

建筑房地产实务指导丛书

(增订第二版)

建设工程合同纠纷

254个裁判规则深度解析

CONTRACT DISPUTES IN CONSTRUCTION ENGINEERING

邬 硯 著

70 个典型案例 | 52 个关联案例 | 13 个专题

坚持问题导向·立足实务操作·注重司法政策讨论
提供建设工程合同纠纷实务解决路径

根据《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）》全面修订



法律出版社 | LAW PRESS

建筑房地产实务指导丛书

(增订第二版)

建设工程合同纠纷

254个裁判规则深度解析

CONTRACT DISPUTES IN CONSTRUCTION ENGINEERING

邬 砚 著



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

建设工程合同纠纷：254个裁判规则深度解析 / 邬
砚著. -- 2版. -- 北京：法律出版社，2019
ISBN 978-7-5197-3222-6

I. ①建… II. ①邬… III. ①建筑工程—经济合同—
经济纠纷—案例—中国 IV. ①D923.65

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第039094号

建设工程合同纠纷：

254个裁判规则深度解析(增订第二版)

JIANSHE GONGCHENG HETONG JIUFEN;

254 GE CAIPAN GUIZE SHENDU JIEXI(ZENGDING DI ER BAN)

邬 砚 著

责任编辑 李 群
装帧设计 鲍龙卉

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 三河市兴达印务有限公司
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法规出版社
开本 710毫米×1000毫米 1/16
印张 29
字数 418千
版本 2019年3月第2版
印次 2019年3月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话：

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335

上海分公司/021-62071639/1636

西安分公司/029-85330678

深圳分公司/0755-83072995

重庆分公司/023-67453036

书号:ISBN 978-7-5197-3222-6

定价:79.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介



邬 砚

汉族，1976年12月出生，重庆垫江人，西南政法大学法学博士。自1999年参加工作以来，历任重庆市高级人民法院民一庭审判长、重庆市沙坪坝区人民法院副院长、重庆市石柱土家族自治县人民法院院长。先后在《现代法学》《法学杂志》等期刊发表论文三十余篇，出版专著《侵权补充责任研究》。

建筑房地产实务指导丛书

《墨斗匠心定经纬——建设工程疑难案件办案思路与执业技巧》

朱树英 / 著

《墨斗匠心定经纬2——房地产开发疑难案件办案思路与执业技巧》

朱树英 / 著

《建设工程施工合同：表达技术与文本解读》

王建东 杨国锋 / 著

《建设工程施工合同纠纷实务解析》（增订第二版）

王 勇 / 著

《建筑施工企业内部承包合同：制度规范与风险防范》

章建荣 / 著

《建设工程合同纠纷：254个裁判规则深度解析》（增订第二版）

邬 砚 / 著

修订版序

本书于2018年1月第一次付印,3月进行了第二次印刷,11月再次售罄。首版至今仅一年的时间就进行修订,而不是再次加印,主要基于两方面的考虑:

一方面是建设工程合同领域相关法律制度的变化。^①首先,《建设工程施工合同解释(二)》出台。《建设工程施工合同解释(二)》用26个条文对“黑白合同”规则予以完善,对建设工程价款优先受偿权予以细化、重塑,对司法鉴定、工程工期等问题进行总结、规范。毫无疑问,建设工程合同纠纷的裁判规则也因此作出相应调整。虽然本书第一版写作过程中援引了《建设工程施工合同解释(二)(征求意见稿)》,但仔细比对可知,正式文本与征求意见稿存在不小区别,所以笔者根据《建设工程施工合同解释(二)》的正式文本对第一版的相关内容进行了修订。其次,强制招标投标的范围变窄。2018年3月27日,经国务院批准,国家发改委颁布《必须招标的工程项目规定》(2018年国家发改委令第16号)。2018年6月6日,国家发改委印发《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》(发改法规规[2018]843号),实施近18年的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》(2000年国家发展计划委员会令第3号)作废,强制招标投标的范围因此发生重大变化。鉴于第一版的第1章、第10章对此问题均有大量笔墨,有必要根据新制度进行修订。最后,国务院办公厅要求试点取消施工合同的备案制度,也涉及第一版中相应内容的调整。修订即将完成之时,住建部发布《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》,取代了原《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)》(建市[2014]118号),也借此一并予以修订。

笔者感觉,建设工程领域的相关法律制度变化太快,影响了规则的稳定性。

^① 事实上,在本书第一版的写作过程中,在初稿完成后交付出版社编辑加工的过程中,笔者就先后遭遇《民法总则》颁布、《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2017-0201)推行,不得不在出版前就对已完成的书稿进行“修订”。

以建设工程质量保证金制度为例,2016年12月27日颁布的《建设工程质量保证金管理办法》(建质[2016]295号)^①,在时隔不到半年的2017年6月20日就进行了修订(建质[2017]138号)。又如,《建筑业企业资质管理规定》,住建部在2015年以第22号令发布,在2016年就以第32号令修正,2018年12月又以第45号令修正。还如,《建筑业企业资质管理规定和资质标准实施意见》,住建部在2015年1月31日以建市[2015]20号通知发布,同年11月9日,又以建市[2015]177号通知修正。法律规则固然因应时势的变化作出相应修改,但如博登海默所言,“法律是不可以朝令夕改的规则体系,一旦法律制度设定了一种权利和义务的方案,那么为了自由、安全和预见性,就应当尽可能地避免对该制度进行不断地修改和破坏”。法律规则修改过于频繁,破坏了当事人基于原定规则的预期,不仅容易引发利益纠纷,还会导致法律适用方面的歧义。

另一方面是原书的错漏。原书出版后不久,重庆市第五中级人民法院申威法官指出,书中所援引的最高人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行意见》(2002年8月5日)有误,最高人民法院并未制定颁布该《意见》。经核实,该《意见》实系广东省高级人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行规定》(粤高法发[2000]31号),广东省高级人民法院在制定过程中挂在网上征求意见时,不知为何被误认为最高人民法院的规定,后以讹传讹,波及面甚广,误导了一大批法律职业者,就连最高人民法院民一庭也有法官入其彀中。笔者未认真考证就轻率引用,误导读者,非常惭愧。所以借此次修订改正这一错讹,并利用北大法宝对书中援引的部门规章进行了全面考订。重庆市城口县人民法院晋松院长指出,原书中第250页所列算式——2000万元 \times (100套 \div 50套)=1000万元——存在计算错误。重庆迈纵律师事务所刘斌主任提出,原书中【裁判规则33】对“背靠背”条款的观点有待斟酌,在施工合同无效的情况下,可以考虑将“背靠背”条款解释为宽泛意义上的价格条款,进而按照《建设工程施工合同解释(一)》第2条的规定参照适用。在此,感谢这些朋友对本书第一版提出的批评与建议,还有好友“小煎饼”对修订工作的督促。

修订时发现,部分章节过于注重资料的收集与展示,作者自己的观点较少展开,显得说理不够;原书按照传统教科书的体例写作,完成后根据编辑的建议调整为现在的体例,体例调整后显得逻辑层次不够清晰,部分裁判规则零碎而

^① 在2016年12月27日颁布的《建设工程质量保证金管理办法》(建质[2016]295号)之前,是2005年颁布的《建设工程质量保证金管理暂行办法》(建质[2005]7号)。

杂乱。但这些问题只有全面改写才能解决,时间所限,本次修订仅针对新的法律制度与原书的错漏两个方面,其余问题只有留待以后再说了,请读者诸君见谅。

2019年1月10日

自序

自进入 21 世纪以来,我国的工业化、城镇化进程驶入快车道,在经济社会发展过程中,固定资产投资所占的比重越来越大,把固定资产投资转变为实体财富的建筑业也随之进入快速发展时期。尤其是 2002 年以后,我国进入了基础设施和基础产业建设新的高峰期,建筑业成为我国国民经济的重要支柱产业,2010 年建筑业总产值已高达 95,206 亿元,并拉动了诸多相关行业的发展。但是,建筑业在快速发展的同时,一直伴随着秩序混乱的现象,如招标投标程序中弄虚作假,串通投标、明招暗定,签订“黑白合同”;承包人转包、违法分包,实际施工人挂靠、越权承接工程等。这些问题屡禁不止,既扰乱了建筑市场的正常秩序,又在相关民事主体之间引发了权利义务之争。

“据统计,全国每年建设工程合同纠纷案件 10 万件左右,虽然数量不大,但因其专业性、复杂性特点,向来是民事审判工作的难点。”^①从司法实务的角度看,建筑业与其他行业相比,违法、违规的现象更普遍、更严重。主要表现为:建筑市场上大量存在拖欠工程款(包括专业分包、劳务分包工程款、材料供应款)、转包、违法分包、借用有资质的单位名义承揽工程、擅自使用未经验收的建筑工程、违反《招标投标法》的规定从事不正当竞争、违反国家标准化法律的强制性规定,以次充好,降低建材质量标准等。这些行为严重扰乱了建筑市场的经营秩序,破坏了市场主体的公平竞争秩序,阻碍了建筑业的持续健康发展,同时,也连带影响了其他行业的正常健康发展。^②

然而,就建筑市场上亟待规范的种种乱象,现行裁判规则并不明朗。其一,

^① 程新文:《关于当前民事审判工作中的若干具体问题(2015 年 12 月 24 日)》,载《民事审判指导与参考》2015 年第 4 辑(总第 64 辑),第 63 页。

^② 冯小光:《回顾与展望——写在〈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〉颁布实施三周年之际》,载《民事审判指导与参考》2008 年第 1 集(总第 33 集),第 74~75 页。

由于长期奉行“宜粗不宜细”的立法指导思想,相关法律规定较为原则,导致法院在审理建设工程合同纠纷案件时,对某些争议问题的法律适用认识不统一,如哪些建设审批手续会影响合同效力、无效合同的发包人是否有权预留质保金、建设工程价款优先受偿权的行使期限、挂靠施工中的工程款债权主体等,均存在不同认识,影响了司法的公正性、统一性和审判的效率。其二,建设工程涉及法律规范较多,不同法律规范出台的时间相隔较长,其间由于法律理念的变化、法律制度的革新,导致不同法律规范之间相互冲突、抵牾。如《建设工程施工合同解释(一)》第6条第1款对垫资款利率的限定,就与《民间借贷规定》第26条存在冲突。其三,虽然最高人民法院针对建设工程合同纠纷具体案件陆续发布了诸多裁判意见,天同律师事务所也通过“天同码”的形式进行了部分汇总,但认真梳理这些裁判意见可以发现,最高人民法院的裁判意见既有相互冲突之处,又存在旧判不符合新法的问题,个别判决还存在明显不合理的地方。例如,如发包人要求承包人就收取的工程款开具发票,既有认为应当予以支持的裁判意见,^①又有认为不属于民事审判解决范围的裁判结论,^②就构成裁判意见的相互冲突。又如,关于强制招投标范围界定的裁判意见,^③已经不符合住房和城乡建设部《关于推进建筑业发展和改革的若干意见》(建市[2014]92号)第5条所倡导的改革趋势,就属于旧判不符合新法。还如,“新安县人民政府与中国水利水电第十一工程局建设工程施工合同纠纷案”。该案中,第十一工程局为新安县政府建设新峪公路部分路段,双方先后针对不同工作内容签订了五份施工合同。第一份合同约定,“以小浪底移民局批准下达的建安工程费总价承包”,最终确定的金额为28,301,516.4元;其余四份均采用固定价格结算方式,分别为1,922,262元、9万元、150万元、350万元,五份合同的总价为35,313,778.45元。第十一工程局完成了约定的施工内容,新安县政府已付款35,596,522.21元。一审法院委托鉴定机构对已施工完毕的工程(按照定额)进行造价鉴定,结论为工程造价58,748,817元。诉讼中,第十一工程局在网上发布信息称,新安县政府欠付工程款1324万元。最高人民法院在二审中认为:“新安县政府已付第十一工程局的工程款超出了合同约定的建安工程费承包总价。但鉴于本案

① 王毓莹:《如何认定书面合同的变更——华太建设集团有限公司与浙江福得尔电器有限公司建设工程施工合同纠纷案》,载《民事审判指导与参考》2011年第3辑(总第47辑),第175~191页。

② 最高人民法院(2014)民一终字第4号民事判决。

③ 贵州省高级人民法院(2015)黔高民初字第1号民事判决、最高人民法院(2016)民终字第106号民事判决。

合同履行过程中的具体情况,且工程已交付使用多年,本院根据公平原则,对于第十一工程局在网上公布的欠款数额 1324 万元,由新安县政府给予第十一工程局一半的补偿。”^①在认定合同有效、根据合同可以确定工程价款的情况下,径行以公平原则为据,采信原告在网上公布的欠款金额,要求被告承担一半的支付责任,这样的判决难以让人信服。因此,虽然最高人民法院发布的裁判意见以及天同律师事务所的“天同码”具有相当的价值,但也存在需要梳理与反思的地方,且不足以澄清实践中的争议问题。

鉴于建筑市场的现状亟待规范,而相关裁判规则又有待厘清,本书根据笔者从事多年建设工程纠纷审判的自身经历,对建设工程纠纷在民事审判中存在的主要争议问题进行讨论。在写作上,本书具有如下特点:

一是坚持问题导向。建筑业涉及的法律制度相对庞杂,本书不求(事实上也不可能)面面俱到,仅针对笔者发现的争议问题进行讨论。根据《民事案件案由规定》,建设工程合同纠纷作为三级案由,下设建设工程勘察合同纠纷、建设工程设计合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、建设工程价款优先受偿权纠纷、建设工程分包合同纠纷、建设工程监理合同纠纷、装饰装修合同纠纷、铁路修建合同纠纷、农村建房施工合同纠纷,共计 9 个四级案由。因实务中建设工程勘察合同、建设工程设计合同、建设工程监理合同、铁路修建合同较少引发纠纷,本书未作讨论。对其余 5 类纠纷,因实践中的争议主要集中于建设工程施工合同纠纷、建设工程价款优先受偿权纠纷、建设工程分包合同纠纷,所以本书在这三类纠纷上着墨较多,对装饰装修合同纠纷、农村建房施工合同纠纷只有少量笔墨。

二是偏重实践路径。具体体现在三个方面:第一,由于本书主要针对实务工作者,所以在讨论问题时,注重问题的实务解决路径,尽量避免过于学术化的概念、术语以及长篇大论的理论阐释,即使遭遇基础性的理论问题(如建设工程价款优先受偿权的性质、效力、权利基础等),也是能简则简,不追求所谓的理论深度。第二,注重实务中的司法政策。“实践出真知”,对纠纷比较集中的相关问题,以最高人民法院的相关裁判意见为基础,辅之以各地高级人民法院的裁判规则展开讨论。但鉴于这些裁判规则不尽统一,且部分裁判意见并非最好的

^① 吴晓芳:《按照合同约定总价承包还是按照鉴定结论据实结算的问题——新安县人民政府与中国水利水电第十一工程局建设工程施工合同纠纷上诉案》,载《民事审判指导与参考》2007 年第 1 集(总第 29 集),第 215~224 页。

选择,所以对这些实务中的司法政策进行了检讨。需要说明的是,本书收集的最高人民法院判决与裁定,主要来源于《民事审判指导与参考》《最高人民法院公报》。由于《建设工程施工合同解释(一)》的施行时间为2005年1月1日,故上述资料的起始时间,亦定格为2005年1月。本书引用的各地高级人民法院的指导意见,主要来源于上海市律师协会建设工程业务研究委员会的《各地法院审理建设工程合同纠纷指导意见汇编(第六版)》(以下简称《汇编》),因《汇编》系网络版,故正文中未标明出处。第三,本书立足于实务操作,站在解释论层面讨论裁判规则的具体适用,除余论部分对现行法律制度进行了检讨与反思以外,基本不涉及立法论层面的讨论。

三是实体法与程序法交织。任何一个实务问题的解决,都是实体法与程序法共同作用的结果,而且“它们必须在彼此的相互关系中才能得到理解”^①,如实际施工人向发包人追索工程款的纠纷,就因为实际施工人权利的特殊性导致相应的程序规则较为特殊,所以本书的讨论,不拘泥于实体法与程序法的分野,而是对问题面临的实体法规则与程序法规则一并予以讨论。

本书的出发点是针对实务中存在的问题,尝试进行操作层面的解答,希望本书能对法官、律师以及建筑业的从业人士有所裨益。由于笔者才疏学浅,错漏之处在所难免,而且争议之所以成为争议,往往潜藏着“公说公有理,婆说婆有理”的视角问题,所以书中有些观点还值得进一步斟酌。以上问题,还请读者诸君批评、见谅。

是为序。

郭砚

^① [美] 罗纳德·J. 艾伦:《证据法、诉讼法和实体法的关系?》,载《证据科学》2010年第6期,第768页。

缩略语表

一、本书中,法律、法规等规范性文件名称一律使用简称,如《中华人民共和国合同法》,简称为《合同法》。

二、其他规范性文件简称如下:

序号	文件全称	文件简称	文号
1	最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》	《民法通则意见》	法(办)发[1988]6号
2	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)》	《合同法解释(一)》	法释[1999]19号
3	最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》	《证据规定》	法释[2001]33号
4	最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》	《建设工程价款优先受偿权的批复》	法释[2002]16号
5	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》	《商品房买卖合同解释》	法释[2003]7号
6	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》	《建设工程施工合同纠纷解释(一)》	法释[2004]14号
7	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》	《国有土地使用权合同解释》	法释[2005]5号
8	最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》	《诉讼时效规定》	法释[2008]11号
9	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)》	《合同法解释(二)》	法释[2009]5号

续表

序号	文件全称	文件简称	文号
10	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》	《房屋租赁合同解释》	法释[2009]11号
11	最高人民法院《民事案件案由规定》	《案由规定》	法[2011]41号
12	最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》	《买卖合同解释》	法释[2012]8号
13	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》	《民事诉讼法解释》	法释[2015]5号
14	最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》	《民间借贷规定》	法释[2015]18号
15	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)》	《建设工程施工合同纠纷解释(二)》	法释[2018]20号

目 录

1. 建设工程合同效力的判断规则	1
1.1 承包人资质对施工合同效力的影响	1
1.1.1 建设工程施工合同、分包合同对承包人资质的要求	1
1.1.2 农村建房施工合同对承包人资质的要求	3
1.1.3 装饰装修合同对承包人资质的要求	5
1.2 招投标程序对施工合同效力的影响	9
1.2.1 必须招标而未经招标签订的施工合同的效力	9
1.2.2 依据无效中标签订的施工合同的效力	16
1.2.3 背离招投标实质性内容的施工合同的效力	24
1.3 不同经营模式对施工合同效力的影响	26
1.3.1 基于挂靠签订的施工合同效力	26
1.3.2 基于肢解发包签订的施工合同效力	28
1.3.3 基于转包签订的施工合同效力	29
1.3.4 基于分包签订的施工合同效力	33
1.3.5 基于内部承包签订的施工合同效力	35
1.4 不同经营模式对“背靠背”条款效力的影响	40
1.5 建设审批手续对施工合同效力的影响	45
1.6 施工合同无效对其他协议效力的影响	52
2. 建设工程质量的裁判规则	58
2.1 建设工程质量的确定	58
2.1.1 发包人组织竣工验收确认工程质量	58
2.1.2 未完工程或未经竣工验收工程的质量确认	60
2.1.3 发包人擅自使用工程的质量确认	61

2.2	发包人对工程质量的异议	62
2.3	承包人在工程竣工后的保修责任	66
2.4	承包人对地基基础和主体结构工程的质量责任	78
2.5	无效施工合同承包人的质量责任	81
3.	建设工程施工工期的认定规则	84
3.1	开工日期的认定	84
3.2	竣工日期的认定	89
3.3	工期顺延的认定	91
4.	建设工程价款的结算规则	98
4.1	承发包双方的自行结算规则	98
4.2	工程价款结算中的第三方审计规则	110
4.3	工程结算中的逾期答复视为认可规则	125
4.4	无效施工合同的工程款结算规则	134
4.5	施工合同中的工程款鉴定	143
4.5.1	不应通过鉴定确定工程款的情形	143
4.5.2	可以通过鉴定确定工程款的情形	145
4.6	工程价款结算应当遵循的计价规则	147
4.7	通过“比例法”求得约定计价标准	156
4.7.1	通过“价款比例法”求得约定计价标准	156
4.7.2	通过“工程量比例法”求得约定计价标准	157
4.7.3	通过“工期比例法”求得约定计价标准	160
5.	建设工程施工合同的利息计算规则	161
5.1	利息的法律属性	161
5.2	工程款利息的标准	165
5.3	工程款利息的计算期间	167
5.4	垫资款利息的标准	171

6. 建设工程施工合同的损失赔偿规则	173
6.1 发包人对承包人的损失赔偿责任	173
6.2 承包人对发包人的损失赔偿责任	177
6.3 无效施工合同的损失赔偿责任	180
6.4 施工合同解除导致的赔偿责任	181
6.5 施工合同约定的违约金责任	183
6.6 损失赔偿的程序性要求	192
7. 建设工程施工合同中从合同义务的履行规则	196
7.1 承包人开具发票的义务	196
7.2 承包人提交工程竣工资料的义务	202
7.3 发包人的协助义务	204
7.3.1 发包人协助义务的主要类型	205
7.3.2 发包人的协助义务不能强制履行	206
8. 建设工程价款优先受偿权的行使规则	207
8.1 建设工程价款优先受偿权的界定	207
8.1.1 建设工程价款优先受偿权的性质	207
8.1.2 建设工程价款优先受偿权的理论基础	209
8.2 建设工程价款优先受偿权的效力	212
8.3 建设工程价款优先受偿权的权利主体	217
8.4 施工合同的效力、履行与优先受偿权的关系	223
8.5 受建设工程价款优先受偿权约束的工程范围	228
8.6 建设工程价款优先受偿权担保的权利范围	231
8.7 不得行使优先受偿权的建设工程	240
8.8 建设工程价款优先受偿权蕴藏的权利冲突	246
8.8.1 承包人与次承包人之间的优先受偿权冲突	246
8.8.2 承包人的优先受偿权与消费者的返还购房款请求权	248
8.8.3 承包人、消费者与银行之间的权利循环关系	249
8.8.4 发包人破产时优先受偿权与工资债权的冲突	250
8.8.5 前手设定的他物权与后手享有的优先受偿权之间的冲突	251

8.8.6	优先受偿权与抵押权在权利实现时的范围冲突	252
8.9	建设工程价款优先受偿权的预先放弃	252
8.10	建设工程价款优先受偿权的行使期限	254
8.11	优先受偿权行使期间的起算点	258
8.12	建设工程价款优先受偿权的行使与实现	267
8.12.1	优先受偿权的行使方式	267
8.12.2	除斥期间过短导致协议折价不具可操作性	268
8.12.3	优先受偿权只宜在审判(或仲裁)程序中确认	269
9.	建设工程挂靠经营的裁判规则	272
9.1	挂靠的认定	272
9.1.1	关于挂靠认定的法律规范	273
9.1.2	挂靠关系的构成要件	275
9.1.3	不影响挂靠构成的其他表征	277
9.1.4	挂靠关系的法律性质	278
9.2	挂靠人与被挂靠人之间的挂靠关系	280
9.2.1	挂靠的类型	281
9.2.2	挂靠人与被挂靠人之间的纠纷性质	281
9.2.3	挂靠协议的效力	282
9.2.4	对挂靠费的处理	283
9.3	与发包人之间的建设工程施工合同的效力	284
9.3.1	观点一:根据挂靠人自身资质认定合同效力	284
9.3.2	观点二:区分发包人对挂靠是否知情,分别确定合同效力	285
9.3.3	观点三:挂靠签订的施工合同一律无效	287
9.4	挂靠人与发包人之间的事实施工合同关系	287
9.4.1	否定的观点:挂靠人与发包人之间不存在施工合同关系	287
9.4.2	肯定的观点:挂靠人与发包人之间存在事实施工合同关系	289
9.5	挂靠经营中的工程款债权	290
9.5.1	被挂靠人向发包人主张工程款债权	290
9.5.2	挂靠人以合同相对人名义向发包人主张工程款债权	292
9.5.3	挂靠人以实际施工人名义向发包人主张工程款债权	294

9.5.4	挂靠人向被挂靠人主张工程款债权	297
9.5.5	被挂靠人与挂靠人作为共同原告,向发包人主张工程款债权	298
9.6	挂靠人与被挂靠人应承担的法律责任	300
9.6.1	对施工合同的发包人,挂靠双方应承担连带责任	300
9.6.2	对施工合同以外的第三人,应区分情况确定责任主体	303
9.6.3	在挂靠人与被挂靠人之间,应由挂靠人承担最终责任	308
10.	“黑白合同”的裁判规则	310
10.1	“黑白合同”规则的适用范围	310
10.2	黑白合同“实质性内容不一致”的判断	316
10.3	“黑白合同”规则之例外情形:订约后客观形势发生根本变化	325
10.4	黑、白合同签订顺序对“黑白合同”规则的影响	331
10.5	“黑白合同”规则之法律后果	332
11.	实际施工人向发包人追索工程款的裁判规则	339
11.1	最高人民法院的倾向性意见	341
11.2	权利主体:实际施工人的身份界定	343
11.3	权利定性:实际施工人权利的性质	344
11.4	责任范围:“欠付工程价款”的确定	347
11.5	对实际施工人承担工程款支付责任的责任形态	349
11.6	实际施工人权利与施工合同效力的关系	350
11.7	仲裁条款对实际施工人向发包人追索工程款的程序限制	351
12.	工程价款诉讼时效的起算规则	354
12.1	工程价款未确定的,不应起算诉讼时效	354
12.2	工程价款已确定的,诉讼时效的起算取决于支付期限是否明确	358
12.3	施工合同被确认为无效或被撤销、解除的,工程款债权的诉讼时效从合同效力确定之日起算	361
12.4	进度款的诉讼时效,适用“同一债务分期履行”规则	363

13. 实际施工人对外实施法律行为的责任承担规则	365
13.1 实际施工人以本人名义对外实施法律行为的责任承担	365
13.2 实际施工人以项目经理部或项目经理名义对外实施法律行为的责任承担	366
13.3 实际施工人以承包人名义对外实施法律行为的责任承担	383
13.4 实际施工人对外雇佣劳动者的责任承担	393
13.4.1 实际施工人具备用工主体资格的责任承担	393
13.4.2 实际施工人不具备用工主体资格的责任承担	394
附录一 现行法对施工合同的管制是否过于严苛	405
附录二 材料“加价款”的性质界定与调整规则	411
附录三 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	441
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)	445

1. 建设工程合同效力的判断规则

我国法律对建设工程施工活动加以严格管制。《合同法》中,建设工程合同的法定无效事由最多。^①除《民法总则》《合同法》等基本法律以外,《建设工程施工合同解释(一)》第1条与第4条还规定了五种施工合同的无效情形。但法律的严格管控并未使得建筑行业规范有序,相反,从最高人民法院审判委员会掌握的情况来看,“在建设工程施工合同纠纷案件审理中,由于建筑市场违法违规行为的普遍,建设工程施工合同被认定无效占有很大比例”。^②实践中较为常见的影响建设工程合同效力的因素,主要包括如下类型:

1.1 承包人资质对施工合同效力的影响

“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”,^③也就是实行资质许可制度。如果施工合同的承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的,根据《建设工程施工合同解释(一)》第1条第1项的规定,建设工程施工合同无效。需要注意的是,《案由规定》将施工合同区分为建设工程施工合同、建设工程分包合同、装饰装修合同、农村建房施工合同等,不同类型合同对承包人资质的要求也有所不同。

1.1.1 建设工程施工合同、分包合同对承包人资质的要求

《建筑法》第13条规定:“从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单

① 孟勤国、余卫:《“一带一路”与建设工程合同国际化》,载《江西社会科学》2016年第2期,第145页。

② 关丽:《就同一建设工程分别签订的多份施工合同均被认定无效后,应当参照双方当事人达成合意并实际履行的合同结算工程价款——汕头市建安(集团)公司与北京秦浪屿工艺品有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案》,载《民事审判指导与参考》2013年第3辑(总第55辑),第135页。

③ 最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2004年版,第20页。

位和工程监理单位,按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件,划分为不同的资质等级,经资质审查合格,取得相应等级的资质证书后,方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。”针对其中的建筑施工企业,《建筑业企业资质管理规定》(2015 年住建部令第 22 号发布,2016 年住建部令第 32 号修正,2018 年住建部令第 45 号修正)第 5 条进一步规定:“建筑业企业资质分为施工总承包资质、专业承包资质、施工劳务资质三个序列。施工总承包资质、专业承包资质按照工程性质和技术特点分别划分为若干资质类别,各资质类别按照规定的条件划分为若干资质等级。施工劳务资质不分类别与等级。”据此,建筑企业应当在资质类别与等级许可的范围内从事建筑施工活动,超越其资质类别或等级的建设工程施工合同、建设工程分包合同为无效合同。

裁判规则 1

施工总承包与专业承包的承包人,既需符合资质类别也需符合资质等级,否则施工合同无效。

对施工总承包资质与专业承包资质,《建筑业企业资质管理规定》按照工程性质和技术特点,进一步划分为若干资质类别,各资质类别又按照规定的条件划分为若干资质等级。因此,施工总承包或专业承包的承包人,不但要取得建筑业企业资质,而且只能从事符合自身资质类别与资质等级的建筑活动。如果承包人未取得建筑施工企业资质、工程规模超越了资质等级或工程内容与资质类别不符的,建设工程施工合同无效。

裁判规则 2

施工劳务承包的承包人只需具备劳务资质,不区分类别与等级。

原《建筑业企业资质管理规定》(2007 年建设部令第 159 号)对施工劳务资质,也按照工程性质和技术特点,分别划分为木工作业、砌筑作业、抹灰作业、石制作、油漆作业、钢筋作业等 13 个类别,且部分类别还划分为一级、二级两个等级。而新《建筑业企业资质管理规定》(2018 年住建部令第 45 号修正)对施工

劳务资质不再区分类别与等级,只要承包人具备施工劳务资质,就可以从事所有的劳务分包工程,再无类别与等级的限定。

裁判规则 3

劳务分包合同签订在新《建筑业企业资质管理规定》施行之前,承包人具备施工劳务资质,但不符合原《建筑业企业资质管理规定》所定类别或等级的,应当认定劳务分包合同有效。

新《建筑业企业资质管理规定》自 2015 年 3 月 1 日起施行,于 2016 年和 2018 年进行两次修正,对于施行前签订的劳务分包合同,如果承包人具备施工劳务资质,但不符合原《建筑业企业资质管理规定》所定类别或等级的,应当如何评价劳务分包合同的效力?就此,可以参照《合同法解释(一)》第 3 条,该条规定:“人民法院确认合同效力时,对合同法实施以前成立的合同,适用当时的法律合同无效而适用合同法合同有效的,则适用合同法。”据此,基于合同法尽量维持合同效力的理念,对这类合同宜认定为有效合同。

1.1.2 农村建房施工合同对承包人资质的要求

《建筑法》第 83 条第 3 款规定:“抢险救灾及其他临时性房屋建筑和农民自建低层住宅的建筑活动,不适用本法。”其中,“抢险救灾及其他临时性房屋建筑具有应急性、简易性等特定,没有必要遵守《建筑法》关于建筑工程施工许可、设计、施工、监理、招标投标的规定”。^①至于农村房屋的建造,则相对复杂,需区分情况分别处理。

裁判规则 4

农村房屋中的非住宅,受《建筑法》调整,如果承包人不具备相应资质,施工合同无效。

对农村房屋,《建筑法》第 83 条第 3 款排除的是“农民自建低层住宅”,因

^① 国务院法制局农林城建司、建设部体改法规司与建筑业司编著:《〈中华人民共和国建筑法〉释义》,中国建筑工业出版社 1997 年版,第 172 页。

此,农村房屋中的非住宅,仍应受《建筑法》调整,其承包人应具备相应的资质,否则施工合同无效。至于农村房屋中的住宅,则应进一步根据建设规模,适用不同的效力判断规则。

裁判规则 5

农村房屋中的住宅,三层以下的,属“农民自建低层住宅”,不要求承包人具备相应资质;三层(含三层)以上的,承包人必须具备相应资质。

对农村房屋中的住宅,《建筑法》第83条第3款还设定了两个限定词:一是“自建”,二是“低层”。

对于该款所称的“农民自建”,实践中一般认为,“《建筑法》第83条规定的农民自建是从建设主体即权利主体而言的,不论是农民自己施工,还是将工程承包给个体工匠或建筑企业建设,都属于农民自建”。^①

对于该款所称的“低层住宅”,《建筑法》未作规定。就此,先后有三个规范性文件提出了两个不同的判断标准。一是1999年国务院颁布的《村庄和集镇规划建设管理条例》(1999年国务院令第116号)。该条例第21条第1款规定:“在村庄、集镇规划区内,凡建筑跨度、跨径或者高度超出规定范围的乡(镇)村企业、乡(镇)村公共设施和公益事业的建筑工程,以及二层(含二层)以上的住宅,必须由取得相应的设计资质证书的单位进行设计,或者选用通用设计、标准设计。”据此,所谓“低层住宅”,应指“单层建筑”,《建筑法》第83条第3款采取的正是这一标准。^②二是原建设部《关于加强村镇建设工程质量安全管理的若干意见》(建质[2004]216号)第3条第3项规定:“对于村庄建设规划范围内的农民自建两层(含两层)以下住宅(以下简称农民自建低层住宅)的建设活动,县级建设行政主管部门的管理以为农民提供技术服务和指导作为主要工作方式。”原建设部《关于加强农民住房建设技术服务和管理的通知》(建村[2006]303号)第6条规定:“三层(含三层)以上的农民住房建设管理要严格执行《建筑法》、《建设工程质量管理条例》等法律法规的有关规定。”根据建设部的这两个文件,两层(含两层)以下住宅属于“低层住宅”,三层(含三层)以上的农民住

① 王国聚:《涉农村自建房纠纷案件的裁判思路》,载《人民司法》2015年第23期,第39页。

② 国务院法制局农林城建司、建设部体改法规司与建筑业司编著:《〈中华人民共和国建筑法〉释义》,中国建筑工业出版社1997年版,第172页。

房则不属于“低层住宅”。

上述三个规范性文件中,《村庄和集镇规划建设管理条例》颁布时间较早,随着村镇建设的发展,部分规定亟须修订完善。目前,实务界通常按照建设部的两个文件,认定两层(含两层)以下住宅属于“低层住宅”,不要求承包人具有相应资质;①三层(含三层)以上的农民住房,则承包人必须具备相应资质,否则施工合同无效。

综上所述,对于农村房屋建造,应当进行两个层次的区分:第一个层次是区分住宅与非住宅。如果是非住宅的,应受《建筑法》调整,承包人须具备相应的建筑资质,否则施工合同无效。第二个层次是区分住宅的建设规模。如果是两层(含两层)以下的住宅,则属于“低层住宅”,不受《建筑法》调整,不要求承包人具有建筑资质,不能以承包人不具有相应资质认定施工合同无效;如果是三层(含三层)以上的住宅,则不属于“低层住宅”,应受《建筑法》调整,承包人必须具备相应建筑资质,否则施工合同无效。

1.1.3 装饰装修合同对承包人资质的要求

相对于土建、房建、安装等建设工程而言,装饰装修工程具有一定特殊性,其对承包人资质的要求也有所不同。

裁判规则 6

装饰装修(含住宅室内装饰装修)工程属于建设工程,装饰装修(含住宅室内装饰装修)合同属于建设工程合同。

实务中,有法院将装饰装修工程区分为住宅装饰装修与非住宅装饰装修,并将住宅装饰装修归入承揽合同的范畴。如江苏省高级人民法院《审判工作座谈会纪要(2009年)》第四部分“建设工程施工合同纠纷案件中的若干问题”第8条规定:“家庭住宅装饰装修合同纠纷适用法律关于承揽合同的规定,对合同效力以外的问题可以参照《建设工程施工合同解释(一)》处理。”山东省高级人民法院《全省民事审判工作座谈会纪要(2008年)》(鲁高法〔2008〕243号)第四

① 重庆市高级人民法院《关于市二中院民三庭〈关于农村低层房屋建设工程施工方缺乏相应资质是否导致合同无效的咨询报告〉的答复》,(2015)渝高法民一复字第27号。

部分“关于建设工程施工合同纠纷案件中若干问题的处理”第4条规定:“家庭居室装饰装修活动不属于《建筑法》的调整范围,对于家庭居室装饰装修合同引起的纠纷应当依据《合同法》有关承揽合同的规定,并参照建设部2002年3月5日发布的《住宅室内装饰装修管理办法》予以处理。”

从现行法来看,无论是住宅装饰装修,还是非住宅装饰装修,都属于建设工程;无论是住宅装饰装修合同,还是非住宅装饰装修合同,都属于建设工程合同。《建筑法》第2条第2款规定:“本法所称建筑活动,是指各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动。”就此,国务院法制局农林城建司、建设部体改法规司与建筑业司解释道:“至于建筑装饰装修,全国人大法律委员会在审查(建筑法草案)时认为,各类房屋建筑的建造本身已包含了装饰装修,在文字上可不作专门表述。”“本条调整的行为是各类房屋建筑及其设施的新建、改建、扩建、维修、拆除、装饰装修等活动,以及线路、管道、设备(包括电梯)的安装活动。”^①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)也明确,“装饰装修工程属于建设工程”。《案由规定》也将装饰装修合同纠纷作为建设工程合同纠纷下辖的四级案由。因此,无论是住宅还是非住宅,装饰装修工程都属于建设工程,装饰装修合同都属于建设工程合同,应受《建筑法》的调整。

裁判规则 7

装饰装修工程应区分“公装”与“家装”,公装工程的承包人应当具备相应资质,否则装饰装修合同无效,家装工程不要求承包人具备相应资质。

《建筑法》第13条规定:“从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位,经资质审查合格,取得相应等级的资质证书后,方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。”既然装饰装修合同属于建设工程合同,是否意味着所有装饰装修合同的承包人都必须具备相应资质,否则装饰装修合同无效?

^① 国务院法制局农林城建司、建设部体改法规司与建筑业司编著:《〈中华人民共和国建筑法〉释义》,中国建筑工业出版社1997年版,第11页。

实务界普遍主张,应将装饰装修合同区分为“公装”^①与“家装”,公装的承包人应具备相应资质,家装的承包人则不作要求。例如,北京市高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》(京高法发〔2012〕245号)第6条规定:“进行家庭住宅室内装饰装修,当事人仅以施工人缺乏相应资质为由,主张合同无效的,一般不予支持。”重庆市高级人民法院民一庭也认为:“居民将家庭居室装饰装修工程交由不具备装饰装修资质的个人完成,并不因其不具备装饰装修资质而影响装饰装修合同的效力,应当认定合同有效。”^②此外,前述江苏省高级人民法院《审判工作座谈会纪要(2009年)》、山东省高级人民法院《全省民事审判工作座谈会纪要(2008年)》(鲁高法〔2008〕243号),之所以将住宅装饰装修合同定性为承揽合同,也是为了避免《建筑法》对承包人建筑资质的要求,不以住宅装修的承包人没有建筑资质为由,而将住宅装饰装修合同确认为无效。

所谓“家装”,根据中国建筑装饰协会发布的《住宅装饰装修行业自律管理企业准入与清出办法(试行)》(2004年8月8日)第2条规定,是指为了保护住宅建筑主体结构,完善住宅的使用功能,采用装饰装修材料或饰物,对住宅建筑内部表面和使用空间环境所进行的处理和美化过程的建筑活动。同时,根据《住宅室内装饰装修管理办法》(2002年建设部令第110号发布,2010年住建部令第9号修正)第2条第2款的规定,家装主体应限于业主或住宅使用人,故应将建设单位为进行商品房销售而实施的批量住宅装修排除在外。所谓公装,主要是指营业、办公用房的装修,以及建设单位进行的批量住宅装修。

笔者认为,公装工程的规模大、施工工艺相对复杂,承包人应当具备相应资质。至于家装,则不宜要求承包人具备建筑资质。从家装的内容来看,通常仅涉及对住宅的美化及基本功能的设置,并不影响建筑物的安全,作为个体的装修从业者可以胜任。从家装市场的实际情况来看,大量的住宅装饰装修系交由所谓的装修队完成。因此,《家庭居室装饰装修管理试行办法》(建建〔1997〕92号)第6条规定:“凡承接家庭居室装饰装修工程的单位,应当持有建设行政主管部门颁发的具有建筑装饰装修工程承包范围的《建筑业企业资质证书》;对于

^① 究竟应当是“公装”还是“工装”,实践中存在分歧,鉴于“工装”可能被误解为“工作服”,本书采“公装”这一表述。

^② 重庆市高级人民法院民一庭《关于一中法院民四庭〈关于家庭装饰装修合同是否以承包人具有资质要求为有效条件的咨询报告〉的答复》(〔2015〕渝高法民一复字第29号)。

承接家庭居室装饰装修工程的个体装饰装修从业者,应当持所在地乡镇以上人民政府有关主管部门出具的务工证明、本人身份证、暂时居住证,向工程所在地的建设行政主管部门或者其指定的机构登记备案,实行‘登记注册、培训考核、技能鉴定、持证上岗’的制度。具体办法由省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门制订。”根据该条规定,不具备建筑资质的个人可以承接家庭居室装饰装修工程。

裁判规则 8

对家装工程合同,不宜再区分工程内容,对承包人资质作不同要求。

《住宅室内装饰装修管理办法》第9条规定:“装修人经原设计单位或者具有相应资质等级的设计单位提出设计方案变动建筑主体和承重结构的,或者装修活动涉及本办法第六条、第七条、第八条内容的,必须委托具有相应资质的装饰装修企业承担。”因此,在认定“居民将家庭居室装饰装修工程交由不具备装饰装修资质的个人完成,并不因其不具备装饰装修资质而影响装饰装修合同的效力,应当认定合同有效”的基础上,有法院进一步认为,“但该合同约定内容涉及更改房屋主体结构等建造活动的,则属《建筑法》调整的范畴,应当根据相应法律、法规认定该部分合同内容的效力”。^① 换句话说,如果家装工程涉及更改房屋主体结构等建造活动的,则承包人必须具备相应资质,否则装饰装修合同无效。

是否针对家装的不同内容对承包人资质做不同要求,各有利弊。区别对待的合理性在于,《住宅室内装饰装修管理办法》第9条所限制的装修活动,具有较高的技术要求与严格的操作规范,如果处理不当,可能影响装修人对住宅的使用、其他相邻住户对房屋的使用,甚至危及建筑物的安全。要求承包人必须具备相应资质,能够更好地保障工程质量与安全。区别对待的弊端有三:一是很多家装工程没有书面合同或合同约定极为简略,难以判断约定的施工内容是否包括上述受限装修活动,还有大量家装合同的工程内容在施工过程中通过口头方式不断变更、不断增加,这就导致合同效力判断上的困难;二是《住宅室内

^① 重庆市高级人民法院民一庭《关于一中法院民四庭〈关于家庭装饰装修合同是否以承包人具有资质要求为有效条件的咨询报告〉的答复》(〔2015〕渝高法民一复字第29号)。

装饰装修管理办法》第9条所限制的装修活动涉及面广、类型多,部分问题涉及专业技术,法官难以准确区分与判断;三是根据施工内容的不同对承包人资质提出不同的要求,也就意味着以《住宅室内装饰装修管理办法》这一部门规章为据,决定合同效力,似乎不符合《合同法》第52条第5项的规定。

从实践的情况来看,多数法院不主张针对家装的不同内容对承包人资质做不同要求。前述北京市高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》(京高法发[2012]245号)第6条、江苏省高级人民法院《审判工作座谈会纪要(2009年)》、山东省高级人民法院《全省民事审判工作座谈会纪要(2008年)》(鲁高法[2008]243号)都未作此区分。

综上所述,装饰装修合同属于建设工程合同,公装工程的承包人应当具备相应资质,否则装饰装修合同无效,但家装工程的承包人是否具备建筑资质,以及家装工程的内容是否涉及《住宅室内装饰装修管理办法》第9条所限制的装修活动,都不影响装饰装修合同的效力。但是,在第9条所限制的装修活动取得设计方案或相关单位批准前,承包人有权拒绝施工。对不具备建筑资质的承包人承接第9条所限制的装修活动的,可以由城市房地产行政主管部门依据《住宅室内装饰装修管理办法》第36条的规定进行行政处罚。

1.2 招投标程序对施工合同效力的影响

为贯彻《招标投标法》关于强制招投标、规范招投标的要求,《建设工程施工合同解释(一)》第1条第(3)项规定,建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的,施工合同无效。由此,违反《招标投标法》导致施工合同无效的,包括两种类型:一是必须进行招标而未招标,二是中标无效。此外,《建设工程施工合同解释(一)》第21条规定的“黑白合同”规则,也涉及因违反招投标的强制性规定而影响施工合同的效力问题,本书在“‘黑白合同’的裁判规则”部分将专门讨论,此处仅作简要论述。

1.2.1 必须招标而未经招标签订的施工合同的效力

裁判规则 9

必须招标的项目未经招投标直接签订施工合同的,应当认定施工合同无效。

《招标投标法》是规范建筑市场招标投标活动的具有公法性质的一部法律,根据其立法目的和宗旨,必须招标的项目未经招投标直接签订施工合同的,应当认定为无效合同。^①

裁判规则 10

符合《必须招标的工程项目规定》《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》的建设工程,必须进行招标。

《招标投标法》第3条第1款规定:“在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目,包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购,必须进行招标:(一)大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目;(二)全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目;(三)使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。”同时,该条第2款授权国务院发展计划部门制定的具体范围和规模标准。2000年5月1日,国家发展计划委员会发布了《工程建设项目招标范围和规模标准规定》(2000年国家发展计划委员会令第3号),第2~6条明确了必须进行招标的工程范围,第7条规定了必须进行招标的工程规模。以往的司法实践中,都是以此作为判断建设工程是否属于强制招投标范围的依据。

2018年3月27日,国家发改委颁布了《必须招标的工程项目规定》(2018年国家发改委会令第16号),2018年6月6日,又颁布了《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》(发改法规规[2018]843号),原《工程建设项目招标范围和规模标准规定》被废止。据此,判断建设工程是否属于强制招投标范围,应当以《必须招标的工程项目规定》《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》为依据。值得注意的是,《必须招标的工程项目规定》沿袭了《工程建设项目招标范围和规模标准规定》的做法,对必须招标的工程项目,既有项目范围的限制(第2条、第3条),也有项目规模的要求(第5条),只有同时满足两项条件,才属于必须招标的工程项目。

^① 最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2004年版,第31页。