



CCLR

China Construction
Law Review Vol.4

司法审判研究

建设工程若干疑难法律问题各地高院审判观点归纳与评析
建设工程疑难案件中表见代理的理解与适用——以最高院类型化裁判为视角
建设工程价款优先受偿权实证研究

造价、结算及鉴定实务

结算、决算与审计的关系探析
建设工程司法鉴定存在问题分析——从法院司法审判角度
建设工程固定价合同调整价差司法路径分析

实务探索

建设工程工期延误责任认定方法探究
关于建设工程施工合同中涉隐蔽工程的法律风险及其防控
简析“营改增”对建筑施工项目管理的影响及风险防范
建筑领域项目经理经济犯罪及其司法处理
论在建工程抵押登记——以《不动产登记暂行条例》为起点

理论研究

挂靠施工中工程款案件诉讼主体正当性探究——以某中级法院为视角
界面冲突的法律构造——实务研讨与路径选择
论工程竣工后承包人的瑕疵担保责任
国际建筑工程施工合同条件在我国的适用问题研究
因仲裁裁决而生的建设工程款优先受偿权中折价不动产物权变更的若干问题探讨

中国建设工程法律沙龙调研与倡议

关于在建设工程案件中法官、仲裁员和律师专业协作提高案件审理效率的倡议
当前建设工程案件中鉴定程序存在问题的解决方案初探

中国建设工程 法律评论

第四辑

于健龙 王红松 冯小光 孙巍 主编
最高人民法院民事审判第一庭 审定



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

CCLR

China Construction
Law Review

中国建设工程 法律评论

第四辑

于健龙 王红松 冯小光 孙 巍 主编
最高人民法院民事审判第一庭 审定



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国建设工程法律评论. 第4辑 / 于健龙, 王红松, 冯小光, 孙巍主编. —北京: 法律出版社, 2016. 1
ISBN 978-7-5118-8888-4

I. ①中… II. ①于…②王…③冯…④孙…
III. ①建筑法—研究—中国 IV. ①D922.297.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 302426 号

中国建设工程法律评论(第四辑)

于健龙 王红松 冯小光 孙巍 主编
最高人民法院民事审判第一庭 审定

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 薛 晗
责任编辑 慕雪丹
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

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 固安华明印业有限公司

责任印制 翟国磊

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 17.75

字数 252 千

版本 2016 年 1 月第 1 版

印次 2016 年 1 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8888-4

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《中国建设工程法律评论》 编委会

Editors of the China Construction Law Review

主 编 Editors-in-Chief

于健龙 YU Jianlong
中国国际经济贸易仲裁委员会 副主任兼秘书长 Vice Chair and Secretary General of CIETAC

王红松 WANG Hongsong
北京仲裁委员会 副主任 Vice Chair of BAC

冯小光 FENG Xiaoguang
最高人民法院民一庭 副庭长 Deputy Chief Judge of the First Civil Division of the Supreme People's Court

孙 巍 SUN Wei
中伦律师事务所 合伙人 Partner of Zhong Lun Law Firm

副主编 Deputy Chief Editor

陈 建 Dr. CHEN Jian
中国国际经济贸易仲裁委员会 处长 Director of CIETAC

顾 问 Board of Consultant Editors

杜万华 DU Wanhua
最高人民法院 审判委员会专职委员 Permanent Member of the Judicial Committee of the Supreme People's Court

何伯森 HE Bosen
天津大学 教授 Professor of Tianjin University

维维安·拉姆齐 Sir Vivian Ramsey
英国Keating Chambers 御用大律师 QC at Keating Chambers

约翰·阿夫 John Uff
英国Keating Chambers 御用大律师 QC at Keating Chambers

罗伯特·盖茨克尔 Robert Gaitskell
英国Keating Chambers 御用大律师 QC at Keating Chambers

安德鲁·伯尔 Andrew Burr
英国Atkin Chambers 出庭律师 Barrister at Atkin Chambers

编 委
Editorial Board

- | | |
|--|---|
| 陈福勇
北京仲裁委员会 副秘书长 | Dr. CHEN Fuyong
<i>Deputy Secretary General of BAC</i> |
| 罗有才
江苏省高级人民法院 法官 | LUO Youcai
<i>Judge of JiangSu High People's Court</i> |
| 张水波
天津大学 教授 | ZHANG Shuibo
<i>Professor of Tianjin University</i> |
| 何红锋
南开大学 教授 | HE hongfeng
<i>Professor of NanKai University</i> |
| 汪 明
北京市高级人民法院 民事审判第一庭 法官 | WANG Ming
<i>Judge of the First Civil Division of the Beijing Municipal High People's Court</i> |
| 高印立
中国建筑科学研究院常务副总法律顾问 | GAO Yinli
<i>Deputy General In-house Counsel of China Academy of Building Research</i> |
| 安 淮
英国39 Essex Street Chambers 御用大律师 | Adrian Hughes
<i>QC at 39 Essex Street Chambers</i> |

合作伙伴
Partners

中国国际经济贸易仲裁委员会 Chinese International Economic and Trade Arbitration Commission

北京仲裁委员会 Beijing Arbitration Commission

北大法律信息网 Chinalawinfo

目 录

——司法审判研究——

建设工程若干疑难法律问题各地高院审判观点归纳与评析	吕辉木(3)
建设工程疑难案件中表见代理的理解与适用 ——以最高院类型化裁判为视角	陈鑫范(39)
建设工程价款优先受偿权实证研究	王志强 王秀娟(54)

——造价、结算及鉴定实务——

结算、决算与审计的关系探析	何红锋 王金阁(81)
建设工程司法鉴定存在问题分析 ——从法院司法审判角度	汤 雷(93)
建设工程固定价合同调整价差司法路径分析	徐 丹(109)

——实务探索——

建设工程工期延误责任认定方法探究	袁华之 闫 孟(123)
------------------------	----------------

关于建设工程施工合同中涉隐蔽工程的法律风险及其防控

..... 李圣瑞(137)

简析“营改增”对建筑施工项目管理的影响及风险防范..... 王小臣(151)

建筑领域项目经理经济犯罪及其司法处理..... 魏 迪(159)

论在建工程抵押登记

——以《不动产登记暂行条例》为起点..... 吴才毓(168)

理论研究

挂靠施工中工程款案件诉讼主体正当性探究

——以某中级法院为视角..... 万 怡 李 颖(189)

界面冲突的法律构造

——实务研讨与路径选择..... 张 永(204)

论工程竣工后承包人的瑕疵担保责任..... 魏志强(229)

国际建筑工程施工合同条件在我国的适用问题研究..... 张 建(237)

因仲裁裁决而生的建设工程款优先受偿权中折价不动产物权变更

的若干问题探讨..... 高 谊(251)

中国建设工程法律沙龙调研与倡议

关于在建设工程案件中法官、仲裁员和律师专业协作提高案件审

理效率的倡议..... 中国建设工程法律沙龙第一工作组(265)

当前建设工程案件中鉴定程序存在问题的解决方案初探

..... 中国建设工程法律沙龙第二工作组(273)

司法审判研究

建设工程若干疑难法律问题 各地高院审判观点归纳与评析

吕辉木*

内容摘要 《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问题的解释》(以下简称《最高院施工合同司法解释》)自2005年1月1日起施行以来,迄今已有十余年。鉴于实践中不断出现诸多新的、复杂的、疑难的建设工程法律问题,而对此类问题《最高院施工合同司法解释》并无相应规定,因此为了解决审判实践的需要,各地高院纷纷发布了各自的指导意见,用于指导本地区各级人民法院审理的施工合同纠纷案件。然而对于部分疑难法律问题,各地高院的观点不尽相同,甚至有些观点截然相反。为此,本文拟对各地高院关于固定价合同结算、实际施工人、工程价款优先受偿权、合同效力、借用资质这五个方面的疑难法律问题的审判观点进行归纳,并作出简要评析。

关键词 施工合同纠纷 疑难法律问题 各地高院指导意见

* 吕辉木,浙江阳光时代律师事务所律师。

【要点概览】

一、固定价合同结算疑难法律问题

- (一) 新增工程量是否在固定价承包范围以内
- (二) 建筑材料价格上涨能否调整合同价款
- (三) 未完工工程如何结算工程款

二、实际施工人疑难法律问题

- (一) 如何认定实际施工人
- (二) 如何防止滥用实际施工人制度
- (三) 如何认定发包人向实际施工人付款的有效性

三、建设工程价款优先受偿权疑难法律问题

- (一) 实际施工人或无效合同的承包人是否享有优先受偿权
- (二) 未竣工工程如何计算优先受偿权的起算期限
- (三) 工程价款优先受偿权约定放弃是否有效

四、合同效力疑难法律问题

- (一) “三无”合同效力及其补正条件
- (二) 内部承包合同的认定及其效力
- (三) 劳务分包合同的认定及其效力

五、借用资质疑难法律问题

- (一) 如何具体认定借用资质(挂靠)行为
- (二) “联营”承包工程是否构成借用资质(挂靠)
- (三) 被挂靠单位对外如何承担民事责任

一、固定价合同结算疑难法律问题

《最高院施工合同司法解释》第22条规定:“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。”该条是关于施工合同约定按照固定价格结算工程款,当事人发生争议的,按照什么标准来确定工程款数额的规定。即在施工合同履行过程中,如果没有发生合同变更或工程变更等情况导致工程量发生变化时,就应当按照合同约定的固定价结算工程款;一方当事人提出对工程造价进行鉴定的申请,不应

予以支持。然而在工程实践中,尽管施工合同已明确约定按照固定价结算,但发承包双方仍常常因新增工程量是否在固定价承包范围以内、建筑材料价格上涨能否调整合同价款、未完工工程如何结算工程款等疑难问题而发生争议,进而引发诉讼。

(一) 新增工程量是否在固定价承包范围以内

1. 争议问题描述

对于工程变更如何调整合同价款的问题,《最高院施工合同司法解释》第16条第2款已有明确规定:“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。”也就是说,工程变更部分的工程价款,有约定的按约定计价,没有约定的参照当地定额计价。

但问题是发承包双方往往对新增工程量是否属于固定价承包范围以内发生争议。对此争议,司法实践中有两种不同的做法。一种做法是,法院认为承包人不能证明工程变更增加的工程量属于合同约定的固定价范围以外,因此不予支持;另一种做法是,法院认为虽然合同约定为固定价承包,但因发包人原因导致工程变更的事实客观存在,由此不加区分地对增加的工程量全部给予计价,甚至将固定价打开,对整个工程造价进行鉴定。对此问题,各地高院的规定不尽相同。

2. 各地高院观点

《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》(苏高法审委[2008]26号,以下简称《江苏高院意见》)第9条后段规定:建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算的,因设计变更导致工程量变化或质量标准变化,当事人要求对工程量增加或减少部分按实结算的,人民法院应予支持,当事人另有约定的除外。

《重庆市高级人民法院关于当前民事审判若干法律问题的指导意见》(2007年11月22日重庆市高级人民法院审委会第564次会议通过,以下简称《重庆高院指导意见》)第15条规定:建设工程合同中当事人约定按固定价结算,或者总价包干,或者单价包干的,承包人按照合同约定范围完工后,

应当严格按照合同约定的固定价结算工程款。

《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,以下简称《北京高院解答》)第11条规定:建设工程施工合同约定工程价款实行固定总价结算,在实际履行过程中,因工程发生设计变更等原因导致实际工程量增减,当事人要求对工程价款予以调整的,应当严格掌握,合同对工程价款调整有约定的,依照其约定;没有约定或约定不明的,可以参照合同约定标准对工程量增减部分予以单独结算,无法参照约定标准结算的,可以参照施工地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算。主张工程价款调整的当事人应当对合同约定施工的具体范围、实际工程量增减的原因、数量等事实承担举证责任。

《浙江省高级人民法院民二审判第一庭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》(浙法民一〔2012〕3号,以下简称《浙江高院解答》)第12条规定:建设工程施工合同采用固定总价包干方式,当事人以实际工程量存在增减为由要求调整的,有约定的按约定处理。没有约定,总价包干范围明确的,可相应调整工程价款;总价包干范围约定不明的,主张调整的当事人应承担举证责任。

《广东省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》(粤高法〔2006〕37号,以下简称《广东高院意见》)第1条规定:当事人约定工程款实行固定价,而实际施工的工程量比约定的工程范围有所增减的,可在确认固定价的基础上,参照合同约定对增减部分进行结算,再根据结算结果相应增减总价款。不应撇开合同约定,对整个工程造价进行重新结算。

3. 归纳与评析

固定价,俗称“包死价”、“包干价”,包括固定总价和固定单价两种形式。上述争议主要发生在固定总价合同中。固定总价合同一般适用于有详细施工图纸、合同工期较短且工程合同总价较低的中小型工程;一般不适用于没有详细施工图纸、技术较复杂、工期较长的大型工程。而在工程实践中,有些发包人不顾是否具备条件而盲目倾向于采用固定总价合同,意图将工程施工过程中的“量”和“价”的风险全部转移给承包人,但结果往往事与愿违,

尤其是在招标图纸与实际施工图纸不一致时,固定总价合同隐藏着较大的结算风险。

所谓固定总价,是建立在合同承包范围和工作内容固定不变的基础上的。因此,采用招标图纸签订的合同固定总价所对应的承包范围和工作内容就是招标图纸。当实际施工图纸与招标图纸发生较大变化时,往往会产生大量的设计变更以及新增项目,此时原固定总价的基础已经发生变化,双方之间的工程款结算不能再以原固定总价进行结算,由此导致新增工程量的价款自然应当由发包人承担。

在此类纠纷案件中,发承包双方往往对于新增工程量是否属于固定价的承包范围产生较大争议。而法院对此争议问题如何作出认定将直接影响案件结果。

江苏高院规定,因设计变更导致工程量变化或质量标准变化,当事人要求对工程量增加或减少部分按实结算的,人民法院应予支持。重庆高院规定,承包人按照合同约定范围完工后,应当严格按照合同约定的固定价结算工程款。应该说,江苏高院和重庆高院的规定无疑都是正确的,但规定较为原则,仍然无法解决上述争议。

北京高院和浙江高院则从审判实务的角度,将举证责任分配给主张调整价款的当事人一方,即主张工程价款调整的当事人应当对合同约定施工的具体范围、实际工程量增减的原因、数量等事实承担举证责任。该规定不仅符合民诉法“谁主张,谁举证”的基本原则,而且也更具有操作性。广东高院则特别强调,不应撇开合同约定,对整个工程造价进行重新结算。

此外,《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》在第22条的“条文主旨”中也有明确意见:“对于因设计变更等原因导致工程款数额发生增减变化的,在可以区分合同约定部分和设计变更部分的工程时,也不应导致对整个工程造价进行鉴定,只是根据公平原则对增减部分按合同约定的结算方法和结算标准计算工程款。”

(二) 建筑材料价格上涨能否调整合同价款

1. 争议问题描述

施工合同约定采用固定价的,通常会在合同条款中写明:“固定价已包

含的风险范围包括但不限于建筑材料价格上涨、政策性调整等……”然而在实际施工过程中,若真正出现建筑材料价格上涨的,承包人往往会以发包人推迟开工、设计变更延误工期等各种理由,在结算时提出调整合同价款的主张,由此引发争议。对此问题,看看各地高院作何规定。

2. 各地高院观点

《江苏高院意见》第9条前段规定:建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算的,一方当事人要求按定额结算工程价款的,人民法院不予支持,但合同履行过程中原材料价格发生重大变化的除外。

《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[2000]31号,以下简称《广东高院暂行规定》)第27条规定:建设工程合同约定对工程总价或材料价格实行包干的,如合同有效,工程款应按该约定结算。因情势变更导致建材价格大幅上涨而明显不利于承包人的,承包人可请求增加工程款。但建材涨价属正常的市场风险范畴,涨价部分应由承包人承担。

《北京高院解答》第12条规定:建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算,在实际履行过程中,钢材、木材、水泥、混凝土等对工程造价影响较大的主要建筑材料价格发生重大变化,超出了正常市场风险的范围,合同对建材价格变动风险负担有约定的,原则上依照其约定处理;没有约定或约定不明,该当事人要求调整工程价款的,可在市场风险范围和幅度之外酌情予以支持;具体数额可以委托鉴定机构参照施工地建设行政主管部门关于处理建材差价问题的意见予以确定。因一方当事人原因导致工期延误或建筑材料供应时间延误的,在此期间的建材差价部分工程款,由过错方予以承担。

3. 归纳与评析

江苏高院规定,合同履行过程中原材料价格发生重大变化的,可以调整固定价合同的工程价款。但江苏高院并未对如何认定“重大变化”作出具体规定。广东高院则规定,建材涨价属正常市场风险范畴的涨价部分应由承包人承担,但因情势变更导致建材价格大幅上涨而明显不利于承包人的,承包人可请求增加工程款。即广东高院的判断标准是——建材涨价的幅度是

否超过正常市场风险范围。

相比较而言,北京高院的规定更为科学。首先,判断材料价格变化是否超出正常市场风险范围;其次,查明合同对材料价格变动风险负担是否有约定,有约定的按约定处理;再次,合同未约定或约定不明的,在市场风险范围和幅度之外酌情予以支持;最后,明确因一方当事人责任导致工期延误造成的材料价格上涨部分应由过错方承担。

我们认为,对于建筑材料价格上涨是否调整固定价合同价款的问题,应当遵循两个基本原则。第一个原则是依约原则,即合同对材料价格上涨的风险范围和幅度有约定的,按照约定处理;第二个原则是公平原则,即合同未约定或约定不明,而材料价格上涨的幅度明显超出正常市场风险范畴,致使双方当事人权利义务失衡的程度,方可调整合同价款。

需要特别指出的是,2013年7月1日起施行的国家标准《建设工程工程量清单计价规范》(GB50500-2013)第3.4.1款规定:“建设工程发承包,必须在招标文件、合同中明确计价中的风险内容及其范围,不得采用无限风险、所有风险或类似语句规定计价中的风险内容及范围。”该款规定为国家标准强制性条文。因此,为了合理分配风险、避免争议,发承包双方应当事先对材料价格变动的风险范围及其调价方式作出明确约定。

(三)未完工工程如何结算工程款

1. 争议问题描述

《最高院施工合同司法解释》第22条对于固定价工程在已经施工完毕的情况下的结算方式进行了规定,但对于合同未履行完毕、工程未完工时如何结算已完工程价款,没有相应规定。在工程实践中,因当事人一方或者双方的原因,导致施工合同被解除或者中止履行的情况并不鲜见,“半拉子”工程大量存在。对于固定价合同中未完工工程如何办理结算的问题,在实务中相当棘手,各地高院的规定也不尽相同。

2. 各地高院观点

《北京高院解答》第13条规定:建设工程施工合同约定工程价款实行固定总价结算,承包人未完成工程施工,其要求发包人支付工程款,经审查承包人已施工的工程质量合格的,可以采用“按比例折算”的方式,即由鉴定机

构在相应同一取费标准下分别计算出已完工程部分的价款和整个合同约定工程的总价款,两者对比计算出相应系数,再用合同约定的固定价乘以该系数确定发包人应付的工程款。当事人就已完工程的工程量存在争议的,应当根据双方在撤场交接时签订的会议纪要、交接记录以及监理材料、后续施工资料等文件予以确定;不能确定的,应根据工程撤场时未能办理交接及工程未能完工的原因等因素合理分配举证责任。

《广东省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见》(粤高法发[2011]37号,以下简称《广东高院指导意见》)第5条规定:建设工程施工合同约定工程款实行固定价,如建设工程尚未完工,当事人对已完工工程造价产生争议的,可将争议部分的工程造价委托鉴定,但应以建设工程施工合同约定的固定价为基础,根据已完工工程占合同约定施工范围的比例计算工程款。当事人一方主张以定额标准作为造价鉴定依据的,不予支持。

《重庆高院指导意见》第15条规定:如果承包人中途退出,工程未完工,承包人主张按定额计算工程款,而发包人要求按定额计算工程款后比照包干价下浮一定比例的,应予支持。

《江苏省高级人民法院建设工程施工合同案件审理指南(2010)》(以下简称《江苏高院指南》)第7条第1款规定:建设工程施工合同履行过程中,当事人双方约定解除或单方法定解除合同,承包方主张其已完工程的工程款。因工程未完工,如何结算该部分工程款,往往涉及鉴定标准的把握。在工程没有全部完工的情况下,有两种不同的方式来确认工程款,一是根据实际完成的工程量,以建设行政主管部门颁发的定额取费,核定工程价款,并参照合同约定最终确定工程价款;此时,对工程造价鉴定不涉及甩项部分,只需鉴定其完工部分即可。二是确定所完工程的工程量占全部工程量的比例,按所完工程量的比例乘以合同约定的固定价款得出工程价款。此时,对工程造价鉴定涉及甩项部分,即对涉案工程总造价进行鉴定。第一种方法较为经济,也是较为常用的一种方法,一般用于工程没有总体竣工验收;第二种方法鉴定费用较高,一般用于工程竣工验收合格。上述两种方式均具有一定的合理性,应尽量寻求双方当事人意见的一致,如无法取得一致意见