

The Study on Judicial Practice for
Construction Contract Disputes

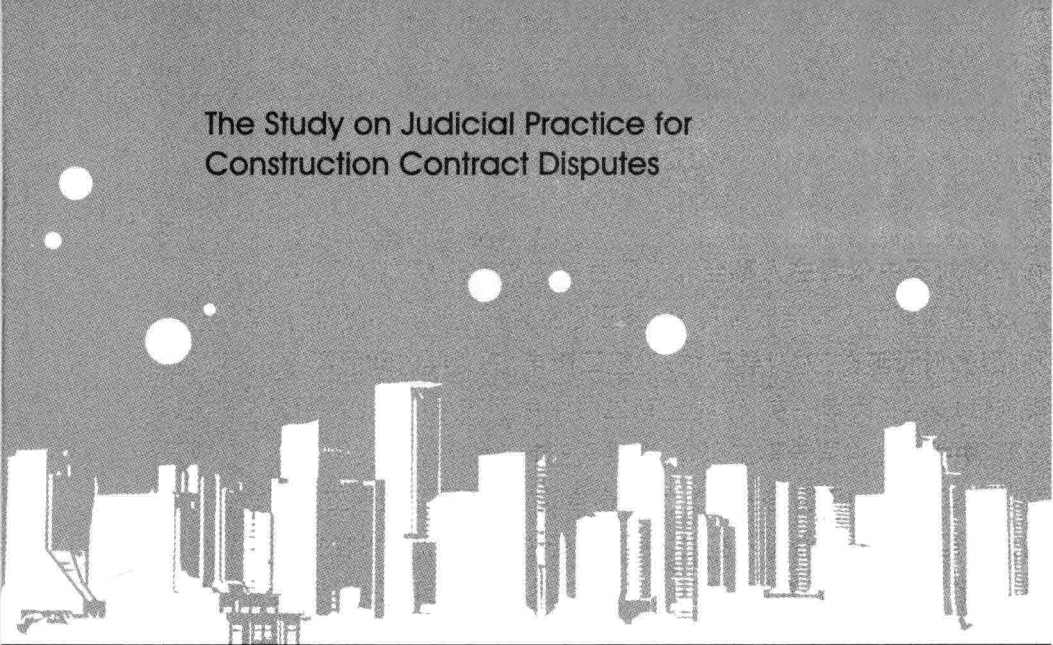
建设工程合同纠纷 司法实务研究

林文学 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

The Study on Judicial Practice for
Construction Contract Disputes



建设工程合同纠纷 司法实务研究

林文学 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

建设工程合同纠纷司法实务研究/林文学著. —北京:
法律出版社, 2013. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5772 - 9

I. ①建… II. ①林… III. ①建筑工程—经济合同—
经济纠纷—案例—中国 IV. ①D923. 65

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 296243 号

建设工程合同纠纷司法实务研究
林文学 著



编辑统筹 上海出版中心
责任编辑 彭 雨
装帧设计 汪奇峰

© 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 张建伟

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 15.5
字数 235 千
版本 2014 年 1 月第 1 版
印次 2014 年 1 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 - 5772 - 9

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序一

景汉朝

建设工程合同纠纷案件是人民法院民商事审判工作中的难点和热点问题之一。近年来,随着经济社会的快速发展,此类案件日益增多,所涉情形愈加复杂,其专业性强,利益主体多元,社会关注度高,审理难点颇多。当前,我国已经形成了以《建筑法》、《合同法》、《招标投标法》、《工程质量管理条例》等法律、行政法规,以及部门规章构建的建筑法律体系基本框架,最高人民法院也于2004年出台了《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》,但新问题、难点问题、热点问题层出不穷,人民法院如何统一适用法律和裁判标准仍然比较复杂、困难。从统计数据看,建设工程合同纠纷案件存在上诉率高、发改率高、裁定再审率高的特点。因此,加强建设工程合同纠纷案件的法律适用研究,对于及时处理当事人纷争、统一裁判尺度、提升司法公信力、保障社会主义市场经济健康发展,具有十分重要的意义。

我指导的学生林文学同志选择了建设工程合同纠纷司法实务这个课题,完成了博士后研究,并在其研究成果的基础上写成本书。本书有以下突出特点:一是实证分析充分。对近年来建设工程合同纠纷案件的审理情况作了全面地分析,全书直接概括运用了50多个案例,将《最高人民法院公报》上刊登的关于建设工程合同纠纷的案例全部纳入本书的研究对象,所有的研究都建立在实证案例的基础上。二是实用性强。全书着力解决审判实践中遇到的实际问题,既力争准确适用有关法律和司法解释,又对相关问题作了前瞻性研究,最后还附了司法解释试拟稿,这对完善建设工程合同法律制度、相关行政法规、司法解

释、行业规则、合同范本有一定的借鉴意义。三是类型化研究突出。比如,建设工程合同主体问题,对发包方、建筑物所有人、联建单位等14类司法实践中遇到的主体的认定、权利义务及其责任承担作了分析。比如合同效力,对没有资质或者超越资质、借用资质、非法转包、违法分包等11类实践中经常出现的合同效力作了分析。又如工程价款的计算,对依据合同约定、工程变更、未完工程等9种情形下的工程价款的认定作了研究。通过类型化研究,将复杂问题各个击破,读者一目了然。四是蕴含集体智慧。书中引用的不少案例都是最高人民法院审理的案件,有些观点是集体讨论的结果,有些观点是法院多年审判经验的结晶。五是可读性强。全书架构合理,脉络清晰,观点鲜明,文字简洁,适于读者阅读。

林文学同志具有很深的理论功底和丰富的审判实践经验,鉴于建设工程合同纠纷案件司法实务的研究范围非常广,作为阶段性研究成果,难免也有不足之处,有些观点可能需要进一步商榷,有些观点还可以从更远和更广的视野上考虑,以得出更加具有前瞻性的研究成果,但瑕不掩瑜,本书仍是值得法学研究者和司法实践者参阅的好书。希望林文学同志在已有研究成果的基础上,继续跟踪审判实践前沿,大胆探索,为解决司法实践中的难题,为完善和丰富合同法理论作出更多贡献。

序二

孙宪忠

我国是建筑大国,作为国民经济的支柱产业,建筑业在国民经济中占有举足轻重的地位。全世界大量大型机械在中国的工地上挥动臂膀,城乡建设日新月异,展现出欣欣向荣、日益强盛的综合国力,推动着中国特色社会主义市场经济稳步向前发展。但随建筑行业蓬勃发展而来的是成几何速度的相关法律纠纷,在一定程度上制约了建筑行业的健康发展。因此,对已经出现的法律问题予以解决,对可能出现的法律纠纷予以研判防范乃应有之意。本书即以建设工程合同纠纷司法实务作为研究对象,具有很强的问题意识、前瞻意识、指导意识。

本书以解决司法实务难题为基本目标,对实践中存在的工程造价鉴定、实际施工人、黑白合同、合同效力、工程质量争议、工期认定、工程欠款、工程价款优先受偿权等问题进行深入研究,并提出创造性的解决思路。同时,对建设工程合同中存在的理论问题亦作了深入思考,如鉴定权与司法权的边界问题、建设工程无效合同的认定问题、合同无效后的处理问题、工程价款优先受偿权的性质问题、情势变更原则的适用问题、在建工程风险负担问题,等等。这些问题都反映合同法在调整现实建设工程合同纠纷案件时凸显出理论缺口,甚至突破了合同的传统理论观点。对建设工程合同纠纷法律适用问题的深入剖析和个案反思,极大地丰富和拓展了合同法的基本理论,这也正是本书的独特价值所在。

严密的逻辑和严谨的体系是本书结构上的特点。通过对统计数据的分析,

梳理出建设工程合同的法律问题点,提出了审理建设工程合同纠纷案件的指导思想,并对管辖、举证责任,特别是工程造价鉴定等问题进行了深入浅出分析。全书按照合同主体、订立、履行、法律责任的主线谋篇布局,层次清楚,逻辑严谨。在每一章中,围绕审判实践中的问题进行类型化研究,问题突出,结构合理,观点鲜明。

本书的研究建立在丰富的审判实践经验基础之上,针对性强,实用价值高,也不乏理论支持和理论创新。作者对现实问题的叩问和理论的精心挖掘是每一个法律研究者所乐见的。唯愿作者,进一步从建设工程合同司法审判中挖掘出更加丰富的理论成果;进一步拓展视野,加强对国际工程合同的研究,不断适应我国建筑业大量走向国外的现实需要;进一步从更高层次上为更好地解决建设工程中存在的问题向有关部门提出更多更好的意见和建议。

是为序。

内 容 摘 要

本书共分五章,第一章为概论,第二章是建设工程合同主体的认定,第三章是建设工程合同的订立及效力分析,第四章是建设工程合同履行争议的解决,第五章是建设工程民事责任的认定。

第一章概论。分析了建筑业和建设工程合同纠纷案件审理情况,得出了建设工程合同纠纷案件一、二审总量虽然平稳,但上诉率高、发改率高、裁定再审率高的特点。分析了建设工程合同往往是组合合同、有别于承揽合同,具有特殊性。审理建设工程合同纠纷案件要坚持工程质量第一原则、规范建筑市场秩序原则、平衡合同各方当事人利益原则,以及诚实信用原则。对管辖、举证责任以及工程造价和质量鉴定等程序问题做了分析。对承包方提交工程结算报告发包方不予答复工程价款举证责任的承担、不是备案印章所盖的合同证据效力的认定以及现场签证权限的举证责任作了分析。指出了工程造价鉴定存在的问题,明确了造价鉴定权与司法审判权的关系以及鉴定程序的运行。

第二章建设工程合同主体的认定。分别对发包方、建筑物所有人、联建单位、总承包方、分承包方、违法分包的承包方、转承包方、挂靠承包方、内部承包方、内部职能部门、临时性机构、收取工程款人员、收取材料人员、工程价款债权受让人的认定、权利义务及其责任承担作了分析。对于实际施工人,要以向相对方提起诉讼为原则,只在特定的情况下可以向发包方提起诉讼,实际施工人的债权人不是实际施工人,发包方只在欠付工程款的范围内对实际施工人承担责任,同时指出实际施工人可以以合同相对方为被告,申请追加发包方或者总承包方为第三人参加诉讼,在相对方怠于行使权利时提起代位权诉讼等正当法律路径维护权益。

第三章建设工程合同的订立及效力分析。对于黑合同的效力要认定无效。适用《建设工程施工合同解释》第21条的条件是:白合同有效,白合同必须是备

案的中标合同,黑合同必须是对备案的中标合同的实质性背离,只适用于结算争议,如果双方在结算确认书上签字,尤其是结算完毕的情况下,不再适用。对没有资质或者超越资质、借用资质、必须进行招标而未招标或者中标无效、非法转包、违法分包、挂靠、未取得建设用地使用权证、未取得建设工程规划许可证、未取得施工许可证、以低于工程建设成本的投标价格订立以及垫资等10类合同的效力作了分析。在分析无效的原因时,指出反映当事人真实意思的合同认定为无效,最本质的是有一个更高的价值需要保护。有些无效合同可以通过履行得以补正。由于存在强烈的契约私人治理的模式和机制,不能仅仅寄希望于法律强制性措施或者连带责任的功能,而是需要从法律、经济、社会等多个层面着眼,建立综合的长效机制。要减少无效合同,必须从源头上公平分配建筑市场资源,抓住工程质量这个核心,加大行政制裁力度,慎用民事制裁措施,充分利用解除合同、违约责任、侵权责任等手段。

第四章建设工程合同履行争议的解决。建设工程合同履行过程中,主要争议表现在质量、工期和工程价款三个方面。关于质量争议。分析了承包方、发包方、工程勘察设计单位、工程监理单位以及建筑材料、建筑构配件和设备供应单位的质量责任。发包方擅自使用未竣工验收的工程,应理解为工程视为已经竣工验收,承包方不再承担质量责任,承包方仍应按照合同约定和法律规定承担保修责任。关于工期认定。明确了开工日期、竣工日期、节点工期、工期顺延以及停工窝工损失的承担。指出如果发包方仅仅以承包方未在规定时间内提出工期顺延申请主张不能顺延工期,该主张不能成立;如果建设工程施工合同中明确约定不在规定时间内提出工期顺延申请视为工期不顺延的,应遵从合同的约定。关于工程价款的认定。分别研究了依据合同约定、工程变更、未完工程、承包方提交竣工结算文件、合同约定与审计结论、垫资、工程预付款进度款、工程质量不合格、合同无效等九种情形下的工程价款的认定。分析了工程欠款利息的性质、起算点、计算标准。对建设工程价款优先受偿权的性质及效力作了研究,明确了各项权利的顺次。对建设工程价款优先受偿权的权利主体、权利客体、权利保障范围、行使方式、行使期限作了明确。认为建设工程价款优先受偿权无须登记,也不能约定放弃。最后对情势变更原则在建设工程合同中的适用作了研究,指出情势变更原则不得约定排除适用,适当时候取消高级人民法院和最高人民法院需对适用情势变更的案件进行审核的规定。

第五章建设工程民事责任的认定。分析了承包方和发包方违约责任的主

要形态和主要责任形式,对不可抗力、免责条款、对方过错、双方过错等免责或者减责事由作了分析。指出对建筑物倒塌造成发包方人身财产损害的,应适用《合同法》第 282 条的规定;建筑物倒塌造成发包方以外的其他人的人身财产损害的,应适用《侵权责任法》第 86 条的规定。根据对现行法律规定、示范合同以及配套制度的分析,在建工程的风险负担不宜直接适用买卖合同关于交付前由出卖方负担、交付后由买受方负担的规则,而宜由发包方承担风险。

关键词:建设工程合同 司法实务 工程质量 工程价款



第一章 概 论 / 1

第一节 建筑业和建设工程合同纠纷案件状况 / 1

第二节 建设工程合同特点 / 6

- 一、建设工程合同往往是组合合同 / 6
- 二、建设工程合同有别于承揽合同 / 7
- 三、建设工程合同的解除具有特殊性 / 10

第三节 审理建设工程合同纠纷案件的指导思想 / 14

- 一、坚持工程质量第一原则 / 14
- 二、坚持规范建筑市场秩序原则 / 17
- 三、坚持平衡合同各方当事人利益原则 / 17
- 四、坚持诚实信用原则 / 18

第四节 审理建设工程合同纠纷案件的程序问题 / 20

- 一、管辖 / 20
- 二、举证责任 / 23
- 三、工程造价鉴定 / 29
- 四、工程质量鉴定 / 47

第二章 建设工程合同主体的认定 / 49

第一节 发包方 / 49

- 一、总承包方作为发包方 / 50
- 二、发包方与建筑物所有人 / 50

三、联建单位 / 50

第二节 承包方 / 57

一、施工单位准入制度 / 57

二、总承包方 / 59

三、分承包方 / 60

四、违法分包的承包方 / 61

五、转承包方 / 62

六、挂靠承包方 / 62

七、内部承包方 / 65

第三节 实际施工人 / 67

一、实际施工人以向相对方提起诉讼为原则 / 68

二、实际施工人在特定的情况下可以向发包方提起诉讼 / 68

三、实际施工人的债权人不是实际施工人 / 72

四、发包方只在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任 / 73

五、充分利用实际施工人权益保护的正当法律路径 / 75

第四节 其他主体 / 76

一、发包方或者承包方内部职能部门 / 76

二、发包方或承包方设立的临时性机构 / 77

三、收取工程款人员 / 77

四、收取材料人员 / 78

五、工程价款债权受让人 / 79

第三章 建设工程合同的订立及效力分析 / 81

第一节 工程招投标 / 82

一、必须进行招标工程 / 83

二、黑白合同 / 85

第二节 合同效力分析 / 95

一、承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级签订的合同 / 96

二、没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工

企业名义签订的合同 / 98

三、必须进行招标而未招标或者中标无效的合同 / 98

四、非法转包合同 / 98
五、违法分包合同 / 99
六、挂靠合同 / 99
七、未取得建设用地使用权证、建设工程规划许可证而签订的合同 / 100
八、未取得施工许可证而签订的合同 / 101
九、以低于工程建设成本的投标价格订立的合同 / 102
十、垫资合同 / 103
十一、其他情形合同效力的判断 / 105
第三节 合同无效后工程价款的认定 / 107
一、工程竣工验收合格 / 108
二、工程竣工验收不合格 / 111
三、工程未竣工 / 111
四、无效合同法律后果的思考 / 111
第四章 建设工程合同履行争议的解决 / 117
第一节 工程质量争议 / 117
一、工程质量缺陷的认定 / 117
二、承包方的工程质量责任 / 121
三、发包方的工程质量责任 / 133
四、工程勘察、设计单位的质量责任 / 135
五、工程监理单位的质量责任 / 138
六、建筑材料、建筑构配件和设备供应单位的质量责任 / 139
第二节 工期的认定 / 140
一、开工日期 / 140
二、竣工日期 / 141
三、节点工期 / 143
四、工期顺延的确定 / 143
五、停工、窝工损失的承担 / 145
第三节 工程价款的认定 / 149
一、工程价款的结算 / 149
二、工程欠款利息 / 165

三、建设工程价款优先受偿权 / 168

第四节 情势变更原则在建设工程合同中的适用 / 186

一、工期的变更 / 187

二、工程价款的变更 / 188

三、情势变更能否约定排除适用 / 190

四、适用情势变更原则的特殊程序 / 190

第五章 建设工程民事责任的认定 / 192

第一节 违约责任 / 192

一、承包方的违约责任 / 192

二、发包人的违约责任 / 202

三、免责或者减责事由 / 203

第二节 侵权责任 / 207

一、违约与侵权责任竞合 / 207

二、建筑物倒塌造成他人损害责任 / 207

三、在公共场所或者道路上施工造成他人损害责任 / 208

第三节 在建工程风险负担 / 209

参考文献 / 212

附录1 本书常用法律、法规、司法解释、规章缩略语对照表 / 214

附录2 建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(试拟稿) / 217

索引1 关键词索引 / 220

索引2 案例索引 / 226

后 记 / 228

第一章 概 论

第一节 建筑业和建设工程合同纠纷案件状况

建筑业在国民经济中占有重要的地位,是国民经济的重要支柱产业。建筑业增加值从 1978 年的 138.2 亿元发展到 2010 年的 26,451 亿元,建筑业总产值达到 95,206 亿元。从 2001 年到 2010 年,我国建筑业总产值保持快速增长态势,年平均增长率为 22.5%。建筑业增加值占 GDP 的比重 1980 年达到 4.3%,1990 年达到 4.6%,2000 年达到 5.5%,2010 年达到 6.6% (见图 1)。“十二五”期间,全国建筑业总产值、建筑业增加值年均增长将达到 15% 以上。建筑业全社会从业人员达到 4000 万元以上,^[1]成为吸纳大量农村富余劳动力就业的主渠道。

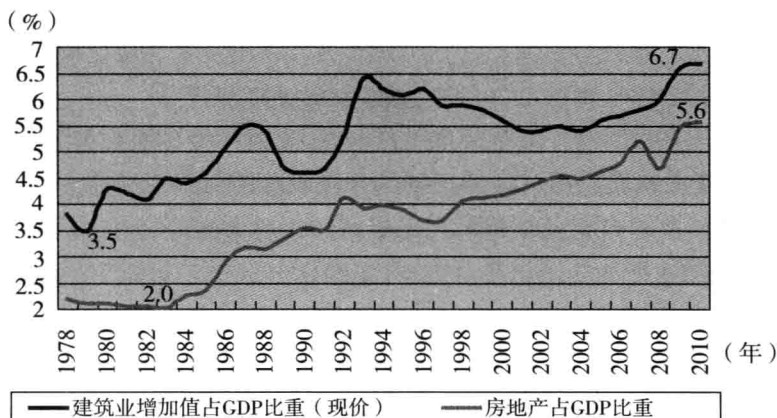


图 1 建筑业增加值占 GDP 比重

[1] 本部分统计数据来自住房和城乡建设部发布的《建筑业发展“十二五”规划》(住房和城乡建设部建市[2011]90号)以及《2010年建筑业发展统计分析》(《中国建设报》2011年5月28日)。

但是,建筑业在取得重大成就的同时,也存在一些值得重视的问题。建筑业发展很大程度上仍依赖于不断扩大的固定资产投资规模,发展模式粗放,工业化、信息化、标准化水平偏低,管理手段落后;建造资源耗费量大,碳排放量大;多数企业科技研发投入力度较小,拥有专利技术和专有技术数量少;缺乏高素质的复合型人才,一线从业人员技术水平不高;建设单位违反法定建设程序、规避招标、虚假招标、任意压缩工期、恶意压价、不严格执行工程建设强制性标准等情况较为普遍;建筑企业出卖、出借资质,围标、串标、转包、违法分包情况突出;建设工程各方责任主体不明确,有些施工企业质量安全生产投入不足,施工现场管理混乱,有些监理企业不认真履行法定职责,部分注册人员执业责任落实不到位,工程质量安全事故时有发生;建筑市场、质量安全、标准规范和工程造价等法规制度还不健全,建筑业发展相关政策不完善;监管手段有待改进,监管力度有待加大;诚实守信的行业自律机制尚未健全。以技术人员比例来考察,我国建筑业 854 万名正式职工中仅有 178 万名技术人员,其比例仅为 20%,是排名第一的教育业的 1/4。另外,由于大量农民工的加入,目前建筑业就业人员达到了 3893 万人,这使得建筑业的技术人员比率仅为 4.6%。由于技术含量低,建筑业工人收入水平也较低,2010 年职工年收入为 27,529 元,是年收入最高行业的 39%。一方面,建筑行业固定资产投资高速增长,建筑施工面积和建筑施工领域就业均呈现显著增长;另一方面,又呈现出技术人员比例低、平均技术含量低、资金投入低、低收益高负担、竞争激烈等特点。^[1]

从建筑企业性质来说,大型国有建筑企业,成为承接各地大型公共建设项目的主体,尤其在铁路、公路、隧桥等技术含量较高的工程。目前,国有大型建筑企业及地方大型建筑企业在建筑市场所占的市场份额稳定在 20% 左右。大型民营企业将加速推进多元化经营方式,以经营和股份结构调整为核心,非建筑业产值将在企业经营中逐步占有主要地位;中小型民营企业力争扩大产值规模并获得更高级别的资质,以地方国有为主的中小型建筑企业,在强大的竞争压力下,其经营方式将不得不向民营建筑企业经营方式靠拢。

建筑业的这种高增长、低技术含量、高度竞争的状况和特点,直接反映到法院的民事审判中。

[1] 参见顾勇新、胡建东、徐镭:《建筑业可持续发展思考——2010~2013 年中国建筑企业标杆解析》,中国建筑工业出版社 2012 年版,第 1~16 页。

下面将分析全国法院建设工程合同纠纷案件审理情况(见表1、图2)以及最高人民法院立案二庭建设工程合同纠纷申请再审案件审查情况(见表2)。^[1]

表1 全国法院建设工程合同纠纷案件审理情况统计

年份	一审 案件量 (件)	占全部一审 民事案件 比例(%)	二审 案件量 (件)	上诉率 (%)	二审发改 率 ^[2] (%)	一审调撤 率 ^[3] (%)	二审 调撤率(%)
2005	70,129	1.61	14,398	20.53	29.91	47.43	18.13
2006	68,243	1.56	14,827	21.73	29.49	47.57	19.85
2007	71,528	1.53	15,177	21.22	27.23	49.80	21.03
2008	81,357	1.51	17,162	21.10	26.35	52.64	21.39
2009	86,418	1.49	19,747	22.85	24.72	54.37	23.04
2010	82,460	1.35	19,896	24.13	22.96	56.02	23.73
2011	77,490	1.18	18,667	24.09	22.90	58.50	24.05
2012	83,448	1.16	19,376	23.22	21.20	58.67	23.71

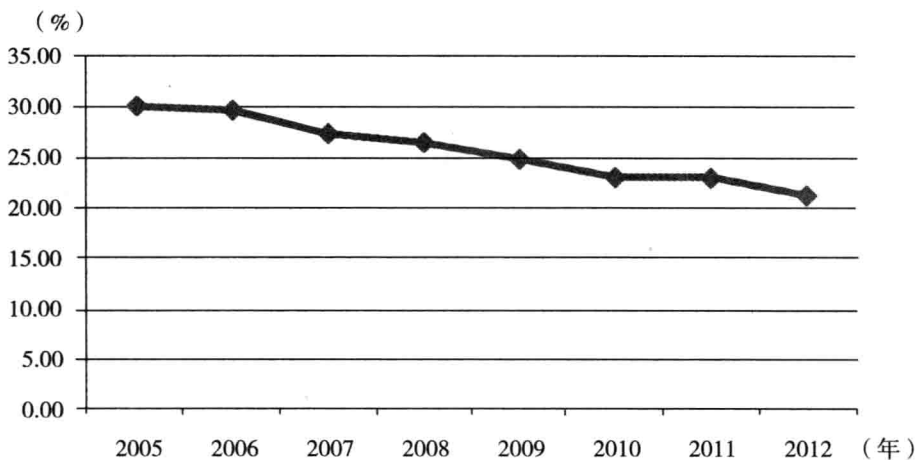


图2 全国建设工程合同纠纷案件二审发改率折线图

[1] 表1、表2和图2的数据来源于最高人民法院研究室和立案二庭的统计。

[2] 发改率指的是发回重审和改判案件占全部二审审结案件的比例。

[3] 调撤率指的是调解和撤诉案件占全部审结案件的比例。