



律行天下
法律实务指引丛书

最高人民法院 建设工程施工合同司法解释(二) 实务操作与案例精解

| 逐条解析 | 典型案例 | 焦点评析 | 实务争点 | 案例索引 | 规范链接 |

Contracts on Undertaking Construction Projects

陈鑫范 王琦 \ 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

律行天下法律实务指引丛书

最高人民法院建设工程施工合同 司法解释（二）实务操作与 案例精解

陈鑫范 王琦 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

序

《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《施工合同司法解释（二）》），由最高人民法院审判委员会第1751次会议通过，自2019年2月1日起施行。至此，这项耗时七年、边设计边施工、十易其稿且几经转手的“工程”终于通过竣工验收，并正式交付使用。

建筑业是我国国民经济的支柱产业，对经济社会发展、城乡建设、民生改善和吸纳农村转移劳动力作出了重大贡献。案件是经济社会发展的“晴雨表”，在一定程度上反映了国家经济运行的健康状况、经济社会关系的和谐程度。伴随着建筑业管理模式、组织模式的不断变化，涉及建设工程纠纷特别是施工合同纠纷的案件快速增长。2012年至2017年，案件数量翻番仅用了五年时间，且案件数量与标的额保持快速增长的趋势。建设工程施工合同纠纷专业技术性强、事实认定难、鉴定依赖程度高、关联案件增多等问题日益突出；该类案件法律适用不统一，让法官“爱恨交加”，上诉率高、二审改判率高、申请再审率及再审改判率相较其他案件比例高。可以说，建设工程施工合同纠纷已经成为法官审判和法律服务的热点、难点和痛点。

《施工合同司法解释（二）》的颁布与实施，引起包括建筑业从业人员和建设工程法律从业人员的高度关注和热烈讨论，这其中不乏赞誉，认为该司法解释能够顺应建筑业改革发展的趋势，对行政管理的合同备案予以调整，对中标合同的实质性内容予以明确，具有前瞻性；能够坚持特定时代背景下弱势群体倾斜保护的价值取向，赋予实际施工人

更全面的保护，体现公平性；能够回应社会的关切和需要，调整、完善建设工程价款优先受偿权制度，具有实用性。当然，也有争论、批评乃至指责，如合同相对性突破的法理缺失及其导致的诉讼秩序的错位，对中标通知书性质、合作开发房地产对承包人工程款给付责任承担、工程总承包等长期困扰司法实践的难点问题的回避等。

作为《施工合同司法解释（二）》的主要起草人之一，面对各种议论，如鱼饮水，冷暖自知。建设工程领域立法相对滞后，司法解释立足解释论而非立法论，严格在法律规定的范围内对审判工作中的具体应用法律问题行使司法解释权，解释既存规则、正确理解适用是其定位。依托一部司法解释解决建设工程领域所有问题并不现实，特别是在目前行政监管与司法审判脱节，难以形成合力的背景下，转包、违法分包、出借资质、明招暗定、黑白合同等问题仍屡有发生，以法治思维和法治方式推动建筑市场健康有序发展、促进提升建设工程质量安全，司法保障任务任重而道远。

与本书作者鑫范、王琦相识多年，确切而言，先读其文，后识其人，先知悉了二位的公众号“律行天下”和“不动产法帮”，相见之后，相貌上虽是“环肥燕瘦”，性格上亦有敦厚沉稳、热情敏锐之别，但二位对建设工程专业之熟稔、建设工程法律之执着，令人印象深刻。事实上，早在2017年公布《施工合同司法解释（二）》（征求意见稿）后，鑫范和王琦就提出过修改和完善的建议并被采纳。

该书详细介绍了司法解释的内容，并结合实务中的争议问题，准确理解条文主旨，详细阐释条文本意，吸纳理论研究成果，条分缕析，实用性强。

如在与鑫范、王琦共同参加的“常设中国建设工程法律论坛工作组”会上所言，有这样一拨志同道合、不存私利、同气连枝、意气相投之法律职业人，发挥各自专业优势，在建设工程法律实务中，推动建立

统一规则，为促进建筑业健康发展尽绵薄之力，亦是人生幸事。

是为序！

李琪

2019年2月

前言

随着改革开放的持续深入、经济的高速发展和城市化进程的不断推进，建筑业已经成为国民经济的支柱产业之一。全国各地建筑行业产值连年增加，呈现出良好的发展态势，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%；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%。随之而来的建设工程相关纠纷也与日俱增，我国关于建设工程相关的法律法规也在逐步完善之中。然而，由于建筑行业挂靠、转包、违法分包、违法招投标、阴阳合同等违法违规现象突出，且屡禁不止，使得建设工程施工合同纠纷案件中的事实关系和法律关系都变得极为复杂。为了统一全国法院审理建设工程施工合同纠纷案件的标准，最高人民法院曾于2004年颁布了《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》，统一了当时许多疑难问题的裁判标准，对保障工程质量、规范建筑市场秩序、保护各类主体尤其是建筑工人的合法权益发挥了重要作用。但该司法解释仍有许多争议点未予明确，且经过十多年的发展，司法实践中又出现了许多新情况、新问题，建筑市场也发生了巨大变化，如工程量清单计价模式的广泛推行、PPP和EPC等新型业务模式的快速发展、强制招标投标范围的调整、资质管理的淡化、施工合同备案制度改革等，都亟须最高人民法院出台新的司法解释，以指导全国法院对建设工程施工合同纠纷案件的审理。

在此背景下，最高人民法院为了满足建设工程施工合同纠纷审判实践的新需求，于2012年开始立项，历经7年，十易其稿，最终在2019年1

月3日公布了《施工合同司法解释（二）》。

仔细研读《施工合同司法解释（二）》可以发现，其中的不少条文都需结合法律规定，作出二次解读，才能理解其含义。为帮助建设工程及相关法律从业人员准确理解、全面掌握《施工合同司法解释（二）》的完整内容，我们在总结建设工程施工合同纠纷案件实践经验的基础上，结合法律法规规定，借鉴同行已有的研究成果，撰写本书。

为了方便读者更好地理解和掌握《施工合同司法解释（二）》的全部内容，本书根据条文的不同内容将全书分为五章，分别为：第一章“合同效力及相关问题”，第二章“工期质量及价款结算”，第三章“建设工程鉴定”，第四章“建设工程价款优先受偿权”，第五章“实际施工人权利的保护”。在每一章前设置“本章要旨”“办案思路”和“举证指南”三个栏目，概括介绍本章的主要内容、案件办理的大致思路和举证的大概方向。然后按照《施工合同司法解释（二）》的条文顺序逐条进行分析解读，设置“典型案例（焦点评析）”“实务争点”“案例索引”“规范链接”四个栏目。“典型案例（焦点评析）”结合典型案例对条文内容进行解读；“实务争点”主要针对条文中未明确但实践中仍然存在广泛争议的问题展开论述，为本书的最大亮点；“案例索引”为与本条内容相关联的案例，方便读者延伸学习；“规范链接”为与本条内容相关联的各地法院指导性意见，方便读者了解该问题在司法实践中的全貌。

我们长期以来一直从事建设工程相关法律服务，密切关注《施工合同司法解释（二）》的立法动态，并深度参与了《施工合同司法解释（二）》（征求意见稿）的讨论，为《施工合同司法解释（二）》（征求意见稿）的完善，结合法律、法理与实践提出了不少真知灼见。

最后，要感谢律行天下团队的陶鸿、陈姗姗、周苗苗三位成员，他们为本书写作收集了大量资料，也为本书的修改和完善提供了大量有价

值的意见和建议，在此对你们的辛勤付出表示感谢。还要特别感谢在本书写作过程中给我们提供过无私帮助的学者、法官、仲裁员、律师同人，没有你们的帮助，就不会有本书的顺利出版。

囿于作者水平，加之时间仓促，本书错误和不当之处在所难免，敬请广大读者谅解并欢迎斧正。

陈鑫范 王琦

2019年1月3日

凡例

简称	全称
最高院	最高人民法院
中院	中级人民法院
《2011 年全民会议纪要》	《全国民事审判工作会议纪要》
《八民会议纪要》	《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》
《国有土地使用权合同司法解释》	《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》
《商品房买卖合同司法解释》	《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》
《证据规定》	《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》
《施工合同司法解释》	《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》
《施工合同司法解释（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（二）》
《施工合同司法解释（二）》 （征求意见稿）	《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）》 （征求意见稿）
《合同法司法解释（一）》	《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）》
《房屋租赁合同司法解释》	《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》
《民诉法司法解释》	《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》
《最高院优先受偿权函复》	《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》
《最高院优先受偿权批复》	《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》

[目录](#)

[封面](#)

[扉页](#)

[序](#)

[前言](#)

[凡例](#)

[第一章 合同效力及相关问题](#)

[本章要旨](#)

[办案思路](#)

[举证指南](#)

[第二章 工期、质量及价款结算](#)

[本章要旨](#)

[办案思路](#)

[举证指南](#)

[第三章 工程司法鉴定](#)

[本章要旨](#)

[办案思路](#)

[举证指南](#)

[第四章 建设工程价款优先受偿权](#)

[本章要旨](#)

[办案思路](#)

[举证指南](#)

[第五章 实际施工人权利保护](#)

[本章要旨](#)

[办案思路](#)

[举证指南](#)

[附则](#)

[附录](#)

[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
\(二\)](#)

[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](#)

[版权信息](#)

第一章 合同效力及相关问题

(第一条至第四条)

本章要旨

合同效力是审理任何合同案件的基础。如果说合同的成立涉及的是事实判断，是有没有的问题，那么合同效力涉及的则是法律的价值判断，是好不好的问题。由于建筑领域存在大量挂靠、转包、违法分包等违法违规现象，而这又都直接关系到建设工程的质量问题，因此，国家为了确保建设工程质量、维护正常的市场竞争秩序，设置了较多的效力性强制性规定，对诸多违法行为进行否定性评价。这些强制性规定主要集中在《建筑法》《招标投标法》《城乡规划法》《建设工程质量管理条例》等法律、行政法规中，结合《合同法》第52条，《民法总则》第143条、第153条等规定，《施工合同司法解释》第1条和第4条明确规定了施工合同无效的具体情形，主要包括如下几个方面：（1）违反招标投标法律的规定，必须招标而未招标或中标无效的；（2）施工企业不具备承接业务的相应资质的；（3）存在挂靠、转包或违法分包等行为的；（4）未取得相关建设审批手续等。其中，未取得相关建设审批手续的合同效力在《施工合同司法解释》中并无明确规定，但部分地方法院的指导性意见以及各地的司法实践大多已经将未取得相关建设审批手续的问题作为认定施工合同效力的依据之一。

对建设工程施工合同效力的认定属于人民法院应当主动审查的内容。在多地法院发布的指导性意见中，都明确规定法院在审理建设工程施工合同纠纷案件时，无论当事人是否对建设工程施工合同的效力提出主张或抗辩，法院都应当主动审查合同的效力。

由于建设工程施工合同效力问题，关系到工程价款结算、违约责任、质量保证金的返还、诉讼时效等与承发包双方利益密切相关的一系列问题，因此一直是各级法院审理建设工程施工合同纠纷案件时关注的

首要问题。

为此，最新颁布的《施工合同司法解释（二）》开门见山，就建设工程施工合同的效力及相关问题专设4个条文，围绕中标合同实质性内容的认定标准、未取得有关建设审批手续的合同效力、施工合同无效损害赔偿的认定规则、出借（用）资质的连带赔偿责任等问题作出了明确的规定。

办案思路

由于建设工程施工合同的效力影响工程价款结算、工期、违约金等各项实体权利义务，因此，应当首先审查施工合同的性质及效力，这至少应从如下方面着手进行分析：

1. 涉案工程项目是否属于法定必须招投标项目，如果是法定必须招投标项目，则该项目是否经过了合法的招投标程序，是否存在标前合同或实质性磋商等导致中标无效的情形；如果是非必须招投标项目，是否也经过了合法的招投标手续等。

2. 承包人是否取得了与承建工程项目相应的资质，即是否存在未取得资质、超越资质或者借用资质（挂靠）等情形。

3. 工程是否取得了建设审批手续，即“四证”：建设用地使用权证、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、建设工程施工许可证，并重点审查是否取得了建设工程规划许可证。

4. 是否存在转包、违法分包、肢解发包等行为。

5. 是否存在违反《招标投标法》规定的低于成本价中标的情况。

6. 是否存在任意压缩工期、违反工程质量强制性规定等行为。

举证指南

合同效力问题是办理建设工程施工合同纠纷案件必须首先作出明确判断的基础性问题，本章4条内容主要介绍影响建设工程施工合同效力的因素，及建设工程施工合同无效后的损失赔偿确定原则等问题。

承发包双方在主张合同效力时应提交的证据主要有：

1. 承包人的建筑业企业资质证书。
2. 承包人的安全生产许可证。
3. 建设用地使用权证、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证。
4. 承包人与内部承包人之间存在隶属关系的证据（如劳动合同、任命文件、工资表、工资发放证明、社保缴纳证明等）。
5. 建设工程是否为必须招标工程的相关证据。
6. 承发包双方履行招投标程序的相关证据（如招标文件、投标邀请书、投标文件、中标通知书等）；
7. 违法招投标的相关证据（如承发包双方经实质性谈判所签订的标前合同、招投标前承包人已实际进场施工、投标人之间串通投标的证据等）。

施工合同无效时，承包人主张损失赔偿或抗辩发包人主张损失赔偿的，承包人应提交的证据主要有：

1. 建设工程施工合同无效的责任在于发包人的证据。

2. 承包人遭受的损失及损失的具体数额（如人、材、机及企业管理费的增加费用及支付凭证等）。

3. 发包人过错与损失之间具有因果关系的证据。

施工合同无效时，发包人主张损失赔偿或抗辩承包人主张损失赔偿的，发包人应提交的证据主要有：

1. 建设工程施工合同无效的责任在于承包人的证据（如承包人存在挂靠情形，且发包人无法知悉该情形等）。

2. 工期延误造成发包人实际损失及损失数额。

3. 工程质量缺陷造成发包人实际损失及损失数额。

第一条【背离中标合同实质性内容的判定】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，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

本条规定了背离中标合同实质性内容的判断标准，揭示了以间接方式实质性变更工程造价的表现形式。

典型案例

案例1： 工程价款计价方式的变更是否属于变更中标合同的实质性内容？

——星华公司与荣盛公司建设工程施工合同纠纷案[1]

案情回放

2009年6月1日，星华公司开发的星华苑小区1号楼商品房工程经招标投标程序后由荣盛公司中标。同年6月6日，星华公司与荣盛公司签订《建设工程施工合同》（以下简称施工合同），约定：荣盛公司承建星华苑小区1号楼工程，工程内容剪力墙结构27层，承包范围土建电水暖。开工日期为2009年6月21日，竣工日期为2010年8月27日。合同采用固定价格，价款为5600万元。合同未尽事宜双方以补充协议形式修改和补充，如与补充协议相抵触，按补充协议执行。施工合同同时约定，地下室按每平方米800元结算。该合同于2009年6月10日经所在区域建设工程招标投标管理办公室施工招投标备案。

2009年6月18日，双方签订《星华苑小区1号楼工程承包补充协议》（以下简称补充协议），约定：（1）工程承包内容为施工图纸上标明的土建、水暖、电气所有设计内容。（2）承包形式为包工包料，实行平方米一次性包干，建筑面积固定单价。（3）承包价格按建筑面积1500元/平方米计算，地下夹层单独计算，价格为800元/平方米。（4）开工日期为2009年6月21日，竣工日期为2010年8月27日，以相关质检部门验收合格为准。（5）结算方式为按实际建筑面积结算，地下夹层部分单独结算，增加和减少项目的工程量均不另行计算。（6）余款10%在竣工后一年内付清。5%质保金在质保期满后，无质量问题的，质保金付清。

合同签订后，荣盛公司于2009年6月21日开始施工，2010年8月3日提出工程竣工验收申请，2010年8月30日星华公司及有关部门出具了验收报告，该工程为合格工程。

2010年12月15日，双方签订星华苑小区1号楼建筑面积结算单，确认1号楼总价5518万元，双方对此均无异议。星华公司已给付荣盛公司工程款4800万元（含甲方供材及扣款）。该工程除主体外的质保期分别为2年至5年，质保金共计为230万元。

后因星华公司欠付工程款，荣盛公司提起诉讼，请求根据施工合同的约定判令星华公司给付工程欠款及相应利息。

裁判理由

一审法院认为，由于当事人在中标合同之外又签订了补充协议，补充协议将结算工程价款的计价方法由固定总价变更为固定单价，明确约定无论增加或者减少项目的工程量，均不另行结算工程款，明显是对工程款结算标准的重大变更，故根据《施工合同司法解释》第21条的规定，应以施工合同约定的5600万元作为案涉工程的应付价款，星华公司已给付4800万元，尚欠800万元，扣除质保金230万元（待质保期满后荣盛公司可另行主张）。

二审法院认为，补充协议虽然对施工合同在计价方式及是否根据工程项目的增减调整工程价款上作了变更，但并不构成实质性变更，而且，从实际履行情况看，双方在施工过程中就是按照补充协议的约定履行的，双方在工程竣工验收后签订的结算单也是根据补充协议约定的方式计算出的工程价款，因此，应当按照补充协议的约定结算工程款。根据双方确认的工程价款5518万元，星华公司已给付4800万元尚欠718万元，扣除质保金230万元。

裁判结果

一审判决：星华公司于判决生效后十日内给付荣盛公司570万元（自2010年8月30日起至判决生效之日止，按中国人民银行发布的同期同类贷款利率计算利息）。