

工程商务与法律丛书

# 工程纠纷 100讲

建设工程施工合同司法解释二及  
最高院民一庭指导性案例应用全书

## CONSTRUCTION DISPUTE



汪金敏◎著

『让天下没有难打的工程官司』

中国建筑工业出版社

工程商务与法律丛书

让天下没有难打的工程官司

# 工程纠纷100讲

建设工程施工合同司法解释二  
及最高院民一庭指导性案例  
应用全书

汪金敏 著

## 资料综述

张展展（第1、3、4、8章）

宋佳（第2、5章）

杨阳（第6、7、9、12章）

于欣悦（第10、11章）

## 审核校对

郝肖赞（上海瀛东所高伙，第1、7、9章等）

林仁聪（瀛和建房委主任，第2、4、10章等）

郑长虹（辽宁瀛秀所主任，第5、12章等）

关妙香（广西瀛聪所副主任，第3章等）

潘如东（江苏瀛山所主任，第11章等）

杨志（湖北瀛楚所高伙，第6章等）

陈萍（四川瀛领所主任，第8章等）



中国建筑工业出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

工程纠纷100讲: 建设工程施工合同司法解释二及最高院民一庭指导性案例应用全书 / 汪金敏著. —北京: 中国建筑工业出版社, 2019.4

(工程商务与法律丛书)

ISBN 978-7-112-23495-0

I. ①工… II. ①汪… 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050686号

本书浓缩最高院民一庭20年来发布的75个有效指导性案例及解析案例精华, 结合司法解释、法律及行政法规、各地法院百份审判指导文件及笔者20年工程商务律师经验, 系统整理、完整概括并有效解释了实务中的工程法律争议焦点及裁判规则, 包括争议主体、合同依据、合同无效、合同解除、价款确认、价款支付、工期顺延、损失赔偿、质量反索赔、优先受偿权、争议处理、工程鉴定等12大类数百个要点, 力争使读者在读完本书后可以轻松理解并正确处理90%以上的工程法律问题。本书将助力施工单位及其他相关单位的主管领导、项目经理、商务经理、法务经理及代理律师顺利完成工程结算清欠工作、预控工程纠纷、打赢工程官司。

责任编辑: 丁洪良 朱晓瑜

责任校对: 王 瑞

工程商务与法律丛书

### 工程纠纷100讲

建设工程施工合同司法解释二  
及最高院民一庭指导性案例应用全书

汪金敏 著

\*

中国建筑工业出版社出版、发行(北京海淀三里河路9号)

各地新华书店、建筑书店经销

北京建筑工业出版社制版

天津安泰印刷有限公司印刷

\*

开本: 787×1092毫米 1/16 印张: 28 字数: 620千字

2019年5月第一版 2019年5月第一次印刷

定价: 98.00元

ISBN 978-7-112-23495-0

(33783)

版权所有 翻印必究

如有印装质量问题, 可寄本社退换

(邮政编码 100037)

# 目 录

前言 让天下没有难打的工程官司 .....	3
<b>第1章 争议主体</b> .....	16
<b>1.1 发包人</b> .....	18
1.1.1 经同意的施工合同转让由受让人支付工程价款 .....	18
1.1.2 发包人分立后的各主体均应支付工程款 .....	19
1.1.3 委托代建中承包人可以向委托人主张工程款 .....	19
1.1.4 单方面承诺支付的可以向该三人主张工程款 .....	21
1.1.5 不宜向合作开发房地产的第三人主张工程款 .....	22
第1例 可否向约定免责的委托人主张价款? .....	24
第2例 与受托人签合同的向谁主张价款? .....	26
第3例 可否依承诺主张第三人支付工程款? .....	28
第4例 合作开发方应连带支付工程价款吗? .....	30
<b>1.2 承包人</b> .....	32
1.2.1 统一管理的内部承包属于合法的内部经营行为 .....	32
1.2.2 分支机构不能独立承担民事责任 .....	32
1.2.3 项目经理职务行为后果由承包人承担 .....	33
1.2.4 项目经理行为构成表见代理的后果由承包人承担 .....	34
第5例 分支机构签约的承包人可否主张权利? .....	36
<b>1.3 分包人</b> .....	38
1.3.1 承包人可以依法分包专业工程和劳务作业 .....	38
1.3.2 承包人不得对其承包的工程进行转包 .....	38
1.3.3 承包人不得对其承包的工程进行违法分包 .....	40
1.3.4 承包人不得允许实际施工人挂靠承接工程 .....	40
1.3.5 挂靠各方应该就挂靠造成的损失向发包人承担连带责任 .....	41
1.3.6 承包人和实际施工人就质量问题向发包人承担连带责任 .....	42
1.3.7 挂靠的实际施工人可以直接向发包人主张全部工程价款 .....	43
第6例 出现缺陷后发包人可诉实际施工人吗? .....	44
第7例 挂靠的实际施工人可否向发包人主张? .....	46
<b>1.4 实际施工人</b> .....	48
1.4.1 实际施工人是发包人未参与关系中独立负责实施工程的一方 .....	48
1.4.2 实际施工人追讨工程款应该尽量首先起诉合同相对方 .....	49

1.4.3	实际施工人起诉发包人以保护农民工工资为必要条件	50
1.4.4	实际施工人可起诉发包人在欠付工程款内承担责任但应举证	50
1.4.5	实际施工人直接起诉发包人受其与承包人间仲裁条款的约束	51
1.4.6	实际施工人可以发包人为被告提起代位权诉讼	52
第8例	负责承包人工程管理的是实际施工人吗?	54
第9例	实际施工人可否直接起诉发包人?	56
第10例	实际施工人如何提起代位权诉讼?	58
<b>第2章 合同依据</b>		<b>60</b>
<b>2.1</b>	<b>黑白合同</b>	<b>62</b>
2.1.1	招标投标法一次报价原则是处理黑白合同争议的最终依据	62
2.1.2	签背离实质性内容协议的必须招标工程按中标合同确定权利义务	62
2.1.3	签背离实质性内容协议的非必须招标工程按中标合同结算价款	63
2.1.4	实质性内容包括工程范围、工期、价款、质量等	64
2.1.5	只有导致权利义务较大变化的才构成背离实质性内容	65
2.1.6	变相降低工程价款属于背离中标合同实质性内容	66
第11例	计价方式变化是实质性内容不一致吗?	68
第12例	中标合同之外的让利承诺书是否有效?	70
<b>2.2</b>	<b>补充协议</b>	<b>72</b>
2.2.1	非必须招标项目因客观情况变化签订的补充协议可作结算依据	72
2.2.2	变更中标合同但未背离实质性内容的补充协议可作结算依据	74
2.2.3	按中标合同调整价格及顺延工期等的工程签证可作结算依据	74
第13例	为补偿损失变更价款的协议是否有效?	76
<b>2.3</b>	<b>招投标文件</b>	<b>78</b>
2.3.1	中标合同背离实质性内容的按照招投标文件结算	78
2.3.2	中标后未订立合同的但已实施的可参照招投标文件结算	79
第14例	中标合同与招投标文件不一致如何结算?	80
第15例	标前协议与招投标文件不一致如何结算?	82
<b>2.4</b>	<b>多份无效合同结算</b>	<b>84</b>
2.4.1	工程质量合格是多份无效合同结算的前提	84
2.4.2	就同一工程订立的多份合同无效先参照实际履行的结算	85
2.4.3	无法确定实际履行的多份无效合同按签订时间在后的结算	86
2.4.4	多份无效合同按其中一份结算明显不公平的按过错分担差价	86
2.4.5	无法确定实际履行及签订时间的多份无效合同按实结算	87
第16例	多份合同无效能否按实际履行合同结算?	88
第17例	无法确定实际履行的无效合同如何结算?	90
第18例	无法确定实际履行及时间的如何结算?	92
<b>2.5</b>	<b>默示合同</b>	<b>94</b>
2.5.1	除了形成默示合同之外施工合同应采用书面形式	94

2.5.2 承包人实施工程且发包人以付款等方式接受的默示合同成立	94
2.5.3 一方提出变更且另一方明确接受的变更合同成立	95
第19例 事实行为变更了工程价款约定吗?	96
<b>2.6 合同歧义</b>	98
2.6.1 合同歧义包括没有约定、约定不明及理解有争议等三类	98
2.6.2 不能相互解释的合同文件间歧义按约定优先顺序解释	99
2.6.3 无法相互或优先解释的合同文件间歧义按时间后先顺序解释	99
2.6.4 施工合同文件内的歧义首先按当事人真实意思解释	100
2.6.5 施工合同文件内的歧义其次可参照交易习惯解释	101
2.6.6 施工合同文件内的歧义最后可参考合同法第62条解释	102
第20例 合同理解有争议时按什么标准判断?	104
<b>第3章 合同无效</b>	106
<b>3.1 合同无效情形</b>	108
3.1.1 除可补救外违反效力性强制性规定的合同无效	108
3.1.2 转包及违法分包合同无效	109
3.1.3 未取得资质签订的施工合同无效	109
3.1.4 超越资质等级签订的施工合同无效但竣工前可补救效力	110
3.1.5 借用资质签订的施工合同无效	111
3.1.6 必须招标项目未招标签订施工合同无效	111
3.1.7 必须招标项目中标无效情形下签订的施工合同无效	113
3.1.8 除发包人能办未办外起诉前未取得工程规划许可的合同无效	114
第21例 涉及商业秘密不招标的合同是否有效?	116
第22例 先签订后招标的合同是否有效?	118
第23例 未取得工程规划许可证的合同是否有效?	120
<b>3.2 无效合同结算</b>	122
3.2.1 验收合格是无效合同结算的前提	122
3.2.2 修复后合格或发包人接收工程或无异议的视为验收合格	122
3.2.3 合同无效但工程验收合格的应参照合同约定结算	123
3.2.4 工程经修复后仍验收不合格的发包人可以不支付价款	124
3.2.5 无法取得工程规划许可证的按照缔约过失结算	125
3.2.6 收取实际施工人管理费且未提供管理的应收缴其管理费	126
第24例 合同无效且未验收的可否按定额结算?	128
第25例 合同无效的按约定结算还是按实结算?	130
第26例 无法取得工程规划许可的如何结算?	132
<b>第4章 合同解除</b>	134
<b>4.1 发包人解约</b>	136
4.1.1 只有符合解除条件且合理期限内发出通知才能解除合同	136

4.1.2	承包人明示或以行为表示不履行主要义务的发包人可解约	137
4.1.3	承包人延迟完工且催告后仍未完工的发包人可解约	137
4.1.4	承包人完成工程质量不合格又拒绝维修的发包人可解约	138
4.1.5	承包人将承包工程非法转包或违法分包的发包人可解约	139
4.1.6	不可抗力致使合同目的不能实现的任何一方可解约	139
	第27例 承包人延迟竣工的发包人可否解约?	140
<b>4.2</b>	<b>承包人解约</b>	142
4.2.1	发包人未按约付款且催告后仍不付款的承包人可解约	142
4.2.2	发包人提供材料设备不合格且催告后不改的承包人可解约	142
4.2.3	发包人不履行协助义务致使无法施工的承包人可解约	143
	第28例 未办施工许可证的承包人能否解除合同?	144
<b>4.3</b>	<b>合同解除结算</b>	146
4.3.1	属于继续性合同的施工合同解除的应采取补救措施	146
4.3.2	合同解除且质量合格的发包人应支付工程价款	146
4.3.3	合同解除时经修复质量仍不合格的不支付工程价款	147
	第29例 合同解除且质量无法认定的如何结算?	148
	<b>第5章 价款确认</b>	150
<b>5.1</b>	<b>价款结算原则</b>	152
5.1.1	合同有约定的尽量按照约定结算工程价款	152
5.1.2	没有约定或不宜适用的参照订约时当地计价标准结算	152
5.1.3	约定计价方法变更或被撤销的仍应该按约定结算	154
5.1.4	验收合格是竣工结算及终止结算的前提	155
	第30例 工程变更按合同单价还是重新估价?	156
	第31例 超出风险范围的变更应该据实计算吗?	158
	第32例 被撤销的政策文件可否作为结算依据?	160
<b>5.2</b>	<b>固定价合同结算</b>	162
5.2.1	总价合同内部分按照总价结算不应造价鉴定	162
5.2.2	总价合同外变更调整部分可以通过鉴定确定价格	163
5.2.3	总价合同承包范围约定不明的通过分配举证责任结算	164
5.2.4	总价合同解除的一般按照比例折算法结算价款	165
5.2.5	总价合同因发包人违约解除的可按照定额标准结算价款	166
5.2.6	单价合同一般按照按实结算法结算	167
	第33例 固定价合同提前终止的如何结算?	168
	第34例 固定价合同因发包人原因解除如何结算?	170
<b>5.3</b>	<b>材料涨价</b>	172
5.3.1	可调价合同及不可调价合同包干风险范围外材料涨价均可调价	172
5.3.2	不可调价合同材料涨价包干风险范围不明的参照当地文件调价	172
5.3.3	不可调价合同材料涨价符合不可预见等条件的可按情势变更调价	173

5.3.4	发包人原因拖延期间不调价合同材料涨价的可调价	175
5.3.5	非必须招标的招标工程可签补充协议调整难以预见材料涨价	175
	第35例 材料价大涨是否可适用情势变更调价?	176
<b>5.4</b>	<b>推定变更</b>	178
5.4.1	发包人同意施工的推定变更可以追加价款	178
5.4.2	发包人同意施工是推定变更构成要件之一	178
5.4.3	证明工程量实际发生是推定变更构成要件之二	179
5.4.4	不包含在合同固定价之内是推定变更构成要件之三	180
5.4.5	不是承包人过错造成的是推定变更构成要件之四	181
	第36例 未经发包人同意的工程量应否计价?	182
<b>5.5</b>	<b>现场签证</b>	184
5.5.1	现场签证可以作为确认工程价款的依据	184
5.5.2	授权不明的发包人员在职责范围内签证有效	185
5.5.3	授权不明的发包人聘请专业人士在职权范围内签证有效	186
	第37例 监理签证工程量可否作为结算依据?	188
<b>5.6</b>	<b>审计结论</b>	190
5.6.1	除另有约定外审计结论不作为结算依据	190
5.6.2	约定审计结论作为结算依据且结论已出的按约定执行	191
5.6.3	约定审计结论作为结算依据但审计拖延的可申请鉴定	191
	第38例 财政评审结论可以作为结算依据吗?	192
<b>5.7</b>	<b>按送审价结算</b>	194
5.7.1	约定逾期答复视为认可是按送审价结算条件之一	194
5.7.2	没有特别约定逾期答复视为认可均不能按送审价结算	195
5.7.3	承包人提交约定的完整结算文件是按送审价结算条件之二	196
5.7.4	发包人收到竣工结算文件是按送审价结算条件之三	196
5.7.5	发包人未在约定时间内答复是按送审价结算条件之四	196
	第39例 发函称逾期答复视为认可能否成立?	198
	第40例 逾期答复可依通用条款按送审价结算?	200
<b>5.8</b>	<b>按结算协议结算</b>	202
5.8.1	结算协议是当事人竣工后就价款结算等达成的清算协议	202
5.8.2	依据无效合同签订的结算协议可作为结算依据	203
5.8.3	签订结算协议后一方不得申请造价鉴定	203
5.8.4	结算协议签订后承包人不就结算前事项再申请追加价款	204
	第41例 按结算协议还是审计结论结算?	206
	第42例 签订结算协议后可否申请鉴定?	208
	第43例 结算协议总价是否包含独立工程价款?	210
<b>5.9</b>	<b>共同委托咨询意见</b>	212
5.9.1	共同委托造价单位出具咨询意见且未承诺接受的可申请鉴定	212
5.9.2	共同委托造价单位出具咨询意见并承诺接受的按该意见结算	213



5.9.3 除达成结算协议外共同委托非造价单位咨询的可以申请鉴定·····	213
第44例 非造价单位意见双方同意的可否据此结算?·····	214
<b>第6章 价款支付</b> ·····	216
<b>6.1 欠款利息标准</b> ·····	218
6.1.1 欠款利息有约定的按约定但不超过24%·····	218
6.1.2 欠付价款利率没有约定的按同期逾期贷款利率·····	218
6.1.3 垫资利息有约定的按约定但不高于同期贷款利率·····	218
6.1.4 垫资没有约定的按工程欠款处理但不计取利息·····	219
第45例 双方约定的垫资利息应否支付?·····	220
<b>6.2 利息起算日期</b> ·····	222
6.2.1 约定明确的从应付工程价款之日计付利息·····	222
6.2.2 约定不明但交付工程的从交付日计付利息·····	223
6.2.3 约定不明且未交付但已提交结算的从提交日计付利息·····	223
6.2.4 约定不明并未交付且未结算的从起诉日计付利息·····	223
第46例 支付期满但金额未定的可否主张违约金?·····	224
<b>6.3 质保金返还</b> ·····	226
6.3.1 合同无效的质保金也应在返还款项时返还·····	226
6.3.2 返还款项没有约定的为竣工验收通过后二年·····	227
6.3.3 发包人拖延验收的返还款项从提交竣工报告90日起算·····	227
6.3.4 合同解除且没有特别约定的结算不能扣除质保金·····	228
6.3.5 返还款项内缺陷未修复的发包人可暂扣质保金·····	229
第47例 施工合同解除的质保金应否返还?·····	230
第48例 期满缺陷未修复的可暂扣质保金吗?·····	232
<b>6.4 以房抵债</b> ·····	234
6.4.1 工程款清偿期届满且履行完毕的以房抵债协议有效·····	234
6.4.2 工程款清偿期届满但未履行完毕的以房抵债协议也有效·····	235
6.4.3 以房抵债协议未履行的工程款债权一般不消灭·····	236
6.4.4 工程款清偿期届满前的以房抵债协议无效·····	237
第49例 以房抵债未履行的能否主张工程款?·····	238
<b>6.5 向第三方支付</b> ·····	240
6.5.1 发包人代付分包商款项以承包人的委托前提·····	240
6.5.2 未经委托付给供货方款项不能抵作已付工程款·····	240
第50例 支付第三方款项可否冲抵工程款?·····	242
<b>第7章 工期顺延</b> ·····	244
<b>7.1 开工日期</b> ·····	246
7.1.1 通知开工日具备开工条件的以通知开工日为开工日期·····	246
7.1.2 承包人原因拖延开工的以通知开工日为开工日期·····	247

7.1.3	通知开工日不具备开工条件的以具备条件日为开工日期	247
7.1.4	经发包人同意提前施工的以进场施工日为开工日期	248
7.1.5	不能查明通知开工日及进场施工日的综合确定开工日期	249
7.1.6	因无施工许可证拒绝进场施工的以取得许可日为开工日期	250
	第51例 如何根据多份文件认定开工日期?	252
<b>7.2</b>	<b>竣工日期</b>	254
7.2.1	约定以提交竣工验收报告日等为竣工日期的依约确定	254
7.2.2	约定不明且发包人拖延验收的以提交报告日为竣工日期	255
7.2.3	约定不明且发包人未拖延验收的以验收合格日为竣工日期	255
7.2.4	未经验收擅自使用的以转移占有日为竣工日期	256
	第52例 未拖延验收的竣工日期如何确定?	258
<b>7.3</b>	<b>工期顺延事由</b>	260
7.3.1	发包人拖欠进度款导致停窝工的可顺延工期并索赔损失	260
7.3.2	发包人拖延提供施工条件的可顺延工期并索赔损失	261
7.3.3	结论为合格的质量鉴定期间的可顺延工期	262
7.3.4	工程变更导致工期延长的可顺延工期	262
7.3.5	增加工程量的可按类似项目工期比例顺延工期	262
	第53例 未及时撤场的如何确定停工时间?	264
	第54例 工程量增加的如何顺延工期?	266
<b>7.4</b>	<b>工期顺延程序</b>	268
7.4.1	有签证的按照签证确认顺延的工期	268
7.4.2	没有签证的按索赔程序确认顺延的工期	268
7.4.3	除有合理理由外约定逾期索赔视为放弃的按约定处理	269
	第55例 没有办理签证的工期可否顺延?	270
<b>第8章</b>	<b>损失赔偿</b>	272
<b>8.1</b>	<b>损失赔偿原则</b>	274
8.1.1	履约中出现索赔事由的可以要求赔偿因此造成的损失	274
8.1.2	合同因对方违约解除的可以要求赔偿因此造成的损失	274
8.1.3	合同无效的参照合同约定确定过错及依过错可赔偿的损失	276
	第56例 承包人应赔偿发包人逾期交房损失吗?	278
<b>8.2</b>	<b>扩大损失承担</b>	280
8.2.1	承包人应主动采取适当减损措施	280
8.2.2	承包人应及时采取减损措施	281
8.2.3	减损措施的合理费用由发包人承担	283
	第57例 防止损失扩大措施的费用由谁承担?	284
<b>8.3</b>	<b>违约金</b>	286
8.3.1	约定违约金过分高于违约造成损失的可以要求调低	286
8.3.2	既约定违约金又约定损失的可以合并适用但不得过高	287

8.3.3 合同无效的奖金及违约金不能参照合同约定支付·····	287
第58例 如何认定违约金过高而要求调低?·····	288
第59例 主张未违约是否视为主张违约金过高?·····	290
第60例 违约金与损失赔偿能否同时主张?·····	292
<b>第9章 质量反索赔</b> ·····	294
<b>9.1 质量合格认定</b> ·····	296
9.1.1 质量合格是结算款支付的前提·····	296
9.1.2 发包人组织的竣工验收合格结论才是认定合格的依据·····	297
9.1.3 未经验收擅自使用的视为自愿承担部分不合格风险·····	297
第61例 承包人组织竣工验收结论是否有效?·····	300
<b>9.2 质量责任承担</b> ·····	302
9.2.1 提供设计有缺陷的发包人就质量缺陷承担过错责任·····	302
9.2.2 甲供料不合格的发包人就质量缺陷承担过错责任·····	303
9.2.3 指定分包的发包人就质量缺陷承担过错责任·····	303
9.2.4 违法发包的发包人就质量缺陷承担过错责任·····	304
9.2.5 承包人对质量缺陷有过错的承担相应责任·····	304
第62例 设计不当致质量缺陷的责任如何承担?·····	306
<b>9.3 质量缺陷扣款</b> ·····	308
9.3.1 缺陷扣款条件一:工程存在质量缺陷·····	308
9.3.2 缺陷扣款条件二:质量缺陷是承包人原因造成的·····	308
9.3.3 缺陷扣款条件三:承包人拒绝修复缺陷·····	309
9.3.4 缺陷扣款条件四:修复方案及修复费用合理·····	309
9.3.5 缺陷扣款规则适用于工程交付前质量缺陷·····	310
9.3.6 质量缺陷扣款应该反诉·····	310
9.3.7 承包人未及时保修的应该承担质量损害赔偿赔偿责任·····	311
第63例 反复维修质量问题如何处理?·····	312
<b>第10章 优先受偿权</b> ·····	314
<b>10.1 权利效力</b> ·····	316
10.1.1 优先受偿权优先于抵押权以保护建筑工人工资·····	316
10.1.2 优先受偿权劣后于消费者购房权·····	316
10.1.3 发包人转让工程的承包人仍享有工程价款优先受偿权·····	317
10.1.4 损害建筑工人利益情形下放弃优先受偿权无效·····	318
第64例 第三人所有权能否对抗优先受偿权?·····	320
第65例 放弃条件未成就可否行使优先受偿权?·····	322
<b>10.2 权利主体</b> ·····	324
10.2.1 勘察人与设计人不享有优先受偿权·····	324
10.2.2 合法分包人及实际施工人不享有优先受偿权·····	325

10.2.3	非所有人发包的装修工程不享有优先受偿权	325
10.2.4	无效合同的承包人可以享有优先受偿权	326
10.2.5	工程价款债权受让人对工程享有优先受偿权	326
第66例	工程价款债权受让方可否行使优先权?	328
<b>10.3</b>	<b>权利客体</b>	<b>330</b>
10.3.1	不宜折价拍卖的建设工程不享有优先受偿权	330
10.3.2	只有承包人投入劳动的部分才享有优先受偿权	330
第67例	就工程占用土地可行使优先受偿权吗?	332
<b>10.4</b>	<b>受偿范围</b>	<b>334</b>
10.4.1	优先受偿范围为成本、利润及税费组成的工程价款	334
10.4.2	优先受偿范围不包括利息、违约金及损害赔偿金	335
10.4.3	发包人风险导致的停窝工损失等索赔属于优先受偿范围	336
10.4.4	已物化到工程中的垫资款本属于优先受偿范围	336
10.4.5	质量保证金宜纳入优先受偿范围	337
第68例	优先受偿权受偿范围包括停工损失吗?	338
<b>10.5</b>	<b>成立期限</b>	<b>340</b>
10.5.1	优先受偿权成立期限从应付价款之日起算6个月	340
10.5.2	应付价款之日有约定的按照该约定确定	340
10.5.3	应付价款之日约定不明的从宽参照利息起算日	341
第69例	付款日晚于竣工日时可否行使优先权?	342
第70例	竣工工程优先受偿权期限从何时起算?	344
第71例	应付价款日不明的优先受偿权何时起算?	346
<b>10.6</b>	<b>行使条件</b>	<b>348</b>
10.6.1	已完成工程质量合格的可行使优先受偿权	348
10.6.2	未完成工程质量合格的可行使优先受偿权	348
10.6.3	只要质量合格合同无效也可以行使优先受偿权	349
第72例	合同解除后可否行使优先受偿权?	350
第73例	未完工程质量缺陷的可否行使优先受偿权?	352
<b>10.7</b>	<b>行使程序</b>	<b>354</b>
10.7.1	催告发包人合理期限付款是行使优先受偿权的第一步	354
10.7.2	与发包人协议折价是行使优先受偿权或选步骤	355
10.7.3	价款未确认的可先起诉确认优先受偿权	356
10.7.4	价款已确认的可直接申请法院拍卖工程	356
第74例	可以通过起诉方式行使优先受偿权吗?	358
<b>第11章</b>	<b>争议处理</b>	<b>360</b>
<b>11.1</b>	<b>争议管辖</b>	<b>362</b>
11.1.1	仲裁条款明确约定的工程争议由约定仲裁机构管辖	362
11.1.2	仲裁条款不明或没有约定的工程争议由法院管辖	362

11.1.3	不涉及仲裁的工程相关争议由工程所在地法院管辖	362
11.1.4	按标的大小确定工程所在地管辖的法院级别	363
第75例	约定当地仲裁委管辖的可否提起诉讼?	364
<b>11.2</b>	<b>诉讼时效</b>	366
11.2.1	超过诉讼时效主张权利的法院不再保护	366
11.2.2	约定支付期明确工程款诉讼时效从该期限届满之日起算	366
11.2.3	约定支付期满未结算工程款诉讼时效结算后6个月届满	367
11.2.4	支付期不明的工程款诉讼时效宜从结算完后起算	367
11.2.5	其他权利从知道或应当知道权利受到损害之日起算	368
11.2.6	履行请求送达或对方同意履行的诉讼时效从重新起算	368
第76例	一审未提时效抗辩的二审能否再提?	370
第77例	付款条件无法成就的诉讼时效何时起算?	372
<b>11.3</b>	<b>诉讼请求</b>	374
11.3.1	诉讼请求要以可以证明的事实与理由为依据	374
11.3.2	诉讼请求可根据合同效力认定的变化而调整	374
11.3.3	同一诉讼请求经裁判后不能提起同样诉讼	375
第78例	无签收单能否认定已供应工程材料?	376
第79例	请求逾期违约金可否视为工程款利息?	378
第80例	争议标的超出诉请部分可否另行起诉?	380
<b>第12章</b>	<b>工程鉴定</b>	382
<b>12.1</b>	<b>鉴定申请</b>	384
12.1.1	为查明事实的专门性问题方能申请鉴定	384
12.1.2	诉讼前已达成结算协议的一方当事人不得再申请鉴定	384
12.1.3	当事人不认可诉讼前共同委托咨询意见的可申请鉴定	385
12.1.4	当事人可自行申请或经法院释明后申请鉴定	386
12.1.5	经法院释明后仍不申请鉴定的承担举证不能责任	386
12.1.6	一审未申请但二审申请鉴定的应发回重审或改判	387
第81例	经法院释明后不申请鉴定的如何结算?	388
<b>12.2</b>	<b>范围确定</b>	390
12.2.1	鉴定事项限于存在事实争议的专门性问题	390
12.2.2	固定总价合同竣工的仅可鉴定合同范围外价格	390
12.2.3	修复费用可申请鉴定	391
12.2.4	未经验收提前使用仅主体结构 and 地基基础可申请鉴定	391
12.2.5	鉴定事项及范围等经当事人申请后由法院确定	391
第82例	部分有争议的可否申请全部鉴定?	392
<b>12.3</b>	<b>鉴定材料质证</b>	394
12.3.1	除证明对方持有外负有举证责任的一方应该提供鉴定材料	394
12.3.2	鉴定前双方当事人应当对有争议的鉴定材料质证	394

12.3.3	对作为鉴定依据的未经质证的有争议材料应当补充质证	395
12.3.4	鉴定材料主要从真实性及合法性等方面进行质证	396
12.3.5	应该申请根据各方理解就争议事项分别出具鉴定意见	397
第83例	无关联性的鉴定材料可以作为鉴定依据?	398
第84例	多份合同价格不相同的如何申请造价鉴定?	400
<b>12.4</b>	<b>鉴定意见质证</b>	<b>402</b>
12.4.1	鉴定意见只有经过质证才能作为定案依据	402
12.4.2	形成不合法的鉴定意见不得作为定案依据	403
12.4.3	鉴定人拒绝出庭作证的鉴定意见不得作为定案依据	403
12.4.4	当事人可申请专家辅助人出庭质疑鉴定意见	404
12.4.5	鉴定意见有重大缺陷的可申请重新鉴定	404
第85例	计算方法错误的鉴定意见可否作为定价依据?	406
第86例	合同理解错误的鉴定意见如何认定?	408
第87例	鉴定意见有缺陷的能否申请重新鉴定?	410
第88例	鉴定机构资质存疑的能否申请重新鉴定?	412
<b>附录1</b>	<b>最高院施工合同解释二条款对照表</b>	<b>414</b>
<b>附录2</b>	<b>最高院施工合同解释一条款对照表</b>	<b>418</b>
<b>附录3</b>	<b>最高院民一庭指导性案例及解析案例对照表</b>	<b>422</b>
<b>附录4</b>	<b>最高院民一庭及各地法官编著书籍简称对照表</b>	<b>428</b>
<b>附录5</b>	<b>主要参考交易习惯及国家规范简称对照表</b>	<b>430</b>
<b>附录6</b>	<b>主要参考法律与各地法院意见简称对照表</b>	<b>431</b>
<b>后记</b>	<b>时代呼唤工程商务人才</b>	<b>445</b>

工程商务与法律丛书

让天下没有难打的工程官司

# 工程纠纷100讲

建设工程施工合同司法解释二  
及最高院民一庭指导性案例  
应用全书

汪金敏 著

## 资料综述

张展展（第1、3、4、8章）

宋佳（第2、5章）

杨阳（第6、7、9、12章）

于欣悦（第10、11章）

## 审核校对

郝肖赞（上海瀛东所高伙，第1、7、9章等）

林仁聪（瀛和建房委主任，第2、4、10章等）

郑长虹（辽宁瀛秀所主任，第5、12章等）

关妙香（广西瀛聪所副主任，第3章等）

潘如东（江苏瀛山所主任，第11章等）

杨志（湖北瀛楚所高伙，第6章等）

陈萍（四川瀛领所主任，第8章等）

中国建筑工业出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

工程纠纷100讲: 建设工程施工合同司法解释二及最高院民一庭指导性案例应用全书 / 汪金敏著. —北京: 中国建筑工业出版社, 2019.4

(工程商务与法律丛书)

ISBN 978-7-112-23495-0

I. ①工… II. ①汪… 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050686号

本书浓缩最高院民一庭20年来发布的75个有效指导性案例及解析案例精华, 结合司法解释、法律及行政法规、各地法院百份审判指导文件及笔者20年工程商务律师经验, 系统整理、完整概括并有效解释了实务中的工程法律争议焦点及裁判规则, 包括争议主体、合同依据、合同无效、合同解除、价款确认、价款支付、工期顺延、损失赔偿、质量反索赔、优先受偿权、争议处理、工程鉴定等12大类数百个要点, 力争使读者在读完本书后可以轻松理解并正确处理90%以上的工程法律问题。本书将助力施工单位及其他相关单位的主管领导、项目经理、商务经理、法务经理及代理律师顺利完成工程结算清欠工作、预控工程纠纷、打赢工程官司。

责任编辑: 丁洪良 朱晓瑜

责任校对: 王 瑞

工程商务与法律丛书

### 工程纠纷100讲

建设工程施工合同司法解释二  
及最高院民一庭指导性案例应用全书

汪金敏 著

\*

中国建筑工业出版社出版、发行 (北京海淀三里河路9号)

各地新华书店、建筑书店经销

北京建筑工业印刷厂制版

天津安泰印刷有限公司印刷

\*

开本: 787×1092毫米 1/16 印张: 28 字数: 620千字

2019年5月第一版 2019年5月第一次印刷

定价: 98.00元

ISBN 978-7-112-23495-0

(33783)

版权所有 翻印必究

如有印装质量问题, 可寄本社退换

(邮政编码 100037)



## 前言 让天下没有难打的工程官司

山雨欲来风满楼。随着国家防控金融风险、清理地方隐形债务、调控房地产的推进，过去20年建设房地产黄金时代水面下的冰山开始浮出水面。许多发包人资金链接近断裂、无力付款，许多承包人的垫资款及拖延工程款甚至达到一年的产值，建设工程施工合同纠纷呈现爆发的趋势。如何控制工程纠纷，打赢工程官司、维护自身权益，成了摆在承包人面前的重大课题。

雨天一定要带伞。预控工程纠纷、打赢工程官司的首要条件是熟悉工程法律。然而，工程法律繁杂，由如下六部分组成并且顺序在前者优先：

(1) 国家法律、行政法规、法律授权发布部门规章，围绕《合同法》《民法总则》《民事诉讼法》《建筑法》《招标投标法》展开，该类规定强制适用。

(2) 最高院司法解释，以2019年2月1日起施行的《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）》及2005年1月1日起施行的《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》为代表，该类规定强制适用。

(3) 最高院指导性案例。该类案例由最高人民法院审判委员会讨论决定，按照《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第7条规定，“各级人民法院审判类似案例时应当参照”，具有强制参考效力。该类指导性案例目前发布量较少，几乎没有收录工程纠纷案例。

(4) 最高院民一庭指导案例。该类案例为最高院民一庭在其编著的《民事审判指导与参考》单行本（已发行74辑）中的指导性案例及解析案例，前者以最高院民一庭名义撰写了详细指导意见，后者由最高院民一庭法官撰写详细解析意见。20年来，这些意见具有较强的前瞻性、准确性、稳定性，总体深度及广度大于现行最高院司法解释，成了各地法院制定审判业务文件和判决案件的重要依据。按照最高院《关于规范上下级人民法院审判业务关系的若干意见》第8条有关“最高人民法院通过审理案件……召开审判业务会议、组织法官培训等形式，对地方各级人民法院和专门人民法院的审判业务工作进行指导”规定，在全国具有提倡参考的效力。

(5) 各地法院审判业务文件。各地高院、中院发布了大量指导审判的意见。笔者收录了近100份。这些意见，按照最高院《关于规范上下级人民法院审判业务关系的若干意

见》第9条、第10条规定，属于审判业务文件，可以指导该院辖区内各级法院的审判业务，在辖区具有提倡参考的效力。

(6) 相关部门规章及规范性文件。该部分不具有适用效力，法院有时将其作为交易习惯等加以参考。

众里寻他千百度，蓦然回首，尽在本书中。本书力求完整、准确、客观。本书包含了几乎所有工程纠纷问题，按逻辑概括到章节例中。以上工程法律(1)(2)(5)(6)部分，篇幅巨大，已收录到系列丛书《工程纠纷法律全书》中，本书章节重点引用，尽量与其观点保持一致。以上(3)(4)部分，大都很长，本书提炼其精华并几乎都收录到了本书例及节中，填补了这方面的空白。本书收录了75个最高院民一庭指导性案例及解析案例，包括2010年之后至今的全部以及2010年之前有参考价值部分。其中，最高院民一庭王毓莹法官解析或执笔了12个案例、程新文6个、司伟5个、贾劲松5个、冯小光4个、关丽4个、仲伟珩4个、张雅芬4个、辛正郁3个、肖峰2个、孙延平2个、吴晓芳2个、张进先2个、姚宝华2个、刘银春2个、姜强1个、李琪2个、韩延斌1个、俞文斌1个、王文芳1个、王冬颖1个、王友祥1个、王某某1个、汪冶平1个、张志弘1个、于蒙1个、沈丹丹1个。以上法官基本上构成了最高院民一庭主要领导及骨干，比如程新文法官为最高院民一庭庭长，冯小光法官为最高院施工合同解释一起草人，关丽法官是最高院施工合同解释二第一版征求意见稿起草人，肖峰法官等是最高院施工合同解释二定稿人。此外，本书引用了百本包括几乎所有最高院及各地法院法官编著书籍观点。

授人以鱼不如授人以渔。90%以上的工程法律问题已经不存在争议，但是由于缺乏系统整理和全面解释，专业律师之外的人员收集法律并理解这些问题仍存在很大困难。笔者作为执业近20年的工程律师，认为系统整理我国法律的时机已经到来。在学习、消化、研究、深化上述内容的基础上，笔者力求在本书中系统整理、完整概括并有效解释我国工程法律，以指导承包人等的主管领导、项目经理、商务经理、法务经理及代理律师预控工程纠纷、打赢工程官司。

限于水平和精力，本书难免疏漏，望读者批评指正，以便迭代修改完善。

让天下没有难打的工程官司。

意见反馈联系邮箱：[wjm515@189.cn](mailto:wjm515@189.cn)。

汪金敏

2019年2月1日

# 目 录

前言 让天下没有难打的工程官司 .....	3
<b>第1章 争议主体</b> .....	16
<b>1.1 发包人</b> .....	18
1.1.1 经同意的施工合同转让由受让人支付工程价款 .....	18
1.1.2 发包人分立后的各主体均应支付工程款 .....	19
1.1.3 委托代建中承包人可以向委托人主张工程款 .....	19
1.1.4 单方面承诺支付的可以向该三人主张工程款 .....	21
1.1.5 不宜向合作开发房地产的第三人主张工程款 .....	22
第1例 可否向约定免责的委托人主张价款? .....	24
第2例 与受托人签合同的向谁主张价款? .....	26
第3例 可否依承诺主张第三人支付工程款? .....	28
第4例 合作开发方应连带支付工程价款吗? .....	30
<b>1.2 承包人</b> .....	32
1.2.1 统一管理的内部承包属于合法的内部经营行为 .....	32
1.2.2 分支机构不能独立承担民事责任 .....	32
1.2.3 项目经理职务行为后果由承包人承担 .....	33
1.2.4 项目经理行为构成表见代理的后果由承包人承担 .....	34
第5例 分支机构签约的承包人可否主张权利? .....	36
<b>1.3 分包人</b> .....	38
1.3.1 承包人可以依法分包专业工程和劳务作业 .....	38
1.3.2 承包人不得对其承包的工程进行转包 .....	38
1.3.3 承包人不得对其承包的工程进行违法分包 .....	40
1.3.4 承包人不得允许实际施工人挂靠承接工程 .....	40
1.3.5 挂靠各方应该就挂靠造成的损失向发包人承担连带责任 .....	41
1.3.6 承包人和实际施工人就质量问题向发包人承担连带责任 .....	42
1.3.7 挂靠的实际施工人可以直接向发包人主张全部工程价款 .....	43
第6例 出现缺陷后发包人可诉实际施工人吗? .....	44
第7例 挂靠的实际施工人可否向发包人主张? .....	46
<b>1.4 实际施工人</b> .....	48
1.4.1 实际施工人是发包人未参与关系中独立负责实施工程的一方 .....	48
1.4.2 实际施工人追讨工程款应该尽量首先起诉合同相对方 .....	49

1.4.3	实际施工人起诉发包人以保护农民工工资为必要条件	50
1.4.4	实际施工人可起诉发包人在欠付工程款内承担责任但应举证	50
1.4.5	实际施工人直接起诉发包人受其与承包人间仲裁条款的约束	51
1.4.6	实际施工人可以发包人为被告提起代位权诉讼	52
第8例	负责承包人工程管理的是实际施工人吗?	54
第9例	实际施工人可否直接起诉发包人?	56
第10例	实际施工人如何提起代位权诉讼?	58
<b>第2章 合同依据</b>		<b>60</b>
<b>2.1</b>	<b>黑白合同</b>	<b>62</b>
2.1.1	招标投标法一次报价原则是处理黑白合同争议的最终依据	62
2.1.2	签背离实质性内容协议的必须招标工程按中标合同确定权利义务	62
2.1.3	签背离实质性内容协议的非必须招标工程按中标合同结算价款	63
2.1.4	实质性内容包括工程范围、工期、价款、质量等	64
2.1.5	只有导致权利义务较大变化的才构成背离实质性内容	65
2.1.6	变相降低工程价款属于背离中标合同实质性内容	66
第11例	计价方式变化是实质性内容不一致吗?	68
第12例	中标合同之外的让利承诺书是否有效?	70
<b>2.2</b>	<b>补充协议</b>	<b>72</b>
2.2.1	非必须招标项目因客观情况变化签订的补充协议可作结算依据	72
2.2.2	变更中标合同但未背离实质性内容的补充协议可作结算依据	74
2.2.3	按中标合同调整价格及顺延工期等的工程签证可作结算依据	74
第13例	为补偿损失变更价款的协议是否有效?	76
<b>2.3</b>	<b>招投标文件</b>	<b>78</b>
2.3.1	中标合同背离实质性内容的按照招投标文件结算	78
2.3.2	中标后未订立合同的但已实施的可参照招投标文件结算	79
第14例	中标合同与招投标文件不一致如何结算?	80
第15例	标前协议与招投标文件不一致如何结算?	82
<b>2.4</b>	<b>多份无效合同结算</b>	<b>84</b>
2.4.1	工程质量合格是多份无效合同结算的前提	84
2.4.2	就同一工程订立的多份合同无效先参照实际履行的结算	85
2.4.3	无法确定实际履行的多份无效合同按签订时间在后的结算	86
2.4.4	多份无效合同按其中一份结算明显不公平的按过错分担差价	86
2.4.5	无法确定实际履行及签订时间的多份无效合同按实结算	87
第16例	多份合同无效能否按实际履行合同结算?	88
第17例	无法确定实际履行的无效合同如何结算?	90
第18例	无法确定实际履行及时间的如何结算?	92
<b>2.5</b>	<b>默示合同</b>	<b>94</b>
2.5.1	除了形成默示合同之外施工合同应采用书面形式	94