

江苏法院类案审理指南丛书

建设工程施工合同 案件审理指南

李玉生 / 主编 俞灌南 / 副主编

JIANSHE GONGCHENG SHIGONG HETONG
ANJIAN SHENLI ZHINAN

梳理疑难问题 提炼审判经验 解读专业术语
研究典型案例 规范法律适用 统一裁判尺度

依据《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（二）》等编写

人民法院出版社

建设工程施工合同案件审理指南

JIAN SHE GONG CHENG SHI GONG HE TONG AN JIAN SHEN LI ZHI NAN

- 精准针对一线法官、律师的实务需求。对建设工程审判实践中合同效力、黑白合同、实际施工人、建设工程价款优先受偿权等热点、疑难问题逐个论证，提出解决方案。
- 提供全面的典型案例作为参考。
- 全面梳理建设工程流程节点，提供翔实的审理程序指引。
- 回应建设工程改革实践，针对招投标制度改革、PPP、“一带一路”倡议下的国际工程等前沿问题，提出应对方案。
- 注重工程与法律的对话，提供工程术语理解与适用，突破专业壁垒，洞悉建筑行业特点。
- 紧跟国内外立法和理论前沿动向，紧密结合最新发布的《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（二）》编写，并全面参考英、美、德、法、日各国立法最新规定。



人民法院出版社



懂法，更懂法律人



中国审判杂志



ISBN 978-7-5109-2298-5

9 787510 922985 >

定价：118.00元

责任编辑 / 周利航 封面设计 / 椿梓

江苏法院类案审理指南丛书

建设工程施工合同 案件审理指南

李玉生 / 主编 俞灌南 / 副主编

JIANSHE GONGCHENG SHIGONG HETONG
ANJIAN SHENLI ZHINAN

人民法院出版社

此为试读, 需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

图书在版编目 (CIP) 数据

建设工程施工合同案件审理指南 / 李玉生主编. —北京: 人民法院出版社, 2019.1
(江苏法院类案审理指南丛书)
ISBN 978-7-5109-2298-5

I. ①建… II. ①李… III. ①建筑工程—工程施工—合同纠纷—审理—案例—中国—指南 IV. ①D923.65—62

中国版本图书馆CIP数据核字 (2018) 第239336号

建设工程施工合同案件审理指南

李玉生 主编

策划编辑 韦钦平 责任编辑 周利航
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷27号 (100745)
电 话 (010) 67550691 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)
客 服 QQ 2092078039
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 三河市国英印务有限公司
经 销 新华书店

开 本 787 × 1092毫米 1/16
字 数 652千字
印 张 37.75
版 次 2019年1月第1版 2019年1月第1次印刷
书 号 ISBN 978-7-5109-2298-5
定 价 118.00元

版权所有 侵权必究

江苏法院类案审理指南丛书

编委会

编委会主任：夏道虎

编委会成员：褚红军 刘媛珍 李玉生 谢国伟 刘亚平
蒋惠琴 韦瑞瑾 卢刚 赵利国 刁海峰
宋健 张婷婷 刘亚军 毕晓红 俞灌南
夏正芳 李红建 朱建新 苏学增 章润
于泓 李玉明 刘建功 闵星 孙辙
刘坤 李玉柱

建设工程施工合同案件审理指南

编委会

主 编：李玉生

副 主 编：俞灌南

执行主编：潘军锋

撰 稿 人：丁益君 李飞鸽 吕杰明 吴勇军 谷昔伟
张晓光 杨恩乾 周红 周森 潘军锋



党的十八大以来,以习近平总书记为核心的党中央着力加强司法体制改革顶层设计,作出一系列重大部署,解决了许多长期想解决而没有解决的难题,办成了许多过去想办而没有办成的大事。司法人员分类管理改革基本到位,新型办案机制有效形成,司法职业保障制度进一步完善,改革红利不断释放,审判质效和司法公信力持续提升。司法责任制改革一改传统院庭长审批案件的模式,真正实现“让审理者裁判、由裁判者负责”,使得审判权的行使更加符合司法规律,更加符合审判合一、以庭审为中心、直接言词等现代司法原则,切实解决过去审者不判、判者不审、权责不明、责任分散等问题,有效革除司法行政化的弊端。司法体制改革从司法规律出发,充分结合中国国情,给中国司法带来了历史性的巨大变化,对于健全完善中国特色社会主义司法制度具有里程碑意义。

然而,随着经济社会的不断发展以及司法体制改革各项举措的不断深化和全面推进,一些新情况、新问题也相继呈现出来,成为困扰和制约人民法院工作的现实难题,突出表现在以下两个方面:一是在法官人数较改革前明显减少的情况下,案件数量连年持续大幅增长,人案矛盾持续升级;二是摒弃原有的院庭长案件审批机制后,未能及时建立健全新的适应司法责任制要求的裁判尺度统一机制,裁判尺度不统一问题进一步凸显。人案矛盾客观上导致法官在个案上花费的时间和精力减少,一定程度上影响了案件办理质量,而裁判尺度不一导致的“类案不同判”现象,严重影响了司法公正,



损害了司法公信力，成为党委政府关切、人民群众关心、社会广泛关注，亟待解决的问题。破解“类案不同判”难题，一要强化法官队伍正规化专业化职业化建设，通过长期的同质化教育培训，形成共同的职业价值、共同的职业行为、共同的职业道德；二要创新院庭长监督管理方式方法，不断适应新型审判权力运行机制的要求，确保“放权不放任，监督不缺位”；三要强化类案指导，完善裁判指引制度，通过规范法官自由裁量权的行使为改革后分散行权的法官个体设立权力边界。《江苏法院类案审理指南丛书》正是从强化类案指导，完善裁判指引角度出发，在过去一段时间江苏高院陆续出台的一系列类案审理指南等司法规范性文件的基础上，运用大量司法实例对相关规定逐条进行阐释所形成的智力成果。

强化类案指导，规范自由裁量权，统一裁判尺度也是贯彻落实党的十九大提出的“深化司法体制综合配套改革，全面落实司法责任制”的重要内容。我们推出这套丛书，既是贯彻落实十九大“深化司法体制综合配套改革”战略部署和最高人民法院强化裁判尺度统一工作要求的实际行动，也是顺应改革和自身建设，加强上级人民法院审判监督指导工作的具体举措。本丛书有以下三个特点：

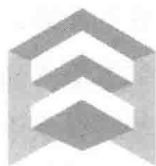
一是突出审判权力运行的规范指引。司法活动的本质是运用抽象的法律条文解决社会生活具体问题的过程。但是因法律规范的抽象性与社会生活多样性的矛盾、法律规则概括性与案件事实具体化的矛盾以及法官审判理念、生活经验、能力水平等方面的个体差异，导致司法裁量的过程充满了不确定性因素。因此，在系统梳理各类典型案例的基础上，统一裁判思路和裁判规则，提炼事实要点和法律要点，形成指导类案审判的规范性文件，既为法官办案提供了操作可行的“工具书”，又为院、庭长行使审判监督指导权提供了边界清晰、标准明确的“参照系”，进而实现对审判权力行使进行有效约束和规范指引。

二是汇聚一线法官的经验智慧。在具体的个案审理中，法官往往需要根据立法原意，综合运用法律原则、法律精神等，对抽象的法律条文进行创造性解释，这个过程使抽象的法律条文获得了具体的载体，抽象的法律条文通过个案审判不断地具体化、精细化、确定化。因此，一线法官绝不仅仅是简单的规范接受者和执行者，更是司法经验和智慧的提供者和传承者。本套丛书收录了包括大量典型案例在内的司法实例，在“抽象到具体”的个案审判过程中，增加了“具体到具体”的参照，有助于审理类案过程中，充分借鉴其他法官的经验

结晶和智慧成果，提高审判质效。

三是有效回应社会各界的司法需求。在全面收集整理全省法院办理的具体案件、充分调研论证的基础上，系统梳理和提炼总结类案审判经验指南，既能够为一线法官办理案件尤其是办理新型、疑难、复杂案件提供可操作性的裁判指引，又能够有效回应社会发展提出的新问题、新需求，进而凝聚公众法律共识、稳定公众法律预期、塑造公众法律行为习惯，充分发挥司法规范、指导、评价、引领社会价值的重要作用，大力弘扬社会主义法治精神和核心价值观。本套丛书所收录的司法实例大多涉及法学理论与司法实践领域疑难复杂前沿问题，对法学理论与司法实务都具有较高的研究价值，我们希望通过本套丛书的编纂出版，能够为法学理论界与司法实务界的交流提供一条新路径，拓宽探讨司法观点的新空间，打开接受司法监督的新窗口，共同推进司法过程和裁判尺度的统一性、稳定性与权威性，共同为全面推进依法治国，实现中华民族伟大复兴的中国梦作出积极贡献。

是为序。



前言 Introduction

建筑业是国民经济的重要组成部分，在推动经济发展、推进城镇化建设、促进人口就业、改善居住环境等方面发挥了重要作用。江苏作为建筑大省、强省，建筑业是支柱产业、优势产业和富民产业，各项经济技术指标一直居于全省前列。2017年江苏建筑业总产值31395.9亿元，比上年增长6.4%，占全国的比重为13.1%，居全国第1位。在省外完成产值13872.5亿元，占全省建筑企业总产值的44.19%。全年新签合同29212.9亿元，占全国的比重为16.3%。全年建筑业增加值4651.8亿元，比上年增长11.5%，占全省GDP的比重达5.4%。全年建筑业利润总额1332.4亿元，增长4%，税金总额1002亿元。江苏建筑企业积极响应“一带一路”倡议，在境外完成生产营业额95.3亿美元，新签合同108亿美元，居全国前列。2018年上半年，江苏建筑业总产值12811.38亿元，比上年增长11.4%。新签合同13169.57亿元，建筑业利润总额547.43亿元，增长14.2%。积极开展基础设施领域的政府与社会资本合作（PPP），截至2018年上半年，江苏PPP项目库共有项目633个，总投资达到1.246万亿元。江苏施工企业完成的工程，获鲁班奖、国优奖在全国一直持续数量第一，江苏作为建筑大省、强省的地位进一步巩固，“江苏建造”的品牌影响力不断扩大。

建筑业与房地产市场、民间借贷市场、劳动用工市场、金融市场等紧密关联，随着建筑行业的腾飞发展，建筑市场内在矛盾也不断显现，主要表现为：建筑产业市场化改革趋势与较强的政策调控



性的矛盾，建筑市场微利特点与劳动力成本不断上升的矛盾，建筑市场规模迅猛发展与转包、违法分包、挂靠等不规范行为屡禁不止的矛盾。随着供给侧结构性改革的不断推进，作为基础性产业的建筑产业发展也经历了深层次的变革：建筑市场从注重政府调控向政府调控与市场调节并重转变，建筑市场发展从数量扩张向质量精进转型，建筑企业发展从传统模式向新型业态发展，建筑业由国内市场向国际市场挺进。由此引发的建设工程施工合同案件不断增多，标的额不断加大，2017年江苏法院新收一审建设工程合同纠纷17502件，比上年上升3.15%；2018年新收18667件，同比上升6.66%，占全国法院新收一审建设工程合同纠纷的1/6。最高人民法院建设工程施工合同司法解释对于统一执法尺度、规范建筑行业发展发挥了积极作用。司法解释施行以来，随着建筑市场的变革与发展，建设工程施工合同审判实践中新情况、新问题不断增多，表现为：建设工程关联案件不断增多，法律关系日益复杂；“一带一路”倡议引发的国际工程案件不断显现，法律适用难度不断加大；PPP纠纷逐渐显现，上位法的缺失导致裁判的不确定性加大。加之施工合同参与主体众多、工程专业性较强、案件事实还原较难、利益矛盾冲突较大等特点，导致审理此类案件难度较大。

面对建设工程领域不断出现的新情况、新问题，江苏省高级人民法院民一庭高度重视建设工程案件审判和调研指导工作，审理了一批疑难复杂案件，不断积累审判经验，总结提炼裁判规则，促进建设工程审判水平的不断提升。一是组建建设工程专业团队。明确专人负责建设工程案件的审判、调研、指导工作，形成人才梯队。二是创新建设工程审判方法。建立建设工程专家咨询员库，邀请建设工程专家勘查现场、参与庭审等，实现专业互补。三是建立建设工程联动化解机制。与省住建厅建立良好对接机制，搭建违法线索移送机制、建设工程纠纷诉调对接机制、建设工程问题定期交流机制等，合力化解建设工程纠纷。四是突出问题导向开展调研指导。有效回应建设工程最新改革动向，开展建设工程纠纷前瞻性调研，在《法律适用》等刊物上每年发表建设工程调研文章。举办两期建设工程审判研修班，提升全省建设工程案件审理水平。近年来，先后出台了《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》《建设工程施工合同案件审理指南》《关于建立化解建设工程合同纠纷联动化解机制的意见》《建设工程施工合同纠纷案件司法鉴定的操作规程》，2018年出台了《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》，及时有效地统一了执



法尺度，为全省法院审理此类案件提供了明确的参考依据。

2018年初以来，江苏高院民一庭组织全省具有丰富建设工程案件审判实践经验和良好法学理论素养的一线法官，克服繁重的办案压力，对建设工程施工合同审判实践中突出的问题进行了全面分析，对好的经验做法进行了系统提炼，形成了本书。内容涵盖了建设工程施工的全过程，包括建设工程案件的审理流程、审判方法、合同效力、合同解除、违约责任、工程价款结算、工期、工程质量、表见代理、价款优先受偿权、鉴定等各个方面。同时积极回应建筑业最新改革动向，对工程总承包（EPC）、“一带一路”倡议下国际工程、PPP等引发的纠纷进行提前预判，具有较强的时代性。

本书结合最高人民法院出台的《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（二）》，运用比较法的分析方法，注重国际与国内法的结合。在探讨相关制度时，能立足国情，放眼全球，全面比较德、法、日、英、美等国家的建设工程最新立法、司法状况，建构符合国际发展趋势的规则。运用系统论的思维，遵循法教义学的研究方法，注重理论与实践相结合。加强对相关问题的理论说理，积极借鉴运用最新法学理论研究成果，增强论证的充分性；同时，突出实务导向，关注建设工程审判实践中的热点难点问题，回应一线办案人员的具体问题，提出可操作性的处理方案。加强法律与工程的对话，针对法官对工程专业知识普遍不熟悉的现状，对审判实践中经常遇到的工程专业术语进行专章解读，缩小法官与工程专业人员的知识鸿沟。运用案例研究的方法，将典型案例有效融入问题的分析论证中，同时在重点章节后附生效的裁判文书，为审理此类案件提供模板参考。

希望本书的出版，能够促进国内建设工程法律实务与理论界的研究与探讨，也期待本书能如阿基米德手上的杠杆支点，让我们通过法律与工程的对话，为推进江苏高质量发展、保障国家社会的福祉贡献一份力量。



凡例

1. 法律文件名称中的“中华人民共和国”省略。其余一般不省略，例如，《中华人民共和国民事诉讼法》简称为《民事诉讼法》。

2. 立法有沿革的情况下，如需要特别注明的，在名称后面标明修改年份。例如，《建筑法》(2011年修正)。

3. 《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》简称为《建设工程司法解释(一)》

4. 《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(二)》简称为《建设工程司法解释(二)》

5. 《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》简称为《优先受偿权批复》

6. 《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)》简称为《合同法解释(一)》

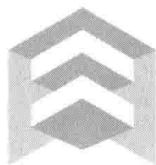
7. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》简称为《合同法解释(二)》

8. 《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》简称为《买卖合同司法解释》

9. 《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》简称为《民间借贷司法解释》

10. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》简称为《民诉法解释》

11. 《第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要》简称为《八民会纪要》



第一章 建设工程施工合同案件概述 / 1

- 一、建设工程施工合同案件的基本特点 / 1
- 二、建筑市场变革中的主要问题 / 4
- 三、域外建设工程施工合同法律实践 / 6
- 四、我国建设工程施工合同法律沿革 / 8
- 五、建设工程施工合同案件审理原则 / 14
- 六、建设工程施工合同审判主要做法 / 17
- 七、规范建筑行业健康发展的司法建议 / 22

第二章 建设工程施工合同案件审理程序 / 27

- 一、建设工程合同的界定 / 27
- 二、建设工程施工合同案件的管辖 / 32
- 三、建设工程施工合同案件的基本解决方法 / 41
- 四、建设工程施工合同案件审理流程中需注意的问题 / 43
- 五、建设工程施工合同案件实体审理中需注意的问题 / 52
- 六、建设工程施工合同案件的证据认定 / 58



第三章 建设工程施工合同的主体 / 64

- 一、发包人的认定与责任 / 64
- 二、转包、违法分包、挂靠与内部承包的认定 / 68
- 三、实际施工人的认定 / 72
- 四、违法转分包中诉讼主体及责任承担 / 75
- 五、挂靠关系的责任承担 / 77
- 六、与实际施工人相关的工程款结算问题 / 83

第四章 建设工程施工合同的效力 / 92

- 一、建设工程施工合同无效的情形 / 92
- 二、黑白合同的效力问题 / 96
- 三、建设工程施工合同无效的处理 / 105

第五章 建设工程价款的结算 / 114

- 一、工程价款的计价方法和价格方式 / 114
- 二、合同履行中工程造价的“价”“量”之争 / 118
- 三、合同价款结算中的若干争议问题 / 128
- 四、以房抵工程款问题 / 131
- 五、工程款发票问题 / 133
- 六、工程款利息问题 / 134

第六章 建设工程工期问题 / 152

- 一、概述 / 152
- 二、开工日期、工期顺延、竣工日期的认定 / 154
- 三、工期延误责任认定 / 167

四、停（窝）工损失与工期索赔 / 171

第七章 建设工程质量 / 191

- 一、工程质量的认定 / 191
- 二、承包方的工程质量责任 / 193
- 三、发包方的工程质量责任 / 194
- 四、工程质量争议的处理 / 196

第八章 建设工程保修责任 / 208

- 一、概述 / 208
- 二、保修责任的界定 / 209
- 三、工程质量保证金的返还 / 219

第九章 建设工程施工合同的解除 / 231

- 一、发包人法定解除权的行使 / 231
- 二、承包人法定解除权的行使 / 237
- 三、特定情形下合同解除权的行使 / 240
- 四、合同解除权行使程序及解除权的消灭 / 242
- 五、建设工程施工合同解除的法律后果 / 244

第十章 建设工程施工合同的违约责任 / 261

- 一、概述 / 261
- 二、建设工程施工合同的违约情形 / 264
- 三、建设工程施工合同违约责任的处理 / 266



第十一章 建设工程价款优先受偿权 / 288

- 一、建设工程价款优先受偿权的发展历程及权利属性 / 288
- 二、建设工程价款优先受偿权的行使程序 / 290
- 三、建设工程价款优先受偿权的效力 / 295

第十二章 建筑领域表见代理的认定 / 314

- 一、项目经理职务行为的判断 / 315
- 二、项目经理表见代理的认定 / 316

第十三章 建设工程司法鉴定 / 332

- 一、建设工程司法鉴定中存在的问题 / 332
- 二、建设工程司法鉴定突出问题的原因分析 / 339
- 三、破解建设工程司法鉴定困境的宏观路径 / 341
- 四、建设工程司法鉴定具体问题的规范对策 / 345

第十四章 “一带一路”背景下国际工程审判 / 351

- 一、国际建设工程案件的主要特点 / 352
- 二、国际建设工程审判疑难法律问题 / 353
- 三、“一带一路”背景下规范国际建设工程的司法建议 / 359

第十五章 政府与社会资本合作（PPP）法律问题 / 368

- 一、当前PPP纠纷的基本情况 / 369
- 二、PPP项目实施中存在的法律风险 / 374
- 三、PPP案件审判的司法对策 / 379
- 四、规范PPP运行的司法建议 / 389

第十六章 建设工程常用术语理解与适用 / 394

附录1: 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解答》的理解与适用 / 409

附录2: 建设工程常用法规汇编 / 432

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

(2004年10月25日) / 432

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(二)

(2019年1月3日) / 436

最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复

(2002年6月20日) / 440

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解答

(2018年6月26日) / 441

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

(2008年12月17日) / 447

江苏省高级人民法院建设工程施工合同案件审判指南(2011)

(2011年) / 451