

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

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2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

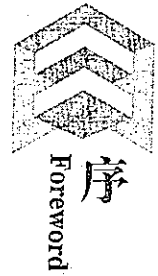
建设工程施工合同案件审理指南 编委会

主 编：李玉生

副 主 编：俞灌南

执行主编：潘军锋

撰 稿 人：丁益君 李飞鹤 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：

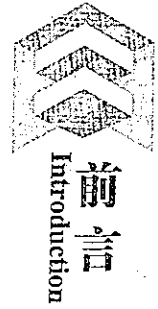
一是突出审判权力运行的规范指引。司法活动的本质是运用抽象的法律条文解决社会生活具体问题的过程。但是因法律规范的抽象性与社会生活多样性的矛盾、法律规则概括性与案件事实具体化的矛盾以及法官审判理念、生活经验、能力水平等方面的个体差异，导致司法裁量的过程充满了不确定性因素。因此，在系统梳理各类典型案例的基础上，统一裁判思路和裁判规则，提炼事实要点和法律要点，形成指导类案审判的规范性文件，既为法官办案提供了操作可行的“工具书”，又为院、庭长行使审判监督指导权提供了边界清晰、标准明确的“参照系”，进而实现对审判权力行使进行有效约束和规范指引。

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。



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

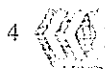
五、建设工程施工合同解除的法律后果 / 244

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



江苏省高级人民法院建设工程施工合同纠纷案件司法鉴定
操作规程

(2015年12月21日) / 468

江苏省高级人民法院 江苏省住房和城乡建设厅关于建立
化解建设工程合同纠纷案件联动机制的意见

(苏高法〔2015〕193号) / 476

中华人民共和国合同法(节录)

(1999年3月15日) / 482

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)

(1999年12月19日) / 501

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)

(2009年4月24日) / 505

中华人民共和国招标投标法

(2017年12月27日) / 509

中华人民共和国招标投标法实施条例

(2018年3月19日) / 517

中华人民共和国建筑法

(2011年4月24日) / 530

中华人民共和国城乡规划法

(2015年4月24日) / 540

建设工程质量管理条例

(2017年10月7日) / 550

建设工程安全生产管理条例	
(2003年11月24日) / 560	
房屋建筑工程质量保修办法	
(2000年6月30日) / 570	
住房和城乡建设部关于印发《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)》的通知	
(2014年8月4日 建市〔2014〕118号) / 572	
必须招标的工程项目规定	
(2018年3月27日) / 577	
参考文献 / 578	
后 记 / 581	



第一章

建设工程施工合同案件概述

一、建设工程施工合同案件的基本特点

为全面分析建设工程施工合同案件反映的问题，我们以江苏省高级人民法院 2012 年至 2017 年六年以来审结的 1000 件二审建设工程施工合同案件为分析样本，分析建设工程施工合同案件的主要特点，主要表现为以下方面：

（一）建设工程合同案件数量和标的额大幅上升

回顾建设工程合同审判三十三年，建设工程合同案件数量成倍上涨。以江苏为例，2007 年至 2017 年十一年间，全省共受理建设工程合同案件 136 850 件，是 1996 年至 2006 年期间的 4.8 倍，是 1985 年至 1995 年期间的 20.6 倍。其中 2017 年受理 17 502 件，比 2016 年上升 3.15%（见图表 1）。2018 年新收 18 667 件，比 2017 年同比上升 6.66%。相应地，建设工程施工合同案件的诉讼标的额亦逐年上升，2013 年至 2017 年江苏法院受理的建设工程合同案件标的额分别达 755 583 万元、1 119 401 万元、1 787 914 万元、2 011 800 万元、2 816 530 万元，年增长率超过 40%。

图表 1 1985-2018 年度江苏法院建设工程合同纠纷一审案件收案数

年度	收案数	年度	收案数	年度	收案数
1985	223	1996	1503	2007	7493
1986	327	1997	887	2008	9288
1987	442	1998	658	2009	10436
1988	588	1999	618	2010	9644
1989	706	2000	553	2011	9506
1990	599	2001	786	2012	10361
1991	487	2002	3990	2013	14212
1992	563	2003	4111	2014	14671
1993	669	2004	4896	2015	16770
1994	920	2005	5256	2016	16967
1995	1109	2006	5408	2017	17502
				2018	18667

（二）涉中小型建筑企业和涉政府工程案件数量增多

中小建筑企业因资金、人员、技术、管理上的不足，在施工合同的订立上处于弱势，在工程进度控制和质量管控上漏洞较多，导致纠纷增多。在审结的 1000 件案件中，85% 的施工企业为中小型企业，国有控股的施工企业涉案数量较少。随着城镇化的推进，新型产业开发区的不断扩张，基础设施领域政府与社会资本合作（Public-Private-Partnership，简称 PPP）模式的推进，涉公用事业基础设施工程的道路、桥梁、政府办公楼等城市基础设施工程纠纷增多，2017 年审结案件数占 25%，比 2016 年上升 7%。

（三）案件类型集中于拖欠工程款和工程质量纠纷

由于建设资金未落实，施工单位垫资施工是普遍现象。工程完工后，建设单位往往拖延结算、验收，以达到拖延支付工程款的目的。与此同时，建设单位违法擅自使用未经竣工验收合格的工程也较常见，擅自使用未经竣工验收合格的工程带来质量和安全隐患。在审结的 1000 件案件中，涉及发包人违约的案件共 872 件，占全部案件的 87%，包括逾期付款、克扣保证金、延期开工、擅自分包、不履行合同约定的协助义务等。其中以拖欠工程款纠纷为主，共受理此类案件 837 件，占发包人违约纠纷的 96%。涉及承包人违约的案件共 337

件，占全部案件的 33%，包括拖延工期、工程质量存在瑕疵、擅自停工、透支工程款、擅自组织竣工验收等。其中因工程质量引发的争议 212 件，占承包人违约纠纷的 63%。同时，受房地产调控政策和房地产业变革的影响，房地产企业、施工企业破产情形出现，工程烂尾导致拖欠工程款、材料款情形增多。因承包双方或一方违约导致停工引发的烂尾工程案件共 125 件，占 12.5%。

（四）关联案件不断增多，法律关系更加复杂

在案件类型上，一个建设工程案件往往涉及商品房买卖合同纠纷、民间借贷纠纷、金融借款纠纷、以物抵债纠纷、执行异议之诉纠纷等案件。在案件主体上，往往涉及发包人、承包人、转包人、被挂靠人和实际施工人等多个主体，涉及法律关系盘根错节。工程款案件中还伴随着农民工索要工资、工地侵权赔偿、实际施工人非法集资等纠纷。此外，还涉及违规发证、渎职监管、工程重大责任事故等行政、刑事纠纷。

（五）无效合同比重大，影响合同效力的因素多样化

在审结的 1000 件案件中，有 311 件案件合同被认定为无效，占全部案件总数的 31%。合同无效的原因主要包括四类：

1. 违反招标投标程序

《招标投标法》对建设工程提出了特别的要求，因违反招标投标程序被认定为无效合同的案件共 82 件，占无效合同案件的 26.37%，包括必须招标而未招标、施工后补办招标投标手续、低于成本价中标等情形。其中涉及黑白合同的有 69 件，占全部无效合同案件的 22.19%，表现为备案的中标合同、存档的合同、实际履行的合同、中标通知书等相互之间不一致。

2. 违反资质要求

包括没有资质、超越资质和借用资质等情况，因违反资质要求被认定为无效合同的案件共 112 件，占无效合同案件的 36.01%，其中借用资质 54 件，无相应资质 58 件。

3. 违反许可证要求

包括欠缺建设工程规划许可证、建设用地规划许可证等情况，因违反规划许可证要求被认定无效的案件共 25 件，占无效合同案件的 8.04%。当事人主张欠缺施工许可证导致合同无效的案件，法院均认定不影响合同的效力。

4. 转包、违法分包情形

因转包、违法分包被认定为无效的案件共 87 件，占无效合同案件的 27%。

（六）案件审理周期长，司法鉴定成为影响审判效率的首要因素

建设工程合同纠纷所涉及的事实与证据材料通常较为复杂，且涉及多方当事人的法律关系及众多专业性问题，导致建设工程案件往往需要经过多次庭审才能查清事实。并且，大多数建设工程施工合同案件涉及工程价款的确定、工程质量的鉴定、修复方案的选择、修复费用的确定等专业性问题，均需委托专门的鉴定机构进行鉴定，而从鉴定程序的启动、鉴定材料的提交与质证、现场勘查、鉴定意见的质证与修正，到鉴定意见的最终出台，需要很长的周期。

二、建筑市场变革中的主要问题

随着城镇化建设的不断推进，建筑行业经历了辉煌腾飞的时代，也蕴藏了一些内在的矛盾，主要表现为：一是建筑市场政策调控性较强。二是建筑市场劳动力红利较高。三是建筑市场规模迅猛发展。四是建筑市场违规套利空间较大。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，表现为：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。在此背景下，建筑市场的新情况和新特点日益增多。

（一）建筑业融资难问题突出

施工企业融资渠道较为狭窄，随着银行借款对施工企业的进一步收紧，很多施工企业只能大量通过民间借贷进行融资。据统计，江苏全省 2017 年新收民间借贷案件 163 084 件，同比上升 11.06%，2018 年上半年新收 94 744 件，同比上升 10.39%，其中相当一部分借贷资金流向了建筑市场。有的施工企业涉嫌非法集资犯罪，导致工程烂尾现象不断出现。

（二）“放管服”背景下建筑市场违法违规行有抬头迹象

1. 违法招投标的行为较为普遍

虽然违法招投标的行为在建筑市场中已经是多年形成的“潜规则”，但随着房地产市场的变革和政府放开市场准入，建筑市场竞争显著加剧，很多施工企业通过非法串标、围标、低于成本价投标、签订黑白合同等方式制造恶性竞争，严重扰乱招投标市场竞争秩序，使条件好的企业反而无法中标，产生“劣币驱逐良币”的现象。有的施工企业为了竞得工程，采取不正当竞争手段，以向其他潜在竞标人支付一定利益为条件，串标、围标现象较多；有的建设单位

为了谋求特定投标人中标，违反招投标法定程序，先定后招、泄露招投标信息等现象普遍；工程中标后，双方当事人另行签订“黑合同”，对工程价款、工程量、工期等重要内容作出实质性变更，使招投标程序流于形式，严重扰乱招投标市场秩序。

2. 转包、违法分包和挂靠问题屡禁不止

一些有资质的施工企业为了节省经营成本，自身没有组建施工队伍和配置施工机械，没有施工能力，承包工程后只好将工程转包或肢解分包给不具有施工资质的单位或个人施工。有的甚至层层转包，导致真正投入工程的资金大打折扣，偷工减料现象普遍存在，豆腐渣工程禁而不止。2014年住建部启动工程质量治理两年行动，2017年启动工程质量安全提升行动，大力查处违法分包、转包和挂靠行为，取得了明显成效，但监管任务仍然十分艰巨。从建设工程案件审理的情况看，至少70%的工程项目存在转包、挂靠等现象，而被实际查处的只是冰山一角。这种无序现象的出现，与建筑市场供大于求、属于卖方市场的特点有关。施工企业为了承揽工程，有时不择手段、相互压价，甚至以低于成本的价格签订合同，为纠纷的产生埋下隐患。实际履行中，施工方会以各种理由要求增加工程款，甚至为挽回损失，想方设法收买业主方工地代表，虚报工程量、虚报材料价格、降低工程质量等。这种无序的竞争，影响的不仅是承发包双方的利益，还严重影响社会公共利益。

3. 工程监理及验收存在监管缺位

由于监理由建设单位委托，导致监理难以保持中立性和独立性，法律赋予的监理职责难以落实到位，从法院审理的建设工程案件看，大部分工程质量纠纷案件都存在监理流于形式的问题。加之工程竣工验收由建设单位自行组织，参加验收的工程设计、施工、监理等相关单位又在经济上受制于建设单位，竣工验收有走过场的现象，甚至出现工程尚未完工却已经各方竣工验收合格的情况，造成工程质量隐患丛生。

（三）拖欠农民工工资问题依然存在

国家对拖欠农民工工资问题历来非常重视，2016年国务院办公厅下发了《关于全面治理拖欠农民工工资问题的意见》（国办发〔2016〕1号），保障农民工劳动报酬权益。但建筑领域农民工欠薪仍然难以走出“年年讨薪年年难”的怪圈，主要有两方面的原因：一是施工企业由于垫资压力大，通过鼓动农民工讨薪的方式向总承包单位、建设单位和政府施加压力现象相当普遍。这种现象

的发生表面上是农民工讨薪问题，背后折射的是市场主体的契约精神和法治思维缺失。二是建筑企业劳务市场管理混乱、层层转包现象普遍。虽然国家三令五申要求劳务分包企业必须和农民工签订劳动合同，建立实名制，但事实上劳务分包企业通常并没有自己固定的工人队伍，承担招工、用工的主体仍然是不具备合法资格的包工头，导致农民工权益无法得到及时保障。

（四）基础设施领域 PPP 纠纷增多

随着国家大力推行公私合作的 PPP 模式，政府对相关工程项目大量采用 BOT、BOOT、BT 等模式进行建设，但由于对这些合同的性质认定缺乏法律规定，政府和企业之间的风险分担机制、利益分配机制等相关法律制度配套跟不上，引发合同效力、工程价款结算、违约责任等纠纷。一些地方政府简单地将 PPP 模式作为疏解地方财政困境的手段，要求企业高额垫资，并且拖延行政审计，导致工程款拖欠情形较为普遍。

（五）建筑领域市场法治规则未有效确立

建筑行业属于国家高度管制的领域，存在大量的强制性法律规范，导致无效合同比例远高于其他类型合同。在江苏高院 1000 件建设工程施工合同案件中，有 311 件案件合同被认定无效，高达案件总数的 31%，意味着大量合同无法按约实施，也变相纵容了不诚信行为，严重影响了当事人的行为预期和市场的有序运行。此外，司法实践中还存在一些法律争议，如银行给开发商放贷要求施工企业放弃优先受偿权是否有效，实际施工人向发包人、承包人主张工程款是否能够突破合同相对性原则，项目经理对外借款是否要施工企业承担表见代理责任等问题，由于现行法律规定不够明确或不尽完善，导致执法尺度不统一，增加了市场主体的法律风险。

三、域外建设工程施工合同法律实践

（一）英国法上的规定

1994 年由建设团队提出了 Latham Report，建议将建设工程合同作为需要立法介入的特殊合同对待。1996 年《住房授予建设与更新法》(Housing Grants Construction and Regeneration Act) 第二部分和其后修正的 2009 年《当地民主、经济发展和建设法》(Local Democracy, Economic Development and Construction Act) 第八部分对建设工程合同作了风险分配。修正法案于 2011 年 10 月 1 日

成为法律。^①英国的建设工程合同领域大量使用标准合同，如 JCT 出版的工程量清单合同标准格式 (SBC/Q 2011)^② 和 NEC4 标准合同等。英国的判例制度在建设工程法律上发挥着重要作用，英国成立专门的技术与工程法院，专门处理建设工程纠纷。

(二) 美国法上的规定

美国建设工程的法律基本上是普通法，通过司法判例逐步发展而成，而且大部分系州立法，因此各州对相似建设工程合同争议的判决可能完全不同。在建设工程法典方面，主要是一些示范法。国际法典委员会 (International Code Council, 简称 ICC) 制定了《国际建筑法典》(International Building Code, 简称 IBC)，该法典被各州所采纳，当然《各州在采纳》时也作了增减。《美国统一商法典》(Uniform Commercial Code) 总则和买卖的部分也适用于建设工程合同。此外，美国在建设工程合同方面制定了各种示范文本供选择，比较典型的是美国建筑机构 (American Institute of Architects, 简称 AIA) 起草的施工合同基本条件 A201、工程师联合合同文件委员会 (Engineers Joint Contract Documents Committee, 简称 EJCDC) 建设工程合同系列和 ConsensusDOCS 合同系列。

(三) 法国法上的规定

《法国民法典》将建设工程规定在雇工与劳务雇佣中，该法第 1779 条第 3 款规定：因研究设计、工程概算或工程承包，对建筑设计人员、工程承包人或技术人员的雇佣，属于雇工与劳务契约。其中专节规定了包工与承揽。2016 年法国债法修改，对债法总则的规定进行了大幅度修改，该规定亦适用于建设工程合同。法国建设工程领域亦可采用标准合同文本，如 AFNOR 标准格式 NFP03-001。^③

(四) 德国法上的规定

德国建设工程合同规定在《德国民法典》(BGB) 第二编债之关系法 - 第八章各种之债 - 第九节承揽及类似契约第 631 条至第 650V 条。此外还有公共工程采购的合同规则 (VOB/B)。《德国民法典》可以自动适用，但 VOB/B 必须明确订入合同后方能适用。一个简单的民法典合同很少用于复杂的建筑活动。自 2018 年 1 月以来，民法典界定了施工合同、消费者施工合同、建筑师和工程合

^① John Adriaanse, *Construction Contract Law*, Fourth Edition, Palgrave, 2016, P2.

^② ESCL, *Studies in European Construction Law*, 2015, P689.

^③ ESCL, *Studies in European Construction Law*, 2015, P207.

同以及工程开发合同，为这些合同提供了特殊的规则。建筑合同法作为一个独立的法律领域，考虑了建筑程序的复杂性和特殊要求。

（五）日本法上的规定

日本关于设计和施工工程合同的法律主要包括以下方面：（1）日本民法典。（2）建筑标准法（BSA）。这部法律规定土地用途要求和建筑标准。（3）施工商业法（CBA）。该法律规定了施工工商业运行者的要求。《日本民法典》于2017年进行了大规模的修正，对涉及建设工程的相关规定也作了调整。

（六）国际规则的规定

1987年联合国国际贸易法委员会拟定了《建设工程国际合同法律指南》，讨论了大型工程建设的许多法律问题，涉及合同前、建造阶段和建造后阶段，提出当事人在合同中的处理此类问题的方式。2000年联合国国际贸易法委员会拟定了《私人融资基础设施项目立法指南》，2003年通过了《私人融资基础设施项目示范立法条文》，帮助各国立法机构确立有利于私人融资基础设施项目的立法框架。2011年联合国贸易法委员会颁布《公共采购示范法》，取代1994年《货物、工程和服务采购示范法》，2012年颁布了指南，2013年颁布了公共采购条例指导意见和术语表，规范政府采购程序。

此外，国际工程师联合会（FIDIC）就施工合同也出了系列合同条件，包括FIDIC红皮书（施工合同条件）、银皮书（EPC合同条件）、黄皮书（生产设备和设计—建造合同条件）等，最初版本发布于1999年，最近一次版本系2017年发布，该合同系列为国际工程所广泛采用。

四、我国建设工程施工合同法律沿革

（一）清朝建设工程立法

1902年，清朝光绪帝下诏：参酌外国法律，改定律例。1907年派沈家本、俞廉三、英瑞为修订法律大臣，设修订法律馆，聘日本人松冈义正，主持起草民律。^①1910年，《大清民律草案》完成，为现代民法之始。该草案由总则、债权、物权、亲属、继承五编构成，共1569条，其编纂体例及前三编内容，参考德、日民法典。《大清民律草案》将建设工程规定在第二编债权第十节承揽中，因辛亥革命推翻清王朝，这一民法典草案未能正式颁布生效。

^① 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第59页。

(二) 中华民国的建设工程立法

1929年，中华民国立法院设立民法起草委员会，着手编纂民法典。民法债编共604条，于1930年5月5日施行。建设工程规定在债编承揽合同中。当时的法院民事判决引用承揽合同相关规定进行裁判（见图表2）。1949年，中华人民共和国成立，这一民法典被明令废除。我国台湾地区承继了中华民国的立法传统，将建设工程规定在承揽合同中。

图表2

江苏省高等审判庭民事判决 十三年控字第三四〇号	
<p>判决</p> <p>上诉人：全银和 被上诉人：叶顺记 诉讼代理人：全贵生 巢盛律师</p> <p>两造因造价纠纷一案，上诉人不服上海地方审判庭于中华民国十三年三月二十九日所为第一审判决，提起一部上诉，本庭审理判决如下</p> <p>主文</p> <p>原判关于命上诉人给付被上诉人造价洋四百五十一元四角部分废弃。 上诉人应给付被上诉人造价洋四百一十一元一角三分三厘。 上诉人其余之上诉及被上诉人在第一审其余之请求均驳回。 第二审讼费上诉人负担十分之九，被上诉人负担十分之一。</p> <p>事实</p> <p>缘被上诉人于民国十一年阴历六月间向上诉人包造上海黄陆路地方两间一后后连披屋之住宅一所，立有承揽合同及建筑章程为凭。嗣因被上诉人未将工程完竣，上诉人亦不清付造价，经被上诉人向上海地方审判庭起诉请追造价及被扣材料用具，上诉人亦提起反诉请令赔偿误工违约金，交还透支造价及应配钥匙并扣除漆价。原审判决上诉人应给付被上诉人造价洋四百五十一元四角，被上诉人应交付上诉人钥匙八个，被上诉人其余之请求、上诉人其余反诉之请求均驳回，诉讼费用由被上诉人负担十分之四，上诉人负担十分之六。</p> <p>上诉人声明请为判决废弃原判关于给付造价部分，另为判决。其陈述略谓，民国十一年十二月间曾由上诉人之妻全散氏亲手付与被上诉人洋二百五十元，当场由被上诉人交给三百五十元收条一纸。隔十余日又由叶福生、闵杏林向上诉人之子全贵生拿去转付洋一百元，此款应在造价内扣除。又自然水龙管子依造屋惯例虽不列入契约，当然归承造人装接。被上诉人既称自然水管子系其装接，此项工程亦不列入契约，则上诉人代付之公布局自然水接头费计银二十九两合洋四十元零二角七分七厘应在造价内扣除亦无疑义云云。</p> <p>据被上诉人声明请为判决驳回上诉，维持原判。被上诉人历来领取造价均由账房同保人闵杏林出具盖章收据为凭。上诉人提出之三百五十元收据，其文字及形式与历来真收据完全不同，甚易辨识，显见虚构事实，毫无根据。至自然水龙管子为承揽契约所未载，上诉人主张依惯例应归承造人装接亦不过徒托空言。若谓被上诉人装接自然水管亦为契约所未载，然当时为造屋工程上便利起见，不得不先装水管。上诉人所付工部局自来水接头费银二十九两不能向被上诉人主张，云云。关于证据，上诉人援用在原审提出之叶顺记三百五十元收据及工部局二十九两收据，被上诉人否认三百五十元之收据。案经核讯明了，应予判决。</p>	

理由:

本件上诉人上诉意旨可分二项解决之:

(一) 造价洋三百五十元收据部分。据上诉人状称, 付款三百五十元系由上诉人之妻全敖氏亲手交付(见民国十三年六月十六日上诉状)及开庭审理据上诉人代理人全贵生供称, 二百五十元系由全敖氏交付。全敖氏又供称, 一百元系由全贵生交付等语(见本庭民国十三年八月六日辩论笔录), 此不符之点一。全敖氏在原审供称, 先付被上诉人洋三百五十元, 其余一百元隔两日又来拿的(见原审民国十二年十二月二十八日辩论笔录)。上诉人代理人全贵生在本庭供称, 被上诉人拿过二百五十元去就不来了, 隔十余日有叶福生、闵杏林来拿这一百元等语(见本庭民国十三年八月六日辩论笔录), 此不符之点二。至人证方面, 除闵杏林已否认转交外, 叶福生虽供称于民国十二年正月十六七日交过一百元(见原审民国十二年十二月二十二日辩论笔录)。然与全敖氏供称其余一百元亦在十二月内拿去民国十二年正月未付过钱(见原审民国十二年十二月二十八日辩论笔录)完全矛盾, 此不符之点三。再就收据言之, 查阅上诉人在原审提出之收据, 七纸内六纸均由被上诉人或保人闵杏林盖章称: “收到东翁先生交来洋若干元”字样, 其笔迹亦系属一致。惟民国十二年十二月初四日三百五十元之收据称: “收到全金和君货洋”云云。其措词及笔迹与历次收据迥不相同, 并无被上诉人或保人之印章, 自难认为真实。上诉意旨此点殊无理由。

(二) 自来水接头费银二十九两收据部分。上诉人主张代付工部局自来水接头费银二十九两, 在原审提出收据一纸为证, 被上诉人对于该收据亦无争执。应行解决者即此款应由何人给付。是已被上诉人抗辩之理由无非以此项工程为承揽合同所未载, 然装接自来水管亦未载入承揽合同, 其情形正与自来水接头相同。被上诉人既将装接自来水管工程早经完竣, 则对于上诉人代付之自来水接头费洋四十元零二角七分七厘自不能谓不负责, 应在原判给付造价洋四百五十一元四角内扣除。上诉意旨关于此点尚难谓为无理。

据上论结, 本件上诉一部为无理由, 一部为有理由, 应依民事诉讼条例第五百七条、第五百十八条、第九十八条特为判决如主文。

(三) 中华人民共和国成立后的建设工程立法

1954年全国人大常委会组织民法起草, 先后形成多次民法草案, 但都未施行。改革开放以后, 我国建设工程立法逐渐得到发展, 可分为以下几个阶段:

1. 《经济合同法》时代(1982年至1998年)

该阶段是建设工程立法的初始阶段, 法律条文较少, 规定相对简单。1982年7月1日施行的《经济合同法》(已失效)规定了建设工程承包合同。该法第18条规定: 建设工程承包合同, 必须根据国家规定的程序和国家批准的投资计划、计划任务书等文件签订。建设工程承包, 包括勘察、设计、建筑、安装, 可以由一个总包单位与建设单位签订总包合同, 也可以由几个承包单位与建设单位分别签订合同。勘察、设计合同中, 应规定双方提交勘察、设计基础资料、设计文件(包括概预算)的时间, 设计的质量要求以及其他协作条件等条款。建筑、安装工程合同中, 应明确规定工程范围、建设工期、中间交工工程开竣工时间、工程质量、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、交工验收、双方互相协作等条款。建设工程的竣工验收, 应