

官审理建设工程合同纠纷案件操作指引

解构与重塑

建设工程合同纠纷
审判思维与方法

周利明◇著

DECONSTRUCTION

AND

REBUILDING

Judicial Reasoning and Approaches for
Construction Contract Disputes



法律出版社 | LAW PRESS

解构与重塑

建设工程合同纠纷 审判思维与方法

周利明◇著

DECONSTRUCTION
AND
REBUILDING

Judicial Reasoning and Approaches for
Construction Contract Disputes

图书在版编目(CIP)数据

解构与重塑：建设工程合同纠纷审判思维与方法 /
周利明著. — 北京：法律出版社，2019
ISBN 978 - 7 - 5197 - 3781 - 8

I. ①解… II. ①周… III. ①建筑工程—工程施工—
合同纠纷—处理—中国 IV. ①D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 187309 号

解构与重塑：建设工程合同纠纷审判思维与方法
JIEGOU YU CHONGSU, JIANSHE GONGCHENG HETONG
JIUFEN SHENPAN SIWEI YU FANGFA

周利明 著

责任编辑 张发靖 李 群
装帧设计 汪奇峰

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 中煤(北京)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 46
字数 698 千
版本 2019 年 9 月第 1 版
印次 2019 年 9 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/400-660-8393

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/400-660-8393/6393

第一法律书店/010-83938432/8433

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号：ISBN 978 - 7 - 5197 - 3781 - 8

定价：128.00 元

(如有缺页或倒装，中国法律图书有限公司负责退换)

序

Preface

法律在于经验,而不在于逻辑。传统的法学教育,侧重于理论知识、体系结构的学习,尽管存在社会实践、暑期实习等要求,实践性仍然是法学院学生的短板。当毕业之后进入法院走上审判岗位时,特别容易感到知识积累的匮乏和社会经验的不足。因而,需要将理论和实践结合起来,将书本上的知识与司法办案结合起来,提高法官的办案能力。这一关很重要,成功实现结合者,就会很快适应审判工作的需要;不能够实现结合者,就会产生理论和实践脱节,书本和审判脱节,不能适应审判工作的需要。就多数法官而言,都能够成功通过这一关的考验,成为一名合格的法官。

在人民法院受理的合同类案件中,比较难的是建设工程合同纠纷案件的法律适用问题。问题在于,这种案件有技术性强、工程术语繁多、法律关系复杂等特点,即使能够将理论和实践紧密结合的法官,也会存在较大的困惑。建设工程施工及结算的全过程、常见工程计价模式的甄别、房建工程的十个分部工程的划分、49项建筑业企业资质的内涵与外延、工程造价司法鉴定的流程和操作方法、工程质量缺陷的表现与归类等,都是法官审理这类案件的基础知识。但是法官无论是在校学习还是在法院的审判工作中,往往因缺少相应的学习渠道而无从掌握,开庭审理时很难把握庭审方向和节奏,决断时迟疑不定,所以很多法官都不愿意审理建设工程案件。

利明法官作为一线的法官,勤奋好学,每年办理大量的建设工程合同纠纷案件。在工作之余,他赴各地学习建设工程法律和管理知识,结合丰富的

审判经验,加以总结思考,形成了审理建设工程合同纠纷案件完整、独特的办案思路 and 技巧。作为“明星法官”,他善于演讲,多次给法官、仲裁员、律师进行培训,传授这方面的经验,均收到较好的评价。他将自己的思考和授课内容经过加工完善,形成本书并出版发行。这给其他法官提供了破解建设工程合同纠纷案件审理难题的一个途径,构建出理论与实践结合的桥梁。

我也是在司法实践中成长起来的法官、学者,深知在工作实践之余写书、著文的艰辛。利明法官有此成果问世,提供给各位法官和读者阅读,定会发挥其应有的作用。因此我衷心表示祝贺!

值此本书出版之际,我向法官、仲裁员和律师推荐,希望各位能够喜欢,相信定能从中受益。

中国人民大学法学院教授

博士生导师

杨立新

2019年8月31日

阅读说明 |

1. 文字加黑部分,为本书特别提醒的审判方法、技巧,重点推荐。
2. 《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》。
3. 《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《民事诉讼法司法解释》。
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. 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》简称为《证据规定》。

前言

Preface

建设工程合同纠纷历来是民商事案件审判中最为疑难复杂的类型之一,其标的大、法律关系复杂、专业性强、息诉服判率低等特点有目共睹。从笔者近年来在全国各地讲学时接触的法官、仲裁员与律师的情况来看,将建设工程合同纠纷作为一类单独的、特殊的、专业性的案件来认识的,仍然系少数。加上法官“岗位轮换”、律师“为稻粱谋”等客观因素,很少形成专业、稳定、高效的建设工程合同纠纷案件审判队伍,致使积案、错案多发,备受诟病。有些法官将建设工程合同纠纷作为普通商事案件,机械依据《建设工程施工合同(示范文本)》中通用条款的约定判案;有些仲裁员对工程施工技术、工程经济管理实践知识不熟悉,在工程资料的证明力比较上采取武断的判断;有些律师对工程质量问题不理解,对外观缺陷型的质量缺陷夸大为结构安全性、功能适用性的严重质量缺陷并以此拒付价款等。案件的审理往往发展成“法官很懵,律师很累,鉴定人很为难,当事人很不满意”的最终结果。

目前有关建设工程法律的书籍多数是从实体规则的角度出发进行分析、论证、解释。本书希望另辟蹊径,结合笔者多年办理相当数量建设工程合同纠纷的宝贵经验,立足于法官思维,从思路、方法、技术的角度,对建设工程合同纠纷如何进行审查、肢解、拆分、送达、保全、现场勘验、调查取证、庭前会议、举证质证、组织鉴定、庭审驾驭、决断、调解、裁判文书制作、二审审理等方面探讨处理路径,提供实用、有效的法官操作方法的指引。同时,附之以大量生动、精彩的实践案件,展现具体方法的实践应用过程,突出表现为“解构与重塑”。

需要特别说明的是,建设工程合同纠纷作为三级案由,包含了以下九个四级案由:建设工程施工合同纠纷、建设工程分包合同纠纷、装饰装修合同纠纷、建设工程价款优先受偿权纠纷、建设工程勘察合同纠纷、建设工程设计合同纠纷、建设工程

监理合同纠纷、铁路修建合同纠纷、农村建房施工合同纠纷。但司法实践中后六者案件数量极少,故本书所指的建设工程合同纠纷,如无特殊说明,则主要针对建设工程施工合同纠纷、建设工程分包合同纠纷及装饰装修合同纠纷。

本书的亮点有以下三个:一是将工程价款争议案件分为静态审查与动态审查的九个步骤,各步骤之间存在严密的逻辑递进关系,所有案件均可通过该方法予以肢解、拆分并分别审查、厘清思路,此为笔者所原创并力推的经典之处;二是结合《建设工程司法解释(二)》,在有关工程造价、质量、工期司法鉴定的运用上,既总结既有规则,又有所创新和完善,侧重于实践可操作性,对提高司法鉴定的质量和效率有所裨益;三是完全以法官作为裁判者的视角,从收案、审案、断案的自然流程角度考虑案件,每个步骤既结合民事诉讼法等程序法的规范操作,又针对建设工程合同纠纷的特殊性作了一些简化、优化以及扩充,完整呈现程序法如何为具体的部门法所服务。本书所举案例一般分为【案情】【审理】【评析】三个部分,绝大多数均为笔者亲身经历,真实性毋庸置疑,但所涉及的姓名、名称、项目等则为杜撰,雷同勿怪。

所以,实务性和可操作性是本书坚持的首要原则。建设工程合同纠纷如果没有数十件至上百件案件的审判积累,很难形成融会贯通的完整思路。各级人民法院(特别是一审法院)从事建设工程合同纠纷案件审理的法官、各地从事建设工程案件仲裁的仲裁员,为本书第一推荐群体。希望通过本书,能够帮助法官和仲裁员迅速厘清审理思路,把握审理方向,运用审理技巧,推进审理进程。有志于专业从事建设工程法律诉讼和非诉服务的律师,亦可通过本书的学习,了解建设工程案件裁判者思维并有针对性地进行演绎,尽快将原有思路转换为建设工程案件的代理思路,以期优化策略,更好地为当事人提供法律服务。当裁判者思路不清、举棋不定、无从下手时,也可以将本书推荐给他(她),毕竟,说服裁判者是律师的终极目标。司法鉴定人亦可通过本书的学习,掌握裁判者思维以及调解、沟通的方法和技巧,以期与法官、仲裁员及代理人等通力合作,稳步推进鉴定进程。施工企业法务、建设行政主管部门工作人员、高校研究人员等也是本书所强烈推荐的人群。

第一篇 概 论

第一章 | 003

建设工程合同
纠纷案件的特点

1. 法律关系复杂 003
2. 法律法规及相关规定繁杂 004
3. 疑难问题众多 004
4. 技术门槛高 006
5. 审理周期长 006
6. 案件标的大, 诉讼请求多 007
7. 无效合同比例高 008
8. 服判率低、发改率高 008

第二章 | 010

法官审理工程
案件的心态

1. 畏难情绪 010
2. 不能超审限 011
3. 不要被改判或者发回重审 011
4. 当事人及时提交证据 012
5. 审理进程稳步推进 012
6. 被告积极应诉, 避免缺席或公告 014
7. 诉讼主体越少越好 015
8. 事实与争议焦点尽量清楚、明确 016
9. 实事求是, 注重实体公平和利益平衡 016

第三章 | 017**建设工程相关案由
概览**

1. 建设工程合同纠纷	017
2. 建设工程施工合同纠纷	018
3. 建设工程分包合同纠纷	019
4. 装饰装修合同纠纷	020
5. 建设工程价款优先受偿权纠纷	024
6. 建设工程勘察、设计、监理合同纠纷	025
7. 铁路修建合同纠纷	030
8. 农村建房施工合同纠纷	031
9. 其他建设工程合同纠纷案由	031
本篇小结	032

第二篇 庭前准备**第四章 | 035****诉讼材料的初步审查**

1. 主体是否合格	035
2. 诉讼请求与请求权基础	037
3. 基础材料是否齐备	038

第五章 | 040**主管与管辖**

1. 仲裁主管	040
2. 专属管辖	042
3. 级别管辖	048

第六章 | 049**送 达**

1. 送达的原则	049
2. 送达时的沟通	050
3. 送达时的引导	050
4. 送达时的自认	051
5. 送达时的调解	051
6. 送达后的反馈	052

第七章 | 054

保 全

1. 保全的影响 054
2. 保全的基础材料 055
3. 保全的必要性审查 055
4. 保全中的实体判断 056
5. 解除保全 060
6. 避免保全战 062
7. 保全与管辖权衔接 064

第八章 | 066

合议庭的组成与分工

1. 承办法官的地位和作用 066
 2. 合议庭的组成 067
 3. 合议事项 067
 4. 实质性合议 067
- 本篇小结** 068

第三篇 合同静态审查

第九章 | 071

合同关系

1. 请求权基础分析方法 071
2. 坚持合同相对性为原则,突破合同相对性为例外 072
3. 是否存在合同关系的判断 073
4. 有权代表情形下的合同相对人 082
5. 表见代理情形下的合同相对人 084
6. 挂靠情形下的合同相对人 085
7. 指定分包情形下的合同相对人 086
8. 多份合同能否一并诉讼 087

第十章 | 090

合同内容

1. 合同形式 090
2. 常见合同内容审查要点 092
3. 招投标合同审查要点 095
4. 合同内容矛盾或约定不明 097
5. 无合同案件合同内容的查明 099

第十一章 | 104**合同性质**

- | | |
|-----------------------------|-----|
| 1. 合同性质与案由 | 104 |
| 2. 名为供货安装合同实为建设工程施工合同 | 105 |
| 3. 名为买卖合同实为建设工程施工合同 | 107 |
| 4. 名为租赁合同实为建设工程分包合同 | 110 |
| 5. 名为建设工程勘察合同实为承揽合同 | 111 |
| 6. 名为制作安装合同实为定作合同 | 112 |
| 7. 名为建设工程分包合同实为定作合同 | 114 |
| 8. 挖机、塔吊等机械台班费用的性质 | 115 |
| 9. EPC 工程中采购设备的合同性质 | 117 |
| 10. 名为劳务分包实为建设工程分包合同 | 119 |
| 11. 名为内部承包实为挂靠合同 | 122 |
| 12. 转包与挂靠、违法分包的联系与区别 | 123 |
| 13. “建设工程”的边界 | 129 |
| 14. 工程建设部分工作与建设工程分包 | 130 |
| 15. 合同性质查明的法律效果 | 134 |

第十二章 | 137**合同效力**

- | | |
|-------------------------|-----|
| 1. 合同效力的司法意义 | 137 |
| 2. 合同效力与诉讼请求 | 141 |
| 3. 建设工程合同无效的十一种类型 | 141 |
| 4. 建设工程合同无效后的归责 | 161 |
| 5. 建设工程合同无效的法律效果 | 163 |
| 6. 合同效力查明示例 | 171 |
| 7. 建设工程合同无效的思考 | 175 |
| 本篇小结 | 178 |

第四篇 合同动态审查**第十三章 | 185****履行**

- | | |
|---------------|-----|
| 1. 未履行 | 185 |
| 2. 部分履行 | 188 |
| 3. 终止履行 | 204 |
| 4. 完工 | 204 |

第十四章 | 206**竣 工**

1. 竣工的法律意义 206
2. 竣工的程序性事项 208
3. 完工/交工/竣工的联系与区别 210
4. 工程竣工验收报告 212
5. 建设工程竣工验收备案 213
6. 发包人出具的竣工证明 213
7. 甩项竣工验收 214
8. 分部分项竣工验收 215
9. 发包人擅自使用 217
10. 发包人故意拖延验收 221
11. 总结 224

第十五章 | 225**应付款(工程造价)**

1. 工程造价的法律意义 225
2. 工程造价与工程价款 226
3. 常见工程计价方式 227
4. 常见工程计价方式识别和运用 237
5. 一般情形下的工程造价的举证 247
6. 协商一致达成协议 249
7. 自认与确认 250
8. 固定总价无变更 252
9. 通过已有证据可直接计算 253
10. 默示条款的适用 254
11. 审价报告 259
12. 结算报告 262
13. 工程造价司法鉴定 262
14. 其他应付款 263
15. 项目应付总价款 267

第十六章 | 269**已付款及应扣款**

- | | |
|-----------------------|-----|
| 1. 常见的已付款 | 269 |
| 2. 已付款的举证简化 | 282 |
| 3. 已付款的其他证明目的 | 283 |
| 4. 应扣款 | 287 |
| 5. 已付款、应扣款的若干难点 | 289 |
| 6. 终极手段 | 290 |

第十七章 | 292**结算款**

- | | |
|----------------------|-----|
| 1. 工程决算与工程结算 | 292 |
| 2. 结算与竣工 | 293 |
| 3. “大结算”与“小结算” | 294 |
| 4. 结算成果 | 299 |
| 5. 结算三种结果 | 301 |
| 6. 结算协议无效或者可撤销 | 302 |
| 7. 结算款的拒付抗辩 | 311 |
| 8. 结算的法律意义 | 313 |
| 9. 财政审计结论与工程结算 | 313 |
| 10. 结算协议的管辖问题 | 314 |
| 本篇小结 | 315 |

第五篇 审理程序**第十八章 | 319****庭前会议**

- | | |
|---------------------|-----|
| 1. 程序性事项 | 319 |
| 2. 起诉与答辩 | 321 |
| 3. 举证 | 323 |
| 4. 质证 | 328 |
| 5. 补充证据 | 335 |
| 6. 处理反诉 | 337 |
| 7. 决定是否启动司法鉴定 | 339 |
| 8. 庭前会议示例 | 340 |

第十九章 349	
调查取证	
	1. 相关依据 349
	2. 当事人申请调查取证 350
	3. 依职权调查取证 352
	4. 调查取证应注意的问题 355
第二十章 357	
释 明	
	1. 释明权的一般含义 357
	2. 程序性事项的释明 358
	3. 诉讼请求及法律问题的释明 361
	4. 事实和证据问题的释明 370
	5. 裁判的释明 373
	6. 建设工程合同案件中应充分重视释明权 374
第二十一章 380	
现场勘验	
	1. 现场勘验的目的 380
	2. 现场勘验的必要性 382
	3. 现场勘验的时间 383
	4. 现场勘验的组织与协调 384
	5. 现场勘验笔录 386
第二十二章 387	
开庭审理	
	1. 排庭 388
	2. 阅卷并制定庭审提纲 389
	3. 开庭准备 396
	4. 法庭调查 398
	5. 法庭辩论 404
	6. 最后意见 406
	7. 询问调解意愿 407
	8. 当庭宣判 407
	9. 下一步安排及处理 412
	10. 庭审次序的优化 412

第二十三章 | 415**庭审二次架构**

- | | |
|--------------------------|-----|
| 1. 无争议事实的归纳和确认 | 415 |
| 2. 争议焦点的明确和修正 | 419 |
| 3. 争议焦点充分调查和辩论 | 420 |
| 4. 争议焦点与无争议事实的转化 | 422 |
| 5. 诉讼请求与请求权基础的二次审查 | 423 |
| 本篇小结 | 424 |

第六篇 审后程序**第二十四章 | 427****案件决断**

- | | |
|-------------------|-----|
| 1. 是否有望撤诉 | 427 |
| 2. 是否有望调解 | 430 |
| 3. 判决是否难以回避 | 432 |
| 4. 先行判决 | 432 |
| 5. 多手准备 | 434 |
| 6. 宣判的确定 | 434 |

第二十五章 | 438**调 解**

- | | |
|--------------------|-----|
| 1. 调解的原则 | 438 |
| 2. 调解的时机 | 440 |
| 3. 调解的方法 | 442 |
| 4. 调解的技巧 | 444 |
| 5. 调解中防范虚假诉讼 | 457 |
| 6. 特殊群体的调解 | 459 |
| 7. 调解书的履行 | 461 |

第二十六章 | 463**民事判决书的
制作与改进**

- | | |
|-----------------------|-----|
| 1. 民事判决书的结构 | 463 |
| 2. 当事人意见归纳不足 | 467 |
| 3. 证据列举烦冗 | 467 |
| 4. 事实认定错漏 | 468 |
| 5. 争议焦点归纳不准确 | 469 |
| 6. 论证说理不清 | 469 |
| 7. 提高民事判决书质量的建议 | 470 |
| 8. 对起诉状与证据清单的反思 | 480 |
| 本篇小结 | 484 |

第七篇 工程造价鉴定**第二十七章 | 487****司法鉴定的法律意义**

1. 鉴定意见是法定证据种类之一 487
2. 鉴定意见多是间接证据 488
3. 其他对外委托事项 488
4. 与工程案件有关的其他鉴定 491
5. 鉴定意见的证明力 495
6. 鉴定不能 496

第二十八章 | 498**工程造价鉴定流程**

1. 鉴定的启动 498
2. 鉴定的委托 503
3. 鉴定的实施 510
4. 出具鉴定意见书 522
5. 若干程序性问题 526
6. 若干实体性问题 528

本篇小结 543

第八篇 工程质量、工期审理路径**第二十九章 | 547****工程质量问题概述**

1. 工程质量缺陷 547
2. 工程质量通病 548
3. 工程质量事故 549
4. 工程质量问题的五个维度 551
5. 显性质量问题与隐性质量问题 553
6. 工程质量与造价、工期 553

第三十章 | 555**工程质量案件
初步审理**

1. 请求权基础的分类和初步证据 555
2. 组织质证并认证 558
3. 决定案件审理方向 560