



建伟律师文库

墨斗匠心定经纬

建设工程疑难案件

办案思路与执业技巧

疑难杂症一案一方·专家箴言一字一珠·风险防范一点一滴
保驾护航一心一意·传道授业一板一眼·共谋发展一带一路

朱树英 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



建伟
律师文库

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



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

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. —北京:法律出版社,2016.8

ISBN 978-7-5118-9794-7

I. ①墨… II. ①朱… III. ①建筑法—案例—中国
IV. ①D922.297.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第179178号

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

编辑统筹 法律应用出版分社

责任编辑 何海刚

装帧设计 乔智炜

© 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 胡晓雅

开本 710毫米×1000毫米 1/16

印张 24.25

字数 346千

版本 2016年8月第1版

印次 2016年8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 978-7-5118-9794-7

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)

序 言

“功夫在诗外”也适用律师办案

“汝果欲学诗，功夫在诗外”，这句诗鲜明地表达了陆游作为一位诗人的写作主张：向生活学诗，向社会学诗。由此及彼、推而广之，无论是写诗、作画，还是裁判、办案，不都是这个理吗？熟法条、知法理；庭上能说，庭下会想，这无疑就是律师入门所学的“诗”。那么，诗外的功夫又是什么呢？就让我们跟随朱树英的思绪走进一个个匪夷所思、动人听闻的“大案”、“名案”，去感悟他的“真功夫”。

在律师界，有人说“朱树英”现象是不可复制的，因为他是带着“专业”去读法律、做律师的；也有人说，朱树英有个超强大脑，他对行业实际情况真实了解，对专业法律理解异常透彻，法庭上反应极为迅速，对案件的分析判断极其精准。在法律界，虽然“朱树英著”的书往往是一版再版。但不少读者却反映：在阅读朱树英的专著时，不仅对其中的代理案件以及取得的成功充满了敬佩之情，更想进一步知道他是怎样接受疑难复杂案件的？他判断和决策时的思维是如何运行的？案件在庭审过程中，法官的观点态度有何变化？整个案情的发展又有哪些关键点位……却会遇到很大的困难。即使在互联网时代，借助大数据搜索也会发现，关于朱树英的新闻报道、学术论文汗牛充栋。但关于其代理的疑难案例则多为片段，鲜有完整者，并且挖掘的深度和精度也难以让人满意。

作为一名对朱树英充满敬佩之心的后学晚辈，学新闻、搞宣传的小编在而立之年投身律师行业，有幸能在朱树英身边接受法律的熏陶。耳濡目染、听之思之，让我深感朱树英这些“诗外功夫”的珍贵，以及它们对于青年律师的重要意义。几经怂恿、几经游说、几经沟通，朱树英终于同意“提前”动手整理这 20

多年来自己代理的经典案例。为什么说是“提前”，因为朱树英曾多次表示，等他退休了，有时间了，要把这些年办的案子整理出来，留给后学之人。

可如今，退休之日尚未可知，“回眸”工作已然启动。案例的整理难度超乎了我起初的想象。朱树英认为，每个案例都应具有代表性及能向读者传递案件成败及其背后的经验教训，让读者有所借鉴。因此，即使在快节奏、高强度的工作状态下，朱树英仍坚持亲力亲为，认真筛选每一个案例，力争每个案例都能做到精准及高度还原案件过程。有时为了一个很小的细节，可能都要翻阅海量材料。而小编也在后期编辑过程中，对每个案例做了相关点评、总结，力求做到让内行看出门道，外行看得热闹；力求使每个案例成为一个独立完整的法律故事，成为洞悉朱树英办案思路和专业技巧的窗口。

怀着“大姑娘上花轿”的忐忑心情，《办案回眸》栏目于2015年9月28日正式在“建纬律师”微信公众平台上线。“这些案例都太经典了”、“收藏、收藏，必须好好研读”……毫不讳言，栏目上线后的阅读反响远超大家的预期。金牌律师的传道、授业、解惑，不仅在律师圈里引发热议，更点燃了整个建筑法律行业的学习热情。中国建筑的某位法律顾问在第三期《办案回眸》出炉后表示，他们全体法律顾问已然入戏太深，追剧的热情赶超热播电视剧《琅琊榜》。中国铁建的某位副总经理微信留言说：“朱树英的案例很赞，值得学习再学习”。中铁一局的总法律顾问关于《办案回眸》写了这样一段感想：“经验凝结一生一世，教训揭示一疏一漏，疑难杂症一案一方，专家箴言一字一珠，风险防范一点一滴，保驾护航一心一意，传道授业一板一眼，共谋发展一带一路。”

是什么样的魔力将全国各地的专业律师以及行业内顶尖的法律顾问凝聚在一起，不分昼夜地讨论专业法律问题？《办案回眸》的魅力就在于，以经典案例“谋划”谋事者、以实战经验“管理”管理者。“树英说”的每个解析研判的建议都可以分分钟转化为生产力，成为影响司法界顶层设计的灵感来源。

“如果能把这些案例集结成册就好了”；“这些办案思路就应该白纸黑字流传下去，这是法学界的一笔财富”；“什么时候出书啊，这绝对是一本建筑工程领域的简明法律辞典和百科全书”……伴随着这一浪高过一浪的出书呼声，法律出版社洞察先机，主动联系朱树英，希望能将此书尽快出版。于是乎，就有了您现在所看到的这本《墨斗匠心定经纬——建设工程疑难案件办案思路与执业技

巧》。此书可谓建设工程领域法律问题集大成者,书中一共记录了 26 个典型案例,内容涉及企业资质、造价结算、工程质量、工期争议尤其是签证索赔等。值得一提的是,书中在某些案例之后附上了相关的论文。这缘于朱树英每每在结案后的总结、分析,最终跳开单个的案件,站在更高的层面对群象问题进行了论述,希望使读者有触类旁通的豁达感受。

此外,小编还要透露的是:《树英说 ~ 办案回眸》栏目的后集则全部是关于房地产方面的典型案例,仍将于每周一在“建纬律师”微信平台上与大家见面。相应地,《墨斗匠心定经纬——房地产疑难案件办案思路与执业技巧》也会在今年年底问世。其中将包含 28 个关于房地产方面的经典案例,敬请期待!

从历史映照现实,从昨日传到今朝,随案件进展看律师艰辛,借专家视角谋办案心得,这就是《墨斗匠心定经纬——建设工程疑难案件办案思路与执业技巧》一书的宗旨。我们希望,越来越多的青年律师加入到注重“诗外”功夫的行列中来,在稍显浮躁的氛围下,为苦修内功留出一片绿地;在快节奏的从业生活中,不忘为补充养料延展自己的触角。

是为序。

顾卓敏

2016 年 2 月 20 日

前 言

界定专业律师的内涵标志以及从司法实践看律师不断提升三种能力的重要性

中国律师行业发展到今天,律师的精细化专业服务,律师队伍的专业化发展,已成为整个律师行业一个重大的管理课题。律师作为研读法律的智者、解惑问题的师者,应当汲取业精于勤,术有专攻,“工欲善其事,必先利其器”等古人总结的经验,成为熟悉某一法律专业领域的“名医”、“名师”,成为擅长于解决相应领域法律问题的专家。那么,什么是专业律师?应当如何界定专业律师?如何衡量专业律师的内涵和标准呢?这些问题都值得我们认真研究,统一认知。

一、专业律师的内涵标志是同时具备三种能力

由于业界对什么是专业律师、专业律师应具备什么条件等问题尚无统一认知,一些律师为迎合法律服务市场需求,招揽业务,对某一领域的法律问题一知半解便自称专业律师。有的办过一些专业案件便自诩为专业律师;也有来自某一行业或者在律协的某专业委员会当委员,也便自认为是专业律师。律师行业中专业律师队伍良莠不齐,鱼龙混杂的情形,在购买法律服务市场和当事人中造成负面影响。

1. 专业律师的内涵与标志,是同时具备三种能力即具有综合能力。三种能力具体指:第一,熟悉行业实际情况的能力;第二,熟知相关法律规定的的能力;第三,熟练解决专业问题的能力。

在当下法律服务实践中,因法律服务市场需求的变化和当事人越来越专业的客观要求,对应的法律服务市场逐渐分化。律师的法律服务形成专业分工且

分工越来越细,律师队伍已经形成一批熟悉不同专业的律师队伍。所谓专业律师,应当是指律师主要从事某一领域法律服务,同时具备熟悉行业实际情况、熟知相关法律规定、熟练解决专业问题三种能力即具有综合能力的律师。

律师熟悉提供专业法律服务的行业实际情况和行业术语,是律师能够与委托人进行有效沟通,能够迅速熟悉案情的重要能力。“三百六十行,行行出状元”,律师从事哪一行专业服务,就应当成为这一行的内行和法律“状元”。不同行业的法律服务领域,有各不相同的行情、行业术语和行业实际。不论哪一行的企事业单位,从领导到部门到从业人员的行业实际情况都有各自不同的认知。以建设工程领域为例,施工企业包括国有企业和私营企业的领导,到承担具体施工任务的项目经理或部门负责人,到各企业的员工以及农民工。一旦碰到法律问题,由于立场、地位的差异,其都有各不相同的法律认知和服务需求,且他们各自使用的行业语言及表述方法也各不相同。如果律师不了解行业实际情况,遇到具体法律事务,尤其是疑难复杂的法律事务,律师不能与当事人进行有效沟通,以外行洽商、沟通内行,不能及时抓住案件的关键。甚至有的律师在洽谈案件过程中,不断询问当事人行业术语的含义。你让委托人怎么放心把案件交给你?

律师熟知相关法律规定,具体是指熟悉该行业广义的有关法律规定。从相关法律、法规以及最高人民法院相关的司法解释,到浩繁的行政规章、规范性文件,到各类示范合同文本的相关条款,这是律师提供专业法律服务的重要基本功。在这一能力的认知上,许多专业律师也存在误解。不少律师自认为对行业的相关法律、法规已经很熟悉,自己的法律功底已经不错。殊不知,有关行业法律问题的法律、法规往往规定得太原则、太朦胧,既不明确又不具体。其在司法实际中缺乏操作性,需要律师结合立法原理和案件实际情况提出具体的处理意见。以建设工程的转包和违法分包为例,1983年的《建筑法》第29条和1999年的《合同法》第272条仅规定不得转包和违法分包;2000年的行政法规《建设工程质量管理条例》第78条,对转包明确了定义却没有规定认定标准,对违法分包规定了认定标准却没有明确定义;直至2014年10月,住建部的《建筑工程施工转包违法分包等违法行为的认定查处管理办法》才分别对两者的定义和认定标准配套做了明确规定。因此,熟知相关法律规定、解决案件中的具体法律问

题,需要律师认真学习,能够融会贯通,切不可一知半解便自以为是。

律师能够熟练解决专业法律问题,尤其是疑难复杂的法律问题,是指专业律师能够运用熟悉行业实际情况、熟知专业法律规定的能力,用以熟练、准确、妥善解决司法实践中具体法律问题的实务处置能力。也就是说,专业律师的学识能够融会贯通,并能学以致用是更重要的能力。许多案件由于办案律师研判不准,处理不当造成办案效果不好。这与承办律师不同时具备三种能力,或者不能理论联系实际,学用脱节,或者缺乏实务处置能力直接相关。前不久,江苏连云港市中级人民法院受理一起标的巨大的国有土地使用权一地数转案件。原告律师面对一方违约,将已转让的国有土地再次转让他人,并已由案外人办理了土地登记手续的前提下,仍诉请要求对方继续履行合同,交付系争土地。显然,此诉请不符合《物权法》第14条“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,依照法律规定应当登记的,自记载于不动产登记簿时发生效力”之规定;也不符合最高人民法院《关于国有土地使用权转让纠纷案件适用法律问题的解释》第10条关于一地数转的登记原则、占有原则、公平原则和诚信原则的四种不同情形的处理规定。最后,当事人不得不更换了律师,变更了诉讼请求后再继续诉讼。

因此,专业律师应当有其专业内涵和标志。上述三种能力,是专业法律服务市场和律师胜任承办专业法律服务的客观需求。从事专业法律服务的律师应当同时具备上述三种能力,缺一不可。

2. 同时具备三种能力系律师准确解决专业法律问题之必需。

现今的法律服务市场专业分工越来越细,服务要求越来越高。各专业领域的法律服务都存在着对专业律师三种能力,即综合实务能力的客观需求;综合实务能力也是市场衡量律师是否具有专业能力的标志。专业律师同时具备三种能力,是能够妥善并准确解决相关法律问题的必要条件。这需要律师从业后,结合实际案件在专业化进程中不断继续学习,不断完善知识结构,在法律服务的司法实践中不断提升。

目前,国内的专业律师队伍主要由两部分组成。相当一部分的专业律师直接来自法学院校的律师从业人员。他们首先具备了一般法律功底和基础法学理论,从业后在定位自己的专业领域、树立自己的专业品牌,并在诉讼和非诉讼

领域不断实践形成的专业律师。他们的长处是法律功底扎实,但同时缺乏对专业领域行业实际情况的了解,他们的第二种能力优于第一种能力。也有的专业律师来自行业的企业法务或专业人员,在获得司法考试资格后改行成为专业律师。他们熟悉行业实际情况,但缺乏法律基础理论,也缺乏处理具体案件的实务能力和法律功底;他们的第一种能力优于第二种能力。从解决实际问题的角度考量专业律师的不同来源和形成过程,可以发现:专业律师同时具备三种能力,不仅是法律服务市场的客观需求,也是专业服务较高的从业要求。不论专业律师来自何方,运用前两种能力转化为解决实际专业法律问题的能力,其要求更高,难度更大。这就需要律师自身在专业司法实践中的不懈努力,不断总结。培养和提升专业律师三种能力,不仅需要专业律师自己的不断努力,还需要律师行业的统一认知和专业培养,需要建立专业律师综合能力培养和提升机制。

二、从典型案件看律师不断提升综合能力的重要性,提升三种能力需要专业律师不断实践,不断研究,不断总结

专业律师三种能力的客观性和重要性,是由司法实践和法律服务市场需求决定的。在重大项目服务竞标承揽和疑难复杂诉讼案件的妥善处理过程中,时时事事都体现出专业律师具备三种能力的迫切性和重要性。也就是说,专业律师三种能力需要在处理疑难复杂的诉讼和非诉讼法律事务不断接受考验,才能不断提升;专业律师三种能力的提升,需要在专业法律服务中不断实践,不断研究,不断总结。

1. 从竞标胜出,承揽中央电视台新台址项目全过程法律服务,看律师熟悉行业实际情况的必要性。

2004年,我们建纬所在北京竞争中央电视台新台址建设的全过程法律服务,和北京一家著名的专业律师事务所进入最后的决标。在建设单位组织讲标时,凭借对行业情况的真切了解和大型建设项目全过程法律服务的实务经验,我根据项目实地踏勘情况,在讲标时指出:如央视项目法律服务由我们来实施,我们针对项目开工前后会碰到四个具体法律问题,在这里可以设定相应的化解对策。

(1) 面临项目钢结构分包人招标在先、总承包人招标在后的工程发包具体

情况和客观实际,发包人如何因地制宜对总、分包商实施统一管理?对策是,做好总、分包招标文件的衔接。可在先行招标钢结构工程分包人时,于招标文件中限定中标的钢结构分包人须承诺,在确定总承包人后自愿纳入总承包统一管理;在之后的总承包人招标时也在招标文件中明示,总承包人的管理范围包括之前已招标签约的钢结构分包管理。这样,可以避免发包人事后的总分包两头协调的矛盾。

(2)针对项目特殊钢结构的设计,如何设定有关建筑设计成果归属的特别条款以保护发包人的合法权益?对策是,在招标时与设计人事先作特别约定。结合央视新台址主楼工程结构设计非常特殊的具体情况,建议发包人在设计招标时明确提示:设计费中包括设计文件的著作权的对价,设计成果归发包人。未经发包人同意,设计单位不得在其他项目设计时使用。因为我国《著作权法》第17条明确规定:“受委托创作的作品,著作权的归属由委托人和受托人通过合同约定。合同未作明确约定或者没有订立合同的,著作权属于受托人”。

(3)针对施工场地表面已三通一平,但地下有大量障碍物的现实可能性的情况,发包人该如何应对?对策是在工程施工招标时,招标文件应明示:投标人应把地下障碍物清除,包括施工场地大量的地下防空洞和设备基础拆除的费用,都包含在总承包人的投标报价中。总承包工程人投标报价时,要专项列明所需价款予一次包死,合同履行过程中不再作费用调整。

(4)项目如聘请香港测量师行提供投资控制服务,如何有效解决香港法律和内地法律存有法系矛盾?内地大型投资项目的投资控制一般会聘请香港的测量师行,可采取的对策是在测量师行招标时,招标文件提供配套的测量师行委托合同文本中,明确约定履约过程中测量师行提供的所有合同文本均需由内地律师审定。因为内地的法系与香港的英美法系不同,在内地履行合同须执行内地法律。

这四个具体法律问题,正是当时央视项目部已遇到但不知如何解决的重大实际问题。而我们提出的解决方案符合实际情况,具有可行性和可操作性。只是委托人深感奇怪:你们律师对我们项目的具体情况和碰到的问题怎样会这么了解?最终,央视新址这个北京市重大建设项目法律服务的招投标,由我们不占天时、地利条件的“外地和尚”——上海建纬所胜出。其原因在于,我们专业

法律服务的三种能力综合发挥了令当事人信服的作用。

2. 从承办上海工程主体结构质量纠纷案的三个疑难复杂问题,看律师熟悉专业法律规定的重要性。

2005 年年初,我代理上海市第二中级人民法院审理的一个被称为“比萨斜楼”的建设工程案件。1992 年,上海市某进出口公司投资建设一个办公大楼。承发包双方于 1999 年 12 月 30 日签订合同并正式开工,大楼共 32 层,合同约定质量等级为优良,1996 年 6 月 30 日竣工。至 1994 年年底结构封顶,结构阶段质量验收合格进入装修施工。1995 年年末,安装电梯的单位反映,因为电梯的导轨多次挂直了以后发生偏移,电梯无法垂直安装,工程因此导致停工。有关方面认为大楼的垂直度有缺陷,建设单位无奈只能进行观测沉降的质量鉴定。

由于沉降是否均匀是涉及大楼主体结构的大问题,并且观测沉降是一项时间长、难度大的重大质量缺陷鉴定。因此,这个工程从 1995 年开始,先经过上海同济大学建设工程质量检测中心鉴定;由于当事人对鉴定结论有不同意见,又经过上海市建设委员会科学技术委员会的鉴定;当事人对建科委的鉴定结论还是持不同意见,又经过上海技术监督局的第三次鉴定。三次鉴定历时十年,直至 2004 年 2 月,技监局的鉴定结论才确认:大楼沉降已经稳定,垂直度偏移了 38 公分。其主要原因是施工单位没有按照设计的长度来打桩,同时也没有排除设计有责任。2004 年年底,建设单位向法院提起诉讼,要求赔偿停工损失 1.7 亿元。

本案中沉降不均匀导致大楼的倾斜属于建筑物主体结构的质量缺陷,由此引起诉讼案件在上海尚属首例。我国的法律法规对建筑物的主体结构质量有一系列规定。我国《建筑法》第 60 条规定:“建筑物在合理使用寿命内,必须确保地基基础工程和主体结构的质量。建筑工程竣工时,屋顶、墙面不得留有渗漏、开裂等质量缺陷;对已发现的质量缺陷,建筑施工企业应当修复。”国务院的《建设工程质量管理条例》第 39 条规定:“建设工程实行质量保修制度。建设工程承包单位在向建设单位提交工程竣工验收报告时,应当向建设单位出具质量保修书。质量保修书中应当明确建设工程的保修范围、保修期限和保修责任等。”第 40 条规定:“在正常使用条件下,建设工程的最低保修期限为:(一)基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程,为设计文件规定的该工

程的合理使用年限……”这个案例充分说明,国家法律、法规对建设工程主体结构的质量要求在合理寿命内保证使用相应规定的极端重要性。同时,本案的实际情况说明了国外的一种主体结构质量缺陷的专业理论。在国外,例如法国、德国,对建设工程都开设十年质量保险。国外的专业理论认为:建筑物的主体结构质量需要有十年时间才能稳定。正是基于这个理论,国外的保险公司对工程交付使用后,开设了十年质量险。而现在这个案件正是整整经过了十年的沉降观测,才得到沉降已经稳定的结论。

对于这个案件的处理,会碰到以下三个主要的疑难法律问题。

(1)建设工程的主体结构的质量依法应当保证,本工程鉴定已确认的垂直度超标应当如何处理?由谁承担责任?

(2)工程停工已达十年之久,停工期间产生的重大的经济损失和工期逾期责任由谁来承担?法院能否支持工期逾期损失赔偿?

(3)质量缺陷的过错责任往往是混合责任,如果设计也有过错的话,法院如何裁判在设计、施工单位之间的过错责任分担?

应当说,本案是一起比较复杂的建设工程案件,集中那么多法律问题也不多见。由于这一案件起诉于2005年年初,按同年1月1日施行的最高人民法院《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《司法解释》)第28条的规定是不能直接适用该《司法解释》的。但是,这是一个一审在审的案件,当事人完全可以先撤诉再重新起诉。那么,《司法解释》就能够适用了。我从2002年到2004年,有两年半的时间全程参与这个《司法解释》的修改、讨论,对相关条款已十分熟悉,能够熟练按照《司法解释》的相关规定来处理本案。由于代理案件时能够对相关问题作准确处理,委托人最终取得了完全的成功。

而按照《司法解释》的有关规定,本案的三大法律问题都是有针对性答案的。《司法解释》第16条第3款规定:“建设工程施工合同有效,但建设工程经竣工验收不合格的,工程价款结算参照本解释第3条规定处理。”而《司法解释》第3条则明确规定:“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。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。”因此,本案中第一个法律问题的答案很清楚:不论合同是否有效,质量有缺陷的工程,首先应进行整改修复,修复的费用由承包人承担。

针对本案的第二个法律问题,《司法解释》第15条规定:“建设工程竣工前,当事人对工程质量发生争议,工程质量经鉴定合格的,鉴定期间为顺延工期期间。”由于本案的质量问题发生在施工过程中,而且经鉴定质量不合格。那么工程逾期的期限不可作为顺延工期处理,而应由承包人承担逾期的违约责任。这句话好说,在本案中可是十年的逾期违约责任,即使按每天万分之二来计算,逾期的损失也要相当于整个工程的造价。

针对本案的第三个法律问题,也即设计和施工单位的责任分担问题。《司法解释》第12条第1款规定:发包人提供的设计有缺陷,则由发包人承担质量过错责任。我国《合同法》第269条规定:“建设工程合同是承包人进行工程建设,发包人支付价款的合同。建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。”因此,设计、施工单位都属于承包人。本案的设计和施工单位虽然分别签订合同,但由于工程是同一标的,质量缺陷也是同一争议。我作为建设单位的代理人,由于在起诉前已经了解了《司法解释》的第12条规定。因此,以损害赔偿作为案由,把设计和施工单位作为共同被告一并提起诉讼。法院也同意立案,两被告在举证期限内也没有提出异议。因此,本案中就不存在建设单位先行承担设计缺陷责任再另案向设计单位追偿的问题了。

上述案件三个疑难法律问题,都能够在司法解释中找到明确的答案。这就说明:我们必须重视司法解释在审理建设工程施工合同案件中的针对性和可操作性。一个这么复杂的疑难案件,其准确处理,都可以在司法解释中找到答案。可见,这个司法解释的针对性和可操作性是不可小视的;同时,可见办案律师熟悉专业法律规定和最高人民法院的专业司法解释的极端重要性。

3. 从最高人民法院改判青海省高级人民法院一审判决,结算中途解约的施工合同适用政府指导价计价,看律师熟练解决专业问题的有效性。

2013年9月,我接受上诉人青海方升建筑安装工程有限责任公司(以下简称方升公司)的委托,代理其上诉至最高人民法院的建设工程纠纷二审案。经我的二审代理和据理力争,二审法院改判原审青海省高级人民法院固定价格合

同中途解约按已完工程量占合同固定价比例折价的计价方式,改为适用政府指导价即当时当地的定额计价,使案件发生颠覆性改判。2015年6月15日,最高人民法院司法文书裁判网刊出对本案作为判例的改判理由及二审判决书全文。当年12月期的最高人民法院公报将此案作为经典案例,正式报道本案二审审理情况。

2011年9月,方升公司与青海隆豪置业有限公司(以下简称隆豪公司)签订《建设工程施工合同》约定:由方升公司承建隆豪公司开发的海南藏文化产业创意园商业广场,总建筑面积为 36745m^2 ,开工日期为2011年5月8日,竣工日期为2012年6月30日;工程单价 $1860\text{元}/\text{m}^2$,单价一次性包死,合同总价款68,345,700元。2012年6月13日,方升公司和隆豪公司与相关单位组织通过工程主体结构验收。同年6月19日,方升公司发出《通知》,要求隆豪公司支付拖欠的进度款1225万元工程款。6月25日,隆豪公司发出通知要求解除合同,之后方升公司撤场。2012年7月,方升公司向青海省高级人民法院起诉,请求判令隆豪公司向方升公司支付工程款22,439,200元,并支付违约金。隆豪公司提出反诉,请求判令方升公司退还隆豪公司多支付工程款106万元,并赔偿隆豪公司工期、质量损失492万元。

在案件审理过程中,一审法院委托工程造价司法鉴定。鉴定机构以合同约定总价与全部已完工程预算总价的比值,乘以已完工程预算价格的方法进行计价,并得出鉴定结论。一审法院采纳司法鉴定意见,遂判决方升公司向隆豪公司返还超付的工程款83万元,并向隆豪公司支付质量缺陷修复费用24万元。

承接该案二审后,我凭借对该案及行业实际情况的了解,并熟悉运用相关法律规定,提出在发包人违约单方解除合同,致原合同约定的按建筑面积平方米固定单价不能计价时,应当按政府指导价即定额计价的代理观点。我认为,根据本案实际情况,工程价款的计取有三种方法。第一种方法即按承包人已完成的工程量,按合同约定的平方米包干价折价计取,即本案一审采取的方法。采用这一看似公平的计价方法,其前提是不存在当事人一方违约。而本案发包人单方违约解除合同是不争的事实,按此方法计算的发包人应付工程价款明显低于工程的实际成本,导致发包人能够额外获取近千万元的利益。所以,这种计价方式对守约方的方升公司明显不公平。

第二种方法是按照建设工程承包单位时间内完成工程量考核进度计算工程价款。采用工期计算本案工程的工程价款,虽然符合隆豪公司中途解除合同必然导致增加交易成本的实际情况,但该计算结果得出的工程价款明显高于合同约定的相对价款。这对发包人也是不公平的。

第三种方法是依据政府部门发布的定额标准,即政府指导价计取已完工程价款。此种计价方法算出的价款既不明显低于合同约定价款的相应比例,也不过分高于合同约定的实际成本价款,与当事人签约时的预期成本价款较为接近。因而,其比上述两种计算结果更为合理。

我的具体理由如下:

第一,施工合同中途解除,如何结算已完工程价款?

根据《合同法》第98条“合同的权利义务终止,不影响合同中结算和清理条款的效力”、《司法解释》第10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;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”及第16条“当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的,按照约定结算工程价款”的规定,毫无疑问,若施工合同中途解除,应当按照合同约定的计价方法支付相应的工程价款。

本案中的一审法院也持以上观点,即“案涉合同是双方当事人真实意思表示,未违反法律法规的强制性规定,合法有效。因此,双方当事人对工程价款的计价方式明确约定的情况下,对于方升公司已完工程价款的计取,应以合同中约定的工程价款的计价条款为依据”。然而,本案的特殊之处正在于合同约定的是每平方米固定单价。如工程顺利竣工通过质量验收,当然可按照已完成工程的建筑面积的平方米数进行结算。该结算方式适用的前提是,合同约定的全部工程均完工。但是,本案合同约定的工程,方升公司完成基础、主体工程后,因隆豪公司单方解除合同事实上未能全部完工,按照合同约定的固定单价根本无法直接算出已完工程的价款。在这种情况下,一审法院支持了鉴定单位提出的以合同约定总价与全部工程预算总价的比值,再以该比值乘以已完工程预算价格进行计价。

这里涉及承包人不平衡报价的行业实际。就整体建筑工程而言,可以分为

基础部分、主体部分、装饰部分、安装部分等。各部分的工程体量不同,造价也完全不同。基础和主体部分的实际投入量比装饰工程明显大很多,需要根据地质结构进行大量的、高标号、高强度的钢筋、水泥等建筑材料及工程量投入。而且,单价包死后,钢筋水泥等建筑材料涨价风险就由承包人来承担了,而在装饰部分工程量及造价相对较少。建筑工程的利润分布却在这几部分呈现出逐渐增多的情形,即在基础、主体部分实现的利润相对很少,在装饰部分稍多一些,整个工程的利润大多是在装饰、安装部分实现的。这在整个建筑行业是不争的事实。因此,在施工总承包的情形下,施工单位通常是通过装饰、安装工程获得利润的主要部分,来弥补基础及主体部分的大量投入,以达到以盈补亏的平衡。如果基础、主体部分和装饰、安装工程分别由不同的施工单位承包,那么各施工单位分别核算利润。最终,整体工程的造价一定高于总承包施工的造价。这是建筑行业的规律和常识。如果签订合同时,方升公司就知道其仅能就基础、主体部分获得工程价款,而不进行装饰、安装工程的施工,则双方约定的计价方式必然不会是该平方米固定单价。

第二,应认定当事人根本性违约并应由其承担相应的法律后果。

本案不争的事实是发包人违纪单方解除合同。合同违约分为根本违约和非根本违约。根本违约的定义为:一方当事人违反合同的结果,如使另一方当事人蒙受损害,以至于实际剥夺了他根据合同规定有权享有的权益。反之为非根本违反合同。

我国《合同法》第94条规定:“有下列情形之一的,当事人可以解除合同:……(二)在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务;(三)当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行;(四)当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的”,这三种情形属于根本性违约。因此,所谓根本性违约,是指一方当事人不履行、迟延履行主要债务或其他违约行为,而使另一当事人的主要合同目的不能实现。受损害方可以主张单方解除合同,并可要求损害赔偿。本案中,隆豪公司拒绝按期支付工程款,并在合同期限内无法定理由单方解除合同。根据《司法解释》第9条第1款“发包人具有下列情形之一,致使承包人无法施工,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