

# 建设工程 疑难问题与法律实务

Focus on Legal Issues in Construction

谭敬慧 / 著

## ◆ 实务要点 ◆ 典型案例 ◆ 重点提示 ◆

- ◆ 招标投标法的法律问题
- ◆ 施工专业分包合同的法律问题
- ◆ 安全管理的法律问题
- ◆ 承包商停工权的法律问题
- ◆ 劳务分包合同的法律问题
- ◆ 建设工程监理的法律问题
- ◆ 建设工程侵权的法律问题
- ◆ 海外工程承包的法律问题
- ◆ 工程总承包模式的法律问题
- ◆ 英国建设工程裁决制度及其借鉴
- ◆ 国际工程法律纠纷的法律问题
- ◆ 政府与社会资本合作项目的法律问题



# 建设工程 疑难问题与法律实务

Focus on Legal Issues in Construction

谭敬慧 / 著

## 图书在版编目(CIP)数据

建设工程疑难问题与法律实务 / 谭敬慧著. —北京:  
法律出版社, 2016. 2  
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8778 - 8

I. ①建… II. ①谭… III. ①建筑法—研究—中国  
IV. ①D922. 297. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 289884 号

建设工程疑难问题与法律实务  
谭敬慧 著

编辑统筹 法商出版分社  
策划编辑 薛 晗  
责任编辑 牛润青  
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 固安华明印业有限公司  
责任印制 翟国磊

开本 720 毫米×960 毫米 1/16  
印张 26  
字数 425 千  
版本 2016 年 2 月第 1 版  
印次 2016 年 2 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 978-7-5118-8778-8

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)

《北仲争议解决新探索文库》  
编委会及编辑部名单

**编 委 会**

---

主 任:梁慧星

委 员:(按姓氏音序排列)

|     |     |     |
|-----|-----|-----|
| 范 愉 | 傅郁林 | 李仕春 |
| 潘剑锋 | 乔 欣 | 沈四宝 |
| 宋连斌 | 陶景洲 | 王红松 |
| 王亚新 | 赵秀文 | 郑若骅 |

**编 辑 部**

---

主 编:林志炜

执行主编:陈福勇

成 员:丁建勇 姜秋菊 陈亮宇  
张皓亮 孙 屿

## P总序 Preface

北京仲裁委员会(以下简称北仲)是首批依据《仲裁法》重新组建的仲裁机构。成立20年来,北仲始终坚持“独立、公正、专业、高效”的价值目标,坚持民间化、专业化、国际化的发展方向,在仲裁领域,成为践行仲裁法精神,锐意改革创新的一面旗帜,公信力、社会地位和国际影响力不断提高。截至2015年9月28日,北仲已经累计受理案件26173件,涉案标的额约1514.50亿元。处理了大量疑难复杂的商事纠纷,积累了丰富的经验,获得当事人、代理人的信赖和好评。

北仲是一个学习型组织,一贯重视多元化争议解决领域的理论研究工作,并以期刊《北京仲裁》(前身为《北仲通讯》)作为多元化争议解决理论研究、学术探讨和经验交流的平台。截至2015年10月,《北京仲裁》共出版91辑,所刊发文章在理论界和实务界引起较大反响,已成为多元化争议解决领域的一个重要刊物。但是,由于《北京仲裁》篇幅的局限,刊登的文章,不能全面反映作者的学术思想和观点,也难以对某一具体领域的学术成果进行系统性的展示。为弥补上述缺憾,北仲决定设立“北仲文库”,将多元化争议解决领域的研究专著进行鉴别筛选,系统整理,结集出版。“北仲文库”的设立,可以融汇和吸收前沿性的学术成果,为争议解决的实践提供理论指导,提高案件的质量和效率,又可以帮助研究者特别是那些有独到研究和深刻见解,但因经费或其他原因无法发表文章的研究者,将研究成果公诸于世,供社会分享。

“北仲文库”全称为“北仲争议解决新探索文库”,意在鼓励和支持那些在多元化争议解决领域有创新性、探索性研究学术成果的研究者。“北仲文库”将长期面向社会各界征集上述学术专著,这些专著应有作者本人独立而深刻的思考,具有理论和实际应用价值,并与多元化争议解决主题相关。北仲对文库的

出版发行给予经费支持并对外宣传介绍。

多年来,北仲一直以宣传推广多元化争议解决机制为己任,“北仲文库”的设立,将促进多元化争议解决理论研究的健康发展,我们期待业内同仁和社会各界朋友关注与支持“北仲文库”,为“北仲文库”提供专著或宝贵的意见和建议,北仲会努力将“北仲文库”打造成多元化争议解决研究领域的品牌项目。

是为序。

北仲文库编委会

2015年10月22日

## P 序 Preface

作为“百年大计，质量重于泰山”的建设工程项目，由于投资大、工期长，在建设过程中不可预见的因素较多，风险亦常伴其过程。这既是一个经济问题，又是一个法律问题，更是一个社会问题，这些问题也是国家和企业都极为关注和重视的。

认识谭敬慧女士很长时间了，我一直比较欣赏她的钻研精神和求知的态度。在中建任职的时候就与她针对建设工程领域众多问题进行过交流，她的观点既能结合法律又总能切中时弊，这在建设工程领域的法律工作者中是比较少见的。

多年过去，谭敬慧女士终于出版了这本专著。这本书深入分析了当前我国工程建设领域中的疑难法律问题，并通过谭敬慧女士多年在建设工程领域的宝贵经验与精湛的专业技能，总结出许多值得借鉴的结论，对于建设单位、施工单位、建设工程从业人员以及法律界人士等均具有较高的参考价值。尤其是通过分析《招标投标法实施条例》等最新法律法规对于工程建设项目招标投标的影响以及新版《建设工程施工合同（示范文本）》的若干问题，使我们不仅了解到当前建设工程领域存在的突出问题，同时也看到了未来建设工程施工管理的发展方向，具有很高的指导价值。

江平教授在其《沉浮与枯荣——八十自述》中提到中国知识分子具备两个品质，一个是独立精神；另一个是批判精神。在谭敬慧女士的这本著作中，我同样体会到她的独立精神和批判精神。

今天，将这本颇有价值之作衷心地推荐给各位读者，并希望谭敬慧女士继续以独立和批判之精神为社会贡献更多有价值的研究成果。

朱宏亮

2014年·清华园·冬

# P自序一 Preface

## 有感于在发展的路上

春华秋实，一转眼又过了两年，中国的工程建设行业随着国家经济政治的变化亦发生了实质的变化。作为身处其中活跃的法律一员，感受了春天和冬天的交替和起伏。

这本书，在今年付梓之际，又蒙加入北仲文库之幸，借此增加诸多新的想法和成果，愿不为太迟。

虽有源自从业近 30 年的经历与思考，但始终信奉，“工程界的法律人，应为建设事业而为，而非仅借法律思维。”故此可能失之一隅。

工程法律思维的核心，离不开特殊产品亦即建筑物的特征和交易内核，故永恒的解决之道，可以理解为“以事实为基础，以法律为准绳”。在工程法律原理和法律应用的路上，漫漫兮，亦充满劳累与辛苦，原因不言而喻，探寻工程的事实是不争的劳烦，而且还有法律的原理和应用在等着你。

无论如何，都需要静心去做好这两件事，否则不可得之。

愿意与所有的同行，坚持行走在这条发展的路上，是以为今天又序之感。

感谢我的老师，感谢我的助手，感谢我的家人对我无私的支持！

谭敬慧

于秋天的港珠澳大桥项目部



## P自序二 Preface

### 得思变者，恒以致远——从法律思维到管理思维

“思想有多远，我们就能走多远。”虽然是一句广告语，但已经有哲学的意思，亦足以告诫出思想的力量了。

现代企业愿意强调执行力的问题，那是企业管理活动中的另外角度，在此不做讨论。但没有思想的人，犹如机器般工作，终非人才之目标。我们始终追求有思想价值的管理活动，更渴望有众多精神财富的精英团队。

作为法律人，与纯粹的人文科学活动者不同，特别是诉讼仲裁人员，其思想战术上的任何一点瑕疵和偏离，轻则导致数量和效率的损失，重则失之胜算，其影响与从事学问研究者差之千里，这也是社会科学中最为检验思想力和行动力的实践活动，同时更是对法律人的法律思维提出的挑战。简言之，无法律思维者不可为法律工作。

法律思维，常人直接理解为是严谨和规矩的，而管理思维则为多彩的，以见仁见智者为主。

优秀的法律人，大体分为两类：一则激情四射，从事实到法律，游刃有余。二则沉儒淡定，辨法析理，娓娓道来，余者听之。

影视中所常见的倾情辩护，为演绎之目的，即使如此，我们仍然希望法律人是俊言善辩的，且有静若处子，动若脱兔般的敏锐。

思想的鲜花盛开在多读多思多行之际，阅人无数，自有其老辣。法律思维，亦在于此。常经历诤争和调解，自然产生对法律的阅读与理解，如遇尖锐的案情与对抗人，则更为刻骨铭心，借此逐渐生成自我的法律价值观与法律方法论，此即称为法律思维。

有强势之法律思想者，多能在分析案情与庭审抗辩中折人，其之办案，既可

胜案,亦可愉悦他人,纵观之活动,为人生一大快乐。

在企业的时间久了,尤其是有中国特色的国有企业,经常被诘问的,还有一个关系,那就是如何看待法律思维与管理思维的碰撞问题。原因何在?那就是,从企业追逐利润的天性中我们需要找到法律活动的价值。

其实,法律思维局限在从事法律业务中,而管理思维则开放在各项管理活动中,其中也包括对法律活动的管理。企业是一个管理体,其最重要的是实现管理价值,在这里,法律活动为实现管理价值而存在,当然需要了解管理活动的价值归宿和思想归宿。

积极的企业法律人经常会思考一个问题,我对企业的贡献是什么,我的工作成果是否足以构成我的贡献(或称对价)。

从企业家的角度来看,管理本是为实现具体价值目标的人、资源、规则的有效组合活动,原则上,对于企业营运有直接贡献的团队或人员,是企业关注的命脉,得之,企业之幸,失之,不可以为继,此即为直接价值影响力之管理思想。

对于法律人来说,如何从一名普通律师成长为优秀的乃至卓越的管理者,仅有法律思维是不能实现企业家对该类人才的目标要求的,除非选择离开。

法律思维,重在规则;管理思维,则重在结果,可见并不冲突。如何运用法律思维为企业创造最佳管理效果,此亦为法律人之所重,尤其是企业法律人。

二者之完美结合,其利断金。遗憾的是,能出其右者,稀疏可陈。实际上,常感叹时机和伯乐未遇者,及于薪资地位等,为主观被动说,不宜为倡导之主流。其实如不能改变,则可能导致的是既未能实现个人的快乐工作,亦未能将工作时间经营管理有效,最终及于合格而已。

还有一个困难,就是变化的程度和难度,思想的转变,原本就是一个巨大的工程,有时是需要长征的,长征当然需要有目标和毅力,这也是人才发展的自然规律。试想同窗十年,其最终造诣可以存天壤之别。在这个问题上,倾向于主动说,有事做与有事业做,亦自然产生高下之分,不必勉强自己的心力和志向。

古训有穷则思变。穷“才”、“财”或“志”皆为穷,但思变为其永恒的法则,

其含义更为丰富,可理解为,为读书经历求新等行动。当然,于“富者”,不适用。相信,经此一役,必可享受两种思维美妙结合的果实,即使你偏安于法律的一隅。

总之,选择法律的人生,已经是一种挑战,要想走向优秀乃至卓越,前面的路还很长,相信我们可以走到底。

谭敬慧

于初春北京盛福

## 实务要点索引

- 【实务要点 1】 中标通知书的生效时间 / 42
- 【实务要点 2】 约定一方承担工程量清单漏项或错项的合同效力 / 59
- 【实务要点 3】 法院或仲裁机构有权认定中标无效 / 61
- 【实务要点 4】 暂估价项目实施中应当注意的问题 / 72
- 【实务要点 5】 未完建设工程的工程价款优先受偿权起算时间 / 101
- 【实务要点 6】 建设工程领域情势变更原则的适用情形 / 109
- 【实务要点 7】 业主支付前提条款的效力问题 / 118
- 【实务要点 8】 劳务分包合同的签订是否需要征得发包人同意 / 184
- 【实务要点 9】 劳务分包合同双方主张就劳务作业的质量向建设单位承担连带责任  
的实践情况 / 191
- 【实务要点 10】 劳动者在享受工伤保险待遇后主张人身损害赔偿责任的问题 / 193
- 【实务要点 11】 政府配套土地的合法性问题 / 251
- 【实务要点 12】 政府是否可以签署兜底条款合同的问题 / 251
- 【实务要点 13】 配置广告权益的注意事项 / 252
- 【实务要点 14】 国外 PPP 项目固定回报条款的法律效力问题 / 254
- 【实务要点 15】 如何甄别最低需求和兜底条款 / 256
- 【实务要点 16】 可行性研究评估、物有所值评价、财政承受能力论证的先后开展  
顺序问题 / 263

# 案 例 索 引

- 【典型案例 2.1】 建设工程“黑白合同”的效力 / 42
- 【典型案例 2.2】 因中标人过错导致重新招标的损失承担 / 44
- 【典型案例 3.1】 联营转包项目法律责任承担 / 73
- 【典型案例 3.2】 业主聘用造价咨询机构确认造价与结算文件效力 / 97
- 【典型案例 3.3】 工程价款优先受偿权的时间起算确定问题 / 102
- 【典型案例 3.4】 因建材价格上涨与适用情势变更原则的结算认定 / 107
- 【典型案例 4.1】 某分包合同无效后结算协议效力纠纷案 / 120
- 【典型案例 4.2】 名义分包合同引起的结算和法律责任 / 125
- 【典型案例 8.1】 劳务分包合同的结算依据 / 193
- 【典型案例 9.1】 建设工程监理合同费用支付 / 204
- 【典型案例 11.1】 建设工程降水导致相邻建筑裂缝的责任承担 / 232
- 【典型案例 11.2】 现场塌方导致周边房屋受损的责任承担 / 233
- 【典型案例 12.1】 某大型城市综合体 PPP 项目特征识别 / 253
- 【典型案例 12.2】 《BOT 协议》中回购条款的法律性质认定问题 / 270
- 【典型案例 12.3】 政府解除特许经营协议行为的法律性质认定问题 / 273

# C 目录 Contents

## 第一章 工程建设行业发展与法律概述

|                     |    |
|---------------------|----|
| 一、工程建设行业发展趋势 .....  | 4  |
| 二、工程建设法律规范新发展 ..... | 6  |
| 三、工程建设法律体系的特点 ..... | 18 |
| 四、工程建设纠纷处理的特点 ..... | 19 |
| 五、工程建设纠纷处理的发展 ..... | 20 |

## 第二章 招标投标法疑难法律问题

|                               |    |
|-------------------------------|----|
| 一、招标投标法律体系的现状和发展 .....        | 25 |
| 二、关于招标投标法的法律属性 .....          | 30 |
| 三、关于招标投标法律体系存在的缺陷 .....       | 31 |
| 四、关于招标投标法适用范围的理解 .....        | 31 |
| 五、关于不具备招标条件而进行招标签订合同的效力 ..... | 33 |
| 六、关于特许经营项目招标的理解 .....         | 34 |
| 七、关于标准文本的适用 .....             | 35 |
| 八、关于暂估价项目的招标 .....            | 37 |
| 九、关于投标保证金的理解 .....            | 38 |
| 十、关于与招标人存在利害关系的理解 .....       | 40 |
| 十一、关于违反法律和行政法规的法律后果 .....     | 41 |
| 【实务要点1】 中标通知书的生效时间 .....      | 42 |

|                                    |    |
|------------------------------------|----|
| 【典型案例 2.1】 建设工程“黑白合同”的效力 .....     | 42 |
| 【典型案例 2.2】 因中标人过错导致重新招标的损失承担 ..... | 44 |
| 十二、规范招投标关键在机制 .....                | 45 |

### 第三章 建设工程疑难法律问题

|                                        |     |
|----------------------------------------|-----|
| 一、关于建设工程合同的基本法理 .....                  | 51  |
| 二、关于建设工程合同标准文本的选择和适用 .....             | 54  |
| 三、关于施工合同效力的相关分析 .....                  | 55  |
| 【实务要点 2】 约定一方承担工程量清单漏项或错项的合同效力 .....   | 59  |
| 【实务要点 3】 法院或仲裁机构有权认定中标无效 .....         | 61  |
| 四、关于“黑白合同” .....                       | 61  |
| 五、关于转包与挂靠 .....                        | 64  |
| 六、关于甲指分包和暂估价的相关问题 .....                | 70  |
| 【实务要点 4】 暂估价项目实施中应当注意的问题 .....         | 72  |
| 【典型案例 3.1】 联营转包项目法律责任承担 .....          | 73  |
| 七、关于工期管理与索赔 .....                      | 79  |
| 八、关于质量缺陷责任 .....                       | 83  |
| 九、关于迟延支付 .....                         | 88  |
| 十、关于工程结算 .....                         | 91  |
| 【典型案例 3.2】 业主聘用造价咨询机构确认造价与结算文件效力 ..... | 97  |
| 十一、关于预期利益的认定 .....                     | 99  |
| 十二、关于工程价款优先受偿权的理解 .....                | 100 |
| 【实务要点 5】 未完建设工程的工程价款优先受偿权起算时间 .....    | 101 |
| 【典型案例 3.3】 工程价款优先受偿权的时间起算确定问题 .....    | 102 |
| 十三、关于工程争议解决 .....                      | 103 |
| 【典型案例 3.4】 因建材价格上涨与适用情势变更原则的结算认定 ..... | 107 |
| 【实务要点 6】 建设工程领域情势变更原则的适用情形 .....       | 109 |

### 第四章 建设工程施工专业分包合同法律问题

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 一、新版专业分包合同的主要特点 ..... | 114 |
|-----------------------|-----|

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| 二、新版专业分包合同的修订重点 .....             | 116 |
| 【实务要点7】 业主支付前提条款的效力问题 .....       | 118 |
| 【典型案例4.1】 某分包合同无效后结算协议效力纠纷案 ..... | 120 |
| 【典型案例4.2】 名义分包合同引起的结算和法律责任 .....  | 125 |

## 第五章 建设工程安全管理法律问题

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| 一、我国建设安全生产法规体系 .....          | 129 |
| 二、建设工程安全生产法律责任 .....          | 130 |
| 三、各关联主体对安全生产的法定义务 .....       | 131 |
| 四、“11·15”火灾中各主体安全法律责任分析 ..... | 134 |
| 五、结论 .....                    | 135 |

## 第六章 建设工程承包商停工权问题

|                        |     |
|------------------------|-----|
| 一、停工及停工权概要 .....       | 139 |
| 二、停工权的种类 .....         | 140 |
| 三、承包商停工权的性质 .....      | 142 |
| 四、承包商停工权的意义 .....      | 143 |
| 五、承包商停工权的依据与法律缺陷 ..... | 145 |
| 六、结论 .....             | 154 |

## 第七章 承包商停工权制度的构建

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 一、国外关于承包商停工权的立法 ..... | 157 |
| 二、构建承包商停工权的设想 .....   | 159 |
| 三、承包商停工权的立法建议 .....   | 172 |

## 第八章 建设工程劳务分包合同常见法律问题

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| 一、新资质标准对于劳务企业发展的影响 ..... | 179 |
|--------------------------|-----|



|                                                      |     |
|------------------------------------------------------|-----|
| 二、劳务分包合同的法律性质和特征 .....                               | 180 |
| 三、劳务分包合同与专业分包合同的区别 .....                             | 180 |
| 四、对于扩大劳务分包的相关理解 .....                                | 181 |
| 五、劳务分包合同效力问题 .....                                   | 182 |
| 【实务要点8】 劳务分包合同的签订是否需要征得发包人同意 .....                   | 184 |
| 六、建设单位直接进行劳务分包相关问题 .....                             | 184 |
| 七、劳务作业的再分包问题 .....                                   | 184 |
| 八、劳务作业的质量标准问题 .....                                  | 184 |
| 九、劳务作业承包人与质量保修以及质量保证金条款的关系 .....                     | 185 |
| 十、劳务分包的相关连带责任问题 .....                                | 186 |
| 十一、劳务分包合同的施工合同属性与“黑白合同”的有关理解 .....                   | 186 |
| 十二、实际施工人的认定 .....                                    | 187 |
| 十三、有关建设工程劳务用工的相关问题 .....                             | 187 |
| 十四、常见建设工程劳务用工的法律规范 .....                             | 189 |
| 十五、劳务分包合同疑难问题与示范文本修订 .....                           | 189 |
| 【实务要点9】 劳务分包合同双方主张就劳务作业的质量向建<br>设单位承担连带责任的实践情况 ..... | 191 |
| 【实务要点10】 劳动者在享受工伤保险待遇后主张人身损害<br>赔偿责任的问题 .....        | 193 |
| 【典型案例8.1】 劳务分包合同的结算依据 .....                          | 193 |

## 第九章 建设工程监理法律问题

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| 一、关于法定必须监理制度 .....           | 197 |
| 二、监理人的法律地位和特殊义务 .....        | 198 |
| 三、监理合同订立与履行中的常见问题 .....      | 201 |
| 【典型案例9.1】 建设工程监理合同费用支付 ..... | 204 |

## 第十章 工程总承包模式理论和法律实务问题

|                 |     |
|-----------------|-----|
| 一、施工总承包模式 ..... | 210 |
|-----------------|-----|