



建筑房地产法实务指导丛书

*Analysis of Difficult Cases on  
Construction Contract Disputes*

# 最新建设工程 施工合同 疑难案例精解

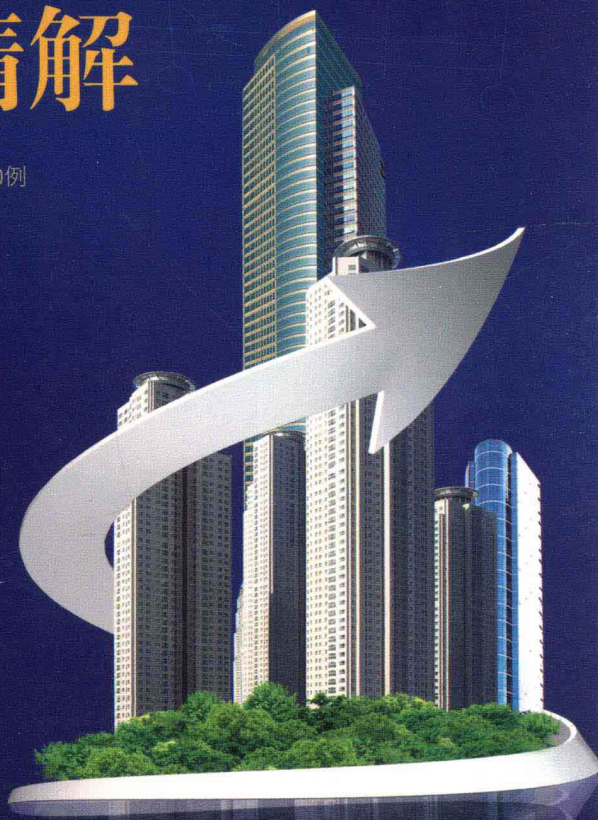
- ◆ 精心甄选建设工程施工合同纠纷典型疑难案件30例
- ◆ 全面梳理法院裁判意见
- ◆ 深度分析纠纷处理原则与方法
- ◆ 完整呈现焦点问题解决路径与视角

主 编 江 帆  
副主编 李炎辉

湖南人和人律师事务所  
RENHEREN LAW FIRM OF HUNAN

全国优秀律师事务所

出版社 LAW PRESS · CHINA



建筑房地产法实务指导丛书

*Analysis of Difficult Cases on  
Construction Contract Disputes*

# 最新建设工程 施工合同 疑难案例精解

主 编 江 帆  
副主编 李炎辉

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

最新建设工程施工合同疑难案例精解/江帆主编.  
—北京:法律出版社,2013.10

ISBN 978-7-5118-5305-9

I. ①最… II. ①江… III. ①建设工程—工程施工—合同法—案例—中国 IV. ①D923.65

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第200487号

最新建设工程施工合同疑难案例精解  
江帆主编

编辑统筹 法律应用出版社  
策划编辑 李群  
责任编辑 李群  
装帧设计 马帅

© 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 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

责任印制 翟国磊

开本 720毫米×960毫米 1/16

印张 17.5

字数 300千

版本 2013年10月第1版

印次 2013年10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 978-7-5118-5305-9

定价:48.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 编辑委员会

主 编 江 帆  
副主编 李炎辉  
撰稿人 周 磊 王 力  
          李小峰 黄 珍  
          郭振峰 廖耀祖  
          杨 兴

# 序

我国正处于城市化高速发展的阶段,建筑业是目前国民经济的支柱产业。随着国家“十二五”规划逐步实施和相关政策的陆续出台,建筑业将会迎来新一轮大规模发展机遇。建筑市场的不断发展,涉及建筑工程施工合同纠纷案件数量也呈不断上升趋势。由于该类案件涉及的法律关系复杂,专业技术问题比较突出,给司法实践中的案件当事人、代理律师及案件审理带来诸多难题。

该书所采写的案例全部来源于湖南省各级法院近年判决的建筑施工合同纠纷,应当说该书的内容有着十分扎实的实践基础。书中所选案例都是建筑施工领域普遍存在的实例,如资质挂靠、无效建筑施工合同工程款支付、垫资条款效力等。对这些问题的处理,各地司法实践普遍存在同一类型的案件却有着不同的判决结果的现象。如何解决这一现象,法学界、法律界都给予了极大的关注。2005年1月1日起施行的《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》,为审理建设工程施工合同纠纷案件提供了更具操作性的法律依据,但怎样正确地理解规则、适用规则,更需要法官和律师深入研究相关理论,在实践中充分发挥法律智慧进行创造性的活动。

不得不承认,在我国经济社会发展的现阶段,建筑施工行业在当前仍然是一个法律服务需求旺盛的行业。建筑和房地产领域仍然属于资金和劳动力密集型产业,且这个领域内所涉及的法律关系和社会关系十分复杂。一名职业律师,如果不经专业的训练和较长期的锻炼,很难做好建筑领域法律服务工作。一个律师事务所,如果没有一个建筑与房地产领域的专业律师团队,也很难为当事人提供该领域的优质律师服务。

湖南人和人律师事务所在建所之初就提出了专业团队的建设思路,近年来更积极推行专业化建设,成立了多个专业部门,这些专业部门的律师都是该专业领域的精英,比如建筑房地产部的建立和成长。本书即是湖南人和人律师事

务所推行专业化建设的一项成果。

本书针对近年来建设工程施工合同纠纷中普遍存在的疑难问题,结合最高人民法院的司法解释,在典型案例中对之进行全面的梳理,特别是每篇的主旨指出了案例问题的实质所在,这对建筑行业有所了解的人或者有法律基础知识者而言,均可通过这本案例精解快速地领悟和把握办理建设工程施工合同纠纷的原则和方法,因此,从这个意义上讲,本书的实用性特点相当突出。

尽管本书中某些判决结果和法律推理过程,我不一定都完全赞同,但并不妨碍我以欣赏的眼光去看待这本书。当然,也许这种不一致恰恰就是民商法学理论需要与民商法实践紧密结合的现实要求。我建议,有志于从事建筑房地产专业法律服务工作者,可以认真地阅读这本书,从中可获益良多。我更希望有更多的律师朋友在自己的专业实践中不断地发现问题、提出问题、解决问题并思考问题。我也希望,江帆先生带领的年轻的湖南人和人律师事务所团队在专业化道路上走得更远,在应用法学研究的征途上取得更多的丰硕成果。

是为序。

湖南大学法学院党委书记、  
教授、博士生导师 屈茂辉  
二〇一三年七月二十五日

# 自序

《最新建设工程施工合同疑难案例精解》一书告竣,使我的心情稍感轻松。回想起本书的编写过程,甘苦自知,感慨系之。

在从事民商事诉讼业务的十余年中,编者一直致力于诉讼业务的专业化、团队化、标准化的尝试与探索。其中,高端民商诉讼部是编者倾力打造的一支专业化服务、团队化合作、流程化管理的诉讼律师团队,专门代理最高院和省高院的一、二审及再审民商事案件。

在培养团队诉讼律师过程中编者发现,案例研究对于诉讼律师成长的重要性。2010年11月《最高人民法院关于案例指导工作的规定》出台,人民法院逐渐形成了以指导性案例为统领、参考性案例为基础的案例指导体系,高端民商诉讼部充分认识到这一制度的重要性,积极收集、整理最高院及省高院的典型案例,组织律师研究、探讨法官裁判的理念、裁判方法,及时把握前沿司法信息及动态。多年来我们积累了大量案例知识成果,这些成果也成为律师诉讼实务学习的最佳资料。

在高端民商诉讼部代理的案件中,涉及建设工程施工合同的纠纷一直占据了较大的比重,建筑工程类诉讼也成为该部门的主要业务领域之一。这是因为我国正处于城市化高速发展的阶段,建筑业一直是国民经济的支柱产业。随着国家十二五规划逐步实施和相关政策的陆续出台,建筑业也迎来新一轮大规模发展机遇。随着建筑市场的不断升温,涉及建设工程施工合同纠纷案件数量也呈不断上升趋势。而此类案件涉及的法律关系复杂,专业技术问题比较突出,给司法实践中的案件当事人、代理律师及案件审理带来诸多难题,对此类案例进行研究具有现实意义。为此编者组织本所高端民商诉讼部的律师开始编撰建设工程施工合同纠纷案例方面的著作。

霍尔姆斯曾言,“法律的生命不在于逻辑,而在于经验。”这种经验产生于各

种典型案例的司法实践。案例就是活生生的法律,也是行动中的法律。本书以案例为经,专题为纬,通过呈现法院裁判意见及法理分析的方式,将司法实践中常见疑难问题分门别类,从执业律师的角度结合案例针对建设工程施工合同纠纷实践中的重点、疑难、新型问题展开法律适用的论述分析,务求详赡,完整呈现每一焦点问题的解决途径或视角。

在案例选择上,本书甄选了近年来各省高级人民法院审结及湖南人和人律师事务所律师办理结案的建设工程施工合同纠纷案件30例,涵盖合同的效力、合同的履行、变更与解除、工程款纠纷、工期纠纷、鉴定纠纷、违约责任纠纷六大类别,基本覆盖了建设工程施工合同纠纷案件审理过程中的重点法律问题。

在案例写作上,每个案例包括关键词、裁判要旨、基本案情、法院观点、法律分析及相关法规六个部分,除了如实介绍案件事实及审判情况外,着重从适用法律和法学理论适用评价办案得失,阐明个案法律问题中的裁判依据、法理分析、逻辑推理方法的意义之所在,力求案例能给人以启迪,达到举一反三的效果。在本书中,涉及对裁判理由的评判,从学理上提出了一些探讨性的评论,这不是针对个人,甚至也不是针对判决,而纯粹是一种学术研究,不涉及原判决的既判力与权威性,这是在此必须声明的。

在此基础上,为了提高读者对案例及裁判意见的理解,编者在每个案例后增加了相关法规,从法律、行政法规到司法解释、部门规章,至最高院司法政策、地方司法性文件,靡不必集。并在本书附录中,增加了涉及建筑工程施工合同的重要法律、法规、规章,以便于读者阅读、查询。

当然,本书的内容并非面面俱到,只是对建设工程施工合同纠纷中的部分重点、疑难、新型问题进行探讨,以保持本书的典型性、实践性与新颖性,谨希望能给读者带来切实的帮助。

《最新建设工程施工合同疑难案例精解》一书的编写,前后历经数年,或有中断。随着法律与司法解释的出台,编者对相关内容作了必要的增补。在本书编写与出版过程中,我们得到了来自各方的大力支持与鼓励:湖南省律师协会、长沙市律师协会对本书的编印及出版给予高度重视与大力支持;湖南大学法学院党委书记、博士生导师屈茂辉教授在百忙之中为本书作序;法律出版社戴伟、李群等同志,给以诸多方便与指点;海南大学法学院博士生导师陈秋云教授对本书修改提出了宝贵意见;湖南人和人律师事务所的许多同事在本书编写过程中,就建设工程施工合同纠纷部分疑难问题的相互讨论、交流,给予编者诸多启发教益;本书由高端民商诉讼部业务骨干律师分工执笔,讨论多次,几经易稿,



正是在这些专业律师的共同努力下,才使本书得以面世;在编写过程中,我们还参考了许多作者的著作与文章。在此对所有关心、支持本书编写的人一并鸣谢!

受编者能力有限,在本书编写过程中对一些知识难免有遗漏或不足,书中错误及欠妥之处在所难免,恳请读者同行不吝批评指正,共谋进步。

编者

二〇一三年八月于长沙

# 目 录

## 第一部分 建设工程施工合同效力纠纷

- 案例 1:仅有法定代表人签名的建设工程合同是否有效 ..... ( 3 )
- 案例 2:建设工程内部承包合同的效力认定 ..... ( 8 )
- 案例 3:建设工程施工内部承包合同与转包合同的界定 ..... ( 16 )
- 案例 4:发包人未取得建设施工许可证,建设工程施工合同的效力  
认定 ..... ( 24 )
- 案例 5:必须招标的建设工程未招标所签订的建设工程合同的效力  
认定 ..... ( 31 )
- 案例 6:背离中标备案合同实质性内容的建设工程施工合同是否  
有效 ..... ( 38 )
- 案例 7:国有事业单位作为股东的公司所投资的工程项目是否属于  
法定的必须招标投标项目 ..... ( 46 )
- 案例 8:承包人超越建筑资质签订的建设工程施工承包合同是否  
有效 ..... ( 53 )
- 案例 9:合同约定须经有关部门签证后生效但未经签证的合同是否  
有效 ..... ( 57 )

## 第二部分 建设工程施工合同的履行、变更与解除

- 案例 10:发包人不及时检查隐蔽工程时承包人是否有权停工并要求  
合理赔偿 ..... ( 63 )
- 案例 11:建设工程施工合同中情势变更原则的适用 ..... ( 67 )
- 案例 12:建设工程施工合同的法定解除 ..... ( 75 )

### 第三部分 建设工程施工合同工程款纠纷

- 案例 13:当事人对工程量有争议时如何确定工程量问题 ..... (85)
- 案例 14:审计报告可否作为工程造价结算依据 ..... (90)
- 案例 15:发包方收到结算文件在合理期限内不答复,能否视为其同意  
结算资料 ..... (96)
- 案例 16:发包人收到承包人竣工结算文件后 28 天内不予答复,是否即  
视为确认结算文件 ..... (102)
- 案例 17:中标通知书与备案合同约定的结算标准不一致,以何为结算  
依据 ..... (109)
- 案例 18:建设工程施工合同无效,未经竣工验收但发包人擅自使用的,  
承包人是否有权请求按合同约定结算 ..... (114)
- 案例 19:建设工程合同中垫资条款的效力及处理 ..... (124)
- 案例 20:建设工程价款的优先受偿权问题 ..... (130)
- 案例 21:建设工程款利息的计付时间问题 ..... (144)

### 第四部分 建设工程工期纠纷

- 案例 22:建设工程开工日期如何认定 ..... (151)
- 案例 23:建设工程实际竣工日期的认定 ..... (159)
- 案例 24:工期延误与工期顺延的认定 ..... (166)

### 第五部分 建设工程鉴定纠纷

- 案例 25:隐蔽工程经验收合格后发包人再要求鉴定质量的请求是否  
支持 ..... (175)
- 案例 26:工程款司法鉴定结论的质证与采信 ..... (180)
- 案例 27:工程造价鉴定机构主体资质的认定问题 ..... (187)

### 第六部分 建设工程施工合同违约责任纠纷

- 案例 28:合同约定的定金数额超过《担保法》规定比例时如何返还 ..... (199)
- 案例 29:建设工程的信用保证金的性质 ..... (203)
- 案例 30:建设工程施工合同中工程款逾期利息与违约金能否同时  
适用 ..... (207)

**附 录**

|     |                                       |       |
|-----|---------------------------------------|-------|
| 附录一 | 中华人民共和国建筑法 .....                      | (217) |
| 附录二 | 中华人民共和国合同法(节录) .....                  | (229) |
| 附录三 | 中华人民共和国招标投标法(节录) .....                | (232) |
| 附录四 | 工程建设项目施工招标投标办法 .....                  | (233) |
| 附录五 | 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 ..... | (249) |
| 附录六 | 建筑业企业资质管理规定 .....                     | (253) |
| 附录七 | 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 .....       | (262) |
| 附录八 | 最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复 .....        | (266) |

## 第一部分

# 建设工程施工合同效力纠纷





## 案例 1: 仅有法定代表人签名的建设工程合同是否有效

### 关键词

合同成立 代表行为 签字 公章

### 裁判要旨

1. 当事人采用合同书形式订立合同的,自双方当事人签字或者盖章时合同成立。
2. 法定代表人代表公司法人行使职权,以公司法人名义对外作出的行为应由公司法人承担相应的法律责任,盖具公章并非合同必备条件。
3. 法定代表人在合同书上的签名,构成法定代表行为,合同系各方当事人的真实意思表示,内容不违反国家法律和行政法规的强制性规定,应有效。

### 基本案情

2000年12月6日,A 建筑公司(以下简称 A 公司)、B 有限责任公司(以下简称 B 公司,一审第三人)和 C 工程有限公司(以下简称 C 公司)三方当事人签订一份《建设工程施工承包合同书》。该合同约定:A 公司承包 C 公司及第三人 B 公司的贸易市场工程施工,总工期为 1 年,确定 2002 年 2 月 18 日之前竣工;合同总工程价款为人民币 1000 万元,A 公司给付 C 公司和 B 公司工程承包定金 100 万元人民币。B 公司在合同上加盖了公章,C 公司并未加盖公章,由于 B 公司和 C 公司的法定代表人均系赵某,于是赵某在合同上予以签名。合同签订后,A 公司按照约定给付工程承包定金 100 万元人民币于 C 公司,C 公司分别给 A 公司开出了 4 张盖有 C 公司公章的收款凭证并注明收讫工程承包定金。但 C 公司一直未通知 A 公司进场施工。2003 年 1 月 28 日,C 公司返还工程承包定金 50000 元于 A 公司,余款分文未退。于是 A 公司起诉至人民法院。

## 法院观点

### 【一审法院观点】

一审法院经审理认为:A公司、C公司及B公司于2000年12月6日签订的建设工程施工承包合同虽然未加盖C公司的公章,但C公司的法定代表人予以签名,应认定为各方当事人的真实意思,合同内容未违反法律的强制性规定,合同有效。A公司为承包工程而向C公司支付100万元的定金符合担保法的相关规定,系A公司、C公司及B公司为履行合同而约定的一种担保方式,任何一方违反合同时,都应当按法律承担责任,因而A公司要求C公司承担定金双倍返还的违约责任符合法律规定,予以采信。B公司系该合同实际履行者,故其应当与C公司共同向A公司承担违约责任。因此,一审法院判决如下:C公司、B公司于判决书生效后十五日内双倍返还工程承包定金195万元人民币给A公司。案件诉讼费、保全费和其他诉讼费28,250元由C公司和B公司共同负担。

### 【二审法院观点】

C公司不服一审判决,向某省高级人民法院提出上诉称:C公司不是建设工程施工承包合同的签订者,也没有在合同书上加盖公司公章,不应当承担合同的权利和义务。该合同是B公司和A公司所签订的,由此产生的权利义务应由B公司和A公司共同承担。C公司的法人代表与B公司的法人代表系同一人,具有双重身份,原判认定“C公司的法定代表人予以签名”这一情节是错误的,一审法院将B公司的法人代表签名行为等同于C公司的意思表示是牵强的,不符合客观事实。

而且B公司在没有取得建设用地使用权的情况下,就擅自与A公司签订《建设工程施工承包合同》,违反了《合同法》第52条的强制性规定。事实上,是因为某市某镇人民政府无法办理土地使用权转让手续,最终造成B公司无法继续开发该土地,从而酿成纠纷。因此,A公司与B公司签订的《建设工程施工承包合同》是无效合同,从合同签订时起就不具有法律约束力。请求二审法院依法查明事实,并撤销原判。

二审法院认为:C公司上诉主张其与A公司签订的《建设工程施工承包合同》因未加盖公章而无效,从本案的事实来看,C公司作为该合同的甲方,在合同中签有该公司的名称,虽未加盖C公司印章,但其法定代表人在该合同书上签字予以认可,且A公司在履行合同中交付的定金均由C公司收取,并由其



开出收据,合同不能履行后,是C公司返还了部分定金给A公司,故A公司在该合同中权利义务的相对方应为C公司和B公司。C公司上诉称其不是合同主体的理由与客观事实不符,不能成立。C公司、B公司和A公司签订的《建设工程施工承包合同》系各方当事人的真实意思表示,内容不违反国家法律和行政法规的强制性规定,应为有效。C公司上诉提出的合同无效理由亦不能成立。C公司上诉称该案纠纷系因某市某镇人民政府无法办理土地使用权转让手续所致,故其不应承担相应的责任。因C公司与该人民政府之间的土地使用权转让手续争议属另一法律关系,C公司不能因此免除其对A公司应承担的违约责任。A公司依约履行了合同义务,而C公司、B公司未按约定履行合同义务,已构成违约,应承担相应的违约责任。原判认定事实清楚,适用法律正确。二审判决:驳回上诉,维持原判。

### 法律分析

法定代表人代表公司法人行使职权,以公司法人名义对外作出的行为应由公司法人承担相应的法律责任,加盖公司公章并非合同有效的必备条件之一。《民法通则》第38条规定:“依照法律或者法人组织章程规定,代表法人行使职权的负责人,是法人的法定代表人。”《合同法》第32条规定:“当事人采取合同书形式订立合同的,自双方当事人签字或者盖章时合同成立”;第44条规定:“依法成立的合同,自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的,依照其规定。”

从法律意义上来说,签订合同过程中,要经过要约、承诺等阶段,双方当事人的意思表示一致,合同即告有效成立。法定代表人作为当事人的法定代表,当然有权在合同上签名以示对合同内容的确认。进而言之,现行立法规定强调的是双方当事人的合意,而不是形式上的盖章。对于合同生效所要满足的要件,根据《民法通则》第55条的规定包括:“(一)行为人具有相应的民事行为能力;(二)意思表示真实;(三)不违反法律或者社会公共利益。”法定代表人作为代表在合同上签字而不盖章并没有违反上述规定,不会影响合同的效力。

有必要指出的是,《民法通则》第58条规定的民事行为无效情形包括:“(一)无民事行为能力人实施的;(二)限制民事行为能力人依法不能独立实施的;(三)一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下所为的;(四)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的;(五)违反法律或者社会公共利益的;(六)经济合同违反国家指令性计划的;(七)以合法形式掩