



司法解释理解与适用丛书

最高人民法院 建设工程施工合同司法解释(二) 理解与适用

【条文·释义·原理·实务】

最高人民法院民事审判第一庭 编著

人民法院出版社

www.docsriver.com 巨力法律书



司法解释理解与适用丛书

最高人民法院 建设工程施工合同司法解释(二) 理解与适用

【条文·释义·原理·实务】

最高人民法院民事审判第一庭 编著

人民法院出版社

PEOPLE'S COURT PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

最高人民法院建设工程施工合同司法解释 (二) 理解
与适用/最高人民法院民事审判第一庭编著. —北京:

人民法院出版社, 2019. 1

(司法解释理解与适用丛书)

ISBN 978-7-5109-2349-4

I. ①最… II. ①最… III. ①建筑工程—经济合同—
法律解释—中国 ②建筑工程—经济合同—法律适用—
中国 IV. ①D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 282499 号

最高人民法院建设工程施工合同司法解释 (二) 理解与适用 最高人民法院民事审判第一庭 编著

责任编辑 李安尼 沈国婧 巩 雪 刘晓宁 周利航

执行编辑 赵芳慧 邓 灿 张 怡

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550579 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)

客服 QQ 2092078039

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 天津嘉恒印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 700 千字

印 张 43.75

版 次 2019 年 1 月第 1 版 2019 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-2349-4

定 价 138.00 元

版权所有 侵权必究

前 言

改革开放 40 年来，我国经济飞跃发展，社会全面进步，人民富裕安康。我国经济总量从世界排名第 15 位上升到第 2 位，成为全球第二大经济体，最大的货物贸易国。我国人均收入世界排名从 200 位上升到第 69 位，人民生活更加富裕。建筑业作为我国的支柱产业，是我国经济的重要组成部分和经济发展的主要动力。经过 40 年的改革开放，我国交通四通八达，高楼鳞次栉比，机场星罗棋布，城市成倍扩展。一个个工程奇迹惊艳世界。高峡多平湖，峡湾披玉带，深涧架高桥，高原连天路。我国建筑业在伴随共和国成长的同时，对我国发展经济、解决就业、改善交通、供给住房等方面作出了巨大贡献。

我国经济社会的每一步发展、群众生活环境的每一分改善，都离不开建筑业的蓬勃发展和建筑工人的辛勤劳动。而建筑业的发展离不开法律和司法的规范保障，建筑工人辛勤劳动的回报需要人民法院大力保护。随着我国建筑业的发展、建筑工人队伍的壮大，我国司法保护的相应范围扩展，保护的力度不断加强，人民法院服务和保障建筑业健康发展，是服务和保障社会经济发展大局的重要一环。人民法院保护建设工程质量和建筑工人合法权益，是保护广大人民群众合法权益和社会公共利益的重要方面。

40 年来，人民法院依法妥善审理各类建设工程施工合同纠纷案件，为保障建设工程质量、维护建筑市场秩序、促进建筑行业

发展、保护建筑工人利益作出了积极贡献。1978年，全国法院审理的建设工程施工合同纠纷案件很少，并未对其作专门统计。2017年，全国法院审理一审建设工程施工合同纠纷案件近10万件，2018年1~11月，全国法院审理一审建设工程施工合同纠纷案件11.17万件。最高人民法院在指导下级法院审理各类建设工程案件的同时，还针对建筑市场和司法实践中带有普遍性的问题制定司法解释和司法政策。最高人民法院先后发布了《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》《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》〔以下简称《建设工程司法解释（一）》〕等司法解释。其中，《建设工程司法解释（一）》对建设施工合同的效力、解除，工程价款的结算、鉴定、支付，实际施工人权利保护等问题作了规定，对实践中较为突出的“借用资质”“黑白合同”等问题予以规范，对保障建设工程质量、维护建筑市场秩序、保护农民工等弱势主体合法权益具有重要意义。但是自《建设工程司法解释（一）》施行以来，建筑市场、管理政策和司法审判都发生了较大变化，对人民法院司法审判工作提出了新的挑战。

针对建筑市场呈现的新特点，建设工程司法审判面临的新挑战，新时代人民群众对权利保护的新期待，最高人民法院早在2012年就启动了《建设工程司法解释（二）》立项。经过充分调查研究、广泛征求意见、反复讨论修改，六年磨一剑，于2018年12月29日正式公布《建设工程司法解释（二）》。《建设工程司法解释（二）》共26个条文，对建设工程施工合同效力、工程价款结算、建设工程鉴定、建设工程价款优先受偿权和实际施工人权利保护等问题作出规定。

建设工程施工合同纠纷专业性很强，编写本书的目的，就是

帮助广大读者准确理解和适用《建设工程施司法解释（二）》。建设工程施工合同既涉及私益又涉及公益；既受民法、合同法等私法的规范，又受行政管理性规定的制约；既存在合同订立、成立、效力、履行、解除、终止等合同的共性问题，也存在大量专业性问题的。建设工程施工合同的这些特点导致建设工程施工合同纠纷事实认定的复杂性、法律适用的争议性。《建设工程司法解释（二）》中很多条文针对性很强，是建设工程施工合同纠纷领域的特殊性规定，有特定的时代背景和价值取向，如果仅从民法和合同法的一般原理来理解，往往很难准确把握相关规定的精神。同时，建设工程施工合同纠纷较为复杂，用简练的语言准确总结司法实践经验和精准解释法律的原则规则是不小的挑战。站在起草人的角度看，虽然千思百虑，亦恐百密一疏。辞有尽而意有未达。为了让广大读者准确理解《建设工程司法解释（二）》每个条文的主旨、本意和所要解决的问题，作为负责解释起草工作的部门，我们在本书中详细介绍了起草条文的背景、起草过程中的争议、条文的修改和增减过程、条文的法律依据和法理逻辑以及司法实践中需要注意的问题。

在撰写本书的过程中，我们坚持实践性与理论性相统一。本书由参与《建设工程司法解释（二）》起草的法官和工作人员撰写。本书作者既有深厚的法学理论功底，也有丰富的建设工程施工合同纠纷案件审判经验，对司法实践中存在的问题有深入的了解，对相关条文所涉及的法律法规有全面的掌握。每个条文的解释与说明，都较为详细地介绍了建筑市场和司法实践中存在的问题，目前解决问题的思路，以及相关的法律规定和法理依据，较为清晰地说明了条文背后的法律逻辑。

坚持知识性与操作性相统一。本书着重介绍《建设工程司法

解释(二)》各条文所涉及的各个知识要点。对每一个条文,全面介绍条文主旨、条文要点、背景依据、条文理解及审判实务需要注意的问题。其中,在条文主旨部分简练总结本条司法解释的规范目的,让作者对本条解释的要旨一目了然。在要点提示部分,主要介绍条文理解及需延伸解读的重要问题。在背景依据部分,着重介绍本条司法解释的社会背景和司法实践背景,说明本条司法解释所欲解决的实践问题,分析评判司法实践及本司法解释制定过程中的不同意见,详细介绍本条解释的法律、法理及比较法依据。在条文理解部分,详细阐述本条解释所涉及的法律适用问题,着重解释条文中的重要概念、适用条件、适用方法,以及适用中可能产生异议的难点问题等。在审判实务部分,对审判实践中容易出现的具有普遍性的法律适用问题,在本条解释未作明确规定的情况下,结合起草过程中的倾向性意见,提出供读者参考的观点。同时,本书提出的倾向性意见与相关法律、司法解释的精神保持一致,与司法实践的普遍性做法保持一致。争议很大、司法实践未形成倾向性意见、法律依据不充分的意见,不作为本书的观点。同时,本书注重提高实用性和可操作性,对实践中的难点、热点问题作深入分析,对有关行政管理规定、示范合同文本的条文作详细介绍,对与条文相关的典型案例作深入剖析。我们力争对司法实践中常见的问题提出有效的解决方案,并希望本书能够成为指导法官办案的操作手册、帮助业内人士解决法律问题的得力帮手。

坚持专业性与通俗性相统一。司法审判是专业性很强的工作,而建设工程施工合同纠纷是民事纠纷中专业性很强的领域。即使长期从事建设工程施工合同纠纷案件审判工作的法官或者其他专业人士,对建设工程司法审判中的一些专业性问题,也会拿

不准、吃不透，或者知其然而不知其所以然。本书力图用通俗易懂的语言对建设工程施工中的专业问题作全面、具体的分析。既让专业人士觉得“解渴”，又让普通读者觉得易懂，增强本书的可读性，使之成为读者愿意放在床头随手翻阅的书、置于案头急时可用的书、纂在手头细味品阅的书！

编 者

二〇一九年一月三日

凡例

1. 法律文件名称中的“中华人民共和国”省略，其余一般不省略，例如，《中华人民共和国民事诉讼法》简称为《民事诉讼法》。

2. 《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》简称为《建设工程司法解释（一）》

3. 《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）》简称为《建设工程司法解释（二）》

4. 《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（一）》简称为《合同法司法解释（一）》

5. 《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）》简称为《合同法司法解释（二）》

6. 《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》简称为《工程价款优先受偿批复》

7. 《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》简称为《民诉法解释》

8. 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》简称为《民事诉讼证据规定》

目 录

第一部分 条文全本

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）
（2018年12月29日） 3

第二部分 新闻问答

最高人民法院民一庭负责人就《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）》答记者问 11

第三部分 条文释义

《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）》的
理解与适用 21

第一条 【背离中标合同实质性内容的判断标准】

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，人民法院应予支持。

招标人和中标人在中标合同之外就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另行签订合同，变相降低工程价款，一方当事人以该合同背离中标合同实质性内容为由请求确认无效的，人民法院应予支持。

【条文主旨】 (36)

【要点提示】 (36)

【背景依据】 (37)

【条文理解】 (38)

一、招标投标的意义及强制招标投标的工程项目范围..... (38)

二、招标投标行为与建设工程施工合同订立的关系..... (41)

(一) 招标行为的法律性质是要约邀请..... (41)

(二) 投标行为的法律性质是要约行为..... (41)

(三) 确定中标人行为的法律性质是承诺行为..... (41)

三、对合同实质性内容的理解..... (44)

(一) 理解《招标投标法》中“合同实质性内容”不应受
《合同法》相关规定的影 响 (45)

(二) 本条司法解释确定的建设工程施工合同实质性
内容的范围..... (48)

【审判实务】 (52)

第二条 【未取得建设工程规划审批手续签订合同的效力】

当事人以发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手续为由，请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院应予支持，但发包人在起诉前取得建设工程规划

许可证等规划审批手续的除外。

发包人能够办理审批手续而未办理，并以未办理审批手续为由请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院不予支持。

【条文主旨】	(57)
【要点提示】	(57)
【背景依据】	(58)
一、相关法律沿革概况	(59)
二、建设规划许可证的法律效力	(59)
三、主要争议观点	(61)
四、强制性规范的识别与判断	(63)
五、条文演变与起草过程	(67)
(一) 条文演变	(67)
(二) 起草过程中的不同意见	(68)
【条文理解】	(70)
一、建设工程规划许可等规划审批手续的理解	(70)
二、注意把握合同效力补正的时间节点“起诉前”	(71)
三、发包人故意不办理规划审批手续的后果	(73)
【审判实务】	(74)

第三条 【合同无效损失赔偿的认定】

建设工程施工合同无效，一方当事人请求对方赔偿损失的，应当就对方过错、损失大小、过错与损失之间的因果关系承担举证责任。

损失大小无法确定，一方当事人请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定

损失大小的, 人民法院可以结合双方过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素作出裁判。

【条文主旨】 (76)

【要点提示】 (76)

【背景依据】 (78)

一、建设工程施工合同无效的主要情形 (78)

(一) 因违反招标投标领域法律、行政法规导致施工合同无效的情形 (79)

(二) 因违反建筑领域资质管理规定而无效的情形 (79)

(三) 因非法转包或肢解发包、违法分包而无效的情形 (80)

(四) 因违反工程建设审批手续而无效的情形 (80)

(五) 违反工程质量标准和压缩合理工期的情形 (80)

二、条文演变与起草过程 (80)

(一) 条文演变 (80)

(二) 起草过程 (82)

(三) 起草过程中的不同意见 (83)

【条文理解】 (85)

一、无效合同损失赔偿的举证责任 (85)

(一) 举证责任主体 (85)

(二) 举证责任内容 (86)

二、损失大小可参照合同约定的方式确定 (89)

三、承包人因合同无效向发包人主张损失赔偿的范围 (90)

(一) 实际支出损失 (90)

(二) 停工、窝工损失 (91)

四、发包人因合同无效向承包人主张损失赔偿的范围 (92)

（一）实际支出的费用	（92）
（二）工期索赔	（93）
（三）工程质量导致的损失	（94）
（四）其他人身的财产损失	（95）

【审判实务】	（95）
---------------	------

第四条 【出借用资质的责任承担】

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。

【条文主旨】	（97）
---------------	------

【要点提示】	（97）
---------------	------

【背景依据】	（98）
---------------	------

一、建筑行业资质挂靠现状	（98）
二、借用资质挂靠的识别与认定	（99）
三、借用资质挂靠行为的特征	（101）
四、借用资质挂靠情形下的责任承担	（102）
五、挂靠人承担连带责任的法理基础	（104）
六、条文演变与起草背景	（106）
（一）条文演变	（106）
（二）起草背景	（107）
（三）起草过程中的不同意见	（108）

【条文理解】	（109）
---------------	-------

一、借用资质挂靠情形的诉讼主体	（110）
（一）发包人就工程质量提起诉讼	（110）

(二) 挂靠人就工程款提起诉讼·····	(110)
(三) 第三人因拖欠租金或材料款提起诉讼·····	(111)
(四) 第三人因建筑物倒塌提起侵权赔偿诉讼·····	(112)
(五) 被挂靠人就管理费提起的诉讼·····	(112)
二、挂靠人与被挂靠人之间内部责任划分·····	(112)
三、损失与借用资质具有因果关系·····	(113)
四、发包人“明知”挂靠人借用资质的责任·····	(115)
【审判实务】 ·····	(116)

第五条 【实际开工日期的认定】

当事人对建设工程开工日期有争议的，人民法院应当分别按照以下情形予以认定：

(一) 开工日期为发包人或者监理人发出的开工通知载明的开工日期；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期；因承包人原因导致开工时间推迟的，以开工通知载明的时间为开工日期。

(二) 承包人经发包人同意已经实际进场施工的，以实际进场施工时间为开工日期。

(三) 发包人或者监理人未发出开工通知，亦无相关证据证明实际开工日期的，应当综合考虑开工报告、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时间，并结合是否具备开工条件的事实，认定开工日期。

【条文主旨】····· (118)

【要点提示】····· (118)

【背景依据】	(119)
一、实际开工日期在开工通知载明的开工日期之后	(122)
二、承包人经发包人同意提前进场施工	(123)
三、无开工通知且实际开工时间不明	(124)
【条文理解】	(124)
一、以发包人或者监理人发出的开工通知上记载的开工日期为准	(124)
二、承包人经过发包人同意，已进场施工的，以实际进场施工日期为准	(126)
三、如果既没有开工通知，也没有相关证据证明实际开工日期，人民法院应当综合考虑开工报告、合同、施工许可证、竣工验收报告或竣工验收备案表等相关材料中关于开工日期的记载，并结合开工条件是否具备的事实，认定实际开工日期	(126)
【审判实务】	(127)
一、施工许可证对开工日期的证明力问题	(128)
二、开工条件对开工日期及工期顺延的影响	(130)
三、其他记载开工日期文件的证明力问题	(131)

第六条 【工期顺延的认定】

当事人约定顺延工期应当经发包人或者监理人签证等方式确认，承包人虽未取得工期顺延的确认，但能够证明在合同约定的期限内向发包人或者监理人申请过工期顺延且顺延事由符合合同约定，承包人以此为由主张工期顺延的，人民法院应予支持。

当事人约定承包人未在约定期限内提出工期顺延申

请视为工期不顺延的，按照约定处理，但发包人在约定期限后同意工期顺延或者承包人提出合理抗辩的除外。

【条文主旨】	(133)
【要点提示】	(133)
【背景依据】	(134)
一、关于承包人申请顺延工期的主要争议	(134)
二、该条司法解释制订过程	(138)
三、国际惯例和实践	(138)
四、学理分析	(140)
【条文理解】	(142)
一、发包人或者监理人未出具工期顺延签证，承包人如何证明工期顺延	(142)
二、承包人未在约定时间内提出工期顺延申请，诉讼中主张工期顺延能否支持	(143)
【审判实务】	(144)
一、发包人迟延支付工程款与工期顺延	(145)
二、工程量增加与工期顺延	(146)
三、工程分包延误与工期顺延	(146)
四、其他可能导致工期顺延的理由	(147)
(一) 不可抗力	(147)
(二) 不利地质条件	(148)
(三) 发包人未准备好开工条件	(148)
(四) 法律政策变更	(149)

第七条 【发包人主张工程质量问题的处理】

发包人在承包人提起的建设工程施工合同纠纷案件中，以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由，就承包人支付违约金或者赔偿修理、返工、改建的合理费用等损失提出反诉的，人民法院可以合并审理。

【条文主旨】	(150)
【要点提示】	(150)
【背景依据】	(151)
一、司法实践中出现的问题	(151)
二、反诉与抗辩的界定	(153)
三、主要争议观点	(156)
四、各地法院参考意见	(157)
五、起草背景与条文演变	(160)
(一) 起草背景	(160)
(二) 条文演变	(161)
【条文理解】	(161)
一、承包人已先行提起本诉	(161)
二、判断是抗辩还是反诉的参考标准	(163)
三、发包人的主张属于抗辩的情形	(164)
(一) 被告仅以工程质量问题主张减少工程款	(164)
(二) 被告提出原告在施工过程中存在偷工减料、未按图 施工等情形，要求减少工程价款的	(165)
(三) 被告因原告拒绝维修工程而另行委托他人修复后， 主张抵扣修复费用的	(165)
四、发包人的主张属于反诉或者另行起诉的情形	(165)
(一) 发包人要求承包人支付违约金或赔偿损失的	(165)

(二) 发包人要求承包人赔偿因工程质量不符合合同约定
而造成的其他财产或者人身损害的…………… (166)

(三) 被告要求原告承担返修义务或赔偿损失的…………… (166)

(四) 原告逾期完工, 被告主张工期延误索赔的…………… (166)

五、反诉与另行起诉的关系…………… (166)

【审判实务】…………… (167)

一、施工合同约定违约金可以直接从工程款中抵扣, 被告
主张减少工程款并抵扣的, 应否提起反诉…………… (167)

二、一审认为是反诉, 二审认为是抗辩, 或者一审认为是
抗辩, 二审认为是反诉的, 应如何处理…………… (168)

三、反诉不予受理, 能否仅在“本院认为”的说理部分中
驳回…………… (169)

第八条 【质量保证金返还期限的确定】

有下列情形之一的, 承包人请求发包人返还工程质量
保证金的, 人民法院应予支持:

- (一) 当事人约定的工程质量保证金返还期限届满。
- (二) 当事人未约定工程质量保证金返还期限的,
自建设工程通过竣工验收之日起满二年。
- (三) 因发包人原因建设工程未按约定期限进行竣
工验收的, 自承包人提交工程竣工验收报告九十日后起
当事人约定的工程质量保证金返还期限届满; 当事人未
约定工程质量保证金返还期限的, 自承包人提交工程竣
工验收报告九十日后起满二年。

发包人返还工程质量保证金后, 不影响承包人根据
合同约定或者法律规定履行工程保修义务。

【条文主旨】…………… (170)

【要点提示】	(170)
【背景依据】	(171)
一、关于工程质量保证金制度的改革背景	(171)
二、我国关于工程质量保证金的相关制度	(174)
(一) 保修制度	(174)
(二) 工程质量保证金制度	(175)
三、域外关于建设工程质量保证金制度的简要介绍	(177)
(一) FIDIC 合同条件中的保证金	(177)
(二) 《英国土木工程师协会 (ICE) 合同条件》(以下 简称 ICE 合同条件)、《英国联合合同条件 (JCT)》 (以下简称 JCT 合同条件) 中的质量保证金制度	(178)
(三) 美国建筑师协会合同条件 (AIA 合同条件)	(178)
四、司法解释制定过程中的不同意见	(179)
【条文理解】	(180)
一、相关概念的界定	(180)
(一) 工程质量保证金、工程质量保修金、工程质 保金	(180)
(二) 缺陷责任期与保修期	(181)
(三) 工程质量保证金的法律性质	(182)
二、本条的适用条件	(186)
(一) 当事人对返还期限有约定的处理	(186)
(二) 当事人对返还期限没有约定的处理	(187)
(三) 因发包人原因导致工程未能竣工验收的处理	(187)
(四) 本条解释中“工程通过竣工验收之日”的理解	(191)
(五) 承包人的保修义务	(191)
【审判实务】	(192)

一、关于工程款与工程质量保证金能否一并或分开主张的问题·····	(193)
二、关于发包人能否以工程存在质量缺陷为由拒绝返还或部分返还工程质量保证金的问题·····	(193)
三、关于逾期返还工程质量保证金的违约责任·····	(194)
四、建设工程没有通过竣工验收的缺陷责任期如何确定·····	(194)

第九条 【非必招标工程进行招标后的建设工程价款结算依据】

发包人将依法不属于必须招标的建设工程进行招标后，与承包人另行订立的建设工程施工合同背离中标合同的实质性内容，当事人请求以中标合同作为结算建设工程价款依据的，人民法院应予支持，但发包人与承包人因客观情况发生了在招标投标时难以预见的变化而另行订立建设工程施工合同的除外。

【条文主旨】·····	(196)
【要点提示】·····	(196)
【背景依据】·····	(197)
一、我国招标投标活动的基本法律制度·····	(197)
二、关于非必招标工程范围·····	(198)
(一)《招标投标法》《招标投标法实施条例》对于必须招标工程项目的规定·····	(198)
(二)必须招标的工程建设工程项目的范围·····	(199)
三、非必招标工程是否可以适用招标程序·····	(204)
四、非必招标工程项目招标的特点·····	(205)

五、非必招标工程项目招标后当事人另行订立合同的原因分析·····	(207)
六、司法解释制订过程中的不同意见·····	(209)
【条文理解】 ·····	(211)
一、对于非必招标工程项目以中标合同作为结算建设工程价款依据的理解·····	(211)
(一) 从《招标投标法》的管辖范围来讲·····	(212)
(二) 从《招标投标法》的具体规范条款来讲·····	(212)
(三) 从招标投标活动的价值和意义来讲·····	(212)
(四) 对于非必招标工程项目按照中标合同结算工程价款并未侵犯当事人的合同自由·····	(213)
(五) 订立中标合同后客观情况如果没有发生重大变化，招标人、中标人另行订立背离中标合同实质性内容的协议对于其他投标人以及招标投标秩序均产生相应的损害·····	(214)
二、关于对客观情况发生难以预见的变化的理解·····	(214)
(一) 招标投标后建设工程的原材料、工程设备价格变化超出了正常的市场价格涨跌幅度·····	(215)
(二) 招标投标后人工单价发生了重大变化·····	(216)
(三) 建设工程的规划、设计发生了重大变化·····	(217)
【审判实务】 ·····	(217)

第十条 【建设工程施工合同与招标投标文件不一致时工程价款的结算依据】

当事人签订的建设工程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、建设工期、工程质

量、工程价款不一致，一方当事人请求将招标文件、投标文件、中标通知书作为结算工程价款的依据的，人民法院应予支持。

【条文主旨】 (220)

【要点提示】 (220)

【背景依据】 (220)

- 一、关于发包人、承包人之间合同文本的不同分类及内容 (221)
 - (一) 招投标文件、中标通知书 (221)
 - (二) 中标合同 (223)
 - (三) 备案合同 (224)
 - (四) 实际履行的合同 (225)
- 二、我国的招标投标备案制度 (225)
- 三、司法解释制订过程中的不同意见 (227)
 - (一) 司法解释征求意见稿提出的两种方案 (227)
 - (二) 使用“工程造价”还是“工程价款” (228)
 - (三) 使用“当事人经过备案的建设工程施工合同”还是“当事人签订的建设工程施工合同” (228)

【条文理解】 (229)

- 一、关于合同的基本理论 (229)
 - (一) 合同的概念 (229)
 - (二) 要约 (230)
 - (三) 承诺 (231)
- 二、招标、投标、中标通知书的法律性质 (231)
 - (一) 招标的法律性质 (231)
 - (二) 投标的法律性质 (232)

(三) 中标通知书的法律性质	(232)
三、招标投标程序中合同的成立时间	(233)
四、以招投标文件作为结算工程价款根据的法理依据	(239)
【审判实务】	(240)
一、参照招投标文件结算工程价款的前提是招投标活动 合法有效	(240)
二、中标通知书发出后, 招标人、中标人因在工程实施的 细节方面没有达成一致或者其他原因最终没有签订 书面合同, 那么在此情况下如何确定当事人结算 工程价款的依据	(240)
三、当事人在合同中约定了合同文件优先顺序导致合同与 招投标文件不一致的, 能否尊重当事人约定适用合同 约定结算工程价款	(241)
四、审判实践中, 能否将招投标文件作为当事人全部权利 义务的依据	(242)
 第十一条 【多份合同均无效时建设工程价款的结算依据】	
当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工 合同均无效, 但建设工程质量合格, 一方当事人请求 参照实际履行的合同结算建设工程价款的, 人民法院 应予支持。	
实际履行的合同难以确定, 当事人请求参照最后 签订的合同结算建设工程价款的, 人民法院应予 支持。	
【条文主旨】	(243)
【要点提示】	(243)

【背景依据】	(244)
【条文理解】	(252)
一、如何理解本条中“当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格”	(252)
(一) 数份施工合同的主体和内容	(252)
(二) 建设工程质量合格	(254)
二、如何理解本条中“实际履行的合同难以确定，当事人请求参照最后签订的合同结算建设工程价款的，人民法院应予支持”	(258)
(一) 如何理解“实际履行的合同”和“难以确定”	(258)
(二) 如何理解“结算建设工程价款”	(262)
【审判实务】	(266)
一、如何理解本条中的“当事人请求参照最后签订的合同结算建设工程价款”	(266)
二、如建设工程质量不合格，应如何结算工程价款	(267)

第十二条 【诉讼前对建设工程价款结算达成协议的效力】

当事人在诉讼前已经对建设工程价款结算达成协议，诉讼中一方当事人申请对工程造价进行鉴定的，人民法院不予准许。

【条文主旨】	(269)
【要点提示】	(269)
【背景依据】	(270)
【条文理解】	(273)

一、如何理解本条中“当事人在诉讼前已经对建设工程价款

“结算达成协议”	(273)
(一) 本条中“建设工程价款结算”内涵与外延	(273)
(二) 如何理解“达成协议”“诉讼前”	(276)
二、如何理解本条中“诉讼中一方当事人申请对工程造价 进行鉴定的, 人民法院不予准许”	(279)
【审判实务】	(285)
一、本条适用是否以建设工程施工合同有效为前提	(286)
二、本条适用是否以建设工程竣工或质量合格为前提	(287)
三、建设工程价款结算协议无效或被撤销后, 申请工程造价 鉴定应依情形而定	(288)

第十三条 【诉讼前委托造价咨询的效力】

当事人在诉讼前共同委托有关机构、人员对建设工程造价出具咨询意见, 诉讼中一方当事人不认可该咨询意见申请鉴定的, 人民法院应予准许, 但双方当事人明确表示受该咨询意见约束的除外。

【条文主旨】	(290)
【要点提示】	(290)
【背景依据】	(291)
【条文理解】	(293)
一、如何理解本条中的“诉讼前共同委托有关机构、人员对 建设工程造价出具咨询意见”	(293)
(一) 工程造价咨询的基本情况	(294)
(二) 当事人在诉讼前共同委托	(297)
(三) 有关机构、人员	(300)
二、如何理解本条中“诉讼中一方当事人不认可该咨询意见	

申请鉴定的，人民法院应予准许，但双方当事人明确表示受该咨询意见约束的除外” (302)

【审判实务】 (304)

一、工程造价鉴定与资产评估的关系 (305)

二、当事人不认可咨询意见申请鉴定是否需要举证证明该咨询意见存在瑕疵 (305)

第十四条 【一审未申请鉴定的处理】

当事人对工程造价、质量、修复费用等专门性问题有争议，人民法院认为需要鉴定的，应当向负有举证责任的当事人释明。当事人经释明未申请鉴定，虽申请鉴定但未支付鉴定费用或者拒不提供相关材料的，应当承担举证不能的法律后果。

一审诉讼中负有举证责任的当事人未申请鉴定，虽申请鉴定但未支付鉴定费用或者拒不提供相关材料，二审诉讼中申请鉴定，人民法院认为确有必要的，应当依照民事诉讼法第一百七十条第一款第三项的规定处理。

【条文主旨】 (307)

【要点提示】 (307)

【背景依据】 (308)

【条文理解】 (314)

一、何种情形下人民法院需要向当事人进行释明 (314)

(一) 当事人对专门性问题有争议 (314)

(二) 对专门性问题, 人民法院认为需要鉴定, 但当事人未提出申请·····	(316)
(三) 人民法院向负有举证责任的当事人进行释明·····	(318)
二、人民法院释明后, 当事人未完成举证应承担举证不能的法律后果·····	(319)
(一) 当事人未完成举证包括的情形·····	(319)
(二) 举证不能的法律后果如何理解·····	(321)
三、一审程序中未完成举证, 二审程序中又申请鉴定, 人民法院如何处理·····	(322)
(一) 人民法院不能一概不予准许·····	(322)
(二) 人民法院认为确有必要的, 才予以准许·····	(322)
(三) 准许后, 依照《民事诉讼法》第 170 条第 1 款第 (3) 项的规定处理·····	(323)
【审判实务】 ·····	(324)
一、当事人对工程价款约定了固定价的情形下, 是否绝对不能申请鉴定·····	(324)
二、一审、二审程序中都没有申请鉴定, 审判监督程序中又提出申请的, 能否准许·····	(325)

第十五条 【委托鉴定内容的确定】

人民法院准许当事人的鉴定申请后, 应当根据当事人申请及查明案件事实的需要, 确定委托鉴定的事项、范围、鉴定期限等, 并组织双方当事人对争议的鉴定材料进行质证。

【条文主旨】····· (326)

【要点提示】····· (326)

【背景依据】	(327)
【条文理解】	(331)
一、人民法院应从严把握工程鉴定的启动条件.....		(331)
(一) 工程造价司法鉴定评判标准.....		(332)
(二) 工程质量司法鉴定评判标准.....		(333)
二、人民法院准许鉴定后，应当根据当事人申请及查明案件事实的需要，确定委托鉴定的事项、范围、鉴定期限等事项.....		(335)
(一) 人民法院应确定委托鉴定的事项和范围.....		(336)
(二) 人民法院应确定鉴定期限.....		(336)
(三) 人民法院应确定鉴定中涉及的其他法律性问题.....		(337)
三、有争议的鉴定材料应当经过双方当事人质证.....		(337)
四、鉴定材料的质证程序应由人民法院组织进行.....		(339)
【审判实务】	(339)

第十六条 【对鉴定意见和鉴定材料的质证】

人民法院应当组织当事人对鉴定意见进行质证。鉴定人将当事人有争议且未经质证的材料作为鉴定依据的，人民法院应当组织当事人就该部分材料进行质证。经质证认为不能作为鉴定依据的，根据该材料作出的鉴定意见不得作为认定案件事实的依据。

【条文主旨】	(341)
【要点提示】	(341)
【背景依据】	(342)
【条文理解】	(347)

一、人民法院应当组织当事人对鉴定意见进行质证·····	(347)
二、人民法院应当按照法定程序,全面、客观地审核 证据·····	(350)
三、鉴定人根据未经质证的材料作出鉴定意见的,人民法院 如何处理·····	(351)
【审判实务】	(352)
第十七条 【优先受偿权的权利主体】	
与发包人订立建设工程施工合同的承包人,根据 合同法第二百八十六条规定请求其建设工程的价款就 工程折价或者拍卖的价款优先受偿的,人民法院应予 支持。	
【条文主旨】	(354)
【要点提示】	(354)
【背景依据】	(354)
【条文理解】	(355)
一、建设工程价款优先受偿权的性质·····	(355)
二、享有建设工程价款优先受偿权的主体·····	(364)
(一)建设工程价款优先受偿权制度不适用于建设工程的 勘察、设计、监理合同关系·····	(364)
(二)建设工程价款优先权制度有条件地适用于装饰装修 合同关系·····	(366)
(三)实际施工人不应享有建设工程价款优先受偿权·····	(367)
【审判实务】	(371)

- 一、关于建设工程价款优先受偿权与其他权利关系的问题..... (371)
- 二、关于建设工程价款债权转让后受让人是否享有优先受偿权及建设工程转让后承包人是否仍享有优先受偿权的问题..... (373)
- 三、关于承包人行使优先受偿权的程序..... (373)
 - (一) 催告..... (373)
 - (二) 折价或者拍卖..... (374)

第十八条 【装饰装修工程承包人优先受偿权的行使】

装饰装修工程的承包人，请求装饰装修工程价款就该装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持，但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人的除外。

- 【条文主旨】** (376)
- 【要点提示】** (376)
- 【背景依据】** (376)
- 【条文理解】** (377)

- 一、装饰装修工程属于建设工程范围，是施工工程的一种..... (377)
- 二、装饰装修工程的发包人与承包人..... (379)
- 三、对装饰装修工程价款优先受偿权的理解..... (380)
 - (一) 装饰装修工程价款适用优先受偿权原则，符合《合同法》第 286 条的立法本意 (380)
 - (二) 装饰装修工程价款的优先受偿权仅限于因装饰装修而使该建筑物增加的价值范围之内..... (381)

- (三) 装饰装修工程的发包人必须是该建筑物的所有权人, 或者发包人虽然不是所有权人, 但发包人属于有权处分该建筑物的人…………… (382)
- (四) 本条解释与《最高人民法院关于装饰装修工程款是否享有合同法第二百八十六条规定的优先受偿权的函复》(〔2004〕民一他字第 14 号) 的关系…………… (383)

【审判实务】…………… (385)

- 一、关于如何判断装饰装修工程是否属于建设工程范围…………… (385)
- 二、关于家庭居室装饰装修的承包人是否享有工程价款优先受偿权的问题…………… (386)
- 三、关于《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2009〕11 号) 与本条解释的关系问题…………… (387)
- 四、关于装饰装修工程质量与工程价款优先受偿权的关系…………… (388)

第十九条 【承包人优先受偿权的行使条件】

建设工程质量合格, 承包人请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的, 人民法院应予支持。

【条文主旨】…………… (389)

【要点提示】…………… (389)

【背景依据】…………… (390)

【条文理解】…………… (394)

- 一、合同效力与工程价款…………… (394)

二、建设工程质量的认定	(395)
(一) 司法鉴定	(397)
(二) 司法推定	(397)
三、工程价款优先受偿权性质	(398)
四、工程价款优先权的效力	(400)
(一) 民事优先权	(400)
(二) 工程价款优先受偿权的效力	(402)
五、建设工程不宜折价、拍卖的情形	(403)
(一) 违章建筑	(403)
(二) 工程质量不合格且难以修复的建筑	(405)
(三) 法律、行政法规规定的其他情形	(406)

【审判实务】 (407)

一、合同无效，工程质量合格但并未达到当事人订立合同时 对工程质量的特殊约定标准的，承包人是否享有工程 价款优先受偿权	(407)
二、合同无效的情况下，如何理解承包人建设工程价款优先 受偿权之工程价款	(408)

第二十条 【未竣工工程承包人优先受偿权的行使条件】

未竣工的建设工程质量合格，承包人请求其承建工程的价款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。

【条文主旨】 (411)

【要点提示】 (411)

【背景依据】 (412)

【条文理解】 (413)

一、建设工程施工合同的解除后果·····	(413)
二、未竣工工程承包人工程价款优先权·····	(415)
三、未竣工工程的质量的认定·····	(418)
(一) 已完工工程的质量认定·····	(418)
(二) 未完工工程的质量认定·····	(419)
四、未竣工工程价款优先受偿的范围·····	(420)
(一) 承包人建设工程范围的确定·····	(420)
(二) 承包人建设工程价款的确定·····	(421)
【审判实务】 ·····	(423)

第二十一条 **【建设工程价款优先受偿的范围】**

承包人建设工程价款优先受偿的范围依照国务院有关行政主管部门关于建设工程价款范围的规定确定。

承包人就逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等主张优先受偿的，人民法院不予支持。

【条文主旨】 ·····	(424)
---------------------	-------

【要点提示】 ·····	(424)
---------------------	-------

【背景依据】 ·····	(425)
---------------------	-------

一、理论和实践的争议·····	(425)
二、不同国家和地区的立法比较·····	(426)
三、现行规定的检讨·····	(428)
四、本条的起草过程及争议焦点·····	(429)
(一) 关于利润是否可就建设工程折价或者拍卖的价款 优先受偿的问题·····	(429)

- (二) 关于建设工程价款的利息可否就建设工程折价或者
 拍卖的价款优先受偿的问题…………… (433)
- (三) 关于承包人的垫资是否属于建设工程价款优先
 受偿的范围的问题…………… (434)
- (四) 关于发包人应向承包人支付的违约金、损害赔偿金
 等能否就建设工程折价或者拍卖的价款优先受偿的
 问题…………… (437)

【条文理解】 …………… (437)

- 一、建设工程价款优先受偿的范围包括全部工程价款…………… (437)
- 二、逾期支付工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等
 不属于建设工程价款优先受偿的范围…………… (439)

【审判实务】 …………… (440)

- 一、发包人从建设工程价款中预扣的工程质量保证金，可就
 建设工程折价或者拍卖的价款优先受偿…………… (440)
- 二、实现建设工程价款优先受偿权的费用不能就建设工程
 折价或者拍卖的价款优先受偿…………… (442)

第二十二条 【优先受偿权的行使期限】

承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为
六个月，自发包人应当给付建设工程价款之日
起算。

【条文主旨】 …………… (443)

【要点提示】 …………… (443)

【背景依据】 …………… (443)

【条文理解】 …………… (445)

一、建设工程优先受偿权的行使期限·····	(445)
二、建设工程优先受偿权行使期限的计算·····	(448)
(一) 建设工程价款优先受偿权的成立时间·····	(448)
(二) 行使建设工程价款优先受偿权的起算时间·····	(451)
(三) 应付工程价款之日的确定·····	(456)
【审判实务】 ·····	(462)

第二十三条 【优先受偿权事前放弃的效力】

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。

【条文主旨】 ·····	(464)
---------------------	-------

【要点提示】 ·····	(464)
---------------------	-------

【背景依据】 ·····	(465)
---------------------	-------

一、实践中问题的产生·····	(465)
二、司法实践关于放弃建设工程价款优先受偿权行为效力的争议·····	(467)
三、本条规定的起草过程及主要争议·····	(470)

【条文理解】 ·····	(472)
---------------------	-------

一、承包人与发包人有权约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权·····	(472)
(一) 承包人可以事先也可以嗣后放弃或者限制建设工程价款优先受偿权·····	(472)
(二) 承包人既可与发包人签订合同约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权，也可以就放弃或者	

限制建设工程价款优先受偿权作出单方承诺·····	(473)
(三) 承包人与发包人约定放弃建设工程价款 优先受偿权,也可以约定限制建设工程价款 优先受偿权·····	(473)
二、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,不得损害建筑工人利益·····	(475)
【审判实务】·····	(476)
一、要注意区分承包人与发包人是约定放弃还是约定限制 建设工程价款优先受偿权·····	(476)
二、承包人允诺放弃或限制建设工程价款优先受偿权后对 建设工程价款债权的效力·····	(476)
三、对承包人恶意拖欠工资、滥用本条解释的行为,不予 支持·····	(478)

第二十四条 【实际施工人权利保护】

实际施工人以发包人为被告主张权利的,人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人,在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后,判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。

【条文主旨】·····	(479)
【要点提示】·····	(479)
【背景依据】·····	(480)
一、问题的产生·····	(480)
二、规则的本意与司法实践的突破·····	(481)
三、实践和理论的争议·····	(483)

(一) 对《建设工程司法解释(一)》第26条第2款规定 利弊的争议·····	(483)
(二) 补充完善实际施工人权利救济制度的三种选择·····	(484)
(三) 多层转包和分包是否应当纳入规制范围·····	(487)
四、当前的司法政策选择·····	(488)
(一) 最终选择的司法政策·····	(488)
(二) 当前司法政策选择的价值取向和逻辑基础·····	(488)
【条文理解】 ·····	(490)
一、准确把握本条的适用主体·····	(490)
(一) 实际施工人的内涵和外延·····	(490)
(二) 实际施工人与施工人的关系·····	(498)
(三) 本条规定不适用于借用资质的实际施工人·····	(499)
二、实际施工人向发包人主张权利的条件·····	(502)
三、多层转包或者分包中的实际施工人权利保护·····	(503)
四、转包人或者违法分包人的民事责任·····	(503)
【审判实务】 ·····	(504)
一、实际施工人只起诉请求发包人承担责任的,应当追加 转包人或者违法分包人为第三人·····	(504)
二、人民法院应当在查明发包人欠付转包人或者违法分包人 建设工程价款的数额的基础上,判决发包人是否应在 欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任·····	(506)
三、转包人或者违法分包人被追加为第三人后提出请求 发包人给付建设工程价款的诉讼请求的,人民法院 可以合并审理·····	(507)
四、人民法院依据本条规定作出生效判决后的法律效果·····	(507)
五、对实际施工人的工程款债权的保护应以建设工程质量 合格为前提·····	(508)

六、本条也适用于合法的劳务分包合同的承包人…………… (509)

第二十五条 【实际施工人的代位诉讼权】

实际施工人根据合同法第七十三条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权，对其造成损害为由，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。

【条文主旨】 …………… (510)

【要点提示】 …………… (510)

【背景依据】 …………… (511)

【条文理解】 …………… (513)

一、实际施工人提起代位权诉讼的条件…………… (513)

二、实际施工人行使代位权的法律效果…………… (516)

【审判实务】 …………… (518)

一、实际施工人对发包人提起代位权诉讼的管辖法院…………… (518)

二、人民法院可以追加转包人或者违法分包人为第三人…………… (518)

三、实际施工人对发包人提起的代位权诉讼与相关诉讼的关系…………… (519)

第二十六条 【附则】

本解释自 2019 年 2 月 1 日起施行。

本解释施行后尚未审结的一审、二审案件，适用本解释。

本解释施行前已经终审、施行后当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本解释。

最高人民法院以前发布的司法解释与本解释不一致的，不再适用。

【条文主旨】	(521)
【要点提示】	(521)
【背景依据】	(521)
【条文理解】	(522)
一、关于司法解释的施行时间.....		(522)
二、关于司法解释施行时间的方式.....		(523)
(一) 自公布之日起施行.....		(523)
(二) 自公布一段时间之后的某日起施行.....		(524)
(三) 在一项司法解释中规定两个施行时间.....		(524)
三、关于法律、司法解释的溯及力.....		(525)
(一) 从法理的角度看，法律是指导人们行为的准则， 只有在其公布后才能成为约束人们行为的准则.....		(525)
(二) 从立法的角度看，法不溯及既往是各国普遍遵循的 法治原则，但法律有特别规定的除外.....		(526)
(三) 从司法解释的角度看，对其实施前人民法院审理的 案件能否适用的问题，情况较为复杂.....		(528)
(四) 本司法解释的溯及力.....		(529)
四、关于法律、司法解释的效力冲突.....		(531)
(一) 新法优于旧法原则的基本界定.....		(531)
(二) 新法优于旧法原则适用的条件.....		(532)
【审判实务】	(533)
一、关于司法解释与司法政策的关系.....		(533)
二、正确处理本解释与其他法律规范的关系.....		(535)

第四部分 相关规范

中华人民共和国建筑法	
(2011年4月22日)	539
中华人民共和国招标投标法	
(2017年12月27日)	554
中华人民共和国招标投标法实施条例	
(2018年3月19日)	567
建设工程质量管理条例	
(2017年10月7日)	587
最高人民法院	
关于人民法院在审理建设工程施工合同纠纷案件中 如何认定财政评审中心出具的审核结论问题的答复 (2008年5月16日)	602
最高人民法院	
关于如何理解和适用《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》 第二十条的复函 (2006年4月25日)	603
最高人民法院	
关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释 (2005年6月18日)	604
最高人民法院	
关于装饰装修工程款是否享有合同法第二百八十六条 规定的优先受偿权的复函 (2004年12月8日)	609

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

(2004年10月25日) 610

最高人民法院

关于建设工程价款优先受偿权问题的批复

(2002年6月20日) 615

最高人民法院

关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确认的工程

决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时

如何适用法律问题的电话答复意见

(2001年4月2日) 616

国务院办公厅

关于开展工程建设项目审批制度改革试点的通知

(2018年5月14日) 617

必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定

(2018年6月6日) 623

必须招标的工程项目规定

(2018年3月27日) 624

建设工程质量保证金管理办法

(2017年6月20日) 626

建设工程定额管理办法

(2015年12月25日) 629

建筑工程施工转包违法分包等

违法行为认定查处管理办法(试行)

(2014年8月4日) 634

房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法

(2001年6月1日) 641

房屋建筑工程质量保修办法

(2000年6月30日) 654

后 记 657

第一部分 条文全本

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

（2018年10月29日最高人民法院审判委员会第1751次
会议通过 2018年12月29日最高人民法院
公告公布 自2019年2月1日起施行）

为正确审理建设工程施工合同纠纷案件，依法保护当事人合法权益，维护建筑市场秩序，促进建筑市场健康发展，根据《中华人民共和国民法总则》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国招标投标法》《中华人民共和国民事诉讼法》等法律规定，结合审判实践，制定本解释。

第一条 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，人民法院应予支持。

招标人和中标人在中标合同之外就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另行签订合同，变相降低工程价款，一方当事人以该合同背离中标合同实质性内容为由请求确认无效的，人民法院应予支持。

第二条 当事人以发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手

续为由，请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院应予支持，但发包人在起诉前取得建设工程规划许可证等规划审批手续的除外。

发包人能够办理审批手续而未办理，并以未办理审批手续为由请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院不予支持。

第三条 建设工程施工合同无效，一方当事人请求对方赔偿损失的，应当就对方过错、损失大小、过错与损失之间的因果关系承担举证责任。

损失大小无法确定，一方当事人请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小的，人民法院可以结合双方过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素作出裁判。

第四条 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。

第五条 当事人对建设工程开工日期有争议的，人民法院应当分别按照以下情形予以认定：

（一）开工日期为发包人或者监理人发出的开工通知载明的开工日期；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期；因承包人原因导致开工时间推迟的，以开工通知载明的时间为开工日期。

（二）承包人经发包人同意已经实际进场施工的，以实际进场施工时间为开工日期。

（三）发包人或者监理人未发出开工通知，亦无相关证据证明实际开工日期的，应当综合考虑开工报告、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时间，并结合是否具备开工条件的事实，认定开工日期。

第六条 当事人约定顺延工期应当经发包人或者监理人签证等方式

确认，承包人虽未取得工期顺延的确认，但能够证明在合同约定的期限内向发包人或者监理人申请过工期顺延且顺延事由符合合同约定，承包人以此为由主张工期顺延的，人民法院应予支持。

当事人约定承包人未在约定期限内提出工期顺延申请视为工期不顺延的，按照约定处理，但发包人在约定期限后同意工期顺延或者承包人提出合理抗辩的除外。

第七条 发包人在承包人提起的建设工程施工合同纠纷案件中，以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由，就承包人支付违约金或者赔偿修理、返工、改建的合理费用等损失提出反诉的，人民法院可以合并审理。

第八条 有下列情形之一的，承包人请求发包人返还工程质量保证金的，人民法院应予支持：

（一）当事人约定的工程质量保证金返还期限届满。

（二）当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自建设工程通过竣工验收之日起满二年。

（三）因发包人原因建设工程未按约定期限进行竣工验收的，自承包人提交工程竣工验收报告九十日后起当事人约定的工程质量保证金返还期限届满；当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自承包人提交工程竣工验收报告九十日后起满二年。

发包人返还工程质量保证金后，不影响承包人根据合同约定或者法律规定履行工程保修义务。

第九条 发包人将依法不属于必须招标的建设工程进行招标后，与承包人另行订立的建设工程施工合同背离中标合同的实质性内容，当事人请求以中标合同作为结算建设工程价款依据的，人民法院应予支持，但发包人与承包人因客观情况发生了在招标投标时难以预见的变化而另行订立建设工程施工合同的除外。

第十条 当事人签订的建设工程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、建设工期、工程质量、工程价款不一致，一方当事人请求将招标文件、投标文件、中标通知书作为结算工程价款的依据的，人民法院应予支持。

第十一条 当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同结算建设工程价款的，人民法院应予支持。

实际履行的合同难以确定，当事人请求参照最后签订的合同结算建设工程价款的，人民法院应予支持。

第十二条 当事人在诉讼前已经对建设工程价款结算达成协议，诉讼中一方当事人申请对工程造价进行鉴定的，人民法院不予准许。

第十三条 当事人在诉讼前共同委托有关机构、人员对建设工程造价出具咨询意见，诉讼中一方当事人不认可该咨询意见申请鉴定的，人民法院应予准许，但双方当事人明确表示受该咨询意见约束的除外。

第十四条 当事人对工程造价、质量、修复费用等专门性问题有争议，人民法院认为需要鉴定的，应当向负有举证责任的当事人释明。当事人经释明未申请鉴定，虽申请鉴定但未支付鉴定费用或者拒不提供相关材料的，应当承担举证不能的法律后果。

一审诉讼中负有举证责任的当事人未申请鉴定，虽申请鉴定但未支付鉴定费用或者拒不提供相关材料，二审诉讼中申请鉴定，人民法院认为确有必要的，应当依照民事诉讼法第一百七十条第一款第三项的规定处理。

第十五条 人民法院准许当事人的鉴定申请后，应当根据当事人申请及查明案件事实的需要，确定委托鉴定的事项、范围、鉴定期限等，并组织双方当事人对争议的鉴定材料进行质证。

第十六条 人民法院应当组织当事人对鉴定意见进行质证。鉴定人将当事人有争议且未经质证的材料作为鉴定依据的，人民法院应当组织当事人就该部分材料进行质证。经质证认为不能作为鉴定依据的，根据

该材料作出的鉴定意见不得作为认定案件事实的依据。

第十七条 与发包人订立建设工程施工合同的承包人，根据合同法第二百八十六条规定请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

第十八条 装饰装修工程的承包人，请求装饰装修工程价款就该装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持，但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人的除外。

第十九条 建设工程质量合格，承包人请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

第二十条 未竣工的建设工程质量合格，承包人请求其承建工程的价款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。

第二十一条 承包人建设工程价款优先受偿的范围依照国务院有关行政主管部门关于建设工程价款范围的规定确定。

承包人就逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等主张优先受偿的，人民法院不予支持。

第二十二条 承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。

第二十三条 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。

第二十四条 实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。

第二十五条 实际施工人根据合同法第七十三条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权，对其造成损害为由，提起代

位权诉讼的，人民法院应予支持。

第二十六条 本解释自 2019 年 2 月 1 日起施行。

本解释施行后尚未审结的一审、二审案件，适用本解释。

本解释施行前已经终审、施行后当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本解释。

最高人民法院以前发布的司法解释与本解释不一致的，不再适用。

第二部分 新闻问答

最高人民法院民一庭负责人就 《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）》答记者问

为正确审理建设工程施工合同纠纷案件，依法保护当事人合法权益，维护建筑市场秩序，促进建筑市场健康发展，根据《中华人民共和国民事诉讼法总则》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国招标投标法》《中华人民共和国民事诉讼法》等法律规定，经最高人民法院审判委员会第1751次会议讨论，通过了《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《建设工程司法解释（二）》〕。值此司法解释公布之际，最高人民法院民一庭负责人就《建设工程司法解释（二）》的有关问题接受了记者采访。

问：请介绍一下《建设工程司法解释（二）》出台的背景。

答：长期以来，最高人民法院高度重视建设工程施工合同纠纷案件审判工作，指导各级人民法院审理了大量建设工程施工合同纠纷案件，针对司法实践中带有普遍性的问题出台了一系列司法解释和司法政策。2004年，最高人民法院制定了《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《建设工程司法解释（一）》〕，于2005年1月1日起施行。《建设工程司法解释（一）》对统一法律适用、保障工程质量、规范建筑市场、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《建设工程司法解释（一）》施行十四年来，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，进一步制定和完善建设工程施工合同纠纷领域的司法解释，指导全国法院加强建设工程施工合同纠纷案件审判工作，具有重要的现实意义。

制定《建设工程司法解释（二）》是贯彻中央方针政策，促进建筑业持续健康发展的重要抓手。建筑业是国民经济支柱产业，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的作用愈加突显。改革开放以来，我国建筑业取得了长足发展。据统计，1978年，我国建筑业增加值为139亿元，占GDP的比重为3.8%。到2017年，我国建筑业增加值达到55689亿元，年均增速为16.6%，占GDP的比重达到6.7%。我国推进城市化进程、实施“乡村振兴战略”和“一带一路”倡议、开展供给侧结构性改革、促进经济提质增效都离不开建筑业的健康发展。

制定《建设工程司法解释（二）》是适应建筑业投资经营方式和监管政策变化的客观需要。我国正在开展工程建设项目审批制度改革试点工作，加快推进工程总承包模式，在基础设施和公共服务领域推进政府与社会资本合作。2017年，国务院办公厅下发《关于促进建筑业持续健康发展的意见》，优化、放宽资质资格管理。2018年3月，国家发改委颁布《必须招标的工程项目规定》，大幅度提高必须招标工程的金额。2018年5月，国务院办公厅下发《关于开展工程建设项目审批制度改革试点的通知》，试点取消建设工程施工合同备案制度，对民间投资的房屋建筑工程试行由建设单位自主决定发包方式。2018年9月，住房与城乡建设部作出《关于修改〈房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法〉的决定》，决定删除该办法第47条第1款中的“订立书面合同后7日内，中标人应当将合同送工程所在地的县级以上地方人民政府建设行政主管部门备案”的规定。在经营方式和管理政策不断发展

变化的同时,《合同法》《建筑法》《招标投标法》等法律法规并无变化,如何做好二者衔接,需要进一步发挥司法智慧,提出司法方案。

制定《建设工程司法解释(二)》是应对建设工程施工纠纷案件司法审判面临挑战的客观要求。《建设工程司法解释(一)》施行十四年来,建设工程施工合同纠纷案件数量和涉案标的额双双大幅上升,新类型案件、新问题不断涌现,为统一建设工程施工合同纠纷裁判标准提出了新的挑战。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。建设工程施工合同履行期间长,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、“黑白合同”、非法转包、违法分包等问题突出,认定事实与适用法律难度很大。诉讼中的合同效力问题、鉴定问题、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缺乏统一裁判规则。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、劳动争议纠纷、执行异议之诉纠纷等相互交织,处理难度增大。一些带有普遍性的问题,亟需统一裁判标准。

问:请介绍一下《建设工程司法解释(二)》制定的过程。

答:最高人民法院高度重视《建设工程司法解释(二)》起草工作,早在2012年就启动了《建设工程司法解释(二)》立项,于当年拟出征求意见稿,征求各高院意见,并先后到北京、河北、云南、江苏等地调研。2017年6月,最高人民法院书面征求全国人大常委会法工委、原国务院法制办、住建部、国家发改委等单位意见,并通过住建部、中国建筑业协会向有关专业人士征求意见,共收到反馈意见1000余条。对有关单位和社会各界提出的意见建议,最高人民法院认真研究、积极采纳,在征求意见稿的基础上对《建设工程司法解释(二)》条文作了修改完善。

在起草《建设工程司法解释(二)》的过程中,最高人民法院坚持了以下原则:一是尊重立法精神与坚持问题导向相统一。《建设工程司

法解释(二)》在现有法律规定的基础上,对建设工程施工合同纠纷案件审判实践中的突出问题作了规定。二是重视弱者权利保护与注重各方利益平衡相统一。《建设工程司法解释(二)》加强对农民工等弱势群体的保护,同时坚持对各类民事主体予以平等保护,做好各方当事人之间的利益平衡。三是着力解决当前问题与着眼行业长远发展相统一。《建设工程司法解释(二)》在着重解决“黑白合同”、实际施工人权利保护等当前司法实践中的突出问题的同时,着力加强对建筑企业建设工程价款债权、建设工程价款优先受偿权的保护,促进建筑业健康发展。四是专业性与通俗性相统一。《建设工程司法解释(二)》注重提高解释条文的针对性,强化专业用语规范性,同时又注重提高文字表述的通俗性,使整个《建设工程司法解释(二)》通俗易懂好用。

问:《建设工程司法解释(二)》对保障建设工程质量方面有什么举措?

答:建设工程施工合同纠纷的特殊性在于,建设工程的最终所有人或者使用人往往不是发包人、承包人等建设工程施工合同的当事人,而是购房人或者其他不特定的社会主体。建设工程具有显著的公共性。这使得建设工程施工合同涉及公共利益和第三人利益保护问题。司法对公共利益和第三人利益的保护,主要通过保障建设工程质量安全来实现。

在制定《建设工程司法解释(二)》过程中,考虑了多重价值取向,包括保障建设工程质量、保护农民工等弱势群体利益、维护建筑市场秩序、促进建筑业健康发展、平衡各方当事人利益等。其中,保障建设工程质量、保护人民群众人身和财产安全始终位居第一。这是最高人民法院制定建设工程司法解释和司法政策、指导下级法院审理建设工程施工合同纠纷案件的首要价值选择。因此,保障建设工程质量这一精神贯穿于整个《建设工程司法解释(二)》的始终。例如,《建设工程司法解释(二)》坚决维护招标投标市场秩序,明确规定建设工程质量是建设工程施工合同的实质性内容,不允许招标人和中标人任意变更中标合同的相

关约定；规定建设工程质量合格是承包人行使优先受偿权的先决条件；规定在借用资质签订建设工程施工合同的情况下，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，等等。我相信，《建设工程司法解释（二）》的发布和施行，对于保障建设工程质量、保护广大人民群众的人身和财产安全将发挥重要作用！

问：《建设工程司法解释（二）》在保护农民工合法权益方面有什么举措？

答：建筑业是劳动密集型行业，是吸纳农村剩余劳动力最多的行业之一。据统计，2017年，全国农民工的总量为2.8652亿人。其中，建筑业吸纳的农民工占全部农民工的比例为18.9%，位居前列。但是建筑市场“两个不规范”和社会信用机制缺失，导致农民工权益保护问题较为突出，农民工“讨薪难”问题尚未得到根本解决。建筑市场中存在的第一个不规范体现为，实践中存在转包工程、违法分包工程、借用资质承包工程等违法现象。这导致建设工程施工合同关系中出现多个施工主体，产生多份施工合同，法律关系复杂。有的情况下，实际干活的人拿不到工程价款，拿到工程价款的人并不实际干活。建筑市场中存在的第二个不规范体现为，实际施工人内部管理不规范，部分建筑工人尤其是大量农民工与实际施工人之间没有签订劳动合同，没有固定的劳动关系。农民工辛苦打工却拿不到工钱的问题仍然存在。社会信用机制缺失进一步加剧了这一问题。农民工工资权益不仅依赖于施工人的诚实守信，之前任何一个环节出现问题，农民工的工资权益都会受到损害。

《建设工程司法解释（二）》在特定情况下突破合同相对性原则，目的就是要打通保护农民工等建筑工人权益的通道，对处于弱势地位的广大农民工的权益提供强有力的司法保护，实现实质意义上的社会公平。《建设工程司法解释（二）》对农民工的权益保护体现在多个方面，主要包括，规定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，不得损害建筑工人利益；继续加强对实际施工人权益保护，规定发

包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任，实际施工人有权向发包人提起代位权诉讼等。

问：《建设工程司法解释（二）》的施行对我国建筑业发展和保护建筑领域的民营企业有何重要意义？

答：建筑业是我国的支柱产业，也是我国民营经济较为集中的行业。据统计，2017年，我国的建筑企业中，私营企业49645个，占全部企业的比重达56.4%；股份制企业32894个，占全部企业的比重达37.3%，其中大部分企业有私营经济持股；国有企业2187个，占全部企业的比重为2.5%；外商投资企业为218个，占全部企业的比重为0.2%。建筑业吸纳了大量劳动力。据统计，2017年在私营建筑企业和股份制建筑企业中的从业人员就达到了5168万人，占全部建筑企业比重为93.4%。《建设工程司法解释（二）》促进建筑业健康发展，保护广大民营建筑企业的权益主要体现在以下几方面。

实践中，有的发包人拖延支付建设工程价款，承包人起诉请求发包人支付建设工程价款后，发包人又以质量不符合约定等为由，企图继续拖欠工程价款。《建设工程司法解释（二）》第7条规定，在此情况下，发包人就承包人支付违约金或者赔偿修理、返工、改建的合理费用等损失提出反诉的，人民法院可以合并审理。换言之，发包人仅提出抗辩、未提出反诉的，人民法院不应支持，应告知其提出反诉或者另诉解决，以保障承包人及时获得建设工程价款。

建设工程价款优先受偿权对保护建筑施工企业意义重大。司法实践中，对承包人的利润是否可优先受偿的问题存在争议。考虑到建筑行业是薄利行业，为了建筑行业的长远发展，保护建筑企业的利益，《建设工程司法解释（二）》第21条规定将承包人的利润纳入了优先受偿的范围。

建筑市场上，很多民营建筑企业由于资质管理等原因不能直接承包工程，但又是实际进行建设工程施工的人。他们的权利缺乏合同保障。

《建设工程司法解释（二）》在《建设工程司法解释（一）》的基础上进一步完善了实际施工人权益保护的规定，要求人民法院在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额的基础上，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任，克服了司法实践中有的涉及发包人向实际施工人承担责任的判决无法执行的问题。

此外，《建设工程司法解释（二）》还对承包人工程质量保证金返还请求权、实际施工人对发包人的代位诉讼权等问题作了规定，积极为建筑业长远发展营造良好的司法环境，为民营建筑企业权益提供全方位的司法保护。

问：《建设工程司法解释（二）》对维护建筑市场秩序作了哪些规定？

答：建设工程领域关于招标投标等方面的规定较为严格。为规避这些规定，建筑市场上存在围标串标、明招暗定、“黑白合同”等违法违规行，扰乱建筑市场秩序，也会影响建设工程质量。《建设工程司法解释（二）》坚决维护建设工程招标投标市场秩序。《建设工程司法解释（二）》第1条就规定，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，应当按照中标合同确定当事人的权利义务。招标人和中标人在中标合同之外就明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施等方式变相降低工程价款的行为，属于背离中标合同实质性内容订立合同的行为，该行为无效。第9条规定，发包人将依法不属于必须招标的建设工程进行招标后，又与承包人另行订立背离中标合同实质性内容的建设工程施工合同的，仍应以中标合同作为结算建设工程价款的依据，除非客观情况发生了在招标投标时难以预见的变化。最重要的是，第10条确定了一项基本原则，即当事人签订的建设工程施工合同的实质性内容只要与招标文件、投标文件、中标通知书的记载不一致，就应当以招标文件、投标文件、中标通知书作为结算建设工程价款的依

据，以杜绝“黑白合同”、明招暗定现象。

问：《建设工程司法解释（二）》对保护市场诚信有什么针对性的举措？

答：当前我国社会诚信建设取得了较大的成绩，但仍存在不足。在建设工程施工合同纠纷案件中，有的当事人恶意不办理相关审批手续或者登记手续，导致合同不能继续履行，或者以此为由向人民法院起诉请求确认合同无效，企图通过不诚信行为谋取不正当利益。人民法院始终重视在建筑市场弘扬诚实守信的良好风气。《建设工程司法解释（二）》第2条第1款规定，发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手续的，其与承包人签订的建设工程施工合同无效，但发包人在起诉前取得建设工程规划许可证等规划审批手续的除外。同时，该条第2款又规定，发包人能够办理审批手续而未办理，并以未办理审批手续为由请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院不予支持。最高人民法院希望通过这条解释逐步树立一项裁判规则，即任何人不能从其不诚信的行为中获利。人民法院将始终高举诚实信用这面旗帜，保护善意当事人的合法权益，绝不允许当事人从不诚信行为中谋取不当利益！