



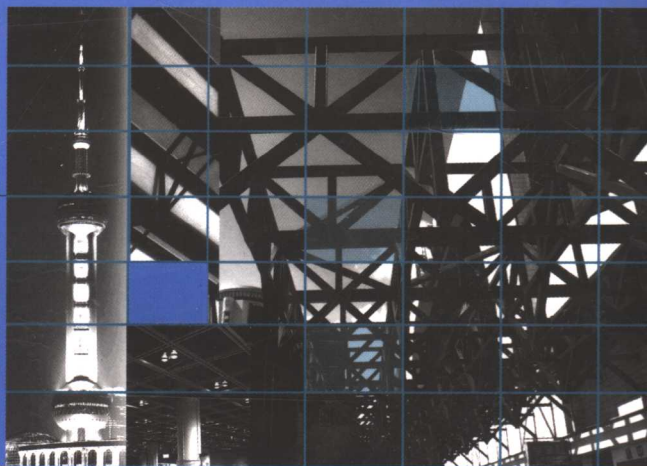
建筑房地产法实务指导丛书 ⑩

《建设工程施工合同司法解释》操作指南

建筑商之孙子兵法

林镛海 · 著

- ★ 解读《建设工程施工合同司法解释》之**全新读本**
- ★ 使用《建设工程施工合同示范文本》之**操作指南**
- ★ 防范建筑领域经营风险与解决纠纷之**经典案例**



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



建筑房地产法实务指导丛书

《建设工程施工合同司法解释》操作指南 建筑商之①孙②子③兵④法

林镭海 · 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

《建设工程施工合同司法解释》操作指南:建筑商之
孙子兵法/林镛海著. —北京:法律出版社,2005.2
ISBN 7-5036-5360-4

I. 建… II. 林… III. 建筑工程—工程施工—合
同法—法律解释—中国 IV. D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 009584 号

©法律出版社·中国

责任编辑/戴伟

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑/法规与大众读物出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×960 毫米 1/16

印张/27.25 字数/454 千

版本/2005 年 1 月第 1 版

印次/2005 年 4 月第 2 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

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法规与大众读物出版分社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/law@lawpress.com.cn

rpc8841@sina.com

读者热线/010-63939642

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782 中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636 中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5360-4/D·5077

定价:39.00 元



作者简介

林饒海 1963年生，浙江沪鑫律师事务所主任，浙江省律师协会建筑与房地产业务委员会副主任，绍兴市在沪企业联合会副会长，房地产和建筑领域著名专业律师。1989年从事专职律师工作，1993年开始专业从事建筑房地产领域的诉讼与非诉讼法律服务，12年来，在浙、沪、苏三地胜诉了一批难、险、特、奇案件，部分案件也成为法律实践的样板案例，如建设工程的“阴阳合同”、建设工程价款的结算以送审价为准等。理论研究方面，在核心期刊上发表了《商品房包销法律问题研究》，撰写的《解析建设工程“阴阳合同”之法律问题》获得2004年浙江省律师实务理论研讨会一等奖，并被评为第二届“华东律师论坛”优秀论文奖。在非诉讼方面，已经成功地掌握了适合中国国情、有沪鑫特色、走在全国建筑和房地产非诉讼法律服务前沿的一整套核心技术，并受到企业青睐。

序 一

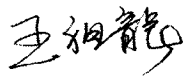
浙江省是个“建筑大省”，也是“建筑强省”，在全国各地都颇有名气。特别是在上海的建筑市场中，有所谓“三分天下有其一”的说法。

浙江建筑业的发展与浙江经济的飞速发展是同步的。浙江的建筑大军，从无到有，从弱到强，从来都是凭借顽强的拼搏意识、敏锐的市场触觉和与时俱进的开拓精神。这其中，也包括着善于借助各类专业人士，如律师、会计师、造价工程师的力量，努力适应现代商场游戏规则，实现企业的不断成长。

中国加入 WTO 以后，建筑业开始直接面对国外同类企业的竞争。建筑业要继续发展壮大，就必须从劳动密集型企业向智力密集型企业转型，遵循国际通行的游戏规则，转变经营机制，整合现有资源，以打造真正意义上的现代企业。而在这过程中，法律和各企业密切相关。现代企业不应该仅仅在发生经济纠纷、进入诉讼程序后才想到找律师，而应该在企业经营的各个环节中，都善于借助律师等专业人士的力量，用法律去维护自身的权益，用法律去规范自身的行为。

林镞海律师自 20 世纪 90 年代初开始，就开始为浙江建筑施工企业提供法律服务，十多年来，积累了深厚的理论素养和丰富的实践经验。适逢最高人民法院《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》出台，林镞海律师以该《解释》为纲，结合他数十年的理论和实践积累，编撰的《建筑商之孙子兵法》一书，对建筑施工企业具有很强的针对性和实用性，为建筑施工企业在今后的经营中维护权益、规范经营、少走弯路提供了很好的指导和帮助。

衷心希望林镞海律师和他的浙江沪鑫律师事务所其他同仁，为建筑施工企业提供更多、更好的法律服务；也衷心希望建筑施工企业能借助他们的力量，继续成长发展，不断跨越新的目标！



二〇〇四年十一月八日

王祖龙同志系浙江省人民政府驻沪办事处副主任，主管建筑业。

序 二

1994 年底,我任上虞市主管建筑业的副市长时,林镡海律师响应上虞市委、市政府提出“上虞经济发展到哪里,法律服务就跟踪到哪里”的号召,为上虞的十万建筑大军在浙、沪、苏三地,尤其是在沪的建筑队伍提供法律服务。当时上虞在沪的建筑企业有 63 家,却无一家具有一级资质的企业,工程项目从未获过“白玉兰奖”。在接下来的十几年里,林镡海律师凭着一颗执著的心,不辞辛劳地为上虞在浙、沪、苏三地的建筑企业提供法律服务,挽回巨大的经济损失,受到建筑企业的一致认同。同时,上虞建筑企业队伍也不断地发展壮大,到目前为止,具有特级、一级企业资质的有十几家,承建项目先后获得全国首个住宅项目的“鲁班奖”和几十个“白玉兰奖”,真是奖杯满堂!这是上虞建筑企业的骄傲,也凝结着林镡海律师的汗水。林镡海律师的沪鑫律所也与家乡建筑企业共同成长、发展,成为一家有较高知名度的建筑房地产领域的专业律所。

现在,最高人民法院颁布了《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》。林镡海律师结合该司法解释,将自己十几年来在建筑房地产领域的法律服务的经验,尽数体现在本书中。本书既为广大建筑商提供更实用的法律指导,又能为理论研究提供素材,确实不负“孙子兵法”之称。上虞是著名的“建筑之乡”,希望上虞的建筑企业能认真阅读本书,把企业做得更大、更强,与时俱进,实现再一次辉煌的腾飞。我对本书的出版也非常关注,于是欣然提笔为其作序。

陈樱牛

二零一四年十月八日

陈樱牛同志系上虞市人大常委会副主任、全国“建筑之乡”联谊会理事;原全国“建筑之乡”联谊会会长、上虞市副市长(主管建筑业)。

前 言

工程建设涉及千家万户的生命和财产安全,乃百年之大计。改革开放以来,我国的建筑业获得了长足的发展,这与建筑法律制度的完善是密不可分的。到目前为止,我国已经形成了以《建筑法》、《招标投标法》、《合同法》为三大支柱,以《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》、《建设项目环境保护管理条例》及地方性法规、部门规章、规范性文件为辅的建筑法律体系基本框架。但是由于建设工程施工过程本身错综复杂,涉及法律适用的新情况和新问题层出不穷,承、发包双方在出现合同争议后有时还会遇到无法可依的尴尬局面,各地法院因司法理念和对法律精神的理解差异及建筑行业专业性较强,在审判实践中司法标准不统一的现象也时有出现。

为及时、公正审理建设工程施工合同纠纷案件,依法保护当事人的合法权益,规范建筑市场秩序,促进建筑业健康发展,最高人民法院在深入调查研究,认真总结审判经验,并听取有关各方意见的基础上,制定了《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》(以下简称司法解释),这无疑是建筑法律体系建设中的一个里程碑。

解释的颁布、原有建筑法律体系框架的基本形成、《建设工程施工合同示范文本》(GF—1999—0201)的实施及在招标投标中适用的工程量清单报价和全面推广合理低价中标,使建筑商有法可依、有章可循,也使我国的建筑业制度和法律法规与国际基本接轨。

本书在写作过程中,一直密切关注最高人民法院的司法解释起草动态,悉心研究每份意见稿的修订变化,凭借本人在浙、沪、苏三地专业从事建设领域中的诉讼和非诉讼法律服务十多年来的实战经验和理论探索,对建筑业规范性文件和行业规范的潜心研究,在书中对建筑商在施工过程中遇到的重点、难点问题结合司法解释一一加以剖析,并加以解决,具有很强的实践性。这也是本书的独到之处,故称建筑商之孙子兵法。

本书的另一大亮点是把建设领域中最复杂、最深奥的法律问题简单化,用最简单的法学理论,来剖析最复杂的实践问题,找准切入点,以通俗易懂的方式娓娓道来,希望能够为广大建筑商在实践中的操作提供帮助,为防范市场风险奉献绵薄之力。

本书在编写过程中得到了律师事务所全体同仁及一直关心和支持我的朋友们的大力支持和无私帮助,书中的第八章“99版GF示范文本理解和实践指导”由我和本所的沈琼华律师共同撰写,在此表示衷心的感谢。当然,由于出书时间仓促,难免有疏漏和不当之处,还请广大的读者朋友不吝赐教。

作 者

二〇〇四年十月二十六日

目 录

前言	1
第一章 建筑商之四大法宝	1
第一节 建筑商之第一大法宝：“以送审价为准”	1
【释义】	1
一、前提条件	1
二、约定期限的理解	2
三、“不予答复”的理解	2
四、逾期不结算的后果	2
【法理分析】	2
一、惩罚说	2
二、违约说	6
三、默示说	11
四、诉讼时效说	13
五、除斥期间说	14
六、作者观点	14
【背景与理由】	16
一、建设领域中工程造价以建筑商送审造价为准的历史发展	16
二、本条解释出台的背景和理由	19
【实务操作】	20
一、建筑商应当和发包人有完整的书面约定	20
二、建设工程施工合同对审价期限(时间)必须有明确约定	21
三、送审资料(竣工结算文件)应当齐全	22

2 《建设工程施工合同司法解释》操作指南

四、送审资料必须有发包人的签收	23
五、签收单上要能够反映出总造价,或在签收簿上写明总造价	24
六、审价期限届满后,建筑商应立即向发包人发出工程造价以 送审价为准的函件	24
【提示要点】	25
【建议】	26
第二节 建筑商之第二大法宝:“黑白合同”的效力认定	26
【释义】	26
一、适用范围	26
二、前提条件	27
三、实质性条件	27
【法理分析】	31
一、建设工程合同的特殊性	32
二、建设工程“黑白合同”的形成原因及表现形式	34
三、建设工程“黑白合同”的司法实践及相关法律规定	35
四、司法解释对《招标投标法》第46条的探索	37
【《招标投标法》第46条的理解】	39
一、《招标投标法》第46条的立法宗旨	39
二、适用的范围	40
三、适用的前提条件	40
四、适用的实质性条件	41
五、建设工程合同实质性内容的范围	41
六、“黑白合同”的效力认定	41
七、招投标形成的建设工程合同实质性内容的合法变更	42
【最高立法机关对“黑白合同”的态度】	43
【实务操作】	43
【提示要点】	44
【建议】	44
第三节 建筑商之第三大法宝:“计价方法以当地建设行政主管部门 发布的为准”	45
【释义】	45
一、计价标准和计价方法有约定的按约定处理	45
二、计价方法以当地建设行政主管部门发布的为准的情形	45
【法理分析】	46

一、定额计价法	47
二、清单计价法	50
三、定额计价法和清单报价法的区别	51
四、第二款的制定依据	52
五、适用范围	53
【实务操作】	53
一、认真做好投标标书	53
二、怎样签订好建设工程施工合同	56
第四节 建筑商之第四大法宝：“实事求是原则”	57
【释义】	57
一、前提条件	57
二、时间限制	57
三、签证等书面文书	57
四、“实事求是”原则	58
【法理分析】	59
一、工程量	59
二、工程量签证	60
三、工程量计算的历史发展	62
【实务操作】	63
一、“低中标，勤签证，高索赔”原则	63
二、签证的情形	64
三、签证中应注意的问题	69
四、工程索赔	70
第二章 合同效力	71
第一节 建设工程施工合同效力	71
【释义】	71
一、本条适用对象限定在建设工程施工合同	71
二、本条认定合同无效的依据是《合同法》第 52 条第 5 项的规 定，即违反法律法规的强制性规定的合同无效	71
三、注意严格区别合同无效和合同解除	72
四、其他合同无效情形	72
【法理分析】	72
一、合同的成立和生效	72

二、合同无效规定	73
三、正确理解《合同法》第 52 条第 5 项的规定	74
四、建设工程施工合同无效	77
(一) 承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的	
【释义】	78
一、承包人	78
二、法定资质	78
三、超越本企业资质等级	78
【法律依据】	78
【法理分析】	78
一、各国建筑法对建设工程合同的承包人实行管理,有不同的 制度规定	78
二、发达国家对建设工程的管理	80
三、我国建筑企业的资质管理	80
【背景与理由】	80
一、立法实践的发展	80
二、司法解释的发展	83
三、争议问题	84
【实务操作】	86
一、实践中的表现	86
二、提示要点	87
(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	
【释义】	87
一、实际施工人	87
二、挂靠行为	87
【法律依据】	88
【法理分析】	88
一、《建筑法》有关挂靠的规定有其不完善之处	88
二、资质管理规定的不完善之处	89
【背景与理由】	89
司法解释的发展	89
【实务操作】	91
一、实践中的表现	91
二、挂靠的认定	92

三、挂靠的应对方法	92
(三)建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的	
【释义】	93
【法理分析】	93
【背景与理由】	93
一、国外的规定及发展	93
二、建设工程招标制度在我国的发展	94
三、司法解释的发展	96
【背景与理由】	97
必须进行招标而未招标的	
【释义】	98
一、大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目	98
二、全部或部分使用国有资金投资或者国家融资的项目	99
三、使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目	99
四、法律或者国务院规定的其他必须招标的项目	99
【法律依据】	100
【实务操作】	100
一、必须招标的未招标	100
二、续标	101
三、化整为零,规避招标	101
中标无效	
【释义】	101
中标无效之一:中标通知发出后,招标人改变中标结果	
【释义】	101
【法律依据】	101
【实务操作】	102
中标无效之二:招标代理机构违反保密义务者或招标人、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	
【释义】	102
一、适用的前提条件	102
二、适用的实质条件	102
【法律依据】	102

中标无效之三:招标人泄露应当保密的情况的行为

【释义】	103
一、适用的前提条件	103
二、适用的实质条件	103
【法律依据】	103

中标无效之四:投标人相互串通投标或者与招标人串通投标

【释义】	103
一、投标人串通投标的行为	103
二、投标人与招标人进行串通	104
三、投标人为了获取中标,采取向招标人和评标委员会成员行 贿	104
【法律依据】	105
【实务操作】	105

中标无效之五:弄虚作假,骗取中标

【释义】	105
一、以他人名义投标	105
二、以其他方式弄虚作假,骗取中标的	105
【法律依据】	105

中标无效之六:违法进行实质性内容的谈判

【释义】	106
适用条件	106
【法律依据】	107

中标无效之七: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

【释义】	107
一、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	107
二、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	107
【法律依据】	108

第二节 工程验收合格的处理原则

【释义】	108
一、前提条件	108

二、实质条件·····	108
【法理分析】·····	109
一、我国合同无效处理原则的发展·····	109
二、建设工程合同无效后的返还·····	111
【背景与理由】·····	112
一、司法解释的发展·····	112
二、各地人民法院的探讨·····	114
【争议问题】·····	118
【实务操作】·····	119
一、认真做好投标标书和签订好合同,把合同的计价方式定在 一个比较合理的数字·····	120
二、要真正把握工程质量关·····	120
第三节 合同无效,工程验收不合格的处理原则·····	120
【释义】·····	120
一、前提条件·····	120
二、实质条件·····	121
三、归责方式·····	121
【法律依据】·····	122
【背景与理由】·····	123
司法解释的发展·····	123
【实务操作】·····	123
第四节 违法转包、分包合同的处理原则·····	123
【释义】·····	124
建筑商非法转包	
【释义】·····	124
【法律依据】·····	124
建筑商违法分包	
【释义】·····	125
【法律依据】·····	125
挂靠	
对追缴问题的规定	
【释义】·····	126
一、前提条件·····	126
二、收缴的实质条件·····	126

三、被收缴的主体	126
四、收缴的对象	126
【法律依据】	127
【法理分析】	127
【背景与理由】	129
司法解释的发展	129
【实务操作】	130
第五节 施工中取得资质的,按有效处理	133
【释义】	133
一、前提条件	133
二、实质条件	133
【法理分析】	133
【背景与理由】	134
一、立法的发展	134
二、司法解释的发展	135
【实务操作】	136
第六节 垫资原则按有效处理	136
【释义】	136
一、前提条件	136
二、约定的限制	137
【法理分析】	137
一、建设工程施工合同中带资、垫资的性质	137
二、建设工程中的带资、垫资问题是一个比较敏感的、综合的、 复杂的问题	137
【背景与理由】	139
一、实践中的发展	139
二、司法解释的发展	146
【争议问题】	149
【实务操作】	154
一、实践中的表现	154
二、提示要点	155
【建议】	157
一、制定较为完善的法律法规,禁止带资、垫资现象的出现	157
二、引进国外成熟的担保制度和保险制度	157

三、健全和完善有关制度	158
四、加大执法力度,严肃查处违法违规行为	158
五、规范有形建筑市场的运行,创造公开、公正、公平的竞争环 境	159
六、抓好工程建设数据库管理和计算机网络建设	159
第七节 劳务分包与工程转包	159
【释义】	159
一、前提条件	159
二、劳务作业的建筑商须与总承包人,分包人签订书面的劳务 分包合同	159
三、当事人的范围	160
【法理分析】	160
一、劳务分包	160
二、转包	160
【背景与理由】	161
【法律依据】	162
【实务操作】	163
第三章 合同的解除权	164
第一节 发包人的合同解除	164
【释义】	164
一、前提条件	164
二、程序条件	165
三、法律依据	165
【法理分析】	165
一、合同解除的概念	165
二、合同解除的特征	166
三、理论上对合同解除的分类	168
四、合同解除与有关制度的区别	171
五、我国《合同法》对合同解除条件的规定	174
六、合同解除期限、程序和方式的要求	176
七、合同解除后果	177
（一）明确表示或者以行为表示不履行合同主要义务的	
【释义】	177