

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

司法解释的理解与适用

一、《解释》起草的过程

这个解释于 2002 年 3 月开始启动，启动到正式颁布有两年半的时间，在两年半期间，先后征求了法院系统、各地法院、建设部、全国人大法工委、国家审计署、施工企业协会、房地产开发商、律师、房地产中介评估机构等有关部门的意见，在网上也征求了社会各界的意见，先后改了 20 稿，最后才形成这个稿子，经过审判委员会两次讨论通过。

司法解释从最高法院的角度来讲有两个方面考虑：一是法院审理此类案件，这么多年在一些问题上，掌握的尺度不一致，需要来平衡、统一执法的尺度。二是建筑行业在近几年的市场不是很规范，需要法院通过司法手段作为滞后处理建设工程施工合同纠纷的一个机构，通过审判的方式进一步规范建筑市场，配合建筑行政管理部门，配合国家法律法规，通过审判渠道规范建筑市场，基本是这两个方面的考虑。

二、司法解释的结构

这个解释总共有 28 条，从大法律上讲，分两个方面，大家都知道民法上分物权和债权，债权分合同之债，侵权之债，无因管理和不当得利，这个《解释》是调整建设工程施工合同纠纷案件的一个司法解释。其中有一条是讲侵权问题。

1—26 条讲的是建筑施工合同方面的，从法律上讲就是合同之债；

27 条讲的是关于建设施工合同的侵权问题；28 条讲的是司法解释实施的时间和溯及力以及法律冲突的问题。

前面 26 条分成两个部分：

1—23 条讲的是实体问题；24—26 条讲的是程序。

1—23 条的实体问题分成 4 块：

1—7 条讲的是建设工程施工合同的效力，主要谈合同无效，或者合同外观上像无效，实际上认定有效的问题；8—10 条讲的是建设施工合同的解除，哪种情况下发包人有解除权，承包人有解除权，合同解除以后，解除的法律后果如何；11—15 条讲的建设工程施工合同的质量问题，质量纠纷如何处理；16—23 条讲的是工程价款。

这个结构跟一般法律规定的结构不一样，一般法条的结构都是“总则”、“权利义务”、“法则”、“附则”，但因为这个稿子是一个司法解释，制定司法解释的宗旨是执行法律过程中哪一个方面需要解释，才做出解释，不是完全按照法条的结果来确定司法解释的结构。大体上也得按照法理梳一下辫子，所以最后就确定了这么一个体例。从实务来看，诉讼到法院的纠纷，核心就是承包人要钱，要求支付拖欠的工程款，或者工程量比合同约定的量多，要求多支付工程款。甲方不给或少给，理由是工程质量存在问题，施工方存在拖延工期，要求乙方支付违约金，以达到抵消、吞并应当支付工程款的目的。一个要求给钱，另外一个希望不给或者少给。打官司主要体现在这一个方面上。

这是对司法解释的结构给大家做一个简要的概括。就是从“帽子”上来讲，使大家对这个解释有一个总体的印象。

《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《解释》），最高法院颁布的司法解释里，最后的定语有的是落到“解释”上，有的是落到“规定”上。为什么有的是“解释”？有的是“规定”呢？区别主要体现在：

“解释”一般是司法解释的条文在现行法上找到相对应的条款，这种情况讲的是“解释”，实际上是对具体的法条做出的解释。

如果按照法律精神、法律规定的原则做出的解释，写的是规定，因为司法解释的条文在现行法上找不到相对应条款，所以写的是“规定”。

最高法院颁布的证据规则，是规定，还有其他的一些解释，比较原则的，写的是规定，有类似创设条文的意思，但这个条文肯定是按法的精神、法律规定中的原则来制定的。

根据《民法通则》《合同法》《招标投标法》《民事诉讼法》等法律制定本解释，实际上这个解释里很多的条款按照《建筑法》的规定制定的。在起草《解释》过程中，这个“帽子”里还是有建筑法的，审判委员会讨论过程中，把《建筑法》作为《解释》的依据给删掉了，主要是两方面的考虑：

一是人民法院的审判实务过程中，审理建设工程施工合同案件时，适用《建筑法》的情况非常少；二是考虑《建筑法》是一个管理法，管理法本质是条件管理人和相对人之间行政关系，规定的是建筑行政管理行政部门的行政职权，虽然有一

些内容是调整民事主体、平等主体之间的民事权益,但这样的条款不占主导地位,所以从整体上来讲,是一个管理法,在民事司法解释里,把一个管理法作为法律依据不妥,所以最后没有将它作为依据。

三、条文解释

(一) 第一条

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。首先哪些情况会导致建设工程合同无效,我做一下背景介绍。《合同法》《建筑法》《招标投标法》《标准化法》《城市规划法》等法律以及一些行政法规(像国务院颁布的《建设工程质量管理条例》、建设部颁布的部办规章以及地方性法规等规范性文件),到跟建设工程施工合同有关系的,使用类似、强制性表述的条款,比如说使用“不得”“禁止”“不应当”等等,这样的条款大概有60多条,这些条款我们没有列进去作为认定合同无效的法律依据,我们考虑到这些规定在法律阶段上比较低,有的部办规章、地方性法规按照《合同法》52条规定来讲,只有违反了法律跟行政法规的强制性规定,才能导致合同无效。最高人民法院的司法解释里规定,人民法院在适用法律、引用法律条文时,只有法律跟行政法规、司法解释才属应当适用的,部办规章、地方性法规、民族自治条例等这些规范性文件只是参考,没有强制适用的法律效力。结合法律跟司法解释的规定,我们认为,这些比较低的规范性文件,不能够导致建设工程施工合同无效。这是一个方面的考虑。另一方面考虑到很多的规范性文件只是调整建设工程施工合同某一部分内容,比如说,调整建设工程施工合同规划的,拿到开工许可证有7个条件,其中两个条件要拿到建设工程规划许可证与建设工程用地许可证,这两个证是核心,拿到规划许可证时,需要规划部门进行审核。因为是调整一部分内容,对整个建设工程施工合同不会导致施工合同的无效,最多也只是某些条款的无效。

《合同法》确立了一个原则,如果法律没有禁止性规定的,合同就应当是有效的,就应该得到全面实际的履行,保证社会经济关系顺向流转,这也是法律规定的原则,尽可能地减少无效,这也是法院执法过程中司法裁判的一个原则。

即使这样，还有很多条款可能会导致合同无效，我们也没有列进来，没有列进来，并不是说这些条款对法院的裁判没有影响，仍然是有影响的，法院审理涉及到这些条款的案件时，也会导致建设工程施工合同无效。我们列了三种，这三种情况是法院审判案件过程中比较常见的，有些内容是需要提示法官注意的，是这个指导思想，并不是没有列进来的所有条款并不适用。

下面就三项的内容做一个简要的介绍。

1. 第一项内容

“承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的”。“未取得施工资质”就是没有资格干这个活，在这个情况下，应当无效。但“超越资质等级”这个条件就比较严格了，在《最高人民法院关于审理房地产开发经营案件若干问题的解答》司法解释里规定了房地产开发企业没有经营范围，不是一个开发企业，而是一个贸易公司，一审期间若补办了手续，取得了房地产开发经营权，房地产经营合同仍然有效，在最高法院现在准备要出台的司法解释，关于《土地使用权转让》司法解释里规定，对土地转让的企业没有房地产开发经营权，在一审受理之前，把这个手续补上了，认定合同有效。条件比以前严格一点了，但不管是那种情况补办，这个条件相对宽松，房地产开发企业打官司时，超越资质等级许可范围内，承揽了工程项目进行开发，买房、合作建房、项目转让，不会导致合同无效，即使没有经营范围，在法院一审案件受理之前补上了，合同会由无效转成有效。

法院对房地产开发案件还是从宽的，但为什么对建筑施工企业采取这么严格的条件，主要是两个方面，一是法条本身规定了非常严格的条件，《建筑法》规定建筑施工企业不得超越本企业资质等级许可的范围而承揽建设工程，这是法条禁止的。二是，建筑产品本身具有特殊性，直接危及到千家万户的生命和财产的安危，基于这种建筑产品的特殊性，对建筑施工企业规定了非常严格的市场准入条件，门槛比较高，而且这跟当前规范整顿建筑市场秩序也相关。建筑市场秩序混乱在很大程度上是因为建筑工程存在层层的分包和转包。所以最高法院在制定司法解释时，就按照法庭规定的文义内容和法律规定的精神，承包人超越企业资质等级的情况下，也会导致建筑工程施工合同无效，这是第一条文的第一项内容。

2. 第二项内容“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”。“借用名义”实际上是承揽工程，与他人签订合同。一般的表现

形式就是挂靠、联营、内部承包。里面城建五公司，下面设立一个第八项目经理部。这第八项目经理部跟武公司实际上两张皮，这伙人是独立的，每年给五公司交一点钱，说是管理费，交钱的本质是五公司出卖自己的营业范围跟资质等级。就社会效果来说，是逃避、规避了国家建筑行政管理部门对建筑施工企业有效的监管，把一个门槛低的资质等级不够的施工单位或者说一个零散的组织带进了建筑市场。在这种情况下，也应该认定合同无效。这也是《建筑法》明文规定的。

在制定条文时，有一个前提，以挂靠、联营、内部承包三种表现形式征求建筑施工企业、建设部意见时讲，现在因建筑行业属于改革发展的时期，各种企业之间整合、兼并、相互参股的方式很多，认定无效的协议与建筑施工企业深化改革过程中采取的措施的区别很难拿到一个临界点，所以把那三种表现形式给取消了。

3. 第三项内容“建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的”。“建设工程必须进行招标”是《招标投标法》第4条规定的，规定了6、7种情况，主要是指全部或部分使用国有资金的项目，使用了外

国和国际组织贷款的项目，国家投资建设重点大型建设项目等，必须进行招标。

“中标无效”也是《招标投标法》规定，法律责任里有6种属于中标无效的情形，这6种情况都是违反《招标投标法》招投标的规律。比如说，招标人和投标人之间恶意串标，招标人泄露标的等。

为什么要规定这一项？主要是《招标投标法》在我们国家法律体系中属于执行比较差的一部法律，全国人大法工委同志讲，“应当进行招投标的项目，只有5%进行了招投标。”执行比较差的责任主要是在建筑管理部门，人民法院也有责任，因为有些应当招标案件，应该认定无效，而法院认定有效。所以法院应当重视《招标投标法》。

《招标投标法》跟《建筑法》不一样，《建筑法》主要是管理法，是调整行政管理关系的法律。《招标投标法》主要是调整民事主体之间的民事法律，应该引起足够的重视，严格执行这部法律。也是我们的一个指导思想。

《招标投标法》明确规定：中标通知书对双方当事人具有法律约束力。中标通

知书具有法律约束力的含义是什么？我个人理解为：中标通知书具有合同效力，有法律约束力。法律规定，只要是中标了，就应该产生法律效力。所以中标无效的情形就应该导致合同无效，这是法条明文规定的。基于这些考虑，把这一项内容给列进去了。原来还有一项内容给删掉了，就是发包人肢解发包建设工程的。

《建筑法》和《国务院行政法规建设工程质量管理条例》规定：禁止发包人肢解发包建设工程。为什么要删掉了，主要是考虑到《建筑法》正在修订，准备修订这部分内容。所以我们也没有把这部分内容写进去。

（二）第二条

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。这两个前提，一是合同无效，二是工程经竣工验收合格，在这种情况下，可以参照合同约定支付工程价款。法律规定合同无效有两个法律后果，一是合同无效以后，双方当事人应当返还到原始状态，不能返还折价补偿；二是如果履行了无效合同造成了损失，这个“损失”由双方当事人按导致合同无效的过错来分担。履行建设施工合同的过程就是把建筑材料、劳动力跟建筑施工企业的管理物化到建筑产品中的一个过程，是一个加工承揽合同，加工的标的物本质是一个不动产。在合同无效时，不能把水泥、钢筋拆出来，返还给投资人，只能够对现有建筑物的价值、出价方进行折价补偿。但存在一个按什么标准来折价补偿的问题，在讨论司法解释过程中，建筑施工企业始终坚持一个观点，就是按照定额标准折价补偿，按照当年当时当地适用的建设工程施工定额标准进行补偿，这我们有所考虑，因为现在的建筑市场属于卖方市场，施工企业很难承揽到工程。签订的合同价款总体上来讲，比工程定额标准包括定额工期、定额价款都要低，合同无效以后，按定额标准返还，对施工企业来说是有利的，所以起草司法解释这两年半的时间，针对这个条款，全国各地的建筑施工企业和建筑行业有关的组织始终坚持按照工程定额标准来折价补偿，合同无效以后，按定额标准，这是一个观点；另外一个观点主张按照清单计价规范，从2001年开始，建设部实行清单计价规范，这是一个综合单价的计价方法，是定额计价与完全市场化的招投标之间的一种过渡方式，就建设部的规范性文件讲，计价方法分单价计价和综合单价计价与合理低价，三种计价方式。

工程费用里分直接费、间接费、利润和税金。单价计价只计直接费。

综合单价计的价款包含了工程费的所有内容，指直接费、间接费、利润。综合到这一部分，核算了所有的价款，是一种过渡方式。现在建设施工行业实行并行，定额标准适用、综合单价也适用，有的项目还进行招投标，招投标应该是发展的最终趋势，是合理低价，在成本和利润之上，确立一个合理低价，进行招投标。不允许在合理低价之下在低了，这是保证工程质量，保证企业利润的基本方案。

合理低价是最终的一个发展趋势，这也是国际上通行的一种方案，但建筑市场到现在为止还没有过渡到这个趋势。还有一种方案主张据实结算。按照签订合同时，建设行政主管部门发布的市场价格信息，据实核算，认为这种方案最符合实际，因为价格信息随着市场行业的波动，不间断地发布，所以签订合同时市场价格信息最符合签约时当事人的真实意思，所以符合当时的市场行情，也是建筑行政主管部门包括建设部主张的观点，认为合同无效应该是全国据实结算。有一种观点认为，建设施工合同的核心就是质量，质量的，合同就按有效合同处理。

还有一种观点就是现在条文写的，“合同无效”“工程经竣工验收合格的”，参照合同约定，支付工程价款。审判委员会讨论时，一致采纳了这种观点，他们认为如果适用定额标准，就跟制定司法解释规范建筑市场这个目的不符，如果适用定额，很多施工企业在合同里设点隐患，打官司打成无效，合同无效以后还可以多拿钱。这个跟规范建筑市场的目的不符。

清单计价规范认为所有的案件法官都不能具体核算工程款，需要去鉴定，但对当事人来讲，诉讼成本太高，对法院来讲，审理的周期太长，不利于节省诉讼的资源，所以不同意这个观点。

按照建筑行政部门发布的市场价格信息，认为这种方案现在还不成熟，因为只发布到大中城市，有的边缘地区还没有这种市场价格信息，这种形成也需要鉴定。所以认为不妥。

全部按照有效合同处理，与法律规定的无效合同原则相悖，也不妥，所以他们认为，合同无效质量合格，在这种情况下，基本上可以按照合同约定支付工程价款。因为核心就是质量，建筑市场的准入条件，包括分、转、包，很多管理严格的措施就是保证工程质量，如果质量合格了，按照合同约定，支付工程价款问

题不大。

从法律上来讲，这里面还隐含了一个意思，工程质量合格了，就

可以在某些条款里，按照有效合同处理。像合同的核心条款就是工程结算条款，可以按照有效合同处理。在某种程度上来讲，体现了工程质量的标准，甚至高于合同效率，存在这么一个问题，我们也找过专家来论证这个事，也看了国外的一些规定，应该说，在国外的一些法律里，也体现了这样的一些原则，有一个转化的规定，工程质量合格了，或者某种程度上，应该按照合同约定，增加支付某些价款，本质来讲也是一种转化过程，也可以按有效处理的主导思想。所以我感觉这不是司法解释新创的原则。与《合同法》《建筑法》规定“保证工程质量”的宗旨是一致的，这一条在《解释》里是非常重要的一个条款。

（三）第三条

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。

首先由承包人修复，修复的法律依据是《合同法》第15章承揽合同做出的规定，承揽人加工订做物时，订做物出现了瑕疵，首先是由承揽人返工修理改建，承担的是这个责任。对工程验收不合格的，首先处理的不是修复，而是去鉴定，这是最高法院的一个原则，尽可能

地减少鉴定，既然法律规定了，承揽人有修理的义务，就先让他修一下，如果是小的毛病，修完以后，验收合格了，这种情况，业主应参照合同约定支付工程价款。支付工程价款不意味着承包人第一次验收不合格就不承担责任了，应该承担修复的费用，法律规定合同无效造成的损失，他也应该承担。

第二项讲的是“修复后的建设工程经竣工验收不合格”，修复以后还不符合，这种情况业主可以不支付工程价款，已经支付的工程价款可以要回来。因为在这种情况下，可能是一个豆腐渣工程，承包人要承担责任，《合同法》和《建筑法》

明文规定，未经验收与经验收不合格的工程不得交付使用的，修复以后仍然不合格的，业主不应该支付工程价款。

“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。”因为有的工程质量的缺陷，发包人也是有过错的，在这种情况下，发包人也应该承担相应的民事责任。

第一条讲的合同无效的情形，第二条讲的合同无效、工程质量合格处理原则，第三条讲的是合同无效、工程质量不合格的处理原则。这三条是紧密联系在一起，都属于合同无效的倾向。

（四）第四条

第四条分成两层意思，第一层讲合同无效的情形，第二层讲法院适用民事制裁措施的情形。

“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。”同样是合同无效，为什么第四条这三种情况不列入第一条里？或者说第一条里有的内容为什么在第四条里又重复呢？因为这三种情况属于三方两个法律关系，这三方两个法律关系有承继性，有牵连。

对“收缴”怎么看？就一个指导思想，《民法通则》在134条规定了几种民事制裁措施，法院对当事人的处罚基本是两种措施，一种是对妨碍民事诉讼程序的处罚措施，这是民事诉讼法规定的，在民事实体，适用的是民事制裁措施，民事制裁就是当时人签订合同时，实体上违反了法律规定，需要法律进行制裁，包括训诫、罚款、收缴违法所得等几种情况，但最高法院认为，民事制裁措施应当慎用。

收缴只收缴取得的违法所得，对约定取得的不收缴，这是一个原则；对行政管理机关以后做过行政处罚的，人民法院不再进行收缴，这是一个思路。

（五）第五条

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。

第一条讲到施工企业超越资质登记的应该属于无效的情况，但建设部门对建设施工企业资质等级实行动态管理，动态管理存在升级与降级的两种可能性。

（六）第六条

第六条是关于垫资的问题，跟第二条一样，是《解释》里比较重要的一个条款，首先讲一下背景情况：

垫资在法庭审理过程中，认识上有一个变化的过程，1995年以前，法院审理这类案件对垫资合同或者垫资条款认定为无效；1995年——2000年这个时间段，有的淡化了垫资的合同效力，对垫资的利息不再收缴（有收缴的，也有不收缴的），有的认定有效，有的认定合同无效，有的不提这个合同效力，隐含的意思就是默认了，合法化了；2000年以后，各地法院对这类案子不再认定无效，但也没有旗帜鲜明地认定有效，所以对合同有一个认识上的变化过程。在讨论司法解释过程中，我们认为垫资合法化的条件与时机已经成熟，主要考虑到几个方面：

一是认定垫资合同无效于1990年原国家计委、国家工商局的一个文件——禁止垫资施工的一个通知，这个通知从法律效力来讲，低于部办规章，只是一个规范性的文件，合同法颁布以后，不能作为认定合同无效的法律依据，不是法律行政法规，连部办规章的层次都没有达到，在那个通知里，将垫资界定为企业法人之间违规变相拆解资金的行为，认定无效。除了这个规定以外，没有见过其它认为垫资无效的规定。

从施工合同的性质来看，施工合同是一个承包合同，承包合同是一个组合合同。

从国外的立法来看，德国的《民法典》应该是大陆法系最原始的版本，是允许垫资的，明确规定垫资的比例、利息而且把垫资与支付工程款区分开，垫资有独立的条款进行规定，需要进行垫资。从国内建筑市场的实务来看，所有的施工行业都有垫资，因为法院认定垫资无效，所以导致前期施工的当事人签订变相垫资的合同，造成法院审理上的不便和当事人利益受到损失，因为法院认定垫资无效，收缴垫资利息，而且有的处罚数额比较大，所以当事人为了变相垫资，签订假的房屋买卖合同，合作建房合同，假的委托贷款合同，实际上，这些合同的本质就是垫资，到法院审理这种案子时，双方各执一词。

基于以上各方面的考虑，最高法院认为，垫资合法化的条件和时机已经成熟，应该明确垫资合法，允许垫资，这样在建筑市场改革过程中，淘汰一些资金状况

比较差的一些小企业，通过垫资的方式，进一步强化有竞争能力的大型企业，可以在建筑行业实现重组和整合。

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。

垫资必须在条文里有垫资的表述，没有这种表述，就不能认为是垫资。

现在社会上的游资很多，所以高于银行法定基准利率的，属无效。“当事人对垫资没有约定的，按照工程欠款处理。”垫资款本身也是工程款，工程欠款跟垫资款之间有什么差别？在起草《解释》过程中，反复琢磨的地方，工程欠款和垫资款在法律性质上有没有区别？

德国的《民法典》将垫资与工程款区分开规定，有一样的规定，也有差别上的规定，至于到底有什么区别，没有最终的解答，有待于进一步研究。

“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。”

（七）第七条

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。

对法律人来讲，这是一个问题，劳务分包是否视为转包合同，认定无效？有一些法院专门请示过。

劳务分包与专业技术分包是有差别的，劳务分包的合同性质不是一个劳务合同，也不是劳动合同，是建筑工程施工合同的组成部分，合同性质是建筑工程施工合同。劳务分包合同和总包合同跟专业技术分包合同之间的关系不是分包的问题，而是把一个工程里的简单劳动剥离出去，交给劳务分包单位进行施工。不是再分包第二次。也就是说，劳务分包与专业分包的差别一个是简单劳动，一个是复杂劳动。从建设部的规定来看，劳务作业分包分8个工种，3个资质等级。对劳务作业规定只准分包一次，劳务作业分包单位不准把劳务作业再分包给别人。

第五条讲的是资质等级升级的情况，第六条讲的是垫资，第七条

讲的是劳务作业分包，这是前七条关于合同效力问题。8—10条讲的是合同解除问题。

对具体条文说明之前，先说一下关于合同解除问题，从房地产市场开发来讲，

合同的效力跟合同的解除是双方当事人根据市场行情波动变化做出的，一般是打官司，比如说1992年、1993是房地产高潮时期，1993年宏观调控以后，海南、广东、广西北海的一些市场就趴下了，房地产高潮以后的遗留纠纷基本固定为一个模式，案件类型主要是房地产项目转让，土地使用权转让，合作建房，商品房销售，主要是这四个类型，打官司的模式都是固定的。但最终目的是要逃避这个市场风险。

从解除的形式看，法律规定的合同解除有两种，一种是向前解除，跟无效差不多，还有一种向后解除。从判决解除的时间点以后，不再履行。建设工程施工合同跟房地产开发经营案件合同比起来，合同解除这一块，双方当事人跟市场行情的变化不大。从我们审判的实务看，双方当事人都不愿意解除合同，迫不得已才解除合同，这跟建设工程施工合同的性质是联系在一起的，从我们审理的建设工程施工合同案件来看，双方当事人坚决要求主张解除情况的并不多，为什么不愿意解除？作为施工方来讲，承揽一个工程以后，要在工地设立项目经理部，类似于房地产开发企业项目公司，大型设备、运输设备都是租来的，都跟有关的单位签了合同，要中途解除合同，自己肯定有损失；作为乙方来讲，采购的一些材料，只能用在這個工程项目上。在这种情况下，

如果解除合同，自己要赔偿很多损失。作为业主，一个施工单位干了

一半，再找别人干这个活，有一个工程衔接的问题，很难衔接上，而且单位撤场，肯定要分担损失，另外，单位入场，同样要支付费用。所以，双方当事人一般不愿意解除合同，但解除合同的情况也有，双方当事人确实弄不下去了，或者一方当事人要破产了，可能会解除合同。

这三条是关于解除方面的规定。

（八）第八条

第八条讲的发包人的解除权。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。

（九）第九条

第九条讲的承包人合同解除权，这里面有一些限制性的条件，要达到承包人无法施工，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。

（十）第十条

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。合同解除以后，工程可能施工了一部分，也可能是主体框架完成，

也可能是房屋基本建成了，“相应的”不能机械理解，比如说房屋总造价是2000万，2000个平方，一平方是1000元，施工完成了500个平方，支付500万，不是这样概念，因为工程造假不是平均分配。

“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。”本解释第三条讲的就是合同无效、质量不合格的那两种情况，可修复的如何处理，修复完了以后，仍然不合格的，怎么办？在这司法解释里，有三条适用一个标准：看工程质量是否合格。

“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。”这是法律规定的原则。以上三条分别规定了发包人、承包人合同解除权以及解除合同以

后的法律后果。

（十一）第十一条以后的是关于工程质量纠纷如何处理的一些原则。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。

为什么要写这个意思？一般应该是承包人对工程质量承担责任，这也是建筑法明文规定的，承包人对建设工程质量承担民事责任，这

是建筑法明文规定的，业主主要的责任就是付钱，承包人的主要责任就是把活干好。

“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。”因为修理、返工、改建是承揽人的责任，出现工程质量瑕疵或者质量缺陷时，首先由承包人修理改建，这是最高法院倡导的一个观点。

（十二）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；从建筑市场来看，业主提供的设计的缺陷情况不多，但是从法院

的角度来看，业主提供的设计的缺陷情况比较多。为什么到法院的设计缺陷多呢？也不是说一开始设计就有缺陷，开始设计没有缺陷，因为设计要经过规划部门审核，而且设计都是找有专业技术的单位设计的，所以不存在大的缺陷，而是因为施工过程中，业主修改设计的，因为这个原因造成的。

（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。

（十三）第十三条

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。

从施工惯例来讲，地基、主体完成以后，应该有一次验收。

（十四）第二十一条

这是关于黑白合同的。

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。黑白合同又称“阴阳合同”，2003年人大常委会对建筑法执法检查有一个决议，《决议》里讲，阴阳合同不能反应这类合同的本质特征，应该叫黑白合同，

所以现在官方文件都称它为黑白合同。

从法院的实务来看，很多案件认可黑合同。主导思想认为这个黑合同是当事人履行合同里最真实的意思表示。但人大常委会要求国务院跟最高法院、最高检察院对建筑法执法情况作出汇报，执行《招标投标法》，维护市场秩序。

这是一个指导思想，现在对条文做一个解释，当事人同意建设工程，若有两个建设工程会签订不同价款的合同。

“另行”——我们理解为时间概念，“另行”包括在签订白合同之前、之后。原来对签订白合同之后有不同的看法，认为招投标中标合同是允许变更的，签订白合同之后，签订黑合同，属于合同变更的倾向，应当是有效的，这是一种观点，我们认为“另行”表达的是之后签订的合同，如果违背了实质性条款，合同价款无效。

“备案”——是一种行政管理措施，备案便于法官审理。

“实质性内容”——主要指合同价款，可能还包括工期和质量标准不一致。

“备案的中标合同”——包括第一次备案的合同。合同变更以后再次备案的中标合同，作为结算工程价款的根据。

22—23 条是关于鉴定的问题，就条文本身内容没有太多的解释。

第二十二条规定的是：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。

工程价款结算主要是三种方式：一种是固定价，总价包死，单价包死；还有一种是成本加利润，成本是多少钱，成本主要是指直接费、间接费。还有一种是可调价，可调价主要是指预算加签证加施工图，或者说约定一个定额标准，具体核算工程价款，这是可调价。

第二十三条规定的是：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。

以上是关于工程价款计算做的相应规定。24—26 条规定的是程序问题。

（十五）第二十四条

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。

建设工程施工合同作为承揽合同不适用民事诉讼法 34 规定的专属管辖。建

设工程施工合同不属于因不动产纠纷提起的诉讼，

“合同履行地”——是以施工行为地为合同履行地。

（十六）第二十五条

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

“实际施工人”是一个什么概念？《合同法》在第十六章里讲到了施工人的概念，讲的是违约责任。这里面为什么要加“实际”这两个字呢？主要想表达的是无效合同里实际干活的人，主要是指转包、违法分包，违规违法里面实际干活的人，包括自然人，也包括一个松散的施工企业组织、也包括等级不够的单位。实际施工人跟发包人是无效合同，在这种情况下，因为工程质量纠纷，无效合同承担连带赔偿责任，所以也应该是成为共同被告。

（十七）第二十六条

26条分两款：一是“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。”

转包人、违法分包人与实际施工人是一个什么概念？什么关系？他们之间是合同相对方，转包人、违法分包人是实际施工人的发包方，承包人以发包人、以他的合同相对方起诉，这是最正当的，没有任何争议。这种情况下，首先要告自己的发包人，不应该告后边讲的业主。

二是“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。”

（十八）第二十七条

27条讲的侵权责任。在合同司法解释里，为何要讲到侵权责任？

主要考虑到侵权责任是《建筑法》明文规定应该承担的赔偿责任，侵权责任的原因是因为履行合同之债造成的侵权之债，有因果关系，所以我们在这面做了一个规定。

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”——不一定是施工企业，从实务情况来看，大部分施工合同履行完了以后，保修义务转移了，转移给一个物业公司，有可能转移给单位内部的房管科了，也有可能转移给房屋修缮公司等，也可能转移给开发商所属的物业管理公司，保修人是独立身份的一个人。

“未及时履行保修义务”——保修义务从法律上讲是履行合同瑕疵担保责任，是一个独立的合同。

“因保修人未及时履行保修义务”——这是侵权的原因。“导致建筑物毁损或者造成人身、财产损害的”——是损害的后

果，包括人身损害和财产损害这两个后果。而且侵权和损害后果之间存在因果关系，存在着损害的事实。

“保修人应当承担赔偿责任”——这里的“赔偿责任”是侵权的赔偿责任。

第二款：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。

（十九）第二十八条

第二十八条本解释自二〇〇五年一月一日起施行。

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。

四、司法解释的适用范围

勘察、设计、监理可以参照本解释，《合同法》规定建设工程合同里，包括勘察、设计、施工三类合同，《建筑法》规定了监理合同，建设部对装修合同另有规定，对建筑合同的范围，除了建筑物以外，还包括构筑物（桥梁、隧道、铁路、城市基础设施的施工），审判委员会认为勘察、设计、勘察三类合同跟施工合同有很大的差别，不宜参考这个解释。装修合同历来不属于建设工程合同的范畴，在建设部也是单列的，所以认为在司法解释里做扩充解释不合适。

他们认为对构筑物的施工参照本解释是可以的。五、专家答疑提问：现实案例中，部分提前使用了，部分竣工验收后使用，这

种情况以何时为竣工日期？

冯小光：对已经使用的部分应该由业主承担责任，没有使用的那部分，按正

常验收。应该说这个标的物确立了两个时间点。第13条讲“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。”“以使用部分”就是应该从擅自使用时算，其他那部分从工程竣工验收开始算。“以使用”这几个字是审委会加进去的，一个工程很大，有时候只使用了一部分。原来我们考虑一个工程是一个整体，只要是使用了，就应该视为全部使用，他们认为这个工程有的是独立的，只对使用部分承担不利的法律后果。就是说，对擅自使用的质量问题承担责任。“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。”

前面的条文讲的“擅自使用”指质量，擅自使用了以后，对使用那部分的质量施工人不再承担责任。这个讲擅自使用后，确定竣工日期的，这个“竣工日期”主要是指工程价款，包括违约金、利息的起算时间，所以在这个擅自使用里，我们没有讲有部分和没有部分的区别，所以我觉得这个“擅自使用”就是使用了以后，视为竣工。从审理的角度确立一个时间点更好一些。因为我觉得十三条的“擅自使用”主要讲的是工程质量，已经使用的部分自己承担责任。

提问2：建设工程质量的保修期，一般是从竣工日期作为起算点的，如果发包人擅自使用了，承包人的部分保修责任是否免除了？

冯小光：保修责任从法律信用来讲，是履行合同的一个瑕疵担保责任，包括返工、改建都属于瑕疵担保责任，因工程没有竣工验收，而保修的客体是工程验收合格以后，有质量瑕疵的，所以我们应该注意一下法条表述的内容，一种表述是工程工程质量不合格，还有一个是质量缺陷，涉及到保修问题。在房屋交付使用以后，新出现的一种质量问题，应该承担保修责任，但因为擅自使用了，出现了质量问题就分不清楚这个质量瑕疵是什么原因造成的，在工程未经验收前，这个工程可能是不合格的，不合格的工程不会出现保修责任，因为保修期的起算时间点是工程验收合格以后，在保修期间之内的。没验收的，就存在两种可能性，一个是工程合格，还有一种是不合格，不合格的保修责任就没法开始起算，这种情况下就分不清楚了。所以我们认为保修责任都免除了，有意加大擅自使用的法律后果，

而擅自使用在以前的法院审判过程中是有依据的，1983年国务院颁布的《建安条例》，以前的《经济合同法》对“擅自使用”承担的都是一样的法律后果。

国外的法律规定也有类似的条款：坚决制止擅自使用。

提问：工程竣工验收合格，施工单位不交工，可能导致保修期的时间已经过了，这时保修期从什么时候算起？

冯小光：我觉得这个交付不完整。工程开工有一个凭证，有一个标志性文件，但工程竣工没有标志，从国际上来讲，竣工也有一个标志性文件，哪一个时间点算是工程竣工？没有这个时间点。从建设部竣工改革的情况来看，原来是由建设工程质量监督站召集双方当事人、设计监理单位做工程竣工，现在由承发包双方当事人，业主是主导单位，他签字，验收在整个施工过程中。法院公认的时间点是从建筑工程质量监督站在施工综合验收表上签章的时间开始算，但签章以后，还涉及到施工的资料是否已移交，因为资料不移交，这个工程也不能算竣工，竣工的时间点很难核算清楚。

提问：最后一条“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。”这与没有溯及力是何区别？

冯小光：这是两个概念，一个事案件受理的没有溯及力，一个是解释。第二款讲的是没有溯及力，第三款讲的是法律冲突。

提问：解释中出现了三个词：第10条“工程质量不合格”，第11条“工程质量不符合规定”，第12条“工程质量缺陷”这三个词是否是相同的意思？

冯小光：从现行法规定来讲，这三个概念都出现过，《合同法》《建筑法》里使用了两个概念，一个概念是“工程质量不合格”，另外一个“经竣工验收不合格”，一个是在《工程质量管理条例》（行政法规）讲“不符合约定”，这三个概念里都有，这这些概念有差别，质量缺陷在《建设工程质量管理条例》（行政法规）附则里做了解释，讲质量缺陷不符合国家强制性标准，不符合合同约定；工程验收的标准在建设部《建设工程质量保修管理办法》里做了解释，验收的标准也是两个，按照合同约定和按照合同质量标准。建设部在起草法律与制定部办规章时，对这个概念没有过多考证，但是从法条了解的意思来讲，“质量缺陷”的内涵要比“质量不合格”的概念大，如果适用保修，就包括工程质量验收合格，但还存在着质量瑕疵的情况，所以使用的是“质量缺陷”的概念。

对合同约定，对工程质量不符合约定，建设部同时讲，只要符合约定，这个工程就应该是合格的，约定应该等于或高于国家强制性标准。验收有两个标准，

一个是约定，一个是国家强制性标准，“符合约定”就符合了一个条件，这个约定要等于或高于国家强制性标准，所以肯定是合格的，但我们这使用约定跟后边的返工、改建文字表述内容是联系在一起的。在国务院行政法规和建设部保修条例里使用了“不符合约定”的概念。

总之“质量缺陷”的概念比“质量不合格”的概念内涵要大。

合同无效跟合同向前解除的情形，赔偿的损失是以赔偿直接损失为主，在施工合同里，主要补偿撤场的损失，包括订购支付的定金、租赁大型设备的直接损失，对施工企业向银行贷款的利息，业主提前开业获得的利润损失。从法律上讲，赔偿间接损失也没什么障碍，但我觉得还没有保护到这个程度。

提问：发包人不给工程款，施工人扣押施工资料是履行抗辩权的行为吗？

冯小光：业主没有付工程款，承包人不交工程资料，就没法用，再一个就是压的工程不给。现在抗辩权有滥用的趋势。从法律上讲，是履行抗辩权，并不是诉讼的抗辩权，抗辩权必须在合同履行过程中行使，现在的抗辩权都是打官司时行使。若当事人在履行过程中没有行使就没有这种权利了，现在各种判罚都有，有的人认为是抗辩权的行为，有的人认为是混合过错，各自承担自己的违约责任。