未履行前即被确认无效如何处理?	172
38. 建筑工程施工合同已经开始履行但尚未履行完毕被确认无效后如何处理? 如已经履行完毕后被确认无效后又如何处理?	174
39. 建筑工程施工合同被确认无效后,如果该合同属于损害国家、集体或者第三人利益的情形的,应如何处理?	176
40. 什么是无效合同有效处理? 它是否放宽了施工资质管理?	178
41. 施工时无资质,完工前或诉讼期间取得资质,能否引起合同效力从无效向有效转化?	181
42. 无施工许可证的建筑工程施工合同属于无效合同吗?	184

43. 农村村民自治组织因“房地产开发”所发包的建设工程合同是否有效? 186
44. 中标合同没有备案, 发包人另行发包是否应当承担责任? 188
45. 专用条款与通用条款相矛盾是否影响合同效力? 组成合同的各个文件有矛盾时应以哪个为准? 解释顺序能否协议调整? 190
46. 项目经理部签订的分包合同效力如何认定? 有资质的项目经理与施工企业未订立劳动合同, 承包合同效力是否会影响? 193
47. 工程签证的效力如何认定? 承包人、发包人形成的会议纪要性质是什么? 它是否具有约束力? 196
48. 发包人将在建工程抵押给承包人以外其他人的行为是否有效? 199
49. 已完工并经验收的工程, 由于种种原因, 施工合同一直没有签订, 施工行为效力如何认定? 201
50. 对应当招投标而未经过招投标签订的施工合同, 在工程完工验收时进行补办招投标手续及合同文件, 是否具有法律效力? 203
51. 对中标合同备案时, 为避税而改变合同实质性内容或另行炮制一份合同, 该行为如何定性? 两份合同如何处理? 206
52. 法定代表人签字是否是施工合同生效的必要条件? 208
53. 垫资合同(条款)是否有效? 210
54. 什么是代建制? 代建的建设工程合同纠纷责任如何承担? 212
55. 施工合同让利承诺书效力如何认定? 中标人作出的以明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、向建设方捐款等承诺是否有效? 能否以“显失公平”为由要求返还让利? 215
56. 农民工队伍包清工合同效力如何认定? 218
57. 招标人强行将不属于招标范围的工程订入施工合同的行为是否产生效力? 220

58. 施工合同无效损失范围如何确定?	222
59. 名为分包实为转包的施工合同效力如何认定?	225
60. 基础工程是否可以分包? 如果约定基础工程由承包人自己完成,承包人与其他基础专业施工单位签订的分包合同是否有效? 总承包人将包含主体工程的部分工程转包自己的子公司是否构成违法分包?	227
61. 总承包人将多少比例工程分包他人即构成违法分包? 总承包人将一些施工企业作为项目部编入自己公司名下,这种承包施工是分包还是内部承包?	229
62. 外省施工单位未取得本省建筑市场准入许可所订立的施工合同效力如何?	232
四、工程工期问题	234
63. 审理建设工程施工合同通常应当查明的工期节点有哪些?	234
64. 开工日期、竣工日期、验收日期、交付日期如何确定? 当事人对开工日期、实际竣工日期有争议的,如何处理?	235
65. 合理工期与定额工期关系如何确定? 当事人违反工程建设强制性标准,任意压缩合理工期,降低工程质量标准的约定是否有效?	238
66. 施工合同无效工期损失如何承担?	241
67. 工期延误与工期顺延关系如何? 工期延误违约责任如何承担?	244
68. 常见的工期顺延情形有哪些?	247
69. 进行工程质量鉴定是否可以顺延工期?	249
70. 竣工后建设单位拖延验收时工期如何计算? 被责令停工的施工工程工期如何确定?	251
71. 不可抗力导致停工,造成工期延误和停工的具体损失如何承担?	253
72. 无开工许可证的在建工程开工日期如何确定?	255
73. 先交付使用后验收的工程竣工日期如何认定? 甩项工程竣工日期如何认定?	257