

法律人  
核心素养  
丛书

# 建设工程施工合同案件 裁判规则解析

CONSTRUCTION  
CONTRACTS

谢勇 著

聚焦 **91** 个司法实务中的热点、难点问题

结合相关规定和典型案例分析解说

为司法实务提供指引与参考

解答疑难问题 分析典型案例 指引实务操作

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

# 建设工程施工合同案件裁判规则解析

谢 勇

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

建设工程施工合同案件裁判规则解析/谢勇著.—北京：中国法制出版社，2020.5

（法律人核心素养丛书）

ISBN 978-7-5216-1038-3

I.①建... II.①谢... III.①建筑施工—合同纠纷—审判—案例—中国 IV.①D923.65

中国版本图书馆CIP数据核字（2020）第077664号

策划编辑：陈兴（cx\_legal@163.com）

责任编辑：陈兴 孙静

封面设计：蒋怡

建设工程施工合同案件裁判规则解析

JIANSHE GONGCHENG SHIGONG HETONG ANJIAN CAIPAN  
GUIZE JIEXI

著者/谢勇

经销/新华书店

印刷/

开本/730毫米×1030毫米 16开

印张/23.5 字数/377千

版次/2020年5月第1版

2020年5月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5216-1038-3

定价：89.00元

北京西单横二条2号

邮政编码 100031

传真：010-66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：**010-66070046**

市场营销部电话：**010-66033393**

邮购部电话：**010-66033288**

（如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话：010-66032926）

# 作者简介

谢勇，四川隆昌人，最高人民法院主审法官，北京大学民商法学博士，《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）》执笔人。

# 序言

工程建设是百年大计，系兆民平安。随着我国城市化进程的推进，房地产、基础设施建设成为推动经济增长的重要引擎。自改革开放以来，建筑业增加值增长了450倍，占国民生产总值的比重增加了近一倍。建筑业就业弹性系数高，每年吸纳的农民工约占全国农民工总数的19%左右，仅次于制造业。当前建筑业已经成为我国国民经济支柱产业，对吸纳农村转移劳动力、带动关联产业、促进经济社会发展、推动城乡建设和民生改善等方面具有重要作用。建筑业的快速发展，使得建设工程施工合同纠纷的数量和争议标的额均逐年上升。近十年来，全国法院受理一审建设工程施工合同纠纷案件数量快速增长，2018年达到176265件<sup>[1]</sup>。

建设工程施工合同纠纷是司法审判中较复杂的领域。建设工程施工合同的外部性以及建设工程的公共性，导致建筑市场存在市场机制失灵的现象。市场失灵本质上是契约机制失灵。在无摩擦的理想市场模型中，市场主体基于契约自由进行市场竞争，不仅能在契约当事人之间实现帕累托最优，也能在整个市场中实现帕累托最优，契约自由和意思自治是实现当事人利益最大化和社会福利最大化的重要手段。但在一个存在外部性的市场中，当事人利益最大化的行为并不能带来社会福利的最大化。市场失灵的领域往往也是和契约自由受到限制的领域。这导致建设工程施工合同是民商法中涉及管理性规定最多的领域之一。大量的管理性规定和技术规范增加了建设工程施工合同纠纷的审判难度。我国建筑市场不规范和建筑企业内部管理不规范，导致农民工等建筑工人的工资权益不能得到有效保障。为保护建筑工人利益，《中华人民共和国合

同法》（以下简称《合同法》）建立了建设工程价款优先受偿权制度，《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》（以下简称《建设工程施工合同司法解释》）建立了实际施工人权利保护制度，均突破了债的相对性、平等性原则。建设工程施工合同履行周期长，影响因素多，涉及的管理性规定多，实践中违法建筑、明招暗定、围标串标、“黑白合同”、非法转包、违法分包、借用资质等问题突出，认定事实和适用法律难度较大。司法实践对于合同效力问题、工程款和工程质量鉴定问题、工期延误及停窝工损失赔偿问题、优先权行使条件问题、实际施工人权利保护问题等疑难复杂问题的裁判规则存在不同认识。建设工程施工合同纠纷与商品房买卖合同纠纷、民间借贷纠纷、金融借贷纠纷、劳动争议纠纷、执行异议之诉纠纷、抵押权纠纷等相互交织，进一步增加了案件处理难度。

针对司法实践中存在的问题，最高人民法院于2004年制定了《建设工程施工合同司法解释》，对统一法律适用、保证工程质量、规范市场秩序、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。自《建设工程施工合同司法解释》施行以来，建筑市场发生了新变化、司法实践出现了新问题、管理政策有了新突破。在这一背景下，最高人民法院于2018年制定了《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）》（以下简称《建设工程施工合同司法解释（二）》），就司法实践中争议较多的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、实际施工人权利保护等问题作了规定。《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）修改完善了《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）《合同法》关于民事行为效力的规定，建设工程行政主管部门删除了建设工程施工合同备案的规定，国家发展和改革委员会（以下简称发改委）修改了必须招标工程范围的规定。一系列法律、

行政法规、司法解释、部门规章的制定、修改，对建设工程施工合同司法审判提出了新的要求。

针对新法律、新政策、新经营方式以及司法实践中的新情况，本书围绕建设工程施工合同纠纷案件裁判思路这一主线，依次对建设工程施工合同纠纷案件中的裁判理念、合同订立、合同效力、合同主体、合同变更、合同解释、合同履行、合同解除、违约责任9个方面共91个热点、难点问题进行了论述。本书撰写过程中，作者尽量确保每个问题的论述相对独立、完整，使读者能够简便、快捷找到实践中所遇到问题的答案，同时也尽量确保整书结构合理、体系完整，使整书具有较强的逻辑性、可读性。鉴于建设工程施工合同纠纷涉及知识点多面广，作者知识有限，难免有管中窥豹之困，一叶障目之弊。对于书中不足之处，敬请广大读者指正。

谢勇

2020年3月1日

于鼎盛御府

---

[1] 在司法统计中，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、装饰装修合同纠纷、铁路修建合同纠纷等五个四级案由项下的案件实际都属于建设工程施工合同纠纷案件。2019年的数据未正式对外公布，从增长趋势看，预计将会超过20万件。

- 一、引论
  - 001 契约自由和合同相对性原则在建设工程施工合同领域是否应受到适当限制
  - 002 我国现阶段是否必须优先保护农民工等弱势当事人的利益
  - 003 民商事审判法官仅有法律思维是否足够
  - 004 建设工程施工合同案件司法审判应当坚持哪些价值取向
- 二、建设工程施工合同的订立
  - 005 建设工程施工合同自何时成立
  - 006 哪些情况下中标无效
  - 007 哪些行为属于串通投标行为
  - 008 “先定后招”是否导致所有招标工程的中标均无效
  - 009 低于成本中标是否导致中标无效
- 三、建设工程施工合同的效力
  - 010 影响建设工程施工合同效力的主要因素有哪些
  - 011 哪些发包行为属于违法发包行为
  - 012 哪些行为属于转包行为
  - 013 哪些行为属于违法分包行为
  - 014 哪些行为属于肢解发包行为
  - 015 转包的法律后果有哪些
  - 016 分包的法律后果有哪些
  - 017 肢解发包的法律后果有哪些
  - 018 实际施工人借用资质签订建设工程施工合同的法律后果有哪些
  - 019 缺乏哪些审批手续会导致建设工程施工合同无效
  - 020 承包人建筑工程施工资质对建设工程施工合同效力有何影响

- [021 挂靠施工是否导致建设工程施工合同一律无效](#)
- [022 如何区分借用资质关系和转包关系](#)
- [023 哪些建设工程属于必须招标的工程](#)
- [024 建设工程施工合同无效后的法律后果有哪些](#)
- [025 发包人和承包人关于垫资施工的约定是否有效](#)
- [026 建设工程施工合同被认定为无效后应当返还财产还是折价补偿](#)
- [027 建设工程施工合同无效，承包人可否不请求参照合同约定支付工程价款](#)
- [028 建设工程施工合同无效，承包人可以请求参照哪份合同约定支付工程价款](#)
- [029 转包人、违法分包人或者出借资质方是否有权请求给付管理费](#)
- [030 建设工程施工合同无效如何确定赔偿损失的数额](#)
- [四、建设工程施工合同的主体](#)
  - [031 实际施工人制度是如何产生的](#)
  - [032 哪些施工人属于实际施工人](#)
  - [033 实际施工人制度是否还有继续保留的必要](#)
  - [034 实际施工人请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的范围如何确定](#)
  - [035 多层转包和分包情况下实际施工人是否有权请求发包人在欠付工程款范围内承担责任](#)
  - [036 多层转包或者违法分包中的实际施工人是否有权请求与其没有合同关系的转包人或者分包人在欠付工程款范围内承担民事责任](#)
  - [037 借用资质的实际施工人是否有权请求发包人在欠付工程款范围内承担责任](#)