

CHINA *Vol.1* CONSTRUCTION

中国建设工程 法律业务报告(2009-2010)

第一辑

主 编 孙 巍

副主编 付铮铮 江 波 罗有才 王 旭 王 毅
徐明浩 曾建辉 张桓玮 张歆伟 张泽贤



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

CHINA *Vol.1* CONSTRUCTION

中国建设工程 法律业务报告 (2009-2010)

第一辑

主 编 孙 巍

副主编 付铮铮 江 波 罗有才 王 旭 王 毅
徐明浩 曾建辉 张桓玮 张歆伟 张泽贤



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国建设工程法律业务报告. 第1辑 / 孙巍主编.
—北京: 法律出版社, 2011. 3
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1785 - 3
I. ①中… II. ①孙… III. ①建筑法—研究报告—中国 IV. ①D922. 297. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 018654 号

中国建设工程法律业务报告(第一辑)
主编 孙 巍

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 薛 晗
责任编辑 薛 晗
装帧设计 李 瞻

© 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 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 880 × 1230 毫米 1/16
印张 39.5
字数 1153 千
版本 2011 年 4 月第 1 版
印次 2011 年 4 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 - 1785 - 3
(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

定价: 138.00 元

编辑简介

主 编

孙 巍 中伦律师事务所合伙人律师，伦敦大学亚非学院争议解决专业硕士，中国政法大学法学学士，伦敦国际仲裁院青年仲裁员协会会员，英国事务律师公会国际分会会员，《中国建设工程法律评论》（法律出版社，www.cclr.org.cn）主编，著有《中国商事仲裁法律与实务》（北京大学出版社，2011年）、《民商事诉讼仲裁律师执业参考》（法律出版社，2007年），在《人民法院报》、《中国房地产报》、《民主与法制》、《台商》等发表多篇文章。

副主编

（按姓氏拼音排序）

付铮铮 中国有色工程有限公司（中国恩菲工程技术有限公司）法律顾问，中国政法大学国际法学硕士、法学学士，《中国建设工程法律评论》编委会委员。

江 波 中伦律师事务所资深律师，中国政法大学法学学士，《中国建设工程法律评论》编委会委员。

罗有才 中南政法学院商法经济法学硕士，现任江苏省高级人民法院民一庭助理审判员，从事建设工程施工合同案件审理和研究工作近十年，为《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同若干问题的意见》的起草人之一；江苏省法官学院兼职教师，专门从事该领域的研究和授课工作；并在东南大学、南京大学为硕士研究生专门举行该领域的专题讲座，在理论界和实务界取得了一定的成果，《中国建设工程法律评论》编委会委员。

- 王 旭** 兰台律师事务所合伙人律师，中国政法大学法学学士，对外经贸大学法律硕士，《中国建设工程法律评论》编委会委员，获评2008年度、2009年度、2010年度北京市朝阳区“优秀共产党员”。
- 王 毅** 安理律师事务所合伙人律师，北京大学法学学士，《中国建设工程法律评论》编委会委员。
- 徐明浩** 环球律师事务所合伙人律师，中国政法大学法学学士，《中国建设工程法律评论》编委会委员。
- 曾建辉** 安理律师事务所合伙人律师，中国政法大学民商法学硕士，《中国建设工程法律评论》编委会委员。
- 张桓玮** 安理律师事务所合伙人律师，中国政法大学法学学士，北京市律师协会民事訴訟法专业委员会委员，《中国建设工程法律评论》编委会委员。
- 张歆伟** 中伦律师事务所资深律师，人民大学法学经济法学硕士、法学学士，《中国建设工程法律评论》编委会委员。
- 张泽贤** 安理律师事务所合伙人，中国政法大学硕士，北京大学学士，北京律师协会房地产法律专业委员会副秘书长，《中国建设工程法律评论》编委会委员，2008年度获评北京市朝阳区“优秀共产党员”，2008年度获评“朝阳区司法行政奥运安保工作贡献奖”，2009年度获评北京市朝阳区“优秀共产党员”，2010年12月被北京市司法局、北京律师协会评为“优秀律师”。

序 言

近年来,我国房地产市场飞速发展。伴随而来的是建筑工程合同纠纷的与日俱增。建筑工程合同一般标的额大,内容复杂,合同双方稍有不慎,在合同订立或履行过程中就会陷入纠纷。本书正是在这样的背景下,在借鉴国外建设工程法律著述经验的基础上,集合诸多志同道合友人之力量编撰而成。

本书编委大多在建筑工程领域中有多年法律实践经验。凭借自身的工作经验和对现有法律条文、精髓的把握,我们对2009~2010年度我国建筑工程领域的纠纷和相关法律法规及部门规章等规范性文件进行了系统梳理,对一些典型争议进行了评析,以期对建筑工程合同纠纷的防范和解决有所贡献。

本书主要包括三部分内容:

第一篇,系统整理了2009~2010年度建筑工程争议解决的发展。特别是对有关建筑工程的界定、合作投标、撤回投标、利息损失、情势变更、可得利益损失等30个实践中争议较大、发生争议概率高的实体法要点进行了重点评述;对于调解、仲裁、争议评审等争议解决手段的新发展进行了概要介绍。

第二篇,精选了2009~2010年度有典型意义的建设工程纠纷判例。我们将我国各级法院裁判的案例中比较典型的、争议较多的法律要点进行了系统的归纳、总结,并按当事人双方争议的主要法律焦点问题对案例进行了系统分类,共10类、77宗案例。当然,由于建设工程纠纷案件往往比较复杂,涉及的法律问题也较多,上述分类不代表该案例仅局限于一个法律问题。在本书“全文关键词索引”部分,我们对主要援引的法律要点进行了指引,便于读者有针对性、有重点地研读案例。需要说明的是,我们希望向读者呈现更多的裁判角度、尺度和标准。因此,我们选择这些案例,并不表示我们对于裁判的认可。

第三篇,汇编了2009~2010年度出台的比较有代表性的法律、法规和其他规范性文件。在汇编我国建筑工程领域方面的相关法律等规范性文件时,我们着重介绍了该规范性文件的出台背景,并对其重点内容进行了提炼,便于读者在较短的时间内掌握该规范性文件的主要条款。

我们衷心希望通过我们系统的精选、汇编、提炼、总结案例及规范性法律文件,能够帮助读者全面了解当前我国各地、各级法院对建设工程争议解决的基本观点,能够帮助读者及时了解最新的法律动向,能够帮助读者解决建设工程争议中的困惑,希望最终能够为读者就防范建设工程领域中的法律风险贡献绵薄之力。

我们也由衷希望集本书编委团结之力,在法律出版社的热心帮助下,日后每年能够为读者编写当年的建设工程法律评述,以为读者提供一个长期的、系统的学习建设工程领域相关知识的平台。

由于时间紧迫,尽管我们力求工作的准确性,但是,难免会有不全或差错,欢迎大家批评指正,以便我们更好地回馈读者。

最后,本书编委衷心感谢法律出版社应用分社社长戴伟先生、编辑薛晗女士对本书编写、出版工作给予了倾力指导和帮助。

本书编委

二〇一〇年十一月三十日

目录/Contents

第一篇 2009 ~ 2010 年度建设工程争议解决的发展情况 < _____

一、实体法要点演进	3
1. “建筑工程”的界定	3
2. 合作投标	3
3. 撤回投标	3
4. 投标报价与诚实信用原则	4
5. 合同闭口价	4
6. 材料款约定不明	4
7. 安全防护、文明施工措施费用	4
8. 开工日期的确定	4
9. 发包方直接向承包方工人发放人工费这一行为性质的认定	5
10. 内部承包	5
11. 付款条件与诚实信用原则	5
12. 竣工资料	5
13. 表见代理	5
14. 关于不安抗辩权	6
15. 工程全部转包时发包方是否有权主张管理费	6
16. 转包人和违法分包人对实际施工人的连带责任	6
17. 补充协议与中标合同相冲突时法律效力的认定	6
18. 竣工日期的确定	7
19. 气候与工期	7
20. 主张工程质量瑕疵是否适于推定	8
21. 强制性规定	8
22. 上访	8
23. 利息	8
24. 形式发包人、实际发包人及其责任	9
25. 违约金	9
26. 违约责任限额	10
27. 进度款约定不明与违约责任	10
28. 情势变更	11
29. 关于可得利益损失	11
30. 实际施工人的质保责任	11

二、调解作为争议解决手段的新发展	12
三、仲裁作为争议解决手段的新发展	13
四、争议评审的新发展	13
五、人民法院委托评估、拍卖和变卖	14

第二篇 2009 ~ 2010 年度建设工程合同纠纷典型案例 <

一、建设工程范围及项目主体	17
中国工商银行葫芦岛市分行与葫芦岛市建筑安装工程公司、葫芦岛市新远房地产开发有限公司、葫芦岛市中大房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案	17
昆明仟村佳宇物业管理有限公司与李存、农国富建设工程施工合同纠纷案	22
普兰店市教育局与上海健生运动场工程有限公司建设工程施工合同纠纷案	27
二、招标投标	31
浙江元生实业投资有限公司与龙元建设集团股份有限公司建设工程施工合同纠纷案	31
瑞成建筑工程(安徽)有限公司与上海伯乐电子有限公司建设工程施工合同纠纷案	38
四川盛世神州物流有限公司和四川省第二建筑工程公司建设工程施工合同纠纷案	41
中交第四公路工程局有限公司与辽宁交通建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案	45
三、分包转包	50
上海博洲建筑工程有限公司与江苏南通六建集团福辰劳务有限公司、李清建筑工程劳务分包合同纠纷案	50
重庆第四建设有限责任公司与重庆锐鑫建筑劳务有限公司建筑工程劳务承包合同纠纷案	53
保定市鑫艺达建筑工程有限公司与北京北辰正方建设发展有限公司建设工程分包合同纠纷案	56
李喜林与郑州人友置业有限公司、河南永鑫建筑有限公司建设工程施工合同纠纷案	60
锦州经济技术开发区王家街道办事处与高树文、锦州经济技术开发区第二建筑工程公司建设工程施工合同纠纷案	67
杨永康诉昆明市盘建工程有限公司、昆明城市管网设施综合开发有限责任公司建设工程施工合同纠纷案	71
中建六局第四建筑工程有限公司与阜新市房产建设总公司、阜新市中南房地产开发有限公司、阜新新澳房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案	75
广东长宏公路工程有限公司与福建省榕源建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷案	79
北京城建四建设工程有限责任公司上诉韩正保建设工程施工合同纠纷案	86
商丘市豫民建筑工程有限公司与张永强等建设工程施工合同纠纷案	93
焦作市郑柳工程机械有限公司与焦作市新星建筑安装工程有限公司等建设工程施工合同纠纷案	99
茂名市建筑工程公司广州分公司等与广州市天河百淘文化娱乐广场有限公司建筑工程施工合同纠纷案	102
四、合同效力及阴阳合同	112
方远建设集团股份有限公司与温岭市电影发行放映公司建设工程施工合同纠纷案	112
邢胜利与河南三建恒基建设有限公司、河南省第三建筑工程公司、郑州市金水区文化路街道办事处关虎屯社区居民委员会建设工程施工合同纠纷案	121
温州中城建设集团有限公司与何文敖建设工程分包合同纠纷案	129
闫喜法与河南红旗渠建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案	134

银川利伟星瑞科技有限公司与杨慕荣拖欠工程款纠纷案	139
宁夏申达房地产开发有限责任公司与许增银建设工程施工合同纠纷案	142
福建宏盛建设集团有限公司成都分公司与周文建设工程施工合同纠纷案	146
洛阳豫康源建设工程有限公司与洛阳市转业军官住房开发有限公司建设工程施工合同纠纷案	149
西宁市恒辉房地产有限公司与江苏建业建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案	159
上海恒晟卫生用品有限公司与上海市松江第五建筑工程公司建设工程施工合同纠纷案	170
五、工程价款及变更	177
上海市松江第五建筑工程公司与上海康尼文具用品有限公司建设工程施工合同纠纷案	177
韩玉梅与吴忠市商业建筑工程有限公司、吴忠市胜利商业房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案	182
许昌市晶业建设工程有限公司与许昌市宇宝科技有限公司建设工程施工合同纠纷案	189
淮北市公路桥梁建设有限责任公司与安徽省长丰机械施工工程处、安徽金宇高速公路发展有限公司建设工程施工合同纠纷案	192
穗晔(上海)电子应用材料有限公司上诉江苏中兴建设有限公司建设工程施工合同纠纷案	198
徐州开元名都置业有限公司与江苏省第一建筑安装有限公司建设工程施工合同纠纷一案	212
石嘴山市开元房地产开发有限责任公司上诉宁夏二建集团第四建筑有限公司建设工程施工合同纠纷案	223
安阳市钢电建筑安装公司同中国第二十二冶金建设公司等建设工程施工合同纠纷案	232
六、工程款优先受偿权	237
宁波福华房地产开发有限公司与杭州建工集团有限责任公司建设工程施工合同纠纷案	237
上海水利电力对外工程有限公司与上海金厦建筑安装工程有限责任公司等建设工程施工合同纠纷再审案	248
七、工程款支付及违约责任	254
同心县恒通绒业有限公司与同心县建筑安装工程公司建设工程施工合同纠纷案	254
中国第十九冶金建设公司同天津市津成电线电缆公司成都温江分公司建设工程施工合同纠纷案	259
宁夏宝塔石化集团有限公司与宁夏石油化工建设有限公司建设工程施工合同纠纷案	264
宁夏康力房地产开发有限公司与宁夏建设集团有限责任公司第九分公司建设工程施工合同纠纷案	269
河南省宏大建设工程有限公司与河南省天华科贸有限公司建设工程施工合同纠纷案	275
中建七局第二建筑有限公司与芜湖中兴混凝土有限公司买卖合同纠纷案	280
新疆宝诚矿业投资有限公司与乌鲁木齐市天地源矿山技术咨询有限公司建设工程勘察、合同纠纷上诉案	286
河南连通路桥有限公司与河南现代路桥工程有限公司等建设工程合同纠纷案	289
河南裕华建设安装工程有限公司与郑州中亚皮革有限公司建设工程合同纠纷案	292
周口市欣安装饰有限公司与华天商务酒店装饰工程合同纠纷案	297
抚州市临川房屋建筑工程公司诉萍乡市安美房地产有限公司建设工程施工合同纠纷案	300
洛阳市凯瑞房地产置业有限公司与洛阳市瀍河回族区机关事务管理局建筑工程合同纠纷案	303
闫广华诉济源市济水一中等建设工程施工合同纠纷案	310
安阳市隆源建筑安装有限责任公司与安阳市龙兴商贸有限责任公司建设工程施工合同纠纷案	314
河南省建设实业总公司与郑州市管城回族区人民政府等建设工程合同纠纷再审案	318
八、工期及索赔	322
沈阳北方建设股份有限公司与沈阳凯达房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案	322

哈尔滨市第五建筑工程公司与成道建设(南京)有限公司建筑工程施工合同纠纷案	328
沈阳华新联美置业有限公司与辽宁省工业安装工程公司建筑工程施工合同纠纷案	332
上海必优兰日化有限公司与湖北盈创建筑装饰设计工程股份有限公司建筑工程施工合同纠纷上诉案	339
玉树藏族自治州三江源生态环保发展有限责任公司上诉广汇建设集团有限公司建筑工程施工合同纠纷案	343
布尔津县融和民俗风情园旅游开发有限公司等与珠海市建安建筑装饰工程有限公司建筑工程施工合同纠纷上诉案	352
河南建丰科技产业有限公司诉焦作一建建设工程有限公司建筑工程施工合同纠纷案	356
九、工程管理、验收、交付及质量	360
沈阳北方建设股份有限公司与沈阳穗港房地产投资开发有限公司建筑工程施工合同纠纷案	360
西安新竹实业有限责任公司与陕西建工集团总公司建筑工程施工合同纠纷案	365
河南省漯周界高速公路有限责任公司与北京市市政二建设工程有限责任公司建设工程施工合同纠纷案	368
沈阳华生建设工程有限公司与沈阳惠成电子有限公司建筑工程施工合同纠纷案	374
云南爱因森软件职业学院与云南泓昊科技有限公司建筑工程施工合同纠纷案	384
河南新乡置业发展有限公司与河南银马建设有限公司建筑工程施工合同纠纷案	387
河南泰宏房屋营造有限公司与巩义市交通局建筑工程施工合同纠纷案	392
卓润德与开封市兰尉高速公路发展有限公司建筑工程施工合同纠纷案	395
河南省北徐(集团)有限公司与湛江市建筑工程集团公司、湛江市建筑工程集团公司河南分公司建筑工程施工合同纠纷案	399
上海哲安建筑工程有限公司与中国京冶工程技术有限公司建设工程分包合同纠纷案	407
荥阳市中原房地产发展有限公司与浙江省浦江建筑安装工程有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案	414
十、诉讼仲裁程序及证据规则	423
中国有色金属工业第六冶金建设公司与新乡市平原汽车配件有限公司建筑工程施工合同纠纷	423
沈阳市第八建筑工程公司与沈阳大学、沈阳乡镇企业学院建筑工程施工合同纠纷案	427
中国第四冶金建设公司与西安荣发市政建筑工程有限责任公司建筑工程施工合同纠纷案	434
赛通集团有限公司与孙琢琨建筑工程施工合同纠纷案	439
河南中意置业有限公司与郑州通德商贸有限公司建设工程合同纠纷上诉案	442

第三篇 2009 ~ 2010 年度部分法律汇编 <

一、法律	447
中华人民共和国消防法(节选)	447
中华人民共和国防震减灾法(节选)	449
二、2009 ~ 2010 年度部分法规性文件汇编	451
国务院办公厅关于印发全国中小学校舍安全工程实施方案的通知	451
中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于开展工程建设领域突出问题专项治理工作的意见》	454
三、2009 ~ 2010 年度部分部门规章、规范性文件汇编	457
人力资源和社会保障部、住房和城乡建设部关于发布《建设工程劳动定额》行业标准的通知	457
住房和城乡建设部、发展和改革委员会关于批准发布《输油管道工程项目建设标准》和《输气管道工程项目建设标准》的通知	459

住房和城乡建设部关于进一步加强工程造价(定额)管理工作的意见	460
住房和城乡建设部办公厅关于进一步做好汶川地震灾区受损城市桥梁隐患处置工作的通知	461
住房和城乡建设部关于同意广东省地方标准《广东省建筑节能工程施工质量验收规范》备案的函	463
住房和城乡建设部办公厅关于开展在建城市轨道交通工程安全生产监督检查工作的通知	467
工程建设领域突出问题专项治理工作实施方案	468
关于对房地产开发中违规变更规划、调整容积率问题开展专项治理的通知	473
住房和城乡建设部关于进一步加强建筑工程质量监督管理的通知	477
中国地震局关于学校、医院等人员密集场所建设工程抗震设防要求确定原则的通知	480
卫生部关于加强和规范建设工程项目全过程审计的通知	482
建设工程消防监督管理规定	483
住房和城乡建设部关于印发《危险性较大的分部分项工程安全管理办法》的通知	489
关于印发贯彻落实扩大内需促进经济增长决策部署进一步加强工程建设招标投标监管工作意见的通知	493
住房和城乡建设部关于进一步加强建筑安全生产工作的紧急通知	496
关于积极配合做好全国中小学校舍安全工程有关工作的通知	498
关于印发《民用建筑外保温系统及外墙装饰防火暂行规定》的通知	499
规范建设工程项目决策行为和招标投标活动指导意见	501
对外承包工程资格管理办法	505
规范城乡规划管理工作指导意见	509
规范土地使用权矿业权审批和出让行为指导意见	512
加强工程建设实施和工程质量管理工作的指导意见	514
加强工程建设安全生产监督管理工作的指导意见	517
加强工程建设领域物资采购和资金安排使用管理工作指导意见	519
推进工程建设领域项目信息公开和诚信体系建设工作指导意见	523
住房和城乡建设部关于修改《房屋建筑工程和市政基础设施工程竣工验收备案管理暂行办法》的决定	525
关于印发《国资委开展工程建设领域突出问题专项治理工作实施方案》的通知	527
关于加强重大工程安全质量保障措施的通知	532
铁路建设项目施工图审核管理办法	535
住房和城乡建设部关于进一步强化住宅工程质量和责任的通知	541
住房和城乡建设部关于进一步加大工作力度确保完成“十一五”建筑节能任务的通知	546
关于环境影响评价工程师职业资格注销登记有关事项的公告	548
住房和城乡建设部关于印发《房屋建筑和市政工程标准施工招标资格预审文件》和《房屋建筑和市政工程标准施工招标文件》的通知	549
关于在建筑施工领域质量管理体系认证中应用《工程建设施工企业质量管理规范》的公告	549
违反规定插手干预工程建设领域行为处分规定	550
房屋建筑和市政基础设施工程质量监督管理规定	553
四、2009~2010年度部分地方性法规、规章及规范性文件汇编	555
关于印发《天津市建设工程招标投标规范》的通知	555
辽宁省建设项目安全设施监督管理办法	556
上海市城乡建设和交通委员会关于印发《上海市建设工程文明施工迎世博专项整治方案》和《上海市建设工程迎世博文明施工整治标准(暂行)》的通知	559

福建省建设工程安全生产管理办法	565
上海市城乡建设和交通委员会关于贯彻执行《建设工程工程量清单计价规范》 (GB50500—2008)若干意见的通知	570
关于印发《北京市房屋建筑和市政基础设施工程劳务分包合同管理暂行办法》的通知	573
关于印发《天津市建筑工程安全生产监督工作导则实施细则》的通知	579
宁夏回族自治区建设工程造价管理条例	585
广西壮族自治区河池市人民政府办公室关于进一步严格规范和改进项目招标投标工作的 若干意见	589
大连市建设工程造价计价监督规定	592
海南省建设工程造价管理办法	594
郑州市建设工程造价管理规定	599
乌鲁木齐市人民防空工程管理办法	603
湖北省住房和城乡建设厅关于加强工程建设项目招标代理机构管理工作的通知	607
苏州市城乡规划条例	609
案例关键词索引	615

2009 ~ 2010 年度建设工程争议解决的发展情况

2009~2010 年度建设工程争议解决在很多方面有重大的发展。以下将从实体法要点演进、诉讼、仲裁、调解、评审以及评估、拍卖和变卖这六个方面分别作简要介绍。

一、实体法要点演进

2009 年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《合同法解释(二)》)的出台以及诸多典型判例的公布推动了建设工程法律的实体法要点的演进。分别介绍如下:

1. “建筑工程”的界定

建筑工程的界定直接关系到《建筑法》及其司法解释的适用范围。《建筑法》第 2 条第 2 款规定:“本法所称建筑活动,是指各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动。”根据前述规定,建筑房屋及其附属设施,或者安装与房屋及附属设施配套的线路、管道、设备都应当属于建筑工程。《建设工程质量管理条例》第 2 条规定:“……本条例所称建设工程,是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程。”

2009 年度与“建筑工程”的界定有关的典型案例是昆明仟村佳宇物业管理有限公司与李存、农国富建设工程施工合同纠纷案。在本案中,昆明市中级人民法院认为本案中承包方承揽的仟村佳宇住宅小区智能化及可视对讲系统工程施工不属于建筑工程,因此也不应适用《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 13 条。该案判决没有明确住宅小区智能化及可视对讲系统工程为何不属于建筑工程。

同样还是由昆明市中级人民法院审理的云南爱因森软件职业学院与云南泓昊科技有限公司建设工程施工合同纠纷案中,法院认定:双方当事人签订的《供货施工合同》既包括施工材料的供应,又包括安装、测试等工序,该合同的标的并非施工材料本身,而是按照一定的施工工序安装完毕的工作成果,内容上系建筑物主体工程的相关配套设施工程,故应认定双方建立的系建设工程施工合同关系。诉争项目是否属于建筑工程是两宗案件的争议焦点。对“建筑工程”的界定应引起学界和实务界更为广泛的关注和研究。

2. 合作投标

目前,建设工程领域合作投标广泛存在,形式多样。分析合作投标的法律含义对确定当事人之间的权利、义务及责任很有裨益。在中交第四公路工程局有限公司与辽宁交通建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案中,辽宁省高级人民法院建设局(以下简称辽宁公路建设局)就高速公路项目进行公开招标,招标文件规定:投标人应独家参与投标、拒绝联合体投标、禁止分包和违规分包等。之后,辽宁交通建设集团有限公司(以下简称辽建集团)与中交第四公路工程局有限公司(以下简称中交四局)签订合作投标协议书,约定以辽建集团内名义投标,中标后将中标工程交中交四局施工。后辽建集团中标,但未将中标工程交中交四局施工。辽宁省高级人民法院认为,辽宁公路建设局招标在前,辽建集团和中交四局投标在后,其对招标文件规定明确知晓。合作投标协议书的形式为合作,实际为工程分包,有欲损害辽宁公路建设局合法利益的主观故意,是恶意串通行为,且违反了关于肢解分包、违法分包等禁止性规定。据此,中交四局和辽建集团签订的合作投标协议书无效。

3. 撤回投标

在瑞成建筑工程(安徽)有限公司与上海伯乐电子有限公司建设工程施工合同纠纷案中,上海市第二中级人民法院就撤回投标问题认为:在招标文件中明确规定了投标有效期,且投标人在其承诺书中也作出受该条款约束和领取了施工合同书的情况下,投标人在有效期内撤回投标,违反了约定,故

其要求返还保证金并支付利息损失的诉讼请求,于法无据,不能得到支持。

4. 投标报价与诚实信用原则

在四川盛世神州物流有限公司和四川省第二建筑工程公司建设工程施工合同纠纷案中,四川省高级人民法院认定:承包方未按招标文件《施工图设计文件》的全部工程项目进行投标报价,漏报行为违背诚实信用原则,且双方对工程结算价款已在招投标文件和合同中作出固定价的约定,因此,承包方不得再要求发包方支付漏报项目的工程款。

5. 合同闭口价

2009 年度和 2010 年度有两宗典型案件,法院在判决中对合同闭口价问题做了很有参考价值的认定。两宗案件分别是:2009 年上海市第一中级人民法院审理的上海市松江第五建筑工程公司与上海康尼文具用品有限公司建设工程施工合同纠纷案、2010 年上海市第二中级人民法院审理的穗晔(上海)电子应用材料有限公司上诉江苏中兴建设有限公司建设工程施工合同纠纷案。

在上海市松江第五建筑工程公司与上海康尼文具用品有限公司建设工程施工合同纠纷案中,招标文件规定,暂定工程量清单仅供招标用,暂定工程量清单以外的分项工程量,待竣工时据实结算,并按投标人所报的取费标准及双方确认的材料价格计取造价。由于投标图纸中许多施工内容不在招标书的暂定工程量清单内,故承包人的投标价并不能包括全部的工程量,投标人根据暂定工程量清单的投标价并不构成合同闭口价,对于暂定工程量清单以外的工程量应当据实结算。

在穗晔(上海)电子应用材料有限公司与江苏中兴建设有限公司建设工程施工合同纠纷案中,法院认定:依合同约定,工程范围应当是经审图公司审定的纸以及合同所附工程量清单,上述范围之外的工程应以当事人双方工程签证单或双方协议为准。经审图公司审定的图纸或合同所附工程量清单中已有体现的签证,应包含于双方约定闭口价的工程量内。对于审定的图纸和合同所附工程量清单中未体现的内容,评估公司已另行予以计价,并计入最终审价结论。

6. 材料款约定不明

2010 年度石嘴山市开元房地产开发有限责任公司上诉宁夏二建集团第四建筑有限公司建设工程施工合同纠纷案中,法院对混凝土价差作了有参考意义的认定:法院认为,施工合同对涉案工程使用商品混凝土还是自拌混凝土约定不明,双方也没有证据证明是否就此问题达成一致或发包方表示同意。但法院认为,作为专业从事房地产开发建设与施工的当事人双方,对商品混凝土与自拌混凝土之间存在较大价差应该是清楚的,而且涉案工程所需混凝土的数量也不小,发包方亦委托专业监理公司及工地常驻代表对涉案工程进行监督管理。因而,涉案工程使用商品混凝土产生的材差是承包方自主使用与发包方放任使用共同造成的。故,对混凝土材差双方均应承担责任,并平均承担价差。同时法院认为,建设部等四部委于 2003 年下发的商改发(2003)341 号文件明确了禁止现场搅拌混凝土的期限及城市范围,而涉案工程所在市县及施工期间均不在该文件限定的范围内,不应按照上述政府文件判定涉案工程混凝土的使用问题。

7. 安全防护、文明施工措施费用

安全防护、文明施工措施费用是为了保证施工安全、文明的不可竞争性费用。法院在审判实务中倾向于保障安全防护、文明施工措施费用条款的有效性。在上海恒晟卫生用品有限公司与上海市松江第五建筑工程公司建设工程施工合同纠纷中,在承包人投标报价,以及承发包双方签署的未备案合同中未提出文明施工措施费,而双方备案合同中增加了文明措施费的内容和费用。上海市第一中级人民法院认为:文明措施费属双方另行确认需要在未备案合同之外另行支付的款项,发包人应当另行予以支付。

8. 开工日期的确定

开工日期的确定对承发包双方的权利、义务影响重大。因此,应慎重确定开工日期。2010 年度,河南建丰科技产业有限公司诉焦作一建建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷案中,法院综合考虑的各种影响施工的因素,并确定开工日期。本案中,《单位工程开工报告》、工程竣工报告等资料显

示了开工日期。但是,在该日期之后施工图纸方通过审查并进行会审,而且,非承包人施工的桩基工程也在该日期之后方才完工。由于桩基工程是整个工程的基础,其进度将直接影响整个工程的施工日期,须待其完工并检测合格后方可进行下一道工序,因此,实际开工日期应以桩基检测合格之日为宜。

9. 发包方直接向承包方工人发放人工费这一行为性质的认定

国家为保障建筑行业农民工的基本权益出台了各种监管措施。发包人直接向承包方工人发放人工费不再罕见。如何认定这一付款行为的法律性质?上海博洲建筑工程有限公司与江苏南通六建集团福辰劳务有限公司、李清建筑工程劳务分包合同纠纷案中,上海市第一中级人民法院明确:发包方直接向承包方工人发放的人工费,应当认定为发包方向承包方支付的部分工程价款。这一典型案例具有很强的借鉴意义。

10. 内部承包

方远建设集团股份有限公司与温岭市电影发行放映公司建设工程施工合同纠纷案中,浙江省高级人民法院认为:虽然《建筑法》第26条规定“禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照,以本企业的名义承揽工程”,但只是针对其他单位或个人使用企业的资质证书、营业执照,以企业名义承揽工程,并未禁止企业承包工程后,再进行内部承包。因此,承包商的内部承包关系,并不违反法律禁止性规定,该施工合同有效。

11. 付款条件与诚实信用原则

承包商与分包商或者承包商与材料供应商常约定工程款或材料款的付款条件;该条件成就时才支付款项。一般而言,该等付款条件是有效的,但在某些情况下,法院有权以诚实信用原则调整付款条件。在中建七局第二建筑有限公司与芜湖中兴混凝土有限公司买卖合同纠纷案中,承包方与材料供应商约定水泥款按期支付;最后一笔余款在工程保修期满后15日内,如无质量问题,一次性付清所有欠款。后承包方由于自身过错导致逾期竣工,从而造成其与材料供应商所约定的付款条件未能成就。安徽省高级人民法院认为:如继续按原合同约定的付款条件执行,则对无过错的材料供应商显属不公,有违诚实信用原则,也与材料供应商当初接受合同约定付款条件的本意相违背。因此,法院对材料供应商要求承包方支付工程款的主张予以支持。

12. 竣工资料

竣工资料的移交是工程竣工、交付的重要环节,是承包方的重要义务。上海市第一中级人民法院在上海市松江第五建筑工程公司与上海康尼文具用品有限公司建设工程施工合同纠纷案中的认定堪称典型。该案中,合同约定,工程竣工验收报告经发包人确认,且承包人递交竣工结算报告及完整的结算资料后28天内,发包人无正当理由不支付工程竣工结算价款,从第29日起按承包人同期向银行贷款利率支付拖欠工程价款的利息,并承担违约责任。上海市第一中级人民法院认为,本案系争工程虽然早已通过竣工验收,但承包人很长一段时间之后才将竣工资料交付发包人并在之后通过了竣工资料的验收,因此,发包人应在竣工资料通过验收之后方承担逾期付款利息。

13. 表见代理

2009年7月24日,最高人民法院发布《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》(以下简称《若干意见》)要求严格认定表见代理,尤其应当注意表见代理的两个要件:第一,必须具有代理权的表象;第二,适用表见代理时,合同相对人必须是善意的。根据《指导意见》法院在建设工程案件中将更加严格地审查项目经理、公司部门或其他个人签章的效力。

在沈阳北方建设股份有限公司与沈阳穗港房地产投资开发有限公司建设工程施工合同纠纷案中,承包商主张,其通知业主与其授权人结算后,业主仍将部分工程款私自支付给项目经理,并由项目经理挪作他用,该等款项不应视为业主已付工程款。辽宁省高级人民法院认为,因领款人为承包商项目经理,其在施工期间以施工名义领取了工程借款,故业主有理由相信该项目经理代表承包商。而且,在涉诉项目中,承包商有多个项目经理部,其他项目经理也曾直接从业主处领取工程款,承包商称其他项目经理行为系经其同意,而该项目经理行为未经其同意,与常理不符。