



法院审理案件
观点集成丛书

主 编
朱树英

副主编
曹 珊

法院审理 建设工程案件 观点集成

【第二版】

Aggregation of
Trail Views
on Cases of
Construction Projects



- 法院如何认定虚假招标导致中标结果无效的情形
- 法院如何认定国家审计与工程造价司法鉴定主体的关系
- 法院如何认定因联合承包发生的质量纠纷责任主体
- 法院如何认定承包人转包导致发包人解除合同的标准
- 法院如何认定转包、违法分包行为及其相应的法律后果
- 法院如何通过鉴定认定保修期内工程质量缺陷及责任承担
- 法院如何认定工程验收不合格的有效合同的工程款结算纠纷
- 法院如何认定因发包人原因导致承包人停工窝工的损失承担

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



法院审理案件
观点集成丛书

法院审理 建设工程案件 观点集成

【第二版】

Aggregation of
Trail Views
on Cases of
Construction Projects



主 编 朱树英

副主编 曹 珊

编委会成员（以姓氏笔画为序）

孙玉军	孙海军	朱树英
曲笑飞	李俊华	宋仲春
陈 沸	周志芳	林 隐
贺倩明	徐文斌	袁仲斌
曹 珊	谭敬慧	魏 来
戴勇坚		

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法院审理建设工程案件观点集成 / 朱树英主编.
—2 版. —北京: 中国法制出版社, 2017. 9
(法院审理案件观点集成丛书)
ISBN 978 - 7 - 5093 - 8578 - 4

I. ①法… II. ①朱… III. ①建筑工程 - 经济纠纷 -
审判 - 中国 IV. ①D922. 297

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 108765 号

责任编辑: 马金风 (editormjf@163.com)

封面设计: 李 宁

法院审理建设工程案件观点集成 (第二版)

FAYUAN SHENLI JIANSHE GONGCHENG ANJIAN GUANDIAN JICHENG (DIERBAN)

主编/朱树英

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次/2017 年 9 月第 2 版

印张/64.25 字数/990 千

2017 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 8578 - 4

定价: 158.00 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: 66070046

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)

修订说明

本书自2015年6月初版面世以来，在短短两年内影响力迅速攀升，幸得广大读者喜爱，本书作者在此深表感谢。近两年来，我国颁布并修订了大量法律法规及司法解释，包括民事、行政两大诉讼法及其对应的司法解释，《中华人民共和国招标投标法实施条例》，《中华人民共和国政府采购法实施条例》等。与此对应，法院在审理建设工程纠纷案件时的法律依据和思路都有所调整。基于此，我们特对本书做了部分修订。与第一版相比，第二版的修订内容主要有以下三方面：

第一，在编排体例方面，仍保留了第一版的编排体例，仅在本书第九章“建设工程（造价、质量、工期）鉴定”增加了三节，分别是9.4节“法院采取何种方法对未完工程的造价进行鉴定”，9.5节“法院如何认定国家审计与工程造价司法鉴定的关系”，9.6节“法院如何认定工程造价司法鉴定的鉴定依据”，以期就建设工程造价鉴定问题进行更深入的分析。

第二，在案例选取方面，原则上替换掉了2010年以前的案例（但因少量案例具有特殊性或不可替代性，即便裁判时间在2010年之前，仍将其保留），代之以2010年以后的新案例，并将律师点评一并做了修改。案例更换之目的——一是对于法院裁判观点已经产生变化的案件，我们希望能够呈现出法院最新的审判思路；二是即使法院裁判观点没有太大变动，最新的案例也更具说服力和指导意义。

第三，在法律适用方面，根据近两年新颁布或修订的法律法规进行调整，对综述、案例及律师点评中涉及的法律适用问题进行最新修订。特别需要说明的是，最高人民法院于2015年2月4日实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉法解释》）第28条第2款规定：“农村土地承包经营合同纠纷、房屋租赁合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、政策性房屋买卖合同纠纷，按照不动产纠纷确定管辖。”因此，在《民诉法解释》颁布后，建设工程施工合同纠纷应当由不动产所在地人民法院专属管辖，与先前司法实践中将建设工程施工合同纠纷作为合同纠纷适用地域管辖明显有所改变。本书第一版在写作时《民诉法解释》尚未颁布，遂系根据合同纠纷管辖规则确定建设工程施工合同纠纷的地域管辖的，这一观点在第二版第十章综述及第10.4节“法院如何认定建设工程施工合同纠纷的管辖地”中已进行了最新修订。同时，在该节中还增加了对建设工程分包合同、勘察合同、设计合同纠纷管辖问题的分析及相应案例，以期为读者献上最新、最全面的建设工程合同纠纷案件管辖方面的理论及实务要点。

本书的修订由以下几位律师及律师助理完成：朱树英、曹珊、韩如波、宋仲春、林隐、何惠娟、郑冠红、张春玲、马贝艺、吴迪、涂建新、李达昊、蔡诗怡、张雷、耿超、王昕昕、王惟佳，在此对他们的辛勤工作表示感谢。本书修订时间有限，书中难免存在不足之处，敬请广大读者批评指正。对本书的任何意见，可发送邮件至以下邮箱：kongqinxi88@sina.com。

初版序言

深度研究典型案例 全面总结司法观点 ——为健全完善建设工程法律体系做贡献

随着中国经济的高速发展，工程建设项目不断增多，有关建设工程的纠纷也与日剧增，我国关于建设工程的法律法规也在逐渐完善。1998年3月1日起施行的《中华人民共和国建筑法》为建设工程领域的法律体系奠定了基础。之后又相继出台了《中华人民共和国招标投标法》《中华人民共和国安全生产法》《中华人民共和国城乡规划法》等法律。除此之外，国务院还相继颁布了《建设工程质量管理条例》《建设工程勘察设计管理条例》《建设工程安全生产管理条例》《对外承包工程管理条例》等工程建设相关的行政法规。为了统一审理建设工程施工合同纠纷案件的标准，最高人民法院还于2004年公布了《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》。上述法律法规及司法解释连同各地、各政府部门发布的规章规定等为维护建筑市场秩序提供了重要的法律依据。

我国建筑市场的繁荣发展快速提高了国民经济水平增长的速度，但是也产生了很多问题。工程建设从招投标开始，到施工准备、施工建设，再到竣工验收，最后竣工结算的每一个阶段都有可能出现问题，并因此产生纠纷而诉诸法院。法院对在长期司法实践中反映出来的突出问题，形成了一套司法处理的原则及观点，这些原则和观点是对业主和承包商在工程建设过程中防控风险的提示，也是律师在办案过程中为

客户争取利益及化解纠纷的依据，是各地法院在判案过程中统一标准的参考，也会是将来立法者制定法律法规时的借鉴。为此，作为建设工程领域的专业律师就有必要将过去的案例进行总结，使得案例进入法律实践，形成指引，为规范建筑市场主体的操作、提高自身服务质量、统一司法裁判标准及健全完善建设工程的法律体系出一份力。

基于上述考虑，上海市建纬律师事务所的专业律师经过深入挖掘，搜集了 500 多个案例，并从中精心选择了 70 个案例——其中最高人民法院公报案例 6 个，最高人民法院判例 9 个，高级人民法院判例 42 个，中级人民法院判例 13 个；涉及关联案例 161 个——其中最高人民法院公报案例 6 个，最高人民法院判例 9 个，高级人民法院判例 121 个，中级人民法院判例 23 个，基层法院判例 2 个。汇集了大量各级人民法院审理终结的典型建设工程纠纷案件。

本书共十一章，每一章为一个专题，每个专题开始均有一篇综述，对该专题所涉及类型纠纷案例的司法观点和司法处理原则等进行综合分析和论述。在综述之后为该专题所选取的案例，每个案例分为案例信息简介、案情简介、各方观点、法院观点、关联案例、律师点评等几个部分。全书从施工合同的主体、施工合同的效力、施工合同工程价款、施工合同工程质量、施工合同工程工期、建设工程专业分包、施工合同的变更和解除、实际施工人的权利保护、建设工程（造价、质量、工期）鉴定、施工合同其他类型纠纷及与建设工程有关的其他纠纷等角度，对法院审理建设工程案件过程中所涉及各类建设工程纠纷案件的司法观点和处理原则进行了全面系统的研究和分析。

上海市建纬律师事务所始终以建设工程及房地产领域的法律服务作为专业特色，坚持对建设工程及房地产领域的法律问题进行深度研究，并于 2012 年 10 月受中国法制出版社之邀出版了《法院审理房地产案件观点集成》一书，受到了广大读者们的赞誉，在业界也产生了强

烈的反响中，该书的第二版也将于今年推出。正是由于读者们及业内人士的鼓励及好评，使得建纬律师有信心再次接受中国法制出版社的邀约，撰写了本书，作为《法院审理房地产案件观点集成》的姊妹篇。本书是建纬律师在建设工程及房地产法律服务领域研究成果的又一个阶段性呈现和展示，希望能够对建设工程领域的理论研究者 and 实务工作者有所裨益和借鉴。

限于时间和水平，书中难免存在疏漏和不足，敬请广大读者批评指正。

中华全国律师协会建设工程与房地产专业委员会主任

上海市建纬律师事务所主任

朱树英

目 录

第一章 施工合同的主体

综述：施工合同纠纷案件常见诉讼主体争议及司法处理原则	1
1.1 法院如何认定因联合承包发生的质量纠纷责任主体	12
1.2 法院如何确认未签订施工合同的联合开发商承担支付工程款 的连带责任	24
1.3 法院如何认定构成隐名发包人的建设单位应承担的责任	35
1.4 法院如何认定建设工程施工合同项下债权转让的问题	48
1.5 法院如何认定建设工程施工合同中的债务加入	60

第二章 施工合同的效力

综述：建设工程施工合同的效力常见法律问题分析	75
2.1 法院如何认定当事人在中标前所签“补充协议”及中标备 案合同的效力	87
2.2 法院如何认定未取得劳务资质的承包人所签订的施工合同的 效力	99
2.3 法院如何认定转包、违法分包行为及其相应的法律后果	115
2.4 法院如何认定在未办理国有土地使用权证、建设用地规划许 可证、建设工程规划许可证的情况下签订的施工合同的效力	127
2.5 法院如何认定与中标备案施工合同有实质性变更的补充协议 的效力	138

第三章 施工合同工程价款

综述：建设工程施工合同工程款结算纠纷常见法律问题及司法处

理原则	149
3.1 法院如何判定有效合同中价款约定不明确问题的工程款结算 纠纷	168
3.2 法院如何认定工程验收不合格的有效合同的工程款结算纠纷	181
3.3 无效合同的工程款结算纠纷	194
3.3.1 法院如何认定合同无效但工程验收合格的工程款结算纠纷	194
3.3.2 法院如何认定合同无效且工程验收不合格的工程款结算纠纷	213
3.4 法院如何认定施工合同解除/终止后的工程款结算纠纷	227
3.5 法院如何认定因工程变更（例如：设计变更、施工方案变 更、新增附加工作、删除工作等）而引起的工程款结算纠纷	247
3.6 法院如何认定工程量计量纠纷	266
3.7 工程款利息纠纷	277
3.7.1 法院如何认定工程款利息的计算标准	277
3.7.2 法院如何认定在合同对工程款的付款时间没有约定或者约 定不明的情况下工程款利息的起算时间	288
3.8 法院如何认定因发包人逾期不结算产生的纠纷	297
3.9 双方签订多份施工合同产生的纠纷	308
3.9.1 法院如何认定建设工程施工“黑白合同”的效力引起的 工程款结算纠纷	308
3.9.2 法院如何认定多份建设工程施工合同的效力而引起的工程 款结算纠纷	318
3.10 发包人违约解除固定价格合同，承包人如何结算已完工程 价款	327

第四章 施工合同工程质量

综述：施工合同工程质量常见问题及司法处理原则	339
4.1 法院如何确认工程质量存在争议及认定工程质量争议的途径	344
4.2 法院如何处理建设工程施工合同案件反诉（或抗辩）程序 中的发包人质量索赔问题	363
4.3 法院如何处理工程未经验收合格，发包人擅自使用产生的质 量纠纷	377
4.4 法院如何认定承包人拒绝修复质量缺陷的行为及法律后果	387
4.5 法院如何认定工程质量异议的效力及后果	397
4.6 法院如何认定工程质量保修责任	407

第五章 施工合同工程工期

综述：施工合同工期纠纷案件的司法处理原则	420
5.1 法院如何对工期延误违约责任进行认定并如何适用法律调处 纠纷	435
5.2 法院如何认定承包人可以顺延工期	458
5.3 发包人要求承包人承担单方停工责任的法院如何处理	470
5.4 法院如何处理因发包人原因导致承包人停工窝工的损失承担 问题	485

第六章 建设工程专业分包

综述：建设工程分包合同纠纷案件常见争议及司法处理原则	496
6.1 法院如何认定符合地方政策但不符合法律强制性规定的分包 合同的效力	507
6.2 法院如何区分和认定劳务分包与工程分包	517
6.3 法院如何认定指定分包合同纠纷中发包人的责任	527

6.4 法院如何认定劳务分包合同中约定的“罚款”条款的性质和效力	539
6.5 法院如何认定劳务发包人借用劳务承包人工人作业发生工伤后的赔偿责任主体	548

第七章 施工合同的变更和解除

综述：合同的变更与解除常见法律问题分析	558
7.1 法院如何认定承包人转包导致发包人解除合同的标准	566
7.2 法院如何认定发包人依据约定解除合同	577
7.3 法院如何认定承包人解除合同后关于工程款利息、保修金和建设工程价款优先受偿权	588
7.4 当事人一方解除的施工合同依法应当认定为无效的，法院如何处理	597
7.5 法院能否以双方当事人前案诉讼中均表示同意解除施工合同为由认定施工合同已解除	610
7.6 当事人一方作为证据提交的变更双方原先约定的补充协议不具有真实性，法院如何处理	623

第八章 实际施工人的权利保护

综述：司法实务中对实际施工人权益的保护与限制——基于22个相关案例的考察	637
8.1 法院如何认定实际施工人	657
8.2 法院如何调处中标合同无效情形下的工程款结算纠纷	669
8.3 法院如何处理无效合同中所约定的管理费	680
8.4 法院如何认定发包人的付款对象和付款效力	693
8.5 法院如何处理实际施工人主张的优先受偿权	705
8.6 法院如何认定建设工程优先受偿权的约定放弃	720

8.7 实际施工人因履行无效施工合同所遭受的损失如何赔偿	732
------------------------------------	-----

第九章 建设工程（造价、质量、工期）鉴定

综述：施工合同纠纷案件常见司法鉴定程序及司法处理原则	745
9.1 法院如何认定工程造价鉴定计价标准	765
9.2 法院如何处理固定价合同下的工程造价鉴定	777
9.3 对于施工合同无效时造价鉴定中的间接费和利润是否应当计取	789
9.4 法院采取何种方法对未完工程的造价进行鉴定	799
9.5 法院如何认定国家审计与工程造价司法鉴定的关系	808
9.6 法院如何认定工程造价司法鉴定的鉴定依据	819
9.7 法院如何认定施工过程中的工程质量缺陷责任	829
9.8 法院如何采纳专业鉴定机构出具的修复加固方案	839
9.9 法院如何通过鉴定认定保修期内工程质量缺陷及责任承担	848
9.10 法院对工期鉴定如何认定	859
9.11 法院如何处理建设工程合同纠纷中工期延误损失的鉴定	871

第十章 施工合同其他类型纠纷

综述：施工合同其他类型纠纷	883
10.1 法院如何认定垫资约定效力、垫资利率	892
10.2 内部承包模式及合同效力在司法实践中的认定	901
10.3 法院如何认定建设工程价款优先受偿权的行使期间及行使 范围	910
10.4 法院如何认定建设工程施工合同纠纷的管辖地	924
10.5 法院如何认定工程款及违约金等款项请求权的诉讼时效起 算与中断	933

第十一章 与建设工程有关的其他纠纷

综述：建设工程其他法律问题的司法处理	949
--------------------------	-----

11.1 法院如何认定虚假招标导致中标结果无效的情形	958
11.2 法院如何认定中标通知书发出后一方拒绝按招标文件签订 合同的责任	972
11.3 法院如何认定设计单位的设计变更成立及已履行	981
11.4 法院如何认定勘察设计单位在承担勘察设计质量责任时的 赔偿范围	993
11.5 法院如何认定涉讼行政机关行为具有可诉性及是否判决撤 销违法行政行为	1002
初版后记	1016

第一章 施工合同的主体

综述：施工合同纠纷案件常见诉讼主体争议及司法处理原则^①

因建设工程施工合同纠纷发生纠纷而起诉到法院，首先要确定案件的诉讼当事人（原告和被告，有时还会涉及第三人）。通常情况下，在施工合同纠纷案件中，施工合同的双方当事人（发包人和承包人）即为此类案件的诉讼当事人（原告和被告），对此一般不会出现争议。但因种种原因，在某些施工合同纠纷案件中，诉讼当事人（原告和被告）的确定会成为各方当事人争执的问题，甚至会成为此类案件中最重要、最复杂的争议焦点，对诉讼主体争议的处理和认定甚至直接决定着此类案件的最终裁判结果。诉讼当事人的确定，特别是被告的确定，属于法院在确定案件是否应予受理及作出实体裁决时均需予以关注、审查并作出认定的问题。本章所选取的案例中，当事人均对案件中“被告”或“被告之一”的诉讼主体资格及其是否应当承担责任存在争议，相关争议成为案件的主要争议焦点或主要争议焦点之一。本文结合本章所选取的案例，对施工合同纠纷案件中的常见诉讼主体争议及司法处理原则进行分析和论述，以期为法律实务工作者办理施工合同纠纷案件时处理诉讼主体争议提供有益的借鉴和参考。

一、施工合同纠纷诉讼当事人主体资格的法律规定、实践做法和学说观点

《中华人民共和国民事诉讼法》（下称《民事诉讼法》）第119条规定：“起诉必须符合下列条件：（一）原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；（二）有明确的被告；（三）有具体的诉讼请求和事实、理由；（四）属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。”其中第（一）项规定了原告的主体资格问题，第（二）项规定了被告的主体资格问题。也就是在立案审查时即应当确定案件的原告和被告，这样才能进行后续程序。民事诉讼中的当事人，是指因民事权利义务发生争议，以自己的名义

^① 撰稿人：曹珊、林隐，上海市建纬律师事务所。

进行诉讼，要求法院行使民事裁判权的人。民事诉讼中的当事人包括形式上的当事人和实质上的当事人。所谓形式上的当事人是纯粹诉讼上的概念，与实体法律关系没有联系；而实质上的当事人，也称为正当当事人、适格当事人，是从实体法的角度观察的结果，是指对于特定的诉讼能够以当事人的名义行使诉讼实施权的资格，通常作为诉讼标的的民事法律关系的主体就是正当当事人。

《民事诉讼法》第119条在起诉条件上对原告与被告有不同的要求，原告必须与本案有直接的利害关系，而被告则只需明确即可。基于此，法院在立案审查时，如发现原告不适格，应当裁定不予受理；如在立案后才发现原告不适格，应裁定驳回起诉。由于《民事诉讼法》并没有对被告适格作出明确的规定，只是要求“有明确的被告”，因而在原告的起诉已确定明确被告的情况下，法院不能以被告不适格为由裁定不予受理或驳回起诉。如果法院经过审理，发现被告对原告不负有讼争的民事义务或民事责任的，应当判决驳回原告的诉讼请求。

通常情况下，因施工合同产生纠纷提起诉讼的，施工合同的双方当事人（发包人和承包人）即为案件的诉讼当事人（原告和被告），通常不会对案件的诉讼当事人的主体资格产生争议。但由于种种原因，如建设工程实践中普遍存在的联合体投标、合作开发房地产、委托代建、BT工程、债权转让、债务加入、表见代理、非法转包、违法分包和借用资质（挂靠）等情形，以及在建设工程发包和施工合同签订过程中存在不规范情形时，一旦发生争议提起诉讼，极易导致各方当事人对案件诉讼当事人的主体资格产生争议。我国现行《民事诉讼法》等法律法规中并未对上述情形下施工合同纠纷案件的诉讼当事人作出具体、明确的规定，最高人民法院制定的相关司法解释和司法文件中对此作出了一些规定，包括：

（一）《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行意见》（2002年8月5日发布）第一部分“诉讼主体”中的条款：

1. 建设工程合同纠纷案件的当事人通常为建设工程的发包人和承包人。人民法院应根据不同的情况来具体确定该类纠纷案件当事人的诉讼地位。

2. 因拖欠工程款引起的纠纷，承包人将承包的建设工程合同转包而实际施工人起诉承包人的，可不将发包人列为案件的当事人；承包人提出将发包人列为第三人，并对其主张权利而发包人对承包人又负有义务的，可将发包

人列为第三人，当事人根据不同的法律关系承担相应的法律责任；如转包经发包人同意，即属合同转让，应直接列发包人为被告。

3. 因工程质量引起的纠纷，发包人只起诉承包人，在审理中查明有转包的，应追加实际施工人作共同被告，实际施工人与承包人对工程质量承担连带责任。

4. 施工人挂靠其他建筑施工企业，并以被挂靠建筑施工企业名义签订建设工程合同，而被挂靠建筑施工企业不愿起诉的，施工人可作为原告起诉，不必将被挂靠建筑施工企业列为共同被告。

5. 施工人挂靠其他建筑施工企业，并以被挂靠建筑施工企业的名义签订建筑工程合同被起诉的，应将施工人和被挂靠建筑施工企业列为共同被告；被挂靠建筑施工企业对施工人因承揽的工程不符合质量标准造成发包人损失的，应承担连带责任。

6. 两个以上的承包人联合承包工程，由其中一方与发包人签订建设工程合同而发生纠纷的，其他联合承包工程的施工人应列为共同的原被告。

7. 两个以上的法人、其他经济组织或个人合作建设工程，并对合作建设工程享有共同权益的，其中合作一方因与工程的承包人签订建设工程合同而发生纠纷的，其他合作建设方应列为共同原被告。

(二)《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》(法释〔2004〕14号，下称《最高院施工合同司法解释》)中的以下条款：

第25条 因建设工程质量发生争议的，发包人可以向总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。

第26条 实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。

实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。

(三)《最高人民法院关于印发〈全国民事审判工作会议纪要〉的通知》(法办〔2011〕442号)中的以下条款：

18. 当事人以国有土地使用权或资金出资进行合作开发，并以一方名义进行开发的，因合作项目产生的债权债务，按照物权法第一百零二条的规