

# 君合专题研究报告



2021年6月21日

## 君合建设工程系列之一：情势变更还是约定不明—突破建设工程合同“固定价”的法律途径辨析

### 一、摘要

1、根据既往判例，基于情势变更主张在材料价格上涨时调价，在司法实践中难度较大，很难被法院支持。

2、全国行业和地方政府行业主管部门发布过一系列规范性文件和标准，对于建材价格波动情况下的成本分配进行调整，要求新签合同不允许采用承包商承担无限风险的计价风险约定，双方应在合同中明确约定材料价格变化时承包商承担的最大责任范围，或通过补充协议方式明确。

3、对于以上规范性文件在司法审判中的适用，诸如北京、四川等地方高院发布过相关裁判规则，要求法院在审判过程中，对于固定价建设工程合同材料价格发生重大变化时，如合同没有约定或约定不明，可参照鉴定机构意见或当地行业主管部门处理意见，在市场风险范围和幅度之外予以支持。

4、在司法实践中，承包商在材料价格上涨时申请调价得到法院支持的，往往是法院同意依据鉴定结论或当地行业主管部门规范性文件，在市场风险幅度和范围外进行一定支持，而非直接适用情势变更原则。

### 二、对材料价格上涨情况的初步判断

#### 1、近期建筑市场材料价格上涨情况

今年以来，受国际疫情导致的供给紧张、大宗商品期货价格持续攀升等因素的影响，国内市场的建筑材料如钢材、水泥、砂石、铜、煤等类相关建筑材料从2021年2月到2021年5月都有明显上涨。国家统计局5月15日公布的数据显示，2021年5月上旬与4月下旬相比，无烟煤较上期涨幅11.1%；螺纹钢涨幅11%；电解铜涨幅6%；水泥涨幅1.8%，短时间内涨幅较大，涨势迅猛。<sup>1</sup>钢材、铜、煤5月价格均创下近年新高。<sup>2</sup>

对于建筑材料价格上涨，新冠疫情全球爆发以来，原油、钢铁、煤炭等大宗商品价格波动较大可能是一个较为直接的原因。但大宗商品价格波动的总体规律与建材价格波动规律有所不同，根据国际货币基金组织大宗商品价格指数，2020年4月至2021年2月，全部商品指数上涨76%，其中能源指数涨172%，原油指数涨170%<sup>3</sup>；根据中国大宗商品价格指数，大宗商品价格自2019年底至2020年4月一直趋于下降，而2020年4月探底后至2021年5月上旬一直呈总体上涨趋势，且涨幅较大。

建材价格上涨以来，全国多地政府相关部门发布了建筑市场材料价格波动风险预警，发布时间较近的有：广东省建设工程标准定额站于2021年5月12日发布建筑市场材料价格波动风险预警<sup>4</sup>；连云港市建设工程造价管理站于2021年5月11日发布建筑材料价格预警，提到5月该市玻璃、铜、钢材相对4月涨幅分别为3.8%、11.6%和17%<sup>5</sup>；苏州市工程

1 国家统计局《2021年5月上旬流通领域重要生产资料市场价格变动情况》，2021年5月14日发布。

2 证券时报《动力煤涨势一片 煤炭企业利润增长创纪录》，2021年4月30日发布；中国经济周刊《铜价创近15年新高》，2021年5月25日发布。

3 中国经济网官方账号《理性看待大宗商品价格走势》，2021年4月18日发布。

4 广东省建设工程标准定额站《建筑市场材料价格波动风险预警通知》，2021年5月12日发布。

5 连云港市建设工程造价管理站《连云港市建筑材料价格预警》，2021

造价管理处于 2021 年 5 月 11 日发布建筑材料价格预警，提到该市钢材、铜、铝、水泥等建筑材料价格出现“异常波动”<sup>6</sup>。

但自 2021 年 5 月中下旬以来，受调控政策等原因影响，钢材等建筑材料的价格又经历了较大幅度下跌，导致近期建筑材料价格涨跌波动幅度极大。

## 2、近期材料价格上涨与此前类似情况的比较

2021 年上半年建筑材料价格上涨，主要是由于疫情背景下国际市场的铁矿石、原油、铜等原材料价格上涨，而原材料价格上涨是由于各种条件和原因综合作用的结果，其中的主要原因可能包括：第一，各国宽松的经济政策一定程度导致通货膨胀，最终作用于大宗商品价格。新冠疫情爆发后，各国政府为保障经济秩序，纷纷采取宽松的货币政策，截至 2020 年 12 月 17 日，美联储资产负债表的资产总额已高达 7.34 万亿美元，比前一年同期增加 3.21 万亿美元；第二，疫情影响下，各国由于疫情影响和防疫政策实施，导致相关原材料的产量有所下降，同时由于各国防疫政策导致海运等运输方式一定程度受阻，运输价格提高，这些原因均导致了原材料价格的上涨。

此次之前，国内建筑材料大幅上涨的情形，有两轮比较典型：

第一轮是基于全球经济危机背景，我国政府为稳定经济形势，大力发展基础设施投资，并于 2008 年 11 月出台了进一步扩大内需、促进经济平稳较快增长的十项措施，提出为实施保障性安居工程、农村基础设施建设、铁路公路和机场等重大基础设施建设等建设工程，到 2010 年底需投资 4 万亿元<sup>7</sup>，在此背景下，国内钢材等现货市场价格持续上涨，同时水泥、混凝土、沥青、柴油等主要建筑材料也出现大幅上涨。<sup>8</sup>

第二轮是 2017 至 2018 年，由于中央和地方政府采取了一系列严格的环保政策，对钢铁、水泥等

传统污染行业的产能构成重大限制，导致市场供需关系变化，建筑材料价格大幅上涨。

在特征上，以上两轮既往的建材价格上涨与本轮相似，均具有短期内波动大、涨价幅度大等特征，而此轮价格上涨的增长速度和涨幅对比前两次更加迅猛，有一些建筑材料在此轮价格上涨期间峰值价格已超过既往价格峰值。

从涨价原因方面分析，既往两轮价格上涨的直接原因都与我国政府的政策和对市场的干预相关，而此轮价格上涨的更主要原因是国际市场原材料价格上涨等，且对比之前两轮价格上涨与政策出台的直接关系，这轮价格上涨的原因更为复杂和多元。对于市场主体来说，一方面相对于之前的价格上涨，本轮涨价原因更加复杂，与我国政府明确出台的政策的相关性更低，这一特点使得涨价更难以准确预见；但另一方面，由于此轮涨价非基于特定政策性原因，而是更多与全球市场系统性风险相关，自新冠疫情爆发以来，市场中原材料和建材的价格风险持续存在，2020 年 4 月后，大宗商品价格始终处于上涨趋势，只是在今年以来国内市场上集中爆发了建筑材料价格上涨的影响，因此，整体来说市场主体应更有条件预见和预防。

综上，对于此轮价格上涨的原因和影响，以及承包商是否有能力预见到涨价风险，涨价是否属于正常商业风险之外等问题的判断，从宏观趋势上难以直接下定论。我们理解，对于个案来说，该合同受到以上价格影响程度的判断，需要结合合同金额、材料采购费用占比、合同签署时间、合同涉及的具体建筑材料以及材料采购时间等情况综合判断。

## 三、材料价格上涨时的情势变更原则适用

### 1、情势变更的相关规定

在 2021 年 1 月 1 日《中华人民共和国民法典》（下称“《民法典》”）实施前，我国法律体系中对情势变更原则的规定体现在 2009 年 4 月 24 日发布，2009 年 5 月 13 日正式实施的《最高人民法院

年 5 月 11 日发布。

<sup>6</sup> 苏州市工程造价管理处《苏州市建筑材料价格预警》，2021 年 5 月 11 日发布。

<sup>7</sup> 中央人民政府《进一步扩大内需，促进经济增长的十项措施》，2008

年 11 月 10 日发布。

<sup>8</sup> 《湖北省建设厅关于调整部分主要建设工程材料价格的指导意见》，鄂建文[2008] 190 号，2008 年 9 月 1 日发布。

关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释(二)》(下称“《合同法司法解释二》”)中。

《合同法司法解释二》第二十六条规定:“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际确定是否变更或者解除。”

在《合同法司法解释二》尚未正式实施前,最高人民法院于2009年4月27日发布了《关于正确适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释(二)服务党和国家的工作大局的通知》,该通知特别说明应当严格适用《合同法司法解释二》第二十六条中规定的情势变更原则,规定各级法院对于该条款必须正确理解、慎重适用,并规定:“如果根据案件的特殊情况,确需在个案中适用的,应当由高级人民法院审核。必要时应报请最高人民法院审核。”

2009年7月7日,最高人民法院又发布了《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(下称“《合同纠纷指导意见》”),其中第一部分为情势变更原则的适用。最高院在对该指导意见答记者问时提到,金融危机背景下,企业之间的产品交易、资金流转因原料价格剧烈波动、市场需求关系的变化、流动资金不足等诸多因素的影响而产生大量纠纷,部分当事人在诉讼中提出适用情势变更原则变更或解除合同的请求,使对情势变更的适用问题成为审判中的热点和难点。基于以上背景,该指导意见进一步强调了情势变更原则应当慎重适用,并提出了对适用情势变更时对无法预见性以及和商业风险的异同的更具体判断标准,在价值上提出:“人民法院仍应遵循侧重于保护守约方的原则。适用情势变更原则并非简单地豁免债务人的义务而使债权人承受不利后果,而是要充分注意利益均衡,公平合理地调整双方利益关系。”

2021年1月1日实施的《民法典》对情势变更原则的规定体现在第五百三十三条:“合同成立后,合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化,继续履行合

同对于当事人一方明显不公平的,受不利影响的当事人可以与对方重新协商;在合理期限内协商不成的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际,根据公平原则变更或者解除合同。”其内容和《合同法司法解释二》相比,在情势变更的构成要件上,删除了“非不可抗力造成的”的表述,使存在不可抗力因素的情况纳入到情势变更的审查范围;在行权方式上,增加了双方应就不利影响与对方重新协商这一起诉或提起仲裁的前置程序。

## 2、情势变更的构成要件

对情势变更原则的适用,首先应符合“无法预见”和“不属于商业风险”这两个构成要件,构成情势变更时,应当遵守公平原则分配各方风险。

最高院在《合同纠纷指导意见》中,对以上构成要件和处理原则进行了较为详细的解释:

首先,对于无法预见的理解,最高院指出:“人民法院在适用情势变更原则时,应当充分注意到全球性金融危机和国内宏观经济形势变化并非完全是一个令所有市场主体猝不及防的突变过程,而是一个逐步演变的过程。在演变过程中,市场主体应当对于市场风险存在一定程度的预见和判断。人民法院应当依法把握情势变更原则的适用条件,严格审查当事人提出的‘无法预见’的主张,对于涉及石油、焦炭、有色金属等市场属性活泼、长期以来价格波动较大的大宗商品标的物以及股票、期货等风险投资型金融产品标的物的合同,更要慎重适用情势变更原则。”由此可见,最高院认为经济形势变化并非突发,市场主体应对市场风险有预见和判断,因此,对是否构成“无法预见”应严格审查,尤其提出了对于长期以来价格波动较大的大宗商品标的物要更慎重适用情势变更原则这一处理意见。以上基本立场,对法院后续在材料涨价等情况下对情势变更原则的适用起到了重要的指导作用,较多判决认为有经验的承包商应当对价格发生波动有预见性,价格变动不应属于完全不可预见的情况。根据前文论述,此次建筑材料价格上涨和2007-2009年全球经济危机期间的建材价格上涨有一定

相似性，虽然存在差异，但总体来说，此次大宗商品价格上涨符合“逐步演变”的过程，因此《合同纠纷指导意见》对“无法预见”标准的判断，在目前情况下应有一定的参考价值。

其次，对于商业风险的理解，最高院指出：“人民法院要合理区分情势变更与商业风险。商业风险属于从事商业活动的固有风险，诸如尚未达到异常变动程度的供求关系变化、价格涨跌等。情势变更是当事人在缔约时无法预见的非市场系统固有的风险。人民法院在判断某种重大客观变化是否属于情势变更时，应当注意衡量风险类型是否属于社会一般观念上的事先无法预见、风险程度是否远远超出正常人的合理预期、风险是否可以防范和控制、交易性质是否属于通常的‘高风险高收益’范围等因素，并结合市场的具体情况，在个案中识别情势变更和商业风险。”据此，最高院将“尚未达到异常变动程度的价格涨跌”归为了从事商业活动的固有风险，只有超越这一标准的价格涨跌，才有被认定为“缔约时无法预见的非市场系统固有的风险”的可能性，即构成情势变更的价格涨跌的风险程度必须“远远超出正常人的合理预期”。

一般来说，市场中建筑材料等商品的价格涨跌都会被认定为尚未达到异常变动程度，在此基础上，主张由于材料价格上涨导致情势变更的难度较大，但考虑到此次价格波动确实比以往更加剧烈，部分地方政府相关部门在其发布的预警中，将此次价格变动归结为“异常变动”，例如苏州市工程造价管理处于2021年5月11日发布的《苏州市建筑材料价格预警》中提到：“*我市钢材、铜、铝、水泥、沙、砾类相关建筑材料及苗木等价格出现异常波动*”。因此，需要关注此次建材价格上涨能否构成“异常波动”，如工程所在地的行业主管部门发布过类似措辞的预警等，可能成为主张的具体依据，此外，造价鉴定机构的鉴定意见可能也可以作为主张异常波动的依据。不过，在既往判例中，即使法院认定这一波动属于异常波动，一般也会按照本备忘录第4部分的“上涨超越市场风险范围”，结合

当地政府发布的规范性文件处理，而非直接适用情势变更原则。

再次，对情势变更的适用应当遵循保护合同约定、保护守约方这一价值。即最高院要求的“在调整尺度的价值取向把握上，人民法院仍应遵循侧重于保护守约方的原则”，基于这一原则，在建设工程合同已约定固定总价或固定单价，且明确约定材料价格波动时不调价时，出于对合同约定和意思自治的保护，法院倾向于认为不应直接突破合同约定，适用情势变更原则进行调价。

最后，关于情势变更的后果，即适用公平原则，最高院要求：“适用情势变更原则并非简单地豁免债务人的义务而使债权人承受不利后果，而是要充分注意利益均衡，公平合理地调整双方利益关系”，据此，即使主张材料价格上涨属于情势变更，承包商也很难要求业主承担涨价带来的全部风险，而是应当以利益均衡和公平合理为导向。

### 3、部分典型案例分析

总体来说，在既往的法院判决中，法院倾向于不支持承包商主张的价格上涨应适用情势变更原则，原因如我们前文的论述，承包商主张的材料价格上涨本身已很难符合情势变更原则的“不可预见”和“非商业风险”要件，加之在法院严格适用情势变更，个案适用情势变更需要报上级法院审核的大背景下，对于合同已明确约定适用固定总价或固定单价的，出于保护合同约定的价值取向，一般法院很难做出价格上涨属于情势变更，应突破合同约定调价的判断。

根据我们的初步检索，在几起较为典型的案例中，各级法院均遵循了以上思路，未认定材料价格上涨的情况适用情势变更：

例如，在最高院终审判决的“中国第十三冶金建设有限公司、陕西黄延高速公路有限责任公司建设工程施工合同纠纷”一案中<sup>9</sup>，最高院认为：“本案中，相对于双方当事人在合同中约定的工程款总额，尚无充分证据证明施工期间自购钢材、燃油、自购材料运费价格变化的幅度，已经达到了当事人

<sup>9</sup>中国第十三冶金建设有限公司、陕西黄延高速公路有限责任公司建设

工程施工合同纠纷二审民事判决书（2018）最高法民终380号

订立合同时无法预见的程度，不构成《合同法司法解释》第二十六条规定的情势变更情形。”

在最高院再审裁定的“重庆建工集团股份有限公司、重庆市荣昌区荣新环保产业发展有限公司建设工程施工合同纠纷”一案中<sup>10</sup>，最高院认为，合同已约定市场价格波动不调整合同价格，即市场价格上涨的风险由承包商承担。合同签订后，市场价格确实存在上涨，但承包商作为专业、理性的建筑施工企业是在仔细研究了招标文件的全部内容并综合考虑相应的商业风险和成本变动后才投标，其在明知案涉工程限定造价的前提下理应将建筑材料的市场环境以及价格变化纳为其是否投标以及如何投标应考虑的商业风险因素中，本案中建筑材料价格上涨应属于承包商在投标和签订合同时应合理预见的商业风险，且上涨幅度并未超过市场价峰值，因此不应适用情势变更的规定。在此判决中，最高院适用了市场价峰值判断，认为上涨价格未超过峰值时，不属于超越承包商预见能力的商业风险。

又如，在江西省高院终审判决的“鞍钢集团工程技术有限公司、方大特钢科技股份有限公司建设工程施工合同纠纷”一案中<sup>11</sup>，法院首先认为材料价格上涨并非不可预见：“钢材价格的上涨并不属于双方订立合同时不可预见的情况。钢材的市场价格从来就是波动的，有上涨的可能，亦有下跌的可能，正因为如此，在建设工程合同中，常会约定有钢材价格调差条款。”继而，法院认为作为承包商对材料价格波动这一市场风险应是知悉的，在此基础上签署的不得调价的固定价合同，系自愿承担材料价格波动这一风险的明确意思表示。而且，法院认为材料价格变化不足以构成客观情况的重大变化，由于案涉合同是工程总承包合同，建筑安装工程费占比较小，且钢材款仅仅是建筑安装工程费中的一部分，不能属于情况“发生重大变化”。最终，一审的南昌市中院和二审的江西省高院均未支持承包商提出的增加价格请求。

再如，深圳市宝安区法院在“山东天成水利建设有限公司与深圳市宝安区福海街道办事处建设工程施工合同纠纷”一案判决书<sup>12</sup>中详细论述了建设工程施工合同的主要材料涨价能否适用情势变更原则。首先，法院先论述了材料涨价不具有不可预见性，即在2016年1月至2019年1月期间案涉材料的市场价格逐步增长，在投标时价格已经涨幅明显，后在合同履行期间价格持续上涨，并非猝不及防，应可以预见到材料上涨是大概率事件。承包商作为一家有建筑业企业资质的建筑公司，长期从事建筑行业，应当对材料价格上涨有能力预见并作出合理应对，且由于承包商提交的投标文件已载明“综合单价和合价包括一定范围内的风险费用”，可推断承包商在报价中对材料价格上涨风险实际预见并予以了考量和计算。其次，法院论述了包工包料的承包模式下，主要建筑材料的涨跌直接影响承包商的获利和亏损空间，承包商存在价格风险，且由于材料价格长期处于大幅度波动状态，整体呈上升趋势，其涨价风险应远未超过建筑企业的合理预期，且作为建筑企业，其可以通过签订大宗材料采购合同分批供货等方式锁定材料价格，进行风险防控，因此该风险并非不可控制。再次，法院认为，承包商不能证明主要材料的成本上升导致的差价损失，已使承包商继续履行整个工程施工合同显失公平。最后，法院认为双方在招投标文件中对于价格包含一定风险等约定，已经构成发包人对无论价格材料涨跌均应执行固定价格的风险告知，双方签订的施工合同再次明确合同履行过程中无论价格如何涨跌均按中标单价执行，说明双方已经预先排除了因材料价格变动等原因而进行合同价款调整的可能，根据维护合同约定的原则，法院认为不应突破合同约定调价。

综上，基于情势变更主张在材料价格上涨时调价，在司法实践中难度较大。

#### 四、对材料价格上涨超越市场风险范围和幅度的认定和适用

<sup>10</sup> 重庆建工集团股份有限公司、重庆市荣昌区荣新环保产业发展有限公司建设工程施工合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书（2019）最高法民申5829号

<sup>11</sup> 鞍钢集团工程技术有限公司、方大特钢科技股份有限公司建设工程

合同纠纷二审民事判决书（2020）赣民终64号

<sup>12</sup> 山东天成水利建设有限公司（改制前名称为潍坊市峡山水库水利水电建筑安装公司）与深圳市宝安区福海街道办事处建设工程施工合同纠纷一审民事判决书（2019）粤0306民初5241号

## 1、与价格上涨时风险分配相关的行业主管部门规定

实践中，基于材料价格上涨时主张直接适用情势变更增加价格的实现可能性较低的背景，近年来，建筑业及司法实践一直在探索情势变更之外的其他替代性救济途径。

### (1) 适用于全国的行业主管部门的规范性文件 and 标准

虽然法律和行政法规对价格上涨时发承包双方之间的风险分配没有直接规定，但在部分规范性文件和标准中，对这种情况下的风险分配有相关规定。在全国范围内适用的规定，主要有以下两项：

a) 国家住房和城乡建设部发布的 2020 年 3 月 1 日起实施的《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》(下称“《工程总承包管理办法》”)第十五条第二款规定：“建设单位和工程总承包单位应当加强风险管理，合理分担风险，建设单位承担的风险主要包括：（一）主要工程材料、设备、人工价格与招标时基期价相比，波动幅度超过合同约定幅度的部分”。由于此规范性文件目前实施时间尚短，我们尚未检索到司法实践中基于此条款做出的判决。根据我们的理解，此规定的适用可能存在以下局限性：

首先，最大的局限性在于《工程总承包管理办法》的适用范围有限，其仅适用于房屋建筑和市政基础设施的工程总承包合同，难以覆盖实践中大多数建设工程合同。

其次，该办法第十五条第三款规定：“具体风险分担内容由双方在合同中约定”，因此，从字面上看，第二款的风险分配原则不能优先于合同的具体约定适用，也就是说，如果合同中已明确约定价格上涨风险不能调价，第二款可能不能直接适用，此外，《工程总承包管理办法》第十六条规定：“采用总价合同的，除合同约定可以调整的情形外，合同总价一般不予调整”，这一条款也说明了该规定在总价合同调价问题上的整体基调。

再次，需要满足“价格与招标时基期价相比，波动幅度超过合同约定幅度”，即此风险分配规定可能仅适用于合同中约定了价格波动幅度的情况，

在没有明确约定此类事项的工程总承包合同中，虽然可参照适用此原则，但可能不能直接适用此规定主张具体的风险分配方式。

b) 2013 年版《建设工程工程量清单计价规范》(GB50500-2013)(下称“《工程量清单计价规范》”)第九条为“合同价款调整”，其中，第 9.8 款规定了物价变化时的调价机制，第 9.8.1 款规定：“合同履行期间，因人工、材料、工程设备、机械台班价格波动影响合同价款时，应根据合同约定，按本规范附录 A 的方法之一调整合同价格”；第 9.8.2 款规定：“承包人采购材料和工程设备的，应在合同中约定主要材料、工程设备价格变化的范围或幅度；当没有约定，且材料、工程设备单价变化超过 5% 时，超过部分的价格应按照本规范附录 A 的方法计算调整材料、工程设备费”。可见，《工程量清单计价规范》对比《工程总承包管理办法》的规定更加深入具体，直接规定了当合同未约定时应调价的涨价比例范围。但《工程量清单计价规范》作为标准，其条款分为强制性标准和推荐性标准，但第九条的内容均不属于强制性标准，即《工程量清单计价规范》很难直接适用作为主张调价的依据。

### (2) 地方政府行业主管部门发布的规范性文件

由于近期市场上大宗材料价格有明显上涨趋势，因此一些地方政府近期发布了类似的规范性文件或指导意见，例如：江苏省住建厅 2021 年 5 月 31 日发布的《关于做好防范和化解建筑材料价格异常波动风险相关工作的通知》；甘肃省建设工程造价管理总站 2021 年 5 月 14 日发布的《关于对建筑材料价格风险管控指导意见的通知》；苏州市住建局 2021 年 5 月 24 日发布的《市住房城乡建设局关于加强建设工程材料价格风险管控的通知》等。

除这些地方层面的行政性规定之外，各个地方政府行业主管部门也发布过一些针对于建筑材料涨价时能否调价的规范性文件或指导意见。总结这些规范性文件，一般会有以下几类规定：第一，签署合同时，不允许合同采用“无限风险”、“所有风险”等类似语句规定计价风险内容及范围，要求发承包双方在签订施工合同时充分考虑施工期间材料价格波动影响，在合同中约定风险分配机制；

第二，已签合同的，施工合同对材料价格风险或调价机制未约定或约定不明的，或对主要材料中全部或部分材料的差价约定不调整的，当主要材料及价值占单位专业工程分部分项工程费一定比例以上的材料设备在施工期间大幅涨跌，影响时间超出发承包方所能预见的范围和承担的风险时，发承包双方可协商签订补充协议，约定一定比例以内由承包人承担，超过一定比例的部分由发包人承担，近期发布的规范性文件中，此比例大多为5%。

## 2、地方法院关于价格上涨风险分配处理方式的裁判规则

针对价格上涨时的风险分配和处理，很多地方的高级人民法院发布过相关的指导意见或裁判规则。

最典型的是北京市高级人民法院于2012年发布的《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》，在该意见的第12条中，北京市高院对“固定价合同履行过程中，主要建筑材料价格发生重大变化，当事人要求对工程价款予以调整的，如何处理”这一问题的意见是：“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。”在以上规则中，北京市高院提出了在此问题上要基于价格风险是否“超出了正常市场风险的范围”这一标准进行认定，如达到这一标准，即使合同中无约定或约定不明，当事人请求调价的，也应在“市场风险范围和幅度之外酌情予以支持”，同时，北京高院提出“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”。

此外，2015年四川省高院发布的《四川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疑难问题的解答》第24条，对“约定工程价款实行固定总价结算的施工合同在履行过程中材料价格发生重大变化如何处理”这一问题的意见是：“约定工程价款实行固定总价结算的施工合同履行过程中，主要建筑材料价格发生重大变化，超出了正常市场风险范围，合同对建材价格变动风险负担有约定的，依照其约定处理；没有约定或约定不明的，当事人要求调整工程价款，如不调整显失公平的，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工程所在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。”四川省高院发布的这一规则，和上文提到的北京市高院规则类似，但增加了“如不调整显失公平的”这一前提，进一步强调了在合同没有明确约定时，材料价格上涨时，法院“在市场风险范围和幅度之外酌情予以支持”的原因是依据公平原则。

综上，地方法院有一些当材料价格上涨的价差“超出了正常市场风险的范围”时，即使合同中无约定或约定不明，当事人请求调价的，也应在“市场风险范围和幅度之外酌情予以支持”的裁判规则。基于这些规则，对于“正常市场风险”的范围和幅度判断，在实践中将尤为重要。当法院裁判规则认可这类判断可以基于建设行政主管部门关于材料差价问题的处理意见时，类似的法院裁判规则即在地方政府发布的实体规范性文件或指导意见与法院适用的具体裁判规则之间搭建了桥梁，为在此情况下适用地方政府住建部门发布的规范性文件主张价格调整开辟了路径。

## 3、司法实践对上述规范性文件和法院裁判规则的适用

根据对相关案例的研究，实践中，各地法院对地方政府住建部门发布的规范性文件的适用，可能有以下几个维度的考量：

第一，实践中，法院倾向于认为，行业主管部门出具的规范性文件可能难以突破合同约定。此外，在合同中明确排除因材料上涨进行调价，和合同仅是没有约定或约定不明确的，法院的处理态度可能

存在差别。例如在 2018 年最高院做出的“中国第十三冶金建设有限公司、陕西黄延高速公路有限责任公司建设工程施工合同纠纷”一案终审判决中<sup>13</sup>，一审法院认为合同已明确约定“合同执行期间不考虑人工、机械施工和材料价格的涨落因素，即在施工期间对合同价格不予调整”，虽然“在本工程施工过程中，因国家宏观政策调整，钢材价格大幅上涨，陕西省交通厅通知要求对于 2003 年 5 月底前签订施工合同的在建工程可依据合同工程单价和合同执行实际，参考招标时的市场价格与合同结算时的价格情况，可给施工企业予以适当补偿”，但承包人不能以该文件为依据突破合同约定要求发包人承担材料涨价的损失。二审中，最高院确认了一审法院的判断，即“一审判决认定承包人不能以该通知为依据突破合同约定要求发包人承担材料涨价的损失并无不妥”。我们理解，当合同中已明确约定材料上涨不能调价的前提下，基于尊重合同约定和双方意思自治的考虑，可能法院较难支持承包商提出的，依据规范性文件直接突破合同约定的主张。

第二，对于“正常市场风险”的范围和幅度判断，如法院认可根据地方建设主管部门出具的规范性文件确定，则可能可以适用这类规定进行认定，同时，如果有鉴定机构出具的对于个案中材料价格涨幅和风险分配的鉴定意见，可能主张更容易被法院采纳。实践中，河南省高院于 2013 年在“广东省源天工程公司、河南海星高速公路发展有限公司、河南高速公路发展有限责任公司与河南省大河筑路有限公司建设工程施工合同纠纷”一案终审判决<sup>14</sup>中阐述：“虽然施工合同中约定，合同期内不调价，但市场材料价格变动为实际情况。河南省交通工程定额站作为我省高速公路定额造价管理部门，多次发布文件要求在高速工程项目建设中，建设单位应在招标文件及合同中对材料价格涨降差价调整方法作出明确约定，并对原施工合同条款中规定的由于材料价格涨落因素影响对合同价格不予调整或没有明确调整方法的，提出了具体的调整价差

费用计算公式及业主和施工单位的承担比例。本案查明，柴油、重油和石粉的投标单价较施工时单价均有大幅上涨，且涨幅超过 10%，符合河南省交通工程定额站在《关于调整在建高速公路建设项目材料价格的指导性意见》中规定的应予调整材料品种及价格调整情形，故结合本案实际情况，依据公平原则，应予调整材料价差。根据鉴定单位出具的鉴定意见及补充意见，可确定该部分材料价格调差，业主应承担部分为：柴油 233377.19 元、重油 1160563.04 元，石粉 274902.99 元，共计 1668843.22 元。承包商要求根据鉴定结论支持其索赔请求的主张成立。”

第三，在有明确的裁判规则可参照的地区，例如北京和四川，直接适用裁判规则主张价格上涨时，当差价属于市场风险外即应调价，可能相对更加容易。例如在北京市高院做出的“北京中宏基建筑工程有限公司等建设工程施工合同纠纷”一案判决<sup>15</sup>中（虽然此判决针对人工费，但对材料价格变化的情况有较强参考价值），一审法院认为：“建筑工程实际施工中，钢材、水泥等主要建筑材料价格发生重大变化的，超出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，原则上按照其约定处理；没有约定或者约定不明，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。故承包商在（2008）4 号文中人工费调差风险幅度正负 3%至正负 6%之间取以均值正负 4.5%之内承担差价风险为宜，现鉴定单位在人工费风险调差双方无合同约定的情况下，比照施工地行政主管部门相关规定幅度内取均值予以人工费风险调价并无不妥，在此均值与正负 5%之间的差额，应属于市场风险范围外应调价部分，应计入涉案工程造价内。”二审中，北京市高院支持了一审判决。

综上，由以上案例可见，实践中的判决情况可能存在一定程度的不一致，我们倾向于认为，在北

<sup>13</sup> 中国第十三冶金建设有限公司、陕西黄延高速公路有限责任公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书（2018）最高法民终 380 号

<sup>14</sup> 广东省源天工程公司、河南海星高速公路发展有限公司、河南高速公路发展有限责任公司与河南省大河筑路有限公司建设工程施工合

同纠纷上诉案（2013）豫法民二终字第 73 号

<sup>15</sup> 北京中宏基建筑工程有限公司等建设工程施工合同纠纷二审民事判决书（2016）京民终 100 号

京或四川这类有明确法院裁判规则的地区，法院依据裁判规则支持承包商提出的在市场支持幅度和范围之外调价的可能性较大，但仍需要参照合同具体约定考虑，并着力于证明涨价幅度和范围超越“正常商业风险”；而在没有这类具体裁判规则的地区，法院可能会倾向于不能直接参照当地行业管

理部门发布的规范性文件，判断可在合同约定的调价机制以外直接增加价格，此时，承包商调价诉求被法院支持的概率可能相对较低。此外，实践中向法院提交鉴定机构出具的鉴定意见等方式，可以增加法院支持类似主张的可能性。

周显峰 合伙人 电话：86 10 8519 1768 邮箱地址：zhouxf@junhe.com

汪派派 律师 电话：86 10 8540 8718 邮箱地址：wangpp@junhe.com



---

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信“JUNHE\_LegalUpdates”。