



建设工程施工合同审理审查实务

秦德平 著

人民法院出版社

建设工程施工合同审理审查实务

秦德平 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

建设工程施工合同审理审查实务/秦德平著. —北京:
人民法院出版社, 2019. 3

ISBN 978 - 7 - 5109 - 2451 - 4

I. ①建… II. ①秦… 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 038812 号

建设工程施工合同审理审查实务

秦德平 著

责任编辑 范春雪 执行编辑 杨晓燕
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) 67550508 (执行编辑) 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 349 千字
印 张 22
版 次 2019 年 3 月第 1 版 2019 年 3 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 2451 - 4
定 价 66.00 元

版权所有 侵权必究

前 言

改革开放以来，我国建筑市场繁荣发展，吸纳了大量的农民工就业，并拉动了一系列相关产业的发展。与此同时，建筑领域的纠纷大量产生，诉讼到法院的案件逐年上升，建设工程施工合同纠纷已成为人民法院审理的民事案件中的重要案件类型。因该类合同的签订及履行周期长、标的大、涉及主体利益冲突多，再由于专业性强、审理周期长，同时又受到不同领域的多部法律和规范性文件的调整等特点，使得该类纠纷成为审判实践中的重点和难点问题之一。

最高人民法院针对司法实践中带有普遍性的问题出台了一系列司法解释和司法政策。2004年，最高人民法院制定了《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》。该司法解释对统一法律适用、保障工程质量、规范建筑市场、保护各类主体尤其是农民工等弱势群体合法权益发挥了重要作用。在本书写作过程中，最高人民法院又于2019年1月3日，适时出台了《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（二）》，于2019年2月1日起施行。该司法解释针对近年来建筑市场的新变化、司法实践的新问题、管理政策的新突破，就建设工程施工合同效力、建设工程价款结算、建设工程鉴定、建设工程价款优先受偿权和实际施工人权利保护等问题作了新的规定。笔者对司法解释的新规定进行了深入的学习和思考，并认真梳理在建设工程施工合同审判遇到的疑难问题，按照建设工程施工合同的签订、效力、履行及责任承担等不同环节对问题进行分解，分别阐述相关具体实务问题。对于审判实践中经常发生争议的司法鉴定、工程价款优先受偿权、表见代理、实际施工人和用工主体责任等热点问题和理论问题，专章论述。在阐述相关问题时，利用互联网和大数据的便利，我检索并筛选了最高人民法



院的相关案例，为法官审理类似案件提供案例参考。总体而言，本书依据建设工程的相关法律法规和新的司法解释的规定，以解决审判实践中的实务问题为宗旨，为从事建设工程合同纠纷案件的法律实务工作者提供相关法律依据及部分案例支撑。内容上侧重于对建设工程施工合同案件审理的相关问题研究的系统性、实务性和一定程度的前瞻性。

本书的写作，得益于党中央倡导的全面依法治国和全体党员增强学习本领的大背景，更得益于河南省高级人民法院领导的支持和鼓励。党的十九大报告对全体党员提出要增强八种本领，其中首要的就是学习本领。河南省高级人民法院新一届党组也对广大法官提出了“深入开展大学习、大调研，建设学习型法院”的要求。基于此，我结合审判工作实际，将建设工程施工合同案件的审理作为学习选题，认真进行学习和深入思考，以期提高自己的学习本领，收获学习成果。同时，自己从事建设工程施工合同纠纷案件的审理和审查工作多年，积累了大量的案例，也有许多困惑和思考；在对法官培训授课过程中，也收集了大量的建设工程施工合同案件案例和审理时遇到的实际问题。我希望通过对相关问题的研究和思考，提供解决实际问题的具体方案，为进一步提高该类案件的审判质量和效率做出自己力所能及的贡献。

写作的过程是将深入思考的结果转化为学习成果的过程，也是对自己的修炼和提升过程。既需要平时的审判经验积累作为基础，也需要在总结经验的基础上进行系统深入思考和理论升华，更需要耐得住枯燥和寂寞，在繁忙的工作之余挤出时间，专注写作。正所谓“文章千古事，得失寸心知”。本书完稿时，有如释负重的感觉，也有战战兢兢、如坐针毡的个中滋味。书中内容的优劣，只好交由读者评说。

需要说明的是，在检索案例的过程中，发现对同一问题，不同法院有不同的裁判理由和裁判结果，有些问题还存在争议，最高人民法院的司法解释也仅仅解决了实践中遇到的部分问题。对于部分争议观点，本人进行了取舍，系个人拙见，供读者思考。案件的审理和审查过程中，还需要法官本着个案的公平正义和纠纷的解决目标，发挥主观能动性。由于能力所限，再加上收集资料不全，写作和校对时间仓促，难免有疏漏和不当之处，敬请读者谅解

和指正。

本书的出版，得到了河南省高级法院领导和众多同仁们的鼓励和支持，我的同事张伟和秦静承担本书的校对工作，在此谨表谢意！

秦德平

二〇一九年一月

目 录

第一章 建设工程施工合同实务问题概述	(1)
一、建设工程施工合同纠纷的基本特点	(1)
(一) 合同无效情形比重高	(1)
(二) 违约现象频频发生	(2)
(三) 工程鉴定乱象较为普遍	(2)
(四) 实际施工人主张工程款情形较多	(2)
(五) 关联案件增多	(2)
二、建设工程施工合同的订立	(3)
(一) 合同形式	(3)
(二) 施工合同订立应具备的条件	(3)
(三) 施工合同的签订程序	(3)
(四) 合同内容	(4)
(五) 合同文件构成	(5)
(六) 建设工程施工合同文件的解释顺序	(6)
三、审理建设工程施工合同案件的基本原则	(7)
(一) 坚持质量第一原则	(8)
(二) 坚持规范建筑市场秩序原则	(8)
(三) 遵循工程规范与工程惯例原则	(8)
(四) 法律判断与专业判断相结合原则	(9)
(五) 利益衡平原则	(10)
(六) 坚持保护利益相关人原则	(11)
四、建设工程施工合同审查审理重点问题	(11)
(一) 立案受理审查	(11)

(二) 庭前准备	(13)
(三) 开庭审理	(13)
(四) 诉讼指导与释明	(18)
(五) 实务问题	(19)
五、农村个人建房纠纷的法律适用	(21)
(一) 依法认定农村建房合同的性质	(23)
(二) 准确把握农村建房合同的效力	(24)
第二章 建设工程施工合同的效力	(26)
一、认定建设工程施工合同效力的总体原则	(26)
(一) 建设工程施工合同效力的主动审查原则	(26)
(二) 建设工程施工合同效力的全面审查原则	(26)
(三) 建设工程施工合同效力的依法审查原则	(27)
(四) 从严认定建设工程施工合同无效原则	(27)
二、关于建设工程施工合同效力的争议	(28)
(一) 建设工程施工合同效力的不同意见	(28)
(二) 认定违反效力性强制性规定的标准	(29)
(三) 违反市场准入和招投标法的合同效力	(31)
三、建设工程施工合同无效的法定情形	(32)
(一) 无资质或者超越资质的情形	(32)
(二) 借用资质的情形	(33)
(三) 违反招投标法规定的情形	(34)
(四) 非法转包、违法分包的情形	(36)
(五) 未取得相关权证的情形	(37)
四、效力补正即不作无效处理的合同	(38)
(一) 施工中取得资质的，按有效处理	(38)
(二) 有资质的劳务分包合同属于有效合同	(39)
(三) 肢解发包合同不一律作无效处理	(39)
五、招投标情形下“黑白合同”的认定	(40)
(一) 中标合同与备案	(40)

(二) “黑白合同”的认定	(43)
(三) “黑黑合同”的认定及结算	(44)
(四) 实质性内容不一致的判断标准	(46)
(五) 相关案例	(47)
六、特别条款对合同效力的影响	(48)
(一) 垫资条款	(48)
(二) 业主支付前提条款的效力问题	(49)
(三) 政府和社会资本合作 (PPP) 的合同条款效力	(52)
七、实务中的问题	(56)
(一) 违法发包、转包、违法分包及挂靠的区别	(56)
(二) 内部承包	(60)
(三) 劳务公司作为施工人的合同效力	(62)
(四) 发包人与承包人以房抵债协议的效力	(63)
(五) 建设工程施工合同无效对调解书的影响	(64)
第三章 建设工程施工合同无效的处理	(65)
一、建设工程施工合同无效的法律后果	(65)
(一) 对工程价款结算的影响	(65)
(二) 对工期索赔的影响	(67)
(三) 对工程质量索赔的影响	(67)
(四) 其他法律后果	(68)
二、建设工程施工合同无效的处理	(69)
(一) 处理原则	(69)
(二) 无效建设工程施工合同的过错责任认定	(70)
(三) 建设工程的折价补偿	(72)
三、建设工程施工合同的收缴	(76)
(一) 人民法院应当慎用收缴措施	(76)
(二) 管理费不等同于非法所得	(78)
(三) 无效合同约定利润的收缴问题	(78)
(四) 相关案例	(79)



四、建筑工程施工合同的居间	(83)
(一) 建设工程居间合同的效力	(83)
(二) 居间费用的标准	(85)
(三) 相关案例	(85)
五、建筑工程施工合同无效的实务问题	(88)
(一) 合同无效当事人是否可以主张违约金	(88)
(二) 当事人对合同结算价款的选择权问题	(89)
(三) 违法建筑工程价款的结算	(90)
(四) 无效合同中默示结算条款的效力	(91)
第四章 建设工程的计价方式和价款构成	(92)
一、工程造价的编制和确定	(92)
(一) 工程造价的编制	(92)
(二) 工程造价的确定	(93)
二、建设工程的计价方式	(93)
(一) 定额计价与工程量清单计价简介	(93)
(二) 定额计价与工程量清单计价的区别	(95)
(三) 定额计价与工程量清单计价的联系	(96)
(四) 计价方式与合同价的关系	(97)
三、工程价款结算方式的选择	(97)
(一) 固定总价合同	(98)
(二) 固定单价合同	(100)
(三) 可调价格合同	(101)
(四) 成本加酬金合同	(102)
四、建设工程定额价款的构成	(103)
(一) 直接费	(104)
(二) 间接费	(106)
(三) 利润	(106)
(四) 税金	(106)
五、建设工程清单计价的价款构成	(107)

(一) 工程量清单的价款构成	(107)
(二) 工程量清单计价与合同效力	(108)
第五章 建设工程施工合同价款的调整	(111)
一、影响建设工程施工合同价款调整的因素	(111)
(一) 当事人约定优先原则	(111)
(二) 合同计价方式的影响	(112)
(三) 合同价款形式的影响	(112)
二、建设工程施工合同价款的调整事由	(114)
(一) 工程量的调整	(114)
(二) 综合单价的调整	(116)
(三) 措施费的调整	(117)
三、工程签证与索赔	(118)
(一) 工程签证	(118)
(二) 工程索赔	(122)
四、工程价款的调整程序	(126)
(一) 工程价款调整的提起	(126)
(二) 工程价款调整的核实	(127)
五、建设工程施工合同的风险负担	(127)
(一) 发包人完全承担法律变化的风险	(128)
(二) 发、承包人共同承担的风险	(128)
(三) 承包人完全承担的风险	(128)
六、实务问题	(129)
(一) 当事人工作人员签证确认的效力问题	(129)
(二) 监理工程师签认的效力问题	(129)
(三) 优良工程奖问题	(131)
(四) 赶工措施费的确定	(132)
(五) 建材价格上涨主张情势变更问题	(132)
(六) 工程变更部分的计价标准问题	(134)
(七) 人工费的调整问题	(135)

第六章 建设工程施工合同的结算与支付	(136)
一、合同价款期中支付	(136)
(一) 工程预付款	(136)
(二) 安全文明施工费	(137)
(三) 工程进度款 (中间结算)	(137)
二、工程竣工结算	(138)
(一) 工程竣工结算方式	(138)
(二) 工程竣工结算编审	(139)
(三) 结算资料的内容	(139)
(四) 承包人结算资料的送达	(139)
(五) 发包人对工程竣工结算审查 (核实)	(139)
(六) 工程竣工结算审查期限	(140)
(七) 发包人逾期审查的法律后果	(141)
三、竣工结算款的支付	(142)
(一) 申请与支付	(142)
(二) 工程质量保证金	(143)
(三) 最终结清	(144)
四、对工程价款的司法审查	(144)
(一) 审查给付工程款的前提条件是否成就	(144)
(二) 工程价款竣工结算司法审查的一般方法	(145)
五、工程价款实务问题	(148)
(一) 工程价款中的社保费	(148)
(二) 多份合同情形下工程总价款的结算	(153)
(三) 工程垫资的利息保护问题	(154)
(四) 固定总价合同部分工程价款的确定	(154)
(五) 给付工程款与开具增值税发票	(155)
(六) 发包人主张移交工程竣工资料的抗辩	(157)
(七) 承包方非法转包后的工程款结算	(159)
(八) 发包方对于工程形象进度的推测与自认	(159)

第七章 建设工程施工合同的工期	(161)
一、定额工期与合同工期	(161)
(一) 定额工期	(161)
(二) 合同工期	(162)
二、开工日期与竣工日期	(162)
(一) 开工日期	(162)
(二) 竣工日期	(164)
三、工期顺延	(166)
(一) 工期顺延的情形	(166)
(二) 工期顺延的申请与签证	(167)
四、工期违约责任	(168)
(一) 工期违约责任的形式	(168)
(二) 工期违约金的限制	(170)
五、工期违约举证证明责任的分配	(170)
六、工期诉讼中的实务问题	(173)
(一) 施工合同无效时工期损失的赔偿	(173)
(二) 工期违约责任的诉讼时效	(175)
(三) 承包人不协助办理竣工验收的责任	(175)
(四) 竣工验收签署日期的确定	(176)
(五) 建设工程的合理工期	(176)
第八章 建设工程的质量责任	(178)
一、建设工程质量纠纷的审理原则	(178)
(一) 坚持工程质量第一的原则	(178)
(二) 坚持经济效益优先的原则	(179)
(三) 借助专业机构鉴定的原则	(179)
二、建设工程质量问题的事实认定	(179)
(一) 分析工程质量问题的基本属性	(179)
(二) 分析工程质量问题的严重程度	(179)
(三) 分析工程质量问题的引发原因	(180)



(四) 分析工程质量问题的修复方案	(180)
三、施工期的质量责任	(180)
(一) 总分包单位的质量责任	(180)
(二) 承包人法定的质量责任	(181)
(三) 承包人约定的质量责任	(181)
(四) 承包人的返修责任	(182)
(五) 发包方承担工程质量责任的例外情况	(183)
四、建设工程交付后的保修责任与赔偿责任	(185)
(一) 缺陷责任期与保修期	(185)
(二) 建设工程交付后的质量保修责任	(186)
(三) 建设工程交付后的赔偿责任	(189)
(四) 保修期满后的质量责任	(191)
五、建设工程质量实务问题	(191)
(一) 工程质量之争属于抗辩抑或反诉	(191)
(二) 发包人对工程质量缺陷存在过错的认定	(193)
(三) 发包人要求承包人承担修复费用的处理	(194)
(四) 合同约定保修期限低于法定期限的效力	(195)
(五) 维修工程量和质量问题的原因无法判定	(195)
(六) 施工合同无效的工程质量保修	(196)
(七) 工程质量诉讼中的共同被告	(196)
第九章 建设工程的竣工与交付	(198)
一、竣工与验收	(198)
(一) 工程竣工	(198)
(二) 工程竣工验收	(198)
二、竣工验收的分类	(199)
(一) 按照验收工程分类	(199)
(二) 按照验收主体分类	(201)
三、建设工程竣工验收的演变	(202)
(一) 许可制	(202)

(二) 备案制	(203)
(三) 两种验收规定的冲突	(204)
四、验收合格标准之认定	(206)
(一) 工程竣工验收合格标准的争议	(206)
(二) 验收合格标准之厘清	(208)
(三) 工程质量瑕疵之处理	(208)
五、竣工验收程序	(209)
(一) 承包人申请	(209)
(二) 监理人审查	(209)
(三) 发包人组织验收	(209)
六、竣工验收与交付	(210)
(一) 交付的实质是转移占有	(210)
(二) 拟制交付	(211)
(三) 故意拖延验收或受领的责任	(211)
(四) 承包人交付工程后的义务	(212)
第十章 建设工程施工合同的违约责任	(213)
一、施工合同的违约和责任的承担方式	(213)
二、发包人的主要义务和违约责任	(214)
三、承包人的主要义务和违约责任	(216)
四、施工合同违约金的计算标准	(218)
五、施工合同履行中的不可抗力	(219)
(一) 不可抗力的确认	(219)
(二) 不可抗力的通知	(219)
(三) 不可抗力后果的承担	(220)
(四) 因不可抗力解除合同	(220)
六、建设工程施工合同的解除权	(221)
(一) 发包人的合同解除权	(221)
(二) 承包人的合同解除权	(222)
(三) 建设工程施工合同解除后的处理	(222)



(四) 对当事人行使合同解除权的限制	(223)
七、施工合同违约责任的实务问题	(225)
(一) 工期延误违约责任的认定及处理	(225)
(二) 工程质量违约责任的认定及处理	(226)
(三) 发包人欠付工程款利息计算问题	(226)
(四) 承包人同时主张违约金和损失问题	(229)
(五) 发包人同时主张违约金和租金损失问题	(231)
(六) 承包人拒绝交付工程问题	(231)
(七) 法院主动酌减违约金问题	(232)
(八) 施工合同约定“罚款”的性质	(232)
第十一章 建设工程施工合同的司法鉴定	(233)
一、司法鉴定存在的问题	(233)
(一) 法官方面的问题	(233)
(二) 鉴定人方面的问题	(234)
二、司法鉴定的启动	(235)
(一) 司法鉴定的启动原则	(235)
(二) 不予启动司法鉴定的情形	(236)
(三) 鉴定启动的程序	(239)
(四) 当事人应申请司法鉴定而不申请的后果	(240)
三、司法鉴定依据的确定原则	(241)
(一) 工程价款的鉴定依据	(241)
(二) 工程质量问题鉴定范围的确定	(243)
(三) 工期及窝工损失鉴定范围的确定	(244)
四、鉴定材料的准备、质证与移交	(245)
(一) 鉴定材料的准备	(245)
(二) 鉴定材料的质证	(245)
(三) 鉴定材料的移交	(245)
五、鉴定过程工作的衔接	(246)
(一) 与鉴定管理部门的工作衔接	(246)

(二) 与鉴定机构的工作衔接	(247)
六、鉴定意见的审查	(247)
(一) 鉴定意见审查的必要性	(247)
(二) 对鉴定意见初稿的反馈	(248)
(三) 要求鉴定机构及时出具正式鉴定意见	(248)
(四) 对鉴定意见审查	(249)
(五) 鉴定人出庭接受质询	(251)
(六) 专家辅助人出庭	(252)
七、司法鉴定的取舍问题	(253)
八、补充鉴定、重新鉴定和终止鉴定	(254)
(一) 补充鉴定	(255)
(二) 重新鉴定	(255)
(三) 补充鉴定和重新鉴定的关系	(257)
(四) 补充鉴定和重新鉴定的程序要求	(257)
(五) 终止鉴定	(258)
九、鉴定费及鉴定人员出庭费用	(259)
十、实务中争议问题	(259)
(一) 司法鉴定行为的可诉性问题	(259)
(二) 超越鉴定资质等级作出的鉴定意见的效力	(260)
(三) 司法鉴定依职权启动问题	(261)
(四) 约定不明时工程造价的鉴定依据	(262)
(五) “黑白合同”的鉴定依据问题	(262)
(六) 施工合同解除时的工程价款鉴定	(263)
(七) 签证单瑕疵问题	(265)
(八) 对于诉前已经共同选定鉴定单位的认定	(266)
(九) 工程造价鉴定中法院依职权判定的事项	(267)
第十二章 建设工程施工合同价款的优先受偿权	(268)
一、建设工程价款优先受偿权的性质	(268)
二、行使工程价款优先受偿权的主体	(269)