

建筑房地产实务指导丛书

(增订第二版)

建设工程合同纠纷

254个裁判规则深度解析

CONTRACT DISPUTES IN CONSTRUCTION ENGINEERING

邬 砚 著

70 个典型案例 | 52 个关联案例 | 13 个专题

坚持问题导向·立足实务操作·注重司法政策讨论
提供建设工程合同纠纷实务解决路径

根据《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）》全面修订



法律出版社 | LAW PRESS

建筑房地产实务指导丛书

(增订第二版)

建设工程合同纠纷

254个裁判规则深度解析

CONTRACT DISPUTES IN CONSTRUCTION ENGINEERING

邬 砚 著



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

建设工程合同纠纷：254个裁判规则深度解析 / 邬
砚著. -- 2版. -- 北京：法律出版社，2019
ISBN 978-7-5197-3222-6

I. ①建… II. ①邬… 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(2019)第039094号

建设工程合同纠纷：

254个裁判规则深度解析(增订第二版)

JIAN SHE GONG CHENG HE TONG JIU FEN ;

254 GE CAIPAN GUI ZE SHEN DU JI EXI (ZENG DING DI ER BAN)

邬 砚 著

责任编辑 李 群
装帧设计 鲍龙卉

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 三河市兴达印务有限公司
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法规出版社
开本 710毫米×1000毫米 1/16
印张 29
字数 418千
版本 2019年3月第2版
印次 2019年3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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

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、子公司销售电话：

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335

上海分公司/021-62071639/1636

西安分公司/029-85330678

深圳分公司/0755-83072995

重庆分公司/023-67453036

书号:ISBN 978-7-5197-3222-6

定价:79.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介



邬 砚

汉族，1976年12月出生，重庆垫江人，西南政法大学法学博士。自1999年参加工作以来，历任重庆市高级人民法院民一庭审判长、重庆市沙坪坝区人民法院副院长、重庆市石柱土家族自治县人民法院院长。先后在《现代法学》《法学杂志》等期刊发表论文三十余篇，出版专著《侵权补充责任研究》。

建筑房地产实务指导丛书

《墨斗匠心定经纬——建设工程疑难案件办案思路与执业技巧》

朱树英 / 著

《墨斗匠心定经纬2——房地产开发疑难案件办案思路与执业技巧》

朱树英 / 著

《建设工程施工合同：表达技术与文本解读》

王建东 杨国锋 / 著

《建设工程施工合同纠纷实务解析》（增订第二版）

王 勇 / 著

《建筑施工企业内部承包合同：制度规范与风险防范》

章建荣 / 著

《建设工程合同纠纷：254个裁判规则深度解析》（增订第二版）

邬 砚 / 著

修订版序

本书于2018年1月第一次付印,3月进行了第二次印刷,11月再次售罄。首版至今仅一年的时间就进行修订,而不是再次加印,主要基于两方面的考虑:

一方面是建设工程合同领域相关法律制度的变化。^①首先,《建设工程施工合同解释(二)》出台。《建设工程施工合同解释(二)》用26个条文对“黑白合同”规则予以完善,对建设工程价款优先受偿权予以细化、重塑,对司法鉴定、工程工期等问题进行总结、规范。毫无疑问,建设工程合同纠纷的裁判规则也因此作出相应调整。虽然本书第一版写作过程中援引了《建设工程施工合同解释(二)(征求意见稿)》,但仔细比对可知,正式文本与征求意见稿存在不小区别,所以笔者根据《建设工程施工合同解释(二)》的正式文本对第一版的相关内容进行了修订。其次,强制招标投标的范围变窄。2018年3月27日,经国务院批准,国家发改委颁布《必须招标的工程项目规定》(2018年国家发改委令第16号)。2018年6月6日,国家发改委印发《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》(发改法规规[2018]843号),实施近18年的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》(2000年国家发展计划委员会令第3号)作废,强制招标投标的范围因此发生重大变化。鉴于第一版的第1章、第10章对此问题均有大量笔墨,有必要根据新制度进行修订。最后,国务院办公厅要求试点取消施工合同的备案制度,也涉及第一版中相应内容的调整。修订即将完成之时,住建部发布《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》,取代了原《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)》(建市[2014]118号),也借此一并予以修订。

笔者感觉,建设工程领域的相关法律制度变化太快,影响了规则的稳定性。

^① 事实上,在本书第一版的写作过程中,在初稿完成后交付出版社编辑加工的过程中,笔者就先后遭遇《民法总则》颁布、《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2017-0201)推行,不得不在出版前就对已完成的书稿进行“修订”。

以建设工程质量保证金制度为例,2016年12月27日颁布的《建设工程质量保证金管理办法》(建质[2016]295号)^①,在时隔不到半年的2017年6月20日就进行了修订(建质[2017]138号)。又如,《建筑业企业资质管理规定》,住建部在2015年以第22号令发布,在2016年就以第32号令修正,2018年12月又以第45号令修正。还如,《建筑业企业资质管理规定和资质标准实施意见》,住建部在2015年1月31日以建市[2015]20号通知发布,同年11月9日,又以建市[2015]177号通知修正。法律规则固然因应时势的变化作出相应修改,但如博登海默所言,“法律是不可以朝令夕改的规则体系,一旦法律制度设定了一种权利和义务的方案,那么为了自由、安全和预见性,就应当尽可能地避免对该制度进行不断地修改和破坏”。法律规则修改过于频繁,破坏了当事人基于原定规则的预期,不仅容易引发利益纠纷,还会导致法律适用方面的歧义。

另一方面是原书的错漏。原书出版后不久,重庆市第五中级人民法院申威法官指出,书中所援引的最高人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行意见》(2002年8月5日)有误,最高人民法院并未制定颁布该《意见》。经核实,该《意见》实系广东省高级人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行规定》(粤高法发[2000]31号),广东省高级人民法院在制定过程中挂在网上征求意见时,不知为何被误认为最高人民法院的规定,后以讹传讹,波及面甚广,误导了一大批法律职业者,就连最高人民法院民一庭也有法官入其彀中。笔者未认真考证就轻率引用,误导读者,非常惭愧。所以借此次修订改正这一错讹,并利用北大法宝对书中援引的部门规章进行了全面考订。重庆市城口县人民法院晋松院长指出,原书中第250页所列算式——2000万元×(100套÷50套)=1000万元——存在计算错误。重庆迈纵律师事务所刘斌主任提出,原书中【裁判规则33】对“背靠背”条款的观点有待斟酌,在施工合同无效的情况下,可以考虑将“背靠背”条款解释为宽泛意义上的价格条款,进而按照《建设工程施工合同解释(一)》第2条的规定参照适用。在此,感谢这些朋友对本书第一版提出的批评与建议,还有好友“小煎饼”对修订工作的督促。

修订时发现,部分章节过于注重资料的收集与展示,作者自己的观点较少展开,显得说理不够;原书按照传统教科书的体例写作,完成后根据编辑的建议调整为现在的体例,体例调整后显得逻辑层次不够清晰,部分裁判规则零碎而

^① 在2016年12月27日颁布的《建设工程质量保证金管理办法》(建质[2016]295号)之前,是2005年颁布的《建设工程质量保证金管理暂行办法》(建质[2005]7号)。

杂乱。但这些问题只有全面改写才能解决,时间所限,本次修订仅针对新的法律制度与原书的错漏两个方面,其余问题只有留待以后再说了,请读者诸君见谅。

2019年1月10日

自序

自进入 21 世纪以来,我国的工业化、城镇化进程驶入快车道,在经济社会发展过程中,固定资产投资所占的比重越来越大,把固定资产投资转变为实体财富的建筑业也随之进入快速发展时期。尤其是 2002 年以后,我国进入了基础设施和基础产业建设新的高峰期,建筑业成为我国国民经济的重要支柱产业,2010 年建筑业总产值已高达 95,206 亿元,并拉动了诸多相关行业的发展。但是,建筑业在快速发展的同时,一直伴随着秩序混乱的现象,如招标投标程序中弄虚作假,串通投标、明招暗定,签订“黑白合同”;承包人转包、违法分包,实际施工人挂靠、越权承接工程等。这些问题屡禁不止,既扰乱了建筑市场的正常秩序,又在相关民事主体之间引发了权利义务之争。

“据统计,全国每年建设工程合同纠纷案件 10 万件左右,虽然数量不大,但因其专业性、复杂性特点,向来是民事审判工作的难点。”^①从司法实务的角度看,建筑业与其他行业相比,违法、违规的现象更普遍、更严重。主要表现为:建筑市场上大量存在拖欠工程款(包括专业分包、劳务分包工程款、材料供应款)、转包、违法分包、借用有资质的单位名义承揽工程、擅自使用未经验收的建筑工程、违反《招标投标法》的规定从事不正当竞争、违反国家标准化法律的强制性规定,以次充好,降低建材质量标准等。这些行为严重扰乱了建筑市场的经营秩序,破坏了市场主体的公平竞争秩序,阻碍了建筑业的持续健康发展,同时,也连带影响了其他行业的正常健康发展。^②

然而,就建筑市场上亟待规范的种种乱象,现行裁判规则并不明朗。其一,

^① 程新文:《关于当前民事审判工作中的若干具体问题(2015 年 12 月 24 日)》,载《民事审判指导与参考》2015 年第 4 辑(总第 64 辑),第 63 页。

^② 冯小光:《回顾与展望——写在〈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〉颁布实施三周年之际》,载《民事审判指导与参考》2008 年第 1 集(总第 33 集),第 74~75 页。

由于长期奉行“宜粗不宜细”的立法指导思想,相关法律规定较为原则,导致法院在审理建设工程合同纠纷案件时,对某些争议问题的法律适用认识不统一,如哪些建设审批手续会影响合同效力、无效合同的发包人是否有权预留质保金、建设工程价款优先受偿权的行使期限、挂靠施工中的工程款债权主体等,均存在不同认识,影响了司法的公正性、统一性和审判的效率。其二,建设工程涉及法律规范较多,不同法律规范出台的时间相隔较长,其间由于法律理念的变化、法律制度的革新,导致不同法律规范之间相互冲突、抵牾。如《建设工程施工合同解释(一)》第6条第1款对垫资款利率的限定,就与《民间借贷规定》第26条存在冲突。其三,虽然最高人民法院针对建设工程合同纠纷具体案件陆续发布了诸多裁判意见,天同律师事务所也通过“天同码”的形式进行了部分汇总,但认真梳理这些裁判意见可以发现,最高人民法院的裁判意见既有相互冲突之处,又存在旧判不符合新法的问题,个别判决还存在明显不合理的地方。例如,如发包人要求承包人就收取的工程款开具发票,既有认为应当予以支持的裁判意见,^①又有认为不属于民事审判解决范围的裁判结论,^②就构成裁判意见的相互冲突。又如,关于强制招投标范围界定的裁判意见,^③已经不符合住房和城乡建设部《关于推进建筑业发展和改革的若干意见》(建市[2014]92号)第5条所倡导的改革趋势,就属于旧判不符合新法。还如,“新安县人民政府与中国水利水电第十一工程局建设工程施工合同纠纷案”。该案中,第十一工程局为新安县政府建设新峪公路部分路段,双方先后针对不同工作内容签订了五份施工合同。第一份合同约定,“以小浪底移民局批准下达的建安工程费总价承包”,最终确定的金额为28,301,516.4元;其余四份均采用固定价格结算方式,分别为1,922,262元、9万元、150万元、350万元,五份合同的总价为35,313,778.45元。第十一工程局完成了约定的施工内容,新安县政府已付款35,596,522.21元。一审法院委托鉴定机构对已施工完毕的工程(按照定额)进行造价鉴定,结论为工程造价58,748,817元。诉讼中,第十一工程局在网上发布信息称,新安县政府欠付工程款1324万元。最高人民法院在二审中认为:“新安县政府已付第十一工程局的工程款超出了合同约定的建安工程费承包总价。但鉴于本案

① 王毓莹:《如何认定书面合同的变更——华太建设集团有限公司与浙江福得尔电器有限公司建设工程施工合同纠纷案》,载《民事审判指导与参考》2011年第3辑(总第47辑),第175~191页。

② 最高人民法院(2014)民一终字第4号民事判决。

③ 贵州省高级人民法院(2015)黔高民初字第1号民事判决、最高人民法院(2016)民终字第106号民事判决。

合同履行过程中的具体情况,且工程已交付使用多年,本院根据公平原则,对于第十一工程局在网上公布的欠款数额 1324 万元,由新安县政府给予第十一工程局一半的补偿。”^①在认定合同有效、根据合同可以确定工程价款的情况下,径行以公平原则为据,采信原告在网上公布的欠款金额,要求被告承担一半的支付责任,这样的判决难以让人信服。因此,虽然最高人民法院发布的裁判意见以及天同律师事务所的“天同码”具有相当的价值,但也存在需要梳理与反思的地方,且不足以澄清实践中的争议问题。

鉴于建筑市场的现状亟待规范,而相关裁判规则又有待厘清,本书根据笔者从事多年建设工程纠纷审判的自身经历,对建设工程纠纷在民事审判中存在的主要争议问题进行讨论。在写作上,本书具有如下特点:

一是坚持问题导向。建筑业涉及的法律制度相对庞杂,本书不求(事实上也不可能)面面俱到,仅针对笔者发现的争议问题进行讨论。根据《民事案件案由规定》,建设工程合同纠纷作为三级案由,下设建设工程勘察合同纠纷、建设工程设计合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、建设工程价款优先受偿权纠纷、建设工程分包合同纠纷、建设工程监理合同纠纷、装饰装修合同纠纷、铁路修建合同纠纷、农村建房施工合同纠纷,共计 9 个四级案由。因实务中建设工程勘察合同、建设工程设计合同、建设工程监理合同、铁路修建合同较少引发纠纷,本书未作讨论。对其余 5 类纠纷,因实践中的争议主要集中于建设工程施工合同纠纷、建设工程价款优先受偿权纠纷、建设工程分包合同纠纷,所以本书在这三类纠纷上着墨较多,对装饰装修合同纠纷、农村建房施工合同纠纷只有少量笔墨。

二是偏重实践路径。具体体现在三个方面:第一,由于本书主要针对实务工作者,所以在讨论问题时,注重问题的实务解决路径,尽量避免过于学术化的概念、术语以及长篇大论的理论阐释,即使遭遇基础性的理论问题(如建设工程价款优先受偿权的性质、效力、权利基础等),也是能简则简,不追求所谓的理论深度。第二,注重实务中的司法政策。“实践出真知”,对纠纷比较集中的相关问题,以最高人民法院的相关裁判意见为基础,辅之以各地高级人民法院的裁判规则展开讨论。但鉴于这些裁判规则不尽统一,且部分裁判意见并非最好的

^① 吴晓芳:《按照合同约定总价承包还是按照鉴定结论据实结算的问题——新安县人民政府与中国水利水电第十一工程局建设工程施工合同纠纷上诉案》,载《民事审判指导与参考》2007年第1集(总第29集),第215~224页。

选择,所以对这些实务中的司法政策进行了检讨。需要说明的是,本书收集的最高人民法院判决与裁定,主要来源于《民事审判指导与参考》《最高人民法院公报》。由于《建设工程施工合同解释(一)》的施行时间为2005年1月1日,故上述资料的起始时间,亦定格为2005年1月。本书引用的各地高级人民法院的指导意见,主要来源于上海市律师协会建设工程业务研究委员会的《各地法院审理建设工程合同纠纷指导意见汇编(第六版)》(以下简称《汇编》),因《汇编》系网络版,故正文中未标明出处。第三,本书立足于实务操作,站在解释论层面讨论裁判规则的具体适用,除余论部分对现行法律制度进行了检讨与反思以外,基本不涉及立法论层面的讨论。

三是实体法与程序法交织。任何一个实务问题的解决,都是实体法与程序法共同作用的结果,而且“它们必须在彼此的相互关系中才能得到理解”^①,如实际施工人向发包人追索工程款的纠纷,就因为实际施工人权利的特殊性导致相应的程序规则较为特殊,所以本书的讨论,不拘泥于实体法与程序法的分野,而是对问题面临的实体法规则与程序法规则一并予以讨论。

本书的出发点是针对实务中存在的问题,尝试进行操作层面的解答,希望本书能对法官、律师以及建筑业的从业人士有所裨益。由于笔者才疏学浅,错漏之处在所难免,而且争议之所以成为争议,往往潜藏着“公说公有理,婆说婆有理”的视角问题,所以书中有些观点还值得进一步斟酌。以上问题,还请读者诸君批评、见谅。

是为序。

郭砚

^① [美] 罗纳德·J. 艾伦:《证据法、诉讼法和实体法的关系?》,载《证据科学》2010年第6期,第768页。

缩略语表

一、本书中,法律、法规等规范性文件名称一律使用简称,如《中华人民共和国合同法》,简称为《合同法》。

二、其他规范性文件简称如下:

序号	文件全称	文件简称	文号
1	最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》	《民法通则意见》	法(办)发[1988]6号
2	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)》	《合同法解释(一)》	法释[1999]19号
3	最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》	《证据规定》	法释[2001]33号
4	最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》	《建设工程价款优先受偿权的批复》	法释[2002]16号
5	最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》	《商品房买卖合同解释》	法释[2003]7号
6	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》	《建设工程施工合同纠纷解释(一)》	法释[2004]14号
7	最高人民法院《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》	《国有土地使用权合同解释》	法释[2005]5号
8	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》	《诉讼时效规定》	法释[2008]11号
9	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)》	《合同法解释(二)》	法释[2009]5号

续表

序号	文件全称	文件简称	文号
10	最高人民法院《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》	《房屋租赁合同解释》	法释[2009]11号
11	最高人民法院《民事案件案由规定》	《案由规定》	法[2011]41号
12	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》	《买卖合同解释》	法释[2012]8号
13	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》	《民事诉讼法解释》	法释[2015]5号
14	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》	《民间借贷规定》	法释[2015]18号
15	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)》	《建设工程施工合同纠纷解释(二)》	法释[2018]20号

目 录

1. 建设工程合同效力的判断规则	1
1.1 承包人资质对施工合同效力的影响	1
1.1.1 建设工程施工合同、分包合同对承包人资质的要求	1
1.1.2 农村建房施工合同对承包人资质的要求	3
1.1.3 装饰装修合同对承包人资质的要求	5
1.2 招投标程序对施工合同效力的影响	9
1.2.1 必须招标而未经招标签订的施工合同的效力	9
1.2.2 依据无效中标签订的施工合同的效力	16
1.2.3 背离招投标实质性内容的施工合同的效力	24
1.3 不同经营模式对施工合同效力的影响	26
1.3.1 基于挂靠签订的施工合同效力	26
1.3.2 基于肢解发包签订的施工合同效力	28
1.3.3 基于转包签订的施工合同效力	29
1.3.4 基于分包签订的施工合同效力	33
1.3.5 基于内部承包签订的施工合同效力	35
1.4 不同经营模式对“背靠背”条款效力的影响	40
1.5 建设审批手续对施工合同效力的影响	45
1.6 施工合同无效对其他协议效力的影响	52
2. 建设工程质量的裁判规则	58
2.1 建设工程质量的确定	58
2.1.1 发包人组织竣工验收确认工程质量	58
2.1.2 未完工程或未经竣工验收工程的质量确认	60
2.1.3 发包人擅自使用工程的质量确认	61

2.2	发包人对工程质量的异议	62
2.3	承包人在工程竣工后的保修责任	66
2.4	承包人对地基基础和主体结构工程的质量责任	78
2.5	无效施工合同承包人的质量责任	81
3.	建设工程施工工期的认定规则	84
3.1	开工日期的认定	84
3.2	竣工日期的认定	89
3.3	工期顺延的认定	91
4.	建设工程价款的结算规则	98
4.1	承发包双方的自行结算规则	98
4.2	工程价款结算中的第三方审计规则	110
4.3	工程结算中的逾期答复视为认可规则	125
4.4	无效施工合同的工程款结算规则	134
4.5	施工合同中的工程款鉴定	143
4.5.1	不应通过鉴定确定工程款的情形	143
4.5.2	可以通过鉴定确定工程款的情形	145
4.6	工程价款结算应当遵循的计价规则	147
4.7	通过“比例法”求得约定计价标准	156
4.7.1	通过“价款比例法”求得约定计价标准	156
4.7.2	通过“工程量比例法”求得约定计价标准	157
4.7.3	通过“工期比例法”求得约定计价标准	160
5.	建设工程施工合同的利息计算规则	161
5.1	利息的法律属性	161
5.2	工程款利息的标准	165
5.3	工程款利息的计算期间	167
5.4	垫资款利息的标准	171

6. 建设工程施工合同的损失赔偿规则	173
6.1 发包人对承包人的损失赔偿责任	173
6.2 承包人对发包人的损失赔偿责任	177
6.3 无效施工合同的损失赔偿责任	180
6.4 施工合同解除导致的赔偿责任	181
6.5 施工合同约定的违约金责任	183
6.6 损失赔偿的程序性要求	192
7. 建设工程施工合同中从合同义务的履行规则	196
7.1 承包人开具发票的义务	196
7.2 承包人提交工程竣工资料的义务	202
7.3 发包人的协助义务	204
7.3.1 发包人协助义务的主要类型	205
7.3.2 发包人的协助义务不能强制履行	206
8. 建设工程价款优先受偿权的行使规则	207
8.1 建设工程价款优先受偿权的界定	207
8.1.1 建设工程价款优先受偿权的性质	207
8.1.2 建设工程价款优先受偿权的理论基础	209
8.2 建设工程价款优先受偿权的效力	212
8.3 建设工程价款优先受偿权的权利主体	217
8.4 施工合同的效力、履行与优先受偿权的关系	223
8.5 受建设工程价款优先受偿权约束的工程范围	228
8.6 建设工程价款优先受偿权担保的权利范围	231
8.7 不得行使优先受偿权的建设工程	240
8.8 建设工程价款优先受偿权蕴藏的权利冲突	246
8.8.1 承包人与次承包人之间的优先受偿权冲突	246
8.8.2 承包人的优先受偿权与消费者的返还购房款请求权	248
8.8.3 承包人、消费者与银行之间的权利循环关系	249
8.8.4 发包人破产时优先受偿权与工资债权的冲突	250
8.8.5 前手设定的他物权与后手享有的优先受偿权之间的冲突	251