

JIANSHEGONGCHENG ANJIAN  
SHENPANSHIWU YU ANLIJINGXI



# 建设工程案件 审判实务与案例精析

陈旻 著

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

JIANSHENGONGCHENG ANJIAN  
SHENPANSHIWU YU ANLIJINGXI

---

# 建设工程案件 审判实务与案例精析

陈 旻 著

中国法制出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

建设工程案件审判实务与案例精析 / 陈旻著. —北京: 中国法制出版社, 2014. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4942 - 7

I. ①建… II. ①陈… III. ①建筑工程 - 经济纠纷 - 审判 - 中国②建筑工程 - 经济纠纷 - 案例 - 中国 IV. ①D922. 297

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 268271 号

责任编辑: 朱丹颖 (ss - nuannuan@ hotmail. com)

封面设计: 杨泽江

---

## 建设工程案件审判实务与案例精析

JIAN SHE GONG CHENG AN JIAN SHEN PAN SHI WU YU AN LI JING XI

著者/陈旻

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2014 年 1 月第 1 版

印张/28 字数/396 千

2014 年 1 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4942 - 7

定价: 72.00 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: 66067369

市场营销部电话: 66033296

邮购部电话: 66033288

## 前 言

建设工程施工合同纠纷是民事审判中最为复杂的案件类型之一，传统且常新。依笔者个人管见，其复杂性主要体现为以下几点：其一，“严格立法”下的“普遍违法”，甚至“选择执法”，使我们可以历数出最多的强制性、禁止性规定，却要实际承受着可能最混乱的建筑市场和最差的工程质量。“现代”成熟的西方法律以及移植而来的我国法律，遇到了产自不规范市场的串标、挂靠、转包、实际施工人等“前现代”问题，显得捉襟见肘，甚至答非所问，法官也经常无所适从，有些问题只能无奈地交由时间来解决。其二，建设工程案件涉及的权利主体众多，包括发包人、总包人、施工人、实际施工人、建筑工人等等，不同主体的利益往往并不一致且相互纠葛，牵一发而动全身，并且，权利类型也呈现多样化，包括工程款债权、建设工程优先权、消费者购房优先权、建筑工人劳务报酬，其中既有物权、优先权和债权的冲突，也有生存权与经营权的博弈，甚难权衡。其三，既定的法律规则都是在事实清楚确定的情况下去研究法律如何适用，但建设工程纠纷中的案件事实很难查清还原，当事人各执一词，简单运用举证责任分配原则也难以服众，特别是在一个以追求客观真实为终极目标的法律体系下更是如此。其四，建设工程案件专业性很强，法官往往只有法律训练的素养，缺乏工程专业知识，审理案件涉及专业问题时对于司法鉴定的依赖性非常之大，“以鉴代审”和不当转移裁判权的现象十分严重。其五，建设工程案件或标的巨大，或涉及群体性利益，矛盾冲突尖锐易激化，相较于其他类型的民事案件，法律结构上的“同案”较少，社会结构上的“同案”更少，容易给人造成同案异判的不良印象，并且审理该类案件的工作量较大，有时只能“宜粗不宜细”，很难面面俱到，加之审理周期较长，法官肩负的改判、再审、信访及指标考核压力较大。

建设工程案件涉及工程和法律两个本来老死不相往来的领域，作为具有多年司法审判经验的笔者，主要从法律角度结合自身审判实践，将实践中所见所闻及感兴趣的问题进行汇总、梳理、总结并尽可能的类型化，使之具有一定的普遍性，形成本书，以求教方家。需要说明的是，由于建设工程案件共识有限，因此笔者在本书中对案例分析最为用力，且着墨较多，努力做到直面中国问题，详述不同观点，析其利弊得失，择其合理者从之或自成一家之言。当然，鉴于笔者学力所限，书中观点、论述肯定有错误、疏漏、思考不周之处，敬希各界贤达不吝惠予赐教。

最后，但却是最需要特别感谢的是中国法制出版社的朱丹颖女士和已经另谋高就的罗莱娜女士，正是她们在选题和写作过程中的督促鼓励、耐心等待以及大量专业且辛劳的策划、编辑工作，才使本书得以顺利完成并出版。

## 法律文件名称缩略对照表

《中华人民共和国民事诉讼法通则》 = 《民法通则》

《中华人民共和国物权法》 = 《物权法》

《中华人民共和国合同法》 = 《合同法》

《中华人民共和国民事诉讼法》 = 《民事诉讼法》

《中华人民共和国建筑法》 = 《建筑法》

《中华人民共和国招标投标法》 = 《招标投标法》

《中华人民共和国城乡规划法》 = 《城乡规划法》

《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》 = 最高法院《建设工程解释》

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》 = 最高法院《合同法解释一》

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》 = 最高法院《合同法解释二》

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》 = 最高法院《民事诉讼意见》

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》 = 最高法院《民事证据规定》

《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》 = 最高法院《民商事合同意见》

《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》 = 最高法院《诉讼时效规定》

《最高人民法院全国民事审判工作会议纪要》 = 最高法院《会议纪要2011》

《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》 = 最高法

院《建设工程优先权批复》

《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》=北京高院《建设工程解答》

《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》=江苏高院《建设工程意见》

《安徽省高级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指导意见》=安徽高院《建设工程意见》

《浙江省高级人民法院民一庭建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》=浙江高院《建设工程解答》

《广东省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》（粤高法发〔2006〕37号）=广东高院《建设工程意见2006》

《广东省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见》（粤高法发〔2011〕37号）=广东高院《建设工程意见2011》

《福建省高级人民法院民一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件疑难问题的解答》=福建高院《建设工程解答》

《山东省高级人民法院全省民事审判工作会议纪要》（鲁高法〔2011〕297号）=山东高院《会议纪要2011》

《广东省高级人民法院关于在审判工作中如何适用〈合同法〉第286条的指导意见》=广东高院《工程优先权意见》

# 目 录

## 第一章 建设工程施工合同的范围和效力 / 1

### ◎裁判思路 / 1

建设工程合同的特征 / 建设工程承包模式 / 建设工程合同纠纷的案由 / 建设工程施工合同的主要内容 / 建设工程施工合同纠纷的法律适用和审理原则 / 建设工程施工合同效力纠纷的审理思路

### ◎实务共识 / 11

诉讼主体的确定 / 最高法院《建设工程解释》规定的施工合同无效的情形 / 未取得建设审批手续签订施工合同的效力 / 低于成本价中标的施工合同的效力 / 未办理外来施工企业承包工程许可手续签订施工合同的效力 / “挂靠”的具体类型 / “挂靠”行为的认定 / 违法分包的认定原则 / 转包的认定原则 / 劳务分包的认定原则 / 内部承包的认定原则 / 小额施工合同和农民低层住宅施工合同效力的认定 / 家庭住宅装饰装修合同效力的认定 / 管辖

### ◎举证指南 / 14

### ◎典型案例 / 14

案例 1 实际施工人借用资质签订建设工程施工合同的效力如何认定? / 14

——王某与海德公司、涂某建设工程施工合同纠纷案

案例 2 必须进行招标而未招标签订建设工程施工合同的效力如何认定? / 24

——同方公司与双建公司建设工程施工合同纠纷案



案例3 违法分包、非法转包、劳务分包合同的效力如何认定? / 35

——中恒公司与金鸿公司、住总公司建设工程分包合同纠纷案

案例4 发包人就未取得建设规划审批手续的工程签订施工合同的效力如何认定? / 45

——远建公司与天池公司建设工程施工合同纠纷案

案例5 小型建筑工程、农民低层住宅承建合同及家庭住宅装饰装修合同的效力如何认定? / 53

——刘某与实创公司承揽合同纠纷案

案例6 建设工程施工合同纠纷是否适用不动产专属管辖? / 61

——常青公司与荷建公司管辖权异议纠纷案

案例7 实际施工人以转包人、违法分包人和发包人为共同被告提起诉讼,如何确定管辖法院? / 67

——二建公司与耿某、吴某、正太公司管辖权异议纠纷案

## 第二章 建设工程价款的结算和支付 / 72

### ◎裁判思路 / 72

审查施工合同中关于工程价款及结算的约定 / 审查施工合同履行过程中工程款的结算和支付情况

### ◎实务共识 / 75

合同未约定计价标准的处理 / 合同价款低于定额标准的处理 / 结算协议的效力 / 不同公章使用的效力 / 项目经理行为的效力 / 固定总价合同下发生设计变更的处理 / 固定总价合同下材料价格发生变化的处理 / 固定总价合同下“半截子工程”的结算 / “不答复视为认可”的认定 / “黑白合同”的结算依据 / 黑白合同“实质性内容变更”的认定 / 国有资金投资工程的结算依据 / 政府文件被撤销或失效的结算依据 / 无效施工合同的处理 / 分包合同对工程款支付附有条

件的效力 / 发包人要求承包人开具发票的处理 / 工程款诉讼时效的认定

◎ 举证指南 / 79

◎ 典型案例 / 80

案例 8 当事人达成的工程款结算协议的效力如何认定? / 80  
——吴某与恒艺公司、朱某建设工程分包合同纠纷案

案例 9 承包人项目经理、双方工作人员、监理人员签证确认的效力如何认定? / 85  
——韩某与玉川公司建设工程分包合同纠纷案

案例 10 固定总价合同履行过程中工程量发生变化,当事人是否有权要求调整工程价款? / 103  
——大龙公司与军贸公司建设工程施工合同纠纷案

案例 11 承包人以建筑材料价格上涨为由要求调整工程款数额的,如何处理? / 112  
——盐中公司与住总公司建设工程分包合同纠纷案

案例 12 发包人收到承包人提交的竣工结算报告未按期答复的,如何处理? / 123  
——荆州公司与京红公司建设工程施工合同纠纷案

案例 13 无效建设工程施工合同的工程价款如何确定? / 130  
——宋某与房修公司建设工程分包合同纠纷案

案例 14 “黑白合同”的结算依据如何确定? / 140  
——中建六公司与林业公司建设工程施工合同纠纷案

案例 15 “业主不付款总承包人即不付款”条款的效力如何认定? / 160  
——蒙阴公司与玛斯特公司建设工程分包合同纠纷案

案例 16 工程款的诉讼时效如何确定? / 165  
——华南公司与当代公司建设工程施工合同纠纷案

### 第三章 建设工程工期和质量责任的认定 / 181

#### ◎裁判思路 / 181

审查施工合同中关于工程工期的约定 / 审查施工合同中关于竣工验收的约定 / 审查施工合同中关于工程质量及保修的约定 / 审查施工合同中关于索赔的约定 / 审查工程是否存在逾期竣工和质量问题

#### ◎实务共识 / 184

开工时间的认定 / 竣工时间的认定 / 工程未办理竣工验收的工程款纠纷处理 / 工程竣工验收不合格的工程款纠纷处理 / 合同约定质量标准与国家强制性标准不一致的效力 / 发包人提出质量异议的处理 / 发包人主张工程存在质量缺陷的处理 / 发包人擅自使用未验收工程的法律后果 / 发包人对工程质量缺陷过错的认定 / 承包人对工程质量缺陷过错的认定 / 质量缺陷修复费用的承担 / 约定工程保修期限低于法定最低期限的效力 / 质量保修金返还的处理 / 无效施工合同中质量保修金约定的效力 / 结算协议生效后当事人主张索赔的处理

#### ◎举证指南 / 187

#### ◎典型案例 / 188

案例 17 建设工程施工合同履行过程中的工期顺延及逾期竣工如何认定? / 188

——军凯公司与金易公司建设工程施工合同纠纷案

案例 18 发包人以建设工程存在质量缺陷为由要求减少工程款,如何处理? / 200

——天图公司与银河公司建设工程施工合同纠纷案

案例 19 发包人擅自使用未经竣工验收的建设工程,质量责任如何承担? / 217

——京燕公司、中燕公司与宝业公司建设工程施工合同纠纷案

案例 20 质量保修责任的承担与质量保修金的返还如何  
确定? / 226

——孙某与深装公司建设工程分包合同纠纷案

#### 第四章 建设工程司法鉴定 / 236

##### ◎裁判思路 / 236

建设工程司法鉴定流程 / 建设工程司法鉴定中的实体问题

##### ◎实务共识 / 248

申请鉴定的处理 / 不需要进行工程造价鉴定的情形 / 审计  
与造价鉴定 / 诉前共同委托鉴定的效力 / 法院依职权判定  
的事项 / 鉴定人出庭 / 二审申请鉴定的处理 / 发包人申  
请工程质量鉴定的处理 / 鉴定费用

##### ◎举证指南 / 251

##### ◎典型案例 / 251

案例 21 当事人双方均不申请对工程造价进行鉴定的,如何  
处理? / 251

——杨某与东环公司建设工程施工合同纠纷案

案例 22 结算协议达成后一方当事人申请工程造价鉴定的,  
如何处理? / 257

——京薄公司与城建公司建设工程施工合同纠纷案

#### 第五章 民事责任的承担 / 267

##### ◎裁判思路 / 267

审查施工合同约定的违约责任承担方式 / 审查合同的履行  
情况和责任承担 / 审查四类特殊情形下的民事责任承担

##### ◎实务共识 / 270

承包人违约导致合同解除 / 发包人违约导致合同解除 / 发  
包人任意合同解除权的限制 / 合同解除的可得利益损失赔  
偿 / 利息的起算 / 合同约定“罚款”性质的认定 / 拒绝交  
付工程的处理 / 中标后拒绝签订施工合同的处理 / 合作开  
发房地产合同的工程款纠纷的处理 / “实际施工人”主张权

利的条件 / 违法分转包的“实际施工人”主张权利的处理 /  
挂靠人主张工程款的处理 / 以总包合同的结算价款为依据  
的效力

◎ 举证指南 / 273

◎ 典型案例 / 273

案例 23 建设工程施工合同纠纷中的利息和违约金如何计算? / 273

——首建公司与京田公司建设工程分包合同纠纷案

案例 24 发包人要求承包人承担拒绝交付工程给其造成损失  
的,如何处理? / 294

——兴琦公司与五建公司建设工程施工合同纠纷案

案例 25 承包人主张合作开发房地产的合作方对工程欠款承  
担连带责任的,如何处理? / 305

——二建公司与地质研究院、京军公司、檀州公司  
建设工程施工合同纠纷案

案例 26 建设工程施工合同中实际施工人的范围如何确定? / 319

——李某与绿视点公司、信德公司、游某、金某劳务  
合同纠纷案

案例 27 实际施工人向发包人主张权利的,责任如何确定? / 330

——盐城公司与中太公司、城股公司建设工程  
施工合同纠纷案

案例 28 挂靠人承揽工程后,又将工程违法分包、转包发生  
工程款纠纷的,如何处理? / 345

——王某与河南公司、李某建设工程施工合同纠纷案

案例 29 承包人主张非合同发包人的工程所有权人对工程  
款承担连带责任的,如何处理? / 355

——京城公司与信建公司、明物公司建设工程施工  
合同纠纷案

## 第六章 建设工程承包人优先权 / 364

### ◎裁判思路 / 364

### ◎实务共识 / 365

建设工程优先权的实现方式 / 装饰装修工程承包人、工程勘察人或设计人主张建设工程优先权的处理 / 总承包人、合法分包人、实际施工人主张建设工程优先权的处理 / 无效施工合同建设工程优先权的处理 / 工程款债权转让的处理 / 建设工程优先权的范围 / 不能作为工程优先权标的的建设工程范围 / 建设工程优先权的行使期限

### ◎举证指南 / 367

### ◎典型案例 / 367

#### 案例 30 承包人建设工程优先权应如何行使? / 367

——京建公司与万华公司建设工程价款优先受偿权纠纷案

#### 案例 31 建设工程优先权的权利主体如何确定? / 387

——南通公司与二建公司、新威公司建设工程价款优先受偿权纠纷案

#### 案例 32 建设工程优先权担保债权的范围如何确定? / 394

——土木公司与北创公司建设工程价款优先受偿权纠纷案

#### 案例 33 建设工程优先权的行使期限如何确定? / 405

——怀建公司与科迈公司建设工程价款优先受偿权纠纷案

#### 案例 34 建设工程优先权与不动产抵押权、消费者购房优先权、普通债权发生冲突的,如何处理? / 414

——中关村担保公司与大中建筑公司等执行分配方案异议之诉案

## 第一章 建设工程施工合同的范围和效力

### ◎裁判思路

根据《合同法》第269条的规定，建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同，主要包括建设工程勘察合同、建设工程设计合同、建设工程施工合同三类。通说认为，建设工程合同性质上属于完成工作的合同，是承揽合同的一种，大陆法系国家的民法典中一般都专章规定承揽，并把建设工程也纳入规范。但建设工程不同于其他工作的完成，特别是随着现代大型建设工程的出现，其具有与一般承揽合同不同的一些特点。因此，我国《合同法》将建设工程合同从承揽合同中独立出来作为一类有名合同在第16章作了专门的规定，在体例上与第15章的承揽合同并列，但在第287条中也规定“本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定”。

#### 一、建设工程合同的特征

与传统意义上的承揽合同相比，建设工程合同具有以下特点：

1. 合同标的不同。建设工程合同的标的特定为建设工程，这里的工程是指土木建筑工程、线路、管道、设备安装工程及大型的装饰装修活动，主要包括房屋、铁路、公路、机场、港口、桥梁、矿井、水库、电站、通讯线路、消防工程、专业幕墙等，因此建设工程合同属于承揽完成不动产工程项目的合同。而承揽合同的标的是定作人要求定作的，由承揽人完成的工作成果。该工作成果范围比较广泛，既可以是体力劳动成果，也可以是脑力劳动成果；可以是物，也可以是其他财产；可以是有形财产，也可以是无形财产。

2. 合同主体不同。建设工程合同的标的是建设工程，具有投资大、周期长、质量要求高、技术力量全面、影响国计民生等特点，因此建设工程合同的承包人应当是经过批准的具有相应资质的法人，公民个人不能作为

承包人。只有经过批准的具有相应勘察、设计、施工资质的企业法人才能可以在其资质等级许可的范围内承揽工程，成为建设工程合同的主体。对于建设工程合同的发包人，原则上要求是经批准可从事相应工程项目建设的法人或者其他组织，但随着资本市场发展，呈现出投资主体多元化的特点，个人或合伙也可以作为工程的发包人。承揽合同的主体则没有限制，可以是公民个人，也可以是法人或其他组织。

3. 国家行政管理的程度不同。建设工程合同的标的物为不动产，事关国计民生和社会公共利益。因此，建设工程合同的订立和履行，从项目立项到工程最终竣工验收，特别是工程质量，不仅仅是当事人意思自治的结果，受合同法等私法的调节，更要受到国家公法的严格管理和监督。在我国，规范和调整建设工程合同的法律法规，除了《合同法》、《建筑法》等法律外，还存在着大量的行政法规、行政规章、地方性法规以及地方性规章，对工程建设的各个环节都进行严格监管。如建设工程立项开发建设，往往需要办理一系列的行政审批手续，包括建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、土地使用权证、建设工程施工许可证等，具有很强的计划性和次序性。而承揽合同的订立和履行，国家一般不进行干预和管理。

4. 合同履行期限不同。建设工程合同的标的较大，一般履行时间较长，付款期限也长，履行过程中受设计变更、规划调整、国家宏观政策变化、市场价格波动等客观因素影响较大，缔约时不可预见的情形较多，合同履行的不确定性增强，因此时间因素在建设工程合同履行中具有特殊的意义，可能直接影响到合同能否顺利履行及工程款结算。承揽合同则一般合同履行期限较短，不存在上述问题。

5. 合同权利义务不同。承揽合同中，承揽人依据《合同法》第 264 条的规定，在定作人未向承揽人支付报酬或材料款等价款时，对完成的工作成果享有留置权。定作人依据第 268 条的规定享有合同任意解除权。而在建设工程合同中，承包人对工程不享有留置权，但依据第 286 条的规定享有建设工程优先权。发包人不享有合同任意解除权，只能依据合同约定和法律规定行使合同解除权。

6. 是否采用要式合同不同。建设工程合同为要式合同，不采用书面形式的建设工程合同不能成立。《合同法》第 270 条明确规定：“建设工程合



同应当采用书面形式。”这是国家对建设工程进行监督管理的需要，也是由建设工程合同履行的自身特点所决定的。承揽合同没有前述要求，属于不要式合同。对于实践中未采用书面形式订立建设工程合同，但当事人已经开始履行的，应当依据《合同法》第36条的规定确定其效力，即法律、行政法规规定应当采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方已接受的，应当认为该合同成立。

## 二、建设工程承包模式

1. 总承包模式。2003年，建设部下发《关于培育发展工程总承包和工程项目管理企业的指导意见》，提倡具备条件的建设项目，采用工程总承包、工程项目管理方式组织建设。由此可见，我国的建设工程倡导和鼓励建设工程总承包，实行施工总承包，限制工程分包。一般由施工总承包人与建设单位（发包人）签订建设工程施工合同，负责工程施工。施工总承包人对工程施工的质量、安全、工期、造价及执行国家强制性标准等负总责。总承包人可以自己独立完成全部施工，也可以签订分包合同把部分工程分包给有相应资质的专业工程分包人和劳务作业分包人，但严格禁止肢解分包、违法分包和转包行为，总包人与分包人对发包人承担连带责任。原则上建设单位不直接签订分包合同，而是由总承包人以自己名义对外分包。发包人指定分包的，依据最高法院《建设工程解释》第12条第1款第3项的规定，对工程质量缺陷应当承担过错责任。实践中也存在一些专业工程是由建设单位直接与具备专业工程施工资质的承包人签订专业承包合同。建设单位依法直接发包的专业工程，建设单位、专业承包人要与施工总承包人签订施工现场统一管理协议，明确各方的责任、权利、义务。

2. 联合承包模式。《建筑法》第27条第1款规定：“大型建筑工程或者结构复杂的建筑工程，可以由两个以上的承包单位联合共同承包，共同承包的各方对承包合同的履行承担连带责任。”《招标投标法》第31条第1款规定：“两个以上法人或者其他组织可以组成一个联合体，以一个投标人的身份共同投标。”联合承包体内部的成员单位为共同承包人，承包各方对外并不区分各自的合同义务，对合同约定的全部责任和义务承担连带责任。

3. 委托代建模式。为提高政府投资项目的建设管理水平和投资效益，