

司法解释适用指南丛书

SIFA JIESHI SHIYONG  
ZHINAN CONGSHU

# 建设工程施工合同 司法解释适用指南

5

《司法解释适用指南》编写组

- ◆ 条文主旨 · 适用指南 · 关联精选
- ◆ 相关规定
- ◆ 实用附录

中国法制出版社

建设工程合同法律实务

# 建设工程施工合同 司法解释适用指南



《建设工程司法解释适用指南》编委会

● 建设工程合同 · 建设工程分包 · 建设工程价款

● 建设工程质量

● 建设工程保险

中国法制出版社

司法解释适用指南丛书

SIFA JIESHI SHIYONG  
ZHINAN CONGSHU

# 建设工程施工合同 司法解释适用指南

《司法解释适用指南》编写组

中国法制出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

建设工程施工合同纠纷司法解释适用指南/《司法解释适用指南》编写组编. —北京:中国法制出版社,2006.4

(司法解释适用指南)

ISBN 7-80226-148-1

I. 建... II. 司... III. ①建筑工程-工程施工-合同-经济纠纷-法律解释-中国②建筑工程-工程施工-合同-经济纠纷-法律适用-中国 IV. D923.65

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第027504号

## 建设工程施工合同司法解释适用指南

JIAN SHE GONG CHENG SHI GONG HE TONG SI FA JIE SHI SHI YONG ZHINAN

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/850×1168毫米32

印张/8.375 字数/176千

版次/2006年4月第1版

2006年4月印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80226-148-1

定价:15.00元

北京西单横二条2号 邮政编码100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话:66034985

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

## 编写说明

为使广大司法工作人员、律师和其他公民更为方便地适用最高人民法院的重要司法解释，根据读者的建议和市场的需要，我们对婚姻、担保等十余个重要司法解释文件分册编写了《司法解释适用指南丛书》第一辑，共10本。为方便起见，我们将书中主体司法解释名称的关键词定为书名一部分。本套丛书在编写过程中得到了最高人民法院有关人士的支持和帮助，在此谨表谢意。

本套丛书具有如下特点：

### 一、司法解释适用

1. 丛中每本皆以重要司法解释的条文为序，逐条概括【条文主旨】，方便读者快速了解司法解释条文基本内容；

2. 以【适用指南】形式对应用该司法解释条文过程中需注意的问题给与诠释；

3. 丛书将与该司法解释重点条文关联紧密的法律、法规、其他司法解释作为【关联精选】内容，穿插在该条文后；同时标注其他相关法条参见，方便读者查找。

### 二、相关规定

为给读者提供更多的法律文件，本套丛书将与该司法解释有一定关联性的其他法律、法规、部门规章作为相关规定内容，便于读者进一步使用。

### 三、实用附录

丛书最后附加了部分与该司法解释相关的法律文书、计算公式及法律文件名称，方便实用。

2006年4月

# 目 录

## 一、司法解释适用

### 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

(2004年10月25日)

- |    |         |                   |
|----|---------|-------------------|
| 1  | 第 一 条   | 建设工程施工合同无效的情形     |
| 15 | 第 二 条   | 合同无效,工程验收合格的处理原则  |
| 17 | 第 三 条   | 合同无效,工程验收不合格的处理原则 |
| 21 | 第 四 条   | 违法转包、分包合同的处理原则    |
| 25 | 第 五 条   | 施工中取得资质的,按有效处理    |
| 27 | 第 六 条   | 垫资原则按有效处理         |
| 32 | 第 七 条   | 劳务分包与工程转包         |
| 36 | 第 八 条   | 发包人的合同解除权         |
| 38 | 第 九 条   | 承包人的合同解除权         |
| 41 | 第 十 条   | 解除合同后的处理原则        |
| 45 | 第 十 一 条 | 承包人拒绝修复的处理原则      |
| 47 | 第 十 二 条 | 质量缺陷的处理原则         |
| 50 | 第 十 三 条 | 未经验收擅自使用          |
| 55 | 第 十 四 条 | 实际竣工时间的确定         |
| 56 | 第 十 五 条 | 质量争议期间的处理         |
| 60 | 第 十 六 条 | 工程价款的计算标准         |

64	第十七条	工程款利息的计算标准
67	第十八条	工程款利息的起算标准
70	第十九条	工程量计算
73	第二十条	逾期不结算的后果
77	第二十一条	“黑白合同”的认定
81	第二十二条	按固定价款结算
83	第二十三条	可以不全部鉴定
86	第二十四条	建设工程不适用专属管辖规定
88	第二十五条	总承包人、发包人、施工人为共同被告
92	第二十六条	实际施工人利益的保护
96	第二十七条	保修责任
102	第二十八条	解释的实施

## 二、相关规定

103	最高人民法院副院长黄松有就《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》答记者问 (2004年10月27日)
114	《工程建设项目货物招标投标办法》(节录) (2005年1月18日)
121	《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》 (2004年2月3日)
125	《建筑施工企业安全生产许可证管理规定》(节录) (2004年7月5日)
131	《建筑施工企业安全生产许可证管理规定实施意见》(节录) (2004年8月27日)

- 137 《建设工程质量责任主体和有关机构不良记录管理办法》  
(试行) (节录)  
(2003年6月4日)
- 140 《国家重大建设项目招标投标监督暂行办法》(节录)  
(2002年1月10日)
- 143 《对工程勘察、设计、施工、监理和招标代理企业资质申报  
中弄虚作假行为的处理办法》  
(2002年2月10日)
- 145 《外商投资建筑业企业管理规定》(节录)  
(2002年9月27日)
- 150 《建设部关于外商投资建筑业企业管理规定中有关资质管理  
的实施办法》(节录)  
(2003年4月8日)
- 153 《〈外商投资建筑业企业管理规定〉的补充规定》  
(2003年12月19日)
- 155 《建筑业企业资质管理规定》  
(2001年4月18日)
- 164 《建筑业企业资质管理规定实施意见》(节录)  
(2001年5月28日)
- 172 《建筑工程施工许可管理办法》  
(2001年7月4日)
- 176 《房屋建筑工程质量保修办法》  
(2000年6月30日)
- 178 《实施工程建设强制性标准监督规定》  
(2000年8月25日)
- 182 《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》  
(2000年4月7日)



- 185 | 《工程建设项目实施阶段程序管理暂行规定》  
(1995年7月29日)
- 189 | 《国务院办公厅转发建设部等部门关于进一步解决建设领域  
拖欠工程款问题意见的通知》(节录)  
(2004年10月29日)

### 实用附录

- 196 | (一) 相关文书样式
- 259 | (二) 其他相关法律文件索引

## 一、司法解释适用

### 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

(2004年10月25日 法释〔2004〕14号)

#### 第一条 建设工程施工合同无效的情形

建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效：

- （一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；
- （二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；
- （三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

#### ■ 适用指南

无效合同，是指合同虽然已经成立，但因其内容和形式上违反了法律、行政法规的强制性规定和社会公共利益，因此应被确认为无效。

建设工程合同有效成立的形式要件有：

1. 在法律要求必须进行招投标的项目中，招投标作为合同成立的法定程序，属于建设工程合同成立的形式要件，其法律性质为有效要件。因此，法律明确要求必须经过招投标程序的建设项目，如果采用直接发包的程序订立合同，该合同属无效合同。

2. 中标通知书的发出，应导致合同成立的法律效果。根据我国《招标投标法》第四十六条的规定，招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立合同，合同书的签字或盖章，应为建设工程合同的生效要件，即自合同书签订之日起生效。

3. 我国《合同法》第二百七十三条规定，国家重大建设工程合同，应当按照国家规定的程序和国家批准的投资计划、可行性研究报告等文件订立。这是我国法律对重大建设工程合同特别订立程序的强制性规定，属建设工程合同有效的形式要件，违反该形式要件的合同为无效合同。

(1) 承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级承揽建设工程的合同无效。

这里的承包人主要指建筑施工企业。建筑施工企业是指从事建筑施工生产活动的独立生产、独立经营、独立核算的经济组织。从事建筑活动的建筑施工企业取得相应等级的资质证书后，方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。

建筑施工企业包括建筑工程施工总承包企业、建筑工程承包企业和建筑专项分包企业三类。工程施工总承包企业是指从事建筑工程施工阶段总承包活动的企业，对工程从立项到交付使用全过程承包的企业。这类企业应当具备施工图设计、工程施工、设备采购、材料订货、工程技术开发应用、配合生产使用部门进行生产准备直到竣工投产等能力。建筑工程承包企业，是指从事建筑工程施工承包活动的企业。建筑专项分包企

业，是指从事建筑工程施工专项分包活动和承包限额以下小型工程活动的企业。

从事建筑活动单位的资质审查制度是指勘察、设计单位、建筑施工企业、工程监理单位经建设行政主管部门进行资质审查、取得相应等级资质证书，并在资质等级许可的范围内从事建筑活动的制度。资质是指人员素质、管理水平、资金数量、技术装备和建筑工程业绩等。所谓资质等级是指按照上述资质情形划分从事建筑活动的级别。

(2) 没有资质的实际施工人使用有资质的建筑施工企业名义承揽工程的合同无效。

施工人没有资质使用法定资质建筑施工企业名义承揽工程的形式很多，在审判实践当中，出现的形式有无资质的施工人挂靠具有资质的施工企业，无资质的施工人变相作为具有资质施工企业的内部承包单位，无资质施工人与具有资质施工企业的名义上的联营等多种形式。本司法解释没有对使用具有法定资质条件企业名义对外承揽工程的形式进行概括，而将这一认定交给了法官，由法官根据案件的具体事实来认定是否无资质施工人借用具有法定资质施工企业名义对外承揽工程。

就人民法院对案件的审判来讲，首先要适用法律、行政法规来审判案件。在法律、行政法规没有规定，或者规定得比较原则，不易掌握时，才会适用司法解释的规定。

## 关联精选

《中华人民共和国合同法》（1999年3月15日）

**第五十二条** 有下列情形之一的，合同无效：

- (一) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；
- (二) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；
- (三) 以合法形式掩盖非法目的；
- (四) 损害社会公共利益；

(五) 违反法律、行政法规的强制性规定。

**第二百七十三条** 国家重大建设工程合同，应当按照国家规定的程序和国家批准的投资计划、可行性研究报告等文件订立。

《中华人民共和国建筑法》(1997年11月1日)

**第十三条** 从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位，按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件，划分为不同的资质等级，经资质审查合格，取得相应等级的资质证书后，方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。

**第十四条** 从事建筑活动的专业技术人员，应当依法取得相应的执业资格证书，并在执业资格证书许可的范围内从事建筑活动。

**第二十六条** 承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。

禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。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。

《中华人民共和国招标投标法》(1999年8月30日)

**第四十五条** 中标人确定后，招标人应当向中标人发出中标通知书，并同时将中标结果通知所有未中标的投标人。

中标通知书对招标人和中标人具有法律效力。中标通知书发出后，招标人改变中标结果的，或者中标人放弃中标项目的，应当依法承担法律责任。

**第四十六条** 招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起30日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。

招标文件要求中标人提交履约保证金的，中标人应当提交。

**第五十条** 招标代理机构违反本法规定，泄露应当保密的与

招标投标活动有关的情况和资料的，或者与招标人、投标人串通损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的，处5万元以上25万元以下的罚款，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员处单位罚款数额5%以上10%以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得；情节严重的，暂停直至取消招标代理资格；构成犯罪的，依法追究刑事责任。给他人造成损失的，依法承担赔偿责任。

前款所列行为影响中标结果的，中标无效。

**第五十二条** 依法必须进行招标的项目的招标人向他人透露已获取招标文件的潜在投标人的名称、数量或者可能影响公平竞争的有关招标投标的其他情况的，或者泄露标底的，给予警告，可以并处1万元以上10万元以下的罚款；对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

前款所列行为影响中标结果的，中标无效。

**第五十三条** 投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的，投标人以向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标的，中标无效，处中标项目金额5%以上10%以下的罚款，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员处单位罚款数额5%以上10%以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得；情节严重的，取消其1年至2年内参加依法必须进行招标的项目的投标资格并予以公告，直至由工商行政管理机关吊销营业执照；构成犯罪的，依法追究刑事责任。给他人造成损失的，依法承担赔偿责任。

**第五十四条** 投标人以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标的，中标无效，给招标人造成损失的，依法承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

依法必须进行招标的项目的投标人有前款所列行为尚未构成犯罪的，处中标项目金额5%以上10%以下的罚款，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员处单位罚款数额5%以上

10%以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得；情节严重的，取消其1年至3年内参加依法必须进行招标的项目的投标资格并予以公告，直至由工商行政管理机关吊销营业执照。

**第五十五条** 依法必须进行招标的项目，招标人违反本法规定，与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判的，给予警告，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

前款所列行为影响中标结果的，中标无效。

**第五十七条** 招标人在评标委员会依法推荐的中标候选人以外确定中标人的，依法必须进行招标的项目在所有投标被评标委员会否决后自行确定中标人的，中标无效。责令改正，可以处中标项目金额5%以上10%以下的罚款；对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

《工程建设项目施工招标投标办法》（2003年3月8日）

**第三条** 工程建设项目符合《工程建设项目招标范围和规模标准规定》（国家计委令第3号）规定的范围和标准的，必须通过招标选择施工单位。

任何单位和个人不得将依法必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标。

**第八条** 依法必须招标的工程建设项目，应当具备下列条件才能进行施工招标：

- （一）招标人已经依法成立；
- （二）初步设计及概算应当履行审批手续的，已经批准；
- （三）招标范围、招标方式和招标组织形式等应当履行核准手续的，已经核准；
- （四）有相应资金或资金来源已经落实；
- （五）有招标所需的设计图纸及技术资料。

**第九条** 工程施工招标分为公开招标和邀请招标。

**第十条** 依法必须进行施工招标的工程建设项目，按工程

建设项目审批管理规定，凡应报送项目审批部门审批的，招标人必须在报送的可行性研究报告中将招标范围、招标方式、招标组织形式等有关招标内容报项目审批部门核准。

**第十一条** 国务院发展计划部门确定的国家重点建设项目和各省、自治区、直辖市人民政府确定的地方重点建设项目，以及全部使用国有资金投资或者国有资金投资占控股或者主导地位的工程建设项目，应当公开招标；有下列情形之一的，经批准可以进行邀请招标：

（一）项目技术复杂或有特殊要求，只有少量几家潜在投标人可供选择的；

（二）受自然地域环境限制的；

（三）涉及国家安全、国家秘密或者抢险救灾，适宜招标但不宜公开招标的；

（四）拟公开招标的费用与项目的价值相比，不值得的；

（五）法律、法规规定不宜公开招标的。

国家重点建设项目的邀请招标，应当经国务院发展计划部门批准；地方重点建设项目的邀请招标，应当经各省、自治区、直辖市人民政府批准。

全部使用国有资金投资或者国有资金投资占控股或者主导地位的并需要审批的工程建设项目的邀请招标，应当经项目审批部门批准，但项目审批部门只审批立项的，由有关行政监督部门批准。

**第十二条** 需要审批的工程建设项目，有下列情形之一的，由本办法第十一条规定的审批部门批准，可以不进行施工招标：

（一）涉及国家安全、国家秘密或者抢险救灾而不适宜招标的；

（二）属于利用扶贫资金实行以工代赈需要使用农民工的；



(三) 施工主要技术采用特定的专利或者专有技术的；

(四) 施工企业自建自用的工程，且该施工企业资质等级符合工程要求的；

(五) 在建工程追加的附属小型工程或者主体加层工程，原中标人仍具备承包能力的；

(六) 法律、行政法规规定的其他情形。

不需要审批但依法必须招标的工程建设项目，有前款规定情形之一的，可以不进行施工招标。

**第四十六条** 下列行为均属投标人串通投标报价：

(一) 投标人之间相互约定抬高或压低投标报价；

(二) 投标人之间相互约定，在招标项目中分别以高、中、低价位报价；

(三) 投标人之间先进行内部竞价，内定中标人，然后再参加投标；

(四) 投标人之间其他串通投标报价的行为。

**第四十七条** 下列行为均属招标人与投标人串通投标：

(一) 招标人在开标前开启投标文件，并将投标情况告知其他投标人，或者协助投标人撤换投标文件，更改报价；

(二) 招标人向投标人泄露标底；

(三) 招标人与投标人商定，投标时压低或抬高标价，中标后再给投标人或招标人额外补偿；

(四) 招标人预先内定中标人；

(五) 其他串通投标行为。

**第四十八条** 投标人不得以他人名义投标。

前款所称以他人名义投标，指投标人挂靠其他施工单位，或从其他单位通过转让或租借的方式获取资格或资质证书，或者由其他单位及其法定代表人在自己编制的投标文件上加盖印章和签字等行为。

**第六十八条** 依法必须进行招标的项目而不招标的，将必