

# 建设工程司法解释（二）规制下 工程施工项目法律合规风险管理

中铁武汉电气化局法规部  
王小臣  
18756570420

# 个人简介

- 王小臣，中铁武汉电气化局法规部部长，中国中铁合规与规章制度专家组成员，高级经济师，公司律师。第六届、第七届、第八届全国交通企（事）业优秀法律顾问。2015年度国资委中央企业“十佳百优”法律事务先进工作者。主要论著《建设工程施工合同主要法律风险分析与应对策略》和《国有建筑施工企业营改增法律风险防范》，分别刊载于《中国建设工程法律评论》第三期和第四期（最高人民法院民事审判第一庭审定，法律出版社出版）。

# 一、司法解释颁布与基本内容

## (一) 颁布情况



中华人民共和国最高人民法院

The Supreme People's Court of The People's Republic of China

关注：



首页

机构设置

法院资讯

权威发布

公报

裁判文书

审判业务

法院建设

办事服务

公众互动

巡回法庭

关于我们

所在位置：首页 > 权威发布 > 司法解释

### 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（二）

来源：最高人民法院网 发布时间：2019-01-03 10:34:49

字号：   打印本页

《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（二）》已于2018年10月29日由最高人民法院审判委员会第1751次会议通过，现予公布，自2019年2月1日起施行。

最高人民法院  
2018年12月29日

法释〔2018〕20号



# 《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

备注：解释一共28条，解释二共26条，  
合计54条



## (二) 司法解释一 (J一.) 八部分基本内容

### 1.关于合同效力

第一条：建设工程施工合同无效的情形；

第二条：合同无效，竣工验收合格的处理；

第三条：合同无效，竣工验收不合格的处理；

第四条：非法转包、违法分包、借用资质的处理；

第五条：竣工前取得相应资质的，处理原则；

第六条：关于垫资的处理；

第七条：建设工程劳务分包合同的处理原则。

## 2.关于合同解除

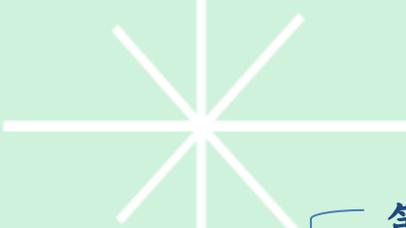
第八条：发包人的合同解除权；  
第九条：承包人的合同解除权；  
第十条：合同解除后的处理。

## 3.关于工程质量

第十一条：因承包人原因造成工程质量问题的处理；  
第十二条：因发包人原因造成工程质量缺陷的处理；  
第十三条：未经竣工验收，发包人擅自使用的处理。

## 4.关于工程期限

第十四条：实际竣工日期的认定；  
第十五条：质量争议鉴定期间的处理。



## 5.关于工程结算

第十六条：按照约定结算工程价款及例外；

第十七条：欠付工程价款利息的处理；

第十八条：关于利息起算时间的认定；

第十九条：关于工程的量的确认；

第二十条：发包人逾期不答复竣工结算文件的处理；

第二十一条：“黑白合同”的结算；

第二十二条：按固定价结算与鉴定；



## 6.关于程序问题

第二十三条：部分争议鉴定与全案鉴定。

第二十四条：建设工程施工合同履行地的确定；

第二十五条：总承包人、分包人和实际施工人共同被告；

第二十六条：关于实际施工人的诉讼程序。

## 7.关于工程保修

第二十七条：关于工程保修责任的承担。

## 8.关于生效时间

第二十八条：施行日期。（2005年1月1日）

## (三) 司法解释三 (J二.) 六部分基本内容

### 1.关于合同效力

第一条 【背离中标合同实质性内容的判断标准】

第二条 【未取得建设工程规划审批手续而签订的合同无效】

第三条 【合同无效损失赔偿的认定】

第四条 【出借资质的单位应对出借资质造成的损失承担连带赔偿责任】

## 2.关于工程结算

第五条 【实际开工日期的认定】

第六条 【工期顺延的认定】

第七条 【发包人主张工程质量问题的处理】

第八条 【工程质量保证金返还期限的确定】

第九条 【非必须招标工程进行招标后的工程价款结算依据】

第十条 【合同与招标投标文件不一致时工程价款的结算依据】

第十一条 【多份合同均无效时参照实际履行的合同结算】

### 3.关于工程鉴定

第十二条 【诉讼前对工程结算达成协议的效力】

第十三条 【不认可咨询意见的一方申请鉴定】

第十四条 【一审未申请鉴定的处理】

第十五条 【委托鉴定内容的确定】

第十六条 【对鉴定意见的认定】

#### 4.关于优先受偿权

第十七条 【优先受偿权的权利主体】

第十八条 【装饰装修工程承包人优先受偿权的行使】

第十九条 【工程质量合格主张价款优先受偿权】

第二十条 【未竣工的建设工程主张价款优先受偿权】

第二十一条 【建设工程价款优先受偿的范围】

第二十二条 【优先受偿权的保护期限】

第二十三条 【放弃或者限制优先受偿权不得损害建筑工人利益】



## 5.关于实际施工人

第二十四条【实际施工人向发包人主张权利的情形】

第二十五条【实际施工人提起代位权诉讼】

## 6.关于解释生效

第二十六条【解释的施行】

(2019年2月1日)



# 二、司法解释规制与工程施工项目合规风险管理

## (一) 合规

- 1.合规：合乎规则
- 2.四个层次：

**第一个层次：** 主要指法律，这里的法律做广义理解（党规，宪法、法律、行政法规、部门规章、地方性法规、自治条例与单行条例、地方政府规章等）

**第二个层次：** 主要指行业规范，主要包括行业组织颁布的准则、规则、标准、规范、示范文本等，此类规范不具有国家强制力，但在本行业内具有“习惯法”的作用。

**第三个层次：** 主要是指企业自身的规章制度，企业的规章制度是企业合法有序运行的重要保障，是规范企业管理行为，规范企业员工的行为和职业道德的基本依据。

**第四个层次：** 国际条约、规则、惯例

### 3.近期合规事件

- 中兴事件
- 华为孟晚舟事件



## 4.中央企业合规管理重点领域

- 市场交易
- 安全环保
- 产品质量
- 劳动用工
- 财务税收
- 知识产权
- 商业伙伴
- 其他

### 国务院国有资产监督管理委员会文件

国资发法规〔2018〕106号

#### 关于印发《中央企业合规管理指引（试行）》的通知

各中央企业：

为推动中央企业全面加强合规管理，加快提升依法合规经营管理水平，着力打造法治央企，保障企业持续健康发展，我委制定了《中央企业合规管理指引（试行）》，现印发给你们。请遵照执行。工作中的情况和问题请及时反馈。

国资委

2018年11月2日

## 5.中央企业合规管理重点岗位

- 管理人员
- 重要风险岗位人员
- 海外人员
- 其他人员

## 6.中国中铁合规管理体系：

1. 践行“大合规”理念，探索体系融合
2. 综合部门、专项部门、参与部门的“三位一体”的合规管理模式
3. 开展项目合规管理实验室活动

## (二) 司法解释与项目合规风险

### 施工招投标阶段的主要风险点：

1. 工程项目虚假；
2. 必须招标而未招标；（ J-.1, F<sub>招投标</sub>.3, G<sub>必须招标的工程项目</sub>）  
可以不招标而招标？（J=.9）
3. 未取得规划等审批手续；（J=.2）
4. 发包人支付能力欠缺；（J-.6）
5. 编制投标文件时对招标文件理解错误或编制漏项；
6. 投标文件承诺固定价格，无法调整；（ J-.16、22）
7. 采用低价投标、高价索赔策略；（ J-.16）
8. 签订“黑白合同”。（ J-.21, J=.1、9、10、11 ）

## 施工合同签订阶段的主要风险点

1. 签约方受委托但未尽到披露义务；（F<sub>合同</sub>403）
2. 合同加盖公章与签约主体名称不一致；
3. 工程承包范围、施工内容约定不明确；（J-.19）
4. 约定的工程质量标准不规范；（合格，优良、鲁班奖？）
5. 固定价款包括的风险范围约定不明确（J-.16、22）
6. 约定的工程价款确认程序复杂；
7. 合同结算报告审核答复期间约定不明确（J-.20）
8. 合同工期约定不明确；（J=.5， J-.14）
9. 逾期竣工违约金约定过高；（J=.6）
10. 争议解决条款约定不当。（ J<sub>民诉</sub>28, F<sub>民诉</sub>33, J<sub>铁路运输法院管辖</sub>3）

## 工程施工阶段的主要风险点

### A. 来自于发包人的主要风险点:

1. 发包人要求提前进场施工; (J=.5 (二))
2. 因发包人原因, 未能按照合同约定时间进场施工; (J=.5 (-))
3. 因发包人原因停工; (J=.6)
4. 设计变更未及时签证; (J=.16、19)
5. 签证的发包人代表没有明确授权依据;
6. 协调会记录未形成会议纪要或与参会人员未签名;
7. 发包人无力支付工程进度款; (J=.17、19、20、21、22、23)
8. 发包人口头指定分包, 不予书面签认。

## B.来自于承包人的主要风险点:

1. 项目印章管理不规范; ( F<sub>刑</sub>. 伪造印章罪, F<sub>合同</sub>49 )
2. 施工发生安全事故; ( F<sub>刑</sub>. 滥用职权罪、玩忽职守罪 )
3. 施工发生质量事故; ( F<sub>刑</sub>. 工程重大责任事故罪 )
4. 劳动用工不规范; ( F<sub>劳动合同</sub>7、10、14、82 )
5. 劳务工工资发放不规范; ( F<sub>劳动合同</sub>30、38 )
6. 盲目停工;
7. 发生索赔事件, 未按照合同约定期限和程序提交发包人; ( J<sub>二</sub>.6 )
8. 按照合同约定提交的索赔报告, 发包人拖延签认或拒绝签认;
9. 承包人非法转包、违法分包; ( F<sub>建筑</sub>28, G<sub>建设工程质量管理</sub>62, G<sub>建筑业企业资质管理</sub>23、37, J<sub>一</sub>.1, J<sub>二</sub>.3 )
10. 分包合同未约定审价及费用承担条款;
11. 未要求分包人预留质量保修金。 ( G. 建质[2017]138号, 国办发[2016]49号 )

### C.来自于分包人的主要风险点:

1. 不具备资质或安全生产条件; (G建筑业企业资质管理23、37, J-.1)
2. 借用资质签订分包合同; (J-.4)
3. 分包的工程再分包; ( F建筑29, J-.26, J二, 24、25)
4. 以总承包人名义对外进行业务往来; ( F合同49 )
5. 拒绝执行总承包人指令;
6. 随意转委托, 导致领用款物混乱;
7. 不签认结算资料, 或随意要求调整合同价格或工程数量;
8. 无法满足进度、质量等要求, 导致总承包人违约; (F建筑29)
9. 分包人中途退场, 解除合同; (J-.11)
10. 招用的劳务工受到人身伤害;
11. 恶意上访、举报, 或诉讼中利用合同无效企图获利。 (J-.22, J二, 12、13、14、15、16)

## 竣工验收阶段的主要风险点

1. 未及时办理过程验收；（ J-. 10、 3、 13）
2. 未及时提交竣工验收报告；
3. 竣工验收资料不完整；
4. 竣工验收未通过；（J-. 16、 3）
5. 发包人拖延组织竣工验收；
6. 验收通过后， 未及时办理工程移交手续。

## 竣工结算阶段的主要风险点

1. 未及时提交竣工结算报告；
2. 发包人拖延审核竣工结算；
3. 在合同未约定的情况下，以行政审计结果确定工程价款；
4. 不按照中标合同进行竣工结算，需另行签订补充协议进行结算；（J-10）
5. 竣工结算后，不能及时收回工程款、质保金。（J-17、18）

## 工程保修阶段的主要风险点

1. 竣工日不明确，导致保修期起算点产生争议或变相延长；（J-14）
2. 缺陷责任期与保修期限约定不清，导致质保金不能及时返还；（J-8）
3. 存在质量缺陷，不重视修复，被发包人反索赔
4. 不及时清收质保金，导致无法收回。

**▲以上六个阶段合计63个风险点**

# 三、项目重大合规风险及管理建议

## (一) 重大合规风险 (16种)

1. 未取得规划等审批手续
  2. 发包人支付能力欠缺
  3. 签约人受委托但未尽到披露义务
  4. 指定分包
  5. 非法转包、违法分包、借用资质
  6. 工程承包范围、施工内容约定不明确
  7. 签订“黑白合同”
  8. 约定的工程价款确认程序复杂
- 



9. 工期风险
10. 质量风险
11. 安全风险
12. 分包人不具备履约能力
13. 分包人以总承包人名义对外进行业务往来
14. 分包人中场退场
15. 拖欠招用的务工人员工资
16. 发包人拖延组织竣工验收和办理竣工结算



## (二) 管理建议

1. 做好尽职调查，落实项目规划等合法审批手续，从源头把控法律风险
2. 梳理招投标阶段风险内容，为项目实施打好基础
3. 加强合同评审，签订合法有效的承包合同
4. 做好合同交底，明确各方权利义务
5. 对分包人资信状况和履约能力进行考察
6. 加强现场管理，防范指定分包风险
7. 加强分包合同管理，防范合同无效风险
8. 加强对分包工程的实质性管理，杜绝以包代管

## 9. 防范中途退场法律风险

10. 做好务工人员工资支付的风险控制

11. 防范工期延误、停工风险

12. 加强工程质量风险管控

13. 加强安全风险管控

14. 做好工程款结算工作

15. 做好工程款的清收工作

16. 树立工程索赔意识，提高项目盈利水平

