

目 录

第一部分 合同纠纷	3
建设工程合同纠纷问题解析汇总（上）	3
建设工程合同纠纷问题解析汇总（下）	8
因合同价款支付方式的变更造成工程价款、工程期限改变的不必然导致合同实质性内容的变更	15
改变工程价款清偿方式是否属于背离中标合同的实质性变更	17
因价格变动导致亏损，依据情势变更原则变更合同应当满足什么条件？	18
施工企业如何应对发包人强行要求退场	20
第二部分 实际施工人	21
谁是真正的建设工程“实际施工人”？	21
建设工程合同纠纷中名为劳务分包，实为工程分包、工程转包的认定	23
资质重合的设计施工联合体内部分包问题刍议	29
转包人对转承包人欠付实际施工人的工程款承担连带责任	32
挂靠关系中实际施工人主张权利不同裁判观点	33
建设工程施工领域实际施工人挂靠施工过程中对外为商事交易行为的买卖合同纠纷	36
第三部分 工期与质量	40
浅析建设工程案件中的工期纠纷	40
“拉闸限电”，施工企业是否可以主张工期顺延及材料调差	43
该不该修？工程质量保修条款下的“主体结构”的判定	45
工程质量保证金的双重优先性	48
第四部分 工程造价与结算	53
建设工程造价改革的法律观察与思考	53
建设工程价款结算及其优先受偿权的若干实务问题	56
承包人向陷入债务危机的发包人主张工程价款并减少损失的八大对策	64
浅析以送审价为准结算工程款	67
固定总价工程未完工情形下工程价款的结算	69
PPP 项目，政府保证最低需求量条款，是否属于政府承诺固定回报？	71
施工总承包项目主要材料涨价的风险化解与应对	72
施工方遭遇材料价格暴涨是否要违约止损？	74
材料涨价遭遇固定价格，如何破解调差僵局？	78
材料价格疯涨，承包人如何应对？	83
材料价格疯涨，承包商能否要求调整价款	87
材料价格上涨时承包人可主张的调价依据	88
钢材价格疯涨行情下承包人调价路径与策略分析	91
第五部分 工程价款的支付	96
建筑施工企业现金流风险及应对	96
未完成工程整体竣工验收但已由发包方实际占有使用时如何确定价款支付时间？	100
“工抵房”的法律实践问题研究	101
债务人破产，债权人能否要求继续履行以房抵债协议？	102
第六部分 工程索赔	105
工程索赔常见认识误区及化解建议	105

停窝工损失计算与证据	108
工程合同解除后如何计算议定赔偿金/违约金	115
第七部分 建设工程价款优先受偿权	118
结合新司法解释浅析工程价款优先权问题	118
浅析实际施工人实现建设工程价款优先受偿权的路径问题	119
实现建设工程优先受偿权的阻扰因素及其应对措施分析	120
承包人通知发包人主张优先权的是否属于主张建设工程价款优先受偿权的合法方式	123
第八部分 争议解决	124
发包人行使“抗辩权”的裁判观点	124
建设工程施工合同纠纷案件先行判决和先行裁决的实务问题分析	127
建设工程施工合同纠纷案件司法鉴定裁判规则解析	129
建设工程施工案件管辖、质量及实际施工人权利等争议研究	134
工程造价司法鉴定常见问题的成因分析及解决思路	139
意思表示解释方法在造价争议解决中的应用	143
财产保全需善意 滥用败诉又赔钱	146
第九部分 法律研究	148
新施工合同司法解释一的构架与变化	148
论《民法典》无效格式条款规则对施工招标文件实质内容的司法规制（上）	150
论《民法典》无效格式条款规则对施工招标文件实质内容的司法规制（下）	153
关于《民法典》担保制度相关问题的专题研究（上）	156
关于《民法典》担保制度相关问题的专题研究（下）	163
《保障农民工工资支付条例》下总承包单位先行清偿农民工工资义务研究（农民工工资问题）	170
国务院《建设工程企业资质管理制度改革方案》对建工合同纠纷处理的影响分析	175
新修改的《安全生产法》对建筑企业安全管理之影响	178
政府采购法（修订草案征求意见稿）工程项目相关条文新旧变化对比	181
《行政处罚法》修订后对建筑企业的影响	186
第十部分 法院观点	190
最高院民一庭关于建工类案件 11 个问题的实务解答（上）	190
最高院民一庭关于建工类案件 11 个问题的实务解答（下）	192
最高人民法院第三巡回法庭 建设工程合同纠纷再审审理案例分析	196
最高人民法院第三巡回法庭建设工程合同纠纷 再审审理案例的研习报告之程序篇	197
最高人民法院第三巡回法庭 建设工程合同纠纷再审审理案例的研习报告之实体篇	201
第十一部分 案例赏析	206
指导案例 171 号中天建设集团有限公司诉河南恒和置业有限公司建设工程施工合同纠纷案点评	206
“我们碰到的这件烦心事有解吗？”	207
第十二部分 行业思考	209
2020 年工程总承包地方政策年度观察（上）	209
工程总承包法规制度宣传周活动圆满落幕	213
建设工程实践经验和裁判规则的理论化重塑（裁判规则）	215
房地产金融调控政策下建筑企业法务工作的新挑战和新要求	219
如何成为一名卓越的工程企业法务人员？	221
我国工程监理人的法律地位与权责研究	224

第一部分 合同纠纷

建设工程合同纠纷问题解析汇总（上）

1. 一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出已过诉讼时效期间抗辩能否得到法院支持？

不能。但基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的情形除外。

法条链接：《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第三条 当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，人民法院不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的情形除外。

当事人未按照前款规定提出诉讼时效抗辩，以诉讼时效期间届满为由申请再审或者提出再审抗辩的，人民法院不予支持。

2. 工程款尚未结算，承包人提起诉讼的诉讼时效起算时间如何确定？

在工程款尚未结算的情况下，往往难以确定工程款应支付的确切时间，承包人难以知晓权利被侵犯的确切时间，故一般不计算诉讼时效，但如有证据证明一方知道或应当对方拒绝结算的，从其知道权利受损害之日计算。

法条链接：《民法典》第一百八十八条 向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。

诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的，依照其规定。但是，自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护，有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。

《民法典》第一百九十五条 有下列情形之一的，诉讼时效中断，从中断、有关程序终结时起，诉讼时效期间重新计算：

- （一）权利人向义务人提出履行请求；
- （二）义务人同意履行义务；
- （三）权利人提起诉讼或者申请仲裁；
- （四）与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形。

3. 承包人能否以发包人未付清工程款为由拒绝交付建设工程？

不能。承包人不得就不动产行使留置权，但其有权就建设工程价款享有优先受偿权。

法条链接：《民法典》第四百四十七条 债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。

前款规定的债权人为留置权人，占有的动产为留置财产。

《民法典》第八百零七条 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，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求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。

4. 建设工程施工合同被认定无效，承包人是否可以向发包人主张工程款？

可以。发包人应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。

法条链接：《民法典》第一百五十七条 民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。

《民法典》第七百九十三条 建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。

建设工程施工合同无效，且建设工程经验收不合格的，按照以下情形处理：

（一）修复后的建设工程经验收合格的，发包人可以请求承包人承担修复费用；

（二）修复后的建设工程经验收不合格的，承包人无权请求参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

发包人对因建设工程不合格造成的损失有过错的，应当承担相应的责任。

《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）》第二十四条 当事人就同一建设工程订立的多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。

5. 工程在竣工验收之前发包人已经投入使用的，其能否以工程未经竣工验收为由拒付工程款，竣工日期如何确定？

发包人不能以此为由拒付工程款。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。

法条链接：《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 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。

6. 承包人请求发包人返还工程质量保证金的诉讼时效自何时开始起算？

自竣工验收合格之日起计算的保修期满后开始计算诉讼时效。

注：若当事人约定的保修期低于法律规定的最低保修期限的，应自法律规定的最低保修期限后开始计算诉讼时效。

法条链接：《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
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。

《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）》第十七条 有下列情形之一的，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。

《建设工程质量管理条例》第四十条 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。

7. 质量保证金应何时返还？

（一）对于质量保证金返还期限有约定的，返还时间为约定的返还期限届满之日；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返还期限届满；

（二）对于质量保证金返还期限未作约定的，返还期限为自建设工程通过竣工验收之日起满二年；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起满二年返还期限届满。

法条链接：《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）》第十七条 有下列情形之一的，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。

8. 质量保证金返还之后，承包人是否仍需就所承建工程承担保修责任？

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。

法条链接：《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）》第十七条 有下列情形之一的，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。

9. 质量保证金约定的返还期限早于关于保修期强制性规定的最低保修期限，发包人可以据此要求待保修期满再行支付质量保证金吗？

不能。质量保证金的返还期限遵循当事人意思自治原则，有约定从约定，因此质量保证金返还期限可以早于保修期届满期限，但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。

注：若当事人约定的保修期短于保修期强制性规定的最低保修期限，承包人不得据此拒绝承担法律规定的最低保修期内的保修义务。

法条链接：《民法典》第一百五十三条 违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。

违背公序良俗的民事法律行为无效。

10. 发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手续，建设工程施工合同是否有效？

若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，起诉前发包人仍未取得建设工程规划许可证等规划审批手续的，建设工程施工合同无效。

若发包人能够办理审批手续而未办理的，则合同有效。

法条链接：《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。

11. 签订合同时承包人未具备建筑业企业资质，竣工验收时取得了建筑业企业资质，建设工程施工合同是否有效？

无效。

法条链接：《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 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。

12. 承包人超越资质等级签订建设工程施工合同，竣工验收前取得了相应资质等级的，合同是否有效？

有效。

法条链接：《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。

13. 挂靠人与被挂靠人间签订的工程承包合同，是否有效？

无效。

挂靠，是指不具备相应资质的单位或个人，借用符合资质的施工企业的名义承揽工程项目并进行实际施工的行为。法律严格禁止挂靠。

法条链接：《民法典》第七百九十一条 发包人可以与总承包人订立建设工程合同，也可以分别与勘察人、设计人、施工人订立勘察、设计、施工承包合同。发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程支解成若干部分发包给数个承包人。

总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。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。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。

《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 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。

14. 招标人和中标人在中标合同之外另行签订的建设工程施工合同是否有效？

若另行签订的合同约定的工程范围、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，则该合同背离中标合同实质性内容，应为无效。当事人应按中标合同各自履行权利义务。

法条链接：《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第二条 招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，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。

15. 建设工程施工合同被认定无效的，一方能否向另一方主张违约责任？

不能。但是可以要求过错方按照其过程责任的比例赔偿损失。

法条链接：《民法典》第一百五十五条 无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力。

《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 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。

16. 建设工程施工合同已经约定工程价款为固定价，一方能否就工程造价提出鉴定申请？

不能。

法条链接：《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。

（上海市闵行区人民法院）

建设工程合同纠纷问题解析汇总（下）

28. 承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，竣工日期如何确定？

以承包人提交验收报告之日为竣工日期。

法条链接：《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 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。

《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。

29. 施工过程中形成的签证单能否作为确认工程量的依据？

可以。

注：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。

法条链接：《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。

30. 仅凭发票能否作为认定工程款已付的依据？

建设工程施工合同所涉工程款一般金额较大，且工程款的支付需满足合同约定的条件，因此在实践操作中，付款方通常要求承包方或者施工方先提交应付工程款金额的发票，其后根据发票金额支付相应工程款，因此，仅凭发票难以认定已经支付工程款，付款方应提供银行流水、收款收据等材料进一步佐证。

31. 承包人能否就发包人逾期支付工程款的利息损失主张优先受偿权？

不能。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。此处的建设工程价款不应包含违约金或者违约造成的损失。

法条链接：《民法典》第八百零七条 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，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求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。

《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 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。

32. 承包人行使优先受偿权有无期限限制？

有。自发包人应当给付建设工程价款之日起算，最长不得超过十八个月。

法条链接：《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 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。

33. 建设工程抵押权与承包人的优先受偿权竞合时，何者优先？

承包人享有的建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权。

法条链接：《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。

34. 承包人能否就垫资款主张利息？

对垫资约定利息的，可以就垫资款主张利息；未约定利息的，不得主张利息。

注：约定的利息计算标准不得高于垫资时的同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率，否则对超出部分不予支持。

法条链接：《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。

35. 社会保险费应由谁缴纳？

社会保险费用系工程造价的一部分，由统筹机构统一向建设单位收取。

36. 社会保险费能否在工程结算时予以扣除？

在无特殊约定的情况下，应当予以扣除。

社会保险费属于工程造价中的规费，社会保险费由建设单位缴纳，但应在结算工程价款时予以扣除，因社会保险费属于工程造价之一。

注：规费：是指按国家法律、法规规定，由省级政府和省级有关权力部门规定必须缴纳或计取的费用。包括：

社会保险费：（1）养老保险费：是指企业按照规定标准为职工缴纳的基本养老保险费。（2）失业保险费：是指企业按照规定标准为职工缴纳的失业保险费。（3）医疗保险费：是指企业按照规定标准为职工缴纳的基本医疗保险费。（4）生育保险费：是指企业按照规定标准为职工缴纳的生育保险费。（5）工伤保险费：是指企业按照规定标准为职工缴纳的工伤保险费。

住房公积金是指企业按规定标准为职工缴纳的住房公积金。

工程排污费是指按规定缴纳的施工现场工程排污费。

其他应列而未列入的规费，按实际发生计取。

法条链接：住房和城乡建设部、财政部关于印发《建筑安装工程费用项目组成》的通知（建标〔2013〕44号）

一、《费用组成》调整的主要内容：

（一）建筑安装工程费用项目按费用构成要素组成划分为人工费、材料费、施工机具使用费、企业管理费、利润、规费和税金。

（二）为指导工程造价专业人员计算建筑安装工程造价，将建筑安装工程费用按工程造价形成顺序划分为分部分项工程费、措施项目费、其他项目费、规费和税金。

.....

（六）按照《社会保险法》的规定，将原企业管理费中劳动保险费中的职工死亡丧葬补助费、抚恤费列入规费中的养老保险费；在企业管理费中的财务费和其他中增加担保费用、投标费、保险费。

（七）按照《社会保险法》《建筑法》的规定，取消原规费中危险作业意外伤害保险费，增加工伤保险费、生育保险费。

37. 实际施工人能否直接起诉发包人要求发包人向其支付工程款？

可以，但需满足一定条件。

转包人或者违法分包人欠付实际施工人工程价款，实际施工人可以行使代位权，向发包人主张工程欠款，要求发包人在欠付转包人或者违法分包人建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。

法条链接：《民法典》第五百三十五条 因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利，但是该权利专属于债务人自身的除外。

代位权的行使范围以债权人的到期债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。

《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 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。

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第四十四条 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行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。

38. 发包人能否以承包人未在约定期限内提出工期顺延申请为由主张工期不顺延？

可以，但前提是合同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。

法条链接：《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。

39. 因债权转让从承包人处受让取得工程款债权，债权人能否主张承包人享有的工程价款优先受偿权？

可以。受让工程款债权的同时，优先受偿权作为从权利应一并受让。

法条链接：《民法典》第五百四十七条 债权人转让债权的，受让人取得与债权有关的从权利，但是该从权利专属于债权人自身的除外。

受让人取得从权利不因该从权利未办理转移登记手续或者未转移占有而受到影响。

40. 发包人与承包人约定承包人放弃或者限制建设工程价款优先受偿权，发包人能否据此主张承包人不享有建设工程价款优先受偿权？

若放弃或者限制建设工程价款优先受偿权的约定损害建筑工人利益，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。

法条链接：《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。

41. 发包人未按约支付工程款，承包人能否因此拒绝继续施工？

可以。按约支付价款为发包人主要义务，发包人不按约支付工程款系严重违约行为，承包人享有履行抗辩权。

法条链接：《民法典》第五百二十五条 当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行请求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行请求。第五百二十六条 当事人互负债务，有先后履行顺序，应当先履行债务一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行请求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行请求。第七百八十八条 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。

建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。

42. 工程质量不符合约定，发包人是否可以此为由要求减少支付工程价款吗？

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、返工或者改建的，发包人请求减少支付工程价款的，人民法院应予支持。

法条链接：《民法典》第五百八十二条 履行不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择请求对方承担修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

《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。

43. 对建设工程质量缺陷，发包人在何种情形下需承担过错责任？

发包人在以下三种情形下应承担过错责任：（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。

法条链接：《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。

44. 当事人对于欠付工程款没有约定利息的，承包人能否主张利息？

承包人可以主张利息。对利息计付标准有约定的从约定；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。

法条链接：《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。

45. 工程价款利息起算时间如何确定？

利息从应付工程价款之日开始计付。

若对付款时间未约定或者约定不明，则应付款之日为：（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。

法条链接：《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 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。

46. 实际施工人能否以转包人、违法分包人或者发包人为被告主张权利？

可以。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。

法条链接：《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 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。

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第四十四条 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。

47. 因工程质量发生争议，发包人可以将总承包人、分包人和实际施工人作为共同被告起诉吗？

可以。

法条链接：《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。

48. 发包人未对隐蔽工程及时进行检查，承包人能否据此顺延工期？

可以。

法条链接：《民法典》第七百九十八条 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，并有权请求赔偿停工、窝工等损失。

49. 承包人将建设工程分包，与他人签订的合同是否一定无效？

不一定。转包、违法分包合同违反法律、行政法规的强制性规定的应属无效。承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成，但建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。

法条链接：《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 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。

《民法典》第一百五十三条 违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。

违背公序良俗的民事法律行为无效。

《民法典》第七百九十一条 发包人可以与总承包人订立建设工程合同，也可以分别与勘察人、设计人、施工人订立勘察、设计、施工承包合同。发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程支解成若干部分发包给数个承包人。

总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。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。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。

《民法典》第八百零六条 承包人将建设工程转包、违法分包的，发包人可以解除合同。

发包人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或者不履行协助义务，致使承包人无法施工，经催告后在合理期限内仍未履行相应义务的，承包人可以解除合同。

合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款；已经完成的建设工程质量不合格的，参照本法第七百九十三条的规定处理。

50. 建设工程施工合同纠纷中有哪些需承担连带责任的情形？

（1）法律规定需承担连带责任：当事人为法人，法人分立的，分立后的法人承担连带责任，但债权人和债务人另有约定的除外。（2）当事人出现“公司法人格混同”情形的，出资人需承担连带责任。（3）代理人和相对人恶意串通，损害被代理人合法权益的，代理人和相对人承担连带责任。（4）代理人明知代理事项违法仍实施或者被代理人明知代理事项违法但未反对代理人实施的，被代理人和代理人承担连带责任。（5）共有人之间就共有物对外承担连带责任，但法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外。（6）属于“债的加入”情形，债的加入人与债务人承担连带责任。（7）在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的，保证人在其保证范围内承担保证责任。（8）共同承揽人对定作人承担连带责任，但当事人另有约定的除外。（9）总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，将自己承包的部分工作交由第三人完成，第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。（10）共同处理委托事务的受托人，对委托人承担连带责任。（11）合伙人对合伙债务承担连带责任。（12）二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，承担连带责任。（13）教唆、帮助他人实施侵权行为，与行为人承担连带责任。（14）二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为，其中一人或者数人的行为造成他人损害，不能确定具体侵权人的，行为人承担连带责任。（15）二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个人的侵权行为都足以造成全部损害的，行为人承担连带责任。（16）建筑物、构筑物或者其他设施倒塌、塌陷造成他人损害的，建设单位与施工单位承担连带责任，但建设单位与施工单位能够证明不存在质量缺陷的除外。（17）挂靠人与被挂靠人之间就履行建设工程合同所产生的民事责任承担连带责任。

法条链接：《民法典》第六十七条、第七十五条、第八十三条、第一百六十四条、第一百六十七条、第三百零七条、第三百零八条、第五百五十二条、第六百八十八条、第七百八十六条、第七百九十一条、第九百三十二条、第九百七十三条、第一千一百六十八条、第一千一百六十九条、第一千一百七十条、第一千一百七十一条、第一千二百五十二条、第一百五十三条；《公司法》第二十条、第六十三条；《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（一）》第一条、第七条

（上海市闵行区人民法院）

因合同价款支付方式的变更造成工程价款、工程期限改变的不必然导致合同实质性内容的变更

裁判要点合同双方在合同签订时明知价款支付方式具有不确定性，并根据补充协议的支付方式支付工程价款的，一方以补充协议约定的支付方式的变更导致合同实质性变更主张相对方承担违约责任的，人民法院不予支持。

案件信息

审理法院：最高人民法院—第四巡回法庭

审理程序：再审程序

案号：（2021）最高法民申 1013 号

案由：建设工程施工合同纠纷

裁判日期：2021-3-25

文书类型：裁定书

当事人信息

再审申请人（一审原告、二审上诉人）：安徽蚌埠建筑安装工程集团有限公司

被申请人（一审被告、二审被上诉人）：蚌埠冠宜置业有限公司

审理经过

再审申请人安徽蚌埠建筑安装工程集团有限公司（以下简称蚌埠建安公司）因与被申请人蚌埠冠宜置业有限公司（以下简称冠宜置业公司）建设工程施工合同纠纷一案，不服安徽省高级人民法院（2020）皖民终21号民事判决，向最高人民法院申请再审。

再审申请理由

蚌埠建安公司再审申请称：原判决认定除已备案的两份《建设工程施工合同》外的其他四份协议即2014年1月25日签订的《项目合作意向协议》、2014年8月1日签订的《吴湾路安置房建设工程总承包协议》和2014年10月20日、2015年2月21日分别签订的《吴湾路安置房项目〈建设工程施工合同〉补充协议》有效错误。首先，这四份协议内容与依法备案的两份有效《建设工程施工合同》中关于工程价款、支付条件、工程期限等实质性条款相背离，实质上属于变相降低工程价款、改变工程期限，属于对合同内容的实质性变更，因此应当认定无效，其次，原判决将资金投入方式、工程款拨付方式及工期延误责任等内容的变更认定为不属于工程价款、工程期限等内容的变更，将无效协议认定为对备案合同的修改和补充错误，属于明显违背法律规定并且该判定与类似判决相矛盾。再次，原判决将上述四份无效协议认定为双方实际履行合同，并依照无效协议认定本案违约责任及停窝工损失错误属于认定错误。

最高院认为

依据相关法律之规定可知，中标合同实质性内容应当包括工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等。根据本案查明的情况可知，2014年8月25日和2015年1月10日，冠宜置业公司与蚌埠建安公司分别签订了两份《建设工程施工合同》，且该两份合同已备案，同时双方还分别于2014年1月25日签订了《项目合作意向协议》，2014年8月1日签订了《吴湾路安置房建设工程总承包协议》，除此之外，双方还在2014年10月20日、2015年2月21日就上述两份备案合同签订《吴湾路安置房项目〈建设工程施工合同〉补充协议》。该四份协议主要涉及工期延误责任、工程款支付方式等内容，由于蚌埠建安公司在与冠宜置业公司签订《项目合作意向协议》时应当已经预见到对于工程款的支付方式存在不确定性，且在后续的合同履行中双方对工程款的支付方式亦大部分按照《吴湾路安置房建设工程总承包协议》以及相关补充协议执行。因此上述四份协议即使与已备案合同相比对支付方式进行了变更，并使得工程期限、工程价款改变，但此种变更并不足以构成对双方当事人权利义务内容的实质性变更。应当认定上述四份协议是对备案合同的变更与补充，因此对于蚌埠建安公司主张的四份协议是对已备案的《建设工程施工合同》实质性条款的背离并主张四份协议无效，不予支持。因此应当认定上述四份协议有效，且对备案合同的资金拨付方式、违约责任等内容进行的变更也有效，因此对于再审申请人蚌埠建安公司主张的要求冠宜置业公司依照《建设工程施工合同》付款节点承担迟延付款违约责任及停窝工损失不予支持。（最高院）

改变工程价款清偿方式是否属于背离中标合同的实质性变更

□岳翼

2021年1月1日施行的《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第二条:

招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容,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。

《司法解释一》第二条第一款明确了施工合同的实质性内容包括工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等。第二款规定了变相降低工程价款的价款的情形,同样属于背离中标合同实质性内容。

“工程价款清偿方式”是否属于中标合同实质性内容

在《建工司法解释一》第二条列举的内容中并没有“工程价款清偿方式”,但其是否属于“等”内的内容,需要就个案情况具体分析。工程价款清偿方式的变更后果,是否会导致对中标合同确定的工程价款产生实质性变更。

支付方式的变更,如果从转账改为现金支票,没有实质性变更。但转账改为承兑汇票,则应认定为存在实质性变更。

以房抵债的方式,如用于抵款的房屋价格明显高于市场价或低于市场价的,应当认定其属于变相改变工程价款。

对于采用市场价进行的以房抵款,从形式上来看,房屋价格与工程价款数额大致相等,但是对于承包人来说,其获得抵款的房屋后仍然需要转卖变现,需要再次付出税费、中介费等成本,其实际获得工程价款往往低于中标合同的约定。

裁判观点

案号:(2017)最高法民再249号

招标人和中标人依据中标文件签订《建设工程施工合同》并办理了合同备案。该合同约定:工程价款为15816541.39元,合同价款采用固定价格方式确定,无论工程是否有变更或工程量是否有增加或减少,工程价款均不得变更。

同日,双方签订的《合作合同书》约定:建成的职工住宅楼第十七层至十八层共6套职工宿舍套房分给琼山建筑公司;地质大队所得的60套住房按定死造价每平方米2280元结算,总造价约为13800000元,项目建设所需的其余建设资金由琼山建筑公司全部承担。

2011年12月18日,地质大队和琼山建筑公司签订的《补充协议书》又约定:地下室由琼山建筑公司投资建设,工程项目底层架空层临路27米长的场地使用权归琼山建筑公司所有;小区道路、园林绿化、围墙工程由琼山建筑公司施工,工程价款另行结算。

从《合作合同书》及《补充协议书》约定的内容看，其均涉及对案涉工程总造价及支付方式的约定，且同招标人和中标人经备案登记的《建设工程施工合同》关于案涉工程款结算的约定不同，属于对《建设工程施工合同》的实质性内容进行变更。

因此，《合作合同书》和《补充协议书》因违反法律的强制性规定而无效，案涉工程款的结算应以《建设工程施工合同》为依据。

作者单位：北京市盈科（南京）律师事务所

因价格变动导致亏损，依据情势变更原则变更合同应当满足什么条件？

□李恩辉

一、案件简介

（一）案件基本情况

原告：乙公司（承包方）被告：甲公司（发包方）2016年10月11日，甲公司与乙公司签订《建设工程施工合同》，其中专用合同条款载明：“……11. 价格调整。11.1 ‘市场价格波动引起的调整’。市场价格波动是否调整合同价格的约定：不调整。”合同签订后，钢材、商品砼等主要建材价格在施工期间较2016年7月出现较大上涨。2018年3月，乙公司向甲公司发函，提出因材料上涨潜在亏损近2000万元，建议按照工程施工同期市场材料信息价进行如实调整，依此作为本项目结算的依据，据实编制项目竣工结算。2018年5月，甲公司向乙公司发函表示不同意调整预算总控价和材料价差。后双方还多次协商，未就“材料价差”和“投资限价”达成一致意见，乙公司遂提起诉讼，提出请求撤销双方签订的《建设工程施工合同》专用条款11.1条等诉讼请求。一审法院驳回了乙公司的诉讼请求，乙公司不服上诉，二审法院驳回其上诉，维持原判。乙公司向最高院申请再审，最高人民法院裁定驳回了乙公司的再审申请。

（二）争议焦点

乙公司能否依据情势变更原则主张调整合同价格？

二、裁判要旨

1. 一审法院认为：

双方当事人对主要建筑材料的价格调整，系按照2016年《市工程造价信息》第8期公布的荣昌地区指导价计取，双方在签订中标合同时专用条款11.1条约定的“市场价格波动是否调整合同价格的约定：不调整”的含义应为价格上涨的风险由乙公司承担，价格下跌的收益由乙公司享有。在签订合同后，主要建筑材料如钢材、商品砼的价格确实存在上涨的情况，但上涨幅度并未超过历史高价，不属于双方无法预见的情况。且，即使属于不可预见的重大变化，也仅是变更合同条款，即双方分摊相应风险，并非一味保护施工方利益，将材料价格上涨的风险转由发包方承担，如按照乙公司的请求，将该条款直接撤销，则所有材料价格上涨的风险均由发包方甲公司承担，也与双方在订立中标合同时由乙公司应承担相应建材价格变化的风险和收益的目的不符，故对乙公司要求撤销《建设工程施工合同》专用条款11.1条“市场价格波动是否调整合同价格的约定：不调整”的请求，不予支持。

2. 二审法院认为：

本案中，甲公司为建设案涉工程，根据自己的经济状况确定了招标的具体条件并公开进行招标，乙公司作为理性的、专业的建筑工程施工企业，理应知道其投标行为的法律后果。也即，在甲公司明确将案涉工程限定在造价 1.5 亿元的情况下，乙公司在投标时应当综合考虑相应的成本以及正常的商业风险，包括建筑材料上涨带来的商业风险，再决定是否投标以及以何种条件投标。其中，建筑材料的市场价峰值、谷值都应当成为乙公司确定是否投标以及以何种条件投标所应当考虑的因素，这些因素应当归入其进行经营决策所应当考虑的商业风险的范畴。乙公司在对案涉工程施工过程中，建筑材料价格虽有上涨，但上涨幅度并未超过其市场价峰值，乙公司作为专业的建筑工程施工企业在投标时理应对此进行合理的预见，故本案中建筑材料价格的上涨属于乙公司应当承担的商业风险，而不属于当事人在签订合同时无法预见的客观情况，不符合法律规定的情势变更的范畴。乙公司请求撤销《建设工程施工合同》专用条款 11.1 条关于市场价格波动不调整合同价格的约定，理由不成立，一审未予支持并无不当。

3. 再审法院认为：

案涉《建设工程施工合同》专用条款第 11.1 条约定，市场价格波动不调整合同价格，即市场价格上涨的风险由乙公司承担。合同签订后，市场价格确实因政策或市场环境的变化存在上涨的情况，但乙公司作为专业、理性的建筑工程施工企业是在仔细研究了招标文件的全部内容并综合考虑相应的商业风险和成本变动后才向甲公司投标，其在明知案涉工程限定造价 1.5 亿元的前提下理应将建筑材料的市场环境以及价格变化纳为其是否投标以及如何投标应考虑的商业风险因素中。

本案中建筑材料价格上涨应属于乙公司在投标和签订合同时应合理预见的商业风险，且上涨幅度并未超过市场价峰值，因此不应适用情势变更原则的规定，原审法院适用法律并无不当，乙公司申请再审理由不能成立。

三、律师点评

适用情势变更原则必须同时符合以下条件：

一是客观情况的变化系当事人在订立合同时无法预见的；

二是客观情况的变化导致合同成立的基础发生异常变动，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；

三是客观情况不属于正常的商业风险。

在界定变化事由的可预见性、是否显失公平以及是否属于正常的商业风险时，判断价格变化幅度是否高出历年行业价格波动的峰值，是关键衡量标准之一。

本案中，甲、乙公司签订的施工合同中明确约定价格波动情形下不予调整，且材料价格上涨的幅度未达到市场价格峰值，故法院认为本案物价的波动幅度属于乙公司应当预见的商事风险，故不能适用情势变更原则进行调整。

对材料的提供方而言，为规避在后期项目施行过程中因价格变动造成亏损的风险，在合同签订时，应当对于材料价格波动的幅度以及相应的调整进行约定，以便日后主张价差调整有据可依。在合同实际履行过程中，出现价格波动情形，受损企业应证明符合适用情势变更原则、存在可依据的地方性政策文件或存在可归责于对方的事由等方式主张价格调整，必要时可对因材料价格波动造成的损失申请鉴定。

（作者单位：建纬济南律师事务所）

施工企业如何应对发包人强行要求退场

□岳 翼

最近遇到数起发包人强行要求施工企业中途退场的案件，团队在处理此类退场纠纷及后续案件时，完全理解施工企业的无奈，同时也看到了施工企业无论退场与否都得付出的巨大代价。此类问题往往棘手复杂，对施工企业管理水平要求很高。如果不能很好把握，施工企业绝大多数情况下将非常的被动。在处理此类问题时律师有如下几点建议，供施工单位参考。

一、施工企业要有很强证据意识

中途退场的，绝大多数情况都是双方矛盾激化情况下发生，很少有对已完成工程量达成一致的。但施工企业将来是要主张已完工工程量的工程款的，需要证据证明已完工工程。所以在退场前施工企业尽量要完成能够证明已完工工程量的证据收集，包括但不限于 1. 已完工程范围证据；2. 已完工程具体项目证据；3. 工程施工至退场时的截止点证据；4. 相关已完工程量的施工资料；5. 发包人或者工程监理对已完工程量签证等确认资料；6. 施工图纸；7. 结算资料等。

退场前都应对已完的全部工程范围、工程量、工程状态进行拍照、录像。必要时邀请公证机构进行公证，以便将来分清质量等责任并结算

二、施工企业要有很强的安全意识

对属于发包人的施工现场机械、设备、材料等应消除安全隐患，妥善放置并予以封存；对属于发包人的临时设施、办公设施，应对水、电、气切断源头，封存设施，对于房屋等需要加锁。应移交给发包人的施工现场机械、设备、材料、临时设施、办公设施等均应拍照或者录像，制作一份尽量详细的清单，必要时邀请公证机构进行公证。

三、中途退场费用问题

中途退场还往往涉及到临时设施费问题，对于中途退场临时设施费承担问题，合同有相关约定的，按合同约定执行，合同没有约定，又不能协商一致的，可考虑在诉讼中以鉴定方式确定费用。

四、被强行赶离施工现场的应及时报警维权

被强行赶离施工现场时，施工企业应立即报警，并尽量争取不离开施工现场，但不要以武力相对抗。大多数情况下，警方是无法解决双方的经济纠纷的，出警也主要是维护现场的安全及做一些初步调解工作。但施工企业通过搜集报警及警方的谈话笔录等资料可以还原被强行赶离事实证据资料，以备后期诉讼中使用。

有的情况下，施工企业在被强行要求离场后虽想继续施工，但实质已无法施工情况下会离场，并与发包人做简单交接，签署备忘录、离场协议等，但也要声明签字或盖章行为并不代表系自愿退出施工现场。

作者单位：北京市盈科（南京）律师事务所

第二部分 实际施工人

谁是真正的建设工程“实际施工人”？

【裁判要旨】

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，实际施工人可以突破合同相对性追究发包人的法律责任。但建设工程中的“实际施工人”是特指无效建设工程施工合同中的实际完成工程建设的承包人，即非法转包、违法分包、借用资质情形下的实际承包人。

【案例索引】

再审申请人欧仕斌、彭友明因与被申请人新疆生产建设兵团第六建筑安装工程公司（以下简称兵团六建）、四川同达建设有限公司（以下简称同达公司）、重庆长寿华侨木森建设有限公司（以下简称木森公司）及一审被告石河子润天劳务派遣有限责任公司（以下简称润天公司）劳务合同纠纷一案，不服新疆维吾尔自治区高级人民法院（2017）新民终 546 号民事判决，向本院申请再审。本院依法组成合议庭对本案进行了审查，现已审查终结。

欧仕斌申请再审称，（一）一、二审判决认定事实错误。1. 兵团六建与同达公司是非法转包关系，一、二审判决将其认定为合法分包关系错误。2. 一、二审判决认定欧仕斌与彭友明之间存在事实劳务关系错误。同达公司先后授权夏霞林、彭友明负责案涉项目的施工，夏霞林在与欧仕斌结算后才中途退出继而由彭友明接替，这属于同达公司内部人员的变动，应认定同达公司实际履行与兵团六建之间的合同。3. 欧仕斌曾提供一份兵团六建所属正远公司与木森公司签订的《工程合作协议》，该合同中兵团六建所属正远公司印章及其项目经理签名均为真实，一、二审判决不予认定错误。4. 本案所欠劳务费应为 146 万元，一、二审判决认定为 1089704.8 元错误。（二）一、二审判决适用法律错误。本案中，兵团六建与同达公司是非法转包关系，同达公司与夏霞林、彭友明之间也是非法转包或挂靠关系，欧仕斌是实际施工人，其对合同无效不存在任何过错，故其有权依据《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》（法释[2004]14 号）第二十六条的规定，突破合同相对性，要求兵团六建和木森公司承担连带责任。欧仕斌依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二项、第六项的规定申请再审。

彭友明申请再审称，（一）一、二审判决认定事实错误。1. 一、二审判决认定木森公司公章系伪造，排除木森公司责任错误。公章是否一致，应进行司法鉴定；实践中存在一个公司有两枚以上的公章的情况；一、二审法院未对欧仕斌提交的兵团六建所属正远公司与木森公司于 2012 年 3 月 15 日签订的《工程合作协议》复印件的真实性进行查实。另，如果木森公司公章系伪造，《劳务合同书》应属无效，合同书不能约束合同双方，则一、二审判决认定彭友明承担责任错误。2. 一、二审判决将两份伪造的《结算单》作为证据使用，认定事实错误。彭友明诉讼中称《结算单》系伪造，要求质证，法庭未许可；《结算单》由欧仕斌单方制作，由兵团六建所属正远公司的挂名项目经理潘斌、在 2013 年已退出项目承包的夏霞林于 2014 年 6 月 18 日和 6 月 20 日分别签字，各方不是同时结算，没有结算凭证和附件佐证；彭友明对《结算单》不知晓不认可，也并未在《结算单》上签字，故不受《结算单》的约束。3. 彭友明于 2014 年 7 月 3 日签字认可的《承诺书》系其代表同达公司向兵团六建发出，而不是向欧仕斌发出。4. 彭友明未参加会议，2014 年 5 月 27 日的《会议纪要》不能约束申请人。5. 一、二审判决以《会议纪要》和《结算单》认定劳务费总额及欠付劳务费金额错误。彭友明对《会议纪要》和《结算单》不知情也未签字；一、二审判决不顾项目施工负责人彭友明具体计算提供的劳务费总额及来源于兵团六建和石河子陆兴建筑劳务公司（以下简称陆兴公司）证明欧仕斌已超额收款的大量书证错误。6. 一、二审判决未扣除相应工程款错误。室外散水及踏

步施工已由他人代欧仕斌完成，施工成本 30000 元和欧仕斌所属工地因火灾发生的赔付款 86000 元有劳动局调查笔录、收条佐证，两项合计 116000 元均应在欧仕斌的工程款中扣除。（二）一、二审判决适用法律错误。1. 本案案由为建设工程施工合同纠纷，不是劳务合同纠纷。案涉工程由兵团六建所属正远公司非法转包给同达公司；同达公司授权夏霞林、彭友明为项目现场负责人，代表同达公司具体施工至本工程完工；后夏霞林又代表木森公司将工程部分劳务分包给欧仕斌，夏霞林退出工程施工项目；兵团六建又将工程劳务部分分包给陆兴公司；欧仕斌的劳务费分别由兵团六建、陆兴公司、彭友明支付。彭友明在项目施工过程中，始终以“兵团六建克拉玛依绿色康城项目二分部”的名义进行。2. 兵团六建所属正远公司与同达公司的《工程合作协议》因违规，已被克拉玛依建设局收缴。故案涉的所有合同违反法律、行政法规的强制性规定，均属无效合同。兵团六建、同达公司、木森公司、陆兴公司故意规避法律。3. 一、二审法院遗漏与案件基本事实相关的必要当事人夏霞林、陆兴公司，致使责任主体和工程款劳务费支付等主要事实无法查明。4. 欧仕斌始终未向彭友明主张过权利。一审判决超越原告诉讼请求，判决第三人彭友明承担支付责任错误。5. 二审判决书中“庭审中，欧仕斌明确要求彭友明亦承担连带责任。”彭友明认为，当事人不能在二审中变更或增加诉讼请求，二审应严格根据一审的诉讼请求进行审理。6. 一审判决认定欧仕斌为实际施工人，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》第二条、第四条、第二十六条第二款，而二审判决否定欧仕斌为实际施工人，却依然适用上述条款，驳回上诉，维持原判。如果严格适用第二十六条第二款，就应当判决发包人兵团六建、同达公司、木森公司在欠付工程款范围内，对实际施工人承担责任。彭友明依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二项、第三项、第六项、第十一项的规定申请再审。

木森公司提交意见称，其公司从未在新疆承接过任何工程项目，更不存在与兵团六建签订协议的问题，案涉工程的实际施工单位为同达公司，对此一、二审判决已经确认；2015 年 5 月 29 日夏霞林以木森公司名义与欧仕斌签订《劳务合同书》，实为夏霞林私刻木森公司公章冒名顶替，这一点木森公司也在一审中提交了证据证明，签订《劳务合同书》的双方当事人为夏霞林和欧仕斌，与木森公司无关。欧仕斌再审申请没有事实和法律依据，请求予以驳回。润天公司提交意见称，案涉工程劳务由陆兴公司依法承包，并非润天公司分包，案涉工程项目与其无任何法律关系，其在本案中不应当承担任何法律责任。

【裁判意见】

本院经审查认为，一、关于兵团六建、同达公司、木森公司应否承担案涉劳务费支付责任的问题。根据一、二审法院查明的事实，2012 年 3 月 15 日，兵团六建所属正远公司与同达公司签订《工程合作协议》，兵团六建将案涉项目中的六幢住宅分包给同达公司。同达公司出具了《授权委托书》，授权夏霞林、彭友明为工程项目现场负责人。2012 年 5 月 31 日，夏霞林又以木森公司名义与欧仕斌签订《劳务合同书》，约定欧仕斌负责六幢楼中其中三幢住宅楼的劳务部分的施工任务，承包方式为包工不包料。诉讼中，木森公司称其从未在新疆承接过任何工程，亦未委托过他人在新疆承接过工程，并出具证据证明该《劳务合同书》上的公章系伪造，并非其公司公章。一、二审法院对上述事实予以认定。由于夏霞林的行为为无权代理，在木森公司拒绝追认的情况下，签订合同的后果应由夏霞林本人承担。故，案涉《劳务合同书》约束的双方当事人为夏霞林与欧仕斌。施工过程中，夏霞林退出案涉工程承包，彭友明接替夏霞林继续承包施工。一审中，彭友明当庭认可承接夏霞林转包的案涉工程，认可按照夏霞林以木森公司名义与欧仕斌签订的劳务合同履行，并出具《承诺书》，承诺克拉玛依康城住宅项目 C5、C7、C9、C10、C11、C12 幢工程的一切债权债务均由其本人及同达公司承担，但同达公司对该《承诺书》并未盖章确认。在欧仕斌对案涉工程施工过程中，夏霞林、彭友明将欧仕斌劳务情况审核后交由陆兴公司结算劳务费。根据上述事实可以认定，欧仕斌与兵团六建、同达公司之间均没有合同关系，木森公司、陆兴公司又未实际参与案涉工程建设。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）第二十六条的规定，实际施工人可以突破合同相对性追究发包人的法律责任。但建设工程中的“实际施工人”是特指无效建设工程施工合同中的实际完成工程建设的承包人，即非法转包、违法分包、借用资质情形下

的实际承包人。本案中，欧仕斌签订的是案涉部分工程的劳务分包合同，承包方式为包工不包料，其并非案涉工程的实际施工人，《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》第二十六条的规定对其并不适用。因此，欧仕斌、彭友明主张兵团六建、同达公司、木森公司应承担支付劳务费的责任，缺乏事实和法律依据，一、二审法院不予支持，并无不当。彭友明主张案涉两份《结算单》及《会议纪要》系伪造且其未参与其中，不予认可，但其没有证据予以证明，故其该项再审申请理由不能成立，本院不予支持。综上，一、二审判决彭友明承担向欧仕斌支付劳务费的责任并无不当。

二、关于一、二审判决适用法律是否错误的问题。《最高人民法院关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》规定，民事案件案由应当依据当事人主张的民事法律关系的性质来确定。本案中，欧仕斌依据其与夏霞林、竹小虎签订的《劳务合同书》，以由其出具经兵团六建所属正远公司副经理潘斌及夏霞林确认的两份《结算单》作为依据诉请支付劳务费及利息，从《劳务合同书》的名称及内容，《会议纪要》中欧仕斌的劳务费按合同单价结算的内容，欧仕斌自己也主张其劳务是案涉工程施工中的组成部分，故一、二审法院确定本案的案由为劳务合同纠纷并无不当。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第五十六条第二款的规定，对当事人双方的诉讼标的，第三人虽然没有独立请求权，但案件处理结果同他有法律上的利害关系的，可以申请参加诉讼，或者由人民法院通知他参加诉讼。人民法院判决承担民事责任的第三人，有当事人的诉讼权利义务。一审中，彭友明经兵团六建申请，一审法院追加其为第三人参加诉讼，并判令其承担向欧仕斌支付劳务费的责任，并无不当。夏霞林、陆兴公司虽与本案事实有关联，但其并不是本案必要当事人，案件处理结果亦与其无关，没有必要追加为本案当事人参加诉讼。综上，欧仕斌、彭友明认为一、二审判决适用法律错误的再审申请理由亦不能成立，本院不予支持。

三、关于彭友明欠付劳务费数额问题。一审过程中，彭友明提供了相应证据证明欠付欧仕斌的劳务费中应扣减欧仕斌及其手下工作人员从第三人处借款 30200 元、因欧仕斌施工质量原因另行组织施工产生费用 139000 元、对欧仕斌罚款 34500 元，以及依据劳务合同约定应由欧仕斌承担的辅材、耗材 166595.2 元，欧仕斌并未提供有效证据予以反驳，故一、二审判决依据该组证明材料并结合劳务合同的相关约定，认定该部分费用应予扣除，并无不当。另，彭友明主张的室外散水及踏步未施工应扣除欧仕斌劳务费 30000 元，欧仕斌所属工地因火灾发生的赔付款 86000 元应由欧仕斌承担，应从欠付款中扣除的问题，因欧仕斌对此不予认可，彭友明亦未提交充分有效的证据进一步证明，故一、二审判决对彭友明该项主张不予支持，亦并无不当。综上，欧仕斌、彭友明的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二项、第三项、第六项、第十一项规定的情形。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条第一款，《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》第三百九十五条第二款的规定，裁定如下：驳回欧仕斌、彭友明的再审申请。（最高院）

建设工程合同纠纷中名为劳务分包，实为工程分包、工程转包的认定

□黄琪 程娜

由于住房和城乡建设部制定的《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》中没有规定劳务作业分包需要经工程建设单位认可，因此实践中，建筑市场出现了很多虽然名为劳务分包合同，但实为工程分包或者工程转包的合同，在此情形之下，正确区分劳务分包与工程分包、工程转包是处理相关案件的关键，帮助发包方、工程总承包方和分包人有效防范其中的法律风险，维护自身合法权益。鉴于此，本文将根据相关法律法规并结合既判案例对建设工程合同纠纷中的劳务分包与工程分包、工程转包之间的区别与联系进行简要分析，以供大家参考。

一、劳务分包的定义

1. 劳务分包的概念

劳务分包，又称劳务作业分包，是指建设工程施工总承包企业或者专业承包企业将其承包工程的劳务作业发包给劳务承包企业完成的活动。根据住房和城乡建设部制定的《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》第五条规定，房屋建筑和市政基础设施工程施工分包分为专业工程分包和劳务作业分包。劳务作业分包人既可以是建设工程的总承包人，也可以是专业工程分包的承包人。对于工程的劳务作业分包，由于是将简单劳动从复杂劳动剥离出来单独进行承包施工的劳动，并不属于《中华人民共和国民法典》第七百九十一条第二款“总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成”规定的专业工程分包范畴。总承包人、分包人与劳务作业承包人之间既不是劳务关系也不是劳动关系，而是建设工程施工合同关系。劳务作业承包人对其承担的劳务作业向作为劳务作业发包人的总承包人、分包人负责；总承包人、分包人向建设工程发包人就建设工程负责，但其中劳务作业部分由劳务作业承包人与总承包人、分包人共同向建设工程发包人负责。

2. 劳务分包的构成要件

(1) 劳务分包主体必须持有劳务作业企业资质，根据住房和城乡建设部 2018 年 12 月 22 日修订的《建筑业企业资质管理规定》【住房和城乡建设部令第 45 号】第五条、第十一条之规定，及 2020 年 1 月 16 日发布并生效的《建筑业企业资质管理规定和资质标准实施意见》【建市规[2020]1 号】规定，建筑施工企业应当具备劳务作业企业资质，且建筑企业资质中施工劳务资质不分类别与等级，由所在地设区的市人民政府住房城乡建设主管部门许可。

(2) 劳务分包的标的主要为工程施工的劳务，计取的是人工费，其表现形式主要体现为包工不包料。

(3) 总承包人将劳务分包给分包人的，无须事先获得发包人的同意。

二、劳务分包与工程分包、工程转包的区别

(一) 劳务分包与工程分包的区别

1. 工程分包的相关法律规定

《中华人民共和国建筑法》第二十八条规定，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。

《中华人民共和国建筑法》第二十九条规定，建筑工程总承包单位可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位；但是，除总承包合同中约定的分包外，必须经建设单位认可。施工总承包的，建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。分包单位按照分包合同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。禁止分包单位将其承包的工程再分包。

《中华人民共和国民法典》第七百九十一条规定，总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。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肢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。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。

2. 工程分包的概念

分包是指已经与发包人签订建设工程施工合同的总承包人将其承包的工程建设任务的一部分交给第三人（即分包人）完成。此外，需注意的是，实务中存在大量由发包人直接发包或指定专业分包情况，由

发包人与专业分包人直接签订，或者由发包人、专业分包人、总承包单位共同签订专业分包合同（如桩基、装饰装修等）。而根据《工程建设项目施工招标投标办法》第六十六条规定：“招标人不得直接指定分包人。”及《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》第七条规定：“建设单位不得直接指定分包工程承包人。任何单位和个人不得对依法实施的分包活动进行干预。”前述两个规章虽禁止发包人指定分包人，但并未对发包人指定分包应承担的法律责任进行规定，且规章并不导致合同无效情形，因此，在实践中，基于各种因素，发包人指定分包人的情况大量存在，该种情况下虽然由发包人直接分包或指定分包，但一般会在总包合同中约定纳入总包管理。故本文将一并讨论。

3. 在法律关系及责任承担上

总承包人与发包人签订的建设工程施工合同称为总包合同，总承包人或发包人与分包人签订的合同为分包合同。虽然总包合同与分包合同是两个不同的合同，合同的当事人也不一致，但是合同的标的是有联系的，且指定分包情况下也是纳入总包管理，即分包合同的标的是总包合同的一部分。发包人、总承包人与分包人之间基于他们的合同关系，形成了比较复杂的法律关系。（1）对于全部工程建设任务，总承包人都应当对发包人负责，无论其中某一部分的工程是否由分包人完成；（2）在工程分包的情况下，总承包人仍然是与发包人签订的建设工程施工合同的当事人，对交由分包人完成的部分工程，总承包人应当与分包人共同对发包人承担连带责任；（3）分包人虽然不是总承包合同的当事人，但其与总承包人签订分包合同后，分包人就与总承包人共同成为总承包合同的当事人，是发包人的共同债务人，分包人与总承包人共同对发包人承担连带责任；（4）在指定分包情况下，发包方、总承包方、分包方按照各方过错程度承担责任。

4. 工程分包的构成要件

（1）分包的主体是特定的，一般而言，可以是直接从建设单位承接工程任务的建筑业企业，或者是从总承包人处承接工程任务的建筑业企业，两者在市场上的地位是平等的。

（2）分包的客体是特定的，是承、发包双方的权利义务共同指向的对象，包括承、发包范围内的专业性建筑产品或建筑劳务。交易客体必须是建筑工程中由法律、法规或规章规定允许分包的部分。

（3）主体之间的关系是横向的平等的财产关系，它源于承发包之间的地位平等，但不平等的情况也存在，不过恰恰说明需要发展分包市场并对其引导、管理和监督。

5. 劳务分包与工程分包的具体区别

合同主体方面：劳务分包是劳务分包人与工程总承包人、施工总承包人、专业分包人；工程分包是专业分包人与工程总承包人、施工总承包人、发包人。合同标的方面：劳务分包是工程施工中的劳务部分；工程分包是除劳务外，还包括施工、管理、技术指导等。合同资质方面：劳务分包是劳务作业分包资质；工程分包是专业工程承包资质。合同效力方面：劳务分包合同有效，不为法律所禁止；工程分包是违反法律法规禁止性规定则无效。分包条件方面：劳务分包不需经发包人同意；工程分包需在总承包合同中约定或经发包人同意。禁止性规定方面：劳务分包不能将作业内容再次交由其他人完成；工程分包的分包人不能将建设工程二次分包，但可以将劳务部分交由第三人完成。法律后果方面：劳务分包的承包人按照合同约定对劳务分包的发包人负责，劳务分包的发包人和承包人对劳务作业部分向总承包人及建设单位承担连带责任；分包工程发包人和承包人就分包工程对建设单位承担连带责任。

（二）劳务分包与工程转包的区别

1. 工程转包的相关法律规定

《中华人民共和国建筑法》第二十八条规定，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。

《中华人民共和国民法典》第七百九十一条规定，总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。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肢解以后以分包的名义分别转包给第三人。

《建设工程质量管理条例》第七十八条规定，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建设工程肢解以后以分包的名义分别转给其他单位承包的行为。

2. 工程转包的概念

转包是指承包人在承包建设工程后，又将其承包的工程建设任务部分或者全部转让给第三人（即转承包人）。转包后，转让人即承包人退出承包关系，受让人即转承包人成为承包合同的另一方当事人，转让人对受让人的履行行为不承担责任。转包在理论上称为合同的转让，是合同权利义务的概括转移。合同一经转让，转让人即退出原合同关系，受让人取得原合同当事人的法律地位。转包是建设工程承包合同领域时常发生的违法现象，也是建设工程质量存在问题的重要原因之一。

3. 工程转包的构成要件

（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。转包人在承包工程后，并不成立项目经理部，也不委派技术人员和管理人员对工程建设进行管理和技术指导，往往以收取总包管理费的方式，将全部工程转让给转承包人，转包人不履行建设工程合同中应由其履行的全部义务。

（2）转包人将合同权利与义务全部转让给转承包人，转承包人与原合同发包人之间建立了新的事实合同关系。[5]

4. 劳务分包与工程转包的具体区别

合同主体方面：劳务分包是劳务分包人与工程总承包人、施工总承包人、专业分包人；工程转包是工程转包人与转承包人。合同标的方面：劳务分包是建设工程施工中的劳务部分；工程转包是全部建设工程。合同效力方面：劳务分包合同有效，不为法律所禁止；工程转包是法律法规明确禁止的无效行为。法律后果方面：劳务分包承包人按照合同约定对劳务分包的发包人负责，劳务分包的发包人和承包人对劳务作业部分向总承包人及建设单位承担连带责任；转包的双方对因此造成的质量或其它问题要对发包人承担连带责任。

三、法院对于认定劳务分包、工程分包与工程转包的裁判观点

结合司法实践案例，一旦进入诉讼时，对于劳务分包、建设工程分包及转包除了依据上述法律法规及概念进行辨析外，更是“证据为王”，包括不限于各方之间的合同、实际施工范围、主材采购、费用结算等实际履行情况证据。现列举如下案例，以供探讨。

相关案例 1：甘肃焱坤工贸有限公司与甘肃省第二建筑工程公司建设工程施工合同纠纷。

（1）争议焦点：二建公司主张其与焱坤公司法定代表人周会涛带领的施工队之间属于劳务分包关系是否成立。

(2) 在一审法院审理中, 二建公司认可除 1、2 号楼给排水安装有出入外, 其他焱坤公司主张的道路绿化、给排水, 还有防盗门的供货安装工程都是由周会涛施工的。在二审法院审理中, 二建公司认可焱坤公司的施工范围是白云小区的道路工程和室外给排水工程。二建公司提交的项目结算单证明其认为周会涛的项目决算费用是 8389935.85 元 (其中人工费 2126071.1 元), 但是应扣除 10% 的管理费以及税金、保修金等。

(3) 最高法院认为: 劳务分包指向的对象是工程中的劳务作业部分, 工程分包指向的对象是部分专业分项工程。虽然二建公司主张双方为劳务分包关系, 但对此其并未提交双方的合同予以证明。且双方履行情况表明双方的关系更符合工程专业分包, 而非劳务分包。根据双方的实际履行情况及二建公司拟结算金额, 二建公司支付的款项并不是劳务报酬, 而是分项工程款, 本案定性为建设工程施工合同关系并无不当。二建公司再审中提交的工程结算书、领款单、出库单等并不足以证明二建公司与周会涛带领的施工队是劳务关系。

相关案例 2: 重庆皇华建设 (集团) 有限公司、重庆市万州区清江建筑工程有限公司等与建设工程分包合同纠纷 [7]

(1) 争议焦点: 关于案涉合同的效力问题。

(2) 在庭审审理中, 再审申请人重庆皇华建设 (集团) 有限公司以清江公司仅限于劳务作业、工程主料由业主统一采购和供应、皇华公司提供了工程施工的大型设备以及承担了工程的管理、计量、协调等工作为由, 主张涉案合同为劳务承包合同, 合法有效。

(3) 最高人民法院认为: 对比皇华公司与水电八局签订的《施工分包协议书》及皇华公司与清江公司签订的《劳务分包协议书》的内容可知, 两份协议书在工程内容、工程承包范围上是相同的。《劳务分包协议书》约定的工程单价包括劳务、材料、机械、质检 (自检)、安装、缺陷修复、管理、税费、利润等费用。该约定与《施工分包协议书》的约定也是一致的。因此, 案涉合同所涉交易的实质是, 皇华公司将其承包的合同再次分包给清江公司。该合同违反了《中华人民共和国建筑法》第二十八条、《中华人民共和国合同法》第二百七十二的规定, 应认定为无效合同。皇华公司以清江公司仅限于劳务作业、工程主料由业主统一采购和供应、皇华公司提供了工程施工的大型设备以及承担了工程的管理、计量、协调等工作, 案涉合同属于劳务分包合同进而有效的观点不能成立。

相关案例 3: 黄国盛、林心勇与江西通威公路建设集团有限公司、泉州泉三高速公路有限责任公司建设工程分包合同纠纷 [8]

(1) 争议焦点: 关于案涉合同的性质及效力问题。

(2) 法院查明: 江西通威公司与黄国盛先后签订的两份《公路建设工程施工劳务承包合同》, 约定的主要内容是江西通威公司将其承包泉三高速公路公司的泉三高速公路 QA4 合同段路基、土石方、涵洞、防护排水、土建工程交给黄国盛施工, 双方按照江西通威公司与泉三高速公路公司签订的中标单价下浮一定比例结算工程价款。

(3) 最高人民法院认为: 《中华人民共和国建筑法》第二十九条规定, 建筑工程总承包单位经发包人同意, 可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位。依据上述法律规定, 建设工程分包合同的主要法律特征是承包方将其承包的部分工程交给第三方完成, 第三方就其施工交付的工程获得工程价款。原建设部颁布的《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》将劳务作业分包定义为, 施工总承包企业或者专业承包企业将其承包工程中的劳务作业发包给劳务分包企业完成的活动。且原建设部颁布的《建筑业劳务分包企业资质标准》规定, 木工、砌工、抹灰、油漆等十三种作业类别属于劳务作业范围。上述行政主管部门规章内容表明, 劳务分包合同的主要内容指向的是工程施工中具有较强专业技

术性的劳务作业，其对象是计件或者计时的施工劳务，主要指人工费用以及劳务施工的相应管理费用。本案中，江西通威公司与黄国盛、林心勇实际履行了《公路建设工程施工劳务承包合同》，且合同约定内容符合工程分包合同的法律特征，一审判决将其认定为工程分包合同，并以黄国盛、林心勇不具备相应资质承揽工程违反法律禁止性规定为由，认定合同无效，适用法律正确。

相关案例 4：向折平与郑尚昶、重庆龙辉建设有限公司等建设工程施工合同纠纷。

（1）争议焦点：向折平是否属于劳务分包。

（2）法院查明：酉阳城建公司系工程发包人，龙辉公司在承包后又违法转包，郑尚昶虽与龙辉公司签订有项目建设管理责任书，但根据双方所订协议有关龙辉公司将其与酉阳城建公司签订的《安置房工程合同》的所有工程内容（平基土石方及龙辉公司前期施工的零星工作内容除外）交给郑尚昶履行、由郑尚昶履行现场所有义务、承担全部责任等内容，郑尚昶与龙辉公司构成非法转包关系。

（3）最高法院认为：本案向折平与郑尚昶签订的《建设工程施工劳务及周材承包合同》虽约定将安置房工程的劳务及周材分包给向折平，但从约定由向折平垫资完成有关工程等内容分析，向折平不是一般的劳务分包而是进行实际的施工，据此，向折平是实际施工人，并非构成劳务关系。

四、结语

综上，由于建设工程的复杂性，决定了劳务分包、工程分包以及工程转包三者之间“我中有你，你中有我”的关系，这无疑给认定案件的性质以及正确的法律适用造成难度。对于真正的劳务分包方，应当具备劳务分包企业资质，签订权责明确的劳务分包合同，严格根据合同内容完成施工，维护自身权益。而对于挂着劳务分包名义的转包或违法分包：

从实际施工人角度，首先，转包的合同是无效的，未经发包人同意的分包，或将主体结构分包属违法分包，违法分包的合同无效。再者，合同无效情况下，实际施工人可依据《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）》【法释[2020]25号】第四十三条规定，向转包人、违法分包人或发包人主张权利，但发包人仅在欠付转包人或者违法分包人工程款范围内承担责任，且该条在司法实践中还存在适用范围的争议。最后，在合同无效情况下，如何确定工程款将是争议焦点，可参照合同约定，或在合同约定不明，或多份合同无法确认当事人真实意思表示情况下委托进行造价鉴定，而一旦进入造价鉴定程序，如何选择鉴定依据和鉴定材料将又是各方的争议焦点。

从总包方角度，应当尽量避免存在违法分包和转包，一旦存在违法分包和转包，一方面将触发总包合同中不利条款，同时难以把控分包工程质量，且与实际施工人的合同无效后，因工程款结算极易产生讼累，处在实际施工人和发包方之间两难境地，同时还面临行政监管处罚，不利于企业长期的经营管理。

从发包方角度，分包越多，对工程质量的把控及追责越难，因此，应当谨防存在的风险。首先，在总包合同中应约定明确不得违法分包或转包，一旦违反将触发严厉明确的索赔权和违约金金额，另外，建议约定总包配合费，明确因分包导致的工程质量或工期责任由总包承担；再者，在施工中应注重收集关于存在违法分包和转包的证据，（包括不限于实际施工人与总包的合同，实际施工人的实际施工范围等）；最后，一旦发生实际施工人向其追索工程款时，应明确已向转包人、违法分包人支付工程款，无需对实际施工人承担支付工程款责任。

因此，无论是作为发包方、工程总承包方、分包方，要严格依据法律法规的规定进行落实，尽量规避法律法规明令禁止的行为。同时，从其自身权益维护角度，都应当防范法律风险，不仅提前建法律防火墙，更要注重证据的固定和收集，以备诉讼风险，维护自身合法权益。（作者单位：上海市建纬律师事务所律师）

资质重合的设计施工联合体内部分包问题刍议

——基于 EPC 模式

□刘 波

近来，EPC 总承包模式在工程领域有如火如荼的趋势。值得注意的是，EPC 由于推行已久已无法将其归类为新生事物，但其在实践中遇到的争议与纠纷并不逊色于前者。根据《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》的规定，EPC 工程总承包单位必须同时具备设计和施工资质或者组成联合体。其中关于设计施工联合体的相关法律问题尤为突出，本文试图从设计施工联合体内部分包问题切入探讨，结合契约自由原则，集中讨论设计施工联合体法律性质及有资质重合的设计施工联合体承接工程后将部分工程分包给联合体单位合法性等相关问题。研究上述问题的现实意义在于区分联合体的意思自治与违法行为的界限，进而指导具备多种资质的工程企业在 EPC 项目中如何投标、规范施工等。

EPC 模式下的设计施工联合体概念及法律性质

企业联合承接工程在国际工程领域通行已久，一般将其称为“Consortium”，意为联合经营的实体系。根据 FIDIC 《设计采购施工（EPC）/ 交钥匙工程合同条件》1.14 款，联合体是指“承包商按照联合体协议组建的合作性非法人的组织”。国内有学者将联合体定义为“两个或两个以上的承包单位或其他组织，组成一个联合体，通过联合体之间的协议结成联营组织，并通过协议明确内部分工或共同经营的方式，对外作为一个整体向发包方承揽特定的工程。”笔者也赞同该定义，具体到设计施工联合体，顾名思义是为设计企业与施工企业的联合体。

联合体在国内亦非新生事物，在大型复杂的建设工程项目中，企业运用联合体投标、承包工程习惯由来已久。但关于联合体的法律性质，虽有多部各层级法律法规规制如《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）《中华人民共和国招标投标法》（以下简称《招标投标法》）《中华人民共和国招标投标法》（以下简称《建筑法》）以及关于工程总承包的一系列法律法规等，但目前国内学界联合体仍莫衷一是，大体上分为两类：一类认为联合体属于合伙型联营，原因在于联合体实质是“两个或者两个以上的法人或者其他组织共同组成的非法人组织”且符合合伙型联营各方属于利益与责任共同体、根据联合体协议及自身财产履职、成员之间连带责任等特征；另一类学者认为是指“民法上的合伙”，理由是联合体符合“共同出资、共同经营、共享收益、共担风险，对合伙债务承担无限连带责任”特征。

上述两类概念均从不同角度揭示联合体的特征，但结合《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》），删除了原先《民法通则》中关于企事业单位之间联营但不具备法人资格的情形，取而代之的是第一百零二条第一款关于非法人组织的规定：“非法人组织是不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。”笔者倾向于认为联合体法律性质属于《民法典》体系下的非法人组织，但又不属于合伙企业的类型，核心原因有二：一是除联合体单位组成新企业外，其余类型的联合体均不能纳入“企业”的类型；二是因为联合体与合伙最大的区别在于连带责任的有限性与否。根据《中华人民共和国合伙企业法》（以下简称《合伙企业法》）第三十九条规定：“合伙企业不能清偿到期债务的，合伙人承担无限连带责任。”合伙人对于合伙企业的债务是为“无限连带”；但《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》（以下简称《总承包管理办法》）第十条关于连带责任表述为“联合体各方应当共同与建设单位签订工程总承包合同，就工程总承包项目承担连带责任。”强调连带，但未强调“无限连带”，《招标投标法》第三十一条也是如此。而对于有限责任与无限责任的区分，根本的不同点在于债务人承担责任的财产范围不同：无限责任承担范围为财产的全部，除不得查封的物品或不得为强制执行的权利外，有限责任“指债务人仅以其财产中特定物或特定财产，负其责任”。很明显，合伙企业基于其性质需以各合伙人

所有财产承担无限连带责任，但联合体作为一种仅存续于承包工程时的临时性非法人组织，显然不适合要求以联合体各方以自身所有财产对业主承担连带责任。

基于上述分析，笔者倾向于将计施工企业联合体法律性质界定为设计单位与施工单位为承包特定工程而临时组成的、以自己名义、对业主承担有限连带责任的非法人组织。

资质重合设计施工联合体内部分包的效力问题初探

分析设计施工联合体的法律性质分析后，接下来亟须解决的是联合体的权利义务履行与相关违法行为的区分问题，其中关于在设计单位与施工单位具备某项或多项相同资质的前提下、联合体以自身名义将所承包工程分包于联合体成员的争议较为突出，即联合体内部分包的法律效力，如某 A、B 两企业组成联合体 C 投标或中标某 EPC 项目，现该联合体 C 拟将承包范围内的某部分工程分包给 A 或 B。该行为在 EPC 工程实践中并不少见，但想要界定该种行为是否有效并非易事，笔者试图从契约自由角度来论证其合法性，并甄别其与违法违规行为的迥异之处。

（一）资质重合设计施工联合体内部分包与契约自由

根据意思自治理论，当事人的意志不仅是权利义务的渊源，而且是其发生的根据，意思自治延伸至契约领域则体现为契约自由原则：地位平等的交易主体独立意思表示，核心是契约方按照自己的自由意志达成合意。契约自由原则为社会主义市场经济奠定了坚实的理论基础，但需注意的是，我国立法体系中契约自由原则并非是无任何限制的绝对自由“任何自由都容易为肆无忌惮的个人和群体所滥用，因此为了社会福利，自由就必须受到某些限制，而这就是自由社会的经验。”散见于各类法律法规对契约行为、契约效力的规制。

根据契约自由理论，资质重合设计施工联合体内部分包是联合体与成员之间意思自治的体现，只要未触碰建筑领域《建筑法》等法律法规对于契约自由的限制性规定，理当保护各主体的签约自由并减少干涉。

（二）设计施工联合体成员有资质重合与“就低不就高”

关于联合体的资质，根据《招标投标法》第三十一条及《总承包管理办法》第十条的规定可知，关于联合体的资质认定核心字眼为“相应资质”、同一专业的单位资质为“就低不就高”。

众所周知国际工程中常见兼具设计与施工资质的企业，国内则不多见。但近年来随着 EPC 工程的大力发展，对复合型企业的呼声日益高涨，从《总承包管理办法》第十二条创设性提出设计、施工资质互认便可窥见一斑，国内工程实践中设计施工资质兼有的企业亦不少见。

回到本文需要讨论的设计施工联合体单位有重复资质情况，鉴于设计、施工资质繁多两两组合交叉情况更是庞杂，因此本文仅作限缩探讨即施工资质的重叠，即联合体一方有业主要求设计资质及较低施工资质、另一方具备较高施工资质的情况，如 A 单位有设计综合甲级资质但施工资质仅有装修专业资质、B 单位有施工总承包二级等资质，AB 分别以符合要求的设计综合甲级、施工总承包二级资质组成设计施工联合体的情况。而 EPC 工程的业主在招标时通常会对资质要求作笼统性描述，如“投标人资格要求：1. 设计甲级资质；2. 施工总承包等级资质”等。此时即 AB 两单位组成的联合体是否有违背法律关于“就低不就高”及相应资质的规定？笔者认为答案是否定的，原因有二，一是市场需求角度抑或联合体产生的现实基础“在大型建设项目和结构复杂的建设项目中，联合体各方能充分发挥各自的优势，可以更有效、快捷地解决工程中出现的关键难点。”二是《招标投标法》及《总承包工程管理办法》的立法本意即是“为了促使强强联合，使资质优等的投标人组成联合体”具体到前述的 EPC 工程中，A 单位承担设计工作，B 单位承担施工工作，二者承担不同工作，交叉冲突的资质并非属于同一专业，因此 AB 分别以自身优势资质强强联合并未触发“就低不就高”规定。

（三）与违法行为的区分

在确定资质重合的设计施工联合体以各自优势资质承揽工程不会冲击资质制度后，分析联合体将工程以在内部流转的方式将 EPC 中部分工程分包给联合体成员施工是否有挂靠、违法分包的嫌疑，便顺理成章起来。

1. 与违法分包的区分。《总承包管理办法》第二十一条规定“工程总承包单位可以采用直接发包的方式进行分包。”资质重合设计施工联合体作为总承包单位自然有权发包，但特殊之处在于内部分包是将工程发包给联合体成员。在英美法系与大陆法系中对于分包的态度可以概括为意思自治，英国成文法对工程分包的范围甚至没有规制，基本依赖于合同解释。但国内则不然，对于合法分包有严格的限定，《建设工程司法解释一》更明确规定违法分包签订施工合同的行为无效，那么区分二者显得尤为重要。关于违法分包，《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》第十二条列举了属于违法分包的具体情形包括承包单位将其承包的工程分包给个人等，其核心在于分包人的资质要件欠缺；《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第二百七十二条及《建筑法》又排除了分包单位分包、主体结构的分包情形，即有实务界的律师提出的 EPC 的分包需要满足三个条件：“一是分包行为要得到建设单位的认可，二是分包项目的承包人要具备资质条件，三是主体结构不得分包。……关键性工作不得分包”。其中需要单独讨论的是关于主体结构和关键性工作的认定，但对于主体结构的定义并无法律明确予以规定，学界有学者将其定义为“接受、承担和传递建设工程所有上部荷载，维持上部结构整体性、稳定性和安全性的有机联系的系统体系”GB50300-2013《建筑工程施工质量验收统一标准》（以下简称《验收标准》）则将主体结构与地基基础、建筑装饰装修、屋面、给排水供暖、通风等并列，框定主体结构范围为混凝土结构、砌体结构等。不难发现，《验收标准》对于主体结构的划分虽出人意料，但又于情理中，与学界对于主体结构的定义较为吻合，笔者认为作为参照并无不当。

但联合体内部分包不属于违法分包的任一情形，因此并不能将其与违法分包混为一谈。但此处我们同时需要注意的是，联合体内部分包限定于分包的联合体成员在自身具备资质的前提下，如将前文举例中的 EPC 工程中的装修工程分包给仅有装修专业施工资质、作为设计单位但不具备总承包二级资质的 A 单位，且不能将主体结构分包给联合体成员。

2. 与转包的区分。对于转包有一个堪称有趣的现象，在大部分法律法规体系中均认可转包行为是一种违法行为，但在《建设工程司法解释一》的语境中，对于转包界定的是为“非法转包”，令人不禁心生疑窦是否存在“合法转包”行为？对此《民法典》已纠正为“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肢解以后以分包的名义分别转包给第三人。”直接对转包行为定性，更为科学。对于转包的法律性质，学界有观点认为是在理论上属于合同转让中的合同承受，即合同权利义务概括转移；也有观点认为转包人并未退出原承包合同关系，只是转承包人加入原承包合同。该两种观点是硬币的正反面，是从不同的角度揭示了转包的特征，结合《建设工程质量管理条例》（以下简称“《质量条例》”）第七十八条：“本条例所称转包，……不履行合同约定的责任和义务，……”无论是哪一面，笔者认为转包的核心在于转包人不履行合同义务，实践中转包人仅收管理费就乐当“甩手掌柜”。而对比联合体的内部分包不难发现，联合体成员对发包人承担连带责任这一特殊性质，让以打着分包旗号将 EPC 全部工作转包给联合体成员的行为变得毫无意义。

通过初步分析，不难发现有资质重合的联合体将 EPC 工程中非主体工作的施工内容分包给有资质的联合体成员，未突破建筑领域资质制度、无法归类至法律禁止的违法违规行为行列中，保护相关主体的缔约自由符合契约正义理论，有利于发挥有实力的建筑类企业强强联合发挥出优势互补的强大效应，也是顺应当前大力推进 EPC 工程的时代潮流的应由之义。

结语

EPC 模式在国际工程中由来已久，今后也将是我国建筑市场的主流趋势。但 EPC 以专业多、综合性强著称，在投标阶段及实施 EPC 项目过程中，不可避免会涉及分包单位，但目前 EPC 模式在国内尚属于探索阶段，法律法规尚未成体系，各市场主体也大多数属于摸着石头过河，对于 EPC 工程实践中出现的各种新情况新事物一知半解。本文试图以 EPC 工程的设计施工联合体为切入口，结合契约自由原则，定义联合体为非法人组织，并确立有资质重合的联合体将 EPC 工程中非主体工作的施工内容分包给有资质的联合体成员的合法性，从而为 EPC 工程参与者指明方向。上述探讨有助于为纷繁复杂的 EPC 模式探讨抛砖引玉，但仍有较多不足之处，有待今后进一步进行深入研究。

作者单位：苏州金螳螂建筑装饰股份有限公司

转包人对转承包人欠付实际施工人的工程款承担连带责任

多层转包情形下，各方主体责任如何承担？司法实践中各法院的处理意见五花八门，我们看看最高院这则案例如何认定。

裁判要点

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（二）》第二十四条规定：“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。”

2. 本案中，A 公司虽非案涉工程的发包人，但其作为转包人，对张某尚未支付完毕全部的工程款，原审判令其对张某欠付实际施工人的工程款承担连带责任，并未实际损害其利益。至于其与张某之间工程款支付及相关债务关系，如其能补充提供证据，亦可通过另诉解决。

裁判理由

最高法院再审认为，本案争议的焦点问题为：A 公司是否应对张某、张某某的债务承担连带责任。

首先，本案中，A 公司对于已经支付完毕全部工程款的事实，所举证据为付款明细表及银行转账回单。付款明细表虽注明转给张某的是工程款，但此明细表系 A 公司单方制作，应结合其他证据综合认定。从银行转账回单来看，2012 年 11 月 29 日及 2013 年 1 月 7 日分别转账给张某的 100 万元、282 万元备注的交易用途为借款，而非本案工程款。同时，转账用途还有备注为劳务费、材料款、报销、代张某还款及利息等，如向胡某某支付的 2085000 元，以及向南昌经济技术开发区云程小额贷款股份有限公司分三次支付的 2624000 元，用途为代张某还款，在 A 公司未进一步举证证明前述款项属于案涉工程款范围的前提下，难以认定为本案工程款。原审法院据此认定 A 公司未向张某支付完毕全部工程款且已结算，并无不当。

其次，《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）》第二十四条规定：“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。”本案中，A 公司虽非案涉工程的发包人，但其作为转包人，对张某尚未支付完毕全部的工程款，原审判令其对张某欠付实际施工人的工程款承担连带责任，并未实际损害其利益。至于其与张某之间工程款支付及相关债务关系，如其能补充提供证据，亦可通过另诉解决。

再次，A 公司主张原审认定吴某某等人为实际施工人证据不足、认定事实错误，但并未提供相应证据予以证明，本院对该理由亦不予认可。

综上，A 公司的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二项、第六项规定的情形。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条第一款、《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》第三百九十五条第二款规定，裁定驳回 A 控股集团有限公司的再审申请。

观点交锋

再审申请人 A 公司依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二项、第六项之规定向本院申请再审称：

一、原审判决 A 公司对张某、张某某的债务承担连带责任，缺乏事实与法律依据。A 公司与吴某某等五人不存在合同关系，本案不属于突破合同相对性原则的法定情形，原审判决总承包人 A 公司承担连带责任于法无据。且 A 公司已向张某支付全部工程款，本案不存在拖欠农民工工资及涉民工利益情况。

二、原审认定基本事实缺乏足够充分的证据证明，认定事实错误。原审仅依据《建设工程合作协议》即认定案涉工程由吴某某等五人承建，应享有全部工程款，系事实认定错误。原审认定各方当事人均对已支付工程款数额予以认可，与事实不符，A 公司从未认可。二审法院对 A 公司已向张某支付全部工程款且已结算的事实不予认可，系事实认定错误。A 公司向张某转账的共计 382 万元借款系张某申请用于案涉工程初期施工使用，依法属于可以抵销的债务。吴某某等五人与张某某存在较多项目合作，经济往来错综复杂，原审法院对资金往来账目未经审计直接判决，有失公正。

被申请人吴某某等五人共同提交书面意见称：

1. 张某、张某某系借用 A 公司的资质承建工程，独立核算，自负盈亏，A 公司仅负责收取高额管理费，故应对张某、张某某的债务承担连带责任。

2. A 公司未向张某支付全部工程款，存在过错，导致吴某某等五人工程款及农民工劳务工资未能得到支付，应对张某、张某某的债务承担连带责任。

一审被告（二审被上诉人）富和公司提交书面意见称：

1. 富和公司对二审判决第一项无异议，且已履行完毕。

2. 关于 A 公司提出的再审申请及理由，请法院依法审查处理。

（最高院）

挂靠关系中实际施工人主张权利不同裁判观点

1. 挂靠关系中的实际施工人不能依据建工解释第二十六条向发包人主张权利，但作为工程的实际施工人与发包人在订立和履行施工合同的过程中，形成事实上的法律关系，其有权向发包人主张工程款。

最高法院认为，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“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”的规定，实际施工人可向发包人、转包人、违法分包人主张权利。但中顶公

司系被挂靠方，不属于转包人、违法分包人或发包人，原判决以上述规定为法律依据判决中顶公司承担给付工程款的责任，适用法律错误，本院予以纠正。

朱天军借用中顶公司的资质与乌兰县国土资源局签订案涉施工合同，中顶公司作为被借用资质方，欠缺与发包人乌兰县国土资源局订立施工合同的真实意思表示，中顶公司与乌兰县国土资源局不存在实质性的法律关系。本案中，朱天军作为案涉工程的实际施工人与发包人乌兰县国土资源局在订立和履行施工合同的过程中，形成事实上的法律关系，朱天军有权向乌兰县国土资源局主张工程款。

2. 建工合同解释第二十六条并未明确规定挂靠的实际施工人有权向发包人主张权利，在承包人已经向发包人主张权利的情况下，挂靠关系的实际施工人的诉请不应得到支持。

最高法院认为，关于沈光付是否为实际施工人，应否支持其向手拉手公司主张权利。手拉手公司认为沈光付不是实际施工人，即使沈光付属于实际施工人，亦为挂靠的实际施工人，不属于建工合同司法解释第二十六条规定的转包和违法分包情形下的实际施工人，沈光付无权向其主张工程款。沈光付认为，其系实际施工人，挂靠的实际施工人有权向发包人主张权利，且其已与手拉手公司形成了事实的建设施工合同关系。

本院认为，即使沈光付系挂靠的实际施工人，建工合同司法解释第二十六条并未明确规定挂靠的实际施工人有权向发包人主张权利，且在本案中承包人已经向发包人主张权利的情况下，其诉请不应得到支持。

建工合同司法解释第二十六条第一款规定，实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。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。即转包合同、违法分包合同关系中的实际施工人主张权利应当以不突破合同相对性为基本原则，只有特定情况下，方能突破合同相对性。该第二款的规定是考虑到转包和违法分包的情形下，不突破合同相对性会造成农民工讨薪无门、导致矛盾激化的后果，为了保护农民工的利益而制定的，仅在特殊情况下适用。

本案冶金公司在2014年即向手拉手公司提起诉讼，沈光付在冶金公司已经向手拉手公司主张权利的情况下，请求手拉手公司直接向其支付工程款，不应支持。本院二审过程中，冶金公司与手拉手公司、昌达公司达成和解协议，手拉手公司、昌达公司向冶金公司支付工程款，经本院审查，以(2018)最高法民终391-1号民事调解书予以确认。沈光付向本院提交的两份判决均系在承包人未向发包人主张权利的情况下，挂靠的实际施工人向发包人主张权利获得支持，与本案情况不同。

3. 在挂靠关系下，挂靠人系以被挂靠人名义订立和履行合同，其与作为发包人的建设单位之间不存在合同关系。对实际完成施工的工程价款，其仅能依照挂靠关系向被挂靠人主张，而不能跨越被挂靠人直接向发包人主张工程价款。

最高法院认为，在挂靠关系下，挂靠人系以被挂靠人名义订立和履行合同，其与作为发包人的建设单位之间不存在合同关系。对实际完成施工的工程价款，其仅能依照挂靠关系向被挂靠人主张，而不能跨越被挂靠人直接向发包人主张工程价款。《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》第二十六条的规定不适用于挂靠情形，是因挂靠关系中的实际施工人不能援引该司法解释直接向发包人主张工程款，而非免除被挂靠人的付款义务。从这个意义上看，北京建工上诉主张停工前工程系黄进涛挂靠施工，故其不应承担付款责任，黄进涛应向明光酒店公司和明光旅游公司直接提出主张的意见，没有法律依据。

4. 因挂靠关系所签订的建设工程施工合同无效，但工程已经竣工验收合格的，仍然在实际施工人（挂靠人）、发包人与被挂靠人之间存在着参照合同约定支付工程款的债权债务关系，实际施工人有权根据建

工解释第二十六条的规定，向发包人主张工程款，发包人应当在其欠付工程款的范围内向实际施工人承担支付责任。

最高法院认为，由于迪旻公司与中建公司属于挂靠关系，根据《建设工程纠纷案法律解释》第一条二项的规定：建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效：（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；《中华人民共和国建筑法》第二十六条第二款规定“禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑企业的名义承揽工程。禁止建筑企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业名义承揽工程。”《中华人民共和国合同法》第五十二条第五项“违反法律、行政法规的强制性规定。”金花公司与中建公司签订的《世纪金花珠江时代广场购物中心外立面装修工程施工承包合同》《世纪金花珠江时代广场购物中心装修工程施工承包合同》，中建公司与迪旻公司签订的《世纪金花珠江时代广场购物中心装修（分包）合同》，因违反法律强制性规定，均属无效合同。

但是，涉案工程已经验收并交付金花公司使用，依照《建设工程纠纷案法律解释》第二条“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”的规定，涉案合同虽无效，但仍然在实际施工人（挂靠人）、发包人与被挂靠人之间存在着参照合同约定支付工程款的债权债务关系。

参照中建公司与迪旻公司签订的《世纪金花珠江时代广场购物中心装修（分包）合同》的约定，中建公司对迪旻公司的义务，是在金花公司工程款到达中建公司银行账户后，中建公司扣除相关费用，向迪旻公司支付工程款；如果金花公司不向中建公司支付工程款，则中建公司无需向迪旻公司支付工程款；迪旻公司也无权在中建公司没有收到金花公司支付的工程款的情况下，要求中建公司向其支付。而且，迪旻公司在其2017年11月25日与中建公司签订的结算对账确认书补充协议和2017年12月9日向中建公司出具的两份情况说明中，进一步表示中建公司在涉案工程并无欠付迪旻公司工程款的事实，还承诺无条件放弃向中建公司主张工程款的实体权利。这是中建公司与迪旻公司对彼此债权债务关系的约定，代表了双方的真实意思表示，亦应依照相关法律规定，予以支持。

本案中，对于金花公司和中建公司而言，迪旻公司是涉案工程的实际施工人，根据《建设工程纠纷案法律解释》第二十六条的规定，实际施工人迪旻公司有权向发包人金花公司主张工程款，金花公司应当在其欠付工程款的范围内向迪旻公司承担支付责任。原判决不支持金花公司在欠付工程款范围内对迪旻公司承担付款责任，适用法律错误，本院予以纠正。

5. 挂靠关系中的实际施工人有权依据建工解释第二十六条向发包人主张权利，其未将被挂靠人列为当事人的，为了查明案件事实，厘清各方当事人的权利义务，法院可以将其列为第三人。

最高法院认为，匠铸公司与陈春菊签订《挂靠协议》，约定陈春菊挂靠匠铸公司，以匠铸公司名义承接城投公司投资建设的西宁市火车站综合改造工程小寨安置小区III标段工程项目，陈春菊负责具体施工，匠铸公司按工程总造价0.5%收取管理费。随后，匠铸公司中标该工程，陈春菊组织人员具体施工，现该工程已竣工验收合格并交付使用。

一审中，城投公司作为发包人，对案涉建设项目总造价162550043.58元，已付工程款115380000的事实并无异议，其欠付工程款应为47170043.58元。但根据城北法院的执行裁定及银行回单显示，城投公司被划扣的2033329.32元执行款系因匠铸公司在另案诉讼败诉后所应承担的判决义务，因城投公司拖欠匠铸公司本案工程款，执行法院直接从城投公司账户予以划扣，现款项已被划扣至执行法院的账户。本院认为，城投公司系因拖欠匠铸公司本案工程款而被执行法院划扣上述款项，应视为城投公司已经支付了该部分工程款，该款项应从城投公司欠付的工程款中予以扣除。故城投公司拖欠款项应为45136714.26（47170043.58-2033329.32）元。

根据《建设工程施工合同解释》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。据此，城投公司应在其欠付工程款 45136714.26 元范围内向实际施工人陈春菊支付款项。

本案系实际施工人陈春菊依据《建设工程施工合同解释》第二十六条规定，向发包人城投公司、承包人匠铸公司主张拖欠工程款所产生的纠纷，一审中，陈春菊撤回对承包人匠铸公司的诉讼请求，属于其对自身权利的处分，一审法院予以准许，符合法律规定，并无不妥。但为了查明案件事实，厘清各方当事人的权利义务，一审法院将匠铸公司列为本案第三人，在查明案件事实后，结合陈春菊的诉讼请求作出相应判决，符合法律规定，审理程序并无不当。（最高院）

建设工程施工领域实际施工人挂靠施工过程中对外为商事交易行为的买卖合同纠纷

□马明杰

【案情简介】

2014 年 5 月 19 日，刘某与石家庄某建业集团有限公司（以下简称“建业集团”）签订《协议书》，挂靠建业集团承揽某房地产开发有限公司发包的某工程的基础和主体。

2014 年 5 月 20 日，刘某与石家庄市某商贸有限公司（以下简称“商贸公司”）签订《建筑材料买卖合同》。

2017 年 8 月 22 日，商贸公司以刘某和建业集团为被告向法院起诉，请求判令二被告偿还货款 3571026.35 元及利息。

一审法院根据“禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽工程”及“以挂靠形式从事民事活动，当事人请求挂靠人和被挂靠人依法承担民事责任的，该挂靠人和被挂靠人为共同诉讼人”的规定，以“建业集团借用资质给刘某施工，该行为违反了法律禁止性规定”为由，判决：被告刘某给付原告货款 3571026.35 元及利息（其中以 3518650.95 元为基数从 2015 年 1 月 1 日起按年利率 24% 计算至实际履行之日止；以 52375.4 元为基数从 2016 年 1 月 1 日起按年利率 24% 计算至实际履行之日止）；被告建业集团对上述欠款承担连带给付责任。

建业集团对一审判决第二项，即承担连带给付责任不服，委托我所律师代理其以商贸公司和刘某为被上诉人提起上诉。

二审法院以一审判决建业集团对刘某所欠商贸公司货款承担连带给付责任，缺乏事实和法律依据为由，判决：撤销一审判决第二项；改判驳回被上诉人商贸公司要求上诉人建业集团对于案涉欠款承担连带给付责任的诉讼请求。

【代理意见】

我们认为，本案为买卖合同纠纷。争议焦点为建业集团应对刘某所欠商贸公司货款承担连带给付责任，即在实际施工人挂靠建筑施工企业施工过程中对外的商事纠纷中，被挂靠人应否担责。具体而言，包括：（1）买卖行为是否突破了合同相对性；（2）挂靠针对的对象是工程还是买卖；（3）职务行为还是表见代理。

一、本案为买卖合同纠纷，而非承揽合同纠纷或者建设工程施工合同纠纷，以挂靠来判决上诉人承担连带责任，认定事实错误。

根据被上诉人商贸公司的诉讼请求、事实和理由，以及一审法院确定的案由可知，本案本质上是买卖合同纠纷，与挂靠并无关联性，挂靠针对的对象是工程，即挂靠是为了借用资质承揽建设工程，管理费针对的也是资质的借用，而本案的建筑材料买卖并不需要资质，不涉及施工企业的资质管理，更无需挂靠资质来进行，不能因为买卖行为涉及建设工程、买卖合同标的物可能用于工程，从而区别于普通的买卖合同纠纷案件，更不能因为买卖合同标的物的用途来倒推适用挂靠承揽建设工程的相关规定。

二、现行法律、司法解释等无被挂靠人要与挂靠人承担买卖合同的连带责任的规定，适用法律错误。

（一）适用《中华人民共和国建筑法》第二十六条第二款判决上诉人承担连带责任错误

《中华人民共和国建筑法》第二十六条第二款为“禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽工程。”该款仅针对的是承揽工程，结合第一款“承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。”也是针对承揽工程，根据体系解释，更应解释为“禁止建筑施工企业以任何形式允许个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义，即挂靠承揽工程”，而本案为买卖合同关系，无需借用资质证书、营业执照。

（二）适用《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》第五十四条判决上诉人承担实体法上的连带责任错误

《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》第五十四条“以挂靠形式从事民事活动，当事人请求由挂靠人和被挂靠人依法承担民事责任的，该挂靠人和被挂靠人为共同诉讼人。”的规定仅是对以挂靠形式从事民事活动的“诉讼主体资格”进行的“程序法”上的确定，且需依“当事人请求”，并不能当然推定挂靠人和被挂靠人在“实体法”上必然承担连带责任。连带责任是指具有特定法律关系的多数债务人中的任何一个人，均须对债权人承担违反法定或约定义务后所产生的全部强制性后果的一种共同责任。本案中被上诉人商贸公司的诉讼请求仅主张“二被告偿还原告货款”，但并未明确是补充责任、连带责任等何种共同责任，法院也没有要求被上诉人进行明确，即适用程序法判决承担实体法上的连带责任错误。

（三）适用《中华人民共和国合同法》第一百零七条、第一百零九条，却突破合同相对性、判决上诉人承担连带责任错误

《中华人民共和国合同法》第一百零七条、第一百零九条均是规定在第七章“违约责任”下“当事人”的责任承担。既然一审法院据此认定了违约责任，则说明认定《建筑材料买卖合同》有效，而不是因为挂靠导致合同无效，既然合同有效，则应在审理该类案件时，根据买卖合同的签订、履行的相对性，在有效合同的双方当事人，即两被上诉人之间进行责任认定，而不应在无法律特别规定的情况下擅自突破合同的相对性，判令合同当事人之外的上诉人承担连带责任。

三、本案买卖系被上诉人刘某个人行为，既非职务行为、亦非受托代理，更不构成表见代理，责任应由其自担

根据《建筑材料买卖合同》和《商贸公司销货清单》的签字可知，本案被上诉人刘某不是上诉人的职员，故既非职务行为；签订、履行合同中无上诉人的印章和授权，亦非受托代理；其以个人名义而不是以上诉人的名义签订、履行买卖合同，不符合《中华人民共和国合同法》第四十九条表见代理的构成要件要

求的“相对人有理由相信行为人有代理权”的外观表征，且根据《协议书》中“由本工程引起的一切债权、债务均由乙方刘某负担”的约定，被上诉人商贸公司也并非“善意且无过失”，故本案买卖行为不构成表见代理，应严格坚持商事外观主义原则，来分析交易外观，本案被上诉人刘某不构成表见代理，其以自己的名义对外签订、履行买卖合同，按诚实信用原则理应自行承担 responsibility。

【判决结果】

二审法院判决：撤销一审判决第二项；改判驳回被上诉人商贸公司要求上诉人建业集团对于案涉欠款承担连带给付责任的诉讼请求。

【裁判文书】

二审法院认为，本案争议焦点为建业集团应对刘某所欠商贸公司货款承担连带给付责任。具体而言：挂靠经营是指挂靠人使用被挂靠人的经营资格和凭证并以被挂靠人的名义从事生产经营活动。

首先，刘某是以其个人名义与商贸公司签订的《建筑材料买卖合同》，建业集团不是该买卖合同的当事人，根据合同相对性原则，建业集团在该买卖合同关系中既不享有权利，也不应承担义务和责任。

其次，本案系买卖合同纠纷，而非建设工程施工合同纠纷，刘某没有使用建业集团的经营资格和凭证并以建业集团的名义与商贸公司签订《建筑材料买卖合同》，因此在案涉买卖合同关系中不存在刘某挂靠建业集团从事生产经营活动的情形。

最后，商贸公司承认其与刘某签订的《建筑材料买卖合同》时，刘某向其提供了建业集团与刘某签订的《协议书》，而该协议明确约定由本工程引起的一切债权债务均由刘某负担以及刘某不得以建业集团的名义向社会签订各类欠款协议，不得伪造私刻建业集团公章或用项目部章对外签订各类协议，由此可见，商贸公司对于刘某无权代表建业集团或与其签订《建筑材料买卖合同》以及因钢材买卖产生的债务应由刘某负担是明知的，故商贸公司有关刘某与其签订《建筑材料买卖合同》属于职务行为的主张，不能成立。

综上，二审法院认为，建业集团上诉请求成立，予以支持。一审判决建业集团对刘某所欠商贸公司货款承担连带给付责任，缺乏事实和法律依据，应予纠正。判决：撤销一审判决第二项；改判驳回被上诉人商贸公司要求上诉人建业集团对于案涉欠款承担连带给付责任的诉讼请求。

【案例评析】

一、委托人知人善任

本案一审不是我所律师代理，建业集团在一审败诉后向我所律师进行咨询，律师从认定事实、适用法律、责任承担等方面为其提供了法律意见，建业集团当即委托我所指派律师作为其二审代理人，代理人分析通常情况下，在撤销原判、发回重审，以及改判这两种结果中，二审法院极有可能的是撤销原判、发回重审，给一审法院机会，让其自行改正错误。而撤销原判、发回重审无疑会增加各方的诉累、浪费司法资源，鉴于刘某对一审判决没有上诉，建业集团可以考虑不论货款本息由谁承担，只要自身不承担即可，故不针对货款本息上诉，仅上诉要求撤销一审判决第二项，并驳回对建业集团承担连带责任的诉讼请求。如此一来，二审法院仅就上诉请求的范围进行审理，则有可能直接改判，这样既减少了各方当事人的诉累，又节省了司法资源。建业集团用人不疑，认可代理人的分析，使代理人无掣肘之处，在委托人和代理人之间没有内耗，奠定了案件顺利解决的坚实基础。

二、受托人目营心匠

代理人不但深入研究了本案涉及的基本法理，在《民事上诉状》中明确指出本案应严格按合同相对性进行审理、挂靠针对的是承揽工程，并且结合本案实务，提交了进行法律调研时收集、整理的河北省高级人民法院民一庭在《建设工程案件诉调对接相关问题》中对此类问题的统一意见，即“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。”同时提交了本案的审判长不久前作出的（2017）冀01民终2245号《民事判决书》中对此类案件表达的“无论在建设工程中为何种关系，均不能导致被挂靠人对案涉债务承担连带责任”基本观点作为参考。

三、专业：请求权基础必须扎实

二审时，审判长当庭询问商贸公司“刘某的行为是否为职务行为”时，商贸公司称是职务行为。而代理人则指出如果对外从事相关行为人的身份为项目经理或职员，则对其行为的判断当归属于职务行为或职务表见代理；如果对外从事相关行为人的身份为实际施工人，因为隶属关系的缺乏，则只能看是否构成表见代理，而本案中刘某是个人行为。

四、实操：举证责任是把双刃剑

商贸公司对刘某与建业集团签订的《协议书》的内容没有进行严格审查，该协议中有“由本工程引起的一切债权、债务均由乙方刘某负担”的约定，这反而证明其在交易上并非“善意且无过失”；并且商贸公司对该证据的证明对象进行表述时称“在一审时，提交了刘某与建业集团签订的《协议书》用以证明签订《建筑材料买卖合同》时知道建业集团是被挂靠人才同意赊销货物给刘某”。这形成了自认，证实商贸公司不符合“相对人有理由相信行为人有代理权”的外观表征，即按商事外观主义原则，刘某也不构成表见代理，建业集团不应该承担连带责任。

【结语和建议】

在建设工程施工领域，挂靠、转包、违法分包等违法经营行为层出不穷、屡见不鲜，实际施工人在施工过程中对外为买卖、租赁、借贷等商事交易所致纠纷引发激烈的利益对抗，而连带责任使责任承担主体由实际施工人扩张至建筑公司，使建筑施工企业承担了严重的法律后果。根据《中华人民共和国合同法》规定的合同相对性原则，不存在同时约束实际施工人和建筑施工企业商事交易纠纷的“连带性”因素。除《中华人民共和国建筑法》规定的因工程质量产生的连带责任，以及《中华人民共和国侵权责任法》《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》规定的因工程侵权等产生的连带责任之外，在无法定或约定情形下，判令实际施工人与建筑施工企业承担连带责任没有依据。

综上所述，对建设工程法律实务中的此类纠纷，建议从争议解决路径上妥善处理程序性和实体性问题，对案件进行抽丝剥茧、条分缕析，厘清法律关系，以期案结事了，最终，“使无讼”。

（作者单位：河北冀华律师事务所）

第三部分 工期与质量

浅析建设工程案件中的工期纠纷

工期是指建设工程施工合同中约定的承包人完成工作所需的期限，包括按照合同约定所作的期限变更。

工期是建设工程施工合同的主要条款和必备条款之一，法律意义在于涉及承包方是否构成迟延履行以及工期违约金、提前完工奖励、支付工程款及利息的起算时间、风险转移、保修期的确定等。

根据最新的 2017 版《建设工程施工合同（示范文本）》的规定，工期由三个部分组成：1. 计划开工日期；2. 计划竣工日期；3. 工期总日历天数。同时约定，工期总日历天数与计划开竣工日期不一致的，以工期总日历天数为准。

开工日期的确定

开工日期的文件分类

开工日期主要有以下几种：施工合同中约定的开工日期、施工许可证上注明的开工日期、开工申请中注明的开工日期（或开工报告）、发包方颁发的开工通知或监理方发出的开工令日期、承包人实际进场的开工日期。

开工日期的具体规定

1. 示范合同文本关于开工日期的规定。

2017 版《建设工程施工合同（示范文本）》7.3.2 规定“发包人应按照法律规定获得工程施工所需的许可。经发包人同意后，监理人发出的开工通知应符合法律规定。监理人应在计划开工日期 7 天前向承包人发出开工通知，工期自开工通知中载明的开工日期起算。”由此可知，开工日期是发包人（监理人）批准的日期而不一定是合同约定的日期。合同约定的工期与实际开工日期不一致的，如发包方颁发的开工通知或监理方发出的开工令改变开工日期；通过会议纪要方式改变开工日期的等，应当以改变了的开工日期作为开工日期。

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（二）》出台前，最高人民法院的相关裁判观点。

最高院副院长奚晓明在《房地产纠纷裁判思路与规范指引》中的观点，“开工日期的确定始终要坚持实事求是的原则，以合同约定及施工许可证记载的日期为基准，综合工程的客观实际情况，以最接近开工实际情况的日期作为开工日期。”

根据这一观点，就确定开工日期的优先顺序大致进行下列排序：实际进场的开工日期、开工通知（开工令）的开工日期、开工申请中注明的开工日期（或开工报告）、施工许可证注明的开工日期、合同约定的计划开工日期。

当然，实务中的情况多种多样，上述排序仅仅作作为办理工程案件的一种参考。例如：开工令或开工通知发出后，尚不具备开工条件的，应以开工条件具备的时间作为开工日期，但因承包人原因导致实际开工时间推迟的，以工程开工令（开工通知）的时间为开工日期。

3.《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）》实施后的具体规定。

2019年2月1日,《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）》第五条对于开工日期的争议进行了明确的规定。“当事人对建设工程开工日期由争议的,人民法院应当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。”

（1）上述第一款规定对于开工条件的具备的理解,应以《施工许可证》的办理为基础,根据《建设工程施工许可管理办法》第三条之规定,“本办法规定应当申请领取施工许可证的建筑工程未取得施工许可证的,一律不得开工。任何单位和个人不得将应当申请领取施工许可证的工程项目分解为若干限额以下的工程项目,规避申请领取施工许可证。”因此,《施工许可证》为开工条件的基础条件,同时,根据施工合同的相关规定,一般情况下至少应达到“三通一平”,即通水通电通路,土地平整的条件,方可认为满足开工条件。

还应注意的是,上述第一款规定明确“因承包人原因导致开工条件推迟的,以开工通知载明的时间为开工日期”,进一步明确了,因承包人原因导致的未能开工不构成工期顺延,从而对承包人的施工工程综合能力、技术水平提出了更高的要求,但是,为防止发承包双方在该问题上的争议,作为发包人有条件也有能力准备相关的证据材料,以避免可能发生的证据不足、争议无法认定的风险。

（2）对于上述规定第二款的理解,笔者认为承包人经发包人同意已经实际进场施工的,根据前文所述,理解为《施工许可证》已经办理的情况下,发包人未及时发出或未发出开工通知的情况为宜。一方面,从风险的角度来说,施工条件不具备使得产生施工人员人身安全风险大大增加,并且也是相关规定明确禁止的行为;另一方面,通过该款的规定,实际一定程度上构成了对发包人利益的倾斜。试想,多数时间情况下,合同或通知约定的时间在后,实际施工的时间在前,才有了这一情况的认定,如此认定后必然造成开工时间的提前,相应的来说,如承包人未在约定的工期日历天数内完成施工内容,将面临工程延误的法律风险。

（3）关于第三款的规定,需要提出的一点是,开工日期的确定离不开证据的支持,在欠缺欠款规定的直接认定开工日期的相关文件的情况下,就不要其他证据来综合印证实际开工日期。那么,不管是发包人还是作为承包人,在施工过程中都应注意保存上述的开工日期文件、往来函件、会议纪要等,并以此作为保护自身合法权益的有力手段。

竣工日期的确定

竣工日期是指承包方完成建设工程施工任务的日期。

建设工程经过竣工验收且合格的,如果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。但是,如果双方没有签字确认,应当如何确定竣工日期。

一种观点认为:根据《2017版建设工程合同示范文本》第13.2.3条关于竣工日期的规定。

工程经竣工验收合格的,以承包人提交竣工验收申请报告之日为实际竣工日期,并在工程接收证书中载明;因发包人原因,未在监理人收到承包人提交的竣工验收申请报告42天内完成竣工验收,或完成竣工

验收不予签发工程接收证书的，以提交竣工验收申请报告的日期为实际竣工日期；工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有工程之日为实际竣工日期。

另一种观点认为：根据建设工程施工合同司法解释第十四条规定，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。

以上两种观点的分歧之处在于，究竟是以提交竣工验收报告申请之日为竣工日期还是应当以竣工验收合格之日为竣工日期。笔者认为，根据《合同法》对于民事主体意思自治的相关理念，在合同中有约定的情况下，应当以约定为先，只有在合同没有约定的情形下，才应当适用司法解释的规定。笔者通过阅读奚晓明法官《房地产纠纷裁判思路与规范指引》一书中也与笔者的观念进行了印证，其观点如下：如果合同约定“工程经竣工验收合格的，以承包人提交竣工验收申请报告之日为实际竣工日期，”，应当从其约定；只有在合同没有约定的情形下，方才适用司法解释第十四条第一款的规定，以验收合格之日为竣工日期。

关于发包人拖延验收及发包人擅自使用建设工程的情形，合同文本与司法解释的规定相一致，不再赘述。

工期的延误问题

工期是一个期间的概念，建设工程案件一般工期比较长，因此，各种因素都可能导致工期的延误。笔者根据实务及相关案例材料进行了部分总结，以期提供一些案件代理的借鉴。

根据示范文本及相关规定，承包人顺延工期的情形如下：1. 隐蔽工程在隐蔽之前，承包人应当通知发包人检查，发包人没有及时检查的，承包人可以顺延工期；2. 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，承包人可以顺延工期；3. 根据建设工程施工合同司法解释第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. 发生设计变更导致工程量变更的；5. 自然灾害、流行性疾病等不可抗力导致的等。

《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）》第六条对于工期顺延的情况进一步明确，“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。

以上，工期的顺延固然有法律的规定，但是根据《合同法》的理念，“有约定，从约定，无约定，按照法律规定”，为了更好地维护自身的合法权益，在签订合同的过程中，务必争取对自身更有利的条件。而这也正是最好的防范措施，事前防范的要求。经常在实务中碰到部分当事人，拿着一页或两页的施工合同前来咨询，很多情况下，都是口头的约定，难以拿出有证明力的相关书证，极大地增加了诉讼的风险，令人惋惜。

作者单位：山东德衡（枣庄）律师事务所

“拉闸限电”，施工企业是否可以主张工期顺延及材料调差

□吴咸亮

2021年9月，“拉闸限电”成为一个高频词，限电、停产正在席卷包括江苏、浙江、山东、广西、云南等在内的至少10余个省份。受此影响，9月22日起，多家A股上市公司密集发布了关于限电停产的公告。

在此背景下，施工企业受到两方面的影响，一是因此导致施工延误，二是限电造成部分材料价格上涨。《建筑时报》发文指出：“近期，受能耗双控、原燃煤炭价格上涨及部分地区执行限电错峰生产等多重因素影响，水泥、钢材、混凝土等建材价格持续上涨，全国多地发布建筑材料价格波动风险预警。”

本文将对“拉闸限电”的法律性质，对合同履行的影响等，做出一定的探讨。

一、“拉闸限电”的法律性质

“拉闸限电”到底是什么性质是个需要明确的问题，因为定性会影响施工企业到底是否可以获得工期顺延及材料调差，以及具体的请求权基础为何。

对于“拉闸限电”，我们可以选择的定性似乎包括以下几种：1. 商业风险；2. 不可抗力；3. 政府行为；4. 情势变更。不同的定性将会导致完全不同的结果，笔者对此逐一加以分析。

1. “拉闸限电”是不是商业风险

商业风险是指在商业活动中，由于不确定因素存在而给交易主体带来的遭受损失的可能性。其并非当事人不可预见、不能承受。一般的市场供求变化、价格涨落等属于此类。i 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》规定：“3、人民法院要合理区分情势变更与商业风险。商业风险属于从事商业活动的固有风险，诸如尚未达到异常变动程度的供求关系变化、价格涨跌等。情势变更是当事人在缔约时无法预见的非市场系统固有的风险。人民法院在判断某种重大客观变化是否属于情势变更时，应当注意衡量风险类型是否属于社会一般观念上的事先无法预见、风险程度是否远远超出正常人的合理预期、风险是否可以防范和控制、交易性质是否属于通常的‘高风险高收益’范围等因素，并结合市场的具体情况，在个案中识别情势变更和商业风险。”

本轮“拉闸限电”显然不属于正常情况下的停电，当事人无法预见，而且这也不属于正常的市场固有风险，因此可以排除商业风险。

2. “拉闸限电”是不是不可抗力

《民法典》第一百八十条第二款规定：“不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。”具体而言，“是指独立于人的行为之外，并且不受当事人的意志所支配的不可预见、不可避免而又不可抗拒的客观情况。从分类上讲，既有自然原因的不可抗力，比如地震、台风、海啸等，也有社会原因的不可抗力，比如战争、动乱等。”

“拉闸限电”很难说是“不能避免”“不能克服”的客观情况，因为这不是客观情况引起的用电故障，而是供电部门有意识、有计划的行为，理论上是有可能克服的，特别是某些高能耗产业，国家对其限制的政策一直是明确的，所以笔者认为也并非不可抗力。

3. “拉闸限电”是不是政府行为

政府行为即政府机关以发布决定、命令或以通知等方式，要求某一地理范围内，在某一时间内禁止、限制施工活动、作业。

本次“拉闸限电”，很多自媒体认为和“能耗双控”政策有关，尤其是与国家发展改革委办公厅 2021 年 8 月 12 日印发的《2021 年上半年各地区能耗双控目标完成情况晴雨表》有关，由此引发了对本轮“拉闸限电”是否地方政府行为的思考。

但笔者经过检索发现，主流官方媒体均对“拉闸限电”是由“能耗双控”引起进行了驳斥。

《人民日报》9 月 26 日的微博指出：“个别地方全力优化能耗指标、不惜关停生产甚至影响居民生活用电的‘一刀切’做法，究竟是为了啥？说白了，跟开学前狂补作业一个道理。平时不作为，临近考核搞层层加码、玩命突击；平时高喊‘绿色发展’口号，实际工作中却一再追逐短期效益，这暴露出一些地方对新发展理念的认识偏差，对绿色低碳转型的谋划不积极。”

《人民日报》“侠客岛”公众号 9 月 26 日刊文指出：“能耗强度约束制度已实施 10 多年，‘能耗双控’执行近 6 年，按季度发表的‘晴雨表’也做了八、九个头。‘能耗双控’目标要求一直稳定、明确，不存在临时加码……今年上半年多地能耗不降反升，9 省区能耗强度、消费总量均被国家发改委给出一级预警。考核压力下，各地又赶紧立‘军令状’、加速整改。但转眼已近四季度，全年指标如何达成？于是，一些地方就采取强力手段，定指标、压任务，对产业园区和行业强制性限产停工、拉闸限电。”

《经济日报》指出：“具体到本次拉闸限电，东北地区主要受煤炭供应不足的影响……与东北地区不同，南方地区限电的主要原因更多是出于实现‘能耗双控’年度目标的主动选择。”

《央视网评》指出：“此轮多地限电主要还是受全国性煤炭紧缺、燃煤成本与基准电价严重倒挂、联络线净受能力下降等因素影响。当前国内动力煤、炼焦煤产能明显收缩，加上煤炭进口量减少，蒙煤通关量偏低，电煤供给短缺明显。这跟我国经济复苏伴生的高用电需求，显然不匹配。另外，部分地方紧急限电，还跟没把握好产业升级节奏、没做好平时能源管理工作、没跳出运动式减碳窠臼有关。”

综上，笔者认为，主流官方媒体指出，“能耗双控”是国家的长期政策，不存在因为“能耗双控”而做出临时“拉闸限电”的措施，虽然可能有部分地方确实存在地方政策的因素，但与中央政策不符，也在及时得到纠正，所以不能认为这个属于政府的政策。本轮限电的主要原因是电煤供应紧缺及燃煤成本提升，不宜将之认定为政府行为。

此外，电力部门的口径也可以看出，本轮“拉闸限电”的原因不是因为“能耗双控”。2021 年 9 月 28 日，国家电网有限公司召开保障供电紧急电视电话会议，按照国家发展改革委、国务院国资委、国家能源局工作要求，对供电保障工作进行再部署、再推动、再落实，会议指出：“今年以来，面对用电需求快速增长、电煤供应持续紧张、主要流域来水偏枯、暴雨洪涝灾害频发等挑战，公司高度重视，超前研判，精心部署，采取全网统一调度、需求侧管理、应急抢险救灾等一系列措施，克服种种困难，确保了大电网安全和电力平稳有序供应。进入 9 月份，受多种因素叠加影响，电力供需形势面临着新的考验和挑战，对公司做好供电保障工作提出了新的更高要求。”各地发改委及电力部门也表示将尽力保障电力供应。

4. “拉闸限电”是不是情势变更

《民法典》第五百三十三条规定：“合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的具体情况，根据公平原则变更或者解除合同。”

本轮拉闸限电的主要原因是电煤供应，应当属于一般当事人无法预见，且不属于正常商业风险，但对施工企业影响巨大，因此笔者认为属于情势变更。

二、“拉闸限电”对合同履行的影响

根据《民法典》的规定，情势变更的法律效果一是产生再交涉义务，二是当事人再交涉无法达成一致的，有权请求裁判机构作出变更或解除合同的裁决。

“拉闸限电”对施工企业的影响主要有两个方面，一是因为限电导致无法开工，造成工期延误，部分地区甚至规定“开二停五”“开一停六”，对施工进度造成巨大的影响，产生了人员窝工，机械台班停滞、措施费增加等等一系列的损失。其二是因为对高能耗企业限电，导致钢材、水泥等建材大幅上涨。由此造成材料差价损失。

根据情势变更的法律规定，发生上述情况时，双方首先应当就该问题进行协商交涉，如果协商不成，施工企业有权要求变更或解除合同，即施工企业即可以主张要求变更合同价款，顺延工期，补偿相应的工期延误费用和材料差价费用，也可以要求解除合同。

综上，笔者认为，“拉闸限电”造成施工企业工期延误，并引起材料价格上涨，构成情势变更，施工企业有权要求变更合同，主张工期顺延，以及工期延误和材料价差的补偿。

（作者单位：安徽吴咸亮律师事务所）

该不该修？工程质量保修条款下的“主体结构”的判定

□宋仲春 李靖祺

笔者接施工企业客户咨询，称其进行钢结构施工且竣工验收合格多年后的某工程，因防火涂料脱落被建设单位要求承担保修责任，建设单位主张的依据为《建筑工程施工质量验收统一标准》（以下简称《施工验收标准》）主体结构分部工程的分项工程中包括防火涂料涂装；且根据《建设工程质量管理条例》“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。”建设单位认为，钢结构防火涂料应“终身保修”。

笔者检索类案发现，（2014）大民初字第3721号案（以下简称“类案”）的争议焦点之一与客户咨询问题高度相似，法院归纳的争议焦点为“3. 双方争议的钢结构油漆涂装工程是否属于最高人民法院《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》第十三条规定的主体结构工程”。该案经过北京市大兴区人民法院一审、北京市第二中级人民法院二审、北京市高级人民法院再审，再审法院的驳回再审申请裁定中载明“关于涉案钢结构油漆涂装工程是否属于最高人民法院《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》第十三条规定的主体结构工程一节。依据《建筑工程施工质量验收统一标准》（GB50300-2013）之规定，在钢结构主体工程中，涂装工程属于主体结构。一、二审法院将钢结构油漆涂装工程认定为钢结构的主体工程，本院认为，于法有据，认定正确。”

按照类案的裁判思路，《施工验收标准》附录B中主体结构分部工程的内容（包括分项工程中的钢结构防腐涂料涂装、防火涂料涂装）均应视为法律概念上的“主体结构”，那么，客户描述的钢结构防火涂料脱落需要维修的事实可以涵摄于《建设工程质量管理条例》中关于主体结构工程为设计文件规定的该工程的合理使用年限的保修条款下，从而得到钢结构防火涂料保修年限与该工程的合理使用年限一致的结论。

但如果是这样的结论，至少有以下两点不合理之处：

1. 由于钢结构易被腐蚀的特点,如要使钢结构正常工作并保证有预期的使用寿命,日常定期检查、维护、保养显得较为重要,所以实践中,钢结构定期防锈、防腐处理,钢结构防火处理以及定期变形监测维护一般由专业维保单位来进行,如若鼓励使用方日常不进行维护保养,待出现质量缺陷后由原承包单位进行“终身保修”,既不经济也不现实。

2. 根据国家标准《钢结构设计标准》(GB50017-2017)及条文说明,“防火保护材料的使用年限由设计人员在设计文件中规定;防腐蚀设计年限不宜低于5年,重要结构不宜低于15年,应权衡设计使用年限中一次投入和维护费用的高低选择合理的防腐蚀设计年限。”且条文说明中也明确“由于钢结构防腐蚀设计年限通常低于建筑物设计年限,建筑物寿命期内通常需要对钢结构防腐蚀措施进行维修,因此选择防腐蚀方案的时候,应考虑维修条件,维修困难的钢结构应加强防腐蚀方案。”可见,根据国家标准要求,防腐涂料、防火涂料在设计之时并非要求其“终身服役”,也就没有要求其“终身保修”的前提。

经检索现行相关法律法规,笔者未发现立法、司法部门就“主体结构”这一法律概念进行明确界定,在有权解释缺位的情况下,探讨对法律概念“主体结构”的合理解释(尤其在工程质量保修条款下),为本文的主要论述目标。

(一)“主体结构”应为一设计概念而非施工验收概念。

从工程实践角度,为满足结构的安全性、适用性、耐久性的要求,设计单位在既定条件下进行结构选型、材料选择、分析计算、构造配置及制图,施工单位按图按规施工,不偷工减料,即可实现建筑的基本功能。

从法律规范角度,根据《建设工程质量管理条例》,设计单位的质量责任为按照工程建设强制性标准进行设计,并对其设计的质量负责。施工单位的质量责任为:施工单位必须按照工程设计图纸和施工技术标准施工,不得擅自修改工程设计,不得偷工减料。

在现行法律法规中,无论是主体结构的施工禁止分包、主体结构工程终身保修还是主体结构质量不合格不能交付使用,都可看出法律概念上的“主体结构”安全承载着建设工程使用的最低标准,因其是通过规范的设计流程来实现并通过按照设计进行施工来确保,应该把“主体结构”这一法律概念的解释权交给设计单位或有设计专业知识的技术人员。

(二)工程质量保修条款下的“主体结构”的解释可参考国家标准的相关定义。

我们生活在一个被概率解释的世界,工程结构设计也是以概率理论为基础并建立在可靠度理论上的,可靠度是对可靠性的定量描述,指的是结构在规定的时间内、在规定的条件下,完成预定功能的概率,结构设计也是通过基于对结构的安全性、适用性、耐久性设置不同的可靠度水平来进行的,说可靠度理论是结构设计的基石,应该并不夸张。

《工程结构可靠性设计统一标准》(GB50153-2008)(以下简称《可靠度标准》)中条文说明中,也说明了作为可靠度设计依据的“设计使用年限”是基于《建设工程质量管理条例》中规定的主体结构工程保修年限,为设计文件规定的该工程的合理使用年限。在设计使用年限内,结构只需进行正常的维护而不需要进行大修就可以按预期目的使用,并完成预定的功能,即工程结构在正常使用和维护下所应达到的使用年限,所谓“正常维护”包括必要的检测、防护及维修。该表述应该是工程质量保修条款中主体结构在设计使用年限内终身保修的内涵。

在《可靠度标准》的术语定义部分,对“结构”的定义为:能承受作用并具有适当刚度的由各连接部件有机组合而成的系统。此外,在《工程结构设计基本术语标准》(GB/T50083-2014)中,“结构”被定义为:能承受和传递作用并具有适当刚度的由各连接部件组合而成的整体,俗称承重骨架。

笔者认为，虽然该两标准定义的“结构”与法律规范上定义的“主体结构”有表述上的“主体”二字之差，但从规制的对象及实现的法律效果上来讲，用上述两标准关于“结构”的定义来解释“主体结构”这一法律概念具有较高合理性。

在裁判实践中，我们看到，虽未注明出处，但一些审级较高法院的裁判文书中说理部分对“主体结构”的理解和我们上文分析相近。（详见下表）

综上，建议对工程质量保修条款下的法律概念“主体结构”解释为“能承受和传递作用并具有适当刚度的由各连接部件组合而成的整体”或相似表述。

（三）与《施工验收标准》附录 B 中“主体结构”分部工程的关系。

我国在与工程相关的法律法规中引入了“主体结构”这一法律概念，遗憾的是，在与工程设计相关国家规范中找不到与之完全一致表述。因《施工验收标准》附录 B 中分部工程的名称法律概念上的“主体结构”表述一致，被司法实践广泛引用。

但《施工验收标准》也明确，其编制目的是统一建筑工程质量验收方法、程序和原则，适用于施工质量验收，设计和使用中的质量问题不属于其范畴；其亦明确，建筑工程验收中划分为单位工程、分部工程、分项工程和检验批的方式在验收过程中应用情况良好，所以本次修订仍继续执行该划分方法。可见，《施工验收标准》附录 B 中划分分部工程的目的是为了便于施工验收，并非严格基于建筑物的基本使用功能安全性、适用性、耐久性的考虑，与“主体结构”这一法律概念从法律解释方法中目的解释的角度讲，有一定偏差。

鉴于其划分过程中，也考虑了安全、节能、环保和主要使用功能，《施工验收标准》附录 B 中的主体结构分部工程可作为工程质量保修条款下法律概念“主体结构”范围界定的有益参考，但并非一一对应。

综合分析，回到文首施工企业提出的问题，我们认为，钢结构防火涂料的保修年限应按照《建设工程质量管理条例》第四十条，“……其他项目保修期限由发包方和承包方约定……”，应按照设计文件相关规定确定。

结语

鉴于主体结构终身保修的内涵为：在设计使用年限内，结构只需进行正常的维护而不需要进行大修就可以按预期目的使用，并完成预定的功能，即工程结构在正常使用和维护下所应达到的使用年限，所谓“正常维护”包括必要的检测、防护及维修。笔者建议对工程质量保修条款下的法律概念“主体结构”的解释为“能承受和传递作用并具有适当刚度的由各连接部件组合而成的整体”或相似表述，其范围并不囿于《施工验收标准》附录 B 中的主体结构分部。

在具体案件中，工程质量问题的专业性更强，其是否属于主体结构、地基基础部分，是建立在技术标准上的法律判断，裁判者宜征求设计人或具有设计相关知识的专业人员的意见。同时，建议相关部门完善对“主体结构”这一法律概念的有权解释，有利于统一裁判尺度，提高裁判稳定性。

对工程技术问题进行法律定性是部分工程案件审理中不可回避的问题，司法实践对专业律师提出了更高的要求，我们应充分发挥执业律师的专业作用，对法官及鉴定人员进行合理的引导，使得专业、行业观点有效地进入司法裁判并受制度保障。

（作者单位：上海市建纬律师事务所）

判决书中关于“主体结构”认定的表述裁判作出法院案号建筑物的主体结构是指在建筑中，由若干构件连接而成的能承受作用的平面或者空间体系，主体结构要具备足够的强度、刚度、稳定性，用以承重建筑物上的各种负载。河南省高级人民法院（2020）豫民申 2623 号建筑物的主体结构是指在建筑中由若干构件连接而成的能承受作用、具备足够强度、刚度和稳定性的平面或空间体系吉林省高级人民法院（2017）吉民申 1636 号房屋主体结构是指房屋的主要构件相互连接、作用的平面或空间构成体，如地基、承重墙等。山东省高级人民法院（2018）鲁民申 2962 号建筑物的主体结构是指在建筑中，由若干构件连接而成的能承受作用的平面或空间体系。主体结构要具备足够的强度、刚度、稳定性，用以承重建筑物上的各种荷载，建筑物主体结构可以由一种或者多种材料构成。北京市第三中级人民法院（2017）京 0105 民初 36123 号

工程质量保证金的双重优先性

□陈现安 蒋怡凡

根据《建设工程质量保证金管理办法》第 2 条，“本办法所称建设工程质量保证金是指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。”质保金是工程实践中非常常见的保证金形式，对于督促施工企业减少质量缺陷、履行保修义务具有重要意义。

关于质保金的法律属性，目前法律没有明确的规定，由此引发了两类实务问题。第一，缺陷责任期届满前，发包人对于质保金中的维修金额有无优先权？按照质保金的定义，缺陷责任期内发生质量问题，承包人不维修也不承担费用的，发包人可按合同约定从质保金中扣除维修金额。但是，同时有其他债权人向承包人主张债权的情况下，发包人直接扣除维修金额的行为，是否表明其具有了优先权？该优先权从何而来？第二，缺陷责任期届满后，承包人对于质保金有无优先权？质保金是否属于工程价款优先受偿权的范围？

本文从质保金的法律属性出发，结合司法案例，尝试理清质保金的双重优先性问题，以期为读者带来思考。

一、工程质量保证金的概念梳理

工程质量保证金的概念区分，在实务中一向是模糊不清和易于混淆的地带。工程质量保证金的概念模糊，主要有两方面的原因。

一方面是，工程质量保证金的概念最初在《基本建设财务管理规定》（财建[2002]394 号）中提出时，发布在前通用的施工合同示范文本《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-1999-0201）中没有设置关于工程质量保证金的条款，又因《基本建设财务管理规定》的法律效力层级不高，故直至《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2013—0201）出台前，工程法律实务中对于工程质量保证金的认识处于模糊不清的状态。

另一方面是，由于建设部、财政部发布的《建设工程质量保证金管理暂行办法》（建质[2005]7 号）中将工程质量保证金与工程质量保修金并列使用，加剧了工程质量保证金的概念模糊。《建设工程质量保证金管理暂行办法》第 2 条第 1 款规定“本办法所称建设工程质量保证金（保修金）（以下简称：保证金）是指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。”

事实上，目前而言，工程质量保证金的概念应是十分清晰明确的。《建设工程质量管理办法》（建质[2016]295号）发布后，工程质量保证金和工程质量保修金的概念已经统一为工程质量保证金。施工合同中约定的，从应付的工程价款中预留，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，就是工程质量保证金。

具体理由如下：

首先，工程质量保修金已被明令取消和停止收取，该概念已经退出历史舞台。国务院办公厅于2016年6月发布的《关于清理规范工程建设领域保证金的通知》中已经明确，除依法依规设立的投标保证金、履约保证金、工程质量保证金、农民工工资保证金外，其他保证金一律取消和停止收取。自此之后，从行政监管的角度而言，“工程质量保修金”的概念已经退出历史的舞台，且已经不允许发包方以任何方式收取工程质量保修金。

其次，工程质量保证金和工程质量保修金的重要区别是前者对应的是缺陷责任期、后者对应的是保修期，但承发包人完全可以在施工合同中将缺陷责任期的时长约定为保修期的时长，因此强行区分两者的概念也无现实意义。这是因为《建设工程质量保证金管理办法》并非强制适用的规范性文件，从保护当事人意思自治的原则出发，目前的司法判例大多认为当事人约定工程质量保证金的返还期限超过《建设工程质量保证金管理办法》规定的最长期限的，该约定有效。

二、缺陷责任期届满前，工程质量保证金的优先性

《建设工程质量保证金管理办法》第9条规定，“缺陷责任期内，由承包人原因造成的缺陷，承包人应负责维修，并承担鉴定及维修费用。如承包人不维修也不承担费用，发包人可按合同约定从保证金或银行保函中扣除，费用超出保证金的，发包人可按合同约定向承包人进行索赔。承包人维修并承担相应费用后，不免除对工程的损失赔偿责任。”

由此可见，缺陷责任期内，质保金的功能是保证承包人对建设工程缺陷进行维修。

（一）司法判例观点

黔东南苗族侗族自治州中级人民法院（2020）黔26执复16号武汉广益交通科技股份有限公司、四川武通路桥工程局建设工程施工合同纠纷执行审查类执行裁定书中，法院认为，“建设工程质量保证金是发包人与承包人在建设工程承包合同中约定，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护的资金，是为了保证能够切实履行义务而移交给他人占有的一定数量的金钱，故该特定化金钱的所有权应属于交纳质保金一方所有，并不属于到期债权。”

兰州市安宁区人民法院（2019）甘0105民初1313号江苏南通二建集团有限公司与兰州高阳房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷一审民事判决书中，法院认为，“因建设工程保修金是合同双方当事人作为承包人在一定期间内承担保修责任而提供的担保，性质上属于一种特殊的金钱质押，其设立目的是为了担保承包人在质量缺陷责任期内履行保修义务而设定的担保物权，是承包人承担维修义务或支付维修费用的担保，故双方当事人约定的质量缺陷责任期届满，发包人应予以返还。”

（二）法理分析

1. 质保金与债的担保

债的担保，是促使债务人履行其债务，保障债权人的债权切实得以实现的法律措施，其具有从属性、补充性和保障债权切实实现性的特性。（参见崔建远：“担保”辨——基于担保泛化弊端严重的思考[J].

政治与法律, 2015(12):109-123) 因此, 判断质保金是否属于债的担保, 可从判断其是否具有债的担保的特性出发。

首先, 债的从属特性方面。从属性是指担保从属于主债, 以主债的存在或将来存在为前提, 随着主债的消灭而消灭。对于质保金, 其从属于缺陷责任期内承包人的维修责任, 缺陷责任期届满后承包人的维修义务消灭, 发包人需返还质保金, 故其具有从属性。

其次, 债的补充特性方面。补充性是指担保一经有效成立, 就在主债关系的基础上补充了某种权利义务关系。对于质保金, 其是在承包人在缺陷责任期内的维修义务的基础上补充的权利义务关系, 只有在承包人不维修也不承担维修费用时, 发包人方可按照合同约定在质保金中扣除维修费用, 故其具有补充性。

最后, 债的保障债权切实实现特性方面。保障债权切实实现性, 在金钱担保的情况下, 通过特定数额的金钱得失的规则效力使当事人产生心理压力, 为避免自己的金钱损失而积极履行债务, 保障债权切实实现。对于质保金, 承包人若在缺陷责任期内不履行维修义务, 发包人将有权将维修资金在质保金中扣除, 从而使承包人产生履行维修义务的心理压力, 故其具有保障债权切实实现性。

由此可见, 质保金满足债的担保的特性, 属于债的担保的一种, 且因质保金的担保物为金钱, 因此质保金是一种金钱担保。

2. 质保金与金钱质押

关于金钱质押, 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第 70 条规定, “债务人或者第三人为担保债务的履行, 设立专门的保证金账户并由债权人实际控制, 或者将其资金存入债权人设立的保证金账户, 债权人主张就账户内的款项优先受偿的, 人民法院应予支持。当事人以保证金账户内的款项浮动为由, 主张实际控制该账户的债权人对账户内的款项不享有优先受偿权的, 人民法院不予支持。在银行账户下设立的保证金分户, 参照前款规定处理。当事人约定的保证金并非为担保债务的履行设立, 或者不符合前两款规定的情形, 债权人主张就保证金优先受偿的, 人民法院不予支持, 但是不影响当事人依照法律的规定或者按照当事人的约定主张权利。”

因此, 金钱质押中的质押物是特定化的, 区别于债务人或者第三人其他财产的金钱, 其所有权属于债务人或第三人。从质保金的运行模式来看, 发包人并不会设立专门的保证金账户, 发包人从应付价款中预留的款项与发包人的财产并不进行严格区分, 由于货币一般等价物的特点, 发包人对于质保金具有所有权, 因此质保金并不满足金钱质押的定义, 故不能将质保金简单地归类于金钱质押。

3. 质保金与流质

流质, 是指双方当事人约定在债务人不履行到期债务时, 质押财产归债权人所有。在《民法典》出台之前, 基于公平角度的考虑, 流质条款被法律所禁止, 当事人之间约定流质条款的, 为无效约定。目前《民法典》中已适当开禁流质契约, 第 428 条规定“质权人在债务履行期限届满前, 与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有的, 只能依法就质押财产优先受偿。”

《民法典》第 428 条表明, 双方约定流质条款的, 债务人到期不履行债务后, 质权人虽不能取得该标的物的所有权, 但其可从实现债权的角度获得满足, 也就是从质权作为担保物权的功能价值上予以定位, 质权人得以就该标的物在其担保范围内的债权优先受偿。至于优先受偿的方式和程序, 应当同于担保物权实现的一般程序。在后果上, 标的物价值不足以偿还所担保债权范围的, 债务人应当继续承担剩余债务的清偿责任; 如果该标的物价值超过所担保债权范围, 则超过部分应当返还出质人。(参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组:《中华人民共和国民法典物权编理解与适用(下)》, 人民法院出版社, 2020 年版, 第 1183-1184 页)

《民法典》中适当开禁流质条款，承认流质条款效力，但通过强制清算规则对其进行限制，从而保护债务人的权益。类比流质和质保金，可以发现两者非常相似，但因质保金担保中质押的财产是金钱，其一般等价物的特点使得质保金与流质在表现形式上有些许不同。对于质保金而言，其已先天地设置限制条款，即只有在承包人不履行维修义务也拒绝承担维修金额后，发包人才有权从质保金中扣除维修金额。易言之，缺陷责任期届满后，承发包双方也需要对质保金进行“强制清算”。因此，对于缺陷责任期届满前的质保金，应当类比流质条款进行处理，认定发包人对于质保金中的维修金额具有优先性。

（三）小结

由上述分析可见，缺陷责任期内的质保金在法律性质上属于债的担保，是金钱担保的一种，但不属于金钱质押，与《民法典》中的流质非常类似。

因此，在缺陷责任期内，质保金因属于债的担保，此时质保金的债权不能进行债权转让。同时，因质保金与流质的相似性，因此其法律后果上可以类似处理，认定发包人相对于其他债权人对于质保金中的维修金额具有优先性。

三、缺陷责任期届满后，工程质量保证金的优先性

《建设工程质量保证金管理办法》第10条，“缺陷责任期内，承包人认真履行合同约定的责任，到期后，承包人向发包人申请返还保证金。”第11条，“发包人在接到承包人返还保证金申请后，应于14天内会同承包人按照合同约定的内容进行核实。如无异议，发包人应当按照约定将保证金返还给承包人。”

由此可见，缺陷责任期届满后，质保金的担保功能结束，承包人有权向发包人主张返还质保金，质保金的法律性质转化为承包人对发包人的债权。

（一）司法判例观点

重庆市高级人民法院（2016）渝民终616号重庆明珠建设(集团)有限公司重庆双湖机电设备有限公司等与建设工程施工合同纠纷二审民事判决书中，法院认为，“本案工程在一审宣判后已验收合格满两年，渝风建设公司起诉时的请求金额中也包含了质保金。为减少当事人诉累，双湖机电公司应将质保金1362306.51元支付给渝风建设公司，并从2016年10月25日起按中国人民银行同期同类贷款利率计算资金占用利息。同时，因质保金属于工程款的一部分，渝风建设公司享有优先受偿权的金额相应增加。”

成都市中级人民法院（2020）川01民终5135号成都建工第三建筑工程有限公司、成都强讯新和房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书中，法院认为，“强讯新和公司与三建公司在《建设工程施工合同》第三部分专用合同条款第十条的3.1.1亦约定‘……在工程竣工验收合格具备审价条件后四个月内办理完成审计结算并同时办理完工程整体结算和财务结算后，以部分银行承兑汇票的形式支付至审定结算价的97%，余3%作为工程质量保证金’。故本案中诉争的质保金本质上仍属于工程价款的一部分，可就建设工程折价或者拍卖的价款优先受偿。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若干问题的解释（二）》第二十二条‘承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算’之规定能够认定，本案中诉争质保金的优先受偿权应自质保期满起算。”

（二）法理分析

关于质保金是否属于工程价款优先受偿权的范围，实务中素有争议。支持者认为质保金属于工程价款，故应属于工程价款优先受偿权的范围；反对者认为质保金的性质已经转化，不属于建设工程优先受偿权的范围。

通过上述司法案例,可知司法审判实践中倾向于认为质保金属于工程价款优先受偿权的范围。事实上,将质保金纳入工程价款优先受偿权的范围,也更加合理。

首先,质保金符合工程价款优先受偿权的定义范围。《民法典》第807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,除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外,承包人可以与发包人协议将该工程折价,也可以请求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。”就质保金而言,其为承发包人约定的缺陷责任期届满后支付的预留款项,应属于“价款”的一部分,因此质保金应符合工程价款优先受偿的定义范围。

其次,质保金纳入工程价款优先受偿权的范围,更符合建设工程价款优先受偿权制度的立法本意。就设立建设工程价款优先受偿权的初衷而言,是为了保护承包人的利益,因为建设工程是靠承包人付出劳动和甚至垫付资金完成的,如果允许约定抵押权优先行使,则无异于以承包人的资金清偿发包人的债务,这将有悖于公平及诚实信用原则。更重要的是从法律政策上考虑,保护承包人背后的众多建筑劳动者的劳动报酬权益。(参见梁慧星:《合同法第二百八十六条的权利性质及其适用》[J],《山西大学学报(哲学社会科学版)》,2001(03):5-7。)对于质保金而言,其本身属于发包人从工程价款中暂扣的款项,若将其在建设工程优先受偿权的范围内排除,将不利于对承包人的保护,也不利于对承包人背后的众多建筑劳动者的保护。

最后,质保金纳入建设工程价款优先受偿权的范围,更符合公平原则。质保金的表现形式与定金类似,但是法律效力完全不同。质保金属于单向担保,即承包人对工程质量缺陷的维修责任进行担保,但发包人没有相应的担保责任。而定金属于双向担保,交付定金的一方不履行义务的,无权主张返还定金,收取定金的一方不履行义务的,应双倍返还定金。因此,从法律效力上来看,交付质保金的承包人明显处于弱势的地位,因此将质保金纳入建设工程优先受偿权的范围,能重新使承发包双方的权利义务达到平衡,更加符合公平原则。

(三) 小结

由上述分析可见,缺陷责任期届满后的质保金属于工程价款债权,具有建设工程价款优先受偿性,

因此,在缺陷责任期届满后,质保金因具有工程价款优先受偿性,故承包人相对于发包人的其他债权人,对于扣除维修金额后的质保金具有优先性。

四、结语

根据《民法典》第807条规定,建设工程价款优先受偿权行使的前提是价款支付期限届满。承发包双方约定的缺陷责任期届满之前,质保金支付期限并未届满,甚至金额并不确定。因此,质保金在以缺陷责任期届满之日为界,发包人和承包人基于不同的法律原因而分别具有优先性,且该两种优先性不同时存在也无顺位冲突。对质保金在不同阶段的功能属性和法律性质进行分析后,其双重优先性的原理逐渐清晰。

具体而言,缺陷责任期届满前,质保金是债的担保,因此发包人相对于承包人的其他债权人对于质保金中的维修金额优先受偿。缺陷责任期届满后,质保金属于建设工程价款优先受偿权的范围,因此承包人相对于发包人其他债权人对于扣除维修金额(如有)后的质保金优先受偿。

(作者单位:江苏良翰律师事务所)

第四部分 工程造价与结算

建设工程造价改革的法律观察与思考

□黄强光

工程造价改革的背景

纵观工程造价管理整个发展历程，大体可将其分为三个阶段：1985 年以前，政府定价在计划经济体制下发挥了很大作用；自 1985 年实行价格双轨制后，出现与过渡时期相适应的“统一量、指导价、竞争费”的工程造价管理模式；2003 年我国推出工程量清单计价制度，并逐渐发展成为一种主流的计价模式。现阶段，在我国工程造价领域，定额和清单两种计价模式并存，随着社会经济和管理科学迅速发展的冲击，工程造价管理体系已不能完全适应市场发展需要，改革还需进一步深化。

2020 年 7 月 24 日，住建部办公厅印发《关于印发工程造价改革工作方案的通知》（建办标〔2020〕38）号，对北京、浙江、湖北、广东、广西有条件的国有资金投资的房屋建筑、市政公用工程项目进行工程造价改革试点。关于改革的原因主要有：一是要跟国际惯例接轨，强化中国在国际工程竞争中的竞争力。住建部强调统一计量规则，统一计价规范，要跟国际惯例接轨。那么这种方式的目的，就是为了强化与国际管理接轨，强化中国在国际工程竞争中的竞争力。跟国际惯例接轨后，我们跟国际上的建设项目业主、设计院、咨询单位，用的都是一套规则、一套语言。当然我们就能够迅速地融入国际、迅速地融入当地，实现本土化，我们的竞争力就会提高。二是现行定额体系存在重大缺陷。定额体系本质上是基于行业平均生产水平制定，现行定额体系定价要素覆盖面不完全，未能反映真实的市场情况，且发布时间严重滞后，适时进行改革是必然趋势。

工程造价改革的核心内容

《工程造价改革工作方案》提出：坚持市场在资源配置中起决定性作用，正确处理政府与市场的关系，通过改进工程计量和计价规则、完善工程计价依据发布机制、加强工程造价数据积累、强化建设单位造价管控责任、严格施工合同履行管理等措施，推行清单计量、市场询价、自主报价、竞争定价的工程计价方式，进一步完善工程造价市场形成机制。

1. 修订工程计量、计价规范：修订工程量计算规范，统一工程项目划分、特征描述、计量规则和计算口径；修订工程量清单计价规范，统一工程费用组成和计价规则。

2. 完善工程计价依据发布机制：优化概算定额、估算指标编制发布和动态管理，取消最高投标限价按定额计价的规定；逐步停止发布预算定额。

3. 加强工程造价数据积累：加快建立国有资金投资的工程造价数据库；加快推进工程总承包和全过程工程咨询。

4. 强化建设单位造价管控责任：引导建设单位根据工程造价数据库、造价指标指数和市场价格信息等，编制和确定最高投标限价。

5. 严格施工合同履行管理：加强工程施工合同履行和价款支付监管；全面推行施工过程价款结算和支付。

通俗来讲，工程造价改革的核心内容可以归纳为三句话：不再发布预算定额；编制招标控制价不再依靠预算定额；最低价中标。

工程造价改革面临的挑战

造价、质量、进度是工程建设管理的三大核心要素。三者之间，造价据首。工程造价改革面临不少挑战。

1. 遭遇逻辑与技术条件的困扰

方案提出：“优化概算定额、估算指标编制发布和动态管理，取消最高投标限价按定额计价的规定，逐步停止发布预算定额。”

工程造价改革的本意，是标前用定额来确定投资，国家要用初步设计的概算来审批；标后就用合同，标后不再依赖施工图预算，所以也不需要发布预算定额，用合同来确定建设单位的投资管控的责任，并强化投资管控。

问题 1：概算定额是初步设计或技术设计阶段采用的定额，在预算定额基础上加以综合而成，编制概算定额，需要以预算定额为基础。如果不再编制、发布预算定额，如何能够编制、“优化”概算定额和估算指标？

问题 2：概算定额通常使用更大的单位来表示，其定额水平比预算定额低。如果取消最高投标限价按定额计价的规定，最高投标限价以什么为计价依据？以概算定额为计价依据可靠吗？

2. 市场环境复杂

方案提出：“推行清单计量、市场询价、自主报价、竞争定价的工程计价方式，进一步完善工程造价市场形成机制。”

推行清单计量，首要条件就是施工图纸、工程量清单在招标之前已经确定。而由于众所周知的原因，我国国有投资的工程项目属于违法的“三边工程”（边勘测、边设计、边施工）比比皆是。值得注意的是，住建部发文力推的 EPC 工程承包模式，允许业主单位在完成初步设计、甚至方案设计后就进行招标，在某种意义上来说就是合法的“三边工程”。两者在招标之前均无法确定施工图纸和工程量清单。

问题 1：若施工图纸、工程量清单在招标之前尚未确定，如何能够推行清单计量？

问题 2：市场询价，需要具备询价、比对的能力和条件。国有投资项目的业主单位的工程造价业务水平普遍不高，如果没有预算定额作为参考，询价工作的质量可靠吗？如果委托工程造价咨询企业代为询价，在现有市场环境下（围标、串标、工程造价咨询企业背信弃义），委托询价的后果可承受吗？

3. 可能遭遇恶意低价中标

《建设工程质量管理条例》第十条规定：“建设工程发包单位不得迫使承包方以低于成本的价格竞标，不得任意压缩合理工期。”为了确保工程质量，低于成本的价格竞标不被允许。但不难判断，“推行清单计量、市场询价、自主报价、竞争定价”就意味着最低价中标。

概算定额是初步设计或技术设计阶段采用的定额，其定额水平比预算定额低。因此，以概算定额为基础的“竞争定价”既不真实，也难以抑制先恶意低价中标然后高价索赔的套路。

《招标投标法实施条例》第五十八条规定：“招标文件要求中标人提交履约保证金的，中标人应当按照招标文件的要求提交。履约保证金不得超过中标合同金额的 10%。”《国务院办公厅关于清理规范工程建设领域保证金的通知》（国办发〔2016〕49 号）要求：“转变保证金缴纳方式。对保留的投标保证金、履约保证金、工程质量保证金、农民工工资保证金，推行银行保函制度，建筑业企业可以银行保函方式缴纳。”

从司法实践的情况来看，不高的法定履约保证金+保证金缴纳方式的转变+复杂的民事诉讼程序，已经成为先恶意低价中标然后高价索赔的温床。

4. 市场主体有困惑

方案提出：“搭建市场价格信息发布平台，统一信息发布标准和规则，鼓励企事业单位通过信息平台发布各自的人工、材料、机械台班市场价格信息，供市场主体选择。加强市场价格信息发布行为监管，严格信息发布单位主体责任。”

问题 1：发布自己的人工、材料、机械台班市场价格信息，在一定程度上来讲具有披露自身商业秘密的性质，企业愿意吗？

问题 2：“加强市场价格信息发布行为监管，严格信息发布单位主体责任”，让人疑惑。从法律角度而言，发布单位发布的市场价格信息，属于要约邀请，“严格信息发布单位主体责任”是否意味着市场价格信息已被认定为属于要约而不得调整？若蕴含这样的政策意图，哪一个企业愿意冒这样的法律风险？

5. 履约管理困难加大

方案提出：“优化概算定额、估算指标编制发布和动态管理，取消最高投标限价按定额计价的规定，逐步停止发布预算定额。”……“加强工程施工合同履约和价款支付监管，引导发承包双方严格按照合同约定开展工程款支付和结算。”

在工程建设实践中，因为工程设计变更等诸多原因导致工程量增减、需要通过工程签证 / 索赔等方式对工程造价进行调整的情况，不在少数。另一方面，施工合同的相关约定也不可能穷尽将来可能出现的新情况。

《民法典》第五百一十条规定：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等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，按照合同相关条款或者交易习惯确定。”第五百一十一条规定：“当事人就有关合同内容约定不明确，依据前条规定仍不能确定的，适用下列规定：……（二）价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，依照规定履行。……”

如上所述，概算定额是初步设计或技术设计阶段采用的定额，其定额水平比预算定额低，加之任何定额都具有滞后性，设计阶段采用的定额也难以反映工程建设过程中的市场价格信息；另一方面，施工合同的相关约定也不可能穷尽将来可能出现的新情况，问题显而易见：如果不再编制、发布预算定额，以什么为解决工程签证 / 索赔争议的依据？

6. 民事诉讼利益博弈加剧

如上所述，工程造价改革由于受限于所处的时空环境与自身的不足，以工程造价为争议焦点的民事诉讼利益博弈将会加剧。

工程造价改革的思考

1. 现行定额体系确实存在重大缺陷，但受限于所处的时空环境和社会条件，现阶段乃至今后相当长的时期内，停止发布预算定额并不科学，也不稳妥。

2. 如果取消最高投标限价按定额计价的规定、停止发布预算定额，需要建立取而代之的新的参照体系。

3. 国有资金投资的房屋建筑、市政公用工程项目，事关千家万户和纳税人的切身利益，政府加强相关工程造价管理合法合理，不能因为现行定额体系确实存在重大缺陷就全盘否定，而应在此基础上予以改良优化。

4. 对现行定额体系予以改良优化，可以考虑充分发挥工程造价等相关社会中介组织的集体力量和智慧。贷款基准利率(Loan Prime Rate 简称 LPR)的产生与应用，已经为我们的工程造价改革提供了有益的参考范例。

建设工程价款结算及其优先受偿权的若干实务问题

□肖峰 韩浩

2020年12月25日，最高人民法院审判委员会第1825次会议通过了最高人民法院《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）》以下简称《施工解释（一）》，自2021年1月1日起施行；同时废止了最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（法释〔2002〕16号）《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）（以下简称2004年施工解释）《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）》（法释〔2018〕20号）（以下简称2018年施工解释）。虽然《施工解释（一）》对照民法典的规定精神，对原有两个司法解释进行了全面梳理、修改，鉴于建设工程施工纠纷案件法律关系错综复杂，现有法律及相关司法解释难以对实践中层出不穷的新问题、疑难问题作全面、具体性的规定，本文也仅针对建设工程施工合同纠纷案件中涉及建设工程价款结算及其优先受偿权的几个常见问题，结合审判实务展开讨论，并提出笔者个人的倾向性意见。

一、关于工程价款结算问题

工程价款结算问题是建设工程施工合同纠纷案件中最常见的争议焦点，而其中合同效力问题又直接影响到工程价款结算依据的认定，实务中对此争议较大。这里有几个问题需要进一步研究分析。

（一）无效建设工程施工合同中的折价补偿问题

合同无效是国家对法律行为最为强烈的否定性评价。合同无效自始没有法律约束力，即自合同缔结之初无效，未履行的合同不必履行，已经履行的合同负返还义务或赔偿义务。

根据《施工解释（一）》第1条和第3条的规定，存在以下情形之一的，应当认定建设工程施工合同无效：（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、违法分包建设工程的；（5）起诉前未取得建设工程规划许可证等规划审批手续的。

民法典第一百五十七条“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。”具体到建设工程施工合同领域，由于在实际履行无效建设工程施工合同过程中，承包人付出的人力、物资等已经物化到建设工程之中，如采取返还财产方式显然不可取。

为此，关于施工合同无效工程价款结算处理问题，2004 年施工解释第 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。

对该条的适用，实务中存在以下疑问：一是该条规定实际上将无效合同有效化处理，违反基本法理；二是无效建设工程施工合同中哪些条款可以参照适用不明确；三是该条并未明确发包人是否有权主张适用该条抗辩承包人。

就所谓无效合同有效化问题，应当指出，合同违法无效后应对当事人的返还请求及损害赔偿请求加以衡量，避免当事人无规制的获益返还，鼓励当事人背信的效果。就无效建设工程施工合同而言，由于一般情况下，按建设工程定额标准计算工程价款金额远高于通过竞争性报价签订合同确定的工程价款金额，故为避免诱导承包人恶意主张合同无效，谋取比有效合同更多的利益，该条规定了“参照合同约定支付工程价款”。

民法典第七百九十三条第一款以该条表述为基础，规定“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。”随后出台的《施工解释（一）》第 24 条承继了民法典该条的规定精神。

上述变化回应了司法审判中的实务问题：

一是将“参照合同约定支付工程价款”改为“参照合同关于工程价款的约定折价补偿”。该规定承继了民法典第一百五十七条的处理原则，即不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿，将“支付工程价款”改为“折价补偿”可以指明法律依据，消除无效合同有效化的误解。

二是当事人有权参照的合同条款仅限于与工程价款有关的条款，反之，与工程价款无关的条款不应作为适用依据。在评判工程价款条款时，应当结合民法典第一百五十七条的规定理解，该条前半部分系关于合同无效后的折价补偿条款，后半部分属于因合同无效后产生的缔约过失责任。具体言之，民法典第七百九十三条规定的是折价补偿条款，解决的是承包人对建设工程投入返还不能的补偿问题，故折价补偿范围应仅限于工程价款计价相关条款，不宜作扩大性解释。

三是合同无效后产生的缔约过失责任，则有《施工解释（一）》第 6 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”相对应。

四是发包人也可以请求参照合同折价补偿。根据对等原则，发包人也应有权抗辩要求参照合同约定折价补偿，故民法典第七百九十三条第一款将 2004 年施工解释第 2 条规定的“承包人请求参照合同”修改为“可以参照合同”，删除了“承包人”这一主体限制，纠正了司法实践中认为只有承包人才有权参照合同约定主张工程款的狭隘理解。

（二）无效合同约定的管理费处理问题

根据《工程造价术语标准》（GB/T50875-2013）的规定，管理费是指施工企业为组织施工生产和经营管理所发生的费用。

一般而言，对有效合同约定的管理费认定和收取没有争议，但是对无效合同约定的管理费如何认定，实践中做法并不统一。

在转包、违法分包情形下，转包人、违法分包人通过“倒卖”工程赚取工程差价，故这种情形下约定的管理费实质为转包或违法分包中工程价款的下浮或让利条款，属于建设工程施工合同中的工程价款条款，不宜再认定为管理费性质，可以按照上述折价补偿条款予以处理。

在借用有资质的建筑施工企业名义承揽工程情形下，允许他人以本企业的名义承揽工程的一方通常会以内部承包费、管理费等名义收取另一方相应费用。该行为类似于施工资质违法租赁法律关系，所谓的管理费即施工资质或其他特许资格的违法租金，而非一般意义上的合法管理费。由于该种利用国家授权的资质或资格进行非法牟利的行为恶意规避市场监管，严重扰乱了建筑市场秩序，危及社会公共利益，故基于该行为产生的所谓管理费本质上为不法原因给付。

关于借用有资质的建筑施工企业名义承揽工程情形下的管理费争议，实务中主要存在以下情形：

第一，主张返还出借资质人已经收取的管理费。对此，有观点认为，应当按照不当得利处理，因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益，既然施工合同无效，出借资质人取得的管理费无法律及合同依据，当事人当然有权主张返还。

如最高人民法院〔2016〕民申 2762 号民事裁定书认为，施工合同因违反法律和司法解释的规定属无效合同，其中关于转包人收取管理费的约定亦无效，故转包人通过转包行为谋取的管理费应返还给实际施工人；最高人民法院〔2014〕民抗字第 10 号民事判决书亦持相同观点。

也有观点认为，管理费属于违法所得，但当事人亦不能从其违法行为中获得利益，当事人主张的只能是其合法所有的财产，如最高人民法院〔2017〕民申 2327 号民事裁定书、〔2018〕民申 5532 号民事裁定书持此观点。

笔者赞同后一种观点，由于出借资质导致合同无效双方都存在过错，且管理费具有不法性，对于违法所得任何人都不得主张权利，当事人主张返还管理费，本质上是将违法所得从一方转移到另一方，不应予以支持，对此司法审判实践中逐渐形成共识。

第二，主张尚未收取的管理费。出借资质人主张参照合同约定支付管理费的，有观点认为应当参照合同约定，结合合同履行情况、行业惯例中此类合同管理费的一般计价方法等予以处理。

但是笔者以为，依前逻辑，如支持此类管理费，易形成负面激励效果，扰乱建筑市场，不利于打击此类挂靠违法行为，故也应当驳回当事人的诉讼请求。

至于对该违法所得能否由法院收缴的问题，2004 年施工解释第 4 条曾规定：“承包人非法转包、违法分包建设工程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建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。”

在司法实务操作中，对于管理费人民法院可以依法予以收缴，但是由于收缴违法所得赋予司法机关直接剥夺民事主体财产的权力，带有明显的惩罚性质和公法色彩，故民法典已经删除了民法通则第一百三十四条关于收缴财产作为无效法律行为后果的规定，同时新出台的《施工解释（一）》也未吸纳原有的收缴规定。

笔者以为，对于此类问题的处理属于其他机关的职权范畴，在其未作出收缴处罚决定前，是否应予收缴以及收缴数额均不确定。人民法院可考虑参考住房和城乡建设部《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》第十四条的规定，将违法线索移交行政机关并建议由行政机关将管理费予以收缴，以平衡、修复民事法律关系，防止无效合同的当事人获得额外利益。

（三）结算协议的效力认定问题

结算协议是指对建设工程的发承包合同价款进行约定和依据合同约定进行工程预付款、工程进度款、工程竣工价款结算达成的协议。

一般而言，结算协议是以建设工程施工合同约定为主要结算依据。实务中，关于结算协议效力与建设工程施工合同效力的关系问题存在争议。

一种观点认为，结算协议系依据建设工程施工合同形成的结算和清理条款，两者系主从合同关系，主合同无效，从合同相应无效；

也有观点认为，结算协议是与施工合同相互联系但彼此独立的协议，由于结算协议具有自身的独立性，并非建设工程施工合同的结算和清理条款，其应被视为独立协议。

笔者原则上赞成后一种观点。

从财政部、建设部制定的《建设工程价款结算暂行办法》第十四条规定来看，结算协议是发包人与承包人按照或参照建设工程施工合同约定确认工程价款数额、给付方式、时间等内容，是履行建设工程施工合同权利义务的行为和表现，故两者具有密切的联系；与此同时，结算协议又是建设工程施工合同履行完毕后双方就工程价款结算达成的意思自治，具有一定的独立性，系双方真实的意思表示。当事人对自身权利的处分，如不存在民法典关于民事法律行为无效的情形，应当尊重，故建设工程施工合同是否有效并不必然影响结算协议的效力。

值得注意的是，对于招标的建设工程，当事人以结算协议不符合有效中标合同约定主张结算协议无效的情形，有观点认为，结算协议是双方就工程价款结算达成的意思自治，系双方真实的意思表示。当事人对自身权利的处分应予尊重，故不能支持此种情形下结算协议无效的主张。

笔者认为，在结算协议并非依据中标合同约定达成的情形下，仍认定结算协议合法有效，值得商榷。理由在于，《施工解释（一）》第2条已经规定，招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程价款等实质性内容，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。之所以此处不再支持参照另行签订的合同折价补偿，主要是为维护建筑市场与招标投标管理秩序，保护其他投标人公平竞争权益、杜绝规避招投标的违法行为。故为了遏制“低价中标、高价结算”的顽疾，对于“白合同”即中标合同之后变更实质性内容的“黑合同”的效力应当予以否定，进而也不能参照该“黑合同”进行结算。人民法院应当依据民法典等法律、行政法规关于合同无效或可撤销的规定，重点审查发承包双方的结算协议是否存在恶意串通损害他人合法权益等无效或可撤销的情形，综合认定结算协议效力。

（四）行政审计的性质认定问题

在建设工程施工领域，行政审计是审计机关对政府投资和以政府投资为主的建设项目的预算执行情况和决算进行审计监督的活动。该审计活动仅是对建设单位的监督行为，并不当然决定建设单位和承包单位之间的工程价款结算。

2017年6月5日，全国人大常委会法工委在回复中国建筑业协会作出的《关于对地方性法规中以审计结果作为政府投资建设项目竣工结算依据有关规定提出的审查建议的复函》（法工委函[2017]22号）中，明确“地方性法规中直接以审计结果作为竣工结算依据和应当在招标文件中载明或者在合同中约定以审计结果作为竣工结算依据的规定，限制了民事权利，超越了地方立法权限，应当予以纠正。”

各地相关条例或办法也相继删除或修正了相关内容，明确不能强制要求以审计结果作为建设项目竣工结算依据。

同时，根据国务院出台的《保障中小企业款项支付条例》第十一条之规定，“机关、事业单位和国有大型企业不得强制要求以审计机关的审计结果作为结算依据，但合同另有约定或者法律、行政法规另有规定的除外。”

关于但书部分目前并未有法律、行政法规的特别规定，因此，行政审计应当视为工程价款结算的一种方式，除非建设工程施工合同明确约定以行政审计、财政评审作为工程价款结算依据，建设单位不得以行政审计、财政评审结算工程价款。

在实践中，由于行政审计、财政评审审批流程繁多、耗时久，审计或财政评审机构未能按照发承包双方约定的期限出具审计意见，或者在合理期限内未出具意见，或者审计、财政评审机构明确表示无法进行审计，导致发承包双方可能长时间无法形成结算文件。此时，继续等待审计结果对承包人而言相对不公平，如承包人就工程价款结算事项申请司法鉴定的，为避免双方当事人长时间处于纠纷、不确定状态，人民法院可以准许当事人的司法鉴定申请，但是人民法院启动司法鉴定前，应当与审计、财政评审机构沟通确认未出具审计意见的具体原因。如果在司法鉴定过程中审计、财政评审机构出具审计意见的，由于人民法院已经启动司法鉴定，应当视为双方已经达成变更结算依据的意思表示，即以司法鉴定意见作为新的结算依据，此时应当继续进行司法鉴定；如果双方当事人都愿意接受该审计意见的，从节约诉讼资源、提高诉讼效率角度而言，可以予以支持。

（五）合同无效情形下工程质量保证金返还问题

工程质量保证金，是指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，用以保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的质量问题进行维修的资金。

关于工程质量保证金的法律性质，一般认为，工程质量保证金是发包人从应付工程款中预留的资金，用于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。

作为担保承包人对建设工程缺陷进行维修的工具，并非必须采用工程质量保证金的方式。就现有规定而言，至少可以通过银行保函、缴纳履约保证金、工程质量保证担保、工程质量保险等其他保证方式替代。

换言之，是否采用从工程款中扣留工程质量保证金的保证方式，完全取决于合同当事人的约定，并非立法强制性规定。进而，工程质量保证金从工程款中扣留也只是将本应作为工程款支付给承包人的款项，转变为承包人应交给发包人的工程质量保证金。故工程质量保证金虽从工程款中扣留，但究其性质并非工程款。在合同有效情形下，关于工程质量保证金返还问题，发包人与承包人应当按照《施工解释（一）》第17条的规定处理。

实务中，经常出现当建设工程施工合同被认定为无效时，承包人主张发包人支付包括工程质量保证金在内的工程款时，发包人抗辩该工程质量保证金尚未届期应予扣留的情形。对此，有不同观点。

第一种观点认为，工程质量保证金是对工程质量保修期内工程质量的担保，是一种法定义务，不应以合同效力为认定前提，且质保金的约定属于结算条款范畴，应当予以相应扣留。

第二种观点认为，发包人从工程款中扣留工程质量保修金的依据是建设工程施工合同的约定。如前所述，在施工合同无效情形下，关于工程价款的支付时间、支付进度、下浮率等与工程价款有关的条款均应当参照适用，由于工程质量保证金属于承包人工程款的一部分，对于该工程质量保证金的返还问题仍应参照合同约定执行。而且，如支持承包人关于工程质量保证金返还的诉讼请求，则承包人可在原合同约定的质保期届满前主张包括工程质量保证金在内的全部工程款，产生的法律后果是承包人取得了比合同有效时更多的利益，尤其是在因承包人原因导致合同无效的情形下，承包人却因违法行为而获利，变相鼓励了承包人追求合同无效的法律后果，显然有违公平。

第三种观点认为，施工合同无效，质保金条款并非合同的结算和清理条款，不应认定为有效，发包人应当予以返还。如建设工程在质保期间出现质量维修问题，发包人可依法另行主张权利。

笔者在参与办理的案件中都采第三种观点。

理由在于，首先，立法并未强制规定发包人收取工程质量保证金。工程质量保证金的作用就是担保承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的质量问题进行维修，从其作用角度，至少当事人还可以选择银行保函、缴纳履约保证金、工程质量保证担保、工程质量保险等其他保证方式替代。

其次，建设工程施工合同无效是包括工程质量保证金条款在内所有条款整体无效。既然承包人向发包人交纳工程质量保证金并非法定义务，那么发包人基于约定取得的工程质量保证金，也应该因约定无效而缺乏继续保留的依据。

再次，建设工程施工合同无效，承包人有权要求参照合同约定折价补偿，而发包人再以工程质量保证金的名义扣留折价补偿款缺乏依据。

最后，承包人基于建设工程施工合同无效，得到折价补偿后，表面上承包人因没被发包人扣留工程款而比该合同有效时得到更多，但即便发包人扣留该工程质量保证金，在缺陷责任期满后，如无工程质量问题，发包人仍要将工程质量保证金退还给承包人，故不存在所谓承包人因建设工程施工合同无效而额外获益的问题。最后，即便建设工程施工合同没有工程质量保证金的约定，如果建设工程在缺陷责任期内出现质量问题，发包人仍可依法要求承包人维修或承担维修费用。

二、关于建设工程价款优先受偿权问题

合同法第二百八十六条创设了建设工程价款优先受偿权制度，民法典第八百零七条除个别文字调整外，对该制度予以保留。一般而言，建设工程价款优先受偿权是指承包人对于建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款享有优先受偿的权利。司法实践中，关于建设工程价款优先受偿权的行使主体、行使条件、行使时间、行使范围等逐渐形成共识，《施工解释（一）》对上述问题进一步明确。笔者将结合司法实务中涉及建设工程价款优先受偿权的几类特殊问题予以分析。

（一）建设工程价款优先受偿权的行使主体

《施工解释（一）》第35条将建设工程价款优先受偿权的行使主体限定在与发包人订立建设工程施工合同的承包人，如何界定与发包人订立建设工程施工合同的承包人范围，实践中仍有部分争议。

1. 转包、违法分包中的实际施工人、无资质的承包人

从笔者参与2018年施工解释起草、定稿时了解的情况看，各方对实际施工人是否享有建设工程价款优先受偿权的问题分歧较大。

一种观点认为，实际施工人是建设工程人、财、物的实际投入者，且其主张的工程款也包括应付给建筑工人的工资，故应赋予其建设工程价款优先受偿权；

另一种观点（也是笔者观点）则认为，实际施工人都涉及违法施工，故从价值层面应对其作否定评价，进而，对其权利保护不应与合法承包人等同。而当时尚未失效的合同法第二百八十六条“发包人未按照约定支付工程价款”的文义解释也说明适用该条的前提是合同有效。而转包、违法分包中的实际施工人都与其前手之间不存在合法有效的建设工程施工合同，故不能适用该条主张建设工程价款的优先受偿权。

最后，2018 年施工解释第 17 条通过“与发包人订立建设工程施工合同的承包人”的表述，实际采纳了第二种观点。需要补充说明的是，该条中的承包人也不包括没有相应建设工程施工资质但与发包人签订了建设工程施工合同的承包人，理由同上，不再赘述。由于民法典第七百九十三条和第八百零七条的体系解释可以印证上述观点，故《施工解释（一）》第 35 条沿袭了 2018 年施工解释第 17 条的规定。

2. 勘察人、设计人

建设工程的勘察、设计主体一般直接与发包人订立建设工程合同，但是实践中一般认为勘察人、设计主体不享有工程价款优先受偿权，只有建设工程的施工人才可能享有工程价款优先受偿权，如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》第 16 条规定，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。

因为工程价款优先受偿权设立的初衷是切实解决拖欠工程款的问题，保护施工人所代表的广大农民工等弱势群体的生存利益。从行业特点而言，勘察、设计主体所从事的勘察、设计工作一般为具有技术性的智力劳动，且其可以通过拒绝交付智力成果的方式进行私力救济，故对其没有必要通过工程价款优先受偿权方式加以特别保护。

故《施工解释（一）》第 35 条对民法典第八百零七条（合同法第二百八十六条）的“承包人”进行了限缩解释，仅特指与发包人订立建设工程施工合同的施工人，而不包括勘察、设计主体。

需要进一步讨论的是，在工程总承包模式下，工程总承包人同时担任设计主体及施工主体角色，工程总承包人是否当然具备建设工程价款优先受偿权的行使主体资格？

笔者以为，在工程总承包模式下，工程总承包人与发包人签订工程总承包合同，承包工程设计、采购、施工或者设计、施工等阶段任务，因此工程总承包人属于法律及司法解释规定的承包人范围，有权主张建设工程价款优先受偿权。

值得注意的是，根据住房和城乡建设部、国家发展改革委制定的《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》第十条规定，工程总承包单位可以由具有相应资质的设计单位和施工单位组成联合体，设计单位和施工单位组成联合体的，应当根据项目的特点和复杂程度，合理确定牵头单位，并在联合体协议中明确联合体成员单位的责任和权利，联合体各方应当共同与建设单位签订工程总承包合同，就工程总承包项目承担连带责任。在联合体总承包模式下，设计单位并未实际从事项目施工工作，理应排除在优先受偿权行使主体范围之外。如支持设计单位单独主张优先受偿权，则可能引发后续设计单位拿到工程款后与施工单位内部就工程款分配的纠纷。如果最终施工单位无法实际受领应得工程价款，则优先受偿权的价值目的可能无法实现。

3. 装饰装修工程承包人

与一般的建设工程不同的是，装饰装修工程是在现存建筑物上进行的工作，关于装饰装修工程承包人是否享有建设工程价款优先受偿权，最高人民法院《关于装饰装修工程款是否享有合同法第二百八十条规定的优先受偿权的函复》明确肯定装饰装修工程属于建设工程，可以适用优先受偿权的规定，但是装饰装修工程发包人不是建筑物所有权人的除外。2018 年施工解释第 18 条对此问题的态度并无变动。当发包人不是建筑物所有权人时，承包人是否当然不享有建设工程价款优先受偿权？

有观点认为，发包人对建筑物不享有处分权利，发包人的债权人当然也不享有对该建筑物的任何权利，如再将该建筑物纳入到装饰装修工程承包人的优先受偿权范围，不仅无依据地扩大了承包人的债权受偿范围，而且侵犯了该建筑物所有权人及在该建筑物上设定其他担保物权的权利人的合法权益，明显有失偏颇。

但是，在司法适用过程中，笔者发现，虽然装饰装修工程一般依附于已经完成或基本完成的建筑物之上，但是装饰装修工程的附着性特点并不意味着装饰装修工程不具备独立价值，当装饰装修工程发包人不是该建筑物所有权人时，仍应当进一步判断装饰装修工程客观上能否单独折价或拍卖。如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享有优先受偿权。《施工解释（一）》第 37 条亦采纳了上述观点。

关于具备折价或拍卖条件的判断标准和司法操作，可以参考最高人民法院《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》关于区分装饰装修物是否形成附合的规定处理。

4. 工程价款债权受让人

建设工程价款优先受偿权系法定优先权，具有从属性，其功能是担保工程价款债权能够得到优先清偿，最终保障建筑工人的基本利益。有观点认为，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。然而，优先受偿权是一种类似于担保物权的优先性、从属性权利，且该主债权未见有人身属性，故无论从建设工程价款优先受偿权的性质还是为保障农民工等建筑工人生存权益这一设立目的，均不能得出建设工程价款优先受偿权具有身份属性的逻辑。而在实践中债权受让人也往往正是基于债权具备法定优先权这一“优秀品质”才使得其愿意支付对价取得该债权，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应当随之转让，债权受让人享有优先受偿权的主体资格。

（二）建设工程价款优先受偿权的行使方式

建设工程价款优先受偿权是对建设工程折价、拍卖所得价款优先受偿的法定权利，对于该法定权利的实现是否必须通过诉讼或者仲裁等公权力或准公权力介入方式确定，司法实践中存在很大的争议。

首先，承包人可以通过诉讼或者仲裁等公权力或准公权力介入方式行使建设工程价款优先受偿权。实务中需要注意两点：

一是由于建设工程价款优先受偿权打破了抵押权人、普通债权人的债权受偿顺位，涉及发包人的其他债权人特别是银行等抵押权人的切身利益，为切实防范虚假诉讼，避免损害第三人合法权益，人民法院在出具判决书、调解文件前或者仲裁机构出具裁决书前，应当对当事人行使建设工程价款优先受偿权是否符合法律规定的条件（行使主体、期限、范围等）进行审查，不符合条件的，不予确认。特别是在建设工程价款优先受偿权行使期限的问题上，要注意到《施工解释（一）》第 41 条对行使期限的特别规定：1. 应当在合理期限内行使；2. 最长不得超过 18 个月；3. 期限起点为发包人应当给付建设工程价款之日。

二是在同一财产上抵押权与建设工程优先受偿权同时存在时，建设工程价款优先受偿权有效与否，以及范围大小，对于抵押权人具有法律上的利害关系，故抵押权人有证据证明建设工程价款优先受偿权的确权文书确有错误时，有权提起第三人撤销之诉，以保护发包人/其他债权人的合法权益。对此，最高人民法院第 150 号指导案例“中国民生银行股份有限公司温州分行诉浙江山口建筑工程有限公司、青田依利高鞋业有限公司第三人撤销之诉案”的裁判要点也明确，建设工程价款优先受偿权与抵押权指向同一标的物，抵押权的实现因建设工程价款优先受偿权的有无以及范围大小受到影响的，应当认定抵押权的实现同建设工程价款优先受偿权案件的处理结果有法律上的利害关系，抵押权人对确认建设工程价款优先受偿权的生效裁判具有提起第三人撤销之诉的原告主体资格。

其次，当事人通过发函或者协议折价方式行使建设工程价款优先受偿权的，司法实务中仍未达成共识。肯定说观点认为，最高人民法院在《建设工程款优先受偿权适用法律的复函》（[2007]执他字第 11 号）中明确答复广东省高级人民法院：“建设工程价款优先受偿权是一种法定优先权，无需当事人另行予以明示。”承包人享有的建设工程价款优先受偿权系法定权利，该法定权利不需要经法院确认即享有，而且从减轻当

事人讼累、节约司法资源角度考虑，在不违反法律禁止性规定的前提下肯定发函或者协议折价方式行使建设工程价款优先受偿权，也有利于纠纷的及时解决。否定说观点认为，建设工程价款优先受偿权不仅涉及发包人与承包人之间的利益，还可能涉及发包人的其他债权人的合法权益，为了保障交易安全和交易秩序，其行使方式应以公权力介入为宜。笔者以为，建设工程价款优先受偿权的行使并不仅限于诉讼方式，还可以通过发包人协商折价的方式行使，只要承包人并非怠于行使建设工程价款优先受偿权，原则上都应予以保护，将优先受偿权的行使方式限定为诉讼方式，也与立法本意不符。

同时，民法典第八百零七条并未排除承包人通过特别程序予以行使，承包人工程款债权确定的，也可以申请人民法院对该工程依法拍卖，其建设工程的价款债权可就该工程拍卖的价款优先受偿。具体的行使程序可以考虑准用最高人民法院《关于适用民事诉讼法的解释》第372条关于担保物权实现程序的规定，因建设工程价款优先受偿权作为一种法定优先权，具有担保工程款债权实现的特定功能，通过特别程序实现优先受偿权并无不妥，这也与民法典第八百零七条的立法本意并不相悖。实践中，承包人对工程依法折价或者拍卖的，应当遵循一定的程序。承包人对工程折价的，应当与发包人达成协议，可以参照市场价格确定一定的价款把该工程的所有权由发包人转移给承包人，从而使承包人的价款债权得以实现。承包人因与发包人达不成折价协议而采取拍卖方式的，应当申请人民法院依法将该工程予以拍卖，承包人不得委托拍卖公司或者自行将工程予以拍卖。（原载于人民司法）作者单位：最高人民法院 江苏省南京市鼓楼区人民法院

承包人向陷入债务危机的发包人主张工程价款并减少损失的八大对策

□杜和浩

坚持“房住不炒”定位，坚持全面落实稳地价、稳房价、稳预期的长期调控目标以来，国家实施了一系列的配套政策措施，随着配套政策措施的不断落实和完善，以房地产企业为代表的建设单位资金日益紧张，众多房地产企业频频陷入资金和信用危机。特别是今年某超大型房地产集团公司资金链出现严重断裂，濒临破产所引发的连锁反应，造成了大批施工企业无法按时收到工程价款。对于经营状况恶化但又不符合破产条件的发包人即濒临破产的发包人，如何实现向发包人主张工程价款并减少损失，实现早拿钱、快拿钱、多拿钱目标是众多施工企业共同关注的问题。为此，笔者围绕上述目标，根据司法实践提出以下八大对策，仅承包人参考。

一、尽早争取有利管辖

1. 未约定仲裁条款的建设工程施工合同，承包人应尽早向建设项目所在地人民法院起诉。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》（法释〔2020〕20号）第二十八条规定和《民事诉讼法》第三十三条规定，建设工程施工合同纠纷案件属于专属管辖，由建设项目所在地人民法院管辖。承包人获悉发包人濒临破产后，应当尽早向建设项目所在地法院起诉，否则，承包人和发包人的建设工程施工合同纠纷案件可能会按照最高人民法院的要求执行导致被集中管辖，比如发包人是恒大集团有限公司及其关联企业的建设工程施工合同纠纷案件均按照网传但未公开的《最高人民法院关于将涉恒大集团有限公司债务风险相关诉讼案件移送广东省广州市中级人民法院集中管辖的通知》执行导致被集中管辖到广州市中级人民法院。

2. 未约定仲裁条款或仲裁条款约定不明或仲裁条款无效的建设工程施工合同，承包人应当尽早与发包人协商达成仲裁条款，并尽早申请仲裁。承包人应当尽早和发包人协商达成合法有效的仲裁条款，约定向仲裁效率高的仲裁机构申请仲裁，比如潍坊仲裁委员会等。潍坊仲裁委员会之微信公众号“潍坊仲裁”2021年11月16日发表题为《增长350%越来越多银行选择潍坊仲裁》文章称“有案必立，有案即立，当天立案，

当天开庭”。依据《仲裁法》第五条规定，仲裁条款有效的案件由仲裁机构审理，法院不予受理；故仲裁条款有效的案件可以排除最高人民法院发布的集中管辖政策。

3. 约定仲裁条款的建设工程施工合同，承包人应当尽早与发包人协商变更仲裁条款，并尽早申请仲裁。承包人应当尽早和发包人协商变更仲裁条款，约定向仲裁效率高的仲裁机构申请仲裁，比如潍坊仲裁委员会等。

二、尽早申请诉前或申请仲裁前财产保全

承包人应当尽早按照《仲裁法》第二十八条和《民事诉讼法》第一百零一条等法律法规规定以及各地司法实践操作，尽早申请诉前或者申请仲裁前财产保全；依据《民事诉讼法》第一百零三条等法律法规规定采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法对发包人的财产进行财产保全。

三、尽早主张优先受偿权

1. 应当尽早通过以房抵款这一协议折价方式向发包人主张优先受偿权。依据《民法典》第八百零七条规定，除涉案工程不宜折价外，承包人可以与发包人协议将案涉工程折价，建设工程的价款就该工程折价的价款优先受偿；将有争议的工程款和无争议的工程款进行区分，先就无争议的工程款通过以房抵款的协议折价方式向发包人主张优先受偿权。如果发承包双方就案涉工程价款存在争议，可以先就无争议的工程价款先行通过以房抵款这一方协议折价方式向发包人主张优先受偿权，有争议的工程价款再另行主张优先受偿权。实务中，也有典型案例支持该观点。南通置鑫装饰工程有限公司与南通五洲商业投资有限公司建设工程施工合同纠纷案件，案号为（2016）苏06民终3508号；南通市中级人民法院认为，本案在二审中的争议焦点为五洲投资公司要求少支付置鑫装饰公司工程款1359124元的请求是否于法有据。解决该争议焦点首先应确定案涉《以房抵款协议》的效力问题。《中华人民共和国合同法》第二百八十六条规定：发包人未按约定支付价款的，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。故此，在建设工程领域，由于承包人行使优先受偿权的方式可以协议折价，因此发包人与承包人约定以商品房折抵工程价款的，符合上述法条规定的精神。本案中，置鑫装饰公司与五洲投资公司签订的《以房抵款协议》系双方当事人的真实意思表示，应为合法有效。该协议明确约定“五洲投资公司将5#403、7#804、7#904房屋（合计建筑面积367.34平方米、房屋价款1359124元），用于抵销双方签订的《锡通汽车城专业市场门窗工程施工合同》中五洲投资公司应向置鑫装饰公司支付而未付工程款中相应数额的款项”，五洲投资公司因此要求未付工程款中扣除《以房抵款协议》的合同价款1359124元，具有事实与法律依据。

2. 无法通过第1种协议折价方式主张优先受偿权的，应尽早申请仲裁或者起诉主张优先受偿权。如果发承包双方就案涉工程价款存在争议，可以先就无争议的工程价款先行申请仲裁或者起诉并主张优先受偿权，有争议的工程价款再另行主张优先受偿权。

四、尽早争取第三方对工程价款承担支付责任

争取第三方对工程价款承担支付责任的途径主要有：（1）承包人应当尽早向发包人争取并由其协调第三人就工程价款支付提供担保责任。（2）承包人向发包人争取并由其协调第三人作为共同发包人。（3）承包人向发包人争取并由其协调第三人加入债务，承包人可以依据《民法典》第五百五十二条规定要求加入债务的第三人承担支付工程价款的责任。

五、尽早停工，减少损失

案涉工程未完工的，承包人应当依据《民法典》第五百二十七条的规定依法行使不安抗辩权，尽早停工，减少损失。新乡市津都奶业有限公司与新乡市鑫福钢结构有限公司建设工程施工合同纠纷案件可资参考。

新乡市津都奶业有限公司与新乡市鑫福钢结构有限公司建设工程施工合同纠纷案件，案号为（2013）民申字第 2398 号；最高人民法院认为，关于鑫福公司（承包人）中止履行合同行为是否属于行使不安抗辩权的问题。《中华人民共和国合同法》第六十八条规定：“应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（三）丧失商业信誉；（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。”本案中，二审另查明的事实为，在二审诉讼过程中，津都奶业公司（发包人）陈述：津都奶业公司与鑫福公司签订建设工程施工合同时，津都奶业公司向鑫福公司介绍津都奶业公司系中国扶贫会会员单位，津都奶业公司奶牛养殖建设项目是中国扶贫会计划投资项目，中国扶贫会拟对该项目投资 4000 万元，后中国扶贫会终止该项目投资计划。在本案审理过程中，津都奶业公司未提供其系中国扶贫会会员单位，以及中国扶贫会有对该公司奶牛养殖投资计划及实际投资的证据。从上述事实看，鑫福公司是基于对津都奶业公司奶牛养殖建设项目为中国扶贫会计划投资项目的信任而进行全额垫资施工。在合同履行过程中，鑫福公司获知中国扶贫会没有对津都奶业公司奶牛养殖项目投资计划后而停工行为符合合同法规定的不安抗辩权的构成要件。津都奶业公司在鑫福公司中止履行合同后支付共计 142.4448 万元工程款的事实表明鑫福公司履行了通知津都奶业公司的义务。鑫福公司不安抗辩权的行使符合亦符合合同法规定的条件。

六、尽早协商解除或依法解除合同，减少损失

案涉工程未完工的，承包人应当尽早和发包人协商解除或者依法解除建设工程施工合同；否则，承包人施工内容越多，可能亏损越多；另外，解除建设工程施工合同时，可通过录音录像或者公证或者会议纪要等形式固定施工界限，以便后期结算工程价款。

七、尽早暂不开发票，减少损失

承包人开具发票后，应当先按照税法规定缴纳税金；承包人可以依据《民法典》第五百二十七条规定向发包人主张依法行使不安抗辩权；暂不开发票。

八、尽早申请先行裁决或者先行判决

《仲裁法》第五十五条规定，仲裁庭仲裁纠纷时，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行裁决；《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。在仲裁或者诉讼中，可以就无争议的工程价款部分及对应的优先受偿权申请先行裁决或者先行判决。最高法（2014）民申字第 643 号案件可供参考。在该案件中最高人民法院认为，二审法院经审理，认定东方蓝桥公司（发包人）拖欠浦东国际公司（承包人）工程款 263.5683 万元、其他款项 70 万元、垫资利息 20 万元，以及浦东国际公司延误工期 49 天等事实后，先判决东方蓝桥公司支付浦东国际公司 333.5683 万元（工程款 263.5683 万元及其他款项 70 万元）、约定利息 20 万元及其他款项 70 万元的利息，浦东国际公司向东方蓝桥公司支付逾期竣工违约金 29.4 万元，再另行撤销一审法院对万某的判项，发回重审，符合《中华人民共和国》第一百五十三条、第一百七十条第一款第四项之规定。

（作者单位：北京德和衡律师事务所）

浅析以送审价为准结算工程款

□李海宁

以送审价为准结算工程款是指，发包人和承包人在建设工程施工合同中明确约定，发包人收到承包人递交的竣工结算文件后，在约定时间内未答复也未提出异议的，视为认可承包人送审的结算金额，以送审价做为双方最终的工程结算价。

以送审价为准结算工程款的法律依据

1. 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》法释[2004]14号（以下简称《建设工程司法解释一》）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。”

2. 部门规章

住建部颁布的《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第十八条规定：“国有资金投资建筑工程的发包方，应当委托具有相应资质的工程造价咨询企业对竣工结算文件进行审核，并在收到竣工结算文件后的约定期限内向承包方提出由工程造价咨询企业出具的竣工结算文件审核意见；逾期未答复的，按照合同约定处理，合同没有约定的，竣工结算文件视为已被认可。非国有资金投资的建筑工程发包方，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，按照合同约定处理，合同没有约定的，竣工结算文件视为已被认可。”

财政部、原建设部颁布的《建设工程价款结算暂行办法》第十六条规定：“发包人收到竣工结算报告及完整的结算资料后，在本办法规定或合同约定期限内，对结算报告及资料没有提出意见，则视同认可。”

《建设工程司法解释一》《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》《建设工程价款结算暂行办法》中规定，适用以送审价为准结算工程价款的条件，均是以发包人与承包人在合同中有明确约定为前提。

以送审价为准结算工程款的合同效力问题

《建设工程司法解释一》第二十条规定以送审价为准结算工程款，必须以合同约定为前提条件，但并没有强调合同的效力问题，对于无效合同条款中明确约定了以送审价为准结算工程款的意思表示内容的，是否适用《建设工程司法解释一》第二十条的规定，在司法实践中存在争议。

观点一：认为依据《建设工程司法解释一》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，应予以支持。”根据该条的规定，建设工程合同无效不影响建设工程价款的结算，因此，只要合同中对于以送审价为准结算工程款的意思表示明确，即使合同无效，仍然可以参照适用《建设工程司法解释一》第二十条规定的以送审价为准结算工程款内容。例如：安徽省高级人民法院做出的(2019)皖民申2078号裁判观点。

观点二：适用以送审价为准结算工程款的前提条件是合同有效。例如：《江苏省高级人民法院建设工程施工合同案件指南（2010）》第五条第六款：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。

以送审价为准结算工程款的合同约定

对于以送审价结算工程款的合同条款是否必须在专用条款或补充协议中约定为必要条件，针对不同的《建设工程施工合同》版本，则有不同的观点，目前建设工程纠纷案件主要涉及的有3个《建设工程施工合同》版本，分别是1999年版、2013年版和2017年版。1999年版与2013年版2017年版合同的通用条款对于以送审价为准结算工程款的条款约定有所不同，对于不同的约定内容具体分析。

1999年示范文本通用条款第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竣工结算价款，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。第33.4条：发包人收到竣工结算报告及结算资料后28天内不支付工程竣工结算价款，承包人可以催告发包人支付结算价款。发包人在收到竣工结算报告及结算资料后56天内仍不支付的，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以由承包人申请人民法院将该工程依法拍卖，承包人就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”因1999年版示范文本中并没有出现“逾期未答复的，视为认可竣工结算文件”的表述内容，不符合《建设工程司法解释一》第二十条规定的当事人以明示的方式将“视为认可以送审价为准结算工程款”的内容载明于合同条款或合同的组成文件中，因此，不能以推定的方式适用以送审价为准结算工程款的规定。如最高人民法院《关于发包人收到承包人竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，是否视为认可竣工结算文件的复函》（【2005】民一他字第23号）的答复意见认为“适用《建设工程司法解释一》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，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33.3条的规定，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。”例如北京高级人民法院【2012】245号文件第十四条之规定、《浙江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释》（2012年4月5日）第十四条之规定、广东高级人民法院（粤高法发【2011】37号）文件第九条之规定，对于合同未明确约定发包人收到竣工结算文件后一定期限内未答复的，视为认可发包人提交的竣工结算文件的，承包人依据1999年版合同通用条款第33条第3款的约定要求按照竣工结算文件结算工程款的均不予支持。如双方另行签订补充协议或签订其他合同性文件，明确约定发包人收到结算文件后，逾期不回复也未提出异议的，视为认可承包人提交的结算文件的，则可以以补充协议或其他合同性文件约定，向发包人主张以送审价结算工程款。例如：最高人民法院做出的（2017）最高法民终159号民事判决书裁判观点。

2013年版《建设工程施工合同》（示范文本）通用条款第14.2条内容对1999年版《建设工程施工合同》（示范文本）通用条款第33.3条进行了修订，具体内容为：“……发包人在收到承包人提交竣工结算申请书后28天内未完成审批且未提出异议的，视为发包人认可承包人提交的竣工结算申请单，并自发包人收到承包人提交的竣工结算申请单后第29天起视为已签发竣工付款证书”。该条内容明确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内容，区别于1999年版《建设工程施工合同》第33.3条的内容，符合《建设工程司法解释一》第二十条规定。2017年版《建设工程施工合同》（示范文本）通用条款第14.2条约定的内容与2013年版《建设工程施工合同》（示范文本）通用条款第14.2条约定内容一致。如果发包人、承包人采用的是2013年版或2017年版合同，虽然没有在合同专用条款中约定以送审价为准结算工程款的内容，但也没有在专用条款中对通用条款14.2条内容有排除性约定或做出特别约定，按照《建设工程施工合同》的组成及解释顺序，则可以适用《建设工程司法解释一》第二十条规定的以送审价为准结算工程款。例如：安徽省高级人民法院做出的（2019）皖民申2078号裁定书、海南省高级人民法院做出的（2019）琼民终358号判决书的裁判观点。

发包人收到承包人提交的结算文件

发包人、承包人一般均会在《建设工程施工合同》中约定具体的建设工期和竣工结算的条件、期限，当工程达到合同约定的竣工结算期限，承包人应当向发包人提供真实、完整的结算文件，送审的结算金额依据合同约定的计量、计价原则计算出工程总造价，如发包人、承包人对具体的结算文件由明确约定的，

承包人应按照合同约定的内容提供结算文件，如没有明确约定，完整的结算文件通常包括：招、投标文件、建设工程总承包合同、专业分包合同、竣工图纸、变更签证单、施工组织设计、甲供材料清单、工程结算书、主要材料分析表等相关文件。虽然《建设工程司法解释一》第二十条对结算文件的完整性没有提出要求，但是根据《建设工程价款结算暂行办法》第十四条第四项、第十六条的规定，承包人应当向发包人递交完整的结算文件。根据该办法的规定以及建设工程案件实际情况分析，竣工结算文件的完整性和真实性是结算工程价款审核的基础，提交完整、真实的结算文件是承包人应当履行的义务。如果是因为发包人原因导致承包人不能正常提供完整的结算文件，发包人应当承担相应的责任，根据过错原则以及《合同法》第四十五条之规定，视为承包人提交了完整的结算文件。承包人提交结算文件后，应当与发包人就结算文件的交接形成书面材料，以证明承包人向发包人提交了符合约定或完整的结算文件。

发包人在约定审核期限内未答复

发包人收到承包人提交的结算文件后，需要在约定的审核期限内对承包人报送的结算文件的完整性和结算金额进行审核，并提出异议或进行回复，当发包人在约定的审核期内不予答复、也不提出异议，合同明确约定，发包人逾期审核的视为认可承包人提交的竣工结算文件等内容，承包人则可以依据《建设工程司法解释一》第二十条的规定以及合同的约定，以承包人的送审价为准结算工程款。但如果发包人在收到结算文件后要求承包人补充竣工结算材料、认为竣工结算材料不完整提出异议或者要求委托第三方进行审计的，那么可以视为发包人进行了答复，则不能适用《建设工程司法解释一》第二十条之规定以送审价为准结算工程款。

作者单位：北京市盈科（银川）律师事务所

固定总价工程未完工情形下工程价款的结算

□岳 翼

建设工程施工合同约定按照固定总价结算工程款的，如因某些原因导致工程未能完工，如何结算未完工程款往往成为承包双方的矛盾焦点。本文旨在探讨司法实践中此类问题不同的裁判方法，供读者参考分析。

部分法院对“固定总价工程未完工情形下工程价款结算”的规定

2021年《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）》第二十八条规定了当事人约定按照固定价结算工程价款，人民法院不支持当事人申请对工程造价进行鉴定。但其适用范围是承包人已经完成全部工程施工的情形，并不规范承包人未完成工程施工的工程价款的结算的情形。

2018年《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》第三条第8款，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。

2012年《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》第13条：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。

2011年《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》（已废止）第五条：建设工程施工合同约定工程款实行固定价，如建设工程尚未完工，当事人对已完工工程造价产生争议的，可将争议部分的工程造价委托鉴定，但应以建设工程施工合同约定的固定价为基础，根据已完工工程占合同约定施工范围的比例计算工程款。当事人一方主张以定额标准作为造价鉴定依据的，不予支持。

2011年《山东省高级人民法院关于印发全省民事审判工作会议纪要的通知》第三条第（三）款：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。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。

2015年《四川省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第25条：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。

2007年《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》第15条：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。

2016年《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》第11条建设工程造价鉴定中，鉴定方法如何确定？第（6）项：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。

2018年3月1日《建设工程造价鉴定规范》（GB/T51262-2017）第5.10.7条规定：“总价合同解除后的争议，按以下规定进行鉴定，供委托人判断使用：1、合同中又约定的，按合同约定进行鉴定；2、委托人认定承包人违约导致合同解除的，鉴定人可参照工程所在地同时期适用的计价依据计算出未完工程价款，再用合同约定的总价款减去未完工程价款计算；3、委托人认定发包人违约导致合同解除的，承包人请求按照工程所在地同时期适用的计价依据计算已完工程价款，鉴定人可采用这一方式鉴定，供委托人判断使用。”

各地法院对于“固定总价工程未完工情形下工程价款结算”的规定分析

1. 完工工程量折算法

“完工工程量折算法”系先计算出已完工程量与合同约定总工程量的比例，再用合同约定的固定总价乘以该比例计算出已完工部分的工程价款。广东省高院、山东省高院、四川省高院规定即采用此方法。

此方法操作简单，但计算的结果准确性较差。在完工工程量与其对应的材料、人工等消耗的价款不完全对等时，单位工程量对应的工程价款并不完全一致，用此方法结算不能准确计算已完工工程的实际价款。

2. 按定额比例折算法

“按定额比例折算法”系先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总价款的比例，再用合同约定的固定总价乘以该比例计算出已完工部分的工程价款。江苏省高院、北京市高院规定即采用此方法。

此方法解决了“完工工程量折算法”中单位工程量对应工程价款不一致的弊端，能够较为准确的计算出已完工程的实际价款金额，但鉴定操作较为复杂，确定合理的取费标准是该方法的关键。

3. 区分发承包人过错法

上述两种折算方式，都无法区分发承包人、承包人之间解除合同的过错责任。因违约或过错导致未完工程的一方依法应当承担更多责任，所以实务界一直倡导在计算未完工程价款时应当区分发承包人之间的过错。

2018年3月1日《建设工程造价鉴定规范》（GB/T51262-2017）第5.10.7条规定就能根据委托人的认定区分发承包人过错的前提下，再由鉴定机构按照发承包人或承包人的过错以不同的方式计算未完工程价款。

区分方法如下：承包人违约导致合同解除的，鉴定人可参照工程所在地同时期适用的计价依据计算出未完工程价款，再用合同约定的总价款减去未完工程价款计算。按照工程所在地同时期适用的计价依据计算的工程款金额是高于合同固定总价的，所以因承包人违约导致的未完工程，承包人获得的工程价款要按照定额比例折算法要少。同理，如发承包人违约导致合同解除的，承包人可以请求按照工程所在地同时期适用的计价依据计算已完工程价款，承包人根据该计价依据计算的已完工工程款则要比按照定额比例折算法要多。

固定总价工程未完工情形下工程价款结算风险的应对与防范

一是做好事前防范，尽量避免中途退场情形的发生。合同中可以约定中途退场情况下的结算方式，避免因发、承包双方就结算不能达成一致，且各地法院规定又不尽相同而导致的法律风险。合同签订阶段，重视合同相对方的资信管理，动态跟踪相对方资信状况的变化。明确施工范围，明确固定总价合同的风险承担范围及风险承担范围外的合同价款调整方法。

二是做好事中控制，履约过程中将风险防控落实到项目的各个环节，注意收集和保留项目过程中的各项证据。及时通过发函、制作会议纪要、签证索赔等方式形成项目过程的证据链条。

三是做好事后应对，如果中途退场不能避免，应针对现状分析采用何种方法计算未完工程价款更能保障自身权益，并积极与相对方协商沟通。

作者单位：北京市盈科（南京）律师事务所

PPP项目，政府保证最低需求量条款，是否属于政府承诺固定回报？

□周月萍 周兰萍

《基础设施和公用事业特许经营管理办法》、财金〔2016〕32号、财预〔2017〕50号等文件，均明确规定不得以任何方式承诺回购社会资本方的投资本金，不得以任何方式承担社会资本方的投资本金损失，不得以任何方式向社会资本方承诺最低收益。该等规定是为了强化项目产出绩效对社会资本回报的激

励约束效果，防止政府对项目各项支出承担无条件的支付义务，使 PPP 异化为拉长版 BT，以及防止政府方通过不规范 PPP 进行变相融资举债。

因此，政府承诺固定回报或最低收益属于明文禁止的行为，但是，政府保证最低需求量与其有着本质区别：

首先，合规性不同。政府方承担最低需求风险，其目的是在于降低项目公司承担实际需求风险的程度，提高项目的可融资性，且在财金〔2014〕76 号、财金〔2015〕21 号和《政府和社会资本合作模式操作指南（试行）》等文件中均允许该等安排。

其次，与项目绩效关联不同。固定回报机制下，政府实际对社会资本所提供的服务无实质考核或弱绩效考核，无法起到通过 PPP 实现“物有所值”的目的。但是，政府保证最低需求并不排除按效付费，但社会资本提供的服务不达标，政府方仍能依据 PPP 项目合同的约定扣减服务费或要求社会资本承担违约责任。

最后，即使政府方在项目中保证了最低需求量，但社会资本能够取得的收益仍需结合其建设管理、运营管理与成本控制等多种因素才能确定，单纯最低需求量无法确保社会资本投资本金不会损失，因此政府保证最低需求量不应与承诺固定回报相等同。

（作者单位：中伦律师事务所）

施工总承包项目主要材料涨价的风险化解与应对

□ 邓南平

2018 年 6 月 6 日，某公司经过公开招标，跟区政府就某一工程签订了施工合同。施工期间，该公司遭遇材料价格大幅上涨，2018 年 11 月 30 日该公司向区政府发出《调价函》，请求调高工程价款，区政府未予理睬。2018 年 12 月 18 日该工程竣工验收。谁该为材料价格上涨带来的成本增加买单？

史上最严环保政策出台以来，土建施工中钢筋、商品、水泥等主材价格一路飞涨，施工企业一片哀嚎：合同签的包干价，谁能料到材料价格涨到自己不能承受之重。

材料费在土建项目中占的是大头，一般达造价的 60%，而材料中的钢筋、商品、水泥等主材更是大头中的大头，占整个项目造价的 40%左右，这次的主材的价格暴涨幅度保守估计使整个工程造价上涨 15%左右。

造价上涨 15%对利润微薄的传统建筑行业企业意味着什么？意味着稍有不慎就会造成重大亏损乃至破产。

在主材涨价风波面前，施工企业如何尽力挽回亏损，化解风险？这里并不建议首先通过诉讼渠道解决，而应先礼后兵，即先通过协商解决。

协商：怎么谈

若项目亏损，无法扭亏为赢，且继续施工会导致亏损变大，施工企业应抓住机会，比如国家政策层面的支持或业主违约等，与建设单位协商调整合同价格，可以试图从以下两个方面说服业主。

第一，你有错在先。我们可以先从业主身上找找原因，业主变更规划或设计方案，导致工期延迟，而在工期延迟期间刚好遭遇了价格上涨风暴。由业主变更设计导致的工期延迟带来的损失应由业主买单，可以要求业主就价格上涨的材料重新计价。

第二，我也是无辜受害者。通过政府的调价文件、工程量清单计价规范等，利用社会政策保护社会安全与稳定，保护社会公共利益与施工企业和农民工的权益等，与业主进行协商谈判。

需注意的是，一旦形成谈判成果要通过签订书面补充协议等方式。

无法达成一致时，果断书面发函提出要求解除合同，减少亏损。

诉讼：胜算有多少

在通过协商等方式解决不了的情况下，才通过诉讼或仲裁解决争议纠纷。

诉讼中，合同效力非常重要，如相关施工合同（包括其中的相关条款）有效，则施工企业相关索赔得到支持的难度较大，如相关施工合同（包括其中的相关条款）无效，无效合同或无效条款对双方当事人不具有法律约束力，则施工企业相关索赔得到支持的可能性就比较大。

可以从以下几个角度入手，增大胜诉概率。

1. 看合同是否无效。

想想你们签订的合同是否存在无效事由，常见的无效事由有：没有合法资质或超越资质；存在挂靠行为；工程是违法分包或转包；应经过招投标的工程未经过招投标等。一旦合同被确认为无效，承包方就可以主张按实结算。

但即使合同无效，依据司法解释一的规定，有时仍然按照合同约定的计价方式结算工程价款，因此，施工企业对于该方案的选择必须事先做出准确的判断和全面的权衡，选择风险最小利益最大且最可靠的方案执行。

2. 看合同是否有格式条款。

如果合同是业主方提供的文本，并且业主未对相关价格、结算条款进行特别提醒及说明，这些条款就是格式条款。承包方可主张格式条款无效，进而要求对相关条款认定无效，对施工企业不具有约束力。

3. 看业主是否作出设计、规划变更。

以设计和规划变更会导致工期拖延为由，主张工期延误的责任在业主方，因此导致的材料涨价，应当予以重新计价调整。

4. 看合同约定是否显失公平。

一个行业常见现象是，业主凭借在市场中的优势地位，恶意把工程价款压得很低。依据合同法的相关规定，可以以此主张显失公平，撤销约定，但困境在于不易举证。

5. 以发包人违约或不可抗力主张解除或变更合同。

抓住有利时机，以发包人违约或不可抗力为由解除合同，及时止损，甚至索赔扭亏为盈。

6. 以情势变更主张撤销或变更合同。

对于该点施工企业要非常审慎主张。虽然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)（法释[2009]5号）第26条规定了情势变更原则，但最高人民法院关于情势变更原则的理解与

适用规定了十分严格的条件和程序，其中包括应当由高级人民法院审核，必要时高级人民法院应报请最高人民法院审核等，实践案例中适用非常少，因此施工企业要非常谨慎适用该原则。

我们回头看开头的案例，该案最终判决以显失公平为由判决被告支付原告绝大部分材料款差价。这说明遇到材料涨价，我们也不必过于悲观，并不是没有机会扭转亏损。

建议

施工企业从项目签约时起，就应聘请专业工程律师参与，指导项目部合同履行和过程证据管理，指导签证索赔和最终结算，同时企业管理人员包括企业领导、项目经理、法务部门、成本部门、技术部门等多角度配合，在合同签约、合同交底、专人专管、过程检查、事后总结等多环节介入，共同协调处理项目工程管理为宜。

总之，对于国家环保严政下的建筑主材料涨价导致施工企业经营困难问题，只要我们愿意去积极面对，并想办法解决，总能找到一种最佳解决方案应对。作者单位：上海建纬（武汉）律师事务所

施工方遭遇材料价格暴涨是否要违约止损？

面对材料价格暴涨，施工方应该坚守契约继续施工还是建议违约止损？反过来说，若材料价格暴跌，发包方应坚守契约还是违约获利？下面这个真实案例或许可以带来一些思考。

案情简介

因主要材料钢材价格出现大幅上涨，承包方提出解除施工合同，酌情退还部分履约保证金。

发包方认为以材料价格上涨为由解除合同没有依据，要求继续施工。

承包方单方面解除合同。

发包方提起诉讼。

发包方：鑫*公司

承包方：辰*公司

一审法院：淮安市清江浦区人民法院（2017）苏 0812 民初 7343 号民事判决

二审法院：淮安中院(2018)苏 08 民终 103 号

再审法院：江苏高院(2020)苏民再 8 号

2016 年，发包单位就“再造梗丝验证生产线配套工程建设项目生产工房钢格栅工程”对外招标。

2016 年 8 月 29 日，承包单位投标并中标，中标价格为 1414378.71 元。

2016 年 9 月 22 日，发包单位与承包单位签订建设工程施工合同，合同价为 1414378.71 元。

（合同第 3.7 条履约保证条款约定，承包人提供履约担保，提供履约担保的形式、金额及期限为提交合同总价 10%的履约保证金。承包单位向发包单位交纳了 142000 元的履约保证金。）

2017年3月19日，承包单位向发包单位发函，称钢材市场价格较签订合同时上涨了2倍多，要求发包单位将合同价格调整为2957394.99元，然后承包单位开始履行合同，否则解除合同并要求发包单位退还保证金142000元，愿意接受10000元的罚款。

2017年3月21日，承包单位向发包单位发函，称因市场钢材市场价格发生较大变动，无法履行合同，通知发包单位解除合同并退还保证金。

2017年3月22日，发包单位委托律师事务所向承包单位发函，称双方必须依约履行各自的合同义务，合同约定工程的计价方式为固定单价，材料价格上涨是应承担的合同项下的风险，以材料价格上涨为由解除合同没有依据，并要求承包单位确保2017年4月1日进场施工。

2017年3月24日，律师事务所再次向承包单位发函，称承包单位强行单方解除合同的行为已经构成严重违约，发包单位无法退还履约保证金，并保留追究违约造成发包单位的损失。

2017年3月27日，承包单位向发包单位发函，请求解除施工合同，酌情退还部分履约保证金。

因承包单位未能履行上述合同，发包单位就涉案工程再次招标，2017年5月25日，涿州蓝*网架有限公司中标，中标价为3105698.34元，后双方就涉案工程签订了建设工程施工合同。

一审判决

发包方于2017年8月31日诉至淮安市清江浦区人民法院。

诉讼请求：

解除双方签订的生产工房钢格栅建设工程施工合同；

承包单位赔偿发包单位损失1850038.63元（两次招标价格差1691319.63元，工期延误70719元，律师费88000元）。

根据淮安市工程造价管理处出版的《淮安工程造价管理》杂志记载的淮安市建设工程材料指导价，自2016年8月至2017年4月期间，淮安市钢材整体价格水平处于上涨状态，但每月平均涨幅较平稳，为逐渐上涨的过程。

一审法院认为：

当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

本案所涉合同签订后，钢材价格出现了上涨的情形，但是上涨是一个逐渐演变的过程，并非是一个令市场主体猝不及防的突变过程，因此，承包单位关于情势变更的辩称，不予采信。承包单位未能按照合同约定履行义务，存在过错，应承担相应的违约责任。

综合考虑到涉案工程为生产工房钢格栅工程，工程所需的主要材料为钢材，而至双方合同约定的开工日期，钢材价格上涨了近两倍的客观事实，也未有证据证承包单位存在故意不履行合同义务情形，结合双方合同中履约保证金条款的约定，一审法院酌定由承包单位向发包单位赔偿违约损失142000元（用承包单位已经支付的履约保证金予以冲抵）。

发包单位主张的其他损失，证据不充分，不予支持。

一审法院判决：

解除发包单位与承包单位于 2016 年 9 月 22 日签订的江苏鑫*烟草薄片有限公司再造梗丝验证生产线建设项目生产工房钢格栅工程建设施工合同；

承包单位赔偿发包单位违约损失 142000 元（履约保证金冲抵）。

驳回发包单位其他诉讼请求。

二审判决

发包方不服一审判决，向江苏省淮安市中级人民法院提起上诉。

二审法院认为：

承包单位未按合同约定履行施工义务，构成违约，应承担相应的违约责任。

发包单位因承包单位未履行合同，就涉案工程再次招标，中标价为 3105698.34 元，为此多支付工程款 1691319.63 元且导致工期延误。一审法院仅判决承包单位承担违约损失 142000 元，明显过低。

鉴于涉案工程为生产工房钢格栅工程，工程所需的主要材料为钢材，而从双方签订合同之日起至约定的开工日期，钢材价格上涨了近两倍，该变动程度已远超出正常人的合理预期，承包单位于缔约时对此亦难以预见，如仍按合同原定价款继续履行显然难以承受，故其提出解除合同实属无奈之举。

根据公平原则和诚实信用原则，综合衡量合同未履行的原因、当事人的过错、当事人缔约地位强弱、损失后果等因素，二审法院对该违约损失作适当调整，酌定由承包单位向发包单位赔偿 100 万元。扣除承包单位已经支付的履约保证金 142000 元，承包单位尚应赔偿发包单位 858000 元。

二审法院判决：

维持淮安市清江浦区人民法院（2017）苏 0812 民初 7343 号民事判决主文第一、三项及诉讼费负担部分，撤销第二项；承包单位赔偿发包单位违约损失 858000 元。

终审判决：

二审宣判后，承包方不服，向江苏省高级人民法院申请再审。

省高院再审另查明：《淮安工程造价管理》杂志载明，案涉合同所需材料 I25-45 工字钢材料指导价（含税价）为：

2016 年 6 月 2650 元/吨，2016 年 7 月 2850 元/吨，2016 年 8 月 3130 元/吨，2016 年 9 月 3030 元/吨，2016 年 10 月 3230 元/吨，2016 年 11 月 3610 元/吨，2016 年 12 月 4000 元/吨，2017 年 1 月 3960 元/吨，2017 年 2 月 4310 元/吨，2017 年 3 月 4240 元/吨。

再审法院认为：

建筑行业系微利行业，承包人利润有限。上述钢材价格变化已显然超出市场价格的正常波动，极有可能导致合同约定价格低于承包人的实际施工成本，在这种情况下如苛求承包人按照原固定价格合同履行，极有可能导致承包人的亏损，亦极有可能带来建筑质量隐患。

在此情形下，承包单位于 2017 年 3 月 19 日向发包单位发函，要求将合同价格调整为 2957394.99 元，其主张是合理的，该价格亦低于发包单位后来与涿州蓝*网架有限公司签订的合同价格 3105698.34 元。

双方本应依照公平和诚实信用的原则充分协商，以期达成补充协议，共同分担非正常市场风险，使合同得以妥善履行。然而发包单位以合同约定的工程计价方式为固定单价，材料价格上涨是承包单位应承担的合同项下的风险为由拒绝调整价格。承包单位也未尽最大努力继续进行沟通协商，而于 2017 年 3 月 21 日即向发包单位发函解除合同，其行为构成违约，应承担相应的违约责任。

发包单位提起本案诉讼要求承包单位赔偿其先后两次招标的合同差价及其他损失。但发包单位重新招标的合同价款与案涉合同的差价系建材价格剧烈变动的非正常风险，并非因承包单位违约行为而直接造成的损失，且超出了承包单位在订立合同时的合理预见，故该主张不能成立。

二审判决在认定从双方签订合同之日至约定的开工日期，钢材价格上涨了近两倍，该变动程度已远超出正常的合理预期，承包单位缔约时对此亦难以预见，如仍按合同原定价款继续履行显然难以承受，故其提出解除合同实属无奈之举的同时，在合同总标的仅为 141 万余元的情况下，酌定由承包单位向发包单位赔偿 100 万元缺乏充分依据。

一审判决酌定承包单位向发包单位赔偿损失 142000 元（用承包单位已经支付的履约保证金予以冲抵）的处理意见较为恰当，本院依法予以维持。

综上所述，判决如下：

撤销江苏省淮安市中级人民法院（2018）苏 08 民终 103 号民事判决（二审判决）；维持淮安市清江浦区人民法院（2017）苏 0812 民初 7343 号民事判决（一审判决）。

如果未按判决指定的期限履行给付金钱义务，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件受理费 21450 元，减半收取 10725 元，由江苏辰*建设工程有限公司（承包方）负担。二审案件受理费 21450 元，由江苏鑫*烟草薄片有限公司（发包方）负担。

本判决为终审判决。

本案关于施工方如何承担违约责任，三级法院的观点不尽相同（一审和再审法院观点基本一致支持 14.2 万元，二审酌定 100 万元）。

江苏高院再审改判的核心理由是发包单位重新招标的合同价款与案涉合同的差价系建材价格剧烈变动的非正常风险，并非因承包单位违约行为而直接造成的损失，且超出了承包单位在订立合同时的合理预见。

（裁判文书网）

材料涨价遭遇固定价格，如何破解调差僵局？

□张旗 叶海

编者按：近期，钢材、水泥、砂石、混凝土等建材价格持续上涨。为此，多地建设工程造价管理部门发布建筑材料波动风险预警，呼吁建设各方主体在投标报价、合同签订、材料采购等过程中充分考虑材料上涨因素，及时采取有效措施，积极防范因价格上涨带来的工程造价风险。

近年来，建材价格上涨情况屡有发生，发承包双方如何合理分摊材料价格风险，尽可能减少由于材料价格的大幅波动给发承包双方带来的经济损失？建筑业企业如何更好地应对市场波动，维护自身的合法权益？

本报特约建设工程领域的法律专家，从不同角度进行探讨，本专版将分次刊出相关观点和建议，供读者学习、参考。

目前国内工程承包合同采用固定价格（包括固定总价、固定单价）方式的情形较为常见。部分发包人利用招投标、缔约阶段的优势地位，极尽所能地“优化”合同计价条款，将建设期间材料价格上涨的风险尽量转移至承包人单方承担。如某些 EPC 合同约定合同总价为包死价，除非发包人提出变更影响合同价格，否则任何情形下绝对不予调整。

2018 年以来，环保政策的升级引起砂石等建筑原材料价格大幅上涨；当下，国内钢材价格飙涨，螺纹钢期货一度突破 6000 关口，成为近 10 年来新高。众多承包人直呼亏损惨重，纷纷向发包人寻求价格调整。但在固定价格的合同条件下，除非双方事先对材料价格异常波动的情形作出特殊约定，否则很难就巨额价差调整达成一致意见。那么，面对如此僵局，是否必然无解，笔者尝试从以下方面进行论证。

常见操作及法律分析

（一）地方主管部门发布指导意见，倡导协商调差并变更合同

早在 2007、2008 年，因人工、材料、台班价格出现持续大幅度的涨落，全国多个省份的住建部门就出台文件，就“合同中未明确或强行约定承包人承担全部风险”的问题作出明确规定，要求发承包双方需签订补充协议，进行价差调整。

从法律性质来看，地方住建部门发布的调价意见，属于行政部门发布的指导性意见，不具有强制性。在发承包双方未协商一致的情况下，不能变更双方现有合同约定。在双方产生争议时，通常也不能作为人民法院适用的依据。

如济南市住建委在 2018 年 1 月 30 日发布的《关于加强工程建设材料价格风险控制有关事项的通知》规定，合同中已经采用无限风险、所有风险等表述对材料价格风险进行明确约定的，发承包双方“可在协商基础上”调整工程造价，并签订补充协议。

又如广东省住房和城乡建设厅在《关于加强建筑工程材料价格风险管控的指导意见》（粤建市函〔2018〕2058 号）中也规定，涉及建设工程人工、材料、施工机具台班价格波动异常，超出发承包双方按以往经验所能预见与避免的范围和承担的风险的，可参照《建设工程工程量清单计价规范》（GB 50500-2013）第 9.8.2 条原则“重新协商”合同价款调整方法。

从两个文件即可看出，政府调价文件是为发承包调价提供指导意见，最终是否调价仍应由合同双方协商确定。个别地方政府出具的强制性调价意见，涉嫌以行政权力干涉民事权利，合法性存疑。虽然承包人

可以将指导文件作为与发包人协商变更合同的重要依据，但若协商不成，发包人也没有执行指导文件的义务。

（二）承包人主张“情势变更”请求变更合同

若发包人与承包人未在合同文本中就市场价格变动约定价格调整条款，或签订的是固定价格合同且约定不得再调整价格，则根据案例检索情况，承包人面对主材上涨，通常会援引“情势变更原则”要求调价。但司法审判实践中，法院通常认为主材价格上涨属于商业风险，因此极少数会支持以情势变更为由进行调价的请求。关于情势变更规则理解，简要分析如下：

《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，对情势变更原则的适用作了具体规定，“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。”司法解释的上述规定确立了司法实务中情势变更原则的适用标准。情势变更原则，实质上系赋予了人民法院直接干预合同关系的裁判权，系用国家公权介入契约私权，人民法院应当严格审查、审慎适用。依照上述司法解释的规定，情势变更原则的适用需符合如下条件：1. 须客观情况发生了使合同基础改变或者丧失的重大变化；2. 须该客观情况的重大变化是当事人在订立合同时无法预见、非不可抗力造成且不属于商业风险；3. 须客观情况发生重大变化，导致合同履行显失公平或者合同目的不能实现；4. 须客观情况发生于合同成立之后，终止之前。

《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》（法发〔2009〕40号）第一条第3款规定，“情势变更是当事人在缔约时无法预见的非市场系统固有的风险。人民法院在判断某种重大客观变化是否属于情势变更时，应当注意衡量风险类型是否属于社会一般观念上的事先无法预见、风险程度是否远远超出正常人的合理预期、风险是否可以防范和控制、交易性质是否属于通常的‘高风险高收益’范围等因素，并结合市场的具体情况，在个案中识别情势变更和商业风险。”由此可见，情势变更应区别于商业风险，情势变更涉及的重大变化应超出一般商业风险的范畴。

《民法典》实施之后，情势变更规则发生了若干变化，条文表述见第五百三十三条：“合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更或者解除合同。”但截至本文发布之日，笔者尚未见到裁判文书中关于民法典下情势变更规则的最新权威解读。

实践中，争议较大的是对于“可预见性”以及“商业风险”的判断。以下选取典型案例中的法院裁判观点进行阐述：

1. 关于主要材料价格上涨是否属于订立合同时不可预见。

在山东天成水利建设有限公司与深圳市宝安区福海街道办事处建设工程施工合同纠纷一案（【2019】粤0306民初5241号）中，深圳市宝安区人民法院认为：

近年来，建设工程主要材料的市场价格一直处于波动较大的状态，整体呈现出自2015年年间价格下跌盘整又回升复位并上涨的抛物线趋势。案涉工程涉及的主要材料较多，以双方认可的圆钢、螺纹钢、角钢、钢板为例，从深圳市住房与建设局官方网站公布的《深圳建设工程价格信息》看，2016年1月至2019年1月期间上述材料的市场价格表现为逐步增长的态势，2016年材料价格大幅攀升，2017年起涨势有所放缓；其中圆钢（盘元）（HPB300、Φ6.5-10毫米）、螺纹钢Ⅲ级（HRB400、Φ10毫米）、角钢（综合）、

钢板（Q235B、8 毫米）在 2016 年 1 月至 12 月期间的涨幅分别达 50%、49.8%、37.04%、39.29%，在 2016 年 12 月至 2019 年 1 月两年期间的涨幅为 24.31%、24.01%、31.59%、24.59%。天成公司于 2016 年 10 月公开投标、于同年 12 月与福海办事处订立《深圳市建设工程施工（单价）合同》，当年主要材料价格已经复位攀升，且涨幅异常明显，而后再在合同履行期间材料价格持续上涨。可见，案涉工程主要材料市场价格的上涨表现为一个逐步演变的过程，并非是短期内令市场主体猝不及防的突变，材料价格上涨是大概率事件，并非难以预料。在材料市场价格的演变过程中，参与市场竞争的市场主体应当对市场风险存在一定程度的预见和判断。天成公司作为一家成立于 1994 年 6 月，且具备水利水电工程施工总承包一级建筑企业资质专业的建筑公司，长期从事建筑行业，而钢材等主要建材的市场属性一直表现活跃，价格长期大幅波动，天成公司对主要材料价格的上涨应有能力预见并作出合理应对。

2. 主要材料价格上涨是否属于商业风险。

在【2019】粤 0306 民初 5241 号案中，法院分析如下：

按照通常观点，商业风险系市场主体从事商业活动的固有风险，系由市场活动的各种不确定因素所引起，而给市场主体带来获利机会或损失可能的客观经济现象。对于建设工程施工合同法律关系而言，发包人、承包人作为从事商事活动的主体，同样面临市场经营风险。在包工包料的承包模式下，主要建筑材料价格的涨跌直接影响承包人获利或亏损的程度，承包人存在价格风险。建材价格受原材料价格、市场供求关系、通货膨胀幅度、政策调整等多方面因素的影响和制约，案涉钢材等主要材料的价格在市场流通环节长期处于大幅波动状态，并整体呈现上涨趋势，其价格上涨的风险程度并非不可预见亦未远远超出普通建筑企业的合理预期。另外，材料价格的涨跌对各商业主体的影响状况还取决于各商业主体各自的应变能力和经营水平，价格上涨的风险并非完全不可防范、控制，天成公司系一家大型建筑企业理应具备一定的风险防范意识和能力，在合同履行过程中可以通过采取签约后签订大宗材料采购合同分批供货等方式锁定材料价格，进行风险防控。故，本院认为，主要建筑材料价格的上涨，并非远超正常预期、并非不可防范和控制，应属商业风险范围，不宜认定为情势变更。

（三）法院基于公平原则对于合理调价的引导

虽然我们看到诸多承包人试图适用“情势变更”规则的失败案例，但我们也可以看到相关法院追求裁判的社会指引效果，倡导当事人双方合理分担涨价风险的努力。以下列举相关法院的指导意见及典型案例。

《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》（京高法〔2012〕245 号）第 12 条规定，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。

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）》（2013 年 12 月 23 日）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。

广东省源天工程公司、河南海星高速公路发展有限公司、河南高速公路发展有限责任公司、河南省大河筑路有限公司建设工程施工合同纠纷一案（2013）豫法民二终字第 73 号中，河南高院认为，虽然施工合

同中约定，合同期内不调价，但市场材料价格变动为实际情况。河南省交通工程定额站作为我省高速公路定额造价管理部门，多次发布文件要求在高速工程项目建设中，建设单位应在招标文件及合同中对材料价格涨降差价调整方法作出明确约定，并对原施工合同条款中规定的由于材料价格涨落因素影响对合同价格不予调整或没有明确调整方法的，提出了具体的调整价差费用计算公式及业主和施工单位的承担比例。本案查明，柴油、重油和石粉的投标单价较施工时单价均有大幅上涨，且涨幅超过 10%，符合河南省交通工程定额站在《关于调整在建高速公路建设项目材料价格的指导性意见》中规定的应予调整材料品种及价格调整情形，故结合本案实际情况，依据公平原则，应予调整材料价差。

九江庆腾五金工业有限公司与德安县第三建筑公司建设工程施工合同纠纷再案（2014）赣民提字第 6 号中，江西高院认为，《施工补充合同》约定的 763 元 / 平方米的固定单价乘以建筑面积计算的工程造价远远低于按市场定额计算的工程造价，一审基于公平原则，酌定按 943 元 / 平方米固定单价进行结算并无不当，应予维持。

律师观点

（一）从发包人角度

尽管争议频发，有些发包人仍可能会基于控制投资考虑，倾向于将材料价格波动的风险转移给承包人。但是律师认为，从发包人的角度，这可能导致总成本更高，如若所有承包人均均为理性人，承包人将设立价格风险金（或风险对应的利润）来应对整个合同期限内的材料价格上涨。随着时间的推移，这将导致相同工程的平均价格水平变得更高。

基于工程行业竞争激烈、规范程度不高的现状，如果发包人是期望承包人在投标或合同签订时不理性，不考虑材料价格波动情况，那么发包人也要意识到，在材料价格大幅上涨导致承包人利益受到较大影响时，承包人也有可能不理性，可能因争议导致对工程工期、质量、安全等因素造成负面影响。故从项目整体上来看，发包人未必能因将材料价格波动风险转移给承包人而受益；特别对于经营性的项目，如因材料调价问题导致争议而影响工期，发包人的损失可能会更大。

故律师建议，对于工期比较长的项目，发包人在设置工程承包合同条款时应设定材料价格调整条款，合理确定风险承担方式和主体，如在合同履行过程中遇到波动情形，可直接适用该条款。目前主管部门发布的规范性文件以及合同范本中，均都要求在合同中设定一定的价格调整机制。

例如《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第十三条规定，发承包双方在确定合同价款时，应当考虑市场环境和生产要素价格变化对合同价款的影响。对于 EPC 工程总承包项目，《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》（建市规〔2019〕12 号）第十五条第二款规定，建设单位承担的风险主要包括“主要工程材料、设备、人工价格与招标时基期价相比，波动幅度超过合同约定幅度的部分。”

住建部发布的《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201）通用条款、《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）有明确规定合同价款因价格波动的调整方式。

此外，材料价格波动调整条款在国际工程项目中也是常见的，在 FIDIC 合同文本（2017 版）通用条款中均有类似条款；亚洲开发银行对于其贷款项目，在《价格调整采购指南说明》（2018 年 6 月）2.3 条中指出：“交货期限或完成期限越长，合同组成部分市场价格发生变化的可能性就越大。例如，由于工程成本直接取决于成本因素，因此这也会影响工程合同的总成本。因此，亚行执行一项基本指南，即交付期限或完成期限超过 18 个月的任何合同应包含适当的价格调整条款。”

（二）从承包人角度

作为承包人，如果已经陷入调差僵局，可以从以下几个方面考虑工作策略：

1. 把协商作为向发包人主张调价的主要方式。

虽然政府的调价文件并不能作为强制性文件，但可作为双方协商的政策依据，属于调价的合理性支撑。毕竟，主管部门基于行业的特殊性、相关专业知识和行业惯例对于是否属于情势变更以及是否属于应当对材料价格进行调整的客观情况所作出的专业认定，各方主体还是可能予以充分考虑的。

2. 锁定合同价格风险范围，对于风险范围外的费用大胆索赔。

固定价格之下，必有价格风险范围。以招投标为例，承包人根据发包人招标文件规定的招标范围，评估完成发包人当时需求所付出的合理工作进行投标报价，最终根据中标价形成合同签约价。承包人的投标价格仅能覆盖招投标阶段所能预见的合理风险。因此，合同约定结算程序，结算价需要根据实际履行情况确定，并增加设计变更及现场签证等调价情形。因此，一旦发生符合合同精神及法律规定的价格调整情形，双方均有权协商调整合同价格，签约合同价（包括总价及单价）并非一成不变。

若发包人以“固定价格风险包干”为由，认为一切价格变动的因素均应当由承包人事先考虑并固定在签约合同价格中，则属于对于工程计价规则中价格风险范围的认识偏差。如《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）第3.4.1规定：“建设工程发承包，必须在招标文件、合同中明确计价中的风险内容及其范围，不得采用无限风险、所有风险或类似语句规定计价中的风险内容及范围。”

3. 发包人出现违约情形的，可以主张违约责任实现调价目的。

需要注意的是，如果由于发包人原因导致工期延迟（例如：由于项目征地影响导致开工时间推迟），对于在延迟工期内的材料价格上涨，承包人有权直接要求业主赔偿工期延迟期限内费用上涨的价格差额损失，不需要主张“情势变更”。但需提示的是，承包人选择违约责任作为调差索赔的突破口时，需要对因发包人原因导致工期延误或建筑材料供应时间延误，以及延误导致上述费用增加造成的损失进行充分举证。

【相关案例】福建章诚隆建设工程有限公司与厦门经济特区房地产开发集团有限公司建设工程施工合同纠纷案（2014）民抗字第80号。

【裁判要旨】非承包人原因导致工程延期开工，建设厅发布人工费调整文件对人工费调整的，承包人有权就延期开工期限内造成的人工费损失要求发包人予以赔偿，但承包人需举证证明该损失所对应的工程量。若承包人未能举证证明因推迟开工而导致其人工费损失所对应的工程量，应承担举证不能的法律后果。

中建五局工业设备安装有限公司与亨特陶业(中国)有限公司建设工程施工合同纠纷案——江苏省高级人民法院 王蔚 （2014）苏民终字第0219号。

【裁判要旨】根据原审鉴定机构的鉴定意见，由于施工许可证拖延开工时间造成的材料补差为2485516元，该部分的费用经鉴定系由于施工许可证拖延开工时间形成，故在此期间而产生的材料价差理应由责任方亨特公司承担，亨特公司上诉认为案涉工程不存在因施工许可证原因而导致工程产生材差，但未举出足以推翻该鉴定意见的反驳证据，故本院不予支持。

4. 协商将争议提交仲裁解决。

如合同对风险分担有明确具体约定，法院一般会认为价格上涨处于当事人合理预见范围内，属于特定情况下的广义上的正常商业风险。虽然“情势变更”原则可以作为总包方向业主主张调价的法律依据，但实践中，是否能被法院接受仍存在较大的不确定性。尤其是当发承包双方在合同中已对价格风险进行约定的情况下，承包方要求调价将更加困难。

如果条件允许，承包人尽可能与发包人协商将争议解决方式调整为仲裁。一方面，仲裁机构对于纠纷的处理不需要执行诉讼案件中情势变更规则的层报制度；另一方面，仲裁庭对于当事人之间利益衡平的裁量自由度相对更大。承包人在争议解决程序中，亦可考虑将公平原则与情势变更规则并行主张。

作者单位：泰和泰（深圳）律师事务所

材料价格疯涨，承包人如何应对？

□徐荣兰

前段时间，全球大宗商品上涨，中澳无限期暂停经济对话。受国内外环境影响，国内建设工程所用的钢材、水泥、砂石、商混等建材价格持续上涨。5月10日，兰格钢铁全国综合钢材价格上升至6510元/吨，单日涨幅6.9%，突破2008年的前期高点，创下历史新高。建材价格的上涨与否，与承包人利益息息相关，在此，笔者对该背景下承包人所面临的问题以及应对途径略作简要分析，以资读者参考。

材料价格上涨，承包人面临的问题

1. 固定总价合同不调价。

建设工程施工合同价款的约定方式主要分为固定总价、固定单价或者成本加酬金。其中固定总价合同是指合同当事人约定以施工图、已标价工程量清单或预算书及有关条件进行合同价格计算、调整和确认的建设工程施工合同，在约定的范围内合同总价不作调整，也就是常说的总价包干、包死合同。在承包人与发包人签订的固定总价合同中往往明确只有发包方变更设计和增减工程量可以调整合同价款，而较少约定材料价格上涨情况下允许调价。

2. 固定单价合同不调价。

固定单价合同，即由合同确定的实物工程量单价，在合同有效期内原则上不变，并作为工程结算时所用单价，而工程量则按实际完成的数量结算，即量变价不变合同。同样，在固定单价合同情形下，材料价格的上涨也并不与材料用量变化所挂钩，因此，在此类合同背景下，如果承发包人未约定允许进行材料调价，建材成本上涨的巨大风险仍由承包人承担。

3. 单价合同可以调价，但调价材料种类不够多。

在一些单价合同谈判情形中，发承包双方考虑到建材同时具有上涨和下跌的可能性，为保证自身利益会对部分主材价格调差进行约定。但是该类约定不一定囊括所有材料种类，对于某几种主材上涨的风险可以部分规避，但是如本次的国际国内多重影响下的建材价格全面大幅上涨的风险，仍然无法全面解决。

4. 信息价与实际采购价仍有价差。

即使是合同中允许调价的情形，承包人依然面临着信息价与实际采购价仍有价差损失。此时如果合同中所约定的是依据信息价进行调差，则信息价的滞后性引起的承包人价差损失无法得到弥补。

面对材料价格上涨问题，承包人的解决途径

1. 与发包人协商签署补充协议。

面临如上种种困境，承包人首选的路径往往是从平等友好协商的角度出发，与发包人就涨价事件进行沟通。分析建材价格上涨对承包人造成影响的后续可能也将施工进度等造成影响，争取与发包人能够签订补充协议，对材料价格调整作出进一步约定。

2. 与发包人协商参考行政主管部门发布的调差文件。

各地行政主管部门，在材料价格大幅上涨的情况下，往往会发布相应的调差文件，如《深圳市住房和建设局关于加强我市建设工程材料价格风险管控的通知（[深建市场（2019）1号]）》《甘肃省住房和城乡建设厅关于加强建筑材料价格风险管控的通知（[甘建价（2018）436号]）》《关于进一步加强建筑安装材料价格风险管控的指导意见（[渝建（2018）61号]）》……从效力层级而言，这类文件虽然对发承包双方没有强制性效力，但其具有一定的参考性，特别是政府投资项目或国有资金项目，为承包人争取调价提供依据。

3. 申请建设行政主管部门、行业协会或其他第三方进行调解。

在协商的主张得不到发包人的配合时，承包人也会选择通过申请建设行政主管部门及行业协会等第三方进行调解。

4. 可采取合同约定的争议评审。

如果合同对争议解决方式进行了特殊的约定，可以采取合同所约定的方式进行争议评审。

5. 万不得已，采取仲裁或诉讼。

以上方式均无法解决承包人所面临的难题时，司法路径成为最后一道保障承包人利益的防线，巨大损失难以得到弥补，合同订立的公平基础不复存在时，承包人会选择提起诉讼或申请仲裁以维护自身权利。

司法裁判观点

因建筑材料涨价纠纷诉诸法院的案例不在少数，笔者对司法裁判判例梳理后针对双方当事人约定清晰条款适用的情形、当事人有约定但发生情势变更的情形、当事人无约定或约定不明的三种情形区分介绍：

（一）对于调差有明确约定的，有约从约，法院或仲裁机构原则上会判决/裁决依据双方约定履行。约定载体包括合同专用条款、合同通用条款，补充协议、会议纪要、备忘录、承诺书等。

根据合同约定的不同，主要内容有以下几种：“1. 固定总价合同，任何情形下工程造价不进行调整；2. 固定单价合同，材料涨价不进行调整；3. 单价合同中超出风险范围材料涨价进行调整；4. 工期违约一方承担工期延误期间的价格风险……”。

（二）在当事人有约定但发生情势变更导致明显不公平时，法院或仲裁机构会根据公平原则干预合同约定。

1. 干预的法律依据：

《民法典》533条情势变更，合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情形，根据公平原则变更或者解除合同。

2. 干预的条件：

上述相关法律条款中明确了，法院或仲裁机构进行干预的前置条件为“发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的。”由此可见，适用该情形需要承包人举证证明材料价格上涨幅度超出了市场正常的波动幅度及上涨部分材料价格占工程总造价的较高比例。

3. 合理分配材料涨价风险的依据及调整方式参考。

1) 工程总承包合同

A. 依据《工程总承包管理办法》第 15 条明确规定，主要工程材料、设备、人工价格与招标时基期价相比，波动幅度超过合同约定幅度的部分，风险由建设单位承担。

B. 2021 年建设项目工程总承包合同（示范文本通用条款）

13.8 条市场价格波动引起的调整。

2) 施工总承包合同

A. 2013 年工程量清单计价规范。

9.8.2 条承包人采购材料和工程设备的，应在合同中约定主要材料、工程设备价格变化的范围或幅度；当没有约定，且材料、工程设备单价变化超过 5% 时，超过部分的价格应按照本规范附录 A 的方法计算调整材料、工程设备费。

B. 双方《建设工程施工合同（示范文本）》通用条款。

11.1 条市场价格波动引起的调整。

没有约定或约定不明时，法院或仲裁如何处理？

1. 《民法典》第 510 条规定：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等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，按照合同相关条款或者交易习惯确定。”

第 511 条规定：“当事人就有关合同内容约定不明确，依据前条规定仍不能确定的，适用下列规定：……

（二）价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，依照规定履行。”因此，当合同没有约定或约定不明时，相关材料是否调差应按照政府定价、政府指导价或交易习惯执行。

2. 《2013 工程量清单计价规范》9.8.1 规定：“合同履行期间，因人工、材料、工程设备、机械台班价格波动影响合同价款时，应根据合同约定，按本规范附录 A 的方法之一调整合同价款。”9.8.2 规定：“承包人采购材料和工程设备的，应在合同中约定主要材料、工程设备价格变化的范围或幅度；当没有约定，且材料、工程设备单价变化超过 5% 时，超过部分的价格应按照本规范附录 A 的方法计算调整材料、工程设备费。”

3. 四川省建设厅《规范建设工程造价风险分担行为的规定》第 2 条风险幅度“投标人或承包人承担的材料价格风险幅度值在 5% 以内取定，对单位价值较高或总价值较大的钢材、水泥等材料的风险幅度值应在 3% 以内取定”，第 3 条调整方法“①当承包人投标报价中可调材料的价格低于基准价：施工期间可调价格材料的价格上涨，其涨幅以基准价为基础超过合同约定的风险幅度时，或可调材料价格下跌，其跌幅以投标报价为基础超过合同约定的风险幅度时，其超过部分按实调整。”

虽然清单计价规范、各地住建部门出台的造价文件是否可以认定为交易习惯、政府定价等始终存在一定争论，但司法实践中，当双方没有约定或约定不明时，裁判机关一般会参照当地住建部门的指导性文件或清单计价规范的相关规定予以执行。以四川省为例，《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》明确“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。”

律师建议

综合上述承包人风险分析、承包人可能选择路径分析以及司法裁判观点整理，笔者从律师角度出发提出如下建议，供承包人参考：

（一）鉴于目前的市场情况，承包人应委托律师和造价工程师及时研究合同条款约定，如果合同对材料涨价风险没有约定或约定不明的，可以与发包人协商，按示范文本的通用条款或工程量清单计价规范或工程总承包管理办法第15条重新协商确定调价条款；

（二）如现行合同约定为固定总价合同，而现阶段及预估态势下建材价格上涨占总价合同比例较高的，可以委托律师依据《民法典》第533条启动与发包人的协商谈判，签订补充协议变更原合同约定；

（三）如现行合同中，发承包双方已对部分材料价格上涨调整问题进行约定，但并未对所有本轮上涨涉及材料进行约定，承包人可以委托律师与发包人进行协商增加此前未约定风险分担的材料的价格风险分担约定；

（四）在合同约定了材料价格风险分担，承包人采购材料的信息价和采购价仍有差别的情形下。建议承包人与发包人共同进行询价采购，承包人保留好采购合同、付款凭证、入库单、采购发票等相关证据，以便使承包人的实际采购价得到发包人认可，得以以此进行结算（该类证据也可以作为和发包人谈判、索赔及起诉变更的重要依据）；

（五）为减少材料涨价给发承包双方带来的损失，承包人可以与发包人协商，通过对施工计划及工期进行调整和延长，短时间内暂停需大量采购涨价材料的工程项目，先行施工不需要大量采购涨价材料的工程；

（六）委托律师和项目经理对工程资料和往来函件进行整理，对工期相关问题进行梳理，明确工程是否延期，工程延期是发包人还是承包人责任？如果是发包人原因，可及时发函并留证，要求发包人承担工期延误索赔，其中包括此段时间内的材料涨价索赔；

（七）如合同已部分履行，材料价格上涨所造成的承包人利益损失过大的，承包人可考虑通过停工、解除合同等方式向发包人施加压力主张调价，若发承包双方始终无法就材料调差达成一致的，承包人可在权衡损失后解除合同；

（八）因本次建材价格上涨波及的承包人数量较大，可以考虑通过行业协会发声，建议提高行政主管部门的信息价更新频率，或建议出台应对本次涨价的新的调差文件，以此作为承包人向发包人沟通谈判变更的参考依据。

作者单位：上海建纬（成都）律师事务所

材料价格疯涨，承包商能否要求调整价款

□王先伟

2021年5月12日，广东省建设工程标准定额站率先发布《建筑市场材料价格波动风险预警通知》。一石激起千层浪，工程和法律界人士纷纷发文探讨工程合同能否调价以及如何调价的问题。有人提出了《民法典》规定的情势变更可作为工程价款调整的依据，也有人提出了《工程量清单计价规范》可作为调价的依据等。

笔者作为全国首届造价工程师和在工程行业从事造价工作16年，以及转为法律工作者后专门从事工程造价案件的仲裁和代理工作已逾10年的工作经历和丰富经验，深刻认识到处理工程造价争议不能仅凭合同法思维（注重合同约定），而是首先要考虑《招标投标法》等“公法”对工程价款的影响，其次再考虑《民法典合同编》“私法”和发包人的真实意思表示以及行业惯例对工程价款的影响。在综合考虑上述情况后作出的裁/判决方能提高工程价款纠纷案件的“息诉服判率”。

基于最高人民法院对“情势变更”在个案中的适用非常严格（须报高级人民法院批准），以及在适用时需要查明承包人的“商业风险”关键点，笔者认为，“商业风险”除了考虑发包人的“有效约定”外，还重点取决于工程项目的承包模式。现笔者基于常见的发承包模式来论述本轮材料价格大幅上涨后的工程价款调整原则。

在施工承包模式时，根据国家标准《建设工程工程量清单计价规范》GB 50500-2013（以下简称清单规范）第3.4.1条，承包人只是有限度承担材料价格的上涨风险。在合同没有约定有限风险的幅度和范围时，可直接适用《清单规范》第9.8.2条规定，即承包人承担材料价格变动5%的风险，超过部分由发包人承担。但有人却认为《清单规范》属于一般规范性文件，在合同约定材料价格不能调整时，应当遵守合同约定。对此，笔者持有不同观点，至少有如下五个理由：

1.《清单规范》作为国家强制性标准（编号GB50500），大多数的实质性条文都可以找到“上位法”或者“法理”依据。即使部分条文没有法律条文或者法理依据，也至少可归属于行业惯例。根据《民法典》第十条：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯”的规定，工程行业惯例可直接作为案件的裁判依据。

2.当前，很多的工程项目是采用《清单规范》招投标和签订施工合同的，对于强制招标项目，《清单规范》属于《招标文件》的组成部分，根据《招标投标法》第二十七条，招标文件法定优先于投标文件。根据《招标投标法》第四十六条，投标文件又法定优于合同约定，故《清单规范》属于合同的当然组成部分且具有最优先的解释顺序。而对于非强制招标项目，即使施工合同没有约定《清单规范》属于组成文件，但在处理此类纠纷时，也应当重点查明发包人关于工程价款的真实意思表示，一般是指如何确定合同价以及合同约定对价款的变更原因（若有）。

3.《民法典》第八百零八条：“本章（建设工程合同）没有规定的，适用承揽合同的有关规定。”施工合同属于特殊的承揽合同，承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付‘报酬’的合同。承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。施工承包人作为承揽人，收取的是报酬，如让其承担无限风险或所有风险，则合同性质就发生了根本变化，导致一些施工合同实际变成了“买卖合同”。

4.在施工承包下，工程的设计由发包人实际控制且可以随时变更设计。而依据《建筑法》第五十八条，承包人仅有必须按图的施工义务而没有修改设计的权力。如发包人在施工合同签订后，将涨价幅度较小的材料变更为涨价幅度较高的建筑材料时，若建筑材料涨价的风险仍由承包人承担，则发包人的恶意变更或过错行为就会得到保护，这就违反了《民法典》基本的诚实信用和公平原则。

5. 从一些施工合同的约定中可以看出，有的发包人利用优势地位制定的招标文件与合同文本，故意将本应由发包人承担的风险转移给了承包人。依据《民法典》第四百九十七条：“有下列情形之一的，该格式条款无效：……（二）提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；（三）提供格式条款一方排除对方主要权利”。以及第四百九十八条：“对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。”

综上所述，在施工承包下，当前因材料价格疯涨，承包人首先可主张在“有效约定”的风险范围之外调整材料价款。即使施工合同约定不调整材料价款，承包人仍然可依据上述规定主张调整价款。

在采用工程总承包模式（例如EPC）时，材料价格的上涨风险不应由发包人承担，即承包人不能因本轮材料价格大幅上涨而主张调价。（注：FIDIC对DB和EPC就材料价格波动的风险承担有区别）

《工程总承包管理办法》（以下简称管理办法）第十五条“建设单位承担的风险主要包括：（一）主要工程材料、设备、人工价格与招标时基期价相比，波动幅度超过合同约定幅度的部分。”笔者认为，《管理办法》的部分条文仍然是以施工承包的“有限风险”+“FIDIC合同文本（银皮书、黄皮书未区分）”的“混合思路”所制订，并没有真正理解工程总承包与施工承包的主要区别和不同后果是“设计由谁控制”。若以《管理办法》的第十五条规定去实施EPC项目时，则可能会发生如下后果：

1. EPC一般是固定总价合同，在发包阶段，只有承包人可以预见工程采用什么材料建造以及大致的用量，甚至可在施工阶段变更设计。承包人完全可通过提前签订建筑材料购货合同、提前备料等合法手段规避材料价格的上涨风险。而因承包人不作为导致的价格上涨却由发包人承担是与基本法律精神相违背。FIDIC银皮书规定了合同价格不因物价波动进行调整。

2. EPC是典型的边设计边施工项目，在承包人控制设计的情况下，若材料价格的上涨风险由发包人承担时，则承包人可故意将利润较高的材料设计进来，或者恶意导演自卖自买高价材料，其最终会导致EPC合同约定的‘固定总价’失去意义。

最后，需要提醒国有资金投资发包人注意的是：强制招标项目不要轻易通过签署《补充协议》增加工程价款。因“当事人协商一致可以变更合同”是《民法典合同编》的规定内容，在《招标投标法》中并没有如此规定。在未经合法的变更手续流程而直接签署《补充协议》时，发包人的行为可能导致国有资金流失并涉嫌构成渎职犯罪。

作者单位：上海市科汇律师事务所

材料价格上涨时承包人可主张的调价依据

□王静元 靳李玲 周吉高

近年来，受到环保监督加严、国内外形势变化、新冠疫情等影响，钢材、水泥、砂石、铜线等建材大幅上涨，多地已发布建材市场价格波动风险预警，提示发承包双方注意相关风险。我们近期也接到许多施工企业客户有关如何应对材料价格上涨的咨询。针对调价相关问题，我们将结合以往处理调价相关案例的司法实践经验，对调价依据、调价依据适用分析以及承包方的应对建议进行梳理、探讨，以期为面临相关困境或风险的施工企业提供一些参考。

本文主要针对现行法律规定、规范性文件、政策性文件、示范文本中可援引的调价依据进行梳理。承包人可以根据项目实际情况，援引其中一种或多种调价依据，作为协商、谈判等调价相关争议解决的支撑依据。

合同约定材料价格不调整

（一）以情势变更为由主张调价

《民法典》第 533 条：“合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。

人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更或者解除合同。”

据此，如合同约定材料价格不调整，满足下列条件的，承包人可依据情势变更主张调价：

（1）有情势变更的事实发生，即合同的基础条件发生重大变化，且该变化属于当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化；

（2）情势变更的事实发生于合同成立后，履行终止前；

（3）情势变更事实的出现不可归责于当事人；

（4）继续履行合同对于一方当事人明显不公平。

（二）以公平原则为由主张调价

《民法典》第 6 条：“民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务。”

《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第 3 条：“建筑工程施工发包与承包价在政府宏观调控下，由市场竞争形成。工程发承包计价应当遵循公平、合法和诚实信用的原则。”

如合同约定材料价格上涨的风险全部由承包人承担，且材料价格发生非理性上涨，承包人可主张该等约定有违公平原则，材料上涨风险由发承包双方根据公平原则进行分担。

（三）依据《清单计价规范》中有关条款主张调价

《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）（《清单计价规范》）第 3.4.1 条（强制性条文）：“建设工程发承包，必须在招标文件、合同中明确计价中的风险内容及其范围，不得采用无限风险、所有风险或类似语句规定计价中的风险内容及范围。”

第 9.8.2 条：“承包人采购材料和工程设备的，应在合同中约定主要材料、工程设备价格变化的范围或幅度；当没有约定，且材料、工程设备单价变化超过 5%时，超过部分的价格应按照本规范附录 A 的方法计算调整材料、工程设备费。”

（四）依据政策性调价文件主张调价

近几年，针对材料价格大幅上涨的情形，多地政府部门发布了调价文件，这些文件亦可作为调价依据。如：广东住建委 2018 年发布的《广东省住房和城乡建设厅关于加强建筑工程材料价格风险管控的指导意见》（粤建市函〔2018〕2058 号）第 3 条：“涉及建设工程人工、材料、施工机具台班价格波动异常，超出发承包双方按以往经验所能预见与避免的范围和承担的风险的，可参照《建设工程工程量清单计价规范》（GB

50500-2013)第9.8.2条原则重新协商合同价款调整方法。”又如：合肥市城乡建设委员会等2019年发布的《关于印发〈合肥市建设工程主要材料价差调整实施细则〉的通知》(合[2019]7号)第2条第3款(承包人承担的风险幅度取值)规定：“本实施细则对承包人应承担的材料市场价格波动风险幅度设定为10%。即当涨跌幅度小于等于10%时，其材料价格不予调整；当涨跌幅度大于10%时，大于10%以上的部分，可依据本实施细则进行调整。”

因发包人原因导致工期延误、延期开工或暂停施工，期间遭遇材料价格上涨

(一) 发包人原因导致工期延误

因发包人原因导致工期延误，延误期间遭遇材料价格大幅上涨，因此造成承包人增加的费用，实际上是发包人的违约行为给承包人造成的违约损失，应由发包人承担。相关依据如下：

《民法典》第577条：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”

《清单计价规范》第9.8.3条：“发生合同工程工期延误的，应按照下列规定确定合同履行期的价格调整：1 因非承包人原因导致工期延误的，计划进度日期后续工程的价格，应采用计划进度日期与实际进度日期两者的较高者……”

《建设工程施工合同(示范文本)》(GF-2017-0201)(《示范文本》)第7.5.1条(因发包人原因导致工期延误)：“在合同履行过程中，因下列情况导致工期延误和(或)费用增加的，由发包人承担由此延误的工期和(或)增加的费用，且发包人应支付承包人合理的利润：

- (1) 发包人未能按合同约定提供图纸或所提供图纸不符合合同约定的；
- (2) 发包人未能按合同约定提供施工现场、施工条件、基础资料、许可、批准等开工条件的；
- (3) 发包人提供的测量基准点、基准线和水准点及其书面资料存在错误或疏漏的；
- (4) 发包人未能在计划开工日期之日起7天内同意下达开工通知的；
- (5) 发包人未能按合同约定日期支付工程预付款、进度款或竣工结算款的；
- (6) 监理人未按合同约定发出指示、批准等文件的；
- (7) 专用合同条款中约定的其他情形。”

此外，部分高院的指导意见也有相关规定。如：《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》(京高法〔2012〕245号)第12条：“……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。”又如：安徽高院《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)》第15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……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。”

(二) 因发包人原因延迟开工或暂停施工

参考依据：

《示范文本》第 7.3.2 条（开工通知）：“……除专用合同条款另有约定外，因发包人原因造成监理人未能在计划开工日期之日起 90 天内发出开工通知的，承包人有权提出价格调整要求，或者解除合同。发包人应当承担由此增加的费用和（或）延误的工期，并向承包人支付合理利润。”

第 7.8.6 条：“……暂停施工持续 84 天以上不复工的，且不属于第 7.8.2 项（承包人原因引起的暂停施工）及第 17 条（不可抗力）约定的情形，并影响到整个工程以及合同目的实现的，承包人有权提出价格调整要求，或者解除合同。解除合同的，按照第 16.1.3 项（因发包人违约解除合同）执行。”

合同对材料价格是否调整或者材料价格的风险范围/幅度等没有约定或者约定不明

该种情形下，可主张《清单计价规范》与《示范文本》中有关条款为交易习惯，据此主张调价。

《民法典》第 510 条：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等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，按照合同相关条款或者交易习惯确定。”

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）（《合同法司法解释（二）》，已废止）第 7 条：“下列情形，不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院可以认定为合同法所称‘交易习惯’：（一）在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法；（二）当事人双方经常使用的习惯做法。对于交易习惯，由提出主张的一方当事人承担举证责任。”

如合同对材料价格是否调整或者材料价格的风险范围/幅度等没有约定或者约定不明时，承包人可依据《民法典》第 510 条主张按交易习惯确认。参照《合同法司法解释（二）》第 7 条对“交易习惯”的解释，结合司法实践，《清单计价规范》与《示范文本》可被认定为建设工程领域通常采用且为发承包双方订立合同时所知道或者应当知道的做法，据此，承包人可主张《清单计价规范》与《示范文本》中的相关条款为交易习惯，按该等条款主张调价。

作者单位：上海建领城达律师事务所

钢材价格疯涨行情下承包人调价路径与策略分析

□ 郜飞 高敏

根据主流媒体报道，钢铁价格上涨主要原因有：一是疫情后需求逐渐恢复，导致短期内需求集中释放、集中采购推动价格走高；二是近期公布的《钢铁行业碳达峰及降碳行动方案》初稿提出，2025 年前，钢铁行业实现碳排放达峰。今年是“十四五”的开局之年，也是碳中和概念逐渐落实的关键一年，较为严格的环保检查，将会不断导致部分钢企限产甚至是停产；三是国际贸易进口影响着供给，近期煤和铁矿等原材料都在涨价，且涨幅超过预期，所以下游的钢材跟随涨价。

众所周知，建筑业本身是一个利润较低的行业，工程施工周期较长，而建筑材料又是施工企业最主要的成本之一，今年的钢材价格大幅上涨将直接导致广大施工企业利润下滑甚至出现亏损，当合同未约定材料调差条款、采用固定价合同或明确约定材料不调差的情形下，施工企业想要调整材料价差，有哪些法律路径呢？本文作者结合以往处理承包人调整合同价格的案例，对当前环境下承包人调价路径做如下探讨，希望对处于困境中的建筑企业能有所帮助。

路径一：当合同没有约定是否调材差，可以援引规范性文件作为谈判依据

1. 相关规范性文件的规定

《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）9.8.2 承包人采购材料和工程设备的，应在合同中约定主要材料、工程设备价格变化的范围或幅度。当没有约定，且材料、工程设备单价变化超过 5%时，超过部分的价格应按照本规范附录 A 的方法计算调整材料、工程设备费。

地方工程造价管理规范性文件比如《河南省住房和城乡建设厅关于加强建筑材料计价风险管控的指导意见》（豫建科〔2019〕282 号）第三条第（二）款：若合同中约定不调整建筑材料价格或对建筑材料计价风险无约定或约定无限风险时，当主要建筑材料价格涨跌幅度超过 5%时造成合同一方继续履约困难的，发承包双方应本着实事求是和公平公正的原则，协商解决或按照《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500-2013）9.8.2 条规定执行。

2. 律师建议

当合同没有约定是否调材差，可以援引上述规范性文件作为谈判依据，上述规范性文件虽然不是法律或行政法规，法律效力等级较低，没有写进合同条款不产生法律效果。但是上述文件在建设工程领域或本地区有相当影响力，以此作为谈判的依据，也有可能起到一定效果。

路径二：合同约定材差不予调整，但发包人原因迟延开工或暂停施工

1. 《建设工程施工合同（示范文本）》

（GF—2017—0201）的相关条款

7.3.2 开工通知

除专用合同条款另有约定外，因发包人原因造成监理人未能在计划开工日期之日起 90 天内发出开工通知的，承包人有权提出价格调整要求，或者解除合同。

7.8.6 暂停施工持续 56 天以上。

暂停施工持续 84 天以上不复工的，且不属于第 7.8.2 项（承包人原因引起的暂停施工）及第 17 条（不可抗力）约定的情形，并影响到整个工程以及合同目的实现的，承包人有权提出价格调整要求，或者解除合同。

2. 律师建议

如果施工合同采用《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—0201），当因发包人原因导致实际开工日期超过计划开工日期 90 天或暂停施工 84 天的，可以援引上述两个合同条款作为调价的谈判依据。

路径三：发包人违约导致工期顺延期间材料价格上涨

1. 《民法典》关于合同违约的相关条款

第五百八十四条【法定的违约赔偿损失】当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但是，不得超过违约一方订立合同时预见或者应当预见的因违约可能造成的损失。

第八百零三条【发包人违约责任】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，并有权请求赔偿停工、窝工等损失。

2. 实务中常见发包人违约导致工期延误的情形

实务中，发包人提供场地迟延、施工许可证未及时办理、发包人提供图纸迟延是发包人原因导致工期延误的高频事件，尤其是建设单位在规划未经审批通过的情况下要求施工单位先行进场，因规划审批未确定，施工图纸迟迟无法提供。

另外，发包人迟延支付工程款的违约情形也非常普遍，但是发包人迟延支付工程款不是必然能够顺延工期，需要注意几个问题？一是发包人迟延付款的要达到一定程度，轻微的迟延付款或较低比例的迟延付款不易采取停工措施；二是发包人迟延付款导致停工要从以下几个方面固定证据：（1）相关事件的证据：付款申请单载明的时间、支付审批单载明的时间、收款凭证时间；（2）履行催告程序：超过合同约定付款时间后及时发函催告并声明合理期限内还不支付将停工，合理时间到期后仍未支付货款，采取停工措施；（3）确实发生停工的证据：监理会议纪要等证明停工发生的事实和停工的天数。

3. 律师建议

发包人违约导致工期顺延期间遇上材料价格上涨的，根据《民法典》第五百八十四条和第八百零三条可以要求发包人承担差价的损失和停工期间的损失。《建设工程工程量清单计价规范》(GB50500-2013)也有类似规定：9.8.3 发生合同工程工期延误的，应按照下列规定确定合同履行期的价格调整：1. 因非承包人原因导致工期延误的，计划进度日期后续工程的价格，应采用计划进度日期与实际进度日期两者的较高者。2. 因承包人原因导致工期延误的，计划进度日期后续工程的价格，应采用计划进度日期与实际进度日期两者的较低者。

路径四：以发包人违约解除合同退场为由调整合同价款

1. 《民法典》有关合同解除的条款

第五百六十二条【合同的约定解除】当事人协商一致，可以解除合同。

当事人可以约定一方解除合同的事由。解除合同的事由发生时，解除权人可以解除合同。

第五百六十三条【合同的法定解除】有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务的；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。

以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

第八百零六条【建设工程合同的法定解除】发包人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或者不履行协助义务，致使承包人无法施工，经催告后在合理期限内仍未履行相应义务的，承包人可以解除合同。

2. 中途退场发承包人的博弈分析

往往承包人中途退场对于发包人来说损失较大（虽然承包人也有损失），一是发包人再行发包往往价格较高；二是发包人承担工期损失；三是更换承包人程序负责，尤其是案涉工程项目属于必须招标的项目。因此，综合比较，发包人比承包人中途解除施工合同承受更大的损失。如果承包人就合同价格调整与发包人难以达成一致，发包人存在违约行为足以解除合同的情形下，承包人通过解除合同退场作为谈判条件，有可能达成一定的效果。

本文作者曾处理过一个项目调价问题，发包人因为规划手续不全，施工许可证未及时办理，承包人 2017 年 10 月进场施工不久即被建设行政主管部门责令停工并处以罚款。项目停工将近两年，于 2019 年 9 月再次开工。两年期间人材机价格发生大幅上涨，开工后承包人提出调价要求，发包人口头同意并要求承包人赶预售节点。承包人完成预售节点再次要求调价时，发包人更换后的项目负责人不再认可调价。本文作者介入后，以发包人如不调价承包人将以发包人严重违约解除合同退场为由向发包人发函，恰逢小业主因为长期停工在发包人项目部聚集，综合各种因素下，发包人最终与承包人达成一致调整合同价格。

即使通过谈判没有达到调整合同价款的目的，如果能够确认发包人确实存在违约，对于采用固定价的合同，承包人解除合同后也有可能打破固定价，获得理想的结算效果。参见案例最高人民法院（2014）民一终字第 69 号《青海方升建筑安装工程有限责任公司与青海隆豪置业有限公司建设工程施工合同纠纷案》。

3. 律师建议

需要提醒建筑企业的是，合同解除通常是合同履行中较为疑难复杂的情形，建设工程施工合同的解除尤其如此。在确定解除建设工程施工合同前，需要完整固定发包人违约的证据、充分评估合同解除的风险、履行合同解除的程序，同时处理好施工界面固定、索赔和已完工程结算等后续工作。

路径五：以合同无效退场为筹码，通过谈判调整合同价款

1. 《民法典》关于合同无效后果的相关条款

第一百五十七条【民事法律行为无效、被撤销或确定不发生效力的法律后果】民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人应该取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定履行。

《民法典》第七百九十三条【建设工程施工合同无效的处理】建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。

建设工程施工合同无效，且建设工程经验收不合格的，按照以下情形处理：（一）修复后的建设工程经验收合格的，发包人可以请求承包人承担修复费用；（二）修复后的建设工程经验收不合格的，承包人无权请求参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

发包人对因建设工程不合格造成的损失有过错的，应当承担相应的责任。

2. 主张合同无效的策略分析如上述分析，中途退场对于发包人而言通常比承包人损失更大。如果发包人不存在明确的违约行为，承包人贸然退场很大程度上非但达不到调整合同价格的目的，反倒要承担违约责任。这时候可以从合同效力入手，分析是否存在合同无效的情形。建设工程施工合同无效的情形在实务中比较普遍，导致施工合同无效的情形本文不再赘述。

本文作者曾代理一起工程案件，承包人存在调价需求，但是发包人不存在明确的违约行为，如果强行停工解除合同，非但达不到调价目的，承包人还要承担较大的违约责任。综合分析项目情况后发：发包人在招标前就要求承包人进场施工并签订了标前协议，随后才履行招投标程序。根据《招标投标法》第 46 条，以提起诉讼请求确认合同无效退场为筹码，以打促和，最终达到了调整合同价格，双方调解结案的目的。

3. 律师建议需要提醒建筑企业的是，合同无效导致违约条款无效，承包人退场避免了因此承担违约责任，但是合同无效也分过错，导致合同无效的一方应当赔偿对方由此所受到的损失。对于承包人资质不

符合承接项目要求或借用资质导致合同无效的过错方显然在承包人，对于必须招标项目应招未招或中标无效的主要过错方在于发包人。承包人应分析导致合同无效的原因，并有选择的提出合同无效的依据。

路径六：情势变更

1. 《民法典》关于情势变更的条款

第五百三十三条【情势变更】合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。

人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更或者解除合同。

2. 原《合同法》体系下情势变更适用障碍原《合同法》中并没有情势变更的相关条款，情势变更制度是通过《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、《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》《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》等文件确立的。在原《合同法》体系下更强调严格遵守合同履行，对于情势变更的适用条件比较苛刻，如果根据案件的特殊情况，确需在个案中适用的，应当由高级人民法院审核。必要时应报请最高人民法院审核。

鉴于原《合同法》体系下对于情势变更的严格适用，相关案例比较少见，为数不多的案例可参见湖南省高级人民法院《长沙白马桥建筑有限公司与郴州市裕兴房地产开发有限责任公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书》（2015）湘高法民一终字第68号。

3. 《民法典》扩大了情势变更制度的适用范围《民法典》第533条从立法层面确认了情势变更原则并进行了重新界定，删除了“非不可抗力”的限定词，删除了“不能实现合同目的”的情形，将“客观情况”修改为“基础条件”，明确增加仲裁的救济途径，更重要的是根据《民法典》的规定，一旦认定属于情势变更，人民法院或仲裁机构就应当作出变更或解除的判决或裁决，不能再驳回该项请求，也确保了当事人的救济能够得到实体处理甚至妥善解决。

因此，《民法典》扩大了情势变更制度的适用范围，让情势变更在实务中更具有操作性和适用性，改变情势变更在过去僵硬化的适用条件。《民法典》下的情势变更将成为我国商事法律制度的重要补充，对当前经济环境下的建筑企业起到一定的帮助作用。

以上是调材差或调整合同价格的可能法律路径。当前环境下，承包人出现项目亏损时有发生，调整合同价格或索赔是承包人弥补亏损的有效手段。但是调整合同价格并不是一件容易的事情，需要专业律师结合法律和工程实务经验，敏锐察觉项目实际进展情况，拿出切实可行的方案，方能提高调整合同价格的成功率。

作者单位：上海市建纬（北京）律师事务所

第五部分 工程价款的支付

建筑施工企业现金流风险及应对

□ 孙玉军

一般说来，衡量企业实力有两大指标，分别是产值与现金流。产值代表规模，现金流代表发展质量。对于施工企业，规模是面子，现金流是里子，没有足够的现金流，规模做得再大也终会变成举步维艰的结局。因此，施工企业要平衡规模、利润和现金流的关系，把现金流的维系放在重要管理位置上。

影响现金流的原因

1. 建设单位资信原因

建设单位资信能力是影响项目工程回款的最重要因素。当前形势下，几乎所有的项目均存在垫资施工问题，有的项目利润甚至低于质保金数额。一旦建设单位出现现金流问题，会直接影响施工企业的回款，特别是在当前房地产市场不景气，甚至过剩的情况下，很多开发商都面临去化能力差、现金回笼慢的情况，这些单位随时面临破产，或者变成僵尸企业。并且，存在问题的不仅仅是开发企业，很多地方政府也存在这个问题，为了形象大规模开发，导致很多地方政府投资项目停建、缓建，甚至部分地方政府直接告诉施工企业无力支付工程款。因此，建设单位的资信能力、资金实力和现金流，决定了施工企业的项目现金流。

2. 合同条件原因

在当前建设工程领域，建设单位占据着绝对优势地位，建筑市场长期处于“狼多肉少”的局面，建设单位在设置合同条件时越来越苛刻，很多项目因合同条件差导致项目现金流差：

一是中标金额低，项目本身亏损。亏损项目不管过程支付如何，最终的项目现金流一定是负的，有的项目因为亏损的问题常年不结算，造成更大的现金流漏洞。

二是合同约定付款比例低或者大节点付款。付款比例低或者大节点付款导致项目过程中成本支出长时间高于现金流入，由此导致项目长时间负现金流。

三是变更索赔款过程不支付。有的合同中约定因变更增加费用、索赔费用和新增工程量过程不予支付，全部都在项目结算后统一支付。如果施工项目变更更多，就造成增加的费用长时间拿不到钱，而工程结算又遥遥无期，那么项目现金流将会极大受影响。

四是结算审核时间过长。当前市场下，进度款比例很低，大部分款项留待结算后支付。结算时间越长，结算款回收时间越长，资金成本越高。有的建设单位直接在合同中约定结算三次审核，单次结算审核期超过一年，仅仅一个结算程序时间就长达二三年，甚至有的政府投资项目直接约定工程结算以政府审计为准，政府审计什么时候做呢？施工企业完全没有掌控力。结算时间过长，导致结算款迟迟无法回收，影响项目和企业的现金流。

3. 工程长期停工

如上所述，施工企业都是垫资施工，所垫资的部分只有等到项目竣工并且完成竣工结算后方能到达付款时间节点。项目长期停工，导致建设单位对施工企业的付款一直停留在进度款的付款比例上，除非施工企业解除施工合同。而施工企业的分供商却不会长时间等待，只要在其期望的时间内没有收回价款，分供

商就直接通过各种方式索要款项了。另外，项目工期延长总会造成成本增加，如管理费成本、安全文明施工措施费等等，但是这部分费用建设单位并不愿意承担，有的甚至在施工合同中直接约定建设单位不承担责任或者只承担有限责任。因此，项目停工或者工期延长，会极大影响项目现金流。

4. 验工结算不利

对于施工企业来说，由于项目工期长，垫资金额高，解决现金流比较理想的状态就是过程验工高、结算时间短。但是，有的企业不注重过程报量，不仅未将过程报量提高和提前报量，往往还漏报量或者少报量，并且结算也久拖不决，从而极大的影响项目现金流。

5. 成本控制不利

企业和项目现金流差的原因除了现金流入低之外，还有就是成本控制不力，从而导致大量现金流被无用成本吞噬，比如施工现场材料浪费、施工质量差导致返工、人工利用率不高导致窝工、企业管理成本过高等等，影响企业和项目现金流。

现金流差的危害

1. 被诉案件增多

当施工企业或者项目现金流差或者现金流枯竭时，往往无力支付下游分包商和材料商的款项，从而导致企业诉讼案件增多。诉讼案件增多不仅增加企业成本，还会影响企业的形象和信誉，给企业带来方方面面的困扰。诉讼案件只要进入执行程序，就必须支付欠款。

2. 影响其他项目及企业现金流

一个项目现金流差或者现金流为负，企业往往采取的措施是“拆东墙补西墙”或者通过银行贷款解决项目现金流，若施工企业存在大量的负现金流项目，则意味着企业需要大量的外来资金维持企业的运转，但是与此同时会造成企业负担大量的资金成本，久而久之，就会导致整个企业利润降低，整个企业现金流越来越差。

3. 资产被查封冻结，直到破产

当施工企业现金流枯竭，那么就会面临大量的诉讼案件，由此导致自身的资产和银行账户被查封冻结，企业很快就会走向破产，即使不破产企业也完全丧失生产经营能力。

如何应对现金流风险

1. 做好标前评审

施工企业在参与投标前，不能“无的放矢”，不能为了承接项目而“饥不择食”，不能为了完成指标而“慌不择路”，而是要有所为有所不为。要根据企业自身状况编制项目投标的“负面清单”，在具体项目投标前对项目进行标前评审。标前评审主要考虑四个方面：

一是建设单位资信。建设单位资信决定了建设单位履约能力，建设单位的资信条件一般与合同条件成反比，故资信条件不好的合同条件一定要好，反之亦然。施工企业对建设单位资信条件的了解，从招标人注册资金、行业地位、土地权归属、项目土地出让金支付情况、建设单位过往履约情况、建设单位涉诉情况、项目融资情况和融资计划等多个方面审核，若发现建设单位资信不良，要降低垫资比例甚至不垫资，也要谨慎提交投标保证金、履约保证金、履约保函等。

二是项目种类。施工项目一般可以分为住宅地产、商业地产、工业项目、基础设施、其他公建、海外项目等等。在当前大的市场环境下，住宅地产非常成熟，利润空间有限，商业地产过剩，工业项目根据工业门类和开发主体的不同各有特点，基础设施和公建项目属于优质项目，但是也受制于地方政府的财政状况。因此，施工企业应当根据自身情况合理确定各类项目的占比，尽量降低施工技术含量低、效益附加值低的一般地产项目在总体承建项目中比重，尽量提高基础设施和公建类的市场比重。

三是项目规模。项目达到一定规模，能够降低管理费用成本占比，更容易产生效益；反之，项目过小投入的营销费用、管理费用、大型机械设备进出场费用以及其他不可预见的费用难以分摊。因此，项目投标需要有规模指标要求。

四是其他合同条件。有的合同条件太苛刻也应果断放弃投标，比如合同中有建设单位欠款不能停工、不能解约的约定，项目停工不能索赔的约定，固定价格不允许调整的约定等等。

2. 做好合同评审

在项目中标后合同签订前，施工企业应仔细对合同进行评审，合同评审中涉及现金流需要注意的有以下几个方面：

一是合同付款条件及方式。项目是月度付款还是节点付款、付款比例、付款间隔时间，付款方式是否包含商业承兑汇票、保理、以房抵债以及其他非常规支付方式。

二是结算审核期限及流程。一般来说，若项目结算审核期限超过六个月，那么就应视为结算审核时间过长，并且要注意合同中约定的结算流程，有的建设单位会要求约定在多次结算审核，这无疑会极大延长结算审核期限。

三是质保金比例。根据《建设工程质量保证金管理办法》，质保金总预留比例由不得高于工程价款结算总额的 3%，因此，若合同中约定的质保金过高（如超过 10%），那么施工企业应该尽量优化合同。

四是变更索赔款的支付时间。实践中，变更索赔款一般有三种支付方式，分别是随着进度款一并支付、达到一定金额（如 1000 万）后支付、随着结算款支付。

3. 做好过程验工

过程验工是中间付款的最重要依据，也是竣工结算的重要参考指标。要做好过程验工，首先要做好施工图预算，提前算量才能及时报量；其次是要对建设单位的验工批复认真审查，验工不足的要及时提交异议，要求建设单位重新验工或者补足验工；最后是所有变更工作量、增加工作量、索赔等额外增加合同价款的内容都要在过程验工予以申报，要求施工监理、投资监理和建设单位进行审核。施工企业要按照合同约定的计量周期和计量内容及时、完整的上报验工，不能将验工内容与付款内容画等号，不能因为某些变更价款合同约定结算支付就放弃了中间验工。

4. 重视进度控制

项目管理应以工期管控为核心，坚决禁止出现工期违约的情况，因为一旦发生工期违约，建设单位要求的工期违约金会将施工企业的所有利润覆盖，亏钱又丢人。施工企业应当根据合同工期要求做好工期策划，充分考虑施工道路情况、建设单位配合情况、政府要求情况、人员物资情况等；如果出现因建设单位原因或非施工企业原因延期开工或工期延长，施工企业因按照约定及时行使权利，申请工期索赔、费用索赔等等。如果建设单位故意延长工期或者其他原因长期停工，施工企业应考虑解除施工合同。

5. 重视过程索赔

索赔可以分为过程索赔和一揽子索赔，过程索赔又叫“一事一索赔”，几乎很少有施工企业做到一事一索赔，往往寄希望于当项目竣工后，在结算中和建设单位谈索赔。根据实践经验来看，结算时再谈索赔效果一般都不理想，并且属于施工企业自己放弃了在过程中索要索赔款的权利，未能将索赔款变成自身现金流。因此，律师建议，施工企业要提升过程索赔能力，尽量做到一事一索赔，并且要做到索赔款过程落地，从而改善项目现金流。过程索赔还有一大优点是，可以通过索赔将过程中影响项目施工的责任推给建设单位，从而避免建设单位的反索赔。

6. 风险过程解决

若项目在施工过程中出现重大争议事项，如因政策原因导致项目成本大幅提升、因第三人原因导致项目长期停工、项目亏损严重、项目现金流极差等，施工企业应该在过程中将上述问题予以解决，因为一是在施工过程中，施工企业掌控施工现场，拥有谈判主动权；二是若重大争议事项能妥善解决，可以增加项目收入，从而增加项目现金流；三是若在过程中不予解决，拖至结算，建设单位往往以各种理由推脱，从而对施工企业不利。

7. 严控项目成本

企业和项目现金流不仅要注重现金流入，还要注重现金流出，因此，施工企业要注重成本管理，在项目上要建立成本管理制度，做到材料的高周转和高利用率，减少材料的浪费，要根据项目实际情况，制定施工计划，做到工期短、材料利用率高、浪费少；在企业总部要做好资金预算支付制度、财务分析制度、应收账款管理制度、材料采购制度等，尽量控制自身成本；对分包的付款要严格按照合同和分包实际工作量付款，严禁超付工程款，通过方方面面降低企业成本，从而降低现金流出。

8. 提高风控能力

施工企业要努力提高自身风控能力，从而从根源上防范现金流风险和解决现金流风险，提高风控能力包含以下几个方面：

一是识别风险的能力。风险变成损失最主要的原因在于发现风险太晚，从而难以有有效的措施去防止风险。因此，识别风险就变得极为重要。这些风险包括利润率风险、现金流风险、工期风险、质量风险、工程停工风险、建设单位破产风险、安全施工风险、分包闹事风险、政策变化风险、市场涨价风险、违约责任风险等等。施工企业要努力提升自身识别风险的能力，根据合同条件、建设单位情况、项目情况、市场环境、政策导向等认真分析风险的可能性和危害性。不仅要识别合同中的风险，还要在整个项目施工过程中，随时发现风险，从而防范风险。

二是计划管理能力。施工企业项目中标后，首先要进行盈亏分析，根据已报价工程量清单分析盈利点和亏损点，并制定相应措施来确保盈利点落地，亏损点少亏或不亏，对项目的盈亏计算和商务策划，要贯彻项目始终；对于一些确实无法实现盈利的项目想办法尽快结束项目，尤其不能出现已施工部分的大规模亏损。其次要进行工期策划，项目工期既是施工企业履约能力的体现，也是项目管理能力的体现；工期策划不仅仅是如何抢工期，更应该是如何顺延工期，只有取得顺延工期的建设单位认可，施工企业的抢工期才会有价值。工程施工需要甲乙双方配合，如果建设单位场地不移交、图纸不提供、资金不拨付、没有施工许可证书，施工企业没有办法独立完成施工，同时工程施工又受政府政策规定的影响。另外还要进行现金流策划，编制现金流量表，预估项目现金流从负转正的时间。

三是变更索赔的能力。很多施工企业不敢也不愿去索赔，认为索赔不仅耗费时间，还容易得罪建设单位，这恰是施工企业变更索赔能力不足的体现。施工企业应在项目开工前甚至是项目投标前，即开始一个项目的索赔策划，在项目过程中遇到索赔事件或者有好的时机时，主动出击，通过索赔增加项目效益或者弥补项目亏损。

四是合同谈判能力。合同谈判不仅仅是签约谈判，施工企业更要在合同履行过程中，利用工程变更、技术要求、工期需要等变化，通过补充协议、会议纪要、变更签证等优化合同条件，优化计价和现金流。合同谈判要充分考虑情势，充分考虑甲乙双方在不同时间点所处的不同地位，抓住有利时机实现合同策划目标，既不能漠视等待更不能盲目硬上。

五是敢于诉讼。部分施工企业在建设单位迟迟无法支付工程款时，在故意长时间拖延结算时，在工期长时间停工时，为了维护和建设单位关系、对项目抱有幻想、害怕诉讼等原因而不敢起诉，导致丧失有利时机或者损失一步步扩大。律师认为，施工企业应正确看待诉讼，诉讼只不过是市场主体解决问题的一种手段，既不能仰视更不能鄙视，是否提起诉讼是市场的选择结果，而不能人为定指标。对于某些项目、某些建设单位，在通过非诉讼手段无法回收工程款时，要善于利用诉讼回款。诉讼能力也是企业竞争力。施工企业要充分掌握建设单位资产，如土地状况、销售情况、抵押状况；充分掌握建设单位财务信息，如银行账户情况、基本账户；充分掌握建设单位项目的现状，如预售许可证是否办理、大产证是否办理，通过快速查封建设单位资产，要求建设单位调解，从而达到快速回款，解决项目现金流问题。

作者单位：国浩律师事务所

未完成工程整体竣工验收但已由发包方实际占有使用时如何确定价款支付时间？

裁判要旨

本案中，涉案工程虽未完成整体竣工验收，但已由发包方实际占有使用，法院以发包方占有使用涉案工程之日作为工程实际竣工及交付之日，并认定该日期为发包方应付工程价款的时间符合法律规定。

案例索引

《青岛三利集团有限公司、北京弘高建筑装饰设计工程有限公司建设工程合同纠纷案》【（2018）最高法民终 729 号】

争议焦点

未完成整体竣工验收但已由发包方实际占有使用时如何确定工程价款支付时间？

裁判意见

最高院认为：（一）关于三利公司是否欠付弘高公司本案合同项下工程款的问题本案系由弘高公司就其施工的青岛三利莫丽斯酒店、公寓楼、附属楼外立面装饰工程，起诉请求三利公司支付所欠工程款。一审中，经弘高公司申请，一审法院委托司法鉴定，鉴定单位作出《工程造价鉴定意见书》，鉴定出涉案工程造价为 8742846.10 元。通过对双方有争议部分的工程造价予以分析认定，一审法院最终确认涉案工程造价为 8832933.73 元，对此，本院予以确认。二审中，三利公司提出其不应按照工程造价全额支付工程款，因弘高公司在施工中擅自撤场，且涉案工程存在诸多质量问题，并提交另案中山东省青岛市建筑设计研究院集团股份有限公司作出的编号为 QDSJYJD-7818 的《鉴定意见书》予以证明，还称其占有使用涉案房屋不属于擅自使用。本院认为，首先，一审中，弘高公司提交北京市方正公证处出具的《公证书》，记载三利公司在企业网站登载其顺利实现试营业的内容，三利公司称其实际占有使用是为防止损失扩大而临时使用，不属于擅自使用，缺乏事实和法律依据。其次，三利公司在未办理竣工验收手续的情况下擅自使用涉案工程，且未就涉案工程质量问题在本案提出反诉，三利公司提交的有关工程质量的《鉴定意见书》系在另案中作出，如果弘高公司完成工程需要修复或维护，可在另案中予以解决，但三利公司在本案以工程存在质量问题主张不应全额支付工程款，本院不予支持。

关于三利公司上诉主张其于 2011 年 8 月 10 日支付给弘高公司的 500 万元款项是用于支付本案项下工程款问题，本院二审审理查明，6706 号判决已经明确认定该笔 500 万元的款项是用于支付该案工程项下莫里斯酒店负一、负三层及美食街、设备房装修工程的工程款，故三利公司提出该笔 500 万元应为本案合同项下已付工程款的主张，明显不能成立。关于三利公司称其与弘高公司签订了八份合同，以形成的五起诉讼的工程造价综合计算，三利公司已实际超付工程款，故主张不存在本案欠付工程款问题。本院认为，首先，三利公司与弘高公司签订的八份施工合同中，对工程范围、合同工期、合同金额、付款方式等内容均作出了明确约定，即使这些工程存在同时施工、交叉施工的状态，亦不影响工程各自独立的结算和付款。现双方对发包方所付款项对应哪项工程产生纠纷，三利公司作为支付工程款一方应承担举证责任。其次，三利公司提出应将五起诉讼所涉工程统一计算工程款的理由欠缺依据。五起诉讼已分别立案、审理，各案对项下工程造价均作出了认定，是否存在超付工程款情形，应当以个案的证据和事实为依据。本案中，三利公司并未提出尚有其他款项应当作为本案已付工程款，故一审认定三利公司并未足额支付弘高公司本案合同项下工程款，并无不妥。

（二）关于一审认定逾期付款违约金的起算时间是否正确的问题《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》第十八条规定：“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：（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”。本案中，涉案工程虽未完成整体竣工验收，但已由三利公司实际占有使用，一审法院以三利公司占有使用涉案工程之日作为工程实际竣工及交付之日，并认定该日期为三利公司应付工程价款的时间，并结合双方在施工合同第六条第 3 款中的约定，认定此日期为逾期付款违约金的起算时间，符合法律规定，本院予以维持。三利公司主张因双方未对工程进行结算，应当自起诉之日起计算逾期付款违约金，依据不足，本院不予支持。（最高院）

“工抵房”的法律实践问题研究

□张 纲

房价下行的压力之下，11 月以来，多地陆续出台房价“限跌令”。光明正大降价被“限跌”之后，开发商们又想出了新招，打骨折的“工抵房”如雨后春笋般冒出。问题是，开发商敢抵敢卖，施工方你们敢要吗？为此，我们通过走访、调研多家施工企业，搜集到了他们实实在在对“工抵房”担心的问题，从而结合了法规、最高法院的判例为其作出解答，帮助施工企业规避法律风险。

问题一，开发商把房屋当做工程款抵给施工方，但房屋上同时有银行贷款抵押，“工抵房”会不会被银行强制执行走？

答：不会。通过对最高院建设工程类判例的检索，我们举一判例来详细说明：

最高人民法院（2020）最高法民再 352 号这个案件中，一审、二审法院均认为建机某公司与大邑某公司选择直接用房屋抵偿建机某公司的工程款的方式与法律规定的建设工程优先受偿权行使的方式不符，建机某公司不能基于建设工程优先受偿权排除强制执行。

而最高院认为

本院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第一条规定：“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。”紫杰投资公司对大邑银都公司享有的是普通借贷债权，而建机工程

公司作为案涉工程项目的承包人对案涉房屋享有建设工程价款优先受偿权，建机工程公司工程款债权优先于紫杰投资公司的普通债权得到受偿，案涉房屋系工程款债权的物化载体，本案不适用执行异议和复议规定第二十八条，建机工程公司就案涉房屋享有的权利足以排除紫杰投资公司的强制执行。

判决书读起来较为晦涩，我们帮大家翻译一下：

最高院认为，“工抵房”是用于折抵工程款的，本质上属于“工程款”，因此享受与工程款同等的“优先”待遇，而因工程款优先于抵押权，因此施工方拿到的“工抵房”不能被贷款银行强制执行。

问题二，真碰到方式把房子一屋二卖了，而且还卖给了那种不知情的第三人，该怎么处理？

答：因为施工企业在处理“工抵房”的时候，为了避税，因此不会和开发商之间办理房屋过户手续。碰到开发商一房二卖给另一个不知情的买房人，这种买房人在法律上叫做“善意第三人”，而法律会保护这种善意第三人的利益。

为了解决这个问题，核心点就是要破除所谓的“善意”，那么我们建议施工方可以采取以下几个措施：
1. 为“工抵房”办理预告登记。2. 实际占有该房屋，例如拿到房屋钥匙、在房屋内布置简单家具等。3. 在门上贴上告示或封条，表示已有人购买并占有该房屋。

问题三，施工企业与开发商签订“工抵房”的抵债协议后，抵债的房屋又被开发商其他债权人保全查封了怎么办？

答：在第一个问题中我们已经知道，“工抵房”因带有工程款的优先属性，是不能够被其他债权人强制执行的。但依据司法解释，不可以被强制执行，并不代表不可以被保全查封，因此“工抵房”在买卖过户之前是有可能被其他债权人进行保全的。如果想解除查封，打债权人申请资产保全相同的金额到法院指定帐户或者提供等值的财产作为担保让法院解封。

问题四，施工方拿到“工抵房”之后可以进行预告登记，这个预告登记和强制执行之间有什么区别？

答：我们说的预告登记是为了防止开发商把“工抵房”抵偿给施工方后，再一房二卖给其他人。预告登记是施工方和开发商之间和平协商达成抵债协议之后，防止房屋被一房二卖从而能保护自身利益的一种措施，即预告登记后一般没法再一房二卖。

而强制执行是指双方已经进入了诉讼阶段，施工方强制执行开发商的相关财产时，把属于开发商的房屋强制拍卖或变更至施工方的名下的一种司法行为。

（作者单位：北京盈科（南京）律师事务所）

债务人破产，债权人能否要求继续履行以房抵债协议？

□李舒 李元元 李莹莹

签订以房抵债、以车抵债等以物抵债协议的，在债务人企业破产的情况下，以物抵债协议的债权人能否要求债务人企业继续履行以物抵债协议，进而要求其交付抵债物？管理人能否解除以物抵债协议？在签订以物抵债协议的债务人破产时，债权人应该注意哪些法律风险呢？

裁判要旨

债务人破产，破产管理人不能随意解除以物抵债协议，债权人亦有权请求继续履行以物抵债协议，抵债物应被列入债务人企业破产财产。

案情简介

一、2015年10月，因卢德国与广信公司之间存在借款关系，广信公司将其名下581个车位以网签的形式预售给卢德国，并签订《顶房协议》《商品房预售合同》。

二、2016年6月，广信公司经法院裁定重整。卢德国向广信公司管理人申报借款债权。2017年12月，广信公司管理人通知卢德国不再向其交付上述车位。

三、卢德国遂将广信公司诉至山东威海中院，请求确认其对涉案车位所有权，并要求继续履行合同。

四、2018年7月，威海中院经审查认为，卢德国与广信公司之间的商品房预售合同实质为借贷关系提供担保，因未办理登记，卢德国对涉案车位仅享有债权。应按企业破产法的规定申报债权，判决驳回诉讼请求。卢德国不服，上诉至山东高院。

五、2018年11月，山东高院经审查认为，卢德国与广信公司之间的合同属于以物抵债协议，涉案车位买卖是为担保民间借贷债务履行，并非买卖合同关系。因广信公司未交付涉案房产、未办理过户登记，以物抵债构成个别清偿，广信公司管理人有权解除合同。判决驳回上诉，维持原判。卢德国不服，向最高人民法院申请再审。

六、2019年9月，最高人民法院判决驳回卢德国再审申请。

裁判要点及思路

最高法院认为，本案再审审查主要有两个问题：1. 原判决认定《顶房协议》《商品房预售合同》系以物抵债协议是否存在认定事实错误问题；2. 二审法院认定广信公司构成个人清偿，是否存在适用法律错误问题。

关于争议焦点问题1，最高法院认为，《商品房预售合同》系在双方之间因民间借贷关系而形成财产抵偿债务协议的基础上签订的，二者具有整体性和关联性，不能割裂地分析双方之间的房屋买卖关系和借贷关系。故《商品房预售合同》的性质应认定为以物抵债协议。因涉案房屋未发生物权变动，卢德国无权行使取回权。

关于争议焦点问题2，最高法院认为，鉴于广信公司仅在二审答辩时提出本案以物抵债行为属于个别清偿行为，但在其未就上述个别清偿行为提起反诉的情况下，二审法院认定广信公司管理人有权主张撤销《顶房协议》《商品房买卖合同（预售）》超出本案审理范围，有所不当。但由于原判决中未就撤销问题作出明确判项，且原审法院未支持卢德国关于对案涉房屋行使取回权主张的处理结果并无不当。本案是否构成个别清偿，当事人可另案处理。

分析最高法院背后的裁判思路，最高法院认为，当债务人破产且抵债物未发生物权变动的情况下，债权人无权仅基于以物抵债协议要求确认其对抵债务的所有权，更无权要求取回，抵债务应被列入债务人的破产财产。本案债权人卢德国请求继续履行合同，但是，在债务人企业破产的情况下，最高法院的态度比较明确，即债权人无权在该种情形下请求继续履行合同。这是因为，一旦允许债务人继续履行合同，无异于赋予以物抵债的债权人物权性质的权利，不符合破产程序公平受偿的原则。另外，在程序方面需要注意的是，债务人破产管理人如在“破产债权确认纠纷”中撤销以物抵债协议，需要就个别清偿行为提起反诉。此时，法院才有权就以物抵债协议是否构成个别清偿、是否应撤销作出判项。

实务要点总结

当事人欲通过以不动产抵债形式消灭原有债权时，债权人必须考虑到一旦债务人企业破产的情况下，债权人存在极大地不能取得抵债物的法律风险。债务人应当知道以下法律要点，提前做好相关准备，请专业律师介入前期以物抵债协议的拟定、签署工作，防止“一着不慎”，不能全额受偿债权。

一、债务人破产时，破产管理人不能随意解除以物抵债协议。企业破产法第 18 条规定，破产管理人对破产申请受理前成立而债务人企业和对方当事人均未履行完毕的合同，有权决定解除或者继续履行。但是，在以物抵债协议中，债权人一方已经履行完毕合同，仅破产债务人未履行完毕。故，不符合企业破产法第 18 条规定的情形，债务人破产管理人不能随意解除合同。

二、债务人破产时，以物抵债协议的债权人无权请求继续履行以物抵债协议。债务人破产管理人不能解除合同，并不意味着债权人有权请求债务人的破产管理人继续履行合同。这是因为，一旦支持以房抵债、以物抵债的债权人继续履行合同的请求，无异于赋予其物权期待权。即使在债权人不属于无过错的买受人或买受房屋的消费者时，支持债权人要求破产管理人交付抵债物的请求，无异于个别清偿，不符合破产程序公平受偿的原则。

三、债务人破产，债权人请求债务人继续履行合同的，应通过破产程序公平受偿。即使债权人属于无过错的买受人或买受房屋的消费者时，债权人请求破产的债务人继续履行合同的，根据最高法院在九民会议纪要中的最新司法观点，法院应将债权人的请求转化为金钱之债，即一般的金钱债权。以物抵债的债权人通过破产程序，与其他债权人公平受偿。

四、如果抵债物是在建房屋，在债务人企业破产的情况下，可以以事实履行不能，不能实现合同目的为由，允许破产管理人解除合同。此时，破产管理人有权解除以物抵债协议的依据是合同法关于合同履行不能时当事人对待给付义务消灭的规定，而非企业破产法第 18 条的规定。

（作者单位：北京云亭律师事务所）

第六部分 工程索赔

工程索赔常见认识误区及化解建议

□姚宗国

工程建设过程中，索赔一般是双向的，我们常将承包单位的索赔称为“索赔”，建设单位的索赔称为“反索赔”。2021年1月1日施行的住房和城乡建设部、市场监管总局联合印发的《建设工程总承包合同（示范文本）》（GF-2020-0216）中未对承包单位“索赔”与建设单位“反索赔”未再进行区分，而是统一规定根据合同约定，任何一方认为有权得到追加/减少付款、延长缺陷责任期和（或）延长工期的，均可以向对方索赔，索赔的主体统称为“索赔方”。实践中，我们发现无论是承包单位还是建设单位，对工程索赔常会对存在一些认识误区，该认识误区源于对工程索赔范围、索赔期限认识不准确。为此，我们结合相关司法案例进行专门了分析，并提出了相应化解建议，以供各位参考。

常见认识误区

误区一——任何事项都可以索赔

参考案例 1：东北制药集团股份有限公司、沈阳市政集团有限公司建设工程施工合同纠纷一案

辽宁省沈阳市中级人民法院(2021)辽 01 民终 8678 号

【裁判观点】本院认为，关于上诉人提出被上诉人主张质保金已经超过合同约定的索赔期限，应视为放弃索赔权利的问题。因质保金不属于合同索赔项目，故上诉人的此项主张没有相应依据，本院不予支持。

【裁判规则总结】非约定索赔项目不适用索赔期限约定。

误区二——超过索赔期限即丧失实体权利

参考案例 2：山东民生建设有限公司与林芝华庭房地产开发有限责任公司建设工程施工合同纠纷一案

二审：西藏自治区高级人民法院（2018）藏民终 67 号

再审：最高人民法院（2019）最高法民申 2708 号

【二审法院裁判观点】

四、关于约定的违约索赔期限已过，是否适用诉讼时效的问题。

民生公司在二审中提出根据《建设工程施工合同》通用合同条款 19（3）约定“发包人应在知道或应当知道索赔事件发生后 28 天内通过监理人向承包人提出索赔意向通知书，发包人未在前述 28 天内发出索赔意向通知书的，丧失要求赔付和（或）延长缺陷责任期的权利。”华庭公司提起的违约索赔诉讼，早已超过合同约定的期限，其诉讼请求应予驳回。对此，本院认为，根据《中华人民共和国民事诉讼法总则》第一百九十九条规定：“法律规定或者当事人约定的撤销权、解除权等权利的存续期间，除法律另有规定外，自权利人知道或者应当知道权利产生之日起计算，不适用诉讼时效中止、中断和延长的规定。”本院认为，根据该规定，适用除斥期间的权利为撤销权、解除权等形成权。本案中索赔权属于损害赔偿请求权，不属于除斥期间。因此，本案中，华庭公司请求人民法院保护其民事权利属于诉讼时效期间。根据《中华人民共

和《民法总则》第一百九十七条第二款规定：“当事人对诉讼时效利益的预先放弃无效。”《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第四条规定“当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，人民法院不予支持。”民生公司在一审中并未提出时效抗辩，对于民生公司的该项上诉请求本院不予支持。

【再审法院裁判观点】

三、关于华庭公司是否丧失索赔权利问题。

二审判决依据《中华人民共和国民法总则》第一百九十七条第二款、第一百九十九条、《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第四条的规定，以诉讼时效利益的预先放弃无效、民生公司在一审期间并未提出诉讼时效的抗辩为由驳回民生公司诉讼时效的抗辩具有事实和法律依据。民生公司关于华庭公司未在 28 日内发出索赔意向通知书，丧失索赔权利的再审申请理由亦不能成立。

【裁判规则总结】索赔权属于损害赔偿请求权，索赔期间不属于除斥期间，超过索赔期间，索赔方有权在诉讼时效内向对方主张索赔权利。

误区三——只要向对方提出索赔要求即可，无需遵守合同约定的索赔程序

参考案例 3：中国第十三冶金建设有限公司、陕西黄延高速公路有限责任公司建设工程施工合同纠纷一案

最高人民法院 (2018) 最高法民终 380 号

【裁判观点】（一）关于十三冶金公司提出黄延公司应赔偿其窝工损失 5457130.7 元的诉讼请求是否应当支持的问题。十三冶金公司请求的窝工损失赔偿，主要是基于原设计的利用土方不能作为路基填料及甲供材料前期不能按计划供应问题。鉴定机构作出的鉴定意见虽然认为该项损失金额为 5457130.7 元，其中原设计的利用土方不能作为路基填料造成的窝工损失经鉴定应补偿的金额为 5178650.37 元，甲供材料前期不能按计划供应造成损失的金额为 278480.33 元。但是，黄延公司与十三冶金公司签订的《合同协议书》约定，合同通用条款为《公路工程国内招标文件范本》1999 年版。合同 53.1 规定，如果承包人根据本合同条款中任何条款提出任何附加支付的索赔时，应在该索赔时间首次发生的 21 天之内将其索赔意向书提交监理工程师，并抄送业主；53.2 规定，第 53.1 款所指事件发生时，承包人应保存当时记录，作为申请索赔款的凭证；53.4 规定，如果承包人提出的索赔要求未能遵守本条中的各项规定，则承包人无权得到索赔或只限于索赔由监理工程师按当时记录予以核实的那部分款额。本案中，合同中对索赔的程序有明确规定，对承包人未能按合同约定的程序所产生的后果亦有明确约定，即承包人无权得到索赔或只限于索赔由监理工程师按当时记录予以核实的那部分款额。对于因甲供材供应不及时导致停窝工损失 278480.33 元，十三冶金公司项目部于 2003 年、2004 年就该损失向黄延公司项目部、监理办提出要求赔偿的请求，并提供了监理工程师签字认可的部分损失明细汇总表。鉴定单位依照监理工程师当时记录核实的部分以及考虑程序惯例，计算出因甲供材供应不及时造成的机械、人工停滞损失为 278480.33 元。因此，一审判决对十三冶金公司按照约定的必要条件和材料索赔的 278480.33 元予以支持。但对于其他停窝工损失赔偿请求，十三冶金公司未能按照合同约定在索赔事件发生后及时将索赔意向书提交监理工程师，也未能提供监理工程师对该损失进行核实的记录材料。故一审判决根据双方合同通用条款对于索赔事项的规定，对十三冶金公司未按照约定的必要条件和材料要求赔偿的停窝工损失部分不予支持，是正确的。

【裁判规则总结】未按约定的必要条件和材料要求索赔，对索赔请求不予支持。

误区四——索赔期间起算时间为工程竣工后

参考案例 4：东泰华美建筑装饰有限公司与安诚财产保险股份有限公司装饰装修合同纠纷案

重庆市第一中级人民法院(2020)渝 01 民终第 4800 号

【裁判观点】

第二从双方合同约定看。根据双方所签工程合同第一部分合同协议书第 1 条、招标文件第二章第 3.2 条的第 4.14 条、投标文件第 5.1.2 条、第 16.1.1.1 条，承包人应当预判相应的工期延误风险，中标价格不予调整。即使参照双方所签工程合同第三部分通用合同条款第 11.3 条，发包人原因造成工期延误的，应当增加费用，但应当根据通用合同条款第 15.3.2 条规定的时限、程序启动索赔。施工过程中的停窝工人、材、机损失，具有过程性与时效性，需要及时签证固定证据，东泰装饰公司并未在每次索赔事项发生后按规定程序进行索赔，其上诉主张工程竣工后才应起算索赔时限，缺乏约定及法律依据，其主张的具体损失亦缺乏相应的签证依据。

【裁判规则总结】每次索赔事件发生后应按约定程序进行索赔，一方主张应从工程竣工后起算索赔期限的，不予支持。

分析说理及操作失误化解建议

（一）工程索赔范围

工程索赔范围源于双方合同约定，对某项索赔是否属于索赔范围，应当根据合同约定进行认定。实践中容易出现纠纷的是双方没有详尽的约定索赔事项，此一般出现在没有采用住建部及国家市场监管总局印发的示范文本作为签约文本的情形下。

化解建议：在合同对索赔范围没有约定或约定不明时，尽可能与对方就索赔范围达成补充约定。无法达成补充约定的，亦应及时通过书面方式向对方提出工期或费用索赔，一方面可达到中断诉讼时效的目的，防止因施工时间过长，超过诉讼时效；另一方面可及时保留索赔的证据材料，便于事后协商、诉讼。

（二）工程索赔期限

对工程索赔期限，我国无法律明文规定，完全根据双方合同约定确定。一般而言，索赔期限为固定期限，可由双方自由约定，但一般不能超过诉讼时效。关于索赔期限的性质，理论和司法实务界目前并无统一意见，主要争议在于索赔期限是否属于“除斥期间”？根据《民法典》关于“解除权”“撤销权”除斥期间的规定，可见形成权是适用除斥期间的。那么“索赔权”是否适用呢？对此，我们认为需要对“索赔权”的权利性质进行分析。从索赔的权利内容来看，当事人索赔的权利属于一种实体权利，其向对方发出索赔的目的是要求对方承担损失（工期和费用等）赔偿责任，属于请求权的一种。对于请求权，根据法律规定，应当适用诉讼时效期间，且应自权利人知道或应当知道权利受到侵害之日起算期间，因此，从此方面研究，索赔权应当适用诉讼时效的规定。

那么合同约定的“索赔期限”是否违反《民法典》关于诉讼时效的规定？对此，目前司法实务界存在截然相反的两种意见。一种如参考案例 2 中裁判法院的观点持肯定意见，另一种持否定意见。例如在重庆市高级人民法院审理的重庆中达正建筑工程有限公司与重庆市美盈森环保包装工程有限公司建设工程合同纠纷一案【(2018)渝民终 335 号】中，该院对一审法院重庆市第一中级人民法院认定的“根据现有证据，中达正建筑公司确实存在工期违约的情形，应予支付工期违约的违约金。审理中，中达正建筑公司抗辩，根据《建设工程施工合同》第二部分通用条款 36.2 条、36.3 条的约定，认为美盈森包装公司的该项索赔请求已经超过索赔期限。从工程交付时间 2011 年 12 月 8 日开始，美盈森包装公司就已经知道或者应当知道中达正建筑公司存在工期违约的情形，但美盈森包装公司未向中达正建筑公司要求过工程违约的罚款，

截止至其提起反诉之前已经超过合同约定的索赔期限，结合本案可能存在工程增量变更的事实，对美盈森包装公司要求的工期违约的违约金不予支持。”由此可见，司法实践中，部分法院存在适用合同约定的“索赔期限”进行裁判的情形。

目前实践中的困境是，如果应按肯定观点执行，为何关于索赔期限的约定在建设工程合同中大量存在？为何2020年11月25日，住房和城乡建设部、市场监管总局联合印发的《建设工程总承包合同（示范文本）》（GF-2020-0216）仍然保留索赔期限的条款，而不进行清理？若应按否定观点执行，为何司法实践又不全然支持对方关于索赔期限超过的抗辩？

化解建议：在目前司法实践中裁判不统一的情形下，建议如一方索赔超期，可尝试通过与对方协商达成赔偿协议的方式进行索赔。在施工过程中采取这种折中的方式往往可以达到双赢。即使无法达成赔偿协议，仍应在诉讼或仲裁时提出损害赔偿的请求，防止权利落空。

作者单位：北京大成（成都）律师事务所

停窝工损失计算与证据

□孙玉军

在建设工程项目中，由各种因素导致的停窝工情况时有发生，给承包人造成损失。但在司法实践中，并非承包人主张的所有停窝工损失索赔都能够得到法院支持。那么，哪些情形能够构成停窝工，停窝工损失包括哪些，承包人如何对停窝工进行索赔，索赔又需要那些证据进行支撑？本文对上述问题作出解读。

停窝工情形

停窝工是指承包人在进入施工现场后，不能按照合同约定开工时间开始工作，或开始工作后中间发生停工、缓建，使得施工进度慢于计划进度，慢于合同约定进度的现象。实践中，停窝工主要包括以下情形：

（一）开工延迟

开工延迟是指非因承包人原因导致的工程项目未能按照施工合同或招标文件约定的暂定开工日期开工。开工延迟的主要原因包括未办理施工许可证，因征地拆迁、土地出让、三通一平等原因现场不具备开工条件，发包人的规划设计变更，施工组织设计和施工进度计划未审批，第三人阻挠开工等。

（二）中间停工

中间停工主要是指工程项目开工后，非因承包人原因停工。需要特别指出的是，虽然大多数施工合同中对于开工时间的认定标准为施工监理签发开工令上载明的时间，但是根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷适用法律问题的解释（一）》的规定，如果经发包人同意的承包人实际开始施工的时间早于开工令载明的开工时间，那么工程项目的开工时间应当以实际开工时间为准。

（三）工效降低

工效降低是指施工效率降低，有时也被称为生产率降低，经常引起工期延长从而导致施工成本增加，原因包括恶劣气候影响、工序变更、地基发现淤泥层或流沙层而被迫改变施工方法、甲供材供应不及时、征拆迁工作进展缓慢等。

（四）暂估价工程或独立分包工程工期延长

按照现有的建设工程总分包模式，允许发包人在工程发包时将施工内容不明确的非主体专业工程在施工合同中暂估价格，在施工过程中由发包人、承包人或承发包双方联合招标确定暂估价工程分包人，并新签暂估价部分的分包合同；另外还有部分工程项目在签订总承包施工合同时便约定部分专业工程不在总承包范围之内，而是由发包人单独进行招标签约，行业内称之为独立分包。由于独立分包不在总包单位的承包范围之内，暂估价部分虽然在总包范围之内，但其分包人和分包合同均由发包人指定、确定，故该两部分专业工程若发生非承包人原因的工期延长时，承包人有权向发包人主张总承包合同工期延长和费用补偿。

（五）迟延验收

建设工程施工过程中涉及大量验收工作，比如材料设备进场验收、隐蔽工程验收、桩基验收、主体结构验收、分部分项验收、单位/区段工程验收、竣工验收等，此处所称迟延验收是指工程项目施工完毕后竣工验收。按照《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—0201）（以下简称《2017 示范文本》）的规定，工程的验收包括分部分项工程验收及竣工验收。分部分项工程未经验收的，不得进入下一道工序施工；承包人申请竣工验收的，发包人应在收到经监理人审核的竣工验收申请报告后 28 天内审批完毕并组织监理人、承包人、设计人等相关单位完成竣工验收。由此可知，发包人应当及时对工程进行验收，迟延验收将导致项目的停窝工。

（六）迟延接收

此处所述的“接收”特指“工程接收”（文件、材料和工程设备的迟延接收也可能导致停窝工）。根据《2017 示范文本》的约定，竣工验收合格的，发包人应在验收合格后 14 天内向承包人签发工程接收证书；发包人无正当理由不接收工程的，自应当接收工程之日起承担工程照管、成品保护、保管等与工程有关的各项费用；发包人颁发工程接收证书后，承包人方能进行竣工退场。因此，若发包人迟延接收工程，也将导致项目的停窝工。

停窝工损失种类

因停窝工而给承包人带来的损失往往数额较大，组成也较为复杂，在承包人准备向发包人索赔时，需要分门别类进行计算和主张，孙律师对实践中常见的停窝工损失种类归纳如下：

（一）管理费损失

此处所述的“管理费”是指“企业管理费”，是指建筑安装企业组织施工生产和经营管理所需的费用，内容一般包括管理人员工资、办公费、差旅交通费、固定资产使用费、工具用具使用费、劳动保护费等，不包括在非法转包、违法分包和借用资质挂靠合同中约定的“总包服务费”“挂靠费”等。

（二）措施费损失

措施费是指为完成工程项目施工，发生于该工程施工前和施工过程中非工程实体项目的费用，由施工技术措施费（如施工排水、降水费，混凝土模板及支架费，脚手架费、大型机械设备进出场及安拆费等）和施工组织措施费（如环境保护费、临时设施费、安全文明施工费、夜间施工费等）组成。工期、工序是影响措施费的重要因素，在停工状态下，很多措施费如脚手架费、临时设施费等仍在产生并随时间的增加而扩大。

（三）利润损失

根据《2017 示范文本》的约定，在因发包人原因引起的未能及时办理完毕许可、批准或备案，未能及时发出开工通知，暂停施工，提供的材料或工程设备不符合合同要求，对合格工程重新检查，暂估价合同

订立和履行迟延，要求在工程竣工前交付单位工程等导致承包人停窝工的情况下，发包人应当承担由此增加的费用和（或）延误的工期，并向承包人支付合理利润。

计算利润损失通常有两种方式，一是通过行业平均利润率计算，二是在工程量清单计价模式下通过分部分项费用中列明的利润计算。在计算出项目总利润后除以计划工期得到日平均利润，再乘以延误的工期，从而计算出停窝工期间的利润损失。

（四）材料积压损失

在建设工程施工过程中，承包人为施工便利往往都会提前进场大量材料，而当停窝工情形发生时，投入的材料并未通过使用转化为产值，从而产生了资金占用成本无法回款的情况，导致损失。

（五）机械设备人员停窝工损失

在停窝工状态下，在施工现场的机械、设备、人员可能完全没有产生产值，也可能工效降低导致没有完全发挥应有的价值，形成停窝工损失。

（六）机械设备人员进出场损失

在施工过程中，往往都存在部分或全部机械、设备、人员已经进场的事实。当停窝工情形的发生，将会造成施工机械、器具和设备使用成本或租金的损失，以及已投入的劳务人员工资、劳保损失，若在发包人的指令下或承包人为及时止损主动撤出机械设备及人员，也必然会产生相应的出场费用，当复工时则会产生再次进场的费用。

（七）人材机转场损失

虽然人材机转场并非与停窝工必然挂钩，在正常施工的情况下也可能出现，例如在发包人或政府要求下对临时设施的转场。但在停窝工状态下，人材机转场的要求可能产生损失，例如施工过程中发包人要求承包人优先施工政府观摩建筑，导致承包人不得不改变原有施工计划，并将已安排好的人材机进行调度，从而产生停窝工损失。此外，转场还会产生一定的运输费用和运输过程中的损耗。

（八）人材机涨价损失

在施工过程中，还伴随着承包人对人材机的采购。通常而言，人材机均会随着价格的推移价格上涨，因此施工作业的时间越靠后，施工成本越高。

（九）特殊情况下的违约金

如上文所述，迟延验收和迟延接收也属于停窝工的情形，根据《2017 示范文本》的约定，若发包人未按约组织竣工验收、颁发工程接收证书，或未按约接收全部或部分工程的，应当向承包人支付相应的违约金。

（十）停窝工费用不予计取的情形

实践中，承发包双方有时会在施工合同中作出“停窝工包干”“停窝工费用不予计取”的约定，即发包人利用自身优势地位，使承包人“被承诺”放弃追索停窝工损失，这是发包人避免承包人进行停窝工损失索赔的重要手段。在司法判例中，法院认定放弃停窝工索赔的承诺对承包人有法律约束力的案件屡见不鲜，但无论合同中是否约定停窝工费用不予计取，承包人都应当按照合同约定的索赔程序报送停窝工损失，并尽量通过监理人签证等方式锁定停窝工损失的实际情况，以备将来承发包双方通过商业谈判、利益交换

等方式对该部分损失进行合理的切分。反之，如果承包人未报送停窝工损失，即便将来发包人有意补偿，损失金额也丧失了计算依据。

停窝工损失索赔依据

索赔是承包人弥补自身停窝工损失的重要手段，相关的法律规定与合同约定赋予了承包人索赔的权利，明确了索赔的程序，为承包人提供了索赔依据。

（一）法律依据

当前，承包人进行停窝工损失索赔的主要法律依据为《民法典》及《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《八民纪要》），规定的承包人主张停窝工损失索赔情形包括：发包人未及时检查隐蔽工程的，发包人未按提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，因发包人的原因致使工程中途停建、缓建的，发包人不履行协作义务导致停工经催告仍不履行的。

1. 《民法典》

第 798 条 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，承包人顺延工程日期，并有权请求赔偿停工、窝工等损失。

第 803 条 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，承包人顺延工程日期，并有权请求赔偿停工、窝工等损失。

第 804 条 因发包人的原因致使工程中途停建、缓建的，发包人应当采取措施弥补或者减少损失，赔偿承包人因此造成的停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失和实际费用。

2. 《八民纪要》

第 32 条 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。

第 33 条 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。

（二）合同依据

实践中，大多数施工合同都明确约定了停窝工损失索赔。以《2017 示范文本》为例：

第 2.1 款规定：“因发包人原因未能及时办理完毕前述许可、批准或备案，由发包人承担由此增加的费用和（或）延误的工期，并支付承包人合理的利润。”

第 5.3.3 项规定：“承包人覆盖工程隐蔽部位后，发包人或监理人对质量有疑问的，可要求承包人对已覆盖的部位进行钻孔探测或揭开重新检查，承包人应遵照执行，并在检查后重新覆盖恢复原状。经检查证明工程质量符合合同要求的，由发包人承担由此增加的费用和（或）延误的工期，并支付承包人合理的利润。”

第 7.3.2 项规定：“因发包人原因造成监理人未能在计划开工日期之日起 90 天内发出开工通知的，承包人有权提出价格调整要求，或者解除合同。发包人应当承担由此增加的费用和（或）延误的工期，并向承包人支付合理利润。”

第 7.8.1 项规定：“……因发包人原因引起的暂停施工，发包人应承担由此增加的费用和（或）延误的工期，并支付承包人合理的利润。”

第 8.5.3 项规定：“发包人提供的材料或工程设备不符合合同要求的，承包人有权拒绝，并可要求发包人更换，由此增加的费用和（或）延误的工期由发包人承担，并支付承包人合理的利润。”

第 10.7.3 项规定：“因发包人原因导致暂估价合同订立和履行迟延的，由此增加的费用和（或）延误的工期由发包人承担，并支付承包人合理的利润。”

部分施工合同条款中虽然未明确约定停窝工损失索赔，但是在施工过程当中，往往会通过工程签证、联系单、来往信函、会议纪要等双方达成一致的书面文件确认承包人的停窝工损失索赔权，例如通过发包人代表或监理签证确认承包人停窝工的事实以及损失数额或损失的计算方法。

四、停窝工损失的证据

（一）工期损失的证据

1. 证明停工时段

计算停工损失必然会涉及停工的时间段，即需要证明停工、复工的时间节点。在实践中，有的项目停工与复工的节点都在于发包人的通知，时间节点容易界定；但大多数项目停工的原因不在于发包人要求，而在于承包人认为已不具备继续施工条件或施工能力主动发起，故承包人需要注意以联系函方式通知发包人停工及复工，以明确停工的时间段。

2. 证明及时主张损失补偿

承包人向发包人主张停工损失补偿的要求在建设工程施工合同体系中属于“索赔”，如上文所述，当前的示范合同文本中一般都对索赔存有逾期失权的约定，因此损失补偿应在合同约定的时间内主张，即使合同没有逾期失权的约定，承包人也应当在合理时间内提出主张，并以工作联系函、签证单、索赔通知书、会议纪要等形式进行确定。

3. 证明停工期间管理费和人工费损失

管理费和人工费损失是停窝工损失的主要部分，但证明难度较大。根据《民事诉讼法》“谁主张，谁举证”的原则，承包人向发包人主张费用赔偿的，应当提供相应证据证明损失金额。但是，在证据内容与待证事实之间往往存在差距，因此民事案件的证明标准为“高度盖然性”原则，而非“排除合理怀疑”原则，那么究竟何为“高度盖然性”？司法实践中，法官对此具有很大的自由裁量权，换言之，法官既有权利直接确定法院认为合理的损失金额，也有权利以承包人证据不足驳回承包人的损失赔偿主张。但是对于法官而言，其利用证据规则显然比利用自由裁量权风险更小，如此一来，承包人需要对证据的证明力有准确认识，对此，孙律师的个人观点如下：

第一证据为发包人签证签认的损失：可以直接计入结算付款，显然证明力最高；

第二证据为发包人或监理签认的停工期间人员名单（或人数，下同）：可以作为损失计算的依据；

第三证据为发包人未审批（已逾期失权）的索赔报告：虽然索赔的逾期失权并没有得到法院公认，但从合同的角度能够给发包人形成较大的压力，有一定的证明力；

第四证据为经发包人或监理审批的停工方案：在发包人没有相反证据的情况下应当作为计算停工损失的证据；

第五证据为未经发包人审批的已逾期的承包人单方索赔联系函，或承包人单方制作的考勤表、工资条等：证明力很低，基本不会得到法官认可。

通过上述分析可知，监理签认的停工人员名单和发包人未审批（已逾期失权）的索赔报告是承包人既有希望取得且有较大证明力的证据，而停工方案是工程停工之前应当报送监理或发包人的资料，其经过监理或发包人审批后也可以作为证明停工损失的证据。

4. 证明机械设备、周转料具损失

机械设备、周转料具损失的证据取证较为容易，也最易被法官认定。

例如属于特种设备的爬架、塔吊与施工电梯，承包人一定要保留安装、运行的审批资料（其安装均应取得监理、发包人和政府管理部门的审批，以证明上述设备何时开始进场使用）以及拆除之前向监理或发包人发送的拆除设备联系单及出场纪录（不经审批直接拆除易造成拆除时间的举证不能）。

再如一般按照租金计算损失的脚手架，拆除脚手架之前承包人应当向发包人发出联系单，如果监理、发包人审批同意的，即可按照审批意见拆除；如果监理、发包人未予审批的，则按照联系单载明的时间拆除；如果监理、业主审批不同意的，承包人应再次发出联系单说明必须拆除的理由后予以拆除。这样一来，如果诉讼时仍处于停工状态的，司法鉴定单位可以根据现场状况计算钢管扣件等的数量，从而计算损失；如果司法鉴定之前已经拆除的，则需用经监理、发包人审批的脚手架施工方案证明停工开始时脚手架的数量及停工损失的终止时间（即拆除时间）。此外，需要注意的是，在拆除和运输的过程中，承包人应注意保留与脚手架分包单位、出租单位之间的交接手续和出场纪录。至于钢管扣件的租赁费用，司法鉴定单位可以根据市场价评估而非根据承包人的实际租赁价格进行计算。

5. 证明现场材料设备的损失

现场材料设备损失一般是指承包人已经购入进场的材料设备，由于不能及时发挥价值而给承包人造成的利息损失，此部分损失按照购入材料设备日均花费的费用乘以停工天数计算利息。

（二）降效损失的证据

降效损失一般是指停窝工状态下完成一定工程量实际投入成本高于计划投入成本的损失。其计算过程较为复杂，行业内并没有统一标准与认识。孙律师认为，计算降效损失一般需要考虑以下内容：

1. 首先锁定固定的工程施工内容，既不能范围过宽导致难以计算计划投入的成本，也不能范围过窄导致不能涵盖窝工期间。

2. 根据施工进度计划、施工组织设计或其他发包人、监理审批的施工方案，计算前述固定工作量所应投入的人材机管理费等成本。

3. 根据实际情况，计算前述固定工作量所实际投入的人材机和管理费。

4. 计算上述计划成本与实际成本的差额，即为承包人的窝工损失。

在上述计算过程中，计划情况较为容易估量，按照施工进度计划基本可以推测人材机的数量，只不过需要对定额工日与实际一个工人每天完成的工作量进行换算。难度较大的环节在于窝工期间管理人员与施工工人实际数量的取证，除非监理和发包人每天对未作业工人进行现场盘点，否则承包人可以考虑利用地方政府要求的每天进入施工现场人员记录进行证明，但这也要求承包人在劳务管理时要求劳务人员在工作量不饱和时也不得在工地以外滞留。

（三）涨价损失的证据

涨价损失是指因发包人原因导致的开工时间滞后或施工期间滞后，且在滞后时间内人材机市场价格上涨造成承包人的成本增加。

因施工合同中的人材机价格有的约定固定价格，有的允许调差但调差幅度也有大小之分，导致较长时间的工期滞后会使得计算增加成本非常复杂，且承发包双方难以达成一致意见，因此我国现行施工合同示范文本都作了相应规定：如《2017 示范文本》规定，因发包人原因迟延开工超过 90 天的，承包人有权提出价格调整要求或者解除合同；中途暂停施工超过 84 天的，且停工对后续合同履行存在重大影响的，承包人也有权提出价格调整要求或者解除合同。在《建设工程总承包合同（示范文本）》（GF-2020-0216）（以下简称《2020 示范文本》）中也有类似的规定，当主要工程材料、设备、人工价格与招标时基期价相比，波动幅度超过合同约定幅度的，承发包双方按照合同约定的价格调整方式调整。

关于涨价损失的计算方式，孙律师提出以下四种方式供承包人参考：

1. 按照《2020 示范文本》规定的方式计算：即承发包双方可约定采用《价格指数权重表》及价格调整公式进行计算。

2. 按照计划模型与实际模型对比计算：与上文所述的降效损失计算方式类似，及通过实际投入与计划投入的差额进行计算。

3. 按照合同工期外的损失计算：合同约定的调差方式或不予调差仅约束合同工期内的施工内容，合同工期外的施工内容按实际情况计算损失赔偿，即通过实际工期与约定工期之间相差的时间段计算该时段内产生的损失。

4. 按照工程量清单计价规范规定的方式计算：例如根据《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500—2013）规定，因发包人原因导致工期延误的，则计划进度日期后续工程的价格或单价，采用计划进度日期与实际进度日期两者的较高者。

（四）迟延验收与接收的证据

如上文所述，按照《2017 示范文本》的规定，发包人对工程的验收和接收都有明确的时限，逾期则承包人可视为发包人已颁发工程接收证书，并有权要求发包人支付违约金。因此，承包人在向发包人申请验收及接收时，应当注意留存提交验收申请报告、发包人已完成竣工验收、发包人擅自使用、完成工程移交等证据。

作者单位：国浩律师(上海)事务所

工程合同解除后如何计算议定赔偿金/违约金

□裘红伟

工程合同通常会约定一个工期违约条款，即如果因承包商原因延误工期，每延误一天承包商应赔偿业主一定金额的违约金或赔偿金。约定这个条款的好处是，在发生因承包商原因造成的工期延误时，业主寻求违约救济时可以减轻损失的举证责任。而对承包商而言，可以在签约时预先知道延误所可能带来的后果，便于其加强工期管理，避免工期风险。但是，如果合同提前解除，业主能否适用议定赔偿金/违约金条款进行救济？如果能适用，如何计算议定赔偿金？英国最高法院于2021年7月16日就Triple Point Technology v P Public Company [2021] UKSC 29案作出的终审判决给出了恰当的答案，对工程法律界很有参考价值。

【案件概况】

2013年2月，P公司和Triple公司订立了一份软件设计、安装、维护承包合同，P公司是发包方，Triple公司是承包商。双方约定：采用里程碑方式付款，合同履行分9个阶段，每一个阶段约定了P应支付的价款金额；Triple公司应在合同生效后的460个日历日内完成项目；如果Triple公司未能在约定的时间内交付工作成果，且延误并非P所致，则应从应交付日期起至业主接收该项目之日止，每延迟一天支付业主未交付工程价值的0.1%（第5.3款）。

合同履行的第1阶段就发生了严重延误，第2阶段的履行从未开始。2014年5月，承包商称其不准备在未收到进一步付款的情况下继续工作，于是暂停了工作并撤离现场。业主认为承包商错误地暂停了工程，于是根据合同的终止条款提前终止了合同，并重新雇用第三方完成工程。随后，承包商就其款项支付问题提起诉讼，而业主则提出反诉，要求承包商支付误期损害赔偿，以及因终止而产生由雇佣第三方完成工程而产生的额外损失。Triple公司拒绝承担任何责任，并指出合同约定的赔偿金条款，仅在虽有迟延但工作成果最终被P公司接受时才适用，本案合同解除时，P公司未接受任何工作成果，所以议定赔偿条款不适用。

【初审法院判决】

合同中约定了按里程碑支付的付款机制，而承包商并未达到里程碑节点，因此承包商无权获得软件许可费的款项及其他款项；承包商无权在2014年5月暂停工程，该暂停工作的行为构成了毁约，业主有权利终止合同并主张损害赔偿；业主有权利获得因由第三方完成工程而额外支出的费用和产生的损失；业主有权获得按议定赔偿条款中规定的额度计算的误期损害赔偿费，即第一阶段延误的149天计算出的154,662美元，以及其他部分的延误（计算至第三方完成工程日）产生的3,204,616美元，总计应付工期违约赔偿金3,459,278美元。

【上诉法院判决】

Triple公司不服，提出上诉，认为议定赔偿条款仅适用于延误的工作随后完成并被业主接收的情形，而不适用于本案中合同被提前终止而业主未能接收的情形。即便适用，也仅适用于第一阶段的承包商完工而被业主接收的部分工程，而不适用于终止后的部分工程。

上诉法院根据相关判例，认为可以有三种不同的处理方式：（1）议定赔偿条款不适用，采用一般损害赔偿原则进行计算误期损害赔偿费；（2）议定赔偿条款仅适用至合同终止日，其后不再适用；其后采用一般损害赔偿原则进行计算；（3）议定赔偿条款可以适用至第三方完成工程日止。

上诉法院否定了（3），认为不尽合理，因为业主和第三方可以控制完工时间，而承包商无法控制。至于方式（1）和（2）之间选择，上诉法院认为，在合同提前终止的情况下，本案中的议定赔偿条款仅适

用于在终止前延迟移交的那部分工程；而对于终止前未移交的部分，约定赔偿条款不适用。因此，在这种情况下，针对第一阶段延误的 149 天，业主可以根据约定赔偿条款要求赔偿，得出延误赔偿额为 154,662 美元；而对于其他承包商未完成的部分，延误赔偿额的计算不适用约定赔偿条款，业主仅能依据一般损害赔偿原则来评估与计算承包商延误赔偿金。

【终审法院判决】

此案具有典型意义，承包商上诉被批准，案件进入英国最高法院审理。英国最高法院五人合议庭一致作出裁决，认为上诉法院判决错误，判决结果与商业现实及约定赔偿条款功能不符。

当事人在合同中使用约定赔偿条款的目的就在于为某一特定的违约事件（通常是迟延履行）提供一个确定的、可预见的救济，使守约方无需耗时耗力地计算实际损失。法院推定认为商事交往中的当事人清楚法律的一般原则，即约定赔偿金会从违约事件发生时开始计算，至合同解除时终止计算。合同解除后，当事人就必须根据违约损害赔偿的一般原则计算损失。当事人不必再具体约定合同解除的后果。他们可以把后果视为不言自明。

将该约定赔偿条款解释为如果违约方没有交付工作成果，便无需承担约定赔偿金责任，而守约方对此种赔偿金救济权利随之消失是不切实际的。更可能的解释是，双方约定了工作成果交付后，约定赔偿金不再计算。按此解释更加符合商业常识，也能防止守约方对从违约事件发生时开始计算的约定赔偿金的应得权利突然消灭的情况发生。上诉法院的解释无法使得这种应得权利获得保护。

另外，按上诉法院对约定赔偿条款的解释，会鼓励严重超过约定完工时间的承包商不完成工作。对当事人目的更为自然的解释应该是他们意图为约定赔偿金的计算规定一个终止日期，以防止接受工作成果的守约方继续主张约定赔偿金。

总之，最高法院认为，通常而言，除非另有明确规定，否则约定赔偿条款将适用于任何迟延完工期，直至但不超过合同解除日。如果将诉争条款解释为，P 公司没有接受工作成果就无权索赔约定赔偿金，这样的结论会使得商业合同中的约定赔偿条款变得毫无价值。

【评论】

在合同解除情况下，如何适用合同的约定违约金/赔偿金条款，是司法实践中经常遇到的问题。这涉及两个问题：一是否可适用约定违约金/赔偿金条款计算违约金或损失；二是如果可以计算，计算到什么时间为止。对此，英国最高法院的结论是：通常而言，除非另有明确规定，否则约定赔偿条款将适用于任何迟延完工的期间，直至但不超过合同解除日。

上诉法院对于终止前未移交的部分，认为约定赔偿条款不适用，主要基于对案涉合同条款的文字解释，因为合同约定约定赔偿金“从应交付日期起至业主接收该项目之日”，从字面上讲这个解释没有问题。但英国法院近年来更强调合同解释的商业合理性。所谓商业合理性，也称“目的解释”或“本质解释”，就是解释合约侧重点是订约时的背景/语境和合约的目的/本质等方面，这比合同中的文字解释更重要。文字解释的弊端是断章取义，而忽视当事人真正的订约意图和目的。对于约定赔偿金“从应交付日期起至业主接收该项目之日”的，终审法院认为更符合商业合理性的解释是工作成果交付后，约定赔偿金不再计算。

这使我想起几年前我作为首席仲裁员审理的一个案件，案件涉及一个设备供应和安装合同，合同约定迟延交付每天要支付多少违约金，迟延交付超过 30 天买方可以解除合同。合同没有约定合同解除后，违约金如何计算。后来卖方设备交付拖延了很长时间，好像有几百天，买方最终解除了合同，并要求按合同约定支付违约金方到合同解除日。卖方抗辩认为违约金仅能计算 30 天。仲裁庭没有支持卖方的观点，认为迟延 30 天以内可以要求支付约定违约金，而迟延超过 30 天反而不能要求支付约定违约金，缺乏商业合理

性，不符合合同目的，因此同意计算到合同解除日，印象违约金有几百万。仲裁庭使用的合同解释方式与该案应该基本一致。

这里有一个问题，这样解释是否会鼓励买方故意拖延解除合同的日期，以便获取更多的违约金/赔偿金。英国最高法院也讨论了这个问题。Triple 公司主张，如果推翻上诉法院对诉争条款的解释，那么这就意味着，如果 Triple 公司迟延完工，索赔约定赔偿金的所有控制权就将交给 P 公司，因为根据合同，只有 P 公司有权利解除合同。在合同解除前，约定赔偿金将持续计算。最高法院的回答是，在订立诉争合同时，这一风险对 Triple 公司而言是显而易见的，这是他们交易的一部分。但是不能因为这种风险的存在就接受上诉法院对诉争条款的解释。而且，如果 Triple 公司确实交付了工作成果，但被 P 公司不当拒收，则约定赔偿金也将停止计算，因为根据条款，此后产生的迟延就应被认为是 P 公司所致。关于合同解除的时间，联合国关于货物买卖的公约是有限制性规定，认为守约方应当在合理的期限内解除合同。但对承包商而言，更为妥当的方式是在合同中约定一个违约金/赔偿金的上限，如此则可以避免过高的违约金/赔偿金风险。

（作者单位：浙江西湖律师事务所）

第七部分 建设工程价款优先受偿权

结合新司法解释浅析工程价款优先权问题

□朱嘉琦

法条原文

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。

案例

在中国华融资产管理股份有限公司福建省分公司、苏州市凤凰建筑安装工程有限公司合同纠纷案中，最高人民法院认为：《中华人民共和国合同法》第二百八十六条赋予承包人建设工程价款优先受偿权，重要目的在于保护建筑工人的利益。建设工程价款优先受偿权虽作为一种法定的优先权，但现行法律并未禁止放弃或限制该项优先权，且基于私法自治之原则，民事主体可依法对其享有的民事权利进行处分。《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）》第二十三条规定“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。”该条款包含两层意思，一是承包人与发包人有权约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权，二是约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权不得损害建筑工人利益。涉案《承诺书》虽系作为承包人的苏州凤凰公司向作为发包人债权人的浦发银行福州分行作出，而非直接向发包人金瑞公司作出，但《承诺书》的核心内容是苏州凤凰公司处分了己方的建设工程价款优先受偿权，且《承诺书》以浦发银行福州分行依约发放贷款给作为发包人的金瑞公司用于金瑞商业广场项目建设为所附条件，则判断苏州凤凰公司该意思表示、处分行为的效力必然仍要遵循《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）》第二十三条的立法精神，即建设工程价款优先受偿权的放弃或者限制，不得损害建筑工人利益。

本案中，尚无证据显示苏州凤凰公司出具的《承诺书》存在《中华人民共和国合同法》第五十二条规定的合同无效的法定情形，但华融福建省分公司的诉讼主张能否得到支持，仍要讨论苏州凤凰公司放弃建设工程价款优先受偿权的承诺，是否客观上产生了损害建筑工人利益的后果。就本案而言，金瑞公司在苏州凤凰公司就金瑞商业广场项目施工后并未支付工程款以至双方涉诉。政府部门亦于2014年1月间为苏州凤凰公司垫付建筑工人工资1300万元。金瑞公司与苏州凤凰公司虽于2014年7月16日在法院组织下达成调解协议，金瑞公司同意向苏州凤凰公司支付工程款126561566元，并同意该款项在苏州凤凰公司施工的金瑞商业广场工程范围内优先受偿，且苏州凤凰公司应在收到前述工程款后偿还政府部门垫付款项。但直到2018年7月27日福建省宁德市中级人民法院作出执行分配方案，苏州凤凰公司在调解书中确定的工程价款通过行使优先受偿权仅实际获得分配68939365元。后经法院裁定，苏州凤凰公司亦进入破产清算程序。以上事实足以说明，在本案中，若还允许苏州凤凰公司基于意思自治放弃建设工程价款优先受偿权，必然使其整体清偿能力恶化影响正常支付建筑工人工资，从而导致侵犯建筑工人利益。华融福建省分公司虽主张政府部门垫付的建筑工人工资已经通过执行款项得到了受偿，但是苏州凤凰公司取得相应执行款正是其行使建设工程价款优先受偿权的结果。一审法院认定《承诺书》中苏州凤凰公司放弃优先受偿权的相关条款因损害建筑工人利益而无效，并无错误。

评析

工程款优先权制度的立法背景主要就是考虑到工程款中有民工工资，目前人工费要占到工程造价的25%至30%，如果建筑企业出于承接任务的需要而应开发商的要求放弃了工程款优先权，一旦开发商无力支付工程款，建筑企业不能从在建工程拍卖的价款中优先受偿，则民工工资面临不能支付的风险。

实务中，“损害建筑工人利益”如何认定？一般而言，放弃或限制建设工程价款优先受偿权，必然实质上影响建筑工人工资的清偿，从而损害建筑工人利益。但是，如果发包人在和承包人约定放弃或限制工程价款优先受偿权的同时，专门调拨资金全部清偿了建筑工人工资或者为建筑工人的工资另行提供了足额担保，在此类情形下，建筑工人的利益有了保障，则应当认定为建筑工人利益未受损害。

作者单位：嘉兴市建筑业行业协会法务专业委员会

浅析实际施工人实现建设工程价款优先受偿权的路径问题

——以《建工解释（一）》第43条为基础

□杨国江

最高人民法院第六巡回法庭2019年度第8号公布案例认为，依据《合同法》第286条（现民法典807条）、《建工解释（二）》第17条（现《建工解释（一）》第35条）规定，工程价款优先受偿权请求权的主体为承包人，即工程承包人可以基于法律规定或者合同约定，直接请求对工程价款行使优先受偿权。同时，《建工解释》第26条（现《建工解释（一）》第43条）仅赋予实际施工人突破合同相对性向发包人主张欠付工程价款的权利，并未规定其可以主张建设工程价款优先受偿权，实际施工人并非与发包人签订建设工程施工合同的承包人，故其请求对工程价款行使优先受偿权缺乏法律依据，人民法院不予支持。

如前所述，在《建工解释（二）》出台后，似乎实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权已成定论。《建工解释（一）》第43条表述为实际施工人以发包人为被告主张“权利”的，虽然未规定实际施工人可以主张建设工程价款优先受偿权，但也未排除实际施工人可以主张建设工程价款优先受偿权。理论界对建设工程价款优先受偿权的性质存在不同的见解，但对建设工程价款优先受偿权系工程价款债权的从权利并无争议。依据上述规定，实际施工人对发包人在欠付建设工程价款范围内享有建设工程价款请求权，如否认实际施工人享有建设工程价款优先受偿权，将会造成建设工程价款债权与其从权利相割裂的局面。既然实际施工人可突破合同相对性向发包人主张工程价款，根据举重明轻的当然解释规则，没有理由否定实际施工人在发包人欠付建设工程价款范围内享有建设工程价款优先受偿权。

有观点认为，依据《建工解释（一）》第35条规定，建设工程价款优先受偿权系专属于承包人的权利。所谓专属于债务人自身的债权，往往是与债务人的人格权、身份权相关的债权，这些权利与债务人的生活密切相关，不可分离。《合同法解释（一）》第12条规定，合同法第73条第1款规定的专属于债务人自身的债权，是指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利。虽然该规定现已废止，在未出台新解释前依然具有参考意义，因该规定采取的列举方式，意味着并未穷尽专属于债务人自身的债权的种类，至于建设工程价款优先受偿权是否属于专属权利有待司法解释进一步明确。本文认为既然不可代位行使专属权利，依据举轻明重的当然解释规则，也不可约定放弃或者限制专属权利，依据《建工解释（一）》第42条规定，只要不损害建筑工人的利益，发包人可以与承包人约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权，据此建设工程价款优先受偿权可以有条件的放弃或者限制，故建设工程价款优先受偿权不属于专属权利。

考虑目前司法实践普遍不支持实际施工人享有建设工程价款优先受偿权的现状，本文拟提出如下三种实际施工人实现建设工程价款优先受偿权的思路，在符合立法目的的前提下，更好的保护建筑工人的合法权益。

一、实际施工人可通过行使代位权的方式，向发包人主张建设工程价款优先受偿权。借用资质情形中的实际施工人最终实际投入资金、材料和劳动力，且相关投入已经物化至建设工程中，其作为债权人只要符合行使代位权的要件，就可以提起代位权诉讼，因此在适用《民法典》第 535 条并无障碍的情形下，应给予实际施工人行使代位权的救济途径，由其向发包人主张享有建设工程价款优先受偿权（参见湖南省高级人民法院（2020）湘民终 1196 号民事判决书）。实践中对于代位权的行使主体应予以区分，如存在普通债权人与实际施工人同时提起代位权诉讼情形，依据立法精神可以判定，实际施工人应优先于普通债权人得以清偿。但通过此方式实现权利，对实际施工人的举证能力有较高要求。

二、如发包人明知存在实际施工人仍与其签订建设工程施工合同，应赋予实际施工人承包人的身份，由实际施工人直接向发包人主张建设工程价款优先受偿权。发包人明知存在实际施工人仍与其签订建设工程施工合同的属于《民法典》第一百四十六条规定的隐藏行为，实际施工人即实质上的承包人，这种情况下应赋予其承包人的身份，不能仅从形式上理解《建工解释（一）》第三十五条所规定的承包人（参见杭州市中级人民法院（2020）浙 01 民终 3453 号民事判决书）。但通过此种方式实现权利，需满足发包人明知的限制性条件。

三、可由名义上的承包人向发包人主张建设工程价款优先受偿权，待名义上的承包人实现相关权利后，再由实际施工人向名义上的承包人就案涉工程折价或拍卖取得的款项主张权利，且该项权利也应优先于其他普通债权（参见衢州市中级人民法院（2016）浙 08 民终 377 号民事判决书）。但通过此方式实现权利，会造成当事人的诉累，不能及时的解决各方纠纷。

在司法实践中，实际施工人应综合考虑自身的实际情况，选择有利于解决争议的方式主张权利，实现更好地保护自身以及建筑工人的合法权益的目的。

作者单位：浙江嘉诚中天律师事务所

实现建设工程优先受偿权的阻扰因素及其应对措施分析

□邓坤方

自 2002 年 6 月 20 日最高人民法院公布《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），近 20 年来，该项制度在维护社会公平正义、保护弱势群体，维护建筑市场秩序，促进建筑市场健康发展等方面起到了巨大积极作用。同时，由于该项制度在理解与适用上的复杂性，也造成该项制度在争议与探索中不断进步与完善。

从《批复》到原《司解一》、原《司解二》，再到自 2021 年 1 月 1 日起施行的《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（法释〔2020〕25 号）（以下简称《司解一》）。我们欣喜地看到关于建设工程优先受偿权的几大积极变化。一是将“建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权”作为一项法定权利，明确列入司法解释，为其理解与适用排除了部分障碍；二是行使优先受偿权的期限被合理延长，《司解一》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计算。这既较大的调节了发、承包人关系，又充分扩大了保护范围，非常利于建设项目的整体推进；三是将未竣工质量合格的建设工程列入优先受偿范围，这更好地保护了承包人的权益；四是逐步将装饰装修工程纳入优先受偿范畴。

那么建设工程优先受偿权是否就能很好地得以实现呢？事实上，在司法实践中，优先受偿权仍受许多因素的制约而难以实现。

不宜折价、拍卖的情形

《司解一》第三十五条规定：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。《民法典》第八百零七条规定：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，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求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。为此，不难看出，人民法院是否支持优先受偿权，首先得看该建设工程是否适宜折价或拍卖。

最高人民法院在 2019 年的原《司解二》理解与实用中曾明确：违章建筑和工程质量不合格且难以修复，合同目的无法实现的建筑，以及法律规定的其他情形等属于建设工程不宜折价、拍卖的情形。

如导致建筑违章之由得以清除，使违章建筑成为合法建筑，则该建筑不再属于不宜折价及拍卖之建筑。

质量不合格的工程，承包人不享有请求发包人支付工程价款的权利。同时，《司解一》第十三条规定：发包人具有下列情形之一，造成建设工程质量缺陷的，应承担过错责任：

- （一）提供的设计有缺陷；
- （二）提供或指定购买的材料、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。

法律、行政法规规定的其他情形，最高院明确：对于不适合抵押的财产，更不适宜通过折价、拍卖的方式进行转让。故对于学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施范围内的建设工程属于法律规定的不宜折价、拍卖的情形。承包人对非公益设施内的建设工程也难以获得优先受偿权。

事实上，在建筑市场上，对基于公益目的的学校、幼儿园、医院等建设项目工程欠款最终都能得到较好解决。对于违章建筑应尽量采取措施让其合法化。同时承包人应加强质量管理，对质量瑕疵采取措施予以修复，以最大限度化解相应风险。

发包人对建设工程不具备所有权的情形

近年来，由于政府工程常常采取 BT、BOT、PPP 等模式建设，其发包人往往是建设工程的代建方，对建设工程不具有所有权。因此，在此类案件中，法院往往不支持建设工程的优先受偿权。

在我们多次遇到的政府安置房案例中，虽然政府安居工程未明确列入法律、法规规定的不宜折价、拍卖的情形，但法院往往认定其为不宜折价、拍卖的情形。甚至连其不属于公益性质的附属商铺、车库也因其所有权不属于发包人而被认定为不宜折价、拍卖的情形。

事实上，虽然在此类建筑工程中，发包人不是建设工程的所有权人，但发包人是项目代建方，其需将竣工后的项目移交建设单位，而由建设单位向发包人支付回购价款。因此，承包人较好的选择是对此回购价款享有优先受偿权。这样容易得到人民法院的支持。因为，根据《民法典》第八百零七条规定的实现方式为折价、拍卖等，而折价、拍卖是将案涉建设工程转化为货币的行为，对回购价款主张优先受偿权的与

建设工程通过折价或拍卖实现货币化并无实质差异，也不违反建设工程优先受偿权相关法律规定和立法目的。

同时我们也可以对其经营收入或租金等主张相应权利。

未竣工工程的折价、拍卖价值过小的情形

已取得优先受偿权的质量合格未竣工工程往往难以实现或难以全部实现优先受偿权。未竣工往往是由于发包人资金链断裂、没有资金继续进行建设，而造成“烂尾楼”等现象。而“烂尾楼”所在的土地往往被发包人用于抵押贷款，拍卖时如分别作价予以拍卖，“烂尾楼”价值偏小，承包人难以收回工程价款。

如原规划是商业楼宇，发包人进入破产重整程序时，重整投资人往往会改变规划，将商业用地变为住宅用地，从而使承包人所承建的未竣工工程价值更低，更难以收回工程价款。

在审判实务中我们看到有法官判决“就该项目优先受偿”，但在实施过程中，更多人相信应该只就承包人施工部分优先受偿。从建设工程优先受偿权的立法目的来看，更多是关乎社会公平正义，切实维护农民工的合法权益，“就整个项目优先受偿”能更好地维护社会稳定和谐，也更符合未竣工且质量合格工程的实际情况。因此，笔者希望看到更多这样的判例。

承包人承建建设工程已被销售的情形

承包人所承建的建设工程往往在施工过程中就已取得预售许可开始销售，而基于发、承包人之间的合作关系，往往是在建设工程已被销售或大部分已被销售的情形下，承包人才起诉发包人。因此，即使承包人获得优先受偿权也难以实现其收回工程款的目的。

建设工程销售后，导致同一建设工程上存在更多权利。虽然建设工程优先受偿权优于抵押权和其他债权，但商品房买受人作为消费者的权利又优于承包人的建设工程优先受偿权。“交付商品房的全部或者大部分款项”的消费者即可获得优先保护。甚至某些不良发包人故意利用此情形将部分资产备案给相关利益人，造成“虚假销售”以对抗发包人。

承包人及执行法官在执行过程中应深入调查，严格结合《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封扣押冻结财产的规定》（法释〔2004〕15号）和《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（法释〔2015〕10号）两司法解释，根据入住率、付款凭证等情况认真甄别“虚假销售”以最大程度地保护承包人的合法权益。

承包人更应该在施工过程中加强风险管控，要求发包人提供投资人或在建工程等资产担保，以更好地保障自身的权益。

当然，在实现建设工程优先受偿权的过程中，肯定还会有诸如发包人破产、轮候查封解除等更多、更为复杂的阻扰因素，但笔者希望在法制中国建设的今天，谨遵该项立法目的，一定会迎来更加秩序井然、健康发展的建筑市场。

承包人通知发包人主张优先权的是否属于主张建设工程价款优先受偿权的合法方式？

裁判意见

最高法院认为：

1. 关于行使建设工程价款优先受偿权的方式和期限的法律问题。除依法向人民法院或仲裁机构主张权利外，对于当事人自行行使工程价款优先受偿权的方式问题，《中华人民共和国合同法》第二百八十六条只是原则规定“承包人可以与发包人协议将该工程折价”，而并未对协议开始的时间及方式作出具体规定。鉴于最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（法释〔2002〕16号）规定了承包人行使优先受偿权的期限，实务中一般认为，法院对承包人行使优先受偿权的方式不应做过于严格的限制，否则不利于实现合同法规定保护承包人优先受偿权的制度目的。对于承包人以发出通知的形式催要工程款并声明享有和主张优先受偿权，发包人在通知书上注明无异议的，一般持支持的态度，认定属于法律上行使优先受偿权的有效形式，且不要求通知中必须具体写明将工程折价的意思。因此，江苏高院复议裁定关于朝阳公司的通知内容并无承包人与发包人协议将该工程折价的意思表示，亦不符合其他合法的行使建设工程价款优先受偿权的方式，故该通知不能作为朝阳公司已依法行使建设工程价款优先受偿权依据的意见不当。同时，考虑到建设工程竣工后或者承包人与发包人解除建设工程施工合同关系后，建设工程价款的结算通常需要一个较长的过程，不可能短期内直接要求将工程折价或拍卖变卖，因而只要承包人在六个月期限内向发包人发出了书面通知主张优先权，至少不宜否认该书面通知具有固定及延续其权利，直至其此后通过诉讼、申请执行或参加分配，或者申请仲裁行使优先权的效力。

2. 关于本案朝阳公司发出通知书的事实认定问题。江苏高院复议裁定认为，朝阳公司主张其分别于2012年1月6日、2013年12月24日以书面通知形式向沃菲德公司主张建设工程价款优先受偿权，但朝阳公司提交通知书的原件已丢失，其真实性无法确认。但经查，在本案第一轮异议程序即连云港（2015）连执异字第00053号执行异议的听证记录上亦记载听证当日朝阳公司向连云港中院提交2012年1月6日、2013年12月20日的通知书原件，法院和对方当事人均未对该通知原件复印件问题提出质疑。此外，在本院执行监督阶段，申诉人向本院提交了一份盖有连云港仲裁委员会公章的通知书复印件，上面印有“本件与原件核对无误”章。上述情况对于本案应否确认该通知书的真实性有一定影响，应予进一步审查核实。（最高院）

第八部分 争议解决

发包人行使“抗辩权”的裁判观点

□周美春 陶彩萍 栾侃

承包人主张工程款时，大部分情况下工程已施工结束。一旦承包人主张未付工程款时，发包人会以各种理由（即所谓的抗辩权）来拒付工程款或拒绝承包违约责任，为便于承包人更好地主张权利，现将最高人民法院裁决观点汇总如下：

发包人以承包人未按约定程序要求付款而拒绝付款的

1. 裁判观点

发包人确实欠付工程款的，发包人不能以承包人未履行付款程序作为抗辩理由，发包人应支付工程款。

2. 具体案例及裁判要旨

《（2018）最高法民申 5442 号民事裁定书》

家和公司有权要求耀丰公司支付拖欠的工程款。至于耀丰公司申请再审所主张的，家和公司应在请款前提交付款申请报告及经监理单位审核签字的工程付款报告、设备材料验收单给耀丰公司等问题，此系当事人之间关于付款程序的约定，在耀丰公司确已拖欠家和公司部分工程款未支付的情况下，不能仅因该付款程序约定，即认定付款条件未成就。

3. 指导意义

（1）发包人在确实欠款的情况下，不能以程序为由拒绝付款，承包人应举证发包人确实欠款。

（2）在发包人已约定支付进度款的情况下，承包人仍就按约定付款程序来进行。

发包人要求承包人先交付施工资料，再付款的

1. 裁判观点

发包人未足额付款的情况下，承包人有权拒绝提交竣工资料，该行为系行使同时履行抗辩权。

2. 具体案例及裁判要旨

《（2017）最高法民终 175 号民事判决书》《（2019）最高法民终 1837 号民事判决书》

支付工程款是发包人的主要合同义务，在昌隆公司未足额支付工程款的情况下，江苏一建公司迟延交付施工资料系行使抗辩权符合《合同法》第六十七条关于同时履行抗辩权的规定，不构成违约。

3. 指导意义

（1）在发包人拖欠工程款的情况下，承包人有权拒绝提交施工资料。

(2) 承包人不能因害怕发包人追究违约责任，在没有签订结算协议及约定付款的情况下，提交全部资料。

发包人要求承包人先开具发票再支付工程款的

1. 裁判观点

发包人无同时履行抗辩权。发包人以承包人应开具发票系同时履行抗辩权的理由不能成立，发包人不能以承包人未开具发票为由拒绝支付工程款。

2. 具体案例及裁判要旨

《(2016) 最高法民申 679 号民事裁定书》

给付工程款义务属于主合同义务，开具工程款发票义务属于从合同义务，且案涉《建设工程施工合同》也没有对开发票和付款义务的先后顺序作出规定，故山西省晋剧院不能以此为由行使先履行抗辩权或者同时履行抗辩权。

3. 指导意义

开具发票只是合同的从义务，发包人不能以承包人未履行从义务而拒绝履行付款的主义务，承包人可要求先行付款再开具发票。

达成支付结算协议后，发包人又以其他理由拒绝付款的

1. 裁判观点

承包人未办理竣工验收手续和开具发票的行为并不构成发包人的先履行抗辩权。

2. 具体案例及裁判要旨

《(2018) 最高法民终 1310 号民事判决书》

本院认为，结算支付协议属独立的民事法律关系，新兴公司是否拒绝办理竣工验收手续和开具相关税票并不是爱家公司依据本协议履行其付款义务的前提条件，也即根据结算支付协议爱家公司并无先履行抗辩权。

3. 指导意义

(1) 在达成结算协议后，发包人应当按照结算协议履行付款义务。

(2) 开具发票与付款义务并不完全对等，付款是主要义务。

(3) 竣工验收是发包人的义务，承包人只是配合。

约定先开具发票再付工程款的，发包人以未开具发票而拒付工程款？

1. 裁判观点

约定先开具发票再支付工程款的，开具发票不构成支付工程款的先履行抗辩权（除非开票是付款的先决条件）。

2. 案例及裁判要旨

《（2017）最高法民申 2381 号民事裁定书》

最高院认为：《退场协议》第四条约定“乙方（建威公司）需在支付款项前开具等额工程发票，若因乙方未提供发票，导致工程款未能支付，责任不在甲方（衡湘公司）”，该条并未约定案涉工程支付工程款的先决条件为首先开具发票，仅约定了建威公司如不出具发票，导致工程款未能支付的责任不在衡湘公司；双方在《退场协议》中除第四条外，并未约定建威公司如未出具相关发票则衡湘公司有权以此拒绝支付工程款；且对于建筑工程施工合同而言，支付工程款为发包人主要义务，双方亦于《退场协议》中对工程款支付数额、支付方式、时间、违约惩罚措施等进行了详细约定，也说明支付工程款作为主要义务的重要性。不论是从双方《退场协议》对出具发票和支付工程款约定，还是从两者在案涉建设工程施工合同中重要性来看，出具发票显然均不属于建设工程施工合同中的主要义务，双方亦未约定将出具发票作为支付工程价款的先决条件。因此，衡湘公司应当支付相应工程款，其以未收到工程发票为由主张先履行抗辩权不能成立。

3. 指导意义

（1）开具发票一般不构成发包人的行履行抗辩权。

（2）如双方约定开具发票为付款的先决条件，则承包人应先开具发票。

承包人未履行维修义务的，发包人是否有权拒付工程款。

1. 裁判观点

承包人的未履行维修的义务的，不构成发包人的先履行抗辩权。

2. 相关案例及裁判要旨

《（2017）最高法民终 871 号民事判决书》

根据《和解协议书》约定，远洋公司应在 2016 年 5 月 30 日之前完成维修义务，住房领导小组应于 2016 年 6 月 30 日完成支付工程款义务，维修工作完成时间早于付款完成时间，但不能由此推出，维修工作的完成是市政府支付工程款的前提。

3. 指导意义

（1）发包人不能以未履行维修义务而拒付工程款。

（2）维修义务应当在质保金中予以解决。

工程质量不合格的。

1. 裁判观点

发包人以工程质量不合格为由拒绝支付工程款系行使先履行抗辩权。

2. 具体案例及裁判要旨

《（2017）最高法民终 666 号民事判决书》

中厦建设公司作为施工单位在未交付质量合格工程的情况下，其关于一万纺织公司拖欠工程进度款违反合同约定的主张不能成立，一审法院认定一万纺织公司以案涉工程质量不合格为由行使先履行抗辩权，暂停支付工程进度款有事实和法律依据，应予维持。

3. 指导意义

施工质量符合要求是承包人的主要义务，在施工质量不符合约定时，发包人有权支付进度款等。

综上，最高人民法院的裁判观点为：在承包人主张工程款时，鉴于发包人支付工程款系其主要义务，承包人未履行开票、交资料、工程验收、维修等附随义务并不构成发包人抗辩的理由；如果工程确实存在质量问题的，发包人才有权拒付工程款。

作者单位：北京盈科（泰州）律师事务所

建设工程施工合同纠纷案件先行判决和先行裁决的实务问题分析

□吴咸亮

先行判决和先行裁决制度，在《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国仲裁法》里面都有规定，对防止诉讼过分迟延、维护当事人合法权益以及维护社会公平正义都有着重要的作用，但是在具体的司法实践中，先行判决和先行裁决制度却运用的很少，似乎一直处在沉睡状态。其中有立法本身不完善、裁判者不愿意主动适用，也有当事人不懂得如何去主动申请适用等多方面的原因。本文拟对先行判决和先行裁决这一制度在司法实务中的问题做一分析，意在促进这一制度在司法实务中的运用，不足之处敬请批评指正。

一般情况下，人民法院或仲裁庭审理案件时，一个案件仅需制作一份判决书或裁决书即可，即无论原告或申请人有多个或单个诉讼或仲裁请求，都要等全部案情查清之后作出判决或裁决。但是在特殊情况下，特别是在素以“法律关系复杂、审理期限漫长”而著称的建设工程领域纠纷中，可能同时涉及造价、工期、质量等专业技术问题，为了让当事人的合法权益从漫长的诉讼过程中得以有效保护，更加需要对部分已经查清的事实和诉讼请求或仲裁请求作出先予判决或先予裁决。

一、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。

所谓先行判决，又称部分判决，是相对于全部判决而言的，是人民法院在审理民事案件的过程中，对已经查清的部分事实和部分请求作出的判决。所谓全部判决，又称一次（性）判决，是人民法院对于民事案件，经过审理对案件涉及的全部事实和全部请求进行全面的一次性处理而作出的判决。

二、先行裁决制度《中华人民共和国仲裁法》第55条规定：“仲裁庭仲裁纠纷时，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行裁决。”部分仲裁委员会仲裁规则也规定了先予裁决规则。与民事诉讼相比，仲裁强调“一裁终决”，也就意味着先行裁决作出后便等同于最终裁决，具有强制执行效力。

三、先行判决和先行裁决的意义。

1. 提高审判和仲裁效率先行判决或先予裁决是针对已经审理清楚的问题进行判决或裁决，可以加快审理或仲裁的脚步，提高审判或仲裁效率，为经济发展、社会公正公平提供更加完善的制度保障。

2. 更好地保护当事人的权益先行判决或先行裁决的作出，也是法院或仲裁庭出于更及时地保护当事人的合法权益而对已经查明的部分法律或事实问题的先行处理，最终就是为了实现当事人利益的最大化。

四、先行判决或先予仲裁的特性。

1. 关联性。先行判决或先行裁决的事实和请求，与整个案件相关联，涉及的是整个案件的一部分事实和一部分判决，和案件的整体具有必然的关联性。

2. 独立性。先行判决的独立性包括三个方面：一是事实和请求的独立性，即先予判决或先予裁决所涉及的事实和请求必须在案件的全部事实和全部请求中具有独立性；二是效力的独立性，即先行判决或先行裁决作出后，不影响对案件其他部分的审理与判决或裁决。三是程序的独立性，即先行判决或裁决是独立的，不是其后判决或裁决以及整体判决或裁决的附属物和组成部分。如果是依法可以上诉的判决，其上诉的期限也应单独计算。

3. 例外和补充性。先行判决或先行裁决相对于全部判决或裁决，先行判决或先行裁决只是判决或裁决方式的一种例外和补充，大部分案件还是一次性全部判决或裁决。

五、先行判决或先行裁决的事项范围以及实务中需要注意的问题。

1. 合同的效力或解除建设工程领域，特别是工程项目在建过程中，承发包双方发生纠纷，或是为了索要工程款，或是因为报价过低而不想继续履行合同，或是出于其他目的，工程停工，但是承包人却占据施工场地拒不退出，发包人提出解除合同，承包人提出支付工程款。而对于涉案工程款又需要进行司法鉴定。这种情况下，如果等整个案件审理完毕作出判决，可能会需要相当长的时间，工程一直处于停工状态，会给发包人造成巨大的经济损失。此时，为了不影响工程建设，减少发包人损失，可以就当事人诉讼请求中有关合同解除及施工人撤场的部分进行先行判决或先行裁决。这种情况下，作出先行判决或先行裁决需要注意的是，固定已完工程的进度状态以及相关资料，以防止在鉴定过程中和审理过程中无法确定已完工程而影响工程价款的确定。

2. 确定及无争议的工程款“结算周期长，回款速度慢”是工程领域普遍存在的问题。受新冠疫情、拉闸限电、材料大涨等因素的影响，“地主家的余粮”也愈发紧张，因拖欠工程款而产生的纠纷案件也日益增多。而建设工程施工合同纠纷案件漫长的审理过程又让急需“回款续命”的施工单位雪上加霜。在很多案件处理过程中，我们常听到这样的劝解或威胁：“早点退一步，早点能和解，早点收回款，大家各自相安；要不然一审、二审、发回重审、上诉、执行，一来二去，一年又一年，猴年马月才能见到钱。”此外，在建设工程施工合同纠纷中，承包人向发包人要求支付工程款，发包人往往以工程质量存在问题提出反诉，并同时要求对质量问题提出司法鉴定。这种情况下，案件的审理将会拖入漫长的程序中，工程款多涉及农民工的工资、材料款，如果不及处理，可能对农民工的生活以及企业的正常生产经营造成重大影响。此时，可以对工程款中没有争议或可以确定的部分进行先行判决或先行裁决。在上述情况下，作出先行判决或先行裁决需要注意的是以解决急需困难为前提，防止判决或裁决执行后，对发包人的工程质量损失造成无法弥补的后果。

3. 竣工验收资料或备案手续工程竣工验收及竣工验收备案手续的办理，是国家对建设工程质量进行监督管理的重要制度。依据《建设工程质量管理条例》第十六条第二款、《房屋建筑和市政基础设施工程竣工验收备案管理办法》第五条的规定，竣工验收及办理工程竣工验收备案手续应当提交的文件中，部分文件需要施工单位签署或者提供，施工单位依法有配合义务，也只有承包人的配合才能完成。而在实践中，承包人往往以不支付工程款为由，拒不配合验收或拒不交付竣工验收资料。有的时候，工程量或工程款需要进行司法鉴定，整个案件需要长久的过程才能审理完毕作出判决或裁决，而此时的发包人如果不尽快办理房产登记手续，则面临着对购房户或其他商户不能按期交房，可能会造成巨大损失。这种情况下，就需

要作出先行判决或先行裁决。比如，中华人民共和国最高人民法院（2015）民一终字第 269 号民事判决认为：“本案昆仑公司应履行配合竣工验收备案义务的事实已经查清，可以先行判决。昆仑公司有关文越公司未按照施工合同约定支付工程款，有权不配合办理竣工验收备案手续的抗辩理由不能成立。本案中，竣工验收备案手续不能及时办理，已经影响到购房户办理产权证的权利。权衡各方利益，一审法院就此先行判决并无不当。若文越公司存在逾期支付工程款的违约行为，可以在本诉中解决。”

六、先行判决或先行裁决的程序问题。

1. 一审法院可以作出先行判决，仲裁庭可以作出先行裁决。

2. 一审法院作出的先行判决，当事人对先行判决不服的可以单独向上级人民法院提出上诉。

3. 二审法院对先行判决的事项，可以部分维持，其余部分发回重审。对一审先行判决，当事人不服一审判决，可以上诉。二审法院根据情况可以改判，可以发回重审，也可以部分维持、部分发回重审。最高人民法院（2014）民申字第 643 号判决中，最高人民法院认为“二审法院经审理，认定东方蓝桥公司拖欠浦东国际公司工程款 263.5683 万元、其他款项 70 万元、垫资利息 20 万元，以及浦东国际公司延误工期 49 天等事实后，先判决东方蓝桥公司支付浦东国际公司 333.5683 万元（工程款 263.5683 万元+其他款项 70 万元）、约定利息 20 万元及其他款项 70 万元的利息，浦东国际公司向东方蓝桥公司支付逾期竣工违约金 29.4 万元，再另行裁定撤销一审法院对万某的判项，发回重审，符合《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条、第一百七十条第一款第四项之规定。”从上述案例，可以看出一个案件同时出了一份判决和一份发回重审的裁定。

（作者单位：安徽吴咸亮律师事务所）

建设工程施工合同纠纷案件司法鉴定裁判规则解析

□陈 浩

一、是否需要司法鉴定的问题

1. 建设工程价款结算已有结算书，发包人和承包人均同意司法鉴定的，法院或者仲裁机构是否可以启动司法鉴定程序？

答：可以。

参考案例：云南文荣建筑工程有限公司、景洪立丰房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案（2020）最高法民再 360 号

最高人民法院认为，虽然《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）》第十二条规定，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。但本案中鉴定程序的启动经过了双方当事人的同意，故原审法院未采信结算书而启动鉴定程序并无不当。

2. 发包人不认可对工程项目预算进行的评审报告的，是否需要通过司法鉴定程序确定工程造价？

答：需要。

参考案例：内蒙古亦龙实业有限公司、固阳县人民政府建设工程施工合同纠纷案（2020）最高法民申 5266 号

最高人民法院认为，亦龙公司以佳世达造价公司出具的《预（决）算评审报告》为证据请求以此评审报告评审的工程总价认定案涉工程价款。一、二审中，固阳县政府、固阳县交通局均主张《预（决）算评审报告》是内蒙古自治区财政厅对国有资金使用情况的跟踪审计，不能作为案涉工程结算依据。经查，从《预（决）算评审报告》的内容看，该评审报告是佳世达造价公司根据内蒙古自治区财政厅的通知要求，对案涉项目预算进行的评审，评审目的、评审依据、评审方法和程序均与工程造价的审计或鉴定有一定区别。据此，发包方不认可此审定报告为工程造价结算，具有事实依据。至此，在双方对工程结算价款没有达成一致意见的情况下，亦龙公司作为实际施工人对其主张的工程价款负有举证责任。在一审法院释明后，亦龙公司申请鉴定又撤回，原审判决认定其提起诉讼的证据尚不充分，并无不妥。亦龙公司可在有充分有效的证据证明工程价款数额后再行提起诉讼，不存在丧失追索工程款权利的情形。

3. 逾期竣工天数可由裁判者根据案件事实进行认定的，可否不再启动司法鉴定程序？

答：可以。

参考案例：泉州崇武半月湾度假村开发建设有限公司建设工程施工合同纠纷案（2019）最高法民申 4906 号

最高人民法院认为，原审法院认定逾期竣工天数可由法院根据案件事实进行认定，因而未要求鉴定机构就此问题出具鉴定意见，不违反法律规定。

4. 工期延误责任的归属，由谁确定？

答：由人民法院或仲裁机构确定。依据《建设工程造价鉴定规范》第 5.7.6 条规定，对工期延误责任的归属，鉴定人可从专业鉴别、判断的角度提出建议，最终由委托人根据当事人的举证判断确定。

注：委托人是指委托鉴定机构对鉴定项目进行工程造价鉴定的人民法院或仲裁机构。（下同）

5. 索赔成因、索赔损失、索赔时效是否成立，由谁确定？

答：由人民法院或仲裁机构确定。依据《建设工程造价鉴定规范》第 5.8.1 条规定，当事人因提出索赔发生争议的，鉴定人应提请委托人就索赔事件的成因、损失等作出判断，委托人明确索赔成因、索赔损失、索赔时效均成立的，鉴定人应运用专业知识作出因果关系的判断，作出鉴定意见，供委托人判断使用。

6. 因发包人原因删减了合同中的工程项目时，承包人提出应由发包人给予合理的费用及预期利润的，由谁认定删减事实是否成立？

答：由人民法院或仲裁机构认定。依据《建设工程造价鉴定规范》第 5.8.5 条规定，因发包人原因，发包人删减了合同中的某项工作或工程项目，承包人提出应由发包人给予合理的费用及预期利润，委托人认定该事实成立的，鉴定人进行鉴定时，其费用可按相关工程企业管理费的一定比例计算，预期利润可按相关工程项目报价中的利润的一定比例或工程所在地统计部门发布的建筑企业统计年报的利润率计算。

7. 工程欠款利息及违约金是否属于工程造价鉴定范围？

答：属于。

参考案例：贵州建工集团第十建筑工程有限公司、贵州鑫贵房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案（2020）最高法民终 1131 号

最高人民法院认为，在中华人民共和国住房和城乡建设部 2017 年 8 月 31 日发布并于 2018 年 3 月 1 日起实施的《建设工程造价鉴定规范》中，明确列明了费用索赔争议鉴定，可据此判断本案《鉴定意见书》所载鉴定范围中的停工损失、工程欠款利息及违约金属于工程造价鉴定范畴。

二、鉴定资质问题

8. 鉴定机构取得工程造价评估资格，但未取得工程造价咨询企业资质，是否应认定鉴定机构具备相应资质？

答：有争议。

一种观点认为可以据此认定鉴定机构具备相应资质。

参考案例：浦城县万达置业有限公司建设工程施工合同纠纷案（2019）最高法民申 6461 号

最高人民法院认为，蒲城万达公司一、二审中均提出鼎力公司没有取得工程造价咨询企业资质，不具有案涉工程造价评估资格。经查，鼎力公司取得了厦门市发展和改革委员会颁发的工程造价评估资质，且并未有法律、行政法规明确规定只有取得工程造价咨询企业资质才能从事工程造价评估工作，故一、二审法院认可鼎力公司的工程造价评估资格并无不当。

另一种观点认为不可以据此认定鉴定机构具备相应资质。

参考：《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）》（2013 年 12 月 23 日安徽省高级人民法院审判委员会民事执行专业委员会第 32 次会议讨论通过）第二十条规定，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。

9. 三个鉴定人中，仅有一人具有注册造价工程师资质，该鉴定意见书是否当然无效？

答：不是当然无效。

参考案例：云南文荣建筑工程有限公司、景洪立丰房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案（2020）最高法民再 360 号

最高人民法院认为，关于鉴定意见是否应被采信的问题，虽然本案三个鉴定人中，仅鉴定人黄某丙具有注册造价工程师资质，其他二人均非注册造价工程师，但目前并无明确的法律法规规定司法鉴定人员数量须三人以上且全部须具备注册造价工程师资质，否则鉴定意见无效。本案是否应当重新鉴定还应根据鉴定意见是否客观真实、是否存在明显错误予以确定。

10. 鉴定人同时在两个鉴定机构执业，该鉴定意见是否当然无效？

答：不是当然无效。

参考案例：陕西志诚建筑工程有限公司、陕西兴汉光源科技有限公司建设工程施工合同纠纷案（2021）最高法民申 2096 号

最高人民法院认为，虽然志诚公司提交新证据证明案涉《鉴定意见》的鉴定人杨某翔、宋某峰、马某琴三人同时在陕西锦桥昌工程造价咨询有限公司和陕西华夏司法会计鉴定所从事司法鉴定业务，但杨某翔、宋某峰、马某琴三人的上述行为并不能得出该三人丧失鉴定人资格的结论，亦不能得出案涉《鉴定意见》无效的结论，故二审法院将《鉴定意见》作为认定本案相关事实的依据并无不当。

11. 鉴定人应具备什么资质？

答：鉴定人应当是注册造价工程师。依据《建设工程造价鉴定规范》第 2.0.6 条规定，鉴定人指受鉴定机构指派，负责鉴定项目工程造价鉴定的注册造价工程师。

12. 注册造价工程师的注册专业类别包括哪些？

答：依据《造价工程师职业资格考试实施办法》第四条规定，注册造价工程师的注册专业包括土木建筑工程、交通运输工程、水利工程和安装工程 4 个专业类别。

13. 注册造价工程师是否可以超出注册专业范围执业？

答：不可以。依据《注册造价工程师管理办法》（2020 修正）第二十条规定，注册造价工程师不得有下列行为：（九）超出执业范围、注册专业范围执业。

14. 二级注册造价工程师是否可以独立进行造价鉴定工作

答：不可以。二级注册造价工程师可以协助一级注册造价工程师进行造价鉴定工作。依据《注册造价工程师管理办法》第十五条规定，二级注册造价工程师协助一级注册造价工程师开展相关工作，并可以独立开展以下工作：（一）建设工程工料分析、计划、组织与成本管理，施工图预算、设计概算编制；（二）建设工程量清单、最高投标限价、投标报价编制；（三）建设工程合同价款、结算价款和竣工决算价款的编制。

三、鉴定程序问题

15. 鉴定机构担任过鉴定项目咨询人但未自行回避，发包人或承包人也未提出回避申请，事后以此为由提出鉴定意见严重违反程序的，人民法院或仲裁机构可否支持？

答：不支持。

参考案例：四川金海建设有限公司与贵州省慕俄格房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案（2019）最高法民申 6023 号

最高人民法院认为，关于是否因鉴定机构未回避而导致鉴定程序违法。从慕俄格公司原审提交的工程进度款审核报告看，鉴定机构贵州正合建设项目管理咨询有限公司（以下简称正合公司）在对案涉工程造价进行鉴定前就已接受慕俄格公司委托，对案涉项目提出过意见。根据《建设工程造价鉴定规范》第 3.3.4 条关于“鉴定机构担任过鉴定项目咨询人的，应当自行回避”的规定，正合公司应主动申请回避。但《建设工程造价鉴定规范》第 3.5.2 条同时规定：“鉴定机构有本规范第 3.3.4 条情形之一未自行回避的，且当事人向委托人申请鉴定机构回避的，由委托人决定其是否回避，鉴定机构应执行委托人的决定。”据此，在鉴定机构担任过鉴定项目咨询人的情形下，如当事人未申请鉴定机构回避，人民法院作为委托人有权决定鉴定机构是否回避，也意味着此种回避事由并不足以对鉴定意见的可采性造成实质影响。这是因为，鉴定意见作为证据的一种，是否具有证据资格，以及证明力大小最终要由人民法院根据民事诉讼证据规则进行判断。本案中，原审法院依照法定程序选定正合公司作为鉴定机构，双方当事人均未提出异议。慕俄格公司在原审中将正合公司所作工程进度款审核报告作为证据提交时，金海公司就已知悉正合公司具有回避事由，但金海公司并未申请回避。金海公司在原审中不仅未对鉴定意见的合法性提出异议，在原审法院就鉴定意见定稿征询双方意见时，还明确表示没有意见。金海公司的以上诉讼行为表明，金海公司在原审中对鉴定意见的客观公正性是认可的。基于此种判断，原审法院将正合公司出具的鉴定意见作为认定本案事实的依据，并不违反法律规定。金海公司的该项再审申请理由不能成立。

16. 鉴定意见书没有鉴定人签章的，是否影响鉴定意见的可采性？

答：不足以影响鉴定意见书的可采性。

参考案例：四川金海建设有限公司与贵州省慕俄格房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案（2019）最高法民申 6023 号

最高人民法院认为，关于鉴定意见是否因无鉴定人员签字而不应被采信。经审查，鉴定机构于 2019 年 2 月 25 日作出《鉴定意见书》（定稿）上没有鉴定人签章。在鉴定意见定稿作出前，鉴定机构曾先后出具了五稿《鉴定意见书》，其中征求意见稿之后的第一稿，即 2018 年 6 月 19 日的《司法鉴定意见书》（第二稿）上加盖了两名注册造价工程师的印章，该鉴定意见系有资质的鉴定人作出。从《鉴定意见书》（定稿）的作出过程及其内容看，《鉴定意见书》（定稿）是鉴定机构在 2018 年 6 月 19 日《司法鉴定意见书》（第二稿）基础上，结合金海公司与慕俄格公司历次提出的修改意见进行修正后作出的。而且，原审法院曾在庭前质证和庭审中均通知鉴定人出庭，金海公司并未对鉴定人资质或者身份提出过异议。据此，《鉴定意见书》（定稿）上虽没有鉴定人签章，形式上存在瑕疵，但这并不足以影响鉴定意见的可采性。

17. 鉴定机构是否应当向发包人或承包人送达《鉴定人员组成通知书》？

答：应当送达。依据《建设工程造价鉴定规范》第 3.4.2 条规定，鉴定机构应在接受委托，复函之日起 5 个工作日内，向委托人、当事人送达《鉴定人员组成通知书》，载明鉴定人员的姓名、执业资格专业及注册证号、专业技术职称等信息。

18. 发包人或承包人申请鉴定人回避的，由谁决定是否回避？

答：人民法院或者仲裁机构决定。依据是《建设工程造价鉴定规范》第 3.5.2 条规定，鉴定机构有本规范第 3.3.4 条情形之一未自行回避的，且当事人向委托人申请鉴定机构回避的，由委托人决定其是否回避，鉴定机构应执行委托人的决定。

注：《建设工程造价鉴定规范》第 3.3.4 条 有下列情形之一的，鉴定机构应当自行回避，向委托人说明，不予接受委托：1. 担任过鉴定项目咨询人的；2. 与鉴定项目有利害关系的。

19. 人民法院或仲裁机构向鉴定机构移交的证据，是否应注明质证及证据认定情况？

答：依据《建设工程造价鉴定规范》第 4.2.2 条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 34 条，《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》的相关规定，应注明质证及证据认定情况。

20. 人民法院或仲裁机构要求发包人或承包人直接向鉴定机构提交证据的，鉴定机构是否应提请人民法院或仲裁机构组织质证并确认证据的证明力？

答：应当提请。依据《建设工程造价鉴定规范》第 4.3.3 条规定，鉴定机构应及时将收到的证据移交委托人，并提请委托人组织质证并确认证据的证明力。

21. 现场勘验由谁决定，由谁组织？

答：依据《建设工程造价鉴定规范》第 4.6.1 条、第 4.6.2 条、第 4.6.3 条规定，现场勘验应由人民法院或仲裁机构决定，并由其组织。

22. 鉴定人应否参加现场勘验？

答：应当参加。根据《建设工程造价鉴定规范》第4.6.1条、第4.6.3条规定，鉴定人应当参加现场勘验。

23. 在鉴定核对过程中，鉴定人是否应当对每一个鉴定工作程序的阶段性成果提请发包人 or 承包人提出书面意见或签字确认？

答：应当提请。依据《建设工程造价鉴定规范》第5.2.4条规定，在鉴定核对过程中，鉴定人应对每一个鉴定工作程序的阶段性成果提请所有当事人提出书面意见或签字确认。当事人既不提出书面意见又不签字确认的，不影响鉴定工作的进行。

24. 鉴定意见书是否应当由一级注册造价工程师审核并签字盖章？

答：应当由其审核并签字盖章。依据《注册造价工程师管理办法》第十八条规定，注册造价工程师应当根据执业范围，在本人形成的工程造价成果文件上签字并加盖执业印章，并承担相应的法律责任。最终出具的工程造价成果文件应当由一级注册造价工程师审核并签字盖章。

（最高法院司法案例研究院）

建设工程施工案件管辖、质量及实际施工人权利等争议研究

□肖峰 韩浩

最高人民法院于2020年12月30日发布了《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）》（以下简称施工解释一），对建设工程施工领域涉及的合同效力、工程价款结算、优先受偿权等核心问题作了正面规定。然在建设工程案件审判实践中，关于管辖问题、工程质量以及实际施工人权利救济等诸多实务问题仍存在深层面的争议，尚需通过相关司法解释以及类案裁判制度予以进一步明确、规范，以统一裁判尺度。本文从审判实务的角度对相关问题进行梳理和探讨，以寻求司法认同。

一、关于建设工程合同纠纷案件的管辖问题

管辖的确定应是解决建设工程合同纠纷案件的首要问题。因该问题属于应由程序法解决的问题，最高人民法院出台的相关建设工程司法解释未予涉及，司法实务中关于管辖的确定也存在较大的分歧，影响了法律的统一适用。

（一）建设工程合同纠纷案由项下的管辖确定

民事诉讼法第三十三条规定，因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。同时，在最高人民法院第二次修正的《民事案件案由规定》中，建设工程合同纠纷（115）为三级案由，下属四级案由为：（1）建设工程勘察合同纠纷；（2）建设工程设计合同纠纷；（3）建设工程施工合同纠纷；（4）建设工程价款优先受偿权纠纷；（5）建设工程分包合同纠纷；（6）建设工程监理合同纠纷；（7）装饰装修合同纠纷；（8）铁路修建合同纠纷；（9）农村建房施工合同纠纷。在确定上述案由管辖时，首先，对于建设工程施工合同纠纷，由于一般会涉及建设工程造价、质量、修复费用等司法鉴定以及民工工资等群体性纠纷，为便于案件的审理与执行，由建设工程所在地法院管辖，已经在司法实践中形成共识。2020年最高人民法院最新修正的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第28条第2款规定，农村土地承包经营合同纠纷、房屋租赁合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、政策性房屋买卖合同纠纷，按照不动产纠纷确定管辖。对于建设工程合同纠纷案由项下其他四级案由，最高人民法院认为，由不动产所在地法院专属管辖的建设工程施工合同纠纷，不限于《民事案件案由规定》的建设工程施工合同纠纷项下的第

四级案由即“建设工程施工合同纠纷”，而应当包括该项下的与建设工程施工相关的案件“（3）建设工程施工合同纠纷，（4）建设工程价款优先受偿权纠纷，（5）建设工程分包合同纠纷，（6）建设工程监理合同纠纷，（7）装饰装修合同纠纷，（8）铁路修建合同纠纷，（9）农村建房施工合同纠纷。”此后，最高人民法院在审理案件过程中的亦是明确肯定上述观点。关于建设工程勘察合同纠纷、建设工程设计合同纠纷是否应当适用专属管辖，该问题在司法实践中各地法院尚未形成一致认识，北京、上海、深圳等地司法审判实践中多倾向于认为，该二类合同纠纷并非建设工程施工合同纠纷，且往往不涉及工程造价评估、质量鉴定、优先受偿权、执行拍卖等内容，不适用专属管辖的规定。笔者认为，建设工程勘察合同履行中勘察人一般需要到项目现场进行查明、分析地质地理环境特征和岩土工程条件等勘察作业，尤其是涉及桥涵、公路等建设工程，勘察人更需要对工程现场进行测量、水文地质勘查、提取地形地貌、地层土壤岩性等数据及现场分析工作，故建设工程勘察合同纠纷宜适用专属管辖；而建设工程设计系根据勘察人提供的勘察文件及法律法规的要求，对建设工程所需的技术、经济、资源、环境等条件进行综合分析、论证，编制建设工程设计文件，提供相关服务的活动。建筑师虽需驻场进行图纸会审和设计交底，以及施工过程中组织协调各专业对接施工问题，但主要合同义务是提供工程设计图纸，核心的设计工作可能是在工程所在地之外的地方甚至是国外完成，故建设工程设计合同纠纷应适用一般管辖原则确定管辖法院。

（二）基于建设工程施工合同纠纷提起的代位权纠纷的管辖确定

根据民法典的规定，代位权是因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利，债权人提起代位权诉讼的，由被告住所地人民法院管辖。这里的管辖规定应当理解为特殊地域管辖，而在确定具体案件的管辖时，应当优先适用专属管辖的规定，其次是特殊地域管辖，最后是一般地域管辖。当事人基于建设工程施工合同纠纷提起代位权诉讼，仍须对债务人与次债务人之间的实体法律关系即建设工程施工合同纠纷进行审理查明，故仍应按照民事诉讼法第三十三条、《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条的规定，优先适用专属管辖的规定，由建设工程所在地人民法院专属管辖。

（三）实际施工人与承包人或者发包人与承包人存在仲裁条款的管辖确定

实际施工人与承包人或者发包人与承包人之间的有效仲裁条款，系依据法律规定合意排除法院主管、限制自身诉权的意思自治行为。该仲裁协议应遵循合同相对性原则，仅在该双方当事人之间产生法律效果，对协议外的第三人不应具有约束力。实际施工人与承包人或者发包人与承包人之间的单一仲裁条款仅在双方之间发生仲裁主管效果，但不能同时排除实际施工人与发包人之间的法院主管，使得实际施工人向发包人主张折价补偿的权利归于灭失的法律效果。根据施工解释一第43条的规定，转包或违法分包的实际施工人可“突破合同相对性”，要求发包人在欠付范围内承担相应的折价补偿给付责任。当发包人与承包人存在仲裁条款时，实际施工人向发包人主张权利，实际施工人向发包人主张欠付工程款系基于法律的直接规定，不能简单地理解为是对承包人权利的承继，也不应受承包人与发包人之间仲裁条款的约束。当实际施工人与承包人之间的协议如存在仲裁条款时，民法典第五百零七条规定，合同不生效、无效、被撤销或者终止的，不影响合同中有关解决争议方法的条款的效力，一般应认定该仲裁条款有效。在此情形下，实际施工人只能通过仲裁方式向转包人、违法分包人主张权利，如果实际施工人以发包人为被告提起诉讼，则不宜追加转包人、违法分包人为共同被告。

（四）与建设工程施工合同纠纷有关的其他管辖确定

第一，司法实践中，部分承包人、实际施工人为加速工程款债权或折价补偿债权的受偿，往往选择将对发包人或者总承包单位享有的工程款、折价补偿等债权转让给第三人。当工程款债权转让后，第三人作为债权受让人与债务人因债务履行发生的纠纷，由于债权转让的后果仅是建设工程施工合同权利主体发生变更，并不影响案件的法律关系性质认定，故仍应由建设工程所在地的人民法院专属管辖。

第二，依前所述，建设工程施工合同纠纷应当适用专属管辖，但是在处理建设工程施工合同纠纷的管辖时，既可能存在涉及工程款、工期、工程质量等双方在建设工程施工过程中产生的争议，也可能存在涉及尚未开工建设即引发的建设工程施工合同纠纷。对于此类纠纷，笔者认为，由于法律及司法解释明确规定了建设工程施工合同纠纷按照不动产纠纷确定管辖，并未将此类案件的纠纷以施工前、施工中、竣工后等时间节点进行区分，故即使建设工程尚未开工或者建设工程事实上最终并非由一方诉讼当事人所承建，为方便案件事实的审理查明，只要双方签订的建设工程施工合同所涉的建设工程是客观存在的，仍宜将此类案由纠纷适用专属管辖。

第三，如发包人与承包人之间已经就工程价款达成结算协议，双方就结算协议的履行而产生争议，由于结算协议一般都是以之前的建设工程施工合同为基础而所达成的协议，结算协议纠纷的处理也往往会涉及建设工程施工合同的履行事宜，故一般应当适用专属管辖。需要注意的是，上述尚未开工建设或达成结算协议后引发的纠纷情形也适用于除建设工程设计合同外的其他建设工程合同纠纷案由。

第四，根据《最高人民法院关于铁路运输法院案件管辖范围的若干规定》（法释〔2012〕10号）第三条第六项的规定，铁路运输法院管辖与铁路及其附属设施的建设工程有关的合同纠纷，故铁路修建合同纠纷属于专属管辖中的专门管辖。需要特别说明的是，如原铁路运输法院被撤销的，则根据特别规定处理。例如，根据《江苏省高级人民法院关于转发〈最高人民法院关于调整原南京铁路运输法院涉铁路案件管辖权的批复〉的通知》（苏高法电〔2019〕877号）载明的内容，原南京铁路运输法院涉铁路案件由江苏省南京市鼓楼区人民法院管辖，二审法院为江苏省南京市中级人民法院，故此类铁路修建合同纠纷应优先适用上述规定。

二、关于建设工程质量问题

工程质量合格是承包人工程价款请求权的前提，建设工程质量不仅关乎承包人能否向发包人主张工程价款，更重要的是质量是否合格直接关系到社会公共利益，在处理建设工程质量纠纷时应当慎重把握司法裁判尺度。

（一）建设工程质量合格的判断标准

建设工程可以分为已竣工的建设工程和未竣工的建设工程，在判断建设工程质量是否合格的问题时，不同状态的建设工程质量判断标准不尽相同。

关于已竣工的建设工程，根据住建部《房屋建筑和市政基础设施工程竣工验收规定》的规定，工程竣工验收是指工程完工后施工单位向建设单位提交工程竣工报告，建设单位组织勘察、设计、施工、监理等单位进行竣工验收的行为，工程竣工验收合格后，建设单位应当提出工程竣工验收报告。竣工工程验收合格的法律后果是建设工程质量合格，承包人已经按照合同约定完成了质量合格的建设工程成果。因此，对于已竣工的建设工程一般以竣工验收文件作为认定建设工程质量合格的依据。实践中，建设工程竣工后，发包人为尽快投入使用，在建设工程未进行验收的情形下即擅自使用工程，因擅自使用未经竣工验收合格的建设工程为民法典、建筑法以及《建设工程质量管理条例》所禁止，只要出现发包人擅自使用的情形，应视为发包人认可该建设工程质量符合法律规定和合同约定，故可以推定该建设工程质量合格。发包人擅自使用后又主张使用部分质量不符合约定的，应当由其自行承担不利后果。但是，地基基础工程和主体结构直接决定建设工程整体质量，涉及公共安全，也是承包人最基本的合同义务，故《施工解释一》第14条规定，承包人应当对于地基基础工程和主体结构在建设工程的合理使用寿命内承担质量责任。

关于未竣工的建设工程，如何判断已完工程质量是否合格问题，根据建设工程的施工工序要求，需要对隐蔽工程、分部分项工程进行节点验收，因此对于已完工程的质量判断可以依据上述节点验收文件予以判断，如承包人提供隐蔽工程验收以及分部分项工程验收合格资料，可以认定对应的已完工程质量合格。

如发包人未对已完工程进行验收的，可以区分发包人是否将剩余工程发包给其他承包人施工进行判断：发包人发包剩余工程的，其发包行为与擅自使用行为相当，可以推定已完工程质量合格。除非发包人能提供相反证据证明已完工程质量不合格；如发包人为减少停工损失或者前手承包人拒绝修复，且发包人已经就未竣工工程质量问题进行公证或者交由其他承包人修复的，人民法院可以结合工程质量客观事实予以认定。如发包人尚未发包剩余工程的，应当由承包人承担已完工程质量合格的证明责任。

（二）建设工程质量验收合格的法律后果

这里的建设工程质量验收合格包括经过竣工验收的建设工程，也包括未经竣工验收擅自使用的建设工程。如前所述，建设工程竣工验收合格应当认定建设工程质量合格，发包人无权就建设工程质量问题再向承包人主张违约责任，但同时根据《建设工程质量管理条例》的规定，建设工程竣工验收后，承包人在保修范围和保修期限内履行质量保修义务。故，通说认为，建设工程质量合格应当以通过竣工验收程序为分界点，在竣工验收合格之前，承包人的施工质量是否符合合同约定处于不确定状态，承包人应履行确保建设工程质量合格的合同义务；在竣工验收合格后，承包人施工的工程质量合格且得到发包人的确认，承包人即已完成合同的主要义务，但是仍应根据法律规定承担质量保修期内发生质量问题时的保修义务。

需要进一步讨论的是建设工程质量验收合格后如发现质量问题时的处理问题。建设工程竣工验收合格后发现的质量问题既有可能是验收合格后在保修期内发生的质量问题，也有可能是承包人施工过程中产生的质量问题。对于前者实务中一般没有争议，承包人应当按照规定承担相应的质量保修义务；对于后者主要存在三种观点：一是绝对效力说，在竣工验收合格后建设工程应当认定为质量合格，承包人不再承担质量违约责任，即使发包人提供初步证据证明了建设工程存在明显质量问题，如果是未涉及地基基础工程和主体结构的其他质量问题，发包人也无权向承包人就施工过程中的质量问题主张权利，在司法实务中应当驳回发包人的诉讼请求；二是相对效力说，竣工验收文件并不当然免除了承包人施工中的质量责任，在发包人提供初步证据证明建设工程存在严重质量问题时，承包人应当承担质量责任；三是可撤销说，竣工验收合格文件系发承包双方就工程质量合格而形成的合意，同时发包人签订该文件的本意也是相信建设工程不存在明显质量问题，如建设工程客观上存在明显质量问题，且存在重大误解或者欺诈等情形，发包人有权利要求予以撤销，但在竣工验收合格文件被撤销前，仍应视为建设工程质量合格，但是由于竣工验收文件往往涉及五方验收主体，实践中可操作性不强。以上三种处理思路表明承包人承担的质量违约责任和质量保修责任界限并非绝对明确，建设工程竣工验收合格也并非决定性地撇清了承包人的质量责任。我们以为，建设工程竣工验收合格包括发包人未经竣工验收擅自使用的，表明发包人对建设工程质量合格予以确定，从肯定验收行为的既定事实效力和验收行为的法律效力角度而言，人民法院不宜轻易否定工程验收合格证明文件的效力。然若系承包人未按工程设计图纸和施工技术标准施工、偷工减料、使用不合格的建筑材料、建筑构配件和设备等原因导致工程客观上存在明显的质量问题时，如驳回发包人的诉讼请求，将面临权利无法救济的损害，造成发包人利益严重失衡。对此在相对效力说的基础上，有观点认为将上述质量问题认定为承包人的保修责任，依据质量保修关系予以处理，但是该处理思路的法律依据有待进一步论证。

三、关于实际施工人权利救济问题

（一）借用资质、转包、违法分包的实际施工人主张权利的内在逻辑

1. 借用资质的实际施工人权利主张

在认定借用资质的实际施工人权利救济时，通说认为借用资质的实际施工人不能直接依据施工解释第四十三条的规定向发包人主张权利，一般需判断发包人是否知晓实际施工人借用他人资质的事实，当发包人不知晓时，基于合同相对性原则和信赖保护原则，各方权利义务应当根据相关合同予以处理，即发包人和借用资质的实际施工人不存在合同关系，借用资质的实际施工人无权向发包人主张欠付工程价款，也无权主张建设工程价款优先受偿权。当发包人知晓实际施工人借用他人资质的事实时，如何认定发包人和

实际施工人的法律关系，主要存在通谋虚伪说、委托代理说、事实合同说三种观点。通谋虚伪说认为发包人与借用资质的实际施工人之间形成通谋虚伪行为，但是民法典第一百四十六条关于虚假的意思表示实施的民事法律行为，是以自己名义作出虚伪意思表示为前提，而实际施工人借用他人资质签订合同时，名义上的意思表示主体是出借资质人，而发包人也明知，出借资质人并未向其作出过意思表示，故不应构成通谋虚伪；委托代理关系说认为，实际施工人以出借资质人的名义与发包人实施法律行为，类似于无权代理人以本人的名义与第三人实施法律行为，但是与委托代理不同，在借用资质情形下依据当事人的约定，法律效果归属于借用资质的实际施工人，而委托代理关系中代理人和本入通常不存在前者的法律效果；事实合同说认为，在发包人明知的情形下，说明发包人对其合同相对人为实际施工人是明知的，双方围绕建设工程施工合同签订、履行、结算等形成事实上的法律关系，发包人并非想与名义载体即出借资质人实施法律行为，而是以借用资质的实际施工人为法律行为的主体，发包人与借用资质的实际施工人均具有受其意思表示拘束的意思。那么借用资质的实际施工人直接向发包人主张工程价款，一方面并未超越发包人对合同履行及付款对象的信赖预期；另一方面借用资质的实际施工人该请求权基础与承包人对发包人享有的工程价款请求权并无二异，故此时应当肯定借用资质的实际施工人有权根据民法典第一百五十七条的规定向发包人主张工程价款，笔者赞同此观点。

2. 转包、违法分包的实际施工人权利主张

在转包和违法分包情形下，实际施工人有权向合同相对方转包人、违法分包人主张工程折价补偿款，自无争议。同时为保护实际施工人的合法权益，施工解释一承继了原来司法解释的规定，肯定转包、违法分包的实际施工人有权突破合同相对性直接向发包人主张工程折价补偿款的欠付责任。赋予实际施工人特殊诉权，主要系出于保障农民工等建筑工人的生存权益、维护社会稳定等价值取向考虑。因此，在实际适用该条款时应当查明发包人是否存在欠付事实、欠付金额是否到期等主要事实，在查清上述事实的基础上予以裁判，防止相关主体借此滥用诉权。仍未查明发包人欠付事实的，如根据现有证据能够证明发包人欠付数额明显大于实际施工人主张的工程价款数额，人民法院可以予以支持，如现有证据无法查明的，应当驳回实际施工人的诉讼请求。

值得进一步研究的是，在层层转包和违法分包情形下，实际施工人能否向与其没有合同关系的前手转包人、违法分包人主张工程款？关于该问题实践中争议颇大，各地审判实践倾向也呈现对立现象。如四川省高级人民法院、河北省高级人民法院等曾出台相关指导文件认为，实际施工人向与其没有合同关系的转包人、违法分包人提起的诉讼，原则上应坚持合同相对性，由与实际施工人有合同关系的前手承包人给付工程款，实际施工人无权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，最高人民法院在一起建设工程施工合同纠纷案件审理过程亦持上述观点。与之不同的是，江苏省高级人民法院、上海市第一中级人民法院等审判实务中倾向认为，就中间环节的转包人、违法分包人之间的法律关系而言，中间环节的转包人、违法分包人系发包人，实际施工人主张中间环节的转包人、违法分包人在其欠付的工程款范围内承担连带责任，符合最高人民法院相关司法解释的规定，最高人民法院审理的另一起建设工程施工合同纠纷案件中亦是按上述逻辑裁判，该做法有利于一揽子解决纠纷。但笔者认为，施工解释一第43条规定的发包人仅指建设工程的建设单位即业主以及非经营型政府投资项目根据规定实行委托代建的代建单位，并未规定在层层转包、违法分包模式下，与实际施工人没有合同关系的上上手转包人、违法分包人的欠付责任，不应进行概念位移，实际施工人无权要求突破合同相对性向与其没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。民法典第四百六十五条规定，依法成立的合同，仅对当事人具有法律约束力，但法律另有规定的除外。此处的法律应为狭义上全国人大及常委会制定的法律，突破合同相对性要求与实际施工人没有合同关系的转包人与违法分包人承担责任有违法之嫌。以存在两层转包、违法分包关系为例，如发包人已经将工程款全部支付给前手转包人、违法分包人，虽然工程款最终应归属于实际施工人所有，但是前手转包人、违法分包人依据与发包人之间的施工合同约定取得该工程款，不当认定为不当得利，至于前手转包人、违法分包人与后手转包人、违法分包人之间债权债务属于另一层法律

关系，实际施工人仍应当坚持合同相对性，要求与其有合同关系的前手转包人、违法分包人给付工程款，如前手转包人、违法分包人怠于主张到期债权，实际施工人有权以对其造成损害为由提起代位权诉讼。

（二）实际施工人主张执行异议之诉的处理

这里讨论的执行异议之诉主要是指在借用资质、转包、违法分包情形下，出借资质人、转包人、违法分包人的债权人请求执行出借资质人、转包人、违法分包人在发包人处的工程款债权，借用资质、转包、违法分包的施工人以其系实际施工人为主张排除强制执行。有观点认为，实际施工人有权主张排除强制执行，处理借用资质、转包、违法分包情形的执行异议之诉案件时，应坚持实质审查原则，审理中应当注意不能仅依据权利外观表象即作出裁判，否则将会使执行异议之诉制度目的落空，而且最高人民法院相关司法解释已经明确规定实际施工人有权直接向发包人主张工程款，可以推导出实际施工人系该工程款的真正权利人，其有权排除强制执行。但是另一种观点认为，实际施工人依据最高人民法院相关司法解释突破合同相对性直接向发包人主张工程款是法律在特殊情况下赋予的权利，但该权利的行使应仅限于请求支付工程款领域，而不应扩大到执行异议之诉案件之中。笔者认为，一方面借用资质、转包、违法分包的施工人身份认定应当仅限于建设工程施工合同纠纷案件中，在案外人执行异议之诉中不宜对实际施工人身份进行认定，另一方面施工解释一第43条关于合同相对性的突破是以肯定各自之间的合同相对性为基础的、有条件的突破，在执行异议之诉中实际施工人不能突破合同相对性直接向发包人主张工程款，否则可能涉及发包人向实际施工人和承包人同时承担重复的工程款债务。退一步讲，即便认定发包人应当对实际施工人承担欠付责任，实际施工人对发包人享有的也仅是一般意义上的债权请求权，而且在发包人未实际支付前，该债权并未特定，实际施工人也不享有足以排除强制执行的民事权益。

（作者单位：最高人民法院 江苏省南京市鼓楼区人民法院）

工程造价司法鉴定常见问题的成因分析及解决思路

□杨唐全 吴咸亮

工程造价司法鉴定指鉴定机构接受人民法院或仲裁机构委托，对诉讼或仲裁案件中的工程造价争议，运用工程造价方面的专门知识进行鉴别、判断并提供鉴定意见的活动。工程造价司法鉴定本质上是一种专业性活动，它因委托而生，不属于行政、司法行为，它的启动应当由当事人申请、裁判机构决定或者直接由裁判机构决定。工程造价司法鉴定的内容应当是专业性问题，对于在鉴定过程中涉及的法律问题，鉴定机构应当提请裁判机构决定。工程造价司法鉴定的成果是鉴定意见，鉴定意见的本质是属于《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第63条规定的一种证据形式，其证明力并不天然比其他证据形式的证明力高，鉴定意见也必须经过查证属实之后方能作为认定事实的依据。

一、工程造价司法鉴定过程中的常见问题

1. 非必要情形下启动司法鉴定

一般情况下，司法鉴定的启动需要当事人申请，裁判机构委托专业的鉴定机构进行鉴定。在特定情形下，当事人未申请鉴定，裁判机构认为需要鉴定的，可以依职权启动鉴定。《民事诉讼法》第76条第2款规定：“当事人未申请鉴定，人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当委托具备资格的鉴定人进行鉴定。”依此规定，即便当事人对查明事实的专门性问题未申请鉴定，如果裁判机构认为需要通过鉴定的方式来查明相关事实的，应当依职权委托鉴定。在启动鉴定之前，裁判机构应依据必要性原则、关联性原则、可行性原则、最小化原则等来审查是否启动鉴定。

然而司法实践中经常出现一些非必要情形下，裁判机构却启动了司法鉴定的做法，例如：

- (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) 合同价格形式约定为总价合同，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咨询意见，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《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 21 条规定的；
- (5) 裁判机构根据双方提交的结算材料可以直接确定工程款数额的。

2. “以鉴代审”问题

司法实践中常常出现“以鉴代审”的情形，其原因是混淆了案件纠纷中的“专业问题”和“法律问题”。一般而言，建设工程施工合同纠纷中的法律问题包括：当事人对施工合同的效力争议、结算依据争议、签证文件的真实性及效力争议、违约责任的承担问题等。而鉴定机构负责的“专业问题”一般包括工程造价的具体计算、停工窝工造成损失的大小、修复所需的具体费用等。当然如果当事人主张不同的结算依据的，裁判机构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作出选择性鉴定意见。

司法实践中经常出现的“以鉴代审”的具体情形如下：

- (1) 未经质证的材料直接作为鉴定依据。

司法实践中经常存在诸如以下不当情形：“先鉴定、后开庭”，当事人将证据材料直接提交给鉴定机构，鉴定人在鉴定材料真伪难辨时直接根据自己的主观经验进行判断等对证据作出轻易地取舍等。根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《民事证据规定》）第 34 条规定，裁判机构应当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。因此，当事人将证据材料直接交给鉴定机构，由鉴定机构甄别采纳，这种做法是裁判机构将组织质证权交给了鉴定机构。未经双方当事人质证或者核对的证据材料所作出的鉴定意见，不是合法有效的证据，不能作为认定案件事实的依据。

- (2) 鉴定机构自行决定鉴定项目的计价依据和计价方法。

比如未完工程的工程量和工程造价的鉴定，到底应该采用合同约定法、量的比例法还是价的比例法属于法律问题，应当由裁判机构决定。此外，当出现多个标准、不同合同签约文件、让利下浮、定额计价、收费标准等争议时，应采用何种标准和方法作为鉴定依据也应当由裁判机构决定。裁判机构暂未决定的，鉴定人应根据当事人双方主张的不同标准做出选择性意见，供裁判机构判断使用。

- (3) 鉴定机构自行确定价格调整方法。

例如，鉴定机构自行决定下述情形下的价格调整方法：当事人因工程变更或新增工程项目组价发生争议，合同未明确约定；因物价波动，当事人要求调整合同价款的，合同中约定了物价波动可以调整，但未约定风险范围和幅度的；当事人因人工费调整文件要求调整人工费的，合同中无约定或约定不明的。

- (4) 鉴定机构自行认定存在争议的法律事实、责任归属。

例如，鉴定机构自行决定如下存在争议的法律事实或责任承担：开工日期、竣工日期；工期延误责任的归属；索赔事件的时效、成因、损失等；发生不可抗力情形下处理的规则，存在瑕疵的工程签证的效力等等。

(5) 鉴定机构自行分配举证责任。

例如，鉴定机构开具证据材料目录清单，让当事人提供。鉴定人出庭时称“这个部分因为申请人没有举出证据，我们无法鉴定，所以该部分请求不能得到支持。”哪些证据由何方当事人举证，不举证承担不利的后果，这些本应由裁判机构决定的法律问题。正确的做法是：鉴定机构认为缺失部分材料导致相应项目无法鉴定或依据不充分的，应告知委托的裁判机构，到底认为当事人举证不能，还是要求鉴定机构根据现有材料做出推断性意见，应当由裁判机构来进行决定。

3. 缺乏对鉴定意见的有效质证

鉴定意见作为一种法定证据形式，未经当事人质证不得作为证据使用。然而在司法实践中，囿于律师缺乏专业的造价知识，很难从专业角度对鉴定意见的内容提出有效质疑。从法官角度来说，因工程造价专业知识的缺乏，即使当事人提出一些质疑，法官也很难从专业角度做出回应。因此很多时候法院组织对鉴定意见的质证可能会流于形式。

二、成因分析

1. 司法鉴定程序启动规定的模糊性

《人民法院司法鉴定工作暂行规定》第2条规定：“司法鉴定是指在诉讼过程中，为查明案件事实，人民法院依据职权，或者应当事人及其他诉讼参与人的申请，指派或委托具有专门知识人，对专门性问题进行检验、鉴别和评定的活动。”根据该条规定可知，司法鉴定的启动应当包括两个主体：一是案件当事人或其他诉讼参与人，二是裁判机构。事实上，是否启动司法鉴定，往往由当事人根据己方诉讼风险决定，或者由裁判者初步审查案情后决定，这在很大程度上依赖于当事人和裁判者对案情的认知。这就容易导致双方对是否应当予以鉴定产生分歧。部分裁判者为了减轻办案压力、减少办案风险，一概同意当事人提出的鉴定，不对是否应当鉴定作任何实质上的审查，这也导致了司法鉴定启动的随意性。此外，何为《民事诉讼法》第76条第2款规定的“需要鉴定的专门性问题”，法律并未明确规定，这也容易导致不同当事人和裁判者对该问题的认识不同，从而出现不应当启动鉴定而鉴定，或应当予以鉴定而不鉴定的错误。

2. 混淆了鉴定中的法律问题和专门性问题

实践中，部分裁判者过分依赖司法鉴定，视司法鉴定过程为事实查明过程，出现裁判结果与鉴定意见几乎呈一一对应的局面。造成这种现象的主要原因就是混淆了专业问题与法律问题。

下列问题属于法律问题，需要裁判者判定，而不属于鉴定人判定。

(1) 组织质证的问题：当事人将证据材料直接交给鉴定机构，由鉴定机构甄别采纳，这是不对的。质证是法律问题，由裁判机构依法组织质证。

(2) 合同定性的问题：出现多份合同的时候，哪份合同作为计价依据？鉴定机构不能以合同无效为由，不将无效合同作为鉴定依据，这不属于司法鉴定机构的职权范围。

(3) 鉴定范围确定的问题：比如当事人在起诉的时候要求鉴定合同内以及施工过程中因设计变更而增加的工程量、工程款以及合同外增加的工程量、工程款，而鉴定机构直接认为根据《中华人民共和国招标投标法》规定不能签订和中标合同实质性内容不一致的合同故在出具的鉴定意见中对当事人申请的项目不予鉴定。

(4) 鉴定方法的选择问题：合同约定法、量的比例法、价的比例法，这些属于法律问题。鉴定机构应当根据裁判机构确定的鉴定方法鉴定。裁判机构暂不确定的，鉴定人可以根据具体情况出具推断性意见或选择性意见。

(5) 鉴定依据的取舍问题：多份合同、多个标准、让利下浮、定额计价、取费标准等如何采纳和取舍，这些也属于法律问题。

(6) 请求的判别问题：当事人在起诉的时候包括工期延期索赔，委托的范围也包括工期延期索赔，但是鉴定机构作出的鉴定意见对工期延期的损失只字不提，这显然是变更或减少了当事人的诉讼请求。甚至有的案件出现当事人要求鉴定停窝工损失，而鉴定机构出具的鉴定意见是已经完工的工程款。

(7) 举证分配的问题：鉴定机构开具证据材料目录清单，让当事人提供，这是鉴定机构必需的，也是必要的，但是如何分配举证责任、哪一方承担举证不能的不利后果却是法律问题。

3. 司法鉴定的专业排他性

司法鉴定是鉴定人利用自身的专业知识对专门的技术性问题进行还原，这往往超出了一般的裁判者和律师的认知范围。在鉴定意见未现明显瑕疵的情况下，律师或当事人很难提出有效的质证意见。即使提出，裁判者也会对推翻鉴定意见持审慎态度。因为如果鉴定意见被推翻，重新鉴定不仅需要花费大量人力物力，再一次拉长审理期限，而且也会加大案件审理难度，徒增办案压力。相反，即使采信了错误的鉴定意见，出现了错误裁判者也很少会被追究责任。上述原因容易导致对鉴定意见缺乏有效质证。

三、解决思路

1. 裁判者应当主导审查司法鉴定程序的启动

司法鉴定程序的启动很大程度上依赖裁判者的自由裁量权，也即裁判者对案件的理解和判断，裁判者应当审慎使用司法鉴定权。对于当事人第一次申请司法鉴定的，裁判者应当判断鉴定事项与待证事实之间的关联度和证明价值，以及现有证据对待证事实是否具有足够的证明力。对于不必通过鉴定确定的事项，应当不予准许。例如，当事人双方在诉讼前已经就建设工程价款达成了结算协议，并能够据此确定工程款的，如果一方申请对工程造价进行鉴定的，裁判机构应当不予允许。

2. 法律人和鉴定人应正确认识各自职权和专业范围

法律问题由法律专业人员解决，鉴定范围、鉴定方法、鉴定依据等问题属于法律问题，应当由委托人作出决定，鉴定人应当基于委托人的委托，根据证据材料作出鉴定意见。鉴定人在鉴定过程中和当事人以及委托人意见不同时，应及时反馈委托人，让委托人及时作出决定。即使委托人作出的决定和鉴定专业人的意见不一致，应该以委托人的意见为准。

3. 法律人要了解一定的相关专业知识，鉴定专业人要了解相关法律知识

无论法律人还是鉴定人都应该了解一些基础性的概念和问题。比如：造价专业问题中的清单计价、定额计价、固定总价、固定单价、合同价等，法律专业方面的举证、质证、有效、无效事由等。同时，诉讼参与人也要树立基本思维方式，法律人要有一定的造价思维，造价人要有一定的法律思维。

法律人特别是律师在提出鉴定申请的时候即应该对鉴定范围、鉴定方法、鉴定依据等提出自己的具体意见，防止在鉴定意见作出后再提出不同意见。鉴定机构通过长时间的取证、取费、计价、计算等形成的最终鉴定意见一旦作出，则很难再予以改变。但是目前的情形是很多律师不懂造价等专业知识，所以笔者特别建议：遇到复杂疑难的建设工程案件还是要聘请具有造价等专业知识的专业律师或者专家辅助人。

鉴定专业人也应该了解相关法律知识，如前所述，在鉴定过程中发现和当事人以及委托人不同的意见时，及时反馈委托人，让委托人及时作出决定。

4. 鉴定人和法律人要全程互相沟通，及时解决争议和纠纷

法律人和鉴定人分工不同、角度不同，但是解决的问题和目的总体是一致的。不同专业之间的差距非常大，因此要多多互相沟通，遇到问题及时沟通及时解决，该保密的保密，该敞开的敞开，而不是为了怕麻烦暗箱操作，独断专行，更不能互相看轻，法律人认为鉴定人不懂法律，鉴定人认为法律人不懂造价，互相蔑视，各行其是。

5. 鉴定机构应当善于使用征求意见稿

在鉴定过程中，尤其是对于争议比较大的项目，鉴定人可以在鉴定意见出具前，向双方当事人发出征求意见稿。比如《建设工程造价鉴定规范》（GB/T51262-2017）第5.2.5规定：“鉴定机构在出具正式鉴定意见书之前，应提请委托人向各方当事人发出鉴定意见书征求意见稿和征求意见函（格式参见本规范附录M），征求意见函应明确当事人的答复期限及其不答复行为将承担的法律后果，即视为对鉴定意见书无意见。”鉴定意见稿可以不限于一次，在争议比较大的项目中可出具多次征求意见稿。通过征求意见及当事人的反馈，可以在鉴定过程中有效的解决双方争议，防止鉴定意见做出后难以修改。

6. 聘请专家辅助人参与造价司法鉴定的质证活动

专家辅助人要在开庭过程中对鉴定意见进行质证，更重要的是在整个造价司法鉴定过程中全过程参与，全面跟踪。比如：专家辅助人应参与现场实地勘查，以便了解情况，有针对性地提出问题。遇到涉及专业技术等疑难问题以及争议分歧时，及时进行解决。

意思表示解释方法在造价争议解决中的应用

□张雷 李望铄

《民法典》第142条规定：“有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义。”

对意思表示的解释，就是要确定当事人双方的共同意思，需要借助各种解释方法或者考量与意思表示相关的因素。《民法典》第142条规定对意思表示进行解释时需考量的因素包括：词句、相关条款、行为的性质和目的、习惯、诚实信用原则。依照民法解释学理论，以上解释时所考量的因素可以对应如下解释方法：

按照合同所使用的词句进行解释，即文义解释；结合相关条款进行解释，即体系解释；结合行为的目的进行解释，即目的解释；结合交易习惯解释，即习惯解释；按照诚实信用原则进行解释，即诚信解释。

合同是当事人意思表示一致的产物，关于意思表示解释之规定，同样适用于合同解释。《民法典》第466条也规定：“当事人对合同条款的理解有争议的，应当依据本法第一百四十二条第一款的规定，确定争议条款的含义。”当合同条款不清楚时，法院无疑需要进行解释，此时可以远离最初的协议来确定当事人双方的真意。即使合同条款的用语已经足够清楚，不需要再作进一步的解释，但其实这本身就是解释，因为要求合同自我清晰的开端就是合同解释的过程。法院在赋予它法律效力前就必须解释合同。也就是说，不论合同用语是否清楚，都需要解释。

建设工程造价纠纷常常涉及对合同条款的理解问题，本文笔者选取接受咨询的几个相关案件，借以说明意思表示解释方法在造价争议解决中的广泛应用。

文义解释

文义解释是意思表示解释的首要方法，通过对合同所使用的文字词句的含意的解释，以探求合同所表达当事人的真实意思。

例如：某固定单价合同约定按建筑面积结算，但施工单位承包范围仅为主体及二次工程，不涉及外墙保温工程。建设单位便以此为由，在计算建筑面积时对保温部分的建筑面积不予计算。本案主要涉及对“建筑面积”的理解。《建筑工程建筑面积计算规范》第3.0.1条规定：“建筑物的建筑面积应按自然层外墙结构外围水平面积之和计算。结构层高在2.20米及以上的，应计算全面积；结构层高在2.20米以下的，应计算1/2面积。”第3.0.24条规定：“建筑物的外墙外保温层，应按其保温材料的水平截面积计算，并计入自然层建筑面积。”通常在工程造价中，对于同一建筑物，不同的造价人员通过不同的角度和方法可能会有不同的结论，但对于建筑物的建筑面积来说，根据双方当事人在合同中约定的计算规范计算的结果肯定只有唯一结论。所以依据文义解释的规则，外墙保温面积应当计入。

体系解释

体系解释，即不能将意思表示的某一项内容孤立看待，而必须结合意思表示的全部内容，予以解释。

例如：某房建项目，分包合同约定结算工程量即建筑面积按定额约定计算。其屋顶有一闷顶层（坡屋顶形式），设计为不上人屋面。工程招标时采分部分项工程量清单方式，闷顶层也列入了招标清单，最后确定合同单价时为方便计价，转换成按建筑面积定价。《建筑工程建筑面积计算规范》第3.0.3条规定，只有形成建筑空间的坡屋顶才根据其结构净高计算面积。条文说明部分第2.0.5条规定，建筑空间应当是具备可出入、可利用条件的围合空间。工程结算时，总包单位认为闷顶层为不上人屋面，未形成建筑空间，不应计算建筑面积。对于闷顶层能否计入建筑面积的问题，如果只是简单地适用文义解释，根据《建筑工程建筑面积计算规范》以能否出入为标准的规定，不上人屋面不应认定为建筑空间，因而也不能计入建筑面积。但从体系解释的角度，在按照建筑面积进行计价时，应该考虑建筑面积对应的单价是如何形成的：如果在编制招标清单时已将闷顶层面积计入总价，投标人报价的范围也包含该闷顶层，结算时就应当计入闷顶层的面积；相反，如果在招标清单转成单价的过程中，没有计入闷顶层的面积，则该部分面积在结算时也不应予以计取。

目的解释

行为目的，是理解意思表示具体内容的指南。在对意思表示进行解释时，应当根据当事人从事该民事行为所追求的目的，来对有争议的意思表示进行解释。

例如：某市政项目，合同约定工程量超过±10%应重新组价。其中路缘石项目原清单量为3000米，投标综合单价为75元/米，由于现场原因仅施工2500米。工程结算时，由于实际工程量减少超过原合同的10%，审计公司依据合同规定进行重新组价，将综合单价降低为35元/米。要判断第三方审计的做法是否合理，首先需要明确适用重新组价规则的目的是什么。如果工程量增加超过10%以上，由于量变大了，一般当事人会相对调低价格，而如果工程量减少超过10%以上，相应的价格应当适当提高，平衡当事人双方的利益才是工程量偏差规则的目的所在。根据目的解释规则，合同约定工程量偏差超过一定范围需要重新组价应该考虑到工程量的增减情况而相应地调低或调高，审计人员不应该也没有权利在工程量已经减少的情况下再进一步调低价格，否则对于施工单位来说非常不公平。

性质解释

《民法典》142条还规定应当结合行为的性质进行解释，行为的性质可作为认定行为目的之依据。

例如：某施工合同约定施工范围为6-11#、17#、18#八栋楼。且合同约定如承包方因非业主原因无故停工10天，则视为承包方放弃施工权，合同自行终止，承包方自愿按已完成合格工程价款60%结算。现6-11#已完工并单独结算；剩下的17#、18#未竣工，且承包方不再继续履行。此时业主方主张对所有楼栋都按60%进行结算，显然对承包方极其不公平。基于这种理念再看合同性质，合同条款中约定“按照已完合格工程价款的60%结算”，对于扣除的40%价款，实为承包方承诺在己方违约时自愿支付的违约金。当然，此时约定的违约金明显过分高于造成的损失，应当予以适当减少。因此，考虑条款反映的行为性质，不能机械地直接按照60%进行结算。

习惯解释

还有不少情况，意思表示双方目的未必一致，在纠纷发生后，当事人都愿意选择有利于己的解释，此时，交易习惯可能有助于确认意思表示的客观意义。

例如：某合同约定，若提前完工不增加任何费用。施工期间发包人要求赶工，实际提前半年完成工程（竣工验收合格），现施工单位提出赶工措施的索赔是否应该予以支持？《施工合同示范文本》第7.9.2条规定：“发包人要求承包人提前竣工，或承包人提出提前竣工的建议能够给发包人带来效益的，合同当事人可以在专用合同条款中约定提前竣工的奖励。”合同约定并未明确“提前完工不增加任何费用”是指承包人自发提前完工还是指发包人要求提前完工后不增加费用。根据交易习惯，承包人自主提前完工是无权要求发包人增加支付费用的，但如果是发包人要求提前赶工，则应当对施工单位予以一定奖励。因此根据习惯解释的规则，合同约定提前完工不增加任何费用并非免除了发包人改变工期要求后对承包人的损害赔偿责任。

诚信解释

诚实信用系法律交往的基本原则，在意思表示有疑义时，应依照诚信原则确定合同条款的真实意思。

例如：某挂靠工程，被挂靠单位曾出具承诺函：不因业主前期工作（征地拆迁）滞后的原因提出任何相关的索赔。这一承诺能否作为业主不承担赔偿责任的依据？首先，承诺是被挂靠单位真实意思表示，不违反法律规定，因此是合法有效的。承包人作为借用被挂靠单位资质的实际施工人，理应受该承诺的约束。再者，诚实信用原则解释方法实为引入价值判断，当中包含公平合理之义，法官运用诚信原则解释有争议的合同用语时，也会根据一个诚实守信的人所应当理解的含义来解释合同，平衡当事人的利益，公平合理地确定合同内容。涉案工程如果因业主原因滞后数年，实际开工期和实际施工期均推后至被挂靠单位承诺时所不能预见到的合理范围，如果根据合同约定不予赔偿因工期延误给实际施工人造成的损失，显然对实际施工人极不公平。

其他解释方法

除此之外，对于意思表示的解释，还有明示其一即排除其他、有效解释、类推解释等解释方法。以明示其一即排除其他规则为例，是指在合同条款或者在法律条文中如果列明了特定的款项，未采用一般性的术语，其意图就是排除未列明的项目。

例如：某合同约定了材料调整的范围及幅度，包括钢筋、砼、水泥、加气块，但对其他材料没有约定。若合同未约定的某项材料价格上涨幅度过大，是否可以调整？根据明示其一即排除其他规则，因为限定了调整材料价款的范围，言外之意就是不在范围内的材料价格约定是不予调整的。

综上所述，意思表示解释方法对解决造价争议具有重要的作用。（作者单位：上海市建纬律师事务所）

财产保全需善意 滥用败诉又赔钱

□张太盛

诉讼过程中越来越多的当事人及律师会采取申请诉讼财产保全，提前冻结被申请人账号限制款项转出，以达到胜诉目的或为日后顺利执行做好防范准备。诉讼财产保全是一项临时的强制性措施，在一般情况下，保全措施得当是可以到达预期目的的。但是由于现实情况的复杂性，也存在错误申请保全的可能，即恶意诉讼保全。那么什么情况下属于错误财产保全呢？申请人应承担哪些赔偿责任呢？

现以某建业集团与保定某房地产公司、某保险公司财产保全错误一案为例，阐述恶意诉讼保全的情形及所引起的法律责任。

案情简述：

2012年，某建业集团承建保定某房地产公司开发建设的某商厦及住宅工程，于当年10月同时开工，后分别于2014年5月和2015年9月办理竣工验收并交付使用，通过签订《补充协议书》的形式结算工程价款。至2018年，该建业集团起诉该房地产公司要求支付剩余工程款600余万元，但该房地产公司反诉要求承担因质量不合格给其带来的损失5000万元，后又变更为3亿元，并随即由某保险公司出具保函，冻结该建业集团全国各地银行账号100余个，实际冻结资金2.6亿元。

保定某房地产公司的保全行为，一度使该建业公司陷入资金链断裂的崩盘边缘，公司向受诉法院提交复议申请书、复议申请补充意见、解除查封申请书、解除查封加急申请书及用以置换保全的房屋所有权证，请求解封账号。但是保定某房地产公司在法院的多次询问下，坚决不同意解封，且愿意对错误保全承担法律责任。在诉讼过程中保定某房地产公司提出质量鉴定申请，却又拒绝缴纳鉴定费，严重推延了案件的审理。一审驳回了保定某房地产公司的全部诉讼请求。保定某房地产公司在没有新证据的情况下依然提起上诉，二审维持原判。

诉讼策略：

判断财产保全申请是否错误，应当对申请人是否尽到了合理注意义务进行考量。只要申请人基于现有事实和证据提出诉讼请求，并确实尽到了一个普通人的合理注意义务，即使法院判决最终没有支持或仅支持其部分诉讼请求，也不能单纯以诉讼请求未被法院支持而要求申请人赔偿财产保全损失。最高人民法院也曾发布指导案例，要求审慎把握，严格认定保全错误。

但是，如果侵权人是某领域某地区的专业性很强的公司，且聘请了专业的律师团队，被侵权人提出置换被冻结的银行账号或财产等情况下，侵权人仍不同意进行置换解封，那么申请人的保全出发点就存在恶意之嫌疑。因恶意保全，被侵权人被冻结的银行账号中的资金所产生的利息损失应认定为被侵权人的损失，或被侵权人在被查封保全期间进行了借贷、融资等情况，那么被侵权人在此期间所支出的利息损失也应当属于被侵权人的损失，侵权人也应当予以赔偿。

在上述案件中保定某房地产公司聘请了全国著名的建工律师上海某律师事务所的高级律师，对案件的结果肯定有一个准确清晰的预判。保定某房地产公司严重超额查封，其反诉请求5000万元，后又增至3亿元，超出争议合同金额近600%的查封比例。后期经过复议，查封金额才得以变更为合同标的4200万元。

上述案件中的某保险公司具有强大的律师团队及法务部门，诉讼担保业务有很多年的历史，经验颇丰，保险公司在接受保定某房地产公司的保函申请之前，肯定会依照流程和要求，对保定某房地产公司提出的保全申请所依据的全部证据材料进行了详细的审核，法务部门出具风险评估报告，他们完全可以预判案件的审理结果。但是保险公司本应该拒绝提供保函担保，但是为了保全业务额及追求高昂的保费，接受保定

某房地产公司保全担保，为其出具了保函。保险公司存在重大过错，单纯追求经济利息，促成损害结果的发生。

2021 年建业集团公司诉保定某房地产公司、上述保险公司承担保全错误给集团造成的经济损失，一审法院认定二被告存在保全错误，赔偿建业公司在被查封保全期间所产生的借贷利息。保定某房地产公司作为案件的主要当事人，并未提起上诉，保险公司提起上诉，二审维持原判。

法律规定：

《中华人民共和国民法典》第一千一百六十五条第一款规定“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。”申请财产保全错误，本质上是一种民事侵权行为，申请人应当承担过错责任，即要求侵权人主观上存在错误，通常为故意或重大过失，被侵权人受到损失，过错和损失之间具有法律上的因果关系。

警示启示：

对于因保全错误给侵权人造成的损失，笔者从中国裁判文书网上检索了大量案件，司法实践中判决思路比较一致，就是在查封期间，所冻结的银行款项所产生的利息为损失，如实际借贷，则以被侵权人实际支出的利息为损失。

诉讼财产保全系法律赋予当事人的一项保护自己合法财产权益的法律措施，定要谨慎使用，不可毫无限制、毫无底线地加以滥用，否则会构成错误诉讼保全，有失诚信原则，害人害己，不仅败了官司还要赔钱，损害了自己的声誉。

（作者单位：大元建业集团股份有限公司）

第九部分 法律研究

新施工合同司法解释一的构架与变化

□栗 魁

2020年12月30日最高人民法院颁布了《关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定》法释〔2020〕16号，公布了废止解释及文件共计116个，2021年1月1日生效，其中第22、23、24是关于废止建设工程有关司法解释，即废止了《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》法释〔2004〕14号，（下称“原《施工合同司法解释一》”）《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）》（法释〔2018〕20号，（下称“原《施工合同司法解释二》”）及《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，（下称“《建设工程价款优先受偿权批复》”）。同日，最高人民法院颁布《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）》（下称“新《施工合同司法解释一》”），2021年1月1日生效。

新构架清晰

新《施工合同司法解释一》是基于《民法典》最新规定，吸收和整合了原《施工合同司法解释一》、原《施工合同司法解释二》《建设工程价款优先受偿权批复》等，除旧立新，将不适应社会经济发展需要和司法实践的相应条款予以删除和部分修改调整。

具体表现为：一是，新《施工合同司法解释一》删除了原《施工合同司法解释一》7个条款，分别是第2条、第3条、第8条、第9条、第10条、第21条、第24条，同时，将其他6个条款予以实质性内容的调整。二是，基本上保留了原《施工合同司法解释二》的内容，仅对第11条、第18条进行较大修改。

新的构架从七大方面进行了系统搭建，即合同效力即赔偿原则、工期认定、工程质量、工程结算、工程鉴定、工程价款优先受偿权、实际施工人保护等，重整为45个条款，其之间的逻辑关系和层次递进关系更加清晰可见。

具体表现为：即第1条至5条是建设工程施工合同效力的认定；第6至7条是合同无效情形下损害赔偿处理；第8至第10条是工期及工期顺延的认定；第11至第16条是工程质量争议处理；第8条至10条是工期及工期顺延的认定；第11条至16条是工程质量争议处理；第17条至18条是质保金及保修责任的认定；第19条至24条是工程计价与结算问题；第25条至27条是工程款利息的认定；第28条至34条是工程造价鉴定的申请及处理；第35条至42条是建设工程价款优先受偿权；第43至44条是实际施工人的权利保护；第45条是附则。

新变化凸显

新《施工合同司法解释一》与《民法典》进行了充分衔接，不仅表现在法律用语表述更加准确与合理，而且更为重要的是处理实际问题的思路及方案发生重大变化，主要体现在以下几个方面：

1. 《民法典》明确“折价补偿”原则，新《施工合同司法解释一》第24条予以体现

施工合同无效情形下，工程质量合格，原《施工合同司法解释一》第3条处理原则为“参照合同约定支付工程价款”，导致误以为未区分有效合同和无效合同的结算规则，同时，司法实践中出现了合同无效情形下获得的工程价款高于有效时的工程价款，这与民事基本法理严重相违背。

新《施工合同司法解释一》第24条明确数份施工合同无效，工程质量合格，按照“合同关于工程价款的约定折价补偿”，统一适用了《民法典》第793条的规定，同时确立了无效合同下，只能在合同约定的范围内，采取折价补偿方法进行折算工程款，很好地解决了无效合同下获得额外更高利益的可能，统一了折价补偿的标准和尺度。

2. 删除“收缴当事人非法所得”

《民法典》第179条删除了《民法通则》第134条关于“收缴进行非法获得的财物和非法所得”的规定，新《施工合同司法解释一》不再列明。《民法典》实行后，《民法通则》并未被废止，已经失去了相应的法律依据。另外，收缴违法所得属于行政管辖范畴，法院根据实际情况可向相关主管部门发出司法建议，具体是否处罚，由行政主管机关决定。同时，从司法实践来看，对于法院收缴非法所得后，如何处理存在一定的困难，导致无对应部门相互交接，《民法典》回归正轨，厘清了民行界限。

3. 施工合同有效，质量竣工验收不合格处理原则发生变动

原《施工合同司法解释一》第16条对于施工合同有效，质量竣工验收不合格处理原则为“工程价款结算参照本解释第三条规定处理”，即由承包人进行修复，根据修复情况，发包人决定是否支付相应工程款。新《施工合同司法解释一》第19条变更为“依照民法典第五百七十七条规定处理”，即承包人应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

上述变化，区分了合同有效和无效情况下质量是否合格不同的处理方法，因合同有效，工程质量不合格本质上就是承包人的一种违约行为，未按照合同约定或者发包人设计要求等进行施工，导致工程质量不合格，按照违约进行处理即可。

4. 建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权，并延长了该权利的行使期限

《建设工程价款优先受偿权批复》中“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”的规定，被新《施工合同司法解释一》第36条予以吸收，虽该批复同为司法解释形式的一种，但在正式司法解释中予以确认，更表明了人民法院对此问题处理的司法态度。

对于建设工程价款优先受偿权的行使期限，原《施工合同司法解释二》第22条规定的为“期限为六个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算”。新《施工合同司法解释一》第41条将行使期限变更为“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。”此变化，是人民法院基于司法审判予以总结所得，工程实践中，由于工程结算拖延，造成结算期限延长时有发生，而对于“发包人应当给付建设工程价款之日”的起算点并未形成一致理解意见，很容易造成行使优先权超期限问题，原来“六个月”时间较为短暂，“十八个月”能够最大限度保障承包人优先权的行使。

5. 装饰装修工程中的工程价款优先权的行使条件有所改动

原《施工合同司法解释二》第18条规定“但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人的除外”，表明只有在装饰装修工程的发包人是该建筑物的所有权人的前提下，承包人才可以享有建设工程价款优先受偿权。新《施工合同司法解释一》第37条变更为“装饰装修工程具备折价或者拍卖条件”。

由此可知，不再强调建筑物的所有权的问题，而真正落实到该建筑物装修部分是否具备折价或者拍卖的条件，将施工承包人与装饰装修工程承包人的权利保护纳入统一渠道，但同时，也将面临“具备折价或者拍卖条件”标准和适用问题的，需要司法实践过程中总结相关的实务经验。

6. 工程款利息计算表述进行调整

原《施工合同司法解释一》第17条关于利息计算表述为：“按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息。”，新《施工合同司法解释一》第25条、第26条表述为：“同期同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率”。

该变化是顺应国务院决策部署，即2019年8月17日中国人民银行发布《改革完善贷款市场报价利率（LPR）形成机制公告》：“自2019年8月20日起，中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心于每月20日（遇节假日顺延）9时30分公布贷款市场报价利率，公众可在全国银行间同业拆借中心和中国人民银行网站查询，”中国人民银行贷款基准利率这一标准已经取消，自此之后人民法院裁判贷款利息的基本标准应改为全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率。

“同期同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率。”的表述兼顾了工程款利息2019年8月20日前后的不同阶段的表述和计算依据，适用不同阶段发生的利息计算，也适应市场经济发展的需要。

综上，新《施工合同司法解释一》吸收了《民法典》的最新规定，这将对承发包各方的利益产生深远影响，需深刻和理解条款的内涵，促使更加适用市场需求，规范发展。

作者单位：上海市建纬（郑州）律师事务所

论《民法典》无效格式条款规则对施工招标文件实质内容的司法规制（上）

——以不同的视角对解决工程价款纠纷的新认识

□生青杰 李冠军

新颁布的《民法典》对《中华人民共和国合同法》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）关于格式条款的规定作出了修订，继承了《合同法》关于格式条款的定义以及解释规则，但对格式条款无效的标准进行了细化和深化。本文将根据《民法典》无效格式条款规则，结合人民法院的部分案例分析对施工招标文件实质内容的司法规制。

施工招标文件的实质性条款具备单方制定和不可协商特性的，属格式条款

1. 施工招标文件中的实质性条款属于合同文件。

《民法典》第四百七十一条规定“当事人订立合同，可以采取要约、承诺方式或者其他方式”，该条是从《合同法》第十三条“当事人订立合同，采取要约、承诺方式”修改而来。根本变化在于不再认为订立合同，只有采取要约、承诺一种方式，必须套用要约和承诺规则，也可以采取其他方式订立，而招标投标就是其他方式之一。

在原来《合同法》要约和承诺方式的语境下，多数认为招标文件属于要约邀请，虽然《合同法》第十五条仅明确规定招标公告属于要约邀请。既然认为招标文件属于要约邀请，那就不是合同文件，《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201）“1.5 合同文件的优先顺序”中就没有把招标文件归入合同文件。《建设工程工程量清单计价规范》7.1.1条规定：“招标文件与中标人投标文件不一致的地方，以投标文件为准”，其理由是在工程招投标及建设工程合同签订过程中，招标文件应视为要约邀请，投标文件为要约，中标通知书为承诺。因此，在签订建设工程合同时，若招标文件与中标人的投标文件有不一致的地方，应以投标文件为准。

而在《民法典》实施后，则不必一律套用要约和承诺规则，把招标文件机械划入要约邀请。实际上招标文件也不应划入要约邀请，根据《招标投标法实施条例》第五十一条规定“投标文件没有对招标文件的实质性要求和条件作出响应”，评标委员会应当否决其投标，要约邀请自然没有这样的法律效力。

此外，新公布的《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第二十二条规定“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”。

综上，招标文件载明的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款这些实质性内容属于合同文件，就要受到《民法典》的规制。

2. 施工招标文件中的实质性内容具备单方制定和不可协商特性的，属于合同文件中的格式条款。

合同文件有格式条款和非格式条款。合同文件中的格式条款应受到《民法典》格式条款规则的特别规制。

《民法典》第四百九十六条规定“格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款”。

格式条款有三大特点，其一，制定格式条款的目的是为了重复使用；其二，单方制定；其三，不可协商。

当事人制定格式条款的目的是为了重复使用，但不一定能实现，有各种限制，比如施工招标文件的实质性内容就不能和其他合同条款一样完全重复使用，因为建设工程产业属性属于项目经营，一次性的，不具备完全重复性特点，但不能把工程合同排除在格式条款之外。

因此，格式条款的本质特征是单方制定和不可协商。格式条款最主要的特征在于“单方制定、不可协商。格式条款的使用者预先将自己的意志表达于文字，与之缔结合同的对方当事人并不参与合同条款的制定，也没有及进行协商的余地，因而只能对之表示全部接受或不接受”。

招标文件的实质性内容是由招标人单方制定，投标文件必须对招标文件的实质性要求和条件作出响应，不可协商，否则否决投标。

因此，招标文件的实质性内容符合格式条款的本质特征，具备单方制定和不可协商的特性，应受《民法典》格式条款的规制。

3. 招标文件中实质性内容的范围。

新公布的《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第二条规定“招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，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。”

在最高院“黄国盛、林心勇与江西通威公路建设集团有限公司、泉州泉三高速公路有限责任公司建设工程分包合同纠纷案”（2013民一终字第93号）中，最高院认为支付工程款，应当理解为“合同约定的工程款计价体系”，也就是并非某一单一条款。

因此，工程价款内容就应包含价款的组成、计价方式、计价依据、计价范围、风险责任、支付条件、支付期限、支付方式、付款违约责任、价款或费用索赔程序的条款。

结合《招标投标法实施条例》第五十一条规定，只要属于招标文件涉及工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，具备单方制定和不可协商的特性，都应属于格式条款，都应受到《民法典》格式条款的规制。

4. 有关格式条款的讨论。

（1）《建设工程施工合同》（示范文本）“通用条款”。

《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—0201）（以下简称《示范文本》）。说明部分第一条第（二）款通用合同条款是合同当事人根据《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国合同法》等法律法规的规定，就工程建设的实施及相关事项，对合同当事人的权利义务作出的原则性约定。

《建设工程施工合同》（示范文本）的作用：一是便于反复使用，避免重复的起草，二是提示合同签订人应关注的重要合同事项，避免在合同签订时遗漏重大事项，三是合同结构体系完善，权利义务分配具体明确，有利于引导建筑市场健康有序发展，四是注重对发包人、承包人市场行为的引导、规范合理平衡发包人和承包人的权利义务，五是与现行法律、法规、规章和政策相衔接，以保证其合法性；六是从事工程建设相关人员的行业语言，便于他们之间沟通交流，从而形成工程惯例。《示范文本》说明部分第二条《示范文本》的性质为非强制性使用文本。

江苏中南建筑产业集团有限责任公司、潜江市兴城投资开发有限公司建设工程施工合同纠纷二审案（2019 最高法民终 1996 号），最高人民法院认为：中南建筑公司与兴城公司、领导小组办公室通过招标投标方式签订建设工程施工合同。上述合同并非兴城公司或者领导小组办公室为了重复使用而预先拟定且在订立时未与中南建筑公司协商的合同。

福安市京典房地产有限公司、中建海峡建设发展有限公司建设工程施工合同纠纷再审案（2019 最高法民再 110 号）中，最高人民法院认为：通用合同条款作为格式条款，不是合同双方事先通过谈判，协商一致后确定的条款。

也就是说这最高院两份判决是矛盾的，第一份判决否认通用合同条款属于格式条款，第二份判决又称通用合同条款作为格式条款。山西高院（2015）晋民终字第 495 号民事判决也把招标文件中的《建设工程施工合同》（示范文本）“通用条款”认定属于格式条款。

我认为通用合同条款不属于格式条款，通用合同条款是国家住建部门与原国家工商管理总局根据公平的原则联合制定的，通用合同条款既非招标人单方制定，又非不可更改，不具备格式条款的特征，即使招标人事先明确采用示范文本通用合同条款订立合同，又就通用合同条款内容不予协商变更，也不应认定格式条款。

（2）专用合同条款。

“福安市京典房地产有限公司、中建海峡建设发展有限公司建设工程施工合同纠纷再审案”（2019 最高法民再 110 号）中，最高人民法院认为：“通用合同条款作为格式条款，不是合同双方事先通过谈判，协商一致后确定的条款。建设工程施工合同中的专用合同条款是订约双方根据各方需要，针对合同项下工程项目的具体事项，经过谈判协商而作出的相应约定，系订约双方协商一致的结果……根据《中华人民共和国合同法》第四十一条规定，格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。就本案而言，通用合同条款确定了发包人对承包人结算资料的审查时限，同时也确定了发包人逾期未提交审查意见的法律后果（即视为认可承包人提交的竣工结算文件）；专用合同条款仅约定发包人对承包人结算资料的审查时限，而未约定发包人逾期未提交审查意见的法律后果……”

本案中，最高院认为通用合同条款作为格式条款，而专用合同条款属于非格式条款，这也是值得商榷的。专用合同条款满足了单方制定、不可协商的特征，又是施工合同实质性内容的，应作为格式条款。

（3）按照标准文本编制招标文件的实质性内容。

《招标投标法实施条例》第十五条第四款规定：“编制依法必须进行招标的项目的资格预审文件和招标文件，应当使用国务院发展改革部门会同有关行政监督部门制定的标准文本。”

2011年发改委发布《关于印发简明标准施工招标文件和标准设计施工总承包招标文件的通知》（发改法规[2011]3018号），通知指出：“《标准文件》中的投标人须知（投标人须知前附表和其他附表除外）、评标办法（评标办法前附表除外）、通用合同条款，应当不加修改地引用。”“招标人或者招标代理机构可根据招标项目的具体特点和实际需要，在专用合同条款中对《标准文件》中的通用合同条款进行补充、细化和修改，但不得违反法律、行政法规的强制性规定，以及平等、自愿、公平和诚实信用原则，否则相关内容无效。”

编制依法必须进行招标的项目按照国家标准文本编制的招标文件，由于不具有单方制定的特征，不属于格式条款，但如果没有按照标准文本编制，或者修改标准文本内容，或者在“专用合同条款”中对《标准文件》中的“通用合同条款”进行补充、细化和修改，满足单方制定、不可协商特征的。涉及到工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，应属于格式条款。

作者单位：上海市建纬（郑州）律师事务所

论《民法典》无效格式条款规则对施工招标文件实质内容的司法规制（下）

——以不同的视角对解决工程价款纠纷的新认识

□生青杰 李冠军

当事人的民事权利与义务的论证和说理依据

根据《民法典》第四百九十七条规定，对于具有《民法典》第一编第六章第三节和第五百零六条规定的无效情形以及提供格式条款一方排除对方主要权利，一律无效；而对于提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利的条款，则无效。

那么如何认定提供格式条款一方排除对方主要权利，不合理限制对方主要权利、加重对方责任以及不合理地免除或者减轻其责任呢？这需要寻求招标人与投标人的权利与责任论证和说理依据。

民事权利，乃正当的利益，民事义务或责任，乃正当的限制与负担。在民事活动，法不禁止即自由、自由即权利，因此，法律并不是民事权利论证和说理的唯一依据，根据《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》第七条“……民事案件没有明确的法律规定作为裁判直接依据的，法官应当首先寻找最相类似的法律规定作出裁判；如果没有最相类似的法律规定，法官可以依据习惯、法律原则、立法目的等作出裁判，并合理运用法律方法对裁判依据进行充分论证和说理。法官行使自由裁量权处理案件时，应当坚持合法、合理、公正和审慎的原则，充分论证运用自由裁量权的依据，并阐明自由裁量所考虑的相关因素”之规定，习惯、法律原则、立法目的可以成为当事人权利义务的论证和说理依据，以此类推、地方性法规、部门规章、规范性文件也可以成为当事人权利义务的论证和说理依据。

1. 住建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）》的通用条款作为民事权利和义务的论证和说理依据。

《民法典》第十条规定“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”

《民法典》第五百一十条规定“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等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，按照合同相关条款或者交易习惯确定。”

《合同法司法解释(二)》第七条规定下列情形，不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院可以认定为合同法所称“交易习惯”：(一)在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法；(二)当事人双方经常使用的习惯做法。对于交易习惯，由提出主张的一方当事人承担举证责任。广泛运用交易习惯来确定当事人的权利义务，是《民法典》的一个重要特色，而通过司法解释对交易习惯概念进行准确界定对于正确理解和适用法律具有重要意义。

实务界共识，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）》的通用条款属于建筑行业交易习惯之一，《山东高院 2008 年民事审判工作会议纪要》【鲁高法 2008 第 243】明示肯定通用条款属于交易习惯，可以作为确定当事人的权利义务依据。该文指出“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。”

《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》（2008 年 12 月 21 日）默示肯定通用条款属于交易习惯，可以作为确定当事人的权利义务依据。该文规定“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。”

因此，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）》的通用条款可以作为民事权利和义务的论证和说理依据

2. 《建设工程工程量清单计价规范》作为民事权利和义务的论证和说理依据。

1999 年 11 月 22 日，最高人民法院知识产权庭在给北京市高级人民法院的《关于中国标准出版社与中国劳动出版社著作权侵权纠纷案的答复》（〔1998〕知他字第 6 号函）中指出，“推荐性国家标准，属于自愿采用的技术性规范，不具有法规性质”，“国家标准化管理机关依法组织制订的强制性标准，是具有法规性质的技术性规范”。对于推荐性标准，该函提出“应当确认属于著作权法保护的范畴”，“依据著作权法予以保护”，所以能认定国家强制性标准具有法律属性，从而属于法律体系的范畴。

住房和城乡建设部发布《建设工程工程量清单计价规范》为国家标准，编号为 GB50500-2013，该规范包括强制性条文和非强制性条文。其中，第 3.1.1、3.1.4、3.1.5、3.1.6、3.4.1、4.1.2、4.2.1、4.2.2、4.3.1、5.1.1、6.1.3、6.1.4、8.1.1、8.2.1、11.1.1 条（款）为强制性条文，必须严格执行。

《实施工程建设强制性标准监督规定》（2015 年修正）第三条“本规定所称工程建设强制性标准是指直接涉及工程质量、安全、卫生及环境保护等方面的工程建设标准强制性条文”，第十八条规定：“施工单位违反工程建设强制性标准的，责令改正，处工程合同价款 2% 以上 4% 以下的罚款；造成建设工程质量不符合规定的质量标准的，负责返工、修理，并赔偿因此造成的损失；情节严重的，责令停业整顿，降低

资质等级或者吊销资质证书”，即违反工程建设标准强制性条文，即是违反工程建设强制性标准，违反工程建设强制性标准即是违法行为，不管是否造成后果，应依法一律承担行政责任，因此，《建设工程工程量清单计价规范》的强制性条文和法律具有同等效力，可以成为当事人权利义务的论证和说理依据。

3. 规章、规范性文件作为民事权利和义务的论证和说理依据

最高人民法院关于印发《全国法院民商事审判工作会议纪要》的通知（法〔2019〕254号）指出“违反规章一般情况下不影响合同效力，但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，应当认定合同无效。人民法院在认定规章是否涉及公序良俗时，要在考察规范对象基础上，兼顾监管强度、交易安全保护以及社会影响等方面进行慎重考量，并在裁判文书中进行充分说理”。

以违反法律、行政法规的强制性规定可以认定合同无效，违反规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，应当认定合同无效。

《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》（法释〔2009〕14号）第四条规定：民事裁判文书应当引用法律、法律解释或者司法解释。对于应当适用的行政法规、地方性法规或者自治条例和单行条例，可以直接引用。第六条规定：对于本规定第三条、第四条、第五条规定之外的规范性文件，根据审理案件的需要，经审查认定为合法有效的，可以作为裁判说理的依据。

法律、行政法规可以作为确定民事权利和义务的依据，规章、规范性文件也可以作为权利义务的论证和说理依据。

《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）》（法释〔2020〕25号）第十九条规定“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”。从此可以看出最高法院认可建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准作为当事人权利义务的论证和说理依据。

北京高院《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》规定：“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，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材差问题的意见予以确定。”由此看出，北京高院支持建设行政主管部门关于处理材差问题的意见作为当事人权利义务的论证和说理依据。

《民法典》无效格式条款对施工招标文件实质性内容的规制

《民法典》第四百九十七条规定“有下列情形之一的，该格式条款无效：

- （一）具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形；
- （二）提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；
- （三）提供格式条款一方排除对方主要权利”。

《民法典》第五百零六条规定“合同中的下列免责条款无效：

- （一）造成对方人身损害的；
- （二）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。”

过去在审判实践中，只要认定合同是有效的，那么合同的所有条款都是有效的，就要充分尊重当事人意思自治。而在当下贯彻《民法典》的背景下，《民法典》强化了对格式条款的司法规制，法院在处理合同纠纷案件时，如果认定个别格式条款无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效，这体现依法治理的精细化、精准化、精明化，确保在每一个案件中实现公平正义，是新司法的生动实践。

法院应当主动评价格式条款的效力，格式条款无效的法律依据主要有：一是违反法律、行政法规的强制性规定的；二是违背公序良俗的；三是行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的；四是行为人与相对人以虚假的意思表示的；五是造成对方人身损害的；六是因故意或者重大过失造成对方财产损失的；七是提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利的；八是提供格式条款一方排除对方主要权利的。

与《合同法》及相关司法解释相比，《民法典》则是着重强调格式条款进行合理性评价，重视发挥法院的自由裁量权，对于提供格式条款一方有免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利的条款。如果不合理的限制对方义务或者不合理地争取自身利益，该条款就归于无效；如果提供格式条款一方排除对方主要权利的，该条款也无效。

在确定提供格式条款一方是否有不合理免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利的，以及排除对方主要权利的，规章、规范性文件、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、《建设工程工程量清单计价规范》、法律原则、立法目的等都可以成为确定当事人的民事权利与义务的论证和说理依据。

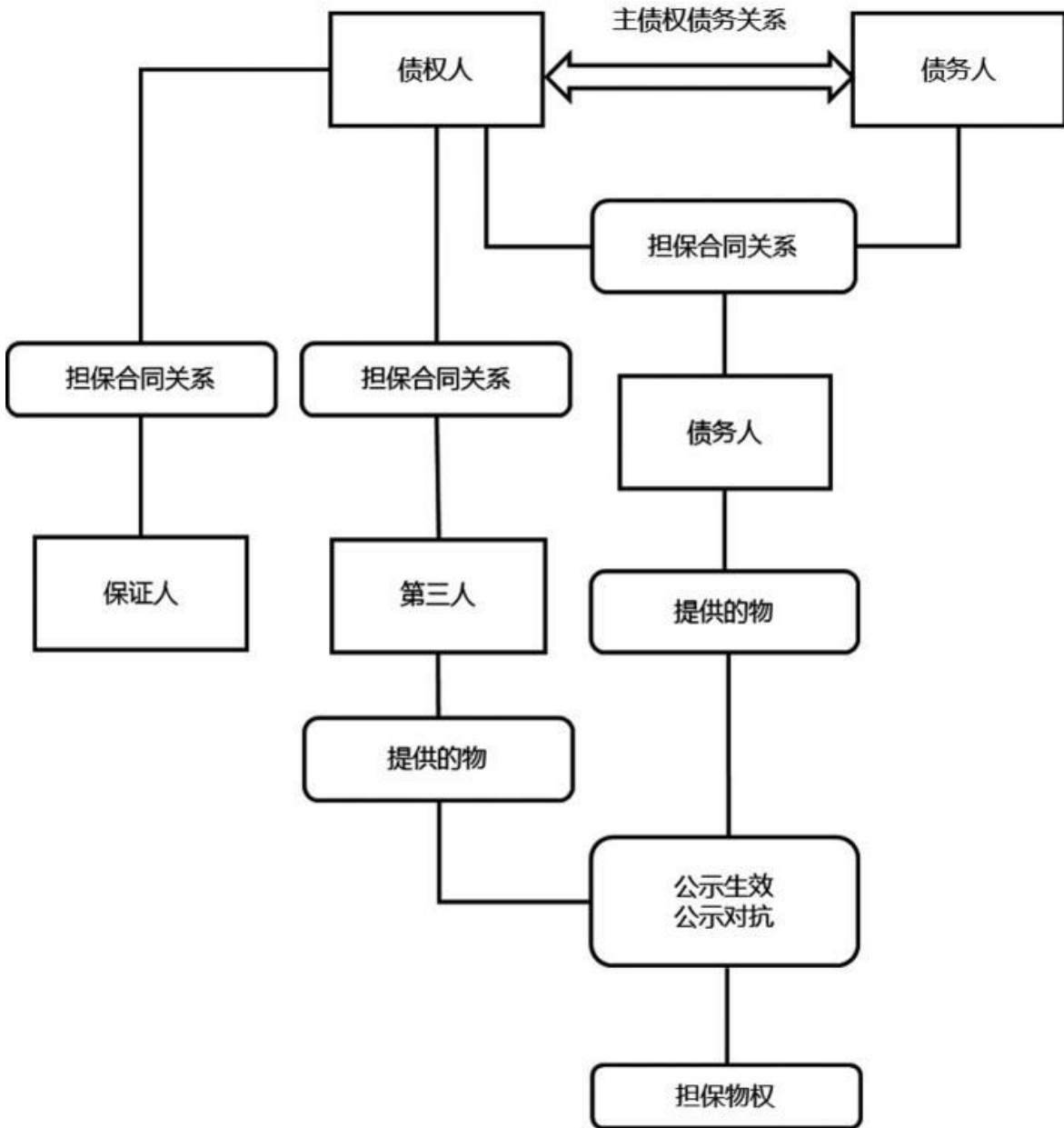
人民法院在审判案件中，依照法律规定审查格式条款的效力，也逐步生成了以下裁判规则，一些法院对于不当的格式条款采取严格态度，这对于正当限制契约自由，以实现契约正义具有示范引领作用。作者单位：上海市建纬（郑州）律师事务所

关于《民法典》担保制度相关问题的专题研究（上）

□王璐 孙兴辉 周峻弘 朱亦烜

区别	一般保证	连带责任保证
成立条件	在保证合同中约定,债务人不能履行债务时,由保证人承担保证责任	双方的约定中不具有债务人应当先承担责任的意思表示
先后顺序	债务人在先,保证人仅对债务人财产依法强制执行后仍不能履行的部分承担保证责任	保证人在其全部的保证范围内承担保证责任
先诉抗辩权	在主合同纠纷未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,有权拒绝向债权人承担保证责任	无

适用范围	担保方式	清偿顺序
不动产	同一财产向两个以上债权人抵押的	(一)抵押权已登记的,按照登记的时间先后确定清偿顺序; (二)抵押权已登记的先于未登记的清偿; (三)抵押权未登记的,按照债权比例清偿。 (《民法典》第 414 条)
动产	以转移占有方式进行动产质押(票据以背书的形式完成转让)	/
	【留置权】同一动产上已经设立抵押权或者质权,该动产又被留置的。	同一动产上已经设立抵押权或者质权,该动产又被留置的,留置权人优先受偿。 (《民法典》第 456 条)
	既设立抵押权又设立质权的	拍卖、变卖该财产所得的价款按照登记、交付的时间先后确定清偿顺序。 (《民法典》第 415 条)



担保形式		客体	设定方式	是否要式	是否登记	是否需要转移标的物
物的担保	抵押	不动产、特殊动产及用益物权	意定	书面	需要	不需要
	质押	动产	意定	书面	需要	需要
		权利			需要	/
	留置	动产	法定	/	不需要	需要
人的担保	保证	人的信用	意定	书面	/	/
金钱担保	定金	金钱	意定	书面	/	/

序言

2021 年 1 月 1 日《中华人民共和国民法典》正式生效，《担保法》《物权法》等 8 部法律以及相关司法解释同时废止，同时《民法典》配套司法解释中《最高人民法院关于使用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释（一）》（以下简称“《担保制度解释》”）也同时生效。

随着市场经济的发展和商业实践生态的复杂化，原有的担保法律制度体系已经不能适应新时代民商事主体的现实需求。对此，《民法典》担保物权编与《担保制度解释》结合多年来的司法实践经验和最高院的指导意见，进行了一系列颇具亮点的修订和创新，并结合业态发展对许多原有的制度进行了细化和明确。为推动企业加强依法合规管理，加快提升风险控制水平，保障企业持续健康发展，本次就《民法典》担保制度编及《担保制度解释》进行主题研究，以襄使用。

重要基础理论概述

（一）担保的基本概念

担保，是指法律规定或者当事人约定的以保证合同履行、保障债权人利益实现的法律措施。担保的法律关系如下图所示：

（二）担保的设立及效力

实践中，较常见的担保合同无效/失效的情况如下：

1. 主合同无效

根据《民法典》第 388 条规定，担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的，担保合同无效，但是法律另有规定的除外。常见合同无效的情况包括：（1）欺诈、胁迫、恶意串通形成的民事法律关系无效；（2）行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效；（3）违背公序良俗及违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。

2. 担保主体不当

在担保主体不具有相应的担保资质时，会直接导致担保合同无效，具体表现为：

- (1) 担保主体为无民事行为能力人、限制民事行为能力人（经法定代理人追认后方可有效）；
- (2) 担保主体为法律禁止担保的机关法人或单位（国家机关、居民委员会、村民委员会等）；
- (3) 以公益为目的的非营利性学校、幼儿园、医疗机构、养老机构等提供担保的（为其除公益设施以外不动产、动产或者财产权利设立的担保物权除外）。

3. 越权、未经授权、披露等不合规程序作出的担保

- (1) 公司的法定代表人违反公司对外担保决议程序的规定，超越权限代表公司与相对人订立保证合同，担保合同无效，但相对人善意的除外；
- (2) 公司的分支机构、员工等未经授权所提供的对外担保一般无效，但相对人善意的除外；
- (3) 相对人未根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息，与上市公司订立的担保合同无效。

4. 在法律规定禁止流通物上设定抵押

根据《民法典》第 399 条规定，“以下财产不得抵押：

- (一) 土地所有权；
- (二) 宅基地、自留地、自留山等集体所有土地的使用权，但是法律规定可以抵押的除外；
- (三) 学校、幼儿园、医疗机构等为公益目的成立的非营利法人的教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施；
- (四) 所有权、使用权不明或者有争议的财产；
- (五) 依法被查封、扣押、监管的财产；
- (六) 法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。”

5. 超过约定或法定的保证期限，债权人未能及时行权，保证人免责

若法律或合同约定的担保期间届满，而债权人未通过法律规定的形式行使担保权利的，则债权人要求担保人承担担保责任的实体权利归于消灭，担保人无需继续承担担保责任。

需要注意的是，在保证期间的认定上，《民法典》较过往的法律作出变更，《民法典》第 692 条将约定不明的保证期间由 2 年调整为 6 个月，与未约定保证期间的情形保持一致。

同时，《担保制度解释》第 32 条规定：“保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明。”

因此，建议在实务操作中，尽可能约定明确的保证期间（建议约定 6 个月以上）；在未约定保证期间或者约定不明的情形下，应当及时依法行使权利。

(三) 担保方式的分类

1. 物的担保

(1) 抵押：是指抵押人和债权人以书面形式订立约定，不转移抵押财产的占有，将该财产作为债权的担保。当债务人不履行债务时，债权人有权依法以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

(2) 质押：是指债务人或第三人向债权人移转某项财产的占有，并由后者控制该项财产，以作为前者履行某种支付金钱或履约责任的担保。该等责任履行完毕时，质押的财产必须予以归还。债务人不履行责任时，债权人有权依法将质物折价或者拍卖，并就所得价款优先受偿。

(3) 留置：是指债务人不履行到期债务时，债权人留置其已经合法占有的债务人的动产，并在一定条件下就该动产拥有优先受偿的权利，即留置权。

2. 人的担保

保证：是指保证人与债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。

3. 金钱担保

定金：定金是指当事人双方为了保证债务的履行，约定由当事人一方先行支付给另一方一定数额的货币作为担保，定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的 20%。定金合同要采用书面形式，并在合同中约定交付定金的期限，定金合同从实际交付定金之日生效。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定义务的，应当双倍返还定金。

4. 各类担保主要元素对比

(四) 担保的清偿顺序

1. 物的担保

对于物的担保而言，就同一财产向两个以上债权人抵押/质押的，拍卖、变卖抵押/质押财产得到的价款依照下列规定的方式清偿：

根据《民法典》第四百四十条规定，债务人或者第三人可就其所享有的权利，对债权人进行出质，设立权利质权。法律规定，可设立权利质权的权利包括如下：

2. 权利质权

- (1) 汇票、本票、支票；
- (2) 债券、存款单；
- (3) 仓单、提单；
- (4) 可以转让的基金份额、股权；
- (5) 可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；
- (6) 现有的以及将有的应收账款；
- (7) 法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

权利质权的设立以登记为一般的成立要件,如办理股权质押需到工商行政管理机关办理登记;著作权、商标权等知识产权则需要到国家版权局、商标局等办理登记。权利质权一般以登记的时间先后顺序进行清偿,法律法规另有规定的从其规定。

3. 人的担保

保证可分为一般保证与连带责任保证, 其在不同担保方式下应按如下规定的顺序清偿:

4. 混合担保的特殊规定

混合担保是指为担保一个主债权的实现, 同时设立两个以上既包括人的保证, 也包括物的担保的一种特殊的担保方式。按照承担担保责任的形式不同, 又可分为按份共同担保与连带共同担保。

根据《民法典》第三百九十二条的规定: “被担保的债权既有物的担保又有人的担保的, 债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形, 债权人应当按照约定实现债权; 没有约定或者约定不明确, 债务人自己提供物的担保的, 债权人应当先就该物的担保实现债权; 第三人提供物的担保的, 债权人可以就物的担保实现债权, 也可以请求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后, 有权向债务人追偿。”

即, 原则上依照当事人的约定的顺序实现债权; 对于无约定或约定不明的, 如债务人提供的自物担保与第三人提供的担保并存, 债权人应当先就债务人的自物担保实现债权。如为第三人向同一债权既提供物保也提供人保时, 债权人可按任意顺序选择向第三人追偿。

根据上述所介绍的混合担保的清偿顺序规则, 在实际业务开展过程中, 若我方为债权人, 应详细分析项目的具体情况和各类担保的清偿难度, 从对我方最有利的角度出发, 约定不同担保方式之间的清偿顺序, 以最大程度保护公司权益。

《民法典》担保制度相关问题研究

(一) 关于保证方式的推定规则

《民法典》第六百八十六条 保证的方式包括一般保证和连带责任保证。

当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的, 按照一般保证承担保证责任。”

《担保制度解释》第二十五条 当事人在保证合同中约定了保证人在债务人不能履行债务或者无力偿还债务时才承担保证责任等类似内容, 具有债务人应当先承担责任的意思表示的, 人民法院应当将其认定为一般保证。

当事人在保证合同中约定了保证人在债务人不履行债务或者未偿还债务时即承担保证责任、无条件承担保证责任等类似内容, 不具有债务人应当先承担责任的意思表示的, 人民法院应当将其认定为连带责任保证。

解析:

根据原《中华人民共和国担保法》(现已废止) 所述, 对保证方式没有约定或者约定不明确的, 按照连带责任保证承担保证责任。新《民法典》的一个重要制度变化是将此类情况认定为一般保证。保证方式的推定规则转而向保护保证人利益倾斜。王利明教授认为, 《民法典》的这种改变是对民法传统的回归, 可以有效保护某些“不懂法律的保证人”。但是于债权人而言, 风险无疑比《担保法》时期明显加大。比较法上, 民事担保多规定为一般保证, 商事担保则多规定为连带责任保证。与民事担保中保证人多为情谊

无偿担保不同，商事担保中的保证人愿意充当保证人，通常是由于能够获得某种对价或利益，保证人并非提供无偿担保且通常能够预见相应风险。然而，我国实行民商合一制度，《民法典》更多地选择了照顾民事主体的利益，《担保法》的相应废除也使得商事担保中债权人的利益相应被忽略。因此，债权人必须注意风险的增加，做好防范与应对。

同时，在《担保制度解释》第25条中规定，保证人在债务人不履行债务或未偿还债务时即承担保证责任、保证人无条件承担保证责任等类似约定，体现债务人不应先承担责任的意思表示的，认定为连带责任保证；保证人在债务人不能履行债务或无力偿还债务时才承担保证责任等类似约定，体现债务人应当先承担责任的意思表示的，却是认定为一般保证。可见担保合同的约定虽仅一字之差，但对于债权人利益的保护确是天壤之别。

建议：

从对外提供保证担保的角度出发，争取约定承担一般保证责任，或在债权人未明确要求约定担保方式的情况下，尽可能避免协议中出现可能被推定需承担连带保证责任的约定。同时，对债务人的履约能力及履约意愿进行事前充分评估，并据此在提供担保的对价、反担保的设置等方面合理约定。

从接受保证担保的角度出发，由于《民法典》第686条规定的新的保证方式推定规则对债权人不利，因此，必须从源头上防止保证方式推定规则的适用，具体操作建议如下：

第一，以明确的文字表述直接约定连带责任保证。在债权人较为强势的市场环境中，以保证人对债务采用“连带责任保证方式”此类明确的文字表述来进行约定，同时，不仅应在保证合同中如是约定，还应在提供增信措施的其他相关文件中，均明确约定连带责任保证方式，避免使用任何可能被解读为采用一般保证方式的措辞而引发争议。

第二，以尽可能明确的措辞体现约定连带责任保证的意思表示。在对债权人较为不利的市场环境中，建议使用如“不偿还债务或不履约责任时，即由保证人承担保证责任”“保证人无条件承担保证责任”等可以明确体现约定连带责任保证之意思表示的措辞，同时相应避免使用或被认定为一般保证的表述，如，“无力偿还债务或不能履行责任时承担保证责任”等。

（二）关于担保合同的独立性

《民法典》第三百八十八条 设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的，担保合同无效，但是法律另有规定的除外。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

解析：

原《担保法》第五条（现已废止）规定：担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定；而根据新《民法典》的规定，担保合同的相对方不再具有自行约定担保合同独立性的权利。

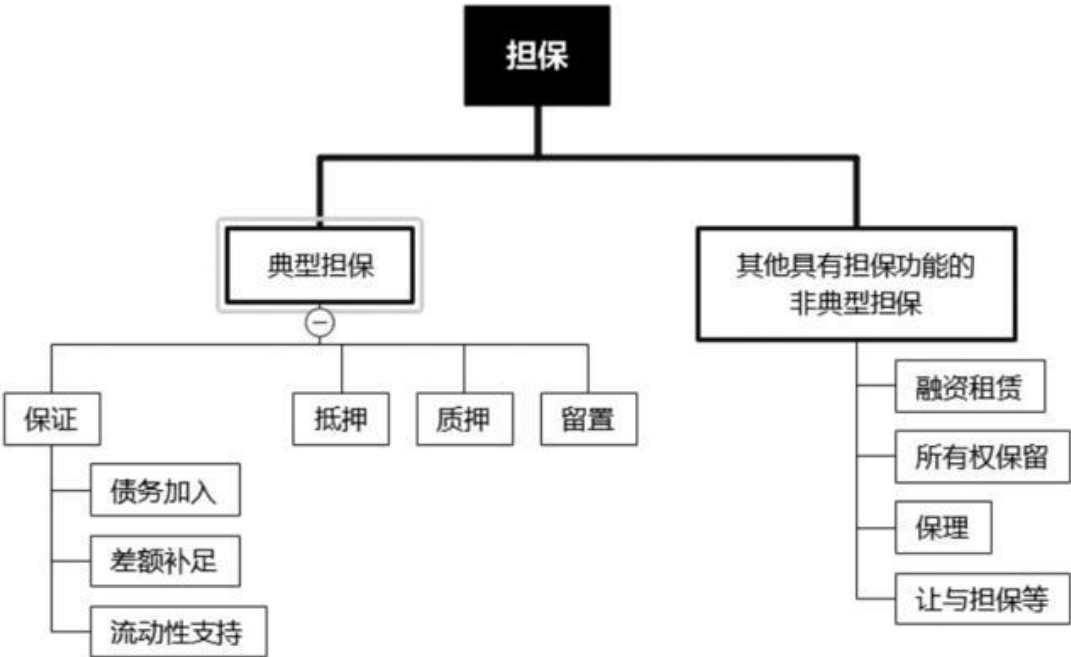
建议：

在业务实践中，金融机构通常存在设置直接否认担保合同从属性约定的情况，显然违反了《民法典》现有的规定，因此，建议提示金融机构关于此条法律变更的情况，原则上不应再将担保合同视为独立合同（法律另有规定的除外）。

作者单位：上海建工集团有限公司

关于《民法典》担保制度相关问题的专题研究（下）

□王璐 孙兴辉 周峻弘 朱亦烜



有无明确约定	能否相互追偿	追偿顺序	追偿范围
约定追偿、约定份额	能	无需首先向债务人追偿	其他担保人应按约定份额承担担保责任
约定追偿，未约定份额		需要首先向债务人追偿	其他担保人按照比例分担向债务人不能追偿的部分
约定连带共同担保			
无约定，但有共同签署			
无约定，且未共同签署	不能		

让与担保的类型	债权人追偿方式
清算型	可就担保财产行使优先受偿权
事先归属型	
事后归属型	《民法典》：可就担保财产行使优先受偿权 《九民纪要》：双方另行达成合意，可以以物抵债方式受偿

（上接8月5日3版）

（三）关于上市公司对外担保的披露审查

《担保制度解释》第九条 相对人根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息，与上市公司订立担保合同，相对人主张担保合同对上市公司发生法律效力，并由上市公司承担担保责任的，人民法院应予支持。

相对人未根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息，与上市公司订立担保合同，上市公司主张担保合同对其不发生效力，且不承担担保责任或者赔偿责任的，人民法院应予支持。

相对人与上市公司已公开披露的控股子公司订立的担保合同，或者相对人与股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司订立的担保合同，适用前两款规定。

解析：该条款明确规定，如担保方为上市公司或其已公开披露的控股子公司，债权人应当承担对上市公司担保相关公告的审查义务，并保证最终所签订的担保合同内容与上市公司公开披露的信息相符。

上述司法解释的规定提高了对债权人的担保审查要求，及其是否为善意相对人的判定标准。

建议：

1. 如作为债权人，以书面形式约定，上市公司或其已公开披露的控股子公司作为主体向我方提供担保的，应在法律法规规定的时限内及时进行公开信息披露，对于担保的关键要素（如担保金额、担保期限、担保责任方式、重要特殊约定、上市公司股东会/董事会决议内容等）如实披露，我方在查询到公告并确认内容无误后，再正式签订相关主合同及担保合同，或将担保信息的披露作为相关主合同、担保合同的生效条件。

2. 无论作为债权人或是担保人，均应严格核查承担担保责任的上市公司已发布相关公告，确保担保合同的主要内容与公告信息一致。根据证监会要求，上市公司公告信息需在中国证监会指定的上市公司信息披露网站巨潮资讯网（地址 <http://www.cninfo.com.cn/new/index>）发布，关于上市公司对外担保的披露信息可在此查询。

3. 上市公司在年度/半年度报告中披露担保计划和额度的，不能被视为已完成对特定担保的公开披露。原因在于企业在年度/半年度报告中所披露的内容一般仅涉及担保的类别和总体金额，缺乏关于某一担保事项的具体信息，不足以使相对人或其他第三方产生合理确信，可能会导致担保合同无效。故建议应明确要求担保人以临时公告的方式对担保事项进行特别披露。

（四）关于共同担保人的互相追偿

《民法典》第六百九十九条 同一债务有两个以上保证人的, 保证人应当按照保证合同约定的保证份额, 承担保证责任; 没有约定保证份额的, 债权人可以请求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任。

第七百条 保证人承担保证责任后, 除当事人另有约定外, 有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿, 享有债权人对债务人的权利, 但是不得损害债权人的利益。

《担保制度解释》第十三条 同一债务有两个以上第三人提供担保, 担保人之间约定相互追偿及分担份额, 承担了担保责任的担保人请求其他担保人按照约定分担份额的, 人民法院应予支持; 担保人之间约定承担连带共同担保, 或者约定相互追偿但是未约定分担份额的, 各担保人按照比例分担向债务人不能追偿的部分。

同一债务有两个以上第三人提供担保, 担保人之间未对相互追偿作出约定且未约定承担连带共同担保, 但是各担保人在同一份合同书上签字、盖章或者按指印, 承担了担保责任的担保人请求其他担保人按照比例分担向债务人不能追偿部分的, 人民法院应予支持。

除前两款规定的情形外, 承担了担保责任的担保人请求其他担保人分担向债务人不能追偿部分的, 人民法院不予支持。

第十四条 同一债务有两个以上第三人提供担保, 担保人受让债权的, 人民法院应当认定该行为系承担担保责任。受让债权的担保人作为债权人请求其他担保人承担担保责任的, 人民法院不予支持; 该担保人请求其他担保人分担相应份额的, 依照本解释第十三条的规定处理。

解析:

共同担保是保证担保的一种特殊情况, 即指有两个以上的保证人为同一债务提供保证担保。而本节所述的互相追偿权是指, 在共同担保中, 当其中一位保证人向债权人承担担保责任后, 是否有权要求其他担保人对其履行担保责任。

本次《担保制度解释》的出台, 首次在法律、司法解释的层面上对此问题进行了明确规定, 为共同担保人之间的互相追偿确立了具体的规则和标准。具体梳理如下:

建议:

1. 如企业在业务开展过程中, 与其他第三方共同作为某一笔债务的共同保证人, 提示应注意以下事项;

共同保证人之间是否已通过书面协议的方式, 明确约定了担保方式, 即为按份额承担担保责任还是连带共同担保;

共同保证人之间是否已通过书面协议的方式, 明确约定了我方享有追偿权、共同保证人之间追偿的顺序和范围;

上述书面协议建议可采取共同保证人与债务人、债权人共同签订的多方协议形式约定, 至少应全体共同保证人之间共同订立书面协议, 以保证后续我方可能行使追偿权时的权利和可操作性。

除签订书面协议外, 还应当着重对其他共同保证人的资信情况和债务承担能力进行调查, 判断其是否足以履行担保责任, 以便担保决策和风险预判。

2. 如企业在业务开展过程中作为债权人，且债务人要求提供多个保证人提供共同保证的，提示应注意以下事项：

（1）建议要求债务人采用连带共同保证方式。并在与每一担保人之间所订立的保证合同中明确约定，债权人有权选择要求任一或多个担保人承担担保责任。

（2）建议要求债务人、担保人，对于共同保证人之间的书面协议约定予以充分披露，并注意审查共同保证人之间对于担保责任份额和比例的约定。

（五）关于抵押财产的流转

《民法典》第四百零六条 抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响。

抵押人转让抵押财产的，应当及时通知抵押权人。抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的，可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

《担保制度解释》第四十三条 当事人约定禁止或者限制转让抵押财产但是未将约定登记，抵押人违反约定转让抵押财产，抵押权人请求确认转让合同无效的，人民法院不予支持；抵押财产已经交付或者登记，抵押权人请求确认转让不发生物权效力的，人民法院不予支持，但是抵押权人有证据证明受让人知道的除外；抵押权人请求抵押人承担违约责任的，人民法院依法予以支持。

当事人约定禁止或者限制转让抵押财产且已经将约定登记，抵押人违反约定转让抵押财产，抵押权人请求确认转让合同无效的，人民法院不予支持；抵押财产已经交付或者登记，抵押权人主张转让不发生物权效力的，人民法院应予支持，但是因受让人代替债务人清偿债务导致抵押权消灭的除外。

解析：

《民法典》对抵押物的流转做出了全新的规定，支持抵押物在市场上的流转，予抵押权人实现抵押权增加了不确定性。《担保制度解释》对约定禁止或者限制转让抵押财产的情况做出了具体说明，如未对禁止或者限制转让抵押财产的约定进行登记，则在（动产）交付或（不动产）变更登记时即发生物权转移的效力（非善意受让人除外）。

建议：

抵押物若随意流转，对债权人而言会极大地增加了管理难度，因此建议作为抵押权人，进行禁止或者限制转让抵押财产的协议约定并进行相关登记，以便后续顺利实现担保物权，减少抵押物损毁、灭失等风险。目前，有些地区的登记机构以可在登记申请文件中勾选是否禁止或限制抵押资产转让，有些地区尚无此选项，则建议申请将此部分约定内容加入资产权证的附记部分以公示。

需要注意的是，抵押财产禁止转让的约定必须进行登记，若仅在抵押合同中进行约定，此类约定无法对抗善意第三人。《担保制度解释》第43条第2款进一步规定，在当事人约定禁止或者限制转让抵押财产且已经将约定登记的情况下，抵押人违反约定转让抵押财产，即便抵押财产已经交付或者登记，抵押权人仍可以主张该等转让不发生物权效力。

（六）关于在建工程续建部分的抵押

《担保制度解释》第五十一条 当事人以正在建造的建筑物抵押，抵押权的效力范围限于已办理抵押登记的部分。当事人按照担保合同的约定，主张抵押权的效力及于续建部分、新增建筑物以及规划中尚未建造的建筑物的，人民法院不予支持。

解析：

在《民法典》《担保制度解释》出台前，由于相关法律法规就在建工程抵押的登记方式规定不明确，各地不动产登记部门对在建工程抵押的登记操作并不一致。一般而言，不动产登记部门办理在建工程抵押时会要求相应建筑工程的工程形象进度至少已经达到出地面的程度或者达到总层数的 1/3。在此基础上，多数地方的不动产登记部门将在建工程抵押的抵押物范围确定为仅包括工程对应地块的土地使用权及已建成部分。但是，也有部分地方的不动产登记部门允许将《建设工程规划许可证》范围内已建成和尚未建造的建筑物同时纳入抵押物范围。即，后续建成部分将自动落入在建工程抵押物的范围，无需另行办理抵押登记。而在《担保制度解释》实施之后，在建工程抵押权的效力范围已明确限定在已建成并且已办理抵押登记的部分。

建议：

对于在建工程抵押的抵押权人而言，为最大程度保障其抵押权，除了在抵押合同中约定对在建工程续建部分享有抵押权外，还应当及时与抵押人就续建部分办理抵押登记。

（七）关于未办理登记的抵押财产清偿

《担保制度解释》第四十六条 不动产抵押合同生效后未办理抵押登记手续，债权人请求抵押人办理抵押登记手续的，人民法院应予支持。

抵押财产因不可归责于抵押人自身的原因灭失或者被征收等导致不能办理抵押登记，债权人请求抵押人在约定的担保范围内承担责任的，人民法院不予支持；但是抵押人已经获得保险金、赔偿金或者补偿金等，债权人请求抵押人在其所获金额范围内承担赔偿责任的，人民法院依法予以支持。

因抵押人转让抵押财产或者其他可归责于抵押人自身的原因导致不能办理抵押登记，债权人请求抵押人在约定的担保范围内承担责任的，人民法院依法予以支持，但是不得超过抵押权能够设立时抵押人应当承担的责任范围。

解析：

当事人之间签订合法有效的担保合同但因未办理登记、未交付导致担保物权未有效设立的情形并不少见，于此情形，债权人虽得依据担保合同的约定请求办理抵押登记/交付担保物，但可能发生担保物已灭失、转让等情形导致无法履行登记/交付义务。

关于担保人承担责任的性质为连带责任还是补充责任，最高法院在《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》中对第 60 条的释义认为：“除非抵押合同明确约定抵押人承担连带责任，否则，其仅在债务人不能清偿时承担补充责任。此种补充责任是以抵押物价值为限，如果抵押合同约定的担保范围少于抵押物价值的，以约定的担保范围为限，不得超过抵押权有效设立时抵押人所应承担的责任。”《担保制度解释》上述规定的“违约责任”的性质，也可参照此论述进行把握。

建议：

在实务操作中，建议在签订担保合同时，约定抵押/质押人应在规定时限内，及时配合完成抵押/质押的登记/交付，若因抵押/质押人原因，无法按时完成登记/交付，则属于违约行为，抵押/质押人或其更有偿付能力的关联主体需承担连带保证责任，也可约定其他更具约束力的违约责任。

（八）关于非典型担保的若干规则适用

《民法典》第三百八十八条 设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。

《担保制度解释》第一条 因抵押、质押、留置、保证等担保发生的纠纷，适用本解释。所有权保留买卖、融资租赁、保理等涉及担保功能发生的纠纷，适用本解释的有关规定。

解析：

根据相关法律法规规定，对于典型担保及非典型担保进行如下梳理：

根据最高院规定和《担保制度解释》第一条的规定，对于非典型担保，除了需要适用《担保制度解释》中关于登记对抗的规则外，还适用关于担保物权的顺位规则、实现规则，以及与价款优先权等有关的担保制度。因此在处理涉及非典型担保的业务时，应当同样注意对相关规则的考察，具体列举三类常见的非典型担保并分析如下：

1. 所有权保留买卖、融资租赁

根据《担保制度解释》第 67 条规定，所有权保留买卖、融资租赁等合同中，出卖人、出租人的所有权未经登记的，不得对抗善意第三人。并且，根据《国务院关于实施动产和权利担保统一登记的决定》（国发〔2020〕18 号）的规定，所有权保留和融资租赁被纳入动产和权利担保统一登记的范围，由当事人通过中国人民银行征信中心（动产融资统一登记公示系统）自主办理登记。

2. 保理

根据《民法典》第 768 条和《担保制度解释》第 66 条的规定，同一应收账款同时存在多个保理，或者同时存在保理、应收账款质押和债权转让，致使多个权利人主张权利的，已经登记的先于未登记的取得应收账款；均已经登记的，按照登记时间的先后顺序取得应收账款。在《国务院关于实施动产和权利担保统一登记的决定》中，保理也被纳入动产和权利担保统一登记的范围。

3. 让与担保

虽然无直接对应的担保公示制度，但从“让与”的形式上来看，可以参照适用一般物权变动的公示制度。根据《担保制度解释》第 68 条第 1 款的规定，在让与担保的情况下，当事人完成财产权利变动的公示，债权人即可以参照《民法典》关于担保物权的有关规定就该财产优先受偿。最高人民法院民事审判第一庭在其编著的《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》中就让与担保指出：“如果双方当事人仅签订了买卖合同，但是对买卖合同标的物本身并未进行抵押、质押，亦未进行所有权转移的，对第三人而言，不具有公示效果，第三人无法以此为依据判断是否和借款人进行交易，这种情形下，如果认定出借人对价款享有优先受偿权，对借款人的其他债权人失公平，也会影响交易安全。如果双方不仅签订了买卖合同，而且已经进行了权利转移的，比如动产已经交付、不动产已经办理所有权转移登记的，对第三人而言，已经具有了公示的效果，认定出借人对价款享有优先受偿权就具有合理性。”当事人完成让与担保财产权利变动的公示，形式上将担保财产权利转移至债权人名下，则该担保具有物权效力，基于该物权效力，权利人可参照《民法典》关于担保物权的规定对财产折价或者以拍卖、变卖该财产所得的价款优先受偿；否则，

让与担保合同虽然生效，但债务人不履行债务时，债权人只能要求就担保财产变价款受偿，不能对抗合法取得该财产的权利人，亦无优先受偿权力。

建议：

综上所述，就非典型担保而言，所有权保留、融资租赁中，出卖人、出租人应当及时进行所有权登记和动产担保登记；保理人应当及时办理登记，以便享有前顺位的优先权；让与担保需要完成担保财产权利变动的公示，形式上将担保财产权利转移至权利人名下，才具有物权效力，以便优先受偿。

（九）关于让与担保的效力分析

《民法典》第 401 条 抵押权人在债务履行期限届满前，与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有的，只能依法就抵押财产优先受偿。

《民法典》第 428 条 质权人在债务履行期限届满前，与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有的，只能依法就质押财产优先受偿。

《九民纪要》第 45 条 当事人在债务履行期届满前达成以物抵债协议，抵债物尚未交付债权人，债权人请求债务人交付的，因此种情况不同于本纪要第 71 条规定的让与担保，人民法院应当向其释明，其应当根据原债权债务关系提起诉讼。经释明后当事人仍拒绝变更诉讼请求的，应当驳回其诉讼请求，但不影响其根据原债权债务关系另行提起诉讼。

《九民纪要》第 44 条 当事人在债务履行期限届满后达成以物抵债协议，抵债物尚未交付债权人，债权人请求债务人交付的，人民法院要着重审查以物抵债协议是否存在恶意损害第三人合法权益等情形，避免虚假诉讼的发生。经审查，不存在以上情况，且无其他无效事由的，人民法院依法予以支持。

解析：

《民法典》尊重让与担保关系中债权人与债务人关于动产质押的合意，故虽然财产权力转让可能无效，但债权人仍可就质押动产享有优先受偿权。在实践中，让与担保主要可分为清算型让与担保、事前归属型让与担保及事后归属型让与担保。根据现行法律法规的要求，三种类型的让与担保在效力上的认定如下：

根据《民法典》规定，让与担保的债权人可通过法拍等方式对抵押的不动产或质押的动产行使优先受偿权。其中，对于事后型让与担保，根据《九民纪要》规定，人民法院还需审查以物抵债协议是否存在恶意损害第三人合法权益等合同无效情形。

建议：

在投资公司及其下属企业实际业务的操作中，有个别项目涉及让与担保的情况。如，在某投资项目中，建工方曾约定若合作方出现无法兑付固定回报等违约事项，建工方可直接凭借事先签订的股权转让协议，直接获得合作方持有的项目公司股权。

提示注意，该约定在现行法律的规定下看来，属于事后归属型的让与担保，若合作方举证或法院认定该担保物转让行为无效，则我方可能仅能就该担保物行使优先受偿权，无法直接获取该担保物的所有权。建议今后在同类业务的处理中，尽可能争取股权质押权，此外，充分考虑股权处置受偿的可操作性，结合对底层资产的深入调查，研判质押股权/让与股权的预期价值对债性投资本息的保障倍数，以及相关股权的市场流通性等。

关于完善担保管理的若干建议

城建投资事业群在经营发展过程中，涉及担保的事项日益增加，结合目前业务的现状，为进一步完善担保的取得、管理、执行，做如下建议：

1. 在各级单位的相关制度（如，投后管理制度）中增加或进一步完善对担保取得后的跟踪管理要求，定期核实包括但不限于担保的有效性、担保物的状态及价值变动、担保人的资信现况、舆情等，一旦出现不利变化，及时与债务人或责任人协商解决方案，如追加其他有效担保、要求提前清偿债务等，以最大程度保障我方预期利益的实现；

2. 对进入或可能进入执行阶段的担保事项，可考虑通过与外部专业机构的合作，通过多渠道对担保人的财产线索进行及时、深入的排查，务必尽早全面掌握担保人及关联方的资产情况，在财产保全、执行中掌握主动性、提高效率性；

3. 对于部分新涉业态，亦可考量在业务中加入担保事项以助推主业发展。如，建工方委托外部第三方进行资产运营管理，可尝试要求受托方（尤其是规模相对较小的合作主体）就部分承诺事项（如，业绩承诺、管理责任的履行承诺等）向我方提供担保，以进一步保障我方经营目标的达成，管理质量的提升。

结语

现代市场经济的本质是信用经济，而几乎全部商业主体之间所创设的债权债务关系都是基于双方的信用，早在两千多年前，古希腊历史学家希罗多德就已经阐述了“保证”的概念。几乎是伴随着人类社会商业行为的出现，担保作为一种自然的增信手段就已经产生。自查士丁尼颁布《罗马民法大全》，到当代中国的《民法典》，担保法律制度始终是民商事法律体系中最为复杂，也是最具技术性的内容之一。因此，研究和学习担保法律制度，不仅具有现实的指引意义，同时也有助于开拓法律认识，在交叉学科的不同维度上建立共通的风控思维。

本次是基于日常业务中的常见问题，结合最新的《民法典》及最高院《担保制度解释》的有关规定所作的解读，今后将持续关注担保相关法律法规的动态变化及对实际业务的影响，通过对各种担保手段的灵活有效运用，进一步发挥其对现行业务的保障作用。

本文观点仅供内部交流研讨，不当之处，还请读者指正。

（作者单位：上海建工集团有限公司）

《保障农民工工资支付条例》下总承包单位先行清偿农民工工资义务研究（农民工工资问题）

□钟雷

《保障农民工工资支付条例》（以下简称“支付条例”）已于2020年5月1日起施行，不同于以往政策性文件，该支付条例为行政法规，效力仅次于宪法和法律，通过行政强制力，开启了保障农民工工资支付的新阶段。对于农民工工资支付，支付条例规定各方主体的义务较为清晰，其中明确规定施工总承包单位有先行清偿义务，不再以“未结清工程款”作为前提条件，对农民工群体的保障更进一步。在此背景下，如何理解施工总承包单位的先行清偿义务，施工总承包单位在什么情况下应该履行义务，不履行义务有什么法律后果，农民工能否直接要求施工总承包单位清偿工资？对此，本文就相关问题进行探讨。

一、施工总承包单位保障农民工工资支付义务的演变

支付条例实施以前,除自身招用的农民工外,施工总承包单位有监督分包单位发放农民工工资的义务,以及在未按期结清工程款时的先行垫付义务。期间,对施工总承包单位的主要制约依据是2004年原劳动保障部、建设部颁布的《建设领域农民工工资支付管理暂行办法》,该办法属于部门规章,暂行办法第九条规定,工程总承包企业应对劳务分包企业工资支付进行监督,督促其依法支付农民工工资。暂行办法第十条规定,业主或工程总承包企业未按合同约定与建设工程承包企业结清工程款,致使建设工程承包企业拖欠农民工工资的,由业主或工程总承包企业先行垫付农民工被拖欠的工资,先行垫付的工资数额以未结清的工程款为限。该规定明确了总承包企业有监督分包单位工资发放的义务,有未按期结清工程款的先行垫付义务。此后,各地也相应制定了规章或政策性文件。但实际执行过程中,由于监督支付工资义务并不是付款义务,先行垫付义务也有前提条件,即未按约结清工程款,加上各职能部门在处理农民工工资问题上职责并不是很清晰,处理农民工工资问题行政权力并不强势,手段有限,效果也有限。

支付条例自2020年5月1日起施行,在第四章工程建设领域特别规定中第三十条进一步规定,分包单位对所招用农民工的实名制管理和工资支付负直接责任。施工总承包单位对分包单位劳动用工和工资发放等情况进行监督。分包单位拖欠农民工工资的,由施工总承包单位先行清偿,再依法进行追偿。工程建设项目转包,拖欠农民工工资的,由施工总承包单位先行清偿,再依法进行追偿。该条规定了分包单位拖欠农民工工资时,施工总承包单位的先行清偿义务,先由施工总承包单位先行清偿,再依法进行追偿。施工总承包单位先行清偿不再以“未结清工程款”作为前提条件,而是无条件先行清偿。

至此,施工总承包单位保障农民工工资支付义务完成了历史性大变革,从有条件的“先行垫付”过渡到无条件的“先行清偿”阶段,对农民工群体的保障更彻底。

二、《工程建设领域农民工工资保证金规定》相对支付条例的关键延伸

支付条例对农民工工资支付的各方主体、相应义务,如何保障实现作了全面规定。不过,施工总承包单位具体如何先行清偿并没有细则,特别保证金保函或保证金账户应何时使用并没有规定,当然也确实并不适合在支付条例中作长篇细则规定。

在写作本文之际,恰逢《工程建设领域农民工工资保证金规定》(以下简称“保证金规定”)出台,自2021年11月1日起施行。该保证金规定是根据支付条例授权,人力资源社会保障部、住房和城乡建设部、交通运输部、水利部、银保监会、铁路局、民航局制定的,是对支付条例的细化和延伸。

其中一项重要规定是,施工总承包单位所承包工程发生拖欠农民工工资,经人力资源社会保障行政部门依法作出责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定,到期拒不清偿时,属地人力资源社会保障行政部门可以书面通知有关施工总承包单位和经办银行,从工资保证金账户中将相应数额的款项以银行转账方式支付给属地人力资源社会保障行政部门指定的被拖欠工资农民工本人。如果是保证金保函,则经人力资源社会保障行政部门依法作出责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定,到期拒不清偿时,由经办银行依照保函承担担保责任。

该规定表明发生拖欠农民工工资时,先由人社部门作出责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定,施工总承包单位此时应该积极主动清偿农民工工资,如果到期拒不清偿,则人社部门可以直接要求施工总承包单位开办农民工保证金账户的银行转账支付农民工工资,或者使用施工总承包单位提供的保证金保函。

初步看,施工总承包单位先行清偿义务应遵循的顺序为:(1)人社部门接受涉拖欠农民工工资投诉;(2)人社部门作出清偿的行政处理决定;(3)施工总承包单位限期清偿;(4)人社部门使用保证金账户转账支付/保证金保函;(5)人民法院强制执行。

三、总承包单位先行清偿农民工工资义务的探讨

笔者曾长期在大型施工企业任职，处理过多起农民工工资事件，也常与地方人社部门等负责监督、管理、处理农民工工资问题的职能部门对接，对农民工工资支付问题处理较为熟悉。

支付条例施行后，特别是保证金规定实施后，如何理解施工总承包单位的先行清偿义务，应重点关注哪些问题？施工总承包单位应如何应对？我们就相关问题进行探讨。

（一）谁负有支付农民工工资的义务？

首先，用人单位对所招用农民工的工资支付负直接责任，施工总承包单位、分包单位分别对自己招用的农民工工资支付负直接责任。支付条例第七条规定，用人单位实行农民工劳动用工实名制管理，与招用的农民工书面约定或者通过依法制定的规章制度规定工资支付标准、支付时间、支付方式等内容。支付条例第十二条规定，用人单位应当按照与农民工书面约定或者依法制定的规章制度规定的工资支付周期和具体支付日期足额支付工资。支付条例第四章工程建设领域特别规定，第三十条规定，分包单位对所招用农民工的实名制管理和工资支付负直接责任。人力资源社会保障部和司法部有关负责人介绍支付条例有关情况并答记者问时，也明确：明确工资支付的主体责任。每个使用农民工的用人单位，应当依法发放农民工工资。以上可以看出，无论是一般规定还是工程建设领域特别规定，都是遵循“谁招用、谁直接支付工资”的原则，是对《中华人民共和国劳动法》及有关法律规定的承继，并没有突破法律的基本规定。也就表明，在发生拖欠农民工工资时，首先用人单位/招用单位是工资支付的第一责任人、直接责任人。

其次，施工总承包单位有无条件的先行清偿义务，不以过错为前提条件，只要有拖欠，无论是分包还是转包，均应先行清偿。根据支付条例，在分包情形下，分包单位拖欠农民工工资的，由施工总承包单位先行清偿，再依法进行追偿。在工程建设项目转包情形下，拖欠农民工工资的，由施工总承包单位先行清偿，再依法进行追偿。

再次，建设单位有条件的先行垫付义务。根据支付条例第二十九条，因建设单位未按照合同约定及时拨付工程款导致农民工工资拖欠的，建设单位应当以未结清的工程款为限先行垫付被拖欠的农民工工资。只不过，建设单位承担先行垫付义务是以过错为前提。对比一下，存在实际施工人的情形下，建设单位同样是在欠付工程款范围内承担工程款支付责任，此时是工程款，也是以过错为前提。

（二）被拖欠工资的农民工有哪些维权方式？

一般情况下，农民工可以投诉，可以申请仲裁，可以提起诉讼。支付条例第十条规定，被拖欠工资的农民工有权依法投诉，或者申请劳动争议调解仲裁和提起诉讼。同时规定，人力资源社会保障行政部门和其他有关部门应当公开举报投诉电话、网站等渠道，依法接受对拖欠农民工工资行为的举报、投诉。因此，农民工可以到人力资源社会保障行政部门或者其他有关部门投诉。当然，工资纠纷同样可以申请劳动仲裁或提起诉讼。

不能回避的一个问题是，农民工与用人单位/招用单位之间是否属于劳动法上的劳动合同关系。这个问题较为复杂。参看浙江省宁波市中级人民法院二审(2010)浙甬民一终字第1056号案件，法院认为，应当从是否具有经济上、组织上和人格上的从属性进行考查，综合考虑双方是否具有主体资格、用人单位依法制定的各项规章制度是否适用于劳动者、劳动者劳动过程中是否需要服从用人单位的指挥监督、是否从事用人单位安排的有报酬的劳动等因素。即便在农民工与用人单位/招用单位之间存在中间第三人，则按照《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第4条规定，建筑施工、矿山企业等用人单位将工程(业务)或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。通过上述特别规定，在建筑企业和劳动者之间拟制了一种劳动关系的存在，农民工也可以向用人单位主张工资报酬。

（三）施工总承包单位如何先行清偿？

根据支付条例，如果分包单位、接受转包的一方确拖欠农民工工资，则已具备先行清偿的基础。

分三种情形：

一是行政权力介入前，可以协商主动代为支付农民工工资。在人力资源社会保障等主管部门未受理相关投诉，施工总承包单位并未收到责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定时，施工总承包单位可以介入，主动代为支付农民工工资。当然施工总承包单位代为支付后还需追偿。如果没有分包单位、接受转包的一方出具委托代为垫付，则施工总承包单位确有无法追偿的风险。

二是收到责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定后，施工总承包单位应该主动履行先行清偿义务。在人力资源社会保障等主管部门已受理相关投诉，施工总承包单位收到责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定后，应该严格按照要求主动履行清偿、先行清偿义务。

三是无力履行时，施工总承包单位应该主动向人力资源社会保障等主管部门申请使用保证金账户资金或保证金保函，清偿农民工工资。

（四）施工总承包单位清偿后如何追偿？

对于施工总承包单位清偿拖欠的农民工工资后能否追偿，支付条例作了两种不同的规定。第一种，支付条例第三十条规定……，分包单位拖欠农民工工资的，由施工总承包单位先行清偿，再依法进行追偿。工程建设项目转包，拖欠农民工工资的，由施工总承包单位先行清偿，再依法进行追偿。这里的分包，对比第二种情形来看，应该仅指合法分包。根据该规定，在分包、转包情形下，施工总承包单位先行清偿后是可以追偿的。具体如何追偿，可以从工程款、结算款中扣除，可以提起诉讼，暂且不论。第二种，支付条例第三十六条规定，建设单位或者施工总承包单位将建设工程发包或者分包给个人或者不具备合法经营资格的单位，导致拖欠农民工工资的，由建设单位或者施工总承包单位清偿。施工单位允许其他单位和个人以施工单位的名义对外承揽建设工程，导致拖欠农民工工资的，由施工单位清偿。从该条可以看出，违法发包、违法分包、允许挂靠的情形下，拖欠农民工工资的，仅规定由建设单位或施工单位清偿工资，并未规定可以追偿。那是不是意味着清偿后不能追偿呢？我们认为同样可以追偿，只是对于该清偿的工资的追偿，支付条例没有直接指出依据。理由如下：

1. 支付条例规定用人单位对所招用农民工的工资支付负直接责任，因此违法发包、违法分包、挂靠情形下的承包单位、分包单位、挂靠人应该对招用农民工的工资支付负直接责任；

2. 法律法规并未明确排除追偿权利；

3. 对于违法发包、违法分包、挂靠情形下的承包单位、分包单位、挂靠人来说，建设单位、施工单位清偿原本应该由其自身清偿的工资属于不当得利范畴，应该返还；

4. 违法发包、违法分包、允许挂靠的过错程度显然不足以导致丧失追偿权。因此，建设单位、施工单位清偿后可以追偿。

（五）施工总承包单位无视责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定的后果有哪些？

根据支付条例第四十二条，施工总承包单位可能会被强制执行，可能会被列为失信。支付条例规定，人力资源社会保障行政部门作出责令支付被拖欠的农民工工资的决定，相关单位不支付的，可以依法申请人民法院强制执行。同样，该不利后果也适用于建设单位。除此之外，支付条例还规定，拖欠农民工工资需要列入失信联合惩戒名单的具体情形，由国务院人力资源社会保障行政部门规定。

有一个问题是，支付条例第四十七条、四十八条规定，严重拖欠农民工工资的用人单位可能被向社会公布，媒体曝光，也可能被降低守法诚信等级评价，用人单位及其法定代表人或者主要负责人、直接负责的主管人员和其他直接责任人员可能会被列入拖欠农民工工资失信联合惩戒对象名单，在政府资金支持、政府采购、招投标、融资贷款、市场准入、税收优惠、评优评先、交通出行等方面依法依规予以限制，上述规定是否适用于施工总承包单位、建设单位？

我们来看，支付条例规定，本条例所称农民工，是指为用人单位提供劳动的农村居民。如按照该规定，第四十七条、四十八条规定并不适用于施工总承包单位（直接招用的除外）、建设单位。如扩大解释，则应该适用于施工总承包单位、建设单位。

我们认为，应该作扩大解释，应该适用于施工总承包单位、建设单位。理由是：施工总承包单位的先行清偿义务、建设单位有条件的先行垫付义务均是支付条例明确规定的“支付”义务，既然均应对农民工工资支付承担责任，则不应在惩戒措施上与用人单位/招用单位有明显的区别对待，否则也有违支付条例的立法本意。

（六）施工总承包单位到期未清偿，保证金/保证金保函与强制执行孰先孰后？

结合保证金规定，施工总承包单位到期拒不清偿时，会使用施工总承包单位提供的保证金保函或保证金账户资金。考虑到保证金规定要求银行保函以属地人力资源社会保障行政部门为受益人，结合上述强制执行的规定，则属地人力资源社会保障等行政部门有二种权利，也有三种选择：一是使用保证金保函或保证金账户资金；二是申请强制执行；三是同时使用或申请；

由此产生了一个问题，如果施工总承包单位到期未清偿，到底先申请强制执行还是先使用保证金，还是可以同时使用？

我们认为，因为已经由施工总承包单位提供了保证金保函或者提供了保证金，已经为农民工工资支付作了托底，施工总承包单位已经履行了基本保障义务，保证金属于施工总承包单位支付工资的方式之一，如可以覆盖欠付的农民工工资金额，则不宜在使用保证金前对施工总承包单位进行强制执行。否则，施工总承包单位将承担二次成本，遭受额外损失，一是提供保证金的成本，二是被强制执行的成本，额外损失则是因被强制执行遭受的程序上、实体上、信用上的损失。考虑到保证金规定要求的保函是不可撤销见索即付保函，再考虑到当前大量保证金保函仅仅起到形式作用，很少真正使用，则更应该切实发挥保证金保函的保障托底作用，而不是让这一项好的措施躺着睡觉。至于使用保证金后，施工总承包单位与建设单位之间、施工总承包单位与保证金提供银行之间的履约问题，则属于民事合同纠纷，不必在农民工工资支付当中过多考虑。

因此，在保证金能够覆盖欠付的农民工工资时，我们建议给予施工总承包单位一定的顺序选择权，由其选择是先使用保证金还是被强制执行。

（七）如何认定施工总承包单位拒不清偿？

通过上述（六），我们认为保证金保函属于施工总承包单位支付工资的方式之一，应该先使用保证金或保证金保函，而使用保证金或保证金保函的权利以及主动权在人力资源社会保障等行政主管部门。所以，只有在保证金或保证金保函不足以清偿全部欠付的农民工工资时，再谈施工总承包单位是否拒不清偿才更合理。

而如何认定施工总承包单位拒不清偿是施工总承包单位是否会被强制执行，纳入失信以及受到其他惩戒措施的分水岭。从上述分析已经看出施工总承包单位先行清偿义务是无条件的，没有理由的。拒不支付应该以结果意义上的没有支付，还是应该考虑具体情形，按照有能力履行而拒绝履行来认定，应该是后者

更合理。参考“拒不支付劳动报酬”罪的条件可能并不适当，但可以从中借鉴一二。以转移财产、逃匿等方法逃避支付肯定属于拒不支付，主观恶意较大，有能力支付而不支付与之并列，也应当属于拒不支付。所以，应避免一刀切，将没有支付认定为拒不清偿，否则确有违公平正义。

具体到工程建设领域，有能力支付而不支付，也需要相关主管部门认定施工总承包单位有能力支付而不支付，该认定可能较为复杂，需要根据具体情形分析。可能有人认为这样对人力资源社会保障等行政主管部门而言有一定难度，流程也可能较长，最终不利于保障农民工工资支付。

但我们要考虑支付条例已经明显加重了施工总承包单位的义务，加上保证金规定对施工总承包单位提交农民工工资保证金或保函又作了规范规定，则应该在程序上保障施工总承包单位的权利，避免只要出现拖欠农民工工资情形，未使用保证金，即开始对施工总承包单位进行强制执行，或实施惩戒措施，这也不是支付条例的立法初衷。

（八）农民工是否有权直接要求施工总承包单位清偿工资？

根据支付条例我们可以看出，施工总承包单位对农民工工资有先行清偿义务，该义务为行政法规下的行政义务，需要人力资源社会保障等行政主管部门对拖欠农民工工资的事实进行认定，并向施工总承包单位作出责令限期清偿或先行清偿的行政处理决定。

因此，除了施工总承包单位直接招用的农民工外，分包单位招用、接受转包一方招用的农民工，违法发包、违法分包、允许挂靠下非施工总承包单位招用的农民工，并不能直接要求施工总承包单位清偿工资，特别是以施工总承包单位为被申请人或被告提起仲裁或诉讼。

总体上，施工总承包单位对农民工工资的先行清偿义务并没有完全突破合同相对性，仅在行政义务上作出了规定，不能推导出施工总承包单位对农民工有民事或劳动法律上的支付义务。

以上是对《保障农民工工资支付条例》下总承包单位先行清偿农民工工资义务的研究、分析，可能有不足之处、欠缺考虑之处，欢迎大家指正。相信在住建部、人社部作出细则后，在以后的实践中会逐步完善，切实保障农民工群体的合法权益，同时规范建筑市场参与主体的行为，促进建筑市场健康发展。

（作者单位：上海申同律师事务所）

国务院《建设工程企业资质管理制度改革方案》对建工合同纠纷处理的影响分析

□北京天同（上海）律师事务所高级顾问 周利明

根据《建筑业企业资质标准》（2014年11月6日建市〔2014〕159号）和《建筑业企业资质管理规定》（2015年1月22日住房城乡建设部令第22号），建筑业企业资质分为施工总承包、专业承包和施工劳务三个序列。其中，施工总承包序列设有12个类别，一般分为4个等级（特级、一级、二级、三级），如建筑工程施工总承包特级、石油化工工程施工总承包二级、市政公用工程施工总承包三级等；专业承包序列有36个类别，一般分为3个等级（一级、二级、三级），如地基基础工程专业承包一级、航道工程专业承包三级、模板脚手架工程专业承包等；施工劳务序列不分类别和等级。

2020年11月30日，国务院常务会议审议通过《建设工程企业资质管理制度改革方案》（以下简称《资质改革方案》），深化建筑业“放管服”改革，做好建设工程企业资质（包括工程勘察、设计、施工、监理企业资质）认定事项压减工作。截止本文发稿日，新修订的《建筑业企业资质管理规定》与《建筑业企业资质标准》尚未公布，但改革的内容已经基本确定，具体压减情况如下：

A. 工程勘察资质。保留综合资质；将 4 类专业资质及劳务资质整合为岩土工程、工程测量、勘探测试等 3 类专业资质。综合资质不分等级，专业资质等级压减为甲、乙两级。

B. 工程设计资质。保留综合资质；将 21 类行业资质整合为 14 类行业资质；将 151 类专业资质、8 类专项资质、3 类事务所资质整合为 70 类专业和事务所资质。综合资质、事务所资质不分等级；行业资质、专业资质等级原则上压减为甲、乙两级（部分资质只设甲级）。

C. 施工资质。将 10 类施工总承包企业特级资质调整为施工综合资质，可承担各行业、各等级施工总承包业务；保留 12 类施工总承包资质，将民航工程的专业承包资质整合为施工总承包资质；将 36 类专业承包资质整合为 18 类；将施工劳务企业资质改为专业作业资质，由审批制改为备案制。综合资质和专业作业资质不分等级；施工总承包资质、专业承包资质等级原则上压减为甲、乙两级（部分专业承包资质不分等级），其中，施工总承包甲级资质在本行业内承揽业务规模不受限制。

D. 工程监理资质。保留综合资质；取消专业资质中的水利水电工程、公路工程、港口与航道工程、农林工程资质，保留其余 10 类专业资质；取消事务所资质。综合资质不分等级，专业资质等级压减为甲、乙两级。

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（一）》主要针对的是建设工程施工合同，对于建设工程勘察、设计、监理合同几无涉及，故本文主要提炼《资质改革方案》对建设工程施工合同（包括总承包合同、分包合同）影响。

改革的主要动向

本次调整落脚于整理企业资质类别，归并等级设置，简化资质标准，同时优化审批方式，进一步放宽建筑市场准入限制。

资质必须具有相应的基础标准，具有区分度。一方面，《资质改革方案》赋予原来的十个建设工程施工总承包（包括建筑工程施工总承包、公路工程施工总承包、铁路工程施工总承包、港口与航道工程施工总承包、水利水电工程施工总承包、电力工程施工总承包、矿山工程施工总承包、冶金工程施工总承包、石油化工工程施工总承包及市政工程施工总承包，而通信工程施工总承包、机电工程施工总承包不设特级）的特级资质直接转为最优质的“施工综合资质”，可承担各行业、各等级施工总承包业务，“百无禁忌”，而不再限定在原有的行业、专业门类范围。当然，建筑施工企业获得原有的特级资质绝非易事，有较高的企业资产、主要人员、工程业绩等具体要求。改革后，该“施工综合资质”可谓是施工资质中的最高级别，有助于建筑施工企业解除资质限制，放飞自我、开拓市场、进军新的承包领域。

另一方面，将上述十二项工程总承包资质中的一级、二级和三级，重新核定为甲级与乙级，其中施工总承包甲级资质在本行业内承揽业务规模不受限制，也极大地扩充了施工企业的承包范围——资质层面已经不再约束，能否中标、签约更有赖于施工技术水平、管理能力、业绩和企业声誉。虽然目前甲级与乙级的区分具体标准尚未公布，但可以预见，施工企业获得更大的承包工程权限，将具有更多的机会参与市场竞争。

2015 年建筑业企业资质改革，将原有的 60 项专业承包资质改为 36 项。本次改革，更进一步合并为 18 项，直接减半处理。其中不乏变化较大者，或有待规范性进一步明确和统一，比如：环保工程专业承包、特种专业工程专业承包合并为通用专业承包，具体的内涵与外延尚未明确；将机场场道工程专业承包、民航空管工程及机场弱电系统工程专业承包、机场目视助航工程专业承包三项资质进行整合为民航工程施工总承包，体现了新时期机场建设的综合性、专业性需求的融合；钢结构工程专业承包资质并入建筑工程总承包资质，那么以后涉及钢结构工程将不再有分包的可行性；建筑装修装饰工程专业承包、建筑幕墙工程专业承包合并为建筑装修装饰工程专业承包，幕墙单独发包是否构成支解发包仍然存在争议；电子与智能

化工程专业承包、建筑机电安装工程专业承包、城市及道路照明工程专业承包三项合并为建筑机电工程专业承包，然道路照明工程的标的物路灯等是否为“建筑”定然存在分歧；公路、铁路、民航、港口与航道、水利水电工程等专业分包都进行了一定的吸收或合并。

建设工程合同纠纷案件裁判者与当事人及其代理人需要关注的三个问题

1. 判断工程资质是否符合要求

资质认定是较为复杂的过程，可以从三个维度考虑：①涉案的标的物是否是建设工程；②涉案的合同是否属于建设工程施工合同；③具体属于哪种建设工程施工合同法律关系。对于涉案工程是否属于建设工程，应当根据案件所涉的具体工程项目，结合《建设工程分类标准（GB/T50841-2013）》及《建筑业企业资质管理规定》《建筑业企业资质标准》及《资质改革方案》予以确定。建设工程合同纠纷案件的司法和仲裁实践中，一些裁判裁决者或者案件当事人及其代理人往往未能注意，将诸如矿山开采项目工程、边坡整治工程、智能化工程、中央空调安装工程、冶金工程、机电工程、市政公用工程等，误认为是承揽合同项下的作业成果而非建设工程，从而引起案件性质的判断失误。涉及建设工程的“人、材、机”三大要素的一部分或者数部分，均有可能构成劳动合同、买卖合同、建筑设备租赁合同，也都有可能构成建设工程施工合同（或建设工程分包合同），具体应当看所谓乙方具体的权利和义务内容。建设工程的本质是承包人承包工程的全部或其中的一部分，以其自身的生产能力、管理能力，将相应的人工、材料及机械设备等生产要素物化到不动产中，并对工程施工成本、质量、工期承担主体责任和相应风险的经济活动。在此基础上，判断工程总承包、施工总承包、专业承包、劳务分包、违法分包、转包、挂靠、支解发包等具体的法律关系。

2. 施工资质变化是否适用从新兼从轻原则

资质变化过程中，原有的资质项下所承包的工程规模、范围往往较小，资质改革后，承包人的资质得到了升级扩充。那么，在部分案件中，按照签约时的资质标准，承包人系超越资质承包工程，在施工完毕及案件审理过程中，根据新的资质标准，承包人的资质等级符合要求，那么是否仍然根据旧的资质标准认定建设工程施工（分包）合同无效呢？我们认为，资质放开是政策性的变化，司法应当采取更为宽容的态度，采用类似于刑法上的“从新兼从轻”原则，审慎认定合同无效。对于案件审理过程中，由于资质改革承包人新的资质等级已经满足涉案工程的要求，则不应再以承包人签约当时不符合资质要求而认定为无效。

3. 是否所有建设工程承包都需要资质

实践中，部分法官和律师存在误解，认为所有建设工程都需要资质。但是实际上，小型、规模以下工程并无资质要求，如农村水塘清淤、水渠疏浚、公路道路修补等，无需单独立项、规划审批，涉及金额较小。所以司法实践中也有观点认为，从尽量认定合同有效的角度考虑，可以不认定为建设工程合同而是承揽合同。

家庭住宅装修的资质问题比较复杂。装饰装修合同纠纷属于三级案由建设工程合同纠纷项下的四级案由之一。对于涉及酒店、厂房、办公楼等装饰装修工程适用《建筑法》、需要资质等并无争议。对于家庭住宅装修是否适用《建筑法》、是否需要资质的问题存在争议。鉴于我国家庭装饰市场的现实情况为多数的装修公司并无建筑业企业资质，许多以个体工商户、个人等名义承接，数量庞大、比例畸高，如果认定以欠缺资质为由认定合同无效，影响面过大，脱离普通民众的认知范畴，造成审判与社会的脱节。所以，家庭住宅装修往往不以资质问题而认定无效。如《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》中规定：“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。”《山东省高级人民法院 2008 年全省民事审判工作会议纪要》规定:“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。”

此外,住建部办公厅于 2015 年 4 月 3 日发布《关于土石方、混凝土预制构件等 8 类专业承包企业申领安全生产许可证事宜的意见》,对于原《建筑业企业资质等级标准》中被取消的土石方工程、混凝土预制构件、电梯安装、金属门窗、预应力、无损检测、体育场地设施工程、爆破与拆除工程等八个专业承包资质,在相应专业工程承包过程中,不再作资质要求。施工总承包企业在进行专业工程分包时,应将上述专业工程分包给具有一定技术实力和管理能力且取得公司法人《营业执照》的企业。故以上八类的工程分包,亦不能以无资质为由否定合同效力,但如果承包人为个人、个体工商户、个人独资企业、个人合伙等,合同效力仍然无效。

综上,当事人可以根据涉案工程的性质、面积、投资规模、资金来源、施工工艺等,明确承包人所需建筑业企业资质的内容及等级。承包人为分包人的,需要举证证明其具有分包内容所需要的专业承包资质。当事人不具有涉案工程所需的特定等级的建筑业企业资质时,合同亦为无效。值得注意的是,资质与营业执照上载明的企业经营范围没有关系。资质证书系由设区的市一级住建行政部门颁发,营业执照则由市场监督管理部门颁发。在民事诉讼中,判断资质是否符合法定要求,法官一方面有赖于颁发资质的行政机关对当事人资质的认定,更为重要的是根据具体案情的审理情况独立作出明确判断。

新修改的《安全生产法》对建筑企业安全管理之影响

□李淑君

6 月 10 日,十三届全国人大常委会第二十九次会议表决通过了关于修改的《中华人民共和国安全生产法》(以下简称《安全生产法》)的决定。修改后的《安全生产法》将于今年 9 月 1 日起施行。

此次修改力度大、涉及条文多,较大幅度地完善了现行《安全生产法》。如何适应新修改的《安全生产法》带来的影响,并将其立法精神贯彻落实到日常安全管理中,是摆在广大建筑企业面前的一项急迫任务。作为高危行业的建筑企业应深刻认识这种新的法律环境的变化,并积极采取应对之策。

新修改的《安全生产法》的重要变化

本次修改决定共 42 条,大约占原来条款的三分之一,修改内容中与建筑企业及其从业人员直接相关的主要有:

一是贯彻新思想、新理念。在总则部分增加了安全生产工作“坚持人民至上、生命至上,树牢安全发展理念,从源头上防范化解重大安全风险”等规定,为统筹发展和安全两件大事提供了坚实的法治保障。新增条款 56 条明确规定,生产经营单位发生安全事故后,应当及时采取措施救治有关人员。该规定,是践行“人民至上、生命至上”理念的体现。

二是压实生产经营单位的主体责任。新《安全生产法》第5条明确了生产经营单位的主要负责人是本单位的安全生产第一责任人，对本单位的安全生产工作全面负责；其他负责人对职责范围内的安全生产工作负责。

三是全面加强生产经营单位全员安全责任制。这次修改，第22条新增了全员安全责任制的规定。根据《国务院安委会办公室关于全面加强企业全员安全生产责任制工作的通知》（安委办〔2017〕29号文）的规定，企业全员安全生产责任制是由企业根据安全生产法律法规和相关标准要求，在生产经营活动中，根据企业岗位的性质、特点和具体工作内容，明确所有层级、各类岗位从业人员的安全生产责任，通过加强教育培训、强化管理考核和严格奖惩等方式，建立起安全生产工作“层层负责、人人有责、各负其责”的工作体系。

四是构建安全风险分级管控和隐患排查治理双重预防机制。安全风险分级管控是国内外企业安全管理的先进经验和成功做法。建立安全风险分级管控机制，就是要求生产经营单位要对辨识出的安全风险进行分类梳理，对不同类别的安全风险，采用相应的风险评估方法确定安全风险等级，严格落实分级管控措施，防止风险演变而引发事故。

隐患排查治理是现行《安全生产法》已经确立的重要制度，这次修改第41条又补充增加了重大事故隐患排查治理情况要及时向负有安全生产监督管理职责的部门和职工大会或者职工代表大会报告的规定，目的是使生产经营单位在监管部门和本单位职工的双重监督之下，来确保隐患排查治理到位。

五是高危行业领域强制实施安全生产责任保险制度。现行《安全生产法》规定，国家鼓励生产经营单位投保安全生产责任保险，这次修改第51条增加了高危行业、领域的生产经营单位必须投保安全生产责任保险的规定。

根据《中共中央 国务院关于推进安全生产领域改革发展的意见》的规定，高危行业领域主要包括八大类行业：矿山、危险化学品、烟花爆竹、交通运输、建筑施工、民用爆炸物品、金属冶炼、渔业生产。安全生产责任保险的保障范围，不仅仅包括本企业的从业人员，还包括第三方的人员伤亡和财产损失，以及相关救援救护、事故鉴定、法律诉讼等费用。充分发挥保险机构参与安全生产风险评估管控和事故预防功能，有利于保障投保企业及有关人员合法权益，助推企业落实安全生产主体责任。新《安全生产法》法律责任条款也相应地增加了对未按照国家规定投保安全生产责任保险的违法行为的处罚条款，责令限期改正，并处5万元以上10万元以下的罚款；逾期未改正的处10万元以上20万元以下的罚款，并责令停产停业整顿直至其投保安全生产责任保险。

六是从严要求配备注册安全工程师从事安全生产管理工作。本次修改第27条强调从严要求配备注册安全工程师从事安全生产管理工作，危险物品的生产、储存、装卸单位以及矿山、金属冶炼单位应当有注册安全工程师从事安全生产管理工作，鼓励其他生产经营单位聘用注册安全工程师从事安全生产管理工作。如未按照规定配备注册安全工程师的生产经营单位，将承担责令限期改正、责令停产停业整顿、对单位及直接负责的主管人员和其他直接责任人员罚款的法律责任。

七是新增不得关闭破坏生产安全设备设施和篡改、隐瞒、销毁数据信息的规定。此次修改第36条新增生产经营单位不得关闭、破坏直接关系生产安全的监控、报警、防护、救生设备、设施和篡改、隐瞒、销毁其相关数据、信息的规定，否则，不仅要承担第99条规定的责令限期改正、责令停产停业整顿、罚款的行政责任；构成犯罪的，依照刑法修正案（十一）的有关规定还应追究刑事责任。

八是加大对从业人员的人文关怀。此次修法加大对从业人员的人文关怀，有效防范类似生产安全事故的发生，第44条规定生产经营单位应当关注从业人员的身体、心理状况和行为习惯，加强对从业人员的心理疏导、精神慰藉，严格落实岗位安全生产责任，防范从业人员行为异常导致事故发生。

九是加大安全生产违法行为处罚力度。值得关注的是，此次《安全生产法》修改对安全生产领域“屡禁不止、屡罚不改”的问题作出一系列有针对性的规定，加大对违法行为的处罚力度，就是要对违法行为真正起到强大的震慑作用，让生产经营单位不敢违法、不能违法，从根本上消除隐患、解决问题。

首先，罚款金额更高。这次修改普遍提高了对违法行为的罚款数额，就公众关注的安全生产事故罚款，由现行《安全生产法》规定的20万元至2000万元，提高至30万元至1亿元。也就是说，对特别重大事故的罚款，新《安全生产法》规定最高可以处以1亿元的罚款。对单位主要负责人的安全生产事故罚款数额由年收入的30%至80%，提高至40%至100%。

其次，处罚方式更严。比如，对生产经营单位未采取措施消除事故隐患的，由现行《安全生产法》规定的先责令整改，拒不整改再责令停产停业整顿并处罚款，修改为违法行为一经发现即责令整改并处罚款，拒不整改的，责令停产停业整顿，并可以按日连续计罚，拒不停产整顿的，提请地方人民政府予以关闭。

按日连续处罚制度，系安全生产领域的一项全新制度，借鉴了《环境保护法》的相关规定的，即按照违法行为拒不改正的天数累计每天的处罚额度，违法时间越长，罚款数额越高，使“罚无上限”。对于违法企业来说，无疑是一把高悬的利剑，有效解决守法成本高，违法成本低的问题，达到督促违法行为及时改正的目的。

再次，惩戒力度更大。加大了对违法失信行为的联合惩戒和公开力度，增加了加大执法频次、暂停项目审批、上调有关保险费率、行业或者职业禁入等联合惩戒措施。通过联合惩戒，有效打击震慑违法企业，保障守法企业合法权益。

建筑企业适应新修改的《安全生产法》应采取的措施

新《安全生产法》的公布实施，标志我国安全生产法制建设又迈向了一个新的台阶。建筑安全生产工作是全国安全生产工作的重要组成部分。今后，面对更加严格、精准、规范的行政执法，各建筑企业应制定有效的应对措施，积极落实主体责任、谋求安全发展，以适应《安全生产法》修改后带来的系列变化。

1. 树牢安全发展理念

坚决贯彻落实习近平总书记关于安全生产重要指示精神，深入贯彻落实省委、省政府部署要求，统筹发展和安全，坚持“人民至上、生命至上”的安全发展理念，把安全生产放在更加突出的位置，树牢安全生产红线意识和底线思维，压实各方责任，抓实抓细各项工作，不断提升安全生产管理水平。

2. 多措并举学习宣传新《安全生产法》

法律的生命在于实施。当前，各建筑企业要深入做好新《安全生产法》的学习宣传贯彻工作。一要开展系列宣传活动，通过“学、讲、赛、宣”等多种形式，广泛宣传新《安全生产法》的新规定、新要求，进一步增强从业人员的安全生产法制观念和守法意识。二要组织开展对主要负责人、分管安全生产的负责人及从业人员的培训，提高单位守法自觉性，让全体从业人员多层面、多角度的领会新法的立法宗旨和精神实质，为更好地适用新法奠定基础。

3. 夯实安全生产基础

夯实安全生产基础，是做好安全生产管理工作的保障。因此，各建筑企业要加大投入，加强安全生产科技信息化建设，推进先进科技研发应用，尤其是提升人员的安全素质、企业的工艺装备水平，不断夯实安全生产基础。

4. 重视企业主要负责人履行安全生产管理职责

企业主要负责人是本单位的安全生产第一责任人，第一责任人是做好安全生产的关键。安全生产能不能搞好，在很大程度上取决于第一责任人对安全工作的重视程度。因此，各建筑企业要把企业主要负责人能否切实履行安全生产管理职责摆在突出位置，加以高度重视，积极督促其依照新《安全生产法》的要求和规定，认真履行七大核心安全生产工作职责，对安全生产重要任务亲自部署、重要工作亲自督导，重点环节亲自协调，对安全问题和隐患整改亲自过问，狠抓落实，确保各项安全工作落实到岗、责任落实到人。

5. 引入安全生产责任保险

建筑施工行业是八大类高危行业领域之一，属于新《安全生产法》强制实施安全生产责任保险制度的行业领域。各建筑企业应积极利用法律赋予的新手段，引入安全生产责任保险，为行业安全生产系上“安全带”，全面提高建筑施工安全生产保障水平。

综上，各建筑企业要乘势而作、主动而为，贯彻落实好新《安全生产法》，切实履行法定义务，担负起安全生产的主体责任，严格依法组织生产经营活动，切实保障从业人员的职业安全与健康，从而适应法律形势的新变化。（作者单位：江苏君远律师事务所）

政府采购法（修订草案征求意见稿）工程项目相关条文新旧变化对比

□魏志强 杨柳

2020年12月4日，为贯彻落实《深化政府采购制度改革方案》有关要求，完善政府采购法律制度，财政部研究起草了《中华人民共和国政府采购法（修订草案征求意见稿）》（以下简称：征求意见稿）并向社会公开征求意见。此次《征求意见稿》相较现行的2014年修正版，内容共分为十章，由88条增至146条，除总则和附则外，分章对政府采购参加人、政府采购政策、政府采购需求管理、政府采购方式与程序、政府采购合同、争议处理、监督检查、法律责任作了规定。本文将特别针对工程项目相关的修订，以表格的形式直观展现条文对比，并对修订部分作出简要解读。其中，《征求意见稿》粗体加下划线的文字部分是有区别的修订。

征求意见稿第二条删除了现行法中第二条“有偿”、“雇佣”，吸收了最新的实践经验，为政府与社会资本合作及国有企业使用公共资源进行公益性采购提供法律依据，解决长期法律适用的分歧。此次《征求意见稿》明显扩大政府采购法的主体并拓展了包括工程采购在内的适用范围，为未来加入《政府采购协议》（GPA）铺垫。

征求意见稿取消之前由省级以上人民政府确定公布集中采购目录，改由国务院统一制定集中采购目录，同时政府采购实行限额标准管理制度，限额标准为国务院确定公布，不再区分中央预算与地方预算。政府采购标准将从各地不一变成全国统一标准，这与工程项目的强制招标范围和规模标准统一由国务院批准的集中管理模式相契合，跨省竞争将更加公平公正、公开透明。

潜在的供应商亦为供应商，工程项目供应商的解释将被扩大。其实，从细微的文字修订到章节大幅修改，此次《征求意见稿》的修订明显感受到供应商资格条件得到简化，而政府采购主体地位、适用范围、政策功能、需求管理、采购方式和程序、合同制度、法律责任等方方面面得到极大的完善与发展，具体而实际的条文使得政府采购的操作性、适用性、指导性显著加强。

征求意见稿增加了批量集中采购的方式，除非有特殊要求，工程项目也可适用，遵循讲求绩效原则，大大提高采购效益。

内部控制管理属于第四章“政府采购需求管理”（全新增加章节，共9条），是政府采购的核心所在，贯穿始终，此次明确并细化了对采购人内部需求管理的法律依据，着重加强政府采购需求管理。而对于政府发包的工程项目，承包方的成本控制、施工进度、工程质量、管理水平等各方面要求显著提高，或导致工程行业迎来新一轮洗牌。

从竞争的角度将采购分为公开竞争和有限竞争，征求意见稿规定了三类有限竞争并明确了受基础设施限制，只能从有限范围的供应商处采购的工程项目，是可以采用有限竞争的三种适用情形之一。

征求意见稿规定了简单的工程可以采用询价的方式采购，同样遵循讲求绩效的原则，提高了采购效益。

征求意见稿规定了影响施工或者功能配套要求需要向原供应商采购的工程，可以适用单一来源采购，但应当在采购活动开始前获得同级政府采购监督管理部门的批准。单一来源的适用情形的规定使得在供应商较少的情况下，如供应商少于3家，政府采购仍然可以顺利进行。

征求意见稿鼓励根据合同的标的和绩效目的采用多样化的合同定价方式，除了工程项目常见的按照固定总价或者固定单价签订合同，付款与合同履行进度挂钩及成本补偿之外，创新性提出了“绩效激励”定价，按照质量、满意度或者资金节约率等支付合同价款。同时规定了政府与社会资本合作合同的具体内容。

征求意见稿增加履约验收的专门章节，明确工程项目应当由采购人委托国家认可的质量检测机构检验，是工程项目的验收工作必不可少的环节，修正了过去只重程序、而轻责任的做法，对严格政府采购合同履行管理意义重大。

作者单位：北京市中伦律师事务所

第九十四条

【合同定价方式】政府采购合同根据合同的标的和绩效目标，可以采取以下合同定价方式：

（一）固定价格。对于采购成本可以准确估算的情形，合同当事人可以按照固定总价或者固定单价签订合同，付款与合同履行进度挂钩。

（二）成本补偿。对于履约过程中因存在不确定性而无法准确估算采购成本的情形，合同当事人可以按照固定酬金加上供应商履约过程中产生的可列支成本确定合同价格，但不得超过合同规定的最高限价。

（三）绩效激励。对于技术创新、节约资源和提前交付能够更好实现经济效益的情形，合同当事人可以将合同价款的支付与供应商履约行为挂钩，依据供应商提供的货物、工程和服务质量、满意度或者资金节约率等支付合同价款。

第九十五条

【政府和社会资本合作合同】政府和社会资本合作合同应当由政府授权的项目实施机构与社会资本方或其设立的项目公司签订。

合同的主要内容应当包括合作范围与服务内容、当事人各方的承诺与保证、交付及考核标准、绩效指标、对价与支付、补贴、运营及服务标准、政府提供支持与便利、公共利益与普遍服务义务、防止垄断的限制、信息披露机制、临时接管、直接介入、终止及补偿等。

第二十一条

供应商是指向采购人提供货物、工程或者服务的法人、其他组织或者自然人。

第十八条

【供应商】供应商是指参加政府采购活动，有意愿向采购人提供货物、工程或者服务的法人、非法人组织或者自然人。

第三十二条

采购的货物规格、标准统一、现货货源充足且价格变化幅度小的政府采购项目，可以依照本法采用询价方式采购。

第七十五条

【询价的适用情形】符合下列情形之一的，可以采用询价方式采购：

- （一）货源充足的现货；
- （二）规格、标准统一的货物；
- （三）简单的服务和工程。

第三十一条

符合下列情形之一的货物或者服务，可以依照本法采用单一来源方式采购：

- （一）只能从唯一供应商处采购的；
- （二）发生了不可预见的紧急情况不能从其他供应商处采购的；
- （三）必须保证原有采购项目一致性或者服务配套的要求，需要继续从原供应商处添购，且添购资金总额不超过原合同采购金额百分之十的。

第八十一条

【单一来源的适用情形】符合下列情形之一的，可以采用单一来源方式采购：

- （一）公开竞争后没有供应商参与竞标或者没有合格标，以及竞标供应商或者合格标只有一家的；
- （二）发生了不可预见的紧急情况不能从其他供应商处采购的；
- （三）需要委托特定领域具有领先地位的机构或者自然人提供服务的；
- （四）采购艺术作品或者邀请具有特定专业素养、特定资质的文化、艺术专业人士、机构表演或者参与文化活动的；
- （五）采购原型、首项货物或者服务；
- （六）因清算、破产或者拍卖等，仅在短时间内出现的特别有利条件下的采购；
- （七）必须采用不可替代的专利、专有技术的；
- （八）公共服务项目具有特殊要求，只能从唯一供应商处采购的；

（九）必须保证原有采购项目一致性或者服务配套的要求，需要继续从原供应商处添购，或者需要向原供应商采购工程，否则将影响施工或者功能配套要求；

（十）其他依法只能从唯一供应商处采购的。

适用前款第（一）项情形的，对原招标文件、竞争性谈判文件、询价通知书、征集文件的要求不得作实质性修改。适用前款第（三）至（十）项情形的，采购人应当在采购活动开始前获得同级政府采购监督管理部门的批准。

中华人民共和国政府采购法（2014 修正）中华人民共和国政府采购法（2020 修订草案征求意见稿） 第二条

在中华人民共和国境内进行的政府采购适用本法。

本法所称政府采购，是指各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。

政府集中采购目录和采购限额标准依照本法规定的权限制定。

本法所称采购，是指以合同方式有偿取得货物、工程和服务的行为，包括购买、租赁、委托、雇用等。

本法所称货物，是指各种形态和种类的物品，包括原材料、燃料、设备、产品等。

本法所称工程，是指建设工程，包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建、装修、拆除、修缮等。

本法所称服务，是指除货物和工程以外的其他政府采购对象。

第二条

【适用范围和定义】在中华人民共和国境内进行的政府采购适用本法。

本法所称政府采购，是指各级国家机关、事业单位、团体组织和其他采购实体，为了实现政务活动和公共服务的目的，使用财政性资金或者其他公共资源，以合同方式取得货物、工程和服务的行为，包括购买、租赁、委托、政府和社会资本合作等。

本法所称货物，是指各种形态和种类的物品，包括原材料、燃料、设备、产品等。

本法所称工程，是指建设工程，包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建、装修、拆除、修缮等。

本法所称服务，是指除货物和工程以外的其他政府采购对象，包括政府自身需要的服务和政府向社会公众提供的公共服务。

第十七条

集中采购机构进行政府采购活动，应当符合采购价格低于市场平均价格、采购效率更高、采购质量优良和服务良好的要求。

第二十三条

【集中采购机构的工作要求】集中采购机构进行政府采购活动，应当符合采购价格低于市场平均价格、采购效率更高、采购质量优良和服务良好的要求。

对于适合实行批量集中采购的集中采购项目，应当实行批量集中采购，但紧急的小额零星货物项目和有特殊要求的服务、工程项目除外。

第四十一条

采购人或者其委托的采购代理机构应当组织对供应商履约的验收。大型或者复杂的政府采购项目，应当邀请国家认可的质量检测机构参加验收工作。验收方成员应当在验收书上签字，并承担相应的法律责任。

第一百零四条

【分类验收】采购人应当组织对供应商履约的验收，通用的货物和服务由采购人组织本单位验收人员自行验收。

工程项目、大型或者复杂的货物和服务项目，以及特种设备，采购人应当委托国家认可的质量检测机构检验。

政府和社会资本合作项目，采购人可以委托第三方专业机构验收。

第四十条

【内部控制管理】采购人应当建立健全货物、工程和服务采购的内部控制制度，加强采购计划审核，提高内部控制管理水平。

第七条

政府采购实行集中采购和分散采购相结合。集中采购的范围由省级以上人民政府公布的集中采购目录确定。

属于中央预算的政府采购项目，其集中采购目录由国务院确定并公布；属于地方预算的政府采购项目，其集中采购目录由省、自治区、直辖市人民政府或者其授权的机构确定并公布。

纳入集中采购目录的政府采购项目，应当实行集中采购。

第八条

政府采购限额标准，属于中央预算的政府采购项目，由国务院确定并公布；属于地方预算的政府采购项目，由省、自治区、直辖市人民政府或者其授权的机构确定并公布。

第六条

【政府采购模式及集中采购范围的确定】政府采购实行集中采购和分散采购相结合。国务院统一制定政府采购货物、工程和服务的集中采购目录。纳入集中采购目录的政府采购项目，应当实行集中采购。

第七条

【政府采购限额标准的管理体制】政府采购实行限额标准管理制度。

对于集中采购目录以内或者政府采购限额标准以上的政府采购项目，应当按照本法规定的采购方式、程序和信息公开等要求进行采购；对于集中采购目录以外且未达到政府采购限额标准的政府采购项目，可以不执行本法关于采购方式、程序和信息公开的相关规定。

政府采购限额标准，由国务院确定并公布。

第二十七条

采购人采购货物或者服务应当采用公开招标方式的，其具体数额标准，属于中央预算的政府采购项目，由国务院规定；属于地方预算的政府采购项目，由省、自治区、直辖市人民政府规定；因特殊情况需要采用公开招标以外的采购方式的，应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门的批准。

第二十九条

符合下列情形之一的货物或者服务，可以依照本法采用邀请招标方式采购：

- （一）具有特殊性，只能从有限范围的供应商处采购的；
- （二）采用公开招标方式的费用占政府采购项目总价值的比例过大的。

第四十四条

【竞争范围】采用招标、竞争性谈判、询价和框架协议等竞争性采购方式的，应当实行公开竞争，但招标、竞争性谈判和询价采购符合下列情形之一的，可以实行有限竞争：

- （一）受基础设施、行政许可、知识产权等限制，只能从有限范围的供应商处采购的；
- （二）需要扶持的科技成果转化项目；
- （三）审查供应商的竞标文件需要较长时间或者审查竞标文件的费用占政府采购项目总价值的比例过大的。

前款所称的竞标，是指招标方式中的投标、竞争性谈判方式中的谈判响应、询价方式中的报价，以及框架协议方式中的响应征集。

《行政处罚法》修订后对建筑企业的影响

□李淑君 尹艳

2021年1月22日，十三届全国人大常委会第二十五次会议表决通过了新修订的《中华人民共和国行政处罚法》（以下简称《行政处罚法》），并于2021年7月15日起正式施行。作为行政处罚领域的基本性法律，新法的颁布施行，势必对各行各业都产生深远影响。而建筑业作为国民经济的支柱产业，在全面建设小康社会中肩负着重要的历史使命，在近年来抓好建筑市场和安全生产监管的执法浪潮下更是不断地面临着行政处罚的风险，本文笔者试从建筑企业的视角简要分析《行政处罚法》修订后对建筑企业可能产生的影响。

新增行政处罚法定种类

《行政处罚法》修订后，将现行单行法律、法规中已经明确规定，行政执法实践中常用的行政处罚种类纳入本法，第9条在原规定的基础上增加规定通报批评、降低资质等级、限制开展生产经营活动、限制从业等行政处罚种类。上述行政处罚法定种类的增加，特别是建筑行业将之前普遍适用的通报评判从行业惩戒措施增设为行政处罚的类型之一，对于建筑企业而言，影响广泛。

在建筑行业中，建设行政主管部门对因存在工资拖欠、工程质量和安全生产等方面的违法违规行为，往往会对建筑企业作出予以通报批评的自律惩戒，同时计入诚信档案，以达到公开教育警示的目的。新《行政处罚法》颁布后，通报批评已列为行政处罚种类，随着建设工程领域内相关法律法规的相继修订，其适用范围必将大幅扩大。

所谓通报批评是指行政主体在一定范围以公开的方式，通过陈述或列明行为人不法行为，以实现对相关人声誉、名誉等施加精神性影响，从而使其不再从事违法行为的处罚方式。

从性质上来看，新《行政处罚法》将“通报批评”与“警告”并列设计为最轻微的行政处罚，类似于书面批评教育，适用于非常轻微的行政违法行为。最为主要的原因在于，通报批评与警告同为申诫罚或声誉罚的表现形式，两者性质是一致的，都是行政机关通过对行政相对人的信誉、名誉、荣誉等施加警告性或告诫性影响，试图促使相对人精神和心理上产生畏惧，从而停止违法行为的处罚方式。但从影响的广泛性而言，警告主要针对违法的行政相对人本人，不利告诫也主要作用于相对人，而通报批评虽然也是主要针对违法相对人，但是，其作用力不限于相对人，而是扩展至相对人的一定活动区域，一般为在其所属单位或所属领域进行通报批评。可见，相较于警告，通报批评对相对人的不利影响更大。

一般来说，建筑企业如被通报评判，不良行为同时会记入诚信档案，列入“黑名单”，“一处失信、处处受限”，对今后的招投标、融资、行政许可等各项工作都会造成不同程度的影响。随着我国企业信用信息公示制度以及执法信息公示制度的进一步完善，将来如建设行政主管部门对建筑企业以通报批评方式予以处罚，对建筑企业所产生的隐性后果是不可忽视的。因此，各建筑企业应严格组织开展工程安全、质量、文明施工自我监督检查，对检查中发现安全、质量、文明施工、管理不到位等情形应积极整改，以免遭受通报批评，影响企业的声誉、名誉及荣誉以及持续稳定发展。

规范“非现场执法”方式

“非现场执法”是指行政机关运用现代信息系统，通过监控、摄像、录像等技术手段，在执法人员不直接接触行政相对人的情况下，采集、记录其违法证据，进而对其作出行政处罚的执法方式。

《行政处罚法》修订后，非现场执法方式的合法性在法律层面得以确认。出于保护公众隐私权、禁止“钓鱼执法”“执法陷阱”等非正当执法方式的考虑，新《行政处罚法》对设备设置要求、证据采信、救济途径等均进行了严格规范，以此平衡社会公共利益与公民个人利益。“非现场执法”原起始于道路交通管理领域，随着新《行政处罚法》的实施，因其具有提高执法的精准性、有效性，提升执法效率、缓解现场执法过程中取证难困境等优势，将会在我国诸多领域得以推行。

建设工程项目的施工过程中往往伴随着参与人员众多、建设时间跨度大、施工流程复杂等特点，行政机关的检查频次、覆盖面相对有限，执法难度高，执法人员很难做到全过程、无间断监管，传统的现场执法方式已经无法满足行政执法的实际需要。为了提高执法效率、扩大执法范围、缓解执法压力，非现场执法方式无疑会在建筑领域广泛应用，辅助行政执法。其作用如同一把双刃剑，一方面可以极大程度上压缩行政机关的执法裁量空间，另一方面对于建筑企业也是不小的挑战，在行政机关电子技术监控设备的全程“注视”下，建筑企业更加需要严格按照法律法规和相关规定开展建设工程活动，同时树立自律意识，诚实守信，加强管理，共同维护建筑市场良好秩序。

修改行政处罚时效制度

现行《行政处罚法》关于行政处罚时效的规定是：违法行为在二年内未被发现的，不再给予行政处罚。法律另有规定的除外。前款规定的期限，从违法行为发生之日起计算；违法行为有连续或者继续状态的，从行为终了之日起计算。这一规定在实施中存在的主要问题是违法行为不加区分，无论违法行为的性质

和危害性如何，都是二年时效，导致对某些严重的违法行为因为时效已过而不能处罚，不利于打击违法现象。

新《行政处罚法》第三十六条对行政处罚的时效制度进行了完善，明确：违法行为在二年内未被发现的，不再给予行政处罚；涉及公民生命健康安全、金融安全且有危害后果的，上述期限延长至五年。法律另有规定的除外。也就是说根据新《行政处罚法》，行政处罚的时效一般是二年，但如果违法行为涉及公民生命健康、金融安全且有危害后果的，行政处罚的时效可以延长到五年，

毋庸置疑的是，建筑行业中的违法行为涉及公民生命健康安全且有危害后果，其行政处罚追责期限将延长至五年。这一变化预示着我国将进一步加强了对危害公民生命健康安全违法行为的监管力度，同时更向建筑行业敲响警钟，要求所有建筑企业必须清醒认识到，作为与公众生命健康安全息息相关的重点行业，更应当防范及杜绝每一次可能发生的违法行为，对行政处罚不能心存侥幸，严格依法依规从业。

明确没收违法所得的计算方式

“没收违法所得”是行政处罚中财产罚的一种，是指行政机关依法将行为人通过违法行为获得的财产收归国有的处罚形式，对违法所得的没收本质上是一种追缴，而不是违法行为人因实施违法行为所付出的代价。但从现行的法律、行政法规的规定来看，对违法所得如何计算均没有一个具体的标准。

对此，新《行政处罚法》予以了明确，该法第 28 条规定：当事人有违法所得，除依法应当退赔的外，应当予以没收。违法所得是指实施违法行为所取得的款项。法律、行政法规、部门规章对违法所得的计算另有规定的，从其规定。这一规定明确了以下几点：

1. 违法所得不是违法行为人获得的收益，而是实施违法行为所取得的款项，原则上不需要核减其成本支出。
2. 法律、行政法规和部门规章可以对违法所得的计算另行规定。
3. 有违法所得的，除依法应当退赔的外，均应当予以没收。据此，没收违法所得与责令当事人改正或者限期改正违法行为一样，成为实施行政处罚时应当同步考虑的。

简言之，在计算违法所得时，以违法行为人所取得的所有款项计算，而无需考虑行为人在实施违法行为付出的合理成本等因素，不让违法违规者从违法违规行为中获得利益。从某种意义上来说，该条规定进一步方便了行政执法，也减少了行政监管过程中的争议。

建筑领域中，执法部门在查处建筑市场违法行为，特别是查处违法转包、分包、借用资质等违法行为时，需要按照《中华人民共和国建筑法》和《建设工程质量管理条例》有关规定，没收有关违法主体的“违法所得”，但同样根据现有法律法规及相关司法解释的规定，对于“违法所得”的认定及界定亦缺乏明确的认定标准。

《行政处罚法》修订后，一般情况下，执法人员在计算建筑违法所得时，无需再考虑行为人在实施违法行为付出的人工费、材料费、机械设备费等合理成本因素，当然法律、行政法规、部门规章如对违法所得的计算另有规定的，从其规定。对于建筑企业来说，无疑切实增加了建筑市场违法违规成本。因此，各建筑企业应努力做到敬畏市场、敬畏法治、敬畏风险，需要重新审视一下自己的行为，掂量一下违法违规与处罚的分量，评估一下利益与风险的关系。

引入“首违不罚”制度

在行政实践中，“首违不罚”并不是一个新鲜词。一些行政执法领域早有尝试和探索。湖南、深圳等地早在多年前就开展交通违法行为首违不罚探索。2020年8月，上海、江苏、浙江、安徽等长三角税务部门则联合出台了《长江三角洲区域税务轻微违法行为“首违不罚”清单》。

新《行政处罚法》首次从法律的角度对“首违不罚”制度作出明确规定。该法第33条规定“初次违法且危害后果轻微并及时改正的，可以不予行政处罚。”从相关领域实践看，后续国家或者地方极有可能出台类似的“首违不罚”清单，且依据相关的具体操作细则对“首违不罚”起点如何界定、起算期限等问题进行细化，这意味着“首违不罚”即将在建筑领域推广。

因此，各建筑企业应关注“首违不罚”的适用条件，不仅仅是“首违”即可，需要同时满足“危害后果轻微并及时改正”的要求。值得注意的是，“首违不罚”是与“轻微不处罚”有明显区分的。在“轻微不处罚”中，要求“没有造成危害后果”。而在“首违不罚”中，则允许“危害后果”的存在，只不过“危害后果”应当是轻微的，并且得到了“及时改正”。一旦出现违法行为，如符合上述“首违不罚”的适用条件，建筑企业应注意固定好相关证据，及时行使陈述和申辩的权利。

综上，作为行政处罚领域的“母法”，新《行政处罚法》给行政监管，特别是行政处罚提出了一系列新要求。对于建筑企业而言，要及时适应此类新变化，加强内部监管，切实做到依法从业，从而避免行政处罚。

作者单位：江苏君远律师事务所

第十部分 法院观点

最高院民一庭关于建工类案件 11 个问题的实务解答（上）

【实务问题 1】

承发包双方签订的建设工程施工合同因违反招标投标法规定而无效，合同履行过程中双方达成的结算工程价款补充协议是否必然无效？

甲乙双方未经法定招标投标程序签订《建设工程施工合同》约定乙公司承建涉案工程，甲公司未按约支付进度款，合同履行过程中，双方签订《补充协议》，载明乙公司完成工程量价款 2000 万元，甲公司应于 3 个月内支付价款并支付利息至实际支付价款之日。后甲公司未支付款项导致本案诉讼。甲公司抗辩因主合同无效，补充协议也应无效。

有一种观点认为，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：（1）承包人未取得建筑业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。因为承发包双方签订的《建设工程施工合同》因违反招标投标法律的强制性规定而无效，当事人在施工合同履行过程中作为主合同的补充协议当然无效。

我们认为，应该综合分析协议内容所反映出来的当事人之间权利义务关系性质及与施工合同之间的法律关系，并不应以是否冠以“补充协议”称谓而简单认定二者主从关系。

如果协议内容属于承发包双方对既存债权债务关系清理，则具有独立性，根据为《民法典》第五百六十七条的规定“合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。”且从诚实信用原则出发，不当扩大合同无效后果边界亦易导致当事人利益失衡。因此，《补充协议》不因《建设工程施工合同》无效而必然无效。

【实务问题 2】

建设施工合同的发包方能否以承包方未开具发票作为拒绝支付工程款的先履行抗辩的事由？

我国《民法典》第五百二十六条对先履行抗辩权的规定为：“当事人互负债务，有先后履行顺序，应当先履行债务一方未履行的后履行一方有权拒绝其履行请求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行请求。”先履行抗辩权，是指依照合同约定或法律规定负有先履行义务的一方当事人，届期未履行义务或者履行义务严重不符合约定条件时，相对方为保护自己的期限利益或为保证自己履行合同的条件而中止履行合同的权利。先履行抗辩权本质上是对违约的抗辩，在这个意义上，先履行抗辩权可以成为违约救济权。

审判实务中，发包方通常以承包方未开具发票作为拒付工程款的抗辩事由。建设施工合同作为一种双务合同，依据其合同的本质，合同抗辩的范围仅限于对价义务，也就是说，一方不履行对价义务的，相对方才享有抗辩权。支付工程款义务与开具发票义务是两种不同性质的义务，前者是合同的主要义务，后者并非合同的主要义务，二者不具有对等关系。

只有对等关系的义务才存在先履行抗辩权的适用条件。如果不是对等关系的义务,就不能适用先履行抗辩权。《民法典》第四百九十条第二款规定,法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同,当事人未采用书面形式,但一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。第五百六十三条第一款第三项还规定,“当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行”,当事人可以解除合同。《民法典》这些规定中都提及了“主要义务”“主要债务”的概念,所谓主要义务,一教是指根据合同性质决定的直接影响合同的成立及当事人订约目的的义务。例如,在买卖合同中,主要义务是一方交付标的物,另一方支付价款。合同中主要义务的特点在于,主要义务与合同的成或当事人的缔约目的紧密相连,对主要义务的不履行将会导致债权人订立合同目的无法实现,债务人的违约行为会构成根本违约,债权人有权解除合同;在双务合同中如果一方不履行其依据合同所负有的主要义务,另一方有权行使抗辩权。《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。”由此可知,建设工程施工合同中的主要义务就是一方完成合同项下的建设工程,另一方依约支付工程款项。而开具发票的义务显然不属于建设工程施工合同中的主要义务,一方当事人违反该义务并不构成根本违约,另一方当事人不能仅仅因为未及时出具相应发票而主张解除合同,也不能仅因此行使先履行抗辩权。

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

【实务问题 3】

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

实践中,因设计变更、进度计划变更、施工条件变更或者发包方提出“新增工程”等工程变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化的情况非常普遍。此时,如果发包人和承包人就如何结算工程价款达不成一致,根据最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第十九条第二款的规定,“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。”注意此处的用词是“可以”而非“应当”。依据《解释(一)》第十九条第一款的规定,“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。”

由此可知,建设工程结算工程款的基本原则是尊重当事人之间的约定,只要合同对工程增加如何结算的约定是明确的、具体的,根据增减工程的性质、标准可以适用原合同约定的计价方法和计价标准结算工程款,并不会因此而导致当事人之间利益的显失公平,那么,原则上仍应参照合同约定结算工程价款。而在因增减工程的性质、标准不宜适用原合同约定的计价方法和计价标准结算工程款,或者原合同约定不明无法适用的情况下,则可根据《解释(一)》第十九条第二款的规定,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。

【实务问题 4】

工程造价鉴定取费标准变化时,是否仍按原约定下浮率对工程造价鉴定结果进行下浮?

天娱公司(甲方)与飞翔公司(乙方)签订《建设工程合同》约定由飞翔公司垫资承建天娱公司所开发的房地产项目;同时约定,案涉工程取费标准为按二类工程取费,按不含税总造价(安装主材除外)对商铺、住宅分别下浮 2.29%和 1.44%。后因工程款给付问题,飞翔公司将天娱公司诉至法院。经查,鉴定机构对案涉工程进行鉴定时并未采用合同约定的二类工程取费标准,而是采用当地最新实施的建筑工程综合定额标准。

庭审中，双方对工程造价鉴定结果是否下浮问题发生争议。飞翔公司认为鉴定机构鉴定时的取费标准已与原合同的约定不符，故不对鉴定结果再按约定下浮，该观点能否得到支持？

关于案涉工程款是否计算下浮率的问题。根据双方签订的《建筑工程合同》约定，案涉工程取费标准为按二类工程取费，按不含税总造价(安装主材除外)下浮 2.29% (商铺)和 1.44% (住宅)。一般而言，工程取费标准越高，工程款结算金额就越多，施工方最终可得利益也就越大。因此，在建设工程施工合同法律关系中，施工方往往倾向约定较高的取费标准。对此，建设方则通过与施工方约定一个工程价款的下浮率来降低应付工程款的数额。

可见，在同一份建设工程施工合同中，下浮率多少与取费标准高低直接相关。一般来说，取费标准越高，下浮率就越高。而案涉工程造价鉴定是按新施行的建筑工程综合定额取费，而没有按合同约定的二类工程取费。从本案情况来看，与二类工程取费相比，按照建筑工程综合定额取费，工程造价已经大幅下降，故不存在让利的问题。由于下浮率与工程取费标准直接相关，如果改变二类工程取费的标准，则之前约定的下浮率就失去了计价基础。进而，原合同中关于下浮率的约定已不再适用。

另外，建设工程造价下浮率的确定，需要施工方明确表示同意。对建设方而言，下浮率意味着施工方在工程造价基础上少收建设方一定比例的工程款。既然按下浮率计算工程款将使施工方可得收入减少，那么工程款是否下浮以及下浮多少比例都因与施工方切身利益相关而必须经施工方明确同意。此外，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)》第二条第一款，当事人对于工程范围、建设工期、工程质量、工程价款的约定属于建设工程施工合同的实质性内容，而工程造价下浮率关系到工程价款的结算，也属于合同的实质性内容。在案涉工程造价鉴定不按照二类工程标准取费后，原合同中约定的下浮率已失去计价基础。此时，如果还要对工程造价进行下浮，则应由当事人另行约定下浮率标准且该标准须取得各方一致同意。(最高院)

最高院民一庭关于建工类案件 11 个问题的实务解答(下)

【实务问题 5】

经建设单位聘用的监理工程师签认的工程量月报表，能否直接作为工程结算依据？

委托监理合同是指发包人将工程建设的一部分管理权限授予监理单位，监理单位根据发包人的授权开展工作。《民法典》第七百九十六条规定：“建设工程实行监理的，发包人应当与监理人采用书面形式订立委托监理合同。发包人与监理人的权利和义务以及法律责任，应当依照本编委托合同以及其他有关法律、行政法规的规定。” 监理的法律特征与委托代理相似，但还具有区别于委托代理的法律特征。具体地讲，监理人与发包人之间是平等关系，是特殊的委托合同。其“特殊”在于监理，不仅要为发包人提供监理服务，维护发包人的合法权益，而且还有责任维护承包人的合法权益。关于监理单位的法律性质和定位《建设工程委托监理合同(示范文本)》(已失效)第二部分“标准条件”第十九条规定，在委托的工程范围内，委托人或者承包人对对方的任何意见和要求(包括索赔要求)，均应当首先向监理机构提出，由监理机构研究处置意见，再同双方协商确定。当委托人和承包人发生争议时，监理机构应当根据自己的职能，以独立身份判断，公正地进行调解。

应当讲，监理单位在发包人与承包人之间起到了维系公平交易、等价交换的制衡作用，不能将其单纯视为发包人的利益代表。与之相符，《建筑法》第三十四条第二款、第三款规定：“工程监理单位应当根据建设单位的委托，客观、公正地执行监理任务。工程监理单位与被监理工程的承包单位以及建筑材料、建筑构配件和设备供应单位不得有隶属关系或者其他利害关系。” 监理工程师签认工程量月报表的行为，可否推定为建设单位认可？就一般情况而言，监理工程师签认的工程量月报表属于书证，具备民事诉讼法意义

上的证据效力，但不发生签证效力。首先，按照《建筑法》第三十二条，《建设工程质量管理条例》第三十六条、第三十七条、第三十八条，《建设工程安全生产管理条例》第十四条等规定，监理工程师不具备签认工程决算月报表的法定职责。其次，须审核监理合同约定内容。

如监理合同约定监理工程师具备签署工程月报表职责，此约定对承包人并不发生效力；只有施工合同中有此约定，才对承包人发生签证效力。建筑市场上，在施工合同中签有此约定的情况基本不存在。

最后，看交易惯例。施工过程中，监理工程师具有签认施工月报表的工作惯例。对签认的结果，各方当事人未提出异议，唯独对一份或几份签认结果不认可，肯定此签认行为构成了表见代理行为，肯定监理工程师对施工月报表的签认效力。除上述情况外，监理工程师对施工月报表的签认行为，不发生签证效力。

【实务问题 6】

同一建设工程存在“黑白合同”的情形下，在判断工程价款结算根据时，是否需要考虑“白合同”的效力？

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）》（以下简称《解释（一）》）第二条第一款规定：“招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，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。”此条通常被称为有关“黑白合同”的规定，其中，中标合同被称为“白合同”，另行签订的合同被称为“黑合同”。

依据该条规定，“黑合同”与“白合同”实质性内容不一致的，应当以“白合同”作为结算工程价款的根据，这是因为《招标投标法》第四十六条规定“……招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议……”，第五十九条规定“……招标人、中标人订立背离合同实质性内容的协议的，责令改正……”，“黑合同”的签订违反上述法律规定，自然不能作为结算根据。与之相符，《解释（一）》第二条第二款规定：“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。”第二十三条规定：“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。”上述规定均体现相同的立法思路。应当注意的是，以“白合同”作为结算工程价款的根据，隐含的前提是“白合同”即中标合同应当有效，因为只有有效合同才能直接作为结算根据。

在“白合同”无效的情形下，如何认定结算根据？根据最高人民法院《解释（一）》第二十四条规定，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。

【实务问题 7】

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

实务中，当事人通过补充合同以变更建设工程施工合同中纠纷解决方式的现象较为常见。我们认为，通过补充合同变更主合同的纠纷解决方式的约定是有效的。

在建设工程领域，当事人往往就同一建设工程项目签订“黑白合同”以达到逃避各级建设主管部门监管、不缴或者少缴税款、在建设工程招标投标中取得竞争优势等不正当目的。《招标投标法》第四十五条第二款规定：“中标通知书对招标人和中标人具有法律效力。中标通知书发出后，招标人改变中标结果的，或者中标人放弃中标项目的，应当依法承担法律责任。”因此，中标合同不应再进行实质性内容的变更。而何为“实质性变更”？最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第二条第一款规定：“招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，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。”

由此可知，建设工程的工程范围、建设工期、工程质量和工程价款等内容属于建设工程合同的实质性内容，而纠纷解决方式的变更并非内容的实质性变更。此外，《民法典》第五百四十三条规定：“当事人协商一致，可以变更合同。”

因此可知，当事人另行签订补充合同以变更纠纷解决方式属于当事人意思自治的范畴，该变更约定有效。

【实务问题 8】

发包方与承包方在招标文件中约定的工程质量标准为合格，工程中标后发包方又同中标人另行约定，如工程未拿到“鲁班奖”将不予退还履约保证金，该约定是否有效？

该约定已经构成了对中标合同实质性内容的变更，应无效。依据《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。”承包人负有按期保质完成施工任务之义务，享有按合同约定受领工程价款之权利；发包人享有按合同约定接收符合约定质量标准的建设工程产品之权利，负有按合同约定支付工程价款之义务。由此可见，于建设工程合同而言，其合同实质性内容一般包括工程价款、工程质量、工程期限等。

“鲁班奖”是全国范围内的建筑行业最高质量奖，从法律性质上讲，这种奖励所依附的标准并不属于国家强制性标准，而是行业领域所鼓励的标准。在招标投标合同已经约定为工程合格标准的情况下，发包方与承包方又另行约定必须拿到“鲁班奖”，否则就扣除履约保证金，此种承诺所赋予承包方的义务已经高于招标投标合同约定的义务，实际上已经改变了招标投标文件所约定的工程质量标准。

根据《招标投标法》第四十六条第一款“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容其他协议”的规定，上述约定应认定无效。

【实务问题 9】

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

建设工程施工合同作为双务有偿合同，支付工程价款是发包人的主要义务。发包人违反合同约定欠付工程价款，则构成违约，应承担违约责任，而当事人之间对所欠付工程价款约定支付利息往往是承担违约责任的基本方式。

最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第二十六条规定：“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。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。”该规定是针对建设工程施工合同当事人之间关于利息争议的处理，应为

当事人对欠付工程价款并没有约定违约责任承担方式时适用。如果当事人在施工合同中已经约定逾期支付工程价款所应承担的违约责任方式，则应优先适用该当事人之间的约定。

因此，如果当事人在建设工程施工合同中明确约定了发包人在承担利息之外还应赔偿损失或者承担其他违约责任，则承包人在请求发包人承担约定之违约责任的同时还请求支付相应约定利息的，应当从其约定。《民法典》第五百七十七条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”赔偿损失为承担违约责任的方式之一。

如果当事人仅就欠付工程价款约定支付违约金，而未额外约定支付欠付工程价款利息的，则此时发包人支付违约金即为承担了赔偿损失的违约责任，承包人无权请求发包人额外支付欠付工程价款利息。

【实务问题 10】

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

《民法典》第五百零七条规定：“合同不生效、无效、被撤销或者终止的，不影响合同中有关解决争议方法的条款的效力。”《仲裁法》第十九条第一款规定：“仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。”上述法律规定均充分表明，仲裁条款在民事合同中具有独立性。

工程结算后，施工合同双方对发包人欠付承包人的工程价款数额达成一致，即工程欠款数额已成为一个定数。《民法典》第五百一十条规定：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确按照合同相关条款或者交易习惯确定。”《还款协议书》是为履行施工主合同签订，体现了工程结算的结果，其性质为补充协议，是对施工主合同的补充、细化。同时，《还款协议书》是为从签约到结算的前期履约行为作了一断，对后期确认欠款数额、还款时间、还款方式等内容作出约定，《还款协议书》为主合同的补充协议，是整个合同不可分割的一部分，与主合同具有同等效力。既然因主合同发生纠纷适用约定的仲裁条款，施工主合同约定的仲裁条款也应适用于因履行《还款补充协议》发生的纠纷案件。

【实务问题 11】

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

《招标投标法》第四十三条规定：“在确定中标人前，招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判。”该规定对实现《招标投标法》的立法目的，即规范招标投标活动，保护国家利益、社会公共利益和招标投标活动当事人的合法权益，提高经济效益，保证项目质量具有重要意义。

相比较“在确定中标人前，招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判”，在进行招标投标之前就在实质上先行确定了工程承包人，是对《招标投标法》更为严重的违反。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）》第一条第一款规定：“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。”

因此，在履行法定招标投标程序前招标人与投标人签订的建设工程施工合同因违反法律、行政法规的强制性规定而无效。（最高院）

最高人民法院第三巡回法庭 建设工程合同纠纷再审审理案例分析

□余卫 曾小元

笔者借助“中国裁判文书网”“无讼案例网”“北大法宝”等案例检索平台，以最高人民法院第三巡回法庭（以下简称三巡）成立时间2016年12月28日为起点，采用交叉搜索并穷尽各种搜索方式后，截至2020年8月22日共计获得了29个三巡建设工程合同纠纷再审审理案例。其中，还包括2个针对三巡管辖范围内高级人民法院作出判决的抗诉再审案例，虽抗诉再审案件由最高人民法院审判监督庭审理，但考虑到研究的完整性和案例的同等权威性，也一并纳入研究范围。

本研习报告不追求宏大叙事和面面俱到，通过对上述29个三巡成立以来的建设工程合同纠纷再审审理案例逐一研读精习、深耕细作，透过数据、程序、实体三个面向，对三巡关于民事再审审理程序和建设工程合同纠纷领域实体法律适用问题的裁判观点进行深度呈现。

审理结果的发改率，依当事人申请再审与依检察院抗诉再审的两类案件呈极端化差异

29个再审审理案例中，27个依申请再审案例都进行了发改，依申请再审案例发改率100%；其余2个抗诉案例都予以维持，抗诉案例维持率100%。这充分表明，通过当事人申请再审渠道裁定再审的案件，发改概率极高；究其原因在于三巡再审申请由业务庭进行实质审查，再审审查和再审审理审判（查）组织一体化，凡可改的案件才可裁定再审、凡裁定再审的案件必有改的必要和空间。还表明，检察机关抗诉的案件发改难度较高，说明一方面人民法院对检察机关的个案监督认受度不高，另一方面检察机关抗诉的精准性、专业性和抗诉效果尚有很大的提升空间。

发改方式以改判为主，发改事由以事实认定错误为主

就发改方式而言，27个发改案例中，改判的案例（包括4个针对原审驳回起诉裁定、再审撤销原裁定指令一审法院继续审理的案例）25个，发回重审的案例2个，占比分别为92.59%、7.41%。就发改事由而言，单纯基于事实认定错误发改的案例为14个，单纯基于法律适用错误发改的案例为8个，同时基于事实认定错误、法律适用错误发改的案例为5个，基于程序违法发改的案例为0个。

由此可以得出如下结论，具体如下。一是案件的发改，以改判为主、发回重审为辅，表明三巡再审注重实质化、彻底化化解纠纷，对发回重审比较慎重；二是发改事由，主要包括事实认定错误和法律适用错误两个方面，进入再审审理的案件基本不可能出现程序违法的“低级错误”。而事实认定错误和法律适用错误二者之中，又偏重于事实认定错误，表明再审审理案件仍遵循“事实为王”的铁律。

最为常见的争议问题，包括工程款结算、索赔、已付款等常规工程价款争议

争议问题的类型，主要通过裁判文书载明的争议焦点问题进行识别分类。29个案例中，涉及付款主体的案例为3个；涉及工程款结算（包括结算依据、结算金额、利息计付）的案例为14个；涉及索赔（包括工期延误、质量问题、迟延交付竣工备案材料、停窝工）的案例为5个；涉及已付款的案例为8个；涉及价款优先权的案例为2个；涉及保证金返还的案例为3个；涉及驳回起诉（包括重复起诉、管辖）的案例为6个。

这表明，三巡建设工程合同纠纷再审审理案件往往直接回应当事人最核心的利益诉求，聚焦与工程价款直接相关的工程款结算、索赔、已付款等问题，这些也是建设工程合同纠纷案件中常规争议问题。

争议标的额，最大为2亿余元，平均争议标的额为2873万元

争议标的额按照二审判决确定的金额计算，如二审裁定驳回起诉的，则按一审判决确定的金额或一审诉讼请求金额计算。29 个案例中，争议标的额最大的为 207,370,207.20 元，最小的为 121,532.00 元，中位数为 7,672,053.00 元，平均争议标的额为 28,730,705.15 元。

整体来看，三巡建设工程合同纠纷再审审理案件争议标的额相对于一般民商事案件要大，这与建设工程合同纠纷案件争议金额大、利益博弈激烈的天然特点是吻合的；同时，相对于一般的建设工程合同纠纷案件要大，这是因为三巡最高层次的再审审级决定了能够进入再审程序的案件一般一审管辖法院至少为中级人民法院，自动筛选掉了小标的案件。随着审级下沉的效果逐渐突显，可以预见，进入三巡再审程序的建设工程合同纠纷案件标的额将越来越大。较大的争议标的额提升了案件的博弈激烈程度，再加上再审程序是“啃硬骨头”的，这就使得一些看似平常、细小的争议问题都得到了认真检视，从这个意义上讲，建设工程合同纠纷再审案例不失为研究三巡合同纠纷裁判规则一个不错的切入点。

再审案例原审法院地域分布，江西最多而上海最少

从三巡再审审理案例的地域分布来看，江西最多，为 11 个、占比 37.93%，上海最少，为 0 个，江苏、福建、浙江分别为 8 个、7 个、3 个，占比分别为 27.59%、24.14%、10.34%。尽管从直观上建设工程合同纠纷案件受理数量的多寡会影响到某一地区再审审理案件的多寡，但考虑到三巡再审审理的目的在于“纠错”以及再审审查的实质化，再审的“过滤”作用相当明显，再审审理案件的多寡某种意义上就是衡量一个地区裁判水准高低的重要依据。某一地区再审审理案件越多，说明该地区“错案”越多。应当说，江西在建设工程合同纠纷案件裁判一致性和公正性上尚有一定的提升空间，而上海能够实现零“错案”则实属不易。

审理周期，个案差异较大但大多数在 200 天以内

再审审理周期按裁判文书落款的裁判日期与文书载明的裁定再审日之间的日期差确定。29 个案例中，审理周期最长的为 500 天、最短的为 37 天、中位数为 178 天，平均审理周期为 200 天。从区间统计来看，审理周期在 100 天以下的为 6 个，审理周期在 100 天至 200 天的为 14 个，审理周期在 200 天至 300 天的为 3 个，审理周期在 300 天以上的为 6 个。通过上述统计数据，可以看出：因个案繁简不一，三巡案件审理周期差异较大，短则 1 月有余、长则 18 个月以上，但大多数案件审理周期在 200 天以内。总体上，由于建设工程合同纠纷一般案情复杂、证据繁杂，加之再审程序处理的往往是疑难复杂的争议问题、利益博弈激烈，三巡建设工程合同纠纷再审案件相对于一般民商事案件审理周期要长。

最高人民法院第三巡回法庭建设工程合同纠纷 再审审理案例的研习报告之程序篇

□余卫 曾小元

一、建设工程合同纠纷案件的外延，可扩及“航道、港口疏浚合同纠纷”“船坞、码头建造合同纠纷”两类案由

一般认为，建设工程合同纠纷案件外延包括《最高人民法院民事案件案由规定》（以下简称《案由规定》）第 100 点项下 9 个四级案由对应的案件。但以法律适用、裁判规则的同源性来衡量，建设工程合同纠纷案件的外延并不限于此，还包括“航道、港口疏浚合同纠纷”（《案由规定》第 215 点）“船坞、码头建造合同纠纷”（《案由规定》第 216 点）。这两类案由虽置于“海事商事纠纷”项下，但其法律适用与一般的建设工程合同纠纷案件并无实质差别。在“再审申请人广东诺厦建设集团有限公司与被申请人广东金东海集团有限公司厦门分公司、广东金东海集团有限公司、广东宏大广航工程有限公司航道、港口疏浚合同纠纷案”（案号：（2016）最高法民再 60 号）中，一、二审以及再审法院均无差别地、未作特别说明

地援引适用了《合同法》“建设工程合同”一章以及《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》的有关规定，说明至少航道、港口疏浚合同纠纷案件与传统建设工程合同纠纷案件的法律适用是“无缝对接”的。

将“航道、港口疏浚合同纠纷”“船坞、码头建造合同纠纷”两类案由对应的案件纳入建设工程合同纠纷案件，有助于拓展建设工程合同纠纷裁判规则的研究视野，延伸建设工程合同纠纷的特殊规则。唯需特别注意的是，这两类案件程序上应当适用海商法的特别规定并由海事法院专属管辖。

二、创造性地运用诉讼费偏颇性分配来处罚逾期举证行为

建设工程合同纠纷案件，因案情复杂、证据繁琐，当事人往往习惯于“挤牙膏式”的举证，逾期举证的不利后果并未引起足够重视。如放任有意无意地“挤牙膏式”举证，必将影响裁判效率，浪费司法资源，损害司法裁判的公正性和公信力，助长“证据突袭”的诉讼投机行为。民诉法及其司法解释明确规定的逾期举证处罚措施仅限于不采纳非实质性证据、训诫、罚款、赔偿必要费用。但这些处罚措施要么缺乏震慑作用，如不采纳非实质性证据、训诫对当事人难有实质性的威慑作用，要么门槛高、可操作性不强，如罚款往往只针对情形恶劣的逾期举证行为，赔偿必要费用因费用不高、举证繁琐一般也很少采用。针对传统逾期举证处罚手段存在的短板，在“再审申请人江苏广宇建设集团有限公司与被申请人江苏汇银典当有限公司、江苏国宇高科通信技术有限公司建设工程施工合同纠纷案”（案号：（2017）最高法民再246号）、“再审申请人广州富利建筑安装工程有限公司与被申请人胡水根及二审上诉人保利（江西）房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”（案号：（2017）最高法民再395号）中，三巡创造性地通过诉讼费偏颇性分配、加重逾期举证当事人的诉讼费负担，处罚逾期举证行为。

建设工程合同纠纷案件中，引入诉讼费偏颇性分配的逾期举证处罚措施具有其必要性，理由一是建设工程合同纠纷案件标的额大，诉讼费高，加重诉讼费负担处罚力度和处罚效果远超罚款；二是诉讼费属于当事人必须预交的并最终由某一方或几方当事人负担的费用，在诉讼费负担上予以倾斜，形式上并未增加额外费用，实质上却又对当事人利益有实际影响，较罚款效果好且当事人易于接受，同时对当事人按期举证也有倒逼作用；三是不用出具专门的处罚法律文书，直接在裁判文书中载明诉讼费负担结果及其简要理由，简便易行、可操作性强。

然而，《诉讼费交纳办法》第29条只是模糊规定“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。”并未规定逾期举证的一方应当承担较重的诉讼费负担，这一处罚措施可能面临无法可依的窘境。

三、再审案件中重复起诉的认定争议问题繁复，重复起诉实际上就是程序中的实体问题

虽然《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247条对重复起诉的问题进行了细化规定，但司法实践中涉及重复起诉问题的并不少见。在本文研究的29个再审案例中，竟然有3个案例是涉及重复起诉认定问题的。究其原因，在于重复起诉认定并非是一个单纯的程序问题，往往掺杂着法律关系辨析、合同文本以及前诉裁判文书解释等实体问题，重复起诉实际上就是诉讼程序中的实体问题。尽管重复起诉的争议案件中解决的只是诉权问题，法院只关注原告声称的诉请及其请求权基础，至于诉请事实依据、请求权基础是否成立则在所不问，对与本次诉讼诉请直接有关的实体问题不予审查，但并不代表这类案件中不涉及实体问题的审查。

重复起诉认定的关键难点集中于前述《民诉解释》第247条第3项中后半句“后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果”的界定，前述3个案例中的重复起诉争议问题也无一不指向这一难点问题。后诉诉讼请求与前诉裁判结果是否冲突，从表面文义表述根本不可能作出准确可信的判断，只有在对两诉的法律关系、请求权基础以及相关的文本文义进行实质辨析后方可得出有价值的结论。法律关系、请求权基础以及

文本解释，这些要素往往是一个诉讼案件的核心与“灵魂”，如此，重复起诉的问题岂有简单之理？试举一例，在“再审申请人厦门市中铁源昌置业有限公司与被申请人北京清尚建筑装饰工程有限公司装饰装修合同纠纷案”（案号：（2017）最高法民再 132 号）中，发包人向承包人支付了 344 万元的定金，约定可抵充第一期工程价款，后发包人主动提出解除承包合同，前诉中承包人诉请发包人支付扣减定金后的欠付工程款 516 万元、支付违约金 86 万元，法院判决支付违约金 86 万元，对于欠付工程款诉请以“第二期工程款付款条件未成就”为由予以驳回，后诉发包人诉请承包人返还 344 万元定金。针对后诉，二审法院认为，前诉只是认定“第二期工程款付款条件未成就”，对第一期工程款以定金抵充并无异议，定金已在前诉中冲抵第一期工程款，故后诉诉请返还定金属重复起诉。三巡再审认为，结合前诉的庭审记录，并无证据证明承包人进行了工程施工，前诉认定“第二期工程款付款条件未成就”实际上是认为承包人并未实际施工、无权主张工程款，对合同解除后 344 万元定金并未作出处理，且前诉中承包人择一主张了违约金并未主张适用定金罚则，后诉诉请返还定金不属于重复起诉。在该案例中，看似一个简单的重复起诉问题，实际上已经涉及承包人有无进行施工的事实认定问题、前诉裁判文书中“第二期工程款付款条件未成就”的文义解释问题以及合同解除后定金性质、定金违约金关系的法律适用问题。

可见，对于重复起诉的争议问题，不能就程序论程序，只有触及相关实体问题才能有效解决争议，当然实体问题应是案件周围的而非与本案诉请直接相关事实和法律问题。

四、再审案件因程序嵌套容易出现程序冗长、案件久拖不决的弊病

再审程序属于“第三审程序”，再审案件经历的审理程序本身足够复杂，但在现行民诉法设定的程序框架内，如果以获得终局实体处理结果作为某一案件流转最终时间节点，程序嵌套的再审案件审理程序的复杂程度远超想象。这主要有两种情况。

一是嵌套了诉权争议问题的案件。关于诉权争议再审案件的审理流程，一种是一审裁定驳回起诉、二审维持原裁定，另一种是一审判决、二审裁定驳回起诉。针对前一种模式，再审也只能解决诉权争议问题，最多只能撤销二审裁定、指令一审法院继续审理，案件还需再经历又一次完整的一、二审程序；针对后一种模式，再审可撤销二审裁定直接作出判决，案件审理程序有望如正常无诉权争议的案件一样得以简化。可见，在嵌套诉权争议问题的再审案件中，决定案件审理程序繁简的源头在一审法院，如一审法院裁定驳回起诉，则案件审理程序必然繁复，反之则否。

二是嵌套了指令再审、发回重审的案件。这类案件相对于嵌套了诉权争议问题的案件，审理程序更为冗长。典型者如“再审申请人顺吉集团有限公司与被申请人余永生、一审被告吴祥江建设工程施工合同纠纷案”（案号：（2019）最高法民再 115 号），该案历经的审理程序包括“中院一审—高院二审—最高院指令二审法院再审—高院再审发回重审—中院重审一审—高院重审二审—三巡再审”，共计 7 个审理程序，案件起诉日为 2009 年 9 月，三巡再审判决作出日为 2019 年 6 月，案件耗时 9 年 9 个月。当然，该案在第一次高院二审中发回重审，则审理程序链条将增加“高院二审发回重审—中院重审一审—高院重审二审”的环节，但高院在再审中只能自行审理，不得在再审程序发回中院重审。再假设该案在三巡再审后被提起抗诉，则再增加“最高院抗诉再审”的环节，如此一来，该案在理论上最多可能历经的审理程序将多达 8 个！在嵌套指令再审、发回重审的再审案件中，因指令再审、发回重审属于二审法院、再审法院的“专利”，在这类案件中决定审理程序繁简的是再审法院和二审法院。

就个案而言，没有绝对的公平正义，只有相对的公平正义，程序嵌套必然增加案件的审理程序，容易出现程序空转，为审理案件而审理案件，无助于解决实际问题。为此，从法院角度而言，应完善规范指令再审、发回重审适用的有关制度，对历经一定次数审理程序的案件要严格乃至禁止适用指令再审、发回重审。更为重要的是，法院对于案件事实的查明往往是被动的，程序繁复也有当事人诉讼行为影响的因素，因此，从当事人角度而言，应当主动充分举证，防范对方当事人进行证据突袭，对庭审中法院出现的程序纰漏和事实查明遗漏给予提醒或者提出建议，尽可能地不给指令再审、发回重审留下空间。

五、对当事人处分权的推崇备至并适当兼顾公平性的说理论证

三巡充分尊重当事人民事权利和诉讼权利的处分权，以至于当事人未提出上诉的错误裁判结果也“有错不纠”。在“再审申请人广东诺厦建设集团有限公司与被申请人广东金东海集团有限公司厦门分公司、广东金东海集团有限公司、广东宏大广航工程有限公司航道、港口疏浚合同纠纷案”（案号：（2016）最高法民再 60 号）中，单纯从案件本身来看，实际施工人应向与其有合同关系的转包人主张工程款，作为转包人前手的总包单位无证据证明欠付工程款，无需承担付款责任，但实际施工人却认为其只与总包单位存在合同关系，坚持只向总包单位主张工程款，一审判决转包人、总包单位分别向实际施工人支付部分工程款，二审仅实际施工人提起上诉，却直接判决驳回了实际施工人的全部诉讼请求。三巡再审认为，实际施工人未提出转包人支付工程款的诉请，转包人向实际施工人支付工程款的判项判超所请、不予支持，而总包单位未提出上诉视为其对自身权利的处分，一审判决关于总包单位支付工程款的判项虽然错误也应予以维持。由此可见，三巡认为，未提出诉请的正当权利主张也不应支持、未提出上诉的错误裁判结果也应维持，秉持了当事人处分权优于案件裁判结果本身对错的立场。

需要说明的是，三巡虽对当事人处分权推崇备至，但也注意兼顾案件处理的实质公平，以处分权事由改判的同时，也注意从案件本身的事实认定、法律适用进一步说理论证。在“再审申请人江河创建集团股份有限公司与被申请人南昌阳光新地置业有限公司建设工程施工合同纠纷案”（案号：（2017）最高法民再 181 号）中，一审法院判决发包人向承包人支付工程款，二审仅承包人提起上诉，但二审判决却迳行以付款条件未成就为由驳回了承包人的诉请。该案再审本可仅以二审判决超出当事人诉讼请求范围为由直接改判，但三巡还是在“本院认为”部分，结合案件事实、合同约定、法律规定对二审判决所涉付款条件有无成就的争议问题进行了专门说理分析，兼顾了裁判结果的实质公平。

六、发包人负债较多时加重承包人的举证说明义务

在“再审申请人江西昌泰建筑工程公司与被申请人江西省钢城工业有限公司建设工程合同纠纷案”（案号：（2018）最高法民再 426 号）中，发包人已对外大量负债，对于承包人起诉状中关于已付款的自认，虽承包人事后予以变更，但三巡仍然按照该自认确定已付款金额，而对于发包人出具的停窝工损失结算单，虽发包人予以认可，但因承包人未能提供签证单以及其他结算依据，三巡最终却未予认定。可见，发包人负债较多时，为保护其他大多数债权人利益，防范恶意串通，维护实质公平，三巡会主动通过“调节”举证责任分配的“阀门”，加重承包人的举证说明义务，严格把控对发包人不利事实的认定。此时，承包人不得任意撤回自认，涉及工程款结算的事项，承包人仅提供工程款结算结果的确认文件是不够的，还需额外对结算依据、结算金额的合理性进行举证说明。

一般认为，法官自由裁量权主要体现在法律适用的解释权上，而通过举证责任分配进而导引事实的认定，作为法官隐性行使自由裁量权的重要手段，却经常被忽视。基于公平原则、诚实信用原则以及双方举证能力强弱，举证责任分配以及证明标准在证据法规定的准线附件“上下波动”，应属常态。当事人的举证应当有的放矢，双方当事人均认可的证据并非一定是“铁证”，充分挖掘运用证据的解释和说明功能，才能确保实现举证目的。

七、原判决生效后发生的执行款项支付再审不予处理，只能通过执行程序解决

在“再审申请人顺吉集团有限公司与被申请人余永生、一审被告吴祥江建设工程施工合同纠纷案”（案号：（2019）最高法民再 115 号）中，发包人主张二审判决生效后被强制执行的款项应予抵扣，三巡认为“顺吉公司提交的新证据银行转账凭证，证明其被一审法院强制执行了 600 余万元，该问题可在执行程序中解决。”即再审不对二审判决生效后发生的执行款项支付进行处理，只能通过执行程序处理，具体而言，再审判决生效后，再审判决将取代二审判决成为执行依据，如执行款项多付的，则可通过执行回转程序主张返还款项，如执行款项未足额支付的，则可通过执行抵销申请予以扣减。

之所以如此，是因为再审程序并非新诉程序，再审只是对原判决的纠错，其裁判依据的事实只能是原判决生效前发生的事实，再审中的“新证据”只是证据“新”而非事实“新”，“新”证据证明的事实仍然是“旧”事实，对原判决生效后发生的事实只能另行救济。循此，二审判决生效后未经执行程序当事人自愿支付的款项，再审依然不应当进行处理，如按照再审判决未足额履行的，可主张抵销予以扣减，如按照再审判决多付的，则只能另行提起诉讼主张不当得利返还。

八、同一案件的再审审查裁定对再审判决并无拘束力

在少数情形下，双方当事人均申请再审且作分案处理的，前案驳回再审申请并不意味着后案必须驳回再审申请，前案驳回再审申请对后案的再审判决并无拘束力，因双方当事人的再审申请事由不尽相同，一方的再审申请事由不成立并不意味着另一方的再审申请事由也不成立。再审审查裁定，未经充分调查、辩论，属于程序性审查结论，对再审判决并无既判力拘束。在“再审申请人中国建筑集团有限公司、中国建筑股份有限公司因与被申请人昆山市超华投资发展有限公司建设工程施工合同纠纷案”（案号：（2018）最高法民再134号）中，三巡认为“至于（2017）最高法民申2765号民事裁定一节，该裁定系针对超华公司根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第六项规定提出的“再审申请而作出，不影响本案处理”。再审审查裁定不影响再审审理，类似的情况还出现在驳回再审申请后因人民检察院提起抗诉再审的情形。

由此说明，在当前的案例研究和类案检索的司法实践中，出于严谨性和权威性的考量，应当主动将再审审查裁定排除在法律适用参考的范畴之外，同时，笔者也注意到，最高人民法院迄今为止发布的指导性案例中，没有一个案例是以再审审查裁定的形式呈现的。

最高人民法院第三巡回法庭 建设工程合同纠纷再审审理案例的研习报告之实体篇

□余卫 曾小元

一、关于审计监督的法律性质和约束力问题，审计监督属行政监督，审计报告不得约束合同之外的当事人

建设项目涉及财政资金，接受审计监督乃应有之义，但审计机关出具的审计报告并不具有广泛的约束力，不能当然约束所有的施工主体。审计机关通常会委托第三方造价审计机构审核工程造价，发包人、承包人、实际施工人等主体有时会在审核定案表上签字盖章确认，尔后审计机关在工程造价审核报告的基础上“例行公事”地核减，形成最终的审计报告。这种情形下，发包人与承包人因订有工程结算以审计结论为准的约款，他们之间工程款结算当以审计报告为准，但承包人与实际工人的合同中往往无此明确约定，只是笼统约定以大合同结算为准，这就会产生工程造价以审核定案表还是审计报告确认的金额为准的争议。

在“再审申请人海天建设集团有限公司与被申请人彭泽房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”（案号：（2018）最高法民再211号）中，涉及的工程为公路工程，发包人与承包人明确约定了工程结算以审计结论为准，先是发包人、承包人、实际施工人、审计机关第三方造价审计机构出具的审核定案表上签字盖章确认，后审计机关出具了审计报告，三巡认为“海天公司并非该合同主体，根据合同相对性原则，不应受该合同约束。且审计监督性质属行政监督，审计机关出具的审计报告不具有直接约束平等民事主体之间法律关系的效力”，应当以审核定案表确定的金额作为工程结算款。

工程款结算是当事人对自身债权债务的处分，司法层面需要考量的是结算结果是否符合当事人的真实意思表示而不是结算结果是否正确。审计监督的监督对象是政府部门，审计报告的权威性、推定正确性不能代替当事人的意思自治，如无合同特别约定，哪怕发包人为负有法定义务接受审计监督的政府部门、国

有企业等，审计结论也不当然成为工程价款的结算依据，更不能以防止国有资产流失的政治正确压制合同意思自治。

二、关于实际履行在合同解释的地位和作用问题，“言行不一致”场合，依据实际履行行为而非文本进行合同解释

实际履行在施工合同的解释中具有相当的分量。如《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24条就明确规定，多份施工合同均无效时，参照当事人实际履行的合同结算。实际履行在合同解释中的重要作用，还更多地体现在合同实际履行行为与合同约定“言行不一致”的场合，可以说，实际履行行为某些时候具有“超级”解释力。比如，发包人或者承包人虽书面解除合同，但如事后仍有相关的合同履行行为，合同解除并不必然发生效力，仍应承担相应的责任。这在挂靠、转包等合同签订主体与合同实际履行主体分离的情况中尤为常见。

如“再审申请人江苏银河建设集团有限公司与被申请人连云港盛宇置业有限公司建设工程施工合同纠纷案”（案号：（2018）最高法民再431号），承包人与发包人签订解除施工合同的协议，并还明确约定“已完工程的工程款必须汇入指定账户，其他任何形式的付款方式均属无效。”但代表承包人实际履行合同的实际施工人并未退场并继续施工，实际施工人在施工合同解除前代为收取工程款，施工合同解除后承包人未指定新的收款方式或者收款。三巡认为，合同解除后实际施工人收取工程款的行为仍应视为发包人对承包人的付款行为。

再如“再审申请人浙江中成建工集团有限公司与被申请人沈阳国泰置业有限公司、同方联合（沈阳）房地产开发有限公司、同方联合控股集团有限公司建设工程施工合同纠纷案”（案号：（2019）最高法民再303号）中，发包人将建设项目转让给第三人，并一起与承包人签订了三方协议，约定发包人退出项目建设，由受让项目的第三人概括承受发包人的权利义务。但事后发包人、第三人单独协商解除了项目转让协议，且发包人仍直接向承包人支付工程款，三巡认为，即便有三方协议的约定，仍应由发包人向承包人承担支付工程款义务。

“言行不一致”实际上是当事人以自己的行为对合同内容进行变更，具有约束力的合同当然只能是变更后的合同。当然，这种行为解释合同的模式，更多源于尊重事实和追求实质公平的朴素正义观。可见，在建设工程施工合同中，“言行不一致”的，“合同严守”的操作指引会大打折扣，应当特别留意实际履行行为与合同约定的偏差，重视实际履行行为的合同解释功能。

三、关于挂靠的法律适用问题，挂靠的法律适用尊重地方经验，并无统一裁判规则

关于挂靠，争议集中于挂靠情形下的债权债务主体认定问题，具体表现如下。一是挂靠的实际施工人可否直接越过名义的承包人直接向发包人主张权利；二是挂靠的实际施工人能否向发包人主张欠付工程款范围内的付款责任；三是在对外债务承担上，由挂靠人、被挂靠人何者承担责任。三巡在这些问题上也并无统一的裁判规则。

在“再审申请人任启兵、刘九生、王登与被申请人封智高、江西盛远建设工程有限公司、一审被告江西赛虹实业有限公司建设工程施工合同纠纷案”（案号：（2018）最高法民再35号）中，关于对外债务承担的问题，尽管合同由挂靠的实际施工人签订，但因被挂靠人向发包人收取和主张了工程款，三巡认为“虽案涉工程清包合同系封智高与任启兵、刘九生、王登成所签，但封智高系挂靠盛远公司承建中力科技园二期工程，其就案涉工程所签订的合同应当由盛远公司承担相应责任。故案涉工程款依法应由盛远公司支付。”

然而，江苏高院又有着挂靠的实际施工人与被挂靠人对所负债务对外承担连带责任的地方性特色规定。《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》第二十一条规定：“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。”在“再审申请人江苏中卓水利工程建设有限公司与被申请人南通市和荣道路工程有限公司、中交第三航务工程局有限公司、江苏省通州湾江海联动开发示范区管理委员会、南通滨海园区控股发展有限公司建设工程施工合同纠纷案”（案号：（2019）最高法民再 67 号）中，三巡未展开分析说理直接维持了原判决的相关结论。

再如“再审申请人厦门益德兴投资有限公司与被申请人广东恒辉建设有限公司、一审第三人廖飞虎建设工程施工合同纠纷案”（案号：（2018）最高法民再 310 号）中，三巡认为，发包人明知的挂靠，工程款权利实质归属于实际施工人，实际施工人有权进行相应的处分行为；且挂靠的实际施工人也有权根据施工合同司法解释第二十六条的规定向发包人主张欠付工程款范围内的付款责任。

关于挂靠，存有太多的“灰色地带”空间，三巡无意通过个案再审监督确立统一的裁判规则，更多地尊重原判决的“首创精神”。虽挂靠的认定较之于转包更为严格，但为增加裁判的可预见性和可期待性，应尽量避免挂靠的认定和适用，避开法律适用的盲区。

四、关于工程款的债务抵消问题，债务抵销基于既成事实容易被认可，但会引发利益失衡

在施工合同签订主体与履行主体分离的挂靠、转包情形中，实际施工人、承包人中的一方单独就已方对发包人所负债务与发包人所负工程款债务进行债务抵销，其效力如何认定呢？关键在于抵销的主体是否有权对工程债权享有收益并进行处分。一般而言，承包人直接与发包人签订施工合同，基于对合同的信赖，发包人有充分理由相信承包人系工程债权适格的债权人，承包人所为的债务抵销一般有效。而对实际施工人所为的债务抵销，则要根据实际情况加以判断。

在“再审申请人厦门益德兴投资有限公司与被申请人广东恒辉建设有限公司、一审第三人廖飞虎建设工程施工合同纠纷案”（案号：（2018）最高法民再 310 号）中，三巡认为挂靠的实际施工人与发包人所为的债务抵销行为有效，理由是发包人明知挂靠的情形下，挂靠的实际施工人有权直接向发包人主张工程款，且其亦有权根据司法解释的规定向发包人主张欠付工程款范围内的付款责任。参照该案例，如果援引实际施工人对发包人享有的欠付工程款范围内的付款请求权作为实际施工人有权处分工程债权的理由，则实际施工人的债务抵销行为根本不存在效力障碍。如此一来，无论是承包人还是实际施工人所为的债务抵销行为原则上都有效。

然而，如从利益平衡的角度考量，债务抵销效力的认定问题则是一个两难的问题。在承包人与发包人债务抵销的场合，因工程由实际施工人投入，承包人只是名义的合同主体，如认可债务抵销效力，将使实际施工人投入的收益完全由承包人享有；在实际施工人与发包人债务抵销的场合，因工程亏损时承包人往往需要对外承担债务，如认可债务抵销效力，将使承包人仅收取微薄的管理费却要承担工程亏损的全部债务，对承包人不公平；如一律不认可债务抵销效力，则损害发包人的债权利益，对发包人不公平。

因此，债务抵销基于既成事实，其效力一般容易在法律上被证成，如此一来，债务抵销或将成为承包人或者实际施工人突破合同约定从工程债权中偏颇受益的有效工具，存在较高的道德风险。债务抵销的存在，放大了转包、挂靠情形下承包人、实际施工人各自的风险，防范债务抵销应当成为承包方各主体法律风险防控的重要内容。

五、关于保证金返还的法律性质问题，向合同之外当事人主张保证金返还可援引不当得利的法理

保证金事项通常也属施工合同的约定内容，一般而言，当事人应当依据合同主张返还。但在某些情形下，依据不当得利的法理向合同之外的当事人主张保证金返还并无不可。

在“再审申请人南昌市市政建设有限公司与被申请人刘忠友、江西省福振路桥建筑工程有限公司建设工程合同纠纷案”（案号：（2017）最高法民再 287 号）中，该案原告历经两次转账环节向不知情的被告支

付了600万元保证金，三巡认定“就市政公司取得600万元利益和刘忠友受到600万元损失的原因来看，前者是基于辛国强虚构的合伙投标进贤产业园排水工程，后者是基于辛国强虚构的进贤G320绕城公路工程，似乎不属于严格意义上的同一原因事实，但整体而言，前述两个虚构行为系辛国强同一合同诈骗犯罪活动的不同环节而已，基于公平理念和社会一般观念，应当认定两者之间具有实质上的牵连关系，足以成立因果关系。故，基于上述构成要件层面的分析，市政公司和刘忠友之间成立不当得利”，即并非直接付款关系亦可主张不当得利返还。

同样的跨越几个施工合同以不当得利为由主张返还保证金的，在“申诉人深圳鸿烨投资控股集团有限公司与被申诉人王晓玲、李云文、吴关心，二审被申诉人江西省抚州市第二建筑工程公司、张晓云，一审第三人杨和平建筑工程合同纠纷案”（案号：（2016）最高法民再153号）中也得到了支持。

更为特别的是，在前述建筑工程合同纠纷案（案号：（2016）最高法民再153号）中，一审法院还以物权法上占有返还的规定支持了保证金返还诉请，这一裁判理由在二审、再审判决中均未被提及。援引物权法上的占有返还乃至原物返还法理处理保证金返还问题，模糊了债法和物权法的界限，也是对物权法相关制度的严重误解。因为金钱作为种类物，并不能特定化，一旦交付，根本不存在基于原物之上的原物返还或占有返还的可能和必要。同时，付款人一般是基于转移占有的意思支付保证金的，支付完毕后，即意味着保证金的所有权已依法发生物权移转，付款人已丧失所有权，无权基于所有权人身份主张占有返还或者原物返还。

当然，援引不当得利支持合同之外的当事人返还保证金的主张，也不无检讨之处。因为建设工程合同纠纷中，当事人支付保证金均是基于施工合同约定所为，是基于法律行为而非传统不当得利所依据的事实行为作出付款行为的。于此情形下，动辄援引不当得利法理，难免不会泛化不当得利概念，虚化合同关系，使不当得利变相成为突破合同相对性的工具。

六 关于税金主张的支持问题，税金未实际支出的，相应主张不予支持

通常，对施工单位而言，税金有两种类型，一种是印花税以及向发包人开具工程款发票等直接产生的税金，另一种是因实际施工人未能提供足额成本发票而导致企业多付的所得税等间接税金支出。直接税金，易于量化且必然发生，施工单位的相应主张一般可以得到支持。而间接税金，实际上是施工单位因实际施工人未能提供足够的成本发票而无法进行有效的税收筹划，导致企业所得税税基增加而多付的税金，但因税收筹划的节税效果无法进行量化，且施工单位统一支付的企业所得税并不能特定化到具体工程项目，因而，这类税金即便有实际支出也无法进行量化。何况，多数情况下，施工单位是否因实际施工人未提供足额成本发票而增加税金支出，是根本无从判断的。进一步而言，合理避税虽不违法，但实际施工人并无协助施工单位避税的法定义务。因而，针对间接税金的主张一般无法得到支持。

税金主张能否得到支持除了视乎前述税金种类而有所分别，还因是否实际支出而有所不同。三巡认为，即便是必然发生的直接税金，如无实际支出，也不能得到支持。

在“再审申请人广州富利建筑安装工程有限公司与被申请人胡水根及二审上诉人保利（江西）房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”（案号：（2017）最高法民再395号）中，作为承包人的施工单位主张扣除4.15%的工程款税金，尽管该税金属确定的、必然发生的，但仅对实际支出的部分税金予以支持。

由上可见，支持税金主张的条件较为严苛。有鉴于此，施工单位在合同文本和合同管理中，应尽可能将税金内化为工程结算款。具体而言，对于直接税金，应尽可能约定具体的税率而非“因工程施工产生的一切税金”，在工程结算中直接进行可量化的核减；对于间接税金，应当力避间接税金无法量化、无法特定化的天然缺陷，只是约定“承担未足额提供成本发票产生的全部税金损失”没有任何实际作用，应当精

心设计违约条款将后果予以具体化，如直接约定未履行该义务应当支付数额明确的违约金或者约定将欠缺的成本发票比例与管理费的比例进行正向挂钩。

七、关于价款优先权期限起算及与其他权利的冲突问题，工程虽独立约定、独立结算但付款未作区分的，建设工程价款优先权行使期限不得分别起算，建设工程价款优先权与其他权利的冲突问题宜另案解决

同一施工合同中，当事人对不同的工程分别约定了不同的工期和付款期限，且各工程也独立结算，建设工程价款优先权行使期限是分别起算还是统一以较后的起算期起算？

在“再审申请人宁波建工股份有限公司、毛应秀与被申请人兰溪市喜瑞地产发展有限公司、浙江三联集团有限公司、马文生、朱绍军、赵晓宏、胡柏富建设工程施工合同纠纷案”（案号：（2019）最高法民再105号）中，三巡认为，“《工程施工合同》中虽然对世贸大饭店和世贸151公馆分别规定了工期和付款期限，宁波建工也就世贸大饭店、世贸151公馆1-6#楼及地下室、世贸151公馆7-9#楼分别提交结算资料，但是喜瑞地产的付款并未按照三部分工程独立付款，而且在宁波建工提起的第一次诉讼中各方达成的《和解协议》也对剩余工程款的支付一并作出约定，并未区分前述各部分工程的价款。因此，在世贸大饭店、世贸151公馆1-6#楼及地下室、7-9#楼的工程款系整体支付的情况下，喜瑞地产和三联集团关于案涉工程价款的优先受偿权应分别起算的主张，与客观事实不符”，即只要付款未作区分的，工程即便分别约定、分别结算，建设工程价款优先权的行使期限仍以较后的起算期起算。这是因为，付款未作区分，各工程对应的欠付工程款根本无从确定，各自行使建设工程价款优先权不具备现实条件，出于可操作性的考量，其行使期限只能统一起算。可见，工程款是否可独立核算，是多工程中建设工程价款优先权行使期限统一起算还是分别起算的决定因素。

在该案中，三巡还认为，建设工程价款优先权与其他权利如购房人的优先权存在冲突时，“因该问题涉及案外相关权利人利益，不宜在本案中作出审查，应由宁波建工与相关权利人另行解决。”即是否享有优先权与权利之间是否存在冲突是两个不同的问题，建设工程施工合同纠纷中只是确认承包人是否享有优先权，权利冲突的问题涉及案外人的利益，宜另案解决。

建设工程价款优先权依附于工程债权，工程债权的范围直接决定了该权利行使的范围和界限。同时，确认享有建设工程价款优先权的判决并不必然解决权利顺位冲突的问题，该判决不具有对世性，不得对抗权利顺位相对优越的权利人。

结语

基于前述研习报告，可以从数据、程序、实体三个维度对三巡建设工程合同纠纷再审审理进行简要总结与提炼。

数据维度，就再审而言，再审审查的实体化导致凡裁定再审的案件必有发改的可能和必要，成功的再审申请是打开再审程序大门的“金钥匙”，就建设工程合同纠纷再审而言，这类案件说到底审的是工程价款，“事实为王”在这一领域仍属铁律。

程序维度，建设工程合同纠纷案件中需要重视举证各个因素，既要注意发包人负债较多时的加重举证说明义务，也要避免逾期举证导致承担诉讼费偏颇性分配的后果，更要防范和遏制举证迟延、延缓审理程序。同时，还要具备实体问题、程序问题适时切换的思维，对重复起诉争议不能就程序论程序，要高度关注案件周围的实体问题；对再审裁定，不能因为裁判理由着眼于案件实体问题，就实体论实体，要认识到再审裁定本质上属于程序性裁定，缺乏既判力拘束。

实体维度，建设工程合同纠纷领域的法律适用难题，绝大多数因转包、挂靠情形下合同签订主体与合同实际履行主体分离引起，解决这些法律适用难题，除了需要关注法理层面的法律规定和法律逻辑，基于朴素正义观上的公平理念以及问题解决方案的可操作性也是不可忽视的因素。

第十一部分 案例赏析

指导案例 171 号中天建设集团有限公司诉河南恒和置业有限公司建设工程施工合同纠纷案点评

□中国建筑业协会法律工作委员会副会长兼秘书长 陈太祥

2021 年 11 月 11 日，最高人民法院发布第 30 批指导案例。其中，第 171 号案例为《中天建设集团有限公司诉河南恒和置业有限公司建设工程施工合同纠纷案》。该判决对施工企业依法有效主张和行使优先受偿权，保障自身权益，具有积极的指导意义。

一、案例明确了承包人通过书面发函方式向拍卖在建工程的执行法院主张优先受偿权，属于优先受偿权的合法行使方式，有利于引导承包人积极行使权利，节约司法资源。

目前，司法实践中关于承包人行使建设工程价款优先受偿权的方式仍存在争议。第一种观点认为，建设工程价款优先受偿权必须以诉讼或者仲裁方式行使。因优先受偿权不仅涉及发包人与承包人之间的利益，还可能涉及发包人的其他债权人特别是银行等抵押权人的权益，通过人民法院或者仲裁机构的依法审查，可以有效避免承包双方恶意串通，损害第三人的合法权益。第二种观点认为，建设工程价款优先受偿权除通过诉讼或者仲裁等方式外，也可以采取承包人发函宣示、发包人和承包人协议折价、承包人申请参加对建设工程折价、拍卖款的分配等方式行使。从原《中华人民共和国合同法》第二百八十六条规定内容看，并未规定建设工程价款优先受偿权必须以何种方式行使。此案例有利于引导承包人积极行使权利，给予纠纷各方有效化解矛盾，减少诉争，节约司法资源。如仅限于诉讼或者仲裁方式，则无论是对承包人还是对司法资源都是不利的。笔者认为二种观点均可为实现优先权的方式。现最高院将该案作为指导性案例，有利于统一各级法院对建设工程价款优先受偿权确权方式的认定，切实保障施工企业的合法权益。

二、该案例认可承包人向执行法院发函主张优先受偿权的行为效果，有利于“法定优先权优先于抵押权及其他普通债权”的权利实现，避免法定优先权的保护目的被架空。

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。但司法实践中，人民法院依据发包人的其他债权人或抵押权人申请对建设工程采取强制执行行为，会对承包人的建设工程价款优先受偿权产生影响，该种情况下，指导案例确认了承包人以发函方式主张建设工程价款优先受偿权的效力，对保障承包人法定权利有重要作用。

三、案例的几点启示

建设工程价款优先受偿权与工程承包人债权实现紧密相关。现行法律要求承包人在主张该权利时，至少应该符合以下几点要求：（一）主体方面，《民法典》第八百零七条规定，只有与发包人订立建设工程施工合同的承包人享有优先受偿权；（二）前提条件方面，承包人承建的建设工程应质量合格，同时建设

工程不属于不宜折价、拍卖的工程；（三）权利范围方面，承包人可就建设工程价款，包括人工费、材料费、施工机具使用费、企业管理费、利润、规费和税金等优先受偿，不包括发包人逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金以及承包人实现建设工程价款优先受偿权的费用等；（四）行使期限方面，《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）》将“承包人应当自发包人支付工程价款之日起6个月主张建设工程价款优先权”的规定延长为18个月；（五）行使方式方面，《民法典》第八百零七条规定，包括“与发包人协议将该工程折价”以及“请求人民法院将该工程依法拍卖”；（六）权利的放弃及限制方面，《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）》明确，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。即承包人有权放弃或者限制优先受偿权，但损害建筑工人利益的，该放弃或者限制无效。

本案中，承包人在除斥期间内，通过发函方式向执行法院主张了建设工程价款优先受偿权，即便之后承包人提起诉讼时超过了该除斥期间，也视为已在除斥期间内行使了建设工程价款优先受偿权。因此，行使建设工程价款优先受偿权的方式不限于提起诉讼、仲裁或者协议折价，向执行法院或发包人发函等书面形式并不为法律所禁止。

因此，承包人在推动工程价款结算的同时，应当及时关注发包人其他债权人涉及承包人承建的建设工程案件的审理、执行，在除斥期间内及时依法主张建设工程价款优先受偿权，尽早提起诉讼或仲裁，以维护自身合法权益。

“我们碰到的这件烦心事有解吗？”

□本报记者 孙贤程

“为什么同一个法院对同一个事实，在两个案件的审理中会有截然不同的两种认定？为什么我们向案件承办法官递交财产保全申请、保全担保文书，直到案件审结都没有落实保全，也未给予任何明确答复？我们已经被法院强制执行划走的600多万元还能要回来吗？”不久前，大元建业集团股份有限公司（以下简称大元集团）办公室主任朱军向记者反映了他们在宁夏回族自治区银川市中级人民法院碰到的两个案件。他无奈地提出自己的疑问：“我们碰到的这件烦心事有解吗？”

中止审理未获得准许 法院认定有合同关系

据朱军介绍，2018年他们在互联网上浏览时偶然发现，公司并不知晓的一个叫做银川鲜花港工程的建设项目，已经涉讼建设工程款纠纷案件，原告为刘姓、徐姓两位自然人，第一被告正是大元集团，第二被告是银川国际鲜花港管理有限公司（简称鲜花港公司）。经查，这个案件所涉项目其实是不法分子王某某私刻大元集团公章承揽的工程，出现纠纷后又私自以大元集团名义应诉。

等到大元集团介入诉讼，该案已经进入银川中院二审。其间上诉人大元公司以他们与鲜花港公司没有合同关系、与之签订的《建设工程施工合同》为不法分子伪造印章，且已经被公安机关刑事立案为由，向二审的银川中院申请中止审理本案。但银川中院以“王某某以大元集团及大元集团宁夏公司员工身份收取了诉讼副本……在大元集团授权委托书所盖印章与大元集团与鲜花港公司签订的《建设工程施工合同》印章一致，该合同签订后，双方已经实际履行”为由，未准许大元集团的该项申请。2019年4月29日，银川中院（2019）宁01民终281号民事判决书以一审判决认定事实清楚，适用法律正确为由，做出维持原判的终审判决，并通过强制执行程序，将判决书认定的大元建业集团应给付银川国际鲜花港项目中刘姓、徐姓的600多万劳务费，从大元集团的银行账户中扣划出去。

另案起诉被裁定驳回 法院认定没合同关系

朱军：“既然银川中院（2019）宁 01 民终 281 号民事判决已认定我们与鲜花港公司有、而且是已经实际履行的合同关系，应该承担实际施工人刘姓、徐姓的 600 多万元劳务费，那么按照常理，我公司应该可以根据该判决认定的事实，向银川国际鲜花港项目管理公司主张工程款”。

但朱军所说的一般人眼中的“常理”，在大元集团接下来的遭遇中，至少表面上看似似乎不那么符合“常理”了

2019 年 7 月 8 日大元集团就与鲜花港公司间的建设工程施工合同纠纷案向银川中院提起诉讼，要求其返还欠付的工程款。结果银川中院在将近一年后的 2020 年 6 月 17 日，在（2019）宁民初 2444 号裁定书中，以不到 400 字的主文做出了如下裁定：“本院经审查认定，原告认可其与被告之间无合同关系，其对本案无直接利害关系，原告的起诉不符合法律规定，依照……裁定如下：驳回原告大元建业集团股份有限公司的诉讼请求。

对于这一案件的结果，大元集团至少有三点想不通。第一，在（2019）宁 01 民终 281 号民事判决中，银川中院认定大元集团与鲜花港公司有合同关系，判大元集团给付 600 多万元；而在（2019）宁民初 2444 号裁定中，银川中院却认定大元集团与鲜花港公司没有合同关系，裁定驳回起诉。为什么同一个法院、对同一个案件事实，在两个案件中的认定截然相反呢？第二，大元集团已经按（2019）宁 01 民终 281 号民事判决替鲜花港公司支付了 600 多万工程款，但（2019）宁民初 2444 号裁定却认定大元集团与鲜花港公司没有直接利害关系。如果这都不算作有利害关系，那还能有什么是利害关系呢？第三，大元集团对这个（2019）宁民初 2444 号裁定当然不服，但上诉至宁夏高院后仍然被（2020）宁民终 446 号终审裁定驳回。

大元集团：我们这 600 多万元还能要回来吗？

“我们这 600 多万元还能要回来吗？”大元集团对涉讼的这两个案件其实有很多问题想不通，据朱军介绍，大元集团就与鲜花港公司建设工程施工合同纠纷于 2019 年 7 月在银川中院立案后，即向案件承办法官递交财产保全申请、保全担保文书，但直到案件审结，承办法官都没有落实保全，也未给予任何明确答复。更让他们不能理解的是，在 2020 年 5 月 27 日开庭时，案件审判人员明确表示其拒绝进行审判，在原、被告代理人到庭的情况，没有进行开庭庭审程序，而仅仅专门针对大元集团一方进行谈话。谈话中，审判人员要求大元集团必须撤诉，否则其将以虚假诉讼为由将本案移送有关部门。

相关资料显示，近年来，建设工程合同纠纷案件在国内仍呈上升趋势。大元集团在宁夏涉讼的这两起案件具有一定的典型意义。本报不久前曾去函审理这两个案件的银川中院和宁夏高院，要求采访相关情况并核实大元集团反映的情况，但没有得到回应。

第十二部分 行业思考

2020 年工程总承包地方政策年度观察（上）

自住建部《关于进一步推进工程总承包发展的若干意见》（建市[2016]93 号）以及国务院《关于促进建筑业持续健康发展的意见》（国办发[2017]19 号）确立大力发展工程总承包（以 EPC 为主）的基本路线之后，我国工程总承包事业进入高速发展期，各地方政府也出台了众多政策文件来规范和指导工程总承包的发展。2017 年共有 28 个省份总计出台了 41 份有关工程总承包的地方政策文件；2018 年共有 28 个省份总计出台了 22 份有关工程总承包的地方政策文件；2019 年共有 6 个省份总计出台了 13 份有关工程总承包的地方政策文件。其中，由住房和城乡建设部、国家发展改革委员会联合制定的规范和指导我国工程总承包发展的纲领性文件《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》（以下简称《管理办法》）已于 2019 年 12 月 23 日发布，并于 2020 年 3 月 1 日起正式生效，这标志着我国工程总承包规范化发展新时代的来临。

2020 年作为《管理办法》出台后的第一年，各地方新增了不少工程总承包政策，以对《管理办法》的执行进行细化、创新，同样也备受关注。纵观 2020 年全年，各地方推动工程总承包的发展并没有因为国家层面管理办法的正式出台而停下创新脚步，全国各地有 15 个省市在《管理办法》的框架下出台了适应本地区发展特点的工程总承包相关政策，新增省级工程总承包及相关政策文件共计 18 件。这些政策各有具体针对性的特点，均值得借鉴、学习。

有鉴于此，本文在 2017、2018、2019 年连续三年的基础上，针对 2020 年度全国 31 个省市自治区（不含港澳台）颁布和制订或正对外征求意见的工程总承包政策文件要点进行简要梳理，以供大家共同学习、讨论与交流。

2020 年度各地工程总承包法律政策出台情况概述

2020 年共有 15 个省级地方出台了工程总承包专项或相关文件。其中，四川、新疆两地出台了本地区的房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法，四川还进一步在水利工程领域发布了推进水利建设项目工程总承包发展的试行指导意见；江苏、安徽、山东、浙江、辽宁以加快推进工程总承包发展的实施意见、措施、实施细则等形式出台了本地区的工程总承包政策文件，其中安徽、浙江[1]两地的实施意见在 2020 年尚处在征求意见的阶段；江苏还另外出台了规范房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包计价活动的试行规则；上海为应对新冠肺炎疫情影响，优化本市重大建设项目重点产业类项目工程审批管理工作，出台了涉及工程总承包的相关通知；福建在 2020 年初出台了标准工程总承包招标文件及工程总承包模拟清单计价与计量规则；广西也出台了工程总承包计价试行指导意见，该两地区的文件更多是从实际应用层面来规范本地区的工程总承包招标和计价活动；甘肃为贯彻落实《管理办法》，发布了推行工程总承包的通知以及工程总承包招标评标定标办法；河北从支持本地区建筑企业向工程总承包企业转型的角度出台了相关政策；黑龙江、吉林、陕西也分别出台了针对工程总承包企业资质改革、优化工程总承包市场环境等方面的地方政策。此外，2020 年还有广东中山、浙江杭州、广东深圳三地出台了市一级的工程总承包政策，其中中山市针对工程总承包招标投标工作的指引以及杭州市关于工程总承包项目计价办法均处在征求意见阶段。

下文将按政策发布时间顺序简要阐述 2020 年各地方政策性文件的主要规定，供读者参考。

特别提示：由于对各地方规定的归纳总结均建立在我们的有限认识和实践基础之上，因此相关的侧重点和覆盖范围难免存在理解偏差。同时，由于 2020 年各地方工程总承包政策均在《管理办法》框架下制定，

因此各政策内容中与管理办法相同或类似的规定在本要点梳理中均不再赘述，敬请读者们在阅读时给予关注与谅解。

2020 年各地工程总承包法律政策要点概述

（一）福建

福建省为规范本地区房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包招标文件的编制，结合本省实际情况，在 2020 年初出台了《福建省房屋建筑和市政基础设施项目标准工程总承包招标文件（2020 年版）》和《福建省房屋建筑和市政基础设施工程总承包模拟清单计价与计量规则（2020 年版）》。

福建省在 2016 年至 2019 年间，每年均有出台涉及工程总承包的政策文件，而 2020 年出台的此两份文件更多是从实际应用层面来规范本地区的工程总承包招标和计价活动。以下是对该两份文件重点条款的梳理：

关于印发标准工程总承包招标文件(2020 年版)和模拟清单计价与计量规则(2020 年版)的通知（闽建筑〔2020〕2 号）：

1. 工程总承包实行模拟清单计价。模拟清单中列出项目实施过程中实际要发生和可能要发生的各类项目清单、设备清单和费用清单。

2. 承包人应将合同约定的建筑安装工程费、设备及工器具购置费，作为施工图设计和（或）初步设计的最高限额。初步设计经发包人及相关部门审核批准后，承包人在进行施工图设计时，不得提高或降低建设标准。

3. 单位（项）工程由分部分项工程模拟清单、单价措施项目模拟清单、总价措施项目清单、其他项目清单组成；建造做法类似工程可以参照但工程量难以确定的专业工程，在建筑安装工程费中列出暂定金额，采用模拟清单固定单价、工程量按实结算；方案设计阶段、初步设计阶段难以提出建设标准、技术参数专业工程，不必编制模拟清单，直接在建筑安装工程费中列出暂定金额，采用按实结算。

4. 最高投标限价不得直接以投资估算或设计概算的金额确定。

（二）甘肃

甘肃省在 2020 年为推动工程总承包在本地区的发展，分别从宏观政策以及配套招标评标具体措施两方面出台了相关政策。

甘肃省住房和城乡建设厅、甘肃省发展和改革委员会关于贯彻落实住建部、国家发改委《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》推行工程总承包的通知（甘建建〔2020〕73 号）：

1. 在甘肃省行政区域内政府投资的房屋建筑和市政基础设施项目建设要带头推行工程总承包，装配式建筑原则上应采用工程总承包模式，有效发挥示范引导作用。

2. 各级建设主管部门要积极探索与实践，进一步健全改进工程总承包监管机制，建立与完善招标投标、施工图设计文件审查、工程质量监督、施工许可、竣工验收备案、消防设计审查与验收、工程结算等方面对应工程总承包建设组织方式的配套制度，为工程总承包的顺利实施提供保障。

3. 工程总承包单位和工程总承包项目经理在设计、施工活动中有转包违法分包等违法违规行为或者造成工程质量安全事故的，按照法律法规对设计、施工单位及其项目负责人相同违法违规行为的規定追究责任。

4. 支持工程总承包项目的科技创新及新技术的推广应用，鼓励工程总承包项目全过程应用建筑信息模型（BIM）技术组织施工。

甘肃省住房和城乡建设厅关于印发《甘肃省房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包招标评标定标办法》的通知（甘建建〔2020〕160号）：

1. 建设单位缺少工程总承包项目管理经验或风险管控能力不强的，宜在初步设计完成后实施工程总承包。采用工程总承包方式的政府投资项目，原则上应当在初步设计审批完成后进行工程总承包项目发包。装配式建筑必须采用工程总承包模式。

2. 招标人应当根据国家和甘肃省有关计价规定提供与招标项目建设规模、建设标准、功能需求等相一致的总承包计价清单，作为投标人报价的共同基础。

3. 签订合同或办理结算时，发现总承包计价清单与招标项目的建设规模、建设标准、功能需求等要求不一致的，应当对由此产生的价差进行调整。

（三）黑龙江

黑龙江省住房和城乡建设厅《关于在房屋建筑和市政基础设施领域推行工程总承包的通知》（黑建建〔2020〕1号）：

1. 政府投资工程要发挥引导作用，建设内容明确、技术方案成熟的房屋建筑和市政基础设施项目，应带头推行工程总承包，包括：政府投资或国有投资占主导的建筑面积1万平方米及以上房屋建筑工程；政府投资或国有投资占主导的总投资额1000万及以上市政基础设施综合工程；总投资额400万及以上的老旧小区改造工程；装配式建筑工程。

2. 鼓励引导设计、施工企业通过相互参股、兼并重组等方式，实现资质、人员优势互补，按照工程总承包设计、采购、施工管理体系需要，调整完善组织机构、专业设置、人员结构，培养专业技术管理人才，提升项目管理水平。

3. 对工程总承包企业在资质晋级、评优评奖、信用评价等方面予以倾斜。

（四）河北

《关于支持建筑企业向工程总承包企业转型的通知》（冀建建市函〔2020〕28号）：

1. 大力推进工程总承包模式，政府投资工程要加强建设管理，带头推行工程总承包模式。各级住房城乡建设部门要积极引导项目建设单位在选择建设项目组织实施方式时，优先采用工程总承包模式。装配式建筑原则上应采用工程总承包模式。鼓励非政府投资工程实行工程总承包。

2. 对建筑企业工程总承包业绩开辟“绿色通道”，优先录入。

3. 支持具有施工总承包一级及以上的施工企业申请相应类别工程设计甲级资质。工程设计甲级资质标准要求的企业业绩可以由涵盖工程设计业务的工程总承包业绩替代。

4. 已取得工程设计综合资质、行业甲级资质的企业，可以直接申请相应类别施工总承包一级资质。企业自行完成或者以联合体形式完成的相应规模工程总承包业绩可以作为其工程业绩申报。

（五）四川

四川省长久以来一直是工程总承包领域的积极参与者。在 2019 年密集颁布涉及工程总承包的重要政策文件的基础上，2020 年为贯彻落实《管理办法》，四川省住建厅和发改委结合本地区实际制定了《四川省房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》；同时，四川省水利厅为创新和规范水利建设工程项目工程总承包行为，制定了《深化水利工程建设改革稳步推行水利建设项目工程总承包指导意见（试行）》。该两份文件内容详实，对推动四川省房建市政领域以及水利工程领域工程总承包的发展实践具有重要的指导意义。

四川省住房和城乡建设厅、四川省发展和改革委员会关于印发《四川省房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》的通知（川建行规〔2020〕4 号）：

1. 采用工程总承包方式的政府投资项目，原则上应当在初步设计审批完成、以投资概算为经济控制指标、预留建设单位需要发生的前期相关管理必要费用后，进行工程总承包项目发包。

2. 除技术复杂的大型房屋建筑项目，跨越铁路、公路及其桥梁、涵洞等的大型市政基础设施项目，以及对工程设计或施工有特殊要求的项目外，以联合体方式承揽的，联合体成员中工程设计、施工单位原则上不宜超过 3 家。

3. 不得采用无限风险、所有风险及类似语句规定计价中的风险内容及范围。

4. 招标人应当将创优质工程奖补偿奖励费或缩短定额工期补偿费列入招标文件，并在招标工程清单中增列相应项目。

5. 采用联合体方式承包工程总承包项目的，在联合体分工协议中约定或者在项目实际实施过程中，联合体一方既不实施工程设计或者施工业务，也不对工程实施组织管理，且向联合体其他成员或者以分包形式收取管理费或者其他类似费用的，属于联合体一方将承包的工程转包给其他方。

6. 工程总承包项目开工前，建设单位可以整体或者分阶段向项目所在地的市（州）、县（市、区）住房城乡建设主管部门申请领取施工许可证。可以分阶段（基坑、地下室、地上部分）、分单体提交经审查合格的施工图设计文件，作为申请领取施工许可证所需的要件。

四川省水利厅关于印发《深化水利工程建设改革 稳步推行水利建设项目工程总承包指导意见（试行）》的通知：

在我国工程总承包的发展过程中，水利建设领域的工程总承包实践是不可或缺的重要组成部分，但与房屋建筑和市政基础设施建设项目相比，水利建设项目因其复杂性和特殊性，在推行工程总承包模式政策方面不仅数量较少，也较为滞后。目前国家层面尚未出台专门针对水利建设工程总承包项目的规范性文件，四川省作为少数几个出台了专门政策文件的省份，其政策内容必然成为具有重要参考意义的政策观察样本。因此，工程总承包部针对四川水利项目工程总承包政策于 2020 年 11 月 5 日在本公众号上专门发文予以解读，以下政策要点梳理可结合该文分析供参考：

1. 四川省行政区域内政府投资水利建设项目的工程总承包活动，适用本指导意见。其他水利建设项目可参照执行。

2. 工程征占地、拆迁、移民安置以及工程监理、第三方质量检测、第三方咨询或其他项目法人负责实施的内容不列入工程总承包范围。

3. 采用工程总承包的项目，应逐步推广建筑信息模型（BIM）等信息技术在工程勘察设计、施工和运营维护全过程的集成应用。

4. 工程总承包单位应当同时具有与工程规模相适应的工程勘察资质、设计资质和施工资质，或由具有相应资质的勘察设计单位和施工单位组成的联合体。

勘察设计单位和施工单位组成联合体的，应在联合体协议中明确联合体成员单位的责任和权利。联合体中标的，联合体各方应当共同与招标人签订合同，就中标项目向招标人承担连带责任。鼓励勘察设计公司作为牵头单位。

5. 采用联合体方式承包工程总承包项目的，在联合体分工协议中约定或者在项目实际实施过程中，联合体一方既不实施工程勘察设计或者施工等业务，也不对工程实施组织管理，且向联合体其他成员或者以分包形式收取管理费或者其他类似费用的，属于联合体一方将承包的工程转包给其他方。

（上海市建纬律师事务所工程总承包业务部）

工程总承包法规制度宣传周活动圆满落幕

3月1日至3月7日，上海市建纬律师事务所（以下简称建纬所）“工程总承包法规制度宣传周”（以下简称宣传周）活动成功举办。

成立28年以来，建纬所深耕建设工程和房地产法律服务，专业光芒之下，建纬所版图已扩张至近30个城市，专业律师数量破千，实现了行业内独树一帜的“专业+规模”双飞。

2021年，“十四五”正式起航，建纬所也实现了管委会换届、迁址上海外滩金融中心。值此建纬所成立二十八周年、《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》（以下简称“《工程总承包管理办法》”）施行一周年之际，建纬所用一场为时七天的“工程总承包法规制度宣传周”活动奏响了行业律师的时代强音。

使命所在——回馈行业，承社会责任之重

如何从“在专业中发展”转变为“引领专业发展”？如何在精耕专业的同时回馈行业、反哺社会，成就优秀的行业律师？伴随建纬所提出“二次腾飞”的新方针和坚持走专业化道路发展战略，建纬所逐渐从专业化律所向专业规模化律所发展。

3月1日，宣传周在上海外滩金融中心拉开大幕。

开幕式上，上海市黄浦区司法局党委书记、局长王建忠发表致辞并对于建纬所顺应时代潮流、以前所未有的力度举办宣传周活动给予了充分的肯定。

法律出版社应用·大众出版、第二分社社长冯雨春在致辞时倾情回顾了为建纬律师出版专业书籍的过往故事。她指出，好的作品离不开好的作者，一个行业的发展也离不开专业的法律服务。

建纬律师学院院长朱树英律师表示，工程总承包新时代已强势来袭，法律服务市场大有可为，建纬律师还将抓住《长江保护法》正式施行的契机，把法律服务的专业落实到长江保护领域。

建纬律师学院院长朱树英律师、建纬所主任邵万权律师及建纬新一届管委会成员集体亮相，围绕建纬所的发展和《建筑业转型升级中推行工程总承包合同示范文本的重要性》为宣传周按下“播放键”。

邵万权律师在发言中介绍了建纬所近期发展的几项重要规划，并表示将与新一届管委会成员共同努力，顺利完成建纬所法律服务的匠心传承。

专业引领——助力开创工程总承包新时代

回望过去三十年，我国工程总承包事业行稳致远。随着 2016 年《关于进一步加强城市规划建设管理工作的若干意见》发布，随后中共中央、国务院及住建部等部门不断出台文件，工程总承包进入了快速发展时期。

在这个过程中，建纬所自 2018 年 1 月起成立工程总承包业务部，参与制定包括已施行一周年的《工程总承包管理办法》，以及与之配套的《建设项目工程总承包合同（示范文本）》（以下简称《示范文本》，2021 年 1 月 1 日起执行）等在内的多项法规制度。

作为“十四五”期间我国建筑业转型升级的一项重要法律制度，《工程总承包管理办法》对于促进我国建筑业可持续发展具有重要的战略意义和现实意义。工程总承包的新时代大幕已开启，对应的法律服务市场前景广阔，也对专业建工律师提出了更高要求。

在宣传周“七日谈”中，建纬所副主任韩如波律师与建纬律师学院院长朱树英律师分别就《各地关于工程总承包专项法治建设政策研究》《编制工程总承包项目“发包人要求”推荐文本课题》作了生动地分享，各直播平台吸引观看量近 4 万。

群贤毕至——对话专业大咖，拓前沿视野

本次宣传周除了豪华大课之外，建纬所资深律师专家们还集体坐堂接受了律新社专访，围绕 14 个专业问题为大家答疑解惑。“工程总承包法律服务论坛”与“工程总承包法律业务专项培训”两场直播则将宣传周引向高潮。

3 月 5 日，工程总承包法律服务论坛在邵万权律师的主持下，全国律协副会长吕红兵，上海市律协会长季诺，原市委政法委秘书长史德保，原上海市司法局局长缪晓宝，全国律协建房委主任袁华之，天津建设工程造价管理协会会长、天津理工大学教授、博导尹贻林等嘉宾领导倾情致辞。

朱树英、上海建工集团副总法律顾问许海峰、上海现代建筑设计集团工程建设咨询有限公司副总经理桂武、韩如波、建纬所副主任宋仲春、建纬杭州分所主任陈沸、建纬深圳分所主任贺倩明围绕各自专精的领域进行了发言分享。

3 月 6 日举办的工程总承包法律业务专项培训则是建纬律师学院带来的一场专业盛宴，来自全国各地的六十余名建纬总分所律师及建纬律师学院在线学员一千余人参加了本次培训的学习。

韩如波和朱树英两位专家律师分别围绕工程总承包非诉及诉讼类法律服务展开详细讲解，其专业前沿的内容和精彩纷呈的讲解，吸引建纬律师高度关注并争相学习。

继往开来——新一届管委会成员正式亮相

当前，建纬所已拥有 27 家分所，并且以近 300 位合伙人、700 多位执业律师的律师人数跃居 2020ALB “中国本土律所最大 30 强”榜单，也是唯一一家迈入千人大所行列的专业所。

今年初，建纬所搬迁至外滩金融中心，从最初拥挤的一间小办公室，到如今屹立于黄浦江边，建纬人一路筚路蓝缕。如今，管理层迎来交接班并同时成立了全国管委会，由朱树英任主席，邵万权任执行主席及会议召集人，以及宋仲春、韩如波、陈军、陈沸、贺倩明、李俊华、戴勇坚、栗魁、林桢共计 11 位首届委员并成立秘书处，刘畅任秘书长。

在宣传周活动中，新一届管委会成员悉数亮相，从各自分管的领域畅谈对建纬所的未来期许和规划。

据介绍，未来建纬所将进一步实现规模化发展的战略布局，并逐步实现总分所一体化发展。结合建纬总分所共同参与的特殊的普通合伙的改制，在总分所层面建立共同的决策机制——总分所管委会，下设6个专门委员会与研究院，分别为：风险控制委员会；品牌运营委员会；市场拓展委员会；财务预算委员会；职业发展委员会；建纬研究院。

顺利交棒后，原建纬所掌舵人朱树英律师对于接班人给予了充分的肯定。他相信建纬所在新的掌门团队的领导下能够走得更远、走得更好，能够为中国的法治建设承担更多的社会责任。

扬帆再起航——新设业务部门，赋能青年人才

本次宣传周的起始之日恰逢《长江保护法》正式施行，拥有敏锐触角的建纬所立刻做出反应，已开始重点布局水务、水利、水工项目法律服务市场的开拓。

宣传周活动上，建纬所正式宣布成立了建纬水项目业务部。据介绍，该业务部将主要针对长江保护过程中会涉及的一系列的水项目，包括：水利、水务、水治理、水污染防治项目的投资和建设。

不论是工程总承包迈入新时代，还是建纬所又一专业部门的诞生，在意味着更多市场机会的同时，还需要配齐更多的青年后备军方能扬帆起航。值此管理层交棒之际，如何更好地传承、培养青年人才已成为建纬所的建设重点之一。

在本次宣传周的最后一日里，《建纬青年律师专业法律服务沙龙暨工程总承包法律论文评优颁奖会》备受瞩目。为了反映各位建纬律师在工程总承包领域的学术研究和工程实践的深度管控，建纬所开展了本次工程总承包论文征集评优。在陈军律师的主持下，郝运、郑冠红、杨杰作为一、二、三等奖获得者的代表律师上台，围绕得奖的论文作品展开分享，此外还有胡丹、张晗、黄克海(杭州分所)、张倩钰、汪铭律师分获优秀奖。

同日举行的《建纬青年律师专业法律服务沙龙》由建纬所青工委主任徐寅哲律师主持，在线下、线上同步进行。活动现场共有建纬总分所四十余名律师参与了现场的交流探讨，线下共计800余人次参与观看。

结语

成就优秀的行业律师，基于专业，更源于责任担当。这场七日之约圆满落幕，同时也拉开了建纬所奔向“二次腾飞”的序幕。

可以预见，建纬所在建设工程和房地产专业法律服务领域的服务内容将更宽广、更成体系、更注重围绕客户运作，并将进一步参与建设工程和房地产行业的有关立法、示范文本、规则制定等前沿专业课题研究，最终实现专业化律所向行业化律所的发展。（汪建）

建设工程实践经验和裁判规则的理论化重塑（裁判规则）

——读《规则与裁判：民法典下建设工程司法解释适用与拓展》有感

□石伟

高印立老师的专著《规则与裁判：民法典下建设工程司法解释适用与拓展》由法律出版社出版于2021年9月出版。好书由知名出版社出版，相得益彰。

高老师在“前言”中说，我是“本书内容的第一个读者，并提出了许多有益的建议。”前半句是真实的：能够作为“第一个读者”见证这本图书的创作与诞生，与有荣焉。后半句是高老师爱护、提携后学的话：所谓的“建议”，大多是文字校对方面的，因为书中的很多问题都是工程和法律领域的前沿问题，甚至是被第一次探讨和研究，我这个“第一个读者”大多数时候都是在吃力地学习，更别说提出“有益的建议”了。

要感谢高老师给了我第一时间学习的机会。也正是因为亲身参与其中，深感本书创作的不易、内容的严谨和质量的上乘。

更为重要的是，一方面，本书在学术性和实务性，或者说理论化和通俗化之间，形成了很好的平衡；另一方面，本书在对建设工程实践经验和裁判规则进行理论化重塑，树立了一个典范，也为后续研究者提供了一个可供参照乃至模仿的范式。我想，这应该是本书的独特学术贡献。

理论化重塑是指从法学理论层面对建设工程实践和司法裁判中的前沿问题进行阐释和总结。要想用法学基本理论对这些前沿问题进行解读，还需要研究者具有理论自觉，也就是从理论层面解读前沿问题的意识。

概括而言，本书对建设工程实践和裁判规则进行理论化重述，主要有三种途径或范式：

范式一：用法学基本理论对建设工程前沿问题进行了系统解读

建设工程领域是产生学术研究问题的“富矿”，实践中的前沿问题往往也是理论前沿问题。所谓的前沿问题，就是现有理论无法很好地解释和解决的问题，这往往也意味着既有的理论出现了空白。对于有着理论敏感性的研究者而言，寻找并发现这些“空白”，就意味着找到了值得学术研究的真问题，而不是想象出来的假问题。

高老师长期从事建设工程实践，既懂工程又懂法律，并且曾担任某中央企业常务副总法律顾问、某国有控股公司总裁职务，这就使得高老师具有了发现前沿问题的独特优势。同时，高老师也具有解读前沿问题的理论自觉。

以建设工程领域的难点问题建设工程价款优先受偿权为例，高老师对这一问题持续进行理论化研究。早在2005年，高老师就这一问题专门撰写了题为《论建设工程承包人的优先受偿权》的硕士论文（中国政法大学2005年硕士论文），是我国较早从理论和实践角度系统论述建设工程价款优先受偿权的长篇文章。此后，高老师继续关注这一问题，在2012年出版的《建设工程施工合同法律实务与解析》一书中，用专门一章系统分析了优先受偿权的理论和实践问题。本书继续对优先受偿权的前沿问题进行了探讨，比如债务人破产时优先受偿权的清偿顺位（本书第274-280页）、优先受偿权与一般抵押权的竞合（本书第266页）等。

再以建设工程领域常见的逾期不予答复视为认可问题为例，其背后的理论问题是，沉默是否构成意思表示。《民法典》第一百四十二条第二款规定：“沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示。”换言之，除法律规定、当事人约定和当事人之间的交易习惯外，沉默不构成意思表示。就沉默是否构成意思表示这一理论问题，建设工程结算的逾期不予答复视为认可问题，是其非常典型的实践表现形式，引起的争议较多。一方面，本书以《民法典》规定的意思表示理论为基础，对建设工程领域的逾期不予答复视为认可这一前沿实践问题，进行了理论化分析；另一方面，本书对涉及逾期不予答复视为认可的合同条款、规范性文件和司法案例进行了系统研究，又极大地拓展了沉默是否构成意思表示的理论研究深度和广度。

此外，本书还对索赔期限的法律性质、索赔期限条款的效力等前沿问题，运用比较研究的方法，深入分析大陆法系和普通法系国家的理论和案例，形成了有说服力，并且有理论深度的结论。

范式二：对裁判案例进行体系化和理论化的总结

在普通法系国家，特别是英国和美国法学院的教材体系中，案例教材是一种关键的教材，并诞生了诸如《奇蒂论合同法》（Chitty on Contracts）等具有广泛影响力，并且一版再版的教材。近年来，随着最高人民法院指导性案例制度的推广。我国学者逐步关注案例的分析，也出现了一些高质量的论著。

我国已经出版的使用法院案例的图书主要有两类：一类是单纯的案例汇编图书，基本上照搬案例原文，再加以简单的分类，或者配上简短的评述。这类图书的编写速度很快，但缺点也很明显——随着网络数据库的不断完善和发展，比如最高人民法院主办的“中国裁判文书网”的不断完善，可以在很大程度上取代此类图书。

另一类是理论类图书，在个别章节或者表述中援引法院案例作为论证的支撑材料，往往仅提及案例名称、案号、判决结果等。此类图书一般不会大段引用案例的内容，也不会对案例中的观点进行较为深入的分析，或者对裁判规则进行系统的总结。从学术的角度讲，此类图书中的法院案例仅是一种论证观点的支撑材料，这类图书也不是一般意义上的案例图书或教材。

本书区别于上述两种类型的图书，走出了“第三条道路”：

第一，作者从海量的法院裁判文书中遴选出合适的文书。如何选取合适的法院裁判文书，十分考验作者的学术眼光和理论功底。可以说，本书中选取的判决都具有典型性，也具有学术探讨的价值。

第二，作者对裁判文书进行必要的“裁剪”，而不是“照搬”原文。建设工程领域的案件所涉及的事实一般都较为复杂，法院裁判文书的篇幅较长，需要作者投入时间，对原文进行精细地“剪裁”。可以说，这种“剪裁”浓缩了案例的精华，在一定程度上提升了案例的质量。

第三，作者对部分裁判文书进行系统分析和点评，既表扬优点，也批评缺点，还要对个别案例阐述不同的观点。本书的很多分析和论证涉及多个案例，限于图书的篇幅和论证的需要，作者没有大段地引用案例原文，仅引用了部分案例的名称和案号，作为论证规则或观点的支撑材料。这恰恰体现了作者娴熟地使用材料的学术功力，在合适的地方、以恰当的形式使用案例。

第四，从案例中总结出一般性的裁判规则。有的裁判规则可以从单个案例中总结出来的，而有的规则体现在多个案例。

通过上述四个步骤对法院裁判文书进行“解剖”，并从中总结出裁判规则，这才完成了对裁判文书的学术性分析。

在本书中，法院做出的建设工程领域的判决具有多重意义：第一，法院判决的提出了值得研究的问题，或者指出了学术研究的新方向；第二，高质量的判决书也在一定程度上提供了学术研究的思路；第三，法院判决书为学术研究提供了可供分析的素材。

范式三：对裁判规则（司法解释条文）进行系统化的释义、理论化的探究和客观化的评判

法律需要解释才能得以适用。我国立法机关也出版了多部对法律进行解释的图书。比如，全国人大法工委对《民法典》出版的“释义丛书”。

最高人民法院颁布的司法解释是对裁判经验的归纳和总结，是一种裁判规则。和立法机关制定的法律类似，最高人民法院制定的司法解释也需要经过解释才能得以适用。最高人民法院对其颁布的司法解释也出版了“理解与适用丛书”。

本书从三个层面对司法解释的条文进行了解释：

第一，对司法解释条文中的“模糊”用语进行系统化的释义。比如，本书对“对建设工程价款结算达成协议”（本书第 153-156 页），“损害建筑工人利益”（本书第 285-387 页），“查明发包人欠付的工程价款数额”（本书第 398-403 页）等表述进行了系统释义。从表面上看，这些表述是清晰的，但在建设工程实践中，表现形式多种多样，需要进行类型化的分析和界定。

第二，对司法解释条文的理论渊源进行了探究。比如建设工程价款优先受偿权的理论基础和法律性质（本书第 247-257 页）、未竣工工程之上成立优先受偿权的理论基础（本书第 330-332 页），等等。只有厘清相关司法解释条文的理论渊源，才能更好地对条文中不确定的法律概念或概括表述，进行具体化，或者进行补充阐释。

第三，对司法解释条文的不足之处进行客观地评判，并给出解决问题的方案或建议。

从上述三个层面对司法解释的条文进行解释，特别是进一步解决司法解释没有回答的问题，或者完善司法解释条文中存在的问题，都对作者的知识背景和综合能力，提出了极高的要求。

幸运的是，高老师的知识背景和综合能力完全可以驾驭这种高难度的智力活动。高老师精通法学和工程理论；作为建筑企业的高管，曾长期身处工程行业一线；作为国内多家仲裁机构的资深仲裁员，裁判了数以百计的复杂工程案件。兼具这些能力的专家，是稀缺的，高老师就是这种稀缺的重量级专家。

结语：没有结束的学术探索

概括而言，本书发现了建设工程领域司法裁判和业务实践中的大量前沿问题，并对这些问题进行了理论化重塑，是进行上述三种理论化重塑的典范，也为后来的研究者提供了可供模仿、参考，乃至复制的研究范式。

我一直以为，做学问的人要写出后来的研究者“绕不过去”的作品。我可以确信的是，在工程法律这一研究领域，此书即是一本后来者“绕不过去”的作品，不仅会成为“畅销书”，更会成为“长销书”。

图书出版了，但高老师的学术探索仍在继续。生命有涯，而学术探索无涯。这种探索过程，是一个不断进行自我否定和自我说服的过程。说服自己，才有可能说服别人。高老师以理工科人的严谨思维，把问题从事实上理清、从逻辑上理顺，从发现问题，到解释问题，到解决问题，这是一个不断进行自我说服的过程。因此，写作的过程，与其说是说服别人的过程，毋宁说是说服自己的过程。高老师愿意投入时间去写作，且能写出优秀的作品。

人在年轻的时候，有写东西的精力和激情，但缺少经验和历练，作品往往失之浑厚，成为经典之作的可能性较低。等人过了“知天命”的年龄，理论、经验和见识都具足了，但精力往往又不够了，对于写作，特别是创作“大部头”的作品，心有余而力不足。对于理论和实践俱佳、又有精力能够写出优秀作品的作者，于出版界和学术界而言，是幸事，于读者也是幸事。高老师就是这样的作者。更为难得的是，高老师是无私的，不为稻粱谋、不为名声谋，能够全面披露自己的经验，而不会“留一手”。

年轻是一种心态，是一种状态。有的人尽管年龄尚小，但心态和状态已经暮气沉沉；与之相反，有人年逾耳顺，仍然在探索宇宙和人生的奥秘，心态和状态都朝气蓬勃、活力十足。在此意义上，对建设工程裁判规则 and 实践经验不断进行探索和高老师，永远年轻！

（作者单位：北京采安律师事务所）

房地产金融调控政策下建筑企业法务工作的新挑战和新要求

□ 顾增平

房地产金融调控的“三线四档”政策

2020年8月20日，住房和城乡建设部、人民银行在北京召开重点房地产企业座谈会，其中监管部门推出的“三线四档”政策受到广泛关注，对房地产企业影响巨大。为控制房地产企业有息债务的增长，监管部门设置了“三道红线”即房地产企业剔除预收款后的资产负债率大于70%、净负债率大于100%、现金短债比小于1倍。按“三道红线”，房地产企业分为“红、橙、黄、绿”四档。以有息负债规模为融资管理操作目标，分档设定为有息负债规模增速阈值，每降低一档，上限增加5%。如果“三线”均超出阈值为“红色档”，有息负债规模以2019年6月底为上限，不得增加；“二线”超出阈值为“橙色档”，有息负债规模年增速不得超过5%；“一线”超出阈值为“黄色档”，有息负债规模年增速不得超过10%；“三线”均未超出阈值为“绿色档”，有息负债规模年增速不得超过15%。

参加本次重点房地产企业座谈会的房企包括12家，分别是碧桂园、恒大、万科、融创、中梁、保利、新城、中海、华侨城、绿地、华润和阳光城。根据国盛证券按“三道红线”标准测算，以2019年末数据为基准，参会的12家房企中，“三道红线”位于红档的是4家房企：中国恒大、融创中国、绿地控股、中梁控股；位于橙档的是阳光城；位于黄档的是碧桂园、万科、新城控股；位于绿档的多位央企系房地产公司，包括保利发展、中海地产、华润置地、华侨城。

建筑企业面临的新挑战及对策

在2020年“三线四档”政策叠加银行与金融机构房地产贷款集中度管理制度影响下，房地产债券违约事件频发，另外由于房企在上下游关系中拥有较高的话语权，对下游供应商多数采用商票的方式支付部分或全部款项，今年以来商票到期无法兑付现象集中爆发，建筑企业面临下浮分包商、材料商挤兑债权风险。同时，部分房企案件司法集中管辖，加之近期最高人民法院关于级别管辖的新规，部分以房地产项目为主的建筑企业今年以来面临建设项目减少，工程款越来越难要，分包商、材料商诉讼的案件骤增等多重压力。建筑企业如何应对这些新的挑战，就显得非常重要。笔者结合今年以来代表建筑企业处理的一些建设工程项目案件，梳理总结如下。

1. 针对发包人拖欠工程款（包括工程进度款）严重的项目，建筑企业要及时采取诉讼保全+确认优先权的组合措施确保工程款债权实现。

实践中，房地产项目的开发建设一般均是通过设立独立的有限责任公司来运作，近年来部分房地产开发企业在有开发利润的情况下通过各种途径提前将部分利润转移，但同时又不按照施工合同的约定支付工程款，导致建筑企业通过诉讼追要工程款时，赢了官司，但项目公司无可供执行的资产。因此在房地产金融调控政策下，建筑企业针对发包人拖欠工程款严重的项目，要及时采取诉讼保全措施防止房地产开发企业转移资产，同时通过诉讼确认建设工程价款优先受偿权，确保将来房地产开发企业资不抵债破产或破产重整时，工程款债权清偿免受影响。

建筑企业提起建设工程施工合同纠纷诉讼保全时，通常会对房地产开发企业未售的商品房进行查封，但由于我国对商品房预售同时实行有预售资金监管制度，其中住建部《关于进一步加强房地产市场监管完善商品住房预售制度有关问题的通知》（建房【2010】53号）中明确要求“完善预售资金监管机制。确保

预售资金用于商品住房项目工程建设；预售资金可按建设进度进行核拨，但必须留足足够的资金保证建设工程竣工交付。”《国务院办公厅关于继续做好房地产市场调控工作的通知》（国办发【2013】17号）中也明确规定“各地区要切实强化预售资金管理，完善监管制度；尚未实行预售资金监管的地区，要加快制定本地区商品房预售资金监管办法。”全国各地也根据上述有关通知要求建立了本地区的商品房预售资金监管规定，要求对商品房预售资金进行监管。因此新阶段诉讼保全时，要特别关注到对房地产预售监管资金的查封。

在房地产企业同时欠付其他债权人债务时，商品房预售监管资金能否被其他债权人强制执行？最高院在南通八建与国隆置业公司执行异议复议一案中认为，《房地产管理法》第四十五条规定“商品房预售所得款项，必须用于有关的工程建设”。案涉工程进度款属于工程款，因此监管资金不能为其他债权人从商品房预售资金监管账户中执行。最高院对该案的处理意见也为建筑企业在遇有类似的商品房预售监管资金被其他债权人要求查封或强制执行时如何处理提供类案参考。

在房地产金融调控政策的影响下，部分房企可能因资不抵债而进入破产或破产重整程序，因此建筑企业通过诉讼途径主张工程价款时一定要通过诉讼确认建筑企业享有建设工程价款优先受偿权，以免房地产开发企业破产或破产重整时，工程款债权清偿受到影响。在确认建筑企业享有建设工程价款优先受偿权时，要特别注意发包人应承担的逾期付款违约责任中的应付价款之日与行使建设工程价款优先受偿权中的应付价款之日的区别和准确界定。

2. 针对因发包人资金原因停工的项目，建筑企业要果断决策，充分运用合同解除权早降风险。针对因发包人资金原因停工的项目，建筑企业要做好项目调研和预判，在发包人不能落实相应担保措施和减少工程应收款的情形下，建筑企业要果断利用合同约定和法律规定赋予的合同解除权，充分运用合同解除权，解除合同，降低合同履行后继续增加工程应收款的风险。

3. 针对前期因发包人资金原因停工，现项目资产足以覆盖工程款的项目，建筑企业要积极与政府沟通，在政府“保交楼、保农民工”的强有力监管下，积极复工复产，助力化解建筑企业工程应收款风险。

针对前期因发包人资金原因停工的在建项目，如HD系在建项目，因HD系的债务危机，建筑企业对在建项目基本采取了停工措施。现HD系根据政府“保交楼”要求积极复工，针对这类的项目，建筑企业经过调研，如项目资产（包括预售监管资金、可售商品房、车位等）足以覆盖工程款，建筑企业要积极与当地政府沟通，争取政府强有力的监管，对该类项目要积极复工复产，通过复工复产，带动项目销售，带动工程款回收，助力化解建筑企业工程应收款风险。

4. 针对融资渠道受到影响，建筑企业要积极利用保理模式拓宽融资渠道，但需要认真甄别保理合同内容，以防新增建筑企业债务。

《中华人民共和国民法典》第七百六十一条规定，保理合同是应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人，保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务的合同。第七百六十六条规定，当事人约定有追索权保理的，保理人可以向应收账款债权人主张返还保理融资款本息或者回购应收账款债权，也可以向应收账款债务人主张应收账款债权。保理人向应收账款债务人主张应收账款债权，在扣除保理融资款本息和相关费用后有剩余的，剩余部分应当返还给应收账款债权人。第七百六十七条规定，当事人约定无追索权保理的，保理人应当向应收账款债务人主张应收账款债权，保理人取得超过保理融资款本息和相关费用的部分，无需向应收账款债权人返还。根据上述规定，针对融资渠道受到影响的情形，建筑企业要积极利用保理模式拓宽融资渠道，将应收账款转让给保理人，由保理人提供资金。但建筑企业需要认真甄别保理公司提供保理合同内容，争取采用无追索权保理的方式融资，如采用有追索权的保理，将来保理人仍可向建筑企业主张返还保理融资款的本息，这势必会新增建筑企业债务。

5. 针对前期收取的房企商业承兑汇票，建筑企业要特别关注到票据民间贴现业务的违法性。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）第101条规定，票据贴现属于国家特许经营业务，合法持票人向不具有法定贴现资质的当事人进行“贴现”的，该行为应当认定无效，贴现款和票据应当相互返还。当事人不能返还票据的，原合法持票人可以拒绝返还贴现款。人民法院在民商事案件审理过程中，发现不具有法定资质的当事人以“贴现”为业的，因该行为涉嫌犯罪，应当将有关材料移送公安机关。民商事案件的审理必须以相关刑事案件的审理结果为依据的，应当中止诉讼，待刑事案件审结后，再恢复案件的审理。案件的基本事实无须以相关刑事案件的审理结果为依据的，人民法院应当继续审理。根据票据行为无因性原理，在合法持票人向不具有贴现资质的主体进行“贴现”，该“贴现”人给付贴现款后直接将票据交付其后手，其后手支付对价并记载自己为被背书人后，又基于真实的交易关系和债权债务关系将票据进行背书转让的情形下，应当认定最后持票人为合法持票人。依据上述规定，票据民间贴现行为无效，贴现款和票据应当相互返还。实践中，建筑企业在取得房地产开发企业的商业承兑汇票后，部分背书转让给有真实交易关系和债权债务关系的材料商、分包商等，但也有相当一部分商业承兑汇票，建筑企业背书给专门从事票据贴现业务的公司，一方面建筑企业要关注该类公司能否支付贴现款，另一方面因部分房地产开发企业的商业承兑汇票到期后无法兑付，建筑企业面临被诉要求返还贴现款的风险，因此建筑企业要特别关注到民间贴现业务的违法性，谨慎进行票据贴现。

建筑企业法务工作的新要求

房地产金融调控政策下，房地产企业不断爆雷，建筑企业随之受到严重冲击影响，建筑企业法务工作面临新的挑战 and 巨大压力，建筑企业法务工作如何突出重围，在企业决策、经营管理、风险防范等方面突出重要作用，笔者认为新阶段建筑企业法务工作应当做到：

1. 建筑企业法务工作要具备超前意识，提前识别行业风险，超前谋划，超前预警，做好风险防范机制设计，做好“五人”，即做好风险预警的吹哨人，风险防范机制的设计人，风险防范政策执行的监督人，外聘律所和律师的选择人，大项目、大案件的考核人。

2. 建筑企业法务工作要建立好重大项目风险管控台账、诉讼案件管控台账，实行动态管理、闭环管理。

3. 建筑企业法务工作要对重大案件要形成统一、合法、合理的诉讼策略和诉讼方案，并监督诉讼策略和诉讼方案的执行，确保建筑企业依法实现合法权益。

作者单位：上海市建纬（南京）律师事务所

如何成为一名卓越的工程企业法务人员？

□中建一局集团二公司总法律顾问 徐晓良

工程企业法务不同于法官、律师，甚至其他行业的法务。由于其行业和专业特殊性，而有许多自己独特的特点。如何做好工程企业法务工作，成为一个卓越的工程企业法务人员，是一个非常值得探讨的问题。我作为常年在工程企业从事一线法务工作的一员，结合自己的工作实践，谈一点粗浅的看法，供大家参考。

工程企业法务必须清晰职业定位

法律职业共同体中专业律师首当其冲是非常重要的一个群体。专业化的建设工程律师可以为工程企业解决各种法律问题，那既然有了外部工程律师，为什么工程企业还需要设置企业法务管理岗位？工程企业

法务与外部律师又有什么不同？笔者认为，因为工程企业要有完全站在自己利益又懂法律的专业人士为企业代言，企业运营管理商业秘密的需求不便于交给外部律师，因为有些问题出于职业习惯律师只会站在法律的角度就法律问题提出“治病”方案，而并不清晰企业运营实质和核心发展目标，特别是对于专业性较强的工程行业的企业。

工程企业的法务作为企业内部人员是为工程企业运营发展提供法律服务的内部专职人员，可全程亲历参与企业运行管理、甄别和防控法律风险，更有利于防范未知风险，这对于风险复杂、集中而专业的工程企业来说十分关键。

提起工程企业法务，大家立马想到的就是打官司、企业管理的官司、进行工程法律普法培训等。但是，这只是工程企业法务部分工作。工程企业对法务人员不仅提供工程法律的专业支撑，更是工程企业法律风险的管理者和企业价值的创造者。笔者认为，工程企业法务的核心价值不仅仅是打官司和普法宣传，而应当定位于企业法律风险管控，通过完美的法律风险防控体系的运行为企业创造价值。在工程企业，工程施工总承包合同的法律审核与完美履行，以及分包分供合同的执行是施工企业法务人员的职业生命线。合同的法律审核可识别、化解、转移、降低法律风险，防患于未然。合同的完美履行可获得承包方利益的最大化，实现发包方与承包方共赢。

明确了工程企业法务的职业定位，就确定了工程企业法务的核心职责。任何企业的经营都不可能是绝对的零风险，工程企业更是如此，在获得利润的同时，企业必须承担相应的商业风险。法律风险管控，也绝不是保证企业业务系统在零风险的情况下运作，而是帮助企业业务系统认清所存在的风险点以及风险后果，在风险可控的前提下去开展运营活动。工程企业法务应当打破习惯思维的局限，应积极为工程企业的业务拓展创造条件、提供思路，要做工程企业的“保健医生”。

工程企业法务要了解工程行业趋势、战略发展和市场变化，梳理和分析与工程企业战略发展方向相关的法律法规和政策环境，大胆地做出法律分析预测，供工程企业领导谋划战略发展方向的参考。当然，有能力的企业法务也应积极参与甚至推动行业立法，为企业争取更好地法律政策空间，让工程行业的立法与实践结合更为紧密。笔者曾通过参加中国建筑业协会组织的《建设工程施工管理规程》T/CCIAT0009—2019的起草编辑，充分地了解了行业规范的最新动态，这对于本企业核心业务发展具有十分积极的作用，也便于提前部署相关管理工作。

我们知道，工程企业与其他企业一样，其生命力在于风险控制和不断的管理创新，企业法务要深入其中，全面参与企业运营管理和业务经营活动，要努力成为企业核心业务运营中必不可少的关键成员，把法律风险防控与企业的管理和业务经营紧密结合，无缝嵌入到各业务系统。在企业运行过程中，发现运营管理中的风险点并找到解决方案，最大限度地避免法律风险的出现，保障工程企业管理和工程生产的稳健运行。工程企业优秀的法务，应该对企业的法律风险了然于胸，能够用业务部门清晰理解的语言去分析各类项目潜在的法律风险是什么？潜在法律风险发生的可能性有多大？一旦发生对业务系统会产生多大影响？发生后是否有弥补的措施？是否会对企业整体发展运营产生重大影响？如果只就法律论法律，就风险说风险，企业法务就会丧失独立存在的价值。

工程企业法务职业定位不是一个结果，而是一个贯穿工程企业管理和业务经营的全过程。当然，能力决定定位，工程企业法务还应当具有扎实的专业知识和解决问题的能力。工程企业运营复杂，项目周期长，需要解决问题繁多而复杂，无论是项目履约、合规运营，还是风险化解问题，都需要有非常强的解决实际问题的能力。

工程企业法务必须不断为企业创造价值

为工程企业创造价值是工程企业法务的生存之本。近年来，随着市场经济和国家法治建设的不断深入和完善，工程企业法务的作用也日益凸显，越来越成为法律服务业中一支生力军，许多工程企业也越来越意识到企业法务对于工程企业的独特价值。工程企业的法务应做企业利益维护的“战士”“卫士”和“谋士”。

工程企业法务作为“战士”，要精通法律知识和企业运营知识，在不得以采取法律措施维护企业合法权益时，运用法律知识化解争议双方的焦点和矛盾，善于运用沟通技巧促成双方协商和解，实现企业利益最大化和价值创造，做到来之能战，战之能胜。

工程企业良性运营更需要“卫士”和“谋士”，因为企业打官司只是法律措施不是目标，是不得已采取的法律手段，说到底，把法律风险管控好，才是工程企业法务职业的价值所在。工程企业法务工作涉及企业所有专业系统，从工程项目招投标文件及合同审核、规章制度建设、项目法律风险识别管理和纠纷化解，都彰显了工程企业法务“卫士”职能的价值。在建设工程项目招投标阶段，企业法务协助企业业务部门和公司领导，对建设方和合作伙伴进行尽职调查，排除存在失信和不良记录的工程发包方和合作伙伴，避免踩“红线”的工程项目；通过招标文件及合同审核，识别存在严重风险的合同条款，评判合同条款的风险级别，开展针对性的合同交底，提出化解法律风险的具体方案，从而实现完美履约，提升企业竞争能力；在工程企业规章制度的制定过程中，企业法务评审把关，保证企业制度的制定、发布、实施等流程合法合规，避免不合规或与法律法规相冲突条款的出现，确保规章制度的有效性、严密性和公正性，也能够为工程企业建立强有力的运行机制提供有力保障。

优秀的企业法务还应当是企业的“谋士”，从企业战略、运营模式优化、企业工程项目布局等多维度考量法律风险的防控，树立企业一盘棋的全局意识，主动配合主营业务和企业战略出谋划策，深挖企业业务的法律需求，发现业务管理中的潜在风险，出具法律意见和法律产品设计和整套解决方案，提供给企业及相关业务系统参考决策。

工程企业法务做好“三个角色”需要深入理解企业的业务模式。工程企业的主营业务工程企业法务开展工作的核心，要做好“三个角色”，为企业创造价值，要求工程企业法务除了具备法律思维以外还要具备商业思维和管理思维。在工程企业运营过程中，商业问题、项目管理问题和法律问题错综交织，没有截然的分界，大量的商业问题项目管理问题最终都应当落实成可执行的管理制度和合同条款，这就需要企业法务对工程行业的商业问题和管理问题有精准的了解。工程企业的法务管理人员是工程项目履约的全程参与者和见证者，更是项目完美履约与良好管理的忠诚“卫士”，企业法务与合同相对方每一次的深入沟通、审核每一份工作联系单时的字斟句酌的推敲、工程合同执行文件精心建议无不践行着工程企业法务“三个角色”的职责。工程企业法务践行好“三个角色”的职责，就能够为企业和工程项目化解风险，创造价值。

工程企业法务必须勇于实践，敢于接受挑战，善于总结改进

工程企业的法务不一定是百科全书，但必须勇于实践，善于学习和不断改进。工程企业法务是解决工程企业实际问题的专家，专业技能只有在工程实践中才能不断成长和精进，因此，作为工程企业的法务必须敢于实践，勇于实践，敢于接受挑战和困难，不能仅仅关在书斋里冥思苦想，不能避重就轻，拈轻怕重；工程企业法务要不断更新自己的知识库，更新思维模式，因为法律的生命在于实践，无论掌握多少法律知识，都必须转化为解决实际问题能力才有价值；工程企业法务要善于总结经验教训，从合格成为优秀，从优秀迈向卓越，应擅于总结工作中的闪光点及不足，反思足以让人警醒，总结足以让人进步；工程企业法务还要培养严谨细致的工作作风。很多法律风险都潜伏在一些细微之处，一旦爆发影响巨大。具有严谨细致作风的工程企业法务才能识别其中端倪，及时发现风险，做好风险规避、转移与化解。

优秀的工程企业法务不能沉浸在法律的专业话语体系里孤芳自赏，而应适应企业业务系统的需求：工程企业法务要讲业务系统听得懂的话，不要只会说法律术语；工程企业法务要深入企业业务系统内部，了

解其专业程序和问题所在；工程企业法务不能只做法律判断和定性，要能针对实际问题给出切实可行的解决方案。要做到这些要求，必须具备熟知企业核心业务的能力。工程企业法务工作是一个提供内部法律服务，满足企业法律需求的一个过程。不深入业务场景，不懂业务模式，所有法律意见或法律审核都将成为一种脱离实际的形式审核。对业务模式的深入理解才能识别与判断真正的风险，实现法务职业的价值。

工程企业法务要善于“营销”自己，影响别人

和其他很多职业一样，工程企业法务要具备“营销”自己和说服他人的能力。工程企业法务要主动意识到企业及企业各部门的法律需求，并尽可能地提供适合的法律铲平满足它的需求。这就要求工程企业法务要具备洞察交易需求的能力、说服业务部门的能力和商务谈判能力。企业法务人员与其他业务人员出于职责本能，相互之间存在“冲突”的问题由来已久，但是这个问题并非不可调和。一个好的工程企业法务人员需要在法律专业和业务需求之间及时进行思维转换，法务人员要能够站在企业主营业务系统的角度提出切实可行的意见，并对意见的具体执行进行详细的交底，不能成为业务发展阻碍者，而是成为业务开拓和可持续发展的促进者。要破解主营业务系统针对法务意见和建议所提出的所谓“站着说话不腰疼”的批评。当然，这并不是有巨大不可控风险的业务也鼓励企业去承接，而是应当发挥自己的专业优势，为业务开拓和运营中出现的问题，不断提出建议性的意见和法案，而不能仅仅是个否定者，使工程企业利益最大化，发展可持续。

工程企业法务与生俱来的使命便已经决定了要想成为一名卓越的企业法务人员，就必须同时具备精湛的法律专业知识及技能和良好企业管理思维。在当下工程行业竞争日益激烈的形势下，工程企业高质量发展对法务人员的要求更加苛刻。要成为一个卓越的工程企业法律人员，格局要大，业务要实，能力要强，上述要求就是“必修课”。

我国工程监理人的法律地位与权责研究

□陈杰 于文菊

自1988年实施建设工程监理制度以来，工程监理对我国工程建设管理专业化发展发挥了重要的积极作用。目前，我国《民法典》《建筑法》《建设工程质量管理条例》以及《建设工程安全生产管理条例》等法律法规对工程监理的基本含义和主要内容进行了规定，但长期以来关于监理人的法律地位和权责问题却广受争议，特别是当监理人实施的具体行为成为建设工程施工合同纠纷的争议焦点时，如何界定监理人的权限，如何认定监理行为的效力、法律后果及责任承担，一直是理论界和实践中的难点问题。特别是近年来国家鼓励推行全过程工程咨询，监理人的法律地位与权责研究对准确定义和理解这一新概念亦具有一定的积极意义。基于此，本文将结合我国现行法律规定、相关合同范本以及典型实务案例，对我国工程监理人的法律地位与权责问题进行研究，以期为解决相关纠纷提供些许思路。

监理人的法律地位

根据《民法典》第七百九十六条的规定，建设工程实行监理的，发包人应当与监理人采用书面形式订立委托监理合同。即根据这一规定，监理人似乎可以定义为“发包人的受托人”；但，根据《建筑法》第三十二条的规定，建筑工程监理应当依照法律、行政法规及有关的技术标准、设计文件和建筑工程承包合同，对承包单位在施工质量、建设工期和建设资金使用等方面，代表建设单位实施监督。即根据这一规定，监理人似乎又可以定义为“发包人的代理人”；然而，根据《建筑法》第三十四条第二款的规定，工程监理单位应当根据建设单位的委托，客观、公正地执行监理任务。即根据这一规定，监理人似乎又具备相对于发包人和承包人的一定独立性，发挥着“独立第三方”的作用。那么，监理人究竟处于怎样的法律地位呢？

1. 监理人是发包人的“受托人”还是“代理人”？

根据《民法典》第七百九十六条和《建筑法》第三十一条的规定，发包人与监理人基于委托监理合同形成委托合同关系，这一法律定性已经十分明确，但发包人与监理人之间是否构成代理关系，则存在较大争议。在探讨这一问题前，有必要对“委托”与“代理”予以区分：

从“委托”与“代理”的法律规定来看，纵观各国法制史，最初仅有关于“委托”的相关规定，直到1900年《德国民法典》将产生代理的基础关系扩展为委托授权和法律规定，开始将“委托”与“代理”作为不同的内容予以规定，其后多个国家将“委托”与“代理”的概念予以区分，“委托行为”与“代理行为”也逐渐开始由不同的法律条文予以规范。根据我国《民法典》的规定，“代理”列于总则编第七章，其中第一百六十二条规定，“代理人在代理权限内，以被代理人名义实施的民事法律行为，对被代理人发生效力。”而“委托”则规定在典型合同分编第二十三章中，其中第九百一十九条规定，“委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。”第九百二十条规定，“委托人可以特别委托受托人处理一项或者数项事务，也可以概括委托受托人处理一切事务。”

基于法理学分析及具体的法律规定，我们可以看出“委托”与“代理”在本质上是存在区别的：“委托”是一方授权另一方为了他人的利益而为一定行为，以委托合同关系为基础，不仅包括法律行为，也包括事实行为，具有全面性；而“代理”是代理人以被代理人名义实施的民事法律行为，以委托代理合同或法律规定为基础，一般有明确的代理权限，限于具体的法律事务，代理行为对被代理人发生效力。

因此，基于“委托”与“代理”的本质不同，我们认为，发包人与监理人之间是委托关系而非代理关系，主要理由是：

第一、监理行为不仅指向具体的法律行为，而是监理人按照发包人的指示处理委托事务，包括对建设工程的质量、造价和工期进行控制和协调的概括行为；

第二、监理人并不是以发包人的名义实施法律行为，虽然《建筑法》规定监理人代表发包人实施监督，但并未规定监理人要以发包人的名义进行监督，反而要求代理人执行监理任务应当客观、公正；

第三、监理行为具有一定的独立性，并非仅以发包人的明确授权为限，特别是当发包人的指示与监理人基于法律规定和监理规范作出的选择相冲突时，监理人享有独立履行职责的权利，这与代理的一般特征并不相符。

综上所述，虽然“监理”与“代理”具有一定的相似性，但从本质上来看，监理人与发包人之间形成的是委托合同关系而不是代理关系，监理人是发包人的“受托人”而不是“代理人”。

2. 监理人是否是相对于发包人和承包人的“独立第三方”？

首先，监理人对发包人的“独立性”是相对的。虽然《建筑法》第三十四条规定，工程监理单位应当客观、公正地执行监理任务，该规定强调当发、承包双方发生争议时，监理人应当秉持客观和公正的态度对事实和法律问题进行证明。但事实上，由于监理人依据其与发包人签订的委托监理合同，在发包人的委托授权范围内处理事务，并基于委托监理合同的约定从发包人处获得监理费用，在此情况下要求监理人与发包人的绝对独立性，与现实不符。因此，基于委托监理合同和法律规定的特殊性，监理人对发包人的独立性是相对的。其次，监理人对承包人的“独立性”是绝对的。一方面，监理人和承包人之间不存在合同法律关系；另一方面，《建筑法》第三十四条明确规定，“工程监理单位应当根据建设单位的委托，客观、公正地执行监理任务。工程监理单位与被监理工程的承包单位以及建筑材料、建筑构配件和设备供应单位不得有隶属关系或者其他利害关系。”因此，监理人执行监理任务，对承包人进行监督，其相对于承包人具有绝对的“独立性”。综上所述，关于监理人的法律地位，我们认为：发包人与监理人之间形成的是委

托合同关系而不是代理关系，其之间具有相对的独立性；监理人与承包人之间不存在合同关系，但基于发包人对监理人的委托以及相关的规定，其之间形成的是监督与被监督的关系，具有绝对的独立性。

监理人的权贵

基于监理人法律地位的特殊性，监理人的权贵因此具有一定的复杂性。虽然，现有规定未对监理的权贵进行明确界定，但基于长期以来的发展，已在委托监理合同中形成了具有一定共性的“实践规则”，这些“实践规则”一方面是监理法律理论的具体呈现，另一方面也为监理法律理论发展提供了实践基础。本部分，我们以较为常用的《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201）（以下称《17版施工合同》）和《建设工程监理合同（示范文本）》（GF-2012-0202）（以下称“《12版监理合同》”）为依托，通过其中关于监理人权贵的具体约定，对监理人的“权限”和“责任”进行分析与探讨。

1. 监理人的权限

经检索，《17版施工合同》中共有348处出现“监理”一词，《12版监理合同》中共有127处出现“监理人”一词，其中关于监理人权限的约定除了集中在监理人的权利义务部分，还散见于合同的不同条款中。虽然，针对不同的事项，监理人享有的权限也不尽相同，但归纳起来，大致可以分为以下三类：

第一、监理人有权直接实施的行为。如，《17版施工合同》通用条款第5.3.2条约定，“经监理人检查确认质量符合隐蔽要求，并在验收记录上签字后，承包人才能进行覆盖。”第8.3.2条约定，“承包人进行永久设备、材料的制造和生产的，应符合相关质量标准，并向监理人提交材料的样本以及有关资料，并应在使用该材料或工程设备之前获得监理人同意。”第8.5.1条约定，“监理人有权拒绝承包人提供的不合格材料或工程设备，并要求承包人立即进行更换。”

第二、监理人实施具体行为需经发包人同意或由发包人指示。如，《17版施工合同》通用条款第7.8.3条约定，“监理人认为有必要时，并经发包人批准后，可向承包人作出暂停施工的指示，承包人应按监理人指示暂停施工。”《12版监理合同》通用条款第2.3.3条约定，“监理人可根据工程进展和工作需要调整项目监理机构人员。监理人更换总监理工程师时，应提前7天向委托人书面报告，经委托人同意后方可更换；监理人更换项目监理机构其他监理人员，应以相当资格与能力的人员替换，并通知委托人。”

第三、监理人无权实施的行为。如，《17版施工合同》通用条款第4.1条约定，“监理人无权修改合同，且无权减轻或免除合同约定的承包人的任何责任与义务。”第6.1.1条约定，“承包人有权拒绝发包人及监理人强令承包人违章作业、冒险施工的任何指示。”《12版监理合同》通用条款第8.5条约定，“监理人及其工作人员不得从与实施工程有关的第三方处获得任何经济利益。”

除了从合同约定的角度探讨监理人的权限外，实践中对监理签字的效力认定也与监理权限密切相关。虽然，目前实践中对监理签证效力的认定标准尚不统一，但亦形成了一定的规则。如，《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》第十条规定，“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。”再如，最高人民法院（2019）最高法民申3557号案裁判要旨：根据《施工合同》的相关约定，监理工程师有权在合同约定的范围内代表发包人对案涉工程的工程量进行计量确认，但是承包人提交的与新增工程量有关的《工程量签证表》上监理工程师的签字时间明显晚于发、承包双方签署《完工结算汇总表》的时间，在发包人不予认可且承包人未能就监理工程师签字时间晚于工程结算时间作出实质性合理解释，以及未能提交其他证据证明《工程量签证表》所涉工程量真实性的情形下，对监理工程师签认的新增工程量不予确认。

经归纳和总结：对于监理人有权直接实施的行为，主要涉及工程建设中的工程量、工期、工程质量等“事实问题”的确认，这与监理人基于委托监理合同和法律规定，通过自身专业知识对工程执行监督职责是一致的；而对于监理人需经发包人同意或由发包人指示才能实施的行为，主要涉及工程的进度控制、造价控制等可能对发、承包双方履约产生影响的“决策事项”；而对于监理人无权实施的行为，主要涉及改变施工合同中发、承包双方权利义务的事项以及违反法律规定的事项。

2. 监理人的责任

监理人的不同行为可能产生不同的法律后果，对应不同的法律责任，包括行政责任、刑事责任和民事责任。相比较于行政责任和刑事责任，监理人特殊的法律地位对其民事责任的承担影响最大，主要原因是，监理人虽然并不是建设工程施工合同的主体，但其基于委托监理合同和相关法律规定，亦对工程质量、造价和工期的管控承担义务，有义务必然有责任，那么监理人该承担何种责任，其与发包人、承包人对工程质量、造价和工期承担的民事责任又有何不同？

首先，从监理人需承担的民事责任来看，《建筑法》第三十五条第一款规定，“工程监理单位不按照委托监理合同的约定履行监理义务，对应当监督检查的项目不检查或者不按照规定检查，给建设单位造成损失的，应当承担相应的赔偿责任。”《12版监理合同》通用条款第4.1条约定，“监理人未履行本合同义务的，应承担相应的责任。”“因监理人违反本合同约定给委托人造成损失的，监理人应当赔偿委托人损失。监理人承担部分赔偿责任的，其承担赔偿责任金额由双方协商确定。”即，无论是法律规定还是合同约定，均将监理人承担赔偿责任的范围界定为“不按照委托监理合同的约定履行监理义务”。

其次，从监理人责任与发、承包方责任的关系来看，一方面，监理人的民事责任不对发、承包人应承担的责任产生影响。如《17版施工合同》通用条款第1.6.4条约定，“监理人的审查并不减轻或免除承包人根据合同约定应当承担的责任。”第4.3条约定，“监理人对承包人的任何工作、工程或其采用的材料和工程设备未在约定的或合理期限内提出意见的，视为批准，但不免除或减轻承包人对该工作、工程、材料、工程设备等应承担的责任和义务。”另一方面，因发、承包人原因产生的责任不对监理人应承担的责任产生影响。如《12版监理合同》第4.3条约定，“因非监理人的原因，且监理人无过错，发生工程质量事故、安全事故、工期延误等造成的损失，监理人不承担赔偿责任。”

基于上述分析我们认为：《17版施工合同》和《12版监理合同》中关于监理人权责的具体规定，与监理人的法律地位是完全一致的。无论是监理人的“权限”还是“责任”，都应当在发包人与监理人形成的委托合同关系、监理人与承包人之间形成的监督与被监督关系之下进行考虑。换言之，除了法律法规、工程建设标准、建设工程监理规范等相关规定和标准要求外，对于监理人的“权责”认定应以委托监理合同下监理人的权利义务为限，对于仅在施工合同项下约定的、仅影响发、承包人权利义务的事项，监理人不享有直接的权利，相应地，也不承担非因其原因产生的责任。

工程监理与全过程工程咨询

2017年2月，国务院办公厅在《关于促进建筑业持续健康发展的意见》（国办发[2017]19号）中提出，鼓励投资咨询、勘察、设计、监理、招标代理、造价等企业采取联合经营、并购重组等方式发展全过程工程咨询。同年7月，住房和城乡建设部在《关于促进工程监理行业转型升级创新发展的意见》（建市[2017]145号）中提出，逐步形成以市场化为基础、国际化为方向、信息化为支撑的工程监理服务市场体系，培育一批智力密集型、技术复合型、管理集约型的大型工程建设咨询服务企业。除国家层面的相关规定，山东、湖南、福建、四川等多省市亦先后出台了具体的地方规定，提出积极探索全过程工程咨询委托方式，包括委托内容、委托程序以及委托服务费的计取等。2018年2月，广东省住房和城乡建设厅发布《关于贯彻落实〈住房和城乡建设部关于促进工程监理行业转型升级创新发展的意见〉的实施意见》提出，鼓励以政府购买

社会服务的方式，委托监理企业协助质量安全监管机构对工程项目进行工程质量安全监督。同时提出推行工程质量保险制度，保险机构可委托监理企业开展施工过程中风险分析评估、质量安全检查等工作。

通过上述规定，我们似乎可以看出以下信号：首先，工程监理的范围正由“传统的施工阶段”向“投资咨询、勘察、设计、施工等”全过程延伸；其次，新概念以“全过程工程咨询”而非“全过程工程监理”进行定义，反映了传统工程监理行业向新型工程咨询行业转型的趋势；最后，全过程工程咨询单位以接受委托的方式提供专业的工程咨询服务，其委托主体可能会突破发包人单一主体这一传统模式，进一步突显了监理人“第三方咨询”的特征。

基于上述分析我们认为，由于我国的监理制度并非市场化发展的产物，而是通过借鉴国际咨询工程师项目管理模式建立起来的具有中国特色的制度设计，从国家强制全面推行工程监理制度，到取消强制监理的规定，再到如今推行全过程工程咨询，监理人以接受委托的方式与工程建设其他主体形成委托合同关系的法律地位愈加明晰，同时，其在委托合同约定的权限范围内通过专业知识和专业能力提供工程咨询服务的法律特征也愈加明确。

结语

建设监理制度的初衷是通过专业化、社会化和科学化的管理模式提高发包人对工程建设的管理实效，通过独立第三方的监督机制，约束承发包双方的违约行为，但长期以来，由于我国工程建设的实际情况，监理制度并不完善，监理人的法律定位、监理的行为效力以及责任承担并不明确。本文根据法律规定和实践规则的分析，对监理人的法律地位和权责进行了探讨，并结合目前全过程工程咨询的推行情况，建议应明确监理人作为独立的“第三方咨询服务主体”的地位，通过构建多元化的委托方式，在监理人与其他主体建立的委托合同法律关系的基础上，正确认定监理行为的效力和法律后果承担，促进监理人权、责的平衡发展，进而更好地实现监理制度以及全过程工程咨询制度对建设工程行业发展的积极作用。

作者单位：北京大成律师事务所