

最高人民法院
建设工程施工合同
司法解释（二）

理解适用与实务指南

朱树英 曹珊/主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书编写人员：

曹 珊	滕梓楠	曲笑飞
林 隐	史鹏舟	张莹琳
刘思侯	雷 涛	张 雷
张维帆	贺小丽	侯伟华
戴勇坚	唐 砾	徐寅哲
王 洋	石 鹏	

规则的创新与沿承

(代序)

2019 新年之际,《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)》)出台。虽然“千呼万唤始出来”,但并非“犹抱琵琶半遮面”,《建设工程司法解释(二)》中的 26 条规则内容清晰明确,逻辑直截了当,立意坚决深刻,并无太多模棱两可之处需要过度猜测或进行“再解释”的空间,字里行间均流露出制订者对相关纠纷裁判规则、审理规律、价值取向的整体把握与理论自信。

《建设工程司法解释(二)》正式出台后,坊间各种评价之声迭起,其中不乏“我注六经”者,当然更不乏“六经注我”者。笔者无意加入其中。首先,如果打算以最大的善意影响《建设工程司法解释(二)》的制订与修改,目前时机已迟,《建设工程司法解释(二)》正式颁行后,最高人民法院向社会征求意见的大门已经关闭了;其次,如果打算结合实施效果来印证《建设工程司法解释(二)》规则制订或条文表达的当与不当,则时机尚早,不妨“让子弹再飞一会儿”。不过,为便于读者直观、准确地掌握《建设工程司法解释(二)》的主要内容与条款安排,现就《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》(以下简称《建设工程司法解释(一)》)、《建设工程司法解释(二)》之间的对比与衔接问题,从条文内容角度进行初步的归类、整理还是有必要的。

一、一处实质性变更

遍览《建设工程司法解释(二)》中的 26 条规则,能够称得上对《建设工程司法解释(一)》进行实质性变更的,仅“实际施工人”一处。

近年来,针对《建设工程司法解释(一)》所创设的“实际施工人”概念及规则的诟病之声不绝于耳。笔者曾专门撰文,认为该项基于“农民工工资保护”的考虑所作的制度安排在实践中遭遇尴尬的局面,实施效果既无益于情怀,更为

借用资质、转包、违法分包等不法行为提供了反向激励,最终造成司法导向与正常的市场秩序无法接轨。^① 最高人民法院《2011年全国民事审判工作会议纪要》也明确指出,“对实际施工人向与其没有合同关系的转包人、分包人、总承包人、发包人提起的诉讼,要严格依照法律、司法解释的规定进行审查;不能随意扩大《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》第二十六条第二款的适用范围,并且要严格根据相关司法解释规定明确发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”。

《建设工程司法解释(二)》中专门安排了第二十四条、第二十五条分别对实际施工人起诉的主体及判决依据问题进行了回应。其中,第二十四条规定:“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。”对照《建设工程司法解释(一)》第二十六条第二款,即“实际施工人以发包人为被告主张权利的,人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”,不难发现其中三点变化:

- (1) 法院追加转包人或违法分包人参加诉讼,由“可以”变更为“应当”;
- (2) 转包人或违法分包人参加诉讼的地位,由“当事人”变更为“第三人”;
- (3) 明确规定“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”作为判决的先决条件。

同时,《建设工程司法解释(二)》第二十五条规定:“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。”该条规定比较圆满地解决了实际施工人突破合同相对性向发包人主张支付工程款的请求权基础问题,从而为司法实践中形形色色、纷繁复杂的类似纠纷选定了解决路径。

二、两处争议澄清

不可否认,在《建设工程司法解释(一)》颁行之初,确实对司法实践中的重要争议问题起到了统一裁判尺度的积极作用,但随着经济、社会的发展变化与其他配套法律、法规的颁布实施,《建设工程司法解释(一)》制订时未充分考虑

^① 曲笑飞:《对“实际施工人”概念及制度的反思》,载《中国建设工程法律评论》(第五辑),法律出版社2017年版,第46~54页。

或考虑后未形成一致意见的争议渐渐浮出水面,并逐步累积为一个个必须予以澄清的问题。针对《建设工程司法解释(一)》的遗留问题,《建设工程司法解释(二)》中主要在以下两处予以澄清:

首先,对于《建设工程司法解释(一)》第二十一条中关于“黑白合同”的认定标准进行了细化,不仅列举了“合同实质性内容不一致”的几种不同表现形式,即《建设工程司法解释(二)》第一条第一款中所规定的“工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等”实质性内容,而且,该条第二款中还特别补充“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”等规避法律的间接行为亦应视为“合同实质性内容不一致”。另外,由于2018年5月《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》(国办发〔2018〕33号)取消了施工合同备案的要求,《建设工程司法解释(二)》中使用“中标合同”取代了《建设工程司法解释(一)》中的“备案的中标合同”的表述。

其次,完善了无效施工合同的结算规则与损失赔偿规则,《建设工程司法解释(一)》第二条仅解决了在建设工程竣工验收合格情况下无效施工合同可参照结算的问题,但对于当事人因签订、履行无效施工合同所遭受的经济损失如何赔偿,却并未涉及,各地司法机关的裁判尺度极不统一,法院因违约条款无效而采取的“要么全有,要么全无”的简单处理方式往往会造成当事人之间利益严重失衡。《建设工程司法解释(二)》第三条不仅规定确定损失应当结合“对方过错、损失大小、过错与损失之间的因果关系”进行综合考量,而且进一步规定当“损失大小无法确定”且“一方当事人主张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,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”。《建设工程司法解释(二)》将请求权基础置于《合同法》第五十八条的框架下,在规范法官自由裁量的同时赋予了法官结合纠纷实际情况作出弹性裁决的必要空间,此处系《建设工程司法解释(二)》的一大亮点!

三、二十三处规则创新

仅从条文对照角度来看,《建设工程司法解释(二)》中的其他23条内容均未在《建设工程司法解释(一)》中提及,既无实质性变更的可能,亦无争议澄清的必要,均属规则创新。当然,该23处创新的规则并非《建设工程司法

解释(二)》制订者的凭空臆想或逻辑推理结果,每条规则或者具有比较充分的法律、法规依据,或符合行业习惯并有建设工程施工合同示范文本通用条款予以印证,或系长期积累的裁判经验总结。依此标准,可粗略细分为以下三类:

(一)有明确法律、法规依据的

1. 第二条中,关于“发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手续,建设工程施工合同无效”的规则,主要依据《城乡规划法》第四十条第一款的规定,即“在城市、镇规划区内进行建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程建设的,建设单位或者个人应当向城市、县人民政府规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府申请办理建设工程规划许可证”。

2. 第四条中,关于“资质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,应承担连带赔偿责任”的规则,主要依据《建筑法》第六十六条的规定,即“建筑施工企业转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本企业的名义承揽工程的,责令改正,没收违法所得,并处罚款,可以责令停业整顿,降低资质等级;情节严重的,吊销资质证书。对因该项承揽工程不符合规定的质量标准造成的损失,建筑施工企业与使用本企业名义的单位或者个人承担连带赔偿责任”。

3. 第七条中,关于“质量违约金或赔偿损失的反诉可以合并审理”的规则,主要依据《民事诉讼法》第一百四十条的规定,即“原告增加诉讼请求,被告提出反诉,第三人提出与本案有关的诉讼请求,可以合并审理”。

4. 第八条中,关于“质量保证金返还期限”的认定规则,主要依据《建设工程质量保证金管理办法》的相关规定,第二条第三款规定:“缺陷责任期一般为1年,最长不超过2年,由发、承包双方在合同中约定。”第八条规定:“缺陷责任期从工程通过竣工验收之日起计。由于承包人原因导致工程无法按规定期限进行竣工验收的,缺陷责任期从实际通过竣工验收之日起计。由于发包人原因导致工程无法按规定期限进行竣工验收的,在承包人提交验收报告90天后,工程自动进入缺陷责任期。”第十条规定:“缺陷责任期内,承包人认真履行合同约定的责任,到期后,承包人向发包人申请返还保证金。”

5. 第九条中,关于“非强制招标项目应以中标合同结算”的规则,主要依据《招标投标法》第四十六条第一款的规定,即“招标人和中标人应当自中标通知

书发出之日起三十日内,按照招标文件和中标的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议”。

6. 第十条中,关于“施工合同实质性内容背离招投标文件,应以招投标文件为准”的结算规则,主要依据《招标投标法》第五十九条的规定,即“招标人与中标人不按照招标文件和中标人的招标文件订立合同的,或者招标人、中标人订立背离合同实质性内容的,责令改正;可以处中标项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款”。

7. 第十四条、第十五条、第十六条中,关于“司法鉴定申请义务主体”“鉴定申请的释明”“二审中的鉴定”“鉴定材料的质证”“鉴定意见的质证”等诉讼程序规则,主要依据《民事诉讼法》的相关规定,第七十六条规定:“当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。当事人申请鉴定的,由双方当事人协商确定具备资格的鉴定人;协商不成的,由人民法院指定。当事人未申请鉴定,人民法院对专门性问题认为需要鉴定的,应当委托具备资格的鉴定人进行鉴定。”第七十八条规定:“当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的,鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知,鉴定人拒不出庭作证的,鉴定意见不得作为认定事实的根据;支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用。”第七十九条规定:“当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭,就鉴定人作出的鉴定意见或者专门问题提出意见。”

(二) 尊重并符合行业习惯的

1. 第五条中,关于“建设工程开工日期”的认定规则,与《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2017-0201)第1.1.4.1款内容基本一致,即“开工日期包括计划开工日期和实际开工日期。计划开工日期是指合同协议书约定的开工日期;实际开工日期是指监理人按照第7.3.2项(开工通知)约定发出的符合法律规定的开工通知中载明的开工日期。第7.3.2项开工通知:发包人应按照国家法律规定的规定获得工程施工所需的许可。经发包人同意后,监理人发出的开工通知应符合法律规定。监理人应在计划开工日期七天前向承包人发出开工通知,工期自开工通知中载明的开工日期起算”。

2. 第六条中,关于“顺延工期”的认定规则,与《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2017-0201)第19.1款内容基本一致,即“(1)承包人应在知道或应当知道索赔事件发生后28天内,向监理人递交索赔意向通知书,并说明发生索

赔事件的事由;承包人未在前述 28 天内发出索赔意向通知书的,丧失要求追加付款和(或)延长工期的权利”。

(三) 长期积累的裁判经验总结

1. 第十一条中,“数份建设工程施工合同均无效,参照实际履行的合同结算建设工程价款”及“实际履行的合同难以确定,当参照最后签订的合同结算建设工程价款”的结算规则,以山东日建建设集团有限公司与日照君泰房地产(集团)有限公司建设工程施工合同纠纷申请再审案[(2013)民申字第 572 号]为例,最高人民法院认为:“《建设工程司法解释(一)》第二十一条适用的前提是备案的中标合同为有效合同,而如前所述,中标合同应认定无效,故本案不能适用该条的规定,以中标合同作为工程价款的结算依据。从实际履行情况来看,日建公司和君泰公司均是按照标前合同的约定结算工程进度款,也即双方实际履行的合同为标前合同,而非中标合同,故二审判决依据标前合同结算工程价款并无不妥。”

2. 第十二条中,“诉前已经达成结算协议,不予准许司法鉴定”的规则,以南通山冉建设工程有限公司与江苏金厦置业有限公司建设工程施工合同纠纷案[(2015)苏民终字第 00404 号]为例,江苏省高级人民法院认为:“《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》第二十条规定,如当事人约定发包人收到竣工结算文件后,在约定期限内不予答复,视为认可竣工结算文件的,按照约定处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的,应予支持。故因此一审判决对山冉工程公司要求按照其提交的竣工结算文件认定涉案工程价款的主张予以支持,有合同和法律依据。二审中金厦置业公司申请对涉案工程造价进行鉴定,不予准许。”

3. 第十三条中,“诉前共同委托结算咨询但一方不予认可咨询意见的,可予鉴定”的规则,以武汉神宇电气有限公司与汉川市人民医院建设工程施工合同纠纷申请再审案[(2016)鄂民申 2679 号]为例,湖北省高级人民法院认为:“一审诉讼过程中,因神宇电气对汉川医院诉前委托的工程造价款结论不认可,双方争议较大,经汉川医院申请,法院依据审理案件需要,于诉讼过程中委托第三方湖北拓展工程造价咨询有限责任公司对神宇电气承建的低压配电柜设备采购及安装项目进行了工程造价鉴定。《中华人民共和国民事诉讼法》第七十六条规定:‘当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。当事人

申请鉴定的,由双方当事人协商确定具备资格的鉴定人;协商不成的,由人民法院指定。’一审法院准许汉川医院申请鉴定并委托第三方对涉案工程造价进行鉴定,并不违反法律规定。”

4. 第十七条至第二十三条中,关于优先受偿权具体行使主体、范围、期限、起算点、放弃优先受偿权的效力等规则,以中设建工集团有限公司与洪泽县金丰房地产有限公司、淮安市信通投资担保有限公司建设工程施工合同纠纷案[(2016)苏民终464号]为例,江苏省高级人民法院认为“《中华人民共和国合同法》第二百八十六条赋予了承包人对于建设工程价款的优先受偿权,并要求承包人在竣工之日起六个月内行使该权利。2012年11月26日,中设公司通知金丰公司解除合同,2012年12月3日,中设公司在向淮安仲裁委员会申请仲裁时,即主张享有优先受偿权。现中设公司与金丰公司之间的建设工程施工合同虽然被认定无效,但《合同法》第二百八十六条赋予承包人对于建设工程价款的优先受偿权,并未排除优先受偿权在合同无效时的适用。鉴于中设公司施工的工程质量合格,并在法律规定的六个月期限内提出了优先受偿权的主张。因此,中设公司对其施工的金都秀水小区20号、21号、22号楼及人防地下室工程,享有优先受偿权。”

四、结语

通过以上初步地类型化分析,不难发现最高人民法院在制订《建设工程司法解释(二)》的过程中充分考虑到了相关法律、法规的规定,并充分尊重了建设工程的行业习惯,充分总结了司法实践中长期形成的裁判经验,尽量避免与上位法、现行管理体制及市场秩序之间产生不可调和地冲突,特别是刻意避免了与《建设工程司法解释(一)》之间的条文矛盾与意义断裂。更加难能可贵的是,《建设工程司法解释(二)》在法解释的路径上坚持“回归合同,回归合同法”的原则,为当事人的各项权利主张寻找到相应合适的制订法或合同条款作为其请求权基础,在规范法官自由裁量权行使的同时,还给予了法官用以作出弹性裁判的必要空间,值得每一位建设工程法律实务从业者认真学习、反复研读。

当然也应当看到,《建设工程司法解释(二)》征求意见稿中曾经提出的多项争议问题,比如合作开发房地产的连带责任、中标后未签订施工合同的责任类型、资质借用人的工程价款支付主体等,以及司法实践中日益增多的国家审

计与工程结算之间的关系、PPP 及 EPC 合同纠纷等,在目前的《建设工程司法解释(二)》中尚未触及。我们相信,随着司法经验地逐步积累和来自社会各相关行业的意见交流,沿着《建设工程司法解释(二)》开创的规范请求权基础、提炼裁判观点的思路,最终找到妥善的解决方案是可以预期的。

目 录

规则的创新与沿承(代序)

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 对比衔接

《建设工程司法解释(一)》《建设工程司法解释(二)》之间的衔接	11
一、《建设工程司法解释(一)》《建设工程司法解释(二)》各部分的 主要内容	11
二、《建设工程司法解释(一)》《建设工程司法解释(二)》各部分内 容的比对	11
三、《建设工程司法解释(一)》《建设工程司法解释(二)》之间衔接 的重点	15

第三部分 条文释义

第一条 【背离中标合同实质性内容的判断标准】	25
------------------------------	----

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。