

最高人民法院

建设工程施工合同

司法解释的 理解与适用

黄松有 主编
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 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



责任编辑：闻道纪梁

封面设计：高宏建

司法解释理解与适用丛书

ISBN 7-80161-876-9



9 787801 618764 >

ISBN 7-80161-876-9/D·876

定价：46.00元

最高人民法院建设工程施工合同 司法解释的理解与适用

黄松有 主编

最高人民法院民事审判第一庭 编著

人民法院出版社

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的理解与适用/最高人民法院民一庭编著. —北京: 人民法院出版社, 2004.11

(最高人民法院司法解释理解与适用丛书)

ISBN 7-80161-876-9

I. 最… II. 最… III. 建筑工程—工程施工—合同—民事纠纷—法律解释—中国 IV. D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 113403 号

最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用

黄松有 主编

最高人民法院民事审判第一庭 编著

责任编辑 闻道纪 梁

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里安园甲 9 号(100101)

电 话 (010) 65290626 (责任编辑) 65290516 (出版部)
65290558 65290559(发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 562 千字

印 张 21.125

版 次 2004 年 11 月第 1 版 2004 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-876-9/D·876

定 价 46.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

序

2004年10月26日，最高人民法院公布了《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》（以下简称《解释》）。这是最高人民法院为了统一审理建设工程施工合同纠纷案件的执法标准，根据《民法通则》、《合同法》、《建筑法》和《招标投标法》等法律规定，作出的一部重要司法解释。它对依法保护建设工程施工合同各方当事人的合法权益，维护建筑市场秩序，促进建筑业健康发展，维护社会的公平与正义，必将产生重要而深远的影响。

“百年大计、质量第一”，这是我们在建设工程施工现场经常看到的警句，昭示着建设工程质量的重要性。多年来，我国建筑市场繁荣，发展很快，吸纳了大量的农民工就业，并拉动了一系列相关行业的发展，建筑业已经成为我国国民经济发展新的增长点。与此同时，也出现了一些建筑工程质量不高、建筑市场行为不规范、建筑投资不足等问题，特别是投资不足行为，造成了大量拖欠工程款和农民工工资的现象，已经严重侵害了建筑企业和进城务工人员的合法权益，远远超出经济问题和法律问题的层面，演变成一个社会问题，引起了党和国家领导人的高度重视，为此国家已经采取专项措施处理。为了配合国家关于清理工程欠款和农民工工资等专项措施的实施，统一司法尺度，迫切需要及时制定相关司法解释。

该《解释》的起草工作始于2002年3月。在起草过程中，最高人民法院分别召开了不同类型的座谈会，多次征求了立法部门、国务院主管部门、施工企业、房地产开发企业、执业律师、

2 最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用

专家学者、工程造价和工程质量鉴定中介机构等方面的意见，于2003年11月形成了初稿。为了确保司法解释能够集中民智，体现民情，符合立法本意，更好地维护公平与正义，最高人民法院于2003年12月15日将起草的司法解释稿在《人民法院报》和中国法院网上同时公布，公开向社会各界征询意见，受到了社会各界的广泛关注。最高人民法院民事审判第一庭作为本《解释》的起草单位，在对相关意见进行整理归纳、认真研究后，形成了《解释》的送审稿，并在多次征求全国人大常委会法制工作委员会和国务院法制办公室的意见后，报请最高人民法院审判委员会第1327次会议讨论通过了该《解释》。

这部《解释》，主要是针对当前民事审判实践中遇到的与建设工程施工合同各方当事人利益以及人民群众生命安全和生活密切相关的重要问题，其中很多都是长期司法实践中反映出来的突出问题，有些还是社会关注的热点、难点、疑点和焦点问题。例如，建设工程施工合同无效的处理原则，合同解除的条件，质量不合格工程、未完工程的工程款结算，工程质量缺陷的责任，工程款利息的起算时间以及“黑白合同”的认定等。这次制定的《解释》，确定了尽量维护合同效力；合格工程应按照合同约定支付工程款；质量不合格的不支付工程款；当事人对垫资款及其利息的约定应予认可；严格限制合同解除权；发包人对工程质量缺陷有过错的也应承担责任；发包人收到结算报告不予答复的按照结算报告支付工程款；拖欠的工程款应当支付利息；招投标文件的建设工程施工合同未经备案的合同不能作为结算的依据；保护实际施工人的利益等重大原则，根据不同情况确定了界限范围。相信这些原则的确定和界限的划定，对规范和引导建筑市场行为，确保建筑工程质量，维护人民群众生命财产安全，公平保护当事人的合法权益，将会起到积极的效果。

最高人民法院制定司法解释，是根据宪法和法律赋予的职责，对适用法律过程中遇到的问题予以明确，旨在使原则和抽象的法律条文具体化、量化，更具有可操作性。为了便于从事民事

审判的法官正确理解和适用该《解释》，同时也让社会了解、民众熟知该《解释》的条文本意，最高人民法院民事审判第一庭组织负责起草和参加讨论的法官，对该《解释》逐条进行了详细的说明，介绍了每个条文的形成过程、所依据的法律原则和精神，结合专家学者和社会各界意见采纳和吸收情况，对条文所要解决的实际问题进行了阐释，以便于读者全面理解和正确掌握该《解释》的条文本意。这也是最高人民法院民事审判第一庭组织撰写理解与适用书籍的本意和初衷。同时，为便于读者全面了解该《解释》的起草依据和背景，本书还收录了近年来最高人民法院民事审判第一庭终审的建设工程施工合同方面的典型案例，以便于读者参考。

全面规范建筑市场行为，提高建设工程质量，从根本上解决拖欠农民工工资问题，是一项复杂的系统工程，需要有关方面协同努力。该《解释》的制定，为妥善处理建设工程合同纠纷提供了更加明确的依据；本书的撰写和出版，对于帮助读者准确解读《解释》的本意提供了有益的参考。迄今为止，专门论述建设工程施工合同方面的专业书籍在我国尚不多见，本书融实务性、学术性、专业性和指导性为一体，在理论与实践的结合上进行了积极的有益的探索，适合于从事相关工作的法官、律师、教学科研人员、建筑从业人员以及其他对此感兴趣的社会各界人士运用和学习该《解释》时参考。

值本书付梓之际，聊书数语，以向各界介绍，是为序。

黄松有

二〇〇四年十月

目 录

序..... (1)

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) (1)

依法保护当事人权益 促进建筑市场健康发展

——最高人民法院副院长黄松有就《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》答记者问..... (6)

建设工程施工合同司法解释的理解与适用

| | | |
|------|----------------------------|---------|
| 第一条 | [建设工程施工合同无效的情形] | (17) |
| 第二条 | [合同无效, 工程验收合格的处理原则] | (33) |
| 第三条 | [合同无效, 工程验收不合格的处理原则] | (39) |
| 第四条 | [违法转包、分包合同的处理原则] | (45) |
| 第五条 | [施工中取得资质的, 按有效处理] | (55) |
| 第六条 | [垫资原则按有效处理] | (61) |
| 第七条 | [劳务分包与工程转包] | (73) |
| 第八条 | [发包人的合同解除权] | (82) |
| 第九条 | [承包人的合同解除权] | (97) |
| 第十条 | [解除合同后的处理原则] | (102) |
| 第十一条 | [承包人拒绝修复的处理原则] | (112) |
| 第十二条 | [质量缺陷的处理原则] | (119) |

2 最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用

| | | |
|-------|---------------------|-------|
| 第十三条 | [未经验收擅自使用] | (128) |
| 第十四条 | [实际竣工时间的确定] | (134) |
| 第十五条 | [质量争议期间的处理] | (142) |
| 第十六条 | [工程价款的计算标准] | (145) |
| 第十七条 | [工程款利息的计算标准] | (153) |
| 第十八条 | [工程款利息的起算标准] | (162) |
| 第十九条 | [工程量计算] | (167) |
| 第二十条 | [逾期不结算的后果] | (175) |
| 第二十一条 | [“黑白合同”的认定] | (181) |
| 第二十二条 | [按固定价款结算] | (196) |
| 第二十三条 | [可以不全部鉴定] | (203) |
| 第二十四条 | [建设工程不适用专属管辖规定] | (211) |
| 第二十五条 | [总承包人、发包人、施工人为共同被告] | (214) |
| 第二十六条 | [实际施工人利益的保护] | (222) |
| 第二十七条 | [保修责任] | (230) |
| 第二十八条 | [解释的实施] | (240) |

最高人民法院审理的建设工程施工合同纠纷案例

| | |
|----------------------------|-------|
| 1. 不需招标的建设工程项目，未招标并不导致合同无效 | (246) |
| 2. 建设工程转包或者违法分包的认定 | (253) |
| 3. 合同书自双方当事人签字或者盖章时成立 | (261) |
| 4. 超过法定期限请求变更或者撤销合同的不予保护 | (272) |
| 5. 建设工程施工合同的终止履行 | (283) |
| 6. 法院判决解除无法继续履行的建设工程施工合同 | (291) |
| 7. 当事人双方都违反合同各自承担相应责任的认定 | (299) |
| 8. 委托人在建设工程施工合同中权利义务关系的确定 | (309) |
| 9. 工程擅自停工应承担违约责任 | (319) |

-
10. 合同约定违约条款互相矛盾如何适用 (325)
 11. 工程逾期与顺期的认定 (350)
 12. 发包方未及时提供施工图纸, 竣工日期应否
相应顺延 (359)
 13. 工程未经竣工验收, 发包方提前擅自使用的
法律后果 (364)
 14. 擅自提前使用的工程未经验收, 发包方自行
承担责任 (369)
 15. 擅自使用未经验收房屋, 其房屋质量问题由
使用人承担 (376)
 16. 未经验收即实际使用建设工程, 由此产生的
质量问题应如何处理 (390)
 17. 工程竣工交付使用多年后, 发包方提出质量异议 (397)
 18. 承包人承担地基基础工程和主体结构的修复责任 (401)
 19. 建设工程质量瑕疵和质量保修问题的处理 (410)
 20. 增加工程量, 工期顺延 (420)
 21. 合同对停工条件有明确约定, 能否认定承包方违约 (428)
 22. 对合同约定的不是包死价, 如何适用定额结算工程款 ... (446)
 23. 包干风险费、赶工费的认定及税费的处理 (452)
 24. 逾期付款违约金计算方式的变化 (467)
 25. 确定建设工程合同价款结算依据的原则 (476)
 26. 拖欠工程款利息起算时间的确定原则 (493)
 27. 工程未竣工, 不应按合同约定计算利息、罚息 (508)
 28. 拖欠工程款利息时间应从建设工程交付之日起算 (519)
 29. 对工程结算有关证据的认定 (527)
 30. 对鉴定结论有关问题的认定 (543)
 31. 收款收据及工程结算鉴证等证据的认定 (555)
 32. 按合同约定的计价方法结算工程价款 (568)
 33. 未约定工程款结算期限诉讼时效如何起算 (573)
 34. 当事人单方委托所作的鉴定结论效力的认定 (585)

4 最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用

- 35. 对有缺陷的鉴定结论经补正后可以作为定案依据 …… (599)
- 36. 审计材料未经质证, 二审质证弥补程序不足 …… (607)
- 37. 对评估结论提出异议, 要求重新委托评估是否允许 …… (621)
- 38. 超越资质等级作出的鉴定结论, 不能作为定案依据 …… (626)
- 39. 诉讼请求不当释明后仍不变更, 法院不予支持 …… (631)
- 40. 对当事人之间已形成的事实合同关系的处理 …… (636)
- 41. 建设工程的所有权人应否承担发包人的义务 …… (640)
- 42. 对因债务加入而产生的连带责任的处理 …… (648)
- 43. 建设工程施工合同中债的加入问题的认定及处理 …… (653)

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

法释〔2004〕14号

(2004年9月29日最高人民法院审判委员会第1327次会议通过 2004年10月25日最高人民法院公告公布 自2005年1月1日起施行)

根据《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》、《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，结合民事审判实际，就审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律的问题，制定本解释。

第一条 建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据《合同法》第五十二条第(五)项的规定，认定无效：

- (一) 承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；
- (二) 没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；
- (三) 建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

第二条 建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。

第三条 建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收不合格的，按照以下情形分别处理：

- (一) 修复后的建设工程经竣工验收合格，发包人请求承包人承担修复费用的，应予支持；
- (二) 修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。

因建设工程不合格造成的损失，发包人有过错的，也应承担相应的民事责任。

第四条 承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据《民法通则》第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。

第五条 承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同，在建设工程竣工前取得相应资质等级，当事人请求按照无效合同处理的，不予支持。

第六条 当事人对垫资和垫资利息有约定，承包人请求按照约定返还垫资及其利息的，应予支持，但是约定的利息计算标准高于中国人民银行发布的同期同类贷款利率的部分除外。

当事人对垫资没有约定的，按照工程欠款处理。

当事人对垫资利息没有约定，承包人请求支付利息的，不予支持。

第七条 具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人签订的劳务分包合同，当事人以转包建设工程违反法律规定为由请求确认无效的，不予支持。

第八条 承包人具有下列情形之一，发包人请求解除建设工程施工合同的，应予支持：

- (一) 明确表示或者以行为表明不履行合同主要义务的；
- (二) 合同约定的期限内没有完工，且在发包人催告的合理期限内仍未完工的；
- (三) 已经完成的建设工程质量不合格，并拒绝修复的；
- (四) 将承包的建设工程非法转包、违法分包的。

第九条 发包人具有下列情形之一，致使承包人无法施工，且在催告的合理期限内仍未履行相应义务，承包人请求解除建设工程施工合同的，应予支持：

- (一) 未按约定支付工程价款的；
- (二) 提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制

性标准的；

(三) 不履行合同约定的协助义务的。

第十条 建设工程施工合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款；已经完成的建设工程质量不合格的，参照本解释第三条规定处理。

因一方违约导致合同解除的，违约方应当赔偿因此而给对方造成的损失。

第十一条 因承包人的过错造成建设工程质量不符合约定，承包人拒绝修理、返工或者改建，发包人请求减少支付工程价款的，应予支持。

第十二条 发包人具有下列情形之一，造成建设工程质量缺陷，应当承担过错责任：

(一) 提供的设计有缺陷；

(二) 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；

(三) 直接指定分包人分包专业工程。

承包人有过错的，也应当承担相应的过错责任。

第十三条 建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，不予支持；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。

第十四条 当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，按照以下情形分别处理：

(一) 建设工程经竣工验收合格的，以竣工验收合格之日为竣工日期；

(二) 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；

(三) 建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。

第十五条 建设工程竣工前，当事人对工程质量发生争议，

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



工程质量经鉴定合格的，鉴定期间为顺延工期期间。

第十六条 当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款。

因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。

建设工程施工合同有效，但建设工程经竣工验收不合格的，工程价款结算参照本解释第三条规定处理。

第十七条 当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理；没有约定的，按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息。

第十八条 利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：

- (一) 建设工程已实际交付的，为交付之日；
- (二) 建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；
- (三) 建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。

第十九条 当事人对工程量有争议的，按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。承包人能够证明发包人同意其施工，但未能提供签证文件证明工程量发生的，可以按照当事人提供的其他证据确认实际发生的工程量。

第二十条 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。

第二十一条 当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。

第二十二条 当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，不予支持。

第二十三条 当事人对部分案件事实有争议的，仅对有争议的事实进行鉴定，但争议事实范围不能确定，或者双方当事人请求对全部事实鉴定的除外。

第二十四条 建设工程施工合同纠纷以施工行为地为合同履行地。

第二十五条 因建设工程质量发生争议的，发包人可以直接向总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。

第二十六条 实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。

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。

第二十七条 因保修人未及时履行保修义务，导致建筑物毁损或者造成人身、财产损害的，保修人应当承担赔偿责任。

保修人与建筑物所有人或者发包人对建筑物毁损均有过错的，各自承担相应的责任。

第二十八条 本解释自2005年1月1日起施行。

施行后受理的第一审案件适用本解释。

施行前最高人民法院发布的司法解释与本解释相抵触的，以本解释为准。

依法保护当事人权益 促进建筑市场健康发展

——最高人民法院副院长黄松有就《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》答记者问

为了贯彻执行《民法通则》、《合同法》、《招标投标法》等法律规定，最高人民法院审判委员会第1327次会议讨论通过了《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《解释》）。值此司法解释公布之际，最高人民法院副院长黄松有就司法解释的有关问题接受了本报记者的采访。

一、司法解释出台的背景

问：请您介绍一下最高人民法院为什么要制定这个司法解释，这个司法解释的公布有何重要意义？

答：最高人民法院做出这个司法解释主要是基于以下两个方面的考虑，一是为了给国家关于清理工程拖欠款和农民工工资重大部署的实施提供司法保障。因为，近年来我国的建筑业发展很快，建筑业吸纳了大量的农民工就业，并拉动了诸多相关行业的发展，建筑业已经成为我国国民经济发展的新的增长点。在建筑业快速发展的同时，也出现了一些问题，如：建设工程质量问题、建筑市场行为不规范问题、投资不足问题，特别是投资不足问题造成了大量拖欠工程款和农民工工资的现象，已经严重侵害了建筑企业和进城务工人员合法权益。这既是一个经济问题，又是一个社会问题，更是一个法律问题，引起了党中央和国务院领导的高度重视，国家已经采取专项措施予以治理，本《解释》

主要是从法律上提供更加明确、有力的保障。二是由于有些法律规定还比较原则，人民法院在审理建设工程施工合同纠纷案件时，对某些法律问题在具体适用上认识不统一，如无效合同处理原则，合同解除条件，质量不合格工程、未完工程的工程价款结算问题，工程质量缺陷的责任，工程欠款利息的起算时间等，不解决这些法律适用问题，不仅影响到人民法院司法的公正性、统一性和审判的效率，而且也不利于尽快解决拖欠工程款和农民工工资问题。因此，为了配合国家专项措施的实施，统一人民法院执法尺度，公平保护各方当事人的合法权益，维护建筑市场的正常秩序，促进建筑行业的健康发展，最高人民法院决定制定这个司法解释。

根据最高人民法院工作部署，自2002年3月起，最高人民法院民事审判第一庭开始着手《解释》的起草工作。在起草过程中召开了各种类型的座谈会，反复听取了立法部门、国务院主管部门、建筑施工企业、房地产开发企业、执业律师、专家学者、工程造价和工程质量鉴定中介机构等有关方面意见，于2003年11月形成了司法解释稿。为了确保司法解释能够集中民智，体现民意，更好地维护公平与正义，依法保护各方当事人的合法权益，2003年12月15日将起草的司法解释稿在《人民法院报》和人民法院网上公布，公开向社会征询意见。这个司法解释稿受到了社会各界的广泛关注，社会各界以不同的形式提出修改意见近千条，我们在对相关意见进行整理归纳、认真研究后，形成了《解释》的送审稿，并经最高人民法院审判委员会第1327次会议讨论通过。我相信，它的公布和实施，对规范建筑市场行为，促进我国建筑行业的发展，确保建设工程质量，维护人民生命财产的安全，公平保护建设工程施工合同各方当事人的合法权益，都将起到积极作用。

二、尽量维护合同的效力

问：调整建设工程施工合同纠纷案件的法律中，强制性条款

很多，为何只列举 5 种合同无效的情形？

答：建设工程施工合同受到不同领域的多部法律及其他规范性文件调整。法律、行政法规和部颁规章中调整建设工程施工合同的强制性规范就有六十多条，如果违反这些规范都以违反法律强制性规定为由而认定合同无效，不符合《合同法》的立法本意，不利于维护合同稳定性，也不利于保护各方当事人的合法权益，同时也会破坏建筑市场的正常秩序。我们认为，法律和行政法规中的强制性规定，有的属于行政管理规范，如果当事人违反了这些规范应当受到行政处罚，但是不应当影响民事合同的效力。从相关法律、行政法规的强制性规范内容看，可分为两类：一是保障建设工程质量的规范，二是维护建筑市场公平竞争秩序的规范。《解释》第一条和第四条将这两大类分为以下五种情形：一是承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；二是没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；三是建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的；四是承包人非法转包建设工程的；五是承包人违法分包建设工程的。当然，《民法通则》和《合同法》等基本法律规定的合同无效的情形，也应当适用于建设工程施工合同。

三、合同无效但建设工程质量合格的，也可参照合同约定结算工程价款

问：按照《解释》规定，合同被确认无效，如果建设工程经竣工验收合格的，可以参照合同约定结算工程价款，这是否违反《民法通则》和《合同法》关于无效合同的处理原则？

答：《合同法》第五十八条规定，合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。建设工程施工合同具有特殊性，合同履行过程，就是将劳动和建筑材料物化在建筑产品的过程。合同被确认无效后，已经履行的内容不能适用返还的方式使合同恢复到签约前的状态，而只能按照折价补偿的方式处理。从建设工程施

工合同的实际履行情况看，当合同被确认无效后，有两种折价补偿方式，一是以工程定额为标准，通过鉴定确定建设工程价值，考虑到目前我国建筑市场的实际情况，有的发包人签订合同时往往把工程价款压得很低，如果合同被确认无效还按照第一方案折价补偿，将会造成无效合同比有效合同的工程价款还高，这超出了当事人签订合同的预期。二是参照合同约定结算工程价款。这种折价补偿的方式不仅符合双方当事人在订立合同时的真实意思，而且还可以节省鉴定费用，提高诉讼效率。因此，通过对以上两种折价补偿方案的比较，根据我国建筑行业的现状，衡平合同各方当事人的利益，在《解释》第二条规定，建设工程施工合同被确认无效以后，建设工程质量合格的，可以参照合同约定结算工程价款。《解释》确立了参照合同约定结算工程价款的折价补偿原则。这与《民法通则》、《合同法》第五十八条的规定并不矛盾，而是在处理无效的建设工程施工合同纠纷案件中具体体现了《合同法》规定的无效处理原则。

《解释》第二条规定适用的无效合同仅指合同标的物为质量合格的建设工程，不包括质量不合格的建设工程。建设工程质量合格，包括两方面的意思，一是建设工程经竣工验收合格，二是建设工程经竣工验收不合格，但是经过承包人修复后，再验收合格。总之，只要建设工程经过验收合格，即使确认合同无效，也可以按照合同约定结算工程价款。

四、对质量不合格又不能修复的工程可以不支付工程价款

问：如果建设工程经竣工验收不合格的，不支付工程价款是否公平，承包人因此受到的损失，有过错的发包人是否也应当承担赔偿责任？

答：《解释》第三条第一款第二项规定：合同无效，修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。制定此项规定我们是这样考虑的：

一是建设工程施工合同属于特殊形式的承揽合同，法律规定

承包人的主要合同义务就是按照合同约定向发包人交付合格的建设工程，如果承包人交付的建设工程质量不合格，发包人订立合同的目的就无法实现，发包人不仅可以拒绝受领该工程，而且也可以不支付工程价款。这是民事法律调整加工承揽关系的原则。

二是根据《解释》规定，承包人对经验收不合格的建设工程可以进行修复，经过修复建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付工程价款；如果经修复建设工程仍不合格的，该工程就没有利用价值，在这样的情况下让发包人支付工程价款是不公平的。

三是不能按照合同约定支付工程价款，当然会给承包人造成损失，但承包人是建设工程的建设者，对工程质量不合格应当承担主要责任，因此，一般说来，造成的损失也应当由承包人承担。但是，如果发包人对造成工程质量不合格也有过错的，也应当承担与过错相适应的责任。也就是说，在发包人有过错的情况下，发包人虽然可以不承担按照合同约定支付工程价款的给付义务，但是应当对承包人不能得到工程价款的损失按照过错承担赔偿责任。《解释》第三条第二款规定：因建设工程不合格造成的损失，发包人有过错的，也应承担相应的民事责任。《合同法》第五十八条规定，合同无效后，有过错的一方应当赔偿对方因此受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。承、发包双方当事人按照过错分别承担相应的责任，这样规定不仅符合建筑市场的实际情况和民法原则，同时也有利于承包人重视建设工程质量，加强对工程质量的监督和管理。

必须指出的是，关于建设工程经验收不合格，发包人可以支付工程价款的规定，除合同无效情形外，也适用于有效合同。《解释》第十条、第十六条规定，建设工程施工合同履行中承包人交付的工程质量不合格或者合同因解除而停止履行时，建设工程经验收质量不合格的，参照《解释》第三条规定处理。

五、对垫资条款不作无效处理

问：根据《解释》第六条规定，可否认为垫资是合法的？这是否与以往法院对垫资条款无效的处理原则相矛盾？《解释》认定垫资有效是出于什么考虑？

答：以前，人民法院认为建设工程施工合同中的垫资、带资条款或者当事人另行签订的垫资合同的性质为企业法人间违规拆借资金，这种行为违反了原国家计划委员会、建设部和财政部联合发布的《关于严格禁止在工程建设中带资承包的通知》的规定，但对于是否应当认定垫资条款无效，却有不同认识。

在司法解释起草过程中，我们考虑到，一是建筑市场垫资比较普遍，发包人要求承包人垫资，如果承包人不带资、垫资也难以承揽到工程，如果不承认垫资有效，不利于保护承包人的合法权益。二是我国已经加入WTO，建筑市场是开放的，建筑市场的主体可能是本国的企业，也可能是外国的企业，而国际建筑市场是允许垫资的，如果我们认定垫资一律无效，违反国际惯例，与国际建筑市场的发展潮流相悖。三是根据《合同法》第五十二条规定，必须是违反法律、行政法规的强制性规定，才能认定合同无效。但是从法律规定的层次看，《关于严格禁止在工程建设中带资承包的通知》不属于法律、行政法规，至多归为部颁规章，不能成为人民法院认定合同条款无效的法律依据。

基于以上考虑，《解释》规定当事人对垫资及其利息有约定，请求按照合同约定返还垫资款和利息的，应当予以支持。从而确立了垫资合同有效的处理原则。根据《解释》规定，当事人对垫资利息计算标准的约定不能超过国家法定基准利率；如超出，对超出部分不予保护。

六、解除合同的条件更加明确

问：从司法解释的规定看，似乎对合同的解除规定了较严格的条件，出于什么考虑？

答：根据《合同法》规定，合同解除分为约定解除和法定解除两种。从《合同法》的规定看，法定解除主要是适用于当事人不履行合同的主要义务，致使合同的目的无法实现的情形，《解释》第八条和第九条的规定，主要是对《合同法》第九十四条关于合同解除权规定适用于建设工程施工合同的具体化，其目的是通过明确解除合同的条件，防止合同随意被解除，从而保证建设工程施工合同全面实际履行。

《解释》第八条是规定了发包人的解除权，该条规定：承包人具有下列情形之一，发包人请求解除建设工程施工合同的，应予支持：（一）明确表示或者以行为表明不履行合同主要义务的；（二）合同约定的期限内没有完工，且在发包人催告的合理期限内仍未完工的；（三）已经完成的建设工程质量不合格，并拒绝修复的；（四）将承包的建设工程非法转包、违法分包的。承包人的上述行为都属不履行合同主要义务的行为，并且会导致发包人按质按期获得建设工程的合同目的难以实现，依法应当准许发包人解除合同。

第九条规定了承包人的解除权。该条规定：发包人具有下列情形之一，致使承包人无法施工，且在催告的合理期限内仍未履行相应义务，承包人请求解除建设工程施工合同的，应予支持：一是未按约定支付工程价款的；二是提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准的；三是不履行合同约定协助义务的。

七、发包人对工程质量缺陷有过错的，也应承担责任

问：建设工程质量的缺陷应当由承包人负责，为什么还要发包人对工程质量缺陷承担责任？

答：建设工程的质量关系到公共安全，为了确保建设工程质量，《合同法》、《建筑法》等法律、行政法规或者部颁规章都作出了许多具体规定，如有关承包人施工资质、工程分包、工程验收、工程保修、工程监理、建材供应等方面的规定，这些规定的

核心都是为了保证工程质量。一般来讲，承包人的主要合同义务就是按照合同约定和国家标准施工，将合格的建设工程交付发包人，如果工程质量有缺陷，应由承包人承担责任。但在特殊情况下，建设工程质量缺陷与发包人的过错有关，如果发包人不承担相应的责任，都让承包人承担责任是不公平的。因此，《解释》第十二条规定，发包人提供的设计有缺陷，提供或指定购买的建筑材料、建筑构配件、设备不符合强制性标准，直接指定分包人分包专业工程的，应当承担责任。

八、发包人收到结算报告后逾期不答复的视为认可

问：从法律上讲工程价款结算是当事人的行为，结算报告是承包人单方作出的，未经发包人认可不能作为结算依据。司法解释规定按照结算报告结算工程价款有何依据？

答：一般情况下，应当按照合同约定结算工程价款，工程竣工验收合格后，双方就应当结算。结算中，一般先由承包人提交竣工结算报告，由发包人审核。而有的发包人收到承包人提交的工程结算文件后迟迟不予答复或者根本不予答复，以达到拖欠或者不支付工程价款的目的。这种行为严重侵害了承包人的合法权益。为了制止这种不法行为，建设部发布的《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第十六条规定，发包人应当在收到竣工结算文件后的约定期限内予以答复。逾期未答复的，竣工结算文件视为已被认可。合同对答复期限没有明确约定的，可认为约定期限均为28天。这条规定对制止发包人无正当理由拖欠工程款的不法行为，保护承包人的合法权益发挥了很大作用。为了更好地约束双方当事人，使建设部的这条规定更具有可操作性，《解释》第二十条明确规定，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，体现了充分尊重合同当事人约定的原则。

九、拖欠工程价款，应当支付利息

问：拖欠工程价款就应当支付利息，司法解释为何专门对此问题作出规定？

答：从法理上讲，利息属于法定孳息，应当自工程欠款发生时起算，但由于建设工程是按形象进度付款的，许多案件难以确定工程欠款发生之日，因此，各级法院对拖欠工程款的利息应当从何时计付，认识不一，掌握的标准也不统一。有的从一审法庭辩论终结前起算，有的从一审举证期限届满前起算，还有的从终审判决确定工程价款给付之日起算。为了统一拖欠工程价款的利息计付时间，维护合同双方的合法权益，《解释》第十八条规定，利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：（一）建设工程已实际交付的，为交付之日；（二）建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；（三）建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。这是根据建设工程施工合同的不同履行情况，把工程欠款利息的起算时间分为三种情况。建设工程是一种特殊的商品，建设工程的交付也是一种交易行为，一方交付商品，对方就应当付款，该款就产生利息；建设工程因结算不下来而未交付的，为了促使发包人积极履行给付工程价款的主要义务，把承包人提交结算报告的时间作为工程价款利息的起算时间具有一定的合理性。当事人因结算纠纷起诉到法院，承包人起诉之日就是以法律手段向发包人要求履行付款义务之时，人民法院对其合法权益应予以保护。

十、“黑白合同”应以备案的中标合同为准

问：在建设工程招投标中，有的当事人为了获取不正当利益，在签订中标合同前后，往往就同一工程项目再签订一份或者多份与中标合同的工程价款等主要内容不一致的合同，如果出现“黑白合同”，应当按照哪一份合同结算？

答：在招投标的工程价款结算纠纷案件中，一方当事人主张按照“黑合同”结算，对方当事人则主张按照“白合同”结算的，《解释》第二十一条明确规定：应当以“白合同”即备案的中标合同作为结算工程价款的依据。为什么不能以“黑合同”作为结算依据呢？这是因为法律、行政法规规定中标合同的变更必须经过法定程序，“黑合同”虽然可能是当事人真实意思表示，但由于合同形式不合法，不产生变更“白合同”的法律效力。当事人签订中标合同后，如果出现了变更合同的法定事由，双方协商一致后可以变更合同；但是合同变更的内容，应当及时到有关部门备案，如果未到有关部门备案，就不能成为结算的依据。这样，就能从根本上制止不法行为的发生，有利于维护建筑市场公平竞争秩序，也有利于《招标投标法》的贯彻实施。

十一、加强了对农民工合法权益的保护

问：《解释》第二十六条第二款规定是否存在突破合同相对性的问题？作出这样的规定是否会损害发包人利益？

答：《解释》第二十六条规定是为保护农民工的合法权益作出的规定。因为建筑业吸收了大量的农民工就业，但由于建设工程的非法转包和违法分包，造成许多农民工辛苦一年往往还拿不到工资。为了有利地保护农民工合法权益，《解释》第二十六条规定，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的范围内对实际施工人承担责任。从该条的规定看：

一是实际施工人可以发包人为被告起诉。从建筑市场的情况看，承包人与发包人订立建设工程施工合同后，往往又将建设工程转包或者违法分包给第三人，第三人就是实际施工人。按照合同的相对性来讲，实际施工人应当向与其有合同关系的承包人主张权利，而不应当向发包人主张权利。但是从实际情况看，有的承包人将工程转包收取一定的管理费用后，没有进行工程结算或者对工程结算不主张权利，由于实际施工人与发包人没有合同关

系，这样导致实际施工人没有办法取得工程款，而实际施工人不能得到工程款则直接影响到农民工工资的发放。因此，如果不允许实际施工人向发包人主张权利，不利于对农民工利益的保护。

二是承包人将建设工程非法转包、违法分包后，建设工程施工合同的义务都是由实际施工人履行的。实际施工人与发包人已经全面实际履行了发包人与承包人之间的合同并形成了事实上的权利义务关系。在这种情况下，如果不允许实际施工人向发包人主张权利，不利于对实际施工人利益的保护。基于此种考虑，《解释》第二十六条规定实际施工人可以向发包人主张权利，但发包人仅在欠付工程款的范围内对实际施工人承担责任，如果发包人已经将工程价款全部支付给承包人的，发包人就不应当再承担支付工程价款的责任。因此，发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任，并不会损害发包人的权益。

三为了方便案件审理，《解释》第二十六条还规定，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人，考虑到案件的审理涉及两个合同法律关系，如果转包人或者违法分包人不参加到诉讼的过程中来，许多案件的事实没有办法查清，所以人民法院可以根据案件的实际情况追加转包人或者违法分包人为共同被告或者案件的第三人；实际施工人可以发包人、承包人为共同被告主张权利。这样规定，既能够方便查清案件的事实，分清当事人的责任，也便于实际施工人实现自己的权利。

建设工程施工合同司法解释的理解与适用

第一条 [建设工程施工合同无效的情形]

建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据《合同法》第五十二条第（五）项的规定，认定无效：

- （一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；
- （二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；
- （三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

【条文主旨】

本条规定从《建筑法》的立法目的出发，依据《合同法》第五十二条第（五）项“违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效”的规定，以三项列举了五种合同无效的情形，一是承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的承揽工程的；二是没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义承揽建设工程的；三是建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。前三种合同属于违反《建筑法》强制性规定的情形。由于建筑产品是涉及公共安全的特殊产品，为保证建筑产品质量，法律、法规对建筑市场主体规定了较为严格的准入条件，对承包人的主体资格作出了严格限制。《建筑法》第二十六条规定，承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。本条司法解释就上述问题，严格按照法律规定作出合同无效的认定。《招标投标法》第三条规定了建设工程必须进行招标的三种情形，第五十条、第五十二条、第五十一条、第五十四条、第五十五条、第五十七条规定了建设工程中标无效的六种情形。第四十五条第二款还规定，中标通知对招标人和投标人具有法律约束力，故中标无效必然导致建设工程施工合同无效。具备上述情形认定合同无效有利于规范建设项目的招投标行为，进而达到规范建筑市场的目的。本条司法解释严格按照《招标投标法》的立法目的，规定必须进行招标未招标或者中标无效的，所签订的建设工程施工合同无效。

【理解与适用】

一、起草背景

由于长期实行计划经济的影响，我国行政法规调整、干预民法领域的现象在一定范围内存在。就建设工程施工合同而言，行政法规的强制性规定多达60多种。是否所有违反行政法强制性规范的建设工程施工合同都应当依据《民法通则》及《合同法》的规定，认定为无效，一直是困扰审判实务界的难点问题。从人民法院审结的案例中发现，各地人民法院对于此类问题在适用法律上有不同的理解，并产生过裁判结果截然不同的判例。这种现象的发生，一方面使人民法院的审判工作产生困扰，另一方面不利于贯彻《合同法》尽量保护当事人利益，促使合同有效的立法原旨。使建设工程施工合同案件的审判不能达到合理解决纠纷，平息社会矛盾的效果。因此，本司法解释在起草中，就建设工程施工合同效力的认定问题广泛征求意见，并在研究各种意见的基础上，明确规定上述条款中三种情形的五类合同无效。这有利于指导人民法院对于建设工程施工合同效力的认定，保证人民

法院公正、高效解决纠纷，进一步规范建筑业市场，推动经济的有序发展。

二、本条规定的理论依据及实践基础

本条主要对无效合同作出规定。无效合同，是指合同虽然已经成立，但因其内容和形式上违反了法律、行政法规的强制性规定和社会公共利益，因此应被确认为无效。^① 无效合同一般有两种情况，一种情况是，合同违反法律、行政法规的强制性规定和公序良俗，法律直接规定此类合同无效。另一种情况是，合同违反了法律、法规的强制性规定，但法律、法规并没有直接规定此类合同无效，合同是否有效需要经过人民法院裁判的认定，如一般行政法规范制定的强制性规定，当合同违反了行政法规范的强制性规定时，行政法只规定了针对违反强制性规范的行为应当承担的行政责任，不直接规定合同的效力。违反行政法规范的强制性规定对于合同效力的影响，主要是通过民法规范“违反法律、行政法规的强制性规定的行为无效”而实现的。这样，法官在审理案件时，对合同效力的认定具有很大的空间。我国由于行政管理权介入经济领域的历史传统及法制化进程的限制，行政法强制性规范很多，且很多行政法中的强制性规范过多侵占民法领域。是否违反行政法规范中的强制性规定都会导致民事合同无效，理论界及实务界一直存在争议。台湾学者主张把强行法规范进行区分。台湾学者认为，强行法规范可分为强制规定与禁止规定两种。强制规定者，指命令当事人应为一定行为之法律规定。禁止规定者，指命令当事人不得为一定行为之法律规定。而禁止规定可再分为取缔规定及效力规定，史尚宽先生认为：强行法得为效力规定与取缔规定，前者着重违反行为之法律行为价值，以否认其法律效力为目的；后者着重违反行为之事实行为价值，以

^① 王利明、崔建远：《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社2003年版，第261页。