

弃土点变更致运距增加应否调整弃土运距费用?

□顾东林

一、案情简介

2011年12月15日,某街道办通过公开招投标方式选定某建筑公司为—基坑支护工程施工单位,双方签订《施工合同》,合同价款为22,311,356元。招标文件工程清单明确弃土点定在深圳市龙华新区九窝,运距10公里。施工合同“补充条款”第5条约定,发标人指定工程取土、弃土点,承包人应认真考察现场,自行考虑取土资源和弃土地点,结算时不因购土费、弃土费以及实际运距的差异而做调整,相关费用已包含在合同价内,承包人应充分考虑此项风险。

2012年11月21日,工程开始施工。后在施工过程中,部九窝投政府要求关闭,不再接纳弃土。为抢抓工期,街道办重新选定某土地整治处为弃土点(无更近的弃土点)。经现场实测路线,新弃土点运距为25公里,比原弃土点增加15公里,需增加工程造价1,194,286.49元。2013年7月2日、8月12日,街道办先后召开领导班子联席会议,并形成会议纪要,同意变更弃土点位置及需增加的工程造价,最终费用以审计为准。

2015年9月16日,工程完工后通过竣工验收。2016年8月23日,区建设工程造价管理站(以下简称“区造价站”)出具《工程结算造价审定书》,确认基坑支护工程审定价为28,251,287.92元,并附说明“委托人应在区造价站正式审核结论出具后,尽快移交区审计局审定,区审计局审定结论作为结清工程价款的最终依据”。在本次审计中,区造价站根据招标文件和施工合同“补充条款”第5条约定,未将因弃土运距增加的费用1,194,286.49元纳入《工程结算造价审定书》。建筑公司对此虽有异议,但为了工程结算早日送区审计局审计,于是在《工程结算造价审定书》对应的审定表上配合加盖公章(未注明异议)。

2017年5月26日,街道办将基坑支护工程结算造价单独送区审计局进行决算审计,但被告知基坑支护工程不能单独审计,因而暂不受理,需在项目总体审计时一并列入。后因项目总体审计计长期未开展,2020年10月30日建筑公司被迫作为申请人向仲裁委提出仲裁申请,请求裁决街道办支付无争议的工程尾款10,401,287.90元(含质保金),并请求增加土方运距费用1,194,286.49元。

二、街道办答辩意见
街道办对无争议的工程尾款10,401,287.90元未支付没有异议,只是强调合同价款应当以区审计局最后审定为准。因项目审计管理规定,基坑支护工程无法单独办理决算审计致使支付工程尾款的条件未成就,街道办对此并无过错。同时,街道办认为建筑公司无权主张增加的弃土运距费用:

1.根据《招标投标法实施条例》第五十七条和《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(一)》第二条规定,街道办会议纪要认可弃土外运费调整,违反了招标文件规定。

2.街道办虽在送审时将领导班子联席会议议定增加的弃土运距费合计在送审价中,但区造价站在结算审核时将土方运距调整项目削减,其结算造价审定书中明确说明,根据招标文件及施工合同补充条款第5条,土方运距结算时不予调整。结算造价审定表已经发标人双方确认盖章生效,建筑公司现反悔再次请求增加弃土运距费用无合理依据,该主张不应被支持。

三、建筑公司反驳意见
针对街道办不同意支付增加的弃土外运费问题,建筑公司反驳认为:

1.合同条款约定不予调整的涵义应当在弃土点没有变更的情况下,弃土费用不做任何调整。如果弃土点有变

更,应当算是合同外增加的费用,此时不应再适用该条款。超出原合同约定的部分应当据实进行调整。

2.《施工合同》“协议书”第六条约定,“发标人和工程师有关通知及工程会议纪要”是组成合同的文件;“通用条款”第四条约定,组成合同的各个文件应该是一个整体,彼此相互解释,互为说明。街道办出具的2份会议纪要明确表示要给建筑公司增加弃土运距费用。该会议纪要系在施工过程中形成并送达给了建筑公司,属于合同的组成文件,街道办应当按会议纪要内容执行,向建筑公司支付因运距增加的费用。

四、仲裁庭裁决意见
仲裁庭最后裁决支持了建筑公司对工程尾款10,401,287.90元的仲裁请求,但驳回了对于弃土外运调增费用的仲裁请求。仲裁庭驳回弃土外运调增费用的理由如下:

首先,《施工合同》“补充条款”第5条明确规定,发标人指定工程取土、弃土点,承包人应认真考察现场,自行考虑取土资源和弃土地点,结算时不因购土费、弃土费以及实际运距的差异而做调整,相关费用已包含在合同价内,承包人应当考虑此项风险。同时《施工合同》中也未列出取土、弃土的具体地点。故就弃土地点而对应合同风险,应由建筑公司负担。

其次,《施工合同》履行期间,建筑公司虽就增加运距造价向街道办进行过申请,街道办也内部进行过研究并形成内部同意增加造价的意见,但无论是建筑公司提交的证据,还是街道办提交的证据,均不能证明街道办内部同意后,最终与建筑公司形成具有法律约束力的增加造价的合意。

再次,街道办虽在送审时将增加的弃土运距费合计在送审价中,但区造价站在结算审核时明确将运距调整项目削

减,其《工程结算造价审定书》明确说明根据招标文件及《施工合同》“补充条款”第5条,土方运距结算时不予调整。建筑公司与街道办均在该审定书对应的审定表上盖章予以确认,且未在审定表上注明异议。

五、法律分析
本案在现实中比较常见,其反映出来的几个问题值得大家特别是承包人的注意:

1.街道办招标时提供的工程清单中给定的弃土点是部九窝,运距10公里。但招标文件中的合同条件及中标后签订的施工合同“补充条款”第5条却又约定,发标人指定工程弃土点,承包人自行考虑弃土地点,结算时不因实际运距的差异而做调整。两者前后矛盾。根据合同组成及解释顺序,施工合同“补充条款”的效力优先于工程清单,应以施工合同“补充条款”约定为准,增加的运距不予费用调整。承包人投标时应考虑“弃土点有可能变更”的风险,进行合理报价。在施工过程中,工程清单给定的弃土点关闭后,承包人应尽量要求业主选定就近的新弃土点或自己联系就近的新弃土点,以免增加太多的运距费用而得不到补偿。

2.在区造价站已经明确根据招标文件及施工合同补充条款第5条,对土方运距结算时不予调整情况下,承包人如果对此有异议,就不应该在《工程结算造价审定书》对应的审定表上加盖公章。因为,在审定表上加盖公章,就意味着自己同意“对土方运距结算时不予调整”,即放弃了己权利。

现实中,政府工程结算一般实行两审制,即发包人委托一家库内造价咨询机构(有的地方规定为当地造价站)对承包人提交的结算报告进行结算审核,双方无异议后盖章提交审计机关进行审计,最终以审计机关的审计为准。而审

计机关则规定,一审结算审核后发承包双方不对结算审核报告进行盖章确认的,审计机关不接受决算审计。如此一来,发包人要想发标人尽快提请决算审计,早日拿到后续工程款,就必须配合发标人在一审结算报告上盖章同意提交审计。一旦发标人双方结算存在争议,承包人须作出相应选择,盖还是不盖。如果发标人要求承包人放弃的金额较大,承包人难以承受的,最好的办法就是直接向施工合同约定的法院或仲裁机构提出诉讼或仲裁,将结算争议交由法院或仲裁机构进行判定,而无需再经过审计机关决算审计。

3.《招标投标法实施条例》第五十七条规定:“招标人和中标人应当依照招标投标法和本条例的规定签订书面合同,合同的标的、价款、质量、履行期限等主要条款应当与招标文件和中标人的投标文件的内容一致。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议”。《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(一)》第二条规定:“招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程造价等实质性内容,与中标合同不一致,一方当事人请求按照中标合同约定确定权利义务的,人民法院不予支持”。本案招标文件及施工合同补充条款第5条规定,发标人指定工程弃土点,承包人应认真考察现场,自行考虑弃土地点,结算时不因弃土费以及实际运距的差异而做调整,相关费用已包含在合同价内,承包人应充分考虑此项风险。在合同已明确约定对运距费用不调整情况下,街道办两次以会议纪要方式明确对增加的15公里运距予以费用调整,确实背离了招标文件和法规规定,不具有法律效力。区造价站因此未将因弃土运距增加的费用纳入《工程结

算造价审定书),不能说没有道理。

只不过,街道办两次以会议纪要方式同意对增加的15公里运距予以费用调整,并在送区造价站审价时还将增加的弃土运距费合计在送审价中。但是,在仲裁过程中又以会议纪要内容违反《招标投标法实施条例》相关规定而无效为由,不同意增加弃土运距费,确实有违诚实信用。

4.由于建筑市场发承包双方实际地位并不对等,发标人常常会利用自身的优势地位设置一些“霸王条款”,将风险全部推给承包人。为此,《广东省建设工程造价管理规定》(省政府令第205号)第二十五条规定:“招标文件、施工合同中应当明确发承包双方承担风险的内容、范围和费用。发标人不得以无限风险、所有风险等规避自身风险”。住建部发布的《建设工程工程量清单计价规范》(GB 50500—2013)也规定:“建设工程发承包,必须在招标文件、合同中明确计价中的风险内容及其范围,不得采用无限风险、所有风险或类似语句规定计价中的风险内容及范围”。为加强源头风险管控,引导建设各方主体公平、合理分担合同风险,2019年4月3日深圳市住房和建设局专门发布《关于在工程招标中增加不设置“霸王条款”承诺等内容》的通知(深建市场[2019]7号),要求招标人应书面承诺不设置霸王条款,或书面申明已认真审查并评估招标文件及所附合同条款内容,如因坚持设置此类条款造成的一切不利后果,将由招标人自行承担。但是这些规定因属于软性规定,实践中并未得到很好执行。本案中街道办在招标文件和施工合同中设置“运距增加,费用不调整”的条款属于典型的“霸王条款”。如何遏制这种“霸王条款”,建立公平的市场秩序,是值得有关各方深入思考的问题。

(作者单位:广东联建律师事务所)

实际施工人起诉发标人管辖冲突实务研究

——以和实际施工人、发标人均约定仲裁的承包人为视角

□刘波

最高人民法院司法解释确立实际施工人概念,并赋予实际施工人起诉发标人权利,该条规定突破合同相对性,在实践中面临着诸多困境,如实际施工人起诉发标人是否受仲裁条款约束众说纷纭,尤其是当发标人、承包人与实际施工人两两之间均存在仲裁条款时工程所在地法院是否应受理并审理案件并无定论。因此有必要结合实际施工人起诉发标人起诉发标人行使条件,思考其在司法实践中存在的问题,为完善实际施工人诉讼权利提供思路。

一、问题的提出

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(一)》第四十三条规定:“实际施工人以发标人、违法分包人为被告起诉的,人民法院应当依法受理。实际施工人以发标人为被告主张权利的,人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人,在查明发标人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后,判决发标人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”本条赋予实际施工人突破合同相对性向发标人主张工程款的权利,但对于发标人与承包人之间或者实际施工人与其合同相对方之间两两存在仲裁约定时,实际施工人是否仍可以依据本条规定直接起诉发标人?司法解释并未明确,司法实践也多样争议。前述情形细分之下,有如以下几种情况:(1)发标人和承包人双方约定了仲裁条款,而承包人和实际施工人之间约定了诉讼或未约定;(2)发标人和承包人约定了诉讼或未约定,而承包人和实际施工人之间约定了仲裁条款;(3)发标人和承包人、承包人和实际施工人之间均约定了仲裁条款。在每种情况下,实际施工人是否仍能适用四十三条直接起诉发标人需要分别予以分析,本文着重讨论第三种情况即存在双层仲裁条款时实际施工人诉讼权利。

二、双层仲裁条款情况下我国实际施工人起诉发标人建设工程合同纠纷的司法现状与观点争鸣

(一)司法裁判现状

笔者以“威科先行·法律数据库”作为数据来源,通过“高级检索”将案例检索条件限定为——关键词“实际施工人约定仲裁”“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(一)第四十三条;案由:“建设工程合同纠纷”,其他条件均不设置,点击“执行高级搜索”。经过检索及筛选,甄别,得到有效案例5例,该5例案例均在发承包双方、承包人与实际施工人均约定仲裁条款情形下驳回了实际施工人起诉,现将5案摘要如下:

工程施工合同纠纷(最高人民法院,(2021)最高法民申1073号)

裁判观点:发标人在欠付工程款价

范围内对实际施工人承担责任,需以发标人与承包人之间的工程价款结算为前提,而前述事实的认定业经仲裁条款排除人民法院管辖。

基本事实:2017年12月22日,市政公司与中赢公司签订《建设工程施工合同》,约定:市政公司将案涉工程发包给中赢公司。2018年5月5日,中赢公司和向荣公司签订《四方中学内部承包协议》,约定:中赢公司将案涉工程承包给向荣公司。《建设工程施工合同》《四方中学内部承包协议》均约定有仲裁条款。

裁判理由:《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》第二十六条规定:“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。实际施工人以发标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。发标人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”根据上述法律规定,通常情况下,实际施工人以发标人为被告主张发标人在欠付工程价款范围内承担责任的,人民法院应当受理。然而,本案的特殊之处在于市政公司与中赢公司及中赢公司与向荣公司均约定有仲裁条款,排除了人民法院管辖。本案的基础法律关系为市政公司与中赢公司签订了《建设工程施工合同》,中赢公司与向荣公司签订了《四方中学内部承包协议》,故向荣公司应当受到仲裁条款的约束。发标人在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任,需以发标人与承包人之间的工程价款结算为前提,而前述事实的认定业经仲裁条款排除人民法院管辖。一审法院裁定驳回向荣公司起诉及二审法院裁定驳回向荣公司上诉并无不当。

鄂区人民法院(2020)皖1102民初225号

裁判观点:虽然刘兴保可以突破合同相对性向滁州市养生源投资发展有限公司主张权利,但刘兴保并不能脱离其与曾庆虎、胡兴余签订的《协议书》,而该《协议书》明确约定了由滁州市仲裁委进行仲裁,故刘兴保不能直接起诉发标人。

基本事实:2005年7月19日,滁州市养生源投资发展有限公司与曾庆虎、胡兴余签订的《协议书》,约定:滁州市养生源投资发展有限公司将其开发的养生源老年公寓一期工程分割出别墅八套发包给曾庆虎、胡兴余施工。双方约定如因本协议发生纠纷,同意申请本市仲裁委员会仲裁。2005年10月26日,曾庆虎、胡兴余与刘兴保签订《协议书》,约定养生源老年公寓一期工程八套别墅转包给刘兴保施工,《协议书》第十条约定,滁州市仲裁委具有最终仲裁权。

裁判理由:根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十四条第二项规定,依照法律规定,双方当事人达成书面仲裁协议申请仲裁,不得向人民法院起诉的。《最高人民法院关于适用〈中华人民

共和国民事诉讼法》的解释》第二百零八条规定,立案后发现不符合起诉条件或者属于民事诉讼法第一百二十四条规定情形的,裁定驳回起诉。故一审裁定驳回刘兴保起诉并无不当。刘兴保上诉认为,其与滁州市养生源投资发展有限公司之间并无仲裁协议。依据合同相对性原则,刘兴保与曾庆虎、胡兴余存在直接的合同关系,刘兴保与滁州市养生源投资发展有限公司之间并无直接的合同关系。刘兴保主张权利的依据系其与曾庆虎、胡兴余签订的《协议书》,虽然刘兴保可以突破合同相对性向滁州市养生源投资发展有限公司主张权利,但刘兴保并不能脱离其与曾庆虎、胡兴余签订的《协议书》,而该《协议书》明确约定了由滁州市仲裁委进行仲裁,故刘兴保的上诉理由不能成立,对其上诉请求,本院不予支持。

裁判观点:张西贵与文信公司签订的《工程协议书》约定争议由临沂仲裁委员会处理,且文信公司与地中海公司签订的《建设工程施工合同》亦约定争议向项目所在地仲裁委员会提请仲裁,因此,本案不属于人民法院主管范围。

基本事实:2014年2月20日,顾天峰、张西贵经朋友介绍就地中海公司开发的临沂市陶然华庭住宅小区1号-4号、6号住宅楼工程进场施工。张西贵与文信公司签订的《工程协议书》约定争议由临沂仲裁委员会处理,2014年4月16日顾天峰、张西贵使用文信公司的施工资质,就涉案工程签订了《建设工程施工合同》,合同约定了工程的内容、工期及合同价款等。顾天峰、张西贵自行组织资金、人员、机械、辅材等进行了施工。双方在《建设工程施工合同》第53页的专用条款第37条约定争议向项目所在地仲裁委员会提请仲裁。顾天峰、张西贵诉至人民法院要求文信公司、地中海公司支付余款。

裁判理由:张西贵、顾天峰二审中提交《合作协议》等证据,依据该《工程协议书》第十三条约定,双方在履行合同过程中因工程价款结算与支付问题发生争议,应提交约定的仲裁委员会管辖。且顾天峰、张西贵在一审诉状中陈述“2014年4月16日顾天峰、张西贵使用文信公司的施工资质,就涉案工程签订了《建设工程施工合同》”,该合同的当事人是地中海公司和文信公司,是顾天峰、张西贵借用文信公司的资质而向,而该《建设工程施工合同》约定争议向项目所在地仲裁委员会提请仲裁,故二人亦应受该施工合同的约束。一审裁定认为文信公司和地中海公司提出的管辖异议成立、本案不属于法院主管范围,并无不当。

(二)观点争鸣

公开渠道仅显示的5件案例在多层仲裁情况下均以人民法院驳回了实际施工人起诉发标人的诉讼结论,但由于司法实践中否认单层仲裁条款的效力的裁判俯拾即是——即发标人和承包人双方

约定了仲裁条款或承包人和实际施工人约定仲裁条款不应约束实际施工人,核心观点是实际施工人向发标人主张权利,不能简单地理解为是对发标人权利的承继,也不应受承包人与发标人之间仲裁条款的约束,更遑论双层仲裁条款的约束力。

三、实际施工人起诉发标人权利定性——合同第三人权利

(一)实际施工人概述

实际施工人并非我国现行法律体系中法定的民事主体,但基于给清理工程拖欠贷款和农民工工资问题提供司法保障的初衷,最高人民法院在《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《建设工程司法解释(一)》)第二十六条中首次使用了“实际施工人”这一表述,后续《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(一)》第四十三条规定延续该精神,实际施工人据此取得突破合同相对性向发标人起诉追索工程款的权利。

司法者创设实际施工人的初衷是为了解决违法分包、转包等情形下农民工工资支付问题,该条款也在诞生10多年内一定程度上间接解决拖欠农民工工资问题,但与此同时该条款引起的争议与质疑从未停止过。其中最核心的争议即为该司法解释突破合同相对性的法理依据及请求权基础模糊,也有超越现有法律规定的权利范围而增设权利之嫌。主流的不当得利返还说、代位权说和事实合同关系说均有各自理论缺陷,均无法尽善尽美地解释实际施工人工程款请求权来源的合理性,比如代位权说无法解释实际施工人“代为”行使的基础权利合法性问题,2021年1月1日起施行的《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(一)》第四十四条也直接否认该权利是代位权,是有观点甚至认为实际施工人直接起诉发标人的权利基本等同于司法解释“创设了现行法律规定之外的权利。”但司法解释“创设”新权利有越权解释的嫌疑。

(二)合同第三人权利概述

合同第三人,字面解释为合同关系以外的人,布莱克法律词典定义其为“虽不是契约、交易或行为的当事人,却在其中享有当事人权利的人”。根据合同相对性理论可知合同只能在合同当事人之间产生法律拘束力,但随着社会经济关系日益复杂化,立法与实践发起了对这一原则的挑战,其中较为典型的即是附保护第三人作用的合同或第三人利益合同,“特定契约一经成立不但在当事人之间发生权利义务关系同时债务人对于与债权人具有特殊关系的第三人亦负有照顾、保护等义务。债务人违反此项义务时就该特定范围内的人所受的损害亦应以契约法的原则承担赔偿责任亦即特定合同关系兼具保护第三人的作用。”,在该附

保护第三人合同中,第三人可以基于合同当事人约定也可以基于法律的直接规定要求债务人向第三人履行合同义务。放眼世界,绝大多数国家现行立法中将合同第三人零散地规定于债法(或合同法)章节再辅予以特别法如信托法、保险法等的相关规定,例如在《德国民法典》中在不同位置规定了代理、为第三人利益合同等。《保险法》和《信托法》又单独分别规制保险和信托。

而我国国内在《民法典》颁布之前,学界对第三人利益合同的讨论基本集中于对我国是否真正存在第三人利益合同的初衷,最高人民法院在《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《建设工程司法解释(一)》)第二十六条中首次使用了“实际施工人”这一表述,后续《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(一)》第四十三条规定延续该精神,实际施工人据此取得突破合同相对性向发标人起诉追索工程款的权利。

(三)实际施工人起诉发标人性质系作为利益第三人

笔者认为,实际施工人径行起诉发标人要求支付工程款的权利性质或请求权基础是基于实际施工人系因与承包人有特殊关系的施工合同第三人,继而享受承包人与发标人施工合同中部分承包权利,简称“合同第三人权利”。

司法解释虽提及实际施工人这一概念,但并未具体阐释,以至于理论和司法实践均对其外延内涵争论不休,肖峰等人认为实际施工人是指,“对于一项独立的建设工程,投入人力、资金等进行实际施工,等到工程竣工而且验收合格后,有权与其合同相对方进行结算并要求给付工程款的民事主体。”整个工程发承包链条中的主体,潘军锋认为“只有最终实际投入人力、物力进行施工的承包人才属于实际施工人,而对于中间环节的未进行实际施工的违法分包人、转包人,则不能认定为实际施工人。”司法机关为实际施工人主要指转包和违法分包情形下的承包人;北京市高级人民法院认为实际施工人前提是无效建设工程施工合同中,并实际施工了建设工程,最高人民法院观点也出现了反复,但也认为实际施工人中的界定需结合是否签订转包、挂靠或者其他形式的合同承接工程施工、对施工工程的人工、机器设备、材料等投入物化为相应成本与否等综合因素确定。无论观点如何争鸣,但结合《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(一)》第四十三条,我们不难发现所有实际施工人均具备以下核心特征:(1)实际施工人与发标人未签订施工合同,并非承包人(特指转包人或违法分包人,下同)与发标人施工合同当事人签署合同并实际投入或完成涉案工程;(3)实际施工人可以同没有合同关系的发标人主张本应由其支付给承包人的工程款;结合前述对第三人利益合同及利益第三人的论证可知该三点要

素成为了界定实际施工人为利益第三人的基石,实际施工人虽未与发标人签订施工合同,但其基于自身与承包人签署工程相关合同、并实际投入成本完成工程施工内容的这层关系,从而被赋予了本应由承包人享有的向发标人主张的工程款支付请求权。笔者认为法定的合同第三人权利说,不仅能合理解释实际施工人请求权基础来源,亦能弥补其他对实际施工人及权利定位的学说的缺陷,如代位权的合法性问题。

四、作为合同第三人的实际施工人直接向发标人主张工程款应受双层仲裁条款约束

(一)权利位阶原则为解决实际施工人作为利益第三人与承包人、发标人的权利冲突提供思路

所谓“权利冲突”,是指两个或两个以上的权利,因权利边界的模糊性及不确定性引发在该等权利之间产生一种不和谐的甚至矛盾状态。针对权利之间的冲突解决,国内理论界虽有争议但也素有以权利的位阶原则来解决权利冲突的观点,如林来梵教授认为“在具体情形(包括具体个案)中进行具体的考量就成为人们认识权利位阶解决权利冲突的暂定方案”;再如学者李友根也认为“立法者在确定权利内容、利益资源时,应当预见利益冲突进而权利冲突的可能性与必然性,因此在立法中尽可能地通过确立权利的位阶关系来解决权利冲突。”;张平华教授认为,“尽管不存在绝对优先的权利,但有些权利的优先效力是显然的,可被称为‘显见权利’。其明显优势表现为,除法律明确规定的特殊情形外,这样的权利无论与其他什么样的权利相冲突,都居于优先地位”。放眼世界也有类似观点,美国学者布兰特认为“因为权利常常冲突,而当冲突之时,我们便希望指出由于某种原因一种权利优先于另一种权利。”以赋予特定利益优先地位,而他种利益相对必须作一定程度退让的方法。”

(未完待续)

建筑法苑

主编:何梦吉

本报建设法律

咨询服务工作室

联系电话:021-63212799

传 真:021-63210873

地 址:上海营口路588号18楼

邮 编:200433

E-mail:652016115@qq.com

联系人:何梦吉