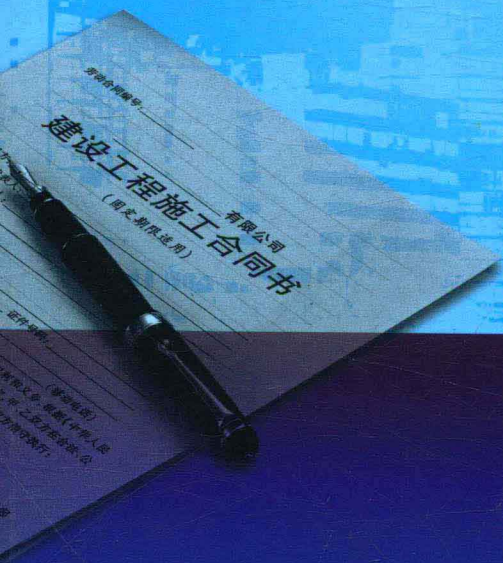


经验丰富的办案法官，
专业资深的代理律师，
积累多年理论与实践，
为您提供解决建设工程施工合同纠纷的法律指南。

建设工程施工合同纠纷 法律适用指南

王永起 李玉明◇著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

中国住房和城乡建设部
住房和城乡建设部
住房和城乡建设部
住房和城乡建设部

建设工程施工合同纠纷 法律适用指南

住房和城乡建设部
住房和城乡建设部

住房和城乡建设部

建设工程施工合同纠纷 法律适用指南

王永起 李玉明◇著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

建设工程施工合同纠纷法律适用指南 / 王永起著.

—北京:法律出版社, 2013. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4960 - 1

I. ①建… II. ①王… III. ①建筑工程—经济合同—
经济纠纷—法律适用—中国 IV. ①D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 099853 号

©法律出版社·中国

责任编辑/王 曦

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/30.75 字数/532 千

版本/2013 年 6 月第 1 版

印次/2013 年 6 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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995 重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4960 - 1

定价:78.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

2005 年国家出台的《关于加快建筑业改革与发展的若干意见》指出,建筑业是国民经济的支柱产业,就业容量大,产业关联度高,全社会 50% 以上固定资产投资通过建筑业才能形成新的生产能力或使用价值,建筑业增加值约占国内生产总值的 7%。建筑业的技术进步和节能节水节材水平,在很大程度上影响并决定我国经济增长方式的转变和未来国民经济整体发展的速度和质量。该意见准确定位了建筑业在我国国民经济中的地位和作用,长期以来,建筑业作为我国国民经济赖以发展的基础性产业,一直处于支柱地位。在国民经济各个行业的排名中,建筑业排名第四。^①

改革开放以来,随着经济社会的快速发展,城市化进程的加快,我国基本建设投资规模的不断扩大,直接带动了建筑行业的蓬勃发展,特别是近年来房地产业的持续热涨,给建筑业提供了广阔的发展空间,直接刺激了建筑市场和建筑行业呈现出迅猛发展的繁荣景象,产业规模持续膨胀,从业人员持续增长,创造的社会财富越来越多,对国民经济的贡献率越来越大。近十年来,建筑业总产值每年都以 20% 以上的速度增长。2009 年在国际金融危机的大环境下,我国建筑业在国家积极财政政策的推动下,继续保持了 22.3% 的增长速度,完成建筑业总产值 7.59 万亿元;竣工房屋建筑面积 22.96 平方米,并建成了一批铁路、公路、水利等工程。^② 根据国家住房和城乡建设行政主管部门提供的统计数字,我国是世界上每年新建建筑量最大的国家,每年新建面积达 20 亿立方米,使用了世界上 40% 的水泥、钢筋……^③2009 年全社会建筑业增加值 22333 亿元,比上年增长 18.2%,占当年国内生产总值的 6.7%。全国具有资质等级的总承包和专业承包建筑业企业实现利润 2663 亿元,增长 21%,其中国有及国有控股企业实现 697 亿元,增长 23.9%。^④ 建筑业基础庞大、从业人员众多,是典

① 参见李刚、李娜:《建设工程全程法律风险控制》,法律出版社 2011 年版,第 1 页。

② 蓝仑山:《建设工程施工合同法律实务》,法律出版社 2010 年版,序言。

③ 参见《济南时报》2011 年 5 月 12 日 B4 版。

④ 参见李刚、李娜:《建设工程全程法律风险控制》,法律出版社 2011 年版,第 1~2 页。

型的劳动密集型产业。建筑业的发展使得社会投资规模不断扩大,促进了国民生产总值(GDP)的不断增长,同时建筑业作为中游产业,不仅吸纳了大量的进城务工的农村剩余劳动力就业,还拉动了建筑材料、机械设备制造等相关行业的发展,使建筑业成为我国国民经济的重要增长极。据统计,我国建筑产品成本中,70%是材料消耗,建筑材料近80多个大类、2000多个品种、3万多个规格,建筑业的发展可带动建材、冶金、化工、石油、森林、机械等50多个相关产业,而室内装修、家具陈设等是建筑业的附属产业。^①

在建筑市场和建筑业快速发展的同时,也暴露出许多突出问题,可以说,建筑行业与其他行业相比,违法违规的现象更普遍、更严重。主要原因在于我国的建筑市场是卖方市场或者发包人市场,建筑市场中建设工程供给和需求之间的关系严重失衡,建筑施工企业承揽建设工程的竞争异常激烈。建筑施工企业为获得建设工程的承包权,往往不惜采取各种违法违规手段,而市场监管的失范和无序竞争的结果导致违法违规现象非常普遍。如建筑市场的管理不规范导致的借用资质、非法转包和违法分包建设工程等行业通病普遍存在;建设资金的投资不到位以及垫资施工导致的工程价款拖欠恶性循环;建设工程竣工验收程序和标准的不规范和不及时造成大量的未经竣工验收合格的工程交付使用;建设工程招标投标违反法律规定,导致大量的无效合同和“黑白合同”充斥建筑市场;建筑施工队伍监管的混乱和违反工程建设质量强制性国家标准导致建设工程质量低劣,严重危害人民群众的生命安全。更为严重的是,“工程质量和安全形势依然严峻,拖欠工程款和农民工工资严重,工程招标投标中‘黑白合同’问题突出,建筑领域腐败行为屡禁不止”。^②目前,建筑物质量低劣、农民工追讨工资等已经成为各界关注的社会现象。这些问题严重扰乱了建筑市场的正常秩序,破坏了建筑市场主体之间的公平竞争环境,阻碍了建筑行业的持续健康发展。针对当前建筑行业存在的严重问题,国家采取了一系列措施,加大了规范整顿建筑市场秩序的力度。国务院办公厅于2006年2月7日发出了《关于进一步整顿和规范建筑市场秩序的通知》,国家建设行政主管部门也相应作出了《关于进一步整顿和规范建筑市场秩序的意见》。这些举措对于加强建筑市场的监管,规范建筑市场秩序,解决建筑市场运行中存在的问题发挥了积极的作用,建筑市场秩序得到显著改善。但从司法审判的角度来看,建筑市场违法、违规的现象仍比较普遍和严重,特别是非法转包和违法分包建设工程以及拖欠工程价款的问题仍未从源头上得到根治,甚至有发展蔓延的趋势,因此,

^① 参见秦玉文:“建筑业如何成为实实在在的支柱产业”,载《建筑》2006年第9期。

^② 参见2003年11月6日全国人大常委会《全国人大常委会执法检查组关于检查〈中华人民共和国建筑法〉实施情况的报告》。

人民法院运用裁判手段参与建筑市场规范和整顿的任务任重道远。为配合国家整顿和规范建筑市场秩序政策的实施,积极应对建设工程施工合同纠纷案件日益增长的发展趋向,统一建设工程施工合同纠纷案件裁判标准,促进建筑行业和建筑市场的健康发展,最高人民法院于2005年1月1日施行了《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》(法释[2004]14号),为人民法院正确理解和适用建设工程法律,妥善处理好建设工程施工合同纠纷案件提供了直接的裁判依据。

建筑行业的繁荣发展与一个国家的基本建设规模、经济发展方式的转变以及产业结构的调整具有密切关系,也与国家的经济刺激政策息息相关。经济形势的发展变化和经济政策的调整都会给建筑行业产生极大的影响,如20世纪90年代初期,我国对房地产市场实行宏观调控政策,整顿和规范房地产市场,压缩房地产投资规模,导致大量的房地产建设工程停建或者缓建,使建筑行业成为重灾区。由此看到,建筑行业发展过程中隐含着大量的政策风险和市场风险,也隐含着许多潜在的矛盾和纠纷。据粗略分析,在2008年国际金融危机发生之前,山东省法院系统受理的建设工程合同纠纷相对比较稳定,尽管每年略有增长,幅度较小,但随着国际国内经济形势的发展变化,此类案件的受案数量以10%左右的速度增长。与此同时,为因应经济形势的发展变化,人民法院审理建设工程合同纠纷的思路也相应有所调整。由此可见,建设工程施工合同纠纷的频发与经济形势的发展变化密切相关。

本书依据合同法、建筑法以及国家建设工程行政法规的规定,结合司法实践经验,研究和探讨了当前人民法院在审理建设工程施工合同纠纷案件中遇到的一些热点、难点问题,包括建设工程施工合同的效力评价、工程价款的结算、工程质量争议的处理等,内容侧重于司法实践,但也有建设工程施工合同理论的探讨和研究,尽量提出司法实践中解决实际问题的路径和办法,目的在于对当前人民法院审理建设工程施工合同纠纷案件中的疑难问题和审判经验进行必要的梳理和总结,以指导今后的司法实践,并与全国法院系统的法官同人进行交流,以推动建设工程施工合同纠纷案件审判质效的不断提升。

目 录

> > 上编

第一章 建设工程招标投标争议	3
第一节 建设工程招标投标的法律性质	3
一、建设工程招标的法律性质	4
二、建设工程投标的法律性质	9
三、建设工程中标的法律性质	11
第二节 招标投标对建设工程施工合同效力的影响	19
一、法律规定必须进行招标的建设工程项目而未进行招标所订立的建设工程 工程施工合同无效	20
二、建设工程虽然采用招标发包,但中标无效的情形下所订立的建设工程 工程施工合同无效	24
三、“先定后招”所订立的建设工程施工合同的效力	27
四、司法实践中需要探讨的问题	28
第三节 “黑白合同”的认定和处理问题	30
一、“黑白合同”的概念和基本特征	30
二、“黑白合同”的表现形式	32
三、“黑白合同”的识别和认定标准	35
 第二章 建设工程施工合同的效力	 43
第一节 建设工程施工合同的成立与效力认定	43
一、建设工程施工合同成立的相关问题	43
二、建设工程施工合同的效力认定	46
第二节 效力待定的建设工程施工合同	57
一、建设单位或者施工单位分支机构订立的建设工程施工合同	57
二、建设单位履行建设工程施工合同的代表订立合同	58

三、施工单位履行建设工程施工合同的代表订立的合同	58
第三节 可撤销的建设工程施工合同	67
一、建设工程施工合同显失公平	68
二、建设工程施工合同重大误解	71
三、建设工程施工合同被撤销后的处理原则	73
第四节 未生效的建设工程施工合同	73
一、建设工程行政审批手续或者报批义务对合同生效的影响	74
二、建设工程施工合同附生效条件和期限	76
第五节 无效建设工程施工合同	77
一、无效建设工程施工合同的主要情形	78
二、无效建设工程施工合同的效力补正	90
三、无效建设工程施工合同的处理	93
第六节 司法实践中涉及建设工程施工合同效力认定的若干问题	108
一、建设单位肢解发包建设工程所订立的建设工程施工合同的效力	109
二、建设单位未取得建设用地使用许可和建设工程规划许可的情形下所 订立的建设工程施工合同的效力	110
三、发包人未办理施工许可证所订立的建设工程施工合同的效力	115
四、承包单位异地承揽建设工程项目未办理外出承包工程证明手续所订 立的建设工程施工合同的效力	116
五、无房地产开发经营资质的房地产开发企业与施工单位所订立的建设 工程施工合同的效力	117
六、建设工程施工合同的中标价低于成本的效力认定和处理	118
七、建设工程施工图未经审查的情形下所订立的建设工程施工合同的效力	121
八、国家重大建设工程施工合同的效力认定	122
九、建筑施工企业内部承包合同的效力认定和处理	124
第七节 其他相关问题	128
一、建设工程施工合同中垫资条款的效力	128
二、建设工程居间合同的效力	132
三、联合共同承包合同的效力	135
四、委托代建合同的效力	136
第三章 建设工程转包、分包争议	141
第一节 建设工程转包	143
一、建设工程转包的构成要件和表现形式	144
二、转包与建设工程内部承包合同之间的关系	146

三、建设工程转包争议的处理原则	147
第二节 建设工程分包合同	150
一、建设工程分包合同的构成要件和法律效力	150
二、建设工程分包的主要类型	152
三、劳务作业分包与专业工程分包的关系	155
四、劳务作业分包与建设工程转包的关系	158
五、建设工程劳务分包合同与劳动合同的关系	158
六、建设工程分包争议的处理原则	159
第三节 发包人指定分包争议	166
一、指定分包情形下订立的建设工程分包合同的效力	167
二、指定分包纠纷的处理原则	168
第四节 民事制裁措施的适用问题	168
一、民事制裁措施的适用条件	169
二、转包或者违法分包建设工程以及出借资质中当事人收取的管理费的处理问题	170
第四章 建设工程施工合同抗辩权的处理	172
第一节 当事人行使同时履行抗辩权的处理	173
第二节 当事人行使后履行抗辩权的处理	175
一、发包人未按合同约定支付工程预付款或者工程进度款的,承包人有权行使暂停施工的后履行抗辩权	176
二、发包人未按合同约定先行提供设计资料、建筑材料、建筑构配件或者设备或者提供的建筑材料、建筑构配件或者设备不合格的,承包人有权行使暂停施工的后履行抗辩权	177
三、承包人未按照合同约定的工期竣工、未经竣工验收或者竣工验收不合格的,发包人有权行使停止支付工程价款、减少工程价款或者延期支付工程价款的后履行抗辩权	177
第三节 当事人行使不安抗辩权的处理	178
一、发包人不按照合同约定的时间和要求支付工程进度款的,承包人是否有权行使不安抗辩权暂停施工	180
二、建设工程竣工验收合格后,发包人不按照合同约定的时间和要求支付工程竣工结算价款的,承包人是否可以行使不安抗辩权拒绝交付建设工程	180
三、因承包人的原因停止施工的,发包人是否有权行使不安抗辩权	181
第四节 当事人行使抗辩权属于反诉还是反驳	182
第五节 诉讼时效的认定和处理	183

一、建设工程价款结算争议中的诉讼时效	184
二、建设工程质量争议中的诉讼时效	186
三、建设工程工期争议中的诉讼时效	187
四、建设工程施工合同无效情形下的诉讼时效	188
五、建设工程施工合同违约情形下的诉讼时效	190
第五章 建设工程施工合同违约争议	192
第一节 建设工程施工合同违约责任的认定	192
一、承包人承担违约责任的主要情形	193
二、发包人承担违约责任的主要情形	194
三、发包人和承包人双方承担违约责任的情形	195
第二节 建设工程施工合同违约责任的归责原则	197
第三节 建设工程施工合同违约责任的承担方式	198
一、继续履行或者实际履行	198
二、采取补救措施	202
三、支付违约金	205
四、赔偿损失	212
第四节 合同约定的履约保证金	217
第五节 建设工程施工合同索赔争议	219
一、索赔的范围和种类	220
二、索赔的时效	221
三、索赔与违约责任的关系	222
第六章 建设工程施工合同解除争议	224
第一节 建设工程施工合同法定解除的处理原则	225
一、发包人行使合同解除权的法定条件	225
二、承包人行使合同解除权的法定条件	234
第二节 因情势变更引起的建设工程施工合同解除问题	238
一、适用情势变更原则变更或者解除建设工程施工合同的处理原则	239
二、适用情势变更原则变更或者解除建设工程施工合同的程序	241
三、建设工程施工合同中适用情势变更原则与商业风险的界限	242
四、适用情势变更原则变更或者解除建设工程施工合同的主要情形	244
第三节 建设工程施工合同约定解除的处理问题	245
第四节 建设工程施工合同解除权的行使方式	246
第五节 建设工程施工合同解除后的处理原则	249

一、承包人已经完成的建设工程质量合格的,发包人应当按照约定支付相应的工程价款	250
二、已经完成的建设工程经验收质量不合格,则按照合同无效后质量不合格的原则处理	250
三、合同解除后的违约损害赔偿问题	251
四、合同解除后的违约责任承担问题	253

> 下编

第七章 建设工程质量争议	257
第一节 建设工程质量的标准问题	258
第二节 建设工程质量责任的认定和承担问题	260
一、承包人应承担的建设工程质量责任	261
二、发包人应承担的建设工程质量责任	269
三、勘察单位、设计单位和监理单位应承担的建设工程质量责任	277
四、因建设工程质量创优条款争议的处理问题	283
第三节 建设工程竣工验收争议的处理问题	285
一、建设工程竣工验收的主体和程序	285
二、建设工程竣工验收的备案问题	287
三、建设单位拖延竣工验收的法律责任	289
四、施工单位迟延移交工程竣工技术资料的法律责任	290
第四节 建设工程质量保修争议的处理问题	291
一、建设工程质量保修的范围和期限	292
二、保修期内建设工程质量责任的认定和处理	296
三、质量保修金返还争议的处理问题	300
第五节 建设工程质量的司法鉴定问题	303
第八章 建设工程工期争议	305
第一节 建设工期的认定和处理	306
一、合理工期的认定	307
二、开工日期的认定	309
三、竣工日期的认定	310
四、建设工程工期奖励的性质和效力	317

第二节 工期顺延的认定和处理	318
一、工期顺延的主要情形	319
二、工期顺延和合同价款的调整	323
第三节 延误工期责任的认定和承担	323
一、发包人应承担的工期延误责任	324
二、承包人应承担的工期延误责任	324
三、建设工程施工合同被依法确认为无效或者解除的,工期延误的违约金 条款是否适用	326
第九章 建设工程价款结算争议	328
第一节 建设工程价款结算争议的基本处理原则	329
一、建设工程造价确定的基本原则	329
二、建设工程价款结算争议的处理原则	336
第二节 工程价款利息的处理原则	347
一、欠付工程价款利息的法律性质	348
二、欠付工程价款利息的计付标准	349
三、欠付工程价款利息的起算标准	350
四、工程价款利息与逾期支付工程价款的违约金是否同时支持	353
第三节 工程量的认定	355
一、工程量确认的基本依据	355
二、工程签证的法律性质和效力	358
三、监理单位确认的工程量报表的法律效力	362
四、确认工程量的举证责任	362
第四节 以送审价作为结算依据的处理原则	363
一、“以送审价为准”合同条款的性质	365
二、以送审价作为工程价款结算依据的适用条件	366
三、以送审价作为工程价款结算依据的程序	368
四、部门规章中规定的审价期限能否采用	370
五、《建设工程施工合同(示范文本)》通用条款中规定的结算期限能否采 用	371
六、发包人委托第三人 against 竣工结算文件进行审价的效力	372
第五节 “黑白合同”并存情形下工程价款结算争议的处理原则	375
一、“黑白合同”情形下工程价款的结算依据	375
二、备案的中标合同实质性内容依法变更情形下工程价款的结算依据	377
第六节 固定价格合同结算争议的处理原则	378

一、固定价格的构成	379
二、固定价格合同结算的一般原则	380
三、固定价格合同结算与一般商业风险的关系	382
四、情势变更原则与固定价格的调整	384
五、司法实践中需要注意的问题	392
第七节 建设工程造价的司法鉴定问题	393
一、鉴定机构和鉴定人员的鉴定资格	396
二、建设工程造价司法鉴定的申请	396
三、建设工程造价的重新鉴定	397
四、当事人一方自行委托的建设工程造价鉴定是否采信	398
五、建设工程造价鉴定的范围和依据	398
第八节 建设工程造价行政审计的处理	401
一、建设工程行政审计结论的性质和效力	402
二、建设工程财政评审结论的性质和效力	404
三、以建设工程造价审计结论结算工程价款的主要情形	405
第九节 建设工程价款结算中“以物抵债”合同的性质和效力	406
一、“以物抵债”合同的法律性质和效力	406
二、“以物抵债”合同与不动产物权变动	409
三、“以物抵债”合同和让与担保	410
四、“以物抵债”合同与建设工程价款优先受偿权的行使	411
第十章 建设工程价款的优先受偿权	412
第一节 建设工程价款优先受偿权的行使条件	414
一、发包人未按照合同约定支付工程价款	414
二、承包人对发包人进行了催告,发包人在合理期限内仍不支付工程价款	416
三、建设工程已经竣工或者超过合同约定的竣工时间	418
四、建设工程的性质适宜于折价、拍卖	420
五、司法实践中需要探讨的问题	421
第二节 建设工程价款优先受偿权的权利主体	424
一、建设工程勘察合同和设计合同的承包人是否是建设工程价款优先受 偿权的权利主体	424
二、建设工程的合法分包人或者实际施工人是否是建设工程价款优先受 偿权的权利主体	426
三、建设工程装饰装修合同的承包人是否是建设工程价款优先受偿权的 权利主体	428

四、建设工程施工合同被依法确认无效后,承包人是否享有建设工程价款 优先受偿权	430
五、承包人转让债权的受让人是否享有建设工程价款优先受偿权	432
第三节 建设工程价款优先受偿权的权利客体	433
一、建设工程所占用的建设用地使用权能否作为工程价款优先受偿权的 权利客体	433
二、装饰装修工程能否作为建设工程价款优先受偿权的权利客体	434
三、委托代建的建设工程能否作为建设工程价款优先受偿权的权利客体	435
四、未竣工建设工程能否作为建设工程价款优先受偿权的权利客体	436
五、商品房住宅工程能否作为建设工程价款优先受偿权的权利客体	436
第四节 建设工程价款优先受偿权的权利内容	437
一、建设工程价款中的利润能否纳入优先受偿权的担保范围	438
二、承包人的垫资款项能否纳入建设工程价款优先受偿权的担保范围	439
三、发包人违约造成损失能否纳入优先权的范围	442
四、工程价款的利息应否纳入优先权的保护范围	442
第五节 建设工程价款优先受偿权与其他民事权利之间的冲突	443
一、建设工程价款优先受偿权与抵押权之间的冲突	443
二、建设工程价款优先受偿权与消费者房屋买卖合同债权之间的冲突	447
三、承包人优先权与抵押权、购房消费者债权请求权之间的冲突	451
四、同一建设工程上存在多个承包人优先权的冲突	452
第六节 建设工程价款优先受偿权的行使期限	453
一、建设工程价款优先受偿权行使期限的性质	453
二、建设工程价款优先受偿权行使期限的起算	454
第七节 承包人行使工程价款优先受偿权的方式和程序	455
一、协议将建设工程折价	456
二、申请人民法院依法拍卖	457
第十一章 建设工程施工合同纠纷案件诉讼当事人	460
第一节 建设工程施工合同纠纷案件中确列诉讼当事人的具体情形	460
一、借用资质证书或者营业执照的建筑施工企业的诉讼地位	460
二、建设单位或者施工企业内部不具有法人资格的职能部门或者分支机 构的诉讼地位	461
三、临时性机构发包建设工程发生纠纷后的诉讼地位	462
四、建设工程项目负责人的诉讼地位	462

五、勘察单位、设计单位和监理单位在建设工程施工合同纠纷中的诉讼地位	463
六、建设工程质量争议中诉讼当事人的确定	464
七、合作开发房地产中合作各方在建设工程施工合同纠纷案件中的诉讼地位和责任承担	464
第二节 实际施工人的诉讼地位	467
一、实际施工人的概念和范围	468
二、实际施工人的诉权基础	470
三、实际施工人的诉讼地位	472
四、发包人在欠付工程价款范围内承担责任的性质	473
五、与实际施工人有关的其他实务问题	474

> 上编