



建设工程管理丛书

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

主 编 何红锋
副主编 钱海玲 李鹤贤 李德华

知识产权出版社

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

主 编：何红锋

副主编：钱海玲 李鹤贤 李德华

知识产权出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

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/何红锋主编. —北京: 知识产权出版社, 2005. 8

ISBN 7-80011-895-9

I. 建… II. 何… III. 建筑工程-经济合同-经济纠纷-案例-分析-中国 IV. D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 067352 号

内容提要

本书以 2005 年 1 月 1 日起实施的《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》为基础, 对工程实践中经常发生的纠纷进行讨论。书中案例均来自于实践, 有相当比例的案例是编写者审理或代理过的。

本书适用于施工企业管理人员、司法审判人员、律师、法学专业和工程管理专业学员。

本书的所有版权受到保护, 未经出版者书面许可, 任何人不得以任何方式和方法复制抄袭本书的任何部分, 违者皆须承担全部民事责任及刑事责任。

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

何红锋 主编

责任编辑: 陆彩云

装帧设计: 段维东 责任出版: 杨宝林

知识产权出版社出版、发行

地址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

通信地址: 北京市海淀区蓟门桥西土城路 6 号 邮编: 100088

网址: <http://www.cnipr.com>

(010) 82000893 (010) 82000860 转 8101

北京白帆印务有限公司印刷

新华书店经销

2005 年 9 月第 1 版 2005 年 9 月第一次印刷

720mm×960mm 1/16 印张: 17.5 字数: 308 千字

ISBN 7-80011-895-9/D·185

定 价: 35.00 元

如有印装质量问题, 本社负责调换。

前 言

建设工程施工是工程建设中最主要的内容,涉及的法律关系最为复杂。在工程建设实践中,施工中发生的纠纷也是最多的,并且工程领域、法学界和司法实践部门对许多问题都存在着不同的看法。因此,对于工程建设施工中发生的案例进行系统、深入地分析,既对工程领域中避免、预防、解决纠纷有重要的参考价值,也对法学界和司法实践部门统一纠纷的法学理论认识有积极的意义。

知识产权出版社2003年组织编写、2004年3月出版了《建设工程施工合同纠纷处理实务》一书,获得了普遍的好评。但是,2004年10月25日,最高人民法院公布了《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》,并于2005年1月1日起施行。该司法解释的施行必将对施工合同纠纷的司法解决产生重大的影响。以前在司法实践中的不同观点和处理方式,将来都要统一在这一司法解释下。本书除了简单介绍《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》外,将重点放在了对案例的分析和介绍上,司法解释涉及到的,我们都给予了详细地讨论,司法解释没有涉及到的、但在实践中经常发生的纠纷,如施工合同审计纠纷、施工相邻纠纷、施工招标失败纠纷等,我们也进行了讨论。本书将建设工程施工纠纷分为施工合同订立纠纷、施工合同主体纠纷、施工合同工程款纠纷、施工质量纠纷、施工合同分包及转包纠纷、施工合同变更和解除纠纷、施工竣工验收纠纷、施工合同审计纠纷、施工相邻纠纷共九大类,详细分析了各类纠纷及其成因、处理途径,介绍了相关案例的背景以及充分的学理评析。

本书的特点有三个:第一,案例都是来自实践中的,有相当比例的案例是编写者审理或者代理过的,有许多编写者自己的感性认识;第二,整书的编写强调学理分析,在纠纷成因和处理上的分析也是十分详尽的;第三,涉及新司法解释的内容,强调在新司法解释下的分析。全书由主编提出分类设计,并且进行统稿和观点的协调,副主编协助主编进行了统稿工作。编写者中则既有从事工程建设施工合同的教学和研究人员,也有丰富工程施工经验的工程管理和技术人员,更有丰富司法实践经验的审判人员和律师。相信本书能够为施工企业的管理人员、司法审判人员、律师、法学专业和工程管理专业学员提供有益的帮助。

特别需要指出的是,由于实践中产生的纠纷都是十分复杂的,往往一个案例涉及多个方面的纠纷。但从全书层次性角度考虑,不得不把复杂的案例放入某一类具体纠纷之中,即便有时归类并不十分合理。

我还特别要说点感想和感谢。我1987年毕业于天津大学港口工程本科专业、1989年考入南开大学民法学专业研究生后,我一直期盼我的法学知识的学习能够与工程专业知识相结合。这一想法与我国10多年后开始的法律硕士教育的培养目标不谋而合。我在这方面知识与经验的积累与我后来在天津大学技术经济专业、工程管理专业、建筑工程专业从事的近10年的建设法、建设工程合同的教学有很大的关系。非常荣幸能够与国内建设法、建设工程合同方面的著名前辈专家曲修山教授、何伯森教授成为同事,并得到他们的长期指点。我由于长期参加建设部有关施工合同的教学、研究活动,如参加《建设工程施工合同(示范文本)》、《中华人民共和国建筑法》的起草讨论,参加注册监理工程师、注册造价工程师、注册建造师考试大纲和教材的编写,在对施工合同的理解方面,得到了建设部《建设工程施工合同(示范文本)》主要起草人徐崇禄老先生、建设部法规司原副司长朱中一同志的许多帮助;在长期的合作中,东北财经大学何佰洲教授、天津理工大学尹贻林教授、清华大学朱宏亮教授、华北电力大学黄文杰教授、同济大学黄如宝教授、上海市建纬律师事务所朱树英律师等建设法和建设工程合同专家对施工合同的独到见解,给了我很大的启发。对于所有这些专家、教授,我深挚地表示感谢。同时,本人10多年的执业律师和10年的仲裁员经历,代理和仲裁了大量施工合同纠纷,这也有助于我对施工合同纠纷的理解。2001年我调到南开大学法学院从教,这几年指导的研究生中有多名同时具有工程和法学学历教育背景,同时有施工企业工作的经历,他们也在逐渐成长,对施工合同的理解日深。我指导的在职研究生,有的本身就是资深的处理施工合同纠纷的法官和律师,我们在一起,确实是教学相长的。当然,还有受我邀请编写案例的教授、法官、律师朋友,他们都对施工合同有深刻的理解。所有这些,都是本书成稿的基础。

本书编著第一章:钱海玲、李鹤贤、何红锋。第二章:综述,何红锋;案例1,何红锋;案例2,汤扬(中建国际发展股份有限公司)、郝红鹰(天津市高级人民法院)、李德华;案例3,王欣(天津市第二中级人民法院)。第三章:综述,何红锋、何磊(天津金恒信弘德律师事务所);案例1,叶勇(广东省佛山市顺德区建设工程交易中心)、李德华;案例2,郑刚(北京汇融律师事务所)、李德华;案例3,李鹤贤、安文杰(天津市高级人民法院);案例4,王者洁(天津工业大学);案例5,杨春慧(天津坤鹏律师事务所)。第四章:综述,何红锋;案例1,万进(中建一局华江建设有限公司)、李德华;案例2,孙东晓(上海同济建设监理咨询有限公司)、李德华;案例3,周凯

(天津市高级人民法院)、刘萍(南开大学法学院);案例4,王欣;案例5,李鹤贤、缴治民(天津市高级人民法院)。第五章:综述,何红锋、孙东晓;案例1,刘华(西安建筑科技大学)、陈立真(中建国际建设有限公司);案例2,周凯、刘萍。第六章:综述,汤炀、李德华;案例1,张连生(苏州科技大学)、陈立真;案例2,周凯、刘萍;案例3,李鹤贤、安文杰。第七章:综述,汤炀、李德华;案例1,何红锋。第八章:综述,孙东晓、李德华;案例1,孙东晓、李德华;案例2,李鹤贤、缴治民。第九章:综述,李德华;案例1,李德华。第十章:综述,毛军(天津金恒信弘德律师事务所)、李德华;案例1,何红锋;案例2,毛军、李德华;案例3,毛军、李德华。

最后,按照惯例似乎是套话,但同时也是我的心里话:本书的缺点错误在所难免,欢迎批评指正,欢迎对案例的进一步深入的讨论。联系方式,电子信箱:he-project@163.com, he66666@163.com 或者 plide@163.com

何红锋

2005年5月

目 录

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	(1)
第一章 对《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》的分析	(5)
第二章 建设工程施工合同订立纠纷	(17)
综 述	(17)
案例 1 建筑公司诉房地产开发公司招标投标纠纷案	(22)
案例 2 江苏溧阳茂盛建筑公司诉天津市天民公司联建纠纷与黑白合同纠纷案	(26)
案例 3 老庙镇拆迁队诉中房集团房地产公司未签署合同而实际施工纠纷案	(33)
第三章 建设工程施工合同主体纠纷	(37)
综 述	(37)
案例 1 园林公司诉南海酒店拖欠工程款纠纷案	(42)
案例 2 建筑公司同开发公司恶意串通案	(52)
案例 3 邓某某诉天津华泰房地产开发公司建设工程施工合同纠纷案	(55)
案例 4 河南省新蒲建筑安装有限公司诉天津市东达房地产开发公司、天津市河东区房屋建筑工程公司建设工程施工合同纠纷案	(61)
案例 5 张某某诉天津市第三房屋建筑工程公司及天津顺驰发展股份有限公司建筑工程欠款纠纷案	(67)
第四章 建设工程施工合同工程款纠纷	(74)
综 述	(74)
案例 1 新疆维吾尔自治区建筑工程劳改支队诉塔城地区行署驻乌鲁木齐市办事处合同结算价款纠纷案	(77)
案例 2 浙江义乌市伟业房地产开发公司诉浙江义乌市建筑工程有限公司建筑工程承包合同纠纷案	(83)
案例 3 宝坻公司诉永恒公司合同变更案	(94)

案例 4	永友建筑工程公司与遵化市北方公司工程款按实结算纠纷案	(98)
案例 5	中兴建筑工程有限公司与天津鸿飞房地产开发有限公司建设工程施工合同(管辖异议)纠纷案	(106)
第五章	建设工程施工质量纠纷	(110)
综 述		(110)
案例 1	某村民委员会诉某建筑公司第六工程处住宅基础工程质量纠纷案	(115)
案例 2	海泰储运诉海晶公司工程质量案	(119)
第六章	建设工程施工合同分包及转包纠纷	(129)
综 述		(129)
案例 1	森诺钢木家具有限公司诉郭巷建筑安装有限公司施工合同质量纠纷案	(134)
案例 2	某建筑公司诉某安装公司分包合同纠纷案	(144)
案例 3	天津伟豪置业有限公司诉天津市康海桩基工程公司、天津市大地建筑工程有限公司建筑工程合同纠纷案	(150)
第七章	建设工程施工合同变更和解除纠纷	(156)
综 述		(156)
案例 1	天津市天新房地产开发有限公司诉江苏省都江建设工程总公司建设工程合同造价纠纷案	(160)
第八章	建设工程施工竣工验收纠纷	(173)
综 述		(173)
案例 1	南通市建筑安装工程总公司诉上海齐来工业发展有限公司工程款纠纷、上海齐来工业发展有限公司反诉南通市建筑安装工程总公司工程质量纠纷案	(178)
案例 2	天津市宏发建筑工程有限公司诉天津市瑞达房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案	(189)
第九章	建设工程施工合同审计纠纷	(196)
综 述		(196)
案例 1	建设工程承包合同双方当事人已确定的工程价款与审计部门审计的工程决算价款不一致纠纷案	(201)
第十章	建设施工相邻纠纷	(220)
综 述		(220)
案例 1	新华日报社诉南京华夏实业有限公司相邻权纠纷案	(225)
案例 2	贤达园居民小区居民诉河北涿县水利设备公司、	

河北涇县建筑公司建筑噪音相邻纠纷案	(230)
案例 3 第三房屋建筑装修工程公司诉北郊区某村委会 建设施工借道纠纷案	(232)
附录：其他相关法律、司法解释及索引	
附录 1 中华人民共和国建筑法	(235)
附录 2 中华人民共和国合同法（节录）	(245)
附录 3 最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复	(260)
附录 4 最高人民法院关于贯彻执行《中华人民共和国民事诉讼法通则》 若干问题的意见（试行）（节录）	(261)
附录 5 最高人民法院《关于建设工程承包合同案件中双方当事人 已确认的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不 一致时如何适用法律问题的电话答复意见》	(262)
附录 6 《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》法条与案例对应关系简明索引表	(263)
参考文献	(265)

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

(2004年9月29日最高人民法院审判委员会第1327次会议通过 法释[2004]14号)

根据《中华人民共和国民事诉讼法通则》、《中华人民共和国合同法》、《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，结合民事审判实际，就审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律的问题，制定本解释。

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52条第(5)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。

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。

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。

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。

第四条 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。人民法院可以根据民法通则第134条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。

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。

当事人对垫资没有约定的，按照工程欠款处理。

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。

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。

第八条 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。

第九条 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。

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；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。

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。

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。

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；
- (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。

承包人有过错的，也应当承担相应的过错责任。

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。

第十四条 当事人对建设工程实际竣工日期有争议的,按照以下情形分别处理:

(一)建设工程经竣工验收合格的,以竣工验收合格之日为竣工日期;

(二)承包人已经提交竣工验收报告,发包人拖延验收的,以承包人提交验收报告之日为竣工日期;

(三)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。

第十五条 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。

第十六条 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。

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。

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。

第十七条 当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的,按照约定处理;没有约定的,按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息。

第十八条 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。

第十九条 当事人对工程量有争议的,按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。承包人能够证明发包人同意其施工,但未能提供签证文件证明工程量发生的,可以按照当事人提供的其他证据确认实际发生的工程量。

第二十条 当事人约定,发包人收到竣工结算文件后,在约定期限内不予答复,视为认可竣工结算文件的,按照约定处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的,应予支持。

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。

第二十二条 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。

第二十三条 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。

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。

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

第二十六条 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。

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。

第二十八条 本解释自 2005 年 1 月 1 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。

第一章 对《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》的分析

2004年9月29日,最高法院审判委员会召开第1327次审判委员会,通过了法释(2004)14号《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”)。2004年10月25日,最高人民法院公布了“施工合同司法解释”,并于2005年1月1日开始施行。“施工合同司法解释”对司法实践中的许多有争议的问题,给予了明确的回答,它将是司法实践中处理施工合同纠纷的重要法律依据。

一、司法解释的现实需要和起草、制定的大致经过

当前,建筑业是我国国民经济的一个支柱产业,对国家经济发展和社会进步的贡献不言而喻。经过多年的发展,我国建筑业初步建立起了包括建筑施工许可制度、从业资格审查制度、建设工程招标投标制度、建设工程监理制度、建设工程工程质量和安全监督管理制度等在内的适应社会主义市场经济要求的管理体制。正因为建筑业的重要性,所以国家一直十分重视与建设工程相关法律制度的健全和完善。由于建筑业是较早进入市场的领域,在改革开放初期,是我国经济体制改革的突破口,当时进城的农民工大部分都在建筑业务工。因此,建筑业也是对法律法规要求比较高的行业。到2002年,包括《中华人民共和国建筑法》(以下简称《建筑法》)、《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)、《中华人民共和国招标投标法》(以下简称《招标投标法》)、《建设工程质量管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》及部分配套规章文件相继颁布施行,初步构建起了一个建设法规体系框架,形成了建筑市场运行有法可依的局面。但是,尽管法律制定时都会强调前瞻性和预测性,但社会实践的发展和社会生活的丰富多彩,却总是让法律不断显现出它的不完备和滞后性。我国建筑业从事承包业务的领域包括以国家财政拨款为主的基本建设领域和按照市场规律运行的房地产领域。长期以来,建设工程领域,特别是房地产开发建设过程中,种种不规范的操作行为一度导致纠纷不断,建筑市场混乱,建设工程施工合同纠纷案件在法院民事案件总数中所占的比例逐年上升。

从1995~2004年天津市法院系统受理的建设工程合同纠纷类一审案件的

情况看,1995年受理建设工程承包合同案件(当年的司法统计口径)共171件,诉讼标的金额4379.75万元。1996年174件,诉讼标的金额5564.22万元。1997年239件,诉讼标的金额6805.40万元。1998年271件,诉讼标的金额7529.56万元。1999年327件,诉讼标的金额17767.55万元。2000年294件,诉讼标的金额36239.36万元。2001年397件,诉讼标的金额15804.21万元。2002年,1170件(其中建设工程施工合同案件898件),诉讼标的金额41441.4656万元(建设工程施工合同案件诉讼标的金额31544.4464万元)。2003年,1198件(建设工程施工合同案件722件),诉讼标的金额84985.4521万元(建设工程施工合同案件诉讼标的金额67763.4579万元)。2004年,1357件(建设工程施工合同案件657件),诉讼标的金额69553.3084万元(建设工程施工合同案件诉讼标的金额47726.6209万元)。从统计数字情况可以看出,法院受理的建设工程合同纠纷案件逐年增加,有的年度甚至大幅度增加。

由于法律法规过于笼统,缺乏明确、具体的规定,不便于实际操作,在公正与效率的严格要求下,司法解释出台前,人民法院审理案件的难度较大,法官经常会感到棘手和困惑,审理案件需要运用民法的基本原则和法律的基本原则去分析和处理案件中的问题。长期以来,我们国家的立法一直以“管理”二字为重,以《建筑法》为例,虽然名称为“中华人民共和国建筑法”,但却是侧重于建筑安全和质量管理,或许称它为建筑安全管理法更合适些。此外,虽然《合同法》中有一些关于建设工程合同的规定,最高法院也曾发布过几个司法解释对建设工程合同加以规范,但都没有真正解决实际存在的各种问题。关于如何规范建设工程施工阶段的行为,如何审理好建设工程施工合同纠纷案件,始终没有统一、明确的实践标准。

为了统一司法尺度,规范和维护建筑市场的经济秩序,各省、自治区、直辖市的高级法院分别从总结本地区审判实践经验出发,先后制定了一些具体处理建设工程施工合同纠纷案件的规范性文件,这些审判经验的总结和理性升华,为最高人民法院制定《关于审理建设工程合同纠纷案件适用法律问题的解释》做出了一定贡献。

最高法院考虑到了迫切的现实需求和司法实践面临的难点问题,于是将起草有关的司法解释纳入了工作部署。2002年3月,最高人民法院民事审判第一庭开始着手“施工合同司法解释”的起草工作。在起草过程中召开了各种类型的座谈会,反复听取了立法部门、国务院主管部门、建筑施工企业、房地产开发企业、执业律师、专家学者、工程造价和工程质量鉴定中介机构等有关方面意见,于2003年11月形成了最初的司法解释稿。为了确保司法解释能够集中民智,体现民意,更好地维护公平与正义,依法保护各方当事人的合法权

益, 2003 年 12 月 15 日还将起草的司法解释在《人民法院报》和人民法院网上公布, 公开向社会征求意见。2004 年 4 月 28 日至 30 日, 最高法院民一庭在安徽黄山又召开了由 15 个高级法院的法官参加的会议, 法官们根据本地审判实践经验, 对司法解释稿进行了认真讨论, 交流了审理建设工程施工合同纠纷案件的审判实践经验, 达成了广泛共识, 并对修改司法解释稿提出了许多建议。上述这些工作都为司法解释的尽快出台打下了坚实的基础。2004 年 9 月 29 日, 最高法院审判委员会召开第 1327 次审判委员会, 通过了法释(2004)14 号《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》。2004 年 10 月 25 日, 最高人民法院公布了司法解释, 并于 2005 年 1 月 1 日开始施行。“施工合同司法解释” 特别注意充分体现了《建筑法》、《合同法》、《招标投标法》等法律的立法本义, 严格遵循法律原则和法律精神, 内容务实、充实, 便于实际操作, 有利于统一执法尺度, 必将对今后房地产业所涉及的建筑市场秩序产生重大而深远的影响。

最高人民法院副院长黄松有在回答记者问题时提到, 最高法院“施工合同司法解释” 主要是基于两个方面的考虑: 一是为了给国家关于清理工程拖欠款和农民工工资重大部署的实施提供司法保障。近年来, 我们国家的建筑业发展很快, 建筑业吸纳了大量的农民工就业, 并推动了诸多相关行业的发展, 建筑业已经成为我国国民经济发展的新的增长点。在建筑业快速发展的同时, 也出现了一些问题, 如: 建设工程质量问题、建筑市场行为不规范问题、投资不足问题, 特别是投资不足问题造成了大量拖欠工程款和农民工工资的现象, 已经严重侵害了建筑企业和进城务工人员的合法权益。这既是一个经济问题, 又是一个社会问题, 更是一个法律问题, 引起了党中央和国务院领导的高度重视, 国家已经采取专项措施予以治理, “施工合同司法解释” 的出台主要是从法律上提供更加明确、有力的保障。二是由于有些法律规定还比较原则, 人民法院在审理建设工程施工合同纠纷案件时, 对某些法律问题在具体适用上认识不统一, 如无效合同处理原则, 合同解除条件, 质量不合格工程、未完工程的工程价款结算问题, 工程质量缺陷的责任, 工程欠款利息的起算时间等, 不解决这些法律适用问题, 不仅影响到人民法院司法的公正性、统一性和审判的效率, 而且也不利于尽快解决拖欠工程款和农民工工资问题。因此, 为了配合国家专项措施的实施, 统一人民法院执法尺度, 公平保护各方当事人的合法权益, 维护建筑市场的正常秩序, 促进建筑行业的健康发展, 最高人民法院制定了这个司法解释。司法解释的公布和实施, 对于规范建筑市场行为, 促进我国建筑业的发展, 确保建设工程质量, 维护人民生命财产的安全, 公平保护建设工程施工合同各方当事人的合法权益, 都将起到积极作用。

二、对建设工程施工合同无效的认定以及处理原则

(一) 认定建设工程施工合同无效的法律依据

无效合同是指合同虽然已经成立,但因其内容或形式上违反了法律、行政法规强制性规定或社会公共利益,因此被确认自始无效。“施工合同司法解释”第1条规定:“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52条第(5)项的规定,认定无效:(1) 承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的;(2) 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;(3) 建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。”该条是针对保障工程质量的强制性法律规范,是国家为保障工程质量、人民生命财产、公共安全而规定的严格的主体准入条件,目的是防患于未然。要正确理解“施工合同司法解释”第1条,首先要正确理解《合同法》第52条第(5)项的内容,即“违反法律、行政法规强制性规定的”合同无效。该规定有以下含义:

第一层含义,尊重当事人合同自治,但当事人的约定不能排除法律、行政法规的强制性规定。合同的第一个要件是当事人意思表示真实、一致,但当事人的约定不能排除强制性规定。约定的内容违反法律、行政法规强制性规定的无效。

第二层含义,这里的法律、行政法规是指全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规,不包括地方性法规、行政规章。法释[1999]19号《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第4条作出了明确的规定。《合同法》的这一规定具有历史性的进步。回顾国家对合同管理的历史,国家对合同管理是与国家的政策密不可分的,法律是为政治服务的。社会主义是以社会为本位,在利益顺序上强调国家、集体、个人。在计划经济下国家的公权力广泛地介入私法领域,干涉私权利。如商业合同要经过工商局签证后才有效。在立法上,将合同内容的合法性原则作为一项效力性规定,地方性法规、行政规章中有大量的规定合同无效的内容。人民法院在《合同法》生效前处理合同纠纷时,大量的合同被认定无效。如超经营范围的,违反部门内部规定的合同都被认定无效。经营者受到了太多的限制,交易安全、规模受到影响,直接影响到我国经济的发展。《合同法》是与市场经济相配套的法律,它的一个突出的特点就是限制行政权力,给经营者更大的自由,充分尊重当事人的合同自治,但同时也对当事人的意思自治进行适当合理的限制。把地方性法规、行政规章排除在认定合同效力的依据之外,尽量维护合同的效力是《合同法》的一个特点。

第三层含义,如何理解强制性法律规范?从法理学角度分析,法律规范可划分为任意性和强制性法律规范。强制性法律规范包括禁止性和指示性规范。