



建设工程案件争议焦点：  
最高人民法院改判案例深度解析

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 (CIP) 数据

建设工程案件争议焦点：最高人民法院改判案例深度解析 / 陈加曹，林维钢著. —北京：中国法制出版社，2022. 4

ISBN 978-7-5216-2537-0

I ①建… II. ①陈…②林… III. ①建筑工程-经济纠纷-审判-案例-中国 IV ①D922.297.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2022) 第 029599 号

策划编辑 王佩琳 (wangpeilin@zgfzs.com)

责任编辑 秦智贤 (qinzhixian@zgfzs.com)

封面设计 杨泽江

---

### 建设工程案件争议焦点：最高人民法院改判案例深度解析

JIAN SHE GONG CHENG AN JIAN ZHENG YI JIAO DIAN; ZUI GAO REN MIN FAYUAN  
GAIPAN AN LI SHEN DU JI EXI

著者/陈加曹，林维钢

经销/新华书店

印刷/

开本/710 毫米×1000 毫米 16 开

版次/2022 年 4 月第 1 版

印张 / 21 字数 / 293 千

2022 年 4 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5216-2537-0

定价：78.00 元

北京市西城区西便门西里甲 16 号西便门办公区

邮政编码：100053

传真：010-63141600

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：010-63141798

市场营销部电话：010-63141612

印务部电话：010-63141606

(如有印装质量问题，请与本社印务部联系。)

## 代自序：民法典时代的建设工程法律实务<sup>①</sup>

尊敬的各位朋友：

我们常说，当下中国面临的是“百年未有之大变局”。我们法律人所面对的法律世界，又何尝不是如此。面临机遇和挑战交织的时代，我们除了撸起袖子加油干之外，没有小路可抄，没有捷径可走。对于建工法律人士而言，1260条的《民法典》大餐还在消化之中，《民法典》配套的45条全新《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）》（以下简称新《建设工程司法解释（一）》）作为甜点又马上送上。

接下来，我将围绕主题，向各位汇报交流自己学习心得和体会。对于《民法典》和新《建设工程司法解释（一）》，其字面意思并不难读，难就难在要从体系、立法目的，了解建设工程各发展阶段的立法背景、相关条款的前后变化以及相应的考虑因素等，进而理解法律规定的原意。今天的交流，我试图作这方面的努力。因此，整个讲座分为三个部分：一是介绍建筑行业特点和办理建工业务需要构建的法律知识体系；二是解读民法典合同篇建设工程合同章有关内容变化；三是对新《建设工程司法解释（一）》的体系及重点条款进行解读。

### 第一部分：建筑行业的特点概述

我认为，要学习法律，除了要精读法律文义外，还需要了解这个行业的特点和法律规范制定的背景，这些行业特点是立法的土壤。归纳总结，建筑行业以及建工诉讼业务具有以下几个特点。

---

<sup>①</sup> 本文来自本书作者讲座《民法典时代的建设工程法律实务——以民法典及其司法解释为视角》文字实录。

### 一、建筑行业在国民经济中的地位非常重要

“十三五”期间，全国建筑业增加值年均增长 5.1%，占国内生产总值比重保持在 6.9% 以上，建筑企业签订合同额年均增长 12.5%。2020 年，全国建筑业总产值已达 26.39 万亿元，实现增加值 7.2 万亿元，占国内生产总值比重达 7.1%<sup>①</sup>。由此可见，建筑业作为国民经济支柱产业的作用不断增强，不可能不重视。

### 二、建筑行业是一个劳动密集型产业

建筑行业长期从业人员达 3000 万—4000 万人，加上短期从事建筑产业的，加起来总共有 8000 万—9000 万人。我国总人口的十五分之一在从事建筑业，我想如果我没考上律师，要么在做水泥工，要么在送快递。这个行业需要的技术含量不高，但为我国解决就业，解决农民工的吃饭问题贡献巨大。

### 三、建筑行业对经济刺激拉动明显

美国次贷危机引发金融危机后，加上新冠肺炎疫情，我国政府将大量的资金投入基础设施，投资建设高铁、公路、码头、港口、房地产等行业来拉动经济，维护社会的稳定。土地是工程建设的基础材料和原材料，有了土地出让，就会带动建筑行业的发展。

### 四、建筑行业是微利行业

近十年来，建筑行业的平均利润率在 3.5% 左右，在建筑业不同性质的工程项目中，路桥、港口码头、高铁、高速公路、园林绿化、装修工程高于行业平均利润率，能达 10% 左右。这同时意味着，在民用房屋、城市基础设施土建利润远低于 3.5%，甚至不足 1%。

### 五、建筑行业违法违规情况不少

由于国家对建筑行业实行严格的市场准入，施工资质管理规定十分庞大复杂，分为施工总承包资质、专业承包资质和施工劳务三个序列。由于建设工程的游击比较多，通过挂靠、转包、违法分包承接业务的情况就比较普遍、比较严重。

### 六、建设工程纠纷案件比较疑难复杂，争议标的额较大

全国法院民一庭系统一年受理案件 600 万—700 万件，其中，婚姻家庭 150

---

<sup>①</sup> 《“十四五”建筑业发展规划》，载住房和城乡建设部官网，2022 年 1 月 19 日，[https://www.mohurd.gov.cn/gongkai/fdzdgknr/zfhcxjsbjw/202201/20220125\\_764285.html](https://www.mohurd.gov.cn/gongkai/fdzdgknr/zfhcxjsbjw/202201/20220125_764285.html)。

万件、交通事故 50 万件，劳动争议 40 万件，而建设工程大概 10 万件，占比不大。<sup>①</sup> 具体而言，2017 年，全国法院审理一审建设工程施工合同纠纷案件 10.29 万件；2018 年，全国法院审理一审建设工程施工合同纠纷案件 11.32 万件<sup>②</sup>。但是，建设工程合同纠纷的二审、再审，甚至申请检察机关抗诉案件的比例都很大。最近我们团队在学习最高人民法院的改判案件，发现建工业务呈现两高的特点，一是再审率高，二是改判率高。

相较于劳动合同纠纷、知识产权纠纷，建设工程诉讼业务标的额较大。几百万元标的额诉讼案件司空见惯，几千万元稀松平常，几亿元不在少数，随着工程总承包模式（EPC/DB）工程总承包的推广，以后出现几十亿元的诉讼标的我们也不要大惊小怪。

### 七、大量行政法、经济法介入建设工程合同纠纷的司法裁判

建设工程事关社会公共利益和公共安全，为了确保建筑产品的质量，国家制定大量法律法规，比如《建筑法》《招标投标法》，以及工程资质管理规章等，这些强制性规范会与当事人意思自治的自由可能产生冲突，但这些规范在司法裁判中均作为裁判的法律渊源。

这些行业特点是我们了解立法本意的基础。为什么要在《民法典》中规定建设工程价款优先权？为什么要设立实际施工人制度？这些多是因为建筑行业有自身的特殊性，有别于其他行业。正如霍姆斯大法官所说：“法律的生命从来不在于逻辑，而在于经验。”法律来源于社会实践，又为解决社会生活的纠纷而来。

面对建筑行业这些特点，从事建设工程业务的律师需要建构怎样的知识体系？就建设工程的法律知识体系构建而言，主要涉及两个维度，两个主线的法律体系，一是有关建设工程的行政法和经济法体系；二是平等民事主体建设工程合同的法律关系。

就具体的法律而言，主要是三法、四条例、一个司法解释和许多政府规章。法律主要指《民法典》《建筑法》《招标投标法》，条例指《建设工程质量管理条例》《建设工程安全生产管理条例》《建设工程勘察设计管理条例》《招标投标法实施条例》，还有若干针对工程主体、规划、勘察、设计、施工、监理、质

<sup>①</sup> 冯小光：《建设工程施工合同纠纷案件法律适用的有关问题》，载《民事审判指导与参考（总第 75 辑）》，人民法院出版社 2018 年版，第 120-121 页。

<sup>②</sup> 最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考（总第 76 辑）》，人民法院出版社 2019 年版，第 9 页。

量、安全、造价、验收等方面的政府规章。

当然，如果有谁能够把这些法律和规章读懂，融会贯通，那他就是这个行业的蜘蛛侠、超人。我们绝大部分的同志只能有所偏重，我们这些从法学专业出身的可能偏重法律，学工程转行做律师的可能会偏重造价、质量等方面。

## 第二部分：《民法典》建设工程合同篇的理解

介绍完宏观的背景知识后，我们切入《民法典》。民法典总共 1260 条，10 余万字，是我国法律体系中条文最多、体量最大、结构最为复杂的法律，被称为“社会生活的百科全书”，整部《民法典》分为总则、物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承、侵权责任，以及附则。

涉及建设工程合同的法律规定处于第三编“合同”第二分编“典型合同”第十八章“建设工程合同”。《民法典》从第 788 条到第 808 条共 21 个条文对建设工程内容进行规定。在整个《民法典》甚至在合同编中，建设工程内容都不是那么显眼和重要，21 个条文，仅占 1260 条的 1.67%。然而，它对社会生活影响十分重大。

我们来看看建工法律的源流，就建设工程合同而言，《民法典》合同编延续了 1999 年《合同法》的立法体例，在第二分编“典型合同”中以第十八章规定了“建设工程合同”，《民法典》合同编中建设工程合同的规定源自 1999 年《合同法》第十六章，而后者是在原《经济合同法》中关于建设承包合同条文的基础上扩充修订而成的。

此外，在《合同法》颁布后，最高人民法院又先后颁布了《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（已失效，以下简称《建设工程优先权批复》）、《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》（已失效，以下简称原《建设工程司法解释（一）》）、《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）》（已失效，以下简称原《建设工程司法解释（二）》）等重要的司法解释文件。

另外，《建筑法》《招标投标法》《建设工程质量管理条例》《建设工程勘察设计管理条例》《建设工程安全生产管理条例》《招标投标法实施条例》《建筑工程施工许可管理办法》《建设工程造价鉴定规范》等具有公法性质的单行法、行政法规、规章、国家标准的有关规定亦可适用于建设工程合同。此外，据不完全统计，最高人民法院先后公布了 30 多个涉及建设工程合同的指导性案例和公报案例。这些案例也是《民法典》编纂过程中的重要参考和来源。因此，建

建设工程合同的法律渊源体系呈现十分复杂的状态，这也是建设工程合同法律制度具有高度复杂性的重要原因。

鉴于建设工程业务的重要性、特殊性和复杂性，在《民法典》编纂过程中，建设工程合同始终是社会关注和热烈讨论的话题。但从已颁布的《民法典》文本来看，较之于1999年《合同法》，《民法典》在建设工程合同部分的修订极其有限，而无任何“革命性变化”。专家解释称，主要是由于《民法典》编纂时间十分有限，对于一些有争议的问题，立法机关缺乏充分的时间去进行全面、深入的研究；另外，由于司法机关已经有相对比较详细和成熟的司法解释、指导性案例、指导意见等司法文件，立法机关认为《民法典》对有些问题不必再作出规定。因此，《民法典》最后仅对《合同法》个别条文进行了修订，这使得《民法典》在建设工程合同部分仅表现为现行法的延续。

### 一、《民法典》对《合同法》建设工程合同部分的修订

《民法典》对《合同法》第十六章“建设工程合同”部分的修订主要涉及建设工程施工合同无效后的处理以及建设工程合同解除的情形；从内容上看，《民法典》吸收了司法解释的相应条文并进行了整合。另外，《民法典》对《合同法》的个别条文进行了措辞方面的优化处理，力求体现法典在立法语言上的典雅和美感。

### 二、建设工程施工合同无效时的处理

《民法典》第793条规定：“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。建设工程施工合同无效，且建设工程经验收不合格的，按照以下情形处理：（一）修复后的建设工程经验收合格的，发包人可以请求承包人承担修复费用；（二）修复后的建设工程经验收不合格的，承包人无权请求参照合同关于工程价款的约定折价补偿。发包人对因建设工程不合格造成的损失有过错的，应当承担相应的责任。”相对于原有司法解释而言，该条款的主要变化在于使用了“折价补偿”这一术语。其依据在于《民法典》总则第157条前半段规定：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。”“折价补偿”这一术语在立法上与《民法典》总则的立法措辞保持一致。

另外，采纳“折价补偿”这一措辞，也说明了建工实务中所谓“无效合同、有效处理”做法具有合理性。一直以来，原《建设工程司法解释（一）》第2条的规定：“建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求



参照合同约定支付工程价款的，应予支持。”该做法被实务界俗称为“无效合同、有效处理”，引起了误解。因为按照合同法原理，在合同无效的情况下，合同中所约定的权利义务条款因违反强行法自然无法发生效力，不可能发生合同无效后还按有效来处理的情况。根据《民法典》总则第157条，合同无效后，双方负有返还义务。然而，对于已经验收合格的建设工程而言，显然无法进行实物返还，在此情况下，只能采取折价补偿的方案。而为了计算补偿的折价，必须参照建设工程施工合同的约定。采用“折价补偿”这一措辞更为充分和清晰地解释了前述做法的合理性所在。

赔偿责任问题，前引《民法典》第793条第3款规定：“发包人对因建设工程不合格造成的损失有过错的，应当承担相应的责任”，这是源自《民法典》总则第157条后半段规定：“有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。”由此，本条文保持了与《民法典》总则的逻辑一致性。

此外，我们还需要注意两个知识点，一是合同无效，验收不合格，经补救后还是不合格的，依据《民法典》第793条的规定，只是不能参照合同约定折价补偿，言外之意是，应视工程的使用功能和目的是否达到为标准，还是要给钱的，这与原有的司法解释的法律后果不一样。二是合同有效，在验收不合格的情况下，按照《民法典》第806条的规定，也要引用第793条的规定处理。

### 三、建设工程合同的解除

《民法典》第806条规定：“承包人将建设工程转包、违法分包的，发包人解除合同。发包人提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准或者不履行协助义务，致使承包人无法施工，经催告后在合理期限内仍未履行相应义务的，承包人解除合同。合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款；已经完成的建设工程质量不合格的，参照本法第七百九十三条的规定处理。”本条也是新增条文，源自2004年原《建设工程司法解释（一）》第8条、第9条、第10条。其中，本条第1款规定源自原《建设工程司法解释（一）》第8条第4项。其依据在于，根据《建筑法》第28条及第29条，承包人转包和违法分包的行为是违法的，在此种情况下，发包人可以主张因为承包人实施了违法行为而解除合同。

本条第2款源自原《建设工程司法解释（一）》第9条第2项、第3项，但增加了“致使承包人无法施工，经催告后在合理期限内仍未履行相应义务的”这一重要条件。其原因在于，《民法典》第563条第1款第3项规定的法定解除

事由为“当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行”。因此，在迟延履行情况下，债权人必须先履行催告程序，只有债务人在催告的合理期限内仍然未能履行其合同义务，债权人才能解除合同。由此，本条表述更为周延，与《民法典》合同编通则部分的规定保持了一致。

另外，在建设工程领域“挂靠”是十分普遍的现象，大家有没有注意到关于挂靠问题的规定，好像在民法典中遗落了。事实上，在《民法典》编纂的过程中，曾有专家建议《民法典》应对“挂靠”作出规定。原《建设工程司法解释（一）》第1条规定，“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的”，合同无效；这被一些学者认为“只是具有名义上的合法资质等级，其实质仍属无资质承揽工程”的“脱法行为”，因而应被认定为无效。然而，随着2009年《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）》（已失效，以下简称《合同法司法解释（二）》）的出台，学界对这一问题的看法发生了转变。有学者指出，原《建设工程司法解释（一）》出台时《合同法司法解释（二）》尚未出台，彼时学术界对将法律的强制性规定区分为效力性强制性规定和管理性强制性规定尚无统一意见。原《建设工程司法解释（一）》的起草者并未对法律、法规有关转包、分包和借用资质的强制性规定属于效力性规定还是管理性规定进行区分。因此，不能得出发包人与出借资质企业之间施工合同无效的结论，而应当根据合同当事人双方之间的合同要素和具体情形，分别作出判断。值得注意的是，2018年原《建设工程司法解释（二）》第4条规定：“缺乏资质的单位或者个人借用有资质的建筑施工企业名义签订建设工程施工合同，发包人请求出借方与借用方对建设工程质量不合格等因出借资质造成的损失承担连带赔偿责任的，人民法院应予支持”。按照起草者的解释，在借用资质与发包人签订建设工程施工合同的情况下，名义上的承包人是出借资质的单位，实际上的承包人是借用资质的单位或者个人，出借资质方之名与借用资质方之实共同构成承包人，缺少任何一方，建设工程施工合同都不能订立。因此，在对外关系上，可将出借资质方和借用资质方作为一个整体，对发包人负责。这就是说，只要发包人的损失是由出借资质行为所造成的，发包人就有请求借用资质的单位或者个人与出借资质的建筑施工企业承担连带责任。当然，从文义解释方法出发，本条其实只是解决了违约损害赔偿问题或属于侵权责任问题，而回避了对基于挂靠关系所签订合同效力的判断。有论者认为，本条既然允许发包人请求与之没有合同关系的挂靠人（资质的借用人）承担连带违约责任，实际上隐含着承认了挂靠形成的建设工程合同有效性的意蕴。

可以认为，新司法解释对挂靠所形成的建设工程合同的有效性采取了某种默认的态度。但是，对于“挂靠”签署的建设工程合同效力问题以及挂靠人是否有权突破合同相对性直接向发包人主张权利，理论界和实务界争议很大，这或许是《民法典》未予明确的部分原因。

#### 四、立法用语的修订

民法典作为法典化最高成就体现，其措辞用语必须既简明易懂，又要体现优美、典雅和庄重。《法国民法典》就是这方面的典范，法典很多条款具有哲学命题式的美感，体现了优雅、精确和简明。就1999年《合同法》的建设工程合同部分而言，当时由于强调通俗易懂，立法条文采用了大量的行业术语，导致立法过分口语化、行话化。如果在《民法典》中继续保留这些行业术语，将严重损害《民法典》的典雅和形式美感。因此，专家呼吁《民法典》必须剔除那些过分口语化的措辞（如《合同法》中委托合同部分的“善后”、建设工程合同部分的“肢解”“窝工”“倒运”，《侵权责任法》中的“挂靠”“挖坑”，《继承法》中的“争抢”等），而代之以更为典雅、庄重的立法用语。令人欣慰的是，《民法典》最终删除了侵权编草案中的“挖坑”，将合同编部分的“肢解”修订为“支解”；据参与立法的专家透露，“肢解”，容易跟肢解身体联系，令人毛骨悚然，于是改成“支解”。

#### 五、情势变更在建设工程合同中的适用

情势变更在建设工程合同中的适用也是《民法典》编纂过程中曾经受到关注的议题之一。建筑行业确实具有很多特殊性：建设工程项目履行期间长，易受社会经济环境变化的影响；在合同履行的过程中，难免会出现建筑材料、工程设备、人工费用、规划设计等的涨跌变化，甚至是超出正常范围的价格重大波动。最近杭州地区的土方处置涨价，很多施工企业面临巨额亏损。另外，在施工的过程中，有可能出现一些未能预见的意外情况，被迫对最初的施工方案或计划进行必要的修正，这必然带来成本的变化。由此，如果合同履行中出现了未曾预见的重大变化，严重影响了合同的缔约基础，也可能构成情势变更。显然，情势变更制度在建设工程合同中有适用的余地。

就我国法律而言，原《建设工程司法解释（二）》第9条中“因客观情况发生了在招标投标时难以预见的变化”应该主要是指情势变更。这里的“变化”必须是当事人在订立合同时所未能预见的；如果已经预见或能够预见未来所发生的变化，就应当属于正常的商业风险范围。根据《民法典》第533条，在建设工程合同履行过程中，如果出现了当事人在订立合同时无法预见的、不属

于商业风险的重大变化，继续履行合同对于承包人明显不公平的，承包人可主张变更或解除合同。情势变更情况下的合同变更属于法定变更，是当事人的权利，不属于当事人另行订立“黑合同”来规避中标的“白合同”的情形。原《建设工程司法解释（二）》第9条允许发包人与承包人在因客观情况发生了在招标投标时难以预见的变化时，另行订立一份建设工程施工合同，它可以作为结算建设工程价款的依据。这被认为是兼顾了招标投标市场秩序的维护和当事人之间的契约自由原则。总之，基于维护投标程序的严肃性和中标合同的效力，对于此种例外情况应作严格解释，将其限于构成交易基础丧失的情势变更。只有在出现符合情势变更条件的变化时，才允许当事人在中标合同之外另行签订新的协议，并以此作为结算依据。在此种情况下，新协议显然不构成所谓的“黑合同”。

#### 六、建设工程款价款优先受偿问题

1999年《合同法》第286条规定了承包人就建设工程价款的优先受偿权，这是建设工程合同部分最为关键和最为复杂的内容之一，在《民法典》的编纂过程中，工程款优先受偿权也是讨论最为热烈的议题之一。尽管最终《民法典》第807条中完全沿袭前述既有条文，对工程款优先受偿权相关问题的探讨在未来仍然有必要继续。

### 第三部分：新《建设工程司法解释（一）》的解读

建设工程尽管复杂，但从《合同法》1999年颁布实施后的20多年时间里，该暴露的问题都暴露了，而司法解释正是以问题为导向，以解决问题为目的制定的。新的司法解释从大类上分为七个方面的内容，一是合同效力问题，二是工期问题，三是工程质量问题，四是工程价款问题，五是司法鉴定问题，六是建设工程价款优先受偿权问题，七是实际施工人问题。处理建设工程案件，这七大问题是牛鼻子，能把这些问题融会贯通，建设工程案件的绝大部分内容就算心里有底了。

#### 一、合同效力问题

新《建设工程司法解释（一）》从第1条到第7条涉及合同效力问题。从司法解释看，第1条规定的无效合同主要涉及无资质或超资质、借用资质、转包，违法分包有订立合同的情形。对于第1条需要扩展解读的是，《招标投标法》正在修改，在住房和城乡建设部给国务院的送审稿中，建议要修改必须招标建设工程项目类别。删除了涉及大型基础设施、公用事业等关系公共利益和

公共安全的项目属于必须招标项目的规定。若此，以后判别必须招标项目，就从资金来源角度进行判别。第二方面需要了解的是，国家正在进行建筑业的资质改革。住房和城乡建设部2020年7月发布《建设工程企业资质标准框架（征求意见稿）》，大幅压减企业资质类别和等级。将施工总承包特级资质调整为施工综合资质，取得原10类施工总承包特级资质中的任一类，即可换发综合资质。取得综合资质的企业，可承担各类别、各等级施工总承包业务，不再申请或持有其他施工资质，保留原12类施工总承包资质。施工总承包资质等级压减为甲、乙两级，甲级资质在本类别内承揽业务规模不受限制，原一级资质调整为甲级资质，其他等级资质合并为乙级资质。专业承包资质和专业作业资质不分等级。这些改革对施工合同效力的判断也会产生影响，我们需时刻关注。

新《建设工程司法解释（一）》第2条涉及黑白合同效力判断问题，从招标效力逻辑看，招标文件优先投标文件，因为投标文件必须全面响应招标文件的内容，否则要废标。从这个逻辑看，招标投标确定的合同效力要高于当事人私下签订的合同效力，实质性主要指当事人签订合同要具备工程范围、工期、价款、质量等四大要素。

第3条是许可证对合同效力的影响，建设工程涉及四大证：土地证、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证和施工许可证，裁判规则为，未取得建设工程规划许可证签订的合同无效，但施工许可证是否领取不影响合同效力。

第4条是关于企业资质的取得可以合同补正合同效力的规定。

第5条是关于劳务属于简单劳动，劳务分包合同合法有效的规定。

第7条规定挂靠人与被挂靠人对发包人的建设工程质量合同承担连带责任问题。但是挂靠人对外签订的建筑设备租赁合同、材料买卖合同则应另当别论，要么挂靠人构成表见代理，由被挂靠人承担责任，要么挂靠人以自己名义签订的合同，由挂靠人自己承担责任。

## 二、工期问题

第8条到第11条涉及开工日期、竣工日期和工期顺延问题，工期问题的逻辑是，当合同约定了具体工期，一旦超期，就需要承担承包人承担工期的违约责任。那么工期问题的三大要素就是确认开工日期，竣工日期和是否顺延工期。对开工日期争议比较多的是，未取得施工许可证，但承包人已经进场施工了，以哪个为开工日期的问题。竣工日期中，经常发生争议的是未验收就投入使用的情况下，法律推定验收合格。此外，当发生工期顺延情况，现有的示范文本均有索赔程序要求，对于是否约定工期的判断比较复杂，司法解释确立的原则



是，施工企业要积极主张并要保留索赔证据，发包人是否予以签证则是次要考虑因素。

### 三、工程质量问题

新《建设工程司法解释（一）》第11条到第16条涉及质量问题，我不再逐条解读，质量问题需要关注两个点：一是质量返修责任和包修责任的区别，曾经有一个案件因为当事人与一、二审法院没有搞清楚这两者的区别，到最高人民法院申请再审改判。具体说，在工程竣工验收前，承包人承担质量缺陷工程的返修责任，竣工后，承包人承担保修责任。在工程竣工验收后，当施工企业要求支付工程欠款，发包人以属于保修的问题作为减付和拒付工程款事由，不会得到法院支持。

二是质量异议的主张方式要注意三个裁判规则。（1）工程既未竣工验收，发包人也未擅自使用，发包人以质量问题为由要求不付或少付工程款的，按抗辩处理。这是第12条隐藏的意思。（2）工程既未竣工验收，发包人也未擅自使用，发包人以质量问题为由要求赔偿损失或支付违约金的，按反诉处理。这是第16条隐藏的意思。（3）施工合同约定，可以从应付工程款中扣除质量赔偿金，发包人主张直接扣减的，按抗辩处理。

第17条和第18条涉及质量保证金的问题，需要注意两点，第一，质保期和保证金退回时间是两个时间概念。按目前关于质保金管理的相关规定，质量保证金要在质量缺陷期不超过24个月内退还，但退还质保金不影响承包人承担保修责任。第二，如果双方合同约定的质量保证金退还时间超过24个月，是否有效。这个有争议，但我认为是有效的，因为质量保证金的管理规定属于部门规章，不可以作为确认合同无效的依据。

### 四、工程价款问题

第19条到第24条涉及工程价款问题，这里需要特别注意的情形是存在多份合同情况下的计价标准问题，最近我和维刚律师发表在我所公众号的文章，案件在浙江省高院改判了，案件涉及的也是招标文件价款与备案合同价款、备案合同与黑合同价格条款不一致，湖州中院认为应按招标文件来计价，我们认为应当按补充协议，及各方实际履行的合同来计价，省高院最后采纳了我们的意见。

第25条到第27条涉及垫资和利息问题，这个问题目前争议不大，在2004年原《建设工程司法解释（一）》出台前，当时认为垫资是企业非法拆借资金，不保护利息。但考虑到，垫资是国际建筑市场的行业惯例，大家也接受了，

垫资是要付息的。

### 五、司法鉴定问题

第 28 条到第 34 条涉及鉴定问题，这部分在司法实践中处理得不是很好，目前我们所遇到的法官对鉴定问题基本不管，交由鉴定机构处理。这就是业内饱受诟病的以鉴定代审情况，我们办理的湖州、诸暨两地案件的情况大致相同，但是鉴定时间很长，路走偏后再来纠正，成本很高。建议在交付鉴定前，把鉴定争议事项明确一下，湖州案件涉及以哪一个合同为计价依据的问题，诸暨案件涉及质量不合适怎么折价赔偿的问题，这个要在鉴定前充分质证。

### 六、建设工程价款优先受偿权问题

第 35 条到第 42 条涉及建设工程价款优先权问题，这次变化最大的是第 41 条优先权行使期限问题，《建设工程价款优先权批复》将优先权起算时间确定为竣工之日或者约定竣工之日，期限为 6 个月，之后最高人民法院执行局在回复地方法院函件中将 6 个月定义为除斥期间。在优先权法律实践中，社会效果很差，于是原《建设工程司法解释（二）》将起算时间确定为应付工程款之日，新《建设工程司法解释（一）》将期限确定为不超过 18 个月。

何为应付工程款日期？最近我研究得出的结论是，应付款指的是竣工结算款应付之日，而不是预付款、进度款或质保金的应付之日。竣工结算款应付日期有约定的按约定，没有约定时这个问题很复杂。如果合同中途解除，则从解除之日起计。

### 七、实际施工人问题

第 43 条和第 44 条规定了实际施工人救济的两条途径，一是突破合同相对性，直接向发包人主张权力，二是代位诉讼的问题。需要我们特别注意的是，借用资质实际施工人不能突破合同相对性主张权利。我一个同学曾和我谈论正在办理的一个案件，一审法院定性为挂靠，但是判决被挂靠企业和发包人对实际施工人承担连带责任。这没有法律依据，目前二审法院已经注意到这个问题。

建工法律业务知识博大精深，要想深入学习掌握，也需经历王国维在《人间词话》中所讲述的三重境界：“昨夜西风凋碧树。独上高楼，望尽天涯路”。此第一境也。“衣带渐宽终不悔，为伊消得人憔悴”。此第二境也。“众里寻他千百度，蓦然回首，那人却在，灯火阑珊处”。此第三境也。”

## 缩略语对照表

全 称	简 称
《中华人民共和国招标投标法实施条例》	《招标投标法实施条例》
《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》	《民事诉讼法司法解释》
《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》（法释〔2004〕14号，已失效）	原《建设工程司法解释（一）》
《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）》（法释〔2018〕20号，已失效）	原《建设工程司法解释（二）》
《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）》（法释〔2020〕25号）	新《建设工程司法解释（一）》
《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（法释〔2002〕16号，已失效）	《建设工程价款优先权批复》
《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》（法释〔2012〕8号，已失效）	原《买卖合同司法解释》
《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）》（法释〔2009〕5号，已失效）	《合同法司法解释（二）》
《建设工程工程量清单计价规范》（GB 50500-2008，已失效）	2008年《清单计价规范》
《建设工程工程量清单计价规范》（GB 50500-2013）	2013年《清单计价规范》



# 目 录

## 第一章 合同效力

- 1 “低于成本价中标”的司法判定及对合同效力的影响…………… 5  
——佛山市南海第二建筑工程有限公司与佛山华丰纺织有限公司  
建设工程施工合同纠纷案
2. 未办理施工建设审批手续对合同效力之影响…………… 14  
——兰州市第一建设股份有限公司等与甘肃兴业房地产有限公司  
建设工程施工合同纠纷案
3. 必须招标工程建设项目之识别…………… 24  
——歌山建设集团有限公司与福建省恒顺融资担保股份有限公司  
建设工程施工合同纠纷案
4. “无效合同按有效处理”的理解与适用…………… 36  
——济南市历城区建筑安装工程公司、济南市历下区城乡基础建  
设工程处与济南市历城区建筑安装工程公司第十分公司、济  
南市历城区城市建设综合开发公司建设工程施工合同纠纷案
5. 合同无效情况下的工程款支付协议性质及效力认定…………… 48  
——江苏省苏中建设集团股份有限公司与新疆水清木华置业投资  
有限公司建设工程施工合同纠纷案
6. 合同无效后损失赔偿责任的裁判考量…………… 57  
——呼伦贝尔市联华房地产开发有限责任公司与广厦建设集团有  
限责任公司建设工程施工合同纠纷案

## 第二章 工程价款

7. 工程结算中“以审计为准”的内涵与外延 ..... 70  
——重庆建工集团股份有限公司与中铁十九局集团有限公司建设工程合同纠纷案
8. 对合同履行过程中所确认材料差价的认定与处理 ..... 81  
——兰陵建安公司与被申请人嘉瑞房地产公司建设工程施工合同纠纷案
9. 建设工程领域惩罚性违约金适用之司法考量 ..... 89  
——黑龙江省庆达水利水电工程有限公司与大庆油田牡丹江新能源有限公司建设工程施工合同纠纷案
- 10 承包人可得利益损失的司法裁量 ..... 103  
——贵州省国际会议中心有限公司与中国建筑第四工程局有限公司建设工程施工合同纠纷案
11. 重大设计变更情况下的工程计价方式 ..... 115  
——武汉市后湖发展物业有限公司与武汉第四建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案
12. 工程领域情势变更的认定及民事责任的承担 ..... 128  
——常州新东方化工发展有限公司与江苏正通宏泰股份有限公司建设工程承包、技术委托开发合同纠纷案
13. “逾期答复视为认可”规则的司法考量 ..... 139  
——北京市建筑装饰设计工程有限公司与周口欣欣置业有限公司装饰装修合同纠纷案

## 第三章 工程期限

14. 顺延工期事由的认定 ..... 155  
——湖南顺天建设集团有限公司与益阳市资阳商贸投资开发有限公司建设工程施工合同纠纷案



更多法律电子书尽在 [docsriver.com](http://docsriver.com) 商家巨力书店

15. 停工责任及损失分担 ..... 168  
 ——河南省偃师市鑫龙建安工程有限公司与洛阳理工学院、河南省第六建筑工程公司索赔及工程欠款纠纷再审案

## 第四章 工程质量

16. 工程质量保修责任的履程序及其范围 ..... 184  
 ——福建章诚隆建设工程有限公司与厦门经济特区房地产开发集团有限公司建设工程施工合同纠纷案
17. 工程质量返修责任与保修责任的认定 ..... 194  
 ——齐齐哈尔市非凡建筑装饰工程有限责任公司与泰来县聚洋购物中心有限公司、泰来县鑫宇房地产开发有限责任公司建设工程施工合同纠纷案
18. 对工程“擅自使用”的司法裁量 ..... 207  
 ——汪清县宝泉房地产开发有限公司与江苏长安建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案
19. 工程质量缺陷的责任承担 ..... 219  
 ——重庆市渝万建设集团有限公司与重庆双庆产业集团有限公司建设工程施工合同纠纷再审案

## 第五章 建设工程价款优先受偿权

20. 建设工程价款优先受偿范围之界定 ..... 234  
 ——荣县金镗建筑工程有限公司与自贡市东焰鞋业有限公司建设工程施工合同纠纷案
21. 建设工程价款优先受偿权的行使期限和方式 ..... 246  
 ——湖南协和建设有限公司与株洲市汉华房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案