

## 47. 宣城市中级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见（试行）

为统一全市法院建设工程施工合同纠纷案件的裁判尺度，规范审理，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》、《中华人民共和国建筑法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、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》等规定，结合我市法院民事审判实际，制定本意见。

### 建设工程施工合同纠纷的诉讼主体

**第一条** 建设工程施工合同的发包方应当具有独立财产、能够对外独立承担民事责任，包括法人、其他组织和公民个人等。

建设工程施工合同的承包方应当具有：企业法人资格；履行合同的能力，即必须具有营业执照和由建设行政主管部门核准的资质等级。

实际施工人是指无效建设工程施工合同的工程实际承建人，包括转承包人、违法分包合同的承包人、借用资质的承包人、超越资质等级的承包人、挂靠施工人等。

**第二条** 对于法人的分支机构所签订的施工合同，分支机构系依法设立并领取营业执照的，该分支机构可以作为诉讼主体参加诉讼；没有营业执照的，应以设立该分支机构的法人作为诉讼主体。

具有建筑资质企业法人，其下属的工程项目部与发包人就该工程签订的建设工程施工合同，对该建筑企业法人具有约束力，合同的权利义务由该建筑企业法人享有和承担。

**第三条** 发包人未按建设工程施工合同或协议约定将工程款支付至承包人，而是支付给承包人的项目负责人，承包人起诉发包人支付该工程款的，人民法院可以依当事人申请追加该项目负责人为第三人参加诉讼。

**第四条** 合作开发房地产合同的一方当事人作为发包人与承包人签订建设工程施工合同，发包人与承包人因建设工程质量或工程款发生纠纷，对合作建设工程享有共同权益的其他合作建设方应为共同原告或被告。

### 建设工程施工合同的效力

**第五条** 建设工程施工合同的承包人与其下属的分支机构或职工就所承包的工程施工所签订的承包合同为企业内部承包合同，当事人以内部承包合同的承包方无施工资质为由主张合同无效的，人民法院不予支持，但名为内部承包，实为挂靠的除外。

**第六条** 建设工程施工合同约定的价款明显低于工程定额标准，当事人以合同价款明显违反定额为由，主张合同价款约定无效的，人民法院不予支持。

**第七条** 建设工程施工合同约定的正常使用条件下工程的质量保修期限低于法律、法规规定的最低期限，当事人要求确认该约定无效的，人民法院应予支持。

**第八条** 发包人或承包人未取得建筑工程施工许可证为由，主张双方签订的建设工程施工合同无效的，人民法院不予支持。

**第九条** 合作开发房地产的无房地产开发资质的一方，以自己的名义与承包人签订的建设工程施工合同无效，但有房地产开发资质的另一方已实际参与合作开发，且认可该建设工程施工合同的，可以认定该合同有效。

工期、工程质量

**第十条** 建设工程施工合同对建设工程的开工日期有明确约定的，按照合同约定处理。但当事人共同认可的开工时间与合同约定不一致的，则以当事人共同确认的实际开工时间为开工日期。

合同没有约定或约定不明，当事人对开工时间有争议的，则以《开工报告》记载的开工时间或者有其他证据证明能够确定的开工时间为开工日期。

**第十一条** 发包人和承包人在建设工程施工合同履行过程中，补充约定的竣工日期明显早于备案合同约定的竣工日期，对该约定不予支持，应以备案合同约定的竣工日期确定。但该竣工的建设工程质量经验收合格的，可以认定对竣工日期的补充约定有效。

**第十二条** 当事人在合同中约定工程质量评优标准，并约定了奖励措施条款，工程竣工后未参加评优，承包人举证证明未参加评优系发包人不提供必要材料或不尽其他配合义务所致，对承包人主张该奖励措施条款约定的权益，人民法院应予支持，但承包人未申请参加评优的除外。

**第十三条** 工程竣工验收后在质保期内存在质量问题，发包人未按合同约定通知承包人维修，而自行维修并支付维修费用。发包人主张承包人承担该维修费用的，应当在合理范围内予以支持。

工程价款及鉴定

**第十四条** 建设工程施工合同约定的工程总价低于中标价的，人民法院应按中标价认定涉案工程价款。

**第十五条** 法律、法规规定必须进行招标的建设工程，当事人实际履行的建设工程施工合同与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工程款的结算依据；未经招标的，建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格的，当事人请求参照合同约定支付工程款的，人民法院应予支持。

法律、法规未规定必须进行招标的建设工程，当事人实际履行的建设工程施工合同与备案的中标合同实质性内容不一致的，可以按当事人实际履行的合同作为工程款的结算依据。

“实质性内容不一致”主要是指建设工程施工合同的工程计价标准、工程质量标准、工程期限等主要条款内容差距较大。建设工程施工过程中，当事人以补充协议等形式约定的正常工程量增减、设计变更等，一般不认定为“实质性内容不一致”。

**第十六条** 经过招、投标订立的建设工程施工合同，工程虽经验收合格，但因合同约定的工程价款低于成本价而导致合同无效，发包人要求参照合同约定的价款结算的，人民法院应予支持。

**第十七条** 建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算的，一方当事人要求按照定额结算工程价款的，人民法院不予支持。但因设计变更导致工程量变化或者质量标准变化，当事人要求对工程量增加或减少部分据实结算的，人民法院应予支持，当事人另有约定的除外。

**第十八条** 由国家财政投资的建设工程，当事人未在合同中约定以国家财政部门或国家审计部门的审核、审计结果作为工程价款结算依据的，承包人要求按照合同约定结算工程价款的，人民法院应予支持。

由国家投资的建设工程，发包人因以财产投资评审机构未完成竣工决算审计为由拒绝支付工程价款或要求以财政投资评审机构的审计结果作为工程价款结算依据的，人民法院一般不予支持。但双方当事人明确约定以财政投资评审机构的决算审计结果作为工程价款结算依据的除外。

**第十九条** 当事人于诉前或者诉讼中共同选定，或者由当事人申请人民法院依法委托具有相应资质的鉴定人对建设工程造价进行鉴定并出具了鉴定意见，一方当事人要求重新鉴定的，人民法院不予支持。二审期间，当事人要求重新鉴定的，一般不予准许。如果该鉴定意见确有错误，需要重新鉴定的，可以将案件发回原审法院重审。

## 损失赔偿及责任承担

**第二十条** 建设工程施工合同的当事人以约定的违约金过高为由请求对违约金进行调整,但双方当事人均未举证证明守约方因违约造成的实际损失,人民法院可以根据《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(二)》第二十九条的规定,在中国人民银行发布的同期同类贷款利率四倍的范围内,对约定的违约金进行调整。

**第二十一条** 因发包人原因导致工期延迟,在延迟的工期内遇材料价格上涨,承包人要求发包人赔偿该部分材料价格差额损失的,人民法院应予支持。承包人对工期延误亦有过错的,应承担相应的责任。

因承包人原因导致工期延迟,在延迟的工期内遇材料价格上涨,承包人要求发包人赔偿该部分材料价格差额损失的,人民法院不予支持。

**第二十二条** 实际施工人以发包人和转包人或违法分包人为共同被告主张工程价款,发包人未能举证证明其已付清工程款的,人民法院可以判决发包人在欠付的工程款范围内对转包人或违法分包人应支付实际施工人的工程款承担连带责任。

## 建设工程价款优先受偿权

**第二十三条** 建设工程施工合同或补充协议约定建设工程质量保证金从工程价款的余款中扣留,承包人主张该建设工程价款优先受偿权的范围可以包括建设工程质量保证金在内。

**第二十四条** 建设工程施工合同无效,但工程经竣工验收合格的,承包人主张建设工程价款优先受偿权,人民法院可以支持。

**第二十五条** 承包人将其对发包人的工程款债权转让给第三人的,建设工程价款优先受偿权随之转让。

**第二十六条** 建设工程完工前建设工程施工合同已被解除,已经完成的建设工程质量合格的,承包人对已完成的建设工程享有建设工程价款优先受偿权,承包人行使优先权的期限为六个月,自该建设工程施工合同解除之日或该工程质量被确定为合格之日起计算。

**第二十七条** 本意见由本院审判委员会负责解释。

**第二十八条** 本意见自印发之日起施行。本意见与法律、法规、司法解释规定不一致的,以法律、法规和司法解释为准。

## 七、广东地区法院（仲裁委）

### 48. 广东省高级人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行规定

【发文字号】粤高法[2000]31号

【生效日期】2000年7月28日

为了维护、规范建设工程市场经济秩序,正确审理建设工程合同纠纷案件,根据《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国建筑法》的有关规定,结合审判实践经验,特作如下暂行规定。

#### 诉讼主体

1. 建设工程合同纠纷案件的当事人通常为建设工程的发包人和承包人。人民法院应根据不同的情况来具体确定该类纠纷案件当事人的诉讼地位。

2. 因拖欠工程款而引起的纠纷,承包人将承包的建设工程合同转包而由实际施工人起诉承包人的,可不将发包入列为案件的当事人;承包人提出将发包人列为第三人,并对其主张权利而发包人对承包人又负有义务的,可将发包人列为第三人,当事人根据不同的法律关系承担相应的法律责任;如转包经发包人同意,即属合同转让,应直接列发包人为被告。

3. 因工程质量引起的纠纷,发包人只起诉承包人,在审理中查明有转包的,应追加实际施工人作共同被告,实际施工人与承包人对工程质量承担连带责任。

4. 施工人挂靠其他建筑施工企业,并以被挂靠建筑施工企业名义签订建设工程合同,而被挂靠建筑施工企业不愿起诉的,施工人可作为原告起诉,不必将被挂靠建筑施工企业列为共同原告。

5. 施工人挂靠其他建筑施工企业,并以被挂靠建筑施工企业的名义签订建设工程合同而被起诉的,应将施工人和被挂靠建筑施工企业列为共同被告;被挂靠建筑施工企业对施工人因承揽的工程不符合质量标准造成发包人损失的,应承担连带责任。

6. 两个以上的承包人联合承包工程,由其中一方与发包人签订建设工程合同而发生纠纷的,其他联合承包工程的施工人应列为共同的原被告。

7. 两个以上的法人、其他经济组织或个人合作建设工程,并对合作建设工程享有

共同权益的，其中合作一方因与工程的承包人签订建设工程合同而发生纠纷的，其他合作建设方应列为共同原被告。

### 合同效力

8. 有下列情形之一的，所签订的建设工程施工合同无效：

- (1) 不具有经营建筑活动主体资格的企业或个人；
- (2) 没有按国家规定的程序和国家批准的投资计划；
- (3) 承包人将其承包的全部建设工程转包给第三人；
- (4) 承包人将其承包的全部建设工程肢解后，以分包名义转包给第三人；
- (5) 建设工程总承包人未经建设单位同意，将承包工程中的部分工程分包；
- (6) 分包单位将其承包的工程再分包或转包。

9. 有下列情形之一的，并以被挂靠建筑企业名义签订的建筑工程合同无效：

- (1) 不具有从事建筑活动主体资格的个人、合伙组织或企业以具备从事建筑活动资格的建筑企业的名义承揽工程；
- (2) 资质等级低的建筑企业以资质等级高的建筑企业的名义承揽工程；
- (3) 不具有工程总包资格的建筑企业以具有总包资格的建筑企业的名义承揽工程。

10. 发包人与承包人签订无取得土地使用权证、无取得建设工程规划许可证、无办理报建手续的“三无”工程建设施工合同，应确认无效；但在审理期间已补办手续的，应确认合同有效。

11. 发包人经审查被批准用地，并已取得《建设用地规划许可证》，只是用地手续尚未办理而未能取得土地使用权证的，不宜将因发包人的用地手续在形式上存在欠缺而认定所签订的建设施工合同无效。

12. 违反《建设工程规划许可证》的规定，超规模建设所签订的建设工程合同经批准可补办手续，且无违反其他法律规定的，应确认合同有效。

13. 对承包人超越建筑资质等级签订的建设工程合同，如承包人具备《施工企业资质等级标准》规定的可上浮与建设项目的要求相符的等级条件，工程质量符合设计要求并验收合格的，可按有效合同处理，并以合同约定的建筑资质等级结算工程款。但严重超越本企业建筑资质等级订立的建设工程合同无效。

14. 承包人跨省区或跨市承揽建设工程，但未办理外来施工企业承包工程许可手续而订立的建设工程施工合同，应责令承包人补办有关手续，并由有关行政部门按规定处理，而不应据此认定合同无效。

15. 对应实行公开招标的建设工程, 发包人直接发包后, 具备相应资质的承包人已开始履行合同的, 不宜以建设工程未实行公开招标为由, 认定所签订的建设工程施工合同无效。

16. 建设工程合同中带资、垫资和垫款承包工程的条款应确认无效, 对承包人已带资、垫资和垫款承建的工程, 发包人应支付该款相应的利息。

外商投资建筑业企业依据国家有关规定, 在我国境内带资承包工程, 合同中的带资条款应认定有效。

17. 建设工程合同对工程款结算没有约定或虽有约定, 但发包人与承包人自行结算达成的结算协议有效。属国家投资建设的重大工程, 并由国家对工程款结算依法进行管理的除外。

18. 具备法人资格的承包人的内部分支机构, 在其营业执照的经营范围内对外签订的建设工程合同, 应视为承包人对其行为已授权, 其签订的合同有效, 并应以该承包人的建筑资质等级结算工程款。

### 民事责任

19. 发包人知道或应当知道承包人挂靠其他建筑企业仍与之签订建设工程合同的, 应对无效合同承担相应的过错责任。

20. 转包、挂靠签订的建设工程合同被确认无效后, 应按实际施工人的建筑资质等级结算工程款, 但对施工人主张的工程结算中有关计划利润部分的请求可不予支持。

21. 建设工程合同被确认无效后, 如属发包人的过错, 工程款的结算按有效合同的原则处理; 因承包人不具有从事建筑活动主体资格造成合同无效的, 应按非等级建筑资质结算工程款。

22. 发包人与承包人签订建设工程合同后又毁约的, 应赔偿承包人由此而造成的损失, 该损失应当包括承包人履行合同后可以获得的利益。

23. 发包人未按建设工程合同约定支付工程进度款致使停工、窝工的, 承包人可顺延工程日期, 并有权要求赔偿停工、窝工等损失。

承包人对发包人逾期支付工程进度款没有异议并继续施工的, 在发生纠纷后, 承包人要求对方对此承担违约责任的, 不予支持。

24. 因发包人的原因致使工程中途停建、缓建的, 发包人应及时通知对方采取适当的措施防止损失扩大; 承包人没有采取适当措施致使损失扩大的, 不得就扩大的损失要求赔偿。

25. 隐蔽工程经双方验收认可后, 承包人继续施工而发现隐蔽工程存在质量问题造成损失的, 发包人应承担相应的过错责任; 若设计单位和监理单位亦有过错的, 应按过错大小各自承担相应的责任。

26. “三无”工程被有关部门责令停建后, 承包人仍然依发包人的要求继续施工的, 由此造成的损失发包人负主要过错责任, 承包人承担次要的过错责任。

27. 建设工程合同约定对工程总价或材料价格实行包干的, 如合同有效, 工程款应按该约定结算。因情势变更导致建材价格大幅上涨而明显不利于承包人的, 承包人可请求增加工程款。但建材涨价属正常的市场风险范畴, 涨价部分应由承包人承担。

28. 因承包人的原因造成逾期交付建设工程的, 承包人应承担违约责任。如果由于逾期交付工程致使发包人的损失超过违约金的, 发包人可请求对方赔偿, 但不得超过承包人违约时预见或应当预见到的因违反合同时可能造成的损失。

29. 工程未经验收, 发包人提前使用或擅自动用, 因此而发生的质量或其他问题, 由发包人承担责任, 但工程质量属承包人原因造成的, 由承包人负责。对造成质量问题双方都有过错的, 应根据过错大小各自承担相应的民事责任。

30. 建设工程竣工验收合格后, 承包人有先将工程及相关的资料交付给对方的义务。承包人因发包人未按约定支付工程款而拒绝交付工程, 致使发包人无法对竣工的工程行使占有、使用和处分权利而发生的损失, 由承包人承担。

31. 工程竣工后, 合同约定的验收期限届满, 发包人拒绝验收的, 承包人可单方与有关部门组织验收, 验收费用由双方对半承担。因发包人拒绝提供验收资料、文件, 导致无法进行验收的, 视为发包人对工程已验收合格。

32. 同一建设工程存在优先权和抵押权的, 优先权的效力优于抵押权。

33. 发包人拖欠工程款, 应从工程验收后或合同约定的付款期限届满之次日起计付滞纳金; 发包人拒绝或拖延验收的, 应从合同约定的工程验收期限届满之次日起计付滞纳金, 没有约定工程验收期限的, 则从工程竣工或施工人要求发包人验收的期限届满之次日起计付滞纳金。

2000 年 7 月 28 日  
广东省高级人民法院

## 49. 广东省高级人民法院关于在审判工作中如何适用《合同法》第 286 条的指导 意见

【发文字号】粤高法发[2004]2 号

【生效日期】 2004 年 1 月 17 日

为了规范、及时审理有关建设工程价款优先受偿权的案件，根据《中华人民共和国合同法》、最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》等有关规定，结合审判工作实践，就人民法院如何适用《合同法》第二百八十六条提出如下指导意见。

1. 当事人在一审诉讼中依法提出要求人民法院确认其对建设工程享有优先受偿权的诉讼请求的，人民法院应对该诉讼请求进行审理，并作出是否支持其诉讼请求的判决。

人民法院支持当事人对建设工程享有优先受偿权的诉讼请求的，判决主文可作如下表述：承包人在××元范围内对于××工程（楼房）享有建设工程价款优先受偿权，但在本判决生效之日（如已对该工程或楼房采取财产保全措施的，为采取财产保全措施之日）前已办理商品房预售登记、变更登记或消费者已交付超过 50%购房款（在商品房担保贷款中，含消费者向银行所借款项）的房屋部分除外。

2. 建设工程合同订立总承包合同后，再由总承包人订立分包合同的，在总承包合同、分包合同均有效的情形下，发包人拖欠工程款的，总承包人可以对工程折价或者拍卖价款主张优先受偿权。分包人对自己承建部分主张享有优先权的，人民法院不予支持。但如因总承包人怠于行使优先权损害分包人利益，分包人可依照《合同法》第七十三条的规定就其承包工程价款范围内向发包人主张权利。

3. 《合同法》第二百八十六条所规定的建设工程价款优先受偿权适用于建设工程施工合同。建设工程幕墙装修、装饰合同属于建设工程施工合同。

4. 承包人只能对其所建设的建设工程主张工程价款优先受偿权。

承包人对于其参与建设的学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗设施和其他社会公益设施，不享有建设工程价款优先受偿权。

5. 承包人对其为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用主张建设工程价款优先受偿权的，人民法院应予支持。承包人对因发包人违约所造成的损失主张优先受偿权的，人民法院不予支持。

6. 承包人对其承建的建设工程折价或者拍卖价款享有建设工程价款优先受偿权，

但对于因建设工程的使用、出租所产生的收益不得行使优先权。

7. 在建设工程承包合同无效的情形下，承包人主张建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持。

8. 因承包人的原因导致建设工程未经工程质量竣工验收或验收不合格，承包人主张建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持。但因第三人行使抵押权等权利时需对该建设工程进行处分的情形除外。

9. 承、发包双方当事人在建设工程承包合同中约定承包人不能行使建设工程价款优先权，事后承包人以建设工程价款优先权是法定权利为由向人民法院主张合同约定无效并要求行使建设工程价款优先权的，人民法院不予支持。

10. 承包人在 2002 年 12 月 28 日之后行使建设工程价款优先受偿权的期限为 6 个月，自建设工程竣工之日或者建设工程承包合同约定的竣工之日起计算。建设工程竣工之日与建设工程承包合同约定的竣工之日不一致的，以日期在后的为准。

承包人在 1999 年 10 月 1 日以后 2002 年 12 月 28 日之前行使建设工程价款优先受偿权的，不受 6 个月期限的限制。

11. 合同法实施前，建设工程已办理抵押登记或已出售、预售，承包人主张建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持。

12. 承、发包双方当事人在合同中约定行使工程价款优先受偿权期限的，该约定有效。但在 2002 年 12 月 28 日之后，承、发包双方当事人在合同中约定行使建设工程价款优先受偿权的期限超过 6 个月的，超过部分无效。

承包人在超过法定的期限后向人民法院主张建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持。

## 50. 广东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问题的意见

【文号】粤高法发[2006] 37 号

【发布日期】 2006 年 11 月 1 日

为了正确审理建设工程施工合同纠纷案件，根据《中华人民共和国合同法》、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》等有关规定，结合审判工作实践，提出如下意见。

1. 当事人约定工程款实行固定价，而实际施工的工程量比约定的工程范围有所增减的，可在确认固定价的基础上，参照合同约定对增减部分进行结算，再根据结算结果相应增减总价款。不应撇开合同约定，对整个工程造价进行重新结算。

2. 当事人已对政府投资项目进行结算的，应确认其效力。财政部门或审计部门对工程款的审核，是监控财政拨款与使用的行政措施，对民事合同当事人不具有法律约束力。发包人以财政部门或审计部门未完成竣工决算审核、审计为由拒绝支付工程款或要求以财政部门、审计部门的审核、审计结果作为工程款结算依据的，不予支持。但双方当事人明确约定以财政部门、审计部门的审核、审计结果作为工程款结算依据或双方当事人恶意串通损害国家利益的除外。

3. 建设工程施工合同无效，但按照《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》第二条的规定可参照合同约定计算工程价款的，如承包人存在延期完工或者发包人存在延期支付工程款的情形，当事人应参照合同约定赔偿对方因此造成的损失。

4. 没有证据证明当事人已同意不计算结算前的违约金和垫资款利息，一方当事人在结算完毕后再主张结算前的违约金和垫资款利息的，可予支持。但如果当事人对违约金和垫资款利息的支付时间有约定的，应从约定支付之日起计算诉讼时效期间；如果当事人对违约金和垫资款利息的支付时间没有约定的，应从工程结算之日起计算诉讼时效期间。如双方未自行结算需委托中介机构进行造价鉴定的，从收到中介机构的鉴定报告之日起计算诉讼时效期间。

5. 发包人在工程款结算后不按期支付工程款，承包人请求发包人按照合同约定支付逾期付款违约金的，应予支持。

当事人未结算需委托中介机构进行造价鉴定，如果双方在合同中约定了工程预算价

或支付工程进度款的时间和数额的，在中介机构作出造价鉴定报告前，对超出合同约定的价款部分不计算违约金，但可按中国人民银行同期同类贷款利率计算未付工程款的利息；如果双方在合同中未约定工程预算价，也未约定支付工程进度款的时间和数额的，在中介机构作出造价鉴定报告前，不计算违约金，但可按中国人民银行同期同类贷款利率计算未付工程款的利息。在中介机构作出造价鉴定报告后，按合同约定计算违约金。

6. 人民法院在审理 2005 年 1 月 1 日以前受理的建设工程施工合同纠纷案件时，对相关问题的处理，如以前的法律法规和司法解释没有明确规定的，可参照《解释》的规定处理。

## 51. 广东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问题的指导意见

【文号】 粤高法发[2011]37 号

【生效日期】2011 年 7 月 26 日

为正确审理建设工程施工合同纠纷案件，根据《中华人民共和国合同法》、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》、最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》等有关规定，结合我省审判实际，制定本意见。

一、工程欠款纠纷案件中，发包人以建设工程质量不符合合同约定为由主张付款条件未成就的，可以作为抗辩处理。

发包人以建设工程质量不符合合同约定为由，请求承包人承担违约责任的，应当提起反诉。

二、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“实质性内容不一致”主要指的是工程计价标准、工程质量标准等主要条款内容差距较大。建设工程施工过程中，当事人以补充协议等形式约定的正常的工程量增减、设计变更等，一般不认定为“实质性内容不一致”。

三、经过招投标程序订立的建设工程施工合同与当事人另行订立的“实质性内容不一致”的建设工程施工合同都被认定为无效的，参照当事人实际履行的合同结算工程价款。

四、建设工程施工合同约定以政府相关文件的规定作为结算标准和依据，不能因该文件被修改、撤销或失效而否定合同相关条款的效力。当事人主张按合同约定结算工程价款的，应予支持，但符合《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（二）》第二十六条规定的除外。

五、建设工程施工合同约定工程款实行固定价，如建设工程尚未完工，当事人对已完工工程造价产生争议的，可将争议部分的工程造价委托鉴定，但应以建设工程施工合同约定的固定价为基础，根据已完工工程占合同约定施工范围的比例计算工程款。当事人一方主张以定额标准作为造价鉴定依据的，不予支持。

六、当事人于诉前或者诉讼中共同选定具有相应资质的鉴定机构对建设工程进行造价鉴定并出具了鉴定结论，一方当事人要求重新进行鉴定的，不予支持，但有证据证明

该鉴定结论具有最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条第一款规定的情形除外。

七、人民法院委托司法鉴定机构进行工程造价鉴定的，应当对当事人提交的鉴定材料进行质证，并将鉴定材料和质证意见移送鉴定机构。人民法院不得将鉴定材料的质证和审核认定工作交由鉴定机构完成。

鉴定机构出具鉴定报告初稿和定稿后，人民法院应当组织当事人进行质证。

八、承包人请求发包人支付工程款，发包人主张对其已经向实际施工人支付的工程款进行抵扣的，应予支持，但发包人未经承包人同意向实际施工人支付的超出其应得工程款以外的部分除外。

九、建设工程施工合同明确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。建设工程施工合同没有约定或者约定不明，承包人请求参照建设部《建设工程施工发包与承包计价管理办法》第十六条的规定，或者依据建设部制定的建设工程施工合同格式文本（1999 年版）通用条款第 33 条第 3 款的约定处理的，不予支持。

十、发包人在合同约定的审核结算期限届满后，以承包人提交的竣工结算文件不完整为由拒绝结算，承包人请求从合同约定的审核结算期限届满之次日起计算工程款利息的，应予支持，但建设工程施工合同另有约定的除外。

十一、建设工程施工合同约定的违约金低于或者过分高于造成的损失，经当事人申请，人民法院可以根据《中华人民共和国合同法》第一百一十四条第二款和《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（二）》第二十八条、第二十九条的规定予以调整。

发包人未依约支付工程款给承包人造成的损失，如发包人无法证明承包人实际损失的，可以推定为以未付工程款为基数，参照中国人民银行规定的金融机构同期同类贷款利率计算的利息。

承包人逾期竣工给发包人造成的损失，如承包人无法证明发包人实际损失的，可以推定为迟延履行期间内按建设工程所在地同期同类指导租金标准计算的租金。对于道路、桥梁等无法参照指导租金标准计算实际损失的建设工程，如承包人无法证明发包人实际损失的，可以推定为以发包人已付工程款为基数，参照中国人民银行规定的金融机构同期同类贷款利率计算的利息。

十二、合作开发房地产合同一方当事人作为发包人与承包人签订建设工程施工合同，

承包人请求合作开发房地产合同的其他当事人对施工合同债务承担连带责任的，应予支持。

当事人签订名为合作开发房地产实为土地使用权转让等其他性质的合同，一方当事人与承包人签订建设工程施工合同，承包人请求其他当事人对施工合同债务承担连带责任的，不予支持，但承包人有理由相信当事人之间为合作开发房地产合同关系的除外。其他当事人承担责任后，有权向发包人追偿。

十三、合作开发房地产合同当事人设立具有法人资格的项目公司，项目公司与承包人签订建设工程施工合同，承包人要求合作开发房地产合同各方当事人对施工合同债务承担连带责任的，不予支持。但公司股东存在滥用公司法人独立地位和股东有限责任、虚假出资、抽逃出资等情形的，依照《中华人民共和国公司法》等有关法律、行政法规的规定处理。

十四、挂靠人以被挂靠人的名义与发包人订立建设工程施工合同，被挂靠人与挂靠人应当对施工合同债务承担连带责任，但建设工程施工合同明确约定被挂靠人不承担责任的除外。

十五、承包人将建设工程施工合同约定的工程款债权依法转让，债权受让方主张其对建设工程享有优先受偿权的，可予支持。承包人在转让工程款债权前与发包人约定排除优先受偿权的，该约定对承包人以外的实际施工人不具有约束力。

## 52. 广东省高级人民法院 2012 年全省民事审判工作会议纪要（节选）

【文 号】 粤高法(2012)240 号

【发布时间】 2012 年 6 月 26 日

.....

### 二、关于建设工程施工合同纠纷案件

#### （一）关于民事责任主体问题

15. 对实际施工人向与其没有合同关系的转包人、分包人、总承包人、发 包人提起的诉讼，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》第二十六条第二款的规定，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案件当事人。审判实践 中应注意要严格依照法律、司法解释的规定进行审查；不能随意扩大最高人民法院《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 第二款的适用范围，并且要严格根据相关司法解释的规定，明确发包人只在欠 付工程价款范围内对实际施工人承担责任。

16. 借用资质的实际施工人以自己的名义独立向第三人购买建筑材料等商品的，出借资质方无需对实际施工人的欠付货款承担民事责任。

#### （二）关于合同效力问题

17. 要依法维护通过招投标方式所签订的中标合同的法律效力。对以低于工程建设成本的工程目标底订立的施工合同，应当依据《招标投标法》第四十一条第（二）项的规定认定无效；当事人违反工程建设强制性标准，任意压缩合理工期、降低工程质量标准的约定，也应认定无效。对于约定无效后的工程价款结算，应依据最高人民法院《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》的相关规定处理。

18. 建设工程没有取得建设工程规划许可证，属于违法建筑，就该违法建筑所签订的施工合同无效。但在一审法庭辩论终结前取得建设工程规划许可证或者经主管部门批准建设的，应当认定该施工合同有效。

19、承担村庄、集镇规划区内建筑工程施工任务的单位，没有相应的施工 资质等级证书或者资质审查证书，可根据国务院《村庄和集镇规划建设管理条例》第二十三条的规定认定合同效力。

#### （三）关于建设工程质量问题

20. 建设工程竣工验收合格后，发包人请求承包人承担质量问题的民事责任，应依法承担举证责任。经鉴定，建设工程在合理使用寿命内确实存在地基基础工程或主体结构质量问题的，承包人应依法承担民事责任；存在其他质量问题的，承包人应在保修期限内承担保修责任。

#### （四）关于工程价款结算问题

21. 招标人和中标人另行签订改变工期、工程价款、工程项目性质等中标结果的协议，应认定为变更中标合同实质性内容；中标人作出的以明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设方捐献等承诺，亦应认定为变更中标合同的实质性内容。对于变更中标合同实质性内容的工程价款结算，应按照《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，以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。协议变更合同是法律赋予合同当事人的一项基本权利。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，发包人与承包人通过补充协议、会谈纪要、往来函件、签证等洽商记录形式变更工期、工程价款、工程项目性质的，不应认定为变更中标合同的实质性内容。依法有效的建设工程施工合同，双方当事人均应依约履行。除合同另有约定，当事人请求以审计机关作出的审计报告、财政评审机构作出的评审结论作为工程价款结算依据的，不予支持。

22. 合同所涉工程不属于强制招投标的范围，当事人之间也没有进行招投标，但按当地建设行政主管部门的要求进行了备案，该备案合同与当事人另行签订的合同不一致的，以当事人实际履行的合同作为结算工程价款的依据。

23. 工程款的结算和支付，原则上应当在合同相对人之间进行，并符合合同约定。如果没有合同依据或者承包人的授权，发包人直接向没有合同关系的转包人、违法分包人、实际施工人结算和付款，一般不构成有效的结算和支付。

24. 当事人依照无效的建设工程施工合同就工程价款签订了结算协议，且工程经竣工验收合格的，可参照结算协议认定工程价款。

25. 承包人与发包人就工程价款有争议，人民法院认为应当委托进行造价鉴定的，应当向当事人释明。承包人经释明后仍不申请鉴定的，可依据证据规则判令其承担相应的不利后果。

26. 当事人在合同中对建筑材料价格变动的风险有约定的，按约定处理。没有约定的，约定工期内的建筑材料价格变动的风险由承包人承担；逾期竣工的，延误工期期间的建筑材料价格变动的风险，由对工期延误有过错的一方承担；双方均有过错的，按过

错大小分担损失。建筑材料价格大幅变动,当事人以情势变更为由请求调整工程价款的,应从严把握。

#### （五）关于建设工程价款优先受偿权问题

27. 非因承包人的原因,建设工程未能在约定期限内竣工,承包人依据《合同法》第二百八十六条规定享有的优先受偿权不受影响。承包人请求行使优先受偿权的期限,自建设工程实际竣工之日起计算;如果建设工程合同由于发包人的原因解除或终止履行,承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限自合同解除或终止履行之日起计算。

28. 建设工程价款优先受偿的范围仅限于建设工程价值,不包括建设工程范围内的建设用地使用权价值。

29. 承包人应当通过行使建设工程价款优先受偿权等合法途径追索工程欠款,不得留置建设工程或施工资料。施工合同终止或工程完工后,承包人以发包人拖欠工程款为由,继续占有工程、拒绝撤场或者移交施工资料,发包人请求承包人赔偿损失的,应予支持。

#### （六）关于违约责任问题

30. 建设工程施工合同同时约定迟延付款的利息和违约金的,可以同时适用,但二者之和不得过分高于迟延付款的损失,过分高于的认定标准,按照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第二十九条的规定把握。

31. 在承包人延误工期或发包人迟延付款的情况下,双方签订补充协议,承包人重新承诺完工时间或发包人重新承诺付款期限,不能视为守约方对违约方放弃主张违约责任,但补充协议明确约定放弃追究违约责任或当事人明确达成谅解的除外。

32. 建设工程施工合同履行过程中,出现了合同约定的迟延支付工程预付款、进度款、设计变更、工程量增加、停水、停电等导致顺延工期的情形,承包人主张顺延工期的,按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。没有顺延工期的签证文件,人民法院可以根据当事人提供的会议纪要、往来函件等其他证据认定应否顺延工期。

### 53. 深圳市中级人民法院关于建设工程合同若干问题的指导意见

（2010年3月9日深圳市中级人民法院审判委员会第6次会议修订）

为了依法、公正、及时处理建设工程施工合同纠纷，统一裁判标准，根据《中华人民共和国建筑法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国民事诉讼法》等法律规定，以及最高人民法院《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》等司法解释，结合民事审判实践，就审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律的问题，提出以下指导意见。

1. 人民法院受理的建设工程施工合同纠纷，在审理过程中，如行政主管部门正在对涉案工程的合法性进行审查处理，应中止审理，待行政主管部门作出有效决定后恢复审理。涉案工程被认定为非法建筑的，应认定合同无效，承包人请求参加合同支付工程价款的，应予支持。在开庭前，涉案工程已按行政主管部门规定补办手续，建设工程施工合同有效。

2. 人民法院受理的建设工程施工合同纠纷，在审理过程中，一方当事人以涉案工程未取得土地使用权或建设用地规划许可、建设工程规划许可主张合同无效的，在开庭前发包人仍未取得土地使用权及上述行政许可的，应认定施工合同无效；开庭前已经取得土地使用权及上述行政许可，但未取得施工许可的，应认定施工合同有效。

3. 两个以上的法人、其他经济组织或个人合作建设工程，并对合作建设工程享有共同权益的，其中合作一方因与工程的承包人签订建设工程合同而发生纠纷的、其他合作建设方应与签订建设工程合同的合作方共同对建设工程合同的履行承担连带责任。

4. 建设工程合同的发包人非建设工程项目的所有人，发包人以自己的名义实际履行合同的，建设工程的所有人与发包人共同对建设工程合同的履行承担连带责任。

工程代建合同的委托人与受托人共同对建设工程合同的履行承担连带责任，但建设工程合同明确约定仅由受托人、委托人或发包人承担合同约定义务的除外。

5. 承包人将工程分包给无劳务作业法定资质的劳务分包人，发包人以承包人违法劳务分包为由要求解除建设工程施工合同的，不予支持。

6. 按照《中华人民共和国招标投标法》第三条规定必须进行招标的工程，经过招投标而签订的施工合同，承包人有证据证明工程价款低于成本价，主张合同无效的，应予支持。

不属于《中华人民共和国招标投标法》第三条规定必须进行招标的工程，建设工程合同履行中承包人有证据证明工程价款低于成本价或承包人对总价包干合同中工程量有重大误解的，承包人在法定期限内要求撤销或变更合同的，应予支持。

7. 发包人有下列情形之一，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：

- (1) 未在约定时间内提供材料，或提供的材料不符合约定的；
- (2) 未在约定时间内提供施工场地、施工道路、施工用水、施工用电的；
- (3) 未在约定时间内提供完整工程地质和地下管线资料或施工图纸；
- (4) 未在约定时间内办理工程中间验收；
- (5) 未履行合同约定的其他协助义务的。

8. 发包人与承包人签订建设工程合同后毁约的，应赔偿承包人由此造成的损失，该损失应包括承包人履行合同后可获得的利益。

9. 建设工程开工时间一般以发包人签发的《开工报告》确认的时间为准，但如果发包人签发的《开工报告》确认的开工时间早于《施工许可证》确认的开工时间，则以《施工许可证》确定的开工时间作为建设工程开工时间。承包人在领取《施工许可证》之前已实际施工，且双方约定以实际施工日为工期起算时间的，依照约定。如果发包人签发开工报告后，迟延履行合同的约定义务而无法施工，工期顺延。

10. 发包人未按建设工程合同约定支付工程进度款致使停工、窝工的，承包人可顺延工程日期并有权要求赔偿停工、窝工等损失。

承包人在发包人逾期支付工程进度款后继续施工的，在发生纠纷后，发包人要求承包人承担工期违约责任的，不予支持。

11. 施工过程中因发包人拖欠工程预付款、进度款、变更设计造成工程停工、窝工或因不可抗力因素造成工程停工的，工期顺延计算。

12. 发包人或监理单位已组织验收并在填写的《建筑工程验收报告书》或相关文件上签字确认验收合格的，应认定工程验收合格，对工程中存在的质量问题作保修期内质量问题处理，发包人以工程存在质量问题为由，要求不支付或缓支付工程款的，不予支持。

13. 发包人接到承包人竣工报告后，无正当理由不组织验收的，经过一定合理时间（30 天）后应视为工程已竣工验收，发包人以工程未验收或存在质量问题为由，要求不支付或缓支付工程款的，不予支持。

14. 发包人擅自变更工程设计的，承包人按照发包人指令施工的，除违反国家强制性标准造成质量缺陷外，发包人不得以未经过设计人同意为由主张改变无效。

15. 工程已施工完毕，承包人以发包人未按约定支付工程款为由，不协助办理工程竣工验收的，视为工程停工；工程施工完毕且已竣工验收的，发包人拖欠工程款或结算已到期工程尚未交工的，承包人可以行使抗辩权为由不交付建设工程，但不交付的工程价值应与工程欠款基本相当。如果发包人拖欠的工程款与不交付的建设工程价值差距较大或部分不交付影响整个工程使用的，承包人应承担赔偿责任。

16. 建设工程完工后未经竣工验收，工程已由发包人实际控制的，发包人即不组织竣工验收，又未提出质量问题的，视为工程已经竣工验收合格，工程完工之日视为工程竣工验收合格日。

17. 当事人就同一工程签订的建设工程合同的实际内容与招投标文件不一致发生争议的，应当以招投标文件规定的计价方法或计价标准结算工程价款。

18. 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。发包人的答复应是针对竣工结算文件的内容，与竣工结算文件内容无关的答复是为没有答复，当事人另行约定的除外。

19. 当事人约定发包人审核结算的期限，审核期限届满后，发包人以承包人送交的结算文件不完整为由要求延期审核的，不予支持。发包人应承担违约责任。

20. 建设工程合同无效或解除的，承包人主张工程款，发包人提出对已完成工程进行质量鉴定的，应予支持。

21. 建设工程合同约定为固定总价的，承包人以工程量增加为由要求调整合同价款的，应按照以下方式处理：

（1）在固定总价若干范围以外增加的工程量，应计入合同价款；

（2）固定总价包干范围约定不明，如发包人不能证明该增加的工程量已包括在包干范围内的，应计入合同价款；

（3）发包人以固定单价包干形式，招标而签订固定总价包干合同后，发生工程量争议的，以实际工程量计算包干总价；

（4）签订固定总价合同后，工程发生重大变化或固定总价所依据的设计图纸发生重大变更的，按照双方确定的工程量清单单价据实计价。

22. 施工过程中修改施工图纸或工程返工的，工程造价按双方约定或签证单确定；如果施工过程中废止原图纸，采用新的施工图纸，双方又重新约定工程造价的，按新约

定确定；没有新约定或者新约定不明确的，则按实际工程量和原合同确定的单项价格确定工程造价；如果新的施工图纸所涉及施工内容原施工合同没有规定，双方又未重新约定工程造价或约定不明确，则按实际工程量，参照签订建设工程合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法和计价标准结算。

23. 合同已约定工程价款或双方已经委托中介机构审价并确认的价款，与政府行政审计确定的价款不一致的，应以双方确认的为结算依据。但在合同明确约定以审计结论作为结算依据或者合同约定不明确、合同约定无效的情况下，可以将审计结论作为结算依据。

24. 承包人在施工过程中不按图纸施工，擅自改变约定的建筑材料、构配件、设备的品种、规格等情形，发包人要求核减原材料差价的，应予支持。

25. 当事人共同选定审价机构审定价款后，一方当事人有异议要求重新审定的，不予支持，但有证据证明审价中存在重大错误、遗漏或审价机构与另一方恶意串通的除外。如审价机构出具报告后明确告知如有异议可在一定期限内提出，当事人超过期限提出的，应视为认可。

26. 当事人约定工程款于工程竣工验收并交付后支付的，建设工程已竣工验收，发包人已实际控制工程，承包人已移交施工现场的，视为工程已交付使用，发包人已未签订工程移交协议为由不支付工程款的，不予支持。

27. 当事人约定工程价款以工程结算完毕作为支付条件，发包人拖延工程结算，合同对拖延结算有约定的，按照约定处理；没有约定的，按照中国人民银行同期同类贷款利率自拖延之日起计息。

28. 发包人已按约定支付工程价款或办理结算，但在建设工程竣工之日或建设工程合同约定的竣工之日起六个月内，承包人请求确认建设工程价款优先受偿权的，应予支持。

29. 在工程竣工验收合格前，建设工程合同被解除的，承包人对已完工程享有建设工程价款优先受偿权，承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程合同解除之日起计算。

30. 建设工程合同无效，承包人主张建设工程价款优先受偿权的，不予支持。

31. 承包人将其对发包人的工程款债权转让给第三人的，建设工程价款优先受偿权不能随之转让。

32. 建设单位直接发包的基础工程，享有工程价款优先受偿权。建设单位直接发包

的消防工程、玻璃幕墙工程、装修装饰工程，在该工程增加价值的范围内享有工程价款优先受偿权。总承包人分包的专业工程，专业工程分包人不享有工程价款优先权。

33. 建设工程合同约定履约保证金、质量保证金在工程质量不符合约定或未按期竣工时罚没，但实际损失少，保证金数额大，承包人认为全部罚没过高的，应当按照公平合理原则并参照《合同法》第一百一十四条关于调整违约金的规定处理。

34. 建设工程合同对工期、质量、违法分包或非法转包等的罚款约定，视为违约条款，合同虽约定可直接从工程款中抵扣，但罚款未经承包人同意的，抵扣行为无效。

35. 劳务分包人不属于实际施工人，劳务分包人以建设工程的发包人为被告主张劳务报酬的，不予支持。

36. 当事人约定保修金在保修期届满后支付的，地基基础工程及主体结构工程的保修金应在工程竣工验收 2 年后返还。

37. 建设工程的工程款诉讼时效以合同约定最后一期工程款的支付期限为起算时间，工程质量保修款的诉讼时效以保修款返还日起算。

38. 建设工程质量诉讼时效，以知道或应当知道发生质量问题之日起起算。发包人请求总包人、分包人承担质量违约责任的，诉讼时效为两年；发包人、所有权人、实际使用人、受损害人请求总包人、分包人、实际施工人或保修义务人承担侵权责任的，诉讼时效为一年。

39. 承包人要求结算工程价款的诉讼时效为二年，自工程竣工或承包人移交完毕竣工档案资料或施工合同解除之日起计算。

## 54. 深圳仲裁委关于审理建设工程施工合同案件若干问题的意见

【发布单位】 深圳仲裁委

【发布日期】 2006 年 1 月 17 日

为依法公平、公正处理好建设工程施工合同案件，本会在总结近十年来审理此类案件的经验基础上，根据我国有关法律、法规和司法解释的规定，经研究形成了《关于审理建设工程施工合同案件若干问题的意见》，供仲裁员裁决案件时参考。

### 一、关于合同效力

建设工程施工合同效力的认定，仲裁庭应当尽量维护合同的稳定性，严格按照《合同法》的规定，防止随意认定合同无效情况出现，并妥善处理好以下几种情况：

（一）当事人各方都未主张合同无效，法律也无禁止性规定的，一般不认定合同无效。

（二）承包人的内部分支机构在承包人营业范围内对外签订施工合同的，应视为承包人的授权签约，不宜以合同主体不适格认定合同无效。

（三）承包人为外省市施工企业的，即使该施工企业未在工程所在地办理外来施工企业施工许可证，一般不以此为由认定合同无效。

### 二、关于工程造价

（一）合同对工程造价有明确约定的，依约定确定工程造价。一方提出按合同约定结算显失公平的，仲裁庭一般不予支持。

（二）工程造价包死之后，发包人要求增加部分工程的，以双方达成的补充协议和签证单确认增加部分的工程造价。如果增加部分系发包人要求，但双方未就增加部分的工程造价达成书面协议，也无具体签证单，应按实际工程量，参照合同签订时建设行政主管部门发布的计价方法和计价标准，计算增加部分的工程造价。

发包人要求减少施工项目，如果减少的项目造价低于包死价的 10%，且双方未对减少部分的工程造价作出约定的，工程造价仍按包死价确定，不予减少。

（三）当事人在签订建设工程施工合同后，另行签订的与原施工合同没有关联的工程项目施工协议的，仲裁庭不予审理，但应当庭或在裁决书中告知当事人另寻法律途径解决，也可在当庭双方签订补充仲裁协议之后合并处理。

（四）施工过程中修改施工图纸或工程返工的，工程造价按双方约定或签证单确定；

如果施工过程中废止原图纸，采用新的施工图纸，双方又重新约定工程造价的，按新约定确定；没有新约定或新约定不明确的，则按实际工程量，按照原合同确定的单项价格确定工程造价；如果新的施工图纸所涉施工内容原施工合同没有规定，双方又未重新约定工程造价或约定不明确，则按实际工程量，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和计价标准结算。

### 三、关于开工时间和工期顺延

#### （一）开工时间

建设工程开工时间一般以发包人签发的《开工报告》确认的时间为准。但如果发包人签发的《开工报告》确认的开工时间早于建设行政主管部门颁发的《施工许可证》确认的开工时间，则以建设行政主管部门颁发的《施工许可证》确定的开工时间作为建设工程开工时间；如果发包人签发《开工报告》后，迟延向承包人提交施工资料、施工场地，则开工时间以发包人实际提交施工资料、施工场地的时间计算。

#### （二）工期顺延的确认

施工过程中因发包人拖欠工程预付款、进度款、变更设计造成工程停工、窝工或因不可抗力因素造成工程停工的，工期顺延计算。

### 四、关于工程验收和工程质量

（一）发包人或监理单位已组织验收并在填写的《建筑工程验收报告书》或相关文件上签字确认验收合格的，应认定工程验收合格，对工程中存在的质量问题作保修期内质量问题处理，发包人以工程存在质量问题为由，要求裁决不支付或缓支付工程款的，仲裁庭不予支持。

（二）发包人接到承包人竣工验收报告后，无正当理由不组织验收的，经过一定合理时间（30天）后应视为工程已竣工验收，发包人以工程未验收或存在质量问题为由，要求裁决不支付或缓支付工程款的，仲裁庭不予支持。

（三）一方当事人提出工程质量鉴定申请，仲裁庭认为确有必要的，可以委托有资质的鉴定单位对有争议部分质量问题进行鉴定，鉴定费由提出申请的一方当事人全额预交。

（四）建设工程未竣工验收，发包人已擅自使用的，如发包人以工程质量不符合约定为由，主张减低工程造价款的，不予支持。但承包人在施工过程中确有不按图纸施工，擅自改变约定的建筑材料、构配件、设备的品种、规格等情形，发包人要求核减原材料差价的，应予支持。

## 五、关于工程结算

（一）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，一般以备案中标合同作为结算依据。但中标合同签订后，发包人改变了原工程设计，如建设工程项目不属于《中华人民共和国招标投标法》第三条规定的必须招标投标的工程建设项目，以后签合同为结算依据；如建设工程项目属于《中华人民共和国招标投标法》第三条规定的必须招标的工程建设项目，中标合同签订后发包人改变原设计，但并不构成实质性改变的，亦以后签合同为结算依据。

（二）双方当事人对工程价款的结算有争议，仲裁庭可委托有关单位进行造价评估。评估费用由提出评估申请的一方全额预交。

（三）建设工程施工合同约定工程价款必须由第三方审核的，案件审理过程中双方对未经第三方审核的结算报告确定的工程价款有争议，不能达成一致意见的，仲裁庭应当委托第三方进行审核。

## 六、关于竣工档案资料移交

工程完工后，承包人应当将竣工档案资料交付发包人。据此，在案件审理中，对于发包人要求裁决承包人移交竣工档案资料的请求，仲裁庭应予支持；对承包人以发包人拖欠工程款为由，拒不移交竣工档案资料，仲裁庭不予支持。

## 七、关于仲裁时效

（一）一方提出仲裁请求，另一方并未以已过仲裁时效为由进行抗辩的，仲裁庭不应主动审理时效问题。

（二）因发包人原因导致工程款未结算的，在仲裁案件审理中发包人以已过仲裁时效为由提出抗辩的，仲裁庭不予支持。

（三）承包人要求结算工程价款的仲裁时效为两年，自工程竣工或承包人移交完毕竣工档案资料或施工合同解除之日起计算。

## 八、关于优先受偿权

建设工程承包人主张优先受偿权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。

深圳仲裁委员会

二〇〇六年一月十七日

## 八、四川地区法院

### 55. 四川省高级人民法院关于审理涉及招投标建设工程合同纠纷案件的有关问题的意见

（2010年6月22日四川省高级人民法院审判委员会第33次会议讨论通过）

【发布单位】 四川省高级人民法院

【实施日期】 2010年6月22日

根据《中华人民共和国招标投标法》、《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》等法律和司法解释规定，结合民事审判实际，就审理涉及招投标建设工程合同纠纷案件适用法律的有关问题，制定本意见。

**第一条** 对建设工程必须进行招标而未招标，或者中标无效的，人民法院应当严格按照《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》第一条的规定，认定建设工程施工合同无效。

**第二条** 当事人就同一建设工程另行订立的合同与合法有效的备案中标合同实质性内容不一致的，人民法院应当严格按照《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》第二十一条的规定，以备案的中标合同作为结算工程款的依据。

**第三条** 合同实际履行过程中因设计变更导致工程量（价）增加的，且履行了约定的或规定的报批、审查程序，承包人与发包人就中标合同的内容协商作了修订和补充的，人民法院可以按照《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》第十六条第一款的规定，以当事人实际履行的合同作为结算工程价款的依据；当事人对发生变化部分的工程价款不能协商一致的，可以按照《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》第十六条第二款的规定，参照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。

**第四条** 有证据证明设计、施工、监理或业主方在设计变更、工程量（价）增加等合同内容变更中有相互串通、弄虚作假情况的，人民法院对虚假部分的内容不予认可，并不得以此作为结算工程价款的依据。

**第五条** 合同中约定了以第三方审价或者审计确定的造价作为付款依据的，人民法院在诉讼中应当促使双方当事人履行合同，委托第三方对工程款结算的情况进行审价或审计，并以第三方确定的造价作为判决支付工程款的依据。

**第六条** 依照《中华人民共和国审计法》第二十二条规定必须接受审计监督的国家建设项目的工程，通过审计查验完成的工程量的，经审计确认的有关工程量的签证记录可以作为反映客观事实的证据，具有证明力，人民法院应当采信，作为双方工程价款结算的依据。

## 56. 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

【发文字号】川高法民一（2015）3号

【生效日期】2015年3月16日

### 一、建设工程施工合同效力的认定

#### 1. 哪些情形下的建设工程施工合同无效？

具有下列情形之一的建设工程施工合同，人民法院应当根据《中华人民共和国合同法》第五十二条第（五）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投标而未招投标或者中标无效的；（四）转包、违法分包建设工程的；（五）法律、行政法规规定的其他情形。

承包人超越资质登记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。

#### 2. 未取得建设审批手续的建设工程施工合同的效力如何认定？

未取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证签订的建设工程施工合同无效。但在审理期间取得建设用地使用权，办理了相应审批手续或者经行政主管部门批准建设且已经竣工验收合格的，应当认定为有效。

建设单位未领取施工许可证的，不影响建设工程施工合同的效力。

#### 3. 如何认定转包？

转包是指建筑施工企业承包工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部工程或者将其承包的全部工程肢解后以分包的名义分别转给其他企业或个人施工的行为。

存在下列情形之一的，一般可以认定为转包：

（一）建筑施工企业未在施工现场设立项目管理机构或未派驻项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人等主要管理人员，不履行管理义务，未对该工程的施工活动进行组织管理的；

（二）建筑施工企业不履行管理义务，只向实际施工企业或个人收取费用，主要建筑材料、构配件及工程设备由实际施工企业或个人采购的；

（三）劳务分包企业承包的范围是建筑施工企业承包全部工程，劳务分包企业计取的是除上缴给建筑施工承包企业管理费之外的全部工程价款的；

（四）建筑施工企业通过采取合作、联营、个人承包等形式或名义，直接或变相将其承包的全部工程转给其他企业或个人施工的；

（五）法律、行政法规规定的其他转包情形。

#### 4. 如何认定违法分包？

违法分包是指建筑施工企业承包工程后违反法律法规规定或者施工合同关于工程分包的约定，把单位工程或分部分项工程分包给其他企业或个人施工的行为。

存在下列情形之一的，一般可以认定为违法分包：

（一）建筑施工企业将工程分包给个人的；

（二）建筑施工企业将工程分包给不具备相应资质的企业的；

（三）施工合同中没有约定，又未经建设单位认可，建筑施工企业将其承包的部分工程交由其他企业施工的；

（四）施工总承包企业将除钢结构工程以外的房屋建筑工程的主体结构的施工分包给其他企业的；

（五）专业分包企业将其承包的专业工程中非劳务作业部分再分包的；

（六）劳务分包企业除计取劳务作业费用外，还计取主要建筑材料款、周转材料款和大中型施工机械设备费用的；

（七）法律、行政法规规定的其他违法分包情形。

#### 5. 如何认定借用资质（挂靠）？

借用资质（挂靠）是指没有建筑施工资质的企业或个人以其他建筑施工企业的名义，资质等级低的建筑施工企业以资质等级高的建筑施工企业名义，没有施工总承包资质的建筑施工企业以具有施工总承包资质的建筑施工企业名义承揽工程的行为，或者有资质的建筑施工企业通过名义上的联营、合作、内部承包等其他违法方式允许他人以本企业的名义承揽工程的行为。

前述所称承揽工程，包括参与投标、订立合同、办理有关施工手续、从事施工等活动。

审判实践中，可以结合下列情形综合认定是否属于借用资质（挂靠）：

（一）借用资质（挂靠）人通常以出借资质（被挂靠）人的名义参与招投标、与发包人签订建筑施工合同，借用资质（挂靠）人与出借资质（被挂靠）人之间没有产权联

系，没有劳动关系，没有财务管理关系的；

（二）借用资质（挂靠）人在施工现场派驻的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人中一人以上与出借资质（被挂靠）人没有订立劳动合同，或没有建立劳动工资或社会养老保险关系的；

（三）借用资质（挂靠）人承揽工程经营方式表现为自筹资金，自行组织施工，自主经营，自负盈亏。出借资质（被挂靠）人只收取管理费（包括为确保管理费收取为目的的出借账户），不参与工程施工、管理，不承担工程技术、质量和经济责任的；

（四）出借资质（被挂靠）人与发包人之间没有实质上工程款收付关系，均是以“委托支付”、“代付”等其他名义进行工程款支付，或者仅是过账转付关系的；

（五）施工合同约定由出借资质（被挂靠）人负责采购主要建筑材料、构配件及工程设备或租赁施工机械设备，实际并非由出借资质（被挂靠）人进行采购、租赁，或者出借资质（被挂靠）人不能提供有关采购、租赁合同及发票等证明，又不能进行合理解释并提供证据证明的；

（六）法律、行政法规规定的其他借用资质（挂靠）情形。

#### 6. 如何认定内部承包？

建筑施工企业将其承包的全部或部分工程交由其下属分支机构或在册的项目经理等本企业职工个人承包施工，建筑施工企业对工程施工过程及质量进行管理，并在资金、技术、设备、人力等方面给予支持的，属于内部承包。

审判实践中，可以结合下列情形综合认定是否属于内部承包：

（一）合同的发包人为建筑施工企业，承包人为建筑施工企业下属分支机构或在册的项目经理等本企业职工，两者之间存在管理与被管理的行政隶属关系的；

（二）发包给个人的，发、承包人之间有合法的劳动关系以及社会保险关系的；

（三）承包人使用建筑施工企业的建筑资质、商标及企业名称等是履行职责行为，在建筑施工企业的管理和监督下进行项目施工，承包人根据承包合同约定向建筑施工企业交纳承包合同保证金的；

（四）施工现场的项目经理或其他现场管理人员接受建筑施工企业的任免，调动和聘用的；

（五）承包人组织项目施工所需的人、财、物及资金，由建筑施工企业予以协调支持的；

（六）承包人在建筑施工企业统一管理和监督下独立核算、自负盈亏，承包人与建

筑施工企业按照承包合同约定对经营利润进行分配的。

内部承包的对外民事权利义务主体为该合同发包人建筑施工企业。

#### 7. 如何认定劳务分包？

劳务分包是指建设工程的总承包人或者专业承包人将其包工程中的劳务作业（包括木工、砌筑、抹灰、石制作、油漆、钢筋、混凝土、脚手架、模板、焊接、水暖、钣金、架线等）发包给具有相应劳务资质的劳务作业承包人完成的行为。

审判实践中，可以结合下列情形综合认定是否属于劳务分包：

（一）劳务作业承包人具有劳务分包企业资质；

（二）分包内容是劳务作业而不是工程本身；

（三）劳务作业承包人一般仅提供劳务作业，施工技术、工程主要材料、大型机械、设备等均由总承包人或者专业承包人负责；

（四）劳务费用一般是通过工日的单价和工日的总数量进行费用结算，不发生主要材料、大型机械、设备等费用的结算，不收取管理费。

#### 8. 如何认定是否属于必须招投标的建设工程？

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《建工司法解释》）第一条第（三）项规定的“必须进行招标”的建设工程的认定应当依据《中华人民共和国招标投标法》第三条、《中华人民共和国招标投标法实施条例》和原国家发展计划委员会《工程建设项目招标范围和规模标准规定》（2000年第3号令）的相关规定予以确定。法律、行政法规有新规定的，适用新规定。

法律、行政法规规定不是必须进行招投标的建设工程，但当事人自愿进行招投标的，应当受《中华人民共和国招标投标法》的约束。

#### 9. 如何认定“黑白合同”实质性内容不一致？

招投标双方在同一工程合同范围和条件下，另行订立的建设工程施工合同变更经过备案的中标合同约定的工程价款、计价方式、工程期限、工程质量标准等内容的，应当认定为《建工司法解释》第二十一条规定的与经过备案的中标合同实质性内容不一致。当事人主张按照该变更后的合同结算工程价款的，不予支持。

中标合同备案后，承包人作出的明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、向建设方捐款、让利等承诺应当认定为变更经过备案的中标合同的实质性内容。发包人主张按照该承诺内容结算工程价款的，不予支持。

建设工程施工合同履行过程中，因设计变更、建设工程规划调整等非双方当事人原

因，且无需重新进行招投标并备案的，当事人通过签订补充协议、会谈纪要等形式对工程价款、计价方式、工程期限、工程质量标准等合同内容进行合理变更或补充的，不应认定为与经过备案的中标合同“实质性内容不一致”，当事人主张以该变更或补充内容结算工程价款的，应予支持。

#### 10. 如何认定当事人约定的保修期限的效力？

建设工程施工合同中约定的正常使用条件下工程的保修期限低于国家和省相关行政主管部门规定的最低期限的，该约定应认定无效。

#### 11. 如何认定小型建筑工程及农民低层住宅施工合同、家庭住宅室内装饰装修合同的效力？

施工人签订合同承建小型建筑工程或两层以下（含两层）农民住宅，或者进行家庭住宅室内装饰装修，当事人仅以施工人缺乏相应资质为由，主张合同无效的，一般不予支持。

前述合同对质量标准有约定的，依照其约定，没有约定的，依照通常标准或符合合同目的的特定标准予以确定。当事人有其他争议的，原则上可以参照本解答的相关内容处理。

### 二、诉讼主体的确定

#### 12. “实际施工人”的范围如何确定？

《建工司法解释》中的“实际施工人”是指转包、违法分包以及借用资质的无效建设工程施工合同的承包人。建设工程经数次转包或分包的，实际施工人应当是实际投入资金、材料和劳力进行工程施工的企业或个人。对于不属于前述范围的当事人依据《建工司法解释》第二十六条第二款规定以发包人为被告主张欠付工程款的，应当不予受理，已经受理的，应当裁定驳回起诉。

建筑工人追索欠付工资或劳务报酬的，按照劳动关系或雇佣关系妥善处理。

#### 13. 实际施工人主张欠付工程款的诉讼主体如何确定？发包人、转包人、违法分包人的责任如何承担？

《建工司法解释》第二十六条中的“发包人”应当理解为建设工程的业主，不应扩大理解为转包人、违法分包人等中间环节的相对发包人。

建设工程因转包、违法分包导致建设工程施工合同无效的，实际施工人以转包人、违法分包人为被告主张权利的，人民法院一般不主动依职权追加发包人作为共同被告参加诉讼。

实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加与实际施工人存在直接合同关系的转包人、违法分包人作为共同被告参加诉讼，发包人在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。

发包人以其未欠付工程价款为由提出抗辩的，应当承担举证责任。

实际施工人可以以发包人、转包人，违法分包人为共同被告主张权利，当事人之间依据相应的合同关系承担法律责任。

建设工程施工合同无效，实际施工人要求未与其建立合同关系的转包人、违法分包人对工程欠款承担支付责任的，不予支持。

#### 14. 如何确定借用资质（挂靠）人主张欠付工程款的诉讼主体及责任承担？

发包人知晓并认可实际施工人借用资质施工，能够认定发包人实际与实际施工人建立建设工程施工合同关系，实际施工人要求发包人直接承担工程价款支付责任的，应予支持。

#### 15. 如何确定建设工程质量争议案件的诉讼主体和责任承担？

承包人经发包人同意将自己承包的部分工程交由第三人完成，因建设工程质量发生争议的，发包人可以以承包人、第三人为共同被告主张权利，承包人和第三人对工程质量向发包人承担连带责任。

承包人转包，违法分包建设工程，因建设工程质量发生争议的，发包人可以以转包人、违法分包人和实际施工人为共同被告主张权利，转包人、违法分包人和实际施工人对工程质量向发包人承担连带责任。

#### 16. 仅以不具有独立法人资格的建筑施工企业分支机构作为被告起诉的案件诉讼主体如何确定？

原告仅以不具有独立法人资格的建筑施工企业分支机构作为被告提起诉讼的，人民法院应当追加建筑施工企业作为共同被告参加诉讼。

### 三、建设工程价款的确定及交付

#### 17. 政府审计部门审计结果能否作为合同结算依据？

政府投资的建设工程施工合同结算纠纷，发包人主张以政府审计部门审计结果作为工程造价结算依据的原则上不予支持，但当事人在合同中有明确约定的除外。

当事人在合同中明确约定工程价款以政府审计部门审付结果作为结算依据，并约定了审计时间，在合同约定的审计时间内非因承包人原因未作出审计结论，或虽未约定审计时间，经承包人催告，发包人未在合理期限内送交政府审计部门审计的，承包人主张

按照双方签章确认的送审结算价结算工程价款的，可予支持。

政府审计部门审计结论明确部分项目已经超出政府投资项目，但合同明确约定属于施工内容的，承包人主张支付工程价款的，应予支持。

#### 18. 承包人要求按照竣工结算文件结算工程价款如何处理？

当事人在建设工程施工合同专用条款或另行签订的协议中明确约定发包人应在收到承包人提交竣工结算文件后一定期限内予以答复，且逾期未答复则视为认可竣工结算文件的，承包人依据《建工司法解释》第二十条的规定请求按照竣工结算文件结算工程价款的，应予支持。没有明确约定逾期未答复则视为认可竣工结算文件的，承包人请求按照竣工结算文件确定工程价款的，不予支持。

当事人在建设工程施工合同专用条款中未明确约定发包人应在收到承包人提交竣工结算文件后一定期限内予以答复，也未另行签订协议约定，承包人仅以原建设部《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第十六条的规定，或者《建设工程施工合同（示范文本）》通用条款约定为依据，诉请依照《建工司法解释》第二十条的规定按照竣工结算文件结算工程价款的，不予支持。

当事人在建设工程施工合同专用条款或另行签订的协议中明确约定发包人应在承包人提交竣工结算文件后未答复则视为认可竣工结算文件，但未约定答复期限，经承包人催告后，发包人仍不予答复的，人民法院可根据实际情况确定合理的答复期限，但答复期限不应超过 60 日。

#### 19. 被确认无效的建设工程施工合同工程价款如何确定？

建设工程施工合同被确认无效，但工程经竣工验收合格，当事人依据《建工司法解释》第二条的规定要求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。

实际施工人以转包或违法分包合同无效，主张按照转包人或违法分包人与发包人之间的合同作为结算依据的，不予支持。但实际施工人与转包人或违法分包人另有约定的除外。

#### 20. 当事人就同一建设工程订立的数份施工合同均被认定无效的，如何结算工程价款？

当事人就同一建设工程订立的数份施工合同均被认定无效，但工程经竣工验收合格，当事人请求按照合同约定结算工程款，应当参照当事人实际履行的合同结算工程价款。不能确定实际履行合同的，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。

21. 存在“黑白合同”的建设工程，如何结算工程价款？

法律，行政法规规定必须进行招标的建设工程，或者未规定必须进行招标的建设工程，但依法经过招标投标程序并进行了备案，当事人实际履行的施工合同与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依据。

不是法律，行政法规规定必须进行招标的建设工程，且未进行实质意义的招投标，当事人均明确表示签订的中标合同仅用于当地建设行政主管部门备案，备案的合同与实际履行的合同实质性内容不一致的，应以反映当事人真实意思表示的实际履行的合同结算工程价款。

备案的中标合同与当事人实际履行的建设工程施工合同均因违反法律，行政法规的强制性规定被认定为无效的，应参照当事人实际履行的合同结算工程价款。

22. 当事人诉前达成的结算协议如何处理？

当事人在诉讼前已就工程价款的结算达成协议，一方在诉讼中要求重新结算的，不予支持，但结算协议被人民法院或仲裁机构认定为无效或撤销的除外。

23. 约定工程价款实际固定总价结算的施工合同出现因设计变更导致工程量或者质量标准发生变化的如何结算工程价款？

当事人约定按照固定总价结算工程价款，应当严格按照合同约定的工程价款执行，一方当事人请求对工程造价进行鉴定并依据鉴定结论结算的，不予支持。

建设工程因设计变更导致工程量或质量标准发生变化，当事人要求对工程价款予以调整的，如果合同对工程价款调整有约定的，依照其约定；没有约定或约定不明的，应当由当事人协商解决，不能协商一致的，可以就变更部分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。

主张工程价款调整的当事人应当对合同约定施工的具体范围、实际工程量增减的原因、数量等事实承担举证责任。

24. 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？

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。

因一方当事人原因致使工期或建筑材料供应时间延误导致的建材价格变化风险由该方当事人承担，该方当事人要求调整工程价款的，不予支持。

25. 约定工程价款实行固定总价结算的施工合同在未全部完成施工即终止履行的工程价款如何结算？

约定工程价款实行固定总价结算的建设工程施工合同在未全部完成施工即终止履行，承包人已施工的工程质量合格，承包人要求发包人支付工程价款的，由双方协商确定已施工的工程价款，协商不成的，由鉴定机构根据工程设计图纸，施工图纸，施工签证，交接记录等资料以及现场勘驻结果对已完成工程量占合同工程量比例计算系数，再用合同约定的固定价款乘以该系数确定发包人应付的工程价款。

当事人就已施工的工程量存在争议的，应当根据双方在撤场交接时签订的会议纪要，交接记录以及监理材料，后续施工资料等文件予以确定；不能确定的，应根据承包人撤场时未能办理交接及工程未能完工的原因等因素合理分配举证责任。

26. 如何认定当事人的工作人员签证确认行为的效力？

当事人的法定代表人以及经合同约定或当事人授权的工作人员对工程量和价款等的签证确认行为对当事人具有约束力。虽没有合同约定或当事人授权，当事人工作人员的签证确认属于履行职务行为，或者当事人事后追认，或者当事人虽不予追认，相对方有理由相信该签证确认人员有代理权的签证确认行为，对当事人具有约束力。

27. 如何认定承包项目经理在合同履行中所实施的与项目建设有关行为的效力？

合同履行过程中，承包人项目经理以承包人名义在结算报告和签证文件上签字确认、加盖项目部印章，收取工程款、接收发包人供材等行为，一般应当认定为履行职务行为，对承包人具有约束力，但双方另有约定或承包人有证据证明相对人知道或应当知道项目经理没有代理权的除外。

28. 如何认定工程监理人员在签证文件上签字确认行为的效力？

工程监理人员依据监理合同的约定以及监理规范实施的签字确认行为，对发包人具有约束力。超越监理合同约定以及监理规范实施的签字确认行为，除承包人有理由相信工程监理人员的签字确认行为未超越其监理合同的约定以及监理规范的以外，对发包人不具有约束力。

29. 欠付工程价款的利息如何确定？

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，但不得超过中国人民银行公布的同期同类贷款利率的4倍；没有约定的，按照中国人民银行发布的同期同

类贷款利率计算，发包人以承包人未开具发票，未移交工程竣工工资资料为由拒付工程价款的，不予支持。但建设工程施工合同另有约定的除外。

### 30. 对转包，违法分包，借用资质非法所得如何处理？

承包人转包、违法分包建设工程或者没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的建设工程施工合同被认定无效后，人民法院可以根据《中华人民共和国民法通则》第一百三十四条的规定，对承包人转包、违法分包建设工程已经取得的非法所得、出借资质的建筑施工企业因出借行为已经取得的非法所得，实际施工人因建设工程已经取得的非法所得予以收缴。

### 31. 如何处理发包人提出的工程质量问题？

承包人诉请支付工程价款，发包人主张工程质量不符合合同约定或者国家强制性质量规范标准，要求减少工程价款的，按抗辩主张处理；发包人要求承包人赔偿损失的，应以反诉的方式提出或另行起诉。

建设工程已经竣工验收合格或虽未竣工验收，但发包人已实际使用，如工程质量问题属于承包人施工原因导致的地基基础工程或工程主体结构质量问题，发包人要求拒付或延期支付工程价款的，应予支持；如发包人提出的工程质量问题属于保修范围，发包人要求拒付或减付工程款的，不予支持。

工程尚未进行竣工验收且未交付使用，发包人以工程质量不符合合同约定或者国家强制性质量规范标准为由要求拒付或减付工程款，经查证属实的，应予支持；发包人要求承包人支付违约金或者赔偿修理、返工或改建的合理费用等损失的，应以反诉的方式提出或另行起诉。

因承包人原因致使工程质量不符合合同约定，发包人要求承包人承担保修责任或者赔偿修复费用等实际损失的，按保修的相关规定处理。承包人拒绝修复、在合理期限内不能修复或者发包人有正当理由拒绝承包人修复，发包人另行委托他人修复后要求承包人承担合理修复费用的，应予支持。发包人未通知承包人或无正当理由拒绝由承包人修复而另请他人修复的，所发生的修复费用由发包人自行承担。

## 四、工程造价鉴定

### 32. 当事人在诉前、诉中自行委托鉴定的效力如何认定？

当事人诉前或诉中自行共同选定具有相应工程造价鉴定资质的鉴定机构对建设工程进行造价鉴定并出具了鉴定意见，一方当事人要求重新进行鉴定的，不予支持。但有证据证明该鉴定意见具有最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条第

一款规定的情形除外。

当事人诉前或诉中单方选定具有相应工程造价鉴定资质的鉴定机构对建设工程进行造价鉴定并出具了鉴定意见，一方当事人有证据证明该鉴定意见具有最高人民法院“关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条第一款规定的情形，该鉴定意见不予采信。

### 33. 如何把握工程造价鉴定的启动原则？

当事人对工程价款存在争议，既未达成结算协议，也无法采取其他方式确定工程价款的，人民法院可以根据当事人的申请，委托有司法鉴定资质的工程造价鉴定机构对工程造价进行鉴定；当事人双方均不申请鉴定的，人民法院应当予以释明，经释明后对工程造价负有举证责任的当事人在人民法院指定的期限内无正当理由仍不申请鉴定，致使工程造价无法认定的，应当对工程造价承担举证不能的不利后果。为了查明案件事实，人民法院也可以根据案件情况，依职权启动司法鉴定程序。当事人应依照人民法院的要求提交鉴定资料、预交鉴定费用、选定鉴定机构，否则，承担相应的不利后果。

申请工程造价鉴定方在人民法院指定的期限内不预交鉴定费用，或者在人民法院指定的缴纳期限内申请延期、分期缴纳鉴定费用未获准许后仍不缴纳的，视为放弃鉴定申请。申请鉴定人对其该行为导致工程造价不能通过鉴定确认的不利后果承担责任。

鉴定过程中，一方当事人无正当理由在规定期限内不提交鉴定相关资料或拒不配合，经人民法院释明不利后果后仍拒绝提交或拒不配合的，应承担举证不能的不利后果。

### 34. 当事人在一审中未申请鉴定，二审中申请鉴定应否准许？

对相应事实负有举证责任的当事人在一审诉讼中未就该事实申请鉴定，导致该事实不清，二审诉讼中申请鉴定的，人民法院根据案件审理情况认为需要鉴定的，可予准许。但在一审法院告知后，该负有举证责任的当事人在人民法院指定的期限内无正当理由拒不申请鉴定或者在一审法院决定委托鉴定后拒不预交鉴定费用的除外。

当事人已在一审诉讼中对相应事实进行了鉴定，二审诉讼中申请重新鉴定不予准许，但确有证据证明鉴定意见具有最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条第一款规定情形的除外。

原判决认定基本事实不清或者认定的基本事实缺乏依据，二审法院经审理认为案件基本事实需要通过司法鉴定进行查明的，可以发回一审法院重审，由一审法院委托鉴定查明案件事实。

### 35. 对当事人提交的鉴定资料应当如何处理？

对当事人提交的鉴定资料，人民法院应在移交鉴定机构进行司法鉴定之前，先行组

织质证，对鉴定资料的真实性、合法性、关联性进行审核认定，并将经过认证的鉴定资料移送鉴定机构。对当事人争议大、人民法院尚需结合其他证据和事实作出认证的鉴定资料，人民法院应向鉴定机构作出说明，并要求鉴定机构就该证据可信与不可信的情形分别作出鉴定意见，供人民法院审核认定。人民法院不得将鉴定资料的质证和审核认定工作交由鉴定机构完成。

36. 对受人民法院委托鉴定的鉴定机构作出的鉴定意见如何进行审核认定？

受人民法院委托鉴定的鉴定机构的鉴定意见作出后，人民法院应当组织双方当事人对鉴定意见进行质证。当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定机构应当委派鉴定人出庭作证。当事人对鉴定意见提出异议的，鉴定人应当针对异议问题进行回复。人民法院经审查认为当事人提出的异议成立的，应当告知鉴定机构补充鉴定或予以调整，异议不成立的，对该鉴定意见予以采信。经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为认定事实的根据。

## 五、建设工程价款的优先受偿

37. 如何确定享有优先受偿权的主体？

建设工程施工合同有效，发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款，发包人逾期不支付的，承包人可以向人民法院提起诉讼，并有权依据《中华人民共和国合同法》第二百八十六条之规定，要求建设工程的价款就该承建的建设工程施工折价或拍卖的价款优先受偿。

建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，或者未经竣工验收但已经实际使用，实际施工人请求其工程价款就承建的建设工程施工折价或拍卖的价款优先受偿的，应予支持。

装饰装修工程属于建设工程，可以适用《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定，但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人或者承包人与该建筑物的所有权人之间没有合同关系的除外。享有优先受偿权的承包人只能在建筑物因装饰装修而增加价值的范围内优先受偿。

38. 如何界定优先受偿权的范围？

建设工程经验收合格，工程的直接成本、间接成本、利润和税金属于优先受偿范围。

承包人、实际施工人支付的履约保证金、工程质量保证金、发包人应当支付的违约金等不属于优先受偿范围。

承包人、实际施工人请求确认对建设工程占用范围内的土地使用权享有优先受偿权

的，不予支持。

39. 承包人、实际施工人不享有优先受偿权的情形有哪些？

具有下列情形之一，承包人、实际施工人请求工程价款就承建的建设工程折价或拍卖的价款优先受偿的，不予支持：

（一）经竣工验收不合格的工程；

（二）建设工程属于为公益目的建设的教育设施、医疗设施及其他社会公益设施；

（三）建设工程属于国家机关已投入使用的办公用房或者军事建筑；

（四）建设工程属于设备安装等附属工程；

（五）消费者购买承包人承建的商品房，并已经办理商品房产权变更或预告登记，或者消费者已交付购买商品房的全部或者大部分款项的。

## 九、重庆地区法院

### 57. 重庆市高级人民法院关于对最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》应如何理解的意见

【发文字号】 渝高法[2003]48 号

【生效日期】 2003 年 3 月 24 日

重庆市第一中级人民法院：

你院关于审理购房消费者办理土地使用权证、房屋产权证历史遗留问题有关案件的情况汇报收悉，案件中大量出现购房消费者与抵押权人利益冲突的情况，即同一房屋既存在消费者获得房屋的请求权又存在抵押权人的优先受偿权。因对最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（法释（2002）16 号）的理解不一致，出现了不同意见。经我院审判委员会研究认为，从该批复第一条、第二条的文意理解，应按购房消费者、承包人、抵押权人的顺序享有优先权，故购房消费者与抵押权人利益出现冲突时，人民法院应优先保护购房消费者的利益。

人民法院在审理和执行购房消费者办理土地使用权、房屋产权证历史遗留问题的案件，优先保护购房消费者的利益时，应注意把握以下几个条件。首先，购房消费者中消费者的含义应与《消费者权益保护法》中的“消费者”含义相同，即购房者购房是为生活消费需要而不是为经营需要。其次，购房消费者已交付全部或大部分购房款（超过 50%），且能支付尾款。第三，购房消费者在购买商品房的过程中无恶意损害抵押权人利益的行为。

以上意见在执行中出现什么新情况新问题，请及时报告我院。

重庆市高级人民法院

二〇〇三年三月二十四日

## 58. 重庆市高级人民法院印发《关于审理和执行涉及“四久工程”纠纷案件若干问题的意见》的通知

【发文字号】 渝高法[2003]179 号

【生效日期】 2003 年 9 月 10 日

全市各中、基层人民法院，本院各部门：

重庆市高级人民法院《关于审理和执行涉及“四久工程”纠纷案件若干问题的意见》已经本院审判委员会讨论通过，现印发给你们，请遵照执行。执行中有何问题，请及时报告我院研究室。

重庆市高级人民法院

二〇〇三年九月十日

为了保证重庆市久划不拆、久拆不完、久拆不建、久建不完工程（以下简称“四久工程”）处置工作的顺利进行，依法保护公民、法人和其他组织的合法权益，促进经济发展，维护社会稳定，依据我国《民事诉讼法》、《民法通则》、《合同法》、《城市房地产管理法》及其他相关规定，结合“四久工程”处置工作的实际，对我市法院审理和执行涉及“四久工程”纠纷案件提出如下意见：

一、“四久工程”案件范围 涉及“四久工程”纠纷案件（以下简称“四久工程”案件），是指当事人争议的法律关系的标的为“四久工程”的土地使用权及其附着物 and 与之相关联的案件。即与“四久工程”相关的国有土地使用权转让、抵押合同纠纷案件，拆迁补偿安置合同纠纷案件，借款合同纠纷案件，房屋买卖、抵押合同纠纷案件，建设工程勘测、设计、施工、安装、装饰合同纠纷案件及其他与“四久工程”相关的案件。“四久工程”业主和其他当事人之间所争议的法律关系的标的与“四久工程”无关的，不属本意见所称的“四久工程”案件。

二、基本原则“四久工程”案件的审理与执行，应坚持快速高效、整体处置、沟通协调的原则。

三、快速高效人民法院应依法及时受理、快速审理和执行“四久工程”案件，加大对这类案件的司法处置力度。

四、整体处置为实现“四久工程”标的物的整体价值，有利于项目转让，对“四久工程”案件原则上不搞个案实物分割，由一家法院执行，统一拍卖，统一清偿。

五、沟通协调审理和执行“四久工程”案件的人民法院应定期或不定期向上级人民法院汇报情况，对在审理和执行中出现的重大疑难或突发事件，应及时报告。

“四久工程”案件的政策性强，审理和执行此类案件的人民法院应加强与政府及相关职能部门的沟通，争取支持配合。“四久工程”案件的法律关系复杂，矛盾比较集中，当事人债权兑现的难度较大，审理和执行此类案件的人民法院应注意争取各有关案件当事人的理解配合。

六、程序启动人民法院根据“四久工程”处置责任单位关于整体处置的请求，启动对“四久工程”案件的整体处置程序。

七、案前调查与起诉动员人民法院在立案前应向政府有关职能部门调查“四久工程”土地使用权转让和抵押、房屋拆迁安置补偿、房屋买卖和抵押、工程施工等情况，并会同“四久工程”处置责任单位及相关职能部门，告知涉及该工程的被拆迁安置人、购房人、抵押权人、建设工程承包人以及其他债权人，特别是对该工程享有优先受偿权的债权人，向人民法院起诉。

八、统一受理“四久工程”案件原则上由“四久工程”所在地的基层人民法院统一受理。有重大、疑难案件的，由中级或高级人民法院统一受理。人民法院之间因“四久工程”案件的管辖发生争议的，应报请共同上一级人民法院解决。

九、合并审理对诉讼标的为同一种类的“四久工程”案件，人民法院可以分别立案，合并审理，分案判决。

十、财产保全审理“四久工程”案件的人民法院应注重对此类案件的财产保全，根据当事人的申请，及时采取保全措施。在审理“四久工程”案件中，如发现“四久工程”业主对其他民事主体享有到期债权的，可以告知当事人依法向人民法院申请财产保全。

十一、查封处理人民法院依法查封的“四久工程”，在不转移产权的前提下，应当允许其业主继续施工建设。对依法查封的“四久工程”，被告提供其他相应财产担保的，应当解除查封。经审理或审结后，发现非必要的或超值的查封，人民法院应当及时解除查封或调整查封范围。外地法院已经对同一标的采取查封措施的，应注意协调，不得重复和多头查封。

十二、协助措施人民政府及其职能部门需要依法收回、拆除已被人民法院查封的“四久工程”用地、建筑物，函请人民法院解除查封的，人民法院可以予以解除，但应采取

相应措施切实维护当事人的合法权益。

十三、审理期限“四久工程”案件应在审限内抓紧审结。不能按期审结的，应依法办理延长审限手续。市高级人民法院应对不能按期审结的案件进行专项检查，加强指导，督促依法及时处理。

十四、金钱给付判决对“四久工程”案件，一般应作给付金钱的判决，如果当事人在诉讼请求中要求按照合同实际交付房屋的，人民法院应当行使释明权，告知其实际履行在案件执行中的事实和法律障碍。当事人变更诉讼请求，要求返还购房款、支付违约金、赔偿损失的，人民法院依法予以主张。当事人不变更诉讼请求，坚持要求按照合同实际交付房屋，人民法院可在判决中明确交付不能的，返还购房款、支付违约金或赔偿损失。

十五、统一执行“四久工程”案件原则上由“四久工程”所在地的基层人民法院统一执行。有重大、疑难案件的，由中级或高级人民法院统一执行。人民法院受理后，依法告知涉及该工程的其他已生效法律文书的被拆迁安置人、购房人、抵押权人、建设工程承包人等向人民法院申请执行。

人民法院之间因“四久工程”案件的执行发生争议的，应报请共同上一级人民法院解决。

十六、执行准备人民法院应根据生效法律文书进行债权登记，编制“四久工程”债权债务情况表，对各种债权进行分类，告知债权人“四久工程”债权债务情况，征求人民政府及相关职能部门对处置“四久工程”的意见，制定统一的执行方案。

十七、执行方式“四久工程”的变现采取拍卖或其他方式的，人民法院应依法委托具有评估资质的评估机构进行评估，在依法评估的基础上与政府相关职能部门充分协商确定底价。拍卖单位可以由债权人和债务人协商选定，也可以由人民法院依法确定。

十八、已执案件的处理为了实现“四久工程”的整体处置，对已经由人民法院裁定以物抵债的房屋，经当事人申请，人民法院应将其纳入统一执行。其受偿金额按照司法评估机构确认的以物抵债的房屋在整个“四久工程”中的价值比例计算。在该房屋没有其他优先受偿权的情况下，其受偿顺序为第一顺序。

十九、多头查封的处理多家法院对同一标的采取查封措施，致使该标的难以处分的，应协商解决。协商不成的，报请共同上一级人民法院解决。

二十、优先受偿权标的在债权人不能就债权受偿数额、顺序等事项达成协议的情况下，由于房屋建筑可区分所有，各优先受偿权人在优先受偿权范围内对其优先受偿权指

向的标的享有优先受偿的权利，不搞不加区分针对整个工程变现价款排序受偿。通过拍卖或其他方式变现“四久工程”的，应通过司法评估确认优先受偿权指向的标的在整个“四久工程”中的价值比例，优先受偿权人对该比例的价款享有优先受偿的权利。

二十一、受偿顺序同一标的上设有多个债权的，按以下顺序依法清偿：

- （一）“四久工程”被拆迁安置人债权；
- （二）已交纳全部或大部分购房款并用于居住的购房消费者债权；
- （三）享有优先受偿权的建设工程款；
- （四）设定抵押的债权；
- （五）普通债权。

在同一顺序债权不能完全受偿的情况下：本条（一）、（三）、（五）项按照债权的比例受偿。（二）项中部分登记的，由已登记的优先受偿；全部登记的，登记在前的优先受偿；均未登记的，按照债权的比例受偿。（四）项应按登记的先后顺序受偿。

未完全受偿或未受偿的执行申请人，对未受偿的债权可以继续依法向原“四久工程”业主主张权利。

二十二、执行异议案外人对人民法院的执行提出异议的，人民法院应当另行组成合议庭，及时举行听证。对公证机关赋予强制执行力的建设工程承包人工程款债权文书，其他债权人提出异议，认为对欠款性质认定损害其他债权人利益的，人民法院应另行组成合议庭听证，认为异议成立的，告知另行起诉或经当事人同意将欠款视为普通债权。当事人另行起诉的，人民法院应暂停涉诉部分标的物对应款项的发放。

二十三、未起诉、未裁决和已裁决未申请执行案件的处理对享有优先受偿权但未起诉的债权人、正在审理中的“四久工程”案件优先受偿债权人、裁判已生效但未申请执行的优先受偿债权人的优先受偿相应款项，人民法院应保存在指定的帐户上。

二十四、诉讼费的收取“四久工程”案件的当事人交纳诉讼费确有困难的，人民法院可暂缓收取，作挂帐处理，待案件执行兑现后从“四久工程”标的变现所得款项中收取。

二十五、“四久工程”范围本意见所指“四久工程”的范围，按照重庆市建设委员会、重庆市国土资源和房屋管理局确认的“四久工程”名单确定。

二十六、适用范围本意见只适用于人民法院审理和执行“四久工程”案件。

二十七、解释本意见由重庆市高级人民法院审判委员会负责解释。

二十八、实施时间本意见自公布之日起实施。

## 59. 重庆市高级人民法院关于当前民事审判若干法律问题的指导意见（节选）

【发布单位】 重庆市高院

【生效日期】 2007 年 11 月 22 日

为提高民事审判案件质量，统一法律适用，确保司法公正，根据相关法律和最高人民法院的有关规定，结合全市法院工作实际，就当前民事审判中的法律适用问题提出如下意见：

.....

### 二、关于建设工程施工合同纠纷案件的处理

10. 施工许可证对合同效力的影响。有关施工许可证的规范属于管理性规范，不是影响合同效力性的规范，是否取得施工许可证不影响合同的效力。

11. 建设工程造价鉴定。合同对工程价款没有约定或者约定不明，工程竣工后，当事人双方不能达成结算协议，也无法采取其他结算方式结算工程款的情形，可以委托工程造价鉴定部门对工程款的数额予以审定。审判实践中，还应注意以下问题：建设工程的造价或者工程款的数额不通过鉴定可以确定的，不作鉴定；能不全部鉴定的，则不进行全部鉴定；必须通过鉴定才能确定工程价款的，要尽可能减少鉴定次数；能不重新鉴定的，则不重新鉴定；能通过补充鉴定修正鉴定结论的，则可以补充鉴定。在一审诉讼中已经委托鉴定的，如果鉴定机构或者鉴定人具有相应的资格，鉴定程序合法，且经过一审庭审质证，当事人在二审诉讼中请求重新鉴定的，原则上不予支持。一审诉讼中未对工程款进行鉴定，二审诉讼中经询问当事人同意在二审中鉴定的，可以不发回重审，由二审法院委托鉴定机构对当事人争议的工程款予以鉴定。

12. “黑白合同”及备案合同。经过招标投标的项目，发包人与承包人签订两份合同的（即所谓“黑白合同”），在双方因工程款结算发生纠纷时，应以中标合同即“白合同”作为结算工程款的依据。

不是必须招投标的项目，实际也未经过招投标程序，发包方直接与承包方签订建设工程施工合同，并按照建设行政主管部门的规定，将施工合同在相关行政管理部门予以登记备案，但由于种种原因，登记备案的合同与发包方和承包方在先签订的施工合同在价款、质量和工期等方面存在较大差异的，应当探究当事人的真实意思和合同的实际履行情况，确定一份合同作为结算依据，登记备案的合同并不必然作为双方的结算依据。

如果当事人在登记备案合同中减少工程款额的目的仅是为了降低其缴费基数，则应认定以另一份合同作为双方的结算依据。

13. 诉讼时效。承包人起诉请求发包人支付工程款，发包人以承包人主张权利已超过诉讼时效作为抗辩事由的，要注意保护承包人的合法权益。对于双方未就工程款决算达成一致，或者工程款数额未确定，或者承包人提出结算书后发包人不及时审核和签字，发包人以超过诉讼时效为由拒付工程款的，不予支持。

14. 挂靠施工的结算。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》第二十六条的规定，实际施工人可以直接起诉发包人，请求发包人在拖欠工程款的范围内承担清偿工程款的责任，并追加承包人、转包人或者违法分包人为共同被告或者第三人。此种保护实际施工人的规定在实践中不应过于泛化。如实际施工人未向发包人主张权利，被挂靠的施工企业基于合同关系向发包人请求支付工程款，发包人以施工企业不是实际施工人为由提出抗辩并拒绝支付工程款的，人民法院不必然追加实际施工人为第三人，但应将诉讼情况通知实际施工人；发包人要求扣除其向实际施工人的已付款，经审查确已支付且付款正当的，可以支持。

15. 固定价合同的结算。建设工程合同中当事人约定按固定价结算，或者总价包干，或者单价包干的，承包人按照合同约定范围完工后，应当严格按照合同约定的固定价结算工程款。如果承包人中途退出，工程未完工，承包人主张按定额计算工程款，而发包人要求按定额计算工程款后比照包干价下浮一定比例的，应予支持。

## 60. 重庆市高级人民法院民一庭关于当前民事审判疑难问题的解答（节选）

【发布日期】2014年4月3日

.....

### 二、建设工程施工合同纠纷

7. 不具备劳动关系的建筑企业与自然人之间签订的工程承包合同能否认定为内部承包合同？

**答：**建筑企业与自然人不具备劳动关系，双方签订的工程承包合同不能认定为内部承包合同。建筑企业与自然人是否存在劳动关系，应当根据劳动关系的构成要件进行判断。

8. 建设工程施工合同无效，发包人请求承包人承担延期完工损失的，如何处理？

**答：**建设工程施工合同无效时，合同中关于工期的约定条款对当事人仍然具有约束力，人民法院可以据此判断工期是否延误。合同中对于工期延误损失有约定的，无论是约定违约金、损失计算方法以及其他约定，因合同被认定无效，故上述约定不能作为认定损失的依据。合同被认定无效后，工期延误损失应当是因承包人延期完工给发包人造成的实际损失，可根据双方当事人的过错予以赔偿。对于实际损失的存在及金额，发包人应当承担举证责任。

9. 发包人与承包人已经办理结算的，“欠付工程价款范围”的举证责任如何分配？尚未办理结算的，如何处理？

**答：**《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》（法释[2004]14号）第二十六条第二款规定：“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”。在实际施工人诉请发包人在“欠付工程价款范围”内承担责任时，对“欠付工程价款范围”的举证责任法律没有具体规定。人民法院应当按照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（法释〔2001〕33号）第七条的规定处理，即根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。

如果发包人和承包人之间已经结算，实际施工人应当举证证明各方当事人之间的法律关系、合同实际履行的情况、实际施工人未得到清偿的事实。发包人未以未欠付工程价款为由抗辩的，则应举证相应的结算、付款依据。实际施工人对发包人未欠付工程价款

或者欠付工程价款数额存有异议，应对己方主张的欠付工程价款数额承担举证责任。

如果发包人与承包人之间就讼争工程尚未结算，则应驳回实际施工人针对发包人的诉讼请求。发包人自认欠付工程价款的，应当在自认欠付工程价款范围内承担责任。

10. 实际施工人向与其没有合同关系的发包人、承包人、转包人、分包人主张欠付工程价款的，如何处理？

**答：**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》（法释〔2004〕14号）第二十六条以及《2011年全国民事审判工作会议纪要》精神，在审理建设工程施工合同纠纷案件时，对于实际施工人向与其没有合同关系的发包人、承包人、转包人、分包人提起的诉讼，应当从严审查。实际施工人可以请求发包人在欠付工程价款范围内承担责任。除此之外，实际施工人向与其不具有合同关系的承包人、转包人、分包人主张欠付工程价款的，不予支持。

11. 必须进行招标的建设工程如何认定？

**答：**《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》（法释〔2004〕14号）第一条规定：“建设工程施工合同具有下列情形之一的，根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定为无效：…（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的”。审查建设工程是否属于必须进行招标的项目，应根据招标投标法、工程建设项目招标范围和规模标准规定，并参照《重庆市房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》（渝建发〔2009〕42号）、《重庆市工程建设项目招标范围及规模标准规定》（渝办发〔2010〕12号）等进行判定。根据前述规定并非必须进行招标的建设工程，重庆市建设行政主管部门也不进行招标审查的，建设工程发包时未进行招标不影响合同的效力。

12. 当事人主张以国家审计机关的审计结果作为结算依据的，如何处理？

**答：**国家审计机关的审计是国家审计机关对合同预算、结算结果等内容所实施的行政监督行为，不能当然作为结算依据。当事人主张以国家审计机关的审计结果作为结算依据的，应当举证建设工程施工合同中的明确约定，否则不予支持。当事人在合同中仅约定“以业主审计为准”等内容的，不能认定为当事人约定了以国家审计机关的审计结果作为结算依据。

13. 发包人与承包人在合同中约定以第三方审核作为工程款结算依据，一方又以该审核系单方委托或审核结果有误为由提出异议，如何处理？

**答：**第三方审核是由除国家审计机关以外的第三方工程造价咨询机构确定工程造价

的行为。如果当事人在合同中明确约定以第三方审核结果作为结算依据，因审核具有结算的功能，对合同各方权利义务影响重大，故应由合同各方共同选定的第三方进行审核，否则一方要求重新审核。实践中，如果合同一方单方委托第三方审核，但是另一方有以下行为的，可以认定为共同选定：明确表示同意；积极提供审核所需相关资料，配合第三方审核；在审核报告上签字认可。第三方作出的审核报告系合同各方结算的证据，当事人提出异议的，人民法院应当依据合同的约定及实际施工的情况对审核报告进行审查。

14. 实际施工人以承包人名义向发包人报送工程结算资料，实际施工人、承包人在该结算资料上签字或者盖章的行为，能否认定为承包人与实际施工人的结算行为？

**答：**发包人与承包人之间的合同关系与承包人与实际施工人的合同关系是两个不同的法律关系。实际施工人以承包人名义向发包方报送工程结算资料，表明结算的双方是发包人和承包人。承包人和实际施工人在结算资料上签字或者盖章，该行为不能认定为实际施工人与承包人之间的结算行为，也不能认定为实际施工人与发包人之间的结算行为，仅表明承包人是资料的报送方。承包人与实际施工人应当按照合同约定或实际施工情况另行依法结算。

15. 实际施工人是否享有建设工程价款优先受偿权？

**答：**我国《合同法》第二百八十六条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”该条赋予承包人享有建设工程价款优先受偿权的立法目的旨在解决工程款的拖欠问题，保障包括广大农民工在内的建筑工人的基本生活需要。但是，现实生活中，承包人非法转包和违法分包的情形较为普遍，承包人往往并不实际施工，拖欠的工程款通常是实际施工人的。如果承包人怠于行使权利，则实际施工人的利益无法得到保护。因此，在与发包人具有直接合同关系的承包人没有起诉发包人的情况下，实际施工人诉请发包人在欠付工程款范围内支付工程价款并依照我国《合同法》第二百八十六条主张建设工程价款优先受偿权的，应当予以支持。

16. 建设工程施工合同无效，建设工程经竣工验收合格，发包人主张参照合同约定支付工程价款的，能否支持？

**答：**《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

释[2004]14号)第二条规定:“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。”该种处理方式以建设工程竣工验收合格为前提,不仅有利于保障工程质量,而且有利于案件审理和平衡当事人之间的利益。同时该处理方式还是工程款计算的定型化规定,即无论承包人的实际损失有多大,承包人均无须举证,承包人因合同无效而获得的信赖利益损失的上限即为按照合同约定计算的工程款。基于诚实信用原则以及权利义务的对等性要求,当建设工程施工合同无效但建设工程经竣工验收合格时,发包人主张参照合同约定支付工程价款的,应当予以支持。

17. 如何认定承包人在规定期间内行使了建设工程价款优先受偿权?

**答:**《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(法释[2002]16号)第四条规定:“建设工程承包人行使优先权的期限为六个月,自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。”因此,建设工程价款优先受偿权,必须自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起六个月内行使。否则,承包人将丧失该项权利。承包人在上述“六个月内”行使建设工程价款优先受偿权,并不以向人民法院提起诉讼为限。在该期限内,承包人向发包人提出请求或者发包人向承包人承认其享有建设工程价款优先受偿权,也应当认定承包人行使了该项权利。但是,无论以何种方式行使建设工程价款优先受偿权,均须具有明确的请求或者承认优先受偿的意思表示。

18. 建设工程施工合同中存在多重合同关系时,各合同之间的效力是否具有关联性?

**答:**建设工程施工合同纠纷案件中可能存在多重合同关系,包括发包人与承包人、承包人与分包人、转包人与转承包人等主体之间的合同关系。每个合同均有各自不同的主体、权利义务关系,影响每个合同效力的因素也各不相同。根据合同相对性原则,每个合同的效力是各自独立的。前一合同无效并不必然导致后一合同无效,前一合同有效也并不必然引起后一合同有效,人民法院应当根据合同的有效要件分别进行审查。

19. 发包人未经承包人同意将工程价款直接支付给第三人,并主张抵扣承包人工程价款的,如何处理?

**答:**根据合同相对性原则,发包人与承包人之间签订的合同对双方具有拘束力,合同效力一般不能及于第三人。发包人未经承包人同意将工程价款直接支付给第三人,并主张抵扣承包人的工程价款的,人民法院不予支持。但是,有下列情形之一的除外:(1)

发包人、承包人之间另有约定的；（2）人民法院、仲裁委员会的生效判决书、裁决书判令发包人向第三人支付工程价款的；（3）第三人是承包人任命或承认的讼争工程项目负责人或者项目经理；（4）承包人欠付民工工资、材料款等，进而发生严重阻工等群体性事件，经政府主管部门协调并决定由发包人直接支付的。

.....

## 61. 重庆市高级人民法院关于建设工程造价鉴定若干问题的解答

【发布单位】重庆市高级人民法院

【发布文号】渝高法[2016]260号

【生效日期】2016年11月9号

### 一、鉴定程序的启动

#### 1. 当事人在何种情形下可以申请通过鉴定方式确定建设工程造价？

具有下列情形之一，当事人申请进行建设工程造价鉴定，人民法院经审查认为根据当事人举示的证据不能自行确定建设工程造价的，可予准许：

（1）合同约定采用固定总价方式确定工程造价，同时对固定总价包含的风险范围、风险费用的计算方法以及风险范围以外的合同价格的调整方法作出了约定，需要确定风险范围以外的工程造价的。

（2）合同约定采用固定单价方式确定工程造价，需要通过鉴定方式确定工程造价的。

（3）合同约定采用成本加酬金方式确定工程造价，需要通过鉴定方式确定建设成本及酬金的。

（4）合同约定采用可调价格方式确定工程造价，需要通过鉴定方式确定工程造价的。

（5）建设工程未完工，需要通过鉴定方式确定已完工程造价的。

（6）合同未约定工程价款的确定方法，需要通过鉴定方式确定工程造价的。

（7）人民法院认为需要通过鉴定方式确定工程造价的其他情形。

#### 2. 当事人已经办理结算，又申请通过鉴定方式确定建设工程造价的，如何处理？

当事人已经办理结算，形成结算文件，又申请通过鉴定方式确定建设工程造价的，人民法院不予准许。但有证据证明双方达成的结算文件无效、被依法撤销的除外。

#### 3. 当事人仅对部分工程造价存在争议，或者人民法院根据当事人举示的证据能够自行确定部分工程造价的，如何进行建设工程造价鉴定？

当事人仅对部分工程造价存在争议，或者人民法院根据当事人举示的证据能够自行确定部分工程造价，需要通过鉴定方式确定争议部分或者人民法院无法确定部分工程造

价的，应当仅对当事人存在争议部分或者人民法院无法确定部分的工程造价进行鉴定。但当事人存在争议部分或者人民法院无法确定部分的工程造价与当事人无争议部分或者人民法院可确定部分的工程造价不可分，客观上需要对工程造价进行整体鉴定的除外。

工程造价是否可分，由人民法院在听取当事人、鉴定人意见后作出认定。人民法院认为有必要的，可以向建设工程造价管理总站、建设工程造价管理协会等专业机构咨询。

#### 4. 当事人逾期申请建设工程造价鉴定的，应当如何处理？

当事人申请建设工程造价鉴定的，应当在举证期限届满前向人民法院提出。当事人逾期提出鉴定申请的，人民法院应当参照《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》第一百零一条、第一百零二条规定的逾期举证的相关规则予以处理。

#### 5. 收到当事人提交的鉴定申请后，人民法院应当如何进行审查？

人民法院在对当事人的鉴定申请是否准许予以审查时，应当在听取对方当事人的意见后，对鉴定事项是否明确、鉴定事项与待证事实是否存在关联性、鉴定是否具有可行性、计价原则和计价方式如何确定等内容进行审查。

6. 当事人未申请进行建设工程造价鉴定，但人民法院认为需要进行鉴定的，应当如何处理？

在案件审理过程中，当事人未申请进行建设工程造价鉴定，但人民法院认为根据当事人举示的证据不能自行确定建设工程造价，确需进行建设工程造价鉴定的，应当根据举证规则向承担举证证明责任的一方当事人履行释明义务，告知其提出鉴定申请。

承担举证证明责任的一方当事人经释明后拒不申请鉴定的，人民法院可以根据举证规则，由承担举证证明责任的一方当事人承担不利后果。

7. 一方当事人自行委托建设工程造价中介机构作出的咨询意见，人民法院是否采信？

一方当事人自行委托建设工程造价中介机构对建设工程造价作出的咨询意见，人民法院原则上不予采信，但该咨询意见经质证，另一方当事人未提出异议，或者提出的异议明显不能成立的，人民法院对该咨询意见可以予以采信。

人民法院对一方当事人自行委托建设工程造价中介机构作出的咨询意见不予采信，且根据当事人举示的证据不能自行确定建设工程造价，确需进行建设工程造价鉴定的，应当根据举证规则向承担举证证明责任的一方当事人履行释明义务，告知其提出鉴定申请。

#### 8. 双方当事人诉前共同委托建设工程造价中介机构作出了咨询意见，一方当事

人在诉讼中请求进行司法鉴定的，如何处理？

双方当事人诉前共同委托建设工程造价中介机构作出了咨询意见，经质证后，人民法院认为该咨询意见客观、真实、鉴定程序合法的，应当予以采信。一方当事人在诉讼中请求进行司法鉴定的，人民法院一般不予准许。但有证据证明存在当事人与建设工程造价中介机构恶意串通，损害对方当事人利益、鉴定事项与待证事实不具有关联性等情形，该咨询意见确不应被采信的，人民法院应当根据举证规则确定由承担举证证明责任的一方当事人申请司法鉴定。

一方当事人认为双方共同委托建设工程造价中介机构作出的咨询意见存在算术性错误、个别鉴定资料采信不当等瑕疵而申请进行司法鉴定，人民法院经审查后认为该咨询意见可以补正的，可根据具体情况予以补正。难以补正的，应当对该当事人提起的司法鉴定申请予以准许。

9. 一审中未进行建设工程造价鉴定，当事人在二审中又申请进行鉴定的，应当如何处理？

当事人一审中申请建设工程造价鉴定，一审法院应当予以准许而未准许，或者一审法院应当向当事人释明申请建设工程造价鉴定而未释明，当事人在二审中又申请建设工程造价鉴定的，二审法院原则上应当发回一审法院重审，由一审法院进行鉴定。

经一审法院释明后当事人拒不申请鉴定，或者当事人拒不选择鉴定机构、拒不交纳鉴定费用、拒不提交完整的鉴定资料等，导致一审法院未能进行建设工程造价鉴定，当事人在二审中又申请鉴定，二审法院认为应当进行建设工程造价鉴定的，原则上应当在二审中进行鉴定，但应当参照《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》第一百零一条、第一百零二条规定的逾期举证的相关规则予以处理。

## 二、鉴定事项、鉴定方法的确定

10. 建设工程造价鉴定中，鉴定事项应当如何确定？当事人、鉴定人对鉴定事项有异议的，如何处理？

人民法院决定进行建设工程造价鉴定的，原则上应当根据当事人的申请确定鉴定事项。人民法院认为当事人申请的鉴定事项不符合合同约定或者相关法律、法规规定，或者与待证事实不具备关联性的，应当指导当事人选择正确的鉴定事项，并向当事人说明理由以及拒不变更鉴定事项的后果。经人民法院向当事人说明拒不变更鉴定事项的后果后，当事人仍拒不变更的，对当事人的鉴定申请应当不予准许，并根据举证规则由其承担相应的不利后果。

建设工程造价鉴定过程中，当事人、鉴定人对鉴定事项有异议的，应当向人民法院提交书面意见，并说明理由。人民法院应当对当事人、鉴定人提出的异议进行审查，异议成立的，应当向当事人释明变更鉴定事项；异议不成立的，书面告知当事人、鉴定人异议不成立，鉴定人应当按照委托的鉴定事项进行鉴定。

#### 11. 建设工程造价鉴定中，鉴定方法如何确定？

建设工程的计量应当按照合同约定的工程量计算规则、图纸及变更指示、签证单等确定。

建设工程的计价，通常情况下，可以通过以下方式确定：

（1）固定总价合同中，需要对风险范围以外的工程造价进行鉴定的，应当根据合同约定的风险范围以外的合同价格的调整方法确定工程造价。

（2）固定单价合同中，工程量清单载明的工程以及工程量清单的漏项工程、变更工程均应根据合同约定的固定单价或根据合同约定确定的单价确定工程造价；工程量清单外的新增工程，合同有约定的从其约定，未作约定的，参照工程所在地的建设工程定额及相关配套文件计价。

（3）合同约定采用建设工程定额及相关配套文件计价，或者约定根据建设工程定额及相关配套文件下浮一定比例计价的，从其约定。

（4）可调价格合同中，合同对计价原则以及价格的调整方式有约定的，从其约定；合同虽约定采用可调价格方式，但未对计价原则以及价格调整方式作出约定的，参照工程所在地的建设工程定额及相关配套文件计价。

（5）合同未对工程的计价原则作出约定的，参照工程所在地的建设工程定额及相关配套文件计价。

（6）建设工程为未完工程的，应当根据已完工程量和合同约定的计价原则来确定已完工程造价。如果合同为固定总价合同，且无法确定已完工程占整个工程的比例的，一般可以根据工程所在地的建设工程定额及相关配套文件确定已完工程占整个工程的比例，再以固定总价乘以该比例来确定已完工程造价。

#### 12. 建设工程造价鉴定过程中，当事人、鉴定人对鉴定方法提出异议的，应当如何处理？

建设工程造价鉴定过程中，当事人、鉴定人对鉴定方法有异议的，应当向人民法院提交书面意见，并说明理由。人民法院应当在听取当事人、鉴定人意见后，对当事人、鉴定人提出的异议进行审查。异议成立的，书面告知鉴定人变更鉴定方法；异议不成立

的，书面告知当事人、鉴定人异议不成立，鉴定人仍应根据人民法院确定的鉴定方法进行鉴定。

13. 建设工程造价鉴定中，鉴定人认为需要对合同或者合同条款的效力、合同条文的理解、证据的采信等问题作出认定的，应当如何处理？

建设工程造价鉴定中，鉴定人应当对与建设工程造价相关的专门性问题出具鉴定意见。鉴定人在鉴定中认为需要对合同或者合同条款的效力、合同条文的理解、证据的采信等法律性问题作出认定的，应当向人民法院提交书面意见，并说明理由，由人民法院作出认定。人民法院对相关问题作出认定后，应当书面答复鉴定人。

人民法院认为暂时难以对合同或者合同条款的效力、合同条文的理解、证据的采信等法律性问题作出认定，需要在庭审后结合其他证据作出综合认定的，可以要求鉴定人出具多种鉴定意见或者将有争议的事项予以单列。

### 三、鉴定依据的确定

14. 鉴定资料的提交范围、提交主体应当如何确定？

鉴定程序启动后，人民法院应当与鉴定单位共同确定需要提交的鉴定资料，并形成鉴定资料清单。鉴定资料清单应当载明鉴定资料的名称、提交主体等内容，鉴定资料清单所列资料应当与鉴定事项存在关联性。

鉴定资料清单形成后，人民法院应当及时向当事人送达。鉴定资料的提交范围、提交主体原则上应当根据鉴定资料清单确定。

15. 当事人对鉴定资料清单载明的提交范围、提交主体提出异议的，如何处理？

当事人对鉴定资料清单载明的提交范围、提交主体提出异议的，人民法院应当根据以下情形分别作出处理：

（1）当事人认为需要提交鉴定资料清单外的资料的，原则上应予准许，与鉴定事项不具备关联性的，人民法院可在质证后予以剔除。

（2）当事人认为鉴定资料清单所列资料与鉴定事项不具备关联性的，仍应根据鉴定资料清单要求提交，确与鉴定事项不具备关联性的，人民法院可在质证后予以剔除。

（3）当事人认为鉴定资料清单所列资料在对方当事人控制之下的，可以申请人民法院责令对方当事人提交。申请理由成立的，人民法院应当责令对方当事人提交。

（4）当事人认为鉴定资料由国家有关部门保存，或者涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私，因客观原因确不能自行提交的，可以申请人民法院调取或者向人民法院申请律师调查令，是否准许由人民法院决定。

16. 当事人提交鉴定资料的期限如何确定？

人民法院向当事人送达鉴定资料清单时，应当告知当事人提交鉴定资料的期限。

当事人应当在指定期限内向人民法院提交鉴定资料。确难在指定期限内提交鉴定资料的，可在指定期限届满前向人民法院申请延长提交期限，是否准许由人民法院决定。

当事人逾期提交鉴定资料的，人民法院应当参照《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》第一百零一条、第一百零二条规定的逾期举证的相关规则予以处理。

17. 当事人将鉴定资料直接提交给鉴定人的，如何处理？

当事人应当将鉴定资料提交给人民法院，由人民法院组织质证后提交给鉴定人，而不得直接提交给鉴定人。

当事人直接将鉴定资料提交给鉴定人的，鉴定人应当告知当事人将鉴定资料提交给人民法院或者将鉴定资料转交给人民法院。未经人民法院组织质证，鉴定人直接根据当事人提交的鉴定资料作出鉴定意见的，人民法院应当对该鉴定意见不予采信，并重新进行鉴定或者对相关鉴定资料质证后由鉴定人重新出具鉴定意见。

18. 建设工程造价鉴定过程中，鉴定资料如何进行认定？

人民法院收到当事人提交的鉴定资料后，应当组织当事人进行质证。当事人提交的鉴定资料繁多、杂乱，人民法院认为确有必要的，可以委托鉴定人对鉴定资料予以整理后再进行质证。

质证时，当事人应当围绕鉴定资料的真实性、合法性以及与鉴定事项的关联性陈述意见。鉴定人可以参加质证程序。经人民法院允许后，鉴定人可以就鉴定的相关问题向当事人发问。

质证后，人民法院应当结合当事人发表的质证意见对当事人提交的资料能否作为鉴定资料作出认定，并将当事人无异议或者人民法院认为应当作为鉴定依据的鉴定资料移交给鉴定人。人民法院对当事人提交的资料能否被采信暂时难以认定，需要在庭审后结合其他证据一并作出认定的，可以将存在争议的鉴定资料提交给鉴定人，由鉴定人就存在争议的鉴定资料所涉及的工程造价予以单列。

19. 建设工程造价鉴定过程中，鉴定人认为需要补充提交鉴定资料的，如何处理？

建设工程造价鉴定过程中，鉴定人认为需要补充提交鉴定资料的，应当向人民法院发送书面函件。书面函件应当载明需要补充提交鉴定资料的名称、提交主体以及与鉴定事项的关系。人民法院经审查认为确需补充提交的，可以责令当事人限期提交。人民法

院收到当事人补交的鉴定资料后，应组织当事人进行质证，并对鉴定资料进行认定后移交鉴定人。

20. 建设工程造价鉴定过程中，鉴定人认为需要进行现场勘验的，如何处理？

建设工程造价鉴定过程中，鉴定人认为需要对建设工程是否实际施工、实际施工的方式、数量以及施工现场状况等进行现场勘验的，应当告知人民法院。人民法院经审查后，认为确需进行现场勘验的，应当组织当事人、鉴定人进行现场勘验。

现场勘验应当形成勘验笔录，由当事人、鉴定人以及人民法院工作人员签字后提交给鉴定人作为鉴定依据。

#### 四、鉴定报告的作出、采信

21. 人民法院对鉴定人出具的初步鉴定意见如何处理？

鉴定人在出具正式鉴定意见前，应当出具初步鉴定意见，征求人民法院和当事人的意见。

收到初步鉴定意见后，人民法院应当及时向当事人送达，并要求当事人在一定期限内提交书面意见。当事人应当就鉴定意见与鉴定事项是否相符、计价原则和计价方式是否科学、鉴定依据是否合法、鉴定意见是否存在错漏等提出意见。当事人提交书面意见后，人民法院认为有必要的，可以组织当事人、鉴定人进行听证，听取当事人、鉴定人的意见。

人民法院将当事人提交的书面意见、听证意见反馈给鉴定人后，鉴定人应当结合当事人提交的书面意见、听证意见对初步鉴定意见进行修正，并及时出具正式的鉴定意见。

22. 鉴定人以当事人未按约交纳鉴定费用为由拒不出具鉴定意见的，如何处理？

鉴定人以当事人未按约交纳鉴定费用为由拒不出具鉴定意见，人民法院审查属实的，可以责令当事人在指定期限内交纳鉴定费用，并告知当事人拒不交纳鉴定费用的后果。当事人在指定期限内仍拒不交纳鉴定费用的，鉴定人可以退回鉴定，并由拒不交纳鉴定费用的当事人承担由此导致的不利后果。

23. 鉴定人出具初步鉴定意见后，当事人又申请补交鉴定资料的，如何处理？

鉴定人出具初步鉴定意见后，当事人又申请补交鉴定资料的，原则上不予同意。但当事人补交的鉴定资料对建设工程造价存在重大影响的，人民法院可以同意，但应参照《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》第一百零一条、第一百零二条规定的逾期举证的相关规则予以处理。

24. 鉴定意见作出后，人民法院应当如何组织对鉴定意见进行质证？

鉴定意见应当经当事人质证后才能作为认定待证事实的根据。质证时，当事人应当对鉴定意见与鉴定事项是否相符、计价原则和计价方式是否科学、鉴定依据是否合法、鉴定意见是否存在错漏等发表质证意见。

当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的，人民法院应当通知鉴定人出庭作证。鉴定人出庭作证的，经人民法院准许，当事人可以就鉴定意见向鉴定人发问。

25. 人民法院发现鉴定意见存在问题的，应当如何处理？

人民法院发现鉴定意见存在鉴定依据采用不当、鉴定数据存在错漏等情形，可以由鉴定人通过出具补充鉴定意见方式予以纠正的，应当书面告知鉴定人，由鉴定人出具补充鉴定意见。

人民法院认为存在鉴定意见与鉴定事项不符、未按照人民法院确定的鉴定方法鉴定、鉴定程序违法等情形，难以通过出具补充鉴定意见方式予以纠正的，应当进行重新鉴定。

## 十、山东地区法院

### 62. 山东省高级人民法院关于审理建筑工程承包合同纠纷案件若干问题的意见

【发布单位】 山东省高院

【生效日期】 1998 年 10 月 30 日

为了正确、及时地审理好建筑工程承包合同纠纷案件，依法保护公民、法人的合法权益，规范建筑工程发承包活动，保障建筑业和建筑市场健康有序的发展，根据《中华人民共和国建筑法》和国家的其他法律、法规和政策以及最高人民法院的有关规定，结合我省的实际情况和审判实践经验。现就审理建筑工程承包合同纠纷案件若干问题提出如下意见，以供审理此类案件时参考。

#### 一、关于诉讼主体的确认

1. 在审理建筑队工程承包合同纠纷案件中，一般以合同的当事人为诉讼主体。

2. 建设单位内部不具备法人条件的职能部门或分支机构对外签订的建筑工程承包合同，产生纠纷后合同当事人一方诉至法院的，应以建设单位为诉讼主体，起诉或应诉。

如建设单位以内部职能部门或分支机构的名义起诉的，应告知其更换当事人，如坚持起诉的，应裁定驳回起诉。

承包方起诉建设单位的分支机构，也应告知其更换当事人，如坚持起诉的，应裁定驳回起诉。

3. 建筑施工企业有营业执照的分支机构（如分公司、工程处、工区、项目经理部、建筑队等）所签订的建筑工程承包合同，产生纠纷后诉至人民法院的，一般以该分支机构作为诉讼主体。如该分支机构不具有独立的财产，应当追回该建筑施工企业为共同诉讼人。

建筑施工企业的分支机构无营业执照的，产生纠纷诉至法院的，原则上应以该建筑施工企业为诉讼主体起诉或应诉。该建筑施工企业的分支机构坚持以建筑工程的承包方起诉的，应当裁定驳回起诉。

建设单位起诉该建筑施工企业的分支机构的，可按本意见第 2 条处理。

4. 建筑施工集团企业下属的具备法人资格的企业对外签订建筑工程承包合同的，

产生纠纷后诉至法院的，应以该企业作为诉讼主体。

5. 建筑施工企业转让，出借资质证书或者以其他方式允许他人使用本企业名义承揽工程产生纠纷诉至法院的，应由出借人和借用人为共同诉讼人起诉或应诉。

6. 因共同承包、联合承包而进行的建筑工程项目，产生纠纷后诉至法院的，应以共同承包人、联合承包人为共同诉讼人起诉或应诉；发包方仅起诉一方承包人或者仅一方承包人起诉发包方的，应通知或追加其他承包人参加诉讼。

共同承包人、联合承包人组成联营体且具备法人资格的，则应以该联营体为诉讼主体。

7. 按照《建筑安装工程总分包实施办法》的规定进行建设的建筑工程项目，因分包工程产生纠纷后，原则上以分包合同的主体确定诉讼当事人。如建设单位因分包工程起诉总承包人的，应追加分包单位为共同被告，如建设单位直接起诉分包单位，应追加总包单位为共同被告。

分包单位就分包合同起诉总包单位的，若当事人的诉讼请求系追索工程款或建筑材料、建设单位有责任的，可列其为第三人。分包单位就分包工程直接起诉建设单位的，应裁定驳回起诉。

8. 因转包产生的建筑工程承包合同纠纷，如建设单位起诉，应列转包人和接受转包人为共同被告；如因转包合同产生纠纷，应以转包人和接受转包人为诉讼主体，建设单位未履行合同约定义务的，可列为第三人；存在多层次转包的，除诉讼当事人外，应将其他各方列为第三人。

9. 具有挂靠经营关系的建筑施工企业以自己的名义或以被挂靠单位的名义对外签订建筑工程承包合同，产生纠纷后一般应以挂靠经营者和被挂靠单位为共同诉讼人起诉或应诉。

10. 建筑施工企业实行承包经营的，该企业为承包人。因建筑工程承包合同产生纠纷的，该企业是法人的，应由该企业为诉讼主体起诉或应诉，如该企业不具备法人资格，则应列发包人和该承包企业为共同诉讼当事人。

11. 以筹建单位或临时机构的名义发包工程，产生纠纷后如该单位已经批准成立，应由该筹建单位或临时机构，由设立或开办该单位的组织起诉或应诉，临时机构诉讼前已被撤销的，由撤销该临时机构或接管该工程的单位起诉或应诉。

12. 涉及个体建筑队或个人合伙建筑队与建设单位签订的建筑工程承包合同纠纷，如为个体建筑队，应以工商登记上注明的户主或业主为诉讼当事人，有字号的，应在法

律文书中予以注明。如为个人合伙建筑队，原则上应以全体合伙人为诉讼当事人，有字号的，应在法律文书中注明，如个人合伙建筑队经工商登记为合伙企业，应以该合伙企业为诉讼当事人。

13. 农村集体经济组织开办的建筑队对外承揽建筑工程发生纠纷后，不论该建筑队是否有营业执照，均应以开办该建筑队的农村集体经济组织为诉讼主体起诉或应诉。

## 二、关于合同效力的确认

14. 人民法院在审理建筑工程承包合同纠纷案件中应当尊重当事人的真实意思表示，对当事人签订的合同只要不违反法律、法规 and 政策的禁止性规定，即应确认合同的法律效力。

15. 要注意审查合同的形式要求，对符合法律、法规要求应当具备的形式和履行了有关审批手续的合同，应当依法确认其有效。如合同欠缺一般行政部门所要求的具有行政管理性质的有关形式要件，除合同当事人有特别约定外，一般不影响合同的效力。

16. 按照《中华人民共和国建筑法》的规定，签订合同时发包方必须具有施工许可证或开工报告，承包方必须具备法人资格和资质证书。凡当事人双方或一方不具备上述条件而签订的建筑队工程承包合同，应认定无效。

17. 按照建设部《村镇建筑工匠从业资格管理办法》的规定，从事村镇房屋建筑工程的建筑工匠，必须取得《村镇建筑工匠资格证书》。未取得该证书的，所签订的建房合同应认定为无效。但一九九六年十月一日以前所订立的村镇房屋建筑合同除外。

18. 建设单位的内部职能部门以自己的名义对外签订的建筑工程承包合同，一般应认定为无效，但法人予以追认的或者未表示反对并已实际履行的，可确认有效。

19. 经过合法批准成立的临时机构或筹建单位对外签订的建筑工程承包合同，应认定为有效。

20. 建筑施工企业使用、冒用、盗用他人营业执照，资质证书以及他人名义所签订的建筑工程承包合同，应认定为无效。

21. 建筑施工企业超越经营范围和资质等级所签订的建筑工程承包合同，应认定为无效。但在合同履行期间如该建筑施工企业取得与所承包的工程相应的资质等级，可认定合同有效。

22. 不具有资质证书或不具有相应资质证书的建筑施工队伍挂靠其他建筑施工企业承揽建筑工程，无论是以自己的名义签订合同，还是以挂靠单位的名义对外签订合同，应一律认定无效。但被挂靠单位以自己的名义与建设单位签订建筑工程承包合同，将承

揽的工程交给挂靠单位施工的，不影响建筑工程承包合同的效力。

23. 建筑施工企业的分支机构以自己的名义对外签订的建筑工程承包合同，一般应认定为无效。

24. 对两个或两个以上的建筑施工企业联合承包建筑工程，应审查每一个承包人的承包资格，并按照资质等级低的施工企业的业务许可范围签订合同，符合上述条件的共同承包合同，应认定有效。

25. 合法总分包，必须具备下列条件：

- (1) 总包合同合法；
- (2) 分包单位具备与分包工程相应的资质等级；
- (3) 对外分包工程须在总包合同中约定或经建设单位认可；
- (4) 建筑工程的主体结构，必须由总包单位自行完成；
- (5) 分包单位不得将分包工程再行分包。

不符合上述条件的总分包合同，应认定无效。

26. 建筑施工企业将承揽的建筑工程转包的，不论建设单位是否同意或认可，应一律认定为无效。

合同一方当事人将建筑工程承包合同中的全部或部分权利和义务转让给第三人，符合下列条件的，可认定转让有效。

- (1) 被转让的合同必须是有效合同；
- (2) 合同转让应当取得合同另一方的同意；
- (3) 受让人必须是具有相应资质的建筑施工企业；
- (4) 转让方不得牟利和违背法律、损害社会公共利益；
- (5) 合同转让应当符合法律规定的程序。

法律规定和合同约定不得转让的建筑工程承包合同，其转让行为无效。

27. 1996年6月4日建设部、国家计委、财政部发出《关于严禁带资承包工程和垫资施工的通知》以后，建筑工程承包合同的双方当事人在合同中约定带资承包工程或垫资施工的，该约定条款应认定无效。

28. 在审理建筑工程承包合同纠纷案件中，如果双方当事人对合同效力不予主张，法院也应审查合同的效力，并在法律文书中予以确认和说明。

### 三、关于有效建筑工程承包合同的处理

29. 审理建筑工程承包合同纠纷案件，要增强合同意识，对依法确认为有效的合同，

一般应以合同作为处理纠纷的依据。但合同订立后,如果出现当事人无法预见和克服的因素,如国家产业政策调整、国家政策性价格调整、税率调整、国家规费调整等,致使双方或一方当事人继续履行合同显失公平的,应适用情势变更原则,公平合理地对合同内容予以变更或解除。

对于当事人可预见的市场风险,当事人请求变更或解除合同的,不应予以支持。

30. 在审理建筑工程欠款纠纷中,一般应以当事人在合同中约定的工程造价和结算方式进行结算;但约定的价款明显超过或低于市场价的 30%,所得的劳动报酬明显超过或低于同类劳动标准的 30%,致使双方利益严重失衡的,应公平合理地对约定价款予以变更。

如约定价款与市场行情差别不大或约定的价款虽对一方不利,但是由于该方当事人在合同履行中经营管理不善或主观判断失误使自己的利益受到损失,该方当事人主张变更工程造价的,不应予以支持。

31. 发包方和承包方协商进行了工程结算,签订工程结算书的,原则上应以双方签字认可的工程结算书作为定案依据;诉讼中,当事人一方对工程结算书有异议而又不能提供充分证据请求法院予以鉴定的,原则上不予支持。

32. 一方当事人诉讼或诉讼期间自行委托有关部门鉴定或审计,对方当事人对该鉴定或审计结论予以认可的,可以作为定案依据。如对方当事人提出该鉴定或审计结论确有漏项的,人民法院可单独漏项部分委托鉴定或审计。当事人对对方当事人自行委托有关部门作出鉴定或审计结论予以否认的,不能作为定案依据。

33. 双方当事人对工程款结算约定不明或对结算争议较大的,可根据当事人的申请,委托具有鉴定部门出具的鉴定结论进行认真审查,并经当事人相互质证后,方能作为定案依据。

34. 一审期间法院委托有关部门对工程结算进行鉴定并依法作出裁判的,二审期间当事人对鉴定结论以及原审法院依据该结论作出的裁判结果不服,而申请法院予以重新鉴定的,不予支持,但当事人有充分证据证明鉴定结论确有错误的除外。

35. 一审期间一方当事人未出庭对鉴定结论进行质证,原审法院依据鉴定结果作出缺席判决的,二审期间当事人对鉴定结论提出异议,请求重新鉴定的,一般不予支持。

36. 对合同约定的一次包死的建筑工程,如合同有效,应严格按合同约定处理。但对合同履行中因设计变更而增加的工程价款,双方有补充约定的,按约定处理,没有补充约定的,应按照当地现行的定额标准,据实结算。对未完工的工程,应从合同总价款

中相应扣减按现行工程定额标准计算出的未完工程的造价。

37. 建筑工程质量一般应以建筑质量监督检验部门出具的质量评定文件作为依据。对当事人提出的对建筑工程质量评定文件重新鉴定的申请，一般不予支持。诉讼中，如果当事人对建筑工程质检部门出具的质量评定文件有异议，应告知当事人向该质检部门申请处理。

在质检部门处理期间，可裁定中止诉讼。如质检部门不予处理，视为当事人举证不能，对当事人的异议不予认定。

38. 在审理建筑工程质量纠纷中，应当注意区分建设单位、勘察设计单位、施工单位的责任，并依照有关法律规定予以处理。

39. 建筑工程承包合同对违约金有明确约定的，按约定处理，但违约金的总额，一般以不超过合同未履行部分的价金有限。合同对违约金没有约定，或约定不明的，按没有约定处理，当事人主张违约金的，不予支持。

40. 双方当事人没有适当和全面履行合同，给对方造成经济损失的，除承担违约责任以外，还应当赔偿因违约给对方造成的实际经济损失，损失的范围由当事人举证。

#### **四、关于无效建筑工程承包合同的处理**

41. 建筑工程承包合同被确认无效后，应按合同当事人缔约过错程度确定各自应当承担的责任。

合同被确认无效后尚未履行的，由此造成的经济损失，根据双方当事人的过错程度，予以合理负担。

42. 建筑工程已经完成且质量合格，建设单位应当按照已完工程的实际造价支付给施工企业相应价款，因无效合同造成的经济损失，应根据双方当事人的过错程度和责任大小，确定应当承担的赔偿数额。

43. 合同已经履行但尚未完工的工程，应当对已有工程的造价予以鉴定，建设单位应当按照已有工程的实际造价支付给施工企业相应价款。对造成的经济损失，应根据双方当事人的过错程度和责任大小，确定应当承担的赔偿数额。

44. 建筑施工企业转包、出借资质证书或以其他方式允许他人以本企业名义承揽工程，因此导致合同无效而造成的损失，应由转包人、接受转包人、出借人和借用人承担连带赔偿责任。

45. 建筑施工企业转包工程包括违法分包，造成工程不符合质量标准的损失，由该企业与接受转包或分包的单位承担连带赔偿责任。

46. 因无效合同造成的损失范围，一般应当包括：窝工停工费、机械设备调遣费、倒运费、建筑材料和构件积压费、保管费、机械设施闲置费、租赁费、临时设施建造费以及其他直接与该工程有关而独立发生的费用等。

47. 对已有工程的质量缺陷，应当按照法律规定、确定质量责任，并由责任人承担相应的返修、赔偿等责任。

## 五、附则

48. 本意见由省高级人民法院负责解释。

49. 本意见自下发之日起执行，凡本意见的执行与法律、法规和最高人民法院的司法解释相抵触的，按法律、法规和最高人民法院的司法解释执行。

### 63. 山东省高级人民法院 2005 年全省民事审判工作座谈会纪要（节选）

【文号】 鲁高法(2005)201 号

【生效日期】 2005 年 11 月 23 日

.....

（七）关于拖欠农民工工资案件的处理问题。当前，拖欠农民工工资的问题已经引起了党和国家的高度重视。去年最高人民法院和省院都专门发出通知，要求各级人民法院及时、审理好拖欠农民工工资的案件，依法保护进城务工人员的合法权益。根据中共中央“一号文件”的精神，进城务工的农民工已经成为产业工人的重要组成部分，要把农民工的社会保障问题纳入财政预算。会议认为，对于拖欠农民工工资形成的纠纷要区别对待：农民工已经与用人单位签订书面劳动合同或者事实劳动关系比较明确的，应适用《劳动法》的规定予以调整，纳入劳动争议案件的处理范围；农民工没有与用人单位签订书面劳动合同，也没有形成事实劳动关系的，可以认定为农民工与用人单位之间存在雇佣关系。农民工追索工资引起的纠纷，人民法院可以以追索劳动报酬为案由直接受理，这样更利于加强对进城务工农民工合法权益的保护。

#### 二、关于建设工程施工合同纠纷案件的处理问题

近年来，随着我省经济的快速发展，建筑业已经成为我省国民经济的新的增长点。在建筑业快速发展的同时，也暴露出诸多问题，纠纷案件越来越多，处理难度越来越大。为依法及时公正地审理好建设工程施工合同纠纷案件，维护建筑市场的正常秩序，结合我省民事审判工作实际，会议认为，全省各级人民法院在审理建设工程施工合同纠纷案件时要坚持以下原则：

第一要坚持引导建筑市场的健康发展的原则。要按照法律、法规和最高人民法院司法解释的规定，认真行使审判职权，合理干预当事人之间的合同关系。要通过确认合同是否有效，认定双方当事人是否存在违约行为以及承担违约责任的方式，引导建筑市场的健康发展。承包人将其承包的全部工程转包给第三人，或者以内部联营、挂靠等方式承包给第三人，或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转包给第三人，或者将工程分包给不具备相应资质条件的单位，以及分包单位将承包的工程再分包的，应依法认定为无效。要注重运用裁判手段，促进建筑市场诚信体系的建立。只要双方在合同中对违约责任作出明确约定的，不论任何一方违反合同约定，都应当按照合同的约

定和法律的规定承担违约责任；要注意通过违约金的适用，制裁违约行为，提高失信成本，以促进社会诚信体系和建筑市场正常秩序的建立；要注意维护当事人利益关系的平衡，合同中约定的违约金标准过高的，甚至超过工程价款的，可以根据当事人的申请，依据合同法的规定，结合违约造成损失的情况适当调整。如果双方约定的工程款价格明显低于建设工程的成本价格，则违反了有关规章的强制性规定，可以根据当事人的请求变更或者撤销。

第二要坚持依法保护双方当事人合法权益的原则。人民法院在审理建设工程施工合同纠纷案件时，要依法平等保护双方当事人的合法权益。对建设单位无正当理由拖欠工程款的，在确定支付工程款或者利息时，都要充分注意保护承包人的合法权益。对因承包人的原因，造成建设工程施工合同无效的，如果工程已经经过竣工验收且质量合格的，应参照合同约定支付工程价款；对承包人将建设工程转包或者非法分包给实际施工人的，实际施工人可以直接起诉发包人，请求发包人在拖欠工程款的范围内承担清偿工程款的义务，并追加承包人、转包人或者非法分包人为共同被告或者第三人。

第三要坚持确保建设工程质量的原则。要树立“质量优先”的观念，通过司法手段确保建筑工程质量和建设工程符合国家安全标准，维护建筑市场秩序。对于超资质承包工程的，要在认定合同无效的基础上判令过错方承担相应的民事责任；建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，承包人只在合理期限内对工程结构、基础工程的质量承担责任，其他质量问题由发包人承担；对承包人建设的工程质量不合格且经过修复也达不到国家规定的强制性质量标准的，承包人请求发包人支付工程款的，不予支持。

第四要坚持合同原则。对于不违反法律、行政法规的禁止性规定，符合强制性规范的有效合同，应严格按照合同确定当事人双方的权利、义务和责任。目前国家调整建设工程的法律规范有 60 余个，这些法律规范可以区分为效力性规范和管理性规范，在司法实践中要正确区分不同规范的性质，以便对建设工程施工合同的效力作出准确判断。国家颁布的工程定额年度取费标准属于任意性规范，建设工程合同约定的工程价款结算标准与合同履行期间实施的工程定额年度取费标准不一致的，应以合同为准；对合同中约定的工程价款一次包定的，即所谓“大包干”合同，如果没有出现合同约定以外的情况，如设计变更、施工变动等，一方当事人反悔申请通过鉴定确定工程款的，一般不予支持；对于工程价款合同约定不明确或者合同被确认为无效，可以通过评估或者鉴定的方法确定工程价款；

对合同中明确约定了工程款的计价标准和办法的，发包人提出工程需要有关部门审

计评估或者要求按国家核定的资质取费标准支付建设工程价款的，或者一方无正当理由申请人民法院委托鉴定的，一般不予准许。

（一）关于施工许可证对合同效力的影响问题。会议认为，在建设工程正式施工前发放施工许可证应是建设行政主管部门对建设工程项目加强监管的一种行政手段，主要目的是审查建设单位或者承包单位是否具备法律规定的建设或者施工条件，具有行政管理的性质，如果建设单位或者施工单位违反该管理规定，应当受到相应的行政处理。因此施工许可证应属于管理性规范，非影响合同效力性的规范，而且领取施工许可证时，施工合同已经签订，因此，施工许可证不是建设工程施工合同的有效要件，是否取得施工许可证不影响合同的效力。

（二）关于建设工程造价的鉴定问题。合同对工程价款没有约定或者约定不明，工程竣工后，当事人双方又不能达成结算协议的，也无法采取其他结算方式结算工程款的情形下，可以委托工程造价审计部门对工程款的数额予以审定，但要防止鉴定出现过多过滥的现象。为此会议确定了以下原则：建设工程的造价或者工程款的数额不通过鉴定可以确定，则不作鉴定；必须通过鉴定才能确定工程价款的，要尽可能减少鉴定次数，能不重新鉴定的，则不重新鉴定；必须通过鉴定才能确定工程价款数额的，要尽可能地减少鉴定范围，能不全部鉴定的，则不进行全部鉴定。在一审诉讼中已经委托鉴定的，如果鉴定机构或者鉴定人具有相应的资格，鉴定程序合法，且经过一审庭审质证，鉴定人也出庭答复的，当事人就鉴定的事项上诉请求二审重新鉴定的，原则上不予支持。

（三）关于“黑白合同”情形下工程款结算的处理问题。长期以来，在我国建筑市场中，按照法律规定实行强制招标投标的项目领域，经常会发生发包人与承包人之间存在签订两份合同的情形。其中一份是招标人与中标人根据中标文件签订的合同，即中标合同，另一份则是内容与中标合同不一致的建设工程施工合同，社会上将这种现象称为“黑白合同”或者“阴阳合同”。从实践中的情况看，有些黑白合同之间内容相差不大，“黑合同”只是与中标合同之间存在细小差别，内容上没有实质性变化；而有些黑白合同之间则存在着重大实质性的修改，如“黑合同”在工程价款、工程质量以及工期等方面均与中标合同存在较大差异。如果双方在履行建设工程施工合同中发生纠纷，往往会对依据那一份合同作为处理纠纷的依据产生分歧，双方当事人也可能持有对自己有利的合同主张权利，这就给人民法院如何正确认定合同的真实性和合法性带来一定的困难。正确理解司法解释规定的“黑白合同”，是准确处理好此类纠纷的基础。“黑白合同”之间必须存在实质性违背，即中标合同之外的合同必须在工程价款、工程质量和工程期

限等方面与中标合同具有实质性背离，而不是一般的合同内容变更。在具体量化“黑白合同”与依法变更合同的界限上，在一定程度上存在着法官的自由裁量权，需要法官正确把握裁量的标准。根据我国《招标投标法》的规定，招标的建设项目经过招标投标程序确定中标人后，需要向相关行政监督部门备案，这种备案制度并不意味着中标合同必须经过备案后才生效，而只是从证据法意义上确定以备案的合同作为结算工程款的依据。审判实践中曾经出现了当事人双方请求按照“黑合同”作为工程款结算依据的情形，对此，会议认为，“白合同”是依据招标投标这一法定形式确认的，虽然“黑合同”可能是当事人的真实意思表示，但由于合同内容规避法律规定、合同形式不合法，不能代替“白合同”即中标备案的效力，即不能依据“黑合同”作为结算工程款的依据。

（四）关于发包人以承包人主张权利超过诉讼时效作为拒付工程款抗辩的问题。建设工程合同由于工期较长，履行过程中经常发生设计变更、施工变动、延长工期以及双方对工程价款决算协商不一致等情况，导致工程竣工后工程款长期不能得到清偿，承包人一旦起诉，发包人往往以承包人主张权利已超过诉讼时效作为抗辩事由，拒付拖欠的工程款。处理这类问题时，要注意保护承包人的合法权益。对于双方未就工程款决算达成一致，或者工程款数额未确定的，或者承包人提出结算书后发包人不及时审核和签字的，发包人以此超过诉讼时效为由拒付工程款的，不予支持。

## 64. 山东省高级人民法院 2008 年全省民事审判工作会议纪要（节选）

【文号】 鲁高法(2008)243 号

【生效日期】 2008 年 10 月 13 日

.....

### 四、关于建设工程施工合同纠纷案件中若干问题的处理

会议认为，近年来，随着我省基础设施建设的加快发展，建筑市场和建筑行业发展迅速，已经成为我省国民经济的新的增长点，但同时由于建筑市场的卖方地位，使建筑市场供需矛盾仍然非常突出，建设单位违规发包建设工程，建筑施工企业违法分包、转包建设工程的现象普遍存在。尤其是建筑施工企业随意拖欠农民工工资，损害农民工合法权益的现象更为严重，导致建设工程施工合同纠纷越来越多，处理难度越来越大。为依法公正审理好建设工程施工合同纠纷案件，促进建筑市场的健康发展，维护广大农民工的合法权益，结合我省民事审判工作实际，现就审理建设工程施工合同纠纷案件中遇到的有关法律适用问题提出如下指导意见。

（一）关于建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效应当如何把握的问题。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》第一条第三项规定，建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的，应当根据《合同法》五十二条的规定认定无效。这里规定的“应当招标的建设工程”的范围应当依据《招标投标法》第三条的规定，并参照原国家计划委员会《工程建设项目招标范围和规模标准规定》和原建设部《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》的规定加以确定，主要审查项目用途和资金来源等因素，否则不宜轻易认定建设工程施工合同无效。根据《招标投标法》第五章规定的中标无效的六种情形，由于中标通知书对当事人双方具有法律约束力，因此，中标无效的，建设工程施工合同自然无效。

（二）关于建设工程施工合同纠纷案件中结算依据的认定问题。一是关于建设部制定的建设工程施工合同格式文本通用条款第 33 条第 3 款规定的理解问题。该条款规定，发包人收到竣工结算报告及结算资料后 28 天内无正当理由不支付工程结算价款的，从第 29 天起按承包人同期向银行贷款利率支付拖欠工程价款的利息，并承担违约责任。最高人民法院《关于发包人收到承包人竣工结算文件后，在约定的期限内不予答复，是否认可竣工结算文件的复函》（[2005]民一他字第 23 号），对此进行了明确。根据该解释精

神,只有当事人之间明确约定了发包人收到竣工结算文件后,在约定的期限内不予答复,则视为认可竣工结算文件的,才可以将承包人提交的竣工结算文件作为工程款结算的依据。二是对建设部《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第十六条的适用问题。该条规定,发包人应当在收到竣工结算文件后的约定期限内予以答复。逾期未答复的,竣工结算文件视为已被认可。合同对答复期限没有明确约定的,可认为约定期限均为 28 天。因建设部的《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》只是部颁规章,且工程结算关系到发包方与承包方重大权益,因此,该规定不宜作为人民法院审理建设工程结算纠纷的依据。

(三)关于建设工程竣工验收合格标准的确定问题。根据 2000 年 1 月 10 日国务院发布的《建设工程质量管理条例》的规定,建设工程由建设单位负责组织设计、施工、工程监理等有关单位进行竣工验收,并应当自建设工程竣工验收合格之日 15 日内向当地建设行政主管部门备案,质量监督机构不再承担代表政府直接参与建设工程检验的职责。该规定标志着我国传统的由质量监督机构代表政府负责组织建设工程竣工验收的制度已经废止,确立了由建设单位组织建设工程的竣工验收以及建设行政主管部门对建设工程质量实行备案的制度。实务中,建设单位在收到施工单位的工程竣工报告后,应当组织勘察、设计、施工、监理等单位共同对建设工程的质量进行验收,并形成由各单位签署的工程竣工验收意见。工程竣工验收合格后,建设单位应当及时提出工程竣工验收报告,并在法定期限内向建设行政主管部门备案,备案部门在规划、消防、环保等部门出具许可文件后出具《单位工程竣工验收证明书》。依据目前我国建设工程竣工验收法律制度的规定,涉及建设工程竣工验收争议的,应当以建设单位出具的竣工验收报告作为确定建设工程是否竣工验收合格的依据。

对于建设单位拖延竣工验收的,可以参照《建设工程施工合同(示范文本)》32.3 的规定予以处理,即发包人收到承包人送交的竣工验收报告后 28 天内不组织验收,或验收后 14 天内不提出修改意见,视为竣工验收已被认可。

(四)关于家庭居室装饰装修合同如何适用法律的问题。近年来,随着人们物质生活水平的不断提升,对改善家庭居室环境的需求越来越高,由此因家庭居室装饰装修引发的纠纷逐年攀升,但此类纠纷如何适用法律一直是我国立法中的空白。所谓家庭居室装饰装修是指居民为改善自己的居住环境,自行或者委托他人对居住的房屋进行修饰处理的工程建设活动。家庭居室装饰装修活动不属于《建筑法》的调整范围,对于家庭居室装饰装修合同引起的纠纷应当依据《合同法》有关承揽合同的规定,并参照建设部

2002 年 3 月 5 日发布的《住宅室内装饰装修管理办法》予以处理。

（五）关于建设工程施工合同示范文本的适用问题。为了规范建设工程施工活动，我国国家有关部门先后制定了建设工程施工合同示范文本等多项格式合同文本，这些文本一般由协议书、通用条款、专用条款三部分内容组成，其中通用条款既是国家为加强建筑行业的行政管理而制定的规范，也是建筑行业中众多交易习惯的总结和体现，是建设工程施工合同必不可少的条件。实践中，应当注重对建筑行业交易习惯的运用，对当事人采用示范文本签订合同的，在协议书没有明确约定的情形下，可以采纳通用条款确定当事人的权利义务。

## 65. 山东省高级人民法院 2011 年全省民事审判工作会议纪要（节选）

【发布单位】山东省高级人民法院

【发布文号】鲁高法[2011]297 号

【生效日期】2011 年 11 月 30 号

全省各中级人民法院、济南铁路运输中级法院、青岛海事法院、山东法官培训学院、本院各部门：

2011 年 8 月 31 日至 9 月 1 日，全省民事审判工作会议在济南召开。各中院分管民事审判工作的副院长、与省法院民一庭审判业务对口的民庭庭长，省法院民事审判工作基层联系点法院院长以及济南军区军事法院的负责同志参加了会议。省法院院长周玉华发表了重要讲话，省法院副院长刘爱卿出席会议并讲话。这次会议是在我国社会主义市场经济制度确立和中国特色社会主义法律体系形成的新形势下召开的。会议传达贯彻了全国民事审判工作会议精神、第二十三次全省法院工作会议精神，对加强今后一个时期全省民事审判工作进行了全面安排和部署，明确提出在新形势下，要牢固树立社会主义法治理念，更好地落实“为大局服务、为人民司法”工作主题，更加充分发挥民事审判职能作用，为全面实施“十二五”规划、全面建设小康社会提供有力的司法保障。与会人员经过认真讨论，就当前民事审判工作中存在的一些疑难问题和民事法律政策的适用问题达成了基本共识。现就有关问题纪要如下，供全省各级人民法院参考。

……

### 三、关于建设工程施工合同纠纷案件

会议认为，建筑业是我国国民经济的基础性产业和支柱产业之一。近年来，随着国民经济和社会的快速发展，基本建设投资规模的不断扩大，特别是房地产业近年来的持续热涨，拉动建筑市场和建筑行业呈现出迅猛发展的繁荣景象。建筑业基础庞大、从业人员众多，是典型的劳动密集型产业，建筑业的发展吸纳了大量的进城务工的富余农民工就业，同时也拉动了建筑材料、机械设备制造等相关行业的发展，使建筑业成为我国国民经济的新的增长点。在建筑市场和建筑业快速发展的同时，也暴露出许多突出问题，可以说，建筑行业与其他行业相比，违法违规的现象更普遍，如建筑市场的管理不规范导致的借用资质、转包和违法分包建设工程等行业通病普遍存在；建设资金的投资不到

位以及垫资施工导致的工程价款拖欠恶性循环；建设工程竣工验收程序和标准的不规范造成大量的未经验收的工程交付使用；建筑施工队伍监管的混乱导致建设工程质量低劣，严重危害人民群众的生命安全等。这些问题严重扰乱了建筑市场的正常秩序，破坏了建筑市场主体之间的公平竞争环境，阻碍了建筑行业的持续健康发展。近年来，国家采取了一系列综合整治措施，整顿和规范建筑市场秩序，加强对建筑市场的监管，建筑市场中存在的突出问题得到显著改善。从司法审判的角度看，随着国家加强了对房地产市场的宏观调控，相应地波及到建筑市场及相关行业，造成建设工程领域中的纠纷案件不断增多，案件审理难度不断加大，且呈现出涉猎主体多、法律关系复杂、专业技术性较强、法律适用难度增大的发展趋向。面临经济形势的发展变化，人民法院要坚持“为大局服务，为人民司法”的工作主题，坚持保障发展与促进规范并重，维护诚信与提高效率并重，确保质量与实现公平并重，切实做好建设工程施工合同纠纷案件的审判工作。在司法实践中，要坚持规范和引导建筑市场健康发展的原则，坚持确保建设工程质量的原则，坚持依法维护进城务工农民工合法权益的原则，积极稳妥地化解建设工程领域的矛盾纠纷，为规范建筑市场，促进建筑业的健康发展发挥应有的职能作用。

### （一）关于项目经理的法律地位问题

根据建设部《建筑施工企业项目经理资质管理办法》第二条的规定，建筑施工企业项目经理是指受企业法定代表人委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者，是建筑施工企业法定代表人在工程项目上的代表人。按照建设部、国家工商行政管理总局制定的《建设工程施工合同(示范文本)》(GF—1999-02011)第1.5款的规定，项目经理是指承包人在专用条款中指定的负责施工管理和合同履行的代表。根据上述规定，在法律层面上，项目经理是建设工程承包人在履行建设工程施工合同中的全权代理人，项目经理部是承包人履行建设工程施工合同的肢解责任部门，不属于承包人的分支机构，不具有独立的法人资格，也无需办理工商登记，领取营业执照。在建设工程施工中，项目经理的行为视为承包人的行为，项目经理在建设工程施工中与发包人、分包人或者实际施工人发生的争议，应当由承包人作为诉讼主体并承担相应的责任。

### （二）关于“黑白合同”认定的有关问题

对不属于《招标投标法》第三条规定的强制招标的建设工程所签订的建设工程施工合同，是否适用最高人民法院《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》第二十一条的规定，即是否存在“黑白合同”的问题。不论是自愿招标发包还是强制招标发包的建设工程，只要按照招标投标法的规定，通过招投标方式签订的建设工

工程施工合同，就应当符合法律的规定，发包人和承包人应当根据中标通知书签订建设工程施工合同，不得另行签订与中标合同实质性内容不一致的合同，即“黑白合同”。

建设单位直接发包的工程，即建设工程无需招标的，但当事人双方自愿将签订的建设工程施工合同到建设行政主管部门备案的，此后又签订与备案合同实质性内容不一致的合同，此种情形不适用“黑白合同”的认定规则。

关于“黑白合同”的法律效力问题，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》第二十一条并未对“黑白合同”的效力作出评判，只是规定将“白合同”作为结算工程价款的依据，因此，在审判实践中不宜对“黑白合同”的法律效力进行认定。

依据《招标投标法》第四十六条和最高人民法院《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》第二十一条的规定，招标人和中标人按照中标文件签订建设工程施工合同后，中标人单方出具让利承诺书，承诺对建设工程予以让利，实质上变更了中标合同中的价格条款，构成对中标价格的实质性背离，故属于“黑合同”的性质，因其违反了招标投标法的强制性规定，应当认定让利承诺书无效。

### **(三)关于固定价格合同未履行完毕而解除的，工程价款如何结算的问题**

根据建设部《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第十二条规定，建设工程合同价可以采用固定价、可调价和成本加酬金三种形式。建设部、财政部联合发布的《建设工程价款结算暂行办法》第八条的规定，固定价格又分为固定总价和固定单价两种形式。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》第二十二条对于固定价格合同已经完全履行完毕情形下的工程价款结算问题作了明确规定，而对固定价格合同未履行完毕情形下的工程价款结算问题未明确。对于建设工程施工合同约定按固定单价结算的，则应根据固定单价核算出已完工程的实际工程量，据实结算工程价款；如果建设工程施工合同约定按固定总价结算，则按照实际施工部分的工程量占全部的工程量的比例，再按照合同约定的固定价格计算出已完部分工程价款。

### **(四)关于建设工程施工合同无效情形下发包人能否请求参照合同约定支付工程价款的问题**

依据最高人民法院《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》第二条的规定，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。该规定确立了合同无效情形下的工程价款结算与建设工程的质量直接挂钩的基本原则。对于合同无效情形下经竣工验收合格的建设工程，

发包人能否请求参照合同约定进行工程价款结算，司法解释未规定，会议认为，建设工程施工合同虽然依法确认无效，但只要建设工程经竣工验收合格，按照权利义务相一致的原则，发包人亦有权请求参照合同约定支付工程价款。

#### **(五)关于固定价格合同在履行中能否适用情势变更原则的问题**

建设工程施工合同约定工程价款实行固定价格结算，在合同履行中，发生建筑材料价格或者人工费用过快上涨，当事人能否请求适用情势变更原则变更合同价款或者解除合同。如果建筑材料价格或者人工费用的上涨没有超出固定价格合同约定的风险范围，当事人请求适用情势变更原则调整合同价款的，不予支持；如果建筑材料价格或者人工费用的上涨超出了固定价格合同约定的风险范围，发生异常变动的情形，如继续履行固定价格合同将导致当事人双方权利义务严重失衡或者显失公平的，则属于发生了当事人双方签约时无法预见的客观情况，当事人请求适用情势变更原则调整合同价款或者解除合同的，可以依照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十六条和最高人民法院《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》的相关规定，予以支持，

#### **(六)关于实际施工人的诉讼地位和发包人责任的性质问题**

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》第二十六条规定的实际施工人，是指工程转包合同的转承包人、违法分包合同的承包人、借用资质(资质挂靠)的承包人。司法实务中应当严格实际施工人的认定标准，不得随意扩大实际施工人的适用范围。实际施工人可以是法人、其他组织、个人合伙，也可以是自然人(俗称“包工头”)，但从事建筑业劳务作业的农民工不属于实际施工人。

依据最高人民法院《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》第二十六条的规定，实际施工人直接起诉发包人请求支付欠付工程价款的，为查明案件事实，应当追加转包人、违法分包人为共同被告；实际施工人直接起诉转包人或者违法分包人请求支付工程价款的，不得追加发包人为诉讼当事人。

依据最高人民法院《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》第二十六条的规定，实际施工人起诉发包人请求支付欠付工程价款的，发包人在欠付工程价款的范围内对实际施工人承担直接支付欠付工程价款的责任，发包人与转包人或者违法分包人承担支付工程价款的连带责任没有法律依据。

#### **(七)关于质量保修金返还时间的确定问题**

建设工程质量保修金是发包人与承包人在建设工程施工合同中约定，从应付的工程

款中预留，用以保证承包人在保修期内对建设工程出现的质量缺陷进行维修的资金。其主要功能在于担保建设工程竣工验收并交付使用后在保修期限内出现的质量缺陷问题。与质量保修金相联系的是质量保证金。依据建设部《建设工程质量保证金管理暂行办法》的规定，建设工程质量保证金(保修金)是发包人与承包人在建设工程承包合同中约定，从应付的工程款中预留，用以保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的缺陷进行维修的资金。从上述规定来看，建设工程质量保修金和保证金属于相同性质的费用，功能也是相同的。由于质量保修金对应的是质量保修期，而质量保证金对应的是缺陷责任期，导致司法实务中对于保修金或者保证金的返还时间发生争议。会议认为，质量保修期与缺陷责任期是两个不同的概念，质量保修期是指建设工程在正常使用条件下的法定最低保修期限，在此期限内承包人对建设工程出现的质量问题负有保修义务。而缺陷责任期是指质量保证金的预留期限，最长为2年，缺陷责任期满，发包人应当将保证金返还给承包人。因二者期限不同，质量保修期长于缺陷责任期。因此，当事人对质量保修金返还期限有约定的，从其约定；没有约定或约定不明的，缺陷责任期满后，发包人应当将质量保修金返还给承包人，即发包人应当自接受建设工程之日起2年内将质量保修金返还给承包人。

#### **(八)关于建设工程施工合同约定的工程质量标准与国家强制性标准不一致的处理问题**

建设工程质量关系到人民群众生命财产安全，关系到国家利益和社会公共安全。因此，国家对建设工程质量要求十分严格，建筑法、合同法在立法上均对建设工程质量作出明确规定，并确定了建设工程质量的强制性国家标准。但建设工程质量作为建设工程施工合同的核心内容，是建设工程施工合同履行过程中纠纷频发、争议激烈的问题。因此，对于建设工程质量争议，必须坚持质量第一的审判原则，依法通过司法手段确保建设工程质量符合国家规定的强制性安全标准。当事人在建设工程施工合同中约定的建设工程质量标准低于国家颁布的建设工程质量强制性标准的，该约定无效，建设工程发生质量缺陷的，承包人应当按照国家强制性标准承担修理或者返工、改建等责任；对于当事人约定的建设工程质量标准高于国家规定的强制性安全标准的，如约定获得“鲁班奖”等，应当认定该约定有效，承包人的工程质量不符合合同约定质量标准的，应当按照合同约定承担违约责任，但合同另有约定的除外。

#### **(九)质量保修期间质量缺陷的责任承担问题**

建设工程在保修范围和保修期限内发生质量缺陷的，施工单位应当履行保修义务，

否则应承担相应的法律责任。但施工单位承担保修责任与建设工程质量缺陷责任不是同一概念，施工单位负有保修责任并不意味着承担建设工程的质量缺陷责任。对于在建设工程保修期间出现的质量问题，虽由施工单位负责保修，但保修所发生的费用应当由造成质量缺陷的责任方负担。实务中，对于保修期间的质量责任划分和损失承担原则根据以下情形确定：(1)施工单位未按国家有关工程建设规范、标准和设计要求施工，造成质量缺陷的，应当履行保修义务，并对造成的损失承担赔偿责任。(2)属于勘察、设计方面的原因造成的质量缺陷，由施工单位负责返修，费用由建设单位支付，建设单位可向勘察、设计单位追偿。(3)因建筑材料、建筑构配件和设备质量不合格引起的质量缺陷，属于施工单位负责采购的，由施工单位承担民事责任；属于建设单位负责采购的，但施工单位提出异议而建设单位坚持使用的，由建设单位承担民事责任，如果施工单位没有验收或者验收不合格仍然使用的，由建设单位与施工单位共同承担责任。(4)因建设单位或者建筑物所有人使用不当造成的质量缺陷，由建设单位或者建筑物所有人自行负责。(5)因自然事故、社会事件等不可抗力造成的质量事故，由建筑物的所有人或者使用人承担责任。(6)对发包人提出的违反法律法规和建筑工程质量、安全标准，降低工程质量的要求，承包人不予拒绝而进行施工的，由建设单位与施工单位共同承担责任。

**(十)关于建设工程施工合同中约定以政府文件作为工程价款结算依据，现政府文件被撤销或者失效的情形如何处理的问题**

当事人双方在建设工程施工合同中约定以地方人民政府的文件作为工程价款的结算标准和依据的，该政府文件已经构成合同的内容，该约定并不违反法律、行政法规的强制性规定，应当依法认定约定有效。在建设工程施工合同履行中，如果合同所依据的政府文件被撤销或者失效，但该政府文件已经转化为合同约定，仍应按照政府文件的规定作为结算工程价款的依据。当地人民政府出台新的文件对原文件的规定进行调整和修改的，除当事人另有约定的外，仍应以原政府文件的规定作为结算工程价款的依据。

.....

## 十一、其他地区法院（仲裁委）

### 66. 天津仲裁委员会建设工程施工合同纠纷案件仲裁指引

【发布单位】 天津仲裁委员

本指引是由天津仲裁委员会起草，非强制性或规范性规定，其目的是为向仲裁员在仲裁建设工程施工合同纠纷案件提供借鉴，仅供仲裁员在仲裁工作中参考。

#### 一、审查证明当事人（申请人、被申请人及第三人）仲裁主体资格、资质的证据

##### （一）主体资格

1. 当事人应提交登记资料：年检有效的法人营业执照、组织机构代码证、社团法人登记证、法定代表人（负责人）身份证明复印件、代理人授权委托书及代理权限。

2. 当事人名称在法律关系成立后有变更的，应提交登记机关出具的变更证明。

##### （二）主体资质

1. 如建设单位是房地产开发企业，应提交房地产开发资质证书。

2. 施工单位应提供施工企业资质证书、专业施工资质证书、进津施工许可证明。

##### （三）特殊适格当事人

1. 发包人可以以总承包人、分包人和实际施工人为共同被申请人提起仲裁申请。

2. 实际施工人可以以转包人、违法分包人为被申请人提起仲裁申请。

3. 实际施工人可以直接以发包人、转包人或者违法分包人为被申请人提起仲裁申请（突破了合同当事人相对性原则）。

#### 二、审查证明当事人之间建设工程合同关系及合同相对人的证据

##### （一）当事人应当提供

1. 当事人签订的建设工程合同，包括总包合同、分包合同、转包合同。

2. 实际施工人应提供施工资料、已付款结算凭据等。

3. 建设工程属挂靠施工工程的，施工人应提供与被挂靠方签订的合同。

##### （二）审查合同的内容和形式

##### 1. 合同项目（内容）

①当事人应提供建设项目的合法性证明文件，主要有土地使用证、建设用地规划许

可证、建设工程规划许可证、施工许可证等。

②依法应进行公开招标的项目提供招标备案证明、中标通知书。

③施工合同备案登记证明。

## 2. 合同的范围（形式）

①除主合同外，补充合同，合同附件应提供齐全

②订立了“阴阳”合同的，提供全部合同文本。

③具有总包、联建合同关系的，要提供总包合同、分包合同，以及联合施工承包合同。

④双方提供的合同文本及修改内容不一致的，要提供全部合同文本原件。

⑤与合同争议有关的技术图纸、洽商纪录、会议纪要、设计和工程变更签证、信函等。

## 建设工程施工合同纠纷案件仲裁指引之二

### 三、审查履行或完成合同的证据

1. 工程竣工验收报告（或施工人向发包人提供竣工验收报告的签收证明）。
2. 工程结算书及预算书（或施工人向发包人提供工程结算报告的签收证明）。
3. 工程量发生变化的签证单、图纸。
4. 工程未验收亦未结算的，当事人应提供工程已投入实际使用的相应证据。
5. 当前工程形象进度或施工节点。
6. 工程已停、缓建的，停、缓建的具体时间。
7. 有必要进行现场勘验的，进行现场勘验。

### 四、合同效力审查

（一）有下列情形之一的，合同绝对无效：

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；
4. 转包和违法分包工程的。

建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，参照合同约定支付工程价款。建设工程经竣工或修复后验收不合格的，承包人请求支付工程价款的，不予支持。发包人修复后的建设工程经竣工验收合格，请求承包人承担修复费用的，应予支持；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。转包、违法分

包和挂靠工程的收缴当事人已经取得的非法所得。

(二) 视为有效及不作无效处理的合同

1. 施工或仲裁审理中取得资质的，按有效处理。
2. 有资质的劳务分包合同属有效合同。
3. 肢解分包不一律按无效处理。
4. 订立“阴阳”合同的，以“阳”合同即备案合同为确认工程价款的依据。

**五、审查损失计算依据**

1. 工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理（注意约定利息过高或过低的依照合同法可以进行调整）

2. 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。

3. 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：

- ①建设工程已实际交付的，为交付之日。
- ②建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日。
- ③建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。

4. 承包人请求按照约定返还垫资及其利息的，合同对垫资和垫资利息有约定，应予支持，对垫资利息没有约定，不予支持。但是约定的利息高于中国人民银行同期同类贷款利率的部分不予保护。

**六、工程价款纠纷**

1. 以双方合意为首要标准合理确定工程量。

2. 以工程量清单计价为主、定额计价为辅确认工程价款。

3. 发包人逾期 28 天不答复承包人的竣工结算文件，按竣工结算文件确定工程款。

4. 同一工程另行签订的合同与备案中标的合同实质性内容不一致的，根据备案中标合同确定工程款。

5. 双方约定按照固定价款结算的，从其约定。

6. 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。

7. 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。

8. 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。

## 七、工程价款优先受偿

发包人逾期支付工程款，经承包人书面催告后在合理期限内仍未支付工程款，承包人可以主张工程款优先受偿。

1. 主体方面一般限于与工程范围内的建设工程勘察、设计、施工承包人之间，不包括提供技术服务的工程监理和买卖合同的供应商。总承包人怠于行使优先权导致分包人权利受损时，实务中可以酌情考虑分包人代为行使优先受偿权。

2. 客体方面承包人只能就其承包的工程、发包人未支付的工程款形式优先受偿权，包括承包人独立完成的、参与完成的或约定完成的工程，不包括承包人承建的发包人的其他建设工程款。不宜折价、拍卖的以及学校、医院、政府机关办公楼、道路、桥梁等公益建筑均不适用工程价款优先受偿权。

3. 受偿范围和期限，仅包括承包人因承包工程而实际支出的费用，包括人员工资、材料款、机械台班费、各种税费等。利息、停窝工损失、违约金等均不属于优先受偿的范围。承包人行使优先权的期限为六个月，自工程竣工之日或合同约定竣工之日起计算。

### 4、工程款优先受偿权的适用限制

①消费者交付购买商品房的全部或大部分款项后，承包人对该商品房的价款优先受偿权不得对抗买受人。

②数个工程款优先受偿权之间平等享有优先受偿权，不分时间先后。

③承包人能否在保全财产未被处置之前主张提前行使工程款优先受偿权尚存争议。

## 八、质量纠纷

### （一）承包人的质量责任

1. 不按照施工图纸和施工技术规范施工造成的工程质量问题。

2. 未按照工程设计施工要求、施工技术规范 and 合同约定对建筑材料、构配件和设备进行检验，使用了不合格的产品造成的质量问题。

3. 在法定或约定的保修期内，承包人应当保修的工程发生的一般质量问题。

#### （二）发包人的质量责任

1. 发包人提供的设计有缺陷
2. 发包人指定提供的材料、构配件、设备不符合国家强制标准
3. 发包人指定的分包人造成的施工工程不符合质量要求
4. 未经验收发包人提前使用的部分工程质量问题，推定由发包人承担；

### 九、工程司法鉴定

双方对工程质量发生争议或造价约定不明确的，可以申请鉴定。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。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。当事人对鉴定结论有异议提出重新鉴定应符合下列条件：

1. 鉴定机构或鉴定人员不具备相关的鉴定资格的；
2. 鉴定程序严重违法的；
3. 鉴定结论明显依据不足的；
4. 经过质证不能作为证据使用的其他情形；
5. 一方当事人自行委托有关部门作出的鉴定结论，另一方当事人有证据足以反驳、推翻的。

但对有缺陷的鉴定结论，可以通过补充鉴定、重新质证或者补充质证等方法解决的，不予重新鉴定。

### 十、合同的解除

#### （一）发包人的解除权

1. 承包人明确表示或者以行为表明不履行合同主要义务的。
2. 承包人在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。
3. 承包人已经完成的建设工程质量不合格，并拒绝修复的。
4. 工程主体结构验收或者工程竣工验收不合格，且承包人拒绝修复或者无法修复的；
5. 承包人将承包的工程非法转包、违法分包的。

（1）承包方将其全部工程转给他人承包的；

- (2) 承包方将其承包的全部工程肢解后以分包名义转给他人承包的；
- (3) 承包方将主体工程转给他人承包的；
- (4) 承包方将工程分包给不具备相应资质条件的单位的；
- (5) 分包单位将其承包的工程再行分包的。
- (6) 合同中未约定，又未经建设单位认可，承包人将部分专业工程分包给他人的。

## (二) 承包人的解除权

- 1. 发包人未按约定支付工程款
- 2. 发包人提供的材料、构配件、设备不符合强制标准，又不予更换的；
- 3. 发包人不履行合同约定的协助义务，经催告的合理期限内仍未履行相应义务，

致使承包人无法施工的。

合同解除后，不影响合同中结算和清算条款的效力。已完工程经验收合格的，发包方应当按照合同结算条款约定支付相应的工程款；已完工验收不合格的，发包方可以请求减少支付工程款。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。应当注意，行使解除权应当书面提前通知对方，未在法定或约定的期限内行使解除权的，该权利消灭；没有法定或约定解除权行使期限的，经对方催告在合理期限内不行使的，权力消灭。

## 十一、参考法律、法规

- 1. 《中华人民共和国建筑法》
- 2. 《中华人民共和国合同法》
- 3. 《建设工程质量管理条例》
- 4. 《实施工程建设强制性标准监督规定》
- 5. 《城市房地产开发经营管理条例》
- 6. 《建筑业企业资质管理规定》
- 7. 《房地产开发企业资质管理规定》
- 8. 《中华人民共和国城市规划法》
- 9. 《中华人民共和国行政许可法》
- 10. 《中华人民共和国招标投标法》
- 11. 《工程建设项目招标范围和规模标准规定》
- 12. 《建设工程施工发包与承包价格管理暂行规定》
- 13. 《外商投资建筑业企业管理规定》

14. 《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》
15. 《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》
16. 《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》
17. 《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）》
18. 《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于逾期付款违约金应当按照何种标准计算问题的批复〉的批复》

## 67. 江西省高级人民法院 2004 年全省法院民事审判工作座谈会纪要（节选）

（经江西省高级人民法院 2004 年 12 月 16 日第四十次审判委员会讨论通过）

2004 年 8 月 29—31 日，江西省高级人民法院在江西省赣州市召开了全省法院民事审判工作座谈会。江西省高级人民法院尹鲁副院长、全省各中级人民法院主管民事审判工作的副院长、民事审判第一庭庭长以及部分中级法院与民事审判相关业务庭庭长参加了座谈会。为加强对全省民事案件审判工作的指导，根据法律、行政法规、司法解释的规定，结合我省民事审判工作的实际情况，会议就几类具体民事案件的审理有关问题的处理提出了具体意见。现纪要如下：

.....

### 五、关于建设工程合同纠纷案件审理

1. 当事人承包《建筑法》第八十三条第三款规定的建筑工程、一般的家庭装修、农村中不属于《村庄和集镇规划建设管理条例》第二十一条规定的规划区的建筑工程，均按照承揽合同的有关规定处理。

2. 合同部分条款违反法律、行政法规强制性规定的，不影响其余条款的效力。该部分条款属于行政审批手续内容，且系合同生效特别要件的，如果当事人在一审诉讼期间补办了相关手续，可认定合同有效。

3. 在招标投标合同纠纷中，如果工程还未开工，招标人或者发包人中标人资质不够招标文件规定的等级主张合同无效的，应当予以支持；对中标人或才承包人以招标人或者发包人存在部分或者全部缔约过失主张赔偿相应损失的，应予以支持。

4. 承包人将中标项目整体转让给他人，或者将承包项目肢解后分别转让给他人、或者将承包项目中主体、关键性工程分包给他人，发包人以此为由主张终止合同的，应予以支持。在具体施工中，承包人将部分技术含量不大、非关键性、基本属于劳务性质的工作量分包，承包人对技术、管理等进行了实质性控制，发包人据此主张承包人存在非法转包、分包行为的，不予支持。在转包、分包合同纠纷中，该转包、分包合同的效力应予以认可。

无资质的企业、个人借用有资质企业的名义承揽工程，发包人以此为由主张合同无效的，应予以支持。但承包人将工程分包给下属企业，或者由单位内部项目经理组织施

工，承包人采取了控制措施，分派人员直接参与技术、管理等工作，对外向发包人承担合同上的权利义务的，应认定为内部承包。发包人以此为由主张合同无效的，不予支持。

5. 实际施工人以转包人、违法分包人为被告请求支付其施工工程部分的工程款时，实际施工人、承包人、转包人要求追加发包人为当事人的，人民法院应当予以准许。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。但符合《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》第三条规定范围，实际施工人请求支付工程价款的，人民法院不予支持。

#### 6. 无效合同的处理原则

(1) 工程质量合格，合同约定了结算价格的，参照合同的约定结算工程款。承包方要求对工程款进行鉴定的，人民法院不予准许。

(2) 工程质量合格，合同未约定结算价格，应根据承包方已完成的工程量、实际资质，参照合同签订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，对超越资质承揽工程的，对因其超越资质而取得的非法所得予以收缴。承包方不具有法定资质的，对间接费和其他直接费予以收缴。转包、违法分包合同当事人之间存在收取管理费的，对该收取的管理费部分予以收缴。

(3) 合同未约定结算价格，是指合同约定工程、增加工程、变更设计的工程部分未约定结算价格。

(4) 工程竣工验收不合格，承包人以地基基础工程和主体结构合格为由起诉主张工程款的，如发包人表示不需要承包人承担除合格的地基基础和主体结构以外工程的修复义务，只需承担修复费用的，双方对此达成一致意见的，可以结算工程款。如果发包人提出要求承包人承担修复义务的，承包人在未履行修复义务前起诉主张工程款的，以驳回起诉处理。

(5) 工程质量综合验收不合格，承包人起诉要求支付工程款的，驳回诉讼请求。

(6) 工程未经验收，承包人起诉要求支付工程款的，驳回起诉。承包人有证据证明非可归于承包人的原因所致的，人民法院应当向发包人释明，双方共同配合进行工程验收，发包方不予配合，根据承包方提供的证据进行了决算工程款。

## 68. 湖北省高级人民法院 2013 年民事审判工作座谈会会议纪要（节选）

【生效日期】2013 年 9 月 1 日

.....

### 四、关于建设工程施工合同纠纷案件

32. 建设工程合同中当事人约定按包干价结算，承包人按照合同约定范围完工后，应当严格按照合同约定结算工程款。

因设计变更导致工程量变化或质量标准变化，当事人要求对工程量增加或减少部分据实结算的，应予支持。

如果工程未完工，承包人请求结算工程款的，区分情况处理：

（1）已完工程质量不合格的，由承包人进行修复，修复后质量合格的，可以请求支付工程款，修复后质量仍不合格的，承包人请求支付工程款的，不予支持；

（2）已完工程质量合格的，合同约定以单价包干方式计价的，按照包干单价和已完工程量计算工程款；合同约定以总价包干方式计价的，若工程未完工系承包人原因导致，按合同约定的取费标准鉴定未完工部分，以总包干价减未完工部分造价计算工程款；若工程未完工系发包人原因导致，按照建设行政主管部门颁发的定额及取费标准据实结算。

33. 建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，发包人或承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。

34. 建设工程应办理施工许可证的规范属于管理性规范，不是效力性规范，是否取得施工许可证不影响建设工程施工合同的效力。

35. 经过招标投标的项目，发包人与承包人签订两份实质性内容不一致合同的（即所谓“黑白合同”），在双方因工程款结算发生纠纷时，应以中标合同即“白合同”作为结算工程款的依据。

必须经过招标投标的项目，发包人与承包人存在恶意串标、虚假招标的行为，双方签订的“黑白合同”均无效，但工程经竣工验收合格，承包人请求结算工程款的，区分情况处理：

（1）“黑白合同”中对工程结算方式约定一致的，按合同约定结算工程价款；

（2）“黑白合同”中对工程结算方式约定不一致的，参照“白合同”的约定结算工程价款，“黑白合同”结算价款之间差价作为因合同无效造成的损失，根据发包人和承

包人各自责任的大小进行分担。

恶意串标、虚假招标情节严重的，人民法院可酌情予以民事制裁。工程不是必须招投标的项目，实际也未经过招投标程序，但按照建设行政

主管部门的规定，将施工合同在相关行政管理部门予以登记备案，该备案合同内容与发包方和承包方另行签订的施工合同不一致的，以当事人实际履行合同作为结算工程款的依据。

36. 建设工程施工合同无效，且工程未经竣工验收，施工人主张支付工程款的，若涉案工程已被发包人使用或发包人同意支付工程款，可以参照双方签订的建设工程施工合同计算工程价款，但工程质量不合格的除外。

37. 实际施工人为无资质个人，工程经竣工验收合格的，可参照合同约定计算工程价款。若无合同约定，可通过鉴定确定工程价款，对于直接费和实际发生的间接费按最低标准计算。工程经竣工验收不合格的，待实际施工人对工程修复合格后方可主张工程价款。

38. 当事人之间明确约定了发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，则视为认可竣工结算文件。承包人提交的竣工结算文件可以作为工程款结算的依据。

当事人在建设工程施工合同中并未作出特别约定，承包人仅依据建设部制定的建设工程施工合同格式文本中的通用条款第三十三条第三款的规定，主张双方当事人就发包人收到竣工结算文件一定期限内不予答复，则视为认可承包人提交的竣工结算文件进行了约定的，不予支持。

## 69. 福建省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件疑难问题的解答

【发布单位】 福建省高院

【生效日期】 2007 年 11 月 22 日

### 1. 问:如何认定施工企业内部承包合同的性质与效力?

答:建设工程施工合同的承包人与其下属分支机构或职工就所承包的全部或部分工程施工所签订的承包合同为企业内部承包合同,属建筑施工企业的一种内部经营方式,法律和行政法规对此并不禁止,承包人仍应对工程施工过程及质量等进行管理,对外承担施工合同的权利义务。当事人以内部承包合同的承包方无施工资质为由主张合同无效的,不予支持。

### 2. 问:如何区分劳务分包与转包、违法分包?

答:劳务分包是指建设工程的总承包人或者专业承包人将所承包的建设工程中的劳务作业(包括木工、砌筑、抹灰、石制作、油漆、钢筋、混凝土、脚手架、模板、焊接、水暖、钣金、架线等)发包给劳务作业承包人完成的活动。转包是承包人将所承包的全部建设工程转由第三人施工完成。分包是承包人将所承包的建设工程的某一部分施工项目交由第三人施工建设,其中《建筑法》与《建设工程质量管理条例》第七十八条所列的四种行为属违法分包。劳务分包既不是转包,也不是分包;转包及违法分包为法律所禁止,劳务分包则不为法律所禁止。

### 3. 问:被挂靠单位(出借名义的建筑施工企业)是否应对挂靠人在施工过程中的转包、购买施工材料等行为承担责任?

答:挂靠人以自己的名义将工程转包或者与材料设备供应商签订购销合同,实际施工人或者材料设备供应商起诉要求被挂靠单位承担合同责任的,不予支持;挂靠人以被挂靠单位的名义将工程转包或者与材料设备供应商签订购销合同的,一般应由被挂靠单位承担合同责任,但实际施工人或者材料设备供应商签订合同时明知挂靠的事实,并起诉要求挂靠人承担合同责任的,由挂靠人承担责任。

### 4. 问:发包人与无相应施工资质的承包人签订建设工程施工合同,承包人依合同取得的工程价款超过其实际施工成本的,超过部分是否应予收缴?承包人非法转包、违法分包、出借资质而依合同约定取得的“挂靠费”、“管理费”等是否应当收缴?

答:承包人无相应施工资质,所签订的建设工程施工合同虽然无效,但最高人民法

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》第二条规定：“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。”因此，对承包人依合同取得的工程价款不应予以收缴。

对承包人因非法转包、违法分包建设工程而已经取得的利益，或者建筑施工企业因出借施工资质而已经取得的利益，例如，“挂靠费”、“管理费”等，人民法院可以根据我国《民法通则》第一百三十四条的规定予以收缴，但建设行政机关已经对此予以行政处罚的，人民法院不应重复予以制裁。

**5. 问:建设工程施工合同无效,但建设工程质量合格,发包人请求按照合同约定计算工程造价,而承包人请求按照工程定额标准计算工程造价的,如何处理?**

**答:**建设工程施工合同无效,但建设工程质量合格的,发包人或者承包人任何一方请求参照合同约定支付工程价款的,均应予以支持。

**6. 问:建设工程施工合同约定的价款明显低于工程定额标准,已经超出一定合理范围的,当事人能否以合同约定价款明显违反定额为由,主张价款之约定无效,或者以显失公平为由,主张撤销或变更合同?**

**答:**工程造价定额标准不属于法律、法规的强制性规定,因此,建设工程施工合同约定的价款低于工程定额标准,不导致该约定无效。当事人以合同约定的价款过低从而显失公平为由,主张撤销或变更合同的,依《合同法》的相关规定处理。

**7. 问:依据《合同法》第九十六条的规定,当事人一方行使约定或者法定解除权时,应当通知对方,合同自通知到达对方时解除,对方有异议的,可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。建设工程施工合同的当事人未通知对方的,能否径行向人民法院提起解除合同之诉?**

**答:**一方当事人向人民法院起诉请求解除建设工程施工合同的,人民法院不得以未通知对方为由不予受理。

**8. 问:一方当事人认为符合合同解除条件,但并未起诉请求解除合同,或者认为合同已经解除,而起诉请求对方承担恢复原状、采取其他补救措施、赔偿损失等合同解除的法律责任,审理后查明其解除合同之主张并未通知对方或者通知并未到达对方的,如何处理?**

**答:**审理中查明解除合同之主张并未通知对方或者通知并未到达对方的,应当告知当事人可以增加解除合同之诉讼请求。告知后,当事人仍不请求解除合同的,应当驳回其诉讼请求。当事人增加解除合同之诉讼请求的,人民法院可以另行给予双方当事人一

定的举证期限。

**9. 问:**根据《合同法》第二百八十七条,建设工程合同一章没有规定的,适用承揽合同的有关规定,而《合同法》第二百六十八条规定,定作人可以随时解除承揽合同。建设工程施工合同的发包人能否据此行使任意解除权?

**答:**发包人行使解除权必须符合最高人民法院《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》第八条的规定,不宜任意扩大解除权的行使。

**10. 问:**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,发包人以工程质量不符合约定为由请求减少支付工程价款的,是否必须反诉?工程未经竣工验收交付使用的,发包人以工程质量不符合约定为由请求减少支付工程款,应予支持?

**答:**发包人可以以此抗辩,请求在工程价款中扣减修理、返工或者改建的合理费用;也可以提起反诉,请求承包人支付修理、返工或者改建的合理费用。但发包人要求承包人赔偿因工程质量不符合约定而造成的其他财产或者人身损害的,应当提起反诉。

工程未经竣工验收,发包人擅自使用后,又以质量不符合约定为由请求减少支付工程价款的,不予支持。

**11. 问:**建设工程质量不合格,发包人拒绝由承包人修复而另行委托他人修复的,承包人是否承担修复费用?

**答:**因承包人的原因造成建设工程质量不合格的,承包人应当承担合理的修复费用。发包人无正当理由拒绝由承包人修复而另请他人修复的,因另请他人而增加的费用不应由承包人承担。

**12. 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》第十二条第二款规定,造成建设工程质量缺陷,“承包人有过错的,也应当承担相应的过错责任”,应如何理解?

**答:**承包人具有下列情形的,应当认定其有过错:(1) 承包人明知发包人提供的工程设计有问题或者在施工中发现设计文件和图纸有差错,而没有及时提出意见和建议,并继续进行施工的;(2) 对发包人提供的建筑材料、建筑构配件、设备等未按规定进行检验或者检验不合格仍予以使用的;(3) 对发包人提出的违反法律、行政法规和建筑工程质量、安全标准,降低工程质量要求,未拒绝而进行施工的。

**13. 问:**承包人已经提交竣工验收报告,发包人拖延验收,而验收后工程质量不合格需要返工的,能否以承包人提交验收报告之日为竣工日期?

**答:**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》第十四条第(二)项规定的:“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”是指工程经竣工验收合格的情形。发包人拖延验收,而验收的工程质量不合格,经修改后才通过竣工验收,当事人对建设工程实际竣工日期有争议的,以承包人修改后提请发包人验收之日作为竣工日期。但在计算承包人的实际施工工期时,应当扣除发包人拖延验收的期间。

**14. 问:**当事人约定发包人收到竣工结算文件后一定期限内应予答复,但未明确约定不答复即视为认可竣工结算文件,发包人未在约定的期限内答复,承包人请求以其提交的竣工结算文件作为结算依据的,应予支持?承包人提交的竣工结算资料不完整,发包人未在约定期限内答复的,如何处理?如果当事人未约定答复期限,能否根据建设部《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第十六条第一款第二项和第二款的规定,认定双方约定的答复期限为28日?

**答:**当事人约定发包人收到竣工结算文件后一定期限内应予答复,但未明确约定不答复即视为认可竣工结算文件的,若发包人未在约定的期限内答复,承包人提交的竣工结算文件不能作为工程造价的结算依据。承包人提交的竣工结算资料不完整的,发包人应在约定的期限内告知承包人,发包人未告知的,视为在约定的期限内不予答复。当事人未约定发包人的答复期限的,不应推定其答复期限。

**15. 问:**施工过程中,发包方工作人员确认的工程量以及价款等的签证能否作为工程价款的结算依据?

**答:**双方当事人对有权进行工程量和价款等予以签证、确认的具体人员有约定的,除该具体人员及法定代表人外,他人对工程量和价款等所作的签证、确认不能作为工程价款的结算依据;没有约定的,发包人应对其工作人员的职务行为承担民事责任,但发包人有证据证明承包人明知该工作人员无相应权限的,该工作人员签证的内容对发包人不发生法律效力。

**16. 问:**人民法院在审理建设工程施工合同案件时,是否可以主动对工程造价进行鉴定?当事人不申请鉴定导致工程价款无法确定的,如何处理?

**答:**除依照最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》属于应当由人民法院调查收集的证据外,人民法院对工程造价进行鉴定应当依照当事人的申请进行。工程造价需经鉴定才能确定的,人民法院应当告知负有举证责任的当事人在一定期限内提出鉴定申请,负有举证责任的当事人拒不申请的,应承担由此产生的不利后果。

**17. 问:**当事人对付款时间没有约定或者约定不明的, 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》第十八条规定的应付款时间是否可以作为承包人主张工程款的诉讼时效起算时间?

**答:**当事人对付款时间没有约定或者约定不明, 承包人请求发包人支付工程价款的, 诉讼时效从建设工程交付之日起算。

**18. 问:**建设工程施工合同约定, 工程竣工验收合格后支付工程款, 但工程完工后, 发包人拒不验收或者不组织验收, 承包人起诉要求支付工程款的, 如何处理?

**答:**工程完工后, 发包人无正当理由不依照法律规定或者合同约定进行竣工验收的, 视为恶意阻止付款条件成就, 其应当履行验收或者组织验收义务之日为付款条件成就之日。

**19. 问:**建设工程施工过程中, 因设计变更或者遇特殊地质情况等客观原因, 当事人另行签订合同, 变更了中标合同的内容, 是否仍应以中标合同作为结算工程价款的依据?

**答:**建设工程施工合同履行过程中, 因设计变更或者遇特殊地质情况等客观原因导致工程量增减, 当事人协商一致对中标合同的内容进行修改, 属于正常行使合同变更权, 修改后的合同可以作为结算工程价款的依据。

**20. 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》是否适用于城镇个人自建房屋、农村建房合同或者房屋建筑之外的其他工程施工合同?

**答:**城镇个人自建房屋适用该司法解释, 但农村建房不适用该司法解释, 农村建筑活动由国务院《村庄和集镇规划建设管理条例》及相关法律、法规调整。桥梁、铁路、公路、码头、堤坝等构筑物工程、线路管道和设备安装工程以及构成专业承包的建筑装饰装修工程等施工合同适用该司法解释。