

王毓莹 史智军 著

建设工程 施工合同纠纷



疑难问题和 裁判规则解析

ANALYSIS ON DIFFICULT PROBLEMS AND
ADJUDICATION RULES OF
Construction Contract Disputes



法律出版社 | LAW PRESS

王毓莹 史智军 著

建设工程 施工合同纠纷



疑难问题和 裁判规则解析

ANALYSIS ON DIFFICULT PROBLEMS AND
ADJUDICATION RULES OF
Construction Contract Disputes

法律出版社 | LAW PRESS

北京

图书在版编目(CIP)数据

建设工程施工合同纠纷疑难问题和裁判规则解析 /
王毓莹, 史智军著. -- 北京: 法律出版社, 2022
ISBN 978-7-5197-6982-6

I. ①建… II. ①王… ②史… III. ①建筑施工—合同纠纷—审判—研究—中国 IV. ①D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2022)第 137273 号

建设工程施工合同纠纷疑难问题和
裁判规则解析
JIANSHE GONGCHENG SHIGONG HETONG
JIUFEN YINAN WENTI HE CAIPAN GUIZE JIEXI

王毓莹 史智军 著

策划编辑 李 群
责任编辑 董 昱 张红蕊 赵雪慧
装帧设计 汪奇峰

出版发行 法律出版社
编辑统筹 法规出版社
责任校对 陶玉霞
责任印制 耿润瑜
经 销 新华书店

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 30 字数 492 千
版本 2022 年 9 月第 1 版
印次 2022 年 9 月第 1 次印刷
印刷 北京金康利印刷有限公司

地址: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

举报盗版邮箱:jbwq@lawpress.com.cn

版权所有·侵权必究

销售电话:010-83938349

客服电话:010-83938350

咨询电话:010-63939796

书号:ISBN 978-7-5197-6982-6

定价:108.00 元

凡购买本社图书,如有印装错误,我社负责退换。电话:010-83938349

序 言

长期以来，建设工程施工合同纠纷以其专业性强、疑难问题集中而出名，而要解决这些实务难点，离不开持续的积累、思考和分析。我一直致力于该领域的研究，并对越来越多的人加入这一领域的研究而感到欣喜。作为深耕这个领域的专业人士，毓莹教授和智军法官既有理论基础，又有实务经验，相信两位合作而成的这本专业著作对于实践问题的解决会提供一些有益参考。毓莹教授曾在最高人民法院从事近二十年的民商事审判工作，参与和见证了建工司法解释的起草、修改与完善的过程，到高校任教后也有得天独厚的条件，促使其更加系统、深入地研究、完善建工领域相关理论与实践问题。智军法官历经基层、中级人民法院的审判岗位，经验丰富、善于思考，是北京法院系统的司法实务研究专家，在建设工程领域形成了不少高质量的研究成果。就本书的内容而言，既坚持立足实践，体现出强烈的问题意识；又不忘探本溯源，寻求法理的支撑，殊为难得。具体来说，贯穿其中的四个特点令人印象深刻，也彰显出本书的独特之处。

第一，对诸多制度进行了脉络式梳理。很多问题的解决，不仅需要知其然，更需要知其所以然。本书作者对于实践中的困惑，并没有满足于提出问题、列明争议观点，而是更进一步、更深一点，对于这些问题的由来和所依附的制度进行了脉络式的梳理。比如，关于质量保证金，书中结合规范性文件和施工合同示范文本的演变，系统整理了质量保证金的发展脉络、交纳和保管的方式，在此基础上分析质量保证金的性质，其论证过程自然也会更加扎实。再如，企业资质等级的改革情况、传统“四证”的含义及流程关系、挂靠的历史演变和分布领域等章节，也都充分显示了作者对于制度由来的梳理功底。熟悉和掌握建筑行业的相关历史和发展现状，对于经常需要解决问

题的法律人来说，不仅是一件好事，也是一件必要之事。

第二，对问题的思考深入细致。建设工程施工领域的很多问题由来已久，观点也不乏分歧，若要找到相对妥当的解决路径，需要在宽泛的视角下进行更深入的思考，本书在此方面也有较为充分体现。比如，对于违法分包行为，书中不仅梳理了行政和司法的各自标准，提出了司法层面的认定规则，更进一步分析了行政执法标准如何在司法中得以具体应用。还有，对于实践中已司空见惯的竣工日期、竣工验收合格之日、缺陷责任期和保修期起点计算等问题，也都提出了较为深刻的见解，为实务问题的解决提供了不同的参考视角。

第三，依赖的资料丰富广泛。“他山之石，可以攻玉。”充分了解已有的理论、实践成果，是展开更高质量研究、找到问题解决途径的基础。该书对于资料的参考、引用，不限于传统的书籍、期刊论文等内容，还搜集了大量的地方规范性文件，借鉴了自媒体、新媒体上刊登的高质量实务文章。另外，为了让形成的观点更有实用性，书中还引用了大量的典型案例进行佐证，从中可见其研究的基础颇为扎实。博采众家之长，辨识、分析进而形成了本书，其中的诸多见解会给阅读者带来全新的思考。

第四，写作形式具有鲜明的实务导向。除了内容涉及广泛之外，本书在形式上的新颖和实用性也值得一提。两位作者长期从事建设工程施工合同纠纷案件的审理，写作风格体现了很强的问题意识。在每一节的开头和结尾，作者都专门设置了“实务疑难问题”“裁判规则指引”两个栏目，前者结合实践现状，提炼出若干疑难问题；后者概括性地提炼出与问题相关的裁判规则。至于更为详细的分析过程，读者自然可在对应章节中逐字阅读，品茗论证过程和论据。对于阅读者来说，这种写作形式，简洁明了、重点突出，其实务参考价值不言而喻。

以上为序，将这本颇具匠心的著作推荐给施工合同纠纷领域的实务人士。期待在不断探讨的基础上，该领域形成越来越多的共识，为法律适用统一和建筑业的良性发展贡献更多积极的力量。

最高人民检察院检察委员会委员
最高人民检察院第六检察厅厅长

2022年7月1日

凡 例

一、机构名称全称与简称对照

| 全 称 | 简 称 |
|-------------------|-----|
| 中华人民共和国住房和城乡建设部 | 住建部 |
| 中华人民共和国国家发展和改革委员会 | 发改委 |
| 中华人民共和国财政部 | 财政部 |
| 高级人民法院 | 高院 |
| 中级人民法院 | 中院 |

二、司法解释、规范性文件、示范合同文本全称与简称对照

| 全 称 | 简 称 |
|--------------------------------------|------------------|
| 《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》 |
| 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》 | 《民法典担保制度解释》 |
| 《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（一）》 | 《新建设工程施工合同解释（一）》 |
| 《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》 | 《执行异议和复议规定》 |
| 《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》 | 《买卖合同纠纷解释》 |
| 《中华人民共和国标准施工招标文件》（2007年版） | 2007版《标准施工招标文件》 |
| 《全国法院民商事审判工作会议纪要》 | 《民商事审判会议纪要》 |

续表

| 全 称 | 简 称 |
|-----------------------------------|------------------|
| 《建设项目工程总承包合同（示范文本）》（GF-2020-0216） | 2020版《总承包合同示范文本》 |
| 《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201） | 2017版《施工合同示范文本》 |

三、已废止的司法解释和合同示范文本全称与简称对照

| 全 称 | 简 称 |
|---|-----------------|
| 《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》（已废止） | 《建设工程施工合同解释》 |
| 《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）》（已废止） | 《建设工程施工合同解释（二）》 |
| 《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（已废止） | 《优先受偿权问题批复》 |
| 《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-1999-0201）（已废止） | 1999版《施工合同示范文本》 |
| 《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2013-0201）（已废止） | 2013版《施工合同示范文本》 |

目 录

第一章

建设工程概念、识别及管辖

| | |
|--|----|
| 第一节 建设工程概念的梳理与辨析 | 3 |
| 一、法律、行政法规及规范性文件中的“建设工程” | 3 |
| (一)《建筑法》中的“建设工程” | 3 |
| (二)《建设工程质量管理条例》中的“建设工程” | 6 |
| (三)其他规范性文件中的“建设工程” | 6 |
| 二、司法实务中的“建设工程” | 8 |
| (一)专业建设工程是否属于《建筑法》调整的范围 | 8 |
| (二)装饰装修是否属于《建筑法》调整的范围 | 9 |
| 三、“建设工程”内涵界定的现状反思 | 10 |
| (一)《建筑法》的规制范围有待拓展 | 10 |
| (二)多部门监管之间有待进一步协调 | 10 |
| (三)同一部门的规范性文件有待进一步统一 | 10 |
| (四)专业概念的适用需要进一步规范 | 11 |
| 四、“建设工程”的概念及范围界定 | 11 |
| (一)建设工程的专业概念和范围 | 12 |
| (二)法律、行政法规和规范性文件中“建设工程”的 专业边界 | 12 |
| 【裁判规则指引】 | 14 |

| | |
|---|--------|
| 第二节 建设工程合同与“体内”相关合同的关系 | 16 |
| 一、建设工程合同的范围 | 16 |
| (一) 《民法典》中建设工程合同的范围 | 16 |
| (二) 民事案件案由体系中建设工程合同的范围 | 17 |
| 二、建设工程合同与农村建房施工合同 | 19 |
| (一) 农村建房相关制度梳理 | 19 |
| (二) 建设工程合同与农村建房施工合同的关系 | 20 |
| 三、建设工程分包合同与劳务作业分包合同 | 23 |
| (一) 专业工程分包和劳务作业分包的关系 | 23 |
| (二) 劳务企业资质改革及其对合同性质的影响 | 24 |
| 四、建设工程合同与装饰装修合同 | 27 |
| (一) 装饰装修相关的规范梳理 | 27 |
| (二) 建设工程合同与装饰装修合同的关系 | 29 |
| 【裁判规则指引】 | 31 |
| 第三节 建设工程合同与“体外”相关合同的关系 | 32 |
| 一、建设工程合同与承揽合同的区分 | 32 |
| (一) 实务中的分歧观点 | 32 |
| (二) 本书的观点 | 33 |
| 二、建设工程合同与委托代建合同的关系 | 34 |
| (一) 委托代建相关的规范梳理 | 35 |
| (二) 委托代建合同性质的观点梳理 | 38 |
| (三) 本书的观点 | 39 |
| 【裁判规则指引】 | 41 |

| | |
|---------------------------------------|----|
| 第四节 建设工程施工合同管辖的判断规则及相关问题 | 42 |
| 一、施工合同之管辖判断的一般规则 | 42 |
| (一) 主管：确定是否存在仲裁协议 | 43 |
| (二) 专属管辖：确定是否属于施工合同纠纷的范围 | 43 |
| (三) 专门管辖：确定是否属于专门法院范围 | 45 |
| (四) 级别管辖：基层法院、中院或高院受案范围 | 47 |
| 二、施工合同管辖相关疑难问题 | 49 |
| (一) 仲裁协议与实际施工人起诉的主管判断 | 49 |
| (二) 诉讼标的额的确定与级别管辖 | 52 |
| (三) 合同未履行、债权转让与专属管辖的适用 | 54 |
| (四) 单独签订结算协议与专属管辖的适用 | 55 |
| 【裁判规则指引】 | 56 |

| | |
|------------------------------------|----|
| 第一节 施工合同无效情形的梳理及分析 | 61 |
| 一、施工合同无效的类型化梳理 | 61 |
| (一) 《民法典》之合同无效的情形 | 61 |
| (二) 施工合同之无效的十二种情形 | 62 |
| 二、企业资质等级与合同效力的关系 | 63 |
| (一) 企业资质等级的改革情况 | 64 |
| (二) 企业资质等级与施工合同的效力判断 | 65 |
| 三、通谋虚伪在“黑白合同”效力判断中的应用 | 65 |
| (一) 通谋虚伪与“黑白合同”的界定 | 65 |
| (二) 通谋虚伪在“黑白合同”效力判断中的应用 | 66 |

| | |
|--|-----|
| 四、任意压缩合理工期的判断标准 | 69 |
| 五、低于工程建设成本与施工合同效力的关系 | 70 |
| 【裁判规则指引】 | 74 |
| | |
| 第二节 “许可证”与施工合同效力关系的梳理及分析 | 76 |
| 一、“许可证”相关制度梳理 | 76 |
| (一) 传统“四证”的含义及流程关系 | 76 |
| (二) 传统“四证”的改革趋势 | 82 |
| (三) 安全生产许可证的含义及其申请 | 85 |
| 二、“许可证”与施工合同效力的观点梳理 | 86 |
| (一) 传统“四证”与施工合同效力的观点 | 86 |
| (二) 安全生产许可证与施工合同效力的观点 | 87 |
| 三、“许可证”与施工合同效力关系的分析 | 88 |
| (一) 传统“四证”与施工合同效力关系分析 | 88 |
| (二) 安全生产许可证与施工合同效力关系分析 | 90 |
| 【裁判规则指引】 | 91 |
| | |
| 第三节 违法分包的司法认定规则 | 92 |
| 一、违法分包行为认定标准的梳理 | 92 |
| (一) 法律、法规与违法分包的认定 | 92 |
| (二) 行政监管与违法分包的认定 | 94 |
| (三) 司法实践与违法分包的认定 | 98 |
| 二、违法分包的司法认定规则 | 99 |
| (一) 司法和行政机关在违法分包标准认定上不宜差异过大 | 99 |
| (二) 司法认定违法分包时可采取“原则参照”和“依据 审查”相结合规则 | 100 |
| 【裁判规则指引】 | 101 |

| | |
|---------------------------------------|-----|
| 第四节 违法分包与合同效力的认定逻辑及具体判断 | 103 |
| 一、违法分包之合同效力认定的法律推理 | 103 |
| 二、行政执法领域六类违法分包行为的司法判断 | 104 |
| (一) 关于第一项、第二项、第六项行为 | 105 |
| (二) 关于第三项行为 | 105 |
| (三) 关于第四项行为 | 106 |
| (四) 关于第五项行为 | 107 |
| 三、未经建设单位认可的分包行为与合同效力 | 108 |
| (一) 建设单位认可与分包合同签订之关系的相关规范 | 108 |
| (二) 未经建设单位认可之分包行为的行政执法标准 | 108 |
| (三) 未经建设单位认可之分包行为的法律性质和合同 效力 | 109 |
| 【裁判规则指引】 | 111 |
| 第五节 挂靠的演变、表现及其与转包的关系 | 112 |
| 一、挂靠的演变及其分布领域 | 112 |
| (一) 挂靠的历史演变 | 112 |
| (二) 挂靠的分布领域 | 113 |
| 二、挂靠的“双重”表现及司法认定 | 116 |
| (一) 行政执法中的挂靠 | 116 |
| (二) 司法实践中的挂靠 | 118 |
| 三、挂靠与转包的区别 | 121 |
| (一) 转包的内涵 | 121 |
| (二) 挂靠和转包的区分 | 121 |
| 【裁判规则指引】 | 124 |

| | |
|----------------------------------|-----|
| 第六节 挂靠与施工合同效力关系的再认识 | 125 |
| 一、挂靠与施工合同效力关系的主要观点 | 125 |
| 二、挂靠与施工合同效力关系的判断思路 | 126 |
| (一) 《新建设工程施工合同解释(一)》的规范本意 | 126 |
| (二) 通谋虚伪理论与挂靠关系的“误会” | 127 |
| (三) 对于发包人“躺枪”的回应 | 130 |
| (四) 本书的观点 | 133 |
| 【裁判规则指引】 | 134 |

第三章

工程工期

| | |
|-----------------------------------|-----|
| 第一节 开工日期相关规范、载体及争议问题 | 137 |
| 一、开工日期之相关规范梳理 | 137 |
| (一) 部门规章 | 137 |
| (二) 国家标准 | 138 |
| (三) 示范合同文本 | 138 |
| (四) 小结及分析 | 139 |
| 二、开工日期的载体形式 | 140 |
| 三、开工日期争议及认定规则 | 142 |
| (一) 司法解释的相关规则 | 142 |
| (二) 开工日期之不同载体的证明力规则 | 144 |
| 【裁判规则指引】 | 148 |

| | |
|-------------------------------------|-----|
| 第二节 竣工日期相关规范及认定规则辨析 | 149 |
| 一、竣工日期之相关规范梳理 | 149 |
| (一) 部门规章 | 149 |
| (二) 地方性规范文件 | 150 |
| (三) 示范合同文本 | 150 |
| (四) 小结及分析 | 151 |
| 二、竣工日期与竣工验收合格之日的关系 | 152 |
| (一) 两种主要观点 | 152 |
| (二) 本书的观点 | 153 |
| 三、竣工日期争议的处理规则 | 154 |
| (一) 司法解释与合同约定的关系 | 155 |
| (二) “推定”竣工日期的规则分析 | 155 |
| 【裁判规则指引】 | 157 |
| | |
| 第三节 工期延误的类型化梳理与工期违约金问题 | 158 |
| 一、工期延误的类型化梳理 | 158 |
| (一) 延误与延期的概念使用 | 158 |
| (二) 工期延误类型化梳理：以施工合同示范文本为基础 | 159 |
| 二、节点工期与总工期的违约金适用 | 167 |
| 三、工期违约金与诉讼时效计算起点 | 168 |
| (一) 起点是竣工验收合格之日还是竣工结算之日 | 168 |
| (二) 起点是约定竣工之日还是验收合格之日 | 171 |
| 【裁判规则指引】 | 173 |
| | |
| 第四节 索赔期限的性质及相关问题 | 174 |
| 一、索赔期限国际规则及在我国施工领域的发展 | 174 |
| (一) FIDIC 施工合同条件下的索赔期限内容 | 174 |

| | |
|-----------------------------|------------|
| (二) 索赔期限在我国施工领域的发展 | 175 |
| 二、索赔期限的性质 | 177 |
| (一) 关于索赔期限性质的代表性观点 | 177 |
| (二) 本书倾向性意见 | 179 |
| 三、逾期索赔的法律后果分析 | 180 |
| (一) 实践中的代表性观点 | 180 |
| (二) 本书倾向性意见 | 181 |
| 四、逾期索赔与违约责任的关系 | 184 |
| (一) 索赔与违约责任的关系 | 184 |
| (二) 逾期索赔和违约责任的适用关系 | 185 |
| (三) 一点反思 | 185 |
| 【裁判规则指引】 | 186 |

第四章

工程竣工、质量与保修

| | |
|---------------------------------|------------|
| 第一节 工程质量相关的验收种类及流程 | 191 |
| 一、工程质量验收的种类梳理 | 191 |
| (一) 交工验收 | 191 |
| (二) 阶段验收 | 193 |
| (三) 专项验收 | 194 |
| (四) 竣工验收 | 196 |
| 二、竣工验收的规范及流程梳理 | 197 |
| (一) 竣工验收的相关规范 | 197 |
| (二) 竣工验收的流程 | 198 |
| 【裁判规则指引】 | 203 |

| | |
|------------------------------------|-----|
| 第二节 竣工验收与专项验收相关问题 | 204 |
| 一、竣工验收合格的判断依据 | 204 |
| (一) 验收合格之“凭证”相关的两种观点 | 204 |
| (二) 竣工验收合格的判断依据 | 205 |
| 二、专项验收与竣工验收的关系 | 207 |
| (一) 专项验收的改革趋势和制度目的 | 207 |
| (二) 专项验收与竣工验收合格之间的关系 | 211 |
| 【裁判规则指引】 | 213 |
| | |
| 第三节 缺陷责任期与保修期的发展脉络及关系 | 214 |
| 一、“两期”在我国的发展脉络 | 214 |
| (一) 缺陷责任期的发展脉络 | 214 |
| (二) 质量保修期的发展脉络 | 219 |
| 二、缺陷责任期和质量保修期的关系 | 223 |
| (一) 缺陷责任期和质量保修期的联系 | 223 |
| (二) 缺陷责任期和质量保修期的区别 | 225 |
| 【裁判规则指引】 | 227 |
| | |
| 第四节 “两期”计算起点及超范围约定的效力 | 228 |
| 一、“两期”计算起点的依据梳理 | 228 |
| (一) “两期”计算起点的具体情形及相关依据 | 228 |
| (二) 发包人拖延验收与保修期的起算 | 230 |
| 二、一点反思：现行“两期”计算起点的矛盾 | 232 |
| (一) 基本原则与推定结果的矛盾 | 232 |
| (二) “推定”竣工日期在“两期”计算中的应用 | 234 |

| | |
|---|-----|
| 三、一点建议：统一“两期”的计算标准 | 235 |
| (一) 对于《新建设工程施工合同解释（一）》第九条 第二项的理解 | 235 |
| (二) 关于统一“两期”计算起点的建议 | 236 |
| 四、“两期”期限之超范围约定条款的效力 | 236 |
| (一) 质量保修期之超范围约定条款的效力 | 236 |
| (二) 缺陷责任期之超范围约定条款的效力 | 236 |
| 【裁判规则指引】 | 240 |
| | |
| 第五节 工程质量保证金的发展及性质 | 242 |
| 一、工程质量保证金的发展脉络 | 242 |
| (一) 规范性文件中的质量保证金 | 242 |
| (二) 施工合同示范文本中的质量保证金 | 245 |
| 二、工程质量保证金的交纳和保管方式 | 246 |
| (一) 质量保证金的交纳方式 | 246 |
| (二) 质量保证金的保管方式 | 247 |
| 三、工程质量保证金的性质 | 248 |
| (一) 质量保证金性质的主要观点 | 249 |
| (二) 质量保证金的性质界定 | 250 |
| 【裁判规则指引】 | 253 |
| | |
| 第六节 工程质量保证金返还与合同状态及利息的关系 | 255 |
| 一、工程质量保证金返还与合同状态的关系 | 255 |
| (一) 合同解除与质量保证金返还关系的分歧 | 255 |
| (二) 合同无效与质量保证金返还关系的分歧 | 257 |
| (三) 本书的观点 | 258 |