



玺名法律通讯

(建筑工程版)

-2019 年第二期 (总第 4 期)

目录

一、2019 年最新法律法规和司法解释

(一) 最新法律法规

- 1、房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法
- 2、建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法

(二) 最新司法解释

- 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(二)
- 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(二)解读
- 3、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

二、案例分析

江苏省第一建筑安装集团股份有限公司与唐山市昌隆房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷一案

三、学者观点

关于建设工程质量问题的裁判规则

房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法

来源：住房和城乡建设部网站

第一章 总则

第一条 为规范房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包活动，提升工程建设质量和效益，根据相关法律法规，制定本办法。

第二条 从事房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包活动，实施对房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包活动的监督管理，适用本办法。

第三条 本办法所称工程总承包，是指承包单位按照与建设单位签订的合同，对工程设计、采购、施工或者设计、施工等阶段实行总承包，并对工程的质量、安全、工期和造价等全面负责的工程建设组织实施方式。

第四条 工程总承包活动应当遵循合法、公平、诚实守信的原则，合理分担风险，保证工程质量和安全，节约能源，保护生态环境，不得损害社会公共利益和他人合法权益。

第五条 国务院住房和城乡建设主管部门对全国房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包活动实施监督管理。国务院发展改革部门依据固定资产投资建设管理的相关法律法规履行相应的管理职责。

县级以上地方人民政府住房和城乡建设主管部门负责本行政区域内房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包（以下简称工程总承包）活动的监督管理。县级以上地方人民政府发展改革部门依据固定资产投资建设管理的相关法律法规在本行政区域内履行相应的管理职责。

第二章 工程总承包项目的发包和承包

第六条 建设单位应当根据项目情况和自身管理能力等，合理选择工程建设组织实施方式。

建设内容明确、技术方案成熟的项目，适宜采用工程总承包方式。

第七条 建设单位应当在发包前完成项目审批、核准或者备案程序。采用工程总承包方式的企业投资项目，应当在核准或者备案后进行工程总承包项目发包。采用工程总承包方式的政府投资项目，原则上应当在初步设计审批完成后进行工程总承包项目发包；其中，按照国家有关规定简化报批文件和审批程序的政府投资项目，应当在完成相应的投资决策审批后进行工程总承包项目发包。

第八条 建设单位依法采用招标或者直接发包等方式选择工程总承包单位。

工程总承包项目范围内的设计、采购或者施工中，有任一项属于依法必须进行招标的项目范围且达到国家规定规模标准的，应当采用招标的方式选择工程总承包单位。

第九条 建设单位应当根据招标项目的特点和需要编制工程总承包项目招标文件，主要包括以下内容：

(一) 投标人须知；

(二) 评标办法和标准；

(三) 拟签订合同的主要条款；

(四) 发包人要求，列明项目的目标、范围、设计和其他技术标准，包括对项目的内容、范围、规模、标准、功能、质量、安全、节约能源、生态环境保护、工期、验收等的明确要求；

(五) 建设单位提供的资料和条件，包括发包前完成的水文地质、工程地质、地形等勘察资料，以及可行性研究报告、方案设计文件或者初步设计文件等；

(六) 投标文件格式；

(七) 要求投标人提交的其他材料。

建设单位可以在招标文件中提出对履约担保的要求，依法要求投标文件载明拟分包的内容；对于设有最高投标限价的，应当明确最高投标限价或者最高投标限价的计算方法。

推荐使用由住房和城乡建设部会同有关部门制定的工程总承包合同示范文本。

第十条 工程总承包单位应当同时具有与工程规模相适应的工程设计资质和施工资质，或者由具有相应资质的设计单位和施工单位组成联合体。工程总承包单位应当具有相应的项目管理体系和项目管理能力、财务和风险承担能力，以及与发包工程相类似的设计、施工或者工程总承包业绩。

设计单位和施工单位组成联合体的，应当根据项目的特点和复杂程度，合理确定牵头单位，并在联合体协议中明确联合体成员单位的责任和权利。联合体各方应当共同与建设单位签订工程总承包合同，就工程总承包项目承担连带责任。

第十一条 工程总承包单位不得是工程总承包项目的代建单位、项目管理单位、监理单位、造价咨询单位、招标代理单位。

政府投资项目的项目建议书、可行性研究报告、初步设计文件编制单位及其评估单位，一般不得成为该项目的工程总承包单位。政府投资项目招标人公开已经完成的项目建议书、可行性研究报告、初步设计文件的，上述单位可以参与该工程总承包项目的投标，经依法

评标、定标,成为工程总承包单位。

第十二条 鼓励设计单位申请取得施工资质,已取得工程设计综合资质、行业甲级资质、建筑工程专业甲级资质的单位,可以直接申请相应类别施工总承包一级资质。鼓励施工单位申请取得工程设计资质,具有一级及以上施工总承包资质的单位可以直接申请相应类别的工程设计甲级资质。完成的相应规模工程总承包业绩可以作为设计、施工业绩申报。

第十三条 建设单位应当依法确定投标人编制工程总承包项目投标文件所需要的合理时间。

第十四条 评标委员会应当依照法律规定和项目特点,由建设单位代表、具有工程总承包项目管理经验的专家,以及从事设计、施工、造价等方面的专家组成。

第十五条 建设单位和工程总承包单位应当加强风险管理,合理分担风险。

建设单位承担的风险主要包括:

(一) 主要工程材料、设备、人工价格与招标时基期价相比,波动幅度超过合同约定幅度的部分;

(二) 因国家法律法规政策变化引起的合同价格的变化;

(三) 不可预见的地质条件造成的工程费用和工期的变化;

(四) 因建设单位原因产生的工程费用和工期的变化;

(五) 不可抗力造成的工程费用和工期的变化。

具体风险分担内容由双方在合同中约定。

鼓励建设单位和工程总承包单位运用保险手段增强防范风险能力。

第十六条 企业投资项目的工程总承包宜采用总价合同,政府投资项目的工程总承包应当合理确定合同价格形式。采用总价合同的,除合同约定可以调整的情形外,合同总价一般不予调整。

建设单位和工程总承包单位可以在合同中约定工程总承包计量规则和计价方法。

依法必须进行招标的项目,合同价格应当在充分竞争的基础上合理确定。

第三章 工程总承包项目实施

第十七条 建设单位根据自身资源和能力,可以自行对工程总承包项目进行管理,也可以委托勘察设计单位、代建单位等项目管理单位,赋予相应权利,依照合同对工程总承包项目进行管理。

第十八条 工程总承包单位应当建立与工程总承包相适应的组织机构和管理制度,形成项目设计、采购、施工、试运行管理以及质量、安全、工期、造价、节约能源和生态环境保护管理等工程总承包综合管理能力。

第十九条 工程总承包单位应当设立项目管理机构,设置项目经理,配备相应管理人员,加强设计、采购与施工的协调,完善和优化设计,改进施工方案,实现对工程总承包项目的有效管理控制。

第二十条 工程总承包项目经理应当具备下列条件:

(一) 取得相应工程建设类注册执业资格,包括注册建筑师、勘察设计注册工程师、注册建造师或者注册监理工程师等;未实施注册执业资格的,取得高级专业技术职称;

(二) 担任过与拟建项目相类似的工程总承包项目经理、设计项目负责人、施工项目负责人或者项目总监理工程师;

(三) 熟悉工程技术和工程总承包项目管理知识以及相关法律法规、标准规范;

(四) 具有较强的组织协调能力和良好的职业道德。

工程总承包项目经理不得同时在两个或者两个以上工程项目担任工程总承包项目经理、施工项目负责人。

第二十一条 工程总承包单位可以采用直接发包的方式进行分包。但以暂估价形式包括在总承包范围内的工程、货物、服务分包时,属于依法必须进行招标的项目范围且达到国家规定规模标准的,应当依法招标。

第二十二条 建设单位不得迫使工程总承包单位以低于成本的价格竞标,不得明示或者暗示工程总承包单位违反工程建设强制性标准、降低建设工程质量,不得明示或者暗示工程总承包单位使用不合格的建筑材料、建筑构配件和设备。

工程总承包单位应当对其承包的全部建设工程质量负责,分包单位对其分包工程的质量负责,分包不免除工程总承包单位对其承包的全部建设工程所负的质量责任。

工程总承包单位、工程总承包项目经理依法承担质量终身责任。

第二十三条 建设单位不得对工程总承包单位提出不符合建设工程安全生产法律、法规和强制性标准规定的要求,不得明示或者暗示工程总承包单位购买、租赁、使用不符合安全施工要求的安全防护用具、机械设备、施工机具及配件、消防设施和器材。

工程总承包单位对承包范围内工程的安全生产负总责。分包单位应当服从工程总承包单位的安全生产管理,分包单位不服从管理导致生产安全事故的,由分包单位承担主要责任,分包不免除工程总承包单位的安全责任。

第二十四条 建设单位不得设置不合理的工期，不得任意压缩合理工期。

工程总承包单位应当依据合同对工期全面负责，对项目总进度和各阶段的进度进行控制管理，确保工程按期竣工。

第二十五条 工程保修书由建设单位与工程总承包单位签署，保修期内工程总承包单位应当根据法律法规规定以及合同约定承担保修责任，工程总承包单位不得以其与分包单位之间保修责任划分而拒绝履行保修责任。

第二十六条 建设单位和工程总承包单位应当加强设计、施工等环节管理，确保建设地点、建设规模、建设内容等符合项目审批、核准、备案要求。

政府投资项目所需资金应当按照国家有关规定确保落实到位，不得由工程总承包单位或者分包单位垫资建设。政府投资项目建设投资原则上不得超过经核定的投资概算。

第二十七条 工程总承包单位和工程总承包项目经理在设计、施工活动中有转包违法分包等违法违规行为或者造成工程质量安全事故的，按照法律法规对设计、施工单位及其项目负责人相同违法违规行为的规定追究责任。

第四章 附则

第二十八条 本办法自 2020 年 3 月 1 日起施行。

建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法

本文来源：中华人民共和国住房和城乡建设部

第一条 为规范建筑工程施工发包与承包活动中违法行为的认定、查处和管理，保证工程质量和施工安全，有效遏制发包与承包活动中的违法行为，维护建筑市场秩序和建筑工程主要参与方的合法权益，根据《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国招标投标法》《中华人民共和国合同法》《建设工程质量管理条例》《建设工程安全生产管理条例》《中华人民共和国招标投标法实施条例》等法律法规，以及《全国人大法工委关于对建筑施工企业母公司承接工程后交由子公司实施是否属于转包以及行政处罚两年追诉期认定法律适用问题的意见》（法工办发〔2017〕223号），结合建筑活动实践，制定本办法。

第二条 本办法所称建筑工程，是指房屋建筑和市政基础设施工程及其附属设施和与其配套的线路、管道、设备安装工程。

第三条 住房和城乡建设部对全国建筑工程施工发包与承包违法行为的认定查处工作实施统一监督管理。

县级以上地方人民政府住房和城乡建设主管部门在其职责范围内具体负责本行政区域内建筑工程施工发包与承包违法行为的认定查处工作。

本办法所称的发包与承包违法行为具体是指违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为。

第四条 建设单位与承包单位应严格依法签订合同，明确双方权利、义务、责任，严禁违法发包、转包、违法分包和挂靠，确保工程质量和施工安全。

第五条 本办法所称违法发包，是指建设单位将工程发包给个人或不具有相应资质的单位、肢解发包、违反法定程序发包及其他违反法律法规规定发包的行为。

第六条 存在下列情形之一的，属于违法发包：

- (一) 建设单位将工程发包给个人的；
- (二) 建设单位将工程发包给不具有相应资质的单位的；
- (三) 依法应当招标未招标或未按照法定招标程序发包的；
- (四) 建设单位设置不合理的招标投标条件，限制、排斥潜在投标人或者投标人的；
- (五) 建设单位将一个单位工程的施工分解成若干部分发包给不同的施工总承包或专业承包单位的。

第七条 本办法所称转包，是指承包单位承包工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部工程或者将其承包的全部工程肢解后以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的行为。

第八条 存在下列情形之一的，应当认定为转包，但有证据证明属于挂靠或者其他违法行为的除外：

(一) 承包单位将其承包的全部工程转给其他单位（包括母公司承接建筑工程后将所承接工程交由具有独立法人资格的子公司施工的情形）或个人施工的；

(二) 承包单位将其承包的全部工程肢解以后，以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的；

(三) 施工总承包单位或专业承包单位未派驻项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人等主要管理人员，或派驻的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人中一人及以上与施工单位没有订立劳动合同且没有建立劳动工资和社会养老保险关系，或派驻的项目负责人未对该工程的施工活动进行组织管理，又不能进行合理解释并提供相应证明的；

(四) 合同约定由承包单位负责采购的主要建筑材料、构配件及工程设备或租赁的施工机械

设备,由其他单位或个人采购、租赁,或施工单位不能提供有关采购、租赁合同及发票等证明,又不能进行合理解释并提供相应证明的;

(五)专业作业承包人承包的范围是承包单位承包的全部工程,专业作业承包人计取的是除上缴给承包单位“管理费”之外的全部工程价款的;

(六)承包单位通过采取合作、联营、个人承包等形式或名义,直接或变相将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的;

(七)专业工程的发包单位不是该工程的施工总承包或专业承包单位的,但建设单位依约作为发包单位的除外;

(八)专业作业的发包单位不是该工程承包单位的;

(九)施工合同主体之间没有工程款收付关系,或者承包单位收到款项后又将款项转拨给其他单位和个人,又不能进行合理解释并提供材料证明的。

两个以上的单位组成联合体承包工程,在联合体分工协议中约定或者在项目实际实施过程中,联合体一方不进行施工也未对施工活动进行组织管理的,并且向联合体其他方收取管理费或者其他类似费用的,视为联合体一方将承包的工程转包给联合体其他方。

第九条 本办法所称挂靠,是指单位或个人以其他有资质的施工单位的名义承揽工程的行为。

前款所称承揽工程,包括参与投标、订立合同、办理有关施工手续、从事施工等活动。

第十条 存在下列情形之一的,属于挂靠:

(一)没有资质的单位或个人借用其他施工单位的资质承揽工程的;

(二)有资质的施工单位相互借用资质承揽工程的,包括资质等级低的借用资质等级高的,资质等级高的借用资质等级低的,相同资质等级相互借用的;

(三)本办法第八条第一款第(三)至(九)项规定的情形,有证据证明属于挂靠的。

第十一条 本办法所称违法分包,是指承包单位承包工程后违反法律法规规定,把单位工程或分部分项工程分包给其他单位或个人施工的行为。

第十二条 存在下列情形之一的,属于违法分包:

承包单位将其承包的工程分包给个人的;

施工总承包单位或专业承包单位将工程分包给不具备相应资质单位的;

(三)施工总承包单位将施工总承包合同范围内工程主体结构的施工分包给其他单位的,钢结构工程除外;

(四)专业分包单位将其承包的专业工程中非劳务作业部分再分包的;

(五)专业作业承包人将其承包的劳务再分包的;

(六)专业作业承包人除计取劳务作业费用外,还计取主要建筑材料款和大中型施工机械设备、主要周转材料费用的。

第十三条 任何单位和个人发现违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为的,均可向工程所在地县级以上人民政府住房和城乡建设主管部门进行举报。

接到举报的住房和城乡建设主管部门应当依法受理、调查、认定和处理,除无法告知举报人的情况外,应当及时将查处结果告知举报人。

第十四条 县级以上地方人民政府住房和城乡建设主管部门如接到人民法院、检察机关、仲裁机构、审计机关、纪检监察等部门转交或移送的涉及本行政区域内建筑工程发包与承包违法行为的建议或相关案件的线索或证据,应当依法受理、调查、认定和处理,并把处理结果及时反馈给转交或移送机构。

第十五条 县级以上人民政府住房和城乡建设主管部门对本行政区域内发现的违法发包、转包、违法分包及挂靠等违法行为,应当依法进行调查,按照本办法进行认定,并依法予以行政处罚。

(一)对建设单位存在本办法第五条规定的违法发包情形的处罚:

- 1.依据本办法第六条(一)、(二)项规定认定的,依据《中华人民共和国建筑法》第六十五条、《建设工程质量管理条例》第五十四条规定进行处罚;
- 2.依据本办法第六条(三)项规定认定的,依据《中华人民共和国招标投标法》第四十九条、《中华人民共和国招标投标法实施条例》第六十四条规定进行处罚;
- 3.依据本办法第六条(四)项规定认定的,依据《中华人民共和国招标投标法》第五十一条、《中华人民共和国招标投标法实施条例》第六十三条规定进行处罚。
- 4.依据本办法第六条(五)项规定认定的,依据《中华人民共和国建筑法》第六十五条、《建设工程质量管理条例》第五十五条规定进行处罚。
- 5.建设单位违法发包,拒不整改或者整改后仍达不到要求的,视为没有依法确定施工企业,将其违法行为记入诚信档案,实行联合惩戒。对全部或部分使用国有资金的项目,同时将建设单位违法发包的行为告知其上级主管部门及纪检监察部门,并建议对建设单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予相应的行政处分。

(二)对认定有转包、违法分包违法行为的施工单位,依据《中华人民共和国建筑法》第六十七条、《建设工程质量管理条例》第六十二条规定进行处罚。

(三)对认定有挂靠行为的施工单位或个人,依据《中华人民共和国招标投标法》第五十四条、《中华人民共和国建筑法》第六十五条和《建设工程质量管理条例》第六十条规定进行处罚。

(四)对认定有转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本单位的名义承揽工程的施工单位,依据《中华人民共和国建筑法》第六十六条、《建设工程质量管理条例》第六十一条规定进行处罚。

(五)对建设单位、施工单位给予单位罚款处罚的,依据《建设工程质量管理条例》第七十三条、《中华人民共和国招标投标法》第四十九条、《中华人民共和国招标投标法实施条例》第六十四条规定,对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员进行处罚。

(六)对认定有转包、违法分包、挂靠、转让出借资质证书或者以其他方式允许他人以本单位的名义承揽工程等违法行为的施工单位,可依法限制其参加工程投标活动、承揽新的工程项目,并对其企业资质是否满足资质标准条件进行核查,对达不到资质标准要求的限期整改,整改后仍达不到要求的,资质审批机关撤回其资质证书。

对2年内发生2次及以上转包、违法分包、挂靠、转让出借资质证书或者以其他方式允许他人以本单位的名义承揽工程的施工单位,应当依法按照情节严重情形给予处罚。

(七)因违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为导致发生质量安全事故的,应当依法按照情节严重情形给予处罚。

第十六条 对于违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为的行政处罚追溯期限,应当按照法工办发〔2017〕223号文件的规定,从存在违法发包、转包、违法分包、挂靠的建筑工程竣工验收之日起计算;合同工程量未全部完成而解除或终止履行合同的,自合同解除或终止之日起计算。

第十七条 县级以上人民政府住房和城乡建设主管部门应将查处的违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为和处罚结果记入相关单位或个人信用档案,同时向社会公示,并逐级上报至住房和城乡建设部,在全国建筑市场监管公共服务平台公示。

第十八条 房屋建筑和市政基础设施工程以外的专业工程可参照本办法执行。省级人民政府住房和城乡建设主管部门可结合本地实际,依据本办法制定相应实施细则。

第十九条 本办法中施工总承包单位、专业承包单位均指直接承接建设单位发包的工程单位;专业分包单位是指承接施工总承包或专业承包企业分包专业工程的单位;承包单位包括施工总承包单位、专业承包单位和专业分包单位。

第二十条 本办法由住房和城乡建设部负责解释。

第二十一条 本办法自 2019 年 1 月 1 日起施行。2014 年 10 月 1 日起施行的《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)同时废止。

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10月29日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)

法释〔2018〕20号

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。

第二十条 未竣工的建设工程质量合格, 承包人请求其建设工程的价款就其建设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。

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) 解读

本文来源: 法信

1月3日, 最高人民法院发布《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《解释》)。《解释》经最高人民法院审判委员会第1751次会议讨论通过, 将于2019年2月1日起施行。针对近年来建筑市场的新变化、司法实践的新问题、管理政策的新突破, 《解释》就建设工程施工合同效力、建设工程价款结算、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了规定。

关于建设工程施工合同无效损失赔偿数额的认定, 《解释》坚持以赔偿实际损失为原则, 但是建设工程施工合同纠纷具有特殊性、复杂性, 司法实践中, 当事人往往很难证明实际损失的具体数额, 导致其难以获得权利救济。因此, 在实际损失难以确定的情况下, 《解释》规定当事人可以请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款的支付时间等内容确定损失大小。

关于借用资质签订建设工程施工合同的民事责任, 《解释》在吸收《建筑法》第66条规定的基础上规定, 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的, 发包人有权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。实践中, 建筑施工企业出借资质造成的损失主要包括建设工程质量不合格、工期延误等损失。只要损失是由出借资质造成的, 发包人就有权请求借用资质的单位或者个人与出借资质的建筑施工企业承担连带责任。

关于非必须招标工程进行招标后的工程价款结算依据, 《解释》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, 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的, 应以中标合同作为结算建设工程价款的依据。这一规定的目的是维护招标投标市场秩序和其他投标人权益。同时, 充分考虑到建设工程施工合同履行期间长、影响因素多的特点, 《解释》还规定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的建设工程施工合同, 可以作为结算建设工程价款的依据, 从而兼顾了招标投标市场秩序和契约自由原则。

关于承包人行使建设工程价款优先受偿权的条件, 《解释》以保障建设工程质量为首要价值选择, 规定承包人行使建设工程价款优先受偿权必须以建设工程质量合格为条件。同时, 鉴于建设工程领域特有的资质与招标投标管理要求, 实践中建设工程施工合同无效的情况较为常见。《解释》并未将建设工程施工合同有效作为承包人行使建设工程价款优先受偿权的条件, 以保护农民工等建筑工人的合法利益。

关于建设工程价款优先受偿的范围, 《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》限定为承包人在建设工程施工中实际支出的费用。这一规定缺乏可操作性, 在实践中适用的效果并不理想。《解释》规定应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建设工程价款优先受偿的范围, 将承包人应获得的利润也包括在内。一是便于操作, 减少当事人因过度鉴定引起的诉累; 二是有利于促进建筑业持续健康发展。同时, 为平衡各方当事人利益, 《解释》规定, 发包人逾期支付工程价款产生的利息, 不能优先受偿。为加强对农民工等建筑工人合法权益的保护, 《解释》还对承包人处分建设工程价款优先受偿权作了限制, 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。

关于实际施工人权利保护, 《解释》对《建设工程司法解释(一)》第26条第2款规

定进行了完善。一是明确规定人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人；二是规定要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。这既有利于实际施工人权利的实现，也有利于防止发包人陷入过多的诉讼和纠纷之中。《解释》还规定实际施工人有权对发包人提起代位权诉讼，以期进一步加强对农民工等建筑工人权益的保护。

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

本文来源：法信

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,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《解释》)。值此司法解释公布之际,最高人民法院民一庭负责人就《解释》的有关问题接受了记者采访。

记者：请介绍一下《解释》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《解释》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”战略、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《解释》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,住房和城乡建设部作出《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《解释》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。

记者:请介绍一下《解释》制定的过程。

答:最高人民法院高度重视《解释》起草工作,早在2012年就启动了《解释》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《解释》条文作了修改完善。

在起草《解释》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。《解释》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。《解释》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。《解释》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。《解释》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《解释》通俗易懂好用。

记者:《解释》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到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《解释》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《解释》的始终。例如,《解释》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,《解释》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!

记者:《解释》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。

《解释》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。《解释》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。

记者:《解释》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%。《解释》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。《解释》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,《解释》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。《解释》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,《解释》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。

记者:《解释》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”等违法违规行为，扰乱建筑市场秩序，也会影响建设工程质量。《解释》坚决维护建设工程招标投标市场秩序。《解释》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，以彻底杜绝“黑白合同”、明招暗定现象。

记者：《解释》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，或者以此为理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。《解释》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！

江苏省第一建筑安装集团股份有限公司与唐山市昌隆房地产开发 有限公司建设工程施工合同纠纷案

【裁判摘要】

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若干问题的解释》第二十一条规定,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依据,其适用前提应为备案的中标合同合法有效,无效的备案合同并非当然具有比其他无效合同更优先参照适用的效力。

在当事人存在多份施工合同且均无效的情况下,一般应参照符合当事人真实意思表示并实际履行的合同作为工程价款结算依据;在无法确定实际履行合同时,可以根据两份争议合同之间的差价,结合工程质量、当事人过错、诚实信用原则等予以合理分配。

中华人民共和国最高人民法院 民事判决书

(2017)最高法民终 175 号

上诉人(一审原告、反诉被告):江苏省第一建筑安装集团股份有限公司,住所地江苏省南京市栖霞区紫东路 2 号 1 幢。

法定代表人:张敏湘,该公司董事长。

委托诉讼代理人:艾海峰,北京市中洲律师事务所律师。

委托诉讼代理人:任士光,北京市中洲律师事务所律师。

被上诉人(一审被告、反诉原告):唐山市昌隆房地产开发有限公司,住所地河北省唐山市高新技术开发区建设北路 107 号。

法定代表人:牛金芳,该公司董事长。

委托诉讼代理人:马洪斌,河北彬礼律师事务所律师。

委托诉讼代理人:罗占义,北京市兆亿律师事务所律师。

上诉人江苏省第一建筑安装集团股份有限公司(以下简称江苏一建)因与被上诉人唐山市昌隆房地产开发有限公司(以下简称昌隆公司)建设工程施工合同纠纷一案,不服河北省高级人民法院(2013)冀民一初字第 17 号民事判决,向本院提起上诉。本院于 2017 年 3 月 20 日受理后,依法组成合议庭,开庭审理了本案。江苏一建的委托诉讼代理人艾海峰、任士光,昌隆公司的委托诉讼代理人马洪斌、罗占义到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

江苏一建上诉请求:(一)撤销河北省高级人民法院(2013)冀民一初字第 17 号民事判决;(二)改判昌隆公司给付欠付工程款 25914315.58 元,并自 2012 年 1 月 30 日起至付清之日止按中国人民银行同期同类贷款利率计算利息;(三)改判昌隆公司支付停窝工损失 375 万元;(四)改判江苏一建在昌隆公司支付全部欠款之日起 15 日内向其交付全部施工资料;(五)本案诉讼费用由昌隆公司负担。事实与理由:

(一)一审判决关于昌隆公司欠付工程款数额和利息认定错误。

案涉《建设工程施工合同》(以下简称《备案合同》)与《金色和园建筑安装工程补充协议》(以下简称《补充协议》)均为无效,并非黑白合同。《备案合同》因违反招标投标法律而无效,双方实际履行的是《补充协议》,是涉案双方真实意思表示。从工程承包范围、开工竣工时间、结算方式、材料设备供应等方面可印证实际履行的合同是《补充协议》,且昌隆公司自认《补充协议》是对《备案合同》的细化与补充。

工程支付价款不应由合同效力决定,而应由工程质量是否合格决定,案涉两份合同无效,应以实际施工工程量进行结算。鉴定结论 1.5 亿元应作为据实结算的工程款数额,以此作为结算依据并支付欠付工程款利息。两份合同差价并非损失,而是承包方实际施工工程款,按照比例分担损失不当。

案涉工程已于 2011 年 11 月 20 日竣工验收合格并交付使用,参考《建设工程价款结算暂行办法》工程应在 60 日内完成结算规定,昌隆公司最迟应于竣工日期之后 60 日即 2012 年 1 月 30 日开始支付利息。

(二)昌隆公司应根据江苏一建实际发生的人工费、机械台班费损失支付窝工损失。该证据为会计账册资料,具有真实性和完整性,一审法院未对停窝工损失进行鉴定,昌隆公司亦未提交证据反驳,则应依此认定。

(三)关于案涉工程楼梯间保温质量问题,对该部分工程款不予处理错误。该费用并未实际发生,即使存在质量问题,可通知江苏一建进行维修,昌隆公司如垫付费用可另案解决。

(四)一审法院判令向昌隆公司交付全部施工资料错误。根据《建设工程质量管理条例》第四十九条、第十六条规定,江苏一建资料已经符合要求,只因昌隆公司独立分包资料不齐导致无法提交资料,且从不安抗辩权角度,昌隆公司不及时结算给付工程款,江苏一建亦有权不给付竣工验收资料。

昌隆公司辩称:《备案合同》为主合同,是双方实际履行的合同,《补充协议》细化确认《备案合同》内容,并未发生实质性变更,应以《备案合同》作为工程价款结算依据。《备案合同》约定的保修责任、隐蔽工程中间验收、施工组织和工期、安装工程等内容《补充协议》并未约定。江苏一建施工范围并非《补充协议》约定工程范围,比如小区主环路工程项目虽属《补充协议》约定施工范围,但由其他单位施工完成。《补充协议》的价款结算方式改变《备案合同》约定。一审判决认定事实清楚、适用法律正确,应驳回江苏一建上诉请求。一审判决昌隆公司承担 60%责任过重。利息支付应以准确本金和合理起算时间存在为前提,江苏一建直至 2015 年 2 月仍补交结算资料,造成发包方无法核算,且没有完成竣工验收备案手续。一审判决从起诉之日计息,昌隆公司认可该结果。对于停窝工损失,江苏一建存在伪造证据、虚构事实行为,出具认定文件不符合认定程序规定,没有昌隆公司签字,且停工 81 天事实缺乏相关证据印证,昌隆公司虽认可该判决但希望二审法院能查明事实。江苏一建交付工程存在不符合设计质量要求,一审法院对此部分工程款暂不处理,符合法律规定。一审判决江苏一建交付施工资料符合法律规定。

江苏一建向一审法院起诉请求:(一)判令昌隆公司给付拖欠工程款 43152301 元(以司法鉴定确定的数额为准)及迟延履行工程款自竣工日起至生效判决确定的履行期限届满之日止按中国人民银行同期同类贷款利率计算的利息(为计算诉讼费,估算约为 6040160.69 元)。(二)判令昌隆公司赔偿停工窝工损失 375 万元(以司法鉴定确定的数额为准)。(三)由昌隆公司承担本案诉讼费用。

昌隆公司反诉请求:(一)判令江苏一建赔偿超拨工程款的利息 128.2 万元;(二)交付工程竣工备案资料;(三)赔偿因逾期交付竣工验收资料造成昌隆公司融资等损失 1206.12 万元(1077.92 万元+128.2 万元);(四)赔偿因工程质量造成昌隆公司赔偿小业主损失 22.83 万元;(五)对楼梯间采暖与不采暖走道及住宅间隔墙保温、采暖管道井主管保温工程质量不符合强制性规范部分限期进行整改,昌隆公司暂不支付该部分工程款;(六)江苏一建负担本案诉讼费用。

一审法院认定事实:在双方签订施工合同之前,昌隆公司作为发包方与江苏一建作为承

包方签订了《金色和园基坑支护合同》，将金色和园项目基坑支护工程委托江苏一建施工。合同上未载明签约时间。

2009 年 9 月 28 日，江苏一建、昌隆公司、设计单位及监理单位对案涉工程结构和电气施工图纸进行了四方会审。在履行招标投标程序之前，江苏一建已经完成了案涉工程部分楼栋的定位测量、基础放线、基础垫层等施工内容。

2009 年 12 月 1 日，经履行招标投标程序，昌隆公司确定江苏一建为其所开发金色和园住宅工程项目的中标人，并向江苏一建发出《中标通知书》，昌隆公司招标文件载明合同价款采用固定总价方式。2009 年 12 月 8 日，双方当事人签订《备案合同》，约定由江苏一建承包昌隆公司开发的金色和园住宅工程，建筑面积为 110998 平方米，承包范围为施工图纸标识的全部土建、水暖、电气、电梯、消防、通风等工程的施工安装；开工日期为 2009 年 12 月 8 日，竣工日期为 2011 年 12 月 7 日，工期总日历天数为 730 天；合同价款为 131839227.62 元。在合同第三部分专用条款第 23.2 条，原载明“合同价款采用可调价格合同，合同价款调整方法为：按施工图纸结算，材料价格调整、设计变更洽商现场签证按实调整，执行 2008 年河北省建筑安装工程预算定额及双方协议或约定”，后双方将该约定划掉，改为“合同价款采用固定总价方式确定”，“除设计变更现场签证之外，均包括在合同总价之内”，“风险范围以外合同价款调整方法为由发包人、承包人及监理单位三方签证按总价下浮 3% 进行调整”，在上述修改处均加盖有双方公章；专用条款第 28.1 条约定，“承包人采购的材料、设备均应符合国标及设计要求，主要材料及新型材料由发包人认质认价。”该份协议于 2009 年 12 月 30 日在唐山市建设局进行了备案。

2009 年 12 月 28 日，双方当事人签订《补充协议》，约定该补充协议是对金色和园建筑工程施工合同的有关补充条款进行的明确，作为主合同附件，与主合同具有同等法律效力。该协议第一条约定，合同开竣工日期为 2009 年 9 月 30 日至 2011 年 9 月 15 日；第三条约定，承包依据是中建北京设计研究院设计的经审查和会审交底后金色和园施工图纸、作法变更（附件 1），主要材料认质认价范围（附件 2），国家、省市现行的施工验收规范和相关标准；第四条约定，结算方式：本工程执行河北省 2008 年定额及相关文件，建筑安装工程费结算总造价降 3%。施工及验收阶段以暂定价作为拨款依据。18 层住宅地上部分暂定 1200 元/平方米，18 层以下住宅地上部分暂定 1000 元/平方米，地下部分（含人防）暂定 1625 元/平方米。第五条约定，价格调整：本工程材料由甲方认质认价（认质认价范围详见附件 2），乙方应提前上报材料计划，材料进场前由甲方确认材料价格，材料进场后由甲、乙、监理三方共同确认进场数量，价格以甲方的认价单为准。进场材料必须符合现行标准规定及设计要求，价格应经过甲方确认并以下发的新认价单为准，所涉及的材料数量及工程范围应由甲、乙、监理三方共同确认。施工组织设计费用不进入决算，主体施工模板按大模板和竹胶板计算。设计变更、工程洽商及现场签证以甲方会签批复单为准，单项变更总价在壹仟元以内的不计费用，由乙方无条件施工，单项变更费用在壹仟元以上的按 08 定额作相应增减，主要材料价格以甲方同时期的认价单为准。认价材料的运费、采保费按规定记取（认价中已含运费的除外）。另外还约定了工程款支付、违约责任等内容。

2011 年 11 月 30 日，江苏一建所承建的工程全部竣工验收合格。2012 年 8 月底，江苏一建向昌隆公司上报了完整的结算报告，昌隆公司已签收。

双方当事人均认可在施工过程中，除基坑支护部分工程款外，昌隆公司已向江苏一建支付工

工程款 124939155 元; 基坑支护部分工程款数额为 700963.84 元, 已全部付清, 但因基坑支护工程为单独合同, 并不在本案造价审计范围内, 因此该 700963.84 元亦不计入本案已付款中。

在审理过程中, 江苏一建向一审法院提交案涉工程造价审计申请, 一审法院通过司法技术辅助室依法定程序选定鉴定机构为河北冀诚祥工程造价咨询有限责任公司(以下简称冀诚祥公司)。鉴于双方对于以哪份合同作为审计工程价款的依据存在重大分歧, 昌隆公司主张按备案合同约定的固定总价计价方式结算工程款, 江苏一建主张按补充协议约定的可调价计价方式结算工程款, 因此一审法院委托鉴定机构按照双方主张分别以两份合同为依据进行审计。冀诚祥公司最终审计结果为: 按照备案合同即固定总价合同, 鉴定工程总造价为 117323856.47 元; 按照补充协议即可调价合同, 鉴定工程总造价为 150465810.58 元。该鉴定结论经过双方当事人多次质询、修正, 符合法律规定, 可以作为认定事实的依据。

一审法院另查明, 2011 年 7 月 20 日, 江苏一建向昌隆公司及案涉工程监理单位唐山四方工程建设监理有限公司发出工程联系单, 主要内容为请求昌隆公司及监理单位确认因昌隆公司原因导致工程窝工 81 天, 应给予顺延工期 81 天及合理补偿。监理单位卢连芳签认“情况属实, 请甲方与施工单位协商合理解决”, 并盖有监理部印章。

一审法院认为, 本案的焦点问题包括: 一是昌隆公司欠付工程款数额和利息应如何计算, 二是江苏一建主张的停工窝工损失应如何处理, 三是昌隆公司提出的反诉请求是否成立。

(一) 关于昌隆公司欠付工程款及利息的数额应如何计算问题。首先, 双方当事人先后签订的两份施工合同均无效: 双方 2009 年 12 月 8 日签订的《备案合同》虽系经过招投标程序签订, 并在建设行政主管部门进行备案, 但在履行招投标程序确定江苏一建为施工单位之前, 江苏一建、昌隆公司、设计单位及监理单位已经对案涉工程结构和电气施工图纸进行了四方会审, 且江苏一建已完成部分楼栋的定位测量、基础放线、基础垫层等施工内容, 即存在未招先定等违反《招标投标法》禁止性规定的行为, 因此该备案合同应认定为无效。而双方 2009 年 12 月 28 日签订的《补充协议》系未通过招投标程序签订, 且对备案合同中约定的工程价款进行了实质性变更, 属于《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《建设工程施工合同司法解释》)第二十一条所规定的黑合同, 依法也应认定为无效。其次, 本案中的两份施工合同签署时间仅间隔二十天, 从时间上无法判断实际履行的是哪份合同, 双方当事人对于实际履行哪份合同也无明确约定, 两份合同内容比如甲方分包、材料认质认价等在合同履行过程中亦均有所体现, 且两份合同均为无效合同就意味着法律对两份合同均给予了否定性评价, 无效的合同效力等级相同, 不涉及哪份合同更优先的问题。因此综合考虑本案情况, 可按照《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第五十八条的规定, 由各方当事人按过错程度分担因合同无效所造成的损失。本案中该损失即为两份合同之间的差价 33141954.11 元 (150465810.58 元-117323856.47 元)。昌隆公司作为发包人是依法组织进行招投标的主体, 对于未依法招投标应负有主要责任, 江苏一建作为具有特级资质的专业施工单位, 对于招投标法等法律相关规定也应熟知, 因此对于未依法招投标导致合同无效也具有过错, 综合分析本案情况以按 6:4 分担损失较为恰当, 因此总工程款数额应认定为 137209028.94 元 (117323856.47 元+33141954.11 元×60%)。按此扣减已付工程款 124939155 元后, 尚欠工程款 12269873.94 元。至于利息问题, 昌隆公司在施工过程中并无拖欠工程进度款情形, 在江苏一建报送结算文件后又多次与其核对工程量, 从上述事实看昌隆公司并无拖欠工程款的主观恶意, 双方对工程欠款发生争议的根本原因在于对以哪份合同作为结算工程款依据发生重大分歧, 而双方对于签订两份无效合

同并由此导致争议的发生均有过错,因此欠付工程款利息以自江苏一建起诉之日起算为宜,按中国人民银行同期同类贷款利率计息。

(二)关于江苏一建主张的停窝工损失问题。在 2011 年 7 月 20 日的工程联系单中监理单位已经签章确认确实存在因昌隆公司原因导致江苏一建窝工 81 天的事实,但签证单中并未确定损失数额,也没有涉及停工损失的计算方法。江苏一建虽就该损失数额也申请进行鉴定,但因其提供的停窝工损失证据相当一部分是其自己记载、单方提供的工人数量、名单、工资数额、现场机械数量等等,昌隆公司对此不予认可,一审法院对上述证据的客观真实性难以确定,以此为依据得出的鉴定结论能否采信也存疑,故未对此委托鉴定。鉴于此前双方在施工过程中也曾发生过 8 天停窝工,双方协商的补偿数额为 7 万元,基本可以反映出停窝工给江苏一建造成的损失程度,在此基础上,可以酌定该 81 天停窝工损失为 70 万元。

(三)关于昌隆公司反诉的楼梯间保温质量问题。鉴定机构在进行现场勘验时发现楼梯间与不采暖走道及住宅间的隔墙保温层厚度达不到设计要求,且该质量问题并非业主使用造成,而是江苏一建在施工过程中未按图纸施工所致,因此应由江苏一建承担质量责任。昌隆公司要求江苏一建对存在质量问题部分进行整改的诉请符合《合同法》第二百八十一条之规定,应予支持,本案中对该部分工程款 1972553.25 元暂不处理,待江苏一建整改合格之后双方另行结算,故本案中欠付工程款数额暂认定为 10297320.69 元(12269873.94 元-1972553.25 元)。至于昌隆公司反诉主张的因其他工程质量问题造成的损失,昌隆公司虽称其曾多次要求江苏一建进行修理,但未能提供证据证明其主张,且其提供的证明损失数额的《费用汇总表》是其单方制作,真实性无法核实,因此对其该项主张不予支持。关于昌隆公司主张因江苏一建迟延交付施工资料致其损失问题,江苏一建主张这是基于昌隆公司欠付工程款而行使抗辩权的结果。一审法院认为,支付工程款是发包人的主要合同义务,在昌隆公司未足额支付工程款的情况下,江苏一建行使抗辩权符合《合同法》第六十七条关于同时履行抗辩权的规定,不构成违约,故对于昌隆公司的该项反诉请求不予支持。但提交竣工验收资料是施工单位的法定义务,其在特定情况下享有抗辩权并不意味着可以一直不履行交付竣工资料的义务,江苏一建在庭审中也认可交付资料,故对昌隆公司的该项诉请予以支持。至于昌隆公司提出的超付工程款利息问题,通过对工程价款及工程欠款的核算,本案并不存在超付工程款情形,因此也不发生利息损失问题,故对该项反诉请求亦不予支持。

综上,一审法院判决:(一)昌隆公司于判决生效之日起十五日内给付江苏一建欠付的工程款 10297320.69 元,并自 2013 年 10 月 9 日起按照中国人民银行同期同类贷款利率支付利息至付清之日止;(二)昌隆公司于判决生效之日起十五日内给付江苏一建停工窝工损失 70 万元;(三)江苏一建于判决生效之日起十五日内向昌隆公司交付全部施工资料;(四)驳回江苏一建其他诉讼请求;(五)驳回昌隆公司其他反诉请求。

本诉案件受理费 306512 元、鉴定费 120 万元,共计 1506512 元,由江苏一建负担 1074600 元,由昌隆公司负担 431912 元;反诉案件受理费 51873 元,由江苏一建负担 7492 元,由昌隆公司负担 44381 元。

本院二审查明,2016 年 9 月 28 日,江苏省工商行政管理局发出公司准予变更登记通知书,江苏省第一建筑安装股份有限公司,企业名称变更为江苏省第一建筑安装集团股份有限公司。二审中,当事人没有提交新证据。本院对于一审法院查明的事实予以确认。

本院认为,围绕当事人上诉请求、事实理由与答辩意见,本案争议焦点为:(一)原判

认定昌隆公司支付江苏一建工程欠款数额及利息是否正确；(二) 原判昌隆公司支付江苏一建停窝工损失是否正确。

(一) 原判认定昌隆公司支付江苏一建工程欠款数额及利息是否正确。首先, 关于案涉工程价款的结算依据。江苏一建上诉主张本案双方实际履行的合同是《补充协议》, 应据此结算工程价款; 昌隆公司认为根据《建设工程施工合同司法解释》规定, 《补充协议》为黑合同, 应当以《备案合同》作为工程价款结算依据。

本院认为, 第一, 《招标投标法》、《建设工程项目招标范围和规模标准规定》明确规定应当进行招标的范围, 案涉工程建设属于必须进行招标的项目, 当事人双方 2009 年 12 月 8 日签订的《备案合同》虽系经过招投标程序签订, 并在建设行政主管部门进行备案, 但在履行招投标程序确定江苏一建为施工单位之前, 一方面昌隆公司将属于建筑工程单位工程的分项工程基坑支护委托江苏一建施工, 另一方面江苏一建、昌隆公司、设计单位及监理单位对案涉工程结构和电气施工图纸进行了四方会审, 且江苏一建已完成部分楼栋的定位测量、基础放线、基础垫层等施工内容, 一审法院认定案涉工程招标存在未招先定等违反《招标投标法》禁止性规定的行为, 《备案合同》无效并无不当。

第二, 当事人双方 2009 年 12 月 28 日签订的《补充协议》系未通过招投标程序签订, 且对备案合同中约定的工程价款等实质性内容进行变更, 一审法院根据《建设工程施工合同司法解释》第二十一条规定, 认为《补充协议》属于另行订立的与经过备案中标合同实质性内容不一致的无效合同并无不当。

第三, 《建设工程施工合同司法解释》第二条规定, 建设工程施工合同无效, 但建设工程竣工验收合格, 承包人请求参照合同约定支付工程价款的, 应予支持。《建设工程施工合同司法解释》第二十一条规定, 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。就本案而言, 虽经过招投标程序并在建设行政主管部门备案的《备案合同》因违反法律、行政法规的强制性规定而无效, 并不存在适用《建设工程施工合同司法解释》第二十一条规定的前提, 也并不存在较因规避招投标制度、违反备案中标合同实质性内容的《补充协议》具有优先适用效力。

《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的, 应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失, 双方都有过错的, 应当各自承担相应的责任。建设工程施工合同的特殊之处在于, 合同的履行过程, 是承包人将劳动及建筑材料物化到建设工程的过程, 在合同被确认无效后, 只能按照折价补偿的方式予以返还。本案当事人主张根据《建设工程施工合同司法解释》第二条规定参照合同约定支付工程价款, 案涉《备案合同》与《补充协议》分别约定不同结算方式, 应首先确定当事人真实合意并实际履行的合同。

结合本案《备案合同》与《补充协议》, 从签订时间而言, 《备案合同》落款时间为 2009 年 12 月 1 日, 2009 年 12 月 30 日在唐山市建设局进行备案; 《补充协议》落款时间为 2009 年 12 月 28 日, 签署时间仅仅相隔二十天。从约定施工范围而言, 《备案合同》约定施工范围包括施工图纸标识的全部土建、水暖、电气、电梯、消防、通风等工程的施工安装, 《补充协议》约定施工范围包括金色和园项目除土方开挖、通风消防、塑钢窗、景观、绿化、

车库管理系统、安防、电梯、换热站设备、配电室设备、煤气设施以外所有建筑安装工程,以及雨污水、小区主环路等市政工程。实际施工范围与两份合同约定并非完全一致。从约定结算价款而言,《备案合同》约定固定价,《补充协议》约定执行河北省 2008 年定额及相关文件,建筑安装工程费结算总造价降 3%,《补充协议》并约定价格调整、工程材料由甲方认质认价。综上分析,当事人提交的证据难以证明其主张所依据的事实,一审判决认为当事人对于实际履行合同并无明确约定,两份合同内容比如甲方分包、材料认质认价在合同履行过程中均有所体现,无法判断实际履行合同并无不当。

在无法确定双方当事人真实合意并实际履行的合同时,应当结合缔约过错、已完工程质量、利益平衡等因素,根据《合同法》第五十八条规定由各方当事人按过错程度分担因合同无效造成的损失。一审法院认定本案中无法确定真实合意履行的两份合同之间的差价作为损失,基于昌隆公司作为依法组织进行招投标的发包方,江苏一建作为对于招投标法等法律相关规定也应熟知的具有特级资质的专业施工单位的过错,结合本案工程竣工验收合格的事实,由昌隆公司与江苏一建按 6:4 比例分担损失并无不当。江苏一建上诉主张应依《补充协议》结算工程价款,事实依据和法律依据不足,本院不予支持。

关于案涉工程价款利息,江苏一建上诉主张应自 2012 年 1 月 30 日起按照中国人民银行同期贷款利率支付工程款利息。一审法院认为,昌隆公司在施工过程中并无拖欠工程进度款情形,亦无拖欠工程款的主观恶意,且双方对于签订两份无效合同并由此导致工程价款结算争议发生均有过错,因此欠付工程款利息自江苏一建起诉之日按中国人民银行同期同类贷款利率计息。本院认为,《建设工程施工合同司法解释》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。案涉工程于 2011 年 11 月 30 日竣工验收合格并交付使用,案涉两份合同均被认定无效,一方面合同约定的工程价款给付时间无法参照合同约定适用,另一方面发包人支付工程欠款利息性质为法定孳息,建设工程竣工验收合格交付发包人后,其已实际控制,有条件对诉争建设工程行使占有、使用、收益权利,故从工程竣工验收合格交付计付工程价款利息符合当事人利益平衡。江苏一建公司主张从 2012 年 1 月 30 日起按照中国人民银行同期贷款利率支付工程款利息,本院予以支持。

(二) 原判昌隆公司支付江苏一建停窝工损失是否正确。江苏一建上诉主张应根据其实际发生的人工费、机械台班费损失支付窝工损失。本院认为,案涉工程 2011 年 7 月 20 日的工程联系单中,监理单位已经签章确认确实存在因昌隆公司原因导致江苏一建窝工 81 天的事实,但签证单中并未确定损失数额,也没有涉及停工损失的计算方法。江苏一建提供的停窝工损失证据相当一部分是其自己记载、单方提供的工人数量、名单、工资数额、现场机械数量等,昌隆公司对此不予认可,一审法院鉴于此前双方在施工过程中也曾发生过 8 天停窝工,双方协商的补偿数额为 7 万元,基本可以反映出停窝工给江苏一建造成的损失程度,酌定 81 天停窝工损失为 70 万元并无明显不当。

另外,江苏一建上诉主张一审判决预先扣除 1972553.25 元维修费不当。本院认为,案涉工程鉴定机构在进行现场勘验时发现楼梯间与不采暖走道及住宅间的隔墙保温层厚度达不到设计要求,且该质量问题并非业主使用造成,而是江苏一建在施工过程中未按图纸施工所致,因此应由江苏一建承担质量责任。一审判决认为昌隆公司要求江苏一建对存在质量问

题部分进行整改并将该部分工程款 1972553.25 元暂不处理,待江苏一建整改合格之后双方另行结算并无不当。

江苏一建上诉主张改判昌隆公司支付全部欠款之日起 15 日内向其交付全部施工资料。本院认为,提交竣工验收资料是施工单位的法定义务,其在特定情况下享有抗辩权并不意味着可以一直不履行交付竣工资料的义务,且江苏一建在一审庭审中也认可交付资料,故一审判决江苏一建于判决生效之日起 15 日内向昌隆公司交付全部施工资料并无不当。

综上所述,江苏一建的上诉请求部分成立。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项规定,判决如下:

二审裁判结果

一、维持河北省高级人民法院(2013)冀民一初字第 17 号民事判决第二项、第三项、第五项;

二、撤销河北省高级人民法院(2013)冀民一初字第 17 号民事判决第四项;

三、变更河北省高级人民法院(2013)冀民一初字第 17 号民事判决第一项为:唐山市昌隆房地产开发有限公司于本判决生效之日起十五日内给付江苏省第一建筑安装集团股份有限公司欠付的工程款 10297320.69 元,并自 2012 年 1 月 30 日起按照中国人民银行同期同类贷款利率支付利息至付清之日止;

四、驳回江苏省第一建筑安装集团股份有限公司的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务,应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条规定,加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审本诉案件受理费 306512 元,由江苏省第一建筑安装集团股份有限公司负担 206512 元,唐山市昌隆房地产开发有限公司负担 10 万元,鉴定费 120 万元,双方各自负担 60 万元;反诉案件受理费 51873 元,由江苏省第一建筑安装集团股份有限公司负担 7492 元,由唐山市昌隆房地产开发有限公司负担 44381 元。二审案件受理费 133801 元,由江苏省第一建筑安装集团股份有限公司负担 123801 元,由唐山市昌隆房地产开发有限公司负担 1 万元。

本判决为终审判决。

审判长 李琪

审判员 谢爱梅

代理审判员 赵风暴

二〇一七年十二月二十一日

书记员 武泽龙

关于建设工程质量问题的裁判规则

一以最高法院 2017 年判决书裁判观点为视角

来源：律师协会

山东信望律师事务所 张晖东

(此论文获 2018 年山东律师优秀论文评选房地产建设工程类三等奖)

内容摘要：本文以 2017 年最高法院判决书的裁判观点为视角，介绍了最高法院审理建设工程质量纠纷案件的裁判规则，对正确解决建设工程纠纷案件的质量问题有重大的启示意义。

关键词：建设工程 质量问题 最高法院

在中国裁判文书网上，以判决书载明的裁判日期为检索条件进行检索，自 2017 年 1 月 1 日至 2017 年 12 月 31 日，最高法院共计公布了 138 件建设工程合同判决书，其中有 59 件发包人提出工程质量问题，有 36 件发包人对质量问题提出反诉。尽管法律法规、司法解释对质量问题有严格的规范，但并不能涵盖所有的建设工程质量问题。现结合 2017 年判决书中最高法院的裁判观点，谈谈最高法院关于建设工程质量问题的裁判规则。

一、建设工程质量问题的本质是施工质量达不到施工图纸设计的要求。

《中华人民共和国合同法》第二百七十九条规定，建设工程竣工后，发包人应当根据施工图纸及说明书、国家颁发的验收规范和质量检验标准及时进行验收。验收合格的，发包人应当按照约定支付价款，并接受该建设工程。《建设工程质量管理条例》第十六条规定，建设单位收到建设工程竣工报告后，应当组织设计、施工、工程监理等有关单位进行竣工验收，建设工程竣工验收应当具备下列条件：(一)完成建设工程设计和合同约定的各项内容；(二)有完整的技术档案和施工管理资料；(三)有工程使用的主要建筑材料、建筑构配件和设备的进场试验报告；(四)有勘察、设计、施工、工程监理等单位分别签署的质量合格文件；(五)有施工单位签署的工程保修书。建设工程经验收合格的，方可交付使用。

换言之，在工程竣工验收阶段，参加验收的单位要根据施工图纸进行验收，如果建设工程施工质量与施工图纸设计文件一致，验收就合格；否则，就存在质量问题。譬如，在 2017 年 12 月 21 日判决的(2017)最高法民终 175 号案件中，最高法院这样评判：案涉工程鉴定机构在进行现场勘验时发现楼梯间与不采暖走道及住宅间的隔墙保温层厚度达不到设计要求，且该质量问题并非业主使用造成，而是江苏一建在施工过程中未按图纸施工所致，因此应由江苏一建承担质量责任。

二、建设工程质量争议的分类。

(一)按质量争议部位分类：地基基础和主体结构质量争议、非地基基础和主体结构质量争议。

(二) 按质量争议发生时段分类: 施工中质量争议、竣工验收中质量争议、保修阶段质量争议和保修期满后的质量争议。

(三) 按引起质量争议产生的原因分类: 设计缺陷引起的争议、建筑材料构配件设备不符合强制性标准引起的争议、偷工减料引起的争议、未经竣工验收擅自使用引起的争议。

(四) 按诉讼时效是否超过划分: 未超过诉讼时效的质量争议、超过诉讼时效的质量争议。

以上划分, 仅仅是简单的区分, 好多质量问题其实是混合在一起的。譬如, 2017 年 9 月 29 日判决的 (2017) 最高法民终 579 号案件。该案中, 交通公司提出反诉, 反诉质量损失 19873083.76 元。在一审法院判决交通公司完败后, 交通公司向最高法院上诉, 其称秀水路改扩建工程未完成交工, 未进行竣工验收, 交通公司不存在擅自使用的问题。“路面面层厚度不符合设计要求”, 属于主体结构质量问题, 中建一局对此负有终身质量责任, 已交付使用或者已过质量保修期并非承包人工程质量担保责任的免除条件。中建一局辩称, 中建一局已向交通公司提交《交工验收证书》, 涉案工程自 2010 年 12 月 31 日通车运行至今, 该工程已实际竣工。道路质保期为一年, 148 号和 165 号两份质检意见出具时间均已过质保期, 165 号质检意见所涉及的路面厚度问题, 不是基础工程和主体结构问题。从该判决书中双方的争议点来看, 包括未经验收擅自使用的质量问题、包括质量是否为地基基础和主体结构质量问题、包括路面面层厚度不符合图纸设计要求的质量问题、质量是否过质保期的问题等。

三、最高法院 2017 年判决书关于处理质量问题的裁判规则。

(一) 工程质量是否合格, 在当事人有争议并且已经进行了司法鉴定的情况下, 应当依据鉴定结论作出判断。

在 2017 年 12 月 27 日判决的 (2016) 最高法民再 367 号案件中, 最高法院这样评判: 双庆公司虽然在一审庭审中主张“我们仅是程序验收, 不是质量验收”, 但并没有否认分步验收的真实性, 而是主张工程质量是否合格只能依据鉴定结论作出判断。本院认为, 工程的质量是否合格, 在当事人有争议并且已经进行了司法鉴定的情况下, 应当依据鉴定结论作出判断。现依据鉴定结论, 应认定工程质量不合格。

(二) 发包人对地基基础和主体结构的质量问题存在过错的, 要承担相应的民事责任。

在 2017 年 12 月 27 日判决的 (2016) 最高法民再 367 号案件中, 最高法院认为: 渝万公司在进行施工的过程中, 每一道工序, 都已由建设单位、设计单位、勘察单位、监理单位、质检单位参与验收, 且都是在上述单位认可其上一工序质量合格之后才进入下一工序施工的。现鉴定报告提出的基础工程存在桩底软弱夹层和夹泥裂隙影响主体结构的安全性、桩端扩底和嵌岩深度达不到设计要求等问题, 与工程分步验收中的结论明显不符。应当认定, 案涉厂房基础工程质量最终被鉴定为成批不合格, 责任不完全在施工方渝万公司。根据合同法第二百八十一条关于“因施工人的原因致使建设工程质量不符合约定的, 发包人有权要求施工人在合理期限内无偿修理或者返工、改建”的规定, 本院认为, 对 A、B 厂房基础加固措施费用 9941386.90 元, 应由渝万公司承担部分费用, 综合考虑本案具体事实, 可酌定由其承担 60%。原审判决判令渝万公司承担全部维修整改费用不当, 本院予以纠正。

(三) 建设工程已过保修期后, 发包人提出质量问题 (非地基基础和主体结构质量问题) 请求赔偿损失, 法院不予支持。

在 (2017) 最高法民终 579 号判决书中, 最高法院认为: 根据《城市道路管理条例》第十八条规定, 城市道路实行工程质量保修制度。城市道路的保修期为 1 年, 自交付使用之日起计算。保修期内出现质量问题, 由有关责任单位负责保修。而交通公司主张涉案工程存在的道路混凝土厚度等问题应为主体结构质量问题, 中建一局负有终身质量责任, 但并未提交充分证据证明自己的主张。原审判决依照《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》第十四条第二项规定, 认定交通公司关于工程质量的异议已过保修期并无不当。交通公司该上诉理由不能成立, 本院不予支持。关于交通公司主张中建一局因施工质量缺陷赔偿其经济损失 19873083.76 元的主张是否成立的问题。一方面, 交通公司提交的《关于对西宁市秀水路改扩建工程完工前质量复检的意见》(青交质监字【2014】165 号) 与其向中建一局出具的“回复函”内容存在矛盾, 且该复检意见出具于 2014 年 11 月 19 日, 原审判决认定其提出的质量异议均发生在保修期之外, 中建一局不应对此承担赔偿责任并无不当。另一方面, 交通公司反诉主张的赔偿数额系将完成秀水路改扩建全部工程量的造价作为赔偿依据, 但交通公司没有充分证据证明秀水路存在质量问题必须全部重建施工, 故原审认定交通公司主张赔偿数额的依据不足并无不当。交通公司该上诉理由不能成立, 本院不予支持。

(四) 超过诉讼时效后, 发包人提出质量问题 (非地基基础和主体结构质量问题) 并请求赔偿损失, 法院不予支持。

在 2017 年 9 月 28 日判决的 (2017) 最高法民终 471 号案件中, 最高法院认为: 本案首先须解决的问题是, 中铁十八局对本案的起诉是否已超过诉讼时效期间。根据中铁十八局向法院提交的《兰新铁路甘青段 LXS-2-2 标隧道检测结果汇总》及各隧道二衬、仰拱整治检查验收记录表显示, 2012 年 11 月 6 日, 案涉工程的二衬、仰拱存在质量缺陷等问题就已经被发现, 中铁十八局随后陆续对上述缺陷问题进行了修复和整治, 于 2013 年 11 月 3 日修复整治完毕并经监理单位全部验收合格。至此, 由于修复工作已经完成, 修复费用也已固定, 如确系葆岚公司施工导致上述质量缺陷问题, 并对中铁十八局造成损失, 中铁十八局已经明知或理应知道其权利受到侵害, 因此, 诉讼时效期间应从此时起算。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十五条规定, 向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年, 本案诉讼时效期间自 2013 年 11 月 3 日起, 至 2015 年 11 月 2 日即届满两年。中铁十八局于 2016 年 6 月 27 日提起本案诉讼, 已超过法定诉讼时效期间。故一审判决认定中铁十八局对本案的诉讼已超诉讼时效期间, 并驳回其诉讼请求并无不当。中铁十八局认为本案诉讼时效期间应从 2014 年 6 月 11 日起算, 因而本案未超过诉讼时效的上诉理由, 缺乏事实依据及法律依据, 本院不予采纳。至于中铁十八局在庭审中所称本案存在案外因素, 导致其未能在诉讼时效期间提起诉讼请求, 由于该案外因素并非诉讼时效中止、中断的法定事由, 本院不予审查。由于本案诉讼时效期间已过, 中铁十八局已丧失本案胜诉权, 对于其提出的其他上诉理由, 本院不再审查评判。

(五) 在建设工程已竣工验收合格的情况下, 发包人反诉主张质量问题 (非地基基础和主体结构质量问题) 请求支付违约金不成立, 工程存在质量问题可通过保修等途径解决。

在 2017 年 3 月 31 日判决的 (2017) 最高法民终 360 号案件中, 最高法院这样评判: 关于工程质量问题, 中天集团浙江公司、昌泰公司及唐山特种设备监督检验所、唐山市质量技术监督局签字盖章的《锅炉总体验收记录》记载内容表明, 昌泰公司锅炉安装工程已经验收合格交付。昌泰公司提交的相关证据虽然载明工程存在质量问题, 但昌泰公司未提交证据表明该质量问题导致锅炉总体不符合法定或约定验收合格标准, 进而否定上述单位出具的《锅炉总体验收记录》产生的验收合格效力。昌泰公司认为中天集团浙江公司工程质量未达到合同约定的合格标准, 缺乏事实依据。其主张中天集团浙江公司应当支付工程质量违约金, 本院不予支持。昌泰公司就工程存在的质量问题, 可依照双方约定由中天集团浙江公司通过保修等途径解决。

(六) 建设工程擅自使用后, 又以工程质量问题申请鉴定并扣减工程价款的, 法院不予支持。

在 2017 年 10 月 30 日判决的 (2017) 最高法民终 733 号案件中, 最高法院评判: 关于一审法院对六合盛公司申请工程质量鉴定未予准许是否妥当问题。建设工程施工合同纠纷司法解释第十三条规定: “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。” 本案中, 六合盛公司在接收使用案涉工程后, 又以工程质量问题为由申请鉴定并主张扣减相应的工程价款缺乏事实与法律依据, 一审法院未允许对案涉工程进行质量鉴定并无不当, 本院予以维持。关于六合盛公司主张案涉工程维修费用问题。案涉工程至今未经竣工验收, 但六合盛公司已将案涉房屋交付业主使用。并且六合盛公司提交的其与宏远建筑公司签订的施工合同、工程结算审定表、工程结算书, 不能证明案涉工程是因中建一局施工质量出现问题导致需进行防水维修。故, 本院对六合盛公司 300 万元维修费的主张予以驳回。

(七) 建设工程已验收合格, 尽管存在部分未完工和质量不合格的情况, 但案涉工程已交付使用表明双方认可现状交付, 发包人关于工程款支付条件尚未成就的主张不成立, 法院不予支持。

在 2017 年 6 月 26 日判决的 (2017) 最高法民再 125 号案件中, 最高法院这样评判: 尽管案涉工程存在部分未完工以及质量不合格的情况, 但案涉工程已交付使用的事实表明双方认可现状交付, 对于未完工部分的工程款一、二审法院已经予以扣除, 且案涉工程存在的质量不合格问题不属于地基基础工程和主体结构质量问题, 京宏公司可向新兴公司主张修复责任, 上述问题不能成为其拒付工程款的抗辩理由。据此, 二审法院判令京宏公司支付工程款并无不当, 该公司关于工程款的支付条件尚未成就的申请再审主张不成立, 本院不予支持。

四、启示。

从最高法院 2017 年的判决书中关于质量问题的裁判规则来看, 作为承包人来讲, 施工必须要严格按照施工图设计文件的要求进行施工, 严格按照施工图设计文件要求的施工技术标准进行施工, 否则要承担质量不符合约定引起的民事责任; 作为发包人来讲, 施工图设计文件必须经过审查批准, 必须承担质量问题的举证责任, 对质量问题必须在规定的期限内提起, 否则其主张很难得到法院支持。