

P124~163 第5章 建设工程合同法律制度 (12~15分)

5.1 合同的一般规定 (4~5分)

5.2 建设工程施工合同 (4~5分)

5.3 相关合同制度 (3~5分)

P124~134 5.1 合同的基本规定 (5分)

【合同形式与合同条款 (0~1分)】

合同形式	【书面形式】合同书、信件、电子邮件、数据电文等
	【口头形式】简便、高效，发生争议后举证困难
	【其他形式】根据当事人行为推定合同成立的方式（例如坐公交车投币），也叫默示合同
合同条款	标的、数量、质量、履行时间、履行地点、履行方式、违约责任等

1. (2022一级真题) 关于合同形式的说法，正确的是 ()。

- A. 书面形式合同仅指合同书
- B. 未依法采用书面形式的合同，合同不能成立
- C. 根据当事人行为推定合同成立的，为口头合同
- D. 以电子数据存在并可以随时调取查用的数据电文，视为书面形式

【答案】D

【订立合同的过程：要约—承诺规则 (0~1分)】

要约+承诺=合同成立	
要约邀请	包含的交易条件不完整不充分，（需对方补充，否则）不足以使合同成立
要约	包含的交易条件完整充分，（无需对方补充）足以使合同成立
承诺	不改变、不增加、不补充任何新的实质交易条件（否则就是新要约）。承诺须于承诺期限内作出，否则也应视为新的要约

【要约—承诺规则 (0~1分)】

要约不生效、要约失效或者承诺无效=合同不成立	
要约撤回	要约可以撤回，但撤回要约的通知应当在要约到达相对人前或者与要约同时到达相对人
要约撤销	【一般规则】要约可以撤销，但撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺前到达受要约人
	【例外规则】以下两种情况下，要约不可撤销： (1) 要约确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不得撤销 (2) 受要约人有理由认为要约不可撤销，并已经为履行合同作了准备工作
要约失效	(1) 要约被拒绝 (2) 要约被依法撤销 (3) 要约规定了承诺期限的，受要约人未在该期限内及时承诺 (4) 受要约人对要约内容提出实质性变更

2. 甲建筑公司向乙供货商发出购买 100 吨钢材的要约, 3500 元/吨, 乙公司收到要约后直接将 110 吨钢材送进现场, 甲公司接受并使用于工程。以下说法正确的有 ()。

- A. 乙公司的行为构成承诺
- B. 乙公司的行为属于新要约
- C. 甲公司接受钢材并使用于工程, 构成承诺
- D. 双方的合同已经成立
- E. 乙的行为违背了甲公司的真实意思, 合同不成立

【答案】BCD

3. 甲公司项目部欲采购 200 吨螺纹钢, 向几家材料商询价。乙材料商报价后反悔。以下说法, 正确的是 ()。

- A. 乙材料商的报价属于要约邀请, 甲接受不接受, 对乙都不产生法律约束力
- B. 乙材料商的报价属于要约, 可以在甲公司发出承诺之前, 修改报价
- C. 乙材料商的报价属于要约, 可以在甲公司发出承诺之前, 通知撤销
- D. 乙材料商的报价属于承诺, 合同已经成立

【答案】C

4. (2017、2021 一级改) 3 月 1 日甲施工企业向乙钢材商发出采购单购买一批钢材, 并确定了价格、数量、交货方式、交货地点, 要求乙在 3 月 5 日前承诺。3 月 1 日下午, 乙收到甲的采购单, 3 月 2 日, 甲再次发函至乙取消本次采购。乙收到两份函件后, 3 月 4 日, 乙发函至甲表示同意履行 3 月 1 日的采购单。关于该案的说法, 正确的是 ()。

- A. 甲在 3 月 2 日取消采购属于要约的撤回
- B. 甲的发函属于要约, 可以在 3 月 5 日前撤销
- C. 乙 3 月 4 日的行为属于新要约
- D. 甲乙之间买卖合同成立

【答案】D

【合同成立 (交易达成)】

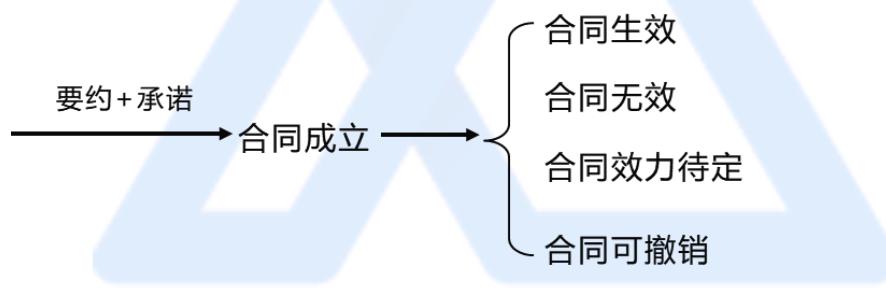
一般规则	承诺生效时合同成立
例外规则 1: 实践合同	承诺生效时合同不成立, 自当事人实际交付标的物时才成立 (例如定金合同、自然人之间借贷)
例外规则 2: 书面合同	自当事人在合同书上签字盖章时成立
例外之例外	(1) 法律规定或当事人约定签订书面合同而没有签订, 一般情况下不

	<p>能认定合同成立。但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。称为“事实合同”</p> <p>(2) 采用招标方式的，一方当事人拒绝签订合同书时，另一方可以主张自中标通知书到达时合同成立</p> <p>(3) 采用拍卖方式的，一方拒绝签订合同书时，另一方可以主张自拍卖师落槌、或者电子交易系统确认成交时合同成立</p>
---	---

5. 根据《民法典》的规定，下列各项中，属于合同成立的情形是（ ）。
- A. 甲向乙发出要约，乙作出承诺，该承诺除对履行地点提出异议外，其余内容均与要约一致
- B. 甲于5月1日向乙发出要约，规定乙应在5月5日前回复，乙于5月7日发出承诺信函，甲收到后未予理睬
- C. 甲乙谈妥买卖合同条款后约定三日内签订合同书，后来甲将合同寄送给乙，乙反悔没有在合同书上签字盖章
- D. 甲乙未依法订立书面施工合同，但甲按约定支付了备料款，乙随即进场施工

【答案】D

【合同成立（交易达成）≠ 合同生效（交易生效）】



【缔约过失责任 vs 违约责任】

	缔约过失责任（1分）	违约责任
发生阶段	订立合同过程中	履行合同过程中
表现方式	(1) 假借订立合同，恶意进行磋商 (2) 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况 (3) 泄露、不正当地使用订立合同过程中知悉的对方商业秘密或者信息 (4) 其他违背诚实信用原则的行为	不履行合同义务 或履行义务不符合约定
承担方式	赔偿对方信赖利益损失	继续履行、采取补救措施、赔偿损失、违约金、定金等

【简记】有约可违，违约责任；无约可违，缔约过失责任。

6. 当事人的不当行为造成对方损失，应当承担缔约过失责任的有（ ）。

- A. 假借订立合同，恶意进行磋商
- B. 故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况
- C. 拖延支付工程款
- D. 施工质量不合格
- E. 泄露或不正当使用订立合同过程中知悉的对方商业秘密、信息

【答案】ABE

7. 某施工单位甲公司在与乙公司协商订购某种异型钢构件时提出，由于该构件的工艺要求高，只有乙公司先行制造出符合要求的样品后，才能考虑批量购买。乙公司完成样品后，甲公司认为达不到自己的要求，便通知乙公司今后有机会再合作。以下说法正确的是（ ）。

- A. 甲公司构成违约，应当赔偿乙公司的损失
- B. 甲公司的行为构成缔约过失，应当赔偿乙公司的损失
- C. 甲公司的行为构成侵权行为，应当赔偿乙公司的损失
- D. 甲公司不需要赔偿乙公司的损失

【答案】D

5.1.1.2 合同的效力 (1~2 分)

合同效力类型	条件/特征*	具体事由
民事法律行为生效的条件		(1) 行为人有相应的民事行为能力 (2) 意思表示真实 (3) 不违反法律、行政法规强制性规定，不违背公序良俗
无效合同	违法或缺德（必须主动制止、取缔）	无民事行为能力人订立 行为人与相对人以虚假的意思表示订立 违反“法律、行政法规强制性”规定 违背公序良俗 行为人与相对人“恶意串通”，损害他人合法权益
可撤销合同	违心（交给当事人处理）	重大误解；欺诈、胁迫 一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使合同成立时显失公平
效力待定合同	无交易资格（交给监护人、被代理人处理）	限制民事行为能力人超越民事行为能力订立 无权代理

8. (2021年二建真题) 有效的民事法律行为的条件有 ()。

- A. 行为人具有相应的民事行为能力
- B. 行为人意思表示真实

- C. 不违反法律法规规章的任何规定
- D. 不超越经营范围
- E. 不违背公序良俗

【答案】ABE

9. (2020 真题改) 关于无效合同的类型, 说法正确的是 ()。

- A. 一方以欺诈手段订立, 损害对方利益的合同无效
- B. 违反部门规章强制性规定的合同无效
- C. 以虚假的意思表示订立的合同无效
- D. 施工企业超越经营范围与他人签订的合同无效

【答案】C

【可撤销合同】

类型	因重大误解、欺诈、胁迫、乘人之危致显失公平等情形
撤销权行使	【一般规则】 自当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起 1 年内行使
	【例外规则】 ① 重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起 90 日内行使 ② 受胁迫的, 自胁迫行为终止之日起 1 年内行使
撤销权消灭	当事人知道撤销事由后明确表示或以自己行为放弃撤销权, 撤销权消灭; 当事人自民事法律行为发生之日起 5 年内没有行使撤销权的, 撤销权消灭
法律效果	合同未撤销的, 自始有效; 合同被撤销的, 自始无效

10. 甲公司以翻新设备谎称全新设备, 与乙施工企业订立设备买卖合同。后来乙施工企业知悉实情并起诉。关于本案, 说法正确的有 ()。

- A. 乙施工企业有权根据具体情况, 自主决定是否行使撤销权
- B. 乙施工企业如果行使撤销权, 应当自知道该事由之日起 90 日内提出
- C. 若乙要求撤销该买卖合同且获得法院支持, 则合同自始无效, 乙可以追究甲的缔约过失责任
- D. 若乙不要求撤销该买卖合同, 则合同自始有效, 乙可以要求变更合同价款或追究甲的违约责任
- E. 该合同因违法, 属于当然无效, 法院应当主动取缔

【答案】ACD

11. 根据《民法典》, 关于可撤销合同的撤销权, 说法正确的是 ()。

- A. 当事人因重大误解订立合同的, 自知道或者应当知道撤销事由之日起 1 年内没有行

使撤销权的，撤销权消灭

- B. 当事人受胁迫的，自胁迫行为开始之日起 1 年内没有行使撤销权的，撤销权消灭
- C. 当事人自民事法律行为发生之日起 3 年内没有行使撤销权的，撤销权消灭
- D. 当事人可以放弃行使撤销权

【答案】D

【解析】欺诈胁迫、显失公平——对方责任——知道 1 年；

重大误解——自己责任——知道 90 日。

【效力待定合同】

定义	合同虽然已经成立，但因交易的当事人不具备交易资格，须经有权限人追认才能生效
限制民事行为能力人订立	限制民事行为能力人实施的两类民事法律行为有效： (1) 纯获利益的 (2) 与年龄、智力、精神健康状况相适应的 其他民事法律行为属于效力待定，经法定代理人同意或追认后有效
无权代理	行为人 (乙) 没有代理权、超越代理权、或代理权终止后继续代理，未经被代理人 (甲) 追认的，对被代理人 (甲) 不发生效力 相对人 (丙) 可以催告被代理人 (甲) 自收到通知之日起 30 日内予以追认。 被代理人 (甲) 未作表示的，视为拒绝追认 行为人 (乙) 实施的行为被 (甲) 追认前，善意相对人 (丙) 有撤销的权利 行为人 (乙) 实施的行为未被 (甲) 追认的，善意相对人 (丙) 有权请求行为人 (乙) 履行债务或就其损失请求行为人 (乙) 赔偿

12. (2022 年二建真题) 关于限制民事行为能力人实施的民事法律行为的说法，正确的是 ()。

- A. 限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为效力待定
- B. 限制民事行为能力人实施的与其年龄、智力、精神健康状况不相适应的民事法律行为无效
- C. 相对人可以催告法定代理人在收到通知之日起 30 日内予以追认
- D. 相对人催告法定代理人追认，法定代理人未作表示的，视为予以追认

【答案】C

13. 甲施工单位委托某乙代为采购 10 吨 16mm 螺纹钢，并约定最高采购价格 3500 元/吨。乙持授权委托书向丙供应商采购，丙提出供货价格最低为 4000 元/吨，乙同意后双方按照 4000 元/吨价格签订合同。丙随后积极备货并就此发函催告了甲，但甲未置可否。一个月后，丙将货物发到甲的施工现场，甲因为工地急需，接受货物并支付了部分货款。此后丙索要余款，但甲只同意按 3500 元/吨支付。关于本案，以下说法正确的是 ()。

- A. 乙以甲的名义与丙订立采购合同属于表见代理
- B. 甲收到丙催告通知之日起 30 日内，未作出表示，视为追认
- C. 若甲明确拒绝丙发货，丙无权要求乙买下备货或者赔偿损失
- D. 甲接受货物并支付部分货款，该行为应视为对合同进行了追认

【答案】D

【解析】乙催告甲，说明乙明知道王某无代理权，因此本案属于普通无权代理，不构成表见代理，A 错。无权代理合同属于效力待定合同，相对人催告时，甲应在 30 日内予以追认。未作表示的，视为拒绝追认。B 错。

5.1.2 合同的履行 (1 分)

(以下是补充了解内容，教材中未提及)

【合同履行中当事人姓名或名称变更、法定代表人更换、经办人离职等】均不影响合同的继续履行（也不需要重签合同）。

【当事人订立合同后合并】由合并后的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务。

【当事人订立合同后分立】分立的法人或者其他组织对合同享有连带债权、承担连带债务（一般规则），但债权人和债务人另有约定的以外（例外规则）。

13. 施工合同履行过程中，甲方通知乙方项目经理，因公司重组改制原因，公司名称、法定代表人、银行账户均发生了变更，需要重新签订合同。并提出根据新的公司财务管理要求，需要对一些条款进行变更。针对该情形，正确的说法是（ ）。

- A. 原合同已经终止
- B. 必须签订变更协议
- C. 合同主体未变更
- D. 合同内容已变更

【答案】C

5.1.2 合同的履行 (1 分)

【合同漏洞及其填补 (0~1 分)】

合同有约定，按约定处理；没有约定或者约定不明的，称为“合同漏洞”。针对合同漏洞如何处理？

第一步，由当事人协议补充；

第二步，依照合同相关条款或交易习惯确定；

第三步，依照法律规定的方式履行。

【小结】合同约定>交易习惯（行规）>法律规定。

第一步	当事人协议补充*	
第二步	按照合同其他相关条款或交易习惯确定	
第三步	质量要求不明确	按强制性国家标准→推荐性国家标准→行业标准→通常标准或者特定标准，依次确定
	价款或者报酬不明确	按照订立合同时履行地的市场价格*
	履行地点不明确	给付货币的，在接受货币一方所在地； 交付不动产的，在不动产所在地； 其他标的，在履行义务一方所在地
	履行期限约定不明确	债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间
	履行费用负担不明确	由履行义务一方负担

14. 合同内容约定不明，称为“合同漏洞”。合同漏洞不影响合同效力，应当按照一定的规则予以填补，并继续履行合同。根据《民法典》规定，正确的有（ ）。

- A. 合同漏洞，首先应当由当事人友好协商，予以填补
- B. 当事人协议不成的，一方可以解除合同
- C. 当事人协议不成的，应当依照交易习惯对相关漏洞进行填补
- D. 价款约定不明确的，按照合同签订时履行地的市场价格确定
- E. 履行费用约定不明确的，合同双方各负担一半

【答案】ACD

15. (2007 一建真题) 甲供应商向同一项目中的乙、丙两家专业分包单位供应同一型号材料，两份供货合同对材料质量标准均未约定。乙主张参照其他企业标准，丙主张执行总承包单位关于该类材料的质量标准，甲提出以降低价格为条件，要求执行行业标准，乙、丙表示同意。则该材料质量标准应达到（ ）。

- A. 国家标准
- B. 行业标准
- C. 总承包单位确定的标准
- D. 其他企业标准

【答案】B

【合同履行中的抗辩权类型（1分）】

	合同约定的	法律规定
--	-------	------

	履行顺序	
同时履行抗辩权	一	应当同时履行
先履行抗辩权	甲先乙后	因为甲没有履行，或者履行不符合约定，乙因此也拒绝履行
不安抗辩权	甲先乙后	甲有证据证明乙丧失或可能丧失履行能力，甲担心自己先履行，将来得不到对等给付，有权暂不履行
何种情况可以行使不安抗辩权		① 对方经营状况严重恶化 ② 对方转移财产、抽逃资金，以逃避债务 ③ 对方丧失商业信誉 ④ 对方有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形
如何正确行使抗辩权		当事人中止履行的，应当及时通知对方。 对方提供适当担保的，应当恢复履行； 如果对方未恢复履行能力又不提供适当担保，中止履行的一方可以据此解除合同并追究对方违约责任

16. 依据施工企业甲与材料供应商乙订立的买卖合同，甲应当先行支付乙货款的 20% 作为预付款，此时甲有确切证据证明乙经营状况严重恶化，关于甲的做法，正确的是（ ）。

- A. 中止履行，并及时通知对方
- B. 通知乙即刻解除合同
- C. 继续支付预付款
- D. 要求乙承担违约责任

【答案】A

17. (2024 二级房建实务真题) 施工合同约定 3 月 1 日开工，建设单位开工前 7 日应向施工单位支付预付款。但施工单位进场一周仍未收到预付款。于是 3 月 8 日施工单位书面通知建设单位因为无法备料，即日起暂停施工。根据《民法典》，施工单位行使的权利是（ ）。

- A. 先履行抗辩权
- B. 同时履行抗辩权
- C. 不安抗辩权
- D. 合同解除权

【答案】A

18. 应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方（ ），可以中止履行。

- A. 经营状况不佳的
- B. 丧失商业信誉的

- C. 存在多起诉讼的
- D. 有可能会违约的
- E. 抽逃资金以逃避债务的

【答案】BE

5.1.3 违约责任 (1~2 分)

继续履行 或 补救措施	【一般规则】一方违约不履行，对方有权请求强制其继续履行
	【例外规则】但有三种情况不支持继续履行： (1) 法律上或者事实上不能履行 (2) 债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高 (3) 债权人在合理期限内未请求履行
赔偿损失	=直接损失+合同履行后可得利益≤违约方订立时的合理预见范围
违约金	(1) 约定违约金低于实际损失的，守约方可以请求增加违约金 (2) 约定违约金过分高于实际损失的，违约方可请求适当减少 (3) 违约方因迟延履行支付违约金后，还应当继续履行
定金	(1) 当事人约定“订金、留置金、押金、担保金”等，未明确约定为定金性质的，不可以按定金处理 (2) 定金合同自实际交付定金时成立。实际交付的定金数额多于或者少于约定数额的，视为变更约定的定金数额 (3) 定金不得超过主合同额的 20%，超过部分不产生定金效力 (4) 当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款

【赔偿损失】

要点：直接损失要赔，间接损失要赔。不可预见的损害不赔。一方违约后，守约方不采取减损措施，致使损失进一步扩大的不赔。

例子：建设单位因财务困难，通知施工单位工程停建并退场，但施工单位拒不撤离施工现场，1年后提出索赔。

直接损失	停工、窝工损失；退场、转场的费用 √
间接损失	未完工程的计划利润 √
不可预见损失	项目部管理人员因不能支付材料款被材料商围攻受伤 ✗
扩大损失	占据现场 1 年的相关人员工资、设备设施租赁费用等 ✗

18. (2021 年真题) 关于违约责任中“赔偿损失”的说法，正确的是（ ）。

- A. 违约方应当赔偿不可预见的损害
- B. 损失赔偿仅限于直接损失，不包括合同履行后预期取得的利益
- C. 当事人一方违约后，对方没有采取适当措施致使损失扩大的，非违约方可以就扩大的损失请求赔偿
- D. 当事人为防止因违约造成的损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担

【答案】D

19. (2022 真题) 关于违约金的说法, 正确的是()。

- A. 约定的违约金过分高于造成的损失的, 人民法院或者仲裁机构不得予以减少
- B. 约定的违约金低于造成的损失的, 人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加
- C. 一方违约, 当事人要求支付违约金的, 不得再要求继续履行
- D. 一方违约, 当事人要求解除合同的, 不得再要求支付违约金

【答案】B

【定金】

	一般违约	根本违约
表现形式	瑕疵履行; 拖延履行等	不履行; 或者因履行严重不符合约定 “导致合同目的无法实现”
是否适用定金罚则	x	√
是否适用单方法定解除	x	√
是否可以没收履约保函	x	√

20. 关于定金的说法, 正确的有()。

- A. 订金、押金、保证金等, 与定金法律性质相同
- B. 定金属于从合同, 主合同无效的, 定金合同也无效
- C. 实际交付定金少于约定的, 应当补缴定金; 多于约定的, 不发生定金效力
- D. 收受定金一方当事人履行合同不符合约定的, 应当双倍返还定金
- E. 买卖合同总价 100 万元, 甲按约定交付了 25 万元定金, 乙予以签收。后来由于乙未能履行合同, 则甲最多可以要求乙返还 45 万元

【答案】BE

【违约责任的减免】

法定免责	一方因不可抗力不能履行合同的, 根据不可抗力的影响, 全部或部分免责(一般规则)
	但当事人迟延履行后发生不可抗力的, 不能免责(例外规则)
约定免责	当事人有约定免除责任的条款的, 依照其约定(一般规则)
	但以下免责条款无效(例外规则): (1) 造成对方人身伤害的 (2) 故意或重大过失造成对方财产损失的

减轻责任	当事人一方违约造成对方损失，但对方对损失的发生也有过错的，可以减少相应的赔偿额
注意	当事人一方因第三人原因违约的，应当向对方当事人承担违约责任，不能因此主张免除或减轻（“合同相对性原理”）

21. 关于工程施工中发生不可抗力的说法，正确的是（ ）。

- A. 施工中遇到材料涨价，属于不可抗力事件
- B. 不可抗力事件发生后，相关费用和损失，均由建设单位承担
- C. 当事人因不可抗力不能履行合同的，必定免除责任
- D. 当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任

【答案】D

【解析】不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。因此，材料涨价等不属于不可抗力。

22. 某《施工分包合同》约定如下条款，其中无效的是（ ）。

- A. 因工地停水停电导致分包工程停工，一周内累计不足 8 小时的，工期不予顺延
- B. 索赔事件发生后，分包单位未在约定期限内向总包提交索赔报告的，视为不要求费用和工期调整
- C. 分包工程发生质量安全事故，导致总包受到处罚或者被第三人索赔，总包有权向分包单位进行相应追偿
- D. 因业主提供现场条件不符约定、图纸错误等造成损失，分包单位应当直接向工程业主提出索赔，与总包无关

【答案】D

23. 某工程项目由乙施工单位总承包。其中钢结构由甲建设单位自行向丙厂采购，丁钢构安装公司是负责钢结构安装的专业分包单位。丙厂在钢构件加工制作完成后，委托戊运输公司运往工地。运输过程中，因司机刘某超载，致使车辆和钢构件被扣。丁安装公司因此停工待料、发生了一些窝工损失。问，丁公司的损失可向（ ）主张赔偿。

- A. 甲建设单位
- B. 乙总承包单位
- C. 丙厂
- D. 戊运输公司

【答案】B