



CCLR

China Construction
Law Review Vol.2

案例评析 Case Analysis

施工合同司法解释突破合同相对性的评析

——对天津市新科源技术开发有限公司诉天津天大天发房地产开发有限公司等
建设工程施工合同纠纷案的评析

争议解决 Dispute Resolution

关于建设工程施工合同案件审理中的几个法律问题

工程造价司法鉴定中的司法审判权

纯建筑钢结构制作合同是普通加工承揽合同还是建筑施工合同

项目融资及财税 Project Finance and Tax

商业银行保函业务的风险和挑战

房地产融资的新渠道探究——保险资金进入房地产市场政策解析

专家文章 Expert Articles

论国际工程合同的法律适用

不可抗力对建设工程施工合同履行的影响

浅谈暂定金额及指定分包商

主题文章 Theme Articles

探索与创新——北仲制定和实施争议评审制规则的背后考虑

建设工程争议专家评审机制的本土化研究

标准施工招标文件合同争议评审条款起草背景及相关问题思考

中国建设工程 法律评论

第二辑

本书编委会/编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

CCLR

China Construction
Law Review

中国建设工程 法律评论

第二辑

本编辑部编



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2辑 / 孙巍主编. —北京: 法律出版社, 2011. 7
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2269 - 7

I. ①中… II. ①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(2011)第 131784 号

中国建设工程法律评论(第二辑)
孙 巍 主编

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 戴 伟
责任编辑 贺 兰
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 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 720×960 毫米 1/16
印张 18
字数 251 千
版本 2011 年 7 月第 1 版
印次 2011 年 7 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 978-7-5118-2269-7

定价:48.00 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 General Editor

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

副主编 Deputy General Editor

陈 建 CHEN Jian
中国国际经济贸易仲裁委员会 处长 Director of CIETAC
郑菲菲 ZHENG Feifei
品诚梅品律师事务所 顾问 Consultant of Pinsent Masons

顾 问 Board of Consultant Editors

王红松 WANG Hongsong
北京仲裁委员会 秘书长 Secretary-General of Beijing Arbitration Commission
杜万华 DU Wanhua
最高人民法院民一庭 庭长 Chief Judge of the First Civil Division of the Supreme People's Court of PRC
何伯森 HE Bosen
天津大学 教授 Professor of Tianjin University
维维安·拉姆齐爵士 Sir Vivian Ramsey
英国高等法院科技与建设工程庭 庭长 Judge in charge of the Technology and Construction Court of the High Court, UK
约翰·阿夫 John Uff
英国Keating Chambers 御用大律师 QC of Keating Chambers
安德鲁·伯尔 Andrew Burr
英国Atkin Chambers 出庭律师 Barrister of Atkin Chambers
罗伯特·盖茨克尔 Robert Gaitskell
英国Keating Chambers 御用大律师 QC of Keating Chambers

编 委 Editorial Board

冯晓光 FENG Xiaoguang
最高人民法院 法官 Judge of the First Civil Division of the Supreme People's Court of PRC

- | | |
|---|---|
| 张水波
天津大学 教授 | ZHANG Shuibó
<i>Professor of TianJin University</i> |
| 何红锋
南开大学 教授 | HE Hongfeng
<i>Professor of NanKai University</i> |
| 孙晋军
英国博问律师事务所 律师 | Justin SUN
<i>Solicitor of Berwin Leighton Paisner LLP</i> |
| 刘运毛
国家税务总局 | LIU Yunmao
<i>State Administration of Taxation</i> |
| 陈 胜
中国银行业监督管理委员会 公职律师 | Armstrong CHEN
<i>Deputy Director and Senior Counsel of Supervisory Rules and Regulations Department of China Banking Regulatory Commission</i> |
| 邱 闯
北京仲裁委员会 仲裁员 | QIU Chuang
<i>Arbitrator of BAC</i> |
| 高印立
中国建筑技术集团副 总经理 | GAO Yinli
<i>General Manager of China Building Technique Group Co. Ltd</i> |
| 黄 瑞
中技国际招标公司法律部 总经理 | HUANG Rui
<i>General Consult of China International Tendering Corporation</i> |
| 安 淮
英国39 Essex Street Chambers 御用大律师 | Adrian Hughes
<i>QC of 39 Essex Street Chambers</i> |
| 梁 华
中国国际经济贸易仲裁委员会 副处长 | LIANG Hua
<i>Deputy Director of CIETAC</i> |
| 陈福勇
北京仲裁委员会 处长 | CHEN Fuyong
<i>Director of Beijing Arbitration Commission</i> |

案例编委 Board of Case Editors

- | | |
|--------------------|---|
| 罗有才
江苏高级人民法院 法官 | LUO Youcai
<i>Judge of JiangSu High Court</i> |
| 张栢玮
安理律师事务所 合伙人 | ZHANG Huanwei
<i>Partner of Anli Partners</i> |
| 张歆伟
中伦律师事务所 律师 | ZHANG Xinwei
<i>Attorney-at-law of Zhong Lun Law Firm</i> |
| E 毅
安理律师事务所 合伙人 | WANG Yi
<i>Partner of Anli Partners</i> |
| 徐明浩
环球律师事务所 合伙人 | XU Minghao
<i>Partner of Global Law Office</i> |
| 张泽贤
安理律师事务所 合伙人 | ZHANG zexian
<i>Partner of Anli Partners</i> |
| 王 旭
兰台律师事务所 合伙人 | WANG Xu
<i>Partner Lantern Law Firm</i> |

法规编委
Board of Laws Editors

曾建辉 安理律师事务所 合伙人	ZENG Jianhui <i>Partner of Anli Partners</i>
付铮铮 中国恩菲工程技术有限公司 法律顾问	FU Zhengzheng <i>In-house Council of China ENFI Engineer Corporation</i>

项目融资编辑
Project Finance Editor

江 波 中伦律师事务所 律师	JIANG Bo <i>Attorney-at-law of Zhong Lun Law Firm</i>
--------------------------	---

翻译编委
Board of Translation Editors

王舒茵 新加坡国浩房地产（中国）有限公司 法律顾问	WANG Shuyin <i>In-house Counsel of GuocoLand (China) Limited</i>
廖静宜 SJ Berwin LLP 实习律师	LIAO Jingyi <i>Trainee Solicitor of SJ Berwin LLP</i>
杨春雷 百盛律师事务所 律师	YANG Chunlei <i>Attorney-at-Law of Paramount Law Office</i>
边 静 伦敦大学亚非学院金融管理系 助教	BIAN Jing <i>Teaching Assistant of SOAS, University of London</i>
石 易 中伦律师事务所 律师	SHI Yi <i>Attorney-at-Law of Zhong Lun Law Firm</i>
何 佳 OAS进口有限公司 法律及商务主管	HE Jia <i>Administrator of OAS Imports Ltd, Manchester, UK</i>
杨 亚 英国礼德律师事务所北京代表处 顾问	YANG Ya <i>Consultant of ReedSmith Richards Butler LLP, Beijing Office</i>
冯 婧 通商律师事务所 合伙人	FENG Jing <i>Attorney-at-Law of Commerce & Finance Law Offices</i>
林海宁 君合律师事务所 律师	LIN Haining <i>Attorney-at-Law of Jun He Law Offices</i>
李文杰 中伦律师事务所 顾问	Adam Silverman <i>Consult of ZhongLun Law Firm</i>

新闻编委
Board of News Editors

戴 伟 英国BPP法学院 学生	DAI Wei <i>Student of BPP Law School</i>
林 晨 伦敦大学亚非学院 学生	LIN Chen <i>Student of SOAS, University of London</i>
迟少宇 伦敦大学玛丽女王学院 学生	CHI Shaoyu <i>Student of Queen Marry University of London</i>

索引编辑
Index editor

周庭正 **Zhou Tingzheng**
天津大学 学生 *Student of Tianjin University*

海外通讯员
Board of Overseas Correspondents

- 鲁珀特·乔特** **Rupert Choat**
CMS Cameron McKenna律师事务所伦敦办公室 *Partner and Solicitor Advocate of CMS Cameron McKenna, London*
合伙人
- 艾哈迈德 S.I. 巴纳加** **Ahmed S. I. Bannaga**
苏丹 律师 *Attorney-at-Law of Sudan*
- 哈南·胡赛德·阿尔哈沙什** **Hanan Husaed Al-Hashash**
科威特石油公司 法律顾问 *LL.B Lawyer of the Corporate Legal Department in KPC*
- V.桑德兰 A.V.卡玛什** **V.Santharam A.V.Kamath**
V.Santharam & associates律师事务所 合伙人 *Partner and Advocate of V.Santharam & Associates*
- 雷克斯密斯 S 卡玛什** **Lakshmeesh S Kamath**
V.Santharam & associates律师事务所 律师 *Associate/Advocate of High Court of Kerala, V.Santharam & associates*
- 苏珊·卡拉兹克** **Susanne Kratzsch**
Thümmel, Schütze & Partner律师事务所 合伙人 *Schütze & Partner's Brussels Office, Head of Thümmel*
- 安妮·凯瑟琳·哈恩** **Anne-Catherine Hahn**
Baker & McKenzie律师事务所苏黎世办公室 律师 *Associate of Baker & McKenzie Zurich*
- 索拉夫·拉赫瑞** **Shourav Lahiri**
品诚梅森律师事务所 合伙人 *Partner of Pinsent Masons LLP*
- 于东温** **YU Dongwen**
北京建工国际工程有限责任公司阿布扎比分公司 *Abu Dhabi Officer of Beijing Construction Engineering Group*
- 加勒夫·赫尼根** **Jarleth Heneghan**
爱尔兰William Fry事务律师事务所 合伙人 *Partner of William Fry Ireland*
- 刘冠军** **Thomas LIU**
沈阳远大国际铝业集团沙特分公司 管理助理 *Manager Assistant and CA of Shenyang Yuanda KSA Branch*
- 陈向荣** **Harris CHAN**
欧华律师事务所 合伙人 *Partner of DLA Piper*
- 史蒂文·班尼特** **Steven C.Bennett**
美国众达律师事务所 合伙人 *Partner of Jones*
- 张宏南** **ZHANG Hongnan**
Al Tammi 律师 *Attorney Law of Al Tammi*
- 苏 南** **SU Nan**
台湾地区圣约翰科技大学 教授 *Professor of ST.John's University*

合作伙伴
Partners

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

北京仲裁委员会 Beijing Arbitration Commission

北大法律信息网 Chinalawinfo

天津大学项目管理学会 TJUPMA

达米拉设计工作室 DAMILA Design Studio

序 言

《中国建设工程法律评论》(以下简称《评论》)是一本颇具理论和实务研究价值的建设工程法律专业期刊。《评论》创立至今时间不长,但是《评论》全体成员开创、开放的精神、专业的功底,以及在不同领域的实践经验,使之在未来的发展中具有相当的潜力。《评论》第二辑的出版,已经初步显示了这种趋势。

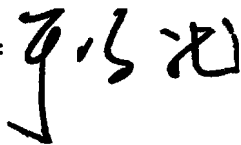
《评论》第二辑,加强和充实了中国国际经济贸易仲裁委员会(“贸仲委”)一些仲裁员和相关专家学者的文章,以及具有一定专业参考价值的《2009 至 2010 年度建设工程争议解决发展情况概述》和 2010 年建设工程案例库,希望对所有的读者而言开卷有益!

作为世界知名仲裁机构,贸仲委是中国国内设立最早规模最大的常设仲裁机构。贸仲委在建设工程仲裁和调解领域拥有丰富的经验,国家许多大型工程建设以及对外工程合作中都使用和正在使用贸仲委仲裁,贸仲委优质高效的仲裁法律服务得到了中国当事人的一致认可,50 多年来贸仲委的仲裁裁决已经在累计 70 多个国家和地区得到成功的承认和执行。2010 年 5 月,贸仲委实施了《建设工程争议评审规则》,借鉴国际工程领域的通行做法和管理经验,为国内外建设工程争议的预防以及解决提供了一条更为便捷的途径。

我真诚地祝愿《评论》发展得越来越好,有更多的单位和个人支持《评论》,使《评论》成为中国建设工程法律领域的权威刊物,为中国建设工程法律的发展和国际交流做出贡献。

中国国际经济贸易仲裁委员会

秘书长:



2011 年 6 月 11 日

目录

CONTENTS

序言 / 于健龙	1
----------------	---

案例评析 / Case Analysis

施工合同司法解释突破合同相对性的评析——对天津市新 科源技术开发有限公司诉天津天大天发房地产开发有限公 司等建设工程施工合同纠纷案的评析 / 何红锋、何溪滢	1
--	---

争议解决 / Disputes Resolution

关于建设工程施工合同案件审理中的几个法律问题 / 罗有才	10
工程造价司法鉴定中的司法审判权 / 周吉高	19
纯建筑钢结构制作合同是普通加工承揽合同还是建筑施工 合同 / 陈家斌	28

项目融资及财税 / Project Finance and Tax

商业银行保函业务的风险和挑战 / 陈胜	38
房地产融资的新渠道探究——保险资金进入房地产市场政 策解析 / 张歆伟	46

专家文章 / Expert Articles

论国际工程合同的法律适用 / 张水波、杨正	62
-----------------------------	----

不可抗力对建设工程施工合同履行的影响 / 高印立	71
包含借名制和分包商地位的多方当事人仲裁、联合仲裁和 合并仲裁 / John Marrin QC	78
浅谈暂定金额及指定分包商 / 郑菲菲、于东温	96

主题文章/Theme Articles

探索与创新——北京仲裁委员会制定和实施争议评审制规 则的背后考虑 / 王红松	108
建设工程争议专家评审机制的本土化研究 / 贾坤	116
标准施工招标文件合同争议评审条款起草背景及相关问题 思考 / 黄瑞	133

法律释义/interpretation of Law

2009 至 2010 年度建设工程争议解决发展情况概述 / 孙巍等	141
--	-----

海外通讯员年度报告/Overseas Correspondent Report

英格兰及威尔士建设工程法律发展年度报告 / Rupert Choat、 Liam Hart	166
我国台湾地区采购合同要项下当事人权利义务剖析 / 苏南	189

中国建设工程法律评论案例库 / Case Bank of the CCLR

索引 / Index	225
Expert Articles	228
Overseas Correspondent Report	251

案例评析

施工合同司法解释突破合同相对性的评析

——对天津市新科源技术开发有限公司诉天津
天大天发房地产开发有限公司等建设工程
施工合同纠纷案的评析

何红锋* 何溪滢**

内容摘要:合同的相对性,即由特定权利人向特定义务人请求为或不为特定行为的特性,一直是合同法中的一项重要规定。然而《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26条规定,实际施工人可以以发包人为被告主张权利。这一规定突破了合同相对性原则,从而引起了实际适用中的一系列问题。本文以一个典型案例为基础,分别从理论角度和实践角度对突破合同相对性进行了评析。分析表明,突破合同相对性既缺乏法律依据,又不具有实际可行性,因此应当取消本条司法解释。

关键词:施工合同 合同相对性 案例分析

一、案情摘要

原告(被上诉人):天津市新科源技术开发有限公司

被告(被上诉人):天津市津盛建筑工程有限公司

* 何红锋,南开大学法学院教授,博士。

** 何溪滢,中国人民大学法学院学生。

被告(被上诉人):天津市鸿盛建筑工程有限公司

被告(上诉人):天津天大天发房地产开发有限公司

2004年4月21日,天津天大天发房地产开发有限公司(以下简称天大天发公司)与天津市津盛建筑工程有限公司(以下简称津盛公司)签订《天津市建设工程施工合同》约定,天大天发公司将位于天津市静海县碧水园联体别墅12~26号楼的施工工程发包给津盛公司,合同价款为14,977,404元。

合同签订后,津盛公司将其承包的上述工程转包给天津市鸿盛建筑工程有限公司(以下简称鸿盛公司)。

鸿盛公司于2004年5月4日、7月28日与天津市新科源技术开发有限公司(以下简称新科源公司)签订三份《天津市小型建设工程施工合同》。合同约定,鸿盛公司将上述碧水园工程中的12、14、15、16、18、19、20号楼施工图纸中部分工程转包给新科源公司施工。合同签订后,新科源公司即进场施工,完成部分工程后,于2005年8月撤出施工现场,其所承包的12、14、15、16、18、19、20号楼的施工工程未全部完成。新科源公司与鸿盛公司现已实际终止了施工合同的履行。

虽然与新科源公司直接签订施工合同的是鸿盛公司,但工程款绝大部分由津盛公司直接向新科源公司支付。鸿盛公司、新科源公司均不具有承包建设工程的建筑资质。

2005年9月21日,新科源公司将津盛公司、鸿盛公司、天大天发公司起诉至天津市第一中级人民法院,请求法院判令被告津盛公司支付原告工程款840万元,被告鸿盛公司对上述债务承担连带责任,被告天大天发公司在欠付工程款的范围内对上述债务承担连带责任。

一审中,法院认定,新科源公司施工工程价款为7,896,751元,津盛公司、鸿盛公司已付新科源公司的工程款数额为6,097,329元,尚欠1,799,422元。

关于天大天发公司应否承担连带给付责任的问题,一审法院认为,天大天发公司与津盛公司尚未对上述12~26号楼的工程款进行结算,对工程款是否全部付清双方尚存异议,因此天大天发公司不能证明其已付清了全部



工程款,故天大天发公司对欠付新科源公司的工程款依法应与津盛公司、鸿盛公司承担连带给付责任。

二、审判结果

据此,一审法院判决被告天津市鸿盛建筑工程有限公司给付原告天津市新科源技术开发有限公司工程款 1,799,422 元,被告津盛公司、被告天大天发公司承担连带给付责任。

一审判决后,天大天发公司不服一审判决,向天津市高级人民法院提起上诉,请求二审法院撤销一审判决依法发回重审或改判,改判其不承担连带给付责任,应在拖欠的工程款数额内承担责任。其主要理由是:天大天发公司就津盛公司承包的工程已经全部付清工程款,不再欠付津盛公司的工程款,不应承担连带给付责任。

二审法院在审理中另查明,天大天发公司曾向天津市静海县人民法院起诉津盛公司,2006 年 3 月 29 日,在法院主持下,双方达成调解协议,解除了双方于 2004 年 4 月 21 日签订的建设工程施工合同。

关于天大天发公司与津盛公司工程款给付及工程结算问题,天大天发公司认为已支付全部工程款,计 13,347,558.62 元,而津盛公司认为未付清工程款,认可天大天发公司已给付 13,086,641 元。因涉及其中 22~26 号楼由于质量问题被拆除,双方未能就整体工程进行最后结算。

二审法院认为,此案的争议焦点是天大天发公司应否承担连带责任。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》第 26 条第 2 款的规定,发包人只在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任。该规定的责任形式并非连带责任。新科源公司作为碧水园工程的实际施工人可以向发包人天大天发公司主张权利,但作为发包人的天大天发公司只就新科源公司所施工 12、14、15、16、18、19、20 号楼工程中,欠付津盛公司工程款的范围内对实际施工人新科源公司承担给付责任。一审法院判决天大天发公司对鸿盛公司所欠新科源公司 1,799,422 元工程款承担连带

责任缺乏法律依据。二审法院据以纠正。

综上,二审法院判决津盛公司对鸿盛公司给付新科源公司工程款1,799,422元承担连带给付责任,天大天发公司就新科源公司所施工的12、14、15、16、18、19、20号楼工程在欠付津盛公司工程价款范围内对新科源公司承担给付责任。

三、分析评论

本案是《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《施工合同司法解释》)发布后审理的案件,涉及《施工合同司法解释》第26条的理解和应用。《施工合同司法解释》第26条规定:“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。”这一规定被认为是“加强了对农民工合法权益的保护”,^①为此,突破了合同相对性原则。但本案说明这一突破在理论上和实践中都有值得探讨之处。

(一)突破合同相对性缺乏法律依据

《合同法》第121条规定:“当事人一方因第三人的原因造成违约的,应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷,依照法律规定或者按照约定解决。”该条在法律上确定了合同相对性的归责原则。合同的相对性,是指由特定权利人向特定义务人请求为或不为特定行为的特性。合同是债形成的原因之一,债权与物权不同,物权是绝对权,而债权是相对权。从这一角度理解,合同相对性是合同管理中的基本原则。合同相对性理论的内涵,可以归纳为以下三个方面:第一,合同主体的相对性;第二,合

^① 载《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15页。



同内容的相对性;第三,合同责任的相对性。所谓责任的相对性,是指违约责任只能发生在合同当事人之间。首先,违约当事人应自己承担违约责任,而不能将责任推卸给他人。其次,在因第三人原因造成合同不能履行的情况下,债务人承担违约责任后,有权向第三人追偿。最后,债务人只能向债权人承担违约责任,而不应向国家或第三人承担违约责任。^①按照合同相对性的原则,实际施工人只与转包人、违法分包人有合同关系,与发包人并无合同关系,实际施工人无权追究发包人的违约责任。^②因此,《施工合同司法解释》第26条的规定突破了合同相对性原则。

1981年6月10日第五届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过的《关于加强法律解释工作的决议》第2条规定:“凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题,由最高人民法院进行解释。”王汉斌在对该决议草案进行说明时也认为“由于对某些法律条文理解不一致或者不准确,也影响了法律的正确实施”才有法律解释的需要。《人民法院组织法》第33条规定:“最高人民法院对于在审判过程中如何具体应用法律、法令的问题,进行解释。”因此,司法解释一定要以法律、法令为依据。

但《施工合同司法解释》第26条缺乏法律依据。在《合同法》与《招标投标法》中都没有这方面的规定,唯一与施工合同突破合同相对性有关系的是《建筑法》中的相关规定。《建筑法》第29条规定:“总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。”第55条规定:“总承包单位将建筑工程分包给其他单位的,应当对分包工程的质量与分包单位承担连带责任。”《建筑法》的这两条规定确实突破了合同的相对性,但这两条规定有以下三个限制:第一,这两条规定的分包是合法分包,不包括违法分包和转包;^③第二,这两条规定的责任是针对工程质量的,第55条的规定十分明确,

① 王利明:“论合同的相对性”,载《中国法学》1996年第4期。

② 何红锋:《工程建设中的合同法与招标投标法》,中国计划出版社2008年版,第182页。

③ 国务院法制局农林城建司、建设部体改法规司、建筑业司:《〈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74~75页。

第29条规定的连带责任也是针对质量责任的;^①第三,这两条规定都是赋予建设单位(发包人)可以突破合同相对性的,对于分包人只是增大了责任,没有赋予其突破合同相对性的权利。这三个限制中的任何限制都决定了《建筑法》第29条、第55条不能成为《施工合同司法解释》第26条的法律依据。

(二)突破合同相对性在实践中产生的问题

最高人民法院的法官们对这一规定的理由进行了归纳,认为“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”。^② 这种观点实际上要求实际施工人行使突破合同相对性权利是以转包合同为前提的,因为只有转包才有可能出现“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”这种情况。在法官们随后的论述中证明了这一点,即“转承包人与发包人(业主)之间已经全面实际履行承包人与发包人(业主)签订的建设工程施工合同并形成事实上的权利义务关系时,转承包人事实上已经取代第一手的承包人与发包人形成合同关系,在这种情况下,应当准许转承包人以发包人为被告提起追索工程价款的诉讼”。^③ 这样的前提将给司法实践带来混乱。首先,从《施工合同司法解释》第26条的文意来看,我们无法得出这样的结论:在该条中,实际施工人明显包括转包和违法分包两种情况下的实际施工人。因此基层法院的法官将无法准确适用这一司法解释。其次,在实际工程建设中,实际施工人大多数都是违法分包而非转包,因为转包长期以来被我国法律严格禁止。^④ 最后,即使是转包,实际施工人一般也不是全面实际履行了发包人与承包人之间的合同。这样,能够适用《施工合同司法解释》第26条的纠纷将极其有限。

① 国务院法制局农林城建司、建设部体改法规司、建筑业司:《〈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76页。

② 载《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223页。

③ 载《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229页。

④ 何红锋主编:《建设工程施工合同纠纷案例评析——最新司法解释下的分析与思考》,知识产权出版社2005年版,第129页。