各级法院审理建设工程类纠纷规范性文件汇编

（2023 年版）

律行天下　编

二〇二三年一月

参编者：曹荡荡 陈鑫范 陈姗姗 杜玉明
姜亚成 李明剑 刘移 孟益舜 潘燕 陶鸿
汤燕南 王洪兴 王子硕 吴非 薛鹏 杨松
郑立钧 周朝阳 周苗苗 周天保 朱永超
（按姓氏拼音排列）

团队简介

律行天下团队汇集了一批在建设工程（工程总承包）、房地产领域拥有专业知识和丰富经验的律师，旨在为客户提供建设工程（工程总承包）、房地产诉讼与非诉、建筑企业与房地产开发企业法律顾问、工程项目部专项法律顾问等一站式综合法律服务。



陈鑫范 律师　　律行天下团队负责人

北京中伦（杭州）律师事务所合伙人

英国皇家特许建造师（MCIOB）

2023 The Legal 500 推荐律师

律商联讯首届「40 位 40 岁以下精英」

杭州市律师协会建设工程专业委员会副主任

中国国际经济贸易仲裁委员会建设工程评审专家

浙江省建筑业行业协会建设工程领域争议评审专家

常设中国建设工程法律论坛第八、第十、第十二工作组成员

上海、深圳、台州、青岛、天津等地仲裁委员会仲裁员

执业以来，一直专注于工程和项目开发、争议解决、基础设施投融资（BT/BOT/PPP）等业务领域，拥有丰富的国有土地出让和转让、房地产开发、建设工程等法律实践经验，不仅精通房地产和建设工程行业的法律法规，并且具有深厚的房地产和建设工程相关专业知识，擅长房地产和建设工程法律业务。承办过多起国有土地使用权出让、转让合同、商品房买卖合同、房地产开发、建设工程施工合同等的诉讼和非诉讼法律服务。

主要著述

出版《工程总承包法律应用实务》《最高人民法院建设工程施工合同司法解释（二）实务操作与案例精解》，参著《中国建设工程施工合同法律全书词条释义与实务指引》《建设工程总承包合同纠纷裁判指引》《建设工程勘察设计合同纠纷裁判指引》；

《勘察设计合同采用固定价方式计价的核心风险分析》载《勘察设计杂志》（2022 年 5 月总第 356 期）；

《合同条款使用列举式表述的风险探析及建议——以施工企业项目部负责人超授权范围变更管辖法院为例》载《建筑时报》（2022 年 1 月 27 日）；

《推行 EPC 工程总承包模式的困境与对策》载《中国勘察设计》（2020 年 11 月）、《浙江建筑业》（2020 年 8 月总第 376 期）；

《土地使用权出让合同的混合属性解析及其司法救济适用——基于双阶理论的思考与修正》载《北京科技大学学报（社会科学版）》第 35 卷第 4 期；

《维护建筑市场秩序，保护企业合法权益》载《建筑时报》（2018 年 1 月 29 日）。

前　言

随着《民法典》的颁布施行，最高人民法院配套修改了最高人民法院《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）》。实践中，因建设工程领域新问题、新情况层出不穷，各地人民法院针对同一问题，又常常做法各异，同案不同判的现象极为突出。在这样的大背景下，为了让从事和热爱建设工程法律工作的朋友们更好地了解各地人民法院关于建设工程纠纷案件的指导意见，本团队收集整理了全国各级法院发布的关于建设工程纠纷案件的规范性文件，对《各级法院审理建设工程纠纷案件规范性文件汇编》（2022 年版）进行了修订，同时添加了 2022 年以来各级人民法院发布的最新指导意见，从而形成了体例更为科学，内容更为完整的《各级法院审理建设工程纠纷案件规范性文件汇编》（2023 年版）。

需要说明的是：1. 由于《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》已失效，本汇编同步删除了《最高人民法院〈关于对人民法院调解书中未写明建设工程款有优先受偿权应如何适用法律问题的请示〉的复函》《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》；2. 根据广东省高级人民法院 2020 年 12 月 31 日发布的《广东省高级人民法院关于废止部分审判业务文件的决定》（粤高法[2020]132 号）本汇编删除了《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》《广东省高级人民法院 2012 年全省民事审判工作会议纪要》等文件；3. 由于部分法院的规范性文件未正式向社会公布，本团队在收集过程中只能借助网络，因此，错误和遗漏在所难免，望朋友们在使用过程中慎重。欢迎大家向我们提出汇编中的错误与不足，以便于我们在下一期的汇编中改正。

本汇编由律行天下团队搜集整理，仅供参考，转发、转载请注明出处。

欢迎关注我们

律行天下团队

目　录

一、最高人民法院 **1**

1.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） 1

2.最高人民法院关于依法妥善审理新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（二） 8

3.2019 年全国法院民商事审判工作会议纪要（节选） 9

4.第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要（节选） 10

5.最高人民法院民一庭负责人就《第八次全国法院民事商事审判工作会议纪要》答记者问（节选）
..... 12

6.对最高人民法院《全国民事审判工作会议纪要》第 59 条作出进一步释明的答复 13

7.2015 年全国民事审判工作会议纪要（节选） 15

8.2011 年全国民事审判工作会议纪要（节选） 19

9.最高人民法院关于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（节选） 22

10.最高人民法院民一庭关于实际施工的人能否向与其无合同关系的转包人、违法分包人主张工程款问题的电话答复 24

11.最高人民法院关于人民法院在审理建设工程施工合同纠纷案件中如何认定财政评审中心出具的审核结论问题的答复 25

12.最高人民法院民事审判庭关于发包人收到承包人竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，是否视为认可竣工结算文件的复函 26

13.最高人民法院关于装修装饰工程款是否享有合同法第 286 条规定的优先受偿权的函复 ... 27

14.最高人民法院关于山东省青岛东方铁塔集团有限公司与河南省延津县广播电视局建设工程施工合同纠纷一案指定管辖的通知 28

15.最高人民法院关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确认的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何适用法律问题的电话答复意见 29

16.最高人民法院关于对县级以上人民政府设立的建设工程质量监督站是否应由计量行政主管部门进行计量认证问题的请示的答复 30

17.最高人民法院经济审判庭关于国营黄羊河农场与榆中县第二建筑工程公司签订的两份建筑承包合同的效力认定问题的复函 31

18.最高人民法院经济审判庭关于建筑工程承包合同纠纷中工期问题的电话答复 32

二、北京地区法院 **34**

19.北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答 34
20.北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答之五（试行）（节选） 45
21.北京市第一中级人民法院《对民事审判中部分执法不统一问题的规范意见》（节选） ... 46
三、江苏地区法院..... 51
22.江苏省高级人民法院民事审判第六庭关于建设工程施工合同纠纷案件诉讼指引 51
23.江苏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解答 58
24.江苏省高级人民法院民一庭建设工程施工合同纠纷案件司法鉴定操作规程 65
25.江苏省高级人民法院全省民事审判工作例会会议纪要（节选） 74
26.江苏省高级人民法院、江苏省住房和城乡建设厅关于建立化解建设工程合同纠纷案件联动机制的意见 77
27.江苏省高级人民法院关于买卖合同纠纷案中当事人行为是否构成表见代理认定问题的纪要84
28.江苏省高级人民法院 2009 年审判工作座谈会纪要（节选） 86
29.江苏省高级人民法院民二庭宏观经济形势变化下的商事司法问题研究（节选） 88
30.江苏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 91
31.江苏省高级人民法院建设工程施工合同案件审理指南 96
32.江苏高院建设工程施工合同纠纷案件委托鉴定工作指南 117
33.苏州中级人民法院民二庭关于涉建工程中项目经理等对外从事买卖、租赁等民事行为的责任认定 122
34.南通市中级人民法院关于当前宏观经济形势下建筑施工企业经营法律风险防范提示 128
35.南通市中级人民法院关于建设工程实际施工人对外从事商事行为引发纠纷责任认定问题的指导意见（试行） 144
36.连云港中级人民法院民二庭关于职务行为认定的讨论意见 149
37.盐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 152
38.徐州中院进一步规范关于审理建设工程施工合同纠纷案件的若干问题 157
39.宿迁市中级人民法院关于涉建设工程商事纠纷案件责任主体承担问题的指导意见 169
40.淮安市中级人民法院关于审理建设工程施工合同相关纠纷案件若干问题的指导意见(试行）. 174
四、浙江地区法院..... 179
41.浙江省高级人民法院关于省十三届人大三次会议绍 2 号建议的答复 179
42.浙江省高级人民法院民二庭关于审理涉建筑施工企业项目部纠纷的疑难问题解答 182

43.浙江省高级人民法院民事审判第二庭关于审理涉新冠肺炎疫情相关商事纠纷的若干问题解答（节选） 186
44.浙江省高级人民法院关于规范涉新冠肺炎疫情相关民事法律纠纷的实施意见（试行）（节选） 189
45.浙江省高级人民法院浙江省人民检察院浙江省公安厅关于办理建筑施工企业从业人员犯罪案件若干法律适用问题的会议纪要 191
46.浙江省高级人民法院民事审判第一庭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 194
47.浙江省高级人民法院执行局执行中处理建设工程价款优先受偿权有关问题的解答 199
48.浙江省高级人民法院关于审理建筑领域职务犯罪和经济犯罪案件若干问题的解答 201
49.杭州市中级人民法院民一庭关于审理建设工程及房屋相关纠纷案件若干实务问题的解答（节选） 204
50.绍兴中院关于涉新冠肺炎疫情建设工程合同纠纷指导意见 209
51.绍兴市中级人民法院关于审理建筑领域民商事纠纷案件若干问题的纪要 212
52.绍兴市中级人民法院民事审判庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见(试行) 217
53.金华市中级人民法院关于建设工程审价委托管理的若干规定 223
54.金华市中级人民法院民事审判若干疑难问题讨论纪要（节选） 226
五、上海地区法院 231
55.上海市高级人民法院关于执行《关于法院司法委托鉴定收费标准和工作时限的约定》的通知（节选） 231
六、安徽地区法院 233
56.安徽省高级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指导意见 233
57.安徽省高级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指导意见（二） 236
58.安徽省高级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指导意见 240
59.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） 243
七、广东地区法院 248
60.广东高院关于审理建设工程合同纠纷案件疑难问题的解答 248
61.广东省高级人民法院民二庭关于民商事审判实践中有关疑难法律问题的解答意见（节选） .

.....254
62.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.....256
八、四川地区法院.....261
63.四川省高级人民法院关于印发《关于建立工程建设领域民事司法与行政执法衔接联动工作机制的意见》的通知.....261
64.四川省高级人民法院民事审判第一庭关于印发《关于涉新冠肺炎疫情相关民事案件审理的法官会议纪要》的通知（节选）.....265
65.四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.....272
66.四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....285
九、重庆地区法院.....287
67.重庆市高级人民法院 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问题的解答.....287
68.重庆市高级人民法院民一庭关于审理涉新型冠状病毒肺炎疫情民事案件若干问题的解答（节选）.....293
69.重庆市高级人民法院民一庭关于建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答.....295
70.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.....303
71.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）.....311
72.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）.....316
73.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.....318
74. 重庆市高级人民法院民一庭关于建设工程施工合同纠纷中的法律适用问题解答（一）.323
十、山东地区法院.....328
75.山东高院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答.....328
76.山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解答.....333
77.山东高院民一庭涉疫情建设工程合同纠纷案件法官会议纪要.....336
78.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）.....338
79.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）.....344
80.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）.....347
81.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.....351
82.济南市中级人民法院民五庭关于建设工程合同纠纷案件工程造价等专门性问题鉴定程序的指

导意见 358
83.山东省济南市中级人民法院关于建设工程施工合同纠纷案件法律适用问题研讨会纪要 .. 361
十一、其他地区法院（仲裁委）..... 367
84.陕西省高级人民法院关于审理设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答 367
85.湖南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解答 371
86.湖南省高级人民法院关于印发《关于涉新型冠状病毒感染肺炎疫情案件法律适用若干问题的解答》的通知（节选）..... 377
87.内蒙古自治区高级人民法院关于审理涉新冠肺炎疫情民商事案件相关问题的指引（节选）. 378
88.河北省高级人民法院建设工程施工合同案件审理指南 380
89.河南省高院关于实际施工人相关问题的会议纪要 389
90.河南省高级人民法院关于强化建筑领域纠纷案件实质性化解的工作指引 394
91.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） 397
92.湖北省高级人民法院 2004 年民事审判工作座谈会会议纪要(节选) 399
93.福建高院关于建设工程施工合同纠纷疑难问题解答 401
94.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 417
95.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） 422
96.广西壮族自治区高级人民法院民一庭关于印发《关于妥善审理涉新冠肺炎疫情相关民事纠纷的指导意见》的通知（节选）..... 424
97.广西壮族自治区高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件涉及到实际施工人若干问题的解答 426
98.广西壮族自治区高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件中有关司法鉴定问题的解答 428
99.天津市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件相关问题的审判委员会纪要 .. 430
100.天津仲裁委员会建设工程施工合同纠纷案件仲裁指引 433
101.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 440

各级法院审理建设工程类纠纷规范性文件汇编

一、最高人民法院

1. 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）

【发文字号】法释[2020]25号

【生效日期】2021年01月01日

为正确审理建设工程施工合同纠纷案件，依法保护当事人合法权益，维护建筑市场秩序，促进建筑市场健康发展，根据《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国招标投标法》《中华人民共和国民事诉讼法》等相关法律规定，结合审判实践，制定本解释。

第一条 建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：

（一）承包人未取得建筑业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标而未招标或者中标无效的。

承包人因转包、违法分包建设工程与他人签订的建设工程施工合同，应当依据民法典第一百五十三条第一款及第七百九十一条第二款、第三款的规定，认定无效。

第二条 招标人和中标人另行签订的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。

招标人和中标人在中标合同之外就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、向建设单位捐赠财物等另行签订合同，变相降低工程价款，一方当事人以该合同背离中标合同实质性内容为由请求确认无效的，人民法院应予支持。

第三条 当事人以发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手续为由，请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院应予支持，但发包人在起诉前取得建设工程规划许可证等规划审批手续的除外。

发包人能够办理审批手续而未办理，并以未办理审批手续为由请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院不予支持。

第四条 承包人超越资质等级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，人民法院不予支持。

第五条 具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人签订的劳务分包合同，当事人请求确认无效的，人民法院依法不予支持。

第六条 建设工程施工合同无效，一方当事人请求对方赔偿损失的，应当就对方过错、损失大小、过错与损失之间的因果关系承担举证责任。

损失大小无法确定，一方当事人请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小的，人民法院可以结合双方过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素作出裁判。

第七条 缺乏资质的单位或者个人借用有资质的建筑施工企业名义签订建设工程施工合同，发包人请求出借方与借用方对建设工程质量不合格等因出借资质造成的损失承担连带赔偿责任的，人民法院应予支持。

第八条 当事人对建设工程开工日期有争议的，人民法院应当分别按照以下情形予以认定：

（一）开工日期为发包人或者监理人发出的开工通知载明的开工日期；开工通知发出后，尚不具备开工条件的，以开工条件具备的时间为开工日期；因承包人原因导致开工时间推迟的，以开工通知载明的时间为开工日期。

（二）承包人经发包人同意已经实际进场施工的，以实际进场施工时间为开工日期。

（三）发包人或者监理人未发出开工通知，亦无相关证据证明实际开工日期的，应当综合考虑开工报告、合同、施工许可证、竣工验收报告或者竣工验收备案表等载明的时间，并结合是否具备开工条件的事实，认定开工日期。

第九条 当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，人民法院应当分别按照以下情形予以认定：

（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。

第十条 当事人约定顺延工期应当经发包人或者监理人签证等方式确认，承包人虽未取得工期顺延的确认，但能够证明在合同约定的期限内向发包人或者监理人申请过工期顺延且顺延事由符合合同约定，承包人以此为由主张工期顺延的，人民法院应予支持。

当事人约定承包人未在约定期限内提出工期顺延申请视为工期不顺延的，按照约定处理，但发包人在约定期限后同意工期顺延或者承包人提出合理抗辩的除外。

第十一条 建设工程竣工前，当事人对工程质量发生争议，工程质量经鉴定合格的，鉴定期间为顺延工期期间。

第十二条 因承包人的原因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，发包人请求减少支付工程价款的，人民法院应予支持。

第十三条 发包人具有下列情形之一，造成建设工程质量缺陷，应当承担过错责任：

（一）提供的设计有缺陷；

（二）提供或者指定购买的建筑材料、建筑构配件、设备不符合强制性标准；

（三）直接指定分包人分包专业工程。

承包人有过错的，也应当承担相应的过错责任。

第十四条 建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，人民法院不予支持；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。

第十五条 因建设工程质量发生争议的，发包人可以以总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。

第十六条 发包人在承包人提起的建设工程施工合同纠纷案件中，以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由，就承包人支付违约金或者赔偿修理、返工、改建的合理费用等损失提出反诉的，人民法院可以合并审理。

第十七条 有下列情形之一，承包人请求发包人返还工程质量保证金的，人民法院应予支持：

（一）当事人约定的工程质量保证金返还期限届满；

（二）当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自建设工程通过竣工验收之日起满二年；

（三）因发包人原因建设工程未按约定期限进行竣工验收的，自承包人提交工程竣工验收报告九十日后当事人约定的工程质量保证金返还期限届满；当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自承包人提交工程竣工验收报告九十日后起满二年。

发包人返还工程质量保证金后，不影响承包人根据合同约定或者法律规定履行工程保修义务。

第十八条 因保修人未及时履行保修义务，导致建筑物毁损或者造成人身损害、财产损失的，保修人应当承担赔偿责任。

保修人与建筑物所有人或者发包人对建筑物毁损均有过错的，各自承担相应的责任。

第十九条 当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款。

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。

建设工程施工合同有效，但建设工程经竣工验收不合格的，依照民法典第五百七十七条规定处理。

第二十条 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。

第二十一条 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。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的，人民法院应予支持。

第二十二条 当事人签订的建设工程施工合同与招标文件、投标文件、中标通知书载明的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款不一致，一方当事人请求将招标文件、投标文件、中标通知书作为结算工程价款的依据的，人民法院应予支持。

第二十三条 发包人将依法不属于必须招标的建设工程进行招标后，与承包人另行订立的建设工程施工合同背离中标合同的实质性内容，当事人请求以中标合同作为结算建设工程价款依据的，人民法院应予支持，但发包人与承包人因客观情况发生了在招标投标时难以预见的变化而另行订立建设工程施工合同的除外。

第二十四条 当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的，人民法院应予支持。

实际履行的合同难以确定，当事人请求参照最后签订的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的，人民法院应予支持。

第二十五条 当事人对垫资和垫资利息有约定，承包人请求按照约定返还垫资及其利息的，人民法院应予支持，但是约定的利息计算标准高于垫资时的同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率的部分除外。

当事人对垫资没有约定的，按照工程欠款处理。

当事人对垫资利息没有约定，承包人请求支付利息的，人民法院不予支持。

第二十六条 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。没有约定的，按照同期同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率计息。

第二十七条 利息从应付工程价款之日开始计付。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：

（一）建设工程已实际交付的，为交付之日；

（二）建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；

（三）建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。

第二十八条 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，人民法院不予支持。

第二十九条 当事人在诉讼前已经对建设工程价款结算达成协议，诉讼中一方当事人申请对工程造价进行鉴定的，人民法院不予准许。

第三十条 当事人在诉讼前共同委托有关机构、人员对建设工程造价出具咨询意见，诉讼中一方当事人不认可该咨询意见申请鉴定的，人民法院应予准许，但双方当事人明确表示受该咨询意见约束的除外。

第三十一条 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。

第三十二条 当事人对工程造价、质量、修复费用等专门性问题有争议，人民法院认为需要鉴定的，应当向负有举证责任的当事人释明。当事人经释明未申请鉴定，虽申请鉴定但未支付鉴定费用或者拒不提供相关材料的，应当承担举证不能的法律后果。

一审诉讼中负有举证责任的当事人未申请鉴定，虽申请鉴定但未支付鉴定费用或者拒不提供相关材料，二审诉讼中申请鉴定，人民法院认为确有必要的，应当依照民事诉讼法第一百七十条第一款第三项的规定处理。

第三十三条 人民法院准许当事人的鉴定申请后，应当根据当事人申请及查明案件事实的需要，确定委托鉴定的事项、范围、鉴定期限等，并组织当事人对争议的鉴定材料进行质证。

第三十四条 人民法院应当组织当事人对鉴定意见进行质证。鉴定人将当事人有争议且未经质证的材料作为鉴定依据的，人民法院应当组织当事人就该部分材料进行质证。经质证认为不能作为鉴定依据的，根据该材料作出的鉴定意见不得作为认定案件事实的依据。

第三十五条 与发包人订立建设工程施工合同的承包人，依据民法典第八百零七条的规定请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

第三十六条 承包人根据民法典第八百零七条规定享有的建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权。

第三十七条 装饰装修工程具备折价或者拍卖条件，装饰装修工程的承包人请求工程价款就该装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

第三十八条 建设工程质量合格，承包人请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

第三十九条 未竣工的建设工程质量合格，承包人请求其承建工程的价款就其承建工程部分折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

第四十条 承包人建设工程价款优先受偿的范围依照国务院有关行政主管部门关于建设工程价款范围的规定确定。

承包人就逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等主张优先受偿的，人民法院不予支持。

第四十一条 承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过十八个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。

第四十二条 发包人与承包人约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权，损害建筑工人利益，发包人根据该约定主张承包人不享有建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持。

第四十三条 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。

实际施工人以发包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，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。

第四十四条 实际施工人依据民法典第五百三十五条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权或者与该债权有关的从权利，影响其到期债权实现，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。

第四十五条 本解释自 2021 年 1 月 1 日起施行。

2. 最高人民法院关于依法妥善审理新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（二）

【发文字号】法发[2020]17 号

【生效日期】2020 年 05 月 15 日

……

7.疫情或者疫情防控措施导致承包方未能按照约定的工期完成施工，发包方请求承包方承担违约责任的，人民法院不予支持；承包方请求延长工期的，人民法院应当视疫情或者疫情防控措施对合同履行的影响程度酌情予以支持。

疫情或者疫情防控措施导致人工、建材等成本大幅上涨，或者使承包方遭受人工费、设备租赁费等损失，继续履行合同对承包方明显不公平，承包方请求调整价款的，人民法院应当结合案件的实际情况，根据公平原则进行调整。

……

3. 2019年全国法院民商事审判工作会议纪要（节选）

【发文字号】法〔2019〕254号

【生效日期】2019年11月08日

……

三、关于合同纠纷案件的审理

……

52.【高利转贷】民间借贷中，出借人的资金必须是自有资金。出借人套取金融机构信贷资金又高利转贷给借款人的民间借贷行为，既增加了融资成本，又扰乱了信贷秩序，根据民间借贷司法解释第14条第1项的规定，应当认定此类民间借贷行为无效。人民法院在适用该条规定时，应当注意把握以下几点：一是要审查出借人的资金来源。借款人能够举证证明在签订借款合同时出借人尚欠银行贷款未还的，一般可以推定为出借人套取信贷资金，但出借人能够举反证予以推翻的除外；二是从宽认定“高利”转贷行为的标准，只要出借人通过转贷行为牟利的，就可以认定为是“高利”转贷行为；三是对该条规定的“借款人事先知道或者应当知道的”要件，不宜把握过苛。实践中，只要出借人在签订借款合同时存在尚欠银行贷款未还事实的，一般可以认为满足了该条规定的“借款人事先知道或者应当知道”这一要件。

53.【职业放贷人】未依法取得放贷资格的以民间借贷为业的法人，以及以民间借贷为业的非法人组织或者自然人从事的民间借贷行为，应当依法认定无效。同一出借人在一定期间内多次反复从事有偿民间借贷行为的，一般可以认定为是职业放贷人。民间借贷比较活跃的地方的高级人民法院或者经其授权的中级人民法院，可以根据本地区的实际情况制定具体的认定标准。

……

4. 第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要（节选）

【发文字号】法[2016]399 号

【生效日期】2016 年 11 月 21 日

2015 年 12 月 23 日至 24 日，最高人民法院在北京召开第八次全国法院民事商事审判工作会议。中共中央政治局委员、中央政法委书记孟建柱同志专门作出重要批语。最高人民法院院长周强出席会议并讲话。各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院以及计划单列市中级人民法院派员参加会议。中央政法委、全国人大常委会法工委、国务院法制办等中央国家机关代表，部分全国人大代表、全国政协委员、最高人民法院特邀咨询员、最高人民法院特约监督员以及有关专家学者应邀列席会议。

这次会议是在党的十八届五中全会提出“十三五”规划建议新形势下召开的一次重要的民事商事审判工作会议。对于人民法院主动适应经济社会发展新形势新常态，更加充分发挥审判工作职能，为推进“十三五”规划战略布局，实现全面建成小康社会“第一个百年目标”提供有力司法保障，具有重要而深远的历史意义。通过讨论，对当前和今后一段时期更好开展民事审判工作形成如下纪要。

……

七、关于建设工程施工合同纠纷案件的审理

经济新常态形势下，因建设方资金缺口增大，导致工程欠款、质量缺陷等纠纷案件数量持续上升。人民法院要准确把握法律、法规、司法解释规定，调整建筑活动中个体利益与社会利益冲突，维护社会公共利益和建筑市场经济秩序。

（一）关于合同效力问题

30.要依法维护通过招投标所签订的中标合同的法律效力。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，应认定无效。对于约定无效后的工程价款结算，应依据建设工程施工合同司法解释的相关规定处理。

（二）关于工程价款问题

31.招标人和中标人另行签订改变工期、工程价款、工程项目性质等影响中标结果实质性内容的协议，导致合同双方当事人就实质性内容享有的权利义务发生较大变化的，应认定为变更中标合同实质性内容。

（三）关于承包人停（窝）工损失的赔偿问题

32.因发包人未按照约定提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，隐蔽工程在隐蔽之前，承包人已通知发包人检查，发包人未及时检查等原因致使工程中途停、缓建，发包人应当赔偿因此给承包人造成的停（窝）工损失，包括停（窝）工人员人工费、机械设备窝工费和因窝工造成设备租赁费用等停（窝）工损失。

（四）关于不履行协作义务的责任问题

33.发包人不履行告知变更后的施工方案、施工技术交底、完善施工条件等协作义务，致使承包人停（窝）工，以至难以完成工程项目建设的，承包人催告在合理期限内履行，发包人逾期仍不履行的，人民法院视违约情节，可以依据合同法第二百五十九条、第二百八十三条规定裁判顺延工期，并有权要求赔偿停（窝）工损失。

34.承包人不履行配合工程档案备案、开具发票等协作义务的，人民法院视违约情节，可以依据合同法第六十条、第一百零七条规定，判令承包人限期履行、赔偿损失等。

第八次全国法院民事商事审判工作会议针对新情况、新问题，在法律与司法解释尚未明确规定的情况下，就民事审判中的热点难点问题提出处理意见，对于及时满足民事审判实践需求，切实统一裁判思路、标准和尺度，有效化解各类矛盾纠纷，具有重要指导意义。对于纪要规定的有关问题，在充分积累经验并被证明切实可行时，最高人民法院将及时制定相关司法解释。各级人民法院要紧密团结在以习近平同志为核心的党中央周围，牢固树立政治意识、大局意识、核心意识、看齐意识，充分发挥审判职能，为全面推进“十三五”规划提供有力司法保障，为如期实现全面建成小康社会作出更大贡献。

5. 最高人民法院民一庭负责人就《第八次全国法院民事商事审判工作会议纪要》答记者问（节选）

（2016 年 12 月 1 日）

日前，最高人民法院出台了《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》（以下简称《八民会纪要（民事部分）》）。值此《八民会纪要（民事部分）》公布之际，最高人民法院民一庭负责人就《八民会纪要（民事部分）》的有关问题接受了记者的采访。

……

问：建设工程案件专业性很强，请您谈谈《八民会纪要（民事部分）》对这类案件的审理有什么新的思路？

答：据统计，全国每年建设工程合同纠纷案件虽然数量不大，但因其专业性、复杂性特点，历来是民事审判工作的难点。建设工程案件审理的专业化是目前国际上的通行做法，也应该是今后发展的方向。

建设工程领域的强制性标准比较多，这是保证建筑工程质量，保障人民生命财产安全所必须的。针对目前建筑市场招投标实际情况，《八民会纪要（民事部分）》明确提出，要依法维护中标合同的法律效力，对违反招投标法规定，变更中标合同实质性内容的约定，不予保护。

承包人停（窝）工损失赔偿问题是建设工程合同纠纷案件审理中的难点，《八民会纪要（民事部分）》专门对此进行了明确。《合同法》规定了三种造成工程停（窝）工的情形，司法实践中，符合三种法定情形造成工程停（窝）工的情况较多，但是，判决由发包人承担赔偿责任的案例并不多，保护停（窝）工受损方合法权益力度不够。法律适用难点主要集中在如何计算停（窝）工损失数额以及如何认定停（窝）工损失与过错方之间的因果关系等方面，特别是窝工造成生产效率低速运转损失的计算难度较大。为此，《八民会纪要（民事部分）》第 32 条对此作出了原则性规定。今后，我们还要不断积累审判实践经验，进一步丰富相关裁判规则。

6. 对最高人民法院《全国民事审判工作会议纪要》第59条作出进一步释明的答复

（2014年4月11日）

网友在《建筑领域确认劳动关系之我见》一文中对建筑行业大量存在的转包、分包引发的劳动关系问题进行了分析，并结合（法办[2011]42号）《全国民事审判工作会议纪要》（以下简称《纪要》）第59条和（劳社部发[2005]12号）《关于确立劳动关系有关事项的通知》（以下简称《通知》）第4条作了比较，得出了这两个文件规定的内容并不冲突的结论，并阐述了自己的理由。应当说，您对上述问题的见解是有一定道理的，说明您对这一领域存在的问题有一定的研究，并希望能够解决这一实践中较为棘手的问题。

关于实际施工人招用的劳动者与承包人也就是建筑施工企业之间是否存在劳动关系，理论与实践中存在两种截然相反的观点：第一种观点认为，实际施工人与其招用的劳动者之间应认定为雇佣关系，但实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人与劳动者之间既不存在雇佣关系，也不存在劳动关系。理由是：建筑施工企业与实际施工人之间只是分包、转包关系，劳动者是由实际施工人雇用的，其与建筑施工企业之间并无建立劳动关系或雇佣关系的合意。另一种观点则认为，应认定实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人与劳动者之间存在劳动关系，因为认定他们之间存在劳动关系，有利于对劳动者保护。

我们同意第一种观点。主要理由如下：

首先，实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人与劳动者之间并没有丝毫的建立劳动关系的意思表示，更没有建立劳动关系的合意。我国《劳动合同法》第三条明确规定，建立劳动关系必须遵循自愿原则。自愿就是指订立劳动合同完全是出于劳动者和用人单位双方的真实意志，是双方协商一致达成的，任何一方不得将自己的意志加给另一方。自愿原则包括：订不订立劳动合同由双方自愿、与谁订立劳动合同由双方自愿、合同的内容取决于双方的自愿。现实生活中，劳动者往往不知道实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、转包人或分包人是谁，承包人、转包人或分包人同样也不清楚该劳动者是谁，是否实际为其工程提供了劳务。在这种完全缺乏双方合意的情形下，直接认定二者之间存在合法劳动关系，不符合实事求是原则。如果实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人根本没有与劳动者订

立劳动合同的意思，我们通过仲裁或者司法判决方式强行认定他们之间存在劳动关系，则等于违背了《劳动合同法》总则中对自愿原则的规定。

其次，如果认定实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人与劳动者之间存在劳动关系，那么，将由具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人对劳动者承担劳动法上的责任，而实际雇佣劳动者并承担管理职能的实际施工人反而不需要再承担任何法律责任了，这种处理方式显然不符合公平原则。如果我们许可这样做法，实际施工人反而很容易逃避相应的法律责任。此外，如果强行认定实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人与劳动者之间存在劳动关系，还会导致产生一系列无法解决的现实难题：劳动者会要求与承包人、分包人或转包人签订书面劳动合同；要求为其办理社会保险手续；要求支付不签订书面劳动合同而应支付的双倍工资，等等。这些要求显而易见都是不应当得到支持的。

再次，《通知》第 4 条之所以规定可认定承包人、分包人或转包人与劳动者之间存在劳动关系，其用意是惩罚那些违反《建筑法》的相关规定任意分包、转包的建筑施工企业。我们认为，承包人、分包人或转包人违反了《建筑法》的相关规定，应当承担相应的行政责任或民事责任。不能为了达到制裁这种违法发包、分包或者转包行为的目的，就可以任意超越《劳动合同法》的有关规定，强行认定本来不存在的劳动关系。

最后，虽然不认定实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人与劳动者之间存在劳动关系，并不意味着劳动者的民事权益得不到保护。《劳动合同法》第 94 条规定：“个人承包经营者违反本法规定招用劳动者，给劳动者造成损害的，发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。”实践中个人承包经营者（也就是实际施工人）往往没有承担民事责任的足够财力，为了保护劳动者的权益，在劳动者遭受损失时，承包人、分包人或转包人是要承担民事上的连带赔偿责任的。这是有利于对劳动者提供周全保护的。从诉讼程序看，劳动者既可以单独起诉实际施工人，也可以将承包人、分包人或转包人与实际施工人列为共同被告；从实体处理看，劳动者既可以要求实际施工人承担全额或者部分赔偿责任，也可以要求承包人、分包人或转包人承担全额或者部分赔偿责任，还可以要求承包人、分包人或转包人与实际施工人一起承担连带赔偿责任。

7. 2015年全国民事审判工作会议纪要（节选）

【发布日期】2015年04月19日

这是继四年前杭州会议之后召开的又一次重要的民事审判工作会议。这次会议对于去年民事审判工作主动适应形势新变化，更加充分发挥民事审判工作职能，为协调推进“四个全面”战略布局提供有力司法保障具有重要而深刻的意义。通过讨论，与会同志对今后一段时期如何更好开展民事审判工作提出了许多意见和建议，并形成广泛共识。现将有关情况纪要如下：

一、关于民事审判工作的总体要求

会议认为，我国正处于全面建成小康社会、全面深化改革、全面依法治国、全面从严治党的决定性阶段、社会转型和改革的力度不断加大，步伐不断加快，各种社会矛盾凸显。人民法院面临的基于挑战之多前所未有，人民群众对公平正义的呼声之大前所未有，民事审判面对的工作任务之重前所未有。当前和今后一段时期，民事审判工作的主要任务是：深入贯彻落实党的十八大、十八届三中、四中全会精神，深入贯彻落实习近平总书记系列重要讲话精神，紧紧围绕“让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”这一目标，践行司法为民，加强公正司法，为协调推进“四个全面”战略布局提供更加有力的司法保障。民事审判工作的总体要求是：

—— 切实增强大局观念，确保民事审判始终服务党和国家工作大局。充分发挥司法审判的职能作用，以司法裁判的方式化解民事纠纷，以司法解释的方式统一裁判尺度，以司法政策的方式指引民事活动，以司法建议的方式参与社会管理。维护国家长治久安，促进社会公平正义、保障人民安居乐业。

——切实加强公正司法，确保民事审判始终不断提升司法公信力。适应依法治国方略对什么审判工作提出的新要求，进一步解放思想，坚守法治原则不动摇，运用法治理念看待问题，为经济社会发展提供良好法治环境。

——切实强化严格司法，确保民事审判始终保障和促进经济发展。在经济发展新常态形势下，要积极应对经济增速放缓带来的新情况、新问题，依法审理在经济结构调整、转变发展方式过程发生的各类民事案件，为加快建设创新型国家、推动实施国家创新驱动发展战略提供司法服务。

——切实践行司法为民，确保民事审判始终实践群众路线。科学把握新形势下人们群众司法需求的多样性与复杂性，加强诉讼服务性建设，切实解决好群众最关心最直接最现实的利益问题，以强有力的司法手段维护民生、保障民生、改善民生。

——切实推进改革创新，确保民事审判始终坚持改革与发展协同并进。积极推进司法公开，进一步推动民事司法活动阳光化；努力实现民事案件繁简分流；着力拓宽多元化民事争议解决机制；科学谋划四级法院职能定位，强化上级法院对下监督指导；合理发挥人民陪审员审判、监督、联络、宣传作用；严格遵循让审理者裁判、由裁判者负责，逐步完善审判权利运行机制。

——切实重视基础建设，确保民事审判始终倾注基层、强基固本。下大力气抓紧抓好基层法院和人民法院培训工作，不断增强基层民事法官业务能力，着力夯实民事审判的根基。逐步推进以中心法庭为主、社区法庭和巡回审判点为辅的法庭布局，加强巡回审判，方便群众诉讼，不断提高民事司法便民为民利民水平。

——切实提高队伍素质，确保民事审判始终贯穿职业素养的培育。高度重视民事审判队伍思想政治建设，坚持把守纪律讲规矩摆在更加重要的位置来抓，积极培养造就一大批邹碧华式的好法官。采取多种培训方式，努力提升民事法官庭审驾驭、法律适用和裁判文书写作能力。高度重视民事审判队伍党风廉政建设，不断促进法官清正、队伍清廉、司法清明。

……

七、关于建设工程施工合同纠纷案件

会议认为，审理好建设工程施工合同纠纷，对于保证建筑工程质量，保障人民群众生命财产安全，维护农民工等弱势群体的利益，意义重大。经济结构调整的新形势下，建设工程施工合同的纠纷仍将保持高发的态势。要贯彻执行好法律、行政法规和《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》等司法解释的有关规定，并进一步深化对以下问题的认识：

（一）关于合同效力问题

42.就尚未取得建设工程规划许可审批手续的工程，发包人与承包人签订的建设工程施工合同无效。但在一审法庭辩论终结前发包人取得相应审批手续或者经主管部门批准建设的，应当认定合同有效。

43.要依法维护通过招投标所签订的中标合同的法律效力。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，应当认定无效。对于约定无效后的工程价款结算，应依据《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。

（二）关于工程价款问题

44.招标人和中标人另行签订改变工期、工程价款、工程项目性质等影响中标结果实质性内容的协议，导致合同双方当事人就实质内容享有的权利义务发生较大变化的，应认定为变更中标合同实质性内容。

45.中标人作出的以明显低于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设方捐款等承诺，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。

46.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、会议纪要、往来函件、签证丁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。

47.当事人就建设工程订立的施工合同被认定无效后，人民法院经审查，建设工程无规划变更、增加工程量、提高施工标准等情形的，应严格依据《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》第二条的规定精神，参照当事人的合同约定结算工程价款，对于实际施工人申请造价鉴定并据实结算的请求，一般不予支持。

48.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，在结算工程价款时，应当参照当事人真实合意并实际履行的合同约定结算工程价款。无法确定双方当事人真实合意并实际履行合同的，应当结合缔约过错、已完工程质量、利益平衡等因素分配两份或以上合同间的差价确定工程价款。

49.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，一般不予支持。合同约定以审计机关出具的审计意见作为工程价款结算依据的，应当遵循当事人缔约本意，将合同约定的工程价款结算依据确定为真实有效的审计结论。承包人提供证据证明审计机关的审计意见具有不真实、不客观情形，人民法院可

以准许当事人补充鉴定、重新质证或者补充质证等方法纠正审计意见存在的缺陷。上述方法不能解决的，应当准许当事人申请对工程造价进行鉴定。

50.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，要严格依照法律、司法解释的规定进行审查，不能随意扩大《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。

51.实际施工人借用建筑施工企业资质或者挂靠建筑施工企业进行招投标的，如果建设工程出现质量问题，发包人依据《合同法》第一百一十一条规定及《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》第二十五条规定，主张由投标的建筑施工企业和实际施工人承担连带质量保修责任的，人民法院应予支持。

（三）关于建设工程价款优先受偿权问题

52.第一种意见：发包人与承包人在建设工程施工合同中约定承包人预先放弃行使优先受偿权，承包人起诉请求确认上述约定无效的，人民法院应在确定该预先放弃承包人真实意思的基础上，对承包人的请求不予支持。第二种意见：发包人与承包人在建设工程施工合同中约定承包人预先放弃行使优先受偿权，承包人起诉请求确认上述约定无效的，人民法院应对该请求予以支持。

53.第一种意见：建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，实际施工人请求依据合同法第二百八十六条规定对承建的建设工程享有优先受偿权的，应予以支持。第二种意见：建设工程施工合同无效，实际施工人请求对承建的建设工程享有优先受偿权的，不予支持。

……

8. 2011年全国民事审判工作会议纪要（节选）

【发文字号】法办[2011]442号

2011年6月22日至24日，最高人民法院在杭州召开了全国民事审判工作会议。各省、自治区、直辖市高级人民法院和新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院分管民事审判工作的副院长和民一庭庭长，解放军军事法院民庭庭长，以及计划单列市中级人民法院分管民事审判工作的副院长参加了会议。最高人民法院院长王胜俊对本次会议做了重要批示，副院长奚晓明出席会议并讲话。

这次会议是在中国特色社会主义法律体系形成的新形势下召开的，对于在全国民事审判队伍始终坚持社会王义法治理念，更好落实“为大局服务，为人民司法”工作主题，更加充分发挥民事审判工作职能，为全面实施“十二五”规划、全面建设小康社会提供有力司法保障具有重要意义。通过讨论，与会同志对今后一段时期如何更好开展民事审判工作提出了许多意见和建议，并形成广泛共识。现将有关情况纪要如下：

一、关于民事审判工作的总体要求

会议认为，我国正处在深化改革开放，加快转变经济发展方式、深入贯彻落实科学发展观、全面建设小康社会的关键时期，为更好地适应中国特色社会主义法律体系形成的新形势，民事审判工作的总体要求是：

——始终坚持“三个至上”的指导思想，牢固树立社会主义法制理念和群众观点。公正司法、能动司法，深入推进“三项重点工作”，为服务经济社会又快又好发展、保障和改善民生提供强有力的司法保障。

——始终坚持自觉学习，努力提升队伍素质、审判质量和司法公信力。要适应社会主义法律体系形成的新形势，更加注重对中国特色社会主义法律精神的深入领会，更加注重对司法实践中新情况、新问题的调查研究，更加注重对与民事审判工作相关联的新知识的学习理解。

——始终坚持“调解优先、调判结合”工作原则。努力提高调解质量，做好调判结合；继续推进和完善多元矛盾纠纷解决机制；积极推广诉调对接，做好诉前调解；完善人民调解协议司法确认机制，推动人民调解工作更大发展。

——始终坚持重心下移，适应人民法院基层基础建设对民事审判工作的新要求，要把基层能力建设放在更加突出的位置，进一步提高基层民事法官的法律适用能力，进一步规范人民法庭的案件审理，切实保证民事审判固本强基。

——始终坚持改革创新，全面加强对下监督指导工作。努力解决实践中存在的裁判尺度不统一问题，全面提升民事审判权威；努力提高一、二审案件裁判质量，降低上诉、申请再审、申诉上访的比例，从源头上预防和减少信访案件，最大限度就近、就地做好当事人服判息诉工作；做好小额速裁试点工作，发挥小额速裁及时化解矛盾、提高司法效率的重要作用，为我国民事诉讼法律制度的不断完善，积累更多更好的经验。

——始终坚持党的领导，进一步增强党性观念。大力弘扬公正、廉洁、为民的司法核心价值观，以人为本、为民司法。大力加强司法能力建设，大力加强司法作风建设，大力加强司法廉洁建设，全面加强队伍建设。

……

四、关于建设工程合同纠纷案件

会议认为，审理好建设工程合同纠纷案件，对维护建筑市场秩序，保证建筑工程质量，维护人民群众人身财产安全，保护农民工等弱势群体的利益，意义重大。要贯彻执行好法律、行政法规和《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》等司法解释的有关规定，并应进一步深化对一下问题的认识：

（一）关于工程价款结算问题

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项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《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。

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、向建设方捐款等承诺，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、会议纪要、来

往函件、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。

依法有效地建设工程施工合同，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，一般不予支持。

（二）关于建设工程价款优先受偿权问题

非因承包人的原因，建设工程未能在约定期间内竣工，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。

（三）关于实际施工人的权利行使对象问题

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，要严格依照法律、司法解释的规定进行审查；不能随意扩大《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。

……

9. 最高人民法院关于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（节选）

【发文字号】法发[2009]40 号

当前，因全球金融危机蔓延所引发的矛盾和纠纷在司法领域已经出现明显反映，民商事案件尤其是与企业经营相关的民商事合同纠纷案件呈大幅增长的态势；同时出现了诸多由宏观经济形势变化所引发的新的审判实务问题。人民法院围绕国家经济发展战略和“保增长、保民生、保稳定”要求，坚持“立足审判、胸怀大局、同舟共济、共克时艰”的指导方针，牢固树立为大局服务、为人民司法的理念，认真研究并及时解决这些民商事审判实务中与宏观经济形势变化密切相关的普遍性问题、重点问题，有效化解矛盾和纠纷，不仅是民商事审判部门应对金融危机工作的重要任务，而且对于维护诚信的市场交易秩序，保障公平法治的投资环境，公平解决纠纷、提振市场信心等具有重要意义。现就人民法院在当前形势下审理民商事合同纠纷案件中的若干问题，提出以下意见。

……

四、正确把握法律构成要件，稳妥认定表见代理行为法条释义

12、当前在国家重大项目和承包租赁行业等受到全球性金融危机冲击和国内宏观经济形势变化影响比较明显的行业领域，由于合同当事人采用转包、分包、转租方式，出现了大量以单位部门、项目经理乃至个人名义签订或实际履行合同的情形，并因合同主体和效力认定问题引发表见代理纠纷案件。对此，人民法院应当正确适用合同法第四十九条关于表见代理制度的规定，严格认定表见代理行为。

13、合同法第四十九条规定的表见代理制度不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象，而且要求相对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权。合同相对人主张构成表见代理的，应当承担举证责任，不仅应当举证证明代理行为存在诸如合同书、公章、印鉴等有权代理的客观表象形式要素，而且应当证明其善意且无过失地相信行为人具有代理权。

14、人民法院在判断合同相对人主观上是否属于善意且无过失时，应当结合合同缔结与履行过程中的各种因素综合判断合同相对人是否尽到合理注意义务，此外还要考虑合同的缔结时间、以谁的名义签字、是否盖有相关印章及印章真伪、标的物的交付方式与地点、购买的材料、租赁的器材、所借款项的用途、建筑单位是否知道项目经理的行为、是否参与合同履行等各种因素，作出综合分析判断。

……

10. 最高人民法院民一庭关于实际施工的人能否向与其无合同关系的转包人、违法分包人主张工程款问题的电话答复

【发文字号】（2021）最高法民他 103 号

河南省高级人民法院：

你院《关于实际施工人能否向与其无合同关系转包人、违法分包人主张工程款的请示报告》[（2019）豫民再 820 号]收悉。经研究，答复如下：

《中华人民共和国民法典》和《中华人民共和国建筑法》均规定，承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程支解以后以分包的名义分别转包给第三人。禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。因此，基于多次分包或者转包而实际施工的人，向与其无合同关系的人主张因施工而产生折价补偿款没有法律依据。

最高人民法院民事审判第一庭

二〇二一年五月十日

11. 最高人民法院关于人民法院在审理建设工程施工合同纠纷案件中如何认定财政评审中心出具的审核结论问题的答复

【发文字号】[2008]民一他字第 4 号

【生效日期】2008 年 05 月 16 日

福建省高级人民法院：

你院（2007）闽民他字第 12 号请示收悉。关于人民法院在审理建设工程施工合同纠纷案件中如何认定财政评审中心出具的审核结论问题，经研究，答复如下：

财政部门对财政投资的评定审核是国家对建设单位基本建设资金的监督管理，不影响建设单位与承建单位的合同效力及履行。但是，建设合同中明确约定以财政投资的审核结论作为结算依据的，审核结论应当作为结算的依据。

二〇〇八年五月十六日

12. 最高人民法院民事审判庭关于发包人收到承包人竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，是否视为认可竣工结算文件的复函

【发文字号】[2005]民一他字第 23 号

【生效日期】2006 年 04 月 25 日

你院渝高法[2005]154 号《关于如何理解和适用最高人民法院<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>第二十条的请示》收悉。经研究，答复如下：

同意你院审委会的第二种意见，即：适用该司法解释第二十条的前提条件是当事人之间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。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 33 条第 3 款的规定，不能简单地推论出，双方当事人具有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的一致意思表示，承包人提交的竣工结算文件不能作为工程款结算的依据。

最高人民法院民事审判庭

二〇〇六年四月二十五日

13. 最高人民法院关于装修装饰工程款是否享有合同法第286条规定的优先受偿权的函复

【发文字号】[2004]民一他字第14号

【生效日期】2004年12月08日

福建省高级人民法院：

你院闽高法[2004]143号《关于福州市康辉装修工程有限公司与福州天胜房地产开发有限公司、福州绿叶房产代理有限公司装修工程承包合同纠纷一案的请示》收悉。经研究，答复如下：

装修装饰工程属于建设工程，可以适用《中华人民共和国合同法》第二百八十六条关于优先受偿权的规定，但装修装饰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。享有优先权的承包人只能在建筑物因装修而增加价值的范围内优先受偿。

此复。

14. 最高人民法院关于山东省青岛东方铁塔集团有限公司与河南省延津县广播电视局建设工程施工合同纠纷一案指定管辖的通知

【发文字号】[2002]民立他字第 30 号

【生效日期】2003 年 3 月 26 日

山东省高级人民法院、河南省高级人民法院：

山东省高级人民法院(2002)鲁民辖协字第 2 号和河南省高级人民法院(2002)豫法民管请字第 5 号报告均收悉，关于山东省青岛东方铁塔集团有限公司(以下简称铁塔公司)与河南省延津县广播电视局建设工程施工合同纠纷一案的管辖权问题，经研究，答复如下：

建设工程合同是包括勘察、设计与施工在内的承包人进行施工建设、发包人支付价款的合同。本案中当事人双方签订的《河南省延津县广播电视发射塔工程合同书》，不仅约定了对施工地点进行勘察设计，而且还对建设工期、工程造价及付款结算方式、技术资料、施工图纸的交付进行了约定，其内容均属施工合同内容，因此本案应为建设工程施工合同纠纷。铁塔公司虽为履行该施工合同在山东省胶州市完成了发射塔零部件的加工，但这些加工只能认定为是为履行该施工合同而做的部分准备工作。本案中铁塔公司履行施工合同的地点在河南省延津县，故延津县为合同履行地，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二十四条之规定，延津县人民法院对本案享有管辖权。因合同履行地不在胶州市，胶州市人民法院对本案不享有管辖权。鉴于本案两地法院对本案争议较大，为依法公正、及时审理本案，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第三十七条第二款之规定，本院指定本案由江苏省徐州市鼓楼区人民法院审理。请两省高级人民法院依法监督各自的下级人民法院依法撤销其已作出的民事裁定和民事判决，将本案的案卷材料移送徐州市鼓楼区人民法院。

胶州市人民法院和延津县人民法院在知道当事人以同一事实向各自所在地法院起诉后，未进行协商处理就作出实体判决的做法与最高人民法院的有关规定相悖，应予以批评。

15. 最高人民法院关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确认的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何适用法律问题的电话答复意见

【发文字号】[2001]民一他字第 2 号

【生效日期】2001 年 04 月 02 日

河南省高级人民法院：

你院“关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确认的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何适用法律问题的请示”收悉。经研究认为，审计是国家对建设单位的一种行政监督，不影响建设单位与承建单位的合同效力。建设工程承包合同案件应以当事人的约定作为法院判决的依据。只有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，才能将审计结论作为判决的依据。

16. 最高人民法院关于对县级以上人民政府设立的建设工程质量监督站是否应由计量行政主管部门进行计量认证问题的请示的答复

【发文字号】[1996]法行字第 7 号

【生效日期】1997 年 08 月 29 日

山西省高级人民法院：

你院《关于对县级以上人民政府设立的建设工程质量监督站是否应由计量行政部门进行计量认证问题的请示》收悉。经研究并征求有关部门意见，答复如下：

一、县级以上人民政府根据国家有关规定和实际情况设立的工程质量监督站是专门负责对建设工程质量监督检查的机构，该机构不需要经计量行政部门计量认证。

二、对建筑材料的质量管理应适用《中华人民共和国产品质量法》。凡从事建筑材料质量检验的机构必须具备相应的检验条件和能力，并经省级以上人民政府质量监督管理部门或者其授权的部门考核合格后，方可承担建筑材料的质量检验工作。

三、依据《中华人民共和国产品质量法》第十条的规定，根据监督抽查需要对产品进行检验的，不得向企业收取检验费用。

17. 最高人民法院经济审判庭关于国营黄羊河农场与榆中县第二建筑工程公司签订的两份建筑承包合同的效力认定问题的复函

【发文字号】[1992]法经字第 10 号

【生效日期】1992 年 01 月 13 日

甘肃省高级人民法院：

你院甘法经上（1991）22 号请示报告收悉。关于国营黄羊河农场与榆中县第二建筑工程公司签订的两份建筑工程承包合同的效力认定问题，经研究，答复如下：

国营黄羊河农场在经上级主管部门批准建设仓库和职工住宅两项工程后，即于 1989 年 5 月 16 日与榆中县第二建筑工程公司分别签订了仓库和职工住宅两份建筑工程施工合同。合同内容合法，当事人双方均具备主体资格。虽然建设单位国营黄羊河农场当时未领取“建设许可证”，但事后已补办了手续。而且两项工程已完成 82%的工程总量，因此，对本案合同的效力，可不以建设单位当时未领取“建设许可证”为由确认无效。

此复。

18. 最高人民法院经济审判庭关于建筑工程承包合同纠纷中工期问题的电话答复

【生效日期】1988 年 09 月 17 日

贵州省高级人民法院：

你院(88)黔法经请字第 3 号请示报告收悉。关于四川省重庆市铜梁县第二建筑公司诉贵州省息烽县酒厂建筑工程承包合同纠纷一案工期问题，根据来文所提供的情况，经研究答复如下：

贵州省息烽县酒厂与四川省重庆市铜梁县第二建筑公司签订息烽县酒厂粮库、半成品库建筑工程承包合同约定的工期，是在《建筑安装工程工期定额》规定的工期之内。合同是经招标投标之后签订的，故不应以违反《建筑安装工程工期定额》规定为理由，确认合同约定的工期无效，如招标投标有违反主管部门主观规定之情形，则另当别论。息烽县酒厂窖酒车间建筑工程工期，《建筑安装工程工期定额》无明确规定。对双方当事人在承包合同中约定的工期，应认定为有效。

此复

附：　　贵州省高级人民法院关于重庆市铜梁县第二建筑公司诉贵州省息烽县酒厂建设工程承包合同纠纷一案中工期问题的请示报告

（88）黔法经请字第 3 号

最高人民法院：

现将我省安顺地区中级人民法院受理的重庆市铜梁县第二建筑公司诉贵州省息烽县酒厂建设工程承包合同纠纷一案中有关工期的问题汇报请示如下：

1985 年初，贵州省息烽县酒厂（以下简称酒厂）将本厂窖酒车间、粮库、半成品库的建设工程公开进行招标，同年 8 月 28 日，酒厂与中标方重庆市铜梁县第二建筑公司（以下简称二建司）签订了《息烽县酒厂窖酒车间、粮库、半成品库建筑工程承包合同》。合同规定：预算金额为 82 万元、窖酒车间、粮库、半成品库的建筑面积分别为 2702.14 ㎡、1030 ㎡、2960.24 ㎡；工期分别为 120 天、105 天、178 天。窖酒车间、粮库如因特殊情况，可延长工期 10 日。逾期 1 日，赔偿经济损失 1000 元，半成品库如遇人力不可抗拒的情况，可延长工期 15 日。逾期 1 日，赔偿经济损失 1000 元，合同签订后，窖

酒车间、粮库工程如期开工，半成品库工程因场地腾整，双方同意顺延至同年 11 月中旬开工。窖酒车间、粮库、半成品库工程分别施工 234 日、220 日、377 日后竣工。竣工后，二建司依据贵州省安顺地区（83）定额要求工程款应按 116 万元结算，酒厂则认为双方签订的合同有效，应按合同规定的 82 万元结算。为此，双方发生争议，二建司遂向安顺地区中级人民法院起诉，要求酒厂按安顺地区（83）定额进行结算工程款，酒厂则反诉提出二建司逾期完工，应依合同规定赔偿损失 29.7 万元。对此，二建司辩称双方在合同中规定的工期违反了 1985 年国家城乡建设环境保护部的《建筑安装工程工期定额》，应属无效。

二、北京地区法院

19. 北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答

【发文字号】京高法发[2012]245 号

【生效日期】2012 年 08 月 06 日

一、建设工程施工合同效力的认定

1.未取得建设审批手续的施工合同的效力如何认定？

发包人就尚未取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证等行政审批手续的工程，与承包人签订的建设工程施工合同无效。但在一审法庭辩论终结前发包人取得相应审批手续或者经主管部门批准建设的，应当认定合同有效。

发包人未取得建筑工程施工许可证的，不影响施工合同的效力。

2.《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》）第一条第（二）项规定的“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义”承揽建设工程（即“挂靠”）具体包括哪些情形？

具有下列情形之一的，应当认定为《解释》规定的“挂靠”行为：

（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施工企业的名义承揽工程；

（2）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的名义承揽工程；

（3）不具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的名义承揽工程；

（4）有资质的建筑施工企业通过名义上的联营、合作、内部承包等其他方式变相允许他人以本企业的名义承揽工程。

3.如何认定是否属于必须招标的建设工程？

《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》第三条的规定、《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》的相关规定予以确定。法律、行政法规有新规定的，适用其新规定。

4.劳务分包合同的效力如何认定？

同时符合下列情形的，所签订的劳务分包合同有效：

（1）劳务作业承包人取得相应的劳务分包企业资质等级标准；

（2）分包作业的范围是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）；

（3）承包方式为提供劳务及小型机具和辅料。

合同约定劳务作业承包人负责与工程有关的大型机械、周转性材料租赁和主要材料、设备采购等内容的，不属于劳务分包。

5.如何认定建筑企业的内部承包行为？

建设工程施工合同的承包人将其承包的全部或部分工程交由其下属的分支机构或在册的项目经理等企业职工个人承包施工，承包人对工程施工过程及质量进行管理，对外承担施工合同权利义务的，属于企业内部承包行为；发包人以内部承包人缺乏施工资质为由主张施工合同无效的，不予支持。

6.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如何认定？

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。对于当事人确实违反企业资质管理规定承揽工程的，可以建议有关行政主管部门予以处理。

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、建设工程价款的确定和支付

7.当事人在诉讼前已就工程价款的结算达成协议，一方要求重新结算的，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，但结算协议被法院或仲裁机构认定为无效或撤销的除外。

建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格，当事人一方以施工合同无效为由要求确认结算协议无效的，不予支持。

8.承包人项目经理在合同履行过程中所施行为的效力如何认定？

施工合同履行过程中，承包人的项目经理以承包人名义在结算报告、签证文件上签字确认、加盖项目部章或者收取工程款、接受发包人供材等行为，原则上应当认定为职务行为或表见代理行为，对承包人具有约束力，但施工合同另有约定或承包人有证据证明相对方知道或应当知道项目经理没有代理权的除外。

9.当事人工作人员签证确认的效力如何认定？

当事人在施工合同中就有权对工程量和价款洽商变更等材料进行签证确认的具体人员有明确约定的，依照其约定，除法定代表人外，其他人员所作的签证确认对当事人不具有约束力，但相对方有理由相信该签证人员有代理权的除外；没有约定或约定不明，当事人工作人员所作的签证确认是其职务行为的，对该当事人具有约束力，但该当事人有证据证明相对方知道或应当知道该签证人员没有代理权的除外。

10.工程监理人员在签证文件上签字确认的效力如何认定？

工程监理人员在监理过程中签字确认的签证文件，涉及工程量、工期及工程质量等事实的，原则上对发包人具有约束力，涉及工程价款洽商变更等经济决策的，原则上对发包人不具有约束力，但施工合同对监理人员的授权另有约定的除外。

11.固定总价合同履行中，当事人以工程发生设计变更为由要求对工程价款予以调整的，如何处理？

建设工程施工合同约定工程价款实行固定总价结算，在实际履行过程中，因工程发生设计变更等原因导致实际工程量增减，当事人要求对工程价款予以调整的，应当严格掌握，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，可以参照合同约定标准对工程量增减部分予以单独结算，无法参照约定标准结算的，可以参照施工地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算。

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。

12.固定价合同履行过程中，主要建筑材料价格发生重大变化，当事人要求对工程价款予以调整的，如何处理？

建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算，在实际履行过程中，钢材、木材、水泥、混凝土等对工程造价影响较大的主要建筑材料价格发生重大变化，超出了正常市场风险的范围，合同对建材价格变动风险负担有约定的，原则上依照其约定处理；没有约定或约定不明，该当事人要求调整工程价款的，可在市场风险范围和幅度之外酌情予

以支持；具体数额可以委托鉴定机构参照施工地建设行政主管部门关于处理建材差价问题的意见予以确定。

因一方当事人原因导致工期延误或建筑材料供应时间延误的，在此期间的建材差价部分工程款，由过错方予以承担。

13.固定总价合同履行中，承包人未完成工程施工的，工程价款如何确定？

建设工程施工合同约定工程价款实行固定总价结算，承包人未完成工程施工，其要求发包人支付工程款，经审查承包人已施工的工程质量合格的，可以采用“按比例折算”的方式，即由鉴定机构在相应同一取费标准下分别计算出已完工程部分的价款和整个合同约定工程的总价款，两者对比计算出相应系数，再用合同约定的固定价乘以该系数确定发包人应付的工程款。

当事人就已完工程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，应根据工程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。

14.承包人依据《解释》第二十条的规定要求按照竣工结算文件结算工程价款的，如何处理？

建设工程施工合同约定发包人应在收到承包人提交的竣工结算文件后一定期限内予以答复，但未明确约定逾期不答复即视为认可竣工结算文件，承包人依据《解释》第二十条的规定要求按照竣工结算文件结算工程价款的，不予支持。

建设工程施工合同对此未作明确约定，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）》（GF-1999-0201）通用条款第33.3条的约定为依据，要求按照竣工结算文件结算工程价款的，不予支持。

15.“黑白合同”中如何结算工程价款？

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。

法律、行政法规规定不是必须进行招标的建设工程，实际也未依法进行招投标，当事人将签订的建设工程施工合同在当地建设行政管理部门进行了备案，备案的合同与实

际履行的合同实质性内容不一致的，应当以当事人实际履行的合同作为结算工程价款的依据。

备案的中标合同与当事人实际履行的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，可以参照当事人实际履行的合同结算工程价款。

16.“黑白合同”中如何认定实质性内容变更？

招投标双方在同一工程范围下另行签订的变更工程价款、计价方式、施工工期、质量标准等中标结果的协议，应当认定为《解释》第二十一条规定的实质性内容变更。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、向建设方捐款等承诺，亦应认定为变更中标合同的实质性内容。

备案的中标合同实际履行过程中，工程因设计变更、规划调整等客观原因导致工程量增减、质量标准或施工工期发生变化，当事人签订补充协议、会谈纪要等书面文件对中标合同的实质性内容进行变更和补充的，属于正常的合同变更，应以上述文件作为确定当事人权利义务的依据。

17.无效建设工程施工合同中的工程价款如何确定？

建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格，当事人任何一方依据《解释》第二条的规定要求参照合同约定支付工程折价补偿款的，应予支持。承包人要求发包人按中国人民银行同期贷款利率支付欠付工程款利息的，应予支持。发包人以合同无效为由要求扣除工程折价补偿款中所含利润的，不予支持。

18.《解释》中“实际施工人”的范围如何确定？

《解释》中的“实际施工人”是指无效建设工程施工合同的承包人，即违法的专业工程分包和劳务作业分包合同的承包人、转承包人、借用资质的施工人（挂靠施工人）；建设工程经数次转包的，实际施工人应当是最终实际投入资金、材料和劳力进行工程施工的法人、非法人企业、个人合伙、包工头等民事主体。法院应当严格实际施工人的认定标准，不得随意扩大《解释》第二十六条第二款的适用范围。对于不属于前述范围的当事人依据该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，按照工资支付的相关法律、法规规定及《北京市高级人民法院关于依法快速处理建设领域拖欠农民工工资相关案件的意见》妥善处理。

19.违法分包合同、转包合同的实际施工人主张欠付工程款的，诉讼主体如何确定？发包人的责任如何承担？

实际施工人以违法分包人、转包人为被告要求支付工程款的，法院不得依职权追加发包人为共同被告；实际施工人以发包人为被告要求支付工程款的，应当追加违法分包人或转包人作为共同被告参加诉讼，发包人在其欠付违法分包人或转包人工程款范围内承担连带责任。发包人以其未欠付工程款为由提出抗辩的，应当对此承担举证责任。

20.不具有资质的挂靠施工人主张欠付工程款的，如何处理？挂靠人又将工程分包、转包给他人施工，施工人主张欠付工程款的，如何处理？

不具有资质的实际施工人（挂靠施工人）挂靠有资质的建筑施工企业（被挂靠人），并以该企业的名义签订建设工程施工合同，被挂靠人怠于主张工程款债权的，挂靠施工人可以以自己名义起诉要求发包人支付工程款，法院原则上应当追加被挂靠人为诉讼当事人，发包人在欠付工程款范围内承担给付责任。因履行施工合同产生的债务，被挂靠人与挂靠施工人应当承担连带责任。

挂靠人承揽工程后，以被挂靠人名义将工程分包、转包给他人施工，施工人主张欠付工程款的，按照《北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答之五》第四十七条规定处理。

21.发包人主张将其已向合法分包人、实际施工人支付的工程款予以抵扣的，如何处理？

承包人依据建设工程施工合同要求发包人支付工程款，发包人主张将其已向合法分包人、实际施工人支付的工程款予以抵扣的，不予支持，但当事人另有约定、生效判决、仲裁裁决予以确认或发包人有证据证明其有正当理由向合法分包人、实际施工人支付的除外。

22.分包合同中约定总包人收到发包人支付工程款后再向分包人支付的条款的效力如何认定？

分包合同中约定待总包人与发包人进行结算且发包人支付工程款后，总包人再向分包人支付工程款的，该约定有效。因总包人拖延结算或怠于行使其到期债权致使分包人不能及时取得工程款，分包人要求总包人支付欠付工程款的，应予支持。总包人对于其与发包人之间的结算情况以及发包人支付工程款的事实负有举证责任。

23.发包人以工程未验收或承包人未移交工程竣工资料为由拒绝支付工程款的，如何处理？

建设工程施工合同约定工程竣工验收合格后再支付工程款，发包人收到承包人提交的工程竣工验收资料后，无正当理由在合同约定期限或合理期限内未组织竣工验收，其又以工程未验收为由拒绝支付工程款的，不予支持。

发包人以承包人未移交工程竣工资料为由拒绝支付工程款的，不予支持，但合同另有约定的除外。

三、建设工程工期和质量责任的认定

24.当事人就工程款结算达成一致后又主张索赔的，如何处理？

结算协议生效后，承包人依据协议要求支付工程款，发包人以因承包人原因导致工程存在质量问题或逾期竣工为由，要求拒付、减付工程款或赔偿损失的，不予支持，但结算协议另有约定的除外。当事人签订结算协议不影响承包人依据约定或法律、行政法规规定承担质量保修责任。

结算协议生效后，承包人以因发包人原因导致工程延期为由，要求赔偿停工、窝工等损失的，不予支持，但结算协议另有约定的除外。

25.工程开竣工日期如何确定？

建设工程施工合同实际开工日期的确定，一般以开工通知载明的开工时间为依据；因发包人原因导致开工通知发出时开工条件尚不具备的，以开工条件具备的时间确定开工日期；因承包方原因导致实际开工时间推迟的，以开工通知载明的时间为开工日期；承包人在开工通知发出前已经实际进场施工的，以实际开工时间为开工日期；既无开工通知也无其他相关证据能证明实际开工日期的，以施工合同约定的开工时间为开工日期。

发包人、承包人、设计和监理单位四方在工程竣工验收单上签字确认的时间，可以视为《解释》第十四条第（一）项规定的竣工日期，但当事人有相反证据足以推翻的除外。

26.工期顺延如何认定？

因发包人拖欠工程预付款、进度款、迟延提供施工图纸、场地及原材料、变更设计等行为导致工程延误，合同明确约定顺延工期应当经发包人签证确认，经审查承包人虽未取得工期顺延的签证确认，但其举证证明在合同约定的办理期限内向发包人主张过工

期顺延，或者发包人的上述行为确实严重影响施工进度的，对承包人顺延相应工期的主张，可予支持。

27.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是否有效?

建设工程施工合同中约定的建设工程质量标准低于国家规定的工程质量强制性安全标准的，该约定无效；合同约定的质量标准高于国家规定的强制性标准的，应当认定该约定有效。

28.发包人主张工程质量不符合合同约定的，应按反诉还是抗辩处理？

承包人要求支付工程款，发包人主张工程质量不符合合同约定给其造成损害的，应按以下情形分别处理：

（1）建设工程已经竣工验收合格，或虽未经竣工验收，但发包人已实际使用，工程存在的质量问题一般应属于工程质量保修的范围，发包人以此为由要求拒付或减付工程款的，对其质量抗辩不予支持，但确因承包人原因导致工程的地基基础工程或主体结构质量不合格的除外；发包人反诉或另行起诉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，按建设工程保修的相关规定处理。

（2）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为由要求拒付或减付工程款的，可以按抗辩处理；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，应告知其提起反诉或另行起诉。

（3）发包人要求承包人赔偿因工程质量不符合合同约定而造成的其他财产或者人身损害的，应告知其提起反诉或另行起诉。

29.如何认定承包人对建设工程质量缺陷存在过错？

承包人具有下列情形之一的，应当认定其对建设工程质量缺陷存在过错：

（1）承包人明知发包人提供的设计图纸、指令存在问题或者在施工过程中发现问题，而没有及时提出意见和建议并继续施工的；

（2）承包人对发包人提供或指定购买的建筑材料、建筑构配件、设备等没有进行必要的检验或经检验不合格仍然使用的；

（3）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。

前述情形下，因工程质量存在缺陷造成第三人损失的，由发包人与承包人承担连带责任。

30.发包人以工程质量不符合合同约定为由，要求承包人承担修复费用的，如何处理？

因承包人原因致使工程质量不符合合同约定，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，并另行委托他人修复的，承包人承担的修复费用以由其自行修复所需的合理费用为限。

31.施工合同约定工程保修期限低于法定最低期限的条款是否有效？承包人要求返还质量保修金的，如何处理？

建设工程施工合同中约定正常使用条件下工程的保修期限低于法律、行政法规规定的最低期限的，该约定无效。

当事人就工程质量保修金返还期限有约定的，依照其约定，但不影响承包人在保修期限内承担质量保修责任；没有约定或约定不明的，工程质量保修金返还期限为工程竣工验收合格之日起二十四个月。

建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格并交付发包人使用的，承包人应依据法律、行政法规的规定承担质量保修责任。发包人要求参照合同约定扣留一定比例的工程款作为工程质量保修金的，应予支持。

四、工程造价鉴定

32.当事人申请对工程造价进行鉴定的，如何处理？

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款的，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，法院应当予以释明，经释明后对鉴定事项负有举证责任的一方仍不申请鉴定的，应承担举证不能的不利后果。

鉴定过程中，一方当事人无正当理由在规定期限内拒绝提交鉴定材料或拒不配合，导致鉴定无法进行，经法院释明不利后果后其仍拒绝提交或拒不配合的，应承担举证不能的不利后果。

33.当事人在诉前共同委托鉴定的效力如何认定？

当事人诉前已经共同选定具有相应资质的鉴定机构对建设工程作出了相应的鉴定结论，诉讼中一方当事人要求重新鉴定的，一般不予准许，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情形除外。

34.工程造价鉴定中法院依职权判定的事项包括哪些？

当事人对施工合同效力、结算依据、签证文件的真实性及效力等问题存在争议的，应由法院进行审查并做出认定。法院在委托鉴定时可要求鉴定机构根据当事人所主张的不同结算依据分别作出鉴定结论，或者对存疑部分的工程量及价款鉴定后单独列项，供审判时审核认定使用，也可就争议问题先做出明确结论后再启动鉴定程序。

五、民事责任的承担

35.发包人无正当理由拒绝结算工程款的，欠付工程款利息的起算点如何确定?

发包人在施工合同约定的审核结算期限内无正当理由拒绝结算或故意拖延结算，在审核期限届满后也未支付工程款，承包人要求发包人从合同约定的审核结算期限届满的次日起计算欠付工程款利息的，可予支持，但合同另有约定的除外。

36.承包人同时主张逾期支付工程款的违约金和利息的，如何处理？

建设工程施工合同明确约定发包人逾期支付工程款，承包人可以同时主张逾期付款违约金和利息的，依照其约定，发包人主张合同约定的违约金和利息之和过分高于实际损失请求予以适当减少的，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）》第二十九条的规定处理；没有约定或约定不明的，对承包人的主张，一般不应同时支持，但承包人有证据证明合同约定的违约金或利息单独不足以弥补其实际损失的除外。

37.施工合同约定对承包人违约行为处以“罚款”的条款的性质如何认定？

建设工程施工合同约定承包人存在工期迟延、质量缺陷、转包或违法分包等违约行为，发包人可对承包人处以罚款的，该约定可以视为当事人在合同中约定的违约金条款，应依据《中华人民共和国合同法》第一百一十四条的规定予以处理。

38.承包人以发包人拖延结算或欠付工程款为由拒绝交付工程的，如何处理？由此造成的损失如何承担？

工程竣工验收合格后，承包人以发包人拖延结算或欠付工程款为由拒绝交付工程的，一般不予支持，但施工合同另有明确约定的除外。

承包人依据合同约定拒绝交付工程，但其拒绝交付工程的价值明显超出发包人欠付的工程款，或者欠付工程款的数额不大，而部分工程不交付会严重影响整个工程使用的，对发包人因此所受的实际损失，应由当事人根据过错程度予以分担。

39.合作开发房地产项目中，承包人主张欠付工程款的，如何处理？

两个以上的法人、其他组织或个人合作开发房地产项目，其中合作一方以自己名义与承包人签订建设工程施工合同，承包人要求其他合作方对欠付工程款承担连带责任的，应予支持。

承包人仅以建设工程施工合同发包人为被告追索工程款的，应依承包人的起诉确定被告。

40.发包人承租建筑物后以自己名义对外签订施工合同，承包人应当如何主张权利？

发包人（承租人）与建筑物所有权人签订租赁合同租赁该建筑物后，以自己的名义对外签订施工合同，承包人主张工程款的，应当以施工合同的发包人为被告提起诉讼。

发包人下落不明或丧失支付能力，且建筑物所有权人与发包人之间的租赁合同已经终止，承包人以建筑物所有权人为被告主张权利的，建筑物所有权人在其实际受益范围内承担赔偿责任。

20. 北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答之五（试行）（节选）

【发文字号】京高法发[2007]168 号

【生效日期】2007 年 05 月 18 日

……

七、其他方面的法律实务问题

……

46. 建筑行业中的挂靠经营行为是否无效？

建筑行业中的挂靠经营行为并不都是当然无效，在下列情形下挂靠行为有效：

（1）挂靠者虽然以被挂靠者的名义签订建设工程施工合同，但其本身具备建筑等级资质，且实际承揽的工程与其自身资质证书等级相符；

（2）被挂靠者提供工程技术图纸、进行现场施工管理，并由开发单位直接向被挂靠者结算。

47. 在建筑行业的挂靠经营中，挂靠者以被挂靠者的名义从事对外经济活动的，被挂靠者是否承担民事责任？

合同相对人同时起诉挂靠者和被挂靠者的，如果合同相对人对于挂靠事实不明知，由挂靠者与被挂靠者承担连带民事责任；如果合同相对人对于挂靠事实明知，首先由挂靠者承担责任，被挂靠者承担补充的民事责任。

合同相对人只起诉被挂靠者的，被挂靠者对外应先行承担民事责任。

在被挂靠者对外承担责任的范围内，被挂靠者对挂靠者享有追偿权。

……

21. 北京市第一中级人民法院《对民事审判中部分执法不统一问题的规范意见》（节选）

……

第三部分 建设工程施工合同案件中的问题

1.对“必须进行招投标”的建设工程项目如何判定？

问题说明：《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《建设工程司法解释》）第一条的规定，建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的，所签订的建设工程施工合同无效。在审判实践中，涉及到招投标的问题时，常常与合同的效力认定相关，故对于“必须进行招标的项目”的确定需有一定的标准。

基本意见：在国家发改委 2000 年 5 月 1 日发布的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》中，对于《招投标法》第三条涉及的项目的性质、规模进行了细化，属于该规定内的项目应当认定为必须进行招投标的项目；不属于该规定范围内的项目，不宜认定属于法律法规规定必须进行招投标的项目。

2.承包人不具备建设所承包工程的相应资质，是否合同一律应确定为无效？（有补充）

基本意见：对于资质的要求是《建筑法》的规定，在《建设工程司法解释》中明确规定没有取得资质、超越资质等级、借用他人资质签订的合同为无效。在审判实务中有以下几种情形，需要予以特别考虑:(1)不属于《建筑法》调整范围内的工程项目，如小型房屋建筑工程（各省有相应规定）、农民自用的低层住宅等，不宜因施工人无资质而认定合同无效。(2)承包人在签订合同时具备资质，但在合同履行过程中丧失了资质，属于合同在履行过程中发生情势变更，属于合同无法继续履行，不应按合同无效处理。（3）承包人在签订合同时不具备相应资质，但竣工前取得相应资质，这时仍应认定合同有效。（4）工程项目虽不属于《建筑法》调整范围，但有关地方一级政府行政部门的文件规定要求施工人具有一定的资质，因该规定不属于法律、法规，故该规定，在民事审判中不宜将其作为因资质问题而认定无效的根据。

3.违反行政法规的行为是否必然导致建设工程施工合同无效？

问题说明：在施工合同的签订、履行过程中，当事人会违反一些行政管理规定，例如没有办理开工许可证、没有进行规划审批或用地审批、合同没有备案等。则能否因存在这些违规行为而认定合同无效？

基本意见：建设工程合同无效的认定，主要是涉及资质、招投标、违法分包、转包等方面，目的是为了保证工程的质量。如果是违反其他的行政管理规定，并不必然导致双方合同的无效，应视具体情况处理：(1)如违反管理禁止性规范，如《建筑法》规定的“没有办理开工许可证不得施工”，还有合同登记备案的规定等，其规定本身并不禁止建设工程的承发包交易，因此并不导致合同无效。(2)如违反效力禁止性规范，特别是涉及到公共利益保护，例如违反未经用地和规划审批不得进行工程项目建设的规定等。这些规定为建设工程的承发包交易设立的前提条件，如果不具备这些前提条件，建设工程项目本身就是非法的，当事人就此签订的合同自然也就是无效的。如果当事人能够在诉讼中补齐相关审批手续，则可以认定合同有效。

4.中标后双方未签订合同时如何处理？（增加）

基本意见：（1）招投标程序完成后，招标人拒绝与投标人签订合同或者投标人拒绝与招标人签订合同，项目也未实际进行施工，此时可以考虑按照《合同法》第四十二条的缔约过失责任处理。（2）双方不签订合同而直接施工，在施工过程中或工程结束后双方发生争议。此时招投标文件应当作为解决双方争议的依据。

5.建设工程施工合同被认定为无效后，工程价款如何结算？

问题说明：合同无效后，双方应当返还财产或者折价补偿，有过错的一方要赔偿损失。对于建设工程合同，由于履行中承包方提供的财产物化于工程本身，不适用返还方式，只能适用折价补偿的方式，因此如何结算成为问题。

基本意见：在双方没有签订备案合同的情况下，建设工程施工合同无效但工程经竣工验收合格或已交付使用，承包人可以请求参照合同约定支付工程款。(1)如果双方签订了结算协议，可以依据结算协议确定工程总价款。(2)双方没有签订结算协议，则应通过造价鉴定来确定工程总价款。此时仍应当以双方签订的无效合同作为鉴定依据，除非双方均同意不以该合同为鉴定依据。(3)此时发包人仍应支付拖欠工程款的利息。

6.如何认定建设工程中存在的“备案合同”和“非备案合同”之间的关系及效力？（有补充）

基本意见：（1）首先应当审查后一个非备案合同是否对前一个备案合同作有实质性内容变更。合同的实质性内容一般指工程量、工程质量、工程价款、施工工期等内容。（2）如发生实质性变更，应当以备案合同作为结算依据。如果“非备案合同”与“备案合同”在工程价款给付时间、施工工期、垫付工程款等不影响工程价款结算的方面存在差异时，而且双方实际是按照“非备案合同”履行的，可以考虑按“非备案合同”约定确定当事人之间的权利义务。

7.发包方能否以承包方没有提供竣工资料为由拒付工程款？

基本意见：应坚持“次要义务的不履行不能对抗主义务的履行请求”的原则。不移交竣工资料、施工图纸如果构成违约，应承担违约责任，但不足以吞并或抵消偿付工程款主要义务，除非双方在合同中已明确约定以移交竣工资料、施工图纸作为给付工程款的前提条件。

8.发包方能否以合同约定是固定价结算为由拒付增项工程的工程款？

问题说明：在有些建筑工程施工合同中，双方约定采用固定价方式结算工程价款，但实际施工过程中双方通过洽商变更增加或减少部分施工项目，由此产生是否仍适用合同约定的固定价结算的问题。

基本意见：（1）如果发生洽商变更，应看双方合同中约定是否增减合同价款，或双方有无另行约定；（2）在约定采用固定价结算时，如果工程没有完成，则应采取“按比例鉴定法”来确定应付工程款，即让鉴定机构算出在同一取费标准下已完工程部分的价款和整个合同工程价款，将两者比例乘以合同约定的固定价。

9.发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，承包人请求直接按照竣工结算文件确定工程价款时，如何处理？

问题说明：此即《建设工程司法解释》第二十条规定的“不答复视为认可”如何具体掌握的问题。

基本意见：(1)该条适用的前提条件，必须是当事人将“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”的意思表示明确订入合同条款或者另外达成协议，同时对具体的答复期限也必须有明确的约定，否则不能适用“不答复视为认可”这一规定。(2)在适用“不答复视为认可”这一规定时还应注意由于承包人所报送的结算资料通常含有许多“水分”，因此法院应当依职权进行必要的审核。如果发现其中有明显虚报的部分，应当主动予以剔除，尽力避免当事人之间利益显著失衡。如果发现承

包人报送的结算资料与实际情况存在显著性的大的差距，则应当委托专业鉴定部门进行鉴定。

10.承包方索要工程款，发包方提出工程质量问题，应当按照反诉还是反驳来处理？

基本意见：（1）如果工程尚未竣工验收且未交付使用，发包方提出工程质量不合格因而拒付工程价款，则对于发包方的请求可以作为反驳处理。如经审查工程质量确实不合格，发包方有权拒付工程款。（2）如果工程已经竣工验收或已经交付使用，发包方再提出工程质量不合格因而拒付工程价款，则应作为反诉处理。此时，法院应释明要求发包方提起反诉，如果经释明发包方拒不提起反诉，则其无权以质量问题为由拒付工程款，应告知发包方就工程质量问题另行主张。

11.转包、违法分包、劳务分包对合同效力的影响？

问题说明：在建设工程的承发包关系中，经常有转包和分包的情况出现，这时如何判断合同的效力？

基本意见：(1)转包是指承包人将其承包的全部工程都交由第三人完成；违法分包是指承包人将其承包的部分工程肢解为若干部分后，全部交由若干单位或个人完成。转包、违法分包的合同无效。(2)对于将全部工程劳务都分包给第三人的，只要第三人具有劳务资质，则劳务分包合同有效。但如是将整个工程肢解分包给若干劳务队伍，则属违法分包，分包合同无效。

12.工期延误如何认定？

问题说明：发包方常以承包方延误工期为由拒不支付工程款，并以此为由要求承包方承担违约责任或赔偿损失。作为法院应如何确定工期延误责任？

基本意见：承包方未在合同约定的期限内完成施工任务，应承担违约责任。但合同约定的竣工时间并不是判定是否构成工期延误唯一标准，还应审查是否存在设计变更、工程量增加等因素，将其对工期的影响计算在内，必要时应通过鉴定方式来确定工期的合理延长期间。此外，如存在发包方付款不到位、供材料不及时等问题，则承包方停工属正当行为，问题解决前的停工期间不属对工期的延误。

13.《建设工程司法解释》第四条规定了因违法分包、转包、出借资质等情形而认定合同无效后收缴当事人已经取得的非法所得。如何适用？（增加）

基本意见：在审判实践中，出现因违法分包、转包、出借资质等情形而认定合同无效，可以给违法一方所在地的建设行政主管部门提出司法建议，建议由建设行政主管部门按照《建筑法》的规定进行处罚，不宜在案件中直接涉及。

三、江苏地区法院

22. 江苏省高级人民法院民事审判第六庭关于建设工程施工合同纠纷案件诉讼指引

【生效日期】2019 年 12 月 24 日

为方便当事人参与建设工程施工合同纠纷民事诉讼，正确行使诉讼权利、积极承担诉讼义务，就相关事项择要指引如下：

一、管辖问题的确定

1.向有管辖权的法院提起诉讼。建设工程施工合同纠纷案件适用不动产专属管辖，由建设工程所在地的人民法院管辖。建设工程施工合同约定管辖不得违反专属管辖以及有关级别管辖的规定。

因建设工程施工合同产生纠纷提起诉讼的，应当综合民事诉讼法专属管辖、级别管辖的规定以及诉讼标的额大小，向建设工程所在地有级别管辖权的人民法院起诉。

二、举证不能的风险

2．举证不能的诉讼风险包括败诉。当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实应当提供证据加以证明。反驳对方诉讼请求所依据的事实，也应提供证据加以证明。未能提供证据或证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的一方承担不利的后果。

前款承担不利的后果系指，即便当事人主张的事实客观上真的存在，如果诉讼中没有提供相应充分证据加以证明，该主张依法不能得到支持。

三、诉讼准备的事项

3．充分了解举证期限法定要求。（1）向人民法院提交证据，应当在双方协商一致并经人民法院认可的期限或者人民法院指定的期限内完成。（2）在举证期限内提交证据材料确有困难的，应当在举证期限届满前向人民法院提出延长举证期限的书面申请，经准许后方可延期举证。（3）因故意或重大过失逾期提供的证据，人民法院不予采纳，与案件基本事实有关的，采纳该证据但依法予以训诫、罚款。

4．做好及时举证的充分准备。诉讼主张能否得到支持，关键在于相应事实有没有充分的证据加以证明。因此，及时、完整、规范举证，不仅有利于充分、清晰地表明当事人的主张以及依据，也便于人民法院查明相关事实。当事人应当全面梳理和准备好相关证据，切实做好举证准备，能随着诉讼进程针对自己或对方的主张及时提供证据。

四、规范举证的要求

5．适当分类清晰展现证据。当事人应当对证据进行分类整理，一般按照以下类型：（1）当事人主体资格的证据；（2）工程建设规划审批的证据；（3）合同签订的证据，如合同、协议、图纸、招投标资料等；（4）工程施工情况的证据，重点是设计变更、签证等反映工程量、价格的证据，以及工程工期情况的证据；（5）工程验收证据；（6）工程结算证据；（7）工程款付款证据；（8）工程质量异议证据。

当事人提交的证据，应当结合前述证据类型按照证据形成时间排序。诉讼中应当结合诉辩意见，根据诉讼争议项分类整理和展示以提高举证针对性和证据展示效率。

6．提交证据符合格式要求。（1）书证应当提交原件。提交原件确有困难的，可以提交复制件，但复制件应当完整、清楚。（2）持有书证原件提交复制件的，应当提供原件审查核对。（3）书证纸张与 A4 型纸不符的，建议用 A4 型纸复印。（4）证据应整理成册并标注页码，列明目录、序号，写明证据名称、证明对象、证明内容、证明目的及证据来源。（5）除提交证据正本外，需按照对方当事人人数提交证据副本。

当事人提交的证据，应当用醒目清晰的适当方式标明作为事实主张依据的具体内容和重点部分。诉讼争议项涉及的证据，应当如附件 1 所示逐项填写证据摘要。

证据清册的制作办法，可以参照附件 2 以“证据类型”为分组依据突出表明“证明对象”、“证明目的”，形成以事实主张为要点的证据讼争清册；也可以参照附件 3 以“证据类型”、“形成时间”为索引，形成证据序列清册。提交证据序列清册的，应参照附件 2 另行提供证据讼争清单。

五、质证程序的参与

7．积极参与诉讼质证活动。未经当事人质证的证据，不得作为认定案件事实的根据。当事人的互相质证，可以在开庭审理中进行，也可以在证据交换中进行；可以口头发表质证意见，也可以提交书面质证意见。人民法院已经组织相关质证活动，当事人无正当理由拒绝参加，或者参与质证但拒绝发表质证意见或者未对证据发表质证意见，不属于未经质证的情形。

六、司法鉴定的适用

8．对照法定条件申请司法鉴定。（1）当事人就建设工程造价、建设工程工期及停窝工损失、建设工程质量等事实的专门性问题发生争议的，可以向人民法院申请鉴定。（2）当事人申请鉴定应当在举证期限届满前或者在人民法院指定的期限内提出书面申

请。申请书中应当载明需要鉴定的事项及需要通过鉴定意见证明的事实。（3）当事人逾期提出鉴定申请，申请鉴定的事项对案件基本事实的认定有重大影响的，可予准许，但应当依法予以训诫、罚款。（4）申请鉴定的事项，与争议事实没有关联，或者不涉及案件基本事实的认定，或者对讼争事项的裁量没有意义，缺乏鉴定必要性的，鉴定申请不予准许。（5）经人民法院释明，对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人，明确表示放弃鉴定申请后又提出鉴定申请的，或者当事人在申请再审阶段提出鉴定申请的，不予准许。

9．拒不配合鉴定承担不利后果。当事人申请鉴定的应当及时提出，并在指定期限内足额预缴鉴定费用，各方当事人应当根据人民法院和鉴定人要求提供鉴定所需材料，并积极配合鉴定工作的开展。（1）拒不缴纳鉴定费，致使鉴定不能、事实主张不能证明的，承担举证不能的不利后果。（2）拒不提供必要鉴定资料导致该项事实不能认定的，由应当提交资料负担举证义务的当事人承担不利后果。（3）无正当理由拒不参加现场勘验的，不影响鉴定人、人民法院依据现场勘验情况作出认定。（4）工程量核对、施工情况确定等阶段性鉴定成果，鉴定人提请当事人进行确认提出书面意见的，当事人不提出书面意见又不予确认的，不影响鉴定的进行。

10．规范提出对鉴定意见的异议。（1）当事人对鉴定意见有异议的，应当在指定答复期间内提出质证意见。在指定期间内未提供质证意见的，视为对鉴定意见无异议。（2）当事人提出异议的，建议采用书面方式。异议内容应当具体、明确，并说明理由，附交相关证据。涉及工程量计算的，应说明计算方法、依据。不能说明理由、依据的异议，不予采纳。（3）鉴定人对当事人提出的异议书面答复作相应解释、说明或者补充后，当事人仍提出异议的，可以申请人民法院通知鉴定人出庭作证。

七、专家辅助人的提出

11．申请专家辅助解决专业问题。当事人可以在举证期限届满前申请一至二名有专门知识的人作为专家辅助人出庭，代表当事人对鉴定意见进行质证，或者对案件事实所涉及的专业问题提出意见。专家辅助人在法庭上就专业问题提出的意见，视为当事人的陈述。

当事人申请专家辅助人出庭的，应当提交书面申请，申请书应当载明专家辅助人的基本情况和申请的目的。可以从建设工程案件咨询专家库中选择对讼争专业问题有专门知识的人担任专家辅助人。

专家辅助人出庭的相关费用由提出申请的当事人负担，双方当事人对专业问题发生争议共同咨询专家辅助人的，相关费用由当事人协商负担，协商不成的，各半负担。

附件一：

民事诉讼单项证据摘要示意

证据编号　　证据名称

证据种类　　证据来源

收集时间　　收集人

证明对象

（证明对象：填写该证据证明的待证事实，

包括实体法事实和程序法事实）

证明内容和证明目的

（1.证明内容，填写该证据证明待证事实的具体内容和重点部分；

2.证明目的，填写据该证据可以认定的事实）

提交时间：　　提交人：

附件二：

民事诉讼证据编录方法示意

证据类型分组	序号	证据名称	页码	证明对象	证明目的
	1				
第一组	2				
	3				
	4				
第二组	5				
	6				
	7				
第三组	8				
	9				

提交时间：　　提交人：

附件三：

建设工程造价纠纷证据分类汇总清单示例

证据类型	证据编号	证据名称	页码
当事人主体资格证据		□营业执照	
		□组织机构代码证	
		□居民身份证	
		□其他	
工程规划审批材料		□国有土地使用权证	
		□建设用地规划许可证	
		□建设工程规划许可证	
		□建设工程施工许可证	
		□其他	
合同签订证据		□工程地质勘察报告	
		□工程招标文件	
		□施工组织设计	
		□中标通知书	
		□工程施工合同及补充协议	
		□气象资料	
		□工程监理合同	
		□施工图设计文件审查报告及施工图纸	
		□图纸会审记录	
		□其他	
施工过程证据		□开工报告	
		□设计变更单	
		□工程签证单	
		□工程变更单	
		□工程洽商记录	

证据类型	证据编号	证据名称	页码
		□工程会议纪要	
		□工程验收记录	
		□竣工验收报告	
		□工程保修类证据	
		□索赔报告、反索赔报告	
		□其他	
合同结算证据		□结算协议	
		□工程计量单	
		□工程结算单	
		□工程量计算底稿（电子版）	
		□工程结算审核书	
		□能反映主要施工节点时间的资料	
		□合同约定的主要材料价格	
		□甲供材料	
		□设备明细	
		□书证中相关人员身份证明	
		□其他	
已付款证据		□请款报告	
		□付款审批单	
		□付款凭证	
		□收条	
		□其他	

提交时间：　　提交人：

23. 江苏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解答

【发文字号】2018 年 3 号

【生效日期】2018 年 06 月 26 日

为公正、规范地审理建设工程施工合同纠纷案件，依法维护健康有序的建筑市场环境，6 月 26 日，省法院印发了《江苏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解答》。

2018 年 6 月 12 日，江苏省高级人民法院召开第 6 次审判委员会，对建设工程施工合同纠纷案件审理中的若干问题进行了专题讨论。近年来，随着建筑业改革不断推进，新型建设工程合同纠纷不断涌现，建设工程施工合同纠纷案件审理中遇到许多疑难复杂问题。为公正、规范地审理建设工程施工合同纠纷案件，依法维护健康有序的建筑市场环境，根据《中华人民共和国民法总则》、《中华人民共和国合同法》、《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若干问题的解释》（简称《建设工程司法解释》）等相关法律、行政法规、司法解释规定，结合我省实际情况，制定本解答：

一、建设工程合同案件的管辖

1、建设工程合同案件专属管辖如何理解？

《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 28 条规定建设工程施工合同案件按照不动产专属管辖确定受诉法院，即建设工程施工合同纠纷一律由建设工程所在地人民法院管辖。“建设工程施工合同纠纷”还包括建设工程价款优先受偿权纠纷、建设工程分包合同纠纷、建设工程监理合同纠纷、装饰装修合同纠纷、建设工程勘察合同纠纷、建设工程设计合同纠纷。

尚未开工建设的建设工程施工合同纠纷，以及达成结算协议的建设工程施工合同纠纷，均适用专属管辖。

工程款债权转让的，债务人与受让人因债务履行发生纠纷的，由于该债权源于建设工程施工合同，按建设工程施工合同纠纷适用专属管辖。

二、建设工程施工合同效力

2、商品房未经招投标程序签订的建设工程施工合同效力如何认定？

当事人以商品房未经招投标程序主张签订的建设工程施工合同无效的，除符合《招标投标法》第 3 条规定的必须招标的项目外，不予支持。

（备注：《招标投标法》第 3 条：在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。前款所列项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准。法律或者国务院对必须进行招标的其他项目的范围有规定的，依照其规定。

国家发展和改革委员会 2018 年 6 月 1 日施行的《必须招标的工程项目规定》第二条：全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目包括：（一）使用预算资金 200 万元人民币以上，并且该资金占投资额 10%以上的项目；（二）使用国有企业事业单位资金，并且该资金占控股或者主导地位的项目。第三条：使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目包括：（一）使用世界银行、亚洲开发银行等国际组织贷款、援助资金的项目；（二）使用外国政府及其机构贷款、援助资金的项目。第四条：不属于本规定第二条、第三条规定情形的大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目，必须招标的具体范围由国务院发展改革部门会同国务院有关部门按照确有必要、严格限定的原则制订，报国务院批准。

国家发展和改革委员会 2018 年 6 月 6 日施行的《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》第二条：不属于《必须招标的工程项目规定》第二条、第三条规定情形的大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公共安全的项目，必须招标的具体范围包括：（一）煤炭、石油、天然气、电力、新能源等能源基础设施项目；（二）铁路、公路、管道、水运，以及公共航空和 A1 级通用机场等交通运输基础设施项目；（三）电信枢纽、通信信息网络等通信基础设施项目；（四）防洪、灌溉、排涝、引（供）水等水利基础设施项目；（五）城市轨道交通等城建项目。）

3、未取得建设工程规划许可证、施工许可证所签订的建设工程施工合同的效力如何认定？

发包人未取得建设工程规划许可证，与承包人签订的建设工程施工合同，应认定为无效。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规划部门认可的，可以认定有效。

发包人未取得建设工程施工许可证的，不影响建设工程施工合同的效力。

三、工程价款结算

4、建设工程施工合同无效，建设工程经竣工验收合格的，发包人或承包人请求参照合同约定支付工程价款的，如何处理？

建设工程施工合同无效，建设工程经竣工验收合格的，发包人和承包人均可以请求参照合同约定支付工程价款。

（备注：最高人民法院 2011 年 6 月 29 日给我院的关于常州长兴集团房地产开发有限公司与南通新华建筑集团公司建设工程施工合同纠纷请示一案的答复指出：《建设工程司法解释》第 2 条确立了建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格时的折价补偿原则，即参照合同约定支付工程价款。该条的本意并不是赋予承包人选择参照合同约定或工程定额标准进行结算的权利。根据该条规定精神，建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，发包人也可以请求参照合同约定支付工程价款。）

5、建设工程施工合同无效，建设工程经竣工验收合格的，合同约定的哪些条款可以参照适用？

建设工程施工合同无效，建设工程经竣工验收合格的，当事人主张工程价款或确定合同无效的损失时请求将合同约定的工程价款、付款时间、工程款支付进度、下浮率、工程质量、工期等事项作为考量因素的，应予支持。

6、出借资质的一方或者转包人要求按照合同约定支付管理费的，如何处理？

出借资质的一方或者转包人要求按照合同约定支付管理费的，根据《建设工程司法解释》第 4 条的规定，不予支持。

7、《建设工程司法解释》第 21 条黑白合同的规则，审判实践中如何适用？

强制招投标的建设工程，经过招投标的，当事人在招投标之后另行签订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，备案的中标合同有效，另行签订的合同无效，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的依据。

强制招投标的建设工程，当事人在招投标之前进行了实质性协商签订了建设工程施工合同，后经过招投标另行签订了一份实质性内容不一致的建设工程施工合同并进行备案的，前后合同均无效，参照双方当事人实际履行的合同结算工程价款。

非强制招投标的建设工程，经过招投标或备案的，当事人在招投标或备案之外另行签订的建设工程施工合同与经过备案的合同实质性内容不一致的，以双方当事人实际履行的合同作为结算工程价款的依据。

合同履行完毕后当事人达成的结算协议具有独立性，施工合同是否有效不影响结算协议的效力。

8、固定总价合同履行中，承包人未完成工程施工的，工程价款如何确定？

建设工程施工合同约定工程价款实行固定总价结算，承包人未完成工程施工，其要求发包人支付工程款，发包人同意并主张参照合同约定支付的，可以采用“按比例折算”的方式，即由鉴定机构在相应同一取费标准下计算出已完工程部分的价款占整个合同约定工程的总价款的比例，确定发包人应付的工程款。但建设工程仅完成一小部分，如果合同不能履行的原因归责于发包人，因不平衡报价导致按照当事人合同约定的固定价结算将对承包人利益明显失衡的，可以参照定额标准和市场报价情况据实结算。

9、《建设工程司法解释》第 20 条规定的按照竣工结算文件结算工程价款，审判实践中如何适用？

建设工程施工合同专用条款中明确约定发包人收到竣工结算文件后，在合同约定的期限内不予答复视为认可竣工结算文件，当事人要求按照竣工结算文件进行工程价款结算的，应予支持。建设工程施工合同专用条款中未明确约定，当事人要求按照竣工结算文件进行工程价款结算的，不予支持。

建设工程施工合同专用条款有此明确约定，发包人有证据证明在合同约定的期限内提出异议的，承包人要求按照竣工结算文件进行工程价款结算的，不予支持。

建设工程施工合同无效的，不影响该条款约定的效力。

10、当事人约定以行政审计、财政评审作为工程款结算依据的如何处理？

当事人约定以行政审计、财政评审作为工程款结算依据的，按照约定处理。但行政审计、财政评审部门明确表示无法进行审计或者无正当理由长期未出具审计结论，当事人申请进行司法鉴定的，可以准许。

11、欠付工程款利息标准如何确定？

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，但不得超过年利率 24%。

没有约定的，参照《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 24 条第 4 款的规定，可以中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率为基础，参照逾期罚息利率标准计算。

12、发包人与承包人在工程款已届清偿期，约定以房屋折抵工程价款的，对该抵债协议的效力如何认定？

发包人与承包人在工程款已届清偿期，约定以房屋折抵工程价款的，一方要求确认以房抵债协议无效或者变更、撤销，经审查抵债协议系当事人真实意思表示，且不存在《合同法》第 52 条、第 54 条规定情形的，对其主张不予支持。

13、发包人能否以承包人未开具发票作为拒绝支付工程款的先履行抗辩的事由？

发包人以承包人未开具发票为由拒绝支付工程款的，不予支持，当事人另有明确约定的除外。

四、建设工程价款优先受偿权

14、建设工程价款优先受偿权起算如何确定？

建设工程施工合同的承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，具体起算按照以下方式确定：

（1）工程已竣工且工程结算款已届期的，自建设工程竣工之日或者建设工程施工合同约定的竣工之日起算；

（2）建设工程施工合同解除、终止履行的，自合同实际解除、终止之日起算；

（3）工程已竣工验收合格，但合同约定除质保金以外的工程款付款期限尚未届满的，自合同约定的工程款付款期限届满之日起算。

15、建设工程施工合同无效，承包人是否享有建设工程价款优先受偿权？

建设工程价款优先受偿权不受建设工程施工合同效力的影响。建设工程施工合同无效，承包人仍然享有建设工程价款优先受偿权。

16、实际施工人是否享有建设工程价款优先受偿权？

实际施工人在总承包人或者转包人不主张或者怠于行使工程价款优先受偿权时，就其承建的工程在发包人欠付工程价款范围内可以主张优先受偿权。

17、工程款利息是否属于建设工程价款优先受偿权的范围？

承包人主张将工程款利息纳入建设工程价款优先受偿权范围的，不予支持。

18、承包人行使建设工程价款优先受偿权的方式如何认定？

承包人通过提起诉讼或申请仲裁的方式，主张建设工程价款优先受偿权的，属于行使建设工程价款优先受偿权的有效方式。

承包人通过发函形式主张建设工程价款优先受偿权的，不认可其行使的效力。

19、承包人放弃建设工程价款优先受偿权的效力如何认定？

法律并未禁止承包人放弃建设工程价款优先受偿权。承包人自愿放弃建设工程价款优先受偿权的，只涉及承包人自身利益的，该放弃行为有效。但该放弃行为损害实际施工人等第三人利益的，对该第三人不产生效力。

20、工程款债权转让的，建设工程价款优先受偿权是否一并转让？

建设工程价款优先受偿权依附于工程款债权，承包人将建设工程价款债权转让的，建设工程价款优先受偿权随之转让。受让人是否实际享有建设工程价款优先受偿权，仍应进行实体审查。

五、民事责任承担

21、发包人主张挂靠人与被挂靠人对工程质量承担连带责任的如何处理？

挂靠人以被挂靠人名义订立建设工程施工合同，发包人要求挂靠人与被挂靠人就工程质量承担连带责任的，应予支持。

22、实际施工人起诉发包人主张工程款的，发包人的责任如何认定？

实际施工人依据《建设工程司法解释》第 26 第 2 款的规定起诉发包人主张工程款的，发包人应举证证明已向总承包人支付的工程款数额。发包人未能举证已付工程款数额的，应当与承包人对工程欠款承担连带责任。

23、层层转包中，实际施工人要求所有转包人、违法分包人均承担责任的，如何处理？

建设工程因转包、违法分包导致建设工程施工合同无效的，实际施工人要求转包人、违法分包人对工程欠款承担连带责任的，应予支持。前手转包人、违法分包人举证证明其已付清工程款的，可以相应免除其给付义务。发包人在欠付的工程款范围内承担连带责任。

24、合作开发房地产合同各方对承包人的责任如何承担？

合作开发房地产合同中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，承包人要求合作各方当事人对欠付的工程款承担连带责任的，应根据合作开发协议等证据查明事实，依法作出裁判。

25、建设工程领域，项目部或项目经理以施工企业名义对外借款，出借人要求施工企业承担责任的如何处理？

建设工程领域，项目部或者项目经理不具有对外借款的职权，其以施工企业名义对外借款的，出借人要求施工企业承担还款责任的，原则上不予支持。出借人举证证明项目经理系获得施工企业授权，或具有款项进入施工企业账户、实际用于工程等情形，导致其有理由相信项目部或项目经理有代理权的，出借人要求施工企业承担还款责任的，可予支持。

六、其他

26、本解答自印发之日起施行。

本解答施行后受理的一审案件适用本解答的规定。

本院以前有关规定与本解答相抵触的，不再适用。

24. 江苏省高级人民法院民一庭建设工程施工合同纠纷案件司法鉴定操作规程

【生效日期】2015 年 12 月 21 日

为进一步规范建设工程施工合同纠纷案件审理过程中涉及司法鉴定的相关工作流程，提高建设工程案件审判质量和效率，根据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）、《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》（以下简称《民诉法解释》）、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《建设工程司法解释》）等法律、司法解释的规定，制定本操作规程。

一、鉴定的启动

第一条 建设工程司法鉴定的启动以当事人申请鉴定为主，人民法院依职权委托鉴定为补充。

人民法院依职权委托建设工程司法鉴定一般应限于案件涉及国家利益、社会公共利益或他人合法权益的情形。

第二条 人民法院向当事人释明应当通过申请鉴定的方式进行举证，当事人未在人民法院指定的期限内提出鉴定申请，后又向人民法院申请鉴定，人民法院可以准许，并依照《民事诉讼法》第一百一十五条第一款、《民诉法解释》第一百零二条的规定对当事人予以训诫、罚款。

当事人在一审中经人民法院释明后未提出鉴定申请，在二审中对同一事项申请鉴定，鉴定对案件处理有实质性影响的，一般应当要求当事人按鉴定费标准交纳保证金，并将案件发回原审法院委托鉴定。案件发回后当事人在重审中又不申请鉴定的，人民法院可以根据案件审理的需要依职权委托鉴定，鉴定费从保证金中扣除。

当事人在人民法院审查再审申请期间提出鉴定申请的，人民法院不予准许。

第三条 人民法院鉴定管理部门在确定鉴定机构和鉴定人员过程中应当对鉴定机构和鉴定人员的资质进行审查，并将审查意见和相关资质材料移交审判部门复核。

第四条 人民法院在鉴定开始前应向当事人告知鉴定人的身份及申请鉴定人回避的权利，并询问当事人是否申请鉴定人回避。

在鉴定过程中当事人发现鉴定人具有应当回避的情形并向人民法院申请回避的，人民法院应予准许。

鉴定人的回避，由审判长决定。

第五条 人民法院应当根据当事人的申请，结合双方争议事项，依照《民事诉讼法》及相关司法解释的规定决定是否启动鉴定并合理确定鉴定事项。

人民法院启动鉴定、确定鉴定事项应当遵循以下原则：

（1）必要性原则。因争议事实涉及专门性问题，通过当事人的举证对争议事实无法达到高度盖然性证明标准，当事人申请鉴定的，人民法院可以准许；争议事实虽涉及专门性问题，但通过当事人的举证人民法院可以认定的，不予鉴定。

（2）关联性原则。人民法院应当根据查明待证事实的需要确定鉴定事项，鉴定事项应当与待证事实具有充分关联性，能够为查明待证事实提供依据。

（3）可行性原则。人民法院委托鉴定的事项应当属于能够通过司法鉴定得出鉴定意见的事项。

（4）鉴定范围最小化原则。人民法院在委托鉴定前应通过其他手段排除无争议项，只对有争议项进行鉴定。对于建设工程造价争议应先根据诉辩意见及当事人举证质证确定争议项，再对争议项进行鉴定。

第六条 鉴定的启动和鉴定事项、鉴定思路的确定应当经过合议庭决定，出现以下情形应当提交法官会议讨论：

（1）合议庭存在重大分歧意见的；

（2）合议庭认为需要鉴定机构按照两种以上鉴定依据出具多种鉴定意见的；

（3）合议庭认为其他有必要提请法官会议讨论的。

法官会议的讨论意见供合议庭参考。经法官会议讨论仍存在重大分歧的，应当征求分管院领导意见。

第七条 人民法院应当在鉴定开始前召开鉴定准备会，要求鉴定机构提交鉴定实施方案，组织鉴定人和当事人对鉴定事项和鉴定思路进行沟通和讨论，在充分听取鉴定人和当事人意见的基础上确定鉴定事项和思路，必要时可向专家咨询员咨询。

第八条 人民法院应当严格限制重复鉴定，只有符合《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条规定的，才能允许重新鉴定。

第九条 建设工程鉴定委托工作由人民法院相关审判部门和鉴定管理部门依据各自的职能，分工协作完成。

审判部门主要负责以下事项：

（1）启动司法鉴定程序；

（2）确定鉴定事项、依据、范围与鉴定思路；

（3）组织质证及确定鉴定资料；

（4）决定已选定的鉴定机构或鉴定人员是否回避；

（5）决定延长鉴定时间；

（6）决定撤回、暂缓、中止或者终结鉴定；

（7）对鉴定意见初稿进行预审查；

（8）对鉴定意见的审查、采信；

（9）其他应当由审判部门负责的事项。

鉴定管理部门主要负责以下事项：

（1）选择确定鉴定机构并审查鉴定机构与鉴定人员的资质；

（2）办理委托手续并移送鉴定材料；

（3）对鉴定工作进行跟踪协调，了解鉴定相关情况，及时处理可能影响鉴定的问题；

（4）鉴定初稿和鉴定意见的送达工作；

（5）组织现场勘验；

（6）监督鉴定机构依法合理收取鉴定费用、按时完成鉴定；

（7）收集民事审判部门对鉴定意见和鉴定机构的评价；

（8）处理违法、违规的工程鉴定机构；

（9）协助审判部门在委托鉴定工作中的其他事项。

二、鉴定资料的准备、质证与移交

第十条 鉴定事项确定后，对于常见鉴定事项应由人民法院鉴定管理部门先行向当事人出具基本鉴定资料准备清单，鉴定机构确定后应当在十日内由鉴定机构向当事人出具鉴定资料准备详单。

第十一条 当事人应当在人民法院指定的时间内提交鉴定资料，控制鉴定资料的一方当事人逾期不提供导致相关争议项无法确定的，人民法院可以根据案件审理情况认定对方当事人主张的相关事实成立。

第十二条 控制鉴定资料的一方当事人经释明后拒不提供资料，导致鉴定无法进行的，人民法院可以终结鉴定，由拒不提供资料的一方当事人承担相应不利后果；双方均有能力提供，经释明后均未提供的，由对相关争议事实承担举证责任的一方当事人承担相应不利后果。

第十三条 人民法院应当在鉴定资料移交鉴定机构前组织当事人进行逐项质证，经质证认可或经人民法院予以认定的资料可以移交鉴定机构使用。

受鉴项目资料较多的，人民法院可以先行委托鉴定机构对双方当事人提交的资料进行核对，确定无争议的资料和有争议的资料后，由人民法院组织双方当事人对核对结果进行书面确认。对于有争议的资料，人民法院应当组织当事人进行逐项质证。

第十四条 当事人提交鉴定资料时应附资料清单，资料经质证后，由人民法院审判部门组织当事人与鉴定机构进行交接，并由鉴定机构在资料清单上盖章签收。

三、鉴定过程中的工作衔接

第十五条 人民法院委托鉴定后，审判部门应当及时掌握鉴定工作进程，必要时可以向鉴定机构发出督促函，要求鉴定机构加快鉴定节奏。

鉴定机构接受委托后未能在指定期限内出具鉴定意见的，审判部门可以会同鉴定管理部门要求鉴定机构说明理由，审判部门与鉴定管理部门认为理由不成立的，对该次鉴定的评价反馈按超期鉴定处理。

第十六条 鉴定机构提出需要进行现场勘验的，审判部门应当及时会同鉴定管理部门组织当事人和鉴定人进行现场勘验。

当事人经人民法院通知拒不配合现场勘验导致争议项无法确定的，人民法院可以根据案件审理情况认定对方当事人对争议项的相关主张成立。

第十七条 鉴定过程中鉴定机构认为需要补充鉴定资料的，人民法院应当要求当事人在指定的期限内提交，当事人未在指定期限内提交的，按照第十一、十二条处理。

四、鉴定意见的审查

第十八条 鉴定人完成鉴定初稿后应当通过人民法院向各方当事人送达，人民法院应当要求当事人在规定的期限内通过法院向鉴定人提交书面异议和相关证明材料。

鉴定人应针对当事人的异议及相关证明材料对鉴定意见初稿进行核对与调整，并通过人民法院书面答复当事人。

第十九条 鉴定初稿经审判部门审查认为结论明确、说理充分、符合委托鉴定要求后，人民法院鉴定管理部门应当及时通知鉴定机构出具正式鉴定意见。

第二十条 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，人民法院应当通知在鉴定意见上署名的鉴定人员出庭作证。

鉴定人一审中已出庭作证，当事人在二审、再审中仍对鉴定意见提出相同异议，人民法院认为确有必要的，可以通知鉴定人出庭作证。当事人在二审、再审中对鉴定意见提出新的异议的，人民法院应当通知鉴定人出庭作证。

鉴定意见上署名的鉴定人员在接到人民法院出庭通知时已不在原鉴定机构执业，人民法院应当通知原鉴定机构指派具有相应资质的鉴定人员出庭，回答当事人的质询。

第二十一条 鉴定人经人民法院通知无正当理由拒不出庭作证，经质证当事人对鉴定意见仍持异议，有异议的部分可以与无异议的部分进行区分且互不影响的，有异议的部分不得作为认定案件事实的依据；不能区分或可能产生相互影响的，鉴定意见不得作为证据使用。

第二十二条 当事人可以申请一至两名专家辅助人出庭，代表当事人对鉴定意见进行质证，或者对案件事实所涉及的专业问题提出意见，该意见视为当事人的陈述。

当事人申请专家辅助人出庭应当在开庭前向人民法院申请，并经人民法院准许。一方当事人申请专家辅助人出庭的，人民法院应当在开庭前通知另一方当事人。

当事人针对鉴定意见申请专家辅助人出庭的，一般应在一审程序中提出。当事人在二审程序中申请专家辅助人出庭，人民法院经审查确有必要的，可以准许。

第二十三条 当事人向人民法院提交专业机构或专家辅助人就鉴定问题出具的书面意见，对方当事人提出异议的，人民法院应当要求当事人申请该专业机构或相关人员出庭陈述相关专业意见，当事人不申请或相关人员拒不出庭的，人民法院对该书面意见不予采信。

五、鉴定费与鉴定人出庭费用

第二十四条 当事人申请鉴定的，鉴定费由提出申请的一方当事人全额预交。当事人申请鉴定后未按期全额预交鉴定费，人民法院应当催交并释明不按期交纳将导致鉴定程序终结的不利后果，经催交后当事人仍未按期全额交纳的，人民法院可以终结委托鉴定程序。

第二十五条 鉴定人经人民法院通知拒不出庭作证，导致鉴定结论未予采信，或者鉴定意见因《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未被人民法院采信，当事人请求返还鉴定费用的，人民法院审判部门应商请鉴定管理部门责令鉴定机构退还。

第二十六条 当事人申请鉴定时应向人民法院预交鉴定人出庭作证的费用，当事人未预交的，人民法院应当在判决时按照《国务院诉讼费用交纳办法》第六条第三项的规定确定费用数额并列明由对鉴定意见提出异议的一方当事人负担，双方均提出异议的，由双方平均分担。

人民法院通知鉴定人出庭，鉴定人以未收到出庭费用为由表示不出庭作证的，人民法院应当向其说明前款规定的内容，并向其释明如不出庭将按照《民事诉讼法》第七十八条的规定处理。

六、建设工程造价鉴定

第二十七条 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款的，人民法院可以根据当事人的申请委托鉴定机构对工程造价进行鉴定。

当事人申请工程造价鉴定，人民法院经审查具有下列情形之一的，不予准许：

（1）双方当事人就工程款数额已协商一致达成协议；

（2）合同约定按固定总价结算的合同内部分；

（3）当事人诉前已经共同选定鉴定机构对建设工程造价作出鉴定意见，且无充分证据推翻的；

（4）发包人未对承包人提交的结算资料提出异议，符合《建设工程司法解释》第二十条规定的；

（5）人民法院根据双方提交的结算材料可以直接认定工程款数额的。

第二十八条 经过招标投标的建设工程，发包人和承包人另行订立的施工合同与中标合同实质性内容不一致的，不论该中标合同是否经过备案，均应以中标合同作为工程造价鉴定的依据。

当事人违法进行招投标订立中标合同后，又另行订立施工合同，不论中标合同是否经过备案，均应以符合双方当事人的真实意思并在施工中实际履行的施工合同作为工程造价鉴定的依据。

第二十九条 对于工程造价鉴定标准和方法，根据《建设工程司法解释》第十六条的规定处理。

对于工程变更、增加项目的工程价款，合同或者签证单有约定的，按照约定；合同没有约定，采用固定单价合同的，按招投标文件的计价清单中有相同项目或可套用项目的价格计算，计价清单中无相同项目或可套用项目的，按照合同签订时工程所在地建设行政主管部门发布的计价办法计价，并按计价清单体现的让利率折算；采用可调价合同按实结算的，按照合同履行期间工程所在地建设行政主管部门发布的计价标准计价。

第三十条 对于经过行政审计、财政评审的政府投资的项目，当事人申请对工程造价进行司法鉴定，人民法院经审查认为需要进行鉴定的，可以准许，双方当事人合同约定以行政审计、财政评审结论作为工程款结算依据的除外。

第三十一条 建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格的，应当参照合同约定的结算方法进行鉴定。

对于发包人未领取建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、国有土地使用权证的“三无工程”，经竣工验收合格，应当参照合同约定的结算方法进行鉴定。

第三十二条 建设工程施工合同约定工程价款按照固定总价结算，合同履行过程中建设工程发生重大变更导致难以区分合同内工程量与变更部分工程量，一方当事人申请对建设工程全部造价进行鉴定的，人民法院可以准许，但鉴定结论应当计入固定总价体现的下浮水平。

第三十三条 建设工程施工合同解除后，工程由其他承包人继续施工的，人民法院应当在委托鉴定时依据工程交接记录向鉴定人明确承包人的实际施工范围；没有交接记录或依据交接记录不足以作出认定的，人民法院应当通过其他施工资料及组织双方当事人勘验工地现场固定交接界面的方式，确定承包人的实际施工范围；采用上述方法仍不能确定的，人民法院可以根据双方未能办理交接及工程未完工的原因等因素通过分配举

证责任确定承包人的实际施工范围。

第三十四条 因发包人违约导致合同解除，人民法院可以根据案件审理的需要委托鉴定人对下列费用进行鉴定：

（1）合同解除日以前承包人所完成的永久工程的价款；

（2）承包人为受鉴项目施工订购并已付款的材料、工程设备和其他物品的金额；

（3）承包人为完成受鉴项目已发生而发包人未支付的费用；

（4）承包人为完成受鉴项目所建造的临时设施的摊销费用；

（5）承包人撤离施工场地以及遣散承包人人员的费用；

（6）承包人进场施工机械的停滞费用。

第三十五条 因承包人违约导致合同解除，人民法院可以根据案件审理的需要委托鉴定人对下列发包人应向承包人支付的费用进行 ：

（1）合同解除日以前承包人所完成的永久工程的价款；

（2）承包人为受鉴项目施工订购并已付款且实际使用的材料、工程设备和其他物品的金额；

（3）承包人为完成受鉴项目已发生而发包人未支付的费用；

（4）承包人为完成受鉴项目所建造的临时设施的摊销费用。

第三十六条 当事人对工程价款有争议，承包人提供了单方竣工结算报告，发包人应当进行审核，并将审核结果反馈给承包人。发包人在收到竣工结算文件后，在约定的期限内不予答复的，符合《建设工程司法解释》第二十条的规定，无需进行造价鉴定，按照约定或者竣工结算文件结算工程价款。

发包人在收到竣工结算文件后，在约定的期限内提出异议的，人民法院经审查需要通过鉴定确定的，应当向承包人释明，由承包人对异议部分申请鉴定。承包人坚持不申请鉴定的，对发包人主张的异议予以支持。

第三十七条 当事人对施工合同效力、结算依据和标准、签证文件的真实性及效力、举证责任分配、应否下浮、奖惩、缴纳管理费等问题存在争议的，应由人民法院进行审查并作出认定，法院未作出明确认定的，鉴定机构应当对该部分争议鉴定后列入鉴定意见的争议项，由法院判定。

七、建设工程质量鉴定

第三十八条 发包人主张工程质量不符合合同约定，但提交的证据不足以证明的，应由发包人向人民法院申请鉴定；根据已有证据能够证明质量不符合合同约定，承包人主张并非施工原因导致但提交的证据不足以证明的，应当由承包人申请鉴定。

第三十九条 建设工程经竣工验收合格，承包人要求发包人支付工程价款，发包人

以工程质量提出抗辩并要求对工程进行质量鉴定的，人民法院不予准许，但涉及地基基础工程和主体结构质量的除外。

建设工程经竣工验收合格，发包人起诉或反诉主张工程质量不合格向人民法院申请鉴定，并就质量问题有初步证据证明的，人民法院可以准许。

第四十条 建设工程未经竣工验收合格，发包人擅自使用后对使用部分质量提出异议并申请鉴定的，人民法院不予准许，但涉及地基基础工程和主体结构质量的除外。

对于因缺乏建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、国有土地使用权证的“三无工程”，发包人主张工程存在质量问题申请鉴定的，人民法院不予准许。

第四十一条 应当提出鉴定申请的当事人在合理期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用或者拒不提供相关工程材料，导致无法进行质量鉴定的，对其主张的事实承担举证不能的后果。

第四十二条 合同约定的质量标准高于国家规定的强制性标准，应当以合同约定的质量标准作为鉴定依据；合同约定的质量标准低于国家规定的强制性标准，应当依据国家规定的强制性标准进行鉴定。

第四十三条 人民法院委托鉴定机构对建设工程质量进行鉴定，在确定鉴定事项时不应要求鉴定人作出质量合格或不合格的鉴定意见，应根据案件审理需要要求鉴定人对质量是否符合施工图设计文件以及相关标准、技术文件以及造成质量问题的原因和责任做出鉴定意见。

第四十四条 对于工程存在质量缺陷，经有资质的鉴定机构确定修复方案后，鉴定机构可以根据鉴定时施工当地建设行政主管部门制定的工程计价依据计算修复加固费用。

八、建设工程工期与窝工损失鉴定

第四十五条 人民法院根据当事人申请委托鉴定机构对窝工损失进行鉴定，应先根据当事人的举证确定因发包人责任导致工程暂停施工的期间，无法确定的应召开鉴定准备会征询鉴定人的意见，鉴定人认为鉴定不具备条件的，不予鉴定。

第四十六条 人民法院委托鉴定机构对窝工损失进行鉴定，可以根据案件审理的需要，对下列费用委托鉴定：

（1）保护、保管暂停施工部分的工程或全部工程的费用；

（2）由于暂停施工而引起的、必需的安全费用；

（3）项目经理部人员的工资及进入施工现场生产工人的工资；

（4）由于暂停施工而引起的需延期租赁的施工机械和施工机具租赁费用；

（5）为暂停施工部分的工程复工所必需的准备费用。

第四十七条 发包人向承包人主张迟延竣工违约责任，承包人以增加合同工作内容导致工期延长进行抗辩，但提交的证据不足以证明的，应由承包人对工期申请鉴定。

九、附则

第四十八条 案件审理过程中进行委托鉴定的，审判部门应在案件结案后及时填写《委托鉴定案件评价表》，将鉴定机构的鉴定质量、效率、服务质量、鉴定意见采信以及鉴定人出庭等情况作出评价后反馈鉴定管理部门。

审判部门在审理案件过程中，发现鉴定机构及鉴定人员有违规、违法情形，影响鉴定结果，损害当事人或他人合法权益的，应当及时反馈本院鉴定管理部门。

25. 江苏省高级人民法院全省民事审判工作例会会议纪要（节选）

【发文字号】苏高法电[2015]295 号

【生效日期】2015 年 04 月 30 日

一、关于建设工程施工合同案件的管辖问题

《民诉法解释》第二十八条第二款规定：建设工程施工合同纠纷按照不动产纠纷确定管辖。对此如何理解？

会议认为，建设工程施工合同纠纷本质上属于合同纠纷，不属于不动产纠纷专属管辖的范围，但由于《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可以突破合同相对性起诉发包人，造成实践中该类案件管辖混乱，当事人的权利受到严重影响。为了保护当事人的权利，规范诉讼管辖秩序，《民诉法解释》第二十八条规定该类案件按照不动产专属管辖确定受诉法院，即建设工程施工合同纠纷一律由建设工程所在地人民法院管辖。

对建设工程承包、转包、分包、挂靠等与建设工程施工有关的合同纠纷，以及尚未履行的建设工程合同纠纷，均应当按照不动产纠纷确定管辖，即由工程所在地的人民法院管辖。建设工程装修装饰合同在性质上属于建设工程施工合同的范畴，亦应当适用专属管辖的规定。

建设工程勘察、设计合同纠纷在性质上不属于建设工程施工合同纠纷，不适用专属管辖的规定。

关于建设工程施工合同能否协议管辖的问题，理论上因其属于合同纠纷，是可以协议管辖的，属于当事人意思自治的范畴，但当事人的意思自治要受法律的限制。民事诉讼法第三十四条规定，当事人可以书面协议管辖，但不得违反级别管辖和专属管辖的规定。因此，民诉法解释已将其规定适用不动产专属管辖，只能由不动产所在地法院管辖，那么当事人协议管辖的只能是工程所在地法院，选择其他法院的均无效。所以，实践中当事人的选择已无实际意义，从某种意义上说，专属管辖实质上排除了协议管辖。也就是说，当事人协议选择了工程所在地以外的法院管辖的，应当认定该协议管辖无效。

二、关于建设工程施工合同纠纷案件移送管辖的问题

《民诉法解释》第二十八条第二款规定：将建设工程施工合同纠纷按照不动产纠纷确定管辖，实践中导致一部分已经立案的建设工程施工合同纠纷案件需要移送。对于哪些案件需要移送，哪些案件不应移送？

会议认为，关于在办案件如何处理的问题：

首先，根据管辖恒定的原则，按照《民诉法解释》第三十九条的规定，管辖权确定后，当事人提起反诉、增加或者变更诉讼请求的不能改变管辖。但这里应当理解为地域管辖，而不包括级别管辖和专属管辖。换言之，在管辖权确定后，如果当事人反诉、增加或者变更诉讼请求影响到级别管辖或属于专属管辖的则可以改变管辖。根据前一问题所述，在建设工程施工合同管辖确定后，只有影响级别管辖的才可能改变管辖。

其次，如何理解管辖权已经确定。确定管辖权有三种情况：一是经法院审查后确有管辖权，当事人未提异议；二是当事人提出管辖异议已被生效裁定驳回；三是应诉管辖，或默示协议管辖、拟定合意管辖、推定管辖，即没有管辖协议，但法院推定当事人之间形成管辖合意。根据《民事诉讼法》第一百二十七条第二款的规定，只要当事人未提出管辖异议，并应诉答辩的，视为受诉法院有管辖权，即为管辖权已经确定。

综上，只要具备了上述三种情形之一的，管辖不再变动，法院不得再将案件移送。但需要指出的是，上述三种情形下，仅是限制地域管辖的变动，而不影响级别管辖和专属管辖的变动，这一点前面已经说明。

第三，关于已经受理的建设工程施工合同纠纷案件如何处理。由于这类纠纷本属于合同纠纷，不属于专属管辖范围，只是新的《民诉法解释》规定按照不动产纠纷确定管辖，即赋予其不动产纠纷的性质，且《民诉法解释》从 2015 年 2 月 4 日颁布之日起实施，专属管辖属于法院必须主动审查的内容。因此，这一《民诉法解释》新的规定不能具有溯及效力，否则会引起该类案件诉讼秩序的混乱，尤其是正在审理、进行审计鉴定的案件。

因此，凡是 2015 年 2 月 4 日前管辖权已经确定的案件不得再根据新的《民诉法解释》进行移送，应当继续审理。只有在立案审查期间以及管辖权异议审理期间，即正在审查立案以及立案后尚未开庭审理和正在审理的一、二审管辖异议案件才能适用《民诉法解释》关于专属管辖的规定，将案件移送建设工程所在地的法院管辖。

同时，需要指出的是，建设工程施工合同纠纷在管辖权确定后，当事人提起反诉、增加或变更诉讼请求，虽然不影响案件的地域管辖，但违反级别管辖的，应当移送有管辖权的上级人民法院审理。

对于外省移送过来的案件，受移送的法院应当审查是否符合法律规定和上述情形。受移送的法院认为移送不当的，应当逐级与移送地法院进行协商，协商不成的，由省法院报请最高人民法院指定管辖。

26. 江苏省高级人民法院、江苏省住房和城乡建设厅关于建立化解建设工程合同纠纷案件联动机制的意见

【生效日期】2015 年 09 月 15 日

为加强住房城乡建设主管部门和人民法院的协作配合，共同规范建设工程施工行为，净化建筑市场环境，提升建设工程合同纠纷案件的专业化审理水平，推动建立健全建设工程合同纠纷的多元解决机制和综合治理长效机制，根据《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国建筑法》、《中华人民共和国合同法》等规定，结合我省实际，制定本意见。

一、建立建设工程案件诉调对接机制

第一条 人民法院审理建设工程施工合同案件，可以根据审理案件的需要，邀请建设主管部门或特邀调解员协助调解。

第二条 建设主管部门和特邀调解员在调解过程中应当遵循自愿、合法的原则。

第三条 人民法院邀请建设主管部门或特邀调解员调解建设工程合同纠纷的，应当征得各方当事人的同意，向受邀请的同级建设主管部门或特邀调解员出具邀请函。

第四条 特邀调解员的选聘工作，由省高级人民法院和中级人民法院会同建设主管部门，按照公开、公平、公正的原则进行。

第五条 特邀调解员应当符合以下条件：

（一）在造价、审计、监理、招标等领域有一定专业特长；

（二）一般应当具有大学专科以上文化程度；

（三）品德良好、责任心强、熟悉建筑法律、法规和政策，有一定的群众工作经验和调解工作经验。

受建设主管部门管理，具有建设工程专业特长的建设单位、施工单位、监理单位、鉴定单位工作人员，以及建设工程专家咨询员也可以担任特邀调解员。

第六条 特邀调解员的选聘，由省级、市级建设主管部门按照本意见第五条规定的条件确定初步人选，在征得本人同意后，以书面形式向同级人民法院推荐。

人民法院对于建设主管部门推荐的特邀调解员人选，经审核符合条件的，由省高级人民法院、中级人民法院聘任并颁发聘书。

第七条 特邀调解员有下列情形之一的，人民法院在征求同级建设主管部门意见后予以解聘：

（一）无正当理由不配合人民法院调解工作，影响审判工作正常进行的；

（二）违反与审判工作有关的法律及相关规定，造成工作失误或其他严重后果的；

（三）连续三年无正当理由不履行人民法院委托的职责的；

（四）有其他不适合继续担任特邀调解员情形的。

第八条 建设主管部门可以指派有关人员或者特邀调解员旁听人民法院依法公开审理的建设工程合同案件，并提出相关意见和建议。

人民法院对于建设主管部门或者特邀调解员提出的意见和建议应当认真研究，并以适当的方式予以反馈。

第九条 特邀调解员参与案件调解时，应当保持公正、中立。

特邀调解员对于调解过程中获悉的审判秘密、当事人隐私、商业秘密以及其他当事人不愿意公开的信息负有保密义务。

第十条 人民法院应当为建设主管部门和特邀调解员的调解工作提供必要的条件。

第十一条 人民法院邀请建设主管部门或特邀调解员参与调解的，应当在三日前通知当事人，同时告知当事人有关调解人员情况以及诉讼权利和诉讼义务。

第十二条 经建设主管部门调解达成的具有民事权利义务内容，并由当事人签字或盖章的调解协议，当事人向人民法院申请司法确认的，人民法院应当及时立案审查。

人民法院应当根据有关法律、司法解释和省高级人民法院相关规定对调解协议进行审查，依法确认调解协议的效力。

第十三条 建设工程特邀调解员接受人民法院邀请后，发现具有以下情形的，应当主动申请回避。当事人有权以口头或者书面形式申请回避，并说明理由。

（一）是本案当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属；

（二）与本案当事人有利害关系；

（三）与本案当事人有其他关系，可能影响案件公正审理的；

（四）有其他违反执业道德准则的行为，可能影响案件公正审理的。

建设工程特邀调解员的回避由负责案件审判的业务庭庭长决定。

第十四条 人民法院应当会同建设主管部门适时对建设工程施工合同案件调解工作中成绩突出的特邀调解员进行表彰和奖励。

第十五条 各市中级人民法院和各市建设主管部门应当每年将辖区内各基层人民法院邀请建设主管部门和特邀调解员协助参与调解建设工程施工合同案件的数量和调解成功案件的数量进行汇总，分别上报省高级人民法院和省住房和城乡建设厅。

第十六条 建设工程特邀调解员任期五年。任期届满后由人民法院会同建设主管部门重新审核确定。全省法院建设工程特邀调解员名册根据增补、变更情况及时更新。

二、建立违法线索移送制度

第十七条 全省各级人民法院在审理建设工程施工合同纠纷的过程中发现建设单位、施工单位和相关人员涉嫌存在以下违法行为的，应当以《江苏省建筑工程施工合同备案管理办法》（苏建规字[2015]1 号）备案的合同为依据，并依照住房和城乡建设部《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》（建市[2014]118 号文）的规定，向工程所在地的同级建设主管部门提出司法建议，并将相关证据或违法线索一并移送：

（一）建设单位存在将工程发包给不具有相应资质的施工单位、应当招标而未招标、与承包单位签订“阴阳合同”、肢解发包等违法发包行为的；

（二）施工单位存在转包、违法分包、围标串标等违法行为的；

（三）不具备相应资质的实际施工人通过签订虚假联营、合作、内部承包合同等方式借用有资质的施工企业名义承揽工程的；

（四）施工单位转让、出借资质证书或者以其他形式允许他人以本单位的名义承揽工程的；

（五）注册执业人员在认定有转包、挂靠行为的项目中担任施工单位项目负责人的。

第十八条 全省各级人民法院在审理中查明建设单位或施工单位存在第十七条列举的违法行为的，应当在裁判文书中依法对相关事实、法律性质和效力作出认定，并在作出裁判后向工程所在地的同级建设主管部门提出司法建议，移送相关证据或违法线索。

建设主管部门接到人民法院的司法建议后，应当依法进行调查和处理，向人民法院反馈查处结果。

第十九条 人民法院在审理建设工程合同纠纷案件中，可以参照住房和城乡建设部《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法》的规定对转包、违法分包和挂靠等违法行为进行审查，对建设单位或施工单位存在上述违法行为，且符合《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》第一条之规定的，应当依法认定建设工程施工合同无效。

第二十条 人民法院在审理建设工程合同案件中发现建设主管部门行政执法中存在的普遍性问题，需要有关单位采取措施的，可以向同级建设主管部门提出司法建议，由建设主管部门依法处理。

建设主管部门接到司法建议后，应当将处理结果及时反馈人民法院。

第二十一条 建设主管部门在查处违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为时，发现涉及民事诉讼的，应当及时将认定查处意见和相关线索移送相关人民法院。

三、建立建设工程专家参与审理机制

第二十二条 省高级人民法院和各中级人民法院根据建设工程审判实际需要，建立建设工程案件咨询专家库，选聘一批在建设工程领域施工、监理、审计、招标等方面经验丰富的专家。

第二十三条 符合下列条件的建设工程专家可以入选建设工程案件咨询专家库：

（一）政治立场坚定，道德品行良好，公道正派；

（二）在工程施工、造价、审计、监理、招标等领域有一定专业特长；

（三）在教学、科研机构或者相关工程技术领域具有副高以上职称，或者虽不具有副高以上职称但在相关工程技术领域具有专业特长、有一定知名度并经当地建设主管部门推荐的。

第二十四条 下列人员不得入选建设工程案件咨询专家库：

（一）因违法犯罪受过刑事处罚的；

（二）被开除公职的；

（三）执业律师等从事建设工程案件代理服务的人员。

第二十五条 专家库的选聘工作，由省高级人民法院和中级人民法院会同同级建设主管部门，按照公平、公开、公正的原则进行。

第二十六条 专家库的选聘，由省级、市级建设主管部门按照本意见第二十三条、第二十四条的规定确定初步人选，在征得本人同意后，以书面形式向同级人民法院推荐。

人民法院对于建设主管部门推荐的专家人选，经审核符合条件的，由省高级人民法院和市中级人民法院聘任并颁发聘书。

第二十七条 建设工程案件咨询专家的工作职责：

（一）接受人民法院对建设工程专业问题的咨询并进行解答；

（二）接受人民法院的委托，协助调解部分建设工程案件。

建设工程案件咨询专家可以接受当事人委托，以专家辅助人的身份参加建设工程案件庭审。

第二十八条 人民法院根据审理建设工程案件的需要，可以提请同级人大常委会任命建设工程案件咨询专家为专家型人民陪审员。

人民法院审理建设工程合同案件，可以根据建设工程案件所涉及的技术领域，在具有相关知识的专家型人民陪审员范围内随机抽取人民陪审员，与法官组成合议庭。

第二十九条 建设工程案件咨询专家的权利：

（一）查阅案件相关卷宗材料；

（二）旁听案件审理；

（三）对案件所涉技术性事实问题独立、充分发表意见和陈述理由；

（四）协调建设工程合同重大复杂案件。

第三十条 建设工程案件咨询专家的义务：

（一）应当对案件所涉技术性事实问题进行认真分析和论证，并根据自己的认知能力、学术水平作出明确客观的答复；

（二）应当仅就案件所涉技术性事实问题发表意见，对法律问题不作评价；

（三）应当对获悉的审判秘密、当事人隐私、商业秘密以及其他当事人不愿意公开的信息负有保密义务。

第三十一条 建设工程案件咨询专家接受当事人委托，担任建设工程案件专家辅助人的，享有以下权利：

（一）查阅案件相关卷宗材料；

（二）经人民法院准许，参与专业问题的法庭审理活动；

（三）就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。

第三十二条 建设工程案件咨询专家接受当事人委托，担任建设工程案件专家辅助人的，承担以下义务：

（一）遵守法庭秩序；

（二）不得参与专业问题之外的法庭审理活动，不得超出范围对法律问题提出意见；

（三）应当对获悉的审判秘密、当事人隐私、商业秘密以及其他当事人不愿意公开的信息负有保密义务。

第三十三条 人民法院向建设工程案件咨询专家进行专业咨询的，可以根据专家所承担工作的实际情况支付相应的报酬，具体标准由各地人民法院酌情确定。

当事人申请建设工程案件咨询专家作为专家辅助人参加诉讼的，有关费用由申请的当事人负担。

第三十四条 人民法院向建设工程案件咨询专家进行专业咨询，主要采取口头咨询或书面咨询两种方式：

（一）采取口头咨询的，应当制作咨询笔录；

（二）采取书面咨询的，应当及时将咨询函及相关材料送达建设工程专家，并在咨询函中列明需要咨询的工程问题。工程专家应当就咨询问题制作书面答复意见，并签字确认；

（三）除上述咨询方式外，人民法院还可以根据案件审理需要，采取召开专家论证会、电话、电子邮件等其他咨询方式。

第三十五条 建设工程案件咨询专家有下列情形之一的，应当从专家库中除名：

（一）无正当理由，拒绝参加审判活动，影响审判工作正常开展的；

（二）徇私舞弊影响案件审理的；

（三）本人申请辞去建设工程专家咨询员职务的。

第三十六条 建设工程案件咨询专家因故意造成建设工程案件事实认定错误，妨碍司法公正，情节严重的，应当承担相应的法律责任。

第三十七条 人民法院应当会同建设主管部门适时对建设工程案件审理中成绩突出的咨询专家进行表彰和奖励。

第三十八条 建设工程案件咨询专家聘期五年。任期届满后由人民法院会同建设主管部门重新审核确定。全省法院建设工程专家库根据增补、变更情况及时更新。

四、建立联席会议制度

第三十九条 全省各级人民法院与同级建设主管部门要建立联席会议机制，每半年召开一次联席会议。设立联络工作办公室，联络工作办公室设在人民法院民一庭和建设主管部门法规处。

第四十条 联席会议的主要内容是：

（一）通报建设工程领域违法线索的移送查处情况；

（二）交流建设工程领域出台的新规定、新政策；

（三）交流建设工程案件诉调对接工作情况；

（四）交流建设工程案件审理中的新情况、新问题，共同研究解决对策；

（五）对建设工程案件咨询专家库的选聘、表彰和奖励等工作进行研究；

（六）通报、交流其他需要统一的问题。

第四十一条 人民法院与建设主管部门要积极构建信息共享交换机制，共同搭建信息传递平台，建立裁判文书和违法违规处罚决定书数据库实时对接，实现信息双向交换与共享。

第四十二条 本意见自公布之日起施行。

27. 江苏省高级人民法院关于买卖合同纠纷案中当事人行为是否构成表见代理认定问题的纪要

【发文字号】审判委员会会议纪要[2013]3 号

【生效日期】2013 年 09 月 24 日

2013 年 8 月 12 日，江苏省高级人民法院审判委员会第 19 次会议讨论了江苏中兴建设有限公司（以下简称中兴公司）、江苏中兴建设有限公司连云港分公司（以下简称连云港分公司）与陈元林、钮志浩买卖合同纠纷一案，就该案中当事人钮志浩的行为是否构成表见代理问题形成意见。现将讨论意见纪要如下：

一、案件基本情况

2010 年 9 月 28 日，中兴公司与万盛公司签订了一份建设工程施工合同， 由中兴公司承建体育城工程，实际施工人为连云港分公司。连云港分公司将工程的土建部分转包给青原公司，青原公司实际承包人赵鲁平又将部分工程转包给钮志浩。2011 年 3 月 27 日，钮志浩以中兴公司名义与陈元林经营的滨湖区辰意建材经营部（以下简称辰意经营部）签订买卖合同，约定由辰意经营部向中兴公司承建的体育城工程工地供应木方、模板等材料，合同尾部需方及保证人栏均为钮志浩个人签字确认，中兴公司未加盖印章。陈元林按约履行供货义务后，中兴公司及连云港分公司尚欠货款未结清。陈元林遂诉至法院，要求中兴公司、连云港分公司归还欠款，钮志浩承担担保责任。陈元林提交了其在施工工地钮志浩办公室所拍摄的显示钮志浩为工程质量领导小组及安全领导小组成员的铭牌照片、工程项目部向钮志浩施工队所发的要求确保在规定的时间节点完成工程进度的通知等证据，主张中兴公司、连云港分公司应承担买卖合同的付款义务。

二、关于相关问题的处理意见

《中华人民共和国合同法》第四十九条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”该条是关于认定表见代理的规定。表见代理本属于无权代理，但因本人与无权代理人之间的关系，具有外观授权的特征，致使相对人有理由相信行为人有代理权而与其进行民事法律行为，法律赋予其与有权代理相同的法律效果。表见代理的制度意义在于维护代理制度的诚信基础，保护善意第三人的合法权益，建立正常的民事流转秩序。

会议认为，根据法律规定，认定行为人与相对人订立合同的行为构成表见代理，应当具备以下条件：一是行为人没有代理权；二是签订合同之时具有使相对人相信行为人具有代理权的事实或理由；三是相对人主观上须为善意且无过失；四是行为人与相对人签订的合同应具备合同有效的一般条件，即不具有无效和可撤销的内容。按照这一判断标准，本案中钮志浩的行为不构成表见代理，主要理由是：1.钮志浩的行为是无权代理行为。本案中，虽然买卖合同的需方填写的是中兴公司，但最终签字确认的是钮志浩个人，中兴公司并未签章；签约时钮志浩亦未向陈元林出示其代表中兴公司或受中兴公司委托订立买卖合同的授权委托书。因此，钮志浩以中兴公司的名义与陈元林签订买卖合同 的行为是无权代理行为。2.钮志浩与陈元林签订合同时，不具有足以使陈元林相信其有权代理中兴公司的事实和理由。陈元林主张钮志浩代表中兴公司的主要证据是，体育城项目部向钮志浩施工队所发的通知、函告以及陈元林称其在钮志浩办公室所拍摄的铭牌照片（中兴公司对照片的真实性不予认可）。通知及铭牌照片等证据仅能表明钮志浩的身份是“钮志浩施工队”负责人和工程项目质量领导小组及安全领导小组的成员，并不具有代表中兴公司对外购买建材的权限，且上述通知及照片均系陈元林于合同订立之后的供货期间取得。因此，没有证据证明陈元林在订立合同时相信钮志浩有权代表中兴公司。3.陈元林具有过失。陈元林在与钮志浩签订合同时，既不审查核实钮志浩身份及有 无代理权，又不要求中兴公司在合同上加盖印章；在合同履行过程中，也未要 求中兴公司予以确认或追认，具有明显过错。综上，钮志浩的行为不符合《中华人民共和国合同法》第四十九条规定的表见代理构成要件，不构成表见代理。

28. 江苏省高级人民法院2009年审判工作座谈会纪要（节选）

……

（四）建设工程施工合同纠纷案件中的若干问题

1.项目经理以施工企业名义订立的合同的责任

项目经理系施工企业在特定施工项目上的委托代理人和所属企业法定代表人的代表。项目经理以施工企业名义订立合同的，一般应当认定该代理行为有效，但施工企业能够证明相对人知道或者应当知道项目经理没有代理权的除外。

2.挂靠纠纷的处理

挂靠人以被挂靠人名义订立建设工程施工合同或者其他合同的，因履行该合同产生的风险，由被挂靠人承担；因工程质量问题产生的责任，由挂靠人和被挂靠人共同承担。

3.竣工结算依据的认定

当事人在建设工程施工合同中未明确约定“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”，承包人提交的竣工结算文件不能作为工程款结算的依据。

4.无效合同的价款结算

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，或者能够举证证明合同约定的价款低于施工成本并请求按实结算的，应予支持。

5.对实际施工人的保护

实际施工人以转包人、违法分包人和发包人为被告主张权利的，发包人在欠付工程价款范围内与转包人、违法分包人承担连带责任。

实际施工人要求按承包人的资质等级向发包人主张权利的，不予支持。对工程价款是否欠付的举证责任，由发包人承担。

6.约定管理费的收取

因转包、违法分包建设工程或者基于挂靠关系形成的合同约定了管理费，如果按照约定收取管理费的当事人在合同履行过程中实施了管理行为并在招投标过程中缴纳了相关费用，且建设工程经竣工验收合格的，可以参照合同约定收取管理费。

7.未经验收擅自使用工程的后果

建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以地基基础工程和主体结构之外的使用部分质量不符合约定为由主张减少工程价款或要求承包人承担违约责任的，不予支持；但发包人根据有关法律、法规和规章的规定要求承包人承担保修责任的，应予支持。

8. 装饰装修合同纠纷的法律适用

家庭住宅装饰装修合同以外的装饰装修合同纠纷适用《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》；家庭住宅装饰装修合同纠纷适用法律关于承揽合同的规定，对合同效力以外的问题可以参照司法解释处理。

29. 江苏省高级人民法院民二庭宏观经济形势变化下的商事司法问题研究（节选）

【生效日期】2009 年 04 月 23 日

编者按：4 月 16 日至 17 日，人民法院应对金融危机商事审判工作座谈会在厦门召开，最高法院民二庭邀请了 20 个案件多发地区法院的代表参加座谈。会议主要围绕国际金融危机影响在商事案件中的体现、各地法院所采取的应对措施、对司法工作的建议等内容展开讨论。 本版“危机与应对”栏目从即日起开设“商事审判应对国际金融危机影响”专题，介绍法院 应对的做法与经验，并主要就相关理论问题进行深入探讨。

2008 年以来，受国际金融危机影响，我国的经济发展遭遇了前所未有的困难和考验，由此引发的矛盾纠纷在商事审判领域明显反映出来。商事案件尤其是与企业经营相关的案件在呈大幅增长态势的同时，也出现了许多由宏观经济形势引发的审判实务问题，覆盖了合同法、公司法、破产法等商事审判的主要部门法。及时研究和解决这些与宏观经济形势变化密切相关的普遍性法律问题，有效化解矛盾和纠纷，成为商事审判应对国际金融危机的重要任务。

一、宏观经济环境变化形势下的合同法适用问题

（一）表见代理的认定问题

房地产开发建设领域是受宏观经济形势变化直接影响较大的领域。在建设工程中，分包商以建筑总承包商“工程项目部”、“项目经理”或者个人的名义，对外签订建筑工程所需的材料供应、借款、租赁等合同。宏观经济环境发生变化后，部分分包商无法履行合同债务，甚至放弃项目逃跑避债，债权人将诉讼矛头指向总承包商。此类案件的核心问题是，在总承包商没有向分包商明确授权的情况下，分包商对外签订的合同主体如何认定。

审判实务中，各地法院对此把握标准不一。一种观点认为，“工程项目部”、“项目经理”在外观上已经具备获得总承包商概括性授权的外部特征，与其交易的相对方有理由相信其能代表总承包商对外缔约，应当认定“工程项目经理”的行为为职务行为，其责任应当由该建设工程的总承包商承担。另一种观点认为，应当根据当事人以何种名义签署合同或者条据来确定合同责任主体，以“项目经理”或者“工程项目部”名义对外缔约的，应当认定总承包商为合同主体，而以个人名义对外缔约的，应当认定个人为合同主体。

我们倾向于认为，第一，在总承包商没有授权分包商代表其对外缔约的情况下，“项目经理”或者“工程项目部”的行为构成无权代理。合同相对方主张其构成表见代理的，应当承担举证责任。第二，在证明“项目经理”或者“工程项目部”的行为构成表见代理的诸多证据中，“项目经理”或者“工程项目部”对外缔约的名义是重要证据，但并不是具有决定性意义的证据。根据合同法第四十九条的规定，合同相对人还应当举证证明其有理由相信分包商有代理总承包商对外缔约的权利，即证明自己善意无过失地相信对方的代理权。第三，判断合同相对人是否尽到合理注意义务、构成善意无过失，必须结合合同签订和履行过程中条据的出具时间、以谁的名义签字、标的物交付方式、地点和用途等因素，结合经验法则作出综合分析判断。

（二）违约金调整问题

受宏观经济环境影响，买卖、加工等合同履行过程中违约现象十分突出。对于双方当事人在合同中所约定的极具惩罚性的违约金条款，审判实务中究竟如何调整，成为争议较大的问题。一是在原告提起违约之诉请求对方承担违约责任而被告抗辩不构成违约的情况下，法院能否进行主动释明？二是在法院向被告进行释明但被告出于诉讼策略考虑坚持不提出调整违约金请求的情况下，法院能否进行主动调整？三是调整违约金应当遵循怎样的原则和标准？

我们认为，第一，坚持违约金的补偿性特征、防止赌博性约定隐藏的道德风险、避免合同双方利益过于失衡是合同法第一百一十四条的立法本意，也是民法诚实信用原则和公平原则的体现。在国际金融危机影响中企业经营状况普遍较为困难的情况下，法院应当坚持利益平衡原则，合理调整裁量幅度，避免出现对一方利益过度保护而对另一方制裁过于严厉的裁判结果，防止保护一个企业而判垮另一个企业的局面出现。第二，在原告请求对方承担违约责任而被告抗辩不构成违约的情况下，由于不构成违约抗辩与减轻违约责任抗辩之间具有一定的包容性，法院应当予以释明。但为了避免给被告带来法官已经先入为主认定其构成违约的误解，在释明时应当假设一定的前提。第三，向被告进行释明但被告坚持不提出调整违约金请求的，应当遵循合同法意思自治原则，一般不予主动调整。但是如果按照约定违约金标准判决将明显产生重大利益失衡、严重违反诚信原则和公平原则的，可以根据合同法第五条的规定进行调整。第四，违约金调整幅度应因案而异，主要参照标准应当是非违约方因对方违约遭受的实际损失，同时，要考虑到非违约方举证证明实际损失的困难、案件中可能存在的无法具体量化的无形损失综合

判断。实践中，对于以金钱、大宗通用产品为给付标的的违约金标准，一般把握在实际损失即银行同期逾期贷款违约金之上约 30%为宜；对于非金钱债务如特定设备交付、加工承揽物交付等，可根据案件情况围绕上述参照标准自由裁量。

（三）情势变更原则的适用问题

国际金融危机形势下，企业之间因原料价格剧烈波动、市场需求关系变化、流动资金不足等诸多因素的影响而产生大量纠纷，部分当事人在诉讼中提出适用情势变更原则变更或者解除合同的请求。审判实务中把握难度较大。

我们认为，第一，情势变更原则虽然没有规定在合同法具体规范之中，但并非无法律依据。在合同履行过程中发生了当事人无法预见和防止的情势变更、按原合同履行显失公平的，法院仍可根据合同法第五条以及最高人民法院法函[1992]27 号函精神酌情予以公平合理的调整。第二，应当严格把握情势变更原则的适用条件。国际金融危机造成的宏观经济形势变化并非完全是一个令所有市场主体猝不及防的突变过程，存在一定的渐进性，市场主体对于市场风险应当存在一定程度的预见和判断。因此，在审判实务中对于当事人提出“无法预见”主张的，应当慎重审查。对于石油、有色金属等市场属性活泼、长期以来价格波动较大的标的物，更不宜轻易适用情势变更原则。第三，适用情势变更原则应当充分注意利益均衡，合理调整双方利益格局，在调整尺度的把握上，仍应遵循侧重于保护守约方的原则。

……

30. 江苏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

【发文字号】苏高法省委[2008]26 号

【生效日期】2008 年 12 月 17 日

为统一全省法院审理建设工程施工合同纠纷案件的执法尺度，依据《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国建筑法》、《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若干问题的解释》等法律、行政法规及司法解释，结合我省实际情况，制定本意见。

第一条 因承包人进行工程施工建设，发包人支付工程价款的建设工程施工合同纠纷案件适用本意见的规定。

劳务承包合同纠纷案件和家庭住宅装饰装修合同纠纷案件不适用本意见的规定。

第二条 发包人与承包人协议约定以房屋直接充抵工程价款且发包人对房屋不再享有权利，因不履行该协议而引起的纠纷属于房屋买卖合同纠纷，不适用本意见的规定。

第三条 具有下列情形之一，当事人要求确认建设工程施工合同无效的，人民法院应予支持：

（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标而未招标或者中标无效的；

（四）承包单位将工程进行转包或者违法分包的；

（五）中标合同约定的工程价款低于成本价的；

（六）法律、行政法规规定的其他情形。

第四条 有以下情形之一的，应当认定为没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义承揽建设工程（即通常所称的“挂靠”）：

（一）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；

（二）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；

（三）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；

（四）有资质的建筑企业通过其他违法方式允许他人以本企业的名义承揽工程的情形。

第五条 承包人之间具有下列情形之一的，可以认定为本意见第四条规定的“挂靠”：

（一）相互间无资产产权联系，即没有以股份等方式划转资产的；

（二）无统一的财务管理，各自实行或者变相实行独立核算的；

（三）无符合规定要求的人事任免、调动和聘用手续的；

（四）法律、行政法规规定的其他情形。

第六条 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法律、行政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。

第七条 经过招标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。

第八条 建设工程合同生效后，当事人对有关内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者参照国家建设部和国家工商总局联合推行的《建设工程施工合同（示范文本）》的通用条款确定。

第九条 建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算的，一方当事人要求按定额结算工程价款的，人民法院不予支持，但合同履行过程中原材料价格发生重大变化的除外。

建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算的，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按实结算的，人民法院应予支持，当事人另有约定的除外。

第十条 建设工程施工合同中明确约定发包人收到竣工结算文件后，在合同约定的期限内不予答复视为认可竣工结算文件，当事人要求按照竣工结算文件进行工程价款结算的，人民法院应予支持；建设工程施工合同中未明确约定，当事人要求按照竣工结算文件进行工程价款结算的，人民法院不予支持。

第十一条 法律、行政法规规定必须要经过招标投标的建设工程，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价款的结算根据；未经过招标投标的，该建设工程施工合同为无效合同，应当参照实际履行的合同作为工程价款的结算根据。

法律、行政法规未规定必须进行招标投标的建设工程，应当以当事人实际履行的合同作为工程价款的结算根据；经过招标投标的，当事人实际履行的建设工程施工合同与中标合同实质性内容不一致的，应当以中标合同作为工程价款的结算根据。

第十二条 建设工程价款进行鉴定的，承包人出具的工程签证单等工程施工资料有瑕疵，鉴定机构未予认定，承包人要求按照工程签证单等工程施工资料给付相应工程价款的，人民法院不予支持，但当事人有证据证明工程签证单等工程施工资料载明的工程内容确已完成的除外。

第十三条 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。

第十四条 承包人根据建设工程施工合同要求发包人支付工程款，发包人要求对已经向实际施工人支付的部分进行抵扣的，人民法院应予支持，但承包人有证据证明发包人与实际施工人恶意串通的除外。

第十五条 发包人应及时审查承包人提交的工程竣工结算文件。发包人在合同约定的审核结算期限届满后，又以承包人提交的竣工结算文件不完整为由拒绝结算，承包人要求从合同约定的审核结算期限届满之日起计算工程价款利息的，人民法院应予支持。

第十六条 建设工程竣工并经验收合格后，承包人要求发包人支付工程价款，发包人对工程质量提出异议并要求对工程进行鉴定的，人民法院不予支持。

建设工程竣工但未经验收，承包人要求发包人支付工程价款，发包人对工程质量提出异议并要求进行鉴定的，人民法院应予支持。

第十七条 当事人诉前已经共同选定具有相应资质的鉴定机构对建设工程作出了鉴定结论，诉讼中一方当事人要求重新鉴定的，人民法院不予支持，但有证据证明鉴定结论具有《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。

第十八条 建设工程已经竣工并验收，发包人与承包人签订工程移交协议的，协议约定的移交日视为建设工程交付日；协议未约定移交日的，协议签订日视为建设工程交付日。

第十九条 建设工程已经竣工的，承包人的工程价款优先受偿权的行使期限自建设工程竣工之日起六个月；建设工程未竣工的，承包人的工程价款优先受偿权的行使期限自建设工程合同约定的竣工之日起六个月。

第二十条 承包人将建设工程价款债权转让的，建设工程价款的优先受偿权随之转让。

第二十一条 承包人的优先受偿权范围限于建设工程合同约定的工程价款，包括承包人应当支付的工作人员报酬、材料款、用于建设工程的垫资等实际支出的费用。

未用于建设工程的借款以及发包人应当支付的违约金或者因为发包人违约所造成的损失不属于建设工程价款优先受偿权的受偿范围。

第二十二条 承包人的项目部或项目经理以承包人名义订立合同，债权人要求承包人承担民事责任的，人民法院应予支持，但承包人有证据证明债权人知道或应当知道项目部或者项目经理没有代理权限的除外。

第二十三条 实际施工人以发包人为被告要求支付工程款的，人民法院一般应当追加转包人或者违法分包人为被告参加诉讼。

建设工程因转包、违法分包导致建设工程施工合同无效的，实际施工人要求转包人、违法分包人和发包人对工程欠款承担连带责任的，人民法院应予支持，但发包人只在欠付的工程款范围内承担连带责任。

实际施工人要求发包人给付工程款，发包人以实际施工人要求给付的工程款高于其欠付的工程款进行抗辩的，应当由发包人承担举证责任。

第二十四条 合作开发房地产合同中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，承包人要求合作各方当事人对欠付的工程款承担连带责任的，人民法院应予支持。

第二十五条 挂靠人以被挂靠人名义订立建设工程施工合同，因履行该合同产生的民事责任，挂靠人与被挂靠人应当承担连带责任。

第二十六条 发包人未经设计、规划等部门同意自行变更工程规划、设计，承包人按照发包人指令施工，由此造成发包人损失的由发包人自行承担；造成第三人损失的由发包人与承包人承担连带责任。

第二十七条 建设工程施工合同约定发包人可以因工期、质量、转包或违法分包等情形对承包人处以罚款的，该约定应当视为当事人在合同中约定的违约金条款，当事人要求按照《中华人民共和国合同法》第一百一十四条的规定予以调整的，人民法院应予支持。

第二十八条 承包人转包、违法分包建设工程所获得的利润以及实际施工人支付的管理费，人民法院可以收缴。

第二十九条 本意见自印发之日起施行。

本意见施行后受理和正在审理的第一、二审案件适用本意见的规定；在本意见施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本意见的规定。

本院以前有关规定与本意见相抵触的，不再适用。

本意见施行后，法律、行政法规和司法解释作出新规定的，从其规定。

31. 江苏省高级人民法院建设工程施工合同案件审理指南

（2010 年）

一、审理建设工程施工合同纠纷应当坚持的基本原则

审理建设工程施工合同纠纷中应当坚持以下原则：一是坚持质量第一原则；二是坚持规范建筑市场秩序原则；三是慎用合同无效原则；四是坚持保护利益相关人员原则。

1．坚持质量第一原则。“百年大计、质量第一”，建设工程案件的审判应当始终坚持将建设工程质量的认定放在首位。几乎所有的建设工程案件均涉及到建设工程质量问题。在审判中应当紧紧围绕工程质量问题分清各方当事人责任。对于建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收不合格的，修复后经竣工验收合格的，发包人请求承包人承担修复费用的，应予支持；修复后经竣工验收不合格的，承包人请求支付工程款的，不予支持。发包人提供的设计有缺陷，提供或指定购买的建筑材料、建筑构配件、设备不符合强制性标准，直接指定分包人分包专业工程的，应当承担责任。

2．坚持规范建筑市场秩序原则。一是严格建筑市场主体准入制度。在以下几种情形认定建设工程施工合同无效：承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；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；建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的；承包单位将工程进行转包或者违法分包的。二是规范“黑白合同”。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。中标合同约定的工程价款低于成本价的，建设工程施工合同无效。三是规范工程鉴定。建设工程竣工并经验收合格后，承包人要求发包人支付工程价款，发包人对工程质量提出异议并要求对工程进行鉴定的，法院不予支持。建设工程竣工但未经验收，承包人要求发包人支付工程价款，发包人对工程质量提出异议并要求进行鉴定的，法院应予支持。当事人诉前已经共同选定具有相应资质的鉴定机构对建设工程作出了鉴定结论，诉讼中一方当事人要求重新鉴定的，法院不予支持。

3．坚持慎用合同无效原则。建设工程合同受到不同领域的多部法律及其他规范性文件调整。如果违反这些规范都以违反法律强制性规定为由而认定合同无效，不符合《合同法》的立法本意。在审判实务中应当将法律、行政法规规定的强制性规定区分为效力性规定与倡导性规定，只有违反效力性规定的建设工程合同方为无效。建设工程合同生效后，当事人对有关内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协

议的，按照合同有关条款或者参照国家建设部和国家工商总局联合推行的《建设工程施工合同（示范文本）》的通用条款确定。

4．坚持保护利益相关人原则。建筑业吸收了大量的农民工就业，但由于建设工程的非法转包和违法分包，造成许多农民工追讨工资无门。为了有利地保护农民工合法权益，认定实际施工人以发包人为被告主张权利的，法院可以追加转包人或者违法分包人为案件当事人，发包人只在欠付工程价款的范围内对实际施工人承担责任。

二、建设工程施工合同的效力

（一）建设工程施工合同效力的审查

无论当事人是否对建设工程施工合同的效力提出主张或抗辩，人民法院都应当主动审查建设工程施工合同的效力并在判决书中明确载明。

建设工程施工合同的效力是审理建设工程施工合同纠纷案件首要审查的内容。即使当事人对建设工程施工合同的性质与效力未产生争议，人民法院也应当就合同的性质与效力进行强制审查，不受当事人请求的影响。

（二）建设工程合同的有效要件

1.合同的当事人即发包人和承包人应当符合法律和行政法规规定的条件，也就是要具备《民法通则》第 55 条规定的“相应的民事行为能力”。

2.意思表示真实且发包人和承包人就合同的内容协商一致。

3.建设工程施工合同的当事人即发包人和承包人在签订合同的过程中应

当履行法律和行政法规规定的必须履行的程序。这一条件是建设工程合同所特有的条件。建设工程往往涉及到国计民生而且一般投资规模较大，所以国家对建设行为予以更多的关注并通过法律、行政法规和部门规章以及地方性法规来进行约束和规范。如依照《中华人民共和国招标投标法》任何单位和个人不得将依法必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标。依法应当招标而未招标的合同无效。

4.建设工程施工合同应当符合法律规定的形式要件。

5.内容合法，不违反法律或社会公共利益。

（三）建设工程施工合同的无效情形

1.承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的。

比较典型的表现形式主要有以下几种情况：（1）个体施工队伍在没有资质的情况下违法承揽建设工程的；（2）施工单位冒用、盗用营业执照、资质证书承揽工程的；

（3）建筑施工企业的分支机构以自己的名义对外承揽工程的；（4）非建筑施工企业超越经营范围对外承揽建设工程的。此外，承包人在工程竣工前未取得相应资质，竣工验收合格后才取得资质的，建设工程施工合同也应认定为无效。

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。

这种行为在实务中常被称为“挂靠行为”。其特征为：第一，挂靠人没有从事建筑活动的主体资格，或者虽有从事建筑活动的主体资格但没有具备其承揽的建设工程项目所要求的相应的资质等级。第二，挂靠人向被挂靠企业交纳一定数额的“管理费”，这是挂靠的最重要的特征。第三，被挂靠人对挂靠人和其所承揽的工程不实施任何管理行为。第四，形式上合法，容易逃避建设行政主管部门和发包人的审查和监督。实践中判断是否是挂靠行为，可以从三个方面考察：（1）有无产权联系，即其资产是否以入股或合并等方式转入现单位；（2）有无统一的财务管理，不能以承包等名义搞变相的独立核算；（3）有无严格、规范的人事任免、调动聘用手续等。

具体说来，有下列情形之一， 应当认定为没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义承揽建设工程，其签订的建设工程施工合同应当属于无效合同：（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；（4）有资质的建筑企业通过其他违法方式允许他人以本企业的名义承揽工程的情形。

3.建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

对属于招投标法第 3 条规定的必须进行招标的建设项目，建设方与承包方必须采取招投标方式订立合同，否则因合同订立违反法律强制性规定，合同即为无效。常见情形主要有：应当招标的工程而不招标；招标人隐瞒工程真实情况，如建设规模、建设条件、投资、材料的保证等；招标人或招标代理机构泄漏应当保密的与招标投标活动有关的情况和资料；招标代理机构与招标人、投标人串通损害国家利益、社会公共利益或者他人的合法权益；依法必须进行招标的项目招标人向他人透露已获取招标文件的潜在投标人的名称、数量或者可能影响公平竞争的有关招标投标的其他情况；依法必须进行招标的项目招标人泄露标底；投标人相互串通投标或者与招标人串通投标；投标人向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标；投标人以他人名义投标或以其他方式弄虚作假，

骗取中标；依法必须进行招标的项目，招标人违反招标投标法的规定，与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判；招标人在评标委员会依法推荐的中标候选人以外确定中标人；依法必须进行招标的项目在所有投标被评标委员会否决后，自行确定中标人。

针对具体案件，证明项目确实属于“必须进行招投标”的范围，可以让当事人提供证据。由于合同效力属于法院依职权审查的范围，因此法院就必须主动审查项目是否属于“必须进行招投标”的范围。在确定中标后，当事人如果又签订协议对中标合同进行实质性变更，则违反招投标法第 46 条，应为无效。

4.发包人在一审庭审结束前未取得土地使用权证、建设工程规划许可证的。

5.承包人进行转包或违法分包的。

转包一直是建设工程实务中比较普遍的现象。《建设工程质量管理条例》第 78 条第 3 款规定：“本条例所称转包，是指承包单位承包建设工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部建设工程转给他人或者将其承包的全部工程肢解以后以分包的名义分别转给他人承包的行为。”转包的特征为：（1）转包人不履行建设工程合同全部义务，不履行施工、管理、技术指导等技术经济责任；（2）转包人将合同权利与义务全部转让给转承包人。在司法实践中，转包往往表现为，转包人在承接建设工程后并不成立项目部，也不派驻管理人员和技术人员在施工现场进行管理和技术指导。法官在审理案件时，如果核实查清进行实际工程建设的单位不是承包人而是承包人以外的第三人，承包人也没有为工程项目成立项目部，也未在施工现场派驻管理人员和技术人员进行现场管理和技术指导，施工现场的管理人员和技术人员均隶属于承包人以外的第三人，则基本可以认定承包人的行为为非法转包。

违法分包指下列行为：（1）总承包单位将建设工程分包给不具备相应资质条件的单位的；（2）建设工程总承包合同中未有约定，又未经建设单位认可，承包单位将其承包的部分建设工程交由其他单位完成的；（3）施工总承包单位将建设工程主体结构的施工分包给其他单位的；（4）分包单位将其承包的建设工程再分包的。

实践中，违法分包行为主要表现在以下几个方面：发包人将应当由一个承包人完成的建设工程肢解成若干部分后分包给几个承包人；承包人未经发包人同意，将自己承包的工程全部或部分地分包给第三人；分包的第三人将其分包的工程再次分包的；承包人

将主体结构的施工工作分包给第三人；承包人将其承包的全部建设工程转包给第三人；承包人将其承包的全部建设工程肢解以后以分包名义分别转包给第三人。

6.中标合同约定工程价款低于成本价的。

7.法律、行政法规规定的其他情形。

三、招投标情形下黑白合同效力的认定

（一）黑白合同的认定

法律、行政法规规定必须进行招投标的建设工程，当事人实际履行的建设工程施工合同和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价款的结算根据；未经过招标投标的，该建设工程施工合同为无效合同，可以参照实际履行的合同作为工程价款的结算依据。法律、行政法规虽未规定必须进行招投标的建设工程，但当事人依法履行了招投标手续的，当事人实际履行的建设工程施工合同和中标合同实质性内容不一致的，应当以中标合同作为工程价款的结算依据。

1．强制招标工程中黑白合同效力的认定

所谓强制招标工程是指根据法律或行政法规规定必须通过招标投标形式签署合同的建设工程。根据《招标投标法》第三条规定，在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。前款所列项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准。法律或者国务院对必须进行招标的其他项目的范围有规定的，依照其规定。第四条规定，任何单位和个人不得将依法必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标。强制招标工程若未通过招标程序签订工程合同的，则无论黑白合同，根据《合同法》第五十二条的规定，该合同均因违反法律的强制性规定而无效。若强制招标工程虽然通过招标程序，但是双方签订了黑白合同，则无论黑合同签署在白合同之前还是之后都属无效。

2.非强制招标工程中黑白合同效力的认定

（1）自主备案中的黑白合同问题

实践中存在既非强制招投标项目，当事人又未自愿进行招投标，但根据当地行政主管部门的要求，承、发包双方签订的施工合同必须备案。当事人在备案合同之外，另行签订实质性内容不同的合同且未备案的，是否属于黑合同？

我们认为，非属强制招投标范围的工程，备案与否不影响合同效力，不存在黑白合同的问题。当事人签订的合同尽管与备案的合同有实质性内容的不同，但并非不能作为结算的依据。此时对合同的认定，应以该合同是否违反法律禁止性规定，是否体现当事人真实意思表示进行判断。

（2）自主招标中的黑白合同问题

《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 1 条规定“建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效所订立的合同”作为无效合同对待。所谓必须进行招投标的项目，即强制招标的范围，都是国家投资、融资项目，关系到社会公共利益和公共安全的项目，或者使用国家统借外债的项目，招投标法规定必须采用招投标方式，以体现国家对这类民事活动的干预和监督。但实践中存在强制招标范围以外的一些项目，建设单位根据主管部门要求或者自愿进行招投标并根据招投标结果签订施工合同，将合同进行备案。如果在备案合同之外，当事人又签订实质性内容不同的合同且未备案，是否存在黑合同？对此问题实务中存在两种意见：一种意见认为，当事人自愿进行招投标的项目，在备案的合同之外，如果又另行签订的合同并不违反法律禁止性规定，则不存在黑白合同的问题，根据合同是否体现当事人真实意思表示对其效力予以认定。另一种意见认为，虽然工程项目非强制招投标范围，但当事人自愿进行招投标，应当受《招标投标法》的约束，同样也存在黑白合同问题。我们赞同此说，因为招标投标法所保护的不仅是当事人自身的利益，更是对社会招投标市场的规范，事关不特定投标人利益的保护，涉及市场竞争秩序的维护，因此，只要根据招标投标法进行的招投标并因此签订的合同均应受该法约束，当事人不得在此之外签订黑合同。

（二）实质性内容不一致的判断标准

施工合同的内容包括工程范围、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、工程期限和计价方式。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。 计价方式包括按实结算、固定总价结算、固定单价结算等。如果备案和未备案的两份施工合同在建设工期、施工质量、计价方式等方面发生变化，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。

四、建设工程施工合同无效的法律后果

最高人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件适用法律问题的解释》第2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。”我们认为应从以下几个方面具体分析：

（一）建设工程施工合同订立后尚未履行前被确认无效的，按缔约过失处理。

（二）建设工程施工合同所约定的工程已经开工但尚未完工时被确认无效的，按下列原则处理：第一，立即停止履行。第二，恢复原状或折价赔偿。对此应当区分三种情况：一是已完成部分工程质量低劣，无法弥补质量缺陷，存在安全隐患的，按照一般无效合同的处理原则，已经完成部分工程应该拆除，建设方支付的工程款应当返还。二是已完成部分工程质量合格或者能够以较小的代价弥补工程质量缺陷的，应该折价补偿。三是建设工程严重违反规划，或未取得项目审批合法手续，无论工程质量是否合格，均应该拆除所建工程和返还所支付的工程款。最高人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件适用法律问题的解释》第三条规定，建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收不合格的，按以下情形分别处理：1.修复后的建设工程经竣工验收合格，发包人请求承包人承担修复费用的，应予支持；2.修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。该条文对于未履行完毕的无效合同同样适用。第三，赔偿损失。损失主要包括为准备签订、履行合同支出的费用和签订以及履行合同过程中支出的费用，包括直接费用和间接费用。在这里仍应区分情况：一是已建工程应该拆除，而建设方存在过错的，建设方对自己的损失自负，同时应赔偿施工方施工工程支付的人工费、材料费等实际支出费用；如果是施工方存在过错的，施工方对自己的损失自负，同时要赔偿建设方材料费等实际支出的费用。双方都有过错的，按过错大小各自承担相应的赔偿责任。二是已建的部分工程质量合格或可以弥补工程缺陷时，赔偿范围仅限于工程材料和人工外的实际支出费用和维修费用，仍然按照过错大小和比例承担责任。

（三）建设工程施工合同已经履行完毕后被确认无效的，如果建设工程验收合格的，建设方应该参照合同约定支付施工方工程价款，但仍应追究双方的其他相应法律责任。

建设工程经竣工验收不合格的，分两种情况不同处理：一是维修后建设工程经竣工验收合格的，建设方仍应参照合同约定支付工程款，但承包人应承担相应的维修义务，或自己维修，或负担建设方维修费；二是维修后建设工程经竣工验收不合格的，建设方不支付施工方工程款，对此损失由施工方自行承担。同时按照双方的过错及过错大小对其他损失承担相应的赔偿责任。其他损失包括签订、履行合同和合同被确认无效后的后续费用，如拆除质量不合格的建筑物的费用、工程延期费用、材料费等。

（四）建设工程施工合同被确认无效后，如果该合同属于损害国家、集体或者第三人利益情形的，应收缴财产。

五、建设工程施工合同无效的处理中应注意问题

基于无效合同的基本原理，考虑到建设工程施工的特殊性，在建设工程施工合同无效的处理中，应注意以下一些问题：

（一）在建设工程案件的审理中，应牢牢把握工程质量是否合格这根主线。

工程质量是承、发包人共同的生命线，它关系到社会的公共安全和人民群众的生命财产安全。为了确保建设工程质量，《合同法》、《建筑法》等法律、法规或者部颁规章都作出了许多具体规定，这些规定的核心都是为了保证工程质量。在审理建设工程施工合同纠纷案件时，应牢牢把握工程质量这根主线，以工程质量是否合格作为支付工程价款的前提条件。只要建设工程经验收合格，就可以要求参照合同中的价格条款主张权利，而人民法院应当予以支持。

（二）法释[2004]14 号第二条之规定确立的原则是施工合同无效时折价补偿原则，而不是无效合同按有效处理原则。

虽然合同无效，但建设工程经竣工验收合格即具备了法定的交付使用条件，发包人应当支付工程款。法释[2004]14 号第二条确定的“参照合同约定支付工程价款”原则，是按照当前建筑市场供需关系的实际情况所确定，符合我国的基本国情，衡平了合同各方当事人的利益，且避免当事人通过鉴定确定工程价款，扩大诉讼成本。参照合同约定支付工程价款的折价补偿原则，与《民法通则》、《合同法》的规定并不矛盾，而是在处理无效的建设工程施工合同纠纷案件中具体体现了《合同法》规定的无效处理原则。

（三）按照法释[2004]14 号第二条规定，发包人是否有权请求参照合同约定支付工程价款。

法释[2004]14 号第二条规定了承包人可以请求参照合同约定支付工程价款。相反，发包人是否也有权请求参照合同约定支付工程价款呢？回答是肯定的。一是建设工程施工合同的相对方为发包人与承包人，既然承包人可以请求参照合同约定支付工程价款，根据权利对等原则，发包人理所当然也应享有此权利。二是从法释[2004]14 号第二条规定的目的和文义内容来看，并没有排斥、否定发包人的适用问题。

（四）当事人不得请求继续履行无效的施工合同。

合同被确认无效后，合同内容对双方当事人失去法律拘束力，合同尚未履行的，不得履行。当事人一方请求继续履行无效的施工合同，应予驳回。

（五）当事人不得请求另一方承担违约责任。

合同被确认无效后，将导致合同自始无效。该合同对当事人不再具有任何约束力，自然也包括合同约定的违约责任条款。由于当事人对合同的效力理解有偏差或法律水平较低，此种情形下，人民法院有告知当事人变更诉讼请求的义务。司法实践中，可能也存在当事人坚持诉讼请求而不愿意变更的情况，此时人民法院可直接驳回当事人的诉讼请求。

（六）当事人不得基于法释[2004]14 号第二十条请求按照竣工结算文件结算工程价款。

法释[2004]14 号第二十条规定：“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。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的，应予支持。”该条是发包人逾期不答复也不结算所承担的法律后果，前提是施工合同为有效。当合同无效时，当事人不得依据此规定请求按照竣工结算文件结算工程价款。

（七）施工合同约定的建设工程是“三无”工程或被行政主管部门认定为违法建筑工程价款的结算。

什么是违法建筑，或者说是违章建筑？违法建筑是指未取得建设工程规划规划许可证或者未按照建设工程规划许可证规定内容建设的房屋及建筑物为违法建筑。所谓“三无”工程，指未取得土地使用权证、未取得建筑工程规划许可证、未办理报建手续的工程。对于这样的工程，如果发包人和承包人签订了施工合同，其效力如何？正式公布的法释[2004]14 号未作明确规定。认为合同应当有效的理由是：房屋建设者违反《城乡规划法》等公法的规定，引起的法律后果是接受相关行政部门的处罚，其私法行为效力不

受违反公法影响。《城乡规划法》第六十四条规定：未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定进行建设的，由县级以上地方人民政府城乡规划主管部门责令停止建设；尚可采取改正措施消除对规划实施的影响的，限期改正，处建设工程造价百分之五以上百分之十以下的罚款；无法采取改正措施消除影响的，限期拆除，不能拆除的，没收实物或者违法收入，可以并处建设工程造价百分之十以下的罚款。

我们认为应认定无效。一是 2002 年 8 月《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷的暂行意见》第十条规定：“发包人与承包人签订无取得土地使用权证、无取得建筑工程规划许可证、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。” 二是违章建筑具有违法性。具体体现在：违法建筑违反了《城乡规划法》规定。《城乡规划法》对此作出的规定是强制性的规定，是有关合同效力性的规定。三是国家对违法建筑持否定性评价，是因为违法建筑损害了国家利益，规避了国家对规划体系、建筑产品质量、房地产交易市场等系列行为的监管，使得违法建筑在现行体制以外生存，直接危及社会的公共安全，直接危及人民群众的生命财产安全。违法建筑直接损害国家和社会公共利益，并不是在当事人私权范畴内就能解决的问题，人民法院作为公权力的行使者，应当旗帜鲜明地认定就违法建筑订立的合同无效。四是建设工程的特殊性决定了建设工程施工合同效力必然受建设审批手续的影响。建设工程具有不可移转、投资大、对周围环境影响大、涉及人民群众生命财产安全等特点，这些特点也决定了国家对建设工程从建设审批手续上必须作出严格规定和要求，否则有损公共利益。五是由于未取得土地使用权证、未取得建筑工程规划许可证的工程，无法进行竣工验收和备案，也就无法申领到相关权属证书。故该类合同应依据《合同法》第五十二条的规定认定为无效合同。

因违法建筑或“三无”工程严重违反了《土地管理法》、《城乡规划法》，这样的建设工程无论工程质量是否合格，都不作为支付工程价款的依据，均应立即拆除和返还所支付的工程款。发包人或承包人的损失，是发包人的过错，发包人对自己的损失自负，同时应赔偿承包人的施工中支付人工费、材料费等实际损失；是承包人的过错，承包人对自己的损失自负，同时应赔偿发包人材料费等实际损失。双方都有过错，按过错大小各自承担相应的赔偿责任。

（八）建设工程施工合同无效的工程质量保修。

建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，发包人仍应参照合同约定向承包人支付工程价款。在支付了工程价款，如何解决工程质量的保修问题？在正常情况下，建设工程经竣工验收后，在保修期限内出现的质量问题，由承包人依照法律规定或合同约定予以修复。我国实行建设工程实行质量保修制度，这也是《建筑法》确立的一项基本法律制度。对此，《建筑法》第六十二条第一款规定：建筑工程实行质量保修制度。《建设工程质量管理条例》则在建设工程的保修范围、保修期限和保修责任等方面，对该项制度做出了更具体的规定。该条例第四十条规定：在正常使用条件下，建设工程的最低保修期限为：（一）基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程，为设计文件规定的该工程的合理使用年限；（二）屋面防水工程、有防水要求的卫生间、房间和外墙面的防渗漏，为 5 年；（三）供热与供冷系统，为 2 个采暖期、供冷期；（四）电气管线、给排水管道、设备安装和装修工程，为 2 年。其他项目的保修期限由发包方与承包方约定。建设工程的保修期，自竣工验收合格之日起计算。由此可见，保修期限的规定是强制性的规定。在建设工程施工合同被确认无效后，合同关系不再存在，该合同对当事人不再具有任何拘束力。发包人不得要求承包人承担约定的保修责任，是不是承包人不承担保修责任呢？显然不是。承包人仍应在《建设工程质量管理条例》第四十条规定的最低保修期限内承担法定的保修责任。解决这个问题后，在履行保修责任的方式上，如果施工合同不是因为承包人没有相应的资质而被确认无效的，则仍由承包人承担质量瑕疵的维修义务。若施工合同是由于承包人没有相应的资质而被确认无效的，则不能由承包人自己来承担质量瑕疵的维修义务。可由承包人自行委托具有相应资质的施工队伍，来替代承包人承担质量瑕疵的维修义务，也可由发包人自行维修，修复的费用由承包人承担。

（九）建设工程合同无效，承包人是否享有建设工程价款优先受偿权。

合同无效而取得合法的工程款优先受偿权不符合立法精神，《合同法》第二百八十六条的语境是合同有效为前提。该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。对于工程价款优先受偿权的法理定性，梁慧星教授指出：在立法过程中，《合同法》该条从设计、起草、讨论、修改、审议直到通过，始终是法定抵押权。担保物权中的抵押

权、质权、保证以及附属于主债权的利息等，都属于主权利的从权利。既然工程款优先受偿权作为一种担保物权，是从主权利派生出来的，即对主债权工程款具有依附性，主权利无效从权利也无效。作为约定主债权的担保物权的工程款优先受偿权亦当然无效。江苏省高院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》第二十条规定：承包人将建设工程价款债权转让的，建设工程价款的优先受偿权随之转让。该规定的法理也是基于保证债权作为从权利将随主债权的转移而转移的制度。我国《担保法》第二十二条规定："保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定。"可见，主合同即施工合同无效的情况下，而支持承包人或实际施工人主张建设工程价款优先受偿权，有违法律精神。故，建设工程合同无效，承包人或实际施工人主张建设工程价款优先受偿权的，人民法院不应支持。

（十）无效建设工程施工合同的效力转化。

根据法释[2004]14 号的规定，建设工程施工合同无效有下列几种情形：（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）承包单位将工程进行转包或者违法分包的。而法释[2004]14 号第五条规定：承包人超越资质等级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。由此可见，根据法释[2004]14 号规定合同效力可以转化的情形只有"超越资质等级许可而签订的合同"这一种。从上述规定可以看出，在效力转化的时间点上应为"在建设工程竣工前"，即只有承包人在建设工程竣工前取得相应资质等级的才能发生合同效力的转化。

六、建设工程施工合同条款

（一）关于工程日期

工程日期也就是建设工程合同的履行期限，是建设工程合同的主要条款和必备条款，准确认定工程日期的法律意义在于：确定承包人是否构成迟延履行、风险转移、支付工程价款本金及利息的起算时间、保修期的确定等诸多问题。实务中常见的工程日期约定方式主要有两种：一是仅约定工程日期总天数，例如，自建设工程合同成立之日起 100 个晴天，或者指定某日开始起 100 个晴天；二是分别约定开工日和竣工日，自开工日至竣工日的期间就为工程日期。采取上述第一种约定方式，工程日期实质为不确定的，雨

天不计入有效工程日期，实质就会导致工程日期的延长，即使采取上述第二种约定方式，基于各种原因，工程日期也并非固定不变。

1．开工日期的认定

建设工程合同中，开工日期一般都是确定的，但实务中也时常发生承包人实际开工日期的争议，通常集中为承包人实际延迟开工的原因方面。归纳起来，承包人实际推迟开工的原因主要为以下三个方面：（1）发包人未能依法依约提供符合承包人开工的条件。根据《建筑法》第 7－11 条的规定，除国务院建设行政主管部门确定的限额以下的小型工程以及按照国务院规定的权限和程序批准开工报告的建筑工程以外，建筑工程开工前，发包人应当按照国家有关规定向工程所在地县级以上人民政府建设行政主管部门申请领取施工许可证；延期、中止开工的，应当办理延期申请、核验或者重新申办施工许可证。由于发包人未申领或者延期、中止施工后未办理核验或者重新申办施工许可证，或者发包人因不具备《建筑法》第八条规定的条件而不能领取施工许可证，承包人因此拒绝进场施工。发包人未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，致使承包人无法进场施工等；（2）承包人无力按时开工，包括施工人员、机械设备、承诺垫资的资金、材料不能按时到位等；（3）外部原因，比如自然灾害、恶劣气候、流行性疾病、周边群众阻挠等。上述发包人原因、外部原因（周边群众阻挠系因与发包人的纠纷引发）致使承包人确实无法按时开工，不可归责于承包人，承包人可以顺延开工日期而不构成违约。因承包人原因（周边群众阻挠系因与承包人的纠纷引起）致使承包人不能按时开工的，承包人不可以顺延开工日期，因此不能在约定的工程日期内竣工或者不能履行合同的，承包人应承担迟延履行和不能履行的违约责任。

2．工程日期的顺延

上述提及的因发包人和外部原因致使承包人无法按时开工，承包人可以顺延开工日期，导致工程日期顺延之外，在履行合同过程中，如果出现以下情形，承包人可以顺延工程日期：

（1）根据《合同法》第二百七十八条的规定，隐蔽工程在隐蔽以前，承包人应当通知发包人检查，发包人没有及时检查的，承包人可以顺延工程日期；（2）根据《合同法》第二百八十三条的规定，发包人未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，承包人可以顺延工程日期；（3）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 15 条的规定，建设工程竣工前，当事人

对工程质量发生争议，工程质量经鉴定合格的，鉴定期间为顺延工期期间；（4）发包人在履行合同过程中变更设计，造成承包人停工、缓建、返工、改建，或者因发包人的要求而增加工程量；（5）建设工程勘察、设计合同中，发包人未按照约定的时间和要求提供有关基础资料、文件；建设工程施工合同中，因自然灾害、恶劣气候、流行性疾病以及非承包人引起的纠纷等原因，致使承包人无法在短期内恢复履行合同。

3．竣工日期的认定

建设工程经过竣工验收且合格的，方能视为建设工程最终完成即竣工。如双方签字确认竣工日期的，应以双方确认的日期为竣工日期。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》第十四条对竣工日期的确定作了具体规定，当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，视三种不同情形分别予以认定：（1）建设工程竣工验收合格的，以竣工验收合格之日为竣工日期。（2）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，其基本理论基础为“建设单位为了自己的利益恶意阻止条件成就的，应当视为条件成就”，否则也不利于保护承包人的利益。认定“发包人恶意拖延验收”可以参照相关规定，例如，《建筑装饰施工合同（甲种本）》第 32 条明确：“甲方代表在收到乙方送交的竣工验收报告 7 天内无正当理由不组织验收，或验收后 7 天内不予批准且不能提出修改意见，视为竣工验收报告的日期，需修改后才能达到竣工要求的，应为乙方修改后提请甲方验收的日期”；2001 年 11 月 5 日建设部《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》中规定：“发包方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。发承包双方在合同中对上述事项的期限没有明确约定的，可认为其约定期限均为 28 日。”实务中还需注意的是，适用此项规定的前提是发包人无正理由拖延验收，如果因建设工程存在质量问题、承包人提交的验收报告不符合要求，尚不符合竣工验收条件，发包人拒绝通过竣工验收的，则应另当别论。（3）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。建设工程质量关系到人身、财产安全甚至公共安全，根据《建筑法》、《建设工程质量管理条例》等规定，建设工程经验收合格的，方可交付使用；使用未经竣工验收合格的建设工程属应受处罚的违法行为，发包人对此亦应当明知，但是发包人仍然使用未经竣工验收的建设工程，应认定其已经以其行为认可了建设工程质量合格或者自愿承担质量瑕疵和风险，也表明发包人已经实现了合同目的，发包人再以未经竣工验收合格为由，拒付承包人工程款，不太合适。所

以，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 13 条也规定；“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，不予支持；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。”两条规定具有相同的立法基础。

还应讨论的是，分包人承包的部分建设工程在整体工程之前完工，其是否在工程整体竣工验收之前主张工程价款？我们认为，如果发包人同意承包人分包，应推定其愿意接受分包可能带来的提前支付工程价款的后果，分包工程完工并通过单项工程验收的，如无特别约定，分包人自通过单项工程验收之日起享有工程价款求偿权，而工程质量保修期仍应根据相关规定，从整体工程竣工之日起算；如果分包未经发包人同意，在整体工程未全部竣工时，发包人支付全部工程价款的条件尚不成就，分包人与承包人之间的约定对发包人也不具有约束力，发包人只负有按照合同约定支付工程价款的义务。

（二）关于项目经理

1．项目经理的职责权限

建设工程实行项目经理负责制。建筑施工企业的项目经理，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。根据建设部《建筑施工企业项目经理资质管理办法》的相关规定，项目经理具有以下主要职权：（1）组织项目管理班子；（2）以企业法定代表人的代表身份处理与所承担的工程项目有关的外部关系，受委托签署有关合同；（3）指挥工程项目建设的生产经营活动，调配并管理进入工程项目的人力、资金、物资、机械设备等生产要素；（4）选择施工作业队伍；（5）进行合理的经济分配；企业法定代表人授予的其他管理权力。可见，作为承包企业法定代表人在工程项目上的代表，项目经理在工程项目上具有人、财、物等方面全方位的管理权限。

2．项目经理行为的法律责任

（1）外部责任

一般而言，项目经理在工程项目上的行为代表着承包企业的行为，包括参与建设工程招标、投标和签订建设工程承包合同、决定项目资金的投入和使用、物质采购、分包或转包工程、参与竣工验收、与发包人或分包人结算工程价等行为均属职务代理行为，对外应当由所在的承包企业承担法律责任。在实际生活中，项目经理往往是挂靠建设工程承包企业的“个体包工头”，与施工企业之间存在挂靠关系，项目经理以施工企业的

名义承接建设工程，施工企业则收取一定的管理费。但由于项目经理对外仍以施工企业的名义进行经营，无论是根据“合同相对性”原理，还是从施工企业权利与义务的统一、保证建设工程质量、维护发包人等合法权益或是制裁建设工程领域违法挂靠经营的角度考虑，施工企业仍应对挂靠的实际承包人在工程项目上的行为负责，实务中目前普遍的做法是施工企业与挂靠的实际承包人对外承担连带责任。

但是，实务中也出现了实际承包人假借施工企业的名义虚构债务，或者以施工企业名义赊购物资、租赁设备、举债甚至私自占有、挪用，或者在工程项目终止后再以施工企业的名义赊购物资、租赁设备举债，因此引发债务纠纷成为实务中的处理难题。我们认为，审理此类纠纷案件时既要注重保护善意相对人利益，也要兼顾施工企业的利益。对当事人就债务真实性存有争议或者有合理怀疑的，要加强诉讼指导、释明工作，合理分配举证责任，严格审查购销、借贷、租赁、欠款等基础事实，如果能够查明实际承包人假借名义、虚构债务，施工企业当然不应承担法律责任。但在不能否认债务真实性时，施工企业应否承担法律责任就涉及到实际承包人行为性质的认定问题。

根据《合同法解释一》第十四条的规定，认定构成表见代理的，应当以被代理人的行为与权利外观的形成具有一定的牵连性即被代理人具有一定的过错为前提，以“相对人有理由相信行为人有代理权”即相对人善意无过失为条件。第 15 条规定，在衡量相对人是否构成善意无过失时，应结合代理原理和经验法则以及案件的具体情况等因素综合作出判断，下列情形下不应当认定为属于第四十九条所称的“相对人有理由相信行为人有代理权”：（1）被代理人授权明确，行为人越权代理的；（2）行为人与相对人订立的合同内容明显损害被代理人利益的；（3）基于经验法则，行为人的代理行为足以引起相对人合理怀疑的。通常，实际承包人在赊购物资或者融资时加盖项目经理部的印章，凭此一般可以认定相对人有理由相信实际承包人的行为系职务行为，要求相对人举证证明实际承包人与其发生交易时持有施工企业的授权委托书不符合实际，过于苛刻。但是不能一概而论，根据实务中的一些具体情况，以下情形中不应认定实际承包人的行为构成表见代理：（1）授权委托书载明的授权明确，相对人与实际承包人发生的交易属无权代理权；（2）相对人应对涉及工程项目上的“项目经理”身份进行必要的审查，如其未尽合理的审查义务而与实际没有“项目经理”身份的人、没有“项目经理”授权的人或者在工程项目终止后无权代表施工企业的“项目经理”发生交易；（3）相对人将实际承包人采购的物资、租赁的设备根据实际承包人的指示，运送至施工企业“承包”工程项

目以外的工地的，或者相对人将实际承包人所借款项汇至与施工企业或工程项目无关的银行帐户的，也即无证据证明交易与施工企业“承包”的工程项目有关；（4）相对人与实际承包人订立的合同明显损害施工企业的合法利益，可按照当事人恶意串通损害他人利益的原则处理；（5）实际承包人人以自己作为交易主体与相对人订立、履行合同，但未经施工企业授权而以施工企业名义出具债务凭证； 实际承包人加盖私刻（或伪造）的印章与相对人发生交易或者向相对人出具债务凭证，相对人又没有证据证明该印章曾在施工企业“承包”的工程项目中使用过或者施工企业知道或应当知道实际承包人利用该印章从事相关行为，又不能证明相关资金、物质、设备用于施工企业“承包”的工程项目的。虽然，相对人可能无法辩明实际承包人加盖的印章与施工企业的关联性，但如果加盖的印章确为实际承包人私刻，且没有证据证明相关资金、物质、设备用于施工企业“承包”的工程项目的，让施工企业承担责任没有法律和事实依据，按合同相对性原则予以处理最为妥当。

（2）内部责任

①挂靠关系产生的内部责任。在挂靠关系中，实际承包人与施工企业主体地位平等，因挂靠关系产生的债权债务关系应属民事权利义务关系。建设工程领域的挂靠行为属于借用资质、出借资质的一种，应为违法行为。但不论建设工程合同是否有效，已经履行的建设工程合同一般不能恢复原状，因此挂靠关系中实际承包人与施工企业之间的债权债务应当参照挂靠协议处理，施工企业取得的工程价款应归实际承包人所有，施工企业为实际承包人支出的费用应由实际承包人承担。至于挂靠管理费问题，因属违法所得，原则上应予收缴。

②内部承包产生的内部责任。实际生活中，内部承包也是施工企业的重要经营方式，内部承包合同通常设定项目经理应当达到的绩效指标，按绩效指标的完成情况，施工企业给予项目经理一定比例的提成，或者规定项目经理上缴利润，给企业造成损失的给予一定的惩罚。签订内部承包合同纠纷是否具有可诉性，理论和实务中存在争议。有观点认为，企业内部承包是企业实行内部劳动管理、考核的一种方式，内部承包合同争议应属劳动争议。也有观点认为，内部承包合同的主体具有隶属性，而非平等主体之间的财产或人身关系，内部承包合同纠纷不属人民法院民事诉讼受理范围。还有观点认为，内部承包合同一般涉及个人参与企业经营方面的权利义务、责任风险承担及利益归属，应系平等主体之间的民事法律关系。我们认为，内部承包经营是一种生产经营的激励机制，

合理使用好内部承包经营有利于增进企业员工的生产经营积极性、责任性，促进企业生产经营水平的提升，如果将内部承包合同纠纷一概拒之诉讼之外，不利于促进内部承包经营制度的健康发展，也不利于双方的权利得到救济。但是，在处理内部承包合同纠纷时，应当贯彻权利与义务相一致以及充分保护劳动者的原则，总体而言，应由承包人享有的权益应予充分保护，对企业要求承包人承担的义务明显不失当、责任过重的应予否定或调整。

七、建设工程施工合同工程款的认定

（一）已完工部分验收合格工程的工程款结算

建设工程施工合同履行过程中，当事人双方约定解除或单方法定解除合同，承包方主张其已完工程的工程款。因工程未完工，如何结算该部分工程款，往往涉及鉴定标准的把握。

在工程没有全部完工的情况下，有两种不同的方式来确认工程款，一是根据实际完成的工程量，以建设行政管理部门颁发的定额取费，核定工程价款，并参照合同约定最终确定工程价款；此时，对工程造价鉴定不涉及到甩项部分，只须鉴定其完工部分即可。二是确定所完工程的工程量占全部工程量的比例，按所完工程量的比例乘以合同约定的固定价款得出工程价款。此时，对工程造价鉴定涉及到甩项部分，即对涉案工程总造价进行鉴定。第一种方法较为经济，也是较为常用的一种方法，一般用于工程没有总体竣工验收；第二种方法鉴定费用较高，一般用于工程竣工验收合格。上述两种方式均具有一定的合理性，应尽量寻求双方当事人意见的一致，如无法取得一致时由人民法院酌情确定。

（二）建设工程价款优先受偿权

建设工程已经竣工的，发包人拖欠应当支付的工程款，承包人主张对工程行使优先受偿权是较为常见的争议之一。

因承包人不具备工程开发建设的主体资格，即使赋予其留置权也根本无法办理所建工程的产权手续。且建设工程施工合同也没有赋予承包人的留置权。为保护承包人的合法权益，在发包人无力支付工程款时，根据最高人民法院相关批复的意见，建设工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。但消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。建筑工程价款包括承包人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，不包括

承包人因发包人违约所造成的损失。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。建设工程款优先受偿权属于法定抵押权，担保的是工程款债权，主债权转让的，担保物权应一并转让。根据法律条文的表述并不能确定工程款优先受偿权具有人身专属性，故工程款债权转让给他人的，优先受偿权应随之转让。

（三）工程款利息

当事人对工程款利息有约定，从其约定，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利息。利息部分也是工程款常见的争议之一。

工程建设中，大部分的项目都要求承包人垫付工程款，或者由于发包人的原因，拖欠工程款，给承包人带来资金压力和利息损失。承包人按照合同约定完成工程建设，发包人应当支付工程款，对发包人拖欠的工程款，双方之间有利息约定的，从其约定，没有约定的，工程款利息作为工程款的法定孳息，应当予以支持，标准按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计算。

当事人在合同中约定的工程款利息，明显高于国家法定标准的，应当对该约定标准进行调整，调整的标准应当在国家法定标准的上下线左右。调整因素应当以欠付工程款的数额，占工程总造价的比例，拖欠工程款的时间，利息和本金的比例以及发包人的违约事实等作为依据。

应付工程款的起算时间应当以下列时间为准：一是工程已实际交付的，为交付之日；工程没有交付的，为承包人提交的竣工结算文件之日；工程未交付，也未结算的，为当事人起诉之日。

（四）工程款鉴定中对签证的审核把关

施工合同中，当事人之间会有很多的签证，其中与工程价款结算有关的签证如何认定比较有争议。我们认为，建筑工程类案件，在工程设计、施工、质量验收、决算等方面涉及许多专业性问题，法官不可能都精通，但当事人对工程质量、工程结算的争议，法官一方面可以借助鉴定等诉讼手段认定双方是否按约履行义务；另一方面，法官的专长在于从证据上把关、审核。合同虽然是当事人结算的重要依据，但合同履行中的签证也是认定当事人之间结算的依据。法官应当从证据的真实性、关联性、合法性上来认定证据的效力；其次，从签证的内容来判断当事人是否通过签证改变了合同中的约定，如

果签证中涉及工程量或对某些项目计价方式的确定与合同约定不符，可以认为是对合同的变更，法官应根据变更的签证对当事人之间的争议进行认定。

八、建设工程的质量

（一）发包人工程质量问题的主张，有的属于反诉，有的属于抗辩发包单位（发包人）以工程质量问题为由要求施工单位（承包人）支付违约金或赔偿金的，当提起反诉。

发包人以质量不符约定为由仅请求拒付或减付工程款的，或者合同中明确约定可以直接将工程质量违约金或赔偿金从应付工程款中扣减的，属于抗辩，无需反诉。

建设工程案件中，发包人以工程质量问题为由请求拒付、减付工程款，以及请求承包人支付违约金或赔偿损失，是否必须另行反诉，一直存在争议。对此，应当根据发包人主张的内容，区分情况对待：

（1）发包方以工程质量存在问题为由要求承包人支付违约金或赔偿金的，其诉求不仅明确而且具体，具备民事诉讼法“诉”的全部条件，属于独立的诉。发包人不提出反诉的，原则上不在本诉中审查。

（2）发包人以质量不符约定为由请求拒付或减付工程款，但没有提出承包人因质量不符合约定应当承担的违约金或赔偿金的，其请求不具备民事诉讼法“诉”的全部条件，只是对承包人请求的一种对抗理由，根据《民事诉讼法》第一百零八条的规定，这种情形下的诉求视为抗辩权的行使，发包人无须提起反诉，对发包人这一抗辩意见应当审查。发包人抗辩成立的，应当直接支持其意见。

（3）如双方在合同中明确约定可以直接将工程质量违约金或赔偿金从应付工程款中扣减的，发包人提出扣减请求的，因双方已有了明确的约定，故该请求可以应视为抗辩，发包人也无须提起反诉。

（二）工程质量诉讼中的共同被告

因工程质量发生争议，发包人可以总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。《建筑法》第二十九条第二款规定：建筑工程总承包单位按照总承包合同约定对建设单位负责；分包单位按照分包合司的约定对总承包单位负责。总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。第五十五条规定：建筑工程实行总承包的，工程质量由工程总承包单位负责，总承包单位将建筑工程分包给其他单位的，应当对分包工程的质量与分包单位承担连带责任。分包单位应当接受总承包单位的质量管理。根据

上述法律规定，总承包人与分包人就工程质量对发包人承担连带责任，故发包人可以总承包人与分包人为共同被告提起诉讼。

实际施工人主要指违法分包人和转包的承包人。违法分包和转包合同均属于无效合同，总承包人与实际施工人主观上均存在过错，也应当承担连带责任。故发包人也可以总承包人与实际施工人为共同被告提起诉讼。

32. 江苏高院建设工程施工合同纠纷案件委托鉴定工作指南

为进一步规范建设工程施工合同纠纷案件审理工作，提高司法鉴定效率和鉴定意见质量，根据《中华人民共和国民事诉讼法》及其司法解释、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》等法律、司法解释的规定，结合全省审判实践，制定本指南。

1.**【当事人鉴定申请的提出】**当事人就建设工程造价、建设工程工期及停窝工损失、建设工程质量等事实的专门性问题发生争议的，可以向人民法院申请鉴定。

当事人申请鉴定，应当在人民法院指定的期限内以书面方式提出，并预交鉴定费用。申请书中应当载明需要鉴定的事项及需要通过鉴定意见证明的事实。当事人逾期提出鉴定申请，申请鉴定的事项对案件基本事实的认定有重大影响的，可予准许，但应当依法予以训诫、罚款。

经人民法院释明，对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人，在人民法院指定的期限内明确表示放弃鉴定申请后又提出鉴定申请的，或者当事人在再审申请审查期间提出鉴定申请的，不予准许。

2.**【鉴定申请审查判断规则】**申请鉴定的事项，与争议事实没有关联，或者不涉及案件基本事实的认定，或者对诉争事项的裁量没有意义，缺乏鉴定必要性的，鉴定申请不予准许。

3.**【鉴定申请不予准许情形】**当事人申请鉴定存在下列情形之一，且没有相反证据予以反驳或者推翻的，不予准许：

（一）当事人对申请鉴定的争议事项已自行达成协议的；

（二）当事人对申请鉴定的争议事项共同委托有关机构、人员出具咨询意见且双方明确表示受该咨询意见约束的；

（三）当事人约定工程价款的结算以第三方结论如行政审计、财政评审等作为依据的；

（四）当事人约定按照固定价（包括固定总价与固定单价）结算工程价款，未超出承包人约定承担的风险范围应当适用固定价的；

（五）当事人约定发包人无正当理由未在约定期限内对竣工结算文件作出答复视为认可竣工结算文件的；

（六）建设工程经竣工验收合格发包人提出质量异议，或者建设工程未经竣工验收合格发包人擅自使用后提出质量异议的；

（七）当事人没有证据或者理由足以反驳另一方当事人就专门性问题自行委托有关机构或者人员出具的意见的；

（八）其他足以认定鉴定申请所涉争议事项的情形。

4.【申请准许与事项确定程序规则】鉴定申请的准许、鉴定事项的确定，应当经合议庭讨论决定。合议庭不能形成一致意见的，应当提交专业法官会议讨论。

委托鉴定的事项，应当根据当事人诉辩意见及诉讼争议待证事实的举证质证情况，在委托鉴定之前予以确定。

5.【委托鉴定预备事项】准许鉴定申请的，应当指定当事人提交或者补充提交鉴定材料的期限，并组织当事人对鉴定材料进行质证。未经质证的材料，不得作为鉴定的根据。

向司法鉴定部门移送鉴定、依法选定鉴定机构时，主审法官应当以书面形式明确委托书需列明的以下事项：

（一）委托鉴定的具体事项；

（二）建设工程造价、建设工程工期或停窝工损失、建设工程质量等鉴定的具体范围；

（三）通过鉴定解决的争议和争议要点；

（四）鉴定期限的具体要求；

（五）其他根据案件情况需明确的事项。

6.【委托鉴定一般要求】人民法院委托鉴定，应当依法出具委托书，并在鉴定开始前要求鉴定机构签署承诺书。

鉴定机构接受委托后，应当在委托法院确定的鉴定期限内完成鉴定，并提交鉴定报告。鉴定机构无正当理由未按期完成鉴定的，委托法院可以解除委托，责令退还鉴定费用，并视情节取消鉴定机构参与司法鉴定遴选的资格。

7.【鉴定材料补充期限】鉴定机构认为鉴定材料不全需要委托法院补充的，应当在接受委托之日起 10 日内向委托法院一次性提交补充所需材料的书面清单。

委托法院应当在收到材料补充清单之日起 20 日内，对照清单要求，组织当事人举证质证，并将经质证的相关材料移送鉴定机构。证据材料较多且当事人争议较大的，经分管庭长同意可以延长 10 日。

8.【鉴定依据补充确定】鉴定过程中，鉴定机构认为应当由人民法院确定的事项而要求委托法院确定的，应当及时以书面形式征询委托法院的意见，委托法院应当及时作出书面答复。

委托法院认为鉴定机构要求确定的事项，不属于必须由人民法院确定且宜由鉴定机构进行专业鉴别的，可以要求鉴定机构分析鉴别。必要时，委托法院、鉴定机构可以协同建设工程案件咨询专家或者行业管理部门研讨确定。

9.【人民法院确定事项】下列事项，鉴定机构可以要求委托法院予以明确：

（一）可以作为鉴定依据的合同、签证、函件、联系单等书证的真实性及其证据效力；

（二）合同没有约定、约定不明，或者约定之间存在矛盾，需要进行合同解释明确鉴定依据的；

（三）无效合同中可以参照作为结算依据的条款；

（四）确定质量标准的依据；

（五）约定工期与实际工期认定的依据；

（六）当事人在鉴定过程补充证据材料或者对证据材料有实质性异议需要重新质证认证的；

（七）鉴定所需材料缺失，需要明确举证不能责任承担的；

（八）对未全部完工工程等需先确定鉴定方法的；

（九）其他需要由人民法院予以明确、作出决定的事项。

10.【鉴定意见确定性要求】鉴定机构接受鉴定委托，应当出具肯定或否定的确定性鉴定意见，原则上不得出具选择性鉴定意见。

鉴定机构认为只能出具选择性鉴定意见的，应及时以书面方式与委托法院进行沟通。委托法院同意出具选择性鉴定意见的，鉴定机构方可出具选择性鉴定意见。

11.【鉴定报告规范性要求】对鉴定机构出具的鉴定报告，委托法院应当对照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第三十六条的规定，审查鉴定报告的内容构

成和形式要件是否符合要求。符合的应当及时将副本送交当事人，并指定当事人提出异议的期限；不符合的应当径行退回鉴定机构重新出具。

对鉴定事项的鉴定意见，鉴定机构应当在鉴定报告中分类、逐项说明，明确所依据的具体证据、法律、法规和规范性文件名称以及发布机关、文号、具体条款等内容；援引有关原理、方法作出判断的，应当注明出处。

12.**【鉴定报告完整性要求】**鉴定机构与委托法院的往来函件应当作为鉴定报告的附件。经委托法院准许或者按委托法院要求，鉴定机构进行现场勘验制作的勘验笔录，应当作为鉴定报告的附件。

勘验笔录，应当详细记录勘验的时间、地点、勘验人、在场人及勘验的经过、结果，并由勘验人、在场人签名或者盖章。

鉴定意见最终出具前征求当事人意见，当事人提出异议的，鉴定机构应当在鉴定报告中作出解释、说明。

13.**【当事人异议规范要求】**当事人对鉴定报告的内容有异议的，应当在人民法院指定期限内以书面方式明确说明异议的具体内容及其依据，并提交或者列举相关证据，对计算方法有异议，应当说明采用不同计算方法的理由及依据。

对当事人的异议，鉴定机构应当以书面形式作出解释、说明或者补充。

14.**【鉴定未完成认定与处理】**委托法院认为鉴定机构未完成鉴定，或者鉴定报告遗留过多不确定项，鉴定机构无正当理由拒绝继续完成或补充鉴定的，委托法院经向三名建设工程案件咨询专家咨询，认为鉴定机构可以作出鉴定意见的，鉴定机构应当退还收取的鉴定费用。

鉴定机构不能完成鉴定的，经合议庭讨论决定，可以委托备选鉴定机构或者重新选定鉴定机构进行鉴定。备选鉴定机构存在法定回避等不适宜担任鉴定人的情形的，应当依照程序重新选定鉴定机构。

15.**【鉴定事项辅助确定机制】**具备下列情形之一，经双方当事人和选定鉴定机构同意，委托法院可以通知鉴定机构派员作为专家辅助人参与证据交换，辅助确定鉴定事项：

（一）当事人在诉辩初期即申请司法鉴定的；

（二）证据材料较多且当事人争议较大的；

（三）证据材料涉及较强专业性问题判断的。

鉴定机构应当按委托法院要求派员从建设工程专业角度指导当事人举证、质证，并对应当委托鉴定的事项提出意见和建议。

16.**【鉴定终止辅助费用负担】**鉴定机构派员参与辅助确定鉴定事项，在鉴定开始之前，当事人自行和解、达成调解，或者发现鉴定没有必要进行的，鉴定机构退还预收的鉴定费用，委托法院应当根据纠纷解决情况和鉴定机构参与程度，决定当事人应当向鉴定机构支付的合理费用。

33. 苏州中级人民法院民二庭关于涉建工程中项目经理等对外从事买卖、租赁等民事行为的责任认定

【生效日期】2009 年 7 月 29 日

建筑施工企业下的工程项目部、第*工程处、项目经理或项目工地工作人员、分公司、子公司在工程施工过程中对外从事材料买卖、设备租赁、借贷、定作、担保等民商事行为，债权人作为原告向建筑施工企业主张权利时，如何确定责任主体和责任承担。

一、对“项目经理”的认识

根据建设部《建筑施工企业项目经理资质管理办法》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，是建筑施工企法定代表人在工程项目上的代表人。项目经理是岗位职务，须持证上岗，它并不是企业擅自授予的一种称谓，而是有其特定法律含义的。项目经理是建筑施工企业法定代表人的代表是法定代表人的职权在该工程项目上的延伸，其在该工程项目中从事的职务行为应视为代表建筑企业法定代表人的行为。

项目经理在承担工程项目施工管理过程中，履行下列职责：（一）贯彻执行国家和工程所在地政府的有关法律、法规和政策，执行企业的各项管理制度；（二）严格财经制度，加强财经管理，正确处理国家、企业与个人的利益关系；（三）执行项目承包合同中由项目经理负责履行的各项条款；（四）对工程项目施工进行有效控制，执行有关技术规范和标准，积极推广应用新技术，确保工程质量和工期，实现安全、文明生产、努力提高经济效益。

项目经理在承担工程项目施工的管理过程中，应当按照建筑施工企业与建设单位签订的工程承包合同，与本企业法定代表人签订项目承包合同，并在企业法定代表人授权范围内，行使以下管理权力：（一）组织项目管理班子；（二）以企业法定代表人的代表身份处理与其所承担工程项目有关的外部关系，受委托签署有关合同；（三）指挥工程项目建设的生产经营，活动调配并管理进入工程项目的人力、资金、物资、机械设备等生产要素；（四）选择施工作业队伍；（五）进行合理的经济分配；（六）企业法定代表人授予的其他管理权力。

二、对“挂靠施工”的认识

何谓挂靠施工？指没有资质的实际施工人或资质低的施工人（即挂靠人）借用有资或质资质高的施工企业（被挂靠人）的名义承揽工程并向其交纳管理费的行为。

表现形式：1.“内部承包型”，根本不具备建设工程施工能力的个人（俗称“包工头”）寻找一个符合项目要求的施工企业，由施工企业与发包人签订施工合同，施工企业任命或聘用个人为其员工，并委以施工负责人或项目经理职务，双方签订内部承包合同，约定由个人承担该工程项目的全部经济责任，负责组织施工所需的人、财、物及施工管理职责，施工企业负责处理与业主、监理等单位的对外事务，个人向施工企业缴纳内部承包管理费。

2.“借用资质型”，低资质等级的施工企业有社会关系可以承建某工程项目，因此寻找符合建设项目要求的高资质等级的施工企业，并以高资质等级的施工企业名义参考投标中，标后与发包人签订建设工程施工合同，然后直接由低资质等级的施工企业实际施工。

法律层面对挂靠施工的态度：《建筑法》、《建设工程质量管理条例》等法律、行政法规明确禁止建筑施工企业的挂靠行为。最高人民法院的司法解释对此也持否定态度，认为挂靠施工合同无效。但挂靠人为了建设工程而对外签订买卖、租赁、借贷、定作等合同（这是我们讨论的重点）并不无效。

三、根据建筑施工企业与项目经理或实际施工人（俗称“包工头”）之间的关系来认定责任主体、确定责任承担

1.如果建筑施工企业与项目经理是上下级行政隶属关系，则项目经理对于施工企业而言就是履行合同的代表,他在工程项目中所处的地位不是代理而是代表，代表了施工企业，他对外从事买卖、租赁、借贷、定作等民商事行为是职务行为，由此引发的纠纷应以建筑施工企业为被告并承担民事责任。

2.如果建筑施工企业与项目经理是挂靠施工关系，则项目经理对外从事买卖、租赁、借贷、定作等民商事行为是非职务行为，由此引发的纠纷如何确定责任主体和责任承担。

对于挂靠人（即实际施工人,俗称“包工头”,在实践中也有以项目经理身分出现）与第三人之间签订买卖、租赁、借贷、定作合同的民事责任，亦与挂靠人在签订合同时以谁的名义而有区别：

（1）挂靠人以被挂靠人或被挂靠人的分支机构（项目部、工程处）的名义对外签订合同，挂靠人和被挂靠人的法律责任。挂靠人一般均以项目部的名义与第三人签订合同时，此挂靠人和被挂靠人应承担何种法律责任，没有明确的法律规定。但对于责任主体，可以参照最高法院的规定。最高法院在《关于适用[中华人民共和国民事诉讼法若干问

题的意见]第四十三条规定，个体工商户、个人合伙或私营企业挂靠集体企业并以集体企业的名义从事生产经营活动的，在诉讼中，该个体工商户、个人合伙或私营企业与其挂靠的集体企业为共同诉讼人。第五十二条规定，借用业务介绍信、合同专用章、盖章的空白合同书或者银行帐号的，出借单位和借用人为共同诉讼人。故挂靠人与被挂靠人可以列为共同被告，由名义经营者与实际经营者承担连带责任。由挂靠人和被挂靠人对第三人承担连带责任已被司法实践所接受，依据是《建筑法》第六十六条和最高人民法院《关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行意见》第五条和江苏省高院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》第二十五条的精神，另外，江苏省高院《关于当前经济审判工作中若干问题的讨论纪要》中明确规定，无进出口权的法人用有进出口权的法人的进出口业务章对外签约的，将应两者列为共同诉讼当事人，承担连带责任；《关于修改<全省民事审判工作座谈会纪要>的通知》中规定,挂靠经营的机动车发生交通事故造成他人损害的,应由挂靠人和被挂靠人连带承担赔偿责任。

（2）挂靠人以自己的名义对外签订合同，挂靠人和被挂靠人的法律责任。当挂靠人以自己的名义与第三人进行交易时，在挂靠人与该第三人之间就形成了合同关系。按照合同相对性原则，合同在双方之间发生效力，而对合同以外的第三人不发生效力，因此，第三人只能依据其与挂靠人的合同向挂靠人主张权利，而不能要求被挂靠人承担责任。挂靠人以自己名义签订合同后，挂靠人不能以材料实际用于项目公司而要求被挂靠人承担责任，因为在此情况下，交易的名义主体与实质主体是一致的，不存披露委托人的事实，挂靠人应对自己的行为负责，不应当溯及基础的挂靠关系。只有存在表见代理的情况下，被挂靠人才承担任责，即虽然挂靠人以自己名义对外签订合同，但合同相对人有充分理由相信挂靠人是有代理权的且合同相对人是善意无过失的，则构成法律上的表见代理。比如，挂靠人先以被挂靠人的名义对外购买材料用于特定工程，由于交易多次发生，为简化交易过程，后挂靠人以自己的名义交易并出具凭证，因债务未清偿，合同相对人起诉，此时，合同相对人有充足理由相信挂靠人是有代理权的，故挂靠人和被挂靠人应承担连带责任。法官应责令合同相对人举证表见代理的事由。

第三人只起诉挂靠人或被挂靠人的，根据挂靠人或被挂靠人的申请，应依法追加挂靠人或被挂靠人为共同被告参加诉讼。

3．如何区分是上下级行政隶属关系还是挂靠施工关系？

可根据下列情形进行判断：一是合同约定的施工企业与现场实际施工方之间有无产权关系；二是合同约定的施工企业与现场实际施工方之间有无统一的财务管理；三是合同约定的施工企业与施工现场的项目经理及主要工程管理人员（项目核算负责人、技术员、安全员、质量监督员）之间有无合法的人事调动、任免、聘用以及社会保险关系；四是合同约定的施工企业与施工现场的工人之间有无合法的建筑劳动用工和社会保险关系。若有之一，则是上下级关系；若无，则是挂靠关系。一般来说，挂靠人不是施工企业的职工，与施工企业没有行政上的隶属关系，不享受企业有关劳动保险待遇和工资待遇，与施工企业是平等的主体关系。

需要注意的是，无论是上下级行政隶属关系还是挂靠施工关系，都有可能以内部承包合同关系出现，但这不影响对上下级行政隶属关系还是挂靠施工关系的认定。

四、挂靠人以被挂靠人分支机构的名义擅自对外提供保证担保，保证合同的效力及挂靠双方民事责任的承担。

一种意见认为保证合同有效,由挂靠人承担保证责任。理由是挂靠人利用被挂靠人分支机构的名义对外保证担保已超出了挂靠双方因承接工程而所为挂靠意思表示的范畴，故挂靠人应对自己的行为负责。

第二种意见认为保证合同有效,由挂靠双方承担连带责任。依据是最高法院《关于适用[中华人民共和国民事诉讼法]若干问题的意见》第 43 条规定。

第三种意见是保证合同有效，挂靠人承担保证责任，被挂靠人承担挂靠人不能清偿部分的赔偿责任。因为挂靠人与被挂靠人的挂靠关系毕竟与企业法人的分支机构是有根本区别的。企业法人的分支机构是非独立核算单位，不能对外承担民事责任，它如未经法人授权，擅自作保证则保证合同无效；而挂靠人是独立核算的民事主体，在保证合同上为担保意思表示的是挂靠人，故将保证人认定为挂靠人且合同有效比较适宜。

这个问题有待请示上级法院后予以统一。

五、建筑总公司下的分公司（有营业执照、非挂靠）对外从事买卖、租赁、借贷、定作、保证等民商事行为效力认定与责任承担。

依照我国《公司法》第十四条第一款规定：“公司可以设立分公司，设立分公司应向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。”因此，分公司对外签订的买卖、租赁、借贷、定作等合同应认定有效(有法定无

效事由除外),先由分公司承担责任,总公司承担补充责任。分公司对外签订保证合同的,按《担保法》第十条、第二十九条处理。

六、建筑总公司下的子公司对外从事买卖、租赁、借贷、定作、保证等民商事行为效力认定与责任承担。

我国《公司法》第十四条第一款规定:“公司可以设立子公司,子公司具有法人资格,依法独立承担民事责任。”因此,子公司相对于总公司来说具有独立的法人人格,它对外从事买卖、租赁、借贷、定作、保证等民商事行为应认定有效并独自承担责任。

七、项目经理离职以后所从事民事行为的效力

项目经理离职以后,不论是原来系公司员工还是挂靠经营,项目经理均无权代表公司从事民事活动,但其离职后从事的与工程相关的民事活动仍然有可能产生相应的法律后果具体为:1.相对人不知道其离职,但有理由相信项目经理仍然代表公司,而离职后的项目经理继续以公司名义与相对人从事民事行为,则构成表见代理,相应责任同上下级行政隶属关系和挂靠经营中项目经理行为责任相同(建筑公司能举证证明相对人知道或者应该知道项目经理离职的除外)2、相对人知道或者应该知道其离职,离职后的项目经理则无权代表公司从事民事行为,但项目经理作为业务的经办人或者知情者,其可以就相关事实进行陈述,项目经理所作对事实的陈述可以作为证人证言,与其他证据综合分析认定其效力。

八、民事行为完成以后,供应商至建设局等相关部门收集的项目部有关人员身份关系的证据是否为表见事由的问题。

由于表见代理基于的是没有身份关系而从事了无权代理、越权代理行为,而项目部有关人员具有身份关系的证据揭示有权代理的法律关系,故事后收集的身份关系的证据不是表见代理的事由,而是有权代理的事由。对于失去身份关系以后所从事的民事行为,相对人在民事行为完成以后至建设局等部门收集的有关人员身份关系的证据不能直接认定为表见代理的事由,因为相对人并非是信赖事后收集的身份关系的证据作为认定对方具有代理关系依据的,而是在从事民事行为时有充分理由相信无权代理人有代理权。

九、印章效力的认定

(一)超范围使用印章的效力认定。一个单位根据各个部门的需求会经常刻制各种功能的公章,比如合同专用章、业务专用章、项目部章、财务专用章、资料专用章、档案专用章、收发章等等,各个公章均有不同的功能并由不同的部门进行管理和使用。而

在建设工程合同中，印章使用不规范，经常出现混用的现象，实际加盖公章所对应的合同内容超出了该印章使用的范围。出现这种情况，应该审查该印章自身的功能及使用范围，对于该印章自身功能范围内使用的，可以直接认定其效力，因为相对方有理由相信持有印章者有权盖印章处理相关业务。如合同上加盖合同专用章、对账单上加盖了财务专用章等。对于超出了印章自身功能所涉使用范围的，不宜直接认定其效力，因为相对方应该明知印章的使用范围，超出印章使用范围使用的，属超越代理权或超越职权的行为，对合同双方不当然产生力约束。超出印章使用范围使用的，对该印章效力的认定应该根据签订合同者的身份及授权情况双、方的交易习惯等，综合分析是否属于表见代理。对于既不属于印章使用范围，又不能认定为表见代理的，还应该根据实际情况判断是否具有一定的证据效力，能否与其他证据形成优势证据。

（二）项目部私刻印章的效力认定。建筑公司项目部为经营管理需要，未经建筑公同司意，私刻项目部章或材料章等从事相关民事行为，其实质是项目部的行为，仅对项目部产生法律效力。建筑公司不因为该项目部公章而直接承担责任，建筑公司承担责任的基础是基于与项目部的上下级行政隶属关系或者挂靠关系。

十、混凝土公司送货单单价高于合同约定单价的处理

权利义务的变更，不仅需要有明确的意思表示，对作出变更的人员还必须要求具有相应的权限。对于混凝土公司以送货单价格来认定总货款的请求是否支持，应该看签收送货单的人员是否具有变更约定单价的权限，或者混凝土公司是否有理由相信签收人员具有变更单价的权限。如果混凝土公司不能举证表见事由，则其主张变更的请求不能成立。如果混凝土公司知道或者应该知道送货单签收人员不具备变更单价的权限，而仍然主张变更，则不应支持。例如工地收料员或者一般工作人员签收的送货单，则不能认定变更成立，因为对于收料员及一般工作人员不具备变更合同约定权限的事实，混凝土公司是明知的，或者是应该知道的。

34. 南通市中级人民法院关于当前宏观经济形势下建筑施工企业经营法律风险防范提示

一、招投标过程中存在的法律风险及防范提示

招投标阶段是建设项目施工合同的起始阶段，具有基础性、关键性作用。部分建筑施工企业只追求承接项目的结果，对于招投标过程未给予应有的重视。

1.投标前对建设单位的资信审查及项目风险研判不足。

对项目真实性及合法性、建设单位资质、资金实力、招投标项目内在条件（如地质环境、垫资情况、资金源、报建情况等）和外在影响（如项目所在地政策因素等）疏于审查，存在被诈骗，或者中标后因建设单位资金等原因不能履约，导致不能开工或者开工后中途停工的风险，或者因缺乏规划及施工许可，建设的项目属违章建筑面临被拆除的风险。

【案例】甲公司经过招投标程序，于 2018 年 11 月与建设单位乙公司签订施工合同。其后甲公司做好各项开工准备，但乙公司迟迟不通知甲公司进场施工。三年来，甲公司多次通过电话、发函、当面催促等方式要求尽快安排开工事宜，但乙公司以各种理由推辞。2021 年 5 月，甲公司无奈提起诉讼要求解除合同并赔偿损失，直到法庭上才得知案涉项目早已因故“叫停”。甲公司在招投标前疏于审查，虽然相关损失在诉讼中获得支持，但由于乙公司履行能力问题，其前期投入资金回收困难，陷入权益难以保障的被动局面。

【防范提示】建筑施工企业投标前应做好项目审查工作。对项目和建设单位的基本情况进行客观、全面、细致审查。主要包括向有关审批单位了解和实地考察项目情况，查询招标备案情况，检索住建部门官方网站相关信息，了解建设单位是否具备经营资格、是否依法取得营业执照和税务等级、是否按规定年检、报建手续是否完备、企业信用是否良好等。

2.违法违规进行项目投标活动。

围标、串标，低价中标、高价结算，为承接项目欺诈、行贿等，导致可能承担中标无效、赔偿招标人损失、投标保证金和履约保证金不被退还等民事责任；可能被处以警告、罚款、吊销营业执照、没收违法所得、责令停业整顿、取消参与投标资格等行政处罚；甚至可能因串通投标、合同诈骗、行贿等犯罪行为承担刑事责任。

【案例】2020 年 3 月，甲建设公司在江西某市公共资源交易网上发布了某区产业配套服务中心项目招标公告。周某、郭某波、廖某、郭某苗等 4 人以每家公司 2-3 万元的价格，共同邀请乙建设集团、丙建筑公司、丁建业公司等 92 家公司参与该项目投标，乙建设集团中标。中标后，廖某将项目的施工权出售给罗某根。其中周某、廖某、郭某苗、郭某波分别获利数百万元。后经法院审理，依法判决周某、廖某、郭某波、郭某苗等 4 人犯串通投标罪，判处刑罚并处罚金；出售中标项目违法所得及乙建设集团等公司收取的介绍费予以没收并上缴国库。

【防范提示】依法依规参加投标。了解并遵守招投标法律规范，不串通投标、不以他人名义投标、不弄虚作假、不将中标项目转让或者分包、严格履行与招标人订立的合同、不行贿等。如发现招标人、评标委员会、其他投标人有不法行为，应及时向主管部门反映，维护投标过程中的合法权益。

3.对工程造价缺乏合理预测、计划、控制、核算和分析。

资金预算管理编制的精准性不够，草率报价。在采用固定总价合同时不注重核对图纸及施工要求；在采用工程量清单计价模式时，忽视建设单位提供的工程量清单内容，工程量计量不准确、项目工序分析和理解有误、项目特征描述欠缺、清单缺项等问题，导致施工后才发现实际投入可能远超预算，只能降低工程质量，或者解除合同。

【案例】2019 年 3 月，乙公司中标甲公司河道整治项目工程，随后双方签订了施工合同。乙公司施工过程中发现，工程所涉设备的市场采购价格远高于合同约定的固定价格。乙公司诉至法院，陈述投标时其只关注土建价格，未考虑设备采购价格，故要求按照市场价格变更工程整体造价，否则请求解除合同，甲公司则坚持按招标文件定价。双方为此争议极大。

【防范提示】投标前应由专业人员开展工程造价预算，在投标报价、签订合同时充分考虑各种影响施工的成本因素，切勿盲目为了中标而肆意采用“低价中标”策略。采取固定总价合同时充分考虑风险因素，审慎对待包干价方式，对照施工图了解和掌握施工要求，对图纸及施工说明中不明确的地方及时通过询标要求招标人明示，报价时应与施工图纸认真核对。采用工程量清单计价时，认真研究工程量清单等招标文件，确定总体工程量、做好总体支出预算，通过保证质量、综合调整、合理计价方式最终确定合理的投标价。

二、资质外借与转包、违法分包中存在的法律风险及防范提示

建筑施工企业向外出借资质“被挂靠”、承接工程后自身不施工，进行转包、违法分包等情形实践中仍然大量存在。建筑施工企业除订立总包合同、与建设单位进行必要对接以及收付工程款资金外，基本不参与工程管理，对外付款仅凭挂靠方、转包及违法分包方的签字、确认，而不进行严格审查，造成极大风险隐患。企业因此频繁涉诉及被采取保全措施、影响资金流动及新项目投标、影响已有优质项目建设等情形亦不鲜见。

（一）行政责任风险

4.行政处罚风险。

《中华人民共和国建筑法》第六十六条规定，转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本企业的名义承揽工程的，责令改正，没收违法所得，并处罚款，可以责令停业整顿，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书。《建设工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》第十七条规定，违法挂靠行为和处罚结果计入单位信用档案，同时县级以上人民政府和城乡建设主管部门向社会公示，并逐级上报至住房和城乡建设部，在全国建筑市场监管公共服务平台公示。根据公示结果，可能会限制市场准入。

【案例】2014 年 2 月 22 日，在某市 A 地块工程的工地上，作业人员在进行塔式起重机标准节安装顶升作业时，发生塔吊倾覆事故，造成 3 人死亡。经查，该工程建设单位为甲公司，建筑施工企业为乙公司，甲公司未取得施工许可证即组织乙公司进场作业，乙公司将塔吊安装工程又违法分包给个人作业，建设方与施工方均存在违规行为。经处理，暂扣乙公司安全生产许可证 60 天，对甲公司罚款 362 万元，吊销项目部副经理的注册建造师执业资格，暂扣项目部经理安全生产考核合格证书，罚款 20 万元。

5.税务成本风险。

建筑施工企业作为备案的施工方，依法负有纳税义务。在挂靠、转包、违法分包施工情形下，一旦双方对于税务成本负担约定不明，挂靠、转包、违法分包人收款后未开具发票，或者挂靠、转包、违法分包人从建设单位直接取得工程款后未开具发票，均可能导致建筑施工企业最终需承担高额的税务成本。

【案例】某建设公司在东北地区承建十个项目，均以挂靠方式施工。挂靠合同中虽然约定建设单位将工程款支付给某建设公司，某建设公司扣除税务成本后向挂靠人付款，但由于建设单位工程款支付不及时，以及某建设公司对挂靠人缺乏足够管理监督，十个项目的挂靠人通过各种方式避开约定付款流程，直接要求建设单位付款，并通过以房、车抵工程款的方式实现债权，且没有开具相应发票。后当地税务局在稽查中发现，十个项目工程欠缴税款 3000 余万元，某建设公司作为纳税主体依法负有纳税义务。当地税务局遂要求某建设公司补缴税款。

【防范提示】建筑施工企业应增强法律意识，严格遵守法律法规，杜绝挂靠、转包、违法分包等顽瘴痼疾，不应以内部承包为名行出借资质“挂靠”之实、以专业分包为名行转包之实，更不应以出借资质或者利用资质承接工程后转包、违法分包并收取管理费作为主营主业。

（二）民事责任风险

6.施工质量难以保障从而引发与建设单位的工程质量纠纷。

【案例】2012 年 2 月 6 日，甲公司与乙公司签订建设工程施工合同，约定由乙公司承建甲公司某厂房项目。但案涉工程实际系狄某借用乙公司资质承接并施工。工程结算时，甲公司发现案涉工程存在外墙开裂渗漏、雨污水管道材料与图纸不符等多处质量问题，修复需要大量费用，遂多次电话联系并发函要求乙公司派人协商解决上述事宜，但乙公司未予配合。甲公司诉至法院要求乙公司、狄某承担维修费用。法院根据甲公司的申请委托司法鉴定，鉴定意见为工程存在质量问题、修复费用为 251 万元。法院最终判决乙公司、狄某就工程质量问题承担连带责任。

7.施工安全缺乏监督导致安全生产事故，引发提供劳务者受害责任或工伤保险待遇纠纷。

【案例】2018 年 9 月，王某借用甲公司的资质承接了乙公司发包的厂房工程，之后又将该工程中的消防工程转包给王某飞。徐某受王某飞雇请来到工地工作。同年 10 月，因王某、王某飞在脚手架上未采取任何防护措施，致使徐某摔落受伤。王某和王某飞在给付了少量医药费后，便对徐某的后续费用互相推诿。徐某诉至法院，要求赔偿损失。经法院审理，徐某与王某飞之间形成劳务关系，王某飞应对徐某的损害后果承担赔偿责任；王某明知自己无施工资质故而借用甲公司资质承接工程，此后又将工

程违法分包给王某飞，应当承担赔偿责任；甲公司默许王某以其名义承接工程，也应当承担赔偿责任。

8.工程资金缺乏监管，引发因欠付材料款、人工费产生的买卖合同、劳动争议纠纷，或者因过付款项（如垫付农民工工资）引发与实际施工人之间的返还过付工程款、追偿权等纠纷。

【案例】2018 年 5 月，甲公司与不具有施工资质的胡某签订分包合同，将机电分包给胡某施工。之后，由于设计变更、调整施工范围，实际工程面积增加，甲公司根据新版图纸支付工程款，该工程在 2020 年 9 月通过了竣工验收。结算时，甲公司发现根据双方签订的机电安装工程合同约定的单价以及胡某已完成的工程量进行计算，其已经过付工程款，但胡某予以否认。双方就此事交涉多次依然无法解决。甲公司遂诉至法院，法院根据甲公司申请委托鉴定，鉴定显示的确存在过付情形。最终法院部分支持甲公司的诉求。

9.印章等资料授权、管理不当，引发因项目部对外借款、欠材料款而债权人起诉建筑施工企业纠纷。

【案例】2014 年 9 月，甲公司中标某县农业服务中心大楼施工工程。同月，甲公司与黄某某签订名为内部承包实为挂靠的合同，由黄某某实际施工。甲公司向黄某某发放一枚项目部印章。同年 11 月，黄某某以甲公司名义与乙公司签订加工定作合同，其上加盖项目部印章。后乙公司与黄某某对账确认加工价款数额。因黄某某仅支付 40 万元，乙公司遂起诉要求甲公司支付余款及逾期付款利息。法院认为，甲公司对于黄某某的挂靠人身份及项目经理权限对外未予披露，黄某某作为项目负责人且持有项目部印章，具有代理权的表象，乙公司有理由相信黄某某系代表甲公司签订合同，黄某某的行为构成表见代理，判决甲公司支付剩余加工款及利息。

10.对施工过程缺乏监督管理，导致层层转包、违法分包及挂靠的失控状态，引发实际施工人向建筑施工企业主张工程款纠纷，或者项目部雇请人员主张确认劳动关系纠纷。

【案例】建筑施工企业中标工程后将工程进行转包，转包人以公司项目部的名义管理、聘请人员。提供劳务的工人一般与项目部签订劳务合同，在涉及劳动报酬、工伤认定等问题时，劳务人员往往选择起诉建筑施工企业，造成建筑施工企业劳动争议

案件频发、疲于应诉。尤其是在转包人拖延支付劳务费用或卷款而逃的情况下，矛盾更易激化。

11.以内部承包、设立分公司形式进行挂靠、转包或者违法分包，建筑施工企业对分公司的设立、资金及人事缺乏管控，各分公司内部管理混乱，随意刻制公章、出借公章对外缔约、举债、担保，债务无法清偿时分公司负责人注销分公司，从而将债务转嫁于建筑施工企业。

【案例】某建筑集团长期采取各个承包人以不同的分公司名义承接工程的模式，近三年该公司涉诉案件100余件，其中民间借贷多达50件，均是各分公司为获取资金选择民间借贷形式对外借款，致使债权人一并起诉总公司，甚至个别分公司负责人对外吸收社会资金，涉及人数众多、金额巨大，存在非法集资犯罪嫌疑。此种分公司各自为政的模式，造成资金监管失控、管理严重无序，引发企业经营风险。

【防范提示】严格管控项目质量及安全作业，保障施工中的质量、安全要素。切实保障施工人员权益，依法参保工伤保险或者商业意外险，强化实名制管理。强化项目人员、印章及财务管理，项目部对外订立合同须向公司备案，印章上可注明授权范围，防范公章滥用。项目付款时应说明款项用途并提供付款依据，工程款保证专款专用，加强对工程款收支账户管理，防止出现体外循环。强化施工过程监管，施工中应定期或者不定期对工程进行巡查，全面掌握现场真实情况，及时收集施工资料，工程竣工后还应注意掌握项目对外债权债务情况。规范企业内部承包制度，杜绝以内部承包名义从事挂靠或者转包、违法分包。加强对内部承包人资信能力、项目部订立合同、对外拨付资金及涉诉纠纷的管控，不放任、放权。严格控制分公司设立，对确有必要设立分公司的，应加强管理，通过实行财务委派制、加强内部审计等方式管理分公司人事、财务等核心事务，对分公司申请注销的，应严格审查其债权债务情况，防止分公司负责人滥用权利。具备条件的可以在企业内部设立合规部门，由专业人员处理法律事务，提高风险防范的前瞻性和主动性。

三、合同签订中存在的法律风险及防范提示

目前建筑行业市场准入门槛较低，市场供求相对失衡，建设单位与建筑施工企业市场地位、交易条件不平等，建筑施工企业盲目签订合同现象较为普遍。

12.忽视对合同主体资格、要素条款及性质的审查。

不掌握合同相对方的缔约资质、签约代理人的权限，不注重对合同标的、数量、质量、价款等要素条款审查，对合同性质为承揽、建设工程抑或合作表达模糊不清，甚至中标后随意与建设单位订立比标底价款更低、工期更短、质量标准更高、违约责任更重的合同，不仅为纠纷发生后判断合同是否成立、缔约效力、相对方认定、合同性质认定等多项争议埋下隐患，也极有可能不利于后期工程结算，使建筑施工企业利益受损。

【案例】2012 年 10 月，甲公司发出某工程招标公告，在投标须知前附表中列明工程报价方式为固定总价。同年 11 月，乙公司中标该项目，并与甲公司签订施工合同，在专用条款中约定采用固定单价合同。工程验收合格后，甲公司根据合同约定提交政府审计，审计部门认为招标文件规定的结算方式（固定总价）与双方合同约定的结算方式（固定单价）不一致，一直未出具审计报告，使得乙公司无法收取工程款。乙公司诉至法院，要求甲公司支付剩余工程款及利息。法院认为，双方订立的施工合同专用条款中约定的合同价款采用固定单价，该约定明显与招标文件不一致，应当按招标文件规定的固定总价为结算依据。

【防范提示】建筑施工企业应明确内部合同管理部门及职责，规范合同的订立、审批、会签、登记、备案流程，规范合同示范文本的使用、合同专用章的管理。订立合同时注重审查对方主体资格及资质、签约人员身份及权限，明确合同要素条款及合同性质。订立合同后，在客观情况未发生招投标时难以预见变化的情形下，杜绝以签订补充协议等方式实行背离中标合同实质性内容的隐蔽合同。

13.对合同条款细节、施工图纸审查松懈。

对合同中重要条款细节未组织专业人员审查，计价标准、竣工结算、程序约定不明。合同条款权利义务约定明显不对等、不合理，例如建设单位过多将风险偏重于建筑施工企业，对工期、质量违约赔偿和罚款责任约定较重、上限不明确，对未提供施工场所及相关资料、逾期付款等责任约定较轻；对施工图纸不认真审查，机械盲目施工，导致施工中变更、延期、质量问题等。

【案例】甲公司与乙公司签订《建设工程施工合同》，约定因乙公司原因未能按约定工期要求完成工作，延误在 30 日以内的，每一天按工程结算总造价的万分之五支付违约金；超过 30 日的，自第 31 日起，每一天乙方按工程结算总造价的千分之一支付违约金。后乙公司共逾期竣工 165 天，甲公司起诉要求乙公司以工程总造价为基

数，按约承担违约金 3500 余万元。法院认为，合同约定 30 日外每日按工程结算总造价的千分之一计算，违约金总计达工程结算总造价的 15.05%；折合年利率达到 36.5%，超过人民法院保护的民间借贷利率标准。根据公平原则与诚实信用原则，酌定违约金统一按照约定的每日万分之五标准计算，最终支持违约金 1300 余万元。

【防范提示】完备的书面合同对于保障交易安全极其重要。建筑施工企业订立合同时应就内容进行全面磋商，对项目名称、地址、施工内容、技术要求、施工方案、工程中质量要求、工程工期、安全防护措施、双方权利义务、付款方式、违约责任、竣工结算、争议解决方式等在专用条款中以书面方式予以明确，避免使用容易引起歧义的字句或者前后矛盾条款。尽量减少单方面约束性条款，把握违约责任限度防止风险扩大化。着手施工前应与建设单位及监理单位对施工图纸进行认真审查，落实技术交底等事项，确保施工顺利进行。

14.建设单位指定分包情形下难以平等缔约。

指定分包模式下，指定分包合同内容、付款、相关权利义务的确定，均由建设单位与指定分包单位确定，但从法律层面而言指定分包又属于建筑施工企业的分包。实践中建筑施工企业收取一定总包管理费，却需承担为指定分包单位提供施工条件、保证指定施工工程质量、对指定分包工程进行验收等工作，以及支付责任、进度质量、安全责任等多项风险，权利义务不对等。

【案例】2010 年 6 月，甲公司与乙公司签订施工总承包合同，约定乙公司作为施工总承包单位，对指定分包单位的施工质量承担连带责任。当月，乙公司与甲公司指定分包单位丙公司签订了分包合同。后因工程存在基础、地面和排水沟下沉，基础漏水，地面粗糙等多处质量问题，丙公司进行多次返修。经鉴定机构鉴定，工程的确存在质量问题，修复费用近 200 万元。甲公司起诉至法院，要求乙公司和丙公司赔偿损失。法院审理认为，按照双方约定，乙公司应当对指定分包单位丙公司因工程质量问题造成的损失承担连带赔偿责任，对乙公司提出的丙公司系甲公司指定分包单位，其难以监管的理由未予采信。

【防范提示】建设单位要求指定分包时，建筑施工企业应根据建设单位资信决定是否接受指定分包。在建设单位资信较弱情形下尽量协商将指定分包转为建设单位直接发包，建筑施工企业收取总包配合费以降低风险。建筑施工企业决定接受指定分包的，尽可能要求与建设单位、指定分包单位签订三方合同，明确工程款支付、对内对

外责任等核心权利义务。施工过程中应强化对施工进度、安全、质量、工程款支付及资料管理，收集并固定与指定分包单位之间往来函件、签证、会议纪要等原始书面凭证。

四、合同履行中存在的法律风险及防范提示

建筑施工企业管理岗位人员素质良莠不齐，科学管理水平不高，风险防范及掌控意识比较薄弱。

15.自身守约及规范意识不足。

建筑施工企业疏于合同履行管理，致使己方不能及时、全面履行合同，导致工期违约、施工质量纠纷、欠付（如买卖、租赁、设计等环节）合同价款，或者与材料、设备供应商订立合同时未尽审查义务，导致出现材料、设备质量问题，引发工程赔偿甚至行政处罚。囿于人情或者习惯，对竣工验收、审计结算等流程不严格依照合同约定和施工规范进行，不仅增加对方向己方的索赔风险，也对维护自身合法权益造成障碍。

【案例】甲公司承接乙公司开发的房地产项目，交房后外墙粉刷层及保温层发生整体空鼓剥落，总面积约1000平方米。乙公司向甲公司发送工作联系单要求其维修。甲公司认为外墙粉刷块掉落是乙公司提供的外墙材料质量原因所致，而非施工质量，未及时予以维修。后乙公司委托第三方维修，并诉至法院要求甲公司支付第三方维修费用。经鉴定，外墙脱落与材料、施工工艺、施工管理等均有关系，且甲公司明知保温砂浆的强度达不到相关施工规范要求的标准，乙公司采购的材料不符合规范性要求仍继续使用，未尽到建筑施工企业应尽的合理提醒注意义务。根据鉴定意见，法院判决甲公司赔偿乙公司因外墙保温层空鼓、脱落所造成的损失580余万元。

【防范提示】履约过程规范化，重视对合同履行的动态监管。加大施工现场管理力度，严格按约履行，加强对施工现场“五大员”、“八大员”管理，避免出现质量及安全问题。建立风险预警机制，审慎与材料设备商签订合同，确保乙供材料、设备等质价合理。严格按照施工规范制作方案、审批施工，涉及工期及设计变更或者其他工程量增减事宜的应事前签署签证文件或者事后进行书面确认，注意完善手续、留存证据。

16.项目经理职权滥用。

对项目经理管理松散，印章使用、授权范围不规范，工程资金管理缺少合理化的监督、把控，资金的最终流向和预期规划脱节。事前控制不够，事后考核流于表面，工程预算制度陷于形式。项目经理抽取、挪用项目资金，恶意不支付材料款和农民工工资，将外部债务转嫁建筑施工企业的现象屡见不鲜；甚至以项目名义非法吸储，或者虚假诉讼侵占建筑施工企业资金，严重损害建筑施工企业合法权益。

【案例】甲公司中标某地工程后交由项目经理蒋某组织人员施工。此后因资金周转不灵，蒋某先伪造虚假的采购协议、结算凭证等，加盖公司项目部印章后指示施工人员邹某、张某至法院起诉甲公司主张材料款，蒋某配合邹某、张某的起诉，自认欠款 “事实”。甲公司因此与邹某、张某达成调解协议，确认支付材料款 130 余万元。后因事情败露，蒋某被警方抓获，最终被判处刑罚。

【防范提示】建立健全项目经理监管制度，落实项目经理负责制，项目重大事项决策应由项目经理、部门经理、公司主管逐层把关，尤其是对合同审查、印章使用和项目经理的任命、授权范围等均应做好严格控制，有条件的还应对外公示。实行审计监督制度，重视在建、竣工、分包项目的审计，对规模大、工期长的项目实行年度和终结审计，重点抓好项目经理经营责任与效果、经营活动合法性和财务纪律等重大问题的审计。

17.农民工工资保证金及支付账户管理不当。

既有对专用账户监管不足，导致农民工工资保证金及应发钱款被实际施工人掌控、农民工合法权益得不到保障的风险，也有借专用账户之名进行资金往来、逃避诉讼中查封保全，导致被司法、行政处罚的风险。

【案例】葛某因与建工集团建设工程施工合同纠纷向法院申请保全。建工集团提出异议称，该账户内银行存款大部分为应予发放的农民工工资，查封该账户会导致农民工工资无法发放，请求解除对该账户的冻结。建筑施工企业涉讼是经常性事件，为防止因存款被冻结而导致无法发放农民工工资，应当依法依规设立农民工工资专用账户。建工集团既未提供证据证明法院所冻结的账户为其开设的农民工工资专用账户，又未能提供替代担保，法院未支持其解除保全的申请。

【防范提示】进一步完善农民工工资保证金及支付专用账户监管。建筑施工企业应严格按照《工程建设领域农民工工资专用账户管理暂行办法》开设、使用账户，不得将农民工工资专用账户用作其他资金往来。落实农民工实名管理制，向农民工宣传

普及工资专用账户的保障属性，防止实际施工人或者其他人员扣押或者变相扣押、提取，以及因专用账户管理漏洞出现的恶意讨薪风险。同时积极防范农民工工资卡被用于出租、出售、洗钱、赌博、诈骗和其他非法活动。

18.市场及其他不可控风险。

建设工程具有投资大、工期长、专业性强、参与方众多等特点，不可预见因素较多。合同履行过程中，例如建筑原材料受供给紧张、大宗商品期货价格持续高位攀升等因素影响，导致原材料和成品双向拉高，建筑成本出现较大波动，处理不当不仅导致建筑施工企业项目利润受到冲击，更可能导致为完成工程以次充好，影响工程质量及安全，或者陷入明知合同难以继续履行却难以解脱的被动局面。

【案例】甲公司与乙公司签订 49.5MW 风电工程施工合同，约定乙公司组织施工，工程费用约 1250 万元。后工程验收合格并全容量并网投产，但在风机运行过程中，3 台风机中的钢筋发生断裂，经检测系风机内部精轧钢筋质量未达标所致。经查，系因钢筋市场价格上涨，乙公司为节约成本，采购的钢筋及配件材料均不符合双方合同的约定。甲公司诉至法院，要求判令乙公司赔偿其因工程质量产生的各项损失 227 万元，法院予以支持。

【防范提示】订立合同时应充分考虑履行时的不可控风险，与建设单位充分协商明确风险及责任负担，维护应有权利。合同履行中应注重施工进度管理，尽量避免市场波动周期。如受大环境影响导致风险难以避免，不宜轻易选择主动违约、解除合同或者诉讼方式解决问题，更不应以次充好影响工程质量及安全，而应尽量与建设单位沟通协商，寻求双方均可接受的解决方案，达成书面补充协议或者签证，有利于减少自身损失。即使进入诉讼程序，诉讼调解亦是维护企业利益的有效途径。

五、工程款结算中的法律风险及防范提示

工程款结算是长期困扰建筑施工企业的问题，尤其受整体经济环境影响，工程款拖欠问题更为凸显，对建筑施工企业正常经营造成极大困扰。

19.前期垫资、后期工程款回收效率低。

垫资施工是建筑市场行业的常见模式，部分建筑施工企业为了顺利承接工程，往往选择垫资。施工期间建设单位根据产值支付部分进度款，竣工结算后在协议周期内付款并预留质保金，导致建筑施工企业很难在短时间内一次性回收全部建筑项目款项，尤其在建设单位信用状况及实际偿还能力不佳，以及受整体外部环境影响融资渠

道急剧紧缩的双重压力下，给建筑施工企业带来极为明显的资金压力及信用风险。此外，垫资施工模式下，还可能因与建设单位之间的民间借贷关系就工程结算产生更为复杂的争议。

【案例】2014 年，甲公司与乙公司签订建设工程施工合同，由甲公司垫资承建生产厂房，暂定价 3500 万元。2017 年 4 月甲公司已按合同约定基本完成施工任务，工程计价 5303 万元。乙公司经营状况不善，未能按双方协议及时支付工程款。收尾工程因甲公司无法继续垫资、乙公司欠付工程款无法进一步实施，故而引发纠纷。法院支持甲公司对乙公司的工程款主张，但事实上乙公司已经无力支付，甲公司垫资财务成本负担沉重。

【防范提示】谨慎采用垫资模式施工。对要求垫资的项目，除了解建设单位信用状况、分析其是否具备足够资金保障工程款进度外，还应综合自身的经济实力，分析垫资比例，充分考量工程的盈利情况，量力而行而非盲目抢占市场、盲目垫资负债经营。垫资施工后应重视工程资金的清收与质保金回收，根据约定付款节点、支付条款等预备付款资料，第一时间与建设单位对接，同时了解建设单位不付款的理由，审查自身是否存在履行不当，及时补正手续、弥补瑕疵并固定证据，敦促完成付款。针对账龄长的应收账款，除与建设单位展开有效对接沟通外，还应考虑尽早通过法律程序实现资金回笼。

20.施工资料不完整甚至无施工资料，施工结算不规范、不及时、不准确。

建筑施工企业施工过程中诸多资料不规范、甚至缺失，施工后不及时提交工程竣工结算资料或者提交竣工结算资料存在瑕疵，结算依据移交随意，不注重提交施工及结算资料证据的保留甚至长期不进行结算审计，后续工程验收、结算无法推进，建设单位以不符合结算审计、行政审计要求为由迟延支付，工程款迟迟无法到账，或者审计结果与实际投入偏差过大，影响建筑施工企业正常获得工程价款。因建筑施工企业原因导致无法结算的，还可能影响建设工程优先受偿权的行使。

【案例】2010 年，建工集团与甲公司签订了建设工程施工合同，2010 年 6 月案涉工程通过竣工验收并交付使用。建工集团于 2016 年初将相关竣工验收材料提交给甲公司，但未保留相关证据材料。甲公司一直未完成结算审计，亦未支付工程款。双方多次协商未果，建工集团诉至法院。因案涉工程于 2017 年被拆除，已无法通过鉴定确定

工程价款。诉讼中建工集团通过多方努力与甲公司工作人员确认工程造价，其诉讼请求方部分得到法院支持。

【防范提示】工程竣工后，建筑施工企业应重视竣工结算。主动按照合同约定编制竣工结算报告及准确、详实、全面的竣工结算资料，完整记录、证明工程造价等内容，装订成册后按期向建设单位提交，保存反映提交资料构成的签收记录或者邮寄凭证。如有结算依据不明或者结算审计与投入差距过大情形，应当及时与建设单位沟通，形成书面意见，明确结算依据以及无法达成一致意见的处理方式等。针对建设单位怠于审价情形应主动沟通核对，适时发出加快结算催告函，同时加强中间控制，注重证据收集和保存，必要时启动诉讼或者仲裁程序，及时行使建设工程优先受偿权。

21.商业承兑汇票无法兑付引发“蝴蝶效应”。

建设工程领域使用商业承兑汇票支付的情形十分普遍。但在出票人资金断裂情形下，往往不能保障如期兑付已出具的商票，导致建筑施工企业已完工的项目工程款无法正常回收，对于在建工程还可能引发停工、合同被迫解除等多项风险。同时，建筑施工企业收取商票后对外用于支付材料款、偿还借款等，一旦商票无法兑现，引发下游环节债权人起诉要求提前兑付、退回商票等。

【案例】乙公司承接甲公司某房屋工程，双方在合同中约定甲公司必须现金转账付款，但履行过程中甲公司实际使用电子商业承兑汇票付款，乙公司予以接受。票据到期后乙公司提示付款遭拒，诉至法院要求甲公司支付工程款，同时主张建设工程优先受偿权。甲公司抗辩认为双方以实际行为变更合同约定付款方式，乙公司只能行使票据追索权，不能要求支付工程款，且已丧失建设工程优先受偿权。双方就乙公司能否适用基础法律关系主张权利产生极大争议。

【防范提示】增加对主张债权商业票据的风险认知，订立合同时可约定不使用商票支付工程款，则在对方采用商票付款时可予拒绝，从源头杜绝风险。如建筑施工企业同意接受商票付款，则可在合同中约定如无法兑付仍保有按基础法律关系主张工程款的权利。如工程款被拖欠且无其他解决渠道时，应及时诉至法院或者申请仲裁保障权利。尤其涉及在建工程时，更应当果断决策，运用合同解除权早降风险，避免损失扩大。

六、工程索赔中存在的法律风险及防范提示

现实中建筑施工企业因合同约定不明、证据留存不力、索赔意识单薄、过多的人情考虑等因素，均导致争议频发但索赔成功率不高的现状。

22.对建设单位履行瑕疵反应滞后。

建筑施工企业不能及时解决施工过程中发现的违法、违规现象，放任问题存在且愈发严重。在建设单位发生违约或履行不当时未及时提出异议，不及时行使合理的工期顺延抗辩等权利，未在时效期间内提出主张，导致自身权益受损。

【案例】甲公司承接某医院地上部分土建、安装工程，于2008年9月竣工验收。合同约定如工程获评优质，则某医院在确认达优时应支付工程质量优质奖100万元。2010年1月，工程获评省级优质工程奖。甲公司多次催要工程款，但未主张工程质量优质奖金。双方结清工程款后，直至2018年11月甲公司诉至法院，要求某医院按约支付工程质量优质奖100万元。因此时甲公司的起诉已经超过诉讼时效，且没有法定中止、中断事由，法院未予支持。

【防范提示】对建设单位的履行瑕疵、违约等事项迅速作出反应，注重收集、保留证据，在法定期间、时效内主张相应权利，提起诉讼或者申请仲裁。

23.轻信口头承诺忽略书面约定。

建筑施工企业“先干后谈”现象普遍，不注重保留涉及工期延误、施工变更、工程增量、工期加速、合同终止、合同外因素（例如货币贬值、原材料及工资上涨、政策变化等）情形下的签证资料，起诉后因大量证据缺失，索赔维权非常困难。

【案例】甲建筑公司承包乙公司的工程项目。在施工过程中，乙公司口头提出需额外增加工程量，并表示增加部分最终一并结算。因工期较为紧张，甲建筑公司就增量工程组织施工，但未保留任何相关证据。诉讼中甲建筑公司要求支付增量工程款，但乙公司对于甲建筑公司受其指令增量施工并不认可，因甲建筑公司举证不足，法院最终对其诉讼主张未予支持。

【防范提示】对于建设单位的口头承诺尤其涉及数额较大的变化，应有签证意识，事先签下书面凭据或者事后督促书面确认。如通过微信、录音等对话方式确认的，应注重保留手机等原始录音载体。

24.指定分包模式下对索赔与反索赔主张不力。

建设单位、建筑施工企业和指定分包单位就指定分包工程未订立三方协议明确权利义务，当指定分包单位违约时，建筑施工企业没有积极向指定分包单位索赔，建设

单位根据合同相对性向建筑施工企业主张索赔时，建筑施工企业可能因缺乏证据难以应对。当指定分包单位认为建设单位违约，但根据合同相对性向建筑施工企业提出索赔时，建筑施工企业不经建设单位确认即认可指定分包单位提出的索赔主张，导致后期建设单位拒绝确认时，建筑施工企业可能自担损失。

【案例】甲公司承接乙公司开发的工程项目，其中部分工程由乙公司指定其他公司分包。由于各单体工程工期延误情况均较为严重，乙公司要求甲公司赔偿工期延误损失。甲公司提出涉案工程建设过程中存在多次进行设计变更，施工方案迟延决定，指定分包项目的施工及提交工程技术资料迟缓等影响工期，但其提交的证据不足以证明工期延误全部是乙公司或分包项目的原因造成。《总承包合同》也约定由甲公司负责所有分包项目的施工管理、施工协调配合等，故甲公司对分包项目影响工期负有管理不力的责任，对工期延误应承担责任。

【防范提示】重视指定分包单位的索赔与反索赔事项，指定分包单位出现质量问题、工期问题、影响现场施工进度等违约时，建筑施工企业应积极向指定分包单位索赔，以免因指定分包单位的违约从而造成自身的损失。对于指定分包单位索赔涉及费用和事实的认定应由建设单位确定，以免出现建筑施工企业确认指定分包单位索赔后，建设单位拒绝确认情形。

七、其他法律风险及防范提示

建筑施工企业在生产经营中的各项风险客观存在，施工环节之外也应注重日常经营风险管控。

25.无序的融资及担保。

当前建筑施工企业尤其是中小型民营建筑施工企业，普遍面临融资难、资金链条紧的问题。资金压力使得建筑施工企业往往选择民间借贷方式获取资金，其中利率标准不乏涉嫌违法违规之处，不仅透支企业自身利润，无法承担到期债务，更容易导致工期延误、事故频发、质量风险、欠付材料款及农民工工资的恶性循环。此外，建筑施工企业负责人缺乏担保责任风险意识，为了获得信用贷款形成“担保圈”互相保证，或者为取得债务人提供的经济利益提供保证，或者基于人情关系提供保证，在经济下行时期极易转化为责任“连坐”，导致资金风险连环传导。

【案例】某建设公司破产案件中，经审查债权申报情况，其中金融类借款、互保总额达 3 亿元，民间借贷类借款、互保达 2.5 亿元，累计约 5.5 亿元。庞大的债务和

利息使得某建设公司的资金链更加脆弱，在市场整体下行时难以为继。不仅企业最终破产，更引发大量衍生诉讼纠纷。

【防范提示】加强融资管理，尽可能选择有利于自身发展的融资结构，根据企业实际情况、施工实际需要选择融资期限及还款方式，拒绝以“高利借贷”方式饮鸩止渴，确保融资成本及风险在可控范围之内。对于融入资金应提高使用效率，做到专款专用、流转顺畅，避免不必要的资金浪费和流失。提高责任风险意识，不盲目作出保证，根据被担保对象的经营及资信情况决定是否提供保证。确需提供保证的，尽量选择一般保证而非连带保证，或者在债务人提供自物担保基础上提供保证，降低债务人不能清偿时的责任风险。

26.资金“走账”法律风险。

当前建筑施工企业配合建设单位非正常“走账”，即从建设单位获得资金后又予以返还、进行虚假财务收付现象较为突出，甚至为配合建设单位融资对外作出放弃建设工程优先受偿权的承诺。常见有建筑施工企业配合建设单位“走账”提高工程成本、降低纳税额，或者将公司资金通过个人账户进行体外循环，或者配合建设单位贷款支付工程款等。此类行为不仅可能导致民事诉讼中账面已付工程款与实际已付工程款不符，还可能因工程款被认定付清而丧失建设工程优先受偿权，甚至可能导致涉嫌逃税、虚开发票等刑事犯罪。

【案例】甲公司承接乙公司开发的项目，为使乙公司获得银行贷款支付工程款债务，甲公司向银行承诺放弃优先受偿权，但甲公司却在收取乙公司 1.5 亿元贷款后根据乙公司指令又将 1.3 亿元转出。诉讼中，甲公司称该 1.5 亿元并非用于支付工程款，乙公司仅是通过其公司账户过账，其工程款并未实际得到清偿。后乙公司破产，法院虽确认甲公司在乙公司仍有工程款债权，但已存在不能得到全部清偿的可能。

【防范提示】对于建设单位提出的配合“走账”要求，原则上应予拒绝；重视建设工程优先受偿权对实现工程款债权的重要性，不轻易放弃此项权利。如经过慎重考虑基于各种原因确需办理“走账”手续的，应当形成书面文件，明确工程款的真实支付情况，账户款项往来的事由及性质，避免在诉讼中出现工程款支付金额争议。对于有逃税、虚开发票等涉嫌违法犯罪行为的“走账”要求应坚决予以拒绝，避免陷入共同犯罪的陷阱。

35. 南通市中级人民法院关于建设工程实际施工人对外从事商事行为引发纠纷责任认定问题的指导意见（试行）

【发文字号】通中法（2010）130 号

为统一全市法院审理建设工程中实际施工人对外从事商事行为引发纠纷案件的裁判尺度，规范建筑市场秩序，兼顾善意相对人和建筑单位的合法利益，依据相关法律、行政法规、司法解释，参照江苏省高级人民法院相关指导意见，结合我市实际情况，指定本意见。

一、严格审查基础事实

1．审理涉建设工程买卖、租赁、借贷等商事纠纷案件，应严格审查案件基础事实，并加强对当事人的诉讼指导和法律释明，强化举证责任分配。

2．审理涉建设工程买卖、租赁纠纷案件，应通过对合同、结算单、欠条、送货单等证据的综合分析判断，严格审查合同订立、履行及相关债权凭证的真实性，正确认定购买材料、租赁器材等基础事实。

3．审理涉建设工程借贷纠纷案件，应对借款是否实际发生及借款本金数额的真实性予以严格审查。

对数额较大的借贷案件，建筑单位或实际施工人辩称借款未实际发生或债权凭证载明的借款本金数额包含利息，且提供的证据足以使法官对债权凭证或债权凭证载明本金数额的真实性产生合理怀疑的，应由相对人就借款是否实际发生及借款本金数额的真实性承担举证责任。相对人应对签订的借贷合同、出具债权凭证时间、地点及所涉资金的来源、交付方式、时间、地点等订立履行合同的因素予以举证证明。

4．审理涉建设工程买卖、租赁、借贷等商事纠纷案件，涉及责任主体认定问题，应根据建筑单位和实际实际施工人之间的协议或其他相关证据查明是否存在工程挂靠、转包、违法分包等相关事实。

5．建筑单位与实际施工人订立的相关协议的性质和效力，应依照《中华人民共和国建筑法》、《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行意见》、《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》，参照《江苏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》等相关规定予以认定。

工程挂靠、转包、违法分包协议，违反《中华人民共和国建筑法》等相关法律、行政法规的效力性强制性规定，应认定无效。

二、正确区分行为性质

6．与建筑单位具有行政隶属关系的项目经理或其他工作人员，在职权范围内以建筑单位名义所从事的买卖、租赁、借贷等相关商事行为，构成职务代理，其行为后果应参照委托代理的规定，由建筑单位承担。

前款规定的建筑单位工作人员职权范围应按建筑单位有无明确授权、相关人员所处职位的性质等因素进行综合分析判断。

建筑单位工作人员超越职权、职权终止后以建筑单位名义从事相关商事行为的，应根据《中华人民共和国合同法》第四十九条的规定认定责任主体。

7．建设工程施工挂靠、转包、违法分包等关系中的项目经理等实际施工人在施工过程中对外从事买卖、租赁、借贷等相关商事行为，相关人起诉要求建筑单位承担责任的，应根据《中华人民共和国合同法》第四十九条的规定认定责任主体。但实际施工人依法取得建筑单位授权委托或建筑单位对实际施工人以自己名义对外从事的商事行为予以追认的除外。

8．区分是行政隶属关系还是挂靠、转包、违法分包关系，可根据以下情形综合分析判断：施工合同约定的建筑单位与现场施工方之间有无产权关系、有无统一的财务管理；施工合同约定的建筑单位与施工现场的项目经理或其他现场实际施工人员之间有无合法的人事或劳动关系以及社会保险关系。

三、准确界定责任主体

9．实际施工人以自己的名义对外订立、履行合同的，应由实际施工人自行承担责任。

实际施工人在订立、履行合同时虽自己签名或盖章，但确有证据证明实际施工人系以建筑单位名义与相对人订立履行合同的，不属于前款规定的“以自己名义”。

10．实际施工人以建筑单位名义对外订立、履行合同或符合第 9 条第二款规定情形的，相对人只起诉建筑单位或实际施工人的，应根据案件具体情况对是否追加被告、诉讼请求的责任主体等进行法律释明。当事人申请追加另一方为共同被告的，应予准许；当事人不申请追加的，法院可以视案件具体情况决定是否依职权追加。

相对人只起诉建筑单位或实际施工人，且认定责任主体明确无争议的，为查明买卖、租赁、借贷等商事交易相关事实，可依申请或依职权追加另一方为第三人。

11．工程挂靠、转包、违法分包等关系双方约定建筑单位对建设工程所涉债权债务不承担责任的，仅在其内部具有约束力，不能对抗善意相对人。

12．相对人不知道存在挂靠、转包、违法分包的事实，实际施工人以建筑单位名义与相对人进行买卖、租赁、借贷等商事交易，构成表见代理的，其行为后果由建筑单位承担。

依前款规定，建筑单位在承担责任后可依其与实际施工人的约定或依据《最高人民法院关于合同法司法解释（二）》第十三条的规定向实际施工人追偿。

13．相对人知道或应当知道存在挂靠、转包、违法分包的事实，仍同意实际施工人以建筑单位名义与之发生交易的，由实际施工人承担责任。

四、稳妥认定表见代理

14．审理涉建设工程买卖、租赁、借贷等商事纠纷案件，应依照《中华人民共和国合同法》第四十九条及最高人民法院《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》、参照江苏省高级人民法院《关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题的讨论纪要（一）》的相关规定精神，从严认定表见代理行为。

15．以下情形应认定实际施工人的行为客观上形成具有代理权的表象：

（1）实际施工人对外订立合同时加盖建筑单位或项目部符合要求的相关印章；

（2）实际施工人对外订立合同时加盖无证据证明经建筑单位同意刻制的相关印章，相对人能举证证明该印章在工程施工中正常使用或者建筑单位知道或应当知道实际施工人利用该印章从事相关行为的；

（3）实际施工人对外订立合同时未加盖相关印章，但以建筑单位、项目部或工地名义，相对人能举证证明在订立合同当时已知道实际施工人具有案涉工程项目部项目经理或其他相关身份的；

（4）实际施工人与相对人未订立书面合同，但相对人能举证证明实际施工人在订立合同当时以建筑单位、项目部或工地名义，且其已知道实际施工人具有案涉工程项目部项目经理或其他相关身份的；

（5）实际施工人的行为客观上形成具有代理权表象的其他情形。

16．在衡量相对人是否构成善意无过失时，应依照最高人民法院《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》第 14 条的规定作出综合分析判断。

17．建筑单位举证证明实际施工人确系无权代理，相对人主张实际施工人的行为构成表见代理的，应依照最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的知道意见》第 13 条的规定，对“实际施工人的行为客观上形成具有代理权的表象”和“善意且无过失地相信行为人具有代理权”承担举证责任。建筑单位主张实际施工人的行为不构成表见代理的，可对相对人主观恶意或重大过失等情形进行反驳举证。

18．适用第 12、14、15、16 条规定认定是否构成表见代理仍然存在重大争议，难以准确认定建筑单位是否承担责任的，应将合同标的物的用途作为重要参考因素予以审查，如购买的材料、租赁的器材和所借的款项实际用于项目施工的，可以认定建筑单位承担责任。

19．相对人对“合同标的物的用途”承担举证责任。

相对人举证证明已将借贷资金通过转帐、现金解款、票据等方式交付于建筑单位或项目部的，可以认定所借资金用于工程项目。建筑单位或实际施工人否认所借资金实际用于工程项目的，应证明所借资金的确切去向，或对工程所用资金来源、数额及工程所需资金数额等事实承担举证责任。

数额较大的借贷资金未进入建筑单位或项目部帐户，直接现金交付于实际施工人的，建筑单位否认所借资金实际用于工程项目的，不应直接认定所借资金用于工程项目。实际施工人对所借资金是否实际用于工程项目承担举证责任，且所举证据间应形成紧密的证据链条，基本达到所借资金与用于工程开支资金系同一资金的证明程度。

相对人举证证明已将买卖、租赁合同标的物交付至项目部有关人员和工地相关地点的，可以认定买卖、租赁合同标的物用于工程项目。建筑单位或实际施工人否认买卖、租赁合同标的物实际用于工程项目的，应证明合同标的物的确切去向，或对工程所用该种标的物的来源、数量及工程所需该种标的物的数量等事实承担举证责任。

20．下列情形不应认定构成表见代理：

（1）建筑单位授权明确，相对人明知实际施工人越权代理的；

（2）合同的订立履行明显损害建筑单位利益的；

（3）实际施工人以自己作为交易主体与相对人订立、履行合同后，未经建筑单位授权又以建筑单位名义出具债权凭证的；

（4）实际施工人加盖私刻（或伪造）的印章或偷盖相关印章对外订立合同或出具债权凭证，且无证据证明所涉标的物的交付、使用与本项工程有关的；

（5）实际施工人订立合同未加盖建筑公司或项目部相关印章，即以建筑公司、项目部或工地的名义订立合同，相对人无证据证明实际施工人出示过任命书、授权委托书或其具有其他相信实际施工人有代理权的理由和依据；

（6）大额借贷资金现金交付于实际施工人，且无证据证明资金的交付、使用与本项目工程有关；

（7）运用经验法则，通过对合同缔结和出具债权凭证时间、以谁名义出具、标的物的种类性质及交付使用等情况的综合分析判断，实际施工人或其与相对人的行为明显与常情常理不符的；

（8）不应认定构成表见代理的其他情形。

五、附则

21．本指导意见自下发之日起试行。如具体内容与法律、行政法规、司法解释及江苏省高级人民法院相关指导意见不一致的，以法律、行政法规、司法解释及上级法院指导意见为准。

22．本意见试行前尚未终审的，适用本意见；本意见试行前已经终审，当时人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的，不适用本意见。

南通市中级人民法院

2009 年 7 月 7 日印发

36. 连云港中级人民法院民二庭关于职务行为认定的讨论意见

近期中院民二庭在审理二审案件过程中发现，部分基层法院在对职务行为的认定上存在认定标准有差异、执法不统一的现象，突出表现在建筑施工单位的项目经理在工程施工过程中对外进行交易及单位工作人员在外就餐而引发的纠纷上。中院民二庭审判长联席会结合相关案件对上述问题进行了讨论，现将有关讨论意见发放各基层法院，供大家参考。

一、关于职务行为的认定标准和条件

中院民二庭审判长联席会倾向认为：审理有关涉及职务行为认定的案件时，要按照江苏省高级人民法院关于适用《中华人民共和国共和国合同法》若干问题的讨论纪要（一）第十六条[1]规定的标准和条件，结合具体案情对是否构成职务行为作出认定。

具体把握以下几点：

1．要审查行为人是以谁的名义从事民事行为。职务行为一般要以单位的名义对外从事民事活动。行为人以个人名义对外从事民事活动的，不能认定为职务行为，但债权人和单位均认可是职务行为的除外。对于行为人以某某单位某某人的方式表达合同相对人的，要结合其它证据对合同当事人作出判断。

2．要审查行为人的身份。只有有权或经授权以单位名义对外从事民事活动的人才能构成职务行为，有权以单位名义对外从事民事活动的人分为三类：一是单位的法定代表人或负责人（职务代表）；二是单位工作人员就其职权范围内的事项（职务代理），对于此类人员所从事的行为是否在职权范围内，审查要严格，一般要有单位明确的责权分工；三是有单位明 确授权的其他工作人员。

3．对于无权代理的行为人以单位名义从事民事活动的，要注意审查行为人的行为是否构成表见代理。债权人主张行为人构成表见代理的，要承担相应的举证责任，对于表见代理的认定标准和条件要按照江苏省高级人民法院关于适用《中华人民共和国共和国合同法》若干问题的讨论纪要（一）第十四、十五条[2]规定执行。

二、关于建筑施工单位的项目经理在工程施工过程中对外所从事民事活动如何认定是否 构成职务行为问题

通过讨论，中院民二庭审判长联席会倾向认为：项目经理部是建筑施工单位或工程承包人为某项工程施工的需要而设立的内部临时机构，未领取营业执照的项目经理部不具有民事主体资格和诉讼主体资格，项目经理及其工作人员不能以项目部名义或未经授

权以建筑施工单位名义对外从事施工工作以外的活动。凡项目经理以个人名义、项目部名义及未经授权建筑施工单位名义对外从事的施工工作以外的民事活动，如签订买卖合同、租赁合同、借贷合同等，一般应由行为人个人负责。但债权人和建筑施工单位均认可是职务行为，以及有证据证明行为人的行为构成表见代理的除外。

有下列情形之一的，可认定构成表见代理：

1．项目经理用单位为其刻制的项目部印章对外签订合同的；

2．单位为其支付部分债务，参与了合同的履行；

3.单位成立或认可的项目经理部（如单位通过广告牌等媒体向社会公示项目经理，在相关合同中认可项目经理等）对外以项目经理部或建筑单位名义签订合同，且出卖的标的物、租赁物确实用于工程的。

三、关于单位工作人员在外就餐的行为如何认定是否构成职务行为问题

中院民二庭审判长联席会倾向认为：

1．单位的法定代表人或负责人、按照内部分工具体分管接待工作的分管领导（具体负责接待工作的部门领导）以单位名义签单的，一般应认定为职务行为，由单位承担民事责任。单位领导人变更的，不影响其承担民事责任。单位上述人员以外的工作人员未经单位授权以单位名义签单的，一般应认定为个人行为，但债权人和单位均认可是职务行为，以及有证据证明行为人的行为构成表见代理的除外。

2．单位的法定代表人或负责人、其它工作人员以个人名义签单的，原则上应认定为个人行为，由行为人承担民事责任，债权人和单位同时认可是职务行为及行为人有证据证明是职务行为的除外。

（1）第十六条职务行为可以区分为职务代表和职务代理。法定代表人、其他组织负责人以法人或其他组织名义从事经营活动的构成职务代表，该行为视同为法人或其他组织自身的行为，行为后果由法人或其他组织承担。相对人知道或应当知道该法定代表人、负责人超越权限的除外。

法人或者他组织的工作人员就其职权范围内的事项以法人或其他组织名义从事经营活动的构成职务代理，无须法人或其他组织的特别授权，其行为后果应当参照委托代理的规定，由法人或其他组织承担。

法人或者他组织的工作人员超越其职权范围，以法人或其他组织的名义从事经营活动的，构成无权代理。相对人有理由相信有代理权的，构成表见代理。

（2）第十四条人民法院在审理涉及表见代理纠纷案件时，即要注重保护善意相对人利益，又要兼顾被代理人利益。

认定构成表见代理的，应当以被代理人的行为与权利外观的形成具有一定的牵连性即被代理人具有一定的过错为前提，以“相对人有理由相信行为人有代理权”即相对人善意无过失为条件。

第十五条在衡量相对人是否构成善意无过失时，应结合代理原理和经验法则以及案件的具体情况等因素综合作出判断。

下列情形下不应当认定为属于合同法第四十九条所称的“相对人有理由相信行为人有代理权”：

（1）被代理人授权明确，行为人越权代理的；

（2）行为人与相对人订立的合同内容明显损害被代理人利益的；

（3）基于经验法则，行为人的代理行为足以引起相对人合理怀疑的。

37. 盐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

【生效日期】2010 年 7 月 15 日

为进一步统一全市法院审理建设工程施工合同纠纷案件认定事实和适用法律的标准，依法保护当事人的合法权益，依据《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国建筑法》、《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》等规定，结合民事审判实际，制定本指导意见。

一、合同效力及主体

1．人民法院认定建设工程施工合同的效力，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》(以下简称《解释》)第一条、第四条规定的情形，结合《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第五十二条的规定，依法作出认定。

发包人未取得土地使用权证、建设工程规划许可证或未办理建设用地审批手续、建设工程规划审批手续而签订的施工合同，一般也应当认定无效。但在一审法庭辩论终结前补办相关手续的，可以认定有效。

2．《解释》第一条所称“必须进行招标”的建设工程应当以《中华人民共和国招标投标法》第三条的规定为依据，并参照原国家发展计划委员会制定的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》予以确定。必要时可以省、市人民政府相关规定为补充，主要审查工程用途和资金来源等因素。

3.建设工程施工许可证的取得与否,不影响发包人与承包人签订的施工合同效力。

4．承包人跨行政区域承揽工程所签订的建设工程施工合同，不因未办理外来施工企业承包工程许可手续而认定无效。

5．农民将自建房屋工程承包给建筑施工企业的，建筑活动受《中华人民共和国建筑法》规范；但承包给个体工匠的，其建设行为受《村庄和集镇规划建设管理条例》调整。

6．《解释》第二十六条规定的“实际施工人”指无效建设工程施工合同的承包人，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，可以是法人、非法人企业、个人合伙、包工头等民事主体，而不包括合法的专业分包工程承包人、劳务作业承包人、直接提供劳动力的农民工。

二、工程质量及期限

7．建设工程实行质量保修制度。约定的保修期限不得低于《建设工程质量管理条例》第四十条规定的最低保修期限，否则该约定无效。

8．承包人起诉发包人要求给付工程款，发包人以工程存在质量问题而主张减少工程款的，可以作为抗辩事由予以审查。如发包人以工程存在质量问题而主张损害赔偿的，则应告之提起反诉或另行诉讼。

9．建设工程未经竣工验收或者验收未通过，发包人擅自使用的，承包人仍应当按合同约定或者法律规定承担质量保修责任。但发包人擅自使用所造成损坏的除外。

10．建设工程开工日期一般以当事人认可的开工时间为开工日期。当事人对开工日期有争议的，按照下列顺序予以处理：

(1)有证据证明开工日期的，则以该证据能证明的日期为开工日期；

(2)仍不能认定开工日期，但有《开工报告》的，则以《开工报告》中记载的开工时间为开工日期；

(3)既无相关证据证明也无开工报告的，则以合同约定的开工时间为开工日期。

11．建设工程竣工验收合格日期一般以当事人认可的工程竣工验收合格时间为竣工验收合格日期。

《工程竣工验收报告》与《单位工程竣工验收证明书》载明的工程竣工验收日期不一致时，且当事人对建设工程竣工验收合格日期有争议的，应当以《工程竣工验收报告》中载明的工程竣工验收日期为准。

有其他证据证明实际竣工验收合格日期的，则以该证据能证明的日期为竣工验收合格日期。

12．承包人主张工期顺延的，人民法院应当围绕其主张顺延的理由逐一审查。审查时一般需要考量工程量的增加、发包人临时变更设计、发包人未按约提供原材料、设备、场地、资金、技术资料等因素，必要时可委托司法鉴定机构予以工期鉴定。

对于正常天气变化所造成的施工影响，承包人在协商工期时应当有所预见，一般不应当作为工期顺延的理由。

发包人逾期支付工程进度款，数额不大且承包人并未就此提出异议而继续施工，因

工期发生纠纷，承包人主张顺延工期的，不予支持。

13.《解释》第十四条第(二)项所规定的“发包人拖延验收”一般指发包人接到承包人竣工验收报告后三十天内，无正当理由拒不组织验收，则以承包人提交竣工验收报告之日为竣工日期。发包人以工程未经验收为由，拒付工程款的，不予支持，但当事人约定了验收期间的除外。

三、工程结算及鉴定

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

15.建设工程施工合同中没有约定工程价款的计价标准和结算办法，或虽有约定但约定不明，当事人对工程款的结算存在争议且不能协商一致的，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。

16.建设单位与监理单位之间是特殊的委托合同关系。监理人员签认的工程量月报表、价格确认表等，一般不直接作为工程结算的依据，但经建设单位授权或签认行为构成表见代理的除外。

17.未经招标投标且非必须招标投标的建设工程，当事人之间就同一工程签订两份内容不一致的施工合同的，以实际履行的合同确定各方的权利义务。

对实际履行的合同有争议且又不能达成补充协议的，应当综合当事人的陈述、施工的实际情况、签约时间的先后、技术联系单、会议纪要等证据审查认定实际履行的合同。

根据前款规定仍不能确定实际履行的合同，可以在充分衡量两份合同中不一致条款内容的基础上，公平、合理地确定各方的权利与义务。

18.因主要建筑材料价格大幅度上涨或下跌导致双方当事人权利义务失衡而引发的纠纷，当事人不能协商处理的，必要时可依照《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)》第二十六条的规定，并参照建设行政主管部门的相关规定进行处理。

19.只有通过工程造价司法鉴定才能确定工程价款的，依法进行工程造价司法鉴定。

如果仅通过部分鉴定就可确定总工程价款的，则应当仅就该部分进行工程造价司法鉴定。

对于诉讼中已经委托鉴定过的事项，当事人就同样的事项请求重新鉴定或上诉请求二审重新鉴定的，除出现《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

一款规定的情形外，原则上不予支持。

人民法院应当慎重启动建设工程造价司法鉴定程序，只有确需进行司法鉴定并在确定了鉴定范围、鉴定原则、鉴定方法、提供了必要的鉴定材料后方可启动。

20.人民法院审理建设工程施工合同纠纷案件中，不得将涉及结算方式、证据效力、事实认定、约定效力、违约金等司法裁判问题交由司法鉴定机构进行鉴定。

21.当事人对固定价结算的建设工程施工合同的施工范围有争议且不能协商一致的，按下列规则处理：

(1)根据合同约定和签约时依据的设计图纸等原始资料确定工程施工范围；

(2)对合同中施工范围条款理解有争议的，按照《合同法》第一百二十五条的规定处理；

(3)根据前两项规定仍不能确定施工范围的，如发包人不能证明争议事项已包括在固定总价包干范围内的，则应当另计工程价款。

四、工程款优先受偿权

22.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。

23.多个承包人对建设工程均享有优先受偿权时，按各承包人的工程款所占建设工程折价或拍卖后总价款的比例进行清偿。优先受偿权的范围包括应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，不包括因发包人违约给承包人造成的损失。

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

五、其他

25.建设工程施工合同无效，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，收缴当事人已经取得的非法所得。

前款中的“非法所得”是指当事人因从事非法转包、违法分包、借用资质这三种违法行为而实际获取的利益。当事人为履行施工合同而实际支出的管理费用应当予以合理扣除，相关行政主管部门对此已经作出行政处罚的，人民法院可以不再予以民事制裁。

26.中标通知书发出后，招标人或中标人拒绝签订施工合同的，除中标无效外，受损失一方要求相对方承担违约责任的，应予支持。

27．承包人、发包人行使合同解除权必须符合《解释》第八条、第九条以及《合同法》第九十三条、第九十四的规定。

28．挂靠人为履行施工合同而与第三人发生买卖、租赁、借贷等纠纷，第三人以挂靠人、被挂靠人为被告提起诉讼，要求承担责任的，按下列原则予以处理：

(1)挂靠人明确以自己的名义与第三人交易，根据合同相对性原则，一般应当由挂靠人承担责任，但第三人有证据证明被挂靠人也应承担责任的除外；

(2)挂靠人明确以被挂靠人的名义(如持被挂靠人介绍信或委托书、盖有被挂靠人章印的合同等)与第三人交易或者第三人有理由相信挂靠人系以被挂靠人名义进行交易的，一般应当由被挂靠人与挂靠人承担连带责任，但被挂靠人有证据证明不应当承担责任的除外；

(3)挂靠人以被挂靠人的工程项目部、工程负责人等名义与第三人交易的，一般应当由挂靠人与被挂靠人承担连带责任，但被挂靠人有证据证明不应当承担责任的除外。

29．建设工程施工合同对工期、质量、付款、违法分包或非法转包等有罚款约定的，应当视为违约责任条款。合同约定可直接从工程款中抵扣或增加为工程款，但具体数额未经相对方同意的，抵扣行为或增加行为无效。

30．建设工程竣工验收合格后，承包人应当将建设工程的相关资料移交发包人。承包人以发包人拖欠工程款为由，拒不移交竣工档案资料，发包人要求移交的，应予支持。

31．建设工程竣工验收合格后，承包人应当将建设工程交付给发包人。发包人未按约支付价款的，承包人可以依据《合同法》第二百八十六条的规定行使权利，不得以发包人拖欠工程款为由对建设工程主张“留置权”。

32．本意见中有关规定，法律、法规、司法解释或上级法院有新的规定的，以新的规定为准。

33．本意见由盐城市中级人民法院审判委员会负责解释。

34．本意见自下发之日起执行。

38. 徐州中院进一步规范关于审理建设工程施工合同纠纷案件的若干问题

——徐州中院民四庭

【谁是实际施工人？】“实际施工人”指无效建设工程施工合同的承包人，即违法的专业工程分包和劳务作业分包合同的承包人、转承包人、借用资质的施工人；建设工程经数次转包的，实际施工人应当是最终投入资金、材料和劳力进行工程施工的法人、非法人企业、个人合伙、包工头等民事主体。

【谁不是实际施工人？】包工头下属的施工班组、建筑工人不属于“实际施工人”范围，上述人员追索劳务报酬或欠付工资的，不属于建设工程施工纠纷。

【实际施工人可以向谁权利？】实际施工人应向其合同相对人主张权利，发包人在欠付工程款范围内承担连带责任。如实际施工人至总承包人之间的建设工程施工合同为无效的，实际施工人可要求各违法转包人及非法分包人承担连带责任。

【实际施工人主张工程款应当起诉谁？】实际施工人仅起诉发包人主张工程款债权的，应当追加其合同相对人为诉讼当事人；实际施工人仅起诉其合同先对人主张工程款债权的，人民法院不应主动追加发包人为诉讼当事人。

【挂靠之后挂靠人怎样主张工程款？】不具有施工资质的挂靠人挂靠有施工资质的建筑施工企业，并以该企业的名义签订建设工程施工合同，应以被挂靠人名义主张工程款债权；被挂靠人怠于主张工程款债权的，挂靠人可以自己名义起诉要求发包人支付工程款，人民法院一般应追加被挂靠人为诉讼当事人。

【挂靠之后发生的债务怎么承担？】因履行施工合同产生的债务，挂靠人与被挂靠人应承担连带责任。

【挂靠人转包或分包，施工人向谁主张工程款？】挂靠人承揽工程后，以自己名义将工程分包、转包给他人施工，施工人应向挂靠人主张欠付工程款。

挂靠人承揽工程后，以被挂靠人名义将工程分包转包给他人施工，施工人明知挂靠行为的，其名义上的合同相对人为被挂靠人，实质上合同相对人为挂靠人，施工人对此存在一定过错。其主张工程欠款的应向挂靠人主张，被挂靠人承担补充责任。施工人不知挂靠行为的，挂靠人与被挂靠人承担连带责任。

【那些行为属于挂靠？】下列行为属于挂靠：

（1）没有资质的单位或个人借用其他施工单位的资质承揽工程的；

（2）有资质的施工单位相互借用资质承揽工程的，包括资质等级低的借用资质等级高的，资质等级高的借用资质等级低的，相同资质等级相互借用的；

（3）专业分包的发包单位不是该工程的施工总承包或专业承包单位的，但建设单位依约作为发包单位的除外；

（4）劳务分包的发包单位不是该工程的施工总承包、专业承包单位或专业分包单位的；

（5）施工单位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施工单位没有订立劳动合同，或没有建立劳动工资或社会养老保险关系的；

（6）实际施工总承包单位或专业承包单位与建设单位之间没有工程款收付关系，或者工程款支付凭证上载明的单位与施工合同中载明的承包单位不一致，又不能进行合理解释并提供材料证明的；

（7）合同约定由施工总承包单位或专业承包单位负责采购或租赁的主要建筑材料、构配件及工程设备或租赁的施工机械设备，由其他单位或个人采购、租赁，或者施工单位不能提供有关采购、租赁合同及发票等证明，又不能进行合理解释并提供材料证明的；

（8）法律法规规定的其他挂靠行为。

【项目经理签字盖章到底有没有效？】承包人的项目经理在建设工程施工过程中，从事的与其职务有关的在签证文件、结算报告上签字、加盖项目部公章或者收取工程款、购买建筑材料等行为，一般应认定为职务行为或构成表见代理，对承包人具有约束力，但施工合同另有约定或承包人有证据证明相对方知道或应当知道项目经理没有代理权的除外。

项目经理从事的对外借款等与施工无直接关系的行为一般不认定为职务行为或表见代理，但借款人有证据证明项目经理有承包人授权的除外。

【挂靠后质量保修责任谁来承担？】实际施工人挂靠有资质的建筑企业与发包人签订建设工程施工合同的，如果建设工程出现质量问题，发包人根据《合同法》第二百八十一条、《解释》第二十五条的规定主张实际施工人承担建设工程的质量保修责任的，应予支持，人民法院一般应追加被挂靠企业为当事人参加诉讼。

【合资合作开发，责任谁来承担？】合资、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，承包人请求合资、合作开发房地产合同的其他当事人对建设工程施工合同债务承担连带责任的，应予支持。

名为合资、合作开发房地产合同实为土地使用权转让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，承包人请求土地使用权转让合同的其他当事人对建设工程施工合同债务承担连带责任的，不予支持。

【合同效力问题当事人不主张还要审查么？】人民法院审理建设施工合同纠纷案件的，应当首先主动审查施工合同的效力，不以当事人主张为必要。

【效力的审查有哪些原则？】建设施工合同的效力应依据《中华人民共和国合同法》第五十二条、《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，并参照《江苏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》第三条的规定进行审查。

建设工程未取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、国有土地使用权证，就该工程签订的施工合同无效，但在一审法庭辩论终结前取得的，应当认定施工合同有效。

建设工程未取得建设工程施工许可证，就该工程签订施工合同违反行政法律、法规的，由相关行政部门进行处理，但不影响施工合同效力。

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。

不具有施工资质的挂靠人挂靠有施工资质的建筑施工企业，与发包人签订建设工程施工合同，发包人不知挂靠情形的，该施工合同有效；发包人明知或应知挂靠情形的，该施工合同无效。

【什么是内部承包合同？效力怎样认定？】建设工程施工合同的承包人与其下属分支机构或职工签订合同，将其承包的全部或部分工程承包给其下属分支机构或职工施工，并在资金、技术、设备、人力等方面给予支持的，可以认定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，主张该内部承包合同无效的，不予支持。该承包企业对外承担责任。

对名为内部承包合同，实为挂靠或转包关系的，按照实际法律关系处理。

【黑白合同的工程价款怎么结算？】建设工程施工合同所涉工程不属于强制性招投标范围，双方进行了招投标，并按当地建设行政主管部门的要求进行了备案，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。

如有证据证明上述备案合同系双方的虚伪意思表示，则应参照双方实际履行的合同作为结算工程价款的依据。

建设工程施工合同所涉工程不属于强制性招投标范围，实际也未依法进行招投标，当事人将签订的建设工程施工合同在当地建设行政主管部门进行了备案，备案的合同与实际履行的合同实质性内容不一致的，应当以当事人实际履行的合同作为结算工程价款的依据。

【合同无效后结算条款有没有效？】建设施工合同无效，但工程经竣工验收合格的，根据《解释》第二条的规定，发包人与承包人均可以请求参照合同约定确定工程价款。

【合同无效后还有哪些条款可结算时以拿来用？】建设工程施工合同无效，建设工程经竣工验收合格的，合同中约定的工程造价、工程款支付期限、工期和进度、工程质量、竣工验收、质量保修等条款仍可参照适用。

【发包人主张已付工程款的抵扣到底能不能行？】第一种意见：承包人依据建设工程施工合同要求发包人支付工程款，发包人主张将其已向转包人、分包人、实际施工人支付的工程款予以抵扣的，不予支持。如双方合同另有约定或经承包人授权以及发包人有证据证明其有正当理由向转包人、分包人、实际施工人支付的除外。

【竣工结算文件该如何使用？】建设工程施工合同明确约定发包人应在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，承包人可以请求按照竣工结算文件进行工程价款结算。

建设工程施工合同虽约定发包人应在承包人提交竣工结算文件后一定期限内予以答复，但未约定逾期不答复则视为认可竣工结算文件的，承包人不能请求按照竣工结算文件确定工程价款。

建设工程施工合同约定发包人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，且经承包人催告后，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。

发包人有证据证明承包人的竣工结算文件明显高于合同约定价款的，人民法院不按照竣工结算文件确定工程价款。

【工程款的利息能不能单独主张？】施工人起诉要求发包人支付工程款后，对工程款利息单独提起诉讼的，不属于重复诉讼，人民法院应予受理。工程款利息的诉讼时效从应付工程款之日起算，不因施工人提起工程款之诉而发生时效中断的效力。

【违约金啥时候调整？怎么调整？】发包人未按建设工程施工合同约定的期限支付工程款，但主张约定的违约金过高，承包人不能证明延期付款损失的，人民法院按照中国人民银行发布的商业银行同期同类贷款利率的 1.3 倍至 4 倍之间酌定支持违约金。

【优先受偿权成立的条件是什么？】承包人主张建设工程价款优先受偿权的，应审查发包人是否存在逾期支付工程价款的行为，尚不满足工程款支付条件，承包人主张优先受偿权的，不予支持。

【优先受偿权的范围怎么确定？】建设工程价款优先受偿的范围依据《物权法》第一百七十三条进行确定，但不包含建设工程范围内的土地使用权价值。

【优先受偿权的期限如何起算？】建设工程价款优先受偿权应在法律规定的期限内主张。建设工程已经竣工的，建设工程优先受偿权从竣工之日起算；建设工程未实际竣工的，从约定的竣工之日起算，约定的竣工之日早于实际停工之日的，从实际停工之日起算。无论工程是否竣工，双方进行了结算并约定了工程款给付之日的，从工程款逾期给付之日起算。

【合同无效时谁能主张优先受偿权？】建设工程施工合同无效，但建设工程质量合格，承包人可以主张工程价款优先受偿权。实际施工人在承包人怠于行使工程价款优先受偿权时，就其承建的工程在发包人欠付工程款范围内可以主张工程价款优先受偿权。

【承包人主张工期顺延该如何认定？】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，承包人主张工期顺延的，按照施工过程中形成的签证、监理日志、施工日志等证据予以确认。没有上述证据的，人民法院可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。

【发包人以工程质量抗辩应当如何认定？】建设工程经发包人验收合格或虽未验收合格，但发包人擅自投入使用的，后又以工程质量存在瑕疵为由，拒绝支付或要求少支

付工程价款的，该主张不能成立。但在建设工程的合理使用寿命内，确因承包人施工导致地基基础工程、主体结构质量不合格的，发包人仍可以拒绝支付或少付工程款。

在双方在施工合同中约定的保修期或法律规定的保修期内，发包人以承包人应承担保修责任为由拒付或少付工程款的，应予审查。

【完成的工程量相互扯皮如何分配举证责任？】发包人与承包人签订施工合同的，就工程是否完工由承包人承担举证责任。

因发包人原因导致承包人未完成合同约定的工程量，就未完工程量一般由发包人承担举证责任；因承包人原因导致未完成合同约定的工程量，由承包人就已完工程量承担举证责任。

承包人主张其完成的工程量超过合同约定范围的，应承担举证责任。

建设工程施工完毕，发包人主张承包人施工的工程量少于合同约定范围的，应承担举证责任。

【哪些适用专属管辖？哪些不适用专属管辖？】建设工程施工合同纠纷一律由建设工程所在地人民法院管辖。

对建设工程承包、转包、分包、挂靠等与建设工程施工有关的合同纠纷，以及尚未履行的建设工程合同纠纷，均应当按照不动产纠纷确定管辖，即由工程所在地的人民法院管辖。

建设工程装修装饰合同在性质上属于建设工程施工合同的范畴，亦应当适用专属管辖的规定。

建设工程勘察、设计合同纠纷在性质上不属于建设工程施工合同纠纷，不适用专属管辖的规定。

【当事人不提管辖权异议是不是就可以不审查了？】对于建设工程施工合同纠纷案件，因其为不动产专属管辖，民诉法解释从 2015 年 2 月 4 日颁布之日起实施，专属管辖属于法院必须主动审查的内容。

当事人在答辩期间届满后未应诉答辩，人民法院在一审开庭前，发现案件不属于本院管辖的，应当裁定移送有管辖权的人民法院。

【哪些异议应当驳回？】原告向工程所在地法院起诉，被告提出异议，认为应当由被告所在地法院管辖，应予驳回。

当事人以约定工程所在地之外的法院提出协议管辖异议，应当驳回。

【反诉、变更诉请对管辖有没有影响？】人民法院对管辖权异议审查后确定有管辖权的，不因当事人提起反诉、增加或者变更诉讼请求等改变管辖，但违反级别管辖、专属管辖规定的除外。即当事人提起反诉、增加或者变更诉讼请求的，受诉法院的地域管辖不受影响，但对级别管辖和专属管辖有影响，如果当事人的请求违反了级别管辖和专属管辖，应当移送有管辖权的人民法院审理。

【什么情况下需要启动鉴定？】人民法院在审理建设工程施工合同纠纷案件中涉及专门性问题时，不通过鉴定手段无法查明案件事实时，应及时分配举证责任，由负有举证责任的当事人就专门性问题申请鉴定。

【谁来启动鉴定程序？】当事人可以就建设工程施工合同纠纷所涉及的赖以查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定；在当事人未申请鉴定的情况下，人民法院对专门性问题认为符合依职权调查收集证据条件的，人民法院应当依职权委托鉴定，在询问当事人的意见后，指定具备相应资格的鉴定人鉴定。

人民法院依职权委托鉴定一般应限于建设工程施工合同案件涉及国家利益、社会公共利益或他人合法权利的情形。

【申请鉴定在时间上有什么限制？】当事人申请鉴定，应在举证期限届满前提出，最迟应在一审法庭辩论终结前提出。当事人的申请超出人民法院规定的举证期限的，人民法院原则不予准许。但对案件处理结果有实质影响的，人民法院可以准许，并可以依照民事诉讼法第一百一十五条第一款的规定予以训诫、罚款。

当事人在二审中申请鉴定的，人民法院认为有必要的，一般应当发回原审法院委托鉴定。

【怎么选取鉴定人？】人民法院准许当事人的鉴定申请的,应当组织双方当事人协商确定具备相应资格的鉴定人。当事人协商不成的,由人民法院指定。

【鉴定程序的启动是否要经过合议？】对于当事人申请鉴定或人民法院依职权启动鉴定程序的，应当经合议庭评议后作出鉴定与否的决定并形成合议笔录附卷。

【哪些事项可以申请鉴定？】建设工程施工合同纠纷所涉及鉴定事项，一般包括工程质量鉴定和工程造价鉴定两个方面：

（1）发包单位认为承包单位已经完成的建设工程质量不合格，双方存在争议的；

（2）承包单位认为发包单位提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准的；

（3）建设工程施工合同解除后，双方针对已完工程的质量合格与否存在争议的；

（4）建设工程未经竣工验收，发包单位已经使用，但是发包单位认为建设工程在合理使用寿命期内地基基础工程或主体结构工程出现质量问题的；

（5）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，合同当事人双方对该部分工程价款不能协商一致的；

（6）非因违法建筑导致的建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收不合格的，发包单位与承包单位针对建设工程修复后的工程质量是否合格存在争议的；

（7）当事人约定采用可调价格或者成本加酬金方式结算工程价款，发包单位或承包单位申请对已完工程造价进行鉴定的；

（8）建设工程竣工验收后，发包单位认为承包单位未及时履行保修义务，导致建筑物毁损或者造成人身、财产损害的；

（9）因违法建筑导致的建设工程施工合同无效，承包人要求发包人支付人工、材料和机械费的。

（10）工程存在质量缺陷，需要确定修复方案和修复费用的；

（11）施工合同对于工期未作约定或约定不明，以及项目增加或减少导致工期增加或减少，双方无法达成一致意见，需要对工期进行鉴定的；

（12）因当事人一方违约导致合同解除，另一方要求对方承担相关费用损失的。

【鉴定的范围有何限制？】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。

【何种情况应当驳回工程造价的鉴定申请？】当事人一方申请造价鉴定，人民法院经审查具有下列情形之一的，不予准许：

（1）双方就工程款数额已经达成结算协议，且该协议不存在无效和可撤销情形的；

（2）合同约定为固定总价，且无法定或约定变更事由的；

（3）当事人诉前已经共同选定鉴定机构对建设工程造价作出了相应鉴定意见，且无充分证据推翻的；

（4）发包人未对承包人提交的结算资料提出异议，符合《建设工程司法解释》第二十条规定的；

（5）人民法院根据双方提交的结算材料可以直接确定工程款数额的；

（6）建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后对使用部分质量提出异议并申请鉴定的，但涉及地基基础工程和主体结构质量的除外。

【何种情况应当驳回工程质量的鉴定申请？】当事人一方申请对工程质量进行鉴定，但其在工程停工后将工程转包给第三方的，导致无法对另一方施工是否存在工程质量问题进行鉴定的，人民法院有理由驳回其鉴定申请。

【半拉子工程的造价鉴定怎样进行？】当事人就半拉子工程诉至人民法院主张工程款的，人民法院应当根据当事人申请邀请专家咨询员，并协调双方当事人勘验工地现场，固定交接界面，保存相关证据，确定工程量，必要时可以进行公证。

当事人双方就已完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、监理材料、后续施工资料等文件确定工程量；施工现场存在的，可以通过现场勘验的方式确定工程量；采用上述方式不能确定的，应当根据工程撤场时未能办理交接及工程未完工的原因等因素共同分配举证责任确定已完工工程量。

对于固定总价合同，承包人未完成工程施工，其要求发包人支付工程款，经审查承包人已施工的工程质量合格的，可以采用按比例折算的方式，由鉴定机构在相应同一取费标准下分别计算出已完工部分的价款和整个合同约定工程的总价款，两者对比计算出相应系数，再用合同约定的固定价乘以该系数确定发包人应付的工程款。

【施工合同无效情形下鉴定怎样进行？】建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格的，应当参照实际履行的合同约定计价标准进行鉴定。

对于因缺乏建设工程用地规划许可证、建设工程规划许可证、国有土地使用权证的“三无工程“，承包人主张工程价款申请鉴定的，仅需对人工费、机械费、材料费委托鉴定。

【该申请鉴定的不申请有什么样的后果？】对需要鉴定的事项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不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用或者拒不提供相关材料，致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的，应当对该事实承担举证不能的法律后果。

【怎样确定检材？】对于委托鉴定机构鉴定而提交的相关材料必须经双方当事人举证、质证，且经人民法院认证，否则，不能作为鉴定依据。

当事人对施工合同效力、结算依据、签证文件的真实性及效力等问题存在争议的，应由法院进行审查并作出认定。

【鉴定机构要求补充检材怎么办？】鉴定机构要求人民法院补充鉴定材料的，人民法院应及时通知负有举证义务的当事人限期提供，并释明不提供或逾期提供的法律后果。

【需要现场勘查怎么办？】鉴定过程中，需要现场勘查固定证据的，一般应由法院鉴定（或技术）科与鉴定机构配合组织双方当事人到现场勘查，并制作勘查笔录，交由双方当事人签字确认。必要时，案件承办法官也可到场组织双方当事人进行现场勘查，制作勘查笔录，交由双方当事人签字确认。

【应当审查鉴定结论的哪些内容？】审判人员对鉴定人出具的鉴定书，应当审查是否具有下列内容：（一）委托人姓名或者名称、委托鉴定的内容；（二）委托鉴定的材料；（三）鉴定的依据及使用的科学技术手段；（四）对鉴定过程的说明；（五）明确的鉴定结论；（六）对鉴定人鉴定资格的说明；（七）鉴定人员及鉴定机构签名盖章。

【鉴定结论采信的一般原则是什么？】人民法院委托鉴定部门作出的鉴定结论，当事人没有足以反驳的相反证据和理由的，可以认定其证明力。

【何种情况可以要求鉴定人出庭？】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，鉴定人应当出庭作证。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；支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用。

鉴定人在一审中出庭的，当事人在二审阶段对鉴定意见提出异议的，人民法院认为确有必要的，鉴定人也须到庭接受质询。

【二审期间对当事人有争议的一审鉴定结论应当如何认定？】一审法院针对发包人和承包人就已完工程总造价、材料分析退价、不合格工程返修费用等事项产生的争议，基于当事人申请，分别委托鉴定机构进行鉴定，经一审人民法院组织质证后，当事人对鉴定结论仍有异议提起上诉，经二审庭审补充质证，当事人对鉴定结论没有提出充分的相反证据和反驳理由的，可以认定鉴定结论的证明力。

【诉讼程序外的鉴定结论能否作为定案依据？】刑事侦查程序中形成的造价鉴定，非依民事案件当事人申请或人民法院依职权启动，虽无法纳入民事诉讼程序保证当事人行使诉权，但经争议双方当事人认可，从节约成本、尊重当事人意见角度出发，可以作为定案依据。

【单方委托的鉴定结论能否作为定案依据？】对于争议一方单方委托的鉴定单位作出的鉴定结论，其依据的鉴定材料经人民法院质证确认，计算分析方式符合法律规定，鉴定机构及其人员已取得司法鉴定资质的，如争议另一方无证据推翻亦不申请重新鉴定

的，可以作为工程造价的认定依据；对于合同当事人以外第三人委托鉴定机构出具的鉴定结论，若其委托鉴定行为未经合同当事人认可，鉴定依据也未经认可的，属于不能作为证据使用的情形，当事人一方申请重新鉴定的，人民法院应予准许。

【重新鉴定需要具备哪些条件？】当事人对人民法院委托的鉴定部门作出的鉴定结论有异议申请重新鉴定，提出证据证明存在下列情形之一的，人民法院应予准许：（一）鉴定机构或者鉴定人员不具备相关的鉴定资格的；（二）鉴定程序严重违法的；（三）鉴定结论明显依据不足的；（四）经过质证认定不能作为证据使用的其他情形。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。

【二审期间对重新鉴定有怎样的限制？】一审期间未就鉴定机构资质提出异议，二审期间以鉴定机构不具备相应资质为由要求重新鉴定，如果事实上不具备重新鉴定条件的（如鉴定所需的原件材料已无法提供等），不予支持。

【当事人申请鉴定后又不配合鉴定怎么办？】当事人一方申请鉴定，但未在限定期限内缴纳鉴定费，或接到通知后未参加鉴定程序或未对鉴定意见进行质证的，视为对鉴定请求的放弃，应承担举证不能的后果。

【鉴定失权是不是意味着没有了抗辩权？】人民法院以一方未缴纳鉴定费为由不予支持其关于工程款数额的鉴定申请的，不得否认该方对于确定工程款数额仍然享有抗辩权，人民法院应对其抗辩予以审查。

【当事人能对鉴定结论提起确认之诉吗？】人民法院委托鉴定机构作出的司法鉴定结论，仅是诉讼证据之一，其不具有可诉性。当事人对鉴定结论存在异议，直接向人民法院提起诉讼请求确认鉴定结论无效的，不属于人民法院民事诉讼受案范围，应当依法裁定驳回起诉。

【鉴定费以及鉴定人出庭的费用谁来负担？】当事人申请鉴定的，鉴定费由提出申请的一方当事人预缴；人民法院依职权委托鉴定的，鉴定费可以由法院先行垫付，裁判时根据案件情况由当事人负担。

当事人申请鉴定后未按期预缴鉴定费，人民法院应当催缴并释明不按期缴纳将导致鉴定程序终结的不利后果，经催缴后当事人仍未按期缴纳的，可以终结委托鉴定程序。鉴定费及鉴定人出庭费用属于诉讼费用的一部分。诉讼费用由败诉方负担，胜诉方自愿承担的除外。部分胜诉、部分败诉的，人民法院根据案件的具体情况决定当事人各自负

担的诉讼费用数额。共同诉讼当事人败诉的，人民法院根据其对诉讼标的的利害关系，决定当事人各自负担的诉讼费用数额。

39. 宿迁市中级人民法院关于涉建设工程商事纠纷案件责任主体承担问题的指导意见

【发文字号】[2011]2 号

【生效日期】2011 年 06 月 29 日

为统一全市法院在审理涉建设工程商事纠纷案件责任主体承担问题的执法尺度，保护善意相对人和建筑施工企业的合法权益，并进一步规范建筑市场，减少矛盾纠纷，根据有关法律、行政法规、司法解释以及省院审委会纪要的相关规定，制定本指导意见。

一、审理此类案件司法理念、考虑因素和基本注律依据

1．审理此炎案件确定责任主体，应坚持合同相对性原理、利益保护平衡原理，准确认定缔约的合同双方当事人，进而确定交易主体和责任主体。

审理此类案件应考虑具体商事行为的法律属性，即在准确界定职务代理行为、委托代理行为、表见代理行为以及自身行为的基础上，进而判断商事行为的责任主体。

2．审理此类案件，适用的法律主要有《合同法》（除总则外，直接的法律依据为分则中的借款合同、买卖合同、承揽合同、租赁合同、委托合同等）、《民法通则》（主要是代理关系的认定）、《担保法》、《最高人民法<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>》、江苏省高级人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》等。

二、项目经理、其他相关人员职权的确定

3．项目经理的职权，如果项目部与建筑施工企业之间为隶属关系的，对外以单位名义从事的是买卖建筑材料、租赁、定作等与建筑施工有关联的商事交易行为，则该行为应视为职务代理行为，所产生的的法律后果由建筑施工企业承担，项目经理所从事的对外借款行为则必须有法定代表人的特别授权。

4．项目经理或工地负责人自行聘用工地人员（收科员等）的职权，实施职务行为和有权代理的行为人聘用的工地人员，不管与建筑施工企业之间是否存在劳动用工关系，其在指派职权的范围内实施的商事交易行为，对建筑施工企业具有法律效力。

无权代理的实际施工人自行聘用人员的行为后果由实际施工人承担，但构成表见代理的除外。

三、职务行为的判断

5．同时具备以下要素，项目经理的行为可以认定为职务行为，其法律后果由建筑施工企业承担：

（1）项目部与建筑施工企业之间为隶属关系；

（2）以建筑施工企业或项目部的名义与相对方进行交易；

6．建筑施工企业授权在建筑工地负责相关事务的其他人员，在授权范围内以建筑施工企业或项目部的名义所实施的商事行为，为职务行为。

7．判断隶属关系应考虑以下因素：

（1）合同约定的施工企业与现场实际施工方资产为同一关系；

（2）合同约定的施工企业与现场实际施工方之间有统一的财务管理；

（3）合同约定的施工企业与施工现场的主要工程管理人员（项目核算负责人、技术员、安全员、质量监管员）之间有合法的人事调动、任免、聘用以及社会保险关系；

（4）合同约定的施工企业与施工现场的工人之间有合法的建筑劳动用工和社会保险关系。

如具备上述情形之一，则应认定双方之间为隶属关系。

8．以下情形可视为“以建筑施工企业的名义与相对方进行交易”：

（1）合同上载明的交易方直接表述为建筑施工企业或与之存在关联的项目部，并加盖项目部印章。

（2）合同上未加盖项目部印章，但合同由项目经理所签署，并以建筑施工企业或与之存在关联的项目部名义。

（3）合同落款处为“***项目部***（负责人）”或“***（项目部负责人）”或“***工地”或“经手人***”或“经办人***”，并加盖项目部印章。

（4）“今欠到***工地***款”

（5）其他可以认定为“以建筑施工企业的名义”的情形。

9．项目经理以个人名义出具相关债务凭证的法律约束力。

通常通常情况下，由此所产生的法律后果由项目经理个人承担。

但如果项目经理虽然以个人名义出具债务凭证，但原告能证明项目经理与建筑施工企业之间为隶属关系，并用于该建设工程（如买卖材料送到建筑工地、租赁物用于建筑工地等），建筑施工企业从中受益，则该行为为履行职务行为，法律后果由建筑施工企业承担。

四、表见代理的认定

10．表见代理的认定应严格把握，其构成要件为：

（1）行为人无代理权（包括无法定职权以及无合法授权）；

（2）以被代理人的名义实施民事行为；

（3）行为人的行为在客观上足以形成具有代理权的表象；

（4）相对人必须善意且无过失。

11．合同相对人主张构成表见代理的，应当承担举证责任，不仅应当举证证明代理行为存在诸如合同书、公章、印鉴等有权代理的客观表象形式要素，而且应当证明其善意且无过失地相信行为人具有代理权。在判断合同相对人主观上是否属于善意且无过失时，应当结合合同缔结与履行过程中的各种因素综合判断合同相对人是否尽到合理注意义务，此外还要考虑合同的缔结时间、以谁的名义签字、是否盖有相关印章及印章真伪、标的物的交付方式与地点、购买的材料、租赁的器材、所借款的用途、建筑单位是否知道项目经理的行为、是否参与合同履行等各种因素，作出综合分析判断。

12．以下行为可以认定具有代理权的表象：

（1）实际施工人对外订立合同时加盖建筑施工企业或项目部印章。

（2）实际施工人对外订立合同时所加盖的未经批准私自刻制的建筑施工企业或项目部印章，但相对人能举证证明该印章在施工过程中正常使用具有一定公示性，或者相对人能举证证明建筑施工企业明知或应知实际施工人使用印章而不做公开否认表示并采取有效措施予以制止的。

（3）实际施工人对外订立合同时未加盖建筑施工企业或项目部印章，但以建筑施工企业、项目部或工地名义，且实际施工人对外具有公示性的身份证明（在形式上被承包人任命为项目经理、项目负责人的任命书、归档备案的施工合同、施工图纸中、工地树立的公示牌载明的项目经理、项目负责人等），相对人能举证证明在签订合同时已经知道其外在身份的。

（4）实际施工人的行为具有代理权表象的其他情形。

13．下列情形不构成表见代理：

（1）合同的订立和履行明显损害建筑施工企业利益的。

（2）建筑施工企业授权明确，相对人明知实际施工人越权实施该行为。

（3）缔约时间在工程竣工结算之后。

（4）相对人知道或者应当知道存在非法转包、违法分包、挂靠的事实、仍同意行为人以建筑施工企业名义与之发生交易。

（5）借贷资金直接交付于借款人，且相对人无证据证明资金用于涉案项目工程。

（6）实际施工人订立合同未加盖建筑施工企业或项目部印章，或加盖私刻（或伪造）的印章，即以建筑施工企业的名义订立合同，相对人无其他证据证明实际施工人向其出示过任命书、授权委托书或其他具有公示性的身份证明，也无证据证明该印章在工程施工中正常使用或者建筑单位知道或应当知道实际施工人利用该印章从事相关行为的。

（7）实际施工人以自己名义对外订立、履行合同。

如果在债务凭证或书面合同上，落裁处均为项目部负责人个人姓名，如“借款人：***”、“今借人：***”、“欠款人：***”等，或者直接落款为个人姓名，而没有施工企业或项目部名称，应认定为以个人名义。

（8）不应认定构成表见代理的其他情形。

五、几种特殊情形下民事责任主体承担

14．项目部对外提供保证担保的法律效力。

项目部与建筑施工企业如果为隶属关系，因项目部属企业内证机构，不具有对外承担民事责任的能力，被保证行为无效，其法律后果按担保法及其司法解释关于法人的职能部门对外提供保证担保规定的原则处理。

实际施工人以建筑施工企业名义擅自对外提供担保或以项目部名义对外提供担保，应认定建筑施工企业与相对人之间的保证合同不成立，该保证合同直接约束实际施工人与相对人，由实际施工人对相对人承担保证担保责任。

15．建筑施工企业设立的分支机构对外从事民商事行为，应经该企业的书面授权，否则。保证合同无效。其法律后果按担保法及其司法解释关于法人的分支机构对外提供保证担保规定的原则处理。

16．超范围使用印章的效力认定。

应该审查该印章自身的功能及使用范围，对于该印章自身功能范围内使用的，可以直接认定其效力，因为相对方有理由相信持有印章者有权盖具印章，有权处理相关业务。如合同上加盖合同专用章、对账单上加盖了财务专用章等，对于超出了印章自身功能所涉使用范围的，不宜直接认定其效力，因为相对方应该明知印章的使用范围，超出印章

使用范围使用的，属超越代理权或超越职权的行为，对合同双方不当然产生约束力，超出印章使用范围使用的，对该印章效力的认定应该根据签定合同者的身份及授权情况、双方的交易习惯等，综合分析是否属于表见代理，对此应严格认定。

17．项目经理在离职后所出具的条据的法律约束力。

一般不能视为职务代理和表见代理。除非相对人有充分证据证明该项目部负责人之前有权代表施工企业对外从事民商事交易，并且事后也不知道或不应知道项目部负责人已经离职。

18．项目经理及工程其他相关人员在工程结束后所出具的条据的法律效力。

不能直接认定构成职务行为。但可作为证据使用，证明债务的真实性及债务的数额。

40. 淮安市中级人民法院关于审理建设工程施工合同相关纠纷案件若干问题的指导意见(试行)

【发文字号】淮中法[2013]124 号

近年来随着经济和社会的迅猛发展，建设工程施工合同纠纷案件频发，新情况、新问题层出不穷。为正确妥善审理好建设工程施工合同纠纷案件，统一全市法院的裁判尺度，依据相关法律、行政法规和司法解释，结合我市审判工作实践，制定本意见。

1．符合下列情形的，所签订的劳务分包合同有效：

(1)劳务作业承包人取得相应等级标准的劳务分包企业资质；

(2)分包作业的范围是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)；

(3)承包方式为提供劳务及小型机具和辅料。

合同约定劳务作业承包人负责与工程有关的大型机械、周转性材料租赁和主要材料、设备采购等内容的，不属于劳务分包。

2．建设工程施工合同的承包人将其承包的全部或部分工程交由其下属的分支机构或在册的项目经理等企业职工个人承包施工，承包人对工程施工过程及质量进行管理，对外承担施工合同权利义务的，属于企业内部承包行为；发包人以内部承包人无施工资质为由主张施工合同无效的，不予支持。

3．建设工程施工合同实际开工日期的确定，一般以开工通知载明的开工时间为依据；因发包人原因导致开工通知发出时开工条件尚不具备的，以开工条件具备的时间确定开工日期；因承包方原因导致实际开工时间推迟的，以开工通知载明的时间为开工日期；承包人在开工通知发出前已经实际进场施工的，以实际开工时间为开工日期；既无开工通知也无其他相关证据能证明实际开工日期的，以施工合同约定的开工时间为开工日期。

发包人、承包人、设计单位和监理单位四方在工程竣工验收单上签字确认的时间，可以视为《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(一)项规定的竣工日期，但当事人有相反证据足以推翻的除外。

4．发包人没有明确授权的，其法定代表人、项目负责人的签证、确认具有法律效力；其他人员的签证、确认，对发包人不具有法律效力，除非承包人举证证明该人员确有相应权限。

5．工程监理人员在监理过程中签字确认的签证文件，涉及工程量、工期及工程质量等事实的，原则上对发包人具有约束力，涉及工程价款洽商变更等经济决策的，原则上对发包人不具有约束力，但施工合同对监理人员另有授权的除外。

6．建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算，在实际履行过程中，钢材、木材、水泥、混凝土等对工程造价影响较大的主要建筑材料价格发生重大变化，超出了正常市场风险的范围，合同对建材价格变动风险负担有约定的，原则上依照其约定处理；没有约定或约定不明，当事人要求调整工程价款的，可参照施工地建设行政主管部门关于处理建材差价问题的意见予以确定。

因一方当事人原因导致工期延误或建筑材料供应时间延误的，在此期间的建材差价款，由过错方承担。

7．建设工程施工合同约定工程价款实行固定总价结算，承包人未完成工程施工，要求发包人支付工程款，经审查承包人已施工的工程质量合格的，可以采用“按比例折算”的方式，即由鉴定机构在相应同一取费标准下分别计算出已完工程部分的价款和整个合同约定工程的总价款，两者对比计算出相应系数，再用合同约定的固定价乘以该系数确定发包人应付的工程款。

当事人就已完工程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，应根据工程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。

8．备案的中标合同与当事人实际履行的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，可以参照当事人实际履行的合同结算工程价款。

法律、行政法规规定不是必须进行招投标的建设工程，实际也未依法进行招投标，当事人将签订的建设工程施工合同在当地建设行政管理部门进行了备案，备案的合同与实际履行的合同实质性内容不一致的，应当以当事人实际履行的合同作为结算工程价款的依据。

9．分包合同中约定待总包人与发包人进行结算且发包人支付工程款后，总包人再向分包人支付工程款的，该约定有效。因总包人拖延结算或怠于行使其到期债权致使分包人不能及时取得工程款，分包人要求总包人支付欠付工程款的，应予支持。总包人对于其与发包人之间的结算情况以及发包人支付工程款的事实负举证责任。

10．建设工程施工合同约定工程竣工验收合格后再支付工程款，发包人收到承包人提交的工程竣工验收资料后，无正当理由在合同约定期限或合理期限内未组织竣工验收，其又以工程未验收为由拒绝支付工程款的。不予支持。

发包人以承包人未移交工程竣工资料为由拒绝支付工程款的，不予支持，但合同另有约定的除外。

11．发包人仅以承包人未在规定时间内提出工期顺延申请而主张工期不能顺延的，不予支持。但合同明确约定不在规定时间内提出工期顺延申请视为工期不顺延的，应遵从合同的约定。

12．承包人诉请给付工程价款。发包人以工程质量不符合合同约定或国家强制性质量规范标准为由，要求减少工程价款的，按抗辩处理；发包人请求承包人赔偿损失的，按反诉处理。

13．当事人对施工合同效力、结算依据、签证文件的真实性及效力等问复存在争议的，应由法院进行审查并做出认定。法院应就争议问题先做出目的结论后再启动鉴定程序。也可在委托鉴定时要求鉴定机构根据当事人所主张的不同结算依据分别作出鉴定定见，或者对存疑部分的工程量及价款鉴定后单独列项，供审判对审核认定使用。

14．建设工程施工合同明确约定发包人遍期支付工程价款，承包人可以同时主张逾期付款违约金和利息的，依照其约定，发包人主张合同约定的违约金和利息之和过分高于实际损失请求予以适当减少的，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》》第二十九条的规定处理；没有约定或约定不明确的，对承包人的主张，一般不应同时支持，但承包人有证据证明合同约定的违约金或利息单独不足以弥补其实际损失的除外。

15．工程竣工验收合格后，承包人以发包人拖延结算或欠付工程款为由拒绝交付工程的，一般不予支持，但施工合同另有明确约定的除外。

承包人依据合同约定拒绝交付工程，但其拒绝交付工程的价值明显超出发包人欠付的工程款，或者欠付工程款的数额不大，而部分工程不交付会严重影响整个工程使用的，对发包人因此所受的实际损失，应由当事人根据过错程度予以分担。

16．发包人已组织验收并在相关文件上签字确认验收合格，后又以工程质量存在瑕疵为由，拒绝支付工程价款的，不予支持。但确因承包人施工导致地基基础工程、工程主体结构质量不合格的，发包人仍可以拒绝支付工程价款。

17．建设工程未经竣工验收，对于使用部分的质量问题，如果发包人能够举证证明并非其使用不当造成，而是由于可归责于承包人的原因所致，应按过错责任原则判决承包人承担相应责任。

18．实际施工人的合同相对人破产、下落不明或资信状况严重恶化，可能导致其无力偿付工程款的，实际施工人可以依照最高人民法院《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》第二十六条第二款的规定，提起包括发包人在内为被告的诉讼。实际施工人起诉发包人、承包人的，如发包人与承包人之间有约定管辖的条款，对实际施工人具有拘束力，实际施工人应根据约定管辖条款向有管辖权的法院起诉。

19．审理涉建设工程买卖、租赁、借贷等纠纷案件，应围绕民商事行为形成的过程、相关主体之间的关系等基础事实予以严格审查，并加强对当事人的诉讼指导和法律释明，确保查明事实的客观、全面。

相对人只起诉建筑施工企业的，为查明案件事实，一般应追加实际施工人作为第三人参与诉讼。

20．审理涉建设工程买卖纠纷案件，应通过对买卖合同、结算单、送货单等证据的综合分析判断，查明买卖行为是否客观存在、买卖标的是否实际用于工地施工、材料款数额是否客观真实。

对出卖方主张的材料款数额，案件其他当事人提出异议申请鉴定的，如果有初步证据证明材料款数额可能与实际不符，则应当准许申请人的鉴定申请，且应以最终的鉴定意见作为认定材料款数额的主要参考。

21．审理涉建设工程借贷纠纷案件，应当严格审查借款的时间、地点、借款资金的来源、交付方式、交付的时间、地点、对象等要素。

出借人对借款是否实际发生、借款本息的实际数额、借款是否实际用于工地承担举证责任。

对数额较大的借贷案件，建筑施工企业或实际施工人抗辩借款未实际发生或债权凭证载明的借款本金与实际不符，且提供的证据足以使法官对出借人主张产生合理怀疑的，则应由出借人就借款实际交付及实际数额进一步举证。

22．确定责任主体，应以合同相对性为原则。

实际施工人以自己名义对外订立、履行合同的，应由实际施工人自行承担责任。

实际施工人在订立、履行合同时虽自己签名或盖章，但确有证据证明实际施工人系以建筑施工企业名义与相对人订立、履行合同的，不属于前款规定的“以自己名义”。

23．表见代理的认定应当从严掌握，慎重认定。

考量表见代理的形成要素，应当以合同订立和履行时存在客观表象为准。交易结束后收集或发现的证明行为人身份的证据，不能作为主张表见代理成立的依据。

24．相对人主张实际施工人的行为构成表见代理的，相对人应对“实际施工人的行为客观上形成具有代理权的表象”和自己“善意且无过失地相信行为人具有代理权”承担举证责任。

建筑施工企业主张实际施工人的行为不构成表见代理的，应对相对人存在主观恶意或重大过失等情形承担举证责任。

25．认定表见代理，应重点从以下几个方面综合审查判断：

(1)实际施工人签订、履行合同是否是以建筑施工企业的名义实施；

(2)相对人在交易过程中对实际施工人身份认知的合理性，即相对人是否属于善意且无过失；

(3)建筑施工企业是否存在过错，有无因其自身行为使相对人有理由相信实际施工人具有代理权；

(4)标的物有无实际用于施工工地；

(5)相对人持有的合同、结算单、送货单或相关债权凭证中印章的效力。

26．工程挂靠、转包、分包等关系双方约定建筑施工企业对建设工程所涉债权债务不承担责任的，仅在其内部具有约束力，不能对抗善意相对人。

建筑施工企业依据表见代理的认定在承担责任后，可依其与实际施工人的约定或依据《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)》第十三条的规定向实际施工人追偿。

四、浙江地区法院

41. 浙江省高级人民法院关于省十三届人大三次会议绍 2 号建议的答复

李旺荣代表：

您在省十三届人大三次会议上提出的《省高院应及时出台“正确区分施工企业内部承包人融资与‘高利转贷’‘职业放贷’指导意见”的建议》（绍 2 号建议）收悉，省人大交由我院办理。您的建议对于保护施工企业合法融资行为、促进我省建筑业的健康发展很有帮助和启发。对此，我院高度重视，组织相关部门进行了认真研究和协商，并与您进行了沟通、征求意见。现答复如下：

随着建筑行业的蓬勃发展，项目承包人对资金的需求旺盛，目前正规金融机构难以满足这一需求。为解决生产经营问题，拥有闲散资金的建设企业临时性的对外贷款一定程度上缓解了项目承包人的资金需求压力，目前来看是必要的。在司法实践中，因建筑施工企业对项目承包人的融资行为产生的纠纷，施工企业一般以借款合同起诉承包人归还借款本金及利息。借款合同因建设工程垫资而产生，双方对借款金额、期限、利率、违约责任等内容往往已作出明确约定，人民法院一般按照民间借贷法律关系审理。只要企业借贷行为不构成非法集资、向社会公众发放贷款等违反法律、行政法规行为的，一般认定有效。

但是，从民间借贷这些年的发展实践看，如果不加规制，民间借贷金融市场的危机极易积累，反而累及整个建筑行业。采用借贷方式弥补现金流紧缺，稍有不慎就会变成饮鸩止渴，亏损后冒险性地“拆东墙补西墙”常见，进而引发社会性的借贷风潮。此外，也出现合同中强势一方“敲竹杠”的情况，也不利于合理有序的建筑行业秩序建构。在具体案件审理中，对于年利率过高的，人民法院一般根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称“民间借贷司法解释”）第二十六条规定进行调整，进而平衡各方利益，实现资金优化配置。

至于是否构成高利转贷、职业放贷人的问题。高利转贷、职业放贷人的特点是借款对象的不特定性、出借行为的反复性和借款目的的营利性，与现实中非金融机构和其他组织进行的偶发性、临时性对外贷款的活动存在差异。因此，企业以自有资金对外进行的偶发性和临时性贷款同时收取适当的资金占用费用，目前法律及司法解释均无强制禁止性规定，一般认定为有效。至于建筑施工企业与项目承包人之间的借款合同，虽然建

设公司为实际施工人预垫工程款类似于借贷行为，但就合同的目的而言，双方根本的合意还是完成某一特定的工程，并非建筑施工企业借由资金放贷赚取利润。如果出借对象为项目承包人，出借资金约定的利息符合法律规定，实际用途也是为了建筑项目的运转，属于意思自治和契约自由的范畴，一般不符合《民间借贷司法解释》第十四条规定的民间借贷合同无效的情形，亦不构成高利转贷、职业放贷人的标准，不会直接导致借贷无效。

但是，作为生产经营型企业，如果建筑施工企业以经常放贷为主要业务，或者以此作为主要收入来源，则有可能导致该企业的性质发生变异，质变为未经金融监管部门批准从事专门放贷业务的金融机构。在实践中，认定企业是否从事经常性放贷，无论是从举证证明责任的承担，还是事实认定方面，都存在相当程度的困难。毕竟，货币是种类物，要认定企业往外放贷的钱究竟是从银行信贷而来，还是从其他企业所借，抑或是在单位内部集资所得，都有相当大的难度。如果当事人能够举出充分证据，证明企业从事经常性放贷业务，则应当认定其放贷行为无效。对于如何认定企业是否从事经常性放贷业务，我们认为，应当结合企业的注册资本、流动资金、借贷数额、一年内借贷次数、借贷利息的约定、借贷收益占企业所收入的比例、出借人与借款人之间的关系等因素，综合考虑施工企业年度项目合同额、产值、营收等财务数据情况，通过自由裁定权的行使，综合认定企业是否构成经常性放贷业务。

如果确实存在充分证据证明施工企业的行为属于高利转贷、或系职业放贷人的，人民法院认定民间借贷合同无效后，依据《民法总则》第 157 条、《合同法》第 58 条的规定，双方对于取得的财产应予返还。借款人应当返还借款，同时应当支付资金占用期间的利息损失，合同约定的利率条款当然无效，一般应当按照银行贷款利率确定损失数额。

至于是否可能构成犯罪的问题。对于民间借贷行为是否构成犯罪由公安机关、检察机关以及人民法院依照刑法有关规定进行判定。在民事纠纷处理中，人民法院经初步审查，发现可能符合犯罪的构成要件，一般裁定驳回起诉，并将涉嫌犯罪的线索、材料移送公安或者检察机关。根据浙江省公检法等六部门《关于依法严厉打击与民间借贷相关的刑事犯罪强化民间借贷协同治理的会议纪要》，对于以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金再以高于银行贷款的利率转贷他人，且违法所得数额在 10 万元以上，或者虽未达到上述数额标准，但两年内因高利转贷受过行政处罚二次以上，又高利转贷的，

应当依法以高利转贷罪追究刑事责任。实践中，考虑到刑法的谦抑性，因高利转贷入刑的案件数量极少，一般而言建筑施工企业的正常借贷行为并不符合高利转贷罪的构成要件。

2019 年 11 月 8 日，《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称“会议纪要”）出台，要求区别对待金融借贷与民间借贷，并适用不同规则与利率标准；要依法否定高利转贷行为、职业放贷行为的效力，充分发挥司法的示范、引导作用，促进金融服务实体经济。《会议纪要》规定可能造成了建筑施工企业的顾虑，但对具体条文加以研究，可以看出，《会议纪要》与《民间借贷司法解释》一脉相承，并无明显突破。高利转贷的规定实际上是对《民间借贷司法解释》第 14 条第 1 项规定进行重申和解读，而对于职业放贷人的规定，实际上与《关于依法严厉打击与民间借款相关的刑事犯罪强化民间借贷协同治理的会议纪要》相比，亦无新增规定。

诚如您所言，确实存在着法院从具体案件的角度出发，就事论事较多，缺乏宏观理念上的思考。我们将结合社会经济发展、金融市场的特殊性予以慎重反思，以达到司法准确规范和引导社会行为、发挥服务和助推社会发展的功能。总体来看，经征求相关业务部门意见，目前出台指导意见时机尚不成熟，希望建筑业行业协会多提宝贵意见，在充分调研论证后再出台文件。针对您所提出的问题，我们将进一步贯彻落实相关文件有关规定。一是加强对下级人民法院的指导，通过年度民事审判工作会议等形式进一步加以明晰，促进法律适用统一，如对于案件审理存在争议的，我们将对具体个案进行研判。二是与浙江省建筑业行业协会进一步加强良性互动，吸纳建筑领域专业人才到陪审员队伍，在判决书中吸收建设工程争议专家意见，共同破解疑难问题。三是通过公布典型案例等形式确保裁判标准统一，形成“裁判一案、规范一事、引导一片”的效果，充分考虑个案裁判的政治效果、社会效果与法律效果。

感谢您对人民法院工作关心和支持。

浙江省高级人民法院

2020 年 7 月 1 日

42. 浙江省高级人民法院民二庭关于审理涉建筑施工企业项目部纠纷的疑难问题解答

【生效日期】2020 年 12 月 17 日

1.在审理涉建筑施工企业项目部的案件时，总体要求是什么？

在审理涉建筑施工企业项目部的案件中，判断项目经理等人实施的行为是否对建筑施工企业发生效力时，要按照“准确界定职务行为，依法认定表见代理，严厉打击虚假诉讼”的思路，从该行为是否有建筑施工企业的明确授权（委托代理行为），是否属于职务行为（职务代理行为）， 是否构成表见代理三个层面依次进行审查。构成委托代理、职务行为或表见代理的，相应的法律后果应当由建筑施工企业承担。同时，在案件审理中也要加强对相关合同的真实性审查，防止部分当事人恶意串通，虚构债务，损害建筑施工企业的合法权益。

2.在何种情况下，可以认定项目经理行为构成职务行为？

按照《建筑施工企业项目经理资质管理办法》第二条、第六条的规定，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。工程项目施工实行项目经理负责制，项目经理在工程项目施工中处于中心地位，对工程项目施工负有全面管理的责任。由此可见，项目经理既不同于建筑施工企业的法定代表人，也不同于建筑施工企业普通的内设部门负责人，对工程项目施工活动具有较大的管理权限。

我们认为，认定项目经理的行为属于职务行为一般应满足身份要素、名义要素、权限要素三个方面的要件。身份要素，是指项目经理与建筑施工企业存在劳动关系，系建筑施工企业的员工；名义要素，是指项目经理是以建筑施工企业或项目部的名义对外签订合同；权限要素，是指项目经理的行为在建筑施工企业的授权范围之内，如与建设单位确定或变更施工内容、施工期限、施工质量、工程价款、违约责任，招聘必要的办公人员，购买或租赁必备的办公用具、原材料、机器设备等行为。项目经理实施的行为满足该三个要件的，可以认定为职务行为，由建筑施工企业承担相应的合同责任。

3.审理涉建筑施工企业项目部的案件时，应当如何认定表见代理行为？

在认定行为人（项目经理、实际施工人或项目部其他人员等）的行为是否构成表见代理时，要按照《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》的有关规定，依法审查无权代理行为在客观上是否具有代理权的表象，以及相对人在主观上是否善意且无过失地相信行为人有代理权。

在认定行为人是否具有代理权表象时，要结合行为人的身份、权限、行为模式、交易惯例等予以综合认定。有下列情形之一的，可以认定行为人具有代理权的表象：

（1）项目经理同时是实际施工人或者实际对实际施工人负责的，在项目部权限范围内以建筑施工企业或项目部的名义签订合同的；

（2）行为人持有建筑施工企业的空白或权限不明的介绍信、委托书、合同，以建筑施工企业的名义签订合同的；

（3）行为人在项目部权限范围内签订合同时，加盖了项目部印章，或实际作为项目部印章使用的专用印章的；

（4）虽未与第三人签订书面合同，但建筑施工企业知道或应当知道该民事行为而未作反对表示的；或者从事该民事行为属于项目部权限范围，项目部知道或应当知道而未作反对表示的。

在判断相对人是否属于善意且无过失时，应当结合合同缔结与履行过程中的各种因素予以综合判断。存在以下情形之一的，一般不认定相对人为善意且无过失：

（1）签订的合同明显损害建筑施工企业利益的；

（2）相对人明知行为人与建筑施工企业之间是挂靠、非法转包、非法分包关系，仍然与其签订合同的；

（3）合同项下货物、机器设备、劳务未实际向工程项目提供的；

（4）交易的金额与实际需求、规模等明显不相称的。

4.表见代理的证明责任应当由谁承担？

《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》第九十一条第（一）项规定，“主张法律关系存在的当事人，应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任”。因此，应当由主张表见代理成立的相对人就代理行为在客观上是否具有代理权的表象，以及其善意且无过失地相信行为人有代理权承担举证证明责任；而建筑施工企业可以就行为人不具有代理权的表象，以及相对人不属于善意或存在过错提供反证。人民法院综合全案证据及庭审情况后，仍不能形成心证的，由相对人承担不利后果。

5.加盖了项目部技术专用章、财务专用章、图纸审核专用章等专用印章的合同，其法律后果是否由建筑施工企业承担？

项目部技术专用章、财务专用章、图纸审核专用章等专用印章已明确了印章的使用范围，一般不能认为行为人具有授权对外签订合同的表象，故建筑施工企业不应承担合同责任。但如果项目部以上述印章对外签订的合同曾得到建筑施工企业认可的，仍可认定为具有有权代理表象。判断建筑施工企业是否认可，下列因素可作为参考：（1）建筑施工企业是否直接向相对人支付款项或以其他方式参与合同履行；（2）相对人向建筑施工企业开具的发票，建筑施工企业是否实际入账等。

6.合同上的印章是项目经理、实际施工人或其他人伪造或私刻，签订的合同是否对建筑施工企业发生法律效力？

一般情况下，合同上加盖项目经理、实际施工人或其他人伪造或私刻的印章，其不代表建筑施工企业的真实意思表示，不对建筑施工企业发生法律效力。但是，如果综合全案其他证据，能够认定行为人的行为构成有权代理行为或表见代理行为的，仍应由建筑施工企业承担相应的合同责任。

7.行为人购买或租赁的原材料、机器设备已用于建设项目的，如何处理？

行为人以建筑施工企业或项目部的名义，向第三人购买或租赁必备的原材料、机器设备时，未签订书面合同，或签订的书面合同中未加盖建筑施工企业或项目部印章，但原材料、机器设备事实上已用于该建设项目，且第三人不知道或不应当知道行为人没有代理权限的，应当由建筑施工企业承担相应的合同责任。

人民法院在认定“原材料、机器设备事实上已用于该建设项目”时，应当根据原材料、机器设备是否已运至建设项目工地，并结合原材料、机器设备的数量、类型与建设项目的实际需求、规模是否相适应，予以综合判断。

8.行为人向第三人借款，款项已汇入项目部或确实用于建设项目的，如何处理？

除非有建筑施工企业的明确授权，项目部或项目经理无权对外借款。

行为人以建筑施工企业或项目部的名义向第三人借款，第三人能够举证证明其有合理理由相信行为人有代理权限，且款项直接汇入建筑企业银行账户或确实用于该建设项目的，应当由建筑施工企业承担相应的合同责任。

9.相对人依据项目经理或实际施工人出具的结算凭证主张权利，人民法院是否还应当对合同的具体交易情况进行审查？

相对人依据项目经理、实际施工人出具的结算凭证，要求建筑施工企业承担合同责任的，人民法院应当就合同的具体履行情况一并进行审查。如建筑施工企业就合同标的

物的使用工地、使用时间、价格、标准、数量、签约时间等内容提出合理性怀疑的，人民法院可以要求相对人提供除结算凭证外的其他证据予以佐证；也可以向有关部门和人员主动进行调查取证。相对人能够提供而拒不提供结算凭证以外的其他证据，人民法院也无法通过调查取证予以查明的，由相对人承担不利后果。

相对人与项目经理、实际施工人或其他人恶意串通，伪造签证单、结算单等结算资料或合同、借条、债权转让协议等文书故意损害建筑施工企业合法权益的，人民法院应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定，予以训诫、罚款或拘留；可能构成刑事犯罪的，依法移送公安机关查处。

43. 浙江省高级人民法院民事审判第二庭关于审理涉新冠肺炎疫情相关商事纠纷的若干问题解答（节选）

【发文字号】浙高法民二〔2020〕1 号

【生效日期】2020 年 02 月 13 日

为深入贯彻习近平总书记关于坚决打赢新冠肺炎疫情防控阻击战的重要指示精神，全面落实党中央、国务院、省委和最高人民法院关于疫情防控的决策部署，充分发挥商事审判职能作用，依法妥善处理各类商事纠纷，最大限度减少疫情对企业生产经营的负面影响，现就有关问题解答如下:

1、新冠肺炎疫情是否属于不可抗力？如何把握处理原则？

2020 年 1 月 20 日，国家卫健委发布公告，将新冠肺炎纳入《传染病防治法》规定的乙类传染病，并采取甲类传染病的预防、控制措施;1 月 30 日，世界卫生组织(WHO)宣布新冠肺炎疫情为“国际关注的突发公共卫生事件”(PHEIC);各地政府也采取了具有行政强制力的疫情防控措施。故对因此不能履行合同的当事人而言，属于《民法总则》和《合同法》所规定的不能预见、不能避免并不能克服的不可抗力。在商事纠纷的处理中，既要体现鼓励交易的原则，维护交易安全，稳定交易预期，严格合同解除的条件，防止违约方滥用不可抗力抗辩，损害守约方合同利益，又要贯彻公平原则，综合考虑疫情对于合同履行的影响程度、各方当事人的过错等因素，平衡合同各方利益。要加强调解工作，引导当事人互让互谅，合理分摊损失，共度时艰。

2、当事人一方以受新冠肺炎疫情影响，导致合同不能履行为由，要求解除合同的，如何处理？

新冠肺炎疫情虽属不可抗力，但并非对所有商事合同的履行都构成阻碍。对于在疫情发生前签订的商事合同，当事人一方以受新冠肺炎疫情影响，导致合同不能履行为由，要求解除合同的，需要结合合同签订时间、履行期限届满的时间节点、采取替代措施的可行性及履约成本等因素，综合考量疫情对于商事合同履行的影响程度，区分具体情况，依法做出处理:

(1)疫情对合同履行没有影响的，应当按约继续履行，当事人一方以疫情属不可抗力为由，要求解除合同的，不予支持。

(2)疫情对合同履行虽有一定影响，但未导致合同不能履行或未导致履行对一方当事人明显不公平、不能实现合同目的等情形的，应当鼓励交易，可以引导当事人通过变

更履行期限、履行方式、部分合同内容等方式，继续履行合同。一方当事人以疫情属不可抗力为由要求解除合同的，原则上不予支持。

(3)因疫情形势和政府及有关部门采取的疫情防控措施导致合同根本不能履行，当事人请求解除合同的，人民法院应予支持。

(4)疫情对合同履行有重大影响，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，应当适用公平原则，参照《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《最高人民法院关于正确适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释(二)服务党和国家的工作大局的通知》的规定予以处理。

在具体案件的处理中，各级法院可参照《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 36 条的精神，在一方当事人提出的解除合同的诉讼请求明显不能成立时，注意做好相关释明工作，尽量一次性解决纠纷，避免当事人讼累。

3、在本次疫情发生后订立的合同如何处理？

对于本次疫情发生后订立的合同，可以推定当事人在缔约时，对疫情这一特定事件及其变化和后果已有预判，故原则上对当事人提出的不可抗力或情势变更主张不予支持。

4、疫情发生前后，当事人一方迟延履行的，如何处理？

当事人在疫情发生前已经迟延履行，并以不可抗力为由主张免除责任的，人民法院不予支持。

疫情发生后，因交通管制、人员管制、未能如期复工等客观原因导致迟延履行的，依照《合同法》第一百一十七条的规定，减轻或免除违约方的责任。迟延履行对合同相对方合同目的实现没有实质性影响，

合同相对方要求解除合同的，不予支持。金钱债务的迟延履行除对方当事人同意外，一般不得因

不可抗力而免除责任。债务人主张因新冠肺炎疫情免除因迟延付款产生的利息及其他经济损失赔偿责任的，一般不予支持。

5、因疫情影响导致不能履行合同的，是否免除全部责任？

因受疫情影响导致合同不能履行，构成不可抗力的，应当依照《合同法》第一百一十八条的规定，考量疫情对合同履行的影响程度，部分或全部免除不能履行方的责任。

因受疫情影响，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，合同解除后，人民法院应当按照公平原则，合理确定各方的损失承担比例。

当事人一方因疫情影响无法继续履行合同的，应当及时通知对方，以减轻给对方造成的损失。当事人一方违约后，对方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。

考虑到疫情防控期间出现的快递停运、人员无法外出等实际问题，在考量通知的真实性、及时性和有效性时，应当认可以短信、微信、电子邮件等现代化通讯手段形成的通知效力。

……

44. 浙江省高级人民法院关于规范涉新冠肺炎疫情相关民事法律纠纷的实施意见（试行）（节选）

【发布日期】2020 年 02 月 10 日

为深入贯彻习总书记关于坚决打赢疫情防控阻击战的系列重要指示精神，全面落实中央、省委和最高人民法院关于疫情防控的决策部署，充分发挥民事审判职能，加大矛盾纠纷化解力度，保障人民群众生命安全和身体健康，最大限度减轻疫情对企业生产经营所产生的不良影响，依照《浙江省高级人民法院关于认真学习贯彻习近平总书记在中央全面依法治国委员会第三次会议上重要讲话精神的通知》，结合工作实际，制定本实施意见。

……

二、依法妥善审理有关合同纠纷案件

1.疫情期间合同可以履行的，鼓励合同继续履行，当事人主张解除合同的，一般不予支持。一方可以履行而拒绝履行的，另一方可依照《中华人民共和国合同法》相关规定，要求其承担相应违约责任。

2.由于疫情原因，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，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）》等规定对相关情形进行认定。

3.确因政府及有关部门为防控疫情而采取行政措施导致合同不能履行，或者由于疫情的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷，当事人主张减轻或者免除自身的法律责任的，应当依法按照《中华人民共和国合同法》第一百一十七条和第一百一十八条的规定妥善处理。

4.当事人以不可抗力为由主张部分或者全部免除责任的，仍应提供证据证明其已尽到通知义务，以减轻可能给对方造成的损失。当事人违约后，对方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。

5.确因执行疫情防控需要，造成工程项目停工的，一般可以顺延工期。疫情防控期间订立合同，且防控未发生实质性变化，当事人以疫情防控为由主张顺延工期，一般不予支持。

6. 对于因劳动者返程迟延等与本次疫情相关原因导致工期延误的，承包人应及时按照合同约定向发包人提出工期顺延申请。双方对是否属于工期顺延存在争议的，人民法院依据签证资料等证据，依法确定是否免除延误责任。

……

45. 浙江省高级人民法院浙江省人民检察院浙江省公安厅关于办理建筑施工企业从业人员犯罪案件若干法律适用问题的会议纪要

【发文字号】浙高法[2017]228 号

【生效日期】2017 年 12 月 25 日

本省各级人民法院、人民检察院、公安局：

为进一步统一法律适用尺度，防止执法偏差，省高级人民法院、省人民检察院和省公安厅就办理建筑施工企业项目经理等从业人员犯罪案件中出现的新情况新问题，于近期进行了研讨并达成共识，现纪要如下：

一、关于建筑施工企业从业人员犯罪案件的管辖问题。实践中，由于建筑施工企业分支机构数量众多、分布分散，建筑施工企业的注册地、施工项目所在地、被告人户籍所在地、犯罪行为发生地和犯罪结果地往往不在同一地区，导致建筑领域以项目经理或承包人为主体的犯罪案件容易产生管辖方面的争议。对建筑领域项目经理、承包人职务侵占、挪用资金等职务犯罪和伪造印章、虚假诉讼、合同诈骗等其他犯罪案件的侦查、起诉和审判管辖问题，可以由犯罪行为发生地司法机关管辖，也可以由上述案件犯罪结果地即建筑企业所在地司法机关管辖。

二、关于建筑领域职务犯罪的主体认定问题。对于项目经理、承包人与建筑施工企业签订劳动合同或内部承包合同，并负责管理工程项目或分公司的，相关成员可以成为职务侵占、挪用资金等职务类犯罪的主体。

对于项目经理、承包人与建筑施工企业既不存在劳动关系，又无内部承包合同、任命书等文件足以证明其已获建筑施工企业明确授权，擅自以建筑施工企业的名义从事活动的，相关成员不宜成为针对该企业的职务侵占、挪用资金等职务类犯罪的主体。构成其他犯罪的，应依法追究刑事责任。

三、关于施工项目资金所有权归属及相关行为的定性问题。依法准确认定施工项目资金等财物所有权归属，是审查认定职务犯罪和经济犯罪的前提和基础。在项目经理内部承包责任制下，对施工项目资金所有权的归属，可根据在案的事实证据情况按下列原则处理：

(1)建筑施工企业与项目经理、承包人对资金归属和使用等问题有明确约定的，从约定。

(2)对于项目经理、承包人垫付范围内的施工项目资金，垫付并不改变其财产所有权的归属，即应确定施工项目资金的所有权仍归属于项目经理、承包人。但在认定项目经理、承包人垫付工程款时，应当由项目经理、承包人提供明确规范的资金往来财务凭证，并向建筑企业与项目经理、承包人核实确认。在此情形下，项目经理、承包人“侵占”“挪用”施工项目资金未超出其垫付数额的，一般不宜以职务侵占、挪用资金等犯罪定罪处罚。

(3)对于项目经理、承包人垫付范围外的施工项目资金，工程没有完工的，应当以工程结算节点为界。结算以前或者无法进行结算的，施工项目资金的所有权归属于建筑施工企业，结算以后施工项目资金的所有权归属于项目经理、承包人。

四，关于建筑领域伪造印章犯罪的定性处罚问题。伪造印章犯罪是建筑领域较为常见的犯罪，通常不单独出现，而是作为伪造证据、虚假诉讼等行为的一种手段。根据刑法第二百八十条规定，伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪的印章，不仅包括公司公章，还包括公司项目部章、合同专用章、技术专用章、财务专用章等印章。

项目经理、承包人伪造一枚上述有关印章且直接获利6万元以上或造成30万元以上经济损失的，或伪造三枚以上印章的，可以伪造公司印章罪追究刑事责任。

对项目经理、承包人实施违规利用(伪造、偷盖、修改粘贴方式)建筑施工企业印章、虚假诉讼以及损害建筑施工企业利益的其他行为，构成其他犯罪的，宜根据从一重罪处断等原则依法处理。

五、关于建筑领域项目经理、承包人拒不支付劳动报酬行为的定性问题。《刑法修正案(八)》增设了拒不支付劳动报酬罪。对于项目经理、承包人拒不支付劳动报酬案件，在主体身份的确定、入罪标准等方面可按以下几个原则加以把握：

(1)根据《最高人民法院关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条、第七条的规定，拒不支付劳动报酬罪的犯罪主体为一般主体，既包括用工单位，也包括用工个人。在劳动人员由项目经理、承包人雇佣的情况下，项目经理、承包人可以成为该罪的犯罪主体。

(2)当建筑施工企业为用工主体时，应由建筑施工企业对外承担支付劳动报酬的法律责任，项目经理、承包人以逃匿、去向不明等方式转移资产拒不支付劳动报酬的行为，可按职务侵占等犯罪处理，一般不宜以拒不支付劳动报酬罪定性处罚。

(3)当项目经理、承包人作为用工主体时，其以逃避支付劳动者的劳动报酬为目的转移财产、逃匿的，或在经有关部门与施工企业催告后仍拒不支付劳动报酬的，宜以拒不支付劳动报酬罪追究刑事责任。

六、关于建筑领域项目经理、承包人虚假诉讼行为的定性处罚问题。《刑法修正案(九)》实施后，对于项目经理、承包人虚假诉讼行为，可按以下原则加以把握：

(1)对于项目经理、承包人与他人恶意串通进行虚假诉讼的行为一般以虚假诉讼罪定罪处罚。

(2)项目经理、承包人实施虚假诉讼，非法占有他人财产或者逃避合法债务，同时构成诈骗罪、职务侵占罪等其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

七、关于建筑领域刑民交叉案件的处置问题。人民法院在民事诉讼中发现有虚假诉讼犯罪嫌疑的，将有关犯罪线索、证据材料一并移送公安机关，公安机关应予受案审查，并将立案或不予立案情况函告人民法院。公安机关发现立案侦查的涉嫌虚假诉讼案件已经在人民法院审理的，应将立案情况函告人民法院，人民法院经审查认为属于同一法律事实的，应当依法中止审理，并函告公安机关。检察机关应当强化建筑领域犯罪案件的执法监督，切实维护司法公正。

对于项目经理、承包人以垫付工程款名义对外借款的，在民事诉讼中应加强对借款资金交付、去向等影响借款是否真实发生的证据审查。在查办建筑领域刑事案件过程中，应当更加注重协调刑民交叉案件相关事实的认定。相关民事判决最终认定建筑企业承担民事责任，项目经理、承包人涉嫌构成挪用、职务侵占等犯罪行为的，应依法追究刑事责任。

八、关于项目经理、承包人个人行贿和单位行贿的认定问题。项目经理、承包人为承揽业务，未经建筑施工企业负责人或集体研究决定，个人实施行贿、串通投标等犯罪行为，违法所得亦归个人所有一般不宜认定为单位犯罪。

九、本纪要下发后，各级人民法院、人民检察院、公安机关要认真贯彻执行，如上级有新的规定，按照新的规定执行。

浙江省高级人民法院 浙江省人民检察院 浙江省公安厅

2017年12月25日

46. 浙江省高级人民法院民事审判第一庭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

（2012 年）

近年来随着经济和社会的迅猛发展，建设工程施工合同纠纷案件频发，新情况、新问题层出不穷。为正确审理此类案件，省高院民事审判第一庭经深入调研，并广泛征求意见，现就此类案件审理中的一些突出问题作出解答，供办案时参考。

一、如何认定内部承包合同？如何认定其效力？

建设工程施工合同的承包人与其下属分支机构或在册职工签订合同，将其承包的全部或部分工程承包给其下属分支机构或职工施工，并在资金、技术、设备、人力等方面给予支持的，可认定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，主张该内部承包合同无效的，不予支持。

二、如何认定未取得“四证”而签订的建设工程施工合同的效力？

发包人未取得建设用地规划许可证或建设工程规划许可证，与承包人签订建设工程施工合同的，应认定合同无效；但在一审庭审辩论终结前取得建设用地规划许可证和建设工程规划许可证或者经主管部门予以竣工核实的，可认定有效。

发包人未取得建设用地使用权证或建筑工程施工许可证的，不影响建设工程施工合同的效力。

三、如何认定当事人就工程价款计价方法所约定的条款的效力？

建设工程施工合同约定的工程价款的确定方法虽然与建设工程计价依据不一致，但并不违反法律、行政法规强制性规定的，该约定应认定有效。

四、如何认定当事人约定的保修期低于法律规定的最低保修期限的条款的效力？

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规定的最低期限的，该约定应认定无效。

五、如何认定开工时间？

建设工程施工合同的开工时间以开工通知或开工报告为依据。开工通知或开工报告发出后，仍不具备开工条件的，应以开工条件成就时间确定。没有开工通知或开工报告的，应以实际开工时间确定。

六、如何认定工期顺延？

发包人仅以承包人未在规定时间内提出工期顺延申请而主张工期不能顺延的，该主张不能成立。但合同明确约定不在规定时间内提出工期顺延申请视为工期不顺延的，应遵从合同的约定。

七、发包人已经签字确认验收合格，能否再以质量问题提出抗辩，主张延期或不予支付工程价款？

发包人已组织验收并在相关文件上签字确认验收合格，后又以工程质量存在瑕疵为由，拒绝支付或要求延期支付工程价款的，该主张不能成立。但确因承包人施工导致地基基础工程、工程主体结构质量不合格的，发包人仍可以拒绝支付或要求延期支付工程价款。

八、如何把握工程质量鉴定程序的启动？

要严格把握工程质量鉴定程序的启动。建设工程未经竣工验收，发包人亦未擅自提前使用，发包人对工程质量提出异议并提供了初步证据的，可以启动鉴定程序。

九、发包人以工程质量为由提出的对抗性主张，究竟是抗辩还是反诉？

承包人诉请给付工程价款，发包人以工程质量不符合合同约定或国家强制性的质量规范标准为由，要求减少工程价款的，按抗辩处理；发包人请求承包人赔偿损失的，按反诉处理。

十、哪些证据可以作为工程量、工程价款的结算依据？

双方当事人在建设工程施工过程中形成的补充协议、会议纪要、工程联系单、工程变更单、工程对帐签证以及其他往来函件、记录等书面证据，可以作为工程量计算和认定工程价款的依据。

十一、施工过程中谁有权利对涉及工程量和价款等相关材料进行签证、确认？

要严格把握工程施工过程中相关材料的签证和确认。除法定代表人和约定明确授权的人员外，其他人员对工程量和价款等所作的签证、确认，不具有法律效力。没有约定明确授权的，法定代表人、项目经理、现场负责人的签证、确认具有法律效力；其他人员的签证、确认，对发包人不具有法律效力，除非承包人举证证明该人员确有相应权限。

十二、能否调整总价包干合同的工程量、工程价款？

建设工程施工合同采用固定总价包干方式，当事人以实际工程量存在增减为由要求调整的，有约定的按约定处理。没有约定，总价包干范围明确的，可相应调整工程价款；总价包干范围约定不明的，主张调整的当事人应承担举证责任。

十三、建设工程施工合同无效，但工程竣工验收合格的，谁有权利请求参照合同约定确定工程价款？

建设工程施工合同无效，但工程竣工验收合格，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若干问题的解释》第二条的规定精神，承包人或发包人均可以请求参照合同约定确定工程价款。

十四、承包人能否直接请求按照竣工结算文件结算工程价款？

建设工程施工合同明确约定发包人应在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，承包人可以请求按照竣工结算文件进行工程价款结算。

建设工程施工合同虽约定发包人应在承包人提交竣工结算文件后一定期限内予以答复，但未约定逾期不答复则视为认可竣工结算文件的，承包人不能请求按照竣工结算文件确定工程价款。建设工程施工合同约定发包人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，且经承包人催告后，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 天。

建设工程施工合同中对此未明确约定，承包人不能仅以 GF-1999-0201《建设工程施工合同（示范文本）》通用条款 33.2 条为依据，要求按照竣工结算文件结算工程价款。

十五、如何认定“黑白合同”？

认定“黑白合同”时所涉的“实质性内容”，主要包括合同中的工程价款、工程质量、工程期限三部分。对施工过程中，因设计变更、建设工程规划指标调整等客观原因，承、发包双方以补充协议、会谈纪要、往来函件、签证等洽商纪录形式，变更工期、工程价款、工程项目性质的书面文件，不应认定为《中华人民共和国招标投标法》第四十六条规定的“招标人和中标人再行订立背离合同实质性内容的其他协议”。

十六、对“黑白合同”如何结算？

当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与中标合同实质性内容不一致的，不论该中标合同是否经过备案登记，均应当按照最高人民法院《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，以中标合同作为工程价款的结算依据。

当事人违法进行招投标，当事人又另行订立建设工程施工合同的，不论中标合同是否经过备案登记，两份合同均为无效；应当按照最高人民法院《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》第二条的规定，将符合双方当事人的真实意思，并在施工中具体履行的那份合同，作为工程价款的结算依据。

十七、启动工程量和工程价款鉴定程序，应该注意哪些问题？

当事人对工程价款存在争议，不能协议一致，也无法采取其他方式确定的，可以根据当事人的申请，对工程造价进行鉴定；双方当事人均不申请鉴定的，应向负有举证责任的当事人一方进行释明，其仍不申请鉴定的，由其承担举证不能的法律后果。

诉讼前已经由当事人共同选定具有相应资质的鉴定机构对工程价款进行了鉴定，诉讼中一方当事人要求重新鉴定的，不予准许，但确有证据证明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。

一审诉讼期间对工程价款进行了鉴定，当事人在二审诉讼期间申请重新鉴定或补充鉴定的，不予准许，但确有证据证明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情形的除外。

二审诉讼期间，双方当事人均同意鉴定的，可予准许，但可能损害社会公共利益或第三人利益的除外。

人民法院应避免随意、盲目委托鉴定和不必要的多次、重复鉴定。根据双方当事人的合同约定或者现有证据，足以认定工程量和工程价款的，不应再就工程价款委托鉴定。

十八、工程因发包人的原因未及时竣工验收，发包人能否以工程未竣工验收为由拒绝支付工程款？

发包人收到承包人竣工验收报告后，在合理期限内无正当理由不组织竣工验收的，不能以工程未验收合格为由，拒绝支付工程价款。

十九、如何认定建设工程施工合同关于工期和质量等奖惩办法约定的性质？

建设工程施工合同关于工期和质量等奖惩办法的约定，应当视为违约金条款。当事人请求按照《中华人民共和国合同法》第一百一十四条第二款，以及最高人民法院《关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释（二）》第二十七条、第二十八条、第二十九条的规定调整的，可予支持。

二十、合同无效是否影响关于工程质量的约定、承诺的效力？

建设工程施工合同无效，不影响发包人按合同约定、承包人出具的质量保修书或法律法规的规定，请求承包人承担工程质量责任。

二十一、承包人能否一并请求逾期支付工程款的违约金和利息？

承包人不能按照建设工程施工合同的约定，既请求发包人承担逾期支付工程款的违约金，又同时请求支付相应利息。

二十二、建设工程施工合同无效情形下，谁有权行使优先受偿权？

建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格，承包人可以主张工程价款优先受偿权。分包人或实际施工人完成了合同约定的施工义务且工程质量合格，在总承包人或转包人怠于行使工程价款优先受偿权时，就其承建的工程在发包人欠付工程价款范围内可以主张工程价款优先受偿权。

二十三、实际施工人可以向谁主张权利？

实际施工人的合同相对人破产、下落不明或资信状况严重恶化，或实际施工人至承包人（总承包人）之间的合同均为无效的，可以依照最高人民法院《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》第二十六条第二款的规定，提起包括发包人在内为被告的诉讼。

47. 浙江省高级人民法院执行局执行中处理建设工程价款优先受偿权有关问题的解答

在建设工程施工合同纠纷案件的执行和涉及建设工程的参与分配中，经常遇到建设工程价款优先受偿权问题，争议也比较大。为正确处理此类问题，省高院执行局经深入调研，依照《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若干问题的解释》、《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》等法律、司法解释的规定，就其中的几个突出问题作出解答，供办案时参考。

一、行使优先权的六个月期限应该如何理解？

六个月期限的起算点应区分以下情况予以确定：发生建设工程施工合同纠纷时工程已实际竣工的，工程实际竣工之日为六个月的起算点；发生建设工程施工合同纠纷时工程未实际竣工的，约定的竣工之日为六个月的起算点；约定的竣工日期早于实际停工日期的，实际停工之日为六个月的起算点。

权利人未在上述期限内行使优先权的，建设工程价款优先受偿权丧失。

二、哪些方式可以认定为具有行使优先权的效力？

建设工程承包人自行与发包人协商以该工程折价抵偿尚未支付的工程价款，或者提起诉讼、申请仲裁要求确认其对该工程拍卖价款享有优先受偿权，或者直接申请法院将该工程拍卖以实现工程款债权，或者申请参加对建设工程变价款的参与分配程序主张优先受偿权，均属于对建设工程价款依法行使优先权。

建设工程承包人提起诉讼、申请仲裁仅要求判决或裁决由发包人向其支付工程款，未要求确认其对该工程拍卖价款享有优先受偿权的，不视为行使优先权。

三、建设工程价款优先受偿权的范围如何掌握？

建设工程价款优先受偿权的范围为建设工程的工程价款，包括承包人应当支付的工作人员报酬、材料款和用于建设工程的垫资款等。工程价款的利息不在优先受偿范围内。

发包人应当支付的违约金或者因为发包人违约所造成的损失，不属于建设工程价款优先受偿权的受偿范围。

四、建设工程承包人对工程占用范围内的土地使用权的拍卖价款是否享有优先受偿权？

建设工程承包人只能在其承建工程拍卖价款的范围内行使优先受偿权，对该工程占用范围内的土地使用权的拍卖价款不能主张优先受偿。

实际操作中可对建设工程和土地使用权分开进行价值评估，确定各自在总价值中的比例，然后一并拍卖，拍卖成交后再确定建设工程承包人可以优先受偿的金额。

五、建设工程承包人承建的部分工程因另案被执行的，承包人行使优先权的工程价款范围如何掌握？

建设工程承包人承建的部分工程因发包人的其他债务被人民法院执行的，承包人只能根据被执行的工程占其承建的全部工程的比例，对相应的工程价款主张优先受偿。

六、装饰装修工程承包人、工程勘察人或设计人是否享有优先受偿权？

装饰装修工程承包人主张工程价款优先受偿权的，可予以支持。但装修装饰工程的发包人不是该建筑的所有权人，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。享有优先权的承包人只能在建筑物因装修装饰而增加价值的范围内优先受偿。

工程勘察人或设计人就工程勘察或设计费主张优先受偿权的，不予支持。

48. 浙江省高级人民法院关于审理建筑领域职务犯罪和经济犯罪案件若干问题的解答

本省各级人民法院刑事审判庭：

为加强建筑领域职务犯罪和经济犯罪案件的审判工作，现将我们调研中收集到的有关问题梳理汇总解答如下，供审理案件时参考。

一、如何理解和确定建筑领域涉及项目经理职务犯罪和经济犯罪案件的管辖？

答：实践中，由于建筑施工企业分支机构数量众多、分布分散，建筑施工企业的注册地、施工项目所在地、被告人户籍所在地、犯罪行为发生地和犯罪结果地往往不在同一地区，导致以项目经理为主体的经济犯罪和职务犯罪案件容易产生管辖方面的争议。根据刑事诉讼法和司法解释的有关规定，刑事案件一般由犯罪地的人民法院管辖，如果由被告人居住地人民法院管辖更为适宜的，可以由被告人居住地的人民法院管辖；犯罪地包括犯罪行为发生地和犯罪结果发生地。对项目经理职务侵占、挪用资金等职务犯罪和经济犯罪案件的管辖问题一般可按以下几个原则加以把握：

（1）建筑施工企业的工程项目所在地与建筑企业注册地一致的情况下，依照法律规定，犯罪地和被告人居住地的人民法院均当然具有管辖权。

（2）建筑施工企业的工程项目不在建筑施工企业注册地，但所挪用、侵占的资金是由建筑施工企业汇到项目地的，该建筑施工企业注册地可视为犯罪结果发生地，当地司法机关具有管辖权。

（3）被告人居住地、工程项目所在地、资金汇出地均不在建筑施工企业注册地的情况下，可参照单位犯罪、网络犯罪等司法解释的有关规定办理，不具有法人资格的建筑施工企业的项目部作为建筑施工企业的主要办事机构，本质上是建筑施工企业内部分支机构，项目经理在分支机构实施的犯罪可视为建筑施工企业内部人员实施犯罪，有关犯罪行为也必然侵害建筑施工企业的财产利益、使其遭受财产损失，故也应认可建筑施工企业注册地的司法机关有管辖权。

二、如何理解和认定建筑领域项目经理职务犯罪和经济犯罪中的主体身份？

答：项目经理的形态多种多样，既包括建筑施工企业依法设立的企业内部承包人员，也包括挂靠、非法转包等情形下的项目实际负责人；有的与建筑施工企业先前签订了劳动合同，有的补签了劳动合同，有的根本没签订劳动合同，能否成为职务侵占、挪用资金等职务类犯罪的主体，既要作形式审查，又要作实质判断，不宜一概而论。一般情况下，对项目经理的主体身份问题，可按以下几个原则加以把握 ：

（1）对于项目经理与建筑施工企业签订劳动合同或者存在事实上的劳动关系的情形，由于二者之间存在合法的劳动关系，项目经理由建筑施工企业任命，且以建筑施工企业的名义施工，符合职务类犯罪的主体要件，可以成为职务侵占、挪用资金等职务类犯罪的主体。

（2）对于不存在劳动关系的挂靠、非法转包情形，对项目经理的主体身份问题，可以按“授权型项目经理”和“非授权型项目经理”作进一步区分。所谓授权型项目经理，指建筑施工企业通过签订内部承包协议、出具任命文件、介绍信、委托书或者其他授权方式，赋予与建筑施工企业不存在劳动关系的项目经理以建筑施工企业的名义对外行为的权限，建筑施工企业愿意对外承担责任的情形，授权型项目经理可以成为职务侵占、挪用资金等职务类犯罪的主体。所谓非授权型项目经理，指与建筑施工企业不存在劳动关系的项目经理与建筑施工企业之间，既没有内部承包协议、任命书等文件，也不存在其他足以证明其已获建筑施工企业明确授权的情况，项目经理对外擅自以建筑施工企业的名义从事相关行为的情形，非授权型项目经理不宜成为职务侵占、挪用资金等职务类犯罪的主体。

三、如何理解和认定施工项目资金所有权归属，项目经理将施工项目资金、工程材料等财物占为己有或者将工程款挪作他用是否可构成职务侵占、挪用资金等犯罪？

答：依法准确认定施工项目资金等财物所有权归属，是审查认定职务犯罪和经济犯罪的前提和基础。在项目经理内部承包责任制下，项目经理垫资现象十分常见。因此，在审理相关案件时应以施工项目资金本质上是否垫付为判断标准，具体可分以下三种情况加以把握：

（1）对于项目经理垫付范围内的施工项目资金，垫付并不改变其财产所有权的归属，即应确定施工项目资金的所有权仍归属于项目经理。在此情形下，项目经理“侵占”、“挪用”其自己垫付的施工项目资金的行为一般不宜以职务侵占、挪用资金等犯罪定罪处罚。

（2）对于项目经理垫付范围外的施工项目资金，工程没有完工的，应当以工程结算节点为界。结算以前或者无法进行结算的，施工项目资金的所有权归属于建筑施工企业，结算以后施工项目资金的所有权归属于项目经理。

（3）建筑施工企业与项目经理对资金归属、资金使用范围等进行明确约定的，从约定。

四、如何理解和把握建筑领域伪造印章犯罪的定性处罚？

答：伪造印章犯罪是建筑领域较为常见的犯罪，通常不单独出现，而是作为伪造证据、虚假诉讼等行为的一种手段。根据刑法第二百八十条规定，伪造公司、企业、事业

单位、人民团体印章罪的印章，不仅包括公司公章，还包括公司项目部章、合同专用章、技术专用章、财务专用章等印章。项目经理伪造上述有关印章的，可认定为伪造公司印章。对项目经理实施违规利用（伪造、偷盖、修改粘贴方式）建筑施工企业印章、虚假诉讼以及损害建筑施工企业利益的其他行为，构成其他犯罪的，宜根据从一重罪处断等原则依法处理。

五、如何理解和把握建筑领域项目经理拒不支付劳动报酬行为的定性？

答：《刑法修正案（八）》增设了拒不支付劳动报酬罪，对项目经理拖欠、拒不支付民工工资等行为具有较大的威慑作用。但在司法实践中，对于项目经理拒不支付劳动报酬案件，还存在主体身份难确定、入罪标准不明确等问题。对此，一般宜按以下几个原则加以把握：（1）根据《最高人民法院关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条、第七条的规定，拒不支付劳动报酬罪的犯罪主体为一般主体，既包括用工单位，也包括用工个人。（2）当建筑施工企业为用人单位时，应由建筑施工企业对外承担支付劳动报酬的法律责任，项目经理以逃匿、去向不明等方式转移资产拒不支付劳动报酬的行为，可按职务侵占等犯罪处理，一般不宜以拒不支付劳动报酬罪定性处罚。（3）当项目经理作为用工主体时，其以逃避支付劳动者的劳动报酬为目的转移财产、逃匿、去向不明的，宜以拒不支付劳动报酬罪追究刑事责任。

六、如何理解和把握建筑领域项目经理虚假诉讼行为的定性处罚？

答：虚假诉讼是指民事诉讼各方当事人恶意串通，采取虚构法律关系、捏造案件事实方式提起民事诉讼，或者利用虚假仲裁裁决、公证文书申请执行，使法院作出错误裁判或执行，以获取非法利益的行为。《刑法修正案（九）》实施后，对于项目经理虚假诉讼行为，可按以下原则加以把握：（1）对于项目经理与他人恶意串通进行虚假诉讼的行为一般以虚假诉讼罪定罪处罚。实践中，应注意审查虚假诉讼行为是个人行为还是单位行为。若项目经理以其个人名义，以捏造的事实提起民事诉讼，并将违法所得归个人所有的，项目经理构成个人犯罪。若项目经理以其所在单位的名义进行虚假诉讼，且违法所得归单位所有的，可构成单位犯罪。（2）项目经理实施虚假诉讼，非法占有他人财产或者逃避合法债务，同时构成诈骗罪、职务侵占罪等其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪从重处罚。

浙江省高级人民法院刑事审判第二庭

二〇一五年十二月二十九日

49. 杭州市中级人民法院民一庭关于审理建设工程及房屋相关纠纷案件若干实务问题的解答（节选）

第一部分　建设工程纠纷案件

一、合同效力认定

1．如何理解《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》）第一条第一款第（二）项中规定的“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义承揽建设工程”。

答：具体可分为以下几种情形，即：

（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已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。

2．如何区分建设工程施工过程中的挂靠与内部承包？

对于建设单位内部承包合同，应当认定为是工程承包人就其承包的全部或部分工程与其下属分支机构或职工签订的工程承包合同，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，该承包人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。当事人一方以内部承包合同中的承包方无施工资质为由主张该内部承包合同无效的，不予支持。而挂靠则是指实际施工主体借用有资质的建筑施工企业名义承揽建设工程，该实际施工主体与被挂靠企业间并不存在隶属或管理关系，构成独立主体间的承包合同关系，如果挂靠单位并无相应施工资质的，应认定该承包合同关系无效。因此，二者区分主要应从合同当事人间是否有劳动或隶属管理关系，承包工程所需资金、材料、技术是否由对方当事人提供等进行判断。

二、合同责任认定

1．对《解释》第二十六条中规定的，发包人在欠付工程价款范围内对实际施工人所应承担的责任，应如何理解？

答：建设工程因非法转包、违法分包导致建设工程施工合同无效的，发包人应当在其欠付工程价款范围内，与非法转包人、违法分包人向实际施工人承担连带责任。同时，实际施工人以发包人为被告要求支付工程价款的，一般应当追加非法转包人或者违法分包人为被告参加诉讼。

发包人以款项已付清或实际施工人要求给付的工程价款高于其欠付的工程价款进行抗变的，应当由发包人承担举证责任。

2.挂靠人以被挂靠人名义订立建设工程施工合同，因履行该合同产生的民事责任，被挂靠人是否应当与挂靠人一并承担连带责任？

答：挂靠人作为实际施工主体应对自己的施工内容承担相应的法律后果，被挂靠人虽未直接参与工程建设施工，但允许他人以自己名义承揽施工，也应负担该施工行为产生的法律后果。因此，当该建设工程施工合同向对方主张挂靠人与被挂靠人承担连带责任的，一般应予以支持。

三、工程鉴定

1．在建设工程造价鉴定中，鉴定单位以承包人出具的工程签证单等工程施工资料有瑕疵为由不予认定的，对于相应的工程量及工程价款法院应当如何处理？

答：首先，应当由鉴定机构对其不予认定的理由予以说明，在当事人一方有证据证明该工程签证单等施工资料有效的，或者所涉工程量已实际施工完毕的情况下，可要求鉴定机构对存疑部分工程量及价款仍予以签订并单列，供审判时审核认定。

2．对于确需鉴定才能认定工程量或工程造价的案件中，当事人双方均拒不申请鉴定的，应如何处理？

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，对工程量或工程造价进行鉴定应当依照当事人的申请进行，对工程量或工程造价进行鉴定应当依照当事人的申请进行。工程量或工程造价须经鉴定才能确定的，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。

在鉴定过程中，因一方当事人拒不配合，导致鉴定无法进行的，在释明不利后果的情况下，可以判决不履行举证义务一方承担举证不能的不利后果。

四、价款结算

1．建设工程施工合同中未明确约定“发包人收到竣工结算文件后，在合同约定的期限内不予答复视为认可竣工结算文件”的，承包人要求按照竣工结算文件进行工程价款结算的，如何处理？

答：合同中没有此项明确约定的，承包人要求按照竣工结算文件进行工程价款结算的，应不予支持。

2．承包人向发包人提交工程结算文件，但发包人无正当理由拒绝结算的，承办人主张支付欠付工程价款利息的，应如何计算？

答：应区分为两种情况进行处理

（1）建设工程施工合同中明确约定，发包人应当在相应期限内对承包人送交的结算文件进行审核，发包人在期满后仍未支付工程价款的，应自合同约定的审核结算期限届满的次日起计算工程价款利息。

（2）如果双方未作欠款约定或者约定不明的，该项利息应从承包人起诉之日开始计算。

五、工程验收承包人向发包人提交竣工验收报告，发包人无正当理由拒绝验收的，或因发包人无正当理由，拒绝提供验收资料文件而导致无法验收的，如何认定处理？

答：在上述情形下，发包人的行为可视为放弃工程验收的权利，可推定该工程已验收合格。

六、工程质量

《解释》第十三条规定：“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，不予支持”。但如果建设工程进行了竣工验收，在竣工验收报告出具之前，发包方擅自占有建筑物并开始使用的，又再行以使用部分工程质量不合格为由，主张权利的，应如何进行认定？

答：此行为与使用未竣工验收工程性质一致，均属于接收不安全、不合格的建筑物，应由发包人自担质量风险。

七、工程价款给付

1．在承包人诉请给付工程价款诉讼中，发包方以工程质量存在问题为由拒绝支付价款或扣减工程价款的，应如何处理？

答：可按照以下情形进行处理：

（1）如果是工程通过竣工验收合格后出现的质量问题，一般应属于保修范围，建设单位不能以此作为拒绝支付价款的抗辩而应当就此提出反诉或另行起诉，要求承包人承担保修责任或者赔偿损失；

（2）如果是在竣工验收之前或者竣工验收过程中，有证据证明存在质量问题的，建设单位以此作为抗辩拒绝支付价款或减少价款的，基于合同法先履行抗辩的原则，应当予以支持。但是如果发包方要求承包方承担修理、返工或者改建费用或要求承包方赔

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，则应告知其进行反诉或另行起诉。

应当注意的是，发包人在施工过程中提出质量异议，若经鉴定异议不称立的，承包人的相应损失均应由发包方承担。

（3）若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，也应当告知其进行反诉或另行起诉。

2．在建设工程施工合同中未约定付款期限或约定期限不明的情况下，是否可以在该合同示范文本中规定的结算文件审核期限届满后，即开始计算承包人向发包人主张欠付工程价款的诉讼时效期间？

答：根据工程建设现状，承包人提交决算文件后发包人长期未予答复的情形较为普遍，如果一概在合同示范文本中规定的结算文件审核期限届满后，即开始计算欠付工程款的诉讼时效期间，不利于保护承包人的合法利益。鉴于此，应当综合考虑工程价款已具备给付的客观性，应当在决算报告或者审计报告出具后，确定相应的合理时间点，开始计算承包人追索工程欠款的诉讼时效期间。如果在双方签订的建设工程施工合同中明确约定“发包人收到竣工结算文件后，在合同约定的期限内不予答复视为认可竣工结算文件”的，则发包人未在该约定期限内答复的，即应视为认可竣工结算文件，在此情况下，若未再在另行约定付款日期的，则上述诉讼时效期间应从该约定的期间届满次日起计算。

八、其他问题

1．如何认定加盖有项目部专用章或者由项目经理签字的单据、票证的行为效力？

答：项目部是施工承包企业具体实施施工行为的组织体，项目经理指受企业委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者，是企业在工程项目上的代表人。从当前的建筑工程承包现状来看，承包人的项目部或项目经理以承包人名义订立合同，债权人要求承包人承担民事责任的，一般应予支持，但承包人有证据证明债权人知道或应当知道项目部或者项目经理没有代理权限的除外。但应当注意的是，对于除项目经理以外的所谓现场负责人或材料员、采购员等，因其自身并无法律、法规或行业规范所赋予的项目部管理权力，故对此类人员的签证是否具有表见代理的效力，则应当由主张该表见代理行为成立的一方当事人举证。同理，对于项目部技术专用章的效力，也同样如此。

2．按照《解释》第二十一条规定，应当以备案的中标合同为结算依据，但在建设工程合同履行过程当中，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的，应如何认定该项变更行为的效力？

答：该项变更行为属于正常行使合同变更权，修改后的合同可以作为结算过程价款的依据。

3．根据《合同法》第二百八十七条的规定，建设过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》第二百八十六条规定，定作人可以随时解除承揽合同。那么是否可以理解为，建设工程施工合同的发包人也享有“随时解除权”？

答：建设工程合同的发包人行使解除权必须符合《解释》第八条的规定，不应任意扩大解除权的行使范围。

4．无效合同的实际施工人是否仍可行使优先受偿权？

答：建设工程价款优先受偿权，是立法对承包人应得工程价款的优先保护，属于承包人的法定权利。即使承包合同被认定无效，但承包人所享有的工程价款请求权依然存在，相应的其优先受偿权也应一并受到保护。

5．《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》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。那么承包人行使该优先受偿权是否适用诉讼时效的规定?

答：虽然上述批复规定了该优先受偿权的行使期限为六个月，但从《合同法》第二百八十六条的条文本意分析，该六个月的期限，仅是规定应由承包人向发包人催告支付工程价款，至于是否选择折价、拍卖等形式受偿的，并不在该期限内。但应当明确，从承包人催告时起，就意味着其知道自身可以行使优先受偿权了，所以也应当从这一时间点计算该项权利的诉讼时效，即为两年，若两年还内不起诉的，则应丧失该优先受偿的胜诉权。

杭州市中级人民法院民一庭

二〇一〇年十一月一日

50. 绍兴中院关于涉新冠肺炎疫情建设工程合同纠纷指导意见

【发布日期】2020 年 02 月 11 日

为深入贯彻习近平总书记关于坚决打赢疫情防控的人民战争总体战阻击战重要指示精神和在中央依法治国委员会第三次会议上的重要讲话精神，充分发挥民事审判职能作用，妥善处理涉新冠肺炎疫情的建设工程合同纠纷，促进建筑和房地产市场健康稳定发展，现提出以下意见。

一、坚持质量第一原则，切实保障工程质量

对于受疫情影响的建设工程，引导合同双方合理顺延工期、调整工程价款，防止施工方因受疫情影响赶工期及材料价格上涨偷工减料等影响工程质量，确保工程质量符合国家安全标准。

对于建设工程质量纠纷中，施工方以疫情原因抗辩工程质量瑕疵的，不予支持。

二、注重各方利益平衡，重视农民工权益保护

依法平等保护建设工程合同当事人合法权益，注重对农民工等利益相关人权益的保护。

因建设方未按照合同约定及时拨付工程款导致拖欠疫情防控期间驻守工地的农民工工资的，农民工有权向建设方主张以未结清的工程款为限先行垫付被拖欠的工资。从严审查发包人与承包人关于放弃或限制建设工程价款优先受偿权协议效力，避免损害农民工利益。

三、从严把握合同解除条件，鼓励合同继续履行

对受疫情影响但符合继续履行条件的建设工程合同，当事人要求解除合同的，一般不予支持。

引导当事人就宽展履行期限、减免违约金等重新协商，鼓励双方继续履行合同，推动重大和涉民生建设项目及时复工。

一方可以履行而拒绝履行的，另一方可依照《中华人民共和国合同法》相关规定，要求其承担相应违约责任。

对于继续履行无望的，加大纠纷化解力度，引导双方同舟共济、共克时艰，积极促成双方达成调解。

四、充分考虑疫情实际影响，合理把握工期顺延

确因执行疫情防控需要，造成工程项目停工的，一般可以顺延工期。

对于因劳动者返程迟延等与本次疫情相关原因导致工期延误，承包人应及时按照合同约定向发包人提出工期顺延申请，双方对是否属于工期顺延存在争议的，依据签证资料等证据，依法确定是否免除延误责任。

对于承包人未在合同约定期限内提出顺延申请或未取得发包人或监理人签证，但确系受疫情影响导致工期顺延的，依照《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（二）》第六条的规定依法认定。

疫情防控期间订立合同，且防控未发生实质性变化，当事人以疫情防控为由主张顺延工期，一般不予支持。

五、慎用情势变更原则，合理认定工程价款

固定总价建设工程合同履行过程中，因疫情导致主要建筑材料价格发生超出正常市场风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平的，可在市场风险范围和幅度之外对合同价款酌情予以调整。

对于合同约定固定总价但因疫情导致未能履行的未完工程采取“按比例折算”的方式计算确定已完工程价款。

复工后，发包人要求赶工的，由此增加的赶工费用应计入工程价款由发包人承担。

六、综合考量相关因素，妥善分担停工损失

因疫情导致工程停工所产生的损失，双方有约定从约定，没有约定应考量各方受益情况、损失与项目利润率比例、风险承受能力、各方履约表现、整个行业影响等因素适用公平原则予以合理分担。

七、准确把握免责条件，公平解决违约责任

确因疫情影响合同履行，当事人主张减轻或免除自身法律责任的，应依照《中华人民共和国合同法》第一百一十七条和第一百一十八条的规定妥善处理。

当事人以不可抗力为由主张部分或全部免除责任的，仍应提供证据证明其已尽到通知义务，以减轻可能给对方造成的损失。

当事人违约后对方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。

合同约定的违约金过分悖离实际造成的损失的，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）》相关规定，适当调整违约金数额。

八、深化多元化解机制，着力推动诉源治理

加强与建设行政主管部门的对接协调，落实府院协作联动工作机制。

积极发挥人民调解委员会、建筑业协会、房地产协会等各类社会组织和专业团体的作用，加强业务指导，将纠纷化解在萌芽状态。

强化法治宣传，通过以案释法、法律推送、法官解读等形式，开展法律知识宣传和法律风险提示，引导建筑房地产企业规范自身经营行为。

加强信息报送和问题研判，适时提出针对性的司法建议。

51. 绍兴市中级人民法院关于审理建筑领域民商事纠纷案件若干问题的纪要

【生效日期】2013 年 11 月 01 日

近年来，我市法院在审理涉及建筑领域的民商事纠纷时，特别是因建筑施工企业项目经理违法违规等行为而引发的纠纷，存在认识不统一、做法不一致等问题。为依法及时公正地化解建筑领域的各类民商事纠纷，维护建筑市场的正常秩序，市中院近期在深入调研的基础上，举行由民一庭、民二庭、刑庭、研究室、办公室等部门参加的座谈会，专题研讨涉及建筑领域民商事纠纷审理中遇到的有关问题。会议认为，在化解因项目经理违法违规等行为引发的纠纷时，要把握好建筑施工企业、项目经理（包括挂靠的项目经理、实际施工人）、第三人（材料商、设备租赁商等）之间的利益平衡，在注重维护交易安全的同时，促进交易行为的规范化。为统一裁判尺度，现经院审判委员会讨论通过，将有关认识比较一致的意见纪要如下：

一、本纪要所指的建筑施工企业项目经理有三种类型：第一类是建筑施工企业在册员工（即受建筑施工企业雇佣、与建筑施工企业签订有劳动合同的人员），受企业委派担任某建设工程的项目经理，或者受企业委派去参与招投标承接工程，中标后企业任命其担任项目经理，负责工程管理，并与企业签订内部（经济责任制）承包合同；第二类是建筑施工企业不在册员工，未与企业签订劳动合同，但对外以企业名义承接工程进行业务活动，企业任命其为该工程的项目经理，该项目经理与企业签订挂靠经营性质的内部承包合同；第三类为除上述两类人员之外，通过向建筑施工企业转包或者分包承接工程的实际施工人（俗称“包工头”）。

二、根据建设部《建筑施工企业项目经理资质管理办法》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。在我市建筑行业内，目前普遍实行建筑施工企业与项目经理签订内部承包合同，该合同的性质是建筑施工企业实行内部经济责任制的一种经营方式，仅对建筑施工企业和经济责任承包人具有法律约束力，合同约定的内容不能当然约束第三人。

三、建筑施工企业与实际施工人签订的合同，实为挂靠经营合同或者转包、分包合同的，应根据最高人民法院《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》有关规定，审查认定合同是否有效。

对有效的合同，建设单位（发包人）与建筑施工企业（承包人）尚未结算工程款的，实际施工人向建筑施工企业（承包人）起诉要求结算并支付工程款的，应当根据其双方合同的约定；没有约定或者约定不明确的，按照《合同法》第六十一条、第六十二条以及《合同法解释（二）》第七条规定的交易习惯予以认定。

对无效的合同，双方就工程款的支付事宜，应参照合同约定的方式结算；没有约定或者约定不明确的，按照《合同法解释（二）》第七条规定的交易习惯予以认定。

四、关于项目经理表见代理行为的构成要件

根据最高人民法院《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》，严格认定表见代理行为的规定，对项目经理未经企业授权对外签订合同的行为是否构成表见代理，应把握以下构成要件：

（一）客观要件：即行为人的无权代理行为须以被代理人的名义并具有代理权的客观表象；

（二）主观要件：合同相对人善意且无过失地尽到了对行为人有无代理权的注意义务。

五、有下列情形之一的，项目经理对外签订的合同对建筑施工企业具有约束力：

（一）以建筑施工企业名义与合同相对人签订合同，在签订合同时出示有能让合同相对人相信的单位介绍信、委托书，或者建筑施工企业曾向合同相对人所作的授权通知或者其他证明材料的；

（二）以盖有建筑施工企业合同专用章或者公章的空白合同书签订合同的；

（三）以可以对外使用的项目部印章签订合同的；

（四）建筑施工企业知道项目经理对外签订的合同而不表示反对的；

（五）代理权终止后签订合同，合同相对人未收到终止通知或者已经尽到合理注意义务的；

（六）建筑施工企业根据项目经理签订的合同向合同相对人主张权利或者履行支付款项等义务的。

六、有下列情形之一的，项目经理对外签订的合同对建筑施工企业不具有约束力：

（一）项目经理以个人署名签订合同或者虽以企业、项目部名义但个人签署，并无其他证据证明有权代理的；

（二）合同相对人知道或者应当知道项目经理未取得企业授权的；

（三）合同相对人知道或者应当知道项目经理代理权已经终止的；

（四）项目经理与合同相对人签订的合同明显损害企业权益的；

（五）签订合同时所盖印章为技术专用章等非合同专用章的；

（六）合同上所盖印章是项目经理伪造而合同相对人未尽到合理注意义务的。

七、项目经理对外签订的合同对建筑施工企业是否具有约束力，还应将下列情况作为综合分析判断因素：

（一）交易习惯，虽由项目经理个人签订合同，但以往交易后的结算等企业是否认可；

（二）合同标的物是否用于建设工程施工；

（三）合同标的物与建设工程所需是否相符；

（四）签订合同的时间是否在项目经理管理涉案工程项目期间；

（五）影响表见代理主客观要件认定的其他情形。

八、关于合同相对人善意且无过失主观要件的认定

（一）表见代理构成的客观要件和主观要件，是紧密联系相辅相成的两大要件，合同相对人在证明代理表象充分性的同时，一般也证明了自身善意及无过失的程度，即合同相对人在不知道项目经理无代理权方面不存在疏忽或者懈怠，并为此承担举证责任；

（二）对合同相对人主观上是否善意无过失的认定，应采客观认知标准，包括知道或者根据市场规则、生活常识可以推定的应当知道。原则上不认可因个体认知能力不同的差异性。

九、关于转包、违法分包、借用资质的实际施工人行为与表见代理的认定转包、违法分包、借用资质的实际施工人以建筑施工企业名义与合同相对人签订合同，合同相对人对代理表象应尽合理注意义务，实际施工人的行为构成表见代理的，由建筑施工企业承担责任。但合同相对人知道工程已转包、违法分包或者系出借资质的，应根据合同相对性原则确定责任人。

十、关于经济责任承包人与项目经理分离情况下表见代理的认定

（一）经济责任承包人是指与建筑施工企业以内部承包合同方式约定负责工程项目施工管理并对工程项目结算自负盈亏的承包人；

（二）经济责任承包人与建筑施工企业指派但并不实际行使工程管理权的项目经理不一的，经济责任承包人的职权按项目经理的职权和内部承包合同的规定确定；

（三）经济责任承包人以建筑施工企业名义管理工程，其签订合同的行为性质与表见代理的认定与项目经理相同；

（四）合同相对人知道或者应当知道经济责任承包人为自负盈亏承包工程，仍与其个人签订合同而不要求确认建筑施工企业行为的，应根据合同相对性确定合同主体，合同相对人要求建筑施工企业承担合同责任的，不应予以支持。

十一、严格防止涉及建筑施工企业的虚假诉讼。在审理民商事纠纷时，要从严审查项目经理是否存在以下情形：

（一）与分包人等恶意串通，销毁或者伪造签证、联系单、合同等结算资料后，由分包人等提起民事诉讼，向建筑施工企业索取或者拒付、少付相关款项的；

（二）与材料商、设备租赁商等勾结，签订虚高价格、数量等条款后，由材料商、设备租赁商等提起民事诉讼，向建筑施工企业索取相关款项的；

（三）与第三人恶意串通，伪造借据或者采取工程款债权转让等手段，由假债权人、假受让人提起民事诉讼，向建筑施工企业索取相关款项的。

十二、在审理民商事纠纷时，发现项目经理有下列情形之一的，应及时与侦查机关联系，将案件或者案件线索移送侦查机关处理：

（一）以公司、项目部名义对外签订经济合同，未按合同约定支付材料款或者设备租赁款等费用，携款潜逃、转移的；

（二）以公司、项目部名义采用骗取手段向第三人借款或者为自己借款作担保，携款潜逃、转移的；

（三）与第三人勾结伪造合同、联系单、签证等虚假结算资料向建筑施工企业套取虚高的工程相关款项并进行侵吞，或者携款潜逃、转移的。

对上述情形，建筑施工企业已向侦查机关报案，侦查机关已立案侦查的，法院不应受理；已受理的，中止审理或者移送侦查机关处理。

十三、对项目经理伪造印章的行为，涉嫌犯罪的，应把握以下几点：

（一）《刑法》第二百八十条“伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪”，并非“伪造公司、企业、事业单位、人民团体公章罪”，遵从字面解释的方法，将本罪名所称的“印章”理解为包括：公司公章、项目部章、合同专用章、技术专用章、财务专用章、法定代表人私章等印章；

（二）《刑法》第二百八十条属于行为犯，项目经理虽然没有利用伪造印章实施犯罪行为，但伪造印章数量已达 3 枚的，可以涉嫌犯罪移送侦查机关查处；对于项目经理伪造印章、虚构事实并通过非法手段获取非法利益的行为，造成严重后果或者恶劣影响的，符合《刑法》关于犯罪本质和该个罪构成要件的规定，可以不受 3 枚的限制，移送侦查机关查处；

（三）项目经理通过违规利用（伪造、偷盖、修改粘贴方式）建筑施工企业印章、虚假诉讼以及损害企业利益的其他手段，为获取非法利益而实施其他行为，可能构成其他犯罪的，应移送侦查机关一并查处。

十四、对项目经理以逃匿、去向不明等方式拒不支付劳动报酬的，对涉嫌犯罪的应移送侦查机关处理：

（一）依据最高人民法院《关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条、第七条规定，拒不支付劳动报酬罪犯罪主体的认定与行为人是否具备用工主体资格并不相关。本罪的犯罪主体包括用工单位或者用工个人；

（二）当建筑施工企业为用人单位时，项目经理（包括“合法的项目经理”与“挂靠的项目经理”）不具备用工主体资格，以逃匿、去向不明等方式拒不支付劳动报酬的行为实为职务侵占行为，宜以涉嫌侵犯财产犯罪移送侦查机关处理；

（三）当项目经理作为“包工头”为用工个人时，具备用工主体资格，以逃避支付劳动者的劳动报酬为目的而转移财产、逃匿、去向不明的，宜以涉嫌拒不支付劳动报酬罪移送侦查机关处理。

十五、对项目经理在工程材料没有使用的情况下，却提供给公司虚假增值税发票的行为，应以涉嫌犯罪移送侦查机关处理。

根据《刑法》第二百零八条第二款的规定，非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票后又虚开或者出售的，应依相应的重罪即“虚开增值税专用发票罪”定罪处罚。根据《刑法修正案（八）》的规定，明知是伪造的发票而持有的，若无法查清其来源行为或者来源行为尚不构成犯罪的，则应以《刑法》第二百一十条之一的“持有伪造的发票罪”查处。

十六、有本纪要第十二、十三、十四、十五的情形，涉嫌经济犯罪的案件，应按照最高人民法院《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》进行处理。

52. 绍兴市中级人民法院民事审判庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见(试行)

1．实际施工人仅起诉发包人要求支付工程款，发包人主张已按约向转包人、违法分包人付清了全部工程款，或实际施工人主张的工程款与发包人主张的欠付工程款不一致的，如何处理？

答：为查清发包人、转包人、违法分包人的具体付款情况，从而正确认定各方当事人的责任，应向当事人进行释明，由其申请追加转包人、违法分包人为案件当事人。人民法院根据案件具体情况，认为追加转包人、违法分包人为案件当事人却有必要的也可依职权追加。

2．实际施工人在两个以上，如存在同时起诉、先后起诉或尚有部分未起诉等情形，而发包人对转包人、违法分包人欠付的工程款数额却小于实际施工人主张的工程款总额，发包人对各实际施工人在欠付工程款范围内的责任如何判定？

答：根据不告不理原则，在事实清楚、权利义务关系可以独立认定并不以他案审理结果为依据的情况下，人民法院应当判决转包人、违法分包人承担付款责任，发包人在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任，但在欠付工程款已付清为限这一分配原则可视情况在事实认定及说理部分加以阐述。

3．建设工程施工合同中约定发包人有权委托具备相应资质的社会中介机构审计和工程造价司法鉴定，在合同约定的结算期限尚未届满前，承包人起诉要求支付工程款并申请司法鉴定，如何处理？

答：承包人在一审法庭辩论终结前没有证据证明发包人存在怠于履行义务的情形，则其主张权利属于条件不成就，应当判决驳回承包人的诉讼请求。如合同约定的结算期限在诉讼中届满，对承包人的诉讼请求，应予以支持。

4．承包人以发包人未按合同约定支付工程进度款为由主张工期顺延权，发包人以承包人未按合同约定办理工期顺延签证抗辩的，如何处理？

答：承包人不提出工期顺延申请就丧失要求顺延工期的权利之事项在合同中未作出明确约定，且承包人能举证证明因发包人迟延支付工程款进度足以影响工程施工进度的，对承包人提出的工期顺延主张，可根据案件实际情况酌情予以支持。对于延误工期的违约金，亦可根据双方当事人的过错程度及客观实际酌情确定。

5．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：“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。实践中对承包人确已提交竣工验收报告之事实如何认定？如果发包人确实存在拖延验收的情形，但验收发现质量确实不合格，需要整改或返工，竣工日期是否也以提交验收报告之日为准？

答：根据《建设工程质量管理条例)第十六条的规定，承包人除提交工程竣工报告外，还应具备竣工验收必备的施工管理资料、工程使用的主要建筑材料、建筑构配件和设备的进场试验报告、工程保修书等验收必备材料。若上述资料承包人未能具备而影响验收的不能认定发包人拖延验收。

工程竣工验收日期直接关系到工程款支付的起算点和工期是否认定处理等，但该起算点的认定仍须以质量合格为前提。如果发包人拖延验收，但验收后质量确实不合格，需要整改或返工的，竣工日期应为整改或返工符合质量要求后并扣除发包人拖延验收的时间。

6．建设工程在保修期内发生质量问题，发包人自行组织维修后提起诉讼，要求承包人承担维修费用，如何处理？

答：建设工程在保修期内发生质量问题，发包人应当就建设工程发生质量问题、要求维修的事项在保修期限内通知承包人。双方当事人就是否已经通知到承包人的事实存在争议的，人民法院应当结合案件具体证据认定。

发包人未通知承包人而直接自行组织维修的，或发包人的通知行为存在过错致使承包人未能收到通知的，对发包人组织维修的费用不予支持，但情况紧急、已严重影响第三人日常工作、生活或人身安全又无法及时通知承包人进行维修以及发包人的维修行为出于善意又有利于承包人的等情形除外。

发包人已通知承包人进行维修的，承包人在合理期限内未进行维修或明确表示不进行维修的，对发包人另行组织维修的费用，一般可予以支持。承包人对是否存在质量问题、费用合理性的问题提出异议的，可依法申请司法鉴定。

7．建设工程已经竣工验收合格，承包人起诉要求支付工程款，发包人要求扣除保修金、代付材料款、水电费等，或以工程存在质量问题为由行使同时履行抗辩权，如何处理？

答：合同约定保修金，在保修期未届满前，承包人要求支付包括维修金的全部工程款的请求不能成立。

双方当事人对代付材料款、水电费等均予以认定的，或虽意见不一，但根据现有证据依法可予以认可的，可以一并处理。如发包人是否为涉案承包人代付材料款及具体数额在本案中无法查清的，可告知发包人另案处理。

建设工程已经竣工验收合格，发包人以工程质量存在问题进行抗辩，不予支持；不影响工程竣工验收的整改问题，可告知发包人提起反诉或另案起诉。

8．施工过程中，发包方工作人员签证确认的工程机以及价款等的签证能否作为工程造价的结算依据？

答：当事人对工程量和价款等的签证、确认的具体人员授权或约定明确的，除该具体人员及法定代表人外，他人对工程量和价款等所做的签证、确认，原则上不能作为工程价款的结算依据。但行使签证、确认权的工作人员虽无代理权却又足以使他方相信其有代理权的事实和理由的，其所做的签证、确认一般也可以予以认定。人民法院在案件审理过程中可以结合实际情况分配各方当事人的举证责任。

9．当事人签订的合同约定工程款实行固定价，现一方当事人主张因工程量或质量标准变化导致实际施工的工程量较约定有所增减，要求对工程量增、减部分按实结算。如何处理？

答：双方对可能发生的工程量增减情形及计价方式有明确约定的，从约定。

如未明确约定，且双方对增强工程量事实的意见不一致，则应由提出增减主张的一方当事人就工程量是否存在增加及增减金额承担举证责任或申请鉴定，否则承担举证不能的法律后果。如提出增减主张的一方当事人要求对整个工程造价进行鉴定，则不予支持。

当事人要求按实结算增减工程量，应根据公平合理原则处理。鉴定标准一般可结合实际参照原工程预算所采用的定额标准。

10.当事人在中标合同之外，又另行签订有与中标合同实质性内容不同的施工合同，工程价款结算应当以哪个合同为依据？

答：法律、行政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，以备案的中标合同作为工程价款的结算依据。

法律、行政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又不一致的，可结合案件实际、衡平当事人利益予以认定。

实质性内容主要是指建设工程施工合同在工程价款、工程质量、工程期限三部分的内容。

11．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》第二十条“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”，如何理解、适用？

答：《解释》第二十条所称的“约定”应指双方当事人之间的特别约定。当事人仅依据建设工程施工合同格式文本中的通用条款第 33 条第 3 款之约定，不能适用《解释》第二十条规定。

如果发包人能举证证明其对于逾期答复没有过错的，则应当扣除相应的期间，根据公平合理原则处理。

12.承包人向发包人提交竣工结算报告后。发包人未在合同约定的期限内审核完毕，但其在约定期限内曾发函要求承包人补齐竣工结算资料，工程造价是否可视为已被认可？

答：完整的竣工结算资料应包括：(1)招投标文件资料；(2)施工总承包合同、分包合同、补充合同或其他与工程施工相关的协议书等；(3)工程竣工图纸（全套图纸，包括土建以及安装部分）；（4）设计变更图纸、设计变更签证；（5）施工过程中的工程量签订、地质勘查报告；（6）工程预算书；（7）发包人供应材料清单；（8）发包人预付工程款、垫付款明细；（9）其他与工程结算有关的资料。

若承包人未提供完整的竣工结算资料且该资料发包人不持有并直接影响审核正常进行的，发包人在约定的审核期内要求补充资料的，审核期限应自承包人补充资料之日起计算。承包人竣工结算报告上的工程造价不能视为已被发包人认可。

13．因建材价格大幅变动，建设工程施工合同当事人以继续履行合同明显不公或无力履行，合同目的无法实现为由，要求变更或解除原合同，如何处理？

答：人民法院应当依照最高人民《关于正确适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释（二）》及相关通知精神之规定，根据案件的实际情况，对是否适用情势变更原则审慎审查，从严把握。确需在个案中适用的，应当逐级报最高人民法院审核。必要时应报最高人民法院审核。

14．司法鉴定人员是否应当出庭，出庭费用如何处理？

答：根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第五十九条之规定，同时鉴于建设工程施工合同纠纷中委托鉴定事项的复杂性和专业性，故在当事人申请鉴定人员出庭的情况下，原则上应当予以支持。确实无法出庭的，亦应书面答应质询。

鉴定人员的出庭费用已包含在鉴定费用内的，不再另行收取。鉴定费不含鉴定人员出庭费用的，由申请出庭方预付或者由人民法院指定一方预付（如双方均申请鉴定人员出庭），该笔费用系诉讼费用，由法院在裁判文书中依法决定支付情况。

15．最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷使用法律问题的解释》第十四条第（一）项中的竣工验收合格之日如何理解？

答：承包人、发包人、设计、监理和勘察单位五方在工程验收联系单上最后一方签字的时间为竣工验收合格之日。

16．承包人认为合同中约定的逾期违约金过高请求调整的，如何把握过高的标准？

答：判断当事人的这类约定是否合理，应审查按照约定标准计算出的违约金总额是否会导致合同双方利益失衡。如果逾期违约金的数额超过了承包人拖延施工期给发包人造成的实际损失的 30%，一般应当酌情进行合理调整、如果发包人的实际损失难以计算的，对违约金数额的认定一般不应超过工程造价款总额的 20%。

17．承包人的优先受偿权范围如何界定？

答：承包人的优先受偿权范围局限于建设工程的工程价款，包括承包人应当支付的工作人员报酬、材料款、用于建设工程的垫资等实际支出的费用。

18．承包人转让其施工中形成的债权给第三人，该债权转让的效力如何认定？第三人作为受让人是否对承包人所建工程享有优先受偿权？

答：承包人转让其施工中形成的债权给第三人，在同时符合《合同法》第七十九条、第八十条规定之情形下，该债权转让效力应予认定。

因建设工程款具有优先受偿权性质，第三人基于受让债权当然取得优先受偿权，第三人作为受让人的优先受偿权范围仅限于承包人的优先受偿权范围。

19．农村村民建房、城市家庭住宅装修案件是否可适用最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷使用法律问题的解释》？

答：农村村民建房、城市家庭住宅装修属于承揽合同纠纷范畴，适用《中华人民共和国合同法》的相关规定。

法律、行政法规中对承包人的资质问题有强制性规定的，则承包人必须具备相应资质，否则认定合同无效。

53. 金华市中级人民法院关于建设工程审价委托管理的若干规定

【发文字号】金中法〔2011〕150 号

【生效日期】2011 年 10 月 14 号

为缩短建设工程造价鉴定期限，提高建设工程施工合同纠纷案件审判效率，依据《浙江省高级人民法院实施〈人民法院对外委托司法鉴定管理规定〉细则》，结合本市审判工作实际，制定本规定。

第一条 对需要鉴定的案件，业务庭在收到案件 10 日内或第一次开庭时，组织双方当事人在鉴定机构名册内协商选择鉴定机构。

协商不成的，由司法技术管理部门依照规定对外委托。标的额较大，证据材料多，案情复杂的案件，可以招投标形式确定鉴定机构。选定中标鉴定机构要考虑的内容为鉴定费用、鉴定期间、鉴定方案的合理性等。

第二条 业务庭在组织协商鉴定机构的同时，书面通知双方当事人在 15 日内提交鉴定材料。

第三条 业务庭可会同司法技术管理部门，指导双方当事人提交鉴定材料。鉴定材料一般包括：1、招、投标文件；2、施工合同；3、施工图纸；4、竣工图纸；5、开、竣工报告；6、工程验收单；7、工程联系单；8、工程价格签证单；9、隐蔽工程验收记录；10、结算书；11、计算稿等。

第四条 鉴定材料应当分门别类以时间顺序装订成册，册内列明内容清单，每一册写明编号，施工图纸单独装订提交，鉴定材料一式二份。

第五条 业务庭在收到鉴定材料后，应及时转交对方当事人，并在 10 日内组织当事人对鉴定材料进行质证，并制作质证笔录。

第六条 业务庭在完成鉴定材料交换与质证后的 3 日内，将《司法鉴定决定书》及相应的鉴定材料移交给司法技术管理部门，双方办好交接手续。

第七条 司法技术管理部门在收到鉴定材料后，应当在 5 日内将《司法鉴定委托书》及相关鉴定材料提交给鉴定机构，并办好交接手续。

第八条 司法技术管理部门在委托鉴定的同时，书面通知当事人限期向鉴定机构交纳鉴定费，逾期不交纳视为放弃鉴定。

第九条 鉴定机构在接受委托后 5 日内对鉴定材料进行审核，并函告司法技术管理部门需继续补充的鉴定材料。司法技术管理部门应于 3 日内将函告内容通知业务庭，由业务庭书面通知当事人在指定期限内提供材料。

业务庭在收到鉴定材料后，应及时转交对方当事人，并在 5 日内组织当事人对鉴定材料进行质证，制作质证笔录。业务庭及时将鉴定材料提交给司法技术管理部门，由司法技术管理部门及时交给鉴定机构。

第十条 司法技术管理部门，业务庭与鉴定机构协商确定鉴定初稿出具的期限，原则上不超过 3 个月。期限届满前 10 日内，因案件疑难复杂，经司法技术管理部门与业务庭批准，可适当延长鉴定时间，但最长不超过 1 个月。

鉴定机构应当在上述期限确定之日 1 个月内完成现场勘查。如鉴定需要，可再次向司法技术管理部门提出现场勘查。

第十一条 鉴定机构应在作出鉴定初稿后 3 日内通知司法技术管理部门，司法技术管理部门应在收到初稿后 3 日内通知双方当事人进行审核。当事人应在 7 日内书面提出审核意见，疑难、复杂案件审核时间不得超过 20 日。

第十二条 经审核鉴定初稿及当事人的书面意见，认为还需由当事人提交鉴定材料的，业务庭应在审核期限届满后 3 日内，书面通知当事人在指定期限内提交鉴定材料，告知当事人逾期不提交的法律后果。

业务庭在收到鉴定材料后，应及时转交对方当事人，并在 5 日内组织当事人对鉴定材料进行质证，制作质证笔录。业务庭及时将鉴定材料移交给司法技术管理部门，由司法技术管理部门及时交给鉴定机构。

第十三条 鉴定机构在收到案件所需的补充鉴定材料后，司法技术管理部门、业务庭与鉴定机构协商确定正式鉴定结论出具的期限，原则上不超过 1 个月。

第十四条 司法技术管理部门收到鉴定结论后，应会同业务庭予以审查，审查后认为鉴定机构已经完成鉴定事项的，移交给业务庭，双方办好交接手续。

第十五条 鉴定不能在确定期限内完成或者鉴定结论不符合委托要求的，由司法技术管理部门向鉴定机构提出书面意见，鉴定机构书面解释原因，鉴定机构在司法技术管理部门督办下限期完成或者进行补充鉴定。

司法技术管理部门必要时可组织鉴定专家进行指导和评审，鉴定机构应按专家指导意见进行工作。

第十六条 本规定由浙江省金华市中级人民法院审判委员会负责解释。

第十七条 本规定自公布之日起施行。

54. 金华市中级人民法院民事审判若干疑难问题讨论纪要（节选）

【生效日期】2009 年 07 月 30 日

本市各基层人民法院：

2009 年 7 月 1 日，市中院在金华召开全市法院民事审判疑难问题座谈会。会议期间，与会同志就当前民事审判过程中遇到的若干疑难问题进行了讨论，并形成了《民事审判若干疑难问题的讨论纪要》。现将该《纪要》印发给你们，供审判中参考。审判实践中如遇到新情况、新问题，希及时报告我院。

《纪要》中所涉及的问题，如国家及上级法院有新规定，以新规定为准。

……

26．工程竣工后，在合同约定的结算期限内施工方即提起诉讼的，如何处理？

双方在建设工程施工合同中约定建设方有委托社会审价的权利，在合同约定的结算期限未届满前，施工方即提起诉讼并向法院申请司法审价，该行为剥夺了建设方按合同约定委托社会审价的权利。在施工方没有证据证明建设方到期不履行义务的情况即提起诉讼，属起诉不适时，应当裁定驳回施工友的起诉。

27．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》第二条规定施工合同无效，但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。如果按定额计算的工程价款高于合同约定，承包人要求按定额计价，而发包人主张参照合同约定支付工程价款的，能否支持？

施工合同无效，但合同约定的工程结算标准是签约当时各方当事人自愿协商确定的，体现的是签约各方的真实意思，只要工程验收合格，从平衡各方利益考虑，应遵循双方有关工程造价结算的意思表示。无论承包人是否请求按合同约定方式结算，只要有一方请求参照合同约定结算工程价款，即应按合同约定结算。若按定额计算，承包人显然从中取得了超出合同约定的收益。

28．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：“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”。如果发包人拖延验收，但验收后质量确实不合格，需要返工，竣工日期是否也以提交验收报告之日为准?

司法解释所称的竣工验收报告应为工程竣工报告。根据《建设工程质量管理条例》第十六条的规定，承包人除提交工程竣工报告外，还应向建设单位提交施工管理资料、

工程使用的主要建筑材料、建筑构配件和设备的进场试验报告、工程保修书等验收必备资料。若因上述资料承包人未能提供齐备，致使发包人无法验收的，不能视为发包人拖延验收。如果发包人拖延验收，但验收后质量确实不合格，需要整改或返工的，可以参照《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》中关于商品房交付使用的规定，即交付使用必须具备质量合格的条件，如果质量不合格，那么提交工程竣工报告之日不应认定为竣工之日。竣工日期应当以工程质量合格为前提。

29．劳务分包企业的人员因劳务工资发生纠纷，其能否向劳务分包合同的发包人索要工资?

劳务分包合同符合《建筑法》第二十九条规定的劳务分包企业具备建设部《建筑业劳务分包企业资质标准》规定条件的。劳务分包企业的人员只能向劳务分包企业索要工资，不能直接向发包人索要。

30．丙没有资质借用有资质的乙公司名义承包了某房地产公司的某楼盘工程，丙又将该楼盘工程中的单项工程以乙公司名义或者项目部、项目部经理名义分包给第三人施工，现第三人就交付工程款起诉丙、乙，丙、乙对欠付的工程款应承担何种民事责任?

实际施工人明知项目经理丙是挂靠乙公司借用乙公司资质承包该工程的，根据合同相对性原则，实际施工人只能向项目经理丙主张工程款。被挂靠人乙不承担责任。

31．承包人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》第十七条的规定向建设单位主张欠付工程款利息的同时，又要求建设单位按合同约定支付违约金，能否支持?

司法解释第十七条规定利息计付标准有约定从约定。承包人向建设单位主张欠付工程款利息，就是要求建设单位承担欠付工程款的违约责任。既然合同中对欠付工程款的违约行为有支付违约金的约定，该合同条款应视为对利息计付标准的约定，不能另行再以中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息。

32．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（一）项中的竣工验收合格之日是指哪个时间点？

以承包人、发包人、设计和监理单位四方在工程验收联议单上签字的时间为验收合格之日。

33．如何认定施工企业内部承包合同的性质与效力？

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。

34．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，当事人以合同约定价款明显违反定额为由，主张价款约定无效，应否支持？以显失公平为由，主张撤销或变更合同，应否支持？

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、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。

35．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？

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。

36．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?

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。

37．建设单位迟延支付进度款并增加了工程量，但施工单位未按约定向建设单位提出工期顺延申请。施工单位逾期竣工。建设单位以逾期竣工为由提起诉讼时，施工单位可否以建设单位迟延支付进度款并就增加工程按定额工期主张顺延?

对因建设单位迟延支付进度款并增加了工程量，致使施工单位逾期竣工的，如果合同没有约定施工单位未向建设单位提出工期顺延申请就丧失要求顺延工期权利的，在诉讼中施工单位可以主张顺延。对迟延支付工程进度款的，顺延的工期，按工程进度款迟

延的时间确定；对增加工程量的，双方未约定工期又不能协商一致的，可以按定额工期顺延。

38．未经竣工验收，业主使用了部分单项工程，是否可以以业主使用时间作为整个工程的实际竣工时间?

业主占有的只是部分单项工程，业主使用时间只能视为该部分单质工程的实际竣工时间。因此，未经竣工验收，业主使用了部分单项工程，不能以业主使用时间作为整个工程的实际竣工时间。

39．施工单位向建设单位提交了竣工结算报告后，建设单位未在合同约定的期限内审核完毕，但建设单位在约定期限内曾发函要求施工单位补齐竣工结算资料，工程造价是否可视为已被认可？

建设单位对施工单位提交的竣工结算报告进行审核的前提条件是施工单位已提交了完整的竣工结算资料。完整的竣工结算资料应包括：1.招投标文件资料；2.施工总承包合同、分包合同、补充合同或其他与工程施工相关的协议书等；3.工程竣工图纸(全套图纸，包括土建以及安装部分)；4.设计变更图纸、设计变更签证；5.施工过程中的工程量签证；6.工程预算书；7.发包人供应材料清单；8.发包人预付工程款、垫付款明细；9.其他与工程结算有关的资料。若施工单位虽提交了竣工结算报告但未提供完整的竣工结算资料且该资料建设单位不持有并直接影响审核的，建设单位已要求补齐资料的，审核期限应自施工单位补齐资料之日起计算。并且不能视为施工方竣工结算报告上的工程造价已被建设方认可。

40.实际施工人起诉转包人或违法分包人主张支付工程款的，工程款中是否应包括税金、利润？

建设工程施工合同因工程转包或违法分包，或者没有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而无效，但建设工程经竣工验收合格的，实际施工人请求参照合同支付直接费中的工资或事实上已发生的材料款、机械台班费，以及工程款组成内容中的间接费和利润的，应予支持。

41．建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格的，工程价款和损失赔偿数额如何处理？

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》第二条规定精神，建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格的，承包人和发包

人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。损失赔偿数额可参照合同约定的违约责任计算。

42.建设工程施工合同中，当事人约定比如施工方拖延工期的，每拖延1天罚款1.5万元，工期提前1天奖励1.5万元等。对这类约定如何处理?

在建设工程施工合同中，判断当事人之间的这类约定是否合理，要看按照约定标准算出的罚款或者违约金的总额是否会导致合同双方利益失衡。如果不会导致合同双方利益失衡，可以按照合同约定判决；如果按照合同约定判决会导致合同双方利益失衡的，则应当进行调整。判断利益是否失衡的标准为：《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，即当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二家规定的“过分高于造成的损失”。如果因施工方拖延工期造成建设方的实际损失难以计算的，可以按照合同约定标准计算出的罚款或者违约金数额是否超过判决确定的工程款总额的30%为参照标准。如果超过的，可认定为利益失衡，未超过的，则可按照约定判决。

……

五、上海地区法院

55. 上海市高级人民法院关于执行《关于法院司法委托鉴定收费标准和工作时限的约定》的通知（节选）

【发布文号】沪高法（2006）26 号

【生效日期】2006 年 01 月 23 日

为贯彻《上海法院司法鉴定委托工作规则(试行)》，规范司法鉴定的收费标准和工作时限，法院和(各司法鉴定名册)机构经自愿协商一致，约定如下：

一、原则和依据

1．司法鉴定的收费应当低于社会委托鉴定的平均收费标准；

收费依据为：各行业政府主管部门的各项规定；司法实践中实际收费水准；高级法院建立司法机构名册时提出的要求和各机构参选所作承诺。

当事人属法律援助对象的，应当参照适用诉讼收费中最高人民法院《关于对经济确有困难的当事人提供司法救助的规定》，酌情减、免、缓收费。

2．司法鉴定的工作时限可略高于社会委托鉴定的工作时限。

高级法院通过电脑随机方式确定鉴定机构的日期为鉴定工作的开始时间。

鉴定过程中，如发现复杂、疑难情况需延长鉴定时限的，应及时向相关法院说明情况，提出适当延长时限的申请，经相关法院确认后报高级法院办理延长手续；如出现特殊情况导致鉴定无法继续进行的，应及时向相关法院说明情况，由相关法院决定该项目的中止或终止，报高级法院办理手续。

3．凡当事人申请委托鉴定的，相关法院的审判庭、执行庭按本规定确定的标准向申请人预收费用。法院依职权决定委托司法鉴定的，相关法院应当垫付费用，并在裁判文书中确定鉴定费用承担人。

4．鉴定过程中鉴定人需去异地出差的，原则上可按市财政局《上海市国家机关事业单位工作人员外埠差旅费开支规定》标准另行收取相关差旅费用，包括交通、住宿和伙食补贴。

二、收费计算标准和工作时限

……

(二)工程审价

工程审价收费(差额定率累进)：

送审额(万元)	费率(%以下)	完成时限(天)
100 以下	2	40
100--500	1	
500--1000	0.8	
1000--3000	0.6	60
3000--5000	0.4	80
5000—10000	0.26	
10000 以上	0.15	
注:如需要钢筋翻样的,以每吨 10 元另行计算		

说明

1、如遇特殊难度的项目(无图纸项目、装饰工程需现场丈量的项目、烂尾楼工程等)，收费可酌情上浮 20%～50%。

2、鉴定收费的基数(送审额)一般为工程造价预、结算，如涉及到工程需要打开计算的，以所有打开的鉴定金额为收费基数。

3、鉴定项目最低收费为 1000 元；家庭装潢、邻里纠纷或修复工程等标的额较小的委托鉴定，按上表差额定率累收费的 50%收取；其它低于 5000 元的小金额案件应协商酌情象征性收费。

……

六、安徽地区法院

56. 安徽省高级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指导意见

（2018 年）

为正确审理建设工程施工合同纠纷案件，根据《中华人民共和国民法通则》、《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》等法律和司法解释的规定，结合本省民事审判实际，制定本意见。

一、建设工程施工合同纠纷诉讼主体的确定

1．因转包、分包建设工程发生纠纷，实际施工人起诉承包人索要工程款的，一般不追加发包人为案件当事人，但为查明案件事实需要，人民法院可追加发包人为第三人。

因建设工程质量发生纠纷，发包人仅起诉承包人或仅起诉实际施工人的，人民法院可依当事人申请，将实际施工人或承包人追加为共同被告。

2．实际施工人已被挂靠单位名义签订建设工程施工合同，实际施工人或被挂靠单位单独起诉发包人索要工程款的，发包人可申请人民法院追加被挂靠单位或实际施工人为案件当事人；发包人起诉实际施工人或被挂靠单位的，人民法院可依被挂靠单位或实际施工人的申请，追加被挂靠单位或实际施工人为案件当事人。

3．未经登记成立的工程项目部不是适格的诉讼主体，应以设立该项目部的法人或法人的分支机构为当事人。

二、建设工程施工合同效力的认定

4．同时符合下列情形的，应认定为挂靠经营，所签订的建设工程施工合同无效：

(1)实际施工人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级；

(2)实际施工人以建筑施工企业的分支机构、施工队或者项目部等形式对外开展经营活动，但与建筑施工企业之间没有产权联系，没有统一的财务管理，没有规范的人事任免、调动或聘用手续；

(3)实际施工人自筹资金，自行组织施工，建筑施工企业只收取管理费，不参与工程施工、管理，不承担技术、质量和经济责。

5．符合下列情形之一的，应认定为违法分包，所签订的建设工程施工合同无效：

(1)承包人将建设工程主体结构的施工分包给他人完成；

(2)分包单位不具备相应的资质条件；

(3)分包未经建设单位认可；

(4)分包单位将其承包的工程再行分包。

6．同时符合下列情形的，应认定为劳务分包，所签订的合同有效：

(1)实际施工人具备劳务分包企业资质等级标准规定的一种或几种项目的施工资质，承包的施工任务仅是整个工程的一道或几道工序，而不是工程的整套工序；

(2)承包的方式为提供劳务，而非包工包料。

7．发包人未取得建设工程规划许可证，与承包人签订建设工程施工合同的，应认定合同无效，但起诉前取得规划许可证的，应认定合同有效。

违反建设工程规划许可证规定超规模建设的，所签订的建设工程施工合同无效，但起诉前补办手续的，应认定合同有效。

三、建设工程价款的确定

8．备案合同约定的价款与中标价不一致的，如该工程属必须招投标的工程，应按中标价确定工程价款；如该工程不属必须招投标的工程，当事人举证证明备案合同系双方真实意思表示或实际履行的合同，可以备案合同的约定确定工程价款。

9．承包人就招投标工程承诺对工程价款予以大幅度让利的，属于对工程价款的实质性变更，应认定无效；承包人就非招投标工程承诺予以让利，如无证据证明让利后的工程价款低于施工成本，可认定该承诺有效，按该承诺结算工程价款。

10．建设工程施工合同约定发包人应在承包人提交结算文件后一定期限内予以答复，但未约定逾期不答复视为认可竣工结算文件的，承包人请求按结算文件确定工程价款的，不予支持。

11．建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格的，应当参照合同约定确定工程价款。

12．建设工程施工合同终止履行，工程未完工但质量合格的，应参照合同约定确定工程价款。

13．非法转包、违法分包建设工程，实际施工人与承包人约定以承包人与发包人之间的结算价款作为双方结算依据的，应按该约定确定实际施工人应得的工程价款；实际施工人举证证明承包人与发包人之间的结算结果损害其合法权益的，人民法院可根据实

际施工人的申请，依据承包人与发包人之间的合同及相关签证确定实际施工人应得的工程价款。

14．建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格并交付发包人使用的，承包人应承担相应的工程保修义务和责任，发包人可参照合同约定扣留一定比例的工程款作为工程质量保修金。

四、违约责任的确定

15．承包人以发包人未按合同约定支付工程进度款为由主张工期顺延权，发包人以承包人未按合同约定办理工期顺延签证抗辩的，如承包人举证证明其在合同约定的办理工期顺延签证期限内向发包人提出过顺延工期的要求，或者举证证明因发包人迟延支付工程进度款严重影响工程施工进度，对其主张，可予支持。

因发包人迟延支付工程进度款而认定承包人享有工期顺延权的，顺延期间自发包人拖欠工程进度款之日起至进度款付清之日止。

五、工程价款优先受偿权的保护

16．装饰装修工程承包人主张工程款优先受偿权，可予支持；工程勘察人或设计人就工程勘察或设计费主张优先受偿权，不予支持。

17．建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格的，承包人主张工程价款优先受偿权，可予支持。

18．分包人或实际施工人完成了合同约定的施工义务且工程质量合格的，在总包人或非法转包人怠于主张工程价款优先受偿权时，就其承建的工程在发包人欠付的工程款范围内主张工程价款优先受偿权，可予支持。

19．本指导意见自下发之日起施行。

57. 安徽省高级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指导意见（二）

【生效日期】2014 年 01 月 01 日

为正确审理建设工程施工合同纠纷案件，根据《中华人民共和国民法通则》、《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》等法律和司法解释的规定，结合本省民事审判实际，制定本意见。

第一条 建筑施工企业的内部人员对外以企业名义承包工程，对内与企业签订承包协议，企业只收取管理费，不在资金、技术、设备、人力等方面提供支持，不承担技术、质量监管和经济责任的，应当认定为借用资质，以建筑施工企业名义与发包人签订的建设工程施工合同无效。

第二条 依法必须进行招标的建设工程，招标人与投标人在履行招投标程序前，以签订补充协议等形式对建设工程的施工范围、工期、计价方式、总价款等内容进行约定的，属串通投标，所签订的建设工程施工合同无效。

第三条 建设工程的开工日期应依据开工令、开工报告记载的时间予以认定。当事人认为实际开工时间与开工令、开工报告记载的时间不符的，应当承担举证责任。

因发包人原因导致延误开工的，以实际开工时间作为开工日期；因承包人原因导致延误开工的，以开工令、开工报告记载的时间作为开工日期。

既无开工令、开工报告，又无法查明实际开工时间的，依据合同约定的开工日期予以认定。

第四条 承包人未能提供顺延工期的签证等书面文件，但能够证明工程存在延期开工、不具备施工条件、设计变更、工程量增加、发包人指定的分包工程迟延完工、不可抗力等不可归责于承包人的原因，影响施工进度的，可以允许承包人相应顺延工期。

第五条 承包人已经按照合同约定或者《建筑法》第六十一条规定，向发包人提交竣工验收报告、其承包部分完整的工程技术经济资料和经签署的工程保修书，发包人拖延验收的，以上述资料提交齐全之日为竣工日期。但工程质量不合格的除外。

第六条 尚未竣工验收或使用的建设工程，承包人主张工程价款，发包人以工程质量不符合合同约定或者国家质量标准为由，主张减少工程价款或者扣除修复费用的，属于抗辩。

工程已经竣工验收合格，发包人又以工程质量不合格为由，主张承包人承担违约责任的，应当提起反诉。

第七条 不属于依法必须招标的建设工程，发包人与承包人又另行签订并实际履行了与备案中标合同不一致的合同，当事人请求按照实际履行的合同确定双方权利义务的，应予支持。

第八条 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，应当参照当事人实际履行的合同结算工程价款。

第九条 经过招投标的建设工程，当事人对工程量变化部分的工程价款如何确定没有约定，且不能协商一致的，参照建设行政主管部门的规定或者行业规范处理。

第十条 政府投资和以政府投资为主的建设项目，当事人在合同中约定以审计机关出具的审计报告、财政评审机构出具的评审结论作为工程价款结算依据，发包人请求依据审计报告、评审结论结算工程价款的，予以支持。

第十一条 非法转包、违法分包建设工程，实际施工人与承包人约定以发包人与承包人的结算结果作为结算依据，承包人与发包人尚未结算，实际施工人向承包人主张工程价款的，分别下列情形处理：

（一）承包人与发包人未结算尚在合理期限内的，驳回实际施工人的诉讼请求。

（二）承包人已经开始与发包人结算、申请仲裁或者诉至人民法院的，中止审理。

（三）承包人怠于向发包人主张工程价款，实际施工人主张参照发包人与承包人签订的建设工程施工合同确定工程价款的，应予支持。

第十二条 非法转包、违法分包建设工程的当事人未签订书面合同，又无法查明双方的计价方法或者计价标准，一方主张参照承包人与发包人签订的建设工程施工合同确定工程价款的，可予支持。

第十三条 实际施工人根据《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要求发包人承担责任，发包人对其已支付的工程价款数额负有举证责任。

第十四条 建设工程尚未竣工，合同终止履行的，已完工程质量合格，发包人主张按照合同约定扣留一定比例的工程价款作为质量保修金的，不予支持。

第十五条 建设工程施工合同履行过程中，人工、材料、机械费用出现波动，合同有约定的，按照约定处理；合同无约定，当事人又不能协商一致的，参照建设行政主管部门的规定或者行业规范处理。

因工期延误导致上述费用增加造成损失的，由导致工期延误的一方承担；双方对工期延误均有过错的，应当各自承担相应的责任。

第十六条 当事人同时主张违约金和利息的，可予支持。

当事人主张的总额在中国人民银行公布的同期同类贷款利率或贷款基础利率 4 倍范围内的，应当综合违约行为的情节、程度，给守约方造成损失的大小等因素进行确定。

当事人主张的总额超出中国人民银行公布的同期同类贷款利率或贷款基础利率 4 倍范围的，应当举证证明实际损失的数额，人民法院按照《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）》第二十九条的规定处理。

第十七条 一方当事人主张以自行委托中介机构作出的审核意见作为确定建设工程造价的依据，另一方有异议的，审核人员应当出庭接受质询。审核人员无正当理由拒不出庭的，审核意见不得作为定案依据。

第十八条 出具审核意见的审核人员已出庭接受质询，如果审核意见存在《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，且不能通过该条第二款规定解决，当事人又申请司法鉴定的，可予支持。

第十九条 工程价款、质量等需要通过司法鉴定确定，经一审人民法院释明，负有举证责任的当事人无正当理由拒不申请鉴定，或者在人民法院决定委托鉴定后拒不预交鉴定费用的，应当承担举证不能的法律后果。

上述当事人在二审期间又申请鉴定的，应当责令其说明理由，拒不说明理由或者理由不成立的，不予支持。

第二十条 人民法院对外委托工程造价鉴定，应当选择具有建设行政主管部门颁发的工程造价资质证书的鉴定机构。

第二十一条 鉴定机构出具的鉴定意见，因具有《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条规定情形，未被采信，当事人可以依据《中华人民共和国民事诉讼法》第七十八条的规定，向鉴定机构要求返还鉴定费用。

第二十二条 承包人仅对建设工程占用的土地使用权主张优先受偿权的，不予支持。

第二十三条 因发包人原因导致承包人施工期间停窝工产生的工人工资、设备租赁等费用，承包人将该费用与工程价款一并主张优先受偿权的，应予支持。

第二十四条 本意见自 2014 年 1 月 1 日起施行。

本意见施行后，法律、行政法规和司法解释作出新规定的，按新规定执行。

58. 安徽省高级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指导意见

【生效日期】2009 年 05 月 04 日

为正确审理建设工程施工合同纠纷案件，根据《中华人民共和国民法通则》、《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》等法律和司法解释的规定，结合本省民事审判实际，制定本意见。

一、建设工程施工合同纠纷诉讼主体的确定

1．因转包、分包建设工程发生纠纷，实际施工人起诉承包人索要工程款的，一般不追加发包人为案件当事人，但为查明案件事实需要，人民法院可追加发包人为第三人。

因建设工程质量发生纠纷，发包人仅起诉承包人或仅起诉实际施工人的，人民法院可依当事人申请，将实际施工人或承包人追加为共同被告。

2．实际施工人已被挂靠单位名义签订建设工程施工合同，实际施工人或被挂靠单位单独起诉发包人索要工程款的，发包人可申请人民法院追加被挂靠单位或实际施工人为案件当事人；发包人起诉实际施工人或被挂靠单位的，人民法院可依被挂靠单位或实际施工人的申请，追加被挂靠单位或实际施工人为案件当事人。

3．未经登记成立的工程项目部不是适格的诉讼主体，应以设立该项目部的法人或法人的分支机构为当事人。

二、建设工程施工合同效力的认定

4．同时符合下列情形的，应认定为挂靠经营，所签订的建设工程施工合同无效：

（1）实际施工人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级；

（2）实际施工人以建筑施工企业的分支机构、施工队或者项目部等形式对外开展经营活动，但与建筑施工企业之间没有产权联系，没有统一的财务管理，没有规范的人事任免、调动或聘用手续；

（3）实际施工人自筹资金，自行组织施工，建筑施工企业只收取管理费，不参与工程施工、管理，不承担技术、质量和经济责任。

5．符合下列情形之一的，应认定为违法分包，所签订的建设工程施工合同无效：

（1）承包人将建设工程主体结构的施工分包给他人完成；

（2）分包单位不具备相应的资质条件；

（3）分包未经建设单位认可；

（4）分包单位将其承包的工程再行分包。

6．同时符合下列情形的，应认定为劳务分包，所签订的合同有效：

（1）实际施工人具备劳务分包企业资质等级标准规定的一种或几种项目的施工资质，承包的施工任务仅是整个工程的一道或几道工序，而不是工程的整套工序；

（2）承包的方式为提供劳务，而非包工包料。

7．发包人未取得建设工程规划许可证，与承包人签订建设工程施工合同的，应认定合同无效，但起诉前取得规划许可证的，应认定合同有效。

违反建设工程规划许可证规定超规模建设的，所签订的建设工程施工合同无效，但起诉前补办手续的，应认定合同有效。

三、建设工程价款的确定

8．备案合同约定的价款与中标价不一致的，如该工程属必须招投标的工程，应按中标价确定工程价款；如该工程不属必须招投标的工程，当事人举证证明备案合同系双方真实意思表示或实际履行的合同，可以备案合同的约定确定工程价款。

9．承包人就招投标工程承诺对工程价款予以大幅度让利的，属于对工程价款的实质性变更，应认定无效；承包人就非招投标工程承诺予以让利，如无证据证明让利后的工程价款低于施工成本，可认定该承诺有效，按该承诺结算工程价款。

10．建设工程施工合同约定发包人应在承包人提交结算文件后一定期限内予以答复，但未约定逾期不答复视为认可竣工结算文件的，承包人请求按结算文件确定工程价款的，不予支持。

11．建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格的，应当参照合同约定确定工程价款。

12．建设工程施工合同终止履行，工程未完工但质量合格的，应参照合同约定确定工程价款。

13．非法转包、违法分包建设工程，实际施工人与承包人约定以承包人与发包人之间的结算价款作为双方结算依据的，应按该约定确定实际施工人应得的工程价款；实际施工人举证证明承包人与发包人之间的结算结果损害其合法权益的，人民法院可根据实际施工人的申请，依据承包人与发包人之间的合同及相关签证确定实际施工人应得的工程价款。

14．建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格并交付发包人使用的，承包人应承担相应的工程保修义务和责任，发包人可参照合同约定扣留一定比例的工程款作为工程质量保修金。

四、违约责任的确定

15．承包人以发包人未按合同约定支付工程进度款为由主张工期顺延权，发包人以承包人未按合同约定办理工期顺延签证抗辩的，如承包人举证证明其在合同约定的办理工期顺延签证期限内向发包人提出过顺延工期的要求，或者举证证明因发包人迟延支付工程进度款严重影响工程施工进度，对其主张，可予支持。

因发包人迟延支付工程进度款而认定承包人享有工期顺延权的，顺延期间自发包人拖欠工程进度款之日起至进度款付清之日止。

五、工程价款优先受偿权的保护

16．装饰装修工程承包人主张工程款优先受偿权，可予支持；工程勘察人或设计人就工程勘察或设计费主张优先受偿权，不予支持。

17．建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格的，承包人主张工程价款优先受偿权，可予支持。

18．分包人或实际施工人完成了合同约定的施工义务且工程质量合格的，在总包人或非法转包人怠于主张工程价款优先受偿权时，就其承建的工程在发包人欠付的工程款范围内主张工程价款优先受偿权，可予支持。

19．本指导意见自下发之日起施行。

59. 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。

具有建筑资质的企业法人，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 发包人或承包人以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

60. 广东高院关于审理建设工程合同纠纷案件疑难问题的解答

【发文字号】粤高法（2017)151 号

为统一建设工程合同纠纷案件的审理标准，根据《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）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》（以下简称《建设工程司法解释》）等相关法律的规定，结合我省法院审判工作实际，提出如下解答意见：

一、合同效力

1．建设工程依法必须进行招标的范围如何确定

工程建设项目包括项目的施工、勘察、设计、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，符合《中华人是共和国招标投标法》第三条第一款规定的三种条件之一，并达到《工程建设项目招标范围和规模标准规定》的相应范围和标准，应依法进行招标。但根据国务院《关于促进建筑业持续健康发展的意见》(2017 年第 19 号)，在民间投资的建设工程项目中，可由建设单位自主决定发包方式。

2.家庭室内装修和农村建房合同的效力如何认定

家庭室内装修和农村、建制镇、集镇规划区内自建低层住宅（二层以下、含两层）、建设工程投资额在 30 万元以下或者建筑面积在 300 平方米以下的合同纠纷，当事人以施工人没有施工资质而主张合同无效的，一般不予支持。

3．施工许可证是否影响建设工程施工合同的效力认定

建设工程施工许可证是行政主管部门对建设施工行为的行政管理措施，发包人未依法领取施工许可证的，不影响当事人签订的建设工程施工合同效力。

4．发包人或承包人能否按照承揽合同的规定解除建设工程合同

发包人或承包人行使建设工程合同的解除权应符合《建设工程司法解释》第八条和第九条的规定，其以《合同法》第二百六十八条和第二百八十七条规定为依据主张随时解除施工合同的，不予支持，合同另有约定的除外。

5．一、二审对建设工程合同效力认定不一致，二审应如何处理

一、二审对建设工程合同效力认定不一致的，二审法院可以释明当事人变更诉讼请求。如果经法院释明当事人变更诉讼请求，且各方当事人均同意由二审法院审理的，二

审法院可以参照《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》第三百二十八条第二款的规定审理，案件无需发回重审；当事人不同意由二审法院审理且合同效力对当事人诉讼请求影响重大的，案件发回重审。

承包人基于合同有效主张发包人支付逾期付款违约金，一审法院经审理判令发包人承担违约金，但二审法院经审查认为合同无效的，可依法直接判令发包人支付逾期付款的利息。

二、工程价款结算

6．建设工程合同无效情形下工程价款应如何结算

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

7．中标合同未在行政主管部门备案的，能否作为工程价款结算的依据

发包人经过合法招投标程序与承包人签订的中标合同，即使没有在建设主管部门备案，亦应作为结算工程价款的依据。双方当事人在诉讼中均主张不按照合法的中标合同进行工程价款结算的，不予支持。

8．《建设工程司法解释》第二十条规定的按照竣工结算文件结算工程价款，审判实践中应如何具体适用

建设工程施工合同约定，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。即使承包人未在合同约定的期限内提交竣工结算文件，发包人收到竣工结算文件后亦应在合同约定的期限内答复，逾期未答复的，承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的，应予支持。

承包人提交的竣工结算文件不符合合同约定或法律规定的条件，发包人逾期未予回复，承包入主张按照竣工结算文件结算工程价款的，不予支持，但可从逾期答复之日起计付应付工程款的利息，合同另有约定的除外。

9．工程质量保证金的返还期限应如何认定

根据《建设工程质量保证金管理办法》第二条的规定，质量保证金是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，缺陷责任期最长为 2 年。当事人对质量保证金返还期限有约定的，从其约定；没有约定或约定不明的，发包人应在最长缺陷责任期（2 年）期满后 28 日内将质量保证金返还给承包人。合同约定的缺陷责任期期满后，承包人仍应在保修期内对工程承担保修责任。

10.工程造价咨询企业超越其资质等级出具的鉴定意见如何处理

如果鉴定造价超过5000万元，但当事人在法院摇珠选定乙级工程造价咨询企业进行鉴定时未对资质提出异议，而在质证过程中又以造价咨询企业为乙级资质不能承接5000万元以上的鉴定业务而否定鉴定意见的，不予支持。

11.当事人约定以审核、审计结果作为工程款结算的条件无法成就时如何处理

当事人约定以财政、审计等部门的审核、审计结果作为工程款结算依据的，按照约定处理。如果财政、审计等部门明确表示无法进行审核、审计或者无正当理由长期未出具审核、审计结论，经当事人申请，且符合具备进行司法鉴定条件的，人民法院可以通过司法鉴定方式确定工程价款。

12.建设工程委托代建合同能否依据委托合同的规定处理

对于非经营性政府投资项目根据法律强制实行委托代建，代建单位作为项目建设法人，全权负责项目建设的组织管理、招投标和工程款支付义务的，其属于发包人。承包人依据《合同法》有关委托合同的规定主张委托人承担责任的，不予支持。对于其他委托代建工程建设项目，依据《合同法》有关委托合同的规定处理。

三、工程价款优先受偿权

13.建设工程合同无效是否影响承包人主张工程价款优先受偿权

建设工程施工合同无效，但工程质量合格的，发包人仅以施工合同无效为由主张承包人无权主张工程价款优先受偿权的，不予支持。

14.建设工程因承包人原因逾期完工的是否影响其主张工程价款优先受偿权

因承包人的原因，建设工程未能在约定期限内竣工的，承包人应承担的是逾期完工违约责任，其依据《合同法》第二百八十六条规定享有的优先受偿权不受影响。

15.利息是否属于工程价款优先受偿权的范围

利息属于工程价款的法定孳息，承包入主张利息属于工程价款优先受偿权范围的，应予支持。

16.建设工程承包人行使工程价款优先受偿权的起算时点应如何确定

建设工程承包人行使优先受偿权的期限为六个月，具体起算点按照以下方式确定：(1)工程已竣工的，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算，上述日期不一致的，以在后日期作为起算点，但合同约定的付款期限尚未届满的，以合同约定的付款期限届满之日作为起算点；(2)工程尚未竣工而合同解除、终止履行

的，以合同实际解除、终止之日作为起算点；（ 3)发包人主张以《建设工程司法解释》第十四条第（二）、（三）项作为承包人行使优先受偿权起算点的，不予支持。

17．承包人行使工程价款优先受偿权的方式应如何认定

建设工程承包人提起诉讼、申请仲裁主张工程价款优先受偿权，自行与发包人协商以该工程折价抵偿欠付工程款，申请法院将该工程拍卖以实现工程款债权，申请对建设工程拍卖款参与分配程序主张优先受偿权，或者向发包人以书面形式明确表示主张优先受偿权的，均属于对建设工程价款依法行使优先受偿权。

18．承包人能否单独主张工程价款优先受偿权

建设工程承包人提起仲裁、诉讼仅主张发包人向其支付工程款，未主张确认其对工程拍卖价款享有优先受偿权的，不视为行使优先受偿权。承包人另案主张工程价款优先受偿权的，应予受理。

四、工期

19.建设工程开工日期应如何认定

虽然发包人未取得施工许可证，但承包人已实际开工的，应以实际开工之日为开工日期，合同另有约定的除外。因未取得施工许可证而被行政主管部门责令停止施工的，停工日期可作为工期顺延的事由。

20．承包人未依约提出工期顺延申请的能否视为放弃工期顺延权利

发包人仅以承包人未在合同约定的期限内提出工期顺延申请而主张工期不能顺延的，不予支持，但合同明确约定承包人未依约提出顺延工期申请视为放弃权利的，按照约定处理。

五、民事责任承担

21．当事人在一审经释明未请求调整违约金标准，二审中又提出调整申请的，是否应予审查

当事人一方以对方违约为由主张支付违约金，对方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约等为由进行免责抗辩而未主张调整过高的违约金的，人民法院应当就法院若不支持免责抗辩，当事人是否需要主张调整违约金进行释明。在一审审理中经法院释明，建设工程合同违约方未提出违约金调整请求，但在二审审理中又主张调整违约金的，不予审查，有新证据证明违约金过高的除外。

22．实际施工入主张挂靠人和被挂靠人承担欠付工程款连带责任的如何处理

挂靠人以被挂靠人的名义承接工程后，又将工程进行分包或转包，实际施工人主张挂靠人和被挂靠人承担欠付工程款连带责任的，应区分情形处理：挂靠人以被挂靠人名义对外签订分包或转包合同的，挂靠人和被挂靠人承担连带付款责任；挂靠人以自己名义对外签订分包或转包合同的，挂靠人承担付款责任。

23.挂靠人主张被挂靠人和发包人承担欠付工程款连带责任的如何处理

因发包人欠付工程款，挂靠人主张被挂靠人和发包人承担欠付工程款的连带责任的，不予支持，但挂靠人和被挂靠人之间的合同明确约定被挂靠人承担支付工程款义务的除外。挂靠人主张被挂靠人支付已收取但尚未转付工程款的，应予支持。

24.《建设工程司法解释》第二十六条第二款规定在审判实践中应如何具体适用

《建设工程司法解释》第二十六条第二款规定的“发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”应定性为连带责任。如果发包人和总承包人未就工程款纠纷进入仲裁、诉讼程序，实际施工人单独起诉合同相对人后，另案起诉发包人在欠付工程价款范围内支付工程款的，应予受理。

根据《建设工程司法解释》第二十六条第二款的规定，发包人应举证证明已向总承包人支付的工程款数额。发包人和总承包人已对工程款进行结算的，按照工程结算款扣减已支付工程款确定发包人欠付工程款的数额；发包人和总承包人未对工程款进行结算且未进入仲裁、诉讼程序的，根据工程实际完工的情况，可以按照合同约定的工程结算款扣减已支付工程款确定发包人欠付工程款的数额，发包人和总承包人实际结算后，如发包人仍欠付总承包人工程款的，实际施工人可就差额部分另行起诉；发包人和总承包人就工程款的结算纠纷进入仲裁、诉讼程序的，实际施工人可以申请参加该案的诉讼，其另案主张发包人承担付款责任的，不予受理。

25.工程项目多次分包或转包的诉讼主体应如何确定

对于工程项目多次分包或转包的，实际施工人起诉合同相对方、发包人支付工程款的，为查明发包人欠付工程款的数额，应追加总承包人作为第三人。其余违法分包人、转包人如未参与实际施工，不影响案件事实查明的，可以不追加为案件诉讼主体。

26.违法分包、转包或挂靠合同涉及的管理费、税费应如何处理

违法分包、转包工程合同或者挂靠合同中约定管理费，如果分包人、转包人或被挂靠人在工程施工过程中履行了管理义务，其主张参照合同约定收取劳务费用的，可

予支持；实际施工人有证据证明合同约定的管理费过高的，可依法予以调整。分包人、转包人或被挂靠人代实际施工人缴纳了税费，其主张实际施工人负担的，应予支持。

27.建设工程项目停工后承包人移交场地的时间应如何认定

根据《合同法》第一百一十九条的规定，如果施工项目停工且无法继续履行，发包人已书面通知承包人移交场地的，承包人应在合理期间内（根据具体案情在一至六个月内酌定）与发包人办理场地移交手续以避免损失扩大，合同另有约定的除外。发包人主张承包人承担未及时移交场地所产生损失的，应予支持。

28．发包人向实际施工人支付的工程款能否在与承包人结算工程时予以抵扣

承包人请求发包人支付工程款，发包人主张对其已向实际施工人支付的工程款进行抵扣的，不予支持，但合同另有约定、承包人予以授权、生效裁决予以确定或者发包人有证据证明其有正当理由向实际施工人支付工程款的除外。

广东省高级人民法院办公室

2017 年 8 月 1 日

61. 广东省高级人民法院民二庭关于民商事审判实践中有关疑难法律问题的解答意见（节选）

【生效日期】2012 年 03 月 07 日

……

六、诉讼程序疑难问题

（七）法院在审理银行借款抵押权纠纷时建筑承包人就抵押物主张工程款优先权应如何处理

《中华人民共和国合同法》第二百八十六条规定建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。但各地法院在执行该规定的过程中遇到了许多问题，其中就包括工程价款的优先权与小业主的所有权、银行的抵押权如何平衡等问题。最高法院曾于 2002 年 6 月对上海高院的一个请示作出《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》，其中规定：人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定，认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。但由于该批复只是一个针对个案的司法解释，因此实践中仍然具有一定的局限性。由于建设工程款优先权问题涉及的问题太复杂，为了在平等保护各方利益的前提下，更有利于优先受偿权的司法适用，最高法院在 2004 年 9 月出台《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》时，删去了涉及建设工程款优先权的条文，待起草专门的司法解释。

我们认为，建筑承包人主张工程款与银行主张抵押债权分属不同的法律关系，银行的抵押权和建筑承包人的工程款债权是可以并存的，两种权利不存在此消彼长的问题，银行的抵押权只要符合法律规定，就是合法有效的，应受法律保护。两者的冲突仅在于受偿时优先受偿权优于抵押权，这是执行中的顺序问题。如果建筑承包人在审理银行借款抵押权案件中就抵押物主张工程款优先权，那么建筑承包人就不是无独立请求权第三人，而是有独立请求权的第三人，建筑承包人主张工程款与银行主张抵押债权是两个独立之诉，建筑承包人的诉讼标的是以现金支付的工程款或者工程变现款，银行主张抵押债权的诉讼标的是借款债权或者抵押财产（建筑工程）或变现款，这两种诉讼不符合《中华人民共和国民事诉讼法》关于诉的合并的规定，《中华人民共和国民事诉讼法》允许的是在一定条件下对同种类诉讼标的的几个独立之诉进行合并审理。若为查明案情需要，

可以在审理银行借款抵押权案件中追加建筑承包人，但其诉讼地位是为查明案情而追加的无独立请求权第三人。建筑承包人对抵押物主张工程款，只能另案起诉。抵押债权与工程款债权的受偿次序，应到执行阶段才得以体现。同理，银行借款抵押权案件不需以工程款案件审理结果为依据，因此，法院不应以等待建筑工程款纠纷案件审理结果为由中止借款抵押权案件的诉讼。

……

62. 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

（2006 年）

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》、《中华人民共和国建筑法》、《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更无效。

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，发包人受到竣工结算文件后，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过告违约金的规定处理。

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。

八、四川地区法院

63. 四川省高级人民法院关于印发《关于建立工程建设领域民事司法与行政执法衔接联动工作机制的意见》的通知

【发文字号】川高法发〔2020〕1 号

全省各级人民法院、成都铁路运输两级法院，全省各级发展和改革、住房城乡建设、交通运输、水利、人力资源社会保障、市场监督管理、自然资源、应急管理行政主管部门：

为进一步规范工程建设市场秩序，保障工程建设质量，维护农民工合法权益，促进建筑业健康发展，四川省高级人民法院与四川省发展和改革委员会、四川省住房和城乡建设厅、四川省交通运输厅、四川省水利厅、四川省人力资源和社会保障厅、四川省市场监督管理局、四川省自然资源厅、四川省应急管理厅共同制定了《关于建立工程建设领域民事司法与行政执法衔接联动工作机制的意见》。现将该意见印发给你们，请认真抓好贯彻落实，执行中如遇问题，请及时层报。

特此通知。

四川省高级人民法院

四川省发展和改革委员会

四川省住房和城乡建设厅

四川省交通运输厅

四川省水利厅

四川省人力资源和社会保障厅

四川省市场监督管理局

四川省自然资源厅

四川省应急管理厅

2020 年 4 月 3 日

关于建立工程建设领域民事司法与行政执法衔接联动工作机制的意见

第一条【工作目标】

建立健全工程建设领域民事司法与行政执法的衔接机制和联动机制，推动形成工程建设领域共建共治治理格局；加大对工程建设领域违法违规行为打击力度，提升工程建设领域治理有效性，促进建筑业良性健康发展。

第二条【工作原则】

充分发挥人民法院的民事审判职能和行政机关的行政执法职能，坚持各司其职、各尽其责；坚持信息共享、优势互补，协同实现治理目标。

第三条【专家咨询制度】

建立专家咨询制度。省法院和省级行政机关共同建立工程建设领域执法司法专家咨询库，为人民法院审理案件、行政机关行政执法提供专家咨询意见。专家咨询制度的具体建立及运行规则另行协商制定。

第四条【违法行为的司法移送】

人民法院在审判执行过程中发现当事人存在违法行为情形的，应当及时移送相关行政机关。

人民法院对当事人违法行为的移送包括违法行为线索的移送和违法行为的移送。

违法行为线索的移送是指人民法院在立案、审判、执行过程中发现当事人存在违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法情形的，应当及时将违法线索及材料移送相关行政机关。

违法行为移送是指人民法院在生效裁判文书中认定当事人存在违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法情形的，应当及时将生效裁判文书及证据移送相关行政机关。

人民法院在进行违法行为线索移送或者违法行为移送时，应当分别制作《违法行为线索移送处理函》《违法行为移送处理函》，并将相关材料一并送交相关行政机关。

第五条【司法移送的处理方式】

行政机关在收到人民法院送交的《违法行为线索移送处理函》《违法行为移送处理函》及相关材料后，应当及时依法受理、调查、认定和处理，并将处理结果及时反馈移送人民法院。

第六条【其他情形的司法通报】

人民法院在审判执行工作中发现当事人存在下列情形的，应当及时通报相关行政机关：

1.当事人违反工程建设审批手续建设的；

2.当事人任意压缩合理工期的；

3.建设工程质量不符合设计要求、存在安全隐患的；

4.建设工程未经竣工验收合格（交工验收）即交付使用的；

5.建设工程施工现场发生安全责任事故未上报的；

6.用工单位未实行农民工劳动用工实名制管理、未开设农民工工资专用账户、未及时将人工费用及时足额拨付至农民工工资专用账户、未及时支付工程款等导致拖欠农民工工资的；

7.其他人民法院认为应当予以通报的情形。

人民法院在进行上述通报时应当制作《工程建设领域相关情况告知函》，并将相关材料一并送交相关行政机关。

第七条【违法行为纳入征信系统】

行政机关应当将其查处的违法行为、处罚结果或者因行政处罚追诉期届满而不予处罚的违法行为记入相关单位、个人的征信系统或者信用档案，并向社会公示。

第八条【行政调解】

行政机关依照相关法律法规及规章等规定的行政调解职责，对与本行政机关履行工程建设领域行政管理职能有关的民事纠纷进行调解。

第九条【行政调解的司法确认】

行政机关就其主持当事人达成的具有民事权利义务内容的调解协议，可以告知当事人自调解协议生效之日起三十日内共同向该行政机关所在地的基层人民法院申请司法确认。

人民法院收到当事人司法确认申请，应当及时进行审查。除法定不予受理的情形外，应当在收到申请后三个工作日内予以受理。经审查符合确认条件的，应当自受理之日起十五日内作出裁定，确认调解协议效力。

人民法院办理当事人申请司法确认案件，向行政机关了解调解情况、调阅调解材料、调查收集证据的，行政机关应当予以配合。

第十条【司法邀请调解】

人民法院在审判执行工作中可以根据纠纷解决的实际需要邀请相关行政机关参与案件调解。

人民法院邀请行政机关参与调解的，应当向行政机关发送《邀请调解函》，受邀请的行政机关应当及时派员参加。

第十一条【沟通通报制度】

建立衔接联动工作机制的沟通通报制度。省法院和省级行政机关每年至少召开一次会议，通报本系统对工程建设领域违法行为的认定查处情况，总结开展衔接联动工作机制经验，解决衔接联动工作机制存在问题，并就工程建设领域法律的统一执行进行研讨。

会议采取省法院和省级行政机关轮流召集方式进行。

第十二条【发布典型案例】

省法院与省级行政机关应当注重和加强涉及合规性经营典型案例的收集和总结，不定期向社会发布典型案例，加大宣传力度，推动工程建设企业合法依规经营。

第十三条【联络员】

省法院与省级行政机关及其下级单位应当确定衔接联动机制的联络部门和具体联络人，负责衔接联动机制的日常沟通与协调，确保衔接联动机制有效运行。

第十四条【上下衔接】

下级单位在执行本意见过程中有遇到的问题和意见建议应当及时层报，上级单位应当及时协调处理。

64. 四川省高级人民法院民事审判第一庭关于印发《关于涉新冠肺炎疫情相关民事案件审理的法官会议纪要》的通知（节选）

【发文字号】川高发民一[2020]1 号

【发布日期】2020 年 03 月 03 日

全省各中级人民法院民事审判庭、成都铁路运输中级法院民事审判庭：

为全面落实中央、省委和最高人民法院、四川省高级人民法院关于依法防控新冠肺炎疫情、保持经济平稳运行和社会和谐稳定的部署和要求，充分发挥民事审判职能作用，依法妥善审理涉疫情相关民事案件，民一庭经专题讨论、广泛征求意见，并经本院审判委员会讨论原则通过，形成了《关于涉新冠肺炎疫情相关民事案件审理的法官会议纪要》。现印发给你们，供审判中参考。实践中存在的问题，及时层报。

附:《关于涉新冠肺炎疫情相关民事案件审理的法官会议纪要》

四川省高级人民法院民事审判第一庭

2020 年 3 月 3 日

四川省高级人民法院民事审判第一庭关于涉新型冠状病毒感染肺炎疫情相关民事案件审理的法官会议纪要（节选）

为深入贯彻落实习近平总书记关于新型冠状病毒感染肺炎疫情防控工作（以下简称疫情防控）的系列重要指示精神，全面落实中央、省委和最高人民法院、省法院关于依法防控疫情、保持经济平稳运行和社会和谐稳定的部署和要求，充分发挥民事审判职能作用，依法妥善审理涉疫情相关民事案件，省法院民事审判第一庭法官对疫情防控背景下民事审判工作的形势与任务，不可抗力与情势变更的正确把握，涉疫情劳动争议、建设工程、房屋租赁与买卖、民间借贷等案件审理的有关问题进行了专题讨论，达成共识并形成了法官会议纪要。

一、形势与任务

会议分析认为，在疫情防控背景下，全省法院民事审判工作面临以下新形势、新任务：一是涉疫情民事案件预计会有较大幅度增长，劳动争议、建设工程、房屋买卖与租赁、民间借贷纠纷案件预计将有较大增幅。二是案件审理难度更大。基于经济下行压力

加大与疫情防控双重不利因素的叠加，当事人矛盾可能更加尖锐，对法官办案质量与效率要求更高，民事审判任务将更加繁重。同时，因交通管制、当事人涉疫情、社会心理变化等亦会导致审判推进难度加大，需要对此作出充分预判。三是指导任务更重。涉疫情案件系非常态案件，新情况、新问题较多而审判经验积累不足，下级法院对上级法院审判指导的需求、社会对司法规则指引的需求多且迫切，需大力强化司法的裁判、评价和指引功能。

为此，全体法官要树立强烈的忧患意识和责任意识，充分认识新形势、新任务，秉承“六稳”基本思路，坚持立足审判、服务大局的责任担当，强化同舟共济、共克时艰的核心理念，充分运用法治思维和法治方式，以更加清醒的头脑、更加努力的工作、更加扎实的作风、更加精准的裁判，依法妥善解决涉疫情民事纠纷案件。同时，要认真研究并及时解决涉疫情民事案件典型问题，有计划地及时发布涉疫情典型案例，进一步加大对下指导、对外宣传力度，确保裁判规则和裁判尺度统一公开，为社会提供纠纷解决的明确预期，促进纠纷自行和解和调解。通过有力措施，努力减少涉疫情衍生案件，切实降低当事人涉疫情的纠纷消耗和诉讼消耗，为夺取疫情防控和经济社会发展工作的双胜利提供坚强有力的司法保障。

会议讨论还认为，当前，为夺取疫情防控和经济社会发展工作的双胜利，国家及省级层面就疫情防控及推动经济社会发展均出台了相关政策，要高度重视和积极关注上述政策，注意司法裁判与上述社会经济政策的衔接，确保司法裁判的法律效果与社会效果相统一。

二、关于涉疫情当事人主张不可抗力、情势变更的问题

会议讨论认为，在疫情防控背景下，当事人可能以不可抗力为由主张免除或部分免除不当履行合同的违约责任，也可能以因不可抗力致使不能实现合同目的为由要求变更或解除合同，还有可能以情势变更为由请求变更或解除合同。上述情形都会对合同秩序造成较大冲击。为此，要注意遵循民法自由、公平、诚信的基本原则，积极引导当事人诚信磋商、互谅互让、共担风险、共渡难关。就不可抗力和情势变更是否成立，要根据不可抗力和情势变更的成立要件，注意结合案件的具体情况，在个案中进行准确识别和慎重认定，不能简单以合同履行地在疫区、合同履行时间在疫情防控期间、价格出现一定涨跌等即认定不可抗力、情势变更成立。

（一）关于不可抗力的问题

2020 年 2 月 10 日，全国人大常委会法制工作委员会发言人在发言中指出：当前我国发生的疫情这一突发公共卫生事件，政府采取了相应的防控措施，如延期复工、复工备案、人员隔离、交通管制等措施。对于因此不能履行合同的，属法律规定的不可抗力事件。

在依据《民法总则》第 180 条和《合同法》第 94 条、117 条的规定处理不可抗力免责案件时，应当注意以下几个问题：

1.当事人主张不可抗力免责，符合以下条件的，可以认定其主张成立：（1）当事人在订立合同时没有预见也不能预见到疫情发生和疫情防控措施实施，并且未在合同中作出预先安排；（2）当事人所在地或合同履行地政府采取了疫情防控措施，当事人及其履行行为属于疫情防控措施涉及、影响的对象；（3）疫情防控措施发生在合同订立后、合同履行完毕前；（4）当事人不当履行合同与疫情发生及疫情防控措施实施具有因果关系；（5）导致当事人不当履行合同的事由不能避免、不能克服。

2.当事人主张不可抗力免责，具有下列情形的，不予支持：（1）当事人在订立合同时已经知道或者应当知道疫情发生或者疫情防控措施实施的；（2）当事人不当履行合同与疫情发生及疫情防控措施不具因果关系；（3）当事人不当履行合同虽与疫情发生及疫情防控措施实施有关，但并非不能避免、不能克服。

3.当事人主张不可抗力免责，应当根据“谁主张、谁举证”的原则，就其受到不可抗力的影响、不可抗力对其不当履行合同具有因果关系承担举证责任。

4.在援用不可抗力免除或部分免除当事人违约责任时，应当注意以下问题：

（1）根据“原因与责任相比例”的原则，不可抗力作为合同违约的免责事由，仅在其影响所及的范围内不发生责任。不可抗力只对合同部分义务的履行产生影响的，仅得免除违反该部分义务的违约责任，不得免除违反其他合同义务的违约责任；不可抗力仅导致合同一时不能履行的，仅得免除不可抗力影响期间的迟延履行义务，不得免除不可抗力事由消除后的迟延履行义务，更不得免除继续履行合同的义务；当事人损失系由不可抗力与债务人原因共同形成，主张当事人仅得根据不可抗力的原因力大小免除其相应责任；当事人在疫情及疫情防控措施发生前已经存在迟延履行合同义务情形的，应当按照《合同法》第 117 条关于“当事人在迟延履行后发生不可抗力并主张不可抗力免责的，人民法院不予支持”的规定处理。

（2）当事人一方以合同存在《合同法》第九十四条第一项情形要求解除合同的，应当根据《合同法》第九十四条第一项的规定，结合合同种类、性质、预期利益、履行情况、疫情及疫情防控措施妨碍合同履行程度等，综合判断合同是否应当解除。当事人主张符合上述法律规定的，应当判决解除合同，主张解除一方当事人不承担合同解除的违约责任。

（3）不可抗力系法定免责事由，除法律另有规定的外，当事人关于不可抗力不予免责的约定应属无效，但当事人可就不可抗力发生后的损失分担进行约定。不可抗力发生后，合同就损失分担有明确约定的，一般按照合同约定处理；合同没有约定的，要推动当事人进行积极协商；协商不能时，依据公平原则、诚实信用原则和权利义务相一致原则在当事人之间进行合理分配。

（4）当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当根据《合同法》第一百一十八条的规定及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。当事人一方未能及时通知导致对方当事人损失的，应当承担相应的赔偿责任；当事人一方履行了及时通知义务，相对方未能及时采取措施导致损失扩大的，由相对方就其扩大的损失自行承担责任。

（二）关于情势变更的有关问题

会议讨论认为，在疫情防控期间以及疫情结束后、社会经济秩序完全恢复前，可能出现人工工资、资金、生产资料、物流价格的非常态上涨，可能出现物流效率较低及供应链不畅，上述因素可能影响当事人履行合同的成本、收益并使当事人之间利益失衡。当事人为此援引情势变更原则请求变更或解除合同的，人民法院在处理时应当注意以下问题：

1.审查情势变更案件，应当依照《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）》（以下简称《合同法司法解释二》）第二十六条的规定，参照《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》的精神，按照最高人民法院《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）服务党和国家工作大局的通知》（法〔2009〕165 号）的要求，正确认识和处理合同严守与合同正义的关系，严格把握，审慎认定，避免当事人以情势变更为由获取不当利益，避免情势变更被滥用损害交易秩序和交易安全。

2.审查判断情势变更成立，应当符合以下条件：第一，合同赖以成立的基础条件发生了不属于商业风险的重大变化；第二，该基础条件的重大变化为当事人在订立合同时

所不能预见且不可归责于当事人；第三，该基础条件的重大变化发生在合同成立之后、合同履行完毕之前；第四，基于该基础条件的重大变化，按照一般理性人的判断继续维持和履行合同会对一方当事人明显不公平。

3.审查和适用情势变更，应当注意正确区分情势变更和商业风险，排除商业风险情形。商业风险属于从事商业活动的固有风险，诸如尚未达到异常变动程度的供求关系变化、价格涨跌等。情势变更是当事人在缔约时无法预见的非市场系统固有的风险。在判断疫情引发的某特定情形是否属于情势变更时，应当注意审查该特定情形的风险程度是否远远超出正常人的合理预期、交易性质是否属于通常的“高风险高收益”范围等因素，结合合同安排、合同基础条件的变化、合同基础条件的变化对当事人的影响、影响程度等，在个案中进行识别。

4.审查情势变更案件，人民法院只能依照当事人请求进行，不能依职权径行认定。在审判过程中，遇有情势变更情形的，要积极引导当事人对合同进行重新协商改订。在援用情势变更原则判决变更合同、解除并清结合同时，应当根据公平和诚实信用原则，结合合同整体交易结构、当事人具体权利义务安排、当事人履行合同情况、过错程度、预期利益等，本着权利与义务相一致、侧重于保护守约方的原则，公平合理地调整双方利益关系。对决定援用情势变更原则作出裁判的，应当依照法〔2009〕165号文件的要求，层报省法院审核，必要时由省法院报请最高人民法院审核。

（三）应当注意区分不可抗力与情事变更的适用场景及具体功能

1.两者适用场域不同。不可抗力既可适用于合同纠纷案件，又可适用于侵权纠纷案件；情势变更则只能适用于合同纠纷案件。

2.适用情形不同。不可抗力既可适用于合同不当履行的免责情形，又可适用于因不可抗力不能实现合同目的时的合同解除情形；情势变更则仅适用于因情势变更导致双方利益显著失衡时的合同变更或者解除情形。

3.法律功能不同。不可抗力系法定免责事由，以免除当事人不当履行合同的违约责任为目的；情势变更非法定免责事由，以平衡当事人利益为目的。

……

四、关于涉疫情建设工程案件审理的有关问题

会议讨论认为，建设工程具有资金密集、从业人员众多、工程周期长环节多、行政监管参与度较高等特点，既往即属纠纷易发多发领域。疫情防控背景下，涉及工期延误、

材料设备人工价格上涨、费用增加、停工损失分担、违约责任处理等问题出现概率较大并可能由此引发诉讼，对此要有充分预判并做好切实应对。

1.关于当事人主张不可抗力的处理

实务中，建设工程合同当事人往往采用《建设工程施工合同（示范文本）》签订合同，示范合同文本对不可抗力的确认、通知、后果的承担、因不可抗力解除合同等均作出了明确约定，特别是对不可抗力导致的人员伤亡、财产损失、费用增加和工期延误等后果，均明确了处理原则。在审理中，遇有不可抗力情形的，由此造成的工期延误及损失、费用增加，包括停工损失、材料设备人工价格上涨等，合同有约定的严格按照合同分配当事人权利义务；合同没有约定的，则可参照《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）中第 9.10 条不可抗力规定的原则及公平原则，由发承包双方分别承担。

2.关于承包人主张顺延工期的问题

工程项目因应对疫情及因疫情防控停工，承包人主张顺延工期的，应予支持。顺延的工期一般应当确定为政府在启动公共卫生事件一级响应后发布关于停工停产之日起至政府批准复工之日或政府复工限制措施取消之日止。承包人主张因疫情劳动者返程迟延导致工期延误并主张顺延工期的，承包人应当就其主张举证，事由成立的，应予支持；事由不成立的，应予驳回。双方对工期顺延存在争议的，应当依照《最高人民法院关于建设工程合同若干问题的解释（二）》第六条的规定予以处理。

3.关于承包人主张价款调整的问题

按照疫情防控要求，针对合同工程涉及的文明施工、施工现场环境、卫生标准增加的费用，当事人有约定的按约定；无约定且协商不能时，上述因疫情防控新增加的费用，根据安全文明施工费由发包方承担的合同惯例，参照示范合同文本载明的“承包人经发包人同意采取合同约定以外的安全措施所产生的费用，由发包人承担”约定处理。对于承包人主张的应发包人要求赶工所增加的费用，当事人有约定的按约定，无约定的，由发包人承担。对于承包人主张的人工设备、原材料等价格大幅波动增加的费用，当事人有约定的按约定，无约定的，根据当事人的申请，按照或参照情势变更的相关处理原则进行妥善处理。

4.关于建设工程违约金调整的问题

疫情防控背景下，判断约定违约金是否过高，一般应当以《合同法》第 113 条规定的损失为基础，考量疫情因素对合同不当履行是否构成影响及影响程度，兼顾合同履行情况、当事人过错程度以及预期利益等因素综合确定，并由主张违约金过高的违约方就违约金是否过高承担举证责任，避免其以疫情防控为名规避责任或者获取不当利益。需要注意的是，建设工程价款作为建设施工的对价之债，并非借款合同项下的还款义务，不能简单以受法律保护的民间借贷利率上限作为判断违约金是否过高的标准，要针对个案进行具体分析和判断。

……

2020 年 3 月 3 日

65. 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 03 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变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明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，实际施工人因承建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苑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入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。

66. 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

【生效日期】2010 年 06 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。

九、重庆地区法院

67. 重庆市高级人民法院 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问题的解答

【生效日期】2022 年 12 月 28 日

为统一裁判尺度，指导川渝地区正确审理建设工程施工合同纠纷案件，根据《中华人民共和国民法典》《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）》等法律、行政法规及司法解释规定，结合川渝两地审判实践，制定本解答。

一、如何认定是否属于必须招标的工程项目？

答：审查建设工程是否属于必须招标的工程项目范围，应当根据《中华人民共和国招标投标法》《中华人民共和国招标投标法实施条例》、国家发展和改革委员会《必须招标的工程项目规定》（2018 年第 16 号令）、《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》（发改法规规〔2018〕843 号）等相关规定确定。

订立合同时属于必须招标的工程项目，但在起诉前属于非必须招标工程项目，可以认定建设工程属于非必须招标工程项目。

二、装饰装修合同的承包人不具备相应的施工资质是否影响合同效力？

答：装饰装修工程可以分为工业装饰装修工程和家庭居室装饰装修工程。工业装饰装修工程的承包人应当具备相应的施工资质，不具备相应的施工资质或者超越资质等级所签订的装饰装修合同应当认定为无效。家庭居室装饰装修工程的承包人不具备相应的施工资质的，不影响装饰装修合同的效力，但装修活动涉及变动建筑主体和承重结构，或者法律、法规要求承包人应具备相应施工资质的除外。

通常情形下，家庭居室装饰装修工程的装修对象应为住宅用房，商服用房、办公用房等非住宅用房的装修不属于家庭居室装饰装修工程。家庭居室装饰装修工程主体应为业主或者住宅使用人，建设单位为进行成品房销售而实施的批量住宅装修一般不属于家庭居室装饰装修工程。

三、农民自建建筑物施工合同的承包人不具备相应的施工资质是否影响合同效力？

答：农民自建两层（含两层）以下的住宅，属于《中华人民共和国建筑法》第八十三条规定的“农民自建低层住宅”，承包人不具备相应的施工资质的，不影响施工合同的效力。

农民自建三层（含三层）以上的住宅或者自建非住宅建筑的，承包人应当具备相应的施工资质，不具备相应的施工资质或者超越资质等级所签订的施工合同应当认定无效。

四、承包人请求发包人支付工程价款，发包人主张建设工程质量不符合合同约定或者法律规定的，如何处理？

答：承包人请求发包人支付工程价款，发包人以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由主张权利的，应当区分情形分别予以处理：

建设工程竣工验收后，发包人以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由主张权利的，人民法院应当告知其按照建设工程有关质量缺陷责任、保修责任的规定进行处理。

建设工程虽未竣工验收但发包人擅自使用后，发包人以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由拒付工程价款或主张质量缺陷责任的，人民法院不予支持，但发包人有证据证明地基基础工程和主体结构工程存在重大质量问题的除外。

建设工程完工后尚未进行竣工验收且发包人未擅自使用的，承包人请求发包人支付工程价款，应当根据发包人抗辩的具体内容分别作出处理：

（一）以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由拒绝支付工程款，发包人举证证明因承包人原因导致工程尚未进行竣工验收或申请司法鉴定确认建设工程质量不合格的，人民法院予以支持；

（二）发包人根据《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）》第十二条之规定主张减少支付工程价款的，发包人能够举证证明应当减少的工程价款数额或者合理修复费用的，人民法院可以从工程价款中予以扣除；

（三）发包人根据《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）》第十六条之规定主张承包人承担违约金或者赔偿修理、返工、改建的合理费用等损失的，人民法院可告知发包人提起反诉。

五、当事人请求以审计单位的审计意见作为确定工程造价依据的，如何处理？

答：建设工程施工合同未约定工程造价以审计单位的审计意见或者财政评审机构作出的评审结论为准，当事人请求以审计单位作出的审计意见、财政评审机构作出的评审结论作为确定工程造价依据的，人民法院不予支持。

建设工程施工合同约定工程造价以审计意见为准，但审计单位未能出具审计意见的，人民法院应当对审计单位未能出具审计意见的原因进行审查，区分不同情形分别作出处理：

（一）因承包人原因导致未能及时进行审计的，如承包人未按照约定报送审计所需的竣工结算资料等，承包人请求以申请司法鉴定的方式确定工程造价的，人民法院不予支持；

（二）因发包人原因导致未能及时进行审计的，如发包人收到承包人报送的竣工结算资料后未及时提交审计或者未提交完整的审计资料等，可视为发包人不正当地阻止条件成就，承包人请求以申请司法鉴定的方式确定工程造价的，人民法院予以支持；

（三）因审计单位原因未及时出具审计意见的，人民法院可以函告审计单位在合理期间内出具审计意见。审计单位未在合理期间内出具审计意见又未能作出合理说明的，承包人请求以申请司法鉴定的方式确定工程造价的，人民法院予以支持。

六、无效建设工程施工合同中约定的管理费如何处理？

答：转包人、违法分包人、出借资质的建筑施工企业已经收取了管理费，实际施工人以建设工程施工合同无效为由请求返还的，人民法院不予支持。

未实际参与施工、组织管理协调的转包人、违法分包人、出借资质的建筑施工企业请求实际施工人按照无效建设工程施工合同约定支付管理费，人民法院不予支持。

实际施工人请求转包人、违法分包人、出借资质的建筑施工企业支付的工程款中包含管理费的，对于管理费部分不予支持。

七、建设工程施工合同约定工程造价以第三方的咨询意见为准，一方当事人单方委托第三方出具的咨询意见能否作为确定工程造价的依据？

答：建设工程施工合同约定工程造价以第三方的咨询意见为准，但未约定具体单位的，双方当事人共同委托第三方对结算资料进行审核，并明确表示受咨询意见约束的，可依据咨询意见确定工程造价。

一方当事人单方委托第三方对预结算书等结算资料进行审核所出具的咨询意见原则上不能作为确定工程造价的依据，但双方当事人通过委托合同或者其他方式明确表示接受咨询意见约束等情况除外。

八、如何认定内部承包合同关系及其效力？

答：建筑施工企业将其自身承包的工程交由与其建立了劳动关系的企业职工或者下属分支机构经营管理，利用建筑施工企业特定的生产资料完成工程施工，对相关经营管理权以及利润分配、风险承担等事项达成合意的，属于内部承包。当事人以《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）》第一条第一、二项规定主张合同无效的，人民法院不予支持。

审判实践中，可以结合下列情形综合判断是否属于内部承包：

（一）内部承包人为建筑施工企业下属分支机构，其与建筑施工企业之间是否存在管理与被管理的隶属关系；

（二）内部承包人为个人的，如本企业职工或在册项目经理等，其与建筑施工企业之间是否存在劳动关系；

（三）内部承包人是否在建筑施工企业的管理和监督下进行项目施工，使用建筑施工企业的建筑资质、商标及企业名称等是否属于职务行为；

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

（五）承包人组织项目施工所需的资金、技术、设备和人力等方面是否由建筑施工企业予以支持；

（六）承包人与建筑施工企业是否共享利润、共担风险。

九、建设工程施工合同纠纷中实际施工人范围如何确定？

答：实际施工人是指依照法律规定被认定无效的施工合同中，实际完成工程建设的主体。实际施工人身份的界定，应当结合最终实际投入资金、材料，组织工程施工等因素综合予以认定。仅从事建筑业劳务作业的农民工、劳务班组不属于实际施工人范畴，其依据《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（一）》第四十三条的规定向发包人、转包人、违法分包人主张权利的，人民法院不予支持。

十、实际施工人起诉转包人、违法分包人和发包人主张权利，将转包人、违法分包人和发包人作为共同被告，如何处理？

答：实际施工人向其合同相对方转包人或者违法分包人主张合同权利，同时请求发包人在欠付工程款范围内承担责任，人民法院应当依法受理。但多层转包和多次分包关系中的实际施工人依据《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（一）》第四十三条的规定向发包人主张权利的，不予支持。

十一、中标通知书发出后，一方无正当理由拒绝签约如何处理？

答：中标通知书发出后，中标人拒绝签约，其主张退还投标保证金的，人民法院不予支持。招标人无正当理由拒绝签约时构成违约，没有约定招标人违约责任时，中标人请求招标人返还投标保证金并参照投标保证金数额赔偿损失的，人民法院予以支持。

中标通知书发出后，一方无正当理由不与对方订立合同，或者在签订合同时提出背离招投标文件实质性内容的附加条件，视为拒绝签约。

十二、非必须招标工程项目进行了招标程序，但在招标开始前，双方进行了实质性谈判并订立合同的效力如何认定？

答：在非必须招标项目中，当事人选择通过招标投标程序订立建设工程施工合同，应当受《中华人民共和国招标投标法》的约束和调整，中标前进行实质性谈判并签订合同，属于“先定后招”实质性谈判的行为，违反了《中华人民共和国招标投标法》第四十三条的强制性规定，应属无效。

十三、建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算，因设计变更导致工程量或者质量标准发生变化，当事人请求对工程价款进行调整如何处理？

答：当事人约定按照固定价结算工程价款，在合同约定的风险范围和风险费用内，按照合同约定执行，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，人民法院不予支持。

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，当事人请求对工程价款予以调整的，如果合同对工程价款调整的计算方法有约定的，依照其约定；没有约定或者约定不明的，由当事人协商解决，不能协商一致的，可以参照合同约定标准对变更部分予以结算，无法参照合同约定结算可以参照工程所在地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算；涉及新材料、新工艺等在建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准中没有规定的项目，可根据市场行情据实结算。

十四、建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算，在履行过程中主要建筑材料价格发生重大变化，当事人请求对工程价款进行调整如何处理？

答：固定价施工合同履行过程中，钢材、水泥等对工程造价影响较大的主要建筑材料价格发生重大变化，超出了正常市场风险范围，合同对建材价格变动风险调整计算方法有约定的，依照其约定调整；没有约定或约定不明，当事人请求调整工程价款的，参照《中华人民共和国民法典》第五百三十三条的规定处理。

因承包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承包人承担，承包人要求调整工程价款的，人民法院不予支持。

固定价合同中约定承包人承担无限风险、所有风险或者类似未明确风险内容和风险范围的条款，对双方没有约束力。

十五、约定工程价款实行固定总价结算的施工合同，在未完成施工即终止履行，如何结算？

答：建设工程施工合同约定工程价款实行固定总价结算，在未全部完成施工即终止履行，已施工部分工程质量合格，承包人要求发包人支付工程价款的，可以采用“价款比例法”的方式，由鉴定机构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，再用合同约定的固定总价乘以该比例确定发包人应付的工程价款（即：已完工部分工程价款=固定总价×（已完工部分定额价/定额总价））。

十六、建设工程价款优先受偿权何时起算？

答：建设工程施工合同的承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限自发包人应当给付建设工程价款之日起计算，当事人对付款时间没有约定或者约定不明，承包人请求依照《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（一）》第二十七条规定确定应付工程款时间，人民法院予以支持。

十七、建设工程价款债权转让后，受让人是否享有优先受偿权？

答：建设工程价款优先受偿权属于法定优先权，行使主体应限定为与发包人形成建设工程施工合同关系的承包人，建设工程价款债权转让后，受让人主张对建设工程享有优先受偿权的，人民法院不予支持。

68. 重庆市高级人民法院民一庭关于审理涉新型冠状病毒肺炎疫情民事案件若干问题的解答（节选）

为了充分发挥民事审判职能，统一裁判尺度，指导全市法院在特殊时期正确审理涉新型冠状病毒肺炎疫情民事案件，依法保障人民群众人身财产安全，最大限度减轻疫情对社会经济造成的不良影响，根据相关法律、法规规定，结合我市具体情况，制定本解答意见。

一、合同纠纷案件

1.新型冠状病毒肺炎疫情是否构成不可抗力？

答：新型冠状病毒肺炎疫情属于突发公共卫生事件，符合不可抗力关于不能预见、不能避免且不能克服的特点，应当认定为不可抗力，但疫情对合同履行的具体影响应当在个案中结合合同性质、当事人预期、合同履行情况、疫情对合同履行的影响程度等因素综合认定。

2.当事人以新型冠状病毒肺炎疫情构成不可抗力为由主张解除合同的，如何处理？

答：当事人以新型冠状病毒肺炎疫情构成不可抗力为由主张解除合同的，人民法院应当根据公平、诚实信用原则，综合考量合同性质、合同实际履行情况、疫情与合同不能履行之间的因果关系、疫情发展过程及对合同影响的具体程度等因素进行认定。通常情况下，可以按照以下情形处理：

（1）疫情对合同履行没有影响或者影响较小，合同仍可继续履行的，应当继续履行合同，一方当事人以疫情构成不可抗力为由主张解除合同的，原则上不予支持。

（2）疫情对合同履行具有重大影响，继续履行合同对一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求根据《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）》第二十六条之规定变更、解除合同的，人民法院应当根据公平原则，结合案件的实际情况确定。

（3）因疫情影响或因政府及有关部门为防治疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行、合同目的不能实现，当事人请求依法解除合同的，人民法院应当予以支持。

3.当事人以新型冠状病毒肺炎疫情构成不可抗力为由主张减轻或者免除责任的，如何处理？

答：当事人以新型冠状病毒肺炎疫情构成不可抗力为由主张减轻或者免除责任的，人民法院应当根据合同能否继续履行的情况区分情形予以认定：

（1）如果合同仍可继续履行或者疫情并不影响合同目的的实现，而仅造成双方当事人利益失衡，人民法院应当在充分尊重当事人意愿的基础上，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）》第二十六条之规定合理变更合同的履行期限、履行方式等内容。

（2）如果疫情导致合同不能继续履行或者不能实现合同目的，当事人主张减轻或者免除责任的，人民法院应当根据公平原则和诚实信用原则，综合考虑疫情与不能履行之间的因果关系及原因力大小、当事人是否履行了通知义务、是否采取了避免损失扩大的合理行为等因素，并结合《中华人民共和国合同法》第一百一十七条、第一百一十八条规定合理确定应当减轻或者免除的责任以及损失的分担。

4.建设工程施工合同的承包人以受新型冠状病毒肺炎疫情影响为由请求顺延工期的，如何处理？

答：建设工程确因受新型冠状病毒肺炎疫情影响难以开工建设，承包人请求顺延工期的，可以按照建设工程施工合同中关于不可抗力情形下工期顺延的约定处理。

建设工程施工合同中无相关约定的，工期应当顺延。发包人、承包人就工期顺延天数不能达成一致意见的，人民法院可以结合疫情对工程建设造成实际影响的程度合理确定应当顺延的工期天数。

5.建设工程受新型冠状病毒肺炎疫情影响而延误工期所造成的损失，如何分担？

答：建设工程施工合同中对因不可抗力延误工期所造成的损失如何承担有约定的，按照约定处理。没有约定且当事人不能就工期延误造成的损失协商一致的，人民法院应当结合疫情对损失的影响程度、当事人是否履行通知义务、是否采取了避免损失扩大的合理行为等因素合理分担责任。具体分担办法可以参考《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201）“通用合同条款”第17.3.2条处理。

……

69. 重庆市高级人民法院民一庭关于建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答

【生效日期】2019 年 10 月 16 日

为统一裁判尺度,指导全市法院正确审理建设工程施工合同纠纷案件,根据《中华人民共和国民法总则》、《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》、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(二)》等法律、行政法规及司法解释规定,结合我市审判实践,制定本解答意见。

1.建设工程的分类包括哪些?

答:建设工程指为人类生活、生产提供物质技术基础的各类建(构)筑物和工程设施。按自然属性可分为建筑工程、土木工程和机电工程三大类,按使用功能可分为房屋建筑工程、铁路工程、公路工程、水利工程、市政工程等,各行业建设工程可按自然属性进行分类和组合。

每一大类工程依次可分为工程类别、单项工程、单位工程、分部工程、分项工程。单项工程是具有独立设计文件,能够独立发挥生产能力、使用效益的工程,是建设项目的组成部分,由多个单位工程构成。单位工程是具备独立施工条件并能形成独立使用功能的建筑物及构筑物,是单项工程的组成部分,可分为多个分部工程。分部工程是按工程的部位、结构形式的不同等划分的工程,是单位工程的组成部分,可分为多个分项工程。分项工程是根据工种、构件类别、设备类别、使用材料不同划分的工程项目,是分部工程的组成部分。

判断当事人签订的合同是否属于建设工程施工合同,可以根据《建设工程分类标准》(GB/T50841-2013)进行确定。

2 建设工程系当事人通过合资、合作方式联合开发的,如何确定发包人?

答:建设工程系当事人通过合资、合作方式联合开发的,与承包人签订建设工程施工合同的当事人为发包人,未在建设工程施工合同中显名的当事人不应认定为发包人。承包人向未显名的当事人主张合同权利的,人民法院不予支持,但法律另有规定的除外。

3.必须招标的建设工程项目范围如何确定?

答:审查建设工程是否属于必须招标的工程项目范围,应当根据《中华人民共和国招标投标法》、《中华人民共和国招标投标法实施条例》、国家发展和改革委员会《必须

招标的工程项目规定》(2018 年第 16 号令)、《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》(发改法规[2018]843 号)等相关规定确定。

4.如何认定内部承包合同关系及其效力?

答:内部承包合同是指建筑施工企业将其自身承包的工程交由与其建立了劳动关系的企业职工经营管理,并就利用建筑施工企业特定的生产资料完成工程施工、相关经营管理权以及利润分配达成的约定。对企业职工与建筑施工企业之间是否存在劳动关系,人民法院可以根据《中华人民共和国劳动合同法》、《中华人民共和国劳动合同法实施条例》、《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发〔2005]12号)等规定进行审查。对双方的约定是否符合内部承包合同的特征,根据前述内容进行审查。

当事人以《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(二)项规定主张内部承包合同无效的,人民法院不予支持。

5.装饰装修合同的承包人不具备相应的施工资质是否影响合同效力?

答:装饰装修工程可以分为工业装饰装修工程和家庭居室装饰装修工程。工业装饰装修工程的承包人应当具备相应的施工资质,不具备相应的施工资质或者超越资质等级所签订的工业装饰装修合同应当认定为无效。家庭居室装饰装修工程的承包人不具备相应的施工资质的,不影响装饰装修合同的效力。

6.实际施工人借用建筑施工企业资质与发包人签订建设工程施工合同的,如何处理?

答:实际施工人借用建筑施工企业资质与发包人签订建设工程施工合同的,实际施工人与建筑施工企业签订的挂靠合同、建筑施工企业与发包人签订的建设工程施工合同均应认定为无效,各方当事人应当根据“合同相对性原则”向合同相对方主张权利,但法律、行政法规、司法解释另有规定的除外。

实际施工人借用建筑施工企业资质与发包人签订的建设工程施工合同被认定为无效,发包人请求借用资质的实际施工人、出借资质的建筑施工企业对因出借资质造成的损失承担连带责任的,人民法院应予支持。但发包人在签订合同时明知实际施工人借用资质的,应当由其对因合同无效造成的损失承担相应的责任;发包人在合同签订后得知实际施工人借用资质的,应当采取合理措施避免损失扩大,否则由其就扩大的损失承担相应的责任。

7.未在承包合同上显名的实际施工人的合伙人、实际出资人等,能否请求结算工程价款?

答:未在承包合同上显名的实际施工人的合伙人、实际出资人等请求结算工程价款的,人民法院不予受理;已经受理的,裁定驳回起诉。实际施工人与其合伙人、实际出资人等之间的关系属于内部关系,各自的权利义务按照合伙协议等约定确定。

8.建设工程施工合同无效,且建设工程尚未进行竣工验收的,承包人能否请求参照合同约定支付工程价款?

答:建设工程施工合同无效,且建设工程尚未进行竣工验收,承包人请求参照合同约定支付工程价款的,人民法院应当根据导致建设工程未能进行竣工验收的原因以及建设工程是否交付使用等不同情形分别作出处理:

(1)因承包人原因导致建设工程尚未进行竣工验收的,如承包人未按约定报送竣工验收资料等,应认定工程价款支付条件不成就,承包人请求参照合同约定支付工程价款的,人民法院不予支持;

(2)因发包人原因导致建设工程尚未进行竣工验收的,如发包人收到承包人报送的竣工验收资料后怠于组织竣工验收等,应认定发包人不正当地阻止工程价款支付条件成就,承包人请求参照合同约定支付工程价款的,人民法院应予支持;

(3)建设工程尚未进行竣工验收,但已经交付使用或者发包人擅自使用的,应当认定工程价款支付条件成就,承包人请求参照合同约定支付工程价款的,人民法院应予支持。建设工程施工合同无效,且建设工程尚未进行竣工验收,但发包人有证据证明建设工程存在可能导致建设工程竣工验收不合格的重大质量问题的,人民法院对承包人要求参照合同约定支付工程价款的请求不予支持。

9.实际施工人以转包人、分包人、出借资质的建筑施工企业名义向发包人报送工程结算资料,转包人、分包人、出借资质的建筑施工企业在结算资料上签字或者盖章的行为,可否认定为与实际施工人的结算行为?

答:实际施工人以转包人、分包人、出借资质的建筑施工企业名义向发包人报送工程结算资料的行为,实系代转包人、分包人、出借资质的建筑施工企业与发包人进行结算的行为,而非实际施工人与转包人、分包人、出借资质的建筑施工企业之间的结算行为。实际施工人以转包人、分包人、出借资质的建筑施工企业在结算资料上签字或者盖

章为由主张以结算资料载明的工程造价作为其与转包人、分包人、出借资质的建筑施工企业的结算依据的,人民法院不予支持。

10.当事人请求以审计单位的审计意见作为确定工程造价依据的,如何处理?

答:建设工程施工合同未约定工程造价以审计单位的审计意见为准,当事人请求以审计单位作出的审计意见、财政评审机构作出的评审结论作为确定工程造价依据的,人民法院不予支持。

建设工程施工合同约定工程造价以审计意见为准,但审计单位未能出具审计意见的,人民法院应当对审计单位未能出具审计意见的原因进行审查,区分不同情形分别作出处理:

(1)因承包人原因导致未能及时进行审计的,如承包人未按照约定报送审计所需的竣工结算资料等,承包人请求以申请建设工程造价鉴定的方式确定工程造价的,人民法院不予支持;

(2)因发包人原因导致未能及时进行审计的,如发包人收到承包人报送的竣工结算资料后未及时提交审计或者未提交完整的审计资料等,可视为发包人不正当地阻止条件成就,承包人请求以申请建设工程造价鉴定的方式确定工程造价的,人民法院应予支持;

(3)因审计单位原因未及时出具审计意见的,人民法院可以函告审计单位在合理期间内出具审计意见。审计单位未在合理期间内出具审计意见又未能作出合理说明的,承包人请求以申请建设工程造价鉴定的方式确定工程造价的,人民法院应予支持。

11.建设工程施工合同约定工程造价以第三方的审核意见为准,一方当事人单方委托第三方出具的审核意见能否作为确定工程造价的依据?

答:建设工程施工合同约定工程造价以第三方的审核意见为准,但未约定具体审核单位的,应当由双方当事人共同委托审核单位对预结算书等结算资料进行审核,并根据审核意见确定工程造价。

一方当事人单方委托第三方对预结算书等结算资料进行审核所出具的审核意见原则上不能作为确定工程造价的依据,但另方当事人有下列行为的除外:

(1)明确表示同意由该第三方进行审核的;

(2)对该第三方出具的审核意见予以追认的;

(3)自愿配合该第三方进行审核的。

12.建设工程施工合同约定工程造价以审计意见为准,当事人在审计意见未作出的情形下又共同委托中介机构出具了鉴定意见的,如何确定工程造价?

答:建设工程施工合同约定工程造价以审计意见为准,在审计意见未作出的情形下,双方当事人又共同委托中介机构出具了鉴定意见的,如有充分证据证明双方当事人同意以共同委托的中介机构出具的鉴定意见来确定工程造价,或一方委托中介机构出具鉴定意见另一方予以追认的,可以视为双方当事人变更了关于工程造价确定方式的约定,但当事人有充分证据证明上述结算行为无效的除外。

13.建设工程施工合同约定工程造价以审计意见为准,但当事人主张审计单位出具的审计意见错误或者存在漏项的,如何处理?

答:建设工程施工合同约定工程造价以审计意见为准,但当事人有证据证明审计单位的审计意见存在漏项的,人民法院可以依据当事人的申请函告审计单位在合理期间内就漏项部分出具补充审计意见。审计单位未在合理期间内出具审计意见又未能作出合理说明的,人民法院可以依据当事人的申请就漏项部分进行建设工程造价鉴定。

建设工程施工合同约定工程造价以审计意见为准,当事人以审计单位出具的审计意见存在错误为由申请进行建设工程造价鉴定的,人民法院不予准许。人民法院可以函告审计单位对审计意见进行核查。审计单位经核查认为审计意见确有错误,并重新出具审计意见或者出具补充审计意见予以纠正的,人民法院应当予以采信。

14.承包人请求发包人支付工程价款,发包人主张双方达成的结算文件构成重大误解、显失公平的,如何处理?

答:承包人请求发包人支付工程价款,发包人主张双方达成的结算文件构成重大误解、显失公平的,人民法院应当向发包人释明,可以根据《中华人民共和国民法总则》第一百四十七条、第一百五十条之规定撤销结算文件。发包人在本案中请求撤销结算文件的,应当提起反诉。发包人通过另诉的方式请求撤销结算文件的,人民法院可以根据案件实际情况决定本案是否中止审理。

15.建设工程施工合同无效,且承包人有权请求参照合同约定支付工程价款的,合同中关于工程价款的付款条件、付款时间、付款方式等约定可否参照适用?

答:建设工程施工合同无效,且承包人有权请求参照合同约定支付工程价款的,合同中关于工程价款的付款条件、付款时间、付款方式等约定可以参照适用。

16.无效建设工程施工合同中约定的管理费如何处理?

答:转包人、违法分包人、出借资质的建筑施工企业已经收取了管理费,实际施工人以建设工程施工合同无效为由请求返还的,人民法院不予支持。

实际施工人请求转包人、违法分包人、出借资质的建筑施工企业支付的工程款中包含管理费的,人民法院应当对其中包含的管理费予以扣除。

无效建设工程施工合同约定的管理费已被实际施工人实际取得,转包人、违法分包人、出借资质的建筑施工企业请求实际施工人按照无效建设工程施工合同约定支付的,人民法院不予支持。

17.承包人请求发包人支付工程价款,发包人主张建设工程质量不符合合同约定或者法律规定的,如何处理?

答:承包人请求发包人支付工程价款,发包人以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由主张权利的,如果建设工程已经竣工验收,人民法院应当告知其按照建设工程有关缺陷责任期、保修的规定进行处理。

建设工程虽未经竣工验收但发包人擅自使用或承包人将建设工程交给发包人而发包人未提出异议的,发包人又以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由主张权利的,人民法院不予支持,但发包人有证据证明地基基础工程和主体结构工程存在重大质量问题的除外。

承包人请求发包人支付工程价款,建设工程尚未竣工验收且亦未交付使用,发包人以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由主张权利的,应当根据发包人提出主张的具体内容分别作出处理:

(1)发包人以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由主张不应支付工程款的,应当参照《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》第三条第一款第(二)项之规定举证证明建设工程因存在质量问题而导致竣工验收不合格,否则对发包人的抗辩理由不予支持;

(2)发包人根据《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》第十一条之规定主张减少支付工程价款的,发包人的主张为抗辩事由,发包人能够举证证明应当减少的工程价款数额或者质量瑕疵修复费用的,人民法院可以直接从工程价款中予以扣除;

(3)发包人根据《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(二)》第七条之规定主张承包人承担违约责任或者赔偿修理、返工、改建的合理费用等损失的,人民法院应当告知发包人提起反诉。

18.质量缺陷期内,发包人自行委托他人对工程质量缺陷进行修复,并要求承包人承担修复费用或者要求在质量保证金中扣除修复费用的,如何处理?

答:质量缺陷期内,发包人发现建设工程存在质量缺陷的,应当告知承包人履行质量缺陷修复义务。承包人拒绝修复的,发包人可以委托他人对工程质量缺陷进行修复,并从质量保证金中扣除修复费用。修复费用超出质量保证金金额的,发包人可以向承包人追偿。

发包人在未告知承包人履行质量缺陷修复义务的情况下,自行委托他人对质量缺陷进行修复,并要求承包人承担修复费用或者要求在质量保证金中扣除修复费用的,人民法院不予支持,但合同另有约定的除外。

19.实际施工人请求发包人在欠付工程价款范围内承担责任的,欠付工程价款范围的举证证明责任由谁承担?

答:实际施工人请求发包人在欠付工程价款范围内承担责任的,应由实际施工人就发包人与转包人或者违法分包人已经办理结算、实际施工人未得到清偿的工程价款数额等事实承担举证证明责任。

实际施工人能够举证证明发包人与转包人或者违法分包人已经办理结算的,应由发包人对欠付转包人或者违法分包人工程价款金额承担举证证明责任。

发包人与转包人或者违法分包人尚未办理结算,导致人民法院不能查明发包人欠付转包人或者违法分包人工程价款数额的,人民法院对实际施工人主张发包人在欠付工程价款范围内承担责任的请求不予支持。转包人或者违法分包人怠于与发包人办理结算的,实际施工人可以根据《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(二)》第二十五条之规定提起代位权诉讼。

20.发包人将工程价款支付给第三人并主张予以抵扣的,如何处理?

答:发包人向承包人任命或者承认的项目负责人、项目经理支付工程价款,或者向承包人指定的收款人支付工程款项的,应当视为发包人向承包人的付款行为。

发包人未经承包人同意将工程款项支付给第三人,并主张予以抵扣的,人民法院不予支持。但有下列情形的除外:(1)发包人、承包人另有约定或承包人予以追认的;(2)人

民法院、仲裁委员会的生效裁判文书、裁决书判令发包人向第三人支付工程款项的;(3)承包人因欠付民工工资、材料款等引发群体性事件,经政府主管部门协调并决定由发包人直接支付的。

21.劳务班组长、劳务班组成员请求支付劳务费用的,如何处理?

答:劳务班组长、劳务班组成员请求支付劳务费用的,按照以下情形分别处理:

(1)劳务班组长、劳务班组成员与实际施工人、分包人、转包人、总承包人等存在劳务分包合同关系的,应当由劳务班组长、劳务班组成员根据劳务分包合同、劳务费用结算清单等向与其存在劳务分包合同关系的实际施工人、分包人、转包人、总承包人等请求支付劳务费用;

(2)劳务班组长、劳务班组成员与分包人、转包人、总承包人等存在事实劳动关系,劳务班组长、劳务班组成员请求支付劳动报酬的,按照劳动争议处理;

(3)劳务班组长、劳务班组成员以工资欠条为证据直接向人民法院起诉,诉讼请求不涉及劳动关系其他争议的,按照普通民事纠纷处理。

二〇一九年十月十六日

70. 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

【发文字号】渝高法[2016]260 号

【生效日期】2016 年 11 月 09 日

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．双方当事人在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？

双方当事人在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？

当事人在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。

71. 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）

【生效日期】2014 年 04 月 03 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。发包人以未欠付工程价款为由抗辩的，则应举示相应的结算、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项目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，应当举示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，否则一方可要求重新审核。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。

……

72. 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）

【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。

73. 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 09 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和与之相关联的案件。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，加大对此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项，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对“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，登记在先的优先受偿；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“四久二程”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。

74. 重庆市高级人民法院民一庭关于建设工程施工合同纠纷中的法律适用问题解答（一）

1.审理建设工程施工合同纠纷案件，如何认定内部承包合同关系及其效力?

答：内部承包合同是指建筑施工企业将其自身承包的工程交由与建筑施工企业建立了劳动关系的企业职工经营管理，双方就利用建筑施工企业特定的生产资料完成工程施工、相关经营管理权以及就利润分配达成的权利义务的约定。当事人主张存在内部承包合同关系的，应当举示证据证明企业职工与建筑施工企业之间存在劳动关系。人民法院应当根据《中华人民共和国劳动合同法》《中华人民共和国劳动合同法实施条例》《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知(劳社部发(2005)12号)等规定进行审查。承包合同存续期间存在劳动关系的，可以认定企业职工与建筑施工企业之间存在内部承包合同关系。

当事人以《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》第一条第二项规定主张内部承包合同无效的，人民法院不予支持。

2.建设工程施工合同无效，发包人请求承包人承担工期延误损失的，如何处理?

答：建设工程施工合同无效时，该合同中关于工期的约定以及工期迟延责任的约定包括违约金、损失的计算方法等均为无效，但是人民法院可以参照合同中关于工期的约定判断工期是否迟延。发包人请求承包人赔偿损失的，应限于实际发生的损失。对实际发生的损失，发包人应当承担举证证明责任。存在实际损失的，人民法院应当根据发包人、承包人对导致工期延误的过错的大小确定损失的分担。

3.对《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》第二十六条第二款规定的“欠付工程价款范围”，由谁承担举证证明责任?

答：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”的举证证明责任应当按照《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》(法释(2015)5 号)第九十条的规定处理，即实际施工人应当就发包人与承包人已经结算、发包人对承包人欠付工程价款的数额、实际施工人的工程价款未得到清偿等事实承担举证证明责任。发包人主张不欠付工程价款或欠付工程价款数额小于实际施工人主张的数额等事实予以反驳的，应举示付款凭证等证据加以证明。不能证明或不足以证明相关待证事实的，分别由实际施工人、发包人承担不利的后果。

4.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，对于实际施工人向与其没有合同关系的转包人或分包人提起的诉讼，应当从严审查。

实际施工人不得向与其没有合同关系的承包人、转包人、违法分包人主张欠付工程价款，其只能向与其有合同关系的转包人、分包人主张欠付工程价款。实际施工人请求发包人在欠付工程价款内承担责任的，人民法院应当按照《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》(法释【2004】14 号)第二十六条的规定处理。除此之外，实际施工人将与其不具有合同关系的承包人、转包人、分包人作为被告的，人民法院应当裁定驳回对前述当事人的起诉，实际施工人申请将与其不具有合同关系的承包人、转包人、违法分包人作为第三人参加诉讼的，人民法院不应准许。

5.必须进行招标的建设工程如何认定?

答：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》(全称)、工程建设项目招标范围和规模标准规定，并结合《重庆市房屋建筑和市政基础设施工程项目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。如重庆市建设工程主管部门对涉案工程不进行招标审查的，建设工程发包时未进行招标的不影响合同的效力。

6.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，应当举示建设工程施工合同中的明确约定，否则不予支持。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，一般不予支持。法律法规另有规定的除外。

7.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约定以第三方审核结果作为结算依据，但未约定具体审核

机构的，应由当事人共同选定的第三方进行审核。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之一的，可以认定为共同选定：明确表示同意；配合第三方提供审核所需相关资料的；在审核报告上签署意见的。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。

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

答：发包人与转包人或分包人之间的合同关系有别于转包人或分包人与实际施工人的合同关系，两者在主体、工程范围、工程价款、结算依据、违约责任等方面可能存在不同约定。实际施工人以转包人或分包人名义向发包方报送工程结算资料，是代理转包人或分包人与发包人进行结算的行为，而不是实际施工人与转包人或分包人或者实际施工人与发包人之间的结算行为。该结算资料中载明的工程量或工程价款不能作为转包人或分包人与实际施工人的结算依据。

9.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。

10.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。

11.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。实际竣工之日与约定竣工之日不一致的，以时间在后的日期作为优先受偿权的起算点。主张建设工程价款优先权的当事人，包括全部及部分履行合同的承包人，受让的承包人以及实际施工人。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，承包人均须具有明确的请求或者发包人承认优先受偿的意思表示。

12.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、承包人与转包人以及分包人、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，比如，劳务分包合同中因劳务公司资质原因无效时劳务公司与其具有劳动关系的个人签订的内部承包合同应该认定为有效。前一合同有效也并不必然引起后一合同有效比如，发包人与承包人之 1 司的合同有效，但承包人非法转包的合同则无效。人民法院应当根据合同的有效要件分别进行审查。

13.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，合同中另有约定的除外。发包人向承包人任命或承认的讼争工程项目负责人或者项目经理支付工程价款的，应当视为发包人对承包人的直接付款行为。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)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。

十、山东地区法院

75. 山东高院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答

【生效日期】2020 年 11 月 04 日

为正确审理建设工程施工合同纠纷案件，规范自由裁量权的行使，现就有关问题解答如下：

1、建设工程施工合同纠纷案件中，实际施工人如何认定？

实际施工人是指依照法律规定被认定为无效的施工合同中实际完成工程建设的施工主体，包括转承包人、违法分包的承包人等。当事人以实际施工人身份主张权利的，应当对其实际投入工程的资金、设备、材料、人工等事实进行举证。

2、当事人主张以诉前达成的结算协议作为工程价款结算依据的，如何审查处理？

当事人诉前达成结算协议，经审查协议有效的，应当以结算协议作为结算工程价款的依据。对结算协议及其效力的认定应当重点审查是否为当事人真实意思表示：

（1）双方共同签字盖章的结算协议，一方仅以对方存在欺诈、胁迫等行为否认结算协议效力，没有充分证据证明的，不予支持；

（2）双方诉前共同委托有关机构、人员对工程造价出具咨询意见或者接收造价报告但未达成书面结算协议，一方当事人不予认可的，不能认定为结算协议；

（3）存在多份结算协议的，应结合当事人双方的主张和举证，确定当事人真实意思表示。

3、政府投资和以政府投资为主的建设项目，合同约定以行政审计、财政评审作为工程款结算依据的，如何处理？

政府投资和以政府投资为主的建设项目，合同约定以行政审计、财政评审作为工程款结算依据的，按照约定处理；但发包人故意迟延提交审计或妨碍审计条件成就，以及行政审计、财政评审部门明确表示无法进行审计或无正当理由超出合同约定的审计期限三个月，仍未作出审计结论、评审意见的，当事人申请对工程造价进行司法鉴定，应当准许。

4、建设工程施工合同约定工程价款按照固定总价结算，当事人主张施工范围、工程量增减的，如何处理？

合同约定按照固定总价结算工程价款，实际施工未超出约定施工范围的，应当适用固定价结算。当事人主张施工范围增减的，按照以下情形分别处理：

（1）合同有约定的，按照合同约定对增减的工程量进行结算；

（2）合同没有约定的，可以参照合同约定标准对工程量增减部分予以单独结算，无法参照约定标准结算的，可以参照施工地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算；

（3）工程尚未完工的，合同约定固定总价，承包人要求支付工程款的，对于能够确定已完工工程占合同约定施工范围比例的工程，应以合同约定的固定价为基础按比例折算；无法确定已完工比例的，双方对工程造价有争议的，可将争议部分工程造价委托鉴定。

主张工程量增减的当事人，对工程量增减是否存在、实际数量及价款承担举证责任。

5、当事人申请对工程造价、工期及停窝工损失、建设工程质量等进行鉴定的，如何审查？

当事人就建设工程造价、工期及停窝工损失、建设工程质量等事实发生争议，申请鉴定的，应当审查申请鉴定的事项与争议事实的关联性，判断鉴定的必要性。具有下列情形之一，且没有相反证据予以反驳或者推翻的，不予准许：

（1）当事人对申请鉴定的争议事项已达成协议的；

（2）当事人对申请鉴定的争议事项已共同委托有关机构、人员出具咨询意见且双方明示接受该咨询意见的；

（3）当事人约定工程价款的结算以行政审计、财政评审等第三方结论作为依据的（但发包人故意迟延提交审计或妨碍审计条件成就，以及第三方明确表示无法进行审计或者无正当理由超出合同约定的审计期限三个月仍未作出审计结论、评审意见等的除外）；

（4）当事人约定按照固定总价结算工程价款，未超出约定施工范围的；

（5）其他足以认定鉴定申请所涉争议事项的情形。

6、如何组织对建设工程鉴定意见进行质证和审查？

鉴定意见应当经当事人质证才能作为认定事实的依据，可由当事人对鉴定机构或鉴定人的资质、鉴定范围是否准确、鉴定程序是否合法、鉴定材料是否可靠、鉴定方法是

否科学、鉴定意见是否存在错漏等发表质证意见。具有下列情形之一的，鉴定意见不能作为认定事实的依据：

（1）鉴定人员与一方当事人存在利害关系，影响鉴定的公正性的；

（2）鉴定人员未实际参与鉴定，仅在鉴定报告上署名的；

（3）经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的；

（4）其他不应采信的情形。

7、当事人对工程量、已付工程款、工程质量等有争议的，一般应当审查哪些证据？

当事人对工程量有争议的，应当根据招投标文件、合同等施工前约定，由承包人对工程量清单、签证、图纸、会议纪要、往来函件、交付验收记录等施工过程中产生的文件以及施工后形成的结算报告等进行举证；发包人有异议或主张存在甩项、减项、工程未完工等情形的，应提供相应签证、会议记录、交接记录等进行证明。

当事人对已付工程款及其他应扣款项有争议的，应当根据收付款凭证、领款单、取款记录、领款人授权文件等证据，结合合同约定，收款人是否是合同相对人、是否具有表见代理情形，以及当事人之间的付款习惯等进行审查，确定款项是否为已付款。

当事人对工程质量有争议的，应结合图纸和说明、图纸会审和设计交底相关材料、承包人提供的工程材料、工程质量检验文件、交工验收报告、现场勘查记录、工程移交记录、发包人拟使用涉案工程的通知、发包人实际使用工程的照片、视频等证据审查。

8、承包人起诉主张工程款，发包人以工程质量不合格为由提出抗辩的，如何处理？

发包人就工程质量不符合合同约定或者法律规定的进行抗辩的，应当区别情况处理。建设工程经竣工验收合格后，承包人主张工程款，发包人以工程质量不合格主张付款条件不成就或者拒付工程款的，不予支持。建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，发包人以工程质量不合格主张付款条件不成就或者拒付工程款的，不予支持，确因承包人原因导致工程的地基基础、主体结构质量不合格的除外。上述情形不能免除承包人在工程保修期内的保修责任和合理使用期内的损害赔偿责任。

9、建设工程施工合同纠纷案件中，发包人以工程质量不符合合同约定或者法律规定为由，要求承包人承担责任的，如何处理？

承包人提起的建设工程施工合同纠纷，发包人以工程质量不符合合同约定或者法律规定为由，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损失的，应当向发包人释明，发包人提起反诉的，与本诉一并审理。

10、承包人主张工程款，发包人以承包人违反约定未开具发票为由提出抗辩的，如何处理？

支付工程款义务和开具发票义务是两种不同性质的义务，不具有对等关系。发包人以承包人违反约定未开具发票为抗辩理由拒付工程款的，一般不予支持；双方明确约定以承包人开具发票作为支付工程款条件的，可以明确承包人具有向发包人开具发票的义务。

11、因承包人原因导致工期延误，发包人主张违约责任或赔偿损失的，如何处理？

建设工程施工合同有效，因承包人原因导致工期延误，承包人应当按照合同约定承担违约责任；承包人请求对违约金予以调整的，应根据合同约定，综合考虑承包人的过错，履行合同预期利益、发包人实际损失等，确定违约金的数额。建设工程施工合同无效，因承包人原因导致工期延误，发包人主张赔偿损失的，由发包人举证证明因工期延误导致的实际损失。

12、因发包人原因导致工程停建、缓建，承包人主张停窝工损失的，如何处理？

因发包人原因导致工程停建、缓建，承包人主张停窝工损失的，应当举证证明；对计算停窝工损失的期间，应当综合双方履行情况合理确定。对承包人未采取措施导致损失扩大的，扩大部分的损失不予支持。

13、建设工程施工合同约定对承包人的违约行为罚款的，如何处理？

建设工程施工合同约定对承包人的违约行为罚款的，应按照具体约定内容，对罚款的性质作出区分：

（1）建设工程施工合同约定承包人存在工期迟延、工程质量缺陷或未达到合同约定的工程质量标准、转包或违法分包等违约行为，发包人可对承包人罚款的，该约定可以视为当事人在合同中约定的违约金条款。

（2）建设工程施工合同约定对承包人实施除履行合同义务之外的行为进行罚款的，不予支持。

14、建设工程施工合同有效，发包人逾期支付工程款，承包人同时主张逾期付款违约金和利息的，如何处理？

建设工程施工合同对发包人逾期支付工程款既约定了违约金，又约定了逾期付款利息，承包人同时主张逾期付款违约金和利息的，应予支持。但发包人主张合同约定的违约金和利息之和过分高于实际损失，请求予以适当减少的，应当以实际损失为基础，兼

顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以确定。

15、借用资质签订建设工程施工合同后分包、转包工程，与借用资质人订立施工合同的实际施工人能否向出借资质人主张工程价款？

没有施工资质的施工主体借用有资质的建筑施工企业名义签订的建设工程施工合同无效，借用资质人以自己名义将工程分包、转包他人施工，实际施工人原则上仅可以向借用资质人主张工程价款。

山东省高级人民法院

2020 年 11 月 4 日

76. 山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解答

【发布日期】2020 年 08 月 15 日

为妥善审理建设工程施工合同纠纷案件，统一裁判尺度，根据法律和司法解释的规定，经山东高院民一庭法官会议研究，就相关问题解答如下：

1.施工合同无效，当事人主张参照合同约定结算工程价款，如何处理？

施工合同无效，建设工程经竣工验收合格的，可以将合同中关于工程价款、付款时间、工程款支付进度、下浮率、质保金等约定条款作为折价补偿的依据。

2.施工合同无效，当事人主张以另行签订的结算协议作为工程价款结算依据，如何处理？

当事人在施工合同之外签订的结算协议具有独立性，施工合同的效力不影响结算协议的效力，结算协议可以作为确定工程价款的依据。

3.欠付工程款利息的计付标准如何确定？

当事人对欠付工程款利息计付标准有约定的，按照约定处理，但不得超过民间借贷的最高保护利率。没有约定的，对于 2019 年 8 月 19 日以前的利息，按照中国人民银行同期同类贷款基准利率计算；对于 2019 年 8 月 20 日以后的利息，按照全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率（LPR）计算。

4.项目经理以承包人名义实施确认工程量、签订买卖合同或租赁合同、对外借款等行为，效力如何认定？

承包人对项目经理授权不明，或者项目经理在承包人授权范围外从事的相关行为，应当适用表见代理的法律规定，审查承包人是否对项目经理行为承担民事责任。合同相对人主张构成表见代理的，应当承担举证证明责任。

对于项目经理确认工程量的行为，一般应认定为有效，但承包人明确项目经理无确认工程量的授权，且发包人明知的除外。

对于签订买卖、租赁合同的行为，应当结合购买材料或租赁设备的品类、用途、交货地点，是否用于涉案工程以及施工合同履行习惯，相对方是否善意等情况，认定是否由承包人承担责任。

对于对外借款行为效力的认定要从严掌握，应当对借款流向、用途以及出借人是否善意等事实进行实质性审查，并结合承包人与项目经理之间关于涉案工程的资金投入、结算方式等约定，综合认定是否由承包人承担还款责任。

5.借用资质的施工人直接向发包人主张工程款，如何处理？

通常情况下，借用资质的施工人只有在出借资质人怠于履行权利时，才能提起代位权诉讼。但发包人明知借用资质事实存在的，借用资质的施工人可以直接向发包人主张权利。

6.《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》第二十四条中“发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额”如何查明处理？

发包人主张已经与承包人进行结算的，由发包人承担举证证明责任。发包人未与承包人进行结算的，发包人应当举证证明已付工程款数额，人民法院根据实际施工人的施工量占总工程量的比重、已付款项涵盖的范围、转包或者违法分包的情形等具体情况合理分配举证证明责任，并根据查明的欠付工程款数额作出判决。

7.施工班组以实际施工人身份主张权利，如何处理？

建设工程承包人与其雇佣的施工班组之间是劳务合同法律关系，施工班组不属于法律意义上的实际施工人。

8.在多层转包或者违法分包情况下，实际施工人主张各转包人或者违法分包人均承担付款责任，如何处理？

在多层转包或者违法分包情况下，实际施工人原则上仅可以要求与其有直接合同关系的转包人或者违法分包人对工程欠款承担付款责任。实际施工人向发包人主张权利的，为查明发包人欠付转包人或者违法分包人工程款的数额，人民法院可以追加与其无合同关系的转包人或者违法分包人为第三人。

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（二）》第十三条中“双方当事人明确表示受该咨询意见约束”，如何理解适用？

当事人对工程造价进行结算，应当共同确认形成结算文件。当事人仅以在诉讼前共同与咨询机构签订工程造价咨询合同或者接收工程造价报告为由，主张将造价报告作为结算依据的，不予支持。

10.施工合同无效，承包人主张对涉案工程价款享有优先受偿权，如何处理？

建设工程价款优先受偿权不受施工合同效力的影响，施工合同无效，承包人仍可享有建设工程价款优先受偿权。

11.承包人主张建设工程价款优先受偿权的起算时间如何确定？

行使建设工程价款优先受偿权的期限自发包人应当给付工程价款之日起算。当事人对应付款时间有明确约定的，按照当事人约定。无明确约定的，可以参照《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》第十八条规定审查处理。

12.工程款债权的受让人主张对建设工程价款优先受偿权一并受让，如何处理？

建设工程价款优先受偿权依附于工程款债权，属于从属性权利，承包人将建设工程价款债权转让的，建设工程价款优先受偿权随之转让。

13.因农村自建住宅引发的工程价款、工程质量等纠纷如何处理？

承建农村三层（含三层以上）房屋，不属于农民自建低层住宅，依法应纳入《中华人民共和国建筑法》的调整范围，施工合同性质属于农村建设施工合同，施工质量受《中华人民共和国建筑法》调整。

77. 山东高院民一庭涉疫情建设工程合同纠纷案件法官会议纪要

【发布日期】2020 年 03 月 03 日

一、关于不可抗力的认定

新冠疫情属于突发公共卫生事件，符合不可抗力不能预见、不能避免且不能克服的特点。对于为防治新冠疫情而采取行政措施，导致建设工程施工合同不能履行，或者由于疫情的影响致使当事人根本不能履行合同义务的，应当认定为不可抗力。

在建设工程施工合同纠纷案件中，当事人以新冠疫情构成不可抗力并主张免责的，原则上应符合以下四个方面情形：（一）疫情与合同义务的不能履行具有直接因果关系；（二）疫情的影响足以导致合同不能履行；（三）不违反施工合同中对双方当事人具有约束力的约定；(四)符合不可抗力免责的其他情形。因自身原因不能履行合同，当事人主张免责的，不予支持。

二、关于合同解除的认定

疫情影响是否导致建设工程施工合同解除，应当按照合同约定及《中华人民共和国合同法》第九十四条的规定判断。在具备能够继续履行条件的情况下，当事人以疫情对合同履行有一定影响为由请求解除合同的，一般不予支持。

继续履行合同将造成一方不合理损失的，引导当事人通过适当延长工期、调整工程价款、调整违约金等方式，继续履行合同。对因新冠疫情或行政措施的影响，不足以导致建设工程施工合同履行不能，但符合《最高人民法院关于适用<合同法>若干问题的解释（二）》第二十六条规定情形的，应当根据公平原则，结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。

三、关于工期顺延的认定

对于受疫情影响工程不能开工建设的期间，承包人请求对工期进行相应顺延的，可以按照双方建设工程施工合同中关于工期顺延的约定认定。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（二）》第六条规定，承包人虽未取得工期顺延的确认，但能够证明依约提出工期顺延申请的，对于其工期顺延的请求，一般应予支持。

建设工程施工合同中无关于不可抗力造成工期顺延的相关约定，由于疫情防控导致工程项目停工的，工期可以顺延。对于工期顺延的天数，应当根据当事人之间关于顺延

工期的申请及签证，结合各地疫情对工程建设造成实际影响的程度、工程停工复工时间等因素，进行综合认定。

四、关于疫情导致损失的认定

因疫情导致的损失，主要包括管理费、人工费、材料费、施工机具使用费等。发包人的管理费等损失，一般由发包人自行承担。承包人的管理费、人员工资、设备折旧或租金、周转材料摊销、现场材料仓储费用等损失，按照双方建设工程施工合同约定处理。合同没有约定的，根据不可抗力的归责原则和公平原则，综合合同履行情况、双方利润分配等因素，予以合理分担。

五、关于建设工程价款的调整

当事人在建设工程施工合同中对不可抗力影响工程结算价款的情形有约定的，按照约定处理。合同中没有明确约定的，可以按照当地建设行政主管部门的规定处理。因疫情防控增加的防疫费用，可计入工程造价。发包人要求赶工增加的费用，应计入工程价款由发包人承担。

对于因疫情造成的人工、建材价格上涨等成本，应当按照合同约定的调价方法调整合同价款。对于建设工程施工合同中约定固定总价，因疫情导致施工成本发生重大变化，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，可以进行适当调整。

六、关于部分或全部免除违约责任的认定

对于当事人能够克服并可以履行的合同义务，如工程款支付、工程结算资料审核等，当事人以不可抗力为由主张部分或全部免除违约责任的，一般不宜支持。

当事人以不可抗力为由主张部分或全部免除违约责任的，仍应提供证据证明其已尽到通知义务，以减轻可能给对方造成的损失。合同约定的违约金过分高于造成的实际损失，当事人根据《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）》第二十九条规定请求适当减少违约金的，应予支持。

七、关于涉疫情补充协议的效力

由于疫情影响，当事人另行订立的与中标合同不一致的补充协议，除该协议存在超出疫情影响范围的情形外，不宜仅以《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、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》第一条的规定为由，否认其对双方当事人的约束力。

78. 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）

【发文字号】鲁高法[2011]297号

【生效日期】2011年11月30日

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 一 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，即是否存在着“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案件适用法律的解释》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。

……

79. 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）

【发文字号】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。

80. 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）

【发文字号】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责任，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。

81. 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

【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、法规和政策的禁止性规定，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。

82. 济南市中级人民法院民五庭关于建设工程合同纠纷案件工程造价等专门性问题鉴定程序的指导意见

【生成日期】2020 年 04 月 17 日

一、案情摘要

案例一：甲公司承包乙公司的钢结构工程，双方约定结算方式为固定综合单价包死，甲公司另向乙公司出具承诺书，载明“执行的合同标的为 11307621 元”。一审法院按照承诺书载明的数额作出判决。

案例二：贺某实际施工了村委会的工程，但双方未就涉案工程签订合同，贺某主张按照市场价计价并申请鉴定，村委会主张系固定总价，一审法院对贺某的申请未予准许，而是按照村委会自认的计价标准确定工程造价，并据此作出判决。

二、法律问题

以上案例中存在以下问题：

1.应释明而未释明。合同中约定了工程单价和暂定总价，一审法院仍以暂定的总价作为定案依据，做出判决。二审法院认为，工程造价应以工程单价×实际工程量做为最终工程总价，一审法院应就工程量的鉴定向负有举证责任的当事人释明而未释明，导致基本事实不清，发回重审。

2.应准许而未准许。当事人双方未就涉案工程签订合同，一审法院以单方自认作为定案依据，做出判决。二审法院认为，双方就工程造价产生争议，合同对单价及总价均未约定，应对工程造价进行鉴定，一审中当事人申请鉴定，一审法院应当准许而未为准许，导致基本事实不清，发回重审。

三、法官会议意见

（一）申请鉴定的举证责任与后果承担。

1.针对当事人对工程造价、质量、修复费用等有争议的专门性问题，人民法院认为需要鉴定的，应当向负有举证责任的当事人释明。

2.当事人经释明未申请鉴定，或虽申请鉴定但未支付鉴定费用或者拒不提供相关材料的，应当承担举证不能的法律后果。

（二）对鉴定程序处理不当的通报制度。

一审法院未对鉴定问题进行释明，或者一审法院对鉴定申请未予准许，当事人在二审审理中又申请鉴定，二审法院认为确有鉴定必要的，二审法院依照民事诉讼法第一百七十条第一款第三项的规定发回重审，同时对该案一审法院及承办法官向全市法院通报。

（三）当事人怠于申请鉴定的处罚。

经一审法院释明后，负有举证责任的当事人不申请鉴定，或虽申请鉴定但不支付鉴定费用或者拒不提供相关材料，但二审诉讼中又申请鉴定，二审法院认为鉴定结果与案件基本事实有关，确有鉴定必要的，依照民事诉讼法第一百七十条第一款第三项的规定发回重审。发回重审后，一审法院应依照民事诉讼法第六十五条、民事诉讼法解释第一百零二条的规定，对鉴定结论予以采信的，但同时应当依照民事诉讼法第一百一十五条的规定，对鉴定申请人予以训诫、罚款。

济南中院民五庭副庭长栾钧霞对相关问题的解答：

1.为何要制定关于建设工程合同纠纷案件工程造价等专门性问题鉴定程序的指导意见？

自2020年1月1日以来，济南中院民五庭因建设工程造价鉴定问题发回多起案件，发回原因多为应当向负有举证责任的当事人释明申请鉴定而未释明或者当事人申请鉴定而未予准许等情形。鉴于目前一审法院在审理建设工程施工合同中针对工程造价、工程质量等专门问题存在审判尺度不统一的情况，民五庭就该问题组织法官会议进行了专题研讨，并制定了该指导意见。

2.如果一审承办法官仍未按照该意见处理怎么办？

在该意见出台后，中院民五庭将会督促各基层法院切实传达该指导意见，并加大监管力度。在该意见中也明确了，如在审理案件中，仍存在不按照上述意见分配举证责任、对鉴定责任进行释明或者其他与意见相悖的情形，并造成基本事实不清，一审判决错误，导致发回重审的，将对案件所在法院和承办法官予以通报。

3.针对拒不申请鉴定或滥用鉴定权利的当事人如何处理？

分以下几种情况：一是如通过双方提供的证据能够查清事实，则对当事人提出的申请不予准许；二是负有举证责任的当事人不申请鉴定，或虽申请鉴定但不支付鉴定费用或者拒不提供相关材料的，承担举证不能的法律后果；三是有第二种情形，二审诉讼中又申请鉴定，二审法院认为鉴定结果与案件基本事实有关，确有鉴定必要的，依照法律规定发回重审。发回重审后，一审法院对鉴定结论予以采信的，但同时应当依照民事诉

讼法第一百一十五条的规定，对鉴定申请人予以训诫、罚款。四是对于无须鉴定即可判决的案件，当事人于一审中申请鉴定，一审法院未予准许，当事人在二审中申请鉴定的，二审法院亦不予准许。

83. 山东省济南市中级人民法院关于建设工程施工合同纠纷案件法律适用问题研讨会纪要

（2004 年 8 月 25 日）

2004 年 8 月 25 日，济南中院民五庭组织召开了关于建设工程施工合同纠纷法律适用问题研讨会，针对当前我市两级法院在审理此类案件中遇到的部分重点疑难问题进行了研讨。省法院民一庭王永起副庭长应邀到会并对相关法律问题进行了详尽的讲解和指导。中院王旭光副院长及民五庭、立案庭、审监庭、研究室、案件评查室、法官培训中心等单位的同志和各基层法院部分分管领导、业务骨干参加了研讨，部分论文作者在研讨会上作了专题发言。通过研讨，大家对相关问题取得了广泛的共识。现将相关研讨情况纪要如下：

一、关于建设工程施工合同的效力问题

1、建设工程施工合同关系到社会公共安全，涉及国计民生，有关法律、行政法规对该类合同的订立和履行作了较多的强制性规定，具有较强的国家管理性，在审判实践中对其效力应从严掌握。与会同志认为，在我国现行法律体系下，以任何方式借用建筑企业资质订立的建设工程施工合同都是无效的。

2、对于建筑企业的挂靠问题，多数同志认为，其与企业间经营性挂靠不同，实质为借用其他建筑企业的资质。挂靠方以被挂靠企业的名义和资质对外订立的建设工程施工合同无效。

3、对于建筑企业的内部承包，多数同志认为，应当区别不同情况分别对待。对建筑企业下设分支机构以承包责任制的形式完成企业承揽的工程的，应当认定为有效合同。对于无施工资质的企业以建筑企业分支机构的名义承揽工程所订立的建设工程施工合同，应当认定无效。

4、关于施工许可证和建筑企业进济施工许可证问题，经研讨与会同志认为，施工许可证是行政机关对建筑工程加强监管的措施，应由建设方在订立建设工程施工合同前申领，故其对合同的效力不产生影响。对有关行业主管部门针对外地建筑企业实施的建筑企业进济施工许可证，因其与市场经济的要求不一致，不能作为认定合同效力的依据。

5、关于转包合同的效力问题，少数同志认为，应对将转包界定为“全部或整体”转包。多数同志认为，根据《合同法》和《建筑法》的规定，承包人必须自行承担其承包工程的部分工作，禁止其将承包的全部工程转包给他人，禁止其将全部工程肢解分包。

同时对于采用总承包形式进行施工的，总承包人必须自行完成建设工程主体结构的施工。对该问题，应当严格按照法律规定进行认定。

6、关于转包案件当事人的确定，多数同志认为，建设工程发包合同有效，承包人又对工程进行转包的，转包合同无效。此种情况下，实际施工人与转包人、违法分包人之间就工程款产生不当得利返还及缔约过失责任损害赔偿的法律关系。实际施工人以转包人、违法分包人为被告提起诉讼的，人民法院应当受理，一般不追加发包人参加诉讼；实际施工人以发包人为被告提起诉讼的，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款范围内对实际施工人承担责任。

6、对于无效的建设工程施工合同，多数同志认为，应由发包人、转包人赔偿实际施工人因工程造成的实际支出，并根据双方当事人过错程度承担缔约过失责任。

少数同志认为，缔约过失责任只适用于前契约义务，无效合同已经成立，其产生的责任不是缔约过失责任而是“过错责任”和“损害赔偿责任”。经研讨多数同志认为，缔约过失责任不仅适用于合同不成立的情形，而且可以适用于合同无效、被撤销及不被追认的情形。对合同无效的缔约过失责任，《合同法》第 58 条作了明确的规定。“过错责任”、“ 损害赔偿责任”分别是从主观要件和承担责任的方式上对民事责任进行的分类，与缔约过失责任并非同一层面的概念。

7、在无效合同当事人过错程度的认定上，应根据不同情况分别对待。因未按法律规定进行招标投标导致合同无效的，多数同志认为其过错在发包人，少数同志认为承包人亦有次要过错。因承包人无资质或超出资质施工造成合同无效的，过错主要在承包人，但发包人也有对承包人资质审查不严的过错。

8、对当事人因无效的建设工程施工合同非法取得的利润应当依法追缴，但在具体处理上应根据当事人行为的违法性程度和当事人缔约过错程度区别对待。对当事人主观恶意大，实际危害严重的，应当及时予以制裁；对当事人主观恶意和实际危害较小的，可以适当从宽处理。这是民事制裁与当事人的过错程度相适应，亦即“过罚相当”的原则的要求，也能够更好地起到规范建筑市场秩序的作用。

二、关于工程款的结算问题

9、对合法有效的建设工程施工合同工程款的结算，应遵循以下原则：（1）合同对工程价款有明确约定的，按合同约定结算，原则上不能变更。通过招标投标确定的合同价款不得变更。（2）在合同履行过程中发生设计变更或施工变更的，应参照合同中约定

的标准对变更内容进行结算。无法按照合同约定标准计算的，可以按国家颁布的工程款计价办法结算。（3）合同对工程价款的约定不明确的，根据《合同法》第六十二条第（二）款的规定可以按照国家颁布的有关计价办法确定。

10、根据现阶段我国建筑市场呈现出买方市场的现状，发包人在承包人的选择上具有一定的优势，承包人在技术上具有一定的优势，双方在缔约地位上大体是平等的。因此，与会同志认为，建设工程施工合同约定的工程造价与市场价格有差异的，一般应认定为企业经营中的正常风险。一方当事人以建设工程施工合同约定的价款显失公平或欺诈为由请求变更对工程造价约定的，未能提交充分证据的，一般不应予以支持。

11、现阶段建筑市场中建设工程施工合同约定以低于承包人实际资质等级和取费标准进行取费的，不违反法律的强制性规定，应从其约定。承包人在诉讼中以约定与其实际资质不符为由要求按其实际资质取费的，一般不予支持。建设工程施工合同约定以高于承包人实际资质等级和取费标准进行取费的，其约定因违反法律的强制性规定而无效，应根据承包人实际资质计算工程价款。

12、对当事人在合同中约定采取“大包干”方式计算工程造价，应从其约定。在合同履行过程中因工程变更或改变，导致工程量增加的，应对新增加的工程量按照合同约定的标准单独进行结算；无法按照约定标准计算的，可以按照国家颁布的计价办法予以确定。一方当事人要求对全部工程造价进行鉴定或重新结算的，一般不予准许。

13、对于建设部有关部门规章中关于“承包人向发包人提交结算报告后 28 日内发包人未予以答复的视为认可发包人的结算报告”的规定，与会同志认为，由于其法律效力等级和可操作性的原因，不能作为法院审理案件中的法律依据。但建设工程施工合同中明确约定了发包人对承包人提交的结算报告的审核期限的，应从其约定。承包人在约定期限内未进行审核和答复的，应视为认可发包人的结算报告。

14、当事人在工程竣工验收之后，对工程款的结算签订协议的，该协议可以作为工程款结算依据。

对上述的“竣工验收”的认定，多数同志认为，应当是指工程竣工后双方当事人针对工程的施工情况共同进行的验收，不以有关管理部门进行的验收为限。部分同志认为，当事人在合同中约定以质量监督管理部门的验收作为双方竣工验收的，应从其约定。

15、建设工程施工合同双方当事人就工程款已有明确结算或协议后，承包人依据结算或协议向人民法院提起诉讼的，由于其结算协议并非一独立的合同，而只是建设工程

施工合同价款的结算依据，在案件审理中仍应当作为合同基础原因的建设工程施工合同进行审查，故该类案件不应定性为一般债务案件，而应作为建设工程施工合同案件处理。

16、经研讨多数同志认为，由于建设工程施工合同中发包人支付工程款的义务与承包人的质量保证义务不具有必须同时履行的性质，发包人对工程质量的异议不能构成对承包人支付工程款请求的同时履行抗辩。

对于发包人要求承包人对工程进行维修或加固的请求应当属于反驳还是反诉的问题，多数同志认为，反诉是与本诉基于同一法律关系而产生，旨在抵销、吞并本诉的独立的诉。发包人要求承包人对工程进行维修、加固或扣除相关费用的请求属于对承包人瑕疵履行的抗辩，不构成独立之诉，应作为反驳处理。少数同志认为，此类请求应构成反诉。

17、对于建设工程施工合同欠款纠纷的诉讼时效问题，与会同志一致认为，诉讼时效应为当事人的抗辩事由，债务人未以诉讼时效为由提出抗辩的，人民法院不应主动审查时效问题。诉讼时效应自工程款确定时起算。

三、关于垫资施工问题

18、对于垫资条款的效力，与会同志有两种不同意见。第一种意见认为，垫资施工是国家明令禁止的，其行为扰乱建设工程市场，影响国家对固定资产的投资规模的控制。故垫资施工合同应为无效合同。第二种意见认为，根据《合同法》的规定，只有违反法律、行政法规的强制性规定的合同才能认定为无效合同。关于禁止垫资的规定系由建设部的规范性文件规定的，现行法律、行政法规对此未作出明确规定。故在合同法实施之前订立垫资条款可以认定无效；在合同法实施之后订立的垫资条款应按有效处理。

经讨论，多数同志同意第二种意见。

19、根据《招标投标法》第四十六条之规定，招标人和中标人除根据中标内容订立合同外，不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。故发包方与承包方通过招标投标签订建设工程施工合同后，又另行订立垫资条款或垫资协议的，该条款和协议因违反上述法律规定而无效。

20、对垫资款的处理问题，经研讨与会同志认为，承包人对工程的垫资应属于工程款的一部分，应按工程款的结算处理。承包人要求发包人支付垫资款利息的，合同对垫资款利息有约定的，从其约定，但约定的利息计算标准高于中国人民银行发包的同期同类贷款利率的部分除外；合同中未作约定的，原则上不支持其关于利息的诉讼请求。

21、针对司法实践中出现当事人以垫资施工构成《反不正当竞争法》规定的不正当竞争行为为由提起诉讼的情况，与会同志认为，根据我国建筑市场的现状，承包人垫资施工的行为，应当认定为一种市场竞争的手段，一般不构成不正当竞争。

四、关于工程造价鉴定问题

22、对建设工程造价的确定应当遵循当事人意思自治的原则。建设工程施工合同已对工程造价进行了约定，当事人又对工程造价申请鉴定的，不应予以准许。当事人就工程价款达成协议后又申请进行工程造价鉴定的，一般不予准许。承包人有充分证据证明结算协议有重大漏项的，可对有关漏项的造价进行鉴定。

23、审计部门根据有关法律、法规对建设工程造价进行的审计，与建设工程施工合同不属于同一法律关系。审计结论与合同约定的工程造价不一致的，应按合同约定的价款作为结算依据。

24、根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十八条之规定，一方当事人对工程造价自行委托有关部门作出的鉴定结论，可以作为证据使用。但对方当事人有证据足以反驳并申请重新鉴定的，应当予以准许。

五、关于建设工程价款优先受偿权问题。

25、关于合同法第二百八十六条规定的建设工程承包人的优先受偿权的法律性质问题，在理论和实务界有留置权、法定抵押权和法定优先权等不同认识。经与会同志讨论一致认为，该权利不应作为留置权或法定抵押权，而是法定的优先权。这是因为，根据《合同法》、《担保法》的有关规定，留置权的标的物以动产为限，抵押权必须基于当事人的约定而产生，属于意定物权，其性质与该优先受偿权均不相符。该权利系基于《合同法》的第二百八十六条的规定而产生的，应当属于法定的优先权。

26、对承包人行使其优先受偿权需具备的条件，经研讨认为应当包括：（1）建设工程施工合同合法有效；（2）工程已经竣工；（3）工程价款已经确认；（4）承包人对发包人进行了合理催告，催告期限一般不应当少于三个月。

也有同志认为，行使优先受偿权不以工程已经竣工为限。

27、对于行使优先受偿权的程序问题，经研讨形成两种不同意见。第一种意见认为，承包人的优先受偿权是当事人的法定权利，无需经法院确认。根据《合同法》第二百八十六条的规定，承包人可直接申请人民法院将工程依法拍卖，故承包人向人民法院申请行使优先受偿权的，应直接通过执行程序进行。第二种意见认为，承包人的优先受偿权

虽然是法定优先权，但在具体的案件中承包人的请求是否符合优先受偿权的法定要件，其权利范围如何等均需通过诉讼由人民法院予以确认。且当事人向人民法院提出拍卖工程申请的，亦需要提供人民法院生效裁判作为执行依据。所以承包人要求行使优先受偿权的，应作为确认之诉按民事诉讼普通程序审理。当事人因工程款数额等发生给付之诉中承包人要求确认其优先权的，可以一并处理。

多数同志同意上述第二种意见。

28、关于优先权的适用范围，经研讨认为，根据《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第三条的规定，应包括承包人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，不包括承包人因发包人违约所造成的损失，承包人垫资款项亦应包含在内。

十一、其他地区法院（仲裁委）

84. 陕西省高级人民法院关于审理设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答

【发文字号】陕高法〔2020〕113 号

为妥善审理建设工程施工合同纠纷案件，统一裁判思路，统一裁判规则，根据法律和司法解释的规定，就相关问题解答如下，供审理案件时参考：

1.建设工程施工合同无效，当事人对于建设工程折价补偿时可参照合同的哪些约定。

建设工程施工合同无效，建设工程经验收合格的，承包人和发包人均可主张参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。合同中关于工程价款计价方法、计价标准等与工程价款数额有关的约定可以作为折价补偿的依据。

2.固定总价合同履行中工程变更的，工程价款如何确定。

合同约定固定价款的，因发包人原因导致工程变更的，承包人能够证明工程变更增加的工程量不属于合同约定包干价范围之内的，有约定的，按约定结算工程价款；没有约定的，可以参照合同约定标准对工程量增减部分予以单独结算；无法参照约定标准结算的，可以参照施工地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算。主张调整的当事人对合同约定的施工具体范围、实际工程量增减的原因、数量等事实负有举证责任。

3.当事人在建设工程施工合同之外另行签订的结算协议作为工程价款结算依据，若建设工程施工合同无效，该结算协议效力是否受影响。

当事人在建设工程施工合同之外签订的结算协议具有独立性，建设工程施工合同是否有效不影响结算协议的效力，结算协议可以作为确定工程价款的依据。

4.如何理解《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》第十三条中“双方当事人明确表示受该咨询意见约束”。

当事人仅以在诉讼前共同与咨询机构签订工程造价咨询合同或者接收工程造价报告为由，主张将造价报告作为结算依据的，不予支持。当事人对工程造价进行结算，应当共同确认形成结算文件。

5.当事人就工程款结算达成一致后又主张索赔的，如何处理。

结算协议生效后，承包人依据协议要求支付工程款，发包人以因承包人原因导致工程存在质量问题或逾期竣工为由，要求拒付、减付工程款或赔偿损失的，不予支持，但结算协议另有约定的除外。

结算协议生效后，承包人以因发包人原因导致工程延期为由，要求赔偿停工、窝工等损失的，不予支持，但结算协议另有约定的除外。

当事人签订结算协议不影响承包人依据约定或法律、行政法规规定承担质量保修责任。

6.建设工程施工合同约定对承包人违约行为处以“罚款”的条款的性质如何认定。

建设工程施工合同约定承包人存在工期迟延、质量缺陷或者未达到合同约定的工程质量标准、转包或违法分包等违约行为，发包人可对承包人处以罚款的，该约定可以视为当事人在合同中约定的违约金条款。

7.欠付工程款利息的计付标准如何确定。

当事人对欠付工程款利息计付标准有约定的，按照约定处理，但计算标准不得超过依法应保护的民间借贷的最高利率。当事人对欠付工程款利息计付标准没有约定的，对于2019年8月19日以前的利息，按照中国人民银行同期同类贷款基准利率计算；对于2019年8月20日以后的利息，按照全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率（LPR）计算。

发包人是机关、事业单位和大型企业的，承包人是中小企业的，对逾期利息的约定利率低于《保障中小企业款项支付条例》规定的，按照《保障中小企业款项支付条例》规定的约定逾期利息的最低利率计算；对逾期利息没有约定的，按照《保障中小企业款项支付条例》规定的，每日利率万分之五计算。

8.当事人对工程价款付款时间有多次约定的，如何处理。

工程价款利息起算时间，应当自应付工程价款之日起开始计付。当事人在建设工程施工合同或者在合同履行过程中就建设工程施工所达成的一切协议如会议纪要、补充协议、结算协议等文件中，对付款时间的约定对当事人具有法律效力。上述协议与建设工程施工合同约定不一致的或上述协议就同一事项约定不一致的，应当以签署时间在后的协议约定为准。

9.当事人约定工程价款结算后支付工程款的，工程价款利息起算时间如何确定。

建设工程施工合同约定待工程价款结算后支付工程款的，属于当事人对付款时间约定不明。但建设工程施工合同约定待工程价款结算后支付工程款且对工程价款结算时间有明确约定的，工程价款结算次日为工程价款利息起算时间。

合同条款对发包人竣工结算审核有时间约定的，若发包人逾期未审核的，审核期满次日为工程价款利息起算时间；在专用条款对审核时间未约定或约定不明时，可适用通用条款的约定。

发包人在合同约定的竣工结算审核期限内提出异议的，双方当事人在起诉前完成工程价款结算的，工程价款结算次日为工程价款利息起算时间；双方当事人在起诉前未完成工程价款结算的，当事人起诉之日为工程价款利息起算时间。

10.关于建设工程已实际交付的理解。

建设工程交付，包括已完工程交付，也包括未完工程交付。案涉工程包括数个单项工程的，应以最后子项目交付时间为整体工程交付之日。

双方当事人没有明确的交付行为和交接手续的，以涉案工程实际投入使用之时，视为交付之日。

未完工工程的交付，不限于工程向发包人进行交付，承包人根据发包人指示将工程交由后续施工方进行施工的也属于工程交付。

11.《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》第十八条第（二）项中发包人对承包人提交竣工结算文件提出异议的，工程价款利息起算时间如何确定。

当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，建设工程验收合格但没有交付的，承包人提交结算文件之日，视为工程价款利息起算时间。但发包人在合同约定的审核期限内提出异议的或者合同没有约定审核期限的发包人在合理期限内提出异议的除外。

发包人在合同约定审核期限或者合理期限内提出异议的，双方当事人在起诉前完成工程价款结算的，工程价款结算次日为工程价款利息起算时间；双方当事人在起诉前未完成工程价款结算的，当事人起诉之日为工程价款利息起算时间。

12.承包人的项目部负责人以承包人名义实施的行为效力如何判断。

建设工程承包人设立项目部并任命项目部负责人的，项目部负责人受承包人委托从事民事行为，应视为履行职务行为，承包人应为合同主体。建设工程承包人设立的项目部负责人在承包人授权范围外从事的行为，构成表见代理的，承包人应对外承担责任。

承包人与其设立的项目部负责人签订的有关内部协议，约定免除承包人对外承担责任的条款，不具有对外效力，不能约束第三人。

对于签订买卖、租赁合同的行为，应当结合购买材料或租赁设备的品类、用途、交货地点，是否用于涉案工程以及施工合同履行习惯，相对方是否善意等情况，认定是否由承包人承担责任。

对于对外借款行为效力的认定要从严掌握，应当对借款流向、用途以及出借人是否善意等事实进行实质性审查，出借人要求承包人承担还款责任的，一般不予支持；出借人举证证明项目部负责人系获得承包人授权，或具有款项进入承包人账户、实际用于工程等情形的，出借人要求承包人承担还款责任的，可予支持。

13.借用资质的施工人直接向发包人主张工程款，如何处理。

通常情况下，借用资质的施工人只有在出借资质人怠于履行权利时，才能提起代位权诉讼。但发包人明知借用资质事实存在的，借用资质的施工人可以直接向发包人主张权利。

14.在多层转包或者违法分包情况下，实际施工人主张各转包人或者违法分包人均承担付款责任，如何处理。

在多层转包或者违法分包情况下，实际施工人原则上仅可以要求与其有直接合同关系的转包人或者违法分包人对工程欠款承担付款责任。

实际施工人向发包人主张权利的，为查明发包人欠付工程款的数额，应追加总承包人作为第三人。其余违法分包人、转包人如未参与实际施工，不影响案件事实查明的，可以不追加为案件诉讼主体。

15.承包人主张建设工程价款优先受偿权的起算时间如何确定。

行使建设工程价款优先受偿权的期限自发包人应当给付工程价款之日起算。当事人对应付款时间有明确约定的，按照当事人约定；无明确约定的，可以参照《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》第十八条规定审查处理。

16.工程款债权的受让人主张对建设工程价款优先受偿权一并受让，如何处理。

建设工程价款优先受偿权依附于工程款债权，属于从属性权利，承包人将建设工程价款债权转让的，建设工程价款优先受偿权随之转让。

85. 湖南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解答

为解决全省法院审理建设工程施工合同纠纷案件中的疑难问题，根据《中华人民共和国民法典》《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若干问题的解释（一）》等相关法律规定，湖南省高级人民法院制定印发了《湖南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解答》。

一、建设工程施工合同纠纷案件专属管辖的范围应如何理解？

下列案件，由建设工程所在地人民法院管辖：

（一）建设工程施工合同纠纷、装饰装修合同纠纷、建设工程价款优先受偿权纠纷、建设工程监理合同纠纷、农村建房施工合同纠纷，建设工程分包合同纠纷及建设工程劳务分包合同纠纷；

（二）建设工程勘察合同纠纷、建设工程设计合同纠纷。

（三）工程款债权转让，债务人与受让人因债务履行发生的纠纷。

（四）建设工程总承包合同纠纷。

二、建设工程施工合同中仲裁条款涉及管辖等相关问题应如何认定？

发包人与承包人在建设工程施工合同中约定仲裁条款的，除非实际施工人表示认可或表示受发包人与承包人之间的仲裁条款约束，否则仲裁条款仅对合同双方具有约束力。实际施工人、合法分包人起诉承包人或直接起诉发包人的，人民法院应当审理。如果本案诉讼需要以发包人与承包人之间的仲裁结果作为依据的，可中止审理，待仲裁程序结束后再恢复审理。人民法院对已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实应根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十条之规定予以认定。

实际施工人、合法分包人与承包人约定了仲裁条款，又以发包人为被告提起诉讼的，不予受理，已经受理的，裁定驳回起诉。实际施工人、合法分包人与承包人之间的仲裁已终结后，又起诉发包人的（包含发包人与承包人在建设工程施工合同中亦约定了仲裁条款情形），人民法院应当审理。

三、未经招投标签订的建设工程施工合同的效力如何认定？

当事人以建设工程未经招投标程序主张签订的建设工程施工合同无效的，除符合《中华人民共和国招标投标法》第三条规定及国家发展和改革委员会 2018 年 6 月 1 日

施行的《必须招标的工程项目规定》（中华人民共和国国家发展和改革委员会令第 16 号）、2018 年 6 月 6 日施行的《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》（发改法规规〔2018〕843 号）的相关规定必须招标的项目外，不予支持。

四、签订中标通知书后未正式签订建设工程施工合同时合同是否成立？

招投标过程中承包人与发包人签订中标通知书，承包人或发包人拒绝与对方签订正式建设工程施工合同文本的，此时应视为双方之间建设工程施工合同本约合同成立。

五、发包人未取得建设工程规划许可证及建设工程施工许可证时如何认定合同效力？

存在多次诉讼，发包人在本次起诉前取得建设工程规划许可证等审批手续的，可以认定建设工程施工合同有效。

六、发包人与承包人之间的承包合同无效是否必然导致分包合同也无效？

发包人与承包人之间的建设工程施工合同无效，不必然导致分包合同无效。若承包人将部分工程分包给有资质的施工方，则分包合同有效，除非案涉工程本身存在违法性，如未取得建设工程规划许可证、建设工程用地规划许可证、案涉工程被认定为违法建筑等情形。

七、如何确定“黑白合同”中作为结算依据的合同？

中标合同有效，以中标合同作为结算依据。

中标合同与其他合同均无效的，以实际履行的合同作为结算依据。无法区分实际履行的合同的，以后签订的合同作为结算依据。

招标人与中标人另行签订的建设工程施工合同约定的实质性内容与中标合同不一致的，应以中标合同作为结算依据。但因客观情况发生了招投标时难以预见的变化而另订施工合同的除外。

八、当事人已达成结算协议后又以合同无效反悔应如何处理？

当事人就建设工程价款自行达成结算协议后，又以建设工程施工合同无效为由，否定结算协议确定的工程价款的，不予支持。

九、发包人可否参照无效合同约定要求支付工程款？

建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格，发包人可以参照合同关于工程价款的约定请求对承包人进行折价补偿。

十、建设工程施工合同无效，但该建设工程经竣工验收合格，当事人无法举证证明实际损失的情况下，可否参照合同的约定计算损失？

建设工程施工合同无效，但该建设工程经竣工验收合格，当事人无法举证证明实际损失的情况下，可参照合同关于质量、工期、进度款支付等索赔条款的约定计算损失。

十一、建设工程施工合同无效，当事人之间约定的管理费如何处理？

建设工程施工合同无效，合同约定的管理费原则上不予支持。当事人主张的，法院可以根据合同系借用资质或转包、违法分包等不同类型，结合出借资质人、转包人、违法分包人是否履行管理职责因素予以适当支持，一般不宜超过总工程款的 3%。

十二、合同均无效情形中总包合同与转包、违法分包合同关于工程款的差额应如何处理？

建设工程施工合同均无效情形中，承包合同高于转包、违法分包合同的工程款差额的性质属非法利益，转包、违法分包人与实际施工人按转包、违法分包合同结算后又以承包合同向发包人主张支付工程款，发包人对超出部分的工程款提出不予支付抗辩的，人民法院应综合合同履行情况、施工工程内容及行业惯例等情形予以调整，一般不宜超过差额部分工程款的 8%（包含税金、管理费在内）。但发包人明知且认可的，该抗辩不能成立。

十三、当事人约定以行政审计、财政评审作为工程款结算依据，一方以审计、财政评审结论不真实、客观要求重新鉴定如何处理？审计部门明确表示无法审计或拖延审计如何处理？

当事人约定以行政审计、财政评审作为工程款结算依据的，按约定处理。当事人有证据证明审计结论不真实、客观，法院可以准许当事人补充鉴定、重新鉴定或者补充质证等方法对争议事实做出认定。

行政审计或财政评审部门明确表示无法进行审计，或在约定期限及合理期限内无正当理由未出具审计结论，当事人就工程价款结算无法达成一致申请司法审计鉴定的，应予准许。

十四、借款预支工程款应如何处理？

建设工程施工合同履行过程中，当事人出具借条预支工程进度款，发包人或承包人在结算工程价款过程中主张抵扣借款本金及利息的，应当一并处理。

十五、以房抵债协议在结算中应如何处理？

工程款结算中，发包人与承包人约定以承包人建设的房屋抵冲工程价款的，在案件结算中应一并予以处理。除非承包人能够证明存在发包人拒绝履行以房抵债义务或其他履行障碍情形。

十六、发包方以承包方未开具发票拒绝支付工程款应如何处理？

发包人以承包人未开具发票为由拒绝支付工程款的，人民法院不予支持。当事人另有明确约定的除外。

承包人起诉要求发包人支付工程款，发包人以要求承包人开具发票为由提起反诉的，人民法院可以一并审理。

十七、建设工程施工合同无效，欠付工程款的逾期利息应如何认定？

建设工程施工合同无效，因欠付工程款产生的损失一般应认定为资金占用损失，资金占用费应以全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率为计算依据，但当事人能够证明其资金占用损失高于全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率的，可以结合过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素予以适当调整。

十八、发包人认为建设工程主体结构质量不合格，要求司法鉴定的，应达到何种证明程度？

《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若干问题的解释（一）》第十四条明确了针对建筑地基基础工程和主体结构质量承包人应承担更重的瑕疵担保责任，故在诉讼中，承包人向发包人主张工程款，发包人以地基基础或主体结构存在严重质量问题抗辩不支付工程款，并要求进行质量鉴定的，发包人应提供初步证据予以证明。

十九、如何理解《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若干问题的解释（一）》第三十七条装饰装修工程承包人主张优先权应具备的折价或者拍卖条件？

装饰装修的承包人就建设工程价款主张优先受偿权应具备折价或者拍卖条件，应理解为装饰装修的承包人就建设工程价款主张优先受偿权的同时应举证证明案涉装饰装修工程可单独评估且与其他工程一并拍卖。

二十、建设工程价款债权转让，建设工程价款优先受偿权是否随之转让？

建设工程价款优先受偿权所设立的立法本意系解决拖欠工程款问题，以推动承包人价款债权的实现，具有从属性，不具有人身属性，故承包人将建设工程价款债权转让的，建设工程价款优先受偿权随之转让。

二十一、行使优先受偿权的方式应如何认定？

承包人有证据证明以发函、与发包人协议折价或申请参与对建设工程变价分配等方式行使建设工程价款优先受偿权的，应予认可。

二十二、建设工程价款优先受偿权可否通过调解确认？

以调解方式确认建设工程价款优先受偿权的，符合法律规定的，法院可以确认，但为了防止虚假诉讼、损害案外人利益等情况，法院应当进行实体审查，重点审查建设工程价款优先受偿权的行使主体、行使期限、行使方式、工程款债权的范围等实质性事项是否符合法律规定，尤其要审查是否存在当事人虚增工程款数额、伪造竣工记录、伪造付款期限、伪造行使时间等情形。未经实体审查或者经审查不符合建设工程价款优先受偿权行使条件的，不予出具调解书。

二十三、挂靠人直接起诉发包人应如何处理？

借用资质的实际施工人起诉发包人要求支付工程款的，人民法院可在查明事实的基础上按以下两种情形处理：

（一）发包人明知实际施工人借用资质而未提出异议的，根据《中华人民共和国民法典》第一百四十六条、第四百九十条规定处理，实际施工人可直接向发包人主张权利。人民法院应追加被挂靠人为第三人。

（二）发包人对借用资质不知情的，出借资质方怠于向发包人主张权利，实际施工人可参照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同的司法解释（一）》第四十四条规定行使代位权。人民法院应追加被挂靠人为第三人。

二十四、层层转包中转包人、违法分包人的责任如何认定？

实际施工人向层层转包人或层层分包人主张给付工程价款，转包人或者违法分包人能够证明已经付清工程价款的，其前手转包人或违法分包人一般不再承担给付责任。

二十五、发包人应否承担工伤赔偿责任？

发包人将建设工程承包给符合资质的承包人，发包人不承担责任，但对合法承包人的转包、违法分包、挂靠行为予以明确认可的，应承担责任。

发包人将建设工程承包给无资质的承包人，发包人应承担责任。

发包人在对外垫付赔偿款后，有权向无资质的承包人、实际用工人或将工程转包、违法分包、挂靠的合法承包人进行追偿。

将工程转包、违法分包、挂靠的合法承包人对工伤赔偿应承担责任，且有权向实际用工人进行追偿。

二十六、合法分包的情况下，完成建设工程施工分包合同项下内容的分包人可否直接起诉发包人？

合法分包的情况下，实际完成建设工程施工分包合同项下内容的分包人可参照《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若干问题的解释（一）》第四十三条之规定起诉发包人。

二十七、约定的罚款条款的性质应如何认定？

建设工程施工合同约定发包人对承包人的违约行为处以罚款的，应定性为违约金条款，当事人申请调整的，根据民法典第五百八十五条规定予以处理。

二十八、《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若干问题的解释（一）》出台后措辞方面有何需要注意的问题？

不再使用“非法转包”、“肢解分包”措辞，改为“转包”、“支解分包”。

二十九、本解答仅供湖南省内各级法院审理建设工程施工合同纠纷案件作为参考，在裁判文书“本院认为”部分具体分析法律适用理由时可根据本解答的相关意见进行说理，但不能作为裁判依据进行援引。

86. 湖南省高级人民法院关于印发《关于涉新型冠状病毒感染肺炎疫情案件法律适用若干问题的解答》的通知（节选）

2 月 27 日，湖南高院发布《关于涉新型冠状病毒感染肺炎疫情案件法律适用若干问题的解答》（以下简称《解答》），供全省各级法院在涉疫情防控相关案件审判执行工作中参考。

《解答》共 5 大类 31 条，主要涵盖涉疫情刑事案件、民商事案件、行政案件审判和涉疫情执行工作等相关问题，旨在切实做好涉新冠肺炎疫情各项审判执行工作，提高疫情防控法治化水平，依法保障人民群众的身体健康和生命安全，维护社会稳定，为坚决打赢疫情防控阻击战提供有力司法服务和保障。

湖南省高级人民法院关于涉新型冠状病毒感染肺炎疫情案件法律适用若干问题的解答（节选）

【发文字号】湘高法[2020]16 号

【发布日期】2020 年 02 月 28 日

……

二、涉疫情民商事案件审判相关问题

问题 4:因新冠肺炎疫情导致不能履行合同的，能否适用不可抗力条款？如何确定起止时间？

答：全国人大法工委已经明确，对于因新冠肺炎疫情这一突发公共卫生事件导致不能履行合同的，属于不能预见、不能避免并不能克服的不可抗力，故该情形可适用不可抗力条款。但当事人迟延履行在先，不可抗力发生在后的除外。

根据具体案件中新冠肺炎疫情对合同履行、合同目的实现或当事人行使权利的实际影响来确定起止时间。一般可根据合同履行地或当事人住所地的省级人民政府启动和终止重大突发公共卫生事件响应的时间来确定。

……

87. 内蒙古自治区高级人民法院关于审理涉新冠肺炎疫情民商事案件相关问题的指引（节选）

【发布日期】2020 年 02 月 14 日

为深入贯彻习近平总书记关于坚决打赢疫情防控阻击战的系列重要指示精神，全面落实中央、自治区党委和最高人民法院关于疫情防控的决策部署，充分发挥人民法院民商事审判职能作用，依法保障人民群众生命安全、身体健康和企业合法权益，保障经济平稳运行和社会稳定，针对全区法院在审理民商事案件中可能遇到的与疫情有关的法律问题，制定本指引。

一、基本规定

1.新冠肺炎疫情是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况，属于民法总则第一百八十条第二款规定的不可抗力。自然人、法人、其他组织认为因疫情防控影响其民事权利和诉讼权利的，可以不可抗力为由提出请求或抗辩，由人民法院依法审查。

2.当事人一方提出不可抗力抗辩的，人民法院应准确核实疫情对当事人之间的权利义务关系是否构成影响和影响的程度。避免以疫情为名规避责任或者获取不当利益。

3.疫情对案件确有影响的，人民法院应当告知双方当事人本着尊重事实，在互让互谅的基础上进行协商，并善于引入人民调解、行业调解等多元解纷机制进行调解，合理分担损失。

4.对无法协商一致的，人民法院应当依据民法总则第六条、合同法第五条规定的公平原则，充分考虑当事人所处的客观环境、主观过错，依法灵活运用自由裁量权，平衡各方当事人利益。努力做到以法为据、以理服人、以情感人，妥善审理民商事纠纷，化解社会矛盾。

……

三、与疫情有关的合同纠纷

10.对在疫情前已签订合同的履行造成影响的，可适用不可抗力条款。当事人迟延履行在先，不可抗力发生在后的除外。

11.因不可抗力不能履行部分合同或者全部合同义务的，部分或者全部免除责任。双方当事人均尽到了因疫情发生可能给合同一方或双方造成损失的相关注意义务，但一方当事人在知道疫情前已经为履行合同做了必要的准备，且损失无法挽回，针对损失的成本部分，应结合个案情况由双方当事人合理分担。

12.适用不可抗力条款时要兼顾各方当事人的利益，考虑不能履行义务的一方在受疫情影响后是否及时将自身履行能力通知另一方，另一方是否采取措施防止损失扩大等因素，综合判断各方当事人承担责任的比例，避免简单机械适用。

13.准确区分不可抗力与情势变更法律规定的适用条件。情势变更是指合同成立以后客观情况发生了重大变化，继续履行将明显不公平或者不能实现合同目的。因疫情构成不可抗力的，原则上不再适用情势变更原则。

14.疫情发生后签订合同产生纠纷的，因合同双方当事人对疫情以及合同履行面临的环境应当能够预见，产生的损失应属于商业风险，主张适用不可抗力条款的，一般应不予以支持。

15.以不可抗力为由主张解除合同的，经审查发现疫情虽然对合同履行造成影响，但合同目的仍能实现，应当积极组织双方当事人协商变更合同履行内容，慎重处理解除合同的诉讼请求。

16.疫情期间，因遵守各地政府颁布的行政命令导致不能正常履约，当事人提出适用不可抗力条款的，上述行政命令可作为人民法院裁量的证据。

……

22.因疫情防控需要，造成建设工程项目停工或者不能按期开工的，属顺延工期合法事由。因工程延期交工造成商品房交付时间延后的，商品房交付时间和办证时间亦可相应顺延。

……

内蒙古自治区高级人民法院

2020 年 2 月 14 日

88. 河北省高级人民法院建设工程施工合同案件审理指南

【发文字号】冀高法〔2018〕44号

为了正确审理建设工程施工合同纠纷，准确适用法律，规范自由裁量权的行使，依据《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国建筑法》、《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若干问题的解释》以下简称《最高人民法院建设工程案件司法解释》）等法律、行政法规及司法解释，结合我省实际情况，制定本审理指南。

一、建设工程施工合同的效力认定问题

1．发包人未取得建设用地规划许可证或建设工程规划许可证，与承包人签订的建设工程施工合同，应认定为无效。但在一审法庭辩论终结前取得两证或者经主管部门批准建设的，可以认定有效。发包人已经办理建设用地使用权手续，但尚未取得建设用地使用权证，不影响合同效力。发包人未取得建设工程施工许可证的，不影响合同效力。

2．当事人以商品房开发未经招投标程序主张签订的建设工程施工合同无效的，如果该开发项目符合《中华人民共和国招投标法》第三条、《河北省实施＜中华人民共和国招投标法＞的办法＝第六条、第九条规定的强制招投标项目而未进行招投标的，人民法院应予支持。但根据国务院《关于促进建筑业持续健康发展的意见》（2017年第19号），在民间投资的建设工程项目中，可由建设单位自主决定发包方式。

3．法律、行政法规规定必须经过招投标的建设工程，当事人以招投标程序违法，或者存在串标、明招暗定等情形主张建设工程施工合同无效的，应承担相应的举证责任，人民法院经审查，认定确实存在以上情形的，该建设工程施工合同为无效合同。

4．建筑施工企业与其下属分支机构或在册职工签订合同，将其承包的全部或者部分工程分包给其下属分支机构或职工施工，并在资金、技术、设备、人力等方面给予支持的，可以认定为企业内部承包合同。判断是否为企业的在册职工应以书面劳动合同、社保缴纳凭证、工资发放证明等证据综合予以认定。企业内部职工和下属分支机构不得单独主张工程款建筑施工企业与无施工资质的承包人签订的合同名为企业内部承包实为借用资质，当事人主张合同有效的，人民法院不予支持。

5．以下情形可以认定为非法劳务分包:⑴总承包人、专业分包企业将建筑工程的劳务作业分包给不具备相应资质条件的企业和个人；⑵总承包人、专业分包企业将建筑工

程的劳务作业分包给具备相应资质条件的企业，但分包的内容包括提供大型机械、周转性材料租赁和主要材料、设备采购等；⑶劳务作业承包人将承包的劳务作业再分包的。

二、工程价款结算及相关问题

6．建设工程施工合同无效，发包人与承包人均有权请求参照合同约定支付工程价款；承包人要求另行按照定额结算或者据实结算的，人民法院不予支持。

7．当事人就同一建设工程订立的数份施工合同均被认定为无效的，在结算工程价款时，应当参照当事人真实意思表示并实际履行的合同约定结算工程价款。当事人已经基于其中一份合同达成结算单的，如不存在欺诈、胁迫等撤销事由，应认定该结算单应有效。无法确定当事人真实意思并实际履行的合同的，可以结合缔约过错、已完工程质量、利益平衡等因素合理分配当事人之间数份合同的差价确定工程价款。

8．法律、行政法规未规定必须进行招投标的建设工程，经过合法有效的招投标程序的，当事人实际履行的建设工程施工合同与备案中标合同实质性内容不一致的，应当以中标合同作为工程价款的结算根据。

9．法律、行政法规未规定必须进行招投标的建设工程，实际上也未经过招投标，当事人根据当地行政主管部门的要求，对双方签订的建设工程施工合同进行备案后另行签订实质性内容不同的合同，应当以当事人实际履行的合同作为工程价款的结算根据。

10．当事人在合同中只约定了发包人收到竣工结算文件后，应在约定的期限内予以答复，但未明确约定逾期不答复视为认可竣工结算文件的，不能适用《最高人民法院建设工程案件司法解释》第 20 条的规定。承包人仅依据建设部制定的建设施工合同格式文书通用条款 33.3 条“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，并承担约责任”的约定请求发包人按照竣工结算文件结算工程价款的，人民法院不予支持。

11．合同约定固定价款的，因发包人原因导致工程变更的，承包人能够证明工程变更增加的工程量不属于合同约定包干价范围之内的，有约定的，按约定结算工程价款，没有约定的，可以参照合同约定标准对工程量增减部分予以单独结算，无法参照约定标准结算可以参照施工地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算。主张调整的当事人对合同约定的施工具体范围、实际工程量增减的原因、数量等事实负有举证责任。

12．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。即由鉴定机构在同一取费标准下分别计算出已完工程部分的价款和整个合同约定工程的总价款，两者对比计算出相应系数，再用合同约定的固定价乘以该系数，确定工程价款。当事人一方主张以定额标准作为造价鉴定依据的，人民法院不予支持。

13．未施工完毕的工程项目，当事人就已完工程的工程量存有争议的，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；不能确定的应根据工程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。发包人有恶意驱逐施工方、强制施工方撤场等情形的，发包人不认可承包方主张的工程量的，由发包人承担举证责任。发包人不提供相应证据，应承担举证不能的不利后果。

14．建设工程施工合同无效，当事人一方依照《合同法》第 58 条规定，请求对方赔偿其因合同无效所受到的损失，人民法院应当综合过错程度、损失大小、损失与对方的过错之间是否存在因果关系等因素，依照诚实信用原则和公平原则，做出认定和裁决。

15．建设工程施工合同被确认无效后，发包人主张因承包方工期延误应赔偿其与第三人签订的房屋买卖合同因逾期交房发生的违约损失，承包人对工期延误存在过错，损失已经实际发生，且损失发生与承包人逾期交工行为有因果关系，可以纳入无效合同过错责任赔偿范围。根据承包方订立、履行合同中的过错责任大小及诚实信用原则，依据《合同法》第五十八条规定判令其承担相应的责任。

16．合作开发房地产合同中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，承包人要求合作开发的各方当事人对欠付的工程款承担连带责任的，人民法院应予支持。

17．工程价款确定前，发包人与承包人约定以土地或商品房抵顶工程款的，该协议属于流质契约，应认定为无效。当事人请求继续履行该抵债协议的，不予支持。人民法院应对涉案土地或房屋进行评估，折价后支付承包人的工程款。支付工程款后的剩余款项，应返还发包人；不足部分，承包人可向发包人另行主张。

18．工程价款确定后，包括施工过程中对已完工程的造价确定后，发包人与承包人约定以土地或商品房抵顶工程款，如果已经办理土地或房屋的过户手续的，应认定为有

效。如果尚未办理土地或房屋过户手续，一方当事人主张继续给付工程欠款及利息的，人民法院应予支持。

19．建设工程施工过程中，发包人与承包人进行结算后，出具欠条确认欠付债务，原告依据欠条起诉，被告主张该欠条中确认数额并非实际的工程款数额，要求确认欠条无效的，一般不予支持。除非被告能够提供证据证明出具欠条时存在重大误解、欺诈、胁迫或显失公平等情形。

三、审计结论、财政评审意见作为结算依据的相关问题

20．政府投资和以政府投资为主的建设项目，合同明确约定以审计机关出具的审计意见作为工程价款结算依据的，财政部门审计部门等对工程款的审核、审计，应当作为结算依据。

21．审计机关严重超出合同约定的期限未作出审计结论，发包人以此为由拒付工程款的，发包人无法举证证明审计机关具有正当理由不能出具审计结论的，当事人申请对工程造价予以司法鉴定，人民法院应予支持。

22．在双方当事人已经通过结算协议确认了工程结算价款并已基本履行完毕的情况下，国家审计机关作出的审计结论或财政评审意见，不影响双方结算协议的效力。

四、建设工程造价鉴定

23．当事人诉前共同委托具有鉴定资质的鉴定机构对涉案工程的工程造价作出鉴定结论，诉讼中一方当事人要求重新鉴定的，人民法院一般不予准许，但有证据推翻该鉴定结论的除外。承包方提出结算申请后，发包人单方委托鉴定，后承包方以发包人委托鉴定结论为依据起诉要求支付工程款的，按诉前共同委托鉴定处理。

24．发包人对承包方提供的结算报告已经委托有资质的第三方进行审核并经双方签字认可，或者双方当事人已完成工程价款结算，结算报告已经双方签字认可。诉讼中一方当事人要求重新鉴定的，人民法院不予准许。

25．当事人对施工合同效力、结算依据、签证文件的真实性及效力等问题存在争议的，应由人民法院进行审查并确认是否作为结算依据。人民法院准许当事人对工程价款进行鉴定的申请后，应当根据当事人申请及查明案件事实的需要，确定委托鉴定的事项及范围，并组织双方当事人对争议的鉴定材料进行质证，确定鉴定依据。当事人对对方提交的鉴定资料无法达成一致意见的，人民法院不能简单以当事人不予认可为由否认该

鉴定资料的夹实性，人民法院应依法对争议的资料进行审查并确定是否可以作为鉴定资料使用。

26．人民法院在委托鉴定时可要求鉴定机构根据当事人所主张的不同结算依据分别作出鉴定结论，或者要求鉴定机构对存疑部分的工程量及价款鉴定后单独列项，供审判时审核认定使用，也可由人民法院就争议问题先做出明确结论后再启动鉴定程序。

27．鉴定过程中，各方当事人均有提交鉴定资料的义务。当事人在鉴定过程中未按法院指定的期限提交鉴定资料，经过催告仍不提交，且不能做出合理解释的，视为拖延提交鉴定资料，应承担举证不能的法律后果。

28．人民法院经审理认为就建设工程价款等专门性问题需要进行鉴定的，应当向负有举证责任的当事人进行充分释明、明确告知其不申请鉴定可能承担的不利后果。当事入经释明后未申请鉴定的，可参照民事诉讼法逾期举证的规定，由其承担相应的法律后果。一审诉讼中负有举证责任的当事人未对工程价款申请鉴定，二审诉讼中申请鉴定的，人民法院可予准许。人民法院准许后，可以将案件发回一审法院委托鉴定，但不得违反民事诉讼法的相关规定。对经一审法院释明未申请鉴定的当事人，可参照民事诉讼法对逾期举证的规定，对当事人进行训诫、罚款。

五、实际施工人的认定及权利行使问题

29．实际施工人与名义上的承包人相对，一般是指非法转包合同、违法分包合同、借用资质（挂靠）签订合同的承包人。具有下列情形可认定为实际施工人：（一）存在实际施工行为，包括在施工过程中购买材料、支付工人工资、支付水电费等行为；（二）参与建设工程承包合同的签订与履行过程；（三）存在投资或收款行为。具有下列情形的，不能认定为实际施工人：（一）属于施工企业的内部职工；（二）与非法转包人、违法分包人无施工合同关系的农民工、建筑工人或者施工队、班组成员。上述人员不能直接向发包人主张权利，只能依据劳动关系或劳务关系向实际施工人（承包人）主张权利。建设工程经数次转包的，实际施工人为最终的承包人。

30．对于工程项目多次分包或转包的，实际施工人起诉合同相对方、发包人支付工程款的，为查明发包人欠付工程款的数额应追加总承包人为第三人，其余违法分包人、转包人未参与实际施工，不影响案件事实查明的，可以不追加为案件诉讼主体。

31．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，发包人与承包人就工程款问题尚未结算的，原则上仍应坚持合同相对性，由与实

际施工人有合同关系的前手承包人给付工程款。如果发包人与承包人已就工程款进行结算或虽尚未结算，但欠款范围明确，可以确定发包人欠付承包人的工程款数额大于承包人欠付实际施工人的工程款数顿，可以直接判决发包人对实际施工人在承包人欠付实际施工人的工程款数额范围内承担连带给付责任。欠付工程款范围明确是指判决中必须明确发包人承担连带责任的范围和数额，不能简单表述为发包人在欠付工程款范围内承担连带责任。

32．承包人请求发包人支付工程款，发包人以向实际施工人支付工程款抗辩的，应当举证证明支付工程款数额及支付理由，对付款有特殊约定、承包人予以授权、生效裁决予以确定，或者有其他正当理由，人民法院应当予以支持。

六、建设工程优先受偿权

33．建设工程施工合同无效、但建设工程质量合格，承包人主张建设工程价款就该工程折价或拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予以支持；分包人或实际施工人在总包人或非法转包人怠于主张工程价款时，主张建设工程价款就该工程折价或拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

34．承包人享有的优先受偿权的建设工程价款范围是指承包人完成的工作成果所产生的费用，包括直接费、间接费、利润、税金及工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，不包括因发包人违约所产生的损失。利息属于工程价款的法定孳息，承包人主张未付工程价款利息属于工程价款属于优先受偿权范围的，应予支持。土地使用权不属于优先受偿权的客体，承包人请求对建设工程占用范围内的土地使用权的价值享有优先受偿权的，不予支持。

35．建设工程承包人行使优先受偿权的期限为六个月，具体起算时间按照以下方式确定:（1）工程已竣工的，自建设工程峻工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起算，上述日期不一致的，以在后日期作为起算点，但合同约定的付款期限尚未届满的，以合同约定的付款期限届满之日作为起算点；（2）工程尚未竣工而合同解除、终止履行的，以合同实际解除、终止之日作为起算点；（3）发包人主张以《最高人民法院建设工程案件司法解释》第十四条第（二）、（三）项作为承包人行使优先受偿权起算点的，不子支持。

36．当事人以调解方式对优先受偿权进行确认的，人民法院应依法审查其合法性，对当事人恶意串通损害第三人合法权益的调解协议不予确认。

37．建设工程价款优先受偿权与建设工程价款请求权具有人身依附性，承包人将建设工程价款债权转让，建设工程价款的优先受偿权消灭。

七、工程质量、质保金返还及保修责任

38．承包人提起的建设工程施工合同纠纷中，发包人以工程质量不符合合同约定或规定、工期延误等为由，要求承包人支付违约金或者赔偿修理、返工或者改建的合理费用等损失的，告知发包人应提起反诉，与本诉一并审理。承包人提起建设工程施工合同纠纷后，发包人在其他法院另行起诉承包人主张上述权利的，人民法院应告知发包人在前诉中提起反诉。发包人坚持立案的，后立案的法院应主动将案件移送到先立案的法院合并审理。

39．因承包人的过错造成建设工程质量不符合约定，发包人能够证明已经履行了通知义务，承包人拒绝修理、返工或者改建，发包人请求减付工程价款的，可以将发包人因修理、返工或重建而支付的费用在工程款中予以扣减。

40．建设工程经过竣工验收合格后，承包人主张工程款的发包人又以工程质量不合格主张付款条件不成就或者拒付工程款的，人民法院不予支持。

41．建设工程未经竣工验收或未经验收合格，发包人擅自使用后，承包人主张工程款的，发包人又以使用部分质量不合格主张付款条件不成就或者拒付工程款的，人民法院不予支持。但确因承包人原因导致建设工程的地基基础工程和主体结构存在质量问题的除外。

42．未完工程中，承包人主张其已完成部分的工程款的，后续工程已经由第三方施工完毕，并竣工验收合格的，发包人又以承包人施工部分的工程质量不合格主张付款条件不成就或者拒付工程款的，人民法院不予支持。后续工程已经由第三方施工完毕但未进行竣工验收，或者未由第三方继续施工，但分部分项验收合格的，发包人以承包人施工部分的工程质量不合格主张付款条件不成就或者拒付工程款的，人民法院不予支持。人民法院可在承包人已完工程价款中按合同约定比例暂扣质保金，暂扣质保金的时间最长不超过两年。但确因承包人原因导致建设工程的地基基础工程和主体结构存在质量问题的除外。

43．当事人对质量保证金返还期限有约定的，承包人请求按照约定返还工程质量保证金的，人民法院应予支持。没有约定或约定不明的，适用《建设工程质量保证金管理办法》（建质[2016]295 号）第二条规定，缺陷责任期最长为 2 年。发包人应在最长缺

陷责任期（2 年）期满后将质量保证金返还承包人。质量保证金的期限自工程竣工验收合格之日起算；工程因发包人原因未能竣工验收的，自承包人提交工程竣工验收报告 90 天后起算。发包人返还质量保证金后，不影响承包人依照合同约定或法律规定履行工程保修义务。

44．发包人擅自使用未经验收或验收不合格工程，视为该工程已经竣工验收，但不能排除工程保修期内承包人的保修责任。

45．建设工程施工合同中约定发包人可因工期、工程质量转包或违法分包等情形对承包人处以“罚款”的，该约定应视为双方对违约责任的约定，罚款具有违约金的性质。经承包人确认的罚款数额，发包人主张从工程款中扣减的，人民法院应予支持。当事人要求对罚款的数额进行调整的，人民法院可按照《合同法》第一百一十四条的规定予以处理。

46．发包人未取得施工许可证，但承包人已实际开工的，应以实际开工之日为开工日期，合同另有约定的除外。因未取得施工许可证而被行政主管部门责令停止施工的，可作为工期顺延的事由。

47．工期延误的责任应该由造成工期延误的过错一方承担，发包人仅以承包人未在合同约定的期限内提出工期顺延申请而主张工期不能顺延的，人民法院不予支持。

48．建设工程施工合同履行中，承包人由于管理不善等原因，导致工期延误等违约行为的，人民法院确定承包人向发包人承担的违约责任时，应准确理解、把握《合同法》第一百一十三条规定，综合考虑承包人过错、履行施工合同预期利益，发包人实际损失等情况，综合确定赔偿数额。

八、承包主体的对外责任承担

49．挂靠人以自己名义与材料设备供应商签订买卖合同，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名义签订合同，一般应由被挂靠单位和挂靠人共同承担责任，但材料设备供应商签订合同时明知挂靠的事实，并起诉要求被挂靠人承担合同责任的，人民法院不予支持。非法转包人、违法分包人未经施工企业授权，以施工企业项目部名义对外签订买卖、租赁等合同，施工企业是否承担民事责任适用《合同法》第四十九条的规定。有证据证实合同标的用于工程或施工合同履行过程中施工企业对项目部的行为进行过认可的，可以认定债权人有理由相信非法转包人、违法分包人有代理权。非法转包人、违法分包人未经施工企业授权，以施工企业

项目部名义对外签订借款合同，应按照《最高人民法院关于民间借贷案件适用法律若干问题的规定》严格审查借贷的基础事实，包括借款的数额、利息等，并审查借款的用途。有证据证实借款实际发生且用于工程或施工合同履行过程中施工企业对项目部的行为进行过认可的，可以认定债权人有理由相信非法转包人、违法分包人有代理权。

50．施工企业设立项目部并任命项目部负责人的，项目部负责人受施工企业委托从事民事行为，应视为履行职务行为，施工企业应为合同主体。建设工程承包人设立的项目部负责人在施工企业授权范围外从事的行为，构成表见代理的，施工企业应对外承担责任。施工企业与其设立的项目部负责人签订的有关内部协议，约定免除施工企业对外承担责任的条款，不具有对外效力，不能约束第三人。

51．施工企业认可的项目部印章对外订立合同的，该印章具有缔约或结算的效力，施工企业应对加盖该项目部印章的合同承担责任。施工企业对项目部印章不认可的，若权利人举证证明在其他对外经济往来或具有公示效力的场合使用过该印章，则该印章具有缔约或结算的效力。

52．技术章、材料收讫章、资料专用章一般不具有缔约或结算的效力，相对人主张权利的，应当结合交易习惯、该章的使用情况等举证证明其有理由相信该印章具有超出其表面记载的实际功能，可以认定该章的效力。

53．实际施工人与施工企业之间存在挂靠关系，行为人私刻施工企业印章的，施工企业不能证明合同相对人对私刻印章的情形是明知的，施工企业应承担相应的民事责任。

54．支付工程款义务和开具发票义务是两种不同性质的义务，不具有对等关系。发包人以承包人违反约定未开具发票为抗辩理由拒付工程款的，人民法院不予支持。但可以明确承包人具有向发包人开具发票的义务。发包入提起反诉请求主张承包人开具发票的，人民法院应予支持。

55．本审理指南自印发之日起在工作中参照执行。

89. 河南省高院关于实际施工人相关问题的会议纪要

为统一建设工程施工合同纠纷中实际施工人认定、责任承担及相关诉讼程序的法律适用，根据《中华人民共和国民法典》、《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《建设工程施工合同司法解释》）、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》（以下简称《建设工程施工合同司法解释（二）》等规定，结合我省审判工作实际，经河南省高级人民法院民四庭员额法官会议讨论通过，形成如下解答意见，供全省法院审理此类案件时参考。

一、实际施工人的内涵是什么？

答：实际施工人是指建设工程施工合同无效情形下实际完成建设工程施工、实际投入资金、材料和劳动力违法承包的单位和个人，具体包括违法的专业工程分包和劳务作业分包合同的承包人、转承包人、借用资质的承包人（挂靠承包人）以及多次转（分）包的承包人。

二、实际施工人认定应把握什么原则？

答：认定实际施工人，应从以下五个方面综合审查：一是审查是否参与合同签订，如是否直接以被挂靠人名义与发包人签订合同，是否是转包、违法分包合同签约主体；二是审查是否存在组织工程管理、购买材料、租赁机具、支付水电费等实际施工行为；三是审查是否享有施工支配权，如对项目部人财物的独立支配权，对工程结算、工程款是否直接支付给第三人（材料供应商、机具出租人、农民工等）的决定权等；四是审查是否存在投资或收款行为；五是审查与转包人、违法分包人或出借资质的建筑施工企业之间是否存在劳动关系。

三、审判实践中哪些情形不能认定为实际施工人？

答：以下两种情况不能认定为实际施工人：1.与转包人、违法分包人无施工合同关系的农民工不能认定为实际施工人。2.建筑行业俗称的包工头（施工队、施工班组）是否是实际施工人要区分情况：如包工头既向转包人、违法分包人承担施工合同义务，又负责招工，对招来的农民工承担支付工资义务，应认定为实际施工人。如包工头只负责招工和管理，与农民工都直接从转承包人、违法分承包人处领取工资或由包工头代领、代发工资，就不应认定为实际施工人。

四、借用资质的实际施工人向出借资质的建筑施工企业主张工程款能否得到支持？

答：借用资质的实际施工人明知其与出借资质的施工企业是借用资质（挂靠）关系且常签有挂靠或内部承包协议，双方之间不存在发、承包关系，实际施工人向出借资质的施工企业主张工程款应不予支持。但如果因合同约定或实际履行过程中发包人将工程款支付到出借资质的施工企业账户，出借资质施工企业截留工程款不予支付的，实际施工人可向出借资质的施工企业主张被截留部分的工程款。

五、被挂靠企业（承包人）是否可以起诉发包人要求支付工程款？

答：无论是被挂靠企业起诉发包人还是实际施工人以被挂靠企业名义起诉发包人，均符合合同相对性原则，均不违反程序法的规定。但如果实际施工人不同意被挂靠企业单独起诉发包人主张工程款，要求参加诉讼，人民法院应当追加实际施工人为有独立请求权第三人，一体解决纠纷。实际施工人和被挂靠企业同时参加诉讼的，经审理查明涉案工程确由实际施工人施工或实际施工人与发包人已形成事实上建设工程施工合同关系的，应当判决发包人直接向实际施工人支付工程款，不宜再以合同相对性为由判决发包人向被挂靠企业支付工程款，以免损害实际施工人合法权益。

六、工程多次转包或违法分包的，实际施工人能否向所有转（分）包人主张工程款？

答：在工程多次转包或违法分包的情况下，实际施工人向所有转（分）包人主张工程款的，审判实践中应严格适用《建设工程施工合同司法解释》第二十六条第二款的规定，一般情况下不能支持其主张，仅在实际施工人构成表见代理的情况下除外。具体应把握以下几点：1.严守合同相对性。合同仅对合同当事人产生拘束力，不能约束合同之外的人。实际施工人只能向与其有合同关系的当事人主张权利，除非法律有特别规定。《建设工程施工合同司法解释》第二十六条第一款的规定旨在重申严守合同相对性原则。《建设工程施工合同司法解释（二）》第二十四条将转包人、违法分包人的诉讼地位由《建设工程施工合同司法解释》第二十六条“本案当事人”明确为“本案第三人”，以及增加第二十五条代位权诉讼的规定，表明了最高法院坚持合同相对性，倡导实际施工人代位权诉讼的态度。2.不应对《建设工程施工合同司法解释》第二十六条随意扩大解释。《建设工程施工合同司法解释》第二十六条第二款仅规定实际施工人可以突破合同相对性向发包人主张工程款，并未规定其可以向转（分）包人主张工程款。在审判实践中，依据《建设工程施工合同司法解释》第二十六条规定判决与实际施工人没有合同关

系的转（分）包人承担支付工程款责任，随意扩大了该条第二款的适用范围，应当予以纠正。3.防止对实际施工人的过度保护。实际施工人是非法承包人，对于施工合同无效具有过错。如果允许实际施工人不仅对发包人还对所有转（分）包人都可以主张权利，则是对非法承包人的过度保护，使其获得比合同有效更大的非法利益，不利于遏制转包、违法分包和借用资质等扰乱建筑市场的行为。4.贯彻诉讼经济原则。转包和违法分包涉及多重合同法律关系，实践中因转（分）包人工程利益基本实现等原因，导致当事人缺席情况严重，不仅造成查清多层转包或违法分包中层层欠付的事实极为困难，而且造成审理周期普遍较长，加之实际施工人举证难，导致此类案件审判效率低下，反而不利于实际施工人权利的保护。

七、发包人、承包人的身份是否可以相互转换？

答：实践中层层转包、违法分包的情形较为常见，一些判决将施工合同的承包人因转包或违法分包而随意扩大解释为发包人，从而适用《建设工程施工合同司法解释》第二十六条第二款规定，判令承包人在欠付工程款范围内承担责任，不仅不符合发包人的法律规定造成逻辑混乱，而且导致合同相对性原则形同虚设。

八、发包人在欠付工程款范围内承担何种责任？

答：《建设工程施工合同司法解释》第二十六条第二款、《建设工程施工合同司法解释（二）》第二十四条均规定发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。《民法典》第一百七十八条第三款规定：连带责任，由法律规定或者当事人约定。因此，在法律没有规定和当事人约定的情况下，不应将发包人的责任认定为连带责任或者共同责任。对于发包人责任的表述应按照上述两个司法解释条款的表述为宜。审判实践中对于构成表见代理的转包人、违法分包人责任的认定也应比照处理。

九、《保障农民工工资支付条例》是否对合同相对性原则再次进行了突破，对建设工程施工合同纠纷案件审理有什么影响？

答：国务院《保障农民工工资支付条例》（以下简称《条例》）于2020年5月1日起施行，该《条例》规定了建设单位对拖欠农民工工资的先行垫付和清偿责任、施工总承包单位对拖欠农民工工资的（先行）清偿责任及施工单位因出借资质拖欠农民工工资的清偿责任。对此应把握以下几点：1.农民工是为用工单位提供劳动的农村居民，农民工工资是农民工为用工单位提供劳动后应得的劳动报酬，该《条例》和《建设工程施工合同司法解释》创设实际施工人制度的初衷和目的具有一致性。2.实际施工人与农民工

是两个法律概念，《建设工程施工合同司法解释》是通过对实际施工人的特殊保护间接保护农民工合法权益，《条例》则是直接保护农民工合法权益。3.建设工程领域的农民工工资纠纷严格意义上属于农民工追索劳动报酬的劳务合同纠纷，不属于建设工程合同纠纷。因此，该《条例》的施行对于建设工程施工合同纠纷案件的审理没有实质性影响，也不是对合同相对性原则的再次突破，认为依据该《条例》不仅发包人要在欠付工程款范围内承担责任，（总）承包人、施工单位均要承担清偿责任的观点不正确。

十、如何认定建设工程施工合同中的表见代理？

答：准确认定建设工程施工合同中的表见代理应把握以下几点：

1.根据《民法典》第一百七十二条的规定，审理建设工程施工合同纠纷案件，应着重审查主张构成表见代理的合同相对人的举证责任是否完成，即不仅要严格审查代理人的无权代理行为在客观上是否形成具有代理权的表象，而且要审查相对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权。审判实践中主张构成表见代理的合同相对人常是包工头，应当了解建设工程领域中存在借用资质、转包、违法分包乱象，应当负有更高的注意和审查义务。因此，审判实践中要避免仅审查客观上是否形成表见代理的表象，而忽视审查主张构成表见代理的合同相对人是否善意且无过失。

2.在（总）承包人没有授权借用资质人、转承包人和违法分承包人代表其对外缔约的情况下，“项目经理”或者“工程项目部”的行为构成无权代理；合同相对方主张构成表见代理的，应当承担举证责任。项目经理是受施工企业委托对工程项目全面负责的项目管理者，在签订合同时应获得授权或任命。审判实践中，要着重审查合同相对人举证的项目经理任命是否在签订合同时就已经取得，而非诉讼前或诉讼中取得，从而判断是否形成表见代理。工程项目部是不需要登记的临时机构，其印章不需要在公安机关备案，只能在工程项目内部使用，用于图纸会审、申请付款、工程签证、移送施工资料等环节，不能对外签订合同。在证明表见代理的证据中，以“项目经理”或“工程项目部”名义对外签订合同并非构成表见代理的排他性证据。根据《民法典》第一百七十二条规定，合同相对人还应举证证明其有理由相信“项目经理”或者“工程项目部”有代理（总）承包人对外缔约的权利，即证明自己善意无过失。3.“项目经理”的行为与职务代理。《民法典》第一百七十条规定，执行法人或者非法人组织工作任务的人员，就其职权范围内的事项，以法人或者非法人组织的名义实施民事法律行为，对法人或者非法人组织发生效力。职务代理的代理人是被代理人的工作人员，具有稳定、持续的劳动法律关系

和内部隶属关系，就其职权范围内事项实施的法律行为，无须法人或者非法人组织的特别授权。“项目经理”多是实际施工人，通常存在借用资质或转包关系，与承包人之间不存在劳动合同关系和隶属关系，享有人、财、物支配权，独自享有工程款利益。审判实践中，一旦查明“项目经理”就是实际施工人，再简单依据通常意义上项目经理的概念认定“项目经理”的行为构成职务行为，不仅与事实不符，而且会导致概念混乱。

90. 河南省高级人民法院关于强化建筑领域纠纷案件实质性化解的工作指引

【生效时间】2021 年 8 月 27 日

为认真贯彻习近平法治思想，切实把优化营商环境融入司法办案的全过程，进一步提升建筑领域纠纷案件的审判质效，最大限度减少延宕审限，最大限度保护施工方合法利益，将“我为群众办实事”实践活动落到实处，经河南省高级人民法院民四庭法官会议研究，形成本指引。

一、积极落实先行判决制度

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条规定：“人民法院审理案件，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行判决。”

建设工程案件的事实认定相对复杂，相当一部分案件还存在本诉反诉交织、启动鉴定等情形，造成审理期限较长；同时由于当事人对抗性强以及部分当事人刻意拖延诉讼等因素，一审服判息诉率相对较低，上诉率、申请再审率、发改提指率相对较高的“三高一低”情形比较突出，施工人追要工程款权益难以尽快实现。为及时保护施工人的合法权益，各级法院应当积极落实《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条规定，对于各方无异议以及其他符合先行判决条件的，应及时先行判决；必须发回重审的，也要慎用全案发回。应当及时回应施工人的合法诉求，维护下游农民工的合法权益，防止损失因诉讼拖延而扩大。

二、严格规范司法鉴定行为

司法鉴定是影响建设工程纠纷案件审限的重要因素，必须加以严格管理和规范。

严格审查鉴定条件。对于结算方式约定明确，现有证据足以认定待证事实的，不应启动司法鉴定，避免以鉴定代替约定；对于必须通过司法鉴定才能查清案件事实的，应当在一审程序中积极行使释明权，不能不进行鉴定而简单裁判。

合理确定鉴定范围。对当事人无争议或事实清楚的部分以及无法鉴定的部分应当先行确认，将鉴定内容尽量限缩在双方争议最小范围后再委托鉴定，避免人为增加鉴定成本，延宕鉴定时长。

坚决防止以鉴代审。积极行使司法审查权，对于鉴定材料关联性、合法性进行审查，对鉴定报告组织质证认证，防止出现明显不符合常理甚至相互矛盾的鉴定结论，防止出现司法不作为、变相让渡司法权的情况。

有效压缩鉴定周期。对当事人提交鉴材时间和鉴定机构的鉴定期限做出明确要求，防止鉴定拖延；需要鉴定的应在一审程序启动，尽量减少二审启动鉴定或因一审未鉴定导致事实不清发回重审，避免再审程序启动鉴定。

三、严厉惩戒虚假恶意诉讼

党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出，加大对虚假诉讼、恶意诉讼、无理缠诉行为的整治力度。

规制惩戒拖延诉讼。强化规则指引，倡导诚信诉讼和理性诉讼。在明显无正当理由和事实依据的情况下，对于当事人和诉讼代理人在诉讼中滥用管辖权异议、申请启动鉴定、中止诉讼、延期举证、延期开庭，虚假调解、不请求改判单纯请求发回重审等恶意拖延诉讼行为，应严格把握审查标准，依照关于妨碍民事诉讼的相关规定，根据不同情形予以训诫、罚款或司法拘留。

防范打击虚假诉讼。在审判中着力提高防范和甄别意识，精准识别试图通过恶意串通、虚构事实、隐瞒伪造证据等方式，使法院作出错误裁判，侵害国家利益、公共利益及他人合法权益，扰乱司法秩序的行为。对冒用“实际施工人”身份、虚假结算、恶意确认工程价款优先受偿权等多发高发问题，要加大证据审查力度，拓宽依职权调查范围。认定涉嫌虚假诉讼的，依法予以训诫、罚款、拘留；涉嫌犯罪的，坚决依法移送犯罪线索；涉嫌虚假鉴定、审计、评估的，除训诫、罚款外，立即从人民法院委托鉴定专业机构名录中除名，同时向司法行政部门或行业协会发出司法建议。

四、着力推进典型案例发布

典型案例对于树立正确裁判导向、引导合理诉求、预防恶意诉讼、建立社会诚信具有重要的作用。省法院和中级法院建立生效裁判典型案例发布制度，对于符合以下条件的案件，予以定期发布：

（一）当事人对抗性强、矛盾突出，案情复杂，裁判效果好，当事人未提出上诉的一审案件以及未申请再审、抗诉的二审案件；

（二）群诉群访情绪激烈，社会不稳定风险高，裁判结果案结事了，政治效果、法律效果、社会效果统一的案件；

（三）主动落实先行判决、有效防止诉讼拖延、严惩虚假恶意诉讼，及时保护施工人及农民工合法权益的案件；

（四）有利于在全省统一裁判尺度，树立正确裁判导向，引导行业内合理诉求的示范性案件；

（五）利用多元化纠纷解决机制，以调解、和解等方式化解纠纷，社会效果良好的案件；

（六）符合社会主义核心价值观的其他案件。

五、大力构建多元解纷机制

整合社会资源和力量，参与矛盾纠纷化解，构建多元化纠纷解决机制。

强化法律职业共同体建设。专业化审判与专业律师代理是司法专业化的一体两面。各级法院要主动加强与同层级司法行政管理部门、律师协会的对接，搭建定期会商、共同培训、业务研讨等多种方式的专业化建设平台，积极推进法律职业共同体。在易发生争议的专业化问题上最大程度弥合分歧，达成共识，促进裁判尺度的统一；建立和谐法官律师关系，在化解纠纷中形成合力，减少矛盾和对抗，促进案结事了。

加强纠纷溯源治理。认真落实习近平总书记“把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”的要求，建立与政府主管部门和建筑业、房地产行业协会的长效沟通协商机制，下好“先手棋”，对行业发展、企业诉求、风险态势主动了解掌握，形成源头预防、前端化解、诉中咨询、专家调解、终端解纷的合力。

河南省高级人民法院

2021 年 8 月 27 日

91. 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09月01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。

92. 湖北省高级人民法院2004年民事审判工作座谈会会议纪要(节选)

……

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。

93. 福建高院关于建设工程施工合同纠纷疑难问题解答

近年来，福建省法院受理的建设工程施工合同纠纷案件数量逐年增多，呈现涉案标的额大，审理难度高、周期长，上诉率和改判发回率高的特点。为统一福建省法院裁判尺度，提高涉建设工程合同纠纷案件审判质效，促进建筑市场健康发展，优化营商环境，在分管院领导的直接指导和推动下，福建省法院民二庭抽调具有丰富审判经验的员额法官和法官助理，并邀请福州、厦门、泉州中院的业务骨干，成立调研专班，深入开展涉建设工程合同纠纷组合调研，经过反复推敲论证，形成一系列调研成果。

《建设工程施工合同纠纷疑难问题解答》，从各地法院上报 200 多个问题中，筛选出具有典型意义的 45 个问题，采取实务问答的形式予以明确。

（一）建设工程施工合同的界定

1.如何判断建设工程合同？

建设工程合同在适用法律上与承揽合同有明显不同。建设工程合同可以从承包人的资质和项目的规模两个方面加以区别和认定。

法律规定建设工程合同承包人必须是具有一定资质的法人。法律和行政法规对建设工程合同的订立有严格的程序要求，国家通过工程项目立项、用地规划许可、工程规划许可等一系列行政许可制度，对建设工程全程进行一定的计划十预。对于承包人主体资格没有特殊要求的项目，不应认定为建设工程合同，宜按照承揽合同处理。

建设工程还可以根据投资数额、技术难度、工程用途、发包人情况等因素综合判断，建设工程项目一般耗资巨大、有严格的质量要求。对于一些投资小、技术简单的项目，不宜认定为建设工程。

2.如何认定建设工程？

建设工程，是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程。以下情形属于建设工程：

（1）矿山、铁路、公路、隧道、桥梁、堤坝、电站、码头、飞机场、运动场、营造林、海洋平台等土木工程；

（2）建筑工程是指房屋建筑工程，即有顶盖、梁柱、墙壁、基础以及能够形成内部空间，满足人们生产、生活、公共活动的工程实体，包括厂房、剧院、旅馆、商店、学校、医院和住宅等工程；

（3）包括电力、通信线路、石油、燃气、给水、排水、供热等管道系统和各类机械设备装置等线路、管道和设备安装工程：

（4）对建筑物内、外进行以美化、舒适化、增加使用功能为目的装修工程。以下几种情形属于承揽事项，不属于建设工程：

1）国家已取消对城市园林绿化企业的资质要求，园林绿化工程一般情况下不应认定为建设工程；

2）农民自建低层（四层及四层以下）住宅（《福建省农村村民住宅建设管理办法》第 28 条）；

3）房屋修缮活动、家庭的装修装饰及小型工装活动（根据《住宅室内装饰装修管理办法》第四十四条规定，工程投资额在 30 万元以下或建筑面积在 300 平方米以下，可以不申请办理施工许可证的非住宅装饰装修活动）：

4）企业建设临时简易房屋建筑：

5）老旧小区加装电梯、更换电梯的安装工程：

6）农业温室大棚建设（一定规模以上有资质要求的除外）。

（二）合同效力及合同相对性

3.如何认定挂靠？

住房和城乡建设部《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》（2019 年 1 月 1 日实施）第九条规定：“本办法所称挂靠，是指单位或个人以其他有资质的施工单位的名义承揽工程的行为。前款所称承揽工程，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。”第十条规定：“存在下列情形之一，属于挂靠：（1）没有资质单位或个人借用其他施工单位的资质承揽工程的；（2）有资质的施工单位相互借用资质承揽工程的，包括等级低的借用等级高的，等级高的借用等级低的，相同资质等级相互借用的；（3）本办法第八条第一款第（三）至（九）项规定的情形，有证据证明属于挂靠的。”

实务中，挂靠法律关系的认定应重点审查：投标保证金的缴纳主体和资金来源：实际施工人是否以承包人的委托代理人身份签订合同：实际施工人是否与发包人就合同事宜直接磋商：实际施工人是否全程参与投标、保证金的支付、合同的订立、实际施工等：是否以劳务分包形式来掩盖挂靠行为等，以此来确定法律关系的性质是否为挂靠。

以下情况一般认定为挂靠：

（1）假借内部承包名义，但没有人员聘用合同、没有缴纳社保、没有工资发放记录，办公场所是各自独立的。

（2）挂靠协议签订后，挂靠人再以被挂靠人的名义与发包人签订建设工程施工合同的；在没有挂靠协议的情况挂靠人以被挂靠人代理人的身份签订合同的。

（3）工程款直接流向挂靠人，被挂靠人仅收取管理费，无实质参与工程管理，各自财务独立的。

（4）从履行合同看，现场管理人员由挂靠人聘请、发放工资，挂靠人实际出资，以自己的名义或以被挂靠人的名义对外聘用人员、购买机械、材料或租赁设备的。

4.在挂靠情况下，如何认定承包人与发包人签订的建设工程施工合同效力？

实践中，对于挂靠人与被挂靠人签订的挂靠协议无效并无争议，但是对于承包人与发包人签订的建设工程施工合同的效力认定存在争议。实际施工人以被挂靠人的名义与发包人签订的建设工程施工合同，在发包人明知挂靠的情况下，发包人与承包人签订的建设工程施工合同无效。

发包人对借用资质的事实不知情，即使在施工过程中发现挂靠的，亦应当认定建设工程施工合同有效。

5.在挂靠情况下，如何认定合同的相对人？

在发包人明知挂靠的情况下，发包人与挂靠人之间形成事实上的建设工程施工合同关系建设工程经验收合格，实际施工人有权请求发包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿。承包人对合同无效后果应当承担相应的责任。

实际施工人未完成施工任务，承包人继续履行合同，完成施工任务后，有权与发包人进行结算，并主张相应的建设工程价款。

发包人对挂靠的事实不知情，发包人与被挂靠人签订的建设工程施工合同有效。根据合同相对性原则和信赖利益保护原则，实际施工人无权向发包人主张权利，但实际施工人可以基于合同相对性原则向被挂靠人主张权利。

6.在挂靠情况下，如何认定发包人明知？

对“发包人明知”可以从以下方面认定：（1）挂靠人直接向发包人支付投标保证金，或者二者存在出借款项、保证金支付、工程款支付等其他直接款项往来；（2）发包人在工程项目招标、合同签订、履行等过程中对挂靠人是实际履行主体情况知情；（3）

挂靠人与发包人就合同事宜直接进行磋商，或者发包人知悉挂靠人与被挂靠人之间挂靠事实。

7.如何认定以分公司名义挂靠？

实践中，施工企业与挂靠人约定，专门设立施工企业的分公司，交由挂靠人负责经营，并由该挂靠人对外通过某分公司以施工企业的名义承揽工程项目。这种情形与挂靠人直接与施工企业签订挂靠协议，而后在具体的项目中，通过项目部这一载体实施具体的挂靠经营活动无异。只不过采取了设立分公司这一更为隐蔽的形式。同样属于“没有资质的单位或个人借用其他施工单位的资质承揽工程的”挂靠情形。认定标准参照本答疑第 3 条。该分公司和施工企业之间因挂靠而引起的纠纷实际仍是挂靠人与施工企业之间的纠纷，属于人民法院受理案件的范围。

8.如何认定以项目部印章对外签订合同的效力？

项目部对外签订合同并加盖项目部印章，是施工企业分支机构的行为，其后果由施工企业承担。建设工程施工合同或相关文件加盖项目部印章，对印章有对外签订合同限制或真实性有争议，须结合双方当事人的订立合同过程，盖章之人是否履行职务行为、是否有代理权限、是否构成表见代理及合同履行情况、交易习惯等因素进行判断。在举证责任分配上，需由合同相对方举证证明印章由谁加盖、盖章之人有权代表或构成表见代理，或由主张有效的一方举证证明项目部曾经在某些场合使用过上述印章或与备案印章相符。

9.如何认定加盖材料收讫章、资料专用章的法律效力？

原则上，公章的种类与文件的种类要相匹配。材料收讫章、资料专用章通常仅限所属企业内部间业务交流、请示报送等工作，之所以不认可超出公章特定用途的盖章行为的效力，本质上是因为持章之人一般缺乏代理权。反之，相对人举证证明其依一般交易习惯有理由相信该枚印章具有超出其表面记载的实际功能,或结合其他证据证明存在使其相信行为人与企业存在事实上或法律上关联的理由，如有证据证明行为人曾使用该枚印章进行过对账、结算等，足以让相对方相信具有对外签订合同或相应文件的效力。为此，即便超出印章的使用范围，亦不宜认定讼争合同对企业不发生效力。

10.如何认定委托代建的发包人？

委托代建是委托方与受托方之间的委托合同关系。受托方与承包人是建设工程施工合同关系。一般情况下承包人无权向委托人主张建设工程价款，同样，委托人无权向承

包人主张修复或赔偿其损失。但有证据证明符合《中华人民共和国民法典》第九百二十五条规定的情形的承包人有权向委托人主张建设工程价款，委托人有权向承包人主张修复或赔偿其损失。

11.建设工程价款债权是否可以转让？

建设工程施工合同是双务合同。建设工程竣工验收合格后，双方通过决算，明确了建设工程结算价款，且完成了交付施工资料、质量保修等义务的，此时发包人按照合同约定支付的价款是纯债权。承包人是可以单方决定转让结算的债权。但是，承包人与发包人未经结算，承包人在合同中有权利也有义务，承包人转让建设工程施工合同项下的工程款，系概括转让，必须经合同相对方同意。否则，转让对发包人不发生效力。在审判实践中，建设工程价款的受让人向发包人主张债权，发包人对建设工程质量和建设工程价款具体数额等提出异议，为查明案件事实，可以将承包人列为第三人。

12.建设工程施工合同被认定无效后，合同中约定的“管理费”是否支持？

建设工程施工合同因转包、违法分包或挂靠行为无效时，对于该合同中约定的由转包方收取“管理费”的处理，应结合个案情形，根据合同目的等具体情况，作出判断。如该“管理费属于工程价款的组成部分，承包人举证证明其实际参与了施工组织管理协调的，可参照合同约定处理；对于承包人纯粹通过转包牟利，未实际参与施工组织管理协调，合同无效后主张“管理费”的，应不予支持。合同当事人以作为合同价款的“管理费”应予收缴为由主张调整工程价款的，不予支持。基于合同的相对性，非合同当事人不能以承包人与实际施工人之间有关“管理费”的约定主张调整应支付的工程款。

13.建设工程施工合同无效，建设工程价款支付条件和各类违约金是否可以参照合同约定适用？

《中华人民共和国民法典》第七百九十三条第一款规定，建设工程施工合同无效，但建设工程经验收合格的，可以参照合同关于建设工程价款的约定折价补偿承包人。《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）》第六条第二款规定：“损失大小无法确定，一方当事人请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小的，人民法院可以结合双方过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素作出裁判。”除此之外，当事人主张参照合同约定的建设工程价款支付条件、违约金等确定支付条件计算违约金的，没有法律依据，不予支持。

14.实际施工人和承包人都向发包人主张建设工程价款并都获得支持的情况下，如何协调两个债权之间的关系？

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，实际施工人以发包人为被告主张建设工程价款的，人民法院应当追加承包人为本案第三人。承包人在参加诉讼的同时向发包人请求支付建设工程价款的，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第五十九条规定，可以作为有独立请求权的第三人加入诉讼。在查明承包人是否欠付实际施工人建设工程价款,发包人是否欠付承包人建设工程价款事实和实际施工人施工部分款项后，一并作出判决。在承包人、实际施工人的诉讼请求都应当支持的情况下，承包人基于转包、分包合同和发包人基于司法解释的规定而同样对于实际施工人负有给付义务，因发包人或承包人的履行而使欠付实际施工人的债务均归于消灭。因此，发包人在欠付工程款范围内向实际施工人支付建设工程价款义务与承包人向实际施工人支付建设工程价款义务构成不真正连带债务案件判决主文可分二项：1 发包人向承包人支付欠付的建设工程价款； 2 发包人在欠付承包人工程款范围内对实际施工人承担责任，发包人向实际施工人支付后，发包人对承包人的债务相应消灭。

承包人已经向发包人主张建设工程价款的，实际施工人又向发包人主张工程款，因涉及欠付建设工程价款数额的认定，实际施工人又向发包人主张工程款案件应中止审理，待前案欠付工程款数额确定后,根据前案认定的数额判决发包人在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任。

（三）建设工程价款优先受偿权

15.在发包人明知挂靠情况下，挂靠人是否享有建设工程价款优先受偿权？

依据《中华人民共和国民法典》第八百零七条以及《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（一）》第三十五条的规定，只有与发包人订立建设工程施工合同的承包人才享有建设工程价款的优先受偿权。尽管在发包人明知挂靠情况下，挂靠人与发包人形成事实上的建设工程施工合同关系，但挂靠人仍不属于“与发包人订立建设工程施工合同的承包人”,不享有建设工程价款优先受偿权。

16.消防工程价款是否享有优先受偿权？

消防工程是建设应具备的预防火灾和减少火灾危害工程。《中华人民共和国消防法》第九条规定：“建设工程的消防设计、施工必须符合国家工程建设消防技术标准。建设、

设计、施工、工程监理等单位依法对建设工程的消防设计、施工质量负责。”消防工程属于建设工程的必备部分，包括火灾自动报警系统、自动灭火系统、消火栓系统、防烟排烟系统以及应急广播和应急照明、安全疏散设施等。消防工程，既可以由建设工程总包人负责，也可由发包人直接发包给专业的消防工程承包人。如同装饰装修工程的承包人一样，消防工程承包人在行使工程价款优先受偿权时受到一定的限制。这种限制表现在两方面：一是只有直接向发包人承包消防工程的专业技术承包人才依法享有建设工程优先受偿权；二是消防工程的承包人只能就其承包的消防工程给整个工程增值的范围内行使优先受偿权。

17.建设工程价款优先受偿权的“合理期限”如何认定？

《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）》第四十一条规定：承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过十八个月,自发包人应当给付建设工程价款之日起算。这里的“合理期限”既不是除斥期间，也不是诉讼时效，是从保护施工人和其他权利人的角度拟制的期限。当事人可以事先约定承包人行使优先受偿权的“合理期限”。应付款时间经发包人与承包人协商而延长的，建设工程价款优先受偿权的起算点随之延长。但为避免发包人与承包人恶意串通，损害银行等其他债权人利益，人民法院应主动审查承、发包人的主观意愿及是否存在损害第三人利益的情形。如不存在，以双方另行协商确定的付款时间作为应付款时间。如恶意串通，则应以原合同约定的付款日期为应付款时间。

18.建设工程价款优先受偿权的起算点如何确定？

建设工程价款优先受偿权的起算点从“应当给付建设工程价款之日”起计算。建设工程施工合同对付款时间有明确约定的，按合同约定确定。合同解除，发包人和承包人就合同解除后工程价款的支付另行达成协议的，为该协议约定的应支付建设工程价款之日。

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）建设工程实际交付的，为交付之日：建设工程未交付的，为提交竣工结算文件之日：建设工程未交付，建设工程价款也未结算，人民法院及仲裁机构确认发包人欠付承包人工程价款的，为承包人起诉之日。

（2）质保金作为工程价款一部分，其优先受偿权起算点为质保金应予返还之日。

19.建设工程价款优先受偿权如何行使？

以下属于依法行使建设工程价款优先受偿权的情形：

（1）建设工程承包人提起诉讼、申请仲裁主张工程价款优先受偿权；

（2）自行与发包人协商以该工程折价抵偿欠付工程价款；

（3）申请法院将该工程拍卖以实现工程价款债权；

（4）申请对建设工程拍卖款参与分配程序主张优先受偿权；

（5）以书面形式向发包人明确表示主张优先受偿权的。

20.建设工程价款优先受偿权能否转让？

建设工程价款优先受偿权是一种法定优先受偿权，具有从属性，且与建设工程价款债权转让人之间不具有人身专属性，应认定建设工程价款优先受偿权随工程价款债权一并转让，以确保农民工工资权益尽快实现。

21.承包人在执行程序中能否主张建设工程价款优先受偿权？

承包人在建设工程价款的诉讼或仲裁中，未主张建设工程价款优先受偿权的，在执行程序中，承包人仍可向发包人主张建设工程价款优先受偿权。

（四）建设工程价款结算

22.实际施工人是否可以直接与发包人结算工程价款？

实际施工人与发包人没有合同关系，双方无权结算建设工程价款。《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）》第四十三条关于实际施工可以向发包人主张建设工程价款的规定，仅是在特定情况下、一定范围内为实际施工人提供的特殊救济途径，应当严格依照法定条件适用。发包人直接与实际施工人结算工程价款的，对承包人不发生效力。发包人明知实际施工人挂靠承包人承揽工程的除外。

23.建设工程施工合同对签证人员、签证时间及签证形式有明确约定，但是实际履行与合同约定不符的，如何认定签证的效力？

工程签证是指在施工合同履行过程中，承发包双方根据合同的约定，就合同价款之外的费用补偿、工期顺延以及因各种原因造成的损失赔偿等形成的签认证明。在签证人员、签证时间及形式与合同约定不符的情况下，应当根据法律和司法解释关于委托授权、职务代理以及表见代理的相关规定，结合合同订立和履行中的具体情形认定签证行为对合同当事人的效力，但有证据证明虚假签证的除外。

24.发包人能否以承包人未交付发票为由抗辩工程价款履行义务？

建设工程施工合同作为一种双务合同，依据其合同的性质，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。《中华人民共和国民法典》第七百八十八条第一款规定：“建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。”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价款而交付发票的义务显然不属于建设工程施工合同中的主要义务。支付建设工程价款义务与交付发票义务不具有对等关系，不能适用先履行抗辩权。因此，发包人以承包人未交付发票作为拒付工程价款抗辩事由的，不予支持。但讼争合同明确约定承包人未交付发票，发包人有权拒绝支付建设工程价款的除外。

25.建设工程施工合同无效，承包人是否有权主张欠付建设工程价款的利息？

《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）》第二十四条规定，建设工程施工合同无效，但建设工程质量合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。实践中，对合同明确约定建设工程价款被占用期间应当计算利息的约定是否支持，存在不同的处理方式。利息是工程价款的法定孳息，《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）》第二十四条确定了合同无效可参照合同约定折价补偿，该补偿应当包含无效合同承包人被占用工程价款的利息损失,以同期同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率计息。

26.长期未作出财政评审结论或财政评审结论违背合同约定的当事人申请司法鉴定是否准许？

财政部门对财政投资的评定审核是国家对建设单位基本建设资金的监督管理,不影响发包人与承包人合同效力及履行。但是，建设工程施工合同明确约定以财政评审结论作为结算依据的，财政评审结论应当作为建设工程价款结算的依据。在承包人或实际施工人提交完整结算文件后，发包人在一年内未提交财政评审部门的，视为各方当事人无法以财政评审完成建设工程价款结算，可以同意当事人的司法鉴定申请。财政评审部门在收到发包人提交的结算文件后未出具财政评审结论，当事人申请司法鉴定的，应向财政评审部门核实，了解无法出具财政评审结论的具体原因。同时，应向财政评审部门出具书面函件，给予财政评审部门完成财政评审的合理期限，并告知未按时完成评审作出结论的，将依当事人申请启动司法鉴定。在合理期限届满后，财政评审部门无正当理由仍未出具财政评审结论的，支持当事人的司法鉴定申请。

通常情况下，对财政评审结论仅作程序性审查。评审程序合法的，财政评审结论可以作为认定建设工程价款的依据。但是，当事人有证据证明财政评审结论具有不真实、不客观的情形违反法律规定或合同约定的，应对财政评审结论进行实质审查。注意审查以下问题：

（1）财政评审事项及范围与讼争建设工程是否一致；

（2）财政评审资料是否全面完整，财政评审依据是否正确合理；

（3）财政评审方法是否科学、是否符合实际情况；

（4）财政评审程序是否符合法律规定及技术规范要求；

（5）财政评审结论是否具体明确，是否与合同约定、已查明的事实存在矛盾；

（6）财政评审结论的形式是否符合法定要求。

存在以上情形，又无法弥补，导致财政评审结论不能采信的，对当事人的鉴定申请予以准。

27.承包人主张进度款是否准许？

根据《建设工程价款结算暂行办法》第十四条的规定，建设工程完工后，双方应按照约定的合同价款及合同价款调整内容以及索赔事项，进行工程竣工结算。因此，建设工程已完工并经验收合格，具备结算条件的，应当组织竣工结算。承包人仅提出工程进度款及利息请求的，不予支持。《建设工程价款结算暂行办法》第十三条规定：发包人不按合同约定支付工程进度款，双方又未达成延期付款协议，导致施工无法进行，承包人可停止施工，由发包人承担违约责任。因此，承包人仅请求发包人支付工程进度款的，不予支持。

因发包人未按合同约定支付工程进度款，如承包人解除合同的，双方当事人应当按照合同约定进行结算。发包人对承包人的施工质量提出异议或有初步证据证明承包人的施工质量存在问题，则必须审查承包人施工质量是否合格，在确定承包人已完工程质量合格的情形下，对工程价款有异议的，可以委托建设工程价款鉴定。

（五）建设工程质量异议

28.建设工程已经通过验收，诉讼中发包人申请工程质量鉴定的，是否支持？

建设工程已经通过验收的，诉讼中当事人又申请鉴定的，不予支持，但有证据证明建设工程在合理使用寿命内地基基础工程和主体结构质量存在重大安全隐患的或因发生保修责任争议，需要通过鉴定确定责任范围的除外。

29.建设工程未经验收，发包人擅自使用的，是否可以认为质量符合合同约定？

《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）》第十四条规定：建设工程未经验收，发包人擅白使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，人民法院不予支持。适用该规定支持支付建设工程价款的，不得在文书中表述“质量符合合同约定或质量合格”。同时应向建设工程管理机构提出司法建议，要求有关部门加强对建设工程质量监督管理。

30.作为被告的发包人提出工程质量异议的，属于抗辩还是应当反诉？

以下情形，属于抗辩：

（1）发包人仅以工程质量问题主张拒付或少付工程价款的；

（2）发包人提出原告在施工过程中存在偷工减料、

（3）发包人因原告拒绝维修工程而另行委托他人修复后，主张抵扣修复费用的。发包人请求原告承担修复费用的主张虽可以构成一个独立的诉，但该主张未超出原告的诉讼请求范围，因此发包人有权选择以抗辩形式主张抵扣，也有权提起反诉。

以下情形，发包人应当反诉或者另行起诉：

（1）发包人要求承包人支付违约金或赔偿损失的；

（2）发包人要求承包人赔偿因工程质量不符合合同约定而造成的其他财产或者人身损害的；

（3）发包人要求原告承担返修义务或赔偿损失的；

（4）原告逾期完工，发包人主张工期延误索赔的。

31.缺陷责任期与保修期如何区分？

工程保修阶段包括缺陷责任期与工程保修期。缺陷责任期是指承包人按照合同约定承担缺陷修复义务，且发包人预留质量保证金的期限，自工程通过竣工验收之日起计算。缺陷责任期一般为 1 年，最长不超过 2 年、具体由发承包双方在管理合同中约定。在缺陷责任期内，由于承包人原因造成的缺陷，承包人负责维修，并承担鉴定及维修费用；如承包人未履行缺陷修复义务，则发包人可以按照合同约定扣除质保金，并由承包人承担相应的违约责任。缺陷责任期届满，发包人应当返还质保金。发包人返还质保金后，承包人仍应按合同约定的各部分工程的保修年限承担保修责任。

保修期是承包人按照合同约定对工程承担保修责任的期限，从工程竣工验收合格之日起计算。保修期内，承包人对建设工程的保修义务属于法定义务，不能通过合同约定予以排除。

32.在建设工程存在质量瑕疵的情况下，承包人愿意修复，而发包人不愿意由承包人修复,并主张修复费用，应如何处理？

在建设工程施工合同中，出现质量瑕疵，能修复的情况下，应当优先适用修理、返工或者改建等救济方式。如果承包人愿意修复，而发包人未通知承包人修复而直接诉请支付修复费用或者未通知承包人修复直接委托第三人修复并诉请支付所产生的修复费用，不予支持。在承包人拒绝修复，或者经承包人修复后建设工程质量仍不合格，或者承包人在合理期限内未进行修复的，发包人可以另行委托第三人进行修复，所产生的合理修复费用，发包人请求从应付工程款中予以扣除的，应予以支持。

33.工程未完工，合同解除后保修期如何计算？

承包人的保修义务是法定义务，即使合同中对此没有约定，承包人仍应承担。故建设工程施工合同的解除，不影响承包人承担保修义务。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（一）》第九条、第十四条规定，承包人的保修义务应从已完工部分验收合格、确定质量合格或者交付使用之日起计算。

（六）违约责任的认定

34.发包人逾期支付建设工程价款与承包人停（窝）工之间的因果关系如何认定？

建设工程逾期完工，发包人要求承包人承担违约责任。承包人则抗辩称，导致工期延误的

原因是发包人未及时支付建设工程价款。实务中发包人逾期支付建设工程价款与承包人停（窝）工的因果关系认定不统一。发包人未按照合同约定支付建设工程价款，是否导致承包人停（窝）工、延误工期，应当根据不同的情况作出不同的认定：

（1）合同约定垫资施工的，逾期支付建设工程价款与停（窝）工之间没有必然因果关系。但是逾期支付建设工程价款的，应当按照合同约定承担违约责任。

（2）合同约定逾期支付工程进度款一定天数后，可以停工的，在约定天数届满后，发包人仍未支付工程进度款的，开始认定停工日期，同时应当办理停工签证，未办理签证的，不予支持。但是有证据证明真实停工的除外。

（3）合同未约定逾期支付工程进度款可以停工的，承包人在发包人逾期支付工程进度款后，办理停工签证手续的，以签证确认的停工日期开始计算扣除逾期天数及停窝工损失。

35.商品房工程承包人逾期完工，造成发包人赔偿购房人逾期交房违约金的，发包人能否向承包人主张赔偿？

承包人逾期完工造成发包人赔偿购房人逾期交房违约金的，应当由承包人进行赔偿。建设工程施工合同中没有约定逾期完工违约金的，发包人实际赔付购房人逾期交房违约金后，发包人向承包人主张赔偿该部分损失的，应当支持。

建设工程施工合同已经约定逾期完工违约金，但不足以填补发包人实际赔付购房人的逾期交房违约金时，依据《中华人民共和国民法典》第五百八十五条第二款“约定的违约金低于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加”的规定，发包人有权要求承包人承担超出逾期完工违约金部分的损失，请求增加违约金数额应以发包人实际损失额为限。

需要注意的是，逾期交房违约金是发包人与购房者之间的约定，如果约定的赔偿比例明显过高，需要进行综合考量后，酌情予以认定

36.发包人欠付工程价款的，承包人是否有权拒绝交付工程？

承包人以发包人拖延结算或欠付工程价款为由拒绝交付工程的，不予支持。发包人拒付工程价款，承包人可以通过主张建设工程价款优先受偿权实现权利，而不能采取扣押等方式拒绝交付建设工程。

建设工程施工合同明确约定发包人欠付工程价款可以拒绝交付工程的，从其约定。但是，欠付工程价款数额不大或拒绝交付部分工程严重影响整个工程使用的，不予支持。

（七）建设工程施工合同纠纷鉴定问题

37.建设工程施工合同纠纷的鉴定意见如何进行审查？

依据《最高人民法院关于人民法院民事诉讼中委托鉴定审查工作若干问题的规定》，鉴定人出具的鉴定意见书，应当审查：（一）委托法院的名称；（二）委托鉴定的内容、要求；（三）鉴定材料；（四）鉴定所依据的原理、方法；（五）对鉴定过程的说明；（六）鉴定意见；（七）承诺书；（八）鉴定人签名或者盖章，并附鉴定人的相应资格证明（委托机构鉴定的，应当由鉴定机构盖章，并由从事鉴定的人员签名）。

按照上述形式、程序等方面审查后，建设工程案件还应特别注重以下实质内容的审查：（1）鉴定事项及范围是否与委托相符；（2）鉴定材料是否全面完整并经法定程序质证；（3）鉴定依据是否正确合理；（4）鉴定方法是否科学，是否符合实际状况；（5）鉴定过程是否符合法律规定及技术规范要求；（6）鉴定意见书的结论是否明确具体，分析过程与结论是否具有逻辑性及确定性，是否与已查明认定的事实存在矛盾的情形；（7）鉴定程序以及鉴定意见书的形式等是否符合法定要求。

需要注意的是，鉴定意见书存在鉴定意见和鉴定意见书的其他部分相互矛盾、同一认定意见使用不确定性表述、鉴定意见书有其他明显瑕疵等情形的，视为未完成委托鉴定事项，应当要求鉴定人补充鉴定或重新鉴定。补充鉴定或重新鉴定仍不能完成委托鉴定事项的，应当责令鉴定人退回已经收取的鉴定费用。

38.任意压缩合理工期如何认定，能否申请鉴定工期？

当事人违反工程建设强制性标准，任意压缩合理工期的约定，应认定无效。合理工期的确定一般以当地建设行政主管部门制定的定额工期为基础。定额工期，是指在一定的生产条件和自然条件下，完成某个单位（或群体）工程平均所需的定额天数。定额工期对于确定相同或者相类似类型的建设工程的施工工期具有普遍指导意义，但是没有考虑不同施工企业的施工技术、管理水平和施工经验的差异，定额工期只能作为参考依据，合理工期一般短于定额工期。

原则上，鉴定机构只能鉴定定额工期，在当事人对合理工期发生争议时，可以委托具有法定鉴定资质的工程造价咨询机构通过司法鉴定对定额工期进行鉴定。根据鉴定得出的定额工期，参照当地住建部门关于压缩工期幅度的规定，认定是否属于任意压缩合理工期。一般来说，压缩的工期幅度最多不超过定额工期的 30%，超过 30%的，视为任意压缩合理工期。

39.申请鉴定事项无法鉴定的应如何处理？

当事人申请鉴定的，由各方当事人协商确定具备鉴定资质的鉴定机构；协商不成的，由各方当事人推荐的具备鉴定资质的鉴定机构及本辖区或本省、省外建立的鉴定机构名册中摇号选择一家首选鉴定机构、两家备选鉴定机构。当事人在确定鉴定机构时应对鉴定机构的资质、鉴定能力提出意见，否则视为接受。在正选鉴定机构明确表示无法鉴定的情况下，依次征询备选鉴定机构的意见。经摇号选择的鉴定机构均表示无法鉴定的，

各方当事人一致同意重新选择鉴定机构或聘请若干专家组成鉴定组进行鉴定的，予以支持。各当事人无法达成一致意见的，认定申请鉴定事项无法鉴定。

申请鉴定事项无法鉴定的，应依据举证责任的分配原则、双方当事人的过错程度和全案证据情况，认定案件的基本事实。

（八）实际施工人权益问题

40.“发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任”，是否包括建设工程价款的利息或违约责任？

《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可以向发包人主张支付欠付建设工程价款的范围仅限定为建设工程价款，不包括工程价款利息、违约金、损失赔偿金等。实际施工人依据本条规定，向发包人主张支付欠付建设工程价款的利息、违约金、工程奖励金、损失赔偿金等款项的，不予支持。

41.多层转包、多层违法分包、挂靠后再转包、再分包的实际施工人能否请求发包人在欠付工程款范围内承担责任？

单层转包、单层违法分包的实际施工人可以依据《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（一）》第四十三条规定请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。借用资质及多层转包和违法分包的实际施工人不能请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。

42.承包人已经与发包人结算完毕并领取了工程款，实际施工人再向发包人主张遗漏结算的工程款是否成立？

发包人与实际施工人不存在合同关系，在承包人已经与发包人结算完毕并领取工程款后，即不存在欠付建设工程价款的事实，实际施工人无权向发包人主张权利，亦无权直接向发包人主张遗漏结算工程价款。

（九）诉讼程序问题

43.个人合伙作为实际施工人时，部分合伙人能否单独以实际施工人身份起诉？

二人以上共同作为实际施工人签订建设工程施工合同的，对外共同享有权利、共同承担义务，应当适用《中华人民共和国民法典》关于合伙合同的相关规定认定民事权利义务，适用《中华人民共和国民事诉讼法》第五十五条关于必要共同诉讼的规定认定民事诉讼权利义务。部分合伙人单独以实际施工人起诉请求合同权利的，应依据《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》第七十四条规定追加其他合伙人作为共同诉讼当事人。应当追加的原告，已明确表示放弃实体权利的，可不予追加；既不愿意参加诉讼，又不放弃实体权利的，仍应追加为共同原告，其不参加诉讼，不影响案件的审理并依法作出判决。

44.建设工程价款优先受偿权是否可以调解？

建设工程价款优先受偿权涉及到不特定第三人。双方当事人通过调解确认工程价款优先受偿权，易发虚假诉讼，或损害抵押权人、其他债权人等其他案外人的情况，因此，双方当事人请求出具调解书对建设工程价款优先受偿权予以确认的，原则不应准许。

45.建设工程施工合同纠纷，银行以承包人放弃建设工程价款优先受偿权为由申请加入诉讼是否准予？

实务中，开发商向银行申请房地产开发贷款，银行要求该项目的承包人出具自愿放弃项目工程价款受偿优先权的《承诺函》。在建设工程施工合同纠纷中，银行以承包人放弃建设工程价款优先受偿权为由申请加入诉讼。因建设工程施工合同纠纷案件中银行不属于第三人，银行对于建设工程价款优先受偿权提起第三人撤销之诉的，予以驳回。

94. 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

【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，应否支持？

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，承包人应否承担修复费用？

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，应否支持？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。

95. 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）

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准手续内容，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．在招投标合同纠纷中，如果工程还未开工，招标人或者发包人以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。

96. 广西壮族自治区高级人民法院民一庭关于印发《关于妥善审理涉新冠肺炎疫情相关民事纠纷的指导意见》的通知（节选）

【发布日期】2020 年 03 月 03 日

全区各级人民法院民事审判庭：

为提高疫情防控的法治化水平，统一案件裁判尺度，我庭经广泛征求意见，形成了《关于妥善审理涉新冠肺炎疫情相关民事纠纷的指导意见》。现印发给你们，供审判中参考。实践中如遇到新的问题，请层报我庭。

广西壮族自治区高级人民法院民一庭

2020 年 3 月 3 日

关于妥善审理涉新冠肺炎疫情相关民事纠纷的指导意见（节选）

为落实中央、自治区党委和最高人民法院关于疫情防控的决策部署，充分发挥人民法院民事审判职能，依法审理涉及新冠肺炎疫情民事案件，统一裁判标准，提高办案质量，依法保护人民群众生命财产安全和身体健康，保障经济健康发展和社会安定有序，针对全区法院在审理民事案件中可能遇到的与疫情有关的法律问题，依照《中华人民共和国民法总则》《中华人民共和国合同法》及相关法律法规，结合对涉及新冠肺炎疫情审判工作的预判，制定本指导意见。

……

二、与疫情相关的合同纠纷

……

12.【建设工程合同】因疫情防控需要，造成建设工程项目停工或者不能按期开工的，属顺延工期合法事由。施工单位主张因不可抗力导致的工期延误免除违约责任的，应予支持。

疫情防控期间订立合同，且防控未发生实质性变化，当事人以疫情防控为由主张顺延工期，一般不予支持。

对因新冠肺炎疫情延误工期造成的损失，合同有约定的，按约定处理；没有约定且当事人不能就损失协商一致的，应当结合疫情对损失的影响程度、当事人是否履行通知义务、是否采取了避免损失扩大的合理行为等因素合理分担责任。

……

97. 广西壮族自治区高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件涉及到实际施工人若干问题的解答

【生效日期】2012 年 02 月 12 日

一、实际施工人起诉分包人、转包人、承包人,发包人的,应如何列当事人?

实际施工人起诉具有合同关系的分包人、转包人的,应列分包人、转包人为被告。同时起诉前一个合同关系承包人的,前一个合同关系承包人列为共同被告。同时起诉发包人的,发包人列为共同被告。实际施工人没有起诉不具有合同关系的承包人、发包人,在审理中有证据证明承包人、发包人未付清工程款的,人民法院可以向实际施工人释明其可以追加承包人、发包人为被告。

二、在层层分包,转包情况下,实际施工人不起诉具有合同关系的分包人、转包,直接起诉不具有合同关系的分包人、转包人、承包人或发包人的,应如何处理?

对于层层分包、转包情况,实际施工人不起诉具有合同关系的分包人、转包人,直接起诉前一个合同分包人、转包人或承包人的,可以直接列前一个合同分包人,转包人或承包人为被告,并追加与实际施工人具有合同关系的分包人、转包人为共同被告。与实际施工人具有合同关系的分包人、转包人下落不明的,可以依法公告送达,缺席判决。实际施工人不起诉具有合同关系的分包人、转包人、承包人,直接起诉发包人的,根据以上原则列当事人。

三、实际施工人起诉借用、出借建筑施工企业资质的当事人,应如何列当事人?

实际施工人起诉借用,出借建筑施工企业资质的当事人,借用、出借建筑施工企业资质的当事人列为共同被告。实际施工人仅起诉借用建筑施工企业资质的当事人的,应追加出借建筑施工企业资质的当事人为共同被告。实际施工人仅起诉出借建筑施工企业资质的当事人的,应追加借用建筑施工企业资质的当事人为共同被告。

四、分包人、转包人或承包人与他人合伙的,应如何列当事人?

分包人、转包人或承包人与他人合伙的,实际施工人同时起诉合伙人的,合伙人列为共同被告。实际施工人知道或应当知道与其具有合同关系的分包人、转包人或承包人与他人存在合伙关系,但却不起诉其他合伙人的,其他合伙人可以申请参加诉讼,或者由人民法院通知他参加诉讼。

五、建设工程施工合同因工程质量发生纠纷,应如何列当事人?

建设工程施工合同因工程质量发生纠纷，发包人可以单独起诉具有合同关系的承包人，也可以同时起诉分包人、实际施工人。发包人同时起诉承包人、分包人、实际施工人的，承包人、分包人、实际施工人列为共同被告。

六、建设工程施工合同，如何确认实际施工人的工程款？

实际施工人与承包人对工程款结算有约定的，按照约定支付工程款，实际施工人按照约定结算的工程款超过承包人从发包人处结算的工程款部分，由承包人承担。实际施工人与承包人在合同中没有就工程款进行约定或者约定不明的，应参照承包人与发包人之间的工程款结算原则，领取相应工程款。

七、不具有合同关系的发包人、承包人、分包人在欠付工程价款范围内对实际施工人应承担何种民事责任？

实际施工人起诉不具有合同关系的发包人、承包人、分包人，要求其在欠付工程价款范围内承担责任的，一般应认定不具有合同关系的发包人、承包人、分包人在欠付工程价款范围内对实际施工人承担连带清偿责任。

98. 广西壮族自治区高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件中有关司法鉴定问题的解答

【发文字号】桂高法[2011]109 号

一、审理建设工程施工合同纠纷案件,对合同约定有固定价的,应如何鉴定?

建设工程施工合同约定按固定价结算工程款的,应区分固定总价或固定单价。属于固定总价包干的,一般仅就增减工程量部分进行鉴定;属于固定单价的,应按照单价和承包人所完成的工程量计算工程款, 对工程量有争议的,应对增减的工程量进行鉴定。

二、审理建设工程施工合同纠纷案件,当事人对建设工程计价方法或计价标准没有约定或约定不明的,一方当事人申请司法鉴定,应否准许?

合同对计价方法或计价标准没有约定或约定不明确,一方当事人申请进行司法鉴定的,一般应予准许。但建设工程竣工后,双方当事人已经对工程造价进行了结算,并对结算结果达成了一致意思表示,在履行付款义务过程中发生争议,诉至法院后,一方当事人又申请对工程造价进行司法鉴定的除外。

三、审理建设工程施工合同纠纷案件,一方当事人对建设工程质量提出异议的应如何处理?

当事人在诉讼中主张建设工程质量不合格的,应当提供相应证据, 没有证据或证据不足以证明其主张的,应向法院申请对建设工程质量是否合格进行司法鉴定。鉴定结论为需要修复才合格的, 应进一步对所需修复费用进行司法鉴定。

四、审理建设工程施工合同纠纷案件,人民法院是否可依职权对工程造价或工程质量进行司法鉴定?

审理建设工程施工合同纠纷案件,应当根据合同约定,或者按照举证责任分配原则,由一方当事人申请法院委托有鉴定资质的鉴定机构进行司法鉴定,人民法院一般不依职权启动司法鉴定程序,但可能损害国家利益、社会公共利益和第三人合法权益的除外。

五、审计机关已经进行审计的,当事人申请鉴定,应否准许?

审计是国家对建设单位的一种行政监督,不影响建设单位与承建单位有关合同结算约定的效力。当事人申请司法鉴定,符合条件的,应依法准许,但当事人双方在合同中约定以审计结论作为结算依据的除外。

六、合议庭合议后认为需要委托司法鉴定的,一般应注意明确哪些内容?

合议庭合议后认为需要委托司法鉴定的,一般应注意明确以下具体内容:(1)鉴定目的;(2)鉴定范围;(3)鉴定的计价标准和计价方法;(4)完成鉴定时间;(5)鉴定费用由哪一方当事人预交;(7)其他需要明确的事项。

七、合议庭对当事人提供的司法鉴定材料应如何处理?

委托司法鉴定的,合议庭应当组织双方当事人对证据材料进行质证 证据材料比较少的,可以由双方当事人签字确认。证据材料比较多的,当事人应当出具确认、或者不予确认、部分确认的书面质证意见。未经质证的材料不能作为鉴定的依据。司法鉴定机构对证据效力发生疑问的,合议庭有责任根据证据规则作出相应解释。

八、当事人需要提供、补充鉴定材料的,应如何提交?

当事人在司法鉴定过程中需要提供、补充鉴定材料的,应当向合议庭提交,经合议庭组织双方当事人质证后,才能向鉴定机构提交。

九、二审如何启动司法鉴定程序?

司法鉴定程序一般应在一审程序中启动。二审过程中,发现遗漏鉴定,需要重新鉴定补充鉴定的,二审合议庭应对司法鉴定的目的,方法等具体内容进行讨论分析。确实需要进行司法鉴定的,经合议庭合议后,报主管院长或庭长批准,发回重审,由一审法院启动司法鉴定程序。鉴定程序确实需要在二审启动的,合议庭讨论后,报主管院长或提交审判委员会讨论决定。

十、重新启动司法鉴定应具备哪些条件?

当事人申请重新鉴定,提出证据证明存在下列情形之一的,人民法院应予准许:(1)鉴定机构或者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)经过质证认定不能作为证据使用的其他情形。

当事人依据前述情形要求重新鉴定的,人民法院在审核时要从严把握,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。

十一、当事人单方委托鉴定部门作出的鉴定结论,其效力应如何认定?

当事人一方委托鉴定部门作出的鉴定结论,可以作为认定建设工程造价、工程质量的参考证据,对方当事人在诉讼中认可的或者虽然不认可,但证据不足以反驳, 经法院释明后,又不申请司法鉴定的,该单方委托的鉴定结论可以作为定案依据。对方当事人申请司法鉴定的,应以法院委托的鉴定部门作出的鉴定结论作为定案依据。

99. 天津市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件相关问题的审判委员会纪要

为妥善审理建设工程施工合同纠纷案件，统一全市法院裁判尺度，依法保护当事人合法权益，促进建筑市场健康有序发展，依据《中华人民共和国建筑法》（以下简称建筑法）《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》（以下简称建设工程司法解释（一））《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》（以下简称建设工程司法解释（二））等相关法律、司法解释的规定，结合天津法院审判实际，2020 年 12 月 9 日，天津市高级人民法院第 24 次审判委员会会议专题研究了建设工程施工合同纠纷案件审理中的若干问题。现纪要如下：

1.【发包人的确定】 建设工程司法解释（二）第 24 条规定的“发包人”，是指工程建设方或者业主，不包括多层转包、分包关系下的转包人、分包人。

2.【请求发包人支付工程价款的主体】 在建设工程施工合同纠纷案件中，当事人可依据不同法律关系依法请求发包人支付工程价款：

（1）与发包人订立合法有效施工合同的承包人，可依据合同约定请求发包人支付工程价款；

（2）借用总承包人资质（挂靠）的实际施工人，可依据建设工程司法解释（一）第 2 条规定，参照施工合同约定请求发包人支付工程价款；

（3）与发包人没有直接合同关系的分包人，可通过提起代位权之诉，请求发包人支付工程价款；

（4）转包或者违法分包关系中的实际施工人，可依据建设工程司法解释（二）第 24 条规定，请求发包人支付工程价款；

（5）与总承包人订立合法有效劳务分包合同的分包人，可参照建设工程司法解释（二）第 24 条规定，请求发包人支付工程价款。

3.【发包人支付工程价款的责任范围】 建设工程司法解释（二）第 24 条规定的发包人支付工程价款的责任范围，应以发包人欠付工程价款数额为限。

发包人与转包人或者违法分包人已结算的，可根据结算情况查明发包人欠付工程价款数额。发包人与转包人或者违法分包人未结算的，实际施工人请求发包人在欠付工程价款范围内承担责任的，应提供初步证据证明发包人欠付工程价款。发包人以其未欠付工程价款为由抗辩的，应提供相应证据予以证明。

审判中，应根据当事人提供的证据，查明发包人是否欠付工程价款以及欠付数额，不宜未经审理查明直接判决“发包人在欠付工程价款范围内承担责任”。

4.【优先受偿权的认定】 依据建设工程司法解释（二）第 17 条规定，享有建设工程价款优先受偿权的主体是与发包人订立施工合同的承包人。

实际施工人向发包人主张建设工程价款优先受偿权的，应在查明实际施工人与发包人之间是否存在直接合同关系的基础上，依法认定。

5.【装饰装修工程价款的优先受偿及例外】 依据建设工程司法解释（二）第 18 条规定，装饰装修工程的承包人请求工程价款就该装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，应予支持，但有下列情形之一的除外：

（1）工程为家庭居室装饰装修的；

（2）工程质量不合格的；

（3）发包人对该建筑物不享有所有权或者处分权的。

6.【工程质量保证金的优先受偿】 发包人未依法返还从工程价款中预扣的工程质量保证金，承包人请求就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，应予支持。承包人行使优先受偿权的期限自应当返还工程质量保证金之日起计算。

7.【优先受偿权行使期限的起算】 依据建设工程司法解释（二）第 22 条规定，建设工程价款优先受偿权行使期限的起算点，区分以下情形确定：

（1）施工合同对建设工程价款的支付时间、方式有约定的，以合同约定的工程价款支付时间作为起算点。

（2）施工合同对建设工程价款的支付时间、方式未约定或者约定不明，建设工程已交付或者竣工结算文件依约视为发包人认可的，以交付之日或者提交竣工结算文件之日作为起算点；工程未交付，且工程价款未结算的，以起诉之日作为起算点。

（3）施工合同解除或者终止履行，且工程价款未结算，当事人就工程价款支付事宜达成合意的，以双方约定的工程价款支付时间作为起算点。当事人未就工程价款支付事宜达成合意，但工程已交付的，以交付之日作为起算点；工程未交付的，以起诉之日作为起算点。

（4）施工合同被认定无效，但建设工程经竣工验收合格的，可参照该合同约定的应付工程价款时间认定优先受偿权行使期限的起算点。

8.【甲指分包工程的质量责任】 发包人指令总承包人将专业工程分包给特定分包人施工，又以该分包工程存在质量问题为由主张总承包人、分包人承担责任的，应当在查明质量问题的基础上，综合考虑各方当事人的过错程度和原因力大小，确定各方的责任比例。

9.【农村自建房屋】依据建筑法第 83 条规定，农村自建房屋中二层以下（含二层）住宅，属于“农民自建低层住宅”，不受建筑法调整。审判中，当事人仅以施工人缺乏相应资质为由主张施工合同无效的，不予支持。

10.【委托监理合同】 发包人与监理人订立的建设工程委托监理合同，依法属于委托合同，不适用建设工程施工合同相关法律、司法解释的规定。因委托监理合同发生的纠纷应当依据有关委托合同的法律规定处理。

100. 天津仲裁委员会建设工程施工合同纠纷案件仲裁指引

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、施工技术规范和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》

101. 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

【生效日期】2006 年 01 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