

P134~144 5.2 建设工程施工合同（5分）

### 5.2.1 施工合同的形式和订立（0~1分）

建设工程合同包括：勘察、设计、施工合同，注意：监理合同不属于建设工程合同，而是委托合同。

	建设工程施工合同
形式要求	应当采用书面形式
内容要求	(1) 依法招标的建设工程项目，合同应当按照招标文件和中标人的投标文件订立 (2) 国家重大建设工程合同，应当按照国家规定程序、批准的投资计划、可行性研究报告等文件订立 (3) 当事人可以参考《建设工程施工合同（示范文本）》订立合同

1. 关于建设工程合同的说法，正确的是（ ）。

- A. 包括建设工程勘察、设计、施工合同
- B. 依法应当招标而未招标的，不影响合同效力
- C. 未采用示范文本签订的，合同不成立
- D. 未采用书面形式签订的，合同无效

【答案】A

### 5.2.2 施工合同的效力（1分）

	建设工程施工合同
绝对无效	<b>【依法应招标而未招标】</b> 或中标无效签订施工合同，无效 <b>【挂靠他人资质签订】</b> 的施工合同，因违反建筑法禁止性规定而无效 <b>【转包、违法分包】</b> 因违反建筑法禁止性规定而无效，但上一手施工合同本身有效，发包人可以立即解除，也可以不解除而追究承包人违约责任
允许补正	<b>【超越资质等级】</b> 签订的施工合同无效。但承包人在竣工前取得相应资质等级的，当事人请求按照无效合同处理的，不予支持 <b>【违章建筑】</b> 当事人以工程未取得规划许可证为由，请求确认施工合同无效的，应予支持，但起诉前发包人已取得规划审批手续的除外
当事人主张	<b>【黑白合同】</b> 招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，法院应予支持 <b>【变相的黑白合同】</b> 中标人在中标合同之外明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设单位捐赠财物等，属于“变相降低工程价款”，一方可以背离中标合同实质性内容为由请求确认无效

2. 下列建设工程施工合同，一方当事人主张合同无效，人民法院予以支持的是（ ）。
- A. 某政府采购工程，因招标后无有效标，经重新招标后仍未成立，建设单位改为竞争

性谈判方式确定施工企业

- B. 某依法招标项目，招标人和中标人在中标合同之外约定以市场价格购买承建的 30 套房产
- C. 某建筑施工企业超越资质等级订立的合同，但工程竣工前已取得相应等级资质
- D. 某建设工程项目，法庭审理时发包人尚未取得建设工程规划许可证

**【答案】D**

### 【无效合同的法律后果】

无效的或被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力。

民事法律行为部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

合同不生效、无效、被撤销或终止的，不影响合同中有关解决争议方法的条款的效力。

民事法律行为无效或者被撤销或确定不发生效力后，应当返还财产（一般规则）；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿（例外规则）。有过错方应当赔偿对方损失。双方都有过错的，应当各自承担相应责任。

### 【施工合同无效，但经验收合格的情形】

可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。

### 【施工合同无效，且经验收不合格的情形】

(1) 发包人可以请求承包人进行修复，由承包人承担修复费用。  
 (2) 修复后的工程经验收仍不合格的，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。

3. (2021 年真题) 关于无效合同法律后果的说法，正确的是（ ）。
- A. 无效合同自被确认无效时起没有法律约束力
  - B. 合同无效的，不影响合同中有关解决争议方法的条款的效力
  - C. 无效合同的当事人因该合同取得的财产，应当折价补偿
  - D. 无效合同中双方都有过错的，仅需承担各自的损失

**【答案】B**

4. (2021 年) 关于无效施工合同工程款结算，说法正确的是（ ）。
- A. 建设工程经验收合格的，发包人应当按照合同约定进行工程款结算
  - B. 建设工程验收不合格，修复后的建设工程经验收仍不合格的，发包人可以在结算中

大幅度减少结算金额

C. 建设工程验收不合格，修复后的建设工程经验收合格的，维修费用应当由发包人与承包人共同承担

D. 建设工程经验收合格的，发包人可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人

**【答案】D**

### 5.2.2 建设工程工期、质量和价款（2分）

实际工期（=实际竣工日-实际开工日-工期顺延天数）vs 合同工期（1分）	
开 工 日	(1) 开工日为发包人或者监理人发出的开工通知载明的开工日；开工通知发出后，尚不具备开工条件的，以开工条件具备的时间为开工日；因承包人原因导致开工推迟的，以开工通知载明的时间为开工日
	(2) 承包人经发包人同意先行进场施工的，以实际进场施工时间为开工日
	(3) 发包人或者监理人未发出开工通知的，应当综合考虑几个权威文件（《开工报告》、《合同》、《施工许可证》、《竣工验收报告》或者《竣工验收备案表》等）载明的开工时间，并结合是否具备开工条件，认定开工日期
竣 工 日	(1) 建设工程一次验收通过的，以提交报告日作为竣工日；经整改后验收通过的，以竣工验收合格之日为竣工日
	(2) 承包人已提交竣工验收报告，发包人拖延验收，以提交验收报告日为竣工日
	(3) 建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有日为竣工日
工 期 顺 延	(1) 发包人未按约定提供材料设备、场地、资金、技术资料的；或未及时检查隐蔽工程，导致承包人停工、窝工的，承包人可顺延工期
	(2) 承包人虽未取得工程顺延签证，但能够证明在约定期限内申请过工期顺延且顺延理由成立，法院应予支持顺延
	(3) 竣工前当事人对工程质量发生争议，经鉴定合格的，鉴定期间顺延工期

5. 根据最高法院《解释》，关于建设工程开工日期和竣工日期的确认，说法正确的是（ ）。

- A. 开工通知发出后，尚不具备开工条件的，承包人实际进场施工时间为开工日期
- B. 发包人或者监理人未发出开工通知的，以施工许可证载明的开工时间作为开工日期
- C. 承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，以承包人提交验收报告之日为竣工日期
- D. 建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以承包人实际完工之日为竣工日期

**【答案】C**

6. 根据最高法院《施工合同解释》，关于工程延期的说法，正确的是（ ）。

- A. 建设工程竣工前，当事人对工程质量发生争议，工程质量经鉴定合格的，鉴定期间不顺延工期
- B. 承包人在约定期限内申请工期顺延，但发包人或监理人拒绝签认的，工期一律不顺

延

- C. 发包人未及时检查隐蔽工程造成承包人窝工、停工的，工期应予顺延
- D. 因不可抗力停工的工期不予顺延

**【答案】C**

**【解析】**《司法解释》仅提出了顺延的一般规定。但顺延究竟能否获得监理批准，还要考虑甲方违约行为或不可抗力事件影响的是关键工作；即使在关键线路上，如果工作进度偏差小于该工作总时差，工期也不予顺延。

### 【施工质量争议处理（1分）】

承包人	(1) 因承包人原因致使质量不符合约定的，发包人有权请求承包人在合理期限内无偿修理或者返工、改建
质量过错责任	(2) 因承包人原因致使建设工程在合理使用期限内造成人身损害和财产损失的，承包人应当承担赔偿责任
发包人	发包人对下列原因造成的质量缺陷，应当承担过错责任：
质量过错责任	<ul style="list-style-type: none"> <li>① 提供的设计有缺陷</li> <li>② 提供或者指定购买的建筑材料、建筑构配件、设备不符合强制性标准</li> <li>③ 直接指定分包人分包专业工程</li> </ul>
未经竣工验收 擅自使用的 质量争议	<p>发包人未经竣工验收，擅自使用建设工程，又以工程质量不符合约定为由主张权利的，不予支持（一般规则）。</p> <p>但承包人对地基基础和主体结构，应当在工程设计年限内承担民事责任（例外规则）</p>

7. 下列情况造成建设工程质量缺陷，发包人应当承担过错责任的是（ ）。

- A. 直接指定分包工程不合格的
- B. 拖欠工程进度款的
- C. 未申领施工许可证的
- D. 设计变更导致工程量增加的

**【答案】A**

8. (2007一建真题) 建设单位因急于投产，擅自使用了未经竣工验收的工程，使用过程中，建设单位发现了一些质量缺陷，遂以质量不符合约定为由将施工单位诉到法院，则下列能够获得法院支持的有（ ）。

- A. 有防水要求的卫生间发生渗漏
- B. 基础底板断裂
- C. 电气管线不通路
- D. 给水管道接口漏水

E. 主体结构明显倾斜

【答案】BE

#### 【工程款结算争议处理 (0~1分)】

施工合同与招投标文件内容不一致	施工合同与招标文件、投标文件、中标通知书载明的工程范围、工期、质量、价款不一致的，以招标文件、投标文件、中标通知书作为结算依据
黑白合同	当事人在中标合同之外，又签订其他违背中标合同实质性内容的协议，以中标合同作为结算依据
数份合同均无效	同一工程签订数份施工合同均无效但质量合格的，参照实际履行合同的约定进行折价补偿（一般规则）。实际履行的合同难以确定的，当事人可请求参照最后签的合同进行结算（例外规则）
设计变更	因设计变更导致工程量或者质量标准发生变化：工程量清单中有同样或类似工作的，适用相同或参照类似工作的价格（一般规则）；工程量清单中没有同样或类似工作的，可以参照签订合同时工程所在地建管部门发布的计价方法或标准结算（例外规则）
工程量争议	当事人对工程量有争议的，以签证为准（一般规则）。承包人能够证明发包人同意其施工，但未能提供签证文件的，按当事人提供的其他证据确认实际发生的工程量（例外规则）

8. 根据最高法院《施工合同解释一》，以下关于建设工程价款结算纠纷中，说法正确的是（ ）。

- A. 当事人对设计变更部分工程价款不能协商一致的，直接按照工程完工时该工作的市场价格进行结算
- B. 承包人无法提供签证文件，可按当事人提供的其他证据确认实际发生的工程量
- C. 当事人签订的施工合同与招标文件、投标文件、中标通知书不一致，应当将施工合同作为结算依据
- D. 同一工程签订数份施工合同均无效的，直接参照最后一份合同进行折价补偿

【答案】B

#### 【应付款时间与工程欠款】

合同有约定	按约定时间付款
合同未约定或约定不明	(1) 建设工程已实际交付的，为交工日
	(2) 工程没有交付的，为提交竣工结算文件日
	(3) 建设工程未交付，工程价款也未结算的，为起诉日

【工程垫资】需明确约定垫资条款，否则作欠款处理。

	有约定	无约定*
欠款利息	按约定	按贷款利率
垫资利息	按约定（超过贷款利率部分无效）	不予支持

9. (2015二建真题) 建设工程施工合同对付款时间没有约定或约定不明，则视为应付款时间的是（ ）。

- A. 建设工程已竣工验收的，为竣工验收合格之日
- B. 建设工程已交付的，为交付之日
- C. 建设工程未交付的，为竣工结算完成之日
- D. 建设工程未交工也未结算的，为法院判决之日

**【答案】B**

10. (2023一建真题) 某非政府投资项目，某施工单位中标后被要求垫付建设资金2000万元，双方在合同中约定了垫资条款，但未约定垫资利息。根据有关司法解释，下列说法正确的是（ ）。

- A. 由于当事人对垫资利息没有约定，按照工程欠款处理
- B. 垫资的约定无效
- C. 应当按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息
- D. 对施工单位支付垫资利息的请求不予支持

**【答案】D**

#### **【承包人的建设工程价款优先受偿权】**

(1) 建筑工程承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。但不得对抗已支付全部购房款并以居住为目的的人。

(2) 装饰装修工程符合折价、拍卖条件；未竣工的建设工程质量合格，承包人请求就其承建工程部分折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

(3) 承包人建设工程价款优先受偿的范围依照国家主管部门关于建设工程价款范围的规定（直接费+间接费+利润+税金）。承包人就逾期付款的利息、违约金、损害赔偿金等主张优先受偿的，人民法院不予支持。

(4) 优先权期限为自应付工程价款之日起，最长不超过18个月，过期消灭（即所有款项均转化为普通债）。

(5) 发包人与承包人约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权，损害建筑工人利益，发包人根据该约定主张承包人不享有建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持。

11. 某商品房开发工程因故停建，承包人及时起诉要求结算工程款并胜诉，法院在对该项目进行拍卖执行中，有许多债权人主张权利，各债权人的清偿顺序依法应为（ ）。

- A. 全款购房人、承包人、抵押权人、普通债权人  
 B. 承包人、抵押权人、普通债权人、全款购房人  
 C. 抵押权人、普通债权人、全款购房人、承包人  
 D. 普通债权人、全款购房人、承包人、抵押权人

**【答案】A**

12. 关于建设工程价款优先受偿权，正确的是（ ）。
- A. 承包人优先受偿的范围包括工程款、利息和违约金  
 B. 承包人优先受偿权优于抵押权及其他债权，但不得对抗已支付全部房款并以居住为目的的人  
 C. 承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为 6 个月，自竣工验收之日起计算  
 D. 发包人与承包人放弃或者限制建设工程价款优先受偿权的约定一律无效

**【答案】B**

### 5.2.3 施工合同的变更、转让和终止（2分）

合同变更	需 ① 当事人双方协商一致且 ② 内容明确 合同变更内容约定不明，推定为未变更
	由设计单位出具设计变更图纸，总监签发工程变更令。承包人收到变更图纸+变更令后组织实施
工程变更	
合同转让	【债权转让】① 无需债务人同意，但要通知债务人 ② 债务人的抗辩，可向新债权人主张 ③ 从债权与主债权一并转让 【债务转移】应经过债权人同意
合同终止	① 债务履行完毕 ② 债务相互抵销 ③ 债务人依法将标的物进行提存 ④ 债权人免除债务 ⑤ 债权债务归于同一人 ⑥ 其他，如合同解除

13. (2012 一建真题) 甲向乙购买 50 吨水泥，后甲通知乙需要更改购买数量，但一直未明确具体数量。交货期届至，乙将 50 吨水泥交付给甲，甲拒绝，理由是已告知要变更合同。关于本案，说法正确的是（ ）。

- A. 乙承担损失  
 B. 甲可根据实际情况部分接收  
 C. 双方合同已变更，乙送货构成违约  
 D. 甲拒绝接收，应承担违约责任

**【答案】D**

14. (一二级连考 5 次) 2024 年 9 月 15 日, 甲建材公司与丙设备租赁公司订立书面协议转让其对乙施工单位的 30 万元材料款债权, 9 月 25 日甲公司将该债权转让通知了乙公司。12 月 30 日丙公司向乙公司主张到期的 30 万元债权。但乙公司认为甲公司之前提供的材料质量不合格拒绝支付。本案正确的是 ( )。

- A. 甲公司与丙公司之间的债权转让必须经乙公司同意
- B. 该债权转让协议 9 月 25 日起对乙发生效力
- C. 乙公司对甲公司的抗辩, 不能向丙公司主张
- D. 丙公司不能取得与该债权相关的从权利

**【答案】B**

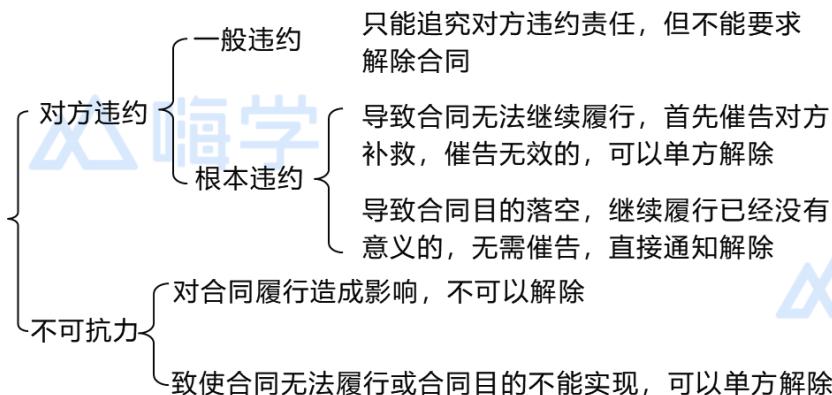
15. 根据《合同法》, 合同权利义务终止的情形为 ( )。

- A. 债务人依法将标的物抵押
- B. 债权人下落不明
- C. 当事人一方合并、分立
- D. 债务人依法将标的物提存

**【答案】D**

	合同解除 (取消交易、退钱退货)
前提	仅适用于有效合同, 无效合同、可撤销合同不适用合同解除
双方协议解除	只要双方同意, 可以任意解除合同
单方依约解除	出现合同约定的解除条件时, 一方当事人可以依约定解除
单方依法解除	出现法律规定的解除条件时, 一方当事人可以依法解除: ① 因不可抗力致使不能实现合同目的 ② 在履行期限届满前, 当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务 ③ 一方迟延履行主要债务, 经催告后在合理期限内仍未履行 ④ 一方迟延履行债务或其他违约行为致使不能实现合同目的
解除权行使期间及行使方式	有约定, 按约定; 无约定, 按 1 年 当事人一方依法主张解除合同的, 应当通知对方。合同自通知到达对方时解除; 对方对解除合同有异议的, 任何一方当事人都可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力

【法定单方解除原理 (合同能够继续履行的, 应当继续; 不能继续或继续没有意义的, 不得已而解除)】



### 【施工合同的法定单方解除】

#### 【发包人单方解除施工合同情形】

承包人转包、违法分包的。

#### 【承包人单方解除施工合同情形】

(1) 发包人提供的主材、构配件和设备不符合强制性标准，致使合同无法履行，且催告无效的；

(2) 发包人不履行约定的协助义务，致使合同无法履行，且催告无效的。

16-1. 根据最高法《施工合同解释》，一方当事人可以直接通知对方解除施工合同的情况是（ ）。

- A. 因不可抗力需停工半年的
- B. 发包人拖欠工程进度款的
- C. 承包人施工质量不合格的
- D. 承包人转包、违法分包的

#### 【答案】D

16-2. 根据《民法典》，关于施工合同法定解除的说法，正确的是（ ）。

- A. 只要发生不可抗力，当事人即可直接解除施工合同
- B. 在履行期限届满前，当事人一方以自己的行为表明不履行主要债务，对方即可直接解除合同
- C. 当事人一方迟延履行主要债务，对方即可直接解除合同
- D. 因承包人转包、违法分包，发包人通知解除施工合同的，自建设行政主管部门批准时产生解除的效力

#### 【答案】B