

最高人民法院《民事审判信箱》

关于建设工程纠纷意见12则



律行天下律师团队

二〇一七年一月

最高人民法院《民事审判信箱》

关于建设工程纠纷意见 12 则

整理人 陈鑫范 刘移 陶鸿

目录

1、经建设单位聘用的监理工程师签认的工程量月报表，原则上不能直接作为工程结算依据.....	2
2、实际施工人在何种情况下有权以发包人为被告提起诉讼.....	4
3、在履行法定招标投标程序之前，招标人与投标人签订的建设工程施工合同无效.....	6
4、施工合同约定的仲裁条款是否适用于因偿付工程欠款签订《还款协议书》后发生的纠纷案件.....	7
5、发包人同承包人仅就欠付工程款约定支付违约金，承包人是否还有权要求发包人在承担违约金责任之外支付欠付工程款的利息.....	8
6、发包方与施工方另行约定工程未达到鲁班奖，不予退还履约保证金的条款无效.....	9
7、当事人另行签订的建设工程施工合同补充合同中关于纠纷解决方式的变更约定是否有效.....	10
8、如何认定备案合同与未备案合同的内容发生实质性变化.....	11
9、《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》第二十一条规定的“备案的中标合同”应当如何理解.....	12
10、建设施工合同的发包方能否以承包方以未开发票作为拒绝支付工程款的先履行抗辩的事由.....	13
11、工程变更导致工程量发生重大变化，当事人对于该部分工程款结算达不成一致的，是否应当参照签订原合同时建设行政主管部门发布的工程定额标准或工程量清单计价方法结算工程款.....	14
12、建设工程施工合同无效后，发包人与承包人之间签订的以房抵顶工程款的协议是否也应无效.....	16

本文 12 则意见摘录自《民事审判指导与参考》（总第 34 辑-总第 66 辑）中【民事审判信箱】栏目下关于施工合同的意见，以方便广大同仁及建设工程相关从业人员参考。

1、经建设单位聘用的监理工程师签认的工程量月报表，原则上不能直接作为工程结算依据

问：经建设单位聘用的监理工程师签认的工程量月报表，能否可以直接作为工程结算依据？

答：委托监理合同是指发包人将工程建设的部分管理权限授予监理单位，监理单位根据发包人的授权开展工作。监理的法律特征与委托代理相似，但还具有区别于委托代理的法律特征。具体讲，监理人与发包人之间是平等关系，是特殊的委托合同。“特殊”在于监理不仅要为发包人提供监理服务，维护发包人的合法权益，而且还有责任维护承包人的合法权益。

关于监理的法律性质和定位，《建设工程委托监理合同示范文本》规定：在委托的工程范围内，委托人或者承包人对对方的任何意见和要求（包括索赔），均应当首先向监理单位提出，由监理单位研究处置意见，再与双方协商确定。发包人与承包人发生争议时，监理单位应当根据自己的职能，以独立身份判断，公正地进行调解。应当讲，监理单位是在发包人与承包人之间起到了维系公平交易、等价交换的制衡作用，不能将监理单位单纯看为发包人的利益代表。建设部颁布的《工程建设监理规定》第 18 条规定：“监理单位是建筑市场的主体之一，建设监理是一种高智能的有偿技术服务。发包人与监理单位之

间是委托与被委托的合同关系；与施工企业是监理与被监理的关系。监理单位应当按照‘公正、独立、自主’的原则，开展工程建设监理工作，公平维护项目法人和被监理单位的合法权益。”

监理工程师签认工程月报表的行为，可否推定为建设单位认可？就一般情况而言，监理工程师签认的工程量月报表属于书证，具备民事诉讼法意义上的证据效力，但不发生签证效力。首先，建设部颁布的《工程建设监理规定》第14条规定：“工程建设监理一般应当按照下列程序进行：（一）编制工程建设监理规划；（二）按照工程建设进度、分专业编制工程建设监理细则；（三）按照建设监理细则进行监理；（四）参与工程竣工预验收，签署建设监理意见；（五）建设监理业务完成后，向项目法人提交工程建设监理档案资料。”按照上述规定，监理工程师不具备签认工程决算月报表的法定职责。其次，审核监理合同约定内容。如监理合同约定监理工程师具备签署工程月报表职责，此约定对承包人并不发生效力；只有在施工合同中有此约定，才对承包人发生签证效力。建筑市场上，在施工合同中签有此约定的情况基本不存在。第三，看交易惯例。如施工过程中，监理工程师具有签认施工月报表的工作惯例。对签认的结果，各方当事人未提出异议，唯独对一份或几份签认结果不认可，应当认定此签认行为构成了表见代理行为，应当认定监理工程师对施工月报表的签认效力。除上述情况外，监理工程师对施工月报表的签认行为，不发生签证效力。

索引：《民事审判指导与参考》（第34辑）第176-177页。

2、实际施工人在何种情况下有权以发包人为被告提起诉讼

问：依最高人民法院《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《解释》）第 26 条第 2 款规定，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。适用此条文，实际施工人作为原告起诉时，应否受到一定条件的限制？

答：从法理上讲，债权合同的基础就是合同相对性，物权的基础是对世权。准许一审原告突破合同相对性向不具有合同关系的当事人主张权利，从法理和法律规定上讲是有一定缺陷的。《民法通则》第 84 条规定：债是按照合同的约定或者法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人。债权人有权要求债务人按照合同的约定或者法律的规定履行义务。也就是说，“特定的权利和义务关系”是在合同当事人之间产生的，债权所具有的相对性属性是债存在的基础。为弥补突破合同相对性带来的法理上的缺陷，适用《解释》第 26 条第 2 款规定是受严格条件限制的。

首先，为完整准确理解《解释》第 26 条第 2 款规定，应当结合该条第 1 款规定一并解读，只有这样才能正确适用此条文。《解释》第 26 条第 1 款规定：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。建筑市场上，实际施工人的合同相当人就是转包人或者违法分包人，他们之间就是合同相对人。合同相当人

之间提起诉讼是正当的，符合《民事诉讼法》第 108 条规定的案件受理条件，对此根本无须制定司法解释予以明确规定。《解释》第 26 条之所以在第 1 款中对无须解释的内容做出安排，并在该条第 1 款中予以明确，其目的在于提示各级法院原则上不准许当事人突破合同相对性提起诉讼，应当按照合同相对性原则有序诉讼，这是符合法律规定的主导诉讼方向。《解释》第 26 条第 2 款规定是有严格适用条件的，是为保护农民工利益做出的补充规定，不能因此款规定的存在而否认法定合同相对性的大原则。其次，适用《解释》第 26 条第 2 款规定时，原则上第一手承包合同与下手的所有转包合同均应当无效。《合同法》、《建筑法》、《建设工程质量管理条例》等法律、法规，在表述承包人概念时使用了以下几个概念：承包人、建筑施工企业、施工人、承包建筑工程的单位等，没有出现过“实际施工人”的表述。此表述为《解释》创设的新概念，意在表达无效合同中实际干活的单位或者个人为实际施工人，实际施工人可能是法人、非法人团体、个人合伙、自然人等。使用“实际施工人”的概念本身就意味着“实际施工人”参与签订的合同无效，实际施工人为无效合同当事人，包括转包、非法分包、没有资质借用有资质的建筑施工企业名义等违反法律、行政法规强制性规定的违法行为。有学者认为，合同无效后，其相对性弱化。适用《解释》第 26 条第 2 款的条件之一就是原则上施工总承包合同及所有下手转包、违法分包合同均无效，这样才能符合债权合同相对性弱化原理。如果总承包合同有效，按照合同法原则，有效合同就应当全面实际履行；发包人在有效合同中只对合同相对人负有履行

义务，对合同之外的人不负担履行义务；如果不是这样，那么合同的效力就不完整，就有缺陷。合同相对人除负担合同义务外，还要负担合同以外的义务。这对合同当事人而言是不公平的，是签约时无法预料的，不能保障交易安全。施工合同与其他合同相比较而言，具有特殊性。特殊在于转包、违法分包合同与上手总承包合同比较而言，虽然属于两个独立的法律关系，但它们之间具有牵连关系。像转包合同与上手合同之间，一般而言，就是在工程价款上存在差异，其他内容，像施工范围、质量标准、工期、违约责任等合同主要条款均与上手合同基本相同。转包人、违法分包人为上手和下手两份合同的当事人，这些特征的存在为无效合同突破相对性后的处理方案打下了一定的基础。第三，不准许借用实际施工人名义，以适用《解释》第 26 条第 2 款为名，提起以发包人 or 总承包人为被告的诉讼，恶意损害他们的合法权益。

索引：《民事审判指导与参考》（第 36 辑）第 274-275 页。

3、在履行法定招标投标程序之前，招标人与投标人签订的建设工程施工合同无效

问：对依法必须进行招标的建设工程项目，如果在履行法定招标投标程序之前，招标人即与投标人签订了建设工程施工合同，应当如何认定该合同的效力？

答：《中华人民共和国招标投标法》第 43 条规定，在确定中标人前，招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判。该规定对实现《中华人民共和国招标投标法》的立法目的，即规

范招标投标活动，保护国家利益、社会公共利益和招标投标活动当事人的合法权益，保证项目质量具有重要意义。相比较“在确定中标人前，招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判”，在进行招标投标之前就在实质上先行确定了工程承包人，是对《中华人民共和国招标投标法》更为严重的违反。举轻以明重，应当认定当事人的行为违反了法律强制性规定中的效力性规定，故该建设工程施工合同应为无效。

索引：《民事审判指导与参考》（第39辑）第290页。

4、施工合同约定的仲裁条款是否适用于因偿付工程欠款签订《还款协议书》后发生的纠纷案件

问：工程结算后，发包人欠付承包人工程款，承发包双方就如何偿还工程欠款签订《还款协议书》。施工主合同约定的仲裁条款是否适用于因履行《还款协议书》发生的纠纷案件？

答：仲裁条款具有独立性。《仲裁法》第十九条第一款规定，仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。上述法律规定充分体现仲裁条款在民事合同中具有独立性。

工程结算后，施工合同双方对发包人欠付承包人工程价款数额达成一致，即工程欠款数额已成为一个定数。《还款协议书》是为履行施工主合同签订的，体现了工程结算的结果，其性质为补充协议，是对施工主合同的补充、细化。同时，《还款协议书》是对从签约到结算的前期履约行为作了一了断，对后期确认欠款数额、还款时间、还款方式等内容作出约定；从《还款协议书》文义内容看，主要内容更像

是借款合同，发包人主要义务按约定还钱，《还款协议书》具有独立性。

据此，施工主合同约定的仲裁条款适用于因履行《还款补充协议》发生的纠纷案件。

索引：《民事审判指导与参考》（第47辑）第243页。

5、发包人同承包人仅就欠付工程款约定支付违约金，承包人是否还有权要求发包人在承担违约金责任之外支付欠付工程款的利息

问：发包人同承包人仅就欠付工程款约定了违约金支付方式，承包人是否还可以要求发包人在承担支付违约金责任之外支付欠付工程款的利息？

答：建设工程施工合同作为双务有偿合同，支付工程价款是发包人的主要义务；发包人违反合同约定欠付工程价款，则构成违约，应承担违约责任，而当事人之间对所欠付工程价款约定支付利息往往是承担违约责任的基本方式。《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》第十七条规定：“当事人对欠付工程价款利息给付标准有约定的，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”，该规定是针对建设工程施工合同当事人之间关于利息争议的处理，应为当事人对欠付工程款并没有约定违约责任承担方式的适用；如果当事人在施工合同中已经约定逾期支付工程款所应承担的违约责任方式，则应优先适用该当事人之间的约定。因此，如果当事人在施工合同中明确约定了在承担利息之外还应赔偿损失或者承担其他违约责任的，则承包人在请求承

担违约责任同时还请求支付相应约定的利息的，应当从其约定；相反，如果当事人仅仅约定承担违约责任的方式，而未约定支付欠付工程款利息的，则此时不应再按照《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》第十七条规定承担支付利息的责任，即承包人无权在请求发包人承担违约责任之外，再请求发包人支付欠付工程款利息；对承包人的该请求，人民法院也不应支持。

索引：《民事审判指导与参考》（第49辑）第265-266页。

6、发包方与施工方另行约定工程未达到鲁班奖，不予退还履约保证金的条款无效

问：发包方与施工方在招标文件中约定质量为合格，工程中标后又同中标人约定如工程未达到鲁班奖，不予退还履约保证金，该约定是否有效？

答：该约定已经构成了对中标合同实质性内容的变更，应无效。对于中标合同实质性内容来说，一般包括工期、质量、价格等内容。而鲁班奖是全国范围内的建筑行业最高质量奖，从法律性质上讲，这种奖励所依附的标准并不属于国家强制性标准，而是行业领域所鼓励的标准。在招投标合同已经约定为工程合格标准的情况下，发包方与承包方又另行约定必须达到鲁班奖，否则即扣除履约保证金，此种承诺所赋予承包方的义务已经高于招投标合同约定的义务，实际上已经改变了招投标文件所约定的工程质量标准。根据《中华人民共和国招标投标法》第四十六条第一款规定，“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书

面合同。投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”，上述约定应认定无效。

索引：《民事审判指导与参考》（第 50 辑）第 237 页。

7、当事人另行签订的建设工程施工合同补充合同中关于纠纷解决方式的变更约定是否有效

问：我公司与大道建筑公司依据招投标程序签订《建设工程施工合同》并进行了备案，在该合同中约定的纠纷解决方式是仲裁。后我公司针对工程设计变更同大道公司又签订了《补充合同》，在该合同中约定的纠纷解决方式是诉讼，请问我公司同大道公司在《补充合同》中约定的纠纷解决方式是否违反招标投标法相关规定而无效？

答：这类问题在建设工程施工合同纠纷中是经常存在的问题。我们认为，贵公司同大道公司关于纠纷解决方式的约定并未违反招标投标法的相关规定，故不能认定为无效。

在建设工程领域，当事人往往为了达到逃避各级建筑主管部门监管、不缴或少缴税款、在建设工程招投标中取得竞争优势等不正当目的，就同一建筑工程项目签订“黑白合同”。根据招标投标法第四十五条第二款规定，中标通知书对招标人和投标人具有法律效力，中标合同不应再进行实质性内容变更，因此，违反上述规定签订的“黑”合同就不能作为当事人之间的依据。在审判实践中，往往将工程价款、工程质量和工程期限的变更认定为变更中标合同实质性内容。但是，协议变更合同也是法律赋予合同当事人的一项基本权利，比如，建设工程开工后，因设计变更、建设工程规划指标调整等客观原因，发包

人与承包人变更工期、工程价款的，不应认定为变更中标合同的实质性内容。

对于纠纷解决方式来说，是当事人针对可能产生的利益矛盾而预先选择的解决方式，尽管在中标合同中已经约定了特定的纠纷解决方式，但是当事人在补充合同中变更纠纷解决方式的，不应视为变更中标合同实质性内容，而应视为当事人所享有的变更合同的权利，人民法院应承认这种变更纠纷解决方式约定的效力。

索引：《民事审判指导与参考》（第 51 辑）第 236-237 页。

8、如何认定备案合同与未备案合同的内容发生实质性变化

问：如何认定备案合同与未备案合同的内容发生实质性变化？

答：施工合同的内容主要包括工程范围、建设工期、中间交工工程的开工和竣工时间、工程质量、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、竣工验收、质量保修范围和质量保证期、双方相互协作等条款。建设工程中事关当事人权利义务的核心条款是工程结算，而影响工程结算的主要涉及三个方面：工程质量、工程期限和工程价款。工程质量，指建设工程施工合同约定的工程具体条件，也是这一工程区别其他同类工程的具体特征。工程期限，指建设工程施工合同中约定的工程完工并交付验收的时间。工程价款，指发包人按照合同约定应当支付给承施工人为其施工建设的代价。如果备案和未备案的两份施工合同在建设工期、施工质量、计付价款等方面发生变化，当无疑义属于实质性内容的变化，未备案的合同应属于无效的“黑合同”。

索引：《民事审判指导与参考》（第 53 辑）第 243 页。

9、《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》第二十一条规定的“备案的中标合同”应当如何理解

问：《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《建设工程施工合同解释》）第二十一条规定：“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。”应当如何理解“备案的中标合同”？

答：建筑市场大量存在的发包人和承包人就同一建设工程签订两份或两份以上实质性内容不一致的“黑白合同”或多份“黑合同”情形，目的在于规避招投标程序。《建设工程施工合同解释》该条规定回答了在承、发包双方当事人签订价款、工期、质量标准、违约责任等涉及施工合同实质性内容不同的多份“黑白合同”情形下，应以哪份合同作为结算依据的问题。“备案的中标合同”是指履行招投标程序后，承发包双方按《中标通知书》记载的实质性内容，在法定签约期限内签订并备案的施工合同。此份合同为法定结算依据，旨在保障公平竞争，维护建筑市场秩序。

“备案的中标合同”应具备以下条件：一是应当招标的工程项目。招标投标法第三条对哪些工程项目应当招标作出了明确规定，体现了公权力对建筑市场的规制。二是履行了招投标法定程序，依《中标通知书》记载的实质性内容签订的正式的施工合同。三是《中标通知书》为认定合同效力的实质性条件。招标投标法第四十五条第二款规定：

“中标通知书对招标人和中标人具有法律效力。”备案为工程行政管理部门对工程招标活动的行政管理措施，未备案不影响合同效力。备案合同一般为中标后按照招投标文件签订的正式施工合同，即备案的合同就是中标合同；如备案合同内容与《中标通知书》、正式施工合同（中标合同）记载内容不一致，应以后者为准。

索引：《民事审判指导与参考》（第56辑）第229-230页。

10、建设工程施工合同的发包方能否以承包方以未开具发票作为拒绝支付工程款的先履行抗辩的事由

答：先履行抗辩权，是指依照合同约定或法律规定负有先履行义务的一方当事人，届期未履行义务或者履行义务严重不符合约定条件时，相对方为保护自己的期限利益或为保证自己履行合同的条件而中止履行合同的权利。先履行抗辩权本质上是对违约的抗辩，在这个意义上，先履行抗辩权可以成为违约救济权。我国合同法第六十七条规定了先履行抗辩权。审判实务中，发包方通常以承包方未开具发票为由作为拒付工程款的抗辩。

建设工程施工合同作为一种双务合同，依据其合同的本质，合同抗辩的范围仅限于对价义务，也就是说，一方不履行对价义务的，相对方才享有抗辩权。支付工程款义务与开具发票义务是两种不同性质的义务，前者是合同的主要义务，后者并非合同的主要义务，二者不具有对等关系。只有对等关系的义务才存在先履行抗辩权的适用条件。如果不是对等关系的义务，就不能适用先履行抗辩权。

合同法第三十六条规定：“法律、行政法规规定或者当事人约定采

用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式，但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。”第九十四条第（三）项还规定，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的，当事人可以解除合同。合同法这些规定中都提及了“主要义务”“主要债务”的概念，所谓主要义务，一般是指根据合同性质而决定的直接影响到合同的成立及当事人订约目的的义务。例如，在买卖合同中，主要义务是一方支付标的物，另一方支付价款。而在建设工程施工合同中的主要义务就是一方完成合同项下的建设工程，另一方依约支付工程款项。合同中主要义务的特点在于，主要义务与合同的成立或当事人的缔约目的紧密相连，对主要义务的不履行将会导致债权人订立合同目的无法实现，债务人的违约行为与会构成根本违约，债权人有权解除合同；在双务合同中如果一方不履行其依据合同所负有的主要义务，另一方有权行使抗辩权。而开具发票的义务显然不属于建设工程施工合同中的主要义务，一方当事人违反该义务并不构成根本违约，另一方当事人不能仅仅因为未及时出具相应发票而主张解除合同。

在一方违反约定没有开具发票的情况下，另一方不能以此为由拒绝履行合同主要义务即支付工程价款。除非当事人明确约定：一方不及时开具发票，另一方有权拒绝支付工程价款。这种情况就意味着双方将开具发票视为与支付工程价款同等的义务。

索引：《民事审判指导与参考》（第58辑）第238-239页。

11、工程变更导致工程量发生重大变化，当事人对于该部分工程

款结算达不成一致的,是否应当参照签订原合同时建设行政主管部门发布的工程定额标准或工程量清单计价方法结算工程款

问:建设工程施工过程中,发包人进行了工程的重大变更,导致工程量发生了重大变化,当事人对于该部分工程款结算达不成一致的,是否应当参照签订原合同时建设行政主管部门发布的工程定额标准或工程量清单计价方法结算工程款?

答:实践中,因设计变更、进度计划变更、施工条件变更或者发包方提出“新增工程”等工程变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化的情况非常普遍。此时,如果发包人和承包人就如何结算工程价款达不成一致,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》(以下简称《解释》)第十六条第二款的规定,可以参照签订原合同时建设行政主管部门发布的工程定额标准或工程量清单计价方法结算工程款。注意此处的用词是“可以”而非“应当”。建设工程结算工程款的基本原则是尊重当事人之间的约定,只要合同对于工程增加如何结算的约定是明确、具体的,根据增减工程的性质、标准可以适用原合同约定的计价方法和计价标准结算工程款,并不会因此而将导致当事人之间利益的显失公平,那么,原则上仍应参照合同约定结算工程价款。而在因增减工程的性质、标准不宜适用原合同约定的计价方法和计价标准结算工程款,或者原合同约定不明无法适用的情况下,则可根据《解释》第十六条第二款的规定,选择结算工程款的方式。

索引:《民事审判指导与参考》(第58辑)第240页。

12、建设工程施工合同无效后，发包人与承包人之间签订的以房抵顶工程款的协议是否也应无效

问：建设工程施工过程中，发包人与承包人就已欠工程款签订以房抵顶协议。后因建设工程施工合同存在未经法定招投标程序而无效，由此，发包人与承包人签订的以房抵顶工程款的协议是否因而也应无效？

答：实务中，发包人与承包人就已欠工程款签订以房抵顶工程款（即以房抵债）协议的情形较为常见。协议签订后，发包人又以建设工程施工合同未经法定招投标程序，违反了法律、行政法规的强制性规定为由，主张对方所签订的以房抵债协议亦应无效。对该以房抵债协议的效力如何认定，存在着两种不同的观点：第一种观点认为，以房抵债，属于施工合同的一部分，施工合同无效，以房抵债协议也无效；第二种观点认为，以房抵债，属双方意思表示一致，应承认其效力。我们倾向第二种观点是正确的。以房抵债协议的效力是否受施工合同无效的影响，应综合根据该协议的内容进行分析判定。从以房抵顶工程款的协议看，当事人约定的是用房屋（通常是在建房屋）抵顶已欠的工程款。根据相关司法解释的精神，不论施工合同有效与否，发包人都负有支付工程价款的义务。该以房抵顶工程款协议为当事人对欠付的工程款进行结算的约定，性质上属于发包人与承包人对既存债权债务关系的清理。相较于施工合同，以房抵顶工程款的协议具有相对的独立性，根据合同法第九十八条的立法精神，应认定其效力。

索引：《民事审判指导与参考》（第64辑）第240—241页。