

各级人民法院建工案件审理文件 精编

(2023 年版)

宁波市律师协会建筑与房地产专业委员会



目 录

一、最高人民法院	3
1.最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）	4
2.最高人民法院民事审判第一庭 2021-2022 年专业法官会议纪要和裁判观点	11
3.最高人民法院各巡回法庭关于建设工程施工合同纠纷的裁判观点	36
4.最高人民法院民一庭关于实际施工的人能否向与其无合同关系的转包人、违法分包人主张工程款问题的电话答复	62
5.2019 年全国法院民商事审判工作会议纪要（节选）	63
6.最高人民法院民事审判庭关于发包人收到承包人竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，是否视为认可竣工结算文件的复函	64
二、浙江地区人民法院	66
7.浙江省高级人民法院关于省十三届人大三次会议绍 2 号建议的答复	66
8.浙江省高级人民法院民二庭关于审理涉建筑施工企业项目部纠纷的疑难问题解答	69
9.浙江省高级人民法院浙江省人民检察院浙江省公安厅关于办理建筑施工企业从业人员犯罪案件若干法律适用问题的会议纪要	73
10.浙江省高级人民法院关于审理建筑领域职务犯罪和经济犯罪案件若干问题的解答	76
11.浙江省高级人民法院民事审判第一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答	80
12.浙江省高级人民法院执行局执行中处理建设工程价款优先受偿权有关问题的解答	85
13.宁波市中级人民法院审理建设工程施工合同纠纷案件疑难问题解答	87
14.杭州市中级人民法院民一庭关于审理建设工程及房屋相关纠纷案件若干实务问题的解答（节选）	89
15.绍兴市中级人民法院关于审理建筑领域民商事纠纷案件若干问题的纪要	95
16.绍兴市中级人民法院民事审判庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见(试行).....	101
三、江苏地区人民法院	107
17.江苏省高级人民法院民事审判第六庭关于建设工程施工合同纠纷案件诉讼指引	107
18.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	111
四、安徽地区人民法院	118
19.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 .	118
20.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）	

.....	121
五、河南地区人民法院	125
21.河南省高级人民法院民四庭关于建设工程合同纠纷案件疑难问题的解答.....	125
22.河南省高级人民法院民四庭建设工程纠纷案件中鉴定的启动与审查要点.....	136
23.河南省高级人民法院关于强化建筑领域纠纷案件实质性化解的工作指引.....	142
六、河北地区人民法院	145
24.河北省高级人民法院建设工程施工合同案件审理指南.....	145
七、天津地区人民法院	153
25.天津市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件相关问题的审判委员会纪要.....	153
八、山东地区人民法院	156
26.山东高院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答.....	156
27.山东省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答.....	161
九、重庆地区人民法院	164
28.重庆市高级人民法院、四川省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答.....	164
29.重庆市高级人民法院民一庭关于建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答.....	171
十、四川地区人民法院	179
30.四川省高级人民法院关于印发《关于建立工程建设领域民事司法与行政执法衔接联动工作机制的意见》的通知.....	179
十一、陕西地区人民法院	183
31.陕西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.....	183
十二、湖南地区人民法院	188
32.湖南省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答.....	188
十三、广东地区人民法院	189
33.广东高院关于审理建设工程合同纠纷案件疑难问题的解答.....	189
十四、福建地区人民法院	201
34.福建高院关于建设工程施工合同纠纷疑难问题解答.....	201

一、最高人民法院

1.最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）

法释〔2020〕25号

《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）》已于2020年12月25日由最高人民法院审判委员会第1825次会议通过，现予公布，自2021年1月1日起施行。

最高人民法院

2020年12月29日

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

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

- （一）承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级的；
- （二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；
- （三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

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

第二条招标人和中标人另行签订的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。

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

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

第四条承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同,在建设工程竣工前取得相应资质等级,当事人请求按照无效合同处理的,人民法院不予支持。

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

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

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

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

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

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

(二) 承包人经发包人同意已经实际进场施工的,以实际进场施工时间为开工日期。

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

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

- (一) 建设工程经竣工验收合格的，以竣工验收合格之日为竣工日期；
- (二) 承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，以承包人提交验收报告之日为竣工日期；
- (三) 建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。

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

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

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

第十二条因承包人的原因造成建设工程质量不符合约定，承包人拒绝修理、返工或者改建，发包人请求减少支付工程价款的，人民法院应予支持。

第十三条发包人具有下列情形之一，造成建设工程质量缺陷，应当承担过错责任：

- (一) 提供的设计有缺陷；
- (二) 提供或者指定购买的建筑材料、建筑构配件、设备不符合强制性标准；
- (三) 直接指定分包人分包专业工程。

承包人有过错的，也应当承担相应的过错责任。

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

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

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

第十七条有下列情形之一的，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。

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

保修人与建筑物所有人或者发包人对建筑物毁损均有过错的，各自承担相应的责任。

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

因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。

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

第二十条当事人对工程量有争议的，按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。承包人能够证明发包人同意其施工，但未能提供签证文件证明工程量发生的，可以按照当事人提供的其他证据确认实际发生的工程量。

第二十一条当事人约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答

复，视为认可竣工结算文件的，按照约定处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的，人民法院应予支持。

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

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

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

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

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

当事人对垫资没有约定的，按照工程欠款处理。

当事人对垫资利息没有约定，承包人请求支付利息的，人民法院不予支持。

第二十六条当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理。没有约定的，按照同期同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率计息。

第二十七条利息从应付工程价款之日开始计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：

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

第二十八条当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，人民法院不予支持。

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

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

第三十一条当事人对部分案件事实有争议的，仅对有争议的事实进行鉴定，但争议事实范围不能确定，或者双方当事人请求对全部事实鉴定的除外。

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

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

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

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

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

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

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

第三十八条建设工程质量合格, 承包人请求其建设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, 承包人请求其建设工程的价款就其建设工程部分折价或者拍卖的价款优先受偿的, 人民法院应予支持。

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

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

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

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

第四十三条实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的, 人民法院应当依法受理。

实际施工人以发包人为被告主张权利的, 人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人, 在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后, 判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。

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

第四十五条本解释自 2021 年 1 月 1 日起施行。

2. 最高人民法院民事审判第一庭 2021-2022 年专业法官会议纪要和 裁判观点

一、建设工程施工合同无效但工程竣工并交付使用的,应当依法参照合同关于工程价款的约定计算折价补偿款(最高人民法院民事审判第一庭 2022 年第 22 次专业法官会议纪要)

法律问题

建设工程施工合同无效但工程竣工并交付使用的,应以何种标准计算折价补偿款?

法官会议意见

建设工程施工合同是承包人进行工程建设、交付工作成果即建设工程并由发包人支付价款的合同。建设工程竣工后,发包人应当根据合同约定及国家颁发的施工验收规范和质量检验标准及时进行验收。验收合格的,发包人应当按照约定支付价款并接收建设工程。如果发包人不按照合同约定及相应的规范或者标准组织验收,但接收建设工程的,参照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第九条、第十四条等规定,视为建设工程质量合格。

主要理由

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第七百九十三条第一款规定:“建设工程施工合同无效,但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。”

根据上述规定,建设工程施工合同无效但工程竣工并交付使用的,应当依法参照合同关于工程价款的约定,计算承包人应得折价补偿款。实务中,之所以出现建设工程施工合同无效但工程竣工并交付使用的情形下以何种标准计算折价补偿款的争议,在于未能准确理解《民法典》第七百九十三条第一款的规定。建设工程施工具有一定的周期性和复杂性,双方当事人在合同中的约定一定程度上代表了双方当事人对于合同签订和履行的合理预期以及对于相关合同风险的预先安排,在建设工程施工合同无效,没有更加科学、合理、简便有效的折价补偿标准的情况下,参照建设工程施工合同关于工程价款的约定折价补偿承包人具有

相当的合理性。这种方式可以在保证建设工程质量的前提下，确保双方当事人均不能从无效合同中获得超出合同有效时的利益，符合当事人的合理预期和我国建筑市场的实际，能够保证案件裁判的社会效果。《民法典》第七百九十三条第一款虽然使用了“可以参照”的表述，但如果工程建设未发生大规模设计改变，或者合同中有关工程价款约定不存在严重违背当事人真实意思表示等情况，人民法院在具体裁判中，不宜任意将“可以参照”理解为可以参照、也可以不参照。

二、建设工程施工合同无效不影响结算协议的效力（最高人民法院民事审判第一庭 2022 年第 3 次法官会议纪要）

法律问题

建设工程施工合同无效，建设工程经验收合格，当事人签订的结算协议是否有效？

法官会议意见

当事人有权通过协议方式确定合同无效后的权利义务。建设工程施工合同无效并不必然导致建设工程施工合同关系终止后当事人就工程价款（折价补偿款）支付方式、支付时间、未按约定支付的违约责任所签订的合同无效。《中华人民共和国民法典》第七百九十三条第一款规定：“建设工程施工合同无效，但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。”

根据该款规定，建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，发包人与承包人就工程价款（折价补偿款）的数额、支付方式和时间作出约定，是当事人的权利，是自愿原则的体现，并不违反法律的强制性规定。

故建设工程施工合同无效不影响结算协议的效力。

三、承包人已起诉发包人支付工程款的，实际施工人可以在一审辩论终结前申请作为第三人参加诉讼，其另诉请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的，不应受理（最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 21 次专业法官会议纪要）

法律问题

承包人已经起诉请求发包人支付工程款的，实际施工人能否申请作为第三人参加诉讼或者另行起诉请求发包人在欠付工程款范围内承担责任？

法官会议意见

转包和违法分包涉及三方当事人两个法律关系。一是发包人与承包人之间的

建设工程施工合同关系；二是承包人与实际施工人之间的转包或者违法分包关系。承包人有权依据与发包人之间建设工程施工合同关系请求发包人支付工程款。实际施工人有权依据转包或者违法分包的事实请求承包人承担民事责任。

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释

(一)》第四十三条第二款规定：“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。”

本款解释是为保护农民工等建筑工人利益所作的特别规定。实践中存在承包人与实际施工人分别起诉请求发包人承担民事责任的情况。为防止不同生效判决判令发包人就同一债务分别向承包人和实际施工人清偿的情形，需要对承包人和实际施工人的起诉做好协调。

在承包人已经起诉发包人支付工程款的情况下，实际施工人可以在一审辩论终结前申请作为第三人参加诉讼，其另诉请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的，不应受理。实际施工人作为第三人参加诉讼后，如果请求发包人在欠付工程款范围内承担责任，应当将承包人的诉讼请求和实际施工人的诉讼请求合并审理。

四、合同无效，承包人请求实际施工人按照合同约定支付管理费的，不予支持(最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 21 次专业法官会议纪要)

法律问题

合同无效，承包人请求实际施工人按照合同约定支付管理费的，是否应予支持？

法官会议意见

转包合同、违法分包合同及借用资质合同均违反法律的强制性规定，属于无效合同。前述合同关于实际施工人向承包人或者出借资质的企业支付管理费的约定，应为无效。

实践中，有的承包人、出借资质的企业会派出财务人员等个别工作人员从发包人处收取工程款，并向实际施工人支付工程款，但不实际参与工程施工，既不投入资金，也不承担风险。实际施工人自行组织施工，自负盈亏，自担风险。承

包人、出借资质的企业只收取一定比例的管理费。

该管理费实质上并非承包人、出借资质的企业对建设工程施工进行管理的对价，而是一种通过转包、违法分包和出借资质违法套取利益的行为。此类管理费属于违法收益，不受司法保护。因此，合同无效，承包人或者出借资质的建筑企业请求实际施工人按照合同约定支付管理费的，不予支持。

五、承包人对违章建筑不享有建设工程价款优先受偿权（最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 21 次专业法官会议纪要）

法律问题

承包人对违章建筑是否享有建设工程价款优先受偿权？

法官会议意见

建设工程价款优先受偿权制度系以建设工程折价或者拍卖的价款优先清偿承包人享有的建设工程价款债权，故承包人享有建设工程价款优先受偿权的前提是其建设完成的建设工程依法可以流转。

主要理由

根据《中华人民共和国民法典》第八百零七条规定，承包人享有建设工程价款优先受偿权的条件是建设工程宜折价、拍卖。因违章建筑不宜折价、拍卖，故承包人对违章建筑不享有建设工程价款优先受偿权。

六、实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权（最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 21 次专业法官会议纪要）

法律问题

实际施工人是否享有建设工程价款优先受偿权？

法官会议意见

实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权。

主要理由

建设工程价款优先受偿权是指在发包人经承包人催告支付工程款后合理期限内仍未支付工程款时，承包人享有的与发包人协议将该工程折价或者请求人民法院将该工程依法拍卖，并就该工程折价或者拍卖价款优先受偿的权利。

依据《中华人民共和国民法典》第八百零七条以及《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第三十五之规定，只有与

发包人订立建设工程施工合同的承包人才享有建设工程价款优先受偿权。实际施工人不属于“与发包人订立建设工程施工合同的承包人”，不享有建设工程价款优先受偿权。

七、可以突破合同相对性原则请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的实际施工人不包括借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人(最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 20 次专业法官会议纪要)

法律问题

实际施工人是否包含借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人？

法官会议意见

《建工解释一》第四十三条规定：“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发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。”

本条解释涉及三方当事人两个法律关系：一是发包人与承包人之间的建设工程施工合同关系；二是承包人与实际施工人之间的转包或者违法分包关系。原则上，当事人应当依据各自的法律关系，请求各自的债务人承担责任。本条解释为保护农民工等建筑工人的利益，突破合同相对性原则，允许实际施工人请求发包人在付工程款范围内承担责任。对该条解释的适用应当从严把握。

该条解释只规范转包和违法分包两种关系，未规定借用资质的实际施工人以及多层转包和违法分包关系中的实际施工人有权请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。因此，可以依据《建工解释一》第四十三条的规定突破合同相对性原则请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的实际施工人不包括借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人。

八、借用资质的实际施工人与发包人形成事实上的建设工程施工合同关系且工程验收合格的，可以请求发包人参照合同约定折价补偿(最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 20 次专业法官会议纪要)

法律问题

借用资质的实际施工人是否有权请求发包人对其施工工程折价补偿？

法官会议意见

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发包人签订建设工程施工合同，在发包人知道或者应当知道系借用资质的实际施工人进行施工的情况下，发包人与借用资质的实际施工人之间形成事实上的建设工程施工合同关系。

主要理由

该建设工程施工合同因违反法律的强制性规定而无效。

《中华人民共和国民法典》第七百九十三条第一款规定：“建设工程施工合同无效，但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。”

因此，在借用资质的实际施工人与发包人之间形成事实上的建设工程施工合同关系且建设工程经验收合格的情况下，借用资质的实际施工人有权请求发包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

九、建设工程价款优先受偿权不因工程建成的房屋已经办理网签而消灭（最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 21 次专业法官会议纪要）

法律问题

建成的房屋已办理网签，承包人是否仍有权就工程折价或者拍卖的价款优先受偿？

法官会议意见

建设工程价款优先受偿权不因工程建成的房屋已经办理商品房预售合同网签而消灭，如符合建设工程价款优先受偿权的成立要件，承包人仍有权就工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

主要理由

《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。”《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) 《第三十五条至第四十二条进一步明确了行使建设工程价款优先受偿权的条件。

由此可见，建设工程价款优先权是承包人的法定权利，在符合法律及司法解释规定的条件时，建设工程价款优先受偿权就已经成立。商品房预售合同网签是为规范商品房预售而采用的行政管理手段，并非法律规定的不动产物权设立、变更、转让和消灭的公示方式，不能产生物权变动的效力，亦不导致承包人原本享有的建设工程价款优先受偿权因此不成立或者消灭。

如承包人行使建设工程价款优先受偿权时与房屋买受人之间发生权利冲突的，属于权利顺位问题，可另行解决。

十、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？

答：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。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭：《民事审判实务问答》，法律出版社 2021 年 7 月出版。

十一、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？

答：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。建设工程施工合同作为一种双务合同，依据其合同的本质，合同抗辩的范围仅限于对价义务，也就是说，一方不履行对价义务的，相对方才享有抗辩权。支付工程款义务与开具发票义务是两种不同性质的义务，前者是合同的主要义务，后者并非合同的主要义务，二者不具有对等关系。

只有对等关系的义务才存在先履行抗辩权的适用条件。如果不是对等关系的义务，就不能适用先履行抗辩权。《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面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。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭：《民事审判实务问答》，法律出版社2021年7月出版。

十二、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？

答：实践中，因设计变更、进度计划变更、施工条件变更或者发包方提出“新增工程”等工程变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化的情况非常普遍。此时，如果发包人和承包人就如何结算工程价款达不成一致，根据最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（以下简称《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。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭：《民事审判实务问答》，法律出版社 2021 年 7 月出版。

十三、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，故不应对鉴定结果再按约定下浮，该观点能否得到支持？

答：关于案涉工程款是否计算下浮率的问题。根据双方签订的《建设工程合同》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。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭：《民事审判实务问答》，法律出版社 2021 年 7 月出版。

十四、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？

答：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。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭：《民事审判实务问答》，法律出版社 2021 年 7 月出版。

十五、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？

答：最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（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。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭：《民事审判实务问答》，法律出版社 2021 年 7 月出版。

十六、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？

答：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。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭：《民事审判实务问答》，法律出版社2021年7月出版。

十七、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？

答：该约定已经构成了对中标合同实质性内容的变更，应无效。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。

观点来源:最高人民法院民事审判第一庭:《民事审判实务问答》,法律出版社2021年7月出版。

十八、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?

答:建设工程施工合同作为双务有偿合同,支付工程价款是发包人的主要义务。发包人违反合同约定欠付工程价款,则构成违约,应承担违约责任,而当事人之间对所欠付工程价款约定支付利息往往是承担违约责任的基本方式。

最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(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。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭：《民事审判实务问答》，法律出版社 2021 年 7 月出版。

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

答：《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的，体现了工程结算的结果，其性质为补充协议，是对施工主合同的补充、细化。同时，《还款协议书》是为从签约到结算的前期履约行为作一了断，对后期确认欠款数额、还款时间、还款方式等内容作出约定，《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。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭：《民事审判实务问答》，法律出版社 2021 年 7 月出版。

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

答：《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。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭：《民事审判实务问答》，法律出版社 2021 年 7 月出版。

二十一、实践中，对于享有优先权保护的建筑工程价款不包括承包人因发包人违约造成的损失一项没有争议，但对于是否包括承包人的应得利润存有争议，请问，享有优先权保护的建筑工程价款范围应如何界定，是否包括承包人的应得利润？

答：关于享有优先权保护的建筑工程价款范围的界定，应结合《民法典》第八百零七条和最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第四十条加以确定。最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第四十条第一款规定：“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。”本条规定了承包人建设工程价款优先受偿权的保护范围，但没有列举优先受偿的范围的组成，而是对工程价款范围采用援引式的规定，即依照国务院有关行政主管部门对建设工程价款范围的规定。依据《建设工程施工发包与承包价格管理暂行规定》第五条规定，建设工程价款由直接成本、间接成本、利润（酬金）和税金构成根据该条规定，一般来说，工程价款可分为四个部分：

- 一是直接成本，又称直接费，包括定额直接费、其他直接费、现场管理费和材料价差。其中，定额直接费又包括人工费、材料费和施工机构使用费三部分。
- 二是间接成本，或称企业管理费，包括管理人员工资、劳动保护费等十多项。
- 三是利润（酬金），由发包人按工程造价的差别利率计付给承包人。

四是税金，包括营业税、城市建设税、教育费附加税三种。这四部分构成工程价款的整体，缺一不可。

在实践中，建设工程价款的表现形式有工程估算价、设计概算价、施工图预算价、施工预算（概算）价和竣工结算价五种。《民法典》第八百零七条中所称工程价款，如指已竣工工程，应指竣工结算价；如指未竣工工程则应以施工预算价为基础进行评估确定工程价款。《民法典》第八百零七条的立法精神是保护建筑施工企业被拖欠的工程款，主要是工人的工资、承包人的管理费和正常的利润。因此，承包人利润是工程价款的重要组成部分，显然应享有优先受偿权。

综上所述，享有优先保护的建筑工程价款的范围可以界定为如指已竣工工程，应指竣工结算价，如指未竣工工程，则应以施工预算价为基础进行评估确定工程价款；包含承包人的正常利润，但不包括承包人因发包人违约造成的损失。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭：《民事审判实务问答》，法律出版社 2021 年 7 月出版。

二十二、未经诉讼可以直接在执行程序中主张建设工程优先权吗？

答：最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（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。”该司法解释第三十六条进一步规定：“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。”因此，法院在执行程序中收到承包人要求行使未经生效法律文书确认的建设工程优先权申请的，可分两种情况予以处理：

一是如果被执行人对其申请的工程款金额无异议，且经法院审查承包人提供的建设工程合同及相关材料合法有效，亦未发现承包人和被执行人恶意串通损害国家、集体和第三人利益的，应准许其优先受偿；

二是如果被执行人对其申请的工程款金额有异议，法院应当告知承包人另行诉讼，但法院对工程变价款的分配程序须待诉讼有结果后方可继续进行。

建设工程优先权覆盖的工程款具体金额应由审判机构或仲裁机构确定。这是因为，根据审执分立的原则，除非法律或司法解释特别授权，执行机构一般不得对实体问题进行裁判。从法律性质来看，承包人是否享有建设工程优先权以及优

先权部分的具体金额属于实体问题，本质上应由审判机构通过诉讼程序或者由仲裁机构通过仲裁程序予以确认。值得一提的是，在司法实践中，更常见的情况并非当事人之间就建设工程价款未经诉讼即申请执行，而是当事人经过了纠纷解决程序并获得了有关工程款的执行名义（法院的判决、仲裁机构的裁决等），但这些执行名义或者根本不确认承包人是否享有建设工程优先权，或者不对工程款中优先受偿权部分的具体金额加以明确。面对此种执行名义，执行机构往往陷入窘境。一方面，由执行机构在执行程序中确认承包人享有建设工程优先权及其具体金额，有“以执待审”“自审自执”之嫌，不符合审执分立的基本原则，也不能给当事人的权利提供充分的救济。另一方面，如果由执行机构确认优先权部分的具体金额，必然需要另行委托审计机构或者鉴定机构对工程造价及其中的优先权部分进行审计或鉴定，这将导致如下问题：一是增加当事人诉累；二是影响执行效率；三是容易出现审计结果相互矛盾的情形。事实上，审判机构在关于工程款纠纷的裁判文书中，应当根据当事人的诉请，确认承包人是否享有建设工程优先权；如果享有，则应确认其具体金额。因此，当前在执行对建设工程优先权未予明确的执行名义时，执行机构可首先告知承包人申请再审或另行诉讼，经审判机构对有建设工程优先权的债权数额进行确认后，依确定的金额执行。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭：《民事审判实务问答》，法律出版社2021年7月出版。

二十三、建设工程优先受偿权的行使是否以工程竣工为条件？

答：建设工程优先受偿权的行使不以建设工程是否竣工为限。《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。据此规定可知，建设工程价款的优先受偿权是以发包人欠付工程款为前提的，所以即使工程未竣工，只要发包人有欠付工程款的事实，承包人就可以依照法律规定的程序主张工程款优先受偿权。与之相符，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）》第三十九条也规定：“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。”这样理解，有利于保护工人的利益，也符合立法本意。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭：《民事审判实务问答》，法律出版社 2021 年 7 月出版。

二十四、建设用地使用权是否为建设工程优先受偿权的客体？

答：建设用地使用权不是建设工程优先受偿权的客体。由于在我国实行“房地一体主义”，如果承包人行使工程款的优先受偿权对某个建设工程进行拍卖，则建设工程及占用范围内的建设用地使用权是一体拍卖的，那么拍卖的全部款项是不是都可以作为承包人工程价款的补偿，保证其受偿的范围。这是在司法实践中比较常见的问题。要对这一问题作出准确的回答，我们必须结合《民法典》第八百零七条的立法目的以及建设工程优先受偿权的性质来进行考察。《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。”由此可知建设工程优先受偿权是法定优先权，原因在于，承包方在整个建设的过程当中，承包人的建筑材料和劳动力已经被物化在建设工程当中，它的所有投入已经转化为建设工程，与建设工程不可分离。因此根据添附制度的原理，承包人对建设工程的价款享有优先受偿的权利。建设用地是建设工程的一个载体，但是承包人对在建设工程本身没有任何的投入，或者说承包人的建筑材料与劳动力并没有被物化在建设用地上。从这个角度来讲，建设用地使用权不应该作为建设工程优先受偿权的客体。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭：《民事审判实务问答》，法律出版社 2021 年 7 月出版。

二十五、施工人在建设工程施工合同无效的情况下是否还享有工程价款优先受偿权？工程无法如期竣工的情况下，工程价款优先受偿权的法定期间如何认定？

问题：建设工程施工合同被认定无效，承包人还能不能依据《民法典》第八百零七条之规定，主张工程款的优先权？在工程因多次停工而无法如期竣工的情

况下, 发包人有关承包人行使优先权超过 6 个月的法定期限的抗辩理由能否得到支持?

答: 建设工程施工合同被认定无效, 并非排除适用《民法典》第八百零七条的条件。理由是: 工程款优先权是《民法典》第八百零七条赋予建设工程承包人的一项法定优先权, 其立法目的是保障承包人能够及时取得工程款。在无效建设工程施工合同中, 上述有关费用也已实际发生, 应当由发包人予以支付。因此, 只要建设工程质量合格而且工程款数额能够确定且不违反法律规定, 施工人的优先权即受法律保护。发包人以建设工程施工合同无效为由, 主张施工人对工程款不享有优先权的观点不能成立。关于工程价款优先受偿权的法定期间, 依据最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第四十一条的规定: “承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权, 但最长不得超过十八个月, 自发包人应当给付建设工程价款之日起算。”

观点来源: 最高人民法院民事审判第一庭: 《民事审判实务问答》, 法律出版社 2021 年 7 月出版。

二十六、建设工程优先受偿权的行使范围是否包括装饰装修工程?

答: 建设工程优先受偿权的行使范围包括装饰装修工程。

首先, 国务院《建设工程质量管理条例》第二条第二款和《建设工程安全生产管理条例》第二条第二款均规定, 本条例所称建设工程, 是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程。即装饰装修工程属于建设工程的范畴。

其次, 最高人民法院给福建省高级人民法院《关于装饰装修工程款是否享有合同法第二百八十六条规定的优先受偿权的函复》也指出, “装饰装修工程属于建设工程可以适用《中华人民共和国合同法》第二百八十六条关于优先受偿权的规定, 但装饰装修工程的发包人不是该建筑的所有权人或者承包人与该建筑物的所有权人之间没有合同关系的除外。享有优先权的承包人只能在建筑物因装饰装修而增加价值的范围内优先受偿”。

此外, 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)》第三十七条也明确规定: “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。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭：《民事审判实务问答》，法律出版社 2021 年 7 月出版。

二十七、建设工程债权转让后，受让人是否享有优先受偿权？

答：对建设工程债权转让后，受让人是否享有优先受偿权这问题，存在两种不同的观点。

第一种观点认为，建设工程债权转让后受让人也应享有优先受偿权。建设工程承包人转让其在施工中形成的债权，受让人基于债权的转让而取得工程款债权，因而其应当享有该工程款的优先受偿权。法定优先权属于担保物权，具有一定的追及效力，其功能是担保工程款优先支付，该权利依附所担保的工程而存在，即使被担保的工程发生转让，也不影响承包人优先受偿权的行使。

第二种观点认为，建设工程债权转让后，受让人不应享有优先受偿权。结合《民法典》第八百零七条原为（《合同法》第二百八十六条，已废止）的立法背景和目的来看，其主要是为了切实解决发包人拖欠工程款，导致承包人无法及时进行各项费用和工资的结算，最终损及作为劳动者的建筑工人利益的问题。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（一）》第四十二条更是明确了建筑工人利益保护在优先受偿权制度中的重要地位：“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。”建设工程债权转让后依然肯定受让人享有优先受偿权，无涉建筑工人等的利益，对该制度本欲实现的目的并无促进作用。因此，不应一概肯定受让人享有优先受偿权。

我们倾向认为，前述第一种观点更合理。肯定受让人享有优先受偿权，也有利于建设工程债权的流转。虽然债权受让人享有优先受偿权与承包人和建筑工人的利益看似无直接关系，但承包人在债权转让中获得的对价亦可用于结算建筑工人的工资，建设工程债权的流转能够间接促进承包人和建筑工人加速获偿。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭：《民事审判实务问答》，法律出版社 2021 年 7 月出版。

二十八、实际竣工日期能否作为建设工程承包人行使工程价款优先受偿权除

斥期间的起算点？

答案是否定的。

在建设工程合同的实际履行过程中，工程通常要经过竣工、验收、结算之后才能付款。但实践中，建设工程结算周期长，流程复杂，6个月期限双方难以达成结算。若以建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日作为优先权行使期限的起算时间，此时承包人尚不知道发包人是否会拖欠工程款，甚至可能出现优先权行使期限已经届满，而发包方的付款期限尚未届至的情形。这显然不利于对承包人权益的保护。因此，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）》（本文以下简称《解释（一）》）第四十条的规定：“承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过十八个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算”该规定将优先权行使期限的起算时间规定为“发包人应当给付建设工程价款之日起算”。实践中，对于“应当给付建设工程价款之日”的认定需要根据具体实际案件作客观判断，现仅提出以下观点以供参考：

首先，合同对工程款的支付时间有约定的，应当遵从当事人约定。

其次，在合同无效，但建设工程经竣工验收合格的情况下，可参照合同约定确定应付工程款的时间。理由是，《民法典》第七百九十三条第一款规定，建设工程施工合同无效，但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。承包人可参照合同约定请求支付工程款，亦可参照合同约定的支付工程款的方式和日期请求发包人支付工程款。

再次，合同解除或者终止履行，应区分具体情况认定应付工程款日。合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，可依照《民法典》第八百零六条第三款的规定，即优先受偿权行使的起算时间也应当遵从合同约定。

实践中，大多数合同解除或者终止履行时，工程尚未完工，合同约定的工程款结算条件尚未成就。若发包人与承包人就合同解除后的工程价款的支付另行达成合意，则应当尊重当事人的意思自治，以该协议约定确定工程款的支付时间作为优先受偿权的起算时间。若双方对工程款的数额有争议，可能需要进行鉴定，如当事人向司法机关或仲裁机构正式主张权利，人民法院及仲裁机构确认发包人欠付承包人工程款，应付款之日应为当事人提起诉讼之日起。最后，当事人对付

款时间没有约定或者约定不明的，可借鉴《解释（一）》第二十七条关于发包人向承包人支付工程价款利息起算时间的规定。

具体来说：

第一，建设工程实际交付的，以建设工程交付之日为应付款时间。

第二，建设工程没有交付，但承包人已经在建设工程工验收合格后按照合同约定的时间提交了竣工结算文件，应当认定提交竣工结算文件之日为应付款时间。

第三，建设工程价款未结算，建设工程也未交付，大多数为工程未完工或者完工后未经验收的情形。

此时，合同约定的工程价款结算条件尚未成就，应当规定一个拟制的应付款时间，以一审原告起诉时间作为应付款时间是适当的。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭：《民事审判实务问答》，法律出版社 2021 年 7 月出版。

二十九、建设工程优先受偿权的行使是否受合同效力的影响？

答：建设工程的优先受偿权的行使是否受合同效力的影响，这问题理论界存在很大争议。

一种观点认为，建设工程优先受偿权的行使受到合同效力的影响。这是因为，若建筑施工合同无效，发包方应当支付工程款的约定也应无效。虽然承包人付出了相应的劳动，应当获得相应的报酬，否则有违民法的公平观念；但施工合同无效后，承包人获得报酬的权利性质发生了改变，不再是依据合同享有的约定之债，而成为依法享有的获得损害赔偿的权利，该项权利是法定的权利。一方面，从担保物权的权利特性来看，建筑工程款优先受偿权作为担保物权的一种，具有对主债权——建设工程款的依附性，约定的建筑工程款债权随着合同无效而自始不发生，优先受偿权也不应当继续存在；另一方面，从建筑工程款优先受偿权制度的立法目的来看，其是希望通过设置担保物权，保障承包人约定债权的实现，施工合同无效后，承包人约定债权亦不存在，对约定债权担保的优先受偿权同样不应当继续存在。

另一种观点则认为，建设工程施工合同无效，但工程质量合格的，承包人可以依照《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”主张工程款，故

其当然享有工程价款优先受偿权。

我们倾向认为，建设工程施工合同无效，不应影响优先受偿权的行使。建筑工程款优先受偿权的立法目的是保护劳动者的利益。因为在发包人拖欠承包人的工程款中，有相当部分是承包人应当支付给工人的工资和其他劳务费用。在无效建筑工程合同中，上述有关费用也已实际支出，应当由发包人予以支付。即便合同无效，认定承包人就该笔费用享有优先受偿权，依然有利于促进劳动者利益的保护，符合建设工程优先权制度的立法目的。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）》第三十八条规定：“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。”该条明确规定承包人的工程价款优先受偿权与建设工程质量是否合格相关，不与合同效力直接相关。

3.最高人民法院各巡回法庭关于建设工程施工合同纠纷的

裁判观点

一、第一巡回法庭

1、要处理好契约自由与契约正义的关系

建设工程施工合同效力的认定既要正确理解和切实贯彻契约自由原则，又要充分认识施工合同的特殊性。要正确适用建设工程司法解释第一条和第四条关于合同无效情形的规定，依法认定合同效力。一般来讲，建设发包人尚未取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证等行政审批手续的工程，与承包人签订的建设工程施工合同无效。发包人未取得建筑工程施工许可证的，一般认定不影响施工合同的效力。对于建设工程施工合同的非实质性条款，应当允许当事人依据具体情况对于合同进行变更，不轻易认定合同无效。要妥善处理黑白合同问题，在裁判结果上，不能使当事人因合同无效获得比合同有效更多的利益。恪守合同的相对性原则，实际施工人向与其没有合同关系的转包人、总承包人、发包人提起诉讼的，要严格依照法律、司法解释的规定进行审查。实际施工人突破合同相对性原则行使诉权的，一般应提供起诉证据证明发包人可能欠付工程款，其合同相对方有破产、下落不明、法人主体资格灭失等严重影响实际施工人权利实现的情形。

观点来源：最高人民法院第一巡回法庭副庭长《当前民商事审判中部分法律适用问题的处理思路》

2、要处理好建筑行业发展与各方利益保护之间的关系

准确把握合同法第二百八十六条规定的优先受偿的工程价款的范围，即承包人就其完成的工程成果所产生的费用，包括直接费、间接费、利润、税金等，不包括承包人因发包人违约所产生的损失。对于建设工程价款优先受偿权的期限的起算点应当妥善把握，不让施工人轻易丧失优先受偿权。建设工程价款优先受偿权的期限的起算点为建设工程竣工之日或合同约定的竣工之日起算六个月。如若合同约定发包人支付工程款日期在工程竣工之日六个月之后，或者因建设工程施工合同解除承包人主张工程款时工程尚未竣工的，优先受偿权从发包人应当给付工程款之日起算。另外，在承包人工期延误违约金过高或过低的判断问题上，应

考虑建筑业微利行业的特点，综合合同履行情况、发包人实际损失、当事人的过错程度等因素，确定违约金数额。

观点来源：最高人民法院第一巡回法庭副庭长《当前民商事审判中部分法律适用问题的处理思路》

3、要处理好法院审判权与司法鉴定之间的关系

建设工程施工合同案件事实认定较为复杂，往往需要借助工程鉴定对工程造价、工期、质量、修复费用等予以确定。工程鉴定受各种因素制约，难以精准，当事人对鉴定结论的证据效力争议较大。司法实践中，要防止以鉴代审，司法鉴定必须由法院行使审判权确定。人民法院根据施工合同纠纷案件审理需要进行司法鉴定的，要尊重合同中有关工程价款结算方法、标准的约定内容，严格执行工程造价、工程质量等鉴定程序的启动条件，尽量缩减鉴定的范围和次数。应严格把握鉴定的启动程序，避免多次重复鉴定，对于双方当事人对工程价款已经达成结算协议，又主张鉴定的，一般应不予支持。当事人对鉴定意见一部分提出异议且该异议经审查成立的，原则上仅针对该异议部分重新鉴定或补充鉴定，不应随意扩大鉴定范围。

观点来源：最高人民法院第一巡回法庭副庭长《当前民商事审判中部分法律适用问题的处理思路》

4、发包人与承包人串通，以支付工程款的名义申请建工程抵押贷款，承包人收到工程款后又将款项转回发包人，还可以就该部分款项主张在建工程价款优先受偿吗？

发包人以在建工程抵押向银行申请贷款用于支付工程款，承包人收到银行贷款资金后，按照与发包人事先商定将工程款转付至发包人指定账户的，承包人不得再以未收到该部分工程款为由主张建设工程价款优先受偿。

观点来源：最高人民法院第一巡回法庭《民商事主审法官会议纪要（第1卷）》

5、受让房地产开发项目的部分区域开发经营权的受让方是否应与转让方对整个项目的工程欠款承担连带清偿责任？

案情摘要：

A公司取得了某项目开发权，与B公司签订了合作协议，B公司开发B区项

目，各自独立经营，所有土建工程由 C 公司承建。A 公司与 C 公司签订了建设工程协议，B 公司负责人以 B 地块负责人名义在协议“B 地块负责人”处签字。何某以 C 公司第一施工队的名义承建工程。后何某起诉要求 A 公司和 B 公司连带支付剩余 1000 万元工程款

甲说：

应当承担连带责任。没有充分证据证明 A 房地产公司和 B 公司有就项目 A、B 区分别与承包人进行结算的意思表示，应认定该广场工程作为一个整体发包和进行结算，B 公司应当对整个项目的工程欠款与 A 房地产公司承担连带清偿责任，这样处理也有利于保护实际施工人的权益。

乙说：

不应当承担连带责任。认定连带责任需要依照法律的规定或者当事人的约定。《协议书》明确约定 B 公司仅对项目 B 区负责，C 公司对该情况知晓，故 C 公司无权向 B 贸易公司主张项目 A 区的工程欠款。而何某的权利不应大于其前手 C 公司，故即使其不知悉《协议书》的内容，其亦无权向 B 公司主张项目 A 区的工程欠款。因此，B 贸易公司不应对整个项目的工程欠款与 A 房地产公司承担连带清偿责任，A 房地产公司和 B 公司应分别对项目 A 区和 B 区的工程欠款承担清偿责任。

【法官会议意见】采甲说。

二、第二巡回法庭

1、转包法律关系中转承包人的权利行使界限（最高人民法院第二巡回法庭 2020 年第 3 次法官会议纪要）

【法律问题】

发包人能否基于与承包人所签订的《建设工程施工合同》中有关工程款支付方式约定，对抗转承包人支付工程款的请求权？

【不同观点】

甲说：履行辅助人说

该说认为，转承包人应定位于承包人所使用的辅助其履行建设工程施工义务的人，为民法理论上的履行辅助人。虽然基于司法政策考量，该履行辅助人能够取得对发包人的直接请求权，但是发包人基于《建设工程施工合同》对承包人所

能行使的抗辩或者反诉请求，对于履行辅助人均有权主张。承包人未经发包人同意擅自将所承包的建设工程转包，该行为违反我国法律关于禁止转包的规定。违法转承包人因其违法承包，所享有的权利自然不能超过合法承包人所享有的权利。因此，针对本案所涉情形转承包人丙基于转包关系所享有的权利范围不能大于乙的权利范围；发包人甲对乙所享有的以房支付工程款的抗辩有权对丙行使。在经法院行使释明权后，转承包人仍不变更诉讼请求，故本案应判决驳回其诉讼请求。

乙说：法定之债说

该说认为，原《建设工程施工合同解释》第26条[2020年《建设工程施工合同司法解释（一）》第43条]明确规定，在转包法律关系中，实际施工人以转包人和发包人为被告提起诉讼的，人民法院应查明发包人欠付工程款，并在欠付工程款范围内向转承包人承担责任。按照上述司法解释的文义，所谓的欠付工程款应指的是金钱之债，故在本案能够查明甲欠付工程款的情况下，则应判决甲在欠付工程款范围内向丙履行金钱支付债务不能判决以房抵顶工程款。因此，甲以其与乙之间合同约定的工程款支付方式行使抗辩，无法律依据。故虽然甲、乙合同约定以房抵顶工程款，但是这属于甲乙之间的约定，该约定不能对抗丙基于上述司法解释所享有的法定权利。故依据原《建设工程施工合同解释》第26条[2020年《建设工程施工合同司法解释（一）》第43条]的规定，本案应在查明甲所欠付的工程款范围内，支持丙请求甲以金钱支付工程款的诉讼请求。

丙说：债务加入说

该说认为，根据原《建设工程施工合同解释》第25条[2020年《建设工程施工合同司法解释（一）》第15条]的规定，“因建设工程质量发生争议的，发包人可以与总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼”。就此而言，在建设工程施工合同为双务、诺成、有偿合同的情况下，提供符合质量要求的建设工程是施工人的主合同给付义务。针对该主合同给付义务，原《建设工程施工合同解释》赋予发包人将总承包人和转承包人作为共同被告起诉的权利，意味着承包人和转承包人需要共同承担责任。虽然转包行为违法且违反发包人的意思，但是在转包已经成为客观事实的情况下，将转承包人定位为债务加入人，这更有利于对发包人的利益保护。鉴于此种转承包人的地位为债务加入，而债务加入以保障债权人的利益、不增加债权人的负担为原则，故在转承包人请求支付工程款时，

发包人可以与承包人与发包人的约定抗辩。在本案中，转承包人应受到案涉《建设工程施工合同》约定工程款支付方式的约束，故应驳回转承包人丙的诉讼请求。

丁说：准合同权利义务概括转移说

该说认为，鉴于在转包法律关系中，承包人并未履行合同的权利义务，而系由转承包人履行了合同的权利义务，且原《建设工程施工合同解释》第26条[2020年《建设工程施工合同司法解释（一）》第43条]已经赋予了转承包人直接请求发包人支付工程款的权利，故该上述处理属于准合同权利义务的概括转让。在此情况下，基于合同权利义务的概括转让，转承包人仍然需要受到承包人和发包人之间合同约定的约束。因此，在本案情形下，转承包人超越了发包人和承包人之间《建设工程施工合同关于以房抵顶工程款的约定，请求发包人以金钱方式支付欠付工程款的，人民法院不应支持。

【法官会议意见】采甲说

发包人与承包人签订合法有效的《建设工程施工合同》，承包人未经发包人同意，将所承包工程转包给转承包人，属于违法转包行为。相对于发包人而言，转承包人仅系承包人在违反法律规定和合同约定情况下所使用的履行辅助人，根据合同相对性原则，该履行辅助人通常不能取得针对发包人的直接请求权。鉴于原《建设工程施工合同解释》第26条[2020年《建设工程施工合同司法解释（一）》第43条1《保障农民工工资支付条例》已经明确了转承包人可以取得对发包人的直接请求权，故发包人与承包人合同中约定的能够对承包人行使的抗辩，亦有权对转承包人行使。

2、建设工程施工合同无效后约定“管理费”的处理（最高人民法院第二巡回法庭2020年第7次法官会议纪要）

【法律问题】

建设工程施工合同被认定为无效，合同中定的“管理费”如何处理？

【不同观点】

甲说：参照合同约定说

建设工程竣工验收合格时，尽管建设工程施工合同无效，工程价款仍应参照合同约定支付，“管理费”属于建设工程价款的组成部分，故应参照约定处理。转包方、违法分包方、被挂靠方（以下统称转包方）向转承包人、挂靠人（以下

统称施工方)主张“管理费”的,应予支持;转承包方要求返还“管理费”的,不予支持。

乙说:无效返还说

题述情形下合同约定的“管理费”属于非法所得,合同中相关条款无效,应参照合同无效的处理方式。转包方主张应从支付的工程价款中扣除“管理费”的,不予支持;施工方主张返还“管理费”或者工程价款不扣除“管理费”的,应以支说。

丙说:实际参与管理说

题述情形下合同约定的“管理费”有的为建设工程价款的成部分,有的为转包方的转包牟利。对于前者,在查明转包方实际参与了施工管理服务的情况下,可参照合同约定处理;对于后者,因转包方并未进行管理亦无实际付出,故不存在对其投入返还的问题。在分配合同无效的后果时,应遵循诚信原则,不能使不诚信的当事人因合同无效而获益。

【法官会议意见】采丙说

建设工程施工合同因非法转包、违法分包或挂靠行为无效时,对于该合同中约定的由转包方收取“管理费”的处理,应结合个案情形根据合同目的等具体判断。如该“管理费”属于工程价款的组成部分,而转包方也实际参与了施工组织管理协调的,可参照合同约定处理;对于转包方纯粹通过转包牟利,未实际参与施工组织管理协调,合同无效后主张“管理费”的,应不予支持。合同当事人以作为合同价款的“管理费”应予收缴为由主张调整工程价款的,不予支持。基于合同的相对性,非合同当事人不能以转包方与转承包方之间有关“管理费”的约定主张调整应支付的工程款。

3、发包人是否享有任意解约权(最高人民法院第二巡回法庭 2021 年第 18 次法官会议纪要)

【法律问题】

建设工程施工合同中,发包人是否享有任意解除权?

【法官会议意见】:不享有。

建设工程施工合同中发包人是否享有任意解除权,在司法实务中一直是个颇有争议的问题。根据原《合同法》第 268 条的规定,承揽合同中的定作人可以随

时解除承揽合同，同时该法第 287 条还规定：“本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定。”“建设工程施工合同系特殊的承揽合同，《合同法》对于建设工程施工合同中发包人的解除权又无特殊规定，沿此逻辑推理，根据《合同法》的前述规定，建设工程施工合同中发包人享有任意解除权似乎是必然的结论。然而，一般承揽合同所指向的标的通常为价值相对较小的动产，而建设工程施工合同所指向的工作成果为工程项目，往往投资巨大，涉及主体众多，甚至事关国计民生。如果赋予发包人任意解除权，即使可以通过赔偿机制填补承包人的损失，也势必造成社会资源的极大浪费。定作人任意解除权制度能否当然适用于发包人，不无疑问。2005 年 1 月 1 日起施行的原《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 8 条关于发包人解除权的规定，既是对于《合同法》第 94 条法定解除权在建设工程施工合同中具体适用情形的解释，又是对于发包人解除权的限制，实际对发包人任意解除权持否定态度。但关于该问题的争议并未因前述司法解释出台而平息，仍有观点认为发包人享有任意解除权，毕竟仅以司法解释对发包人可以行使解除权的情形进行了列举为由而排斥定作人任意解除权在建设工程施工合同领域的适用，在逻辑上并不周延。在《民法典》颁布施行后，该法第 806 条第 1 款规定，承包人将建设工程转包、违法分包的，发包人可以解除合同。故建设工程施工合同发包人不享有任意解除权，据此得到进一步明确。

三、第四巡回法庭

1.建设工程价款优先受偿的范围包括利息或违约损失吗？

答：承包人只能对建设工程价款行使优先受偿权，其因发包人违约所造成的损失不属于建设工程价款优先受偿的范围，不包括欠付工程款的利息。

就发包人欠付工程款的利息是否属于优先受偿权的行使范围，实践中有争议。有的法院认为迟延利息属于法定孳息，属于优先受偿权行使的范围；有的法院则认为迟延利息属于损失范围，不属于可以行使优先受偿权的范围。对此我们认为，利息虽然属于孳息，但是建筑工程价款利息是在发包人违约拖欠工程款的前提下产生，因此该利息属于发包方逾期付款给承包人造成的损失，不属于《建设工程价款优先受偿权批复》第 3 条规定中的承包人“实际支出的费用”范围，不能纳入优先受偿权的范围。

观点来源：最高人民法院第四巡回法庭《疑难案件裁判要点与观点》

2、建设工程优先受偿权的行使方式有哪些？

答：诉讼不是建设工程承包人行使建设工程价款优先受偿权的唯一方式。承包人不仅可以通过诉讼的方式行使建设工程价款优先受偿权，还可以通过与发包人协商折价的方式行使建设工程价款优先受偿权。在执行法院根据发包人的其他债权人或抵押权人的申请对建设工程采取强制执行措施时，承包人向执行法院主张其对建设工程享有建设工程价款优先受偿权的，属于承包人行使建设工程价款优先受偿权的合理方式。

观点来源：最高人民法院第四巡回法庭《疑难案件裁判要点与观点》

3、建设用地使用权是否为建设工程优先受偿权的客体？

答：关于建设工程价款优先受偿权的客体，依据《合同法》第 286 条的字面规定，针对的是“建设工程”本身，不包括建筑物所占用的土地价值部分，即其仅对建筑物价值部分享有优先受偿的效力，就建筑物所占用的建设用地使用权价值部分不发生优先清偿的效力。从建设工程价款优先受偿权的法理基础分析，承包人以提供劳务、投入材料等方式创造或增加了建筑物的价值，这是赋予其优先受偿权的法理基础。但土地使用权的价值不是承包人的施工行为所创造，故建设用地使用权不应成为建设工程价款优先受偿权的标的物。尽管根据“房地一体处分”原则，实践中要将建筑物和建设用地使用权一并进行处分，但在处理变卖价款时还要区分建筑物的价值和建设用地使用权的价值，建设工程价款优先受偿权仅对建筑物的价值部分有优先受偿的效力。

观点来源：最高人民法院第四巡回法庭编《疑难案件裁判要点与观点》

4、建设工程施工合同纠纷中以房抵债协议不以房屋过户或交付为生效条件——上诉人甲公司与被上诉人乙公司建设工程施工合同纠纷案

裁判要点：

以房抵债协议是诺成性合同，不以房屋过户或交付为生效条件。建设方按约定与施工方或施工方指定的购房人签订房屋买卖合同后，负有向购房人交付房屋的义务，双方约定抵顶的相应建设工程价款债权消灭。施工方以尚未办理房屋产权转移手续为由主张以房抵债协议不发生法律效力，仍请求建设方支付被抵顶的工程价款债权的，不应支持。

关于以房抵债协议是诺成性合同还是实践性合同，存在不同认识。第一种观点认为，以房抵债协议应参照以物清偿的构成要件和法律效果的有关理论，确定为实践性合同。当事人达成以房抵债协议后，且双方已办理产权过户手续的，以房抵债协议方能成立并生效。第二种观点认为，以房抵债协议是诺成性合同，双方以房抵债的合意一经形成，以房抵债协议即成立并生效。建设工程施工合同纠纷中，以房抵债协议签订后，建设方与施工方以房抵债的合意已经形成，以房抵债协议成立并生效。建设方根据协议约定与施工方或其指定的购房人签订房屋买卖合同后，施工方对建设方享有的相应工程价款债权应转化为对建设方享有的请求交付房屋和转移房屋所有权的债权，双方约定抵顶的工程价款债权消灭，建设方负有向施工方或指定购房人交付抵顶房屋的义务。

第二种观点是正确的。对于实践性合同和诺成性合同，我国合同法的基本立场是以诺成性合同为原则，实践性合同为例外。除非法律有特别规定，合同均为诺成性合同。我国没有关于以房抵债协议是实践性合同的规定，因此，以房抵债协议是诺成性合同，不以房屋过户或交付为生效条件。本案中，甲公司已就案涉17套商铺与乙公司以及乙公司指定的购房人分别签订《工程款相抵房屋确认书》和《商品房买卖合同》，并向指定购房人出具了购房款收据。甲公司与乙公司关于案涉17套商铺抵顶工程价款已经形成合意。双方意思表示真实，不违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效。在案涉《工程款相抵房屋确认书》和《商品房买卖合同》成立生效的情况下，双方约定用房屋抵顶的建设工程价款债权消灭，甲公司负有向购房人交付房屋和转移房屋所有权的债务，案涉剩余17套商铺房款抵顶的建设工程价款应从甲公司尚欠的工程款中予以扣除。《建设工程施工合同司法解释》第3条已被《民法典》第793条吸收，未作实质性修改。

观点来源：最高人民法院第四巡回法庭编《疑难案件裁判要点与观点》

5、挂靠施工情形下，发包人善意是建设工程施工合同有效的前提条件—— 再审申请人甲公司与被申请人牛某某、乙公司建设工程施工合同纠纷案

裁判要点：

挂靠人以被挂靠人名义对外签订建设工程施工合同的效力，应根据发包人是否善意、在签订建设工程施工合同时是否知道挂靠事实来作出认定。如果发包人不知道挂靠事实，有理由相信真实承包人就是被挂靠人，则应优先保护善意相对

人的利益，双方所签订的建设工程施工合同直接约束发包人和被挂靠人，该合同并不因存在挂靠关系而无效。被挂靠人将所承包工程交由挂靠人施工的行为系转包行为。转包行为违反法律强制性规定，属无效合同。如果发包人在签订合同时知道挂靠事实，发包人与挂靠人、被挂靠人在签订建设工程施工合同时均知道系挂靠人以被挂靠人的名义与发包人签订合同，则该行为属于隐藏行为。即三方当事人以发包人与被挂靠人之间的合同隐藏了发包人与挂靠人之间的合同。其中，发包人与被挂靠人之间的合同欠缺效果意思，属于通谋虚伪行为，依照《民法总则》第146条第1款（《民法典》第146条）规定，该合同无效。发包人与挂靠人之间的合同属于挂靠人借用有资质的建筑施工企业名义与发包人签订的合同，依照《建设工程施工合同司法解释（一）》第1条第（2）项规定，该合同亦无效。

观点来源：最高人民法院第四巡回法庭编《疑难案件裁判要点与观点》

6、如果同一建设工程由多个施工方施工的，各施工方的建设工程优先受偿权如何计算？

案例：2010月，乙公司与丙公司签订《建设工程施工合同》，约定由丙公司承建乙公司的案涉建设工程施工项目：某楼盘1-7号楼及相应地下室工程。签订合同后，丙公司首先进场对6-7号楼进行施工，该两幢楼土建工程已经完工，但未进行竣工验收；而1-3号楼施工至三层，因工程施工及工程款支付问题，双方发生争议，该工程于2012月起至诉讼发生时一直处于停工状态。

2013年，丙公司因工程款问题将乙公司诉至市中级人民法院，请求法院判令乙公司支付案涉工程（其中不含6-7号楼）的工程款，并对相应工程折价或拍卖价款享有优先受偿权。该院判决乙公司向丙公司支付工程款4648万元及利息，丙公司在工程欠款4648万元范围内就案涉工程1-3号楼工程折价或拍卖价款享有优先受偿权。A省高级人民法院二审维持原判。在该案诉讼过程中，双方确认，截至起诉之日，乙公司就本案诉争工程已支付工程款1434万元，一审法院对此予以确认。生效裁判同时认定，相关款项为乙公司支付的1-3号楼工程款。（以下简称判决一）

2015年1月，丙公司再次将乙公司诉至市中级人民法院，请求法院判决解除双方就案涉建设工程1-7号楼及相应地下室工程签订的《建设工程施工合同》

等系列合同，丙公司对案涉建设工程 1-3 号楼、6-7 号楼及相应地下室工程价款享有优先受偿权。该院判决，解除案涉《建设工程施工合同》等系列合同，丙公司在乙公司的工程欠款 560 万元范围内就案涉建设工程 1-3 号楼、6-7 号楼工程折价或拍卖价款享有优先受偿权。A 省高级人民法院二审维持原判。（以下简称判决二）

2012 年 4 月，甲公司、乙公司及某银行签订《委托贷款借款合同》，约定甲公司委托该银行借款 1700 万元给乙公司，甲公司与乙公司签订抵押合同，以乙公司的案涉建设工程项目 6-7 号楼抵押给甲公司，为 1700 万元借款提供担保，并办理了抵押登记手续。借款到期后，乙公司未按约定还款，甲公司起诉至市中级人民法院，该院于 2013 年作出民事判决，判决主文内容包括：甲公司对乙公司以其抵押的财产优先受偿。因乙公司未履行该生效判决确定的义务，甲公司申请强制执行。（以下简称判决三）

由此，甲公司向 A 省高级人民法院提出本案的第三人撤销之诉，请求撤销 A 省高级人民法院针对判决二作出的终审判决，对其中关于丙公司就案涉工程项目 6-7 号楼价款享有优先受偿权的内容予以改判，改判为丙公司在欠收工程款范围内对 1-3 号楼工程折价或拍卖价款享有优先受偿权。

《建设工程价款优先受偿权批复》第条中明确规定：“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。”因工程款优先受偿权与抵押权之间的顺位是法定的，工程款优先受偿权一旦确定，则当然优先于抵押权，从而使抵押权人的权益在法律上受到影响，因此抵押权人为了争取己方的抵押权能够实现，在第三人撤销之诉中的诉讼思路通常是主张并证明施工人的建设工程价款优先受偿权并不成立，或以不合理的价格拍卖、变卖建设工程以至于损害了抵押权人享有的抵押权。本案就是第一种情况：作为抵押权人的甲公司主张并力图证明丙公司对案涉 6-7 号楼的优先受偿权并不成立。甲公司为了证明这一点，主张作为发包人的乙公司虽然仍欠付丙公司整体工程的部分工程款，但已支付的部分工程款中，已将案涉 6-7 号楼的工程款付清。换言之，因该两栋楼并不欠付工程款，不符合《合同法》第 286 条（《民法典》第 807 条）中“发包人未按照约定支付价款”的条件，丙公司不能依照该条规定，享有

对该两栋楼工程价款的优先受偿权。若优先受偿权不存在，自然也谈不上甲公司的抵押权受到妨碍的问题，本案中，从乙公司与丙公司签订的《建设工程施工合同》及 6-7 号楼的《建设工程规划许可证》《建设工程施工许可证》《工程开工报审表》与《开工报告》等证据综合判断，可以认定在整个案涉工程中，6-7 号楼单独规划、先行施工，且根据《建设工程施工合同》的约定，6-7 号楼工程进度在先，应当先行支付工程进度款。在案涉《建设工程施工合同》中，双方约定采用可调价格合同，并约定了相应的合同价款调整方法。在 6-7 号楼主体工程完工但未进行竣工验收，案涉工程并未整体完工的情况下，双方因工程款问题发生争议，引发判决一案件。在该案诉讼过程中，乙公司与丙公司确认，截至 2013 月，乙公司已向丙公司支付工程款 1434 万元，但每笔付款时，双方并未就相应款项系针对哪部分工程的支出作出专门约定，双方同时达成一致意见，确认将乙公司已支付的 1434 万元全部计入 1-3 号楼地下结构及地上三层工程的工程款，该事实已经由生效判决确认，且不违反法律规定，应当予以认可。因此，从乙公司已支付 1434 万元工程款的事实，无法推断出该款项系针对 6-7 号楼的付款，甲公司关于乙公司不拖欠该两栋楼工程款的主张不能成立。不能由此认定，6-7 号楼的工程款已经付清，丙公司由此丧失对该两栋楼工程价款的优先受偿权。

综上，如果同一建设工程施工合同项下有多个单位工程，对各单位工程的欠付工程款无法区分的，建设工程价款优先受偿权不宜针对各个单位工程分别计算，而应作为一个整体统一计算。

观点来源：最高人民法院第四巡回法庭编《疑难案件裁判要点与观点》

四、第五巡回法庭

1、建设工程转包合同的结算是否应以承包合同的结算为前提？（最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 5 次法官会议纪要）

甲说：肯定说

本案转包合同采用的结算标准与承包合同相同。因而承包合同与转包合同具有牵连关系，不能作为完全相互独立的合同看待。承包人在收到实际施工人的结算资料后转交给发包人的行为，不构成对工程价款的认可。发包人未审核同意结算资料的，实际施工人无权请求结算。特别是在发包人与承包人已另案发生诉讼的情况下，将可能导致同一个工程在不同案件中出现不同金额的工程价款。另外，

实际施工人提交的结算资料普遍存在「水分」。如果本案按照结算资料支持实际施工人主张的工程价款,而在发包人与承包人的另案诉讼中发包人提出有效抗辩,则可能导致承包人承担巨额差价损失。

乙说: 否定说

本案转包合同只是约定按照承包合同约定额结算,而非以前者结算为前提。转包合同与承包合同仍然属于独立的合同。转包人对实际施工人提交的结算资料未进行审核即提交发包人,且在实际施工人提起诉讼后仍未就结算资料欠缺真实合理性提出有效抗辩,理应承担相应责任。即便由此导致承包人可能承担一定的损失,亦应视为其应当承担的商业风险,不能作为其拒绝向实际施工人支付工程价款的理由。

法官会议意见: 采乙说

承包合同与转包合同仅具有事实上的牵连关系而非法律上的牵连关系,分属于独立合同。在当事人双方无特殊约定的情形下,转包合同的结算不以承包合同的结算为前提。实际施工人向承包人提交结算资料后,承包人理应在合理期间内审核并及时向实际施工人提出核定意见。承包人未对结算资料提出异议,而仅以发包人尚未与其结算作为抗辩事由的,应不予支持。即便在发包人与承包人、承包人与实际施工人的不同诉讼中可能会出现工程价款差异,但此种差异乃是两个合同事实牵连关系的体现,不能作为其具有法律牵连的理由。实际施工人提交的结算资料具有「水分」只是可能而非现实,且承包人可以通过审核结算资料挤掉「水分」,而不能将此项工作完全交由发包人处理。承包人长期怠于行使此项权利,造成的损失应由其自行承担。

2、发包人将依法不属于必须招标项目进行招投标后,招投标文件能否作为工程价款的结算依据?(最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 44 次法官会议纪要)

甲说: 与必招项目的招投标程序相比,非必招项目的招投标程序较为随意。

乙公司以签署澄清文件方式对投标文件的相关内容进行了确认、调整,并对其投标报价进行相应核减。表明乙公司的投标报价并非完全按照工程施工所必需的成本加上合理利润后得出的准确数字。因《中标通知书》并未标明中标价,在《中标通知书》发出之后,双方仍可继续协商。案涉合同为当事人实际履行的合

同，亦为当事人真实意思表示，应当作为工程价款结算依据。

乙说：不论是否属于必招项目，当事人选择以招标投标方式缔结合同，就应受招标投标制度的约束。

招标、投标、《中标通知书》符合合同法上要约、承诺之成立合同关系的规定。甲公司向乙公司发出《中标通知书》时，案涉「中标合同」即告成立。招标文件构成「中标合同」的内容，合同价格不一致，背离合同实质性内容的「书面合同」条款无效，应以「中标合同」为据确定工程款。

法官会议意见：采乙说

甲公司选择以招标投标方式缔结合同。经过招标、投标、开标、评标等环节，最终确定乙公司为中标人，并向其发送了《中标通知书》。按照要约、承诺合同订立的规定，甲公司的招标为要约邀请，乙公司的投标为要约，中标通知书为承诺。甲公司向乙公司发出《中标通知书》时，双方合同关系已经成立。乙公司在投标过程中所作的澄清系不构成对承诺的变更。根据《招标投标法》第四十六条的规定，双方不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。该条并未区分必招项目与非必招项目，应当一体适用。

3、先行判决在建设施工合同纠纷中如何适用？在当事人意思表示不明确的情况下，人民法院应如何裁判？（最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 41 次法官会议纪要）

甲说：应当在先行判决的适用中充分发挥法官的释明义务，明确当事人的申请是变更诉讼请求还是先行判决。

依照《民事诉讼法》第一百五十三条规定，先行判决仅为中间判决，如果人民法院根据当事人的申请或者经审理后认为可以先行判决的，在作出判决后应当就剩余部分继续审理，不应驳回当事人主张的其他诉讼请求。在当事人提交申请书明确请求先行判决、其他部分另行主张的情况下，人民法院应当向当事人释明，该申请究竟是请求先行判决还是主张变更诉讼请求，随后再针对其明确的意思表示作出裁判。

乙说：如果当事人提交的申请书已经明确其他部分将另行主张，应当理解为其明显具有变更诉讼请求的意思表示，可不适用先行判决，直接对查明部分进行裁判。

一审法院进行终局判决虽有瑕疵，但可以纠正，即将驳回甲、乙二人其他诉讼请求的部分撤销即可，并在说理部分阐明理由，以保留当事人的诉权。当事人可依据生效判决申请执行后就剩余款项另行起诉，这种做法也有利于解决当事人的资金困难。

法官会议意见：采甲说

先行判决并非终局裁决，适用条件在《民事诉讼法》第一百五十三条已有规定，人民法院应当根据案件实际情况确定是否适用。在当事人囿于专业知识、文化水平等因素，于诉讼中提交的申请书存在表述不清或与法律规定相冲突的情形下，人民法院应当就其提交的申请书进行询问，在明确其真实意思后就相应法律效果作出释明，避免仅就字面模糊意思迳行裁判，出现裁判结果与当事人权利处分意思表示不一致的情形。根据民事诉讼法理论，驳回诉讼请求的判决可以发生既判力，当事人不得就该请求再次提起诉讼，一审法院先行判决并驳回当事人其他诉讼请求的做法，使得当事人就该部分诉讼请求无法另诉主张，显属错误。

4、项目经理以工程项目部名义对外借款应否由公司承担还款责任？（最高人民法院第五巡回法庭 2019 年第 49 次法官会议纪要）

甲说：由公司承担还款责任

项目经理代表公司与实际施工人之间进行了多项与项目相关的活动，作为债权人的实际施工人知道或应当知道项目经理的身份；借条上也加盖了公司工程项目部的印章，因此，债权人有权相信借款主体为公司。公司内部对项目经理职权范围的限制，不得对抗善意相对人，且债权人对于借款的实际用途无法了解。因此，应该认定该款为公司借款，由公司承担还款责任。

乙说：由项目经理个人承担还款责任

项目经理只有权进行与工程项目有关的行为，但无权进行与工程项目无关的个人借贷。尽管借条上加盖了公司工程项目部的印章，但并非所有加盖公章的行为都视为公司认可的行为，应只限定于与项目相关的行为。案涉借条上并未载明该款为项目保证金或其他与工程相关的用途，借款均进入项目经理个人账户，而非公司账户，且无任何证据可以证明借款实际用于项目工程。因此，应认定该款为项目经理的个人借款应由其个人承担还款责任。

法官会议意见：采乙说

项目经理以工程项目部名义对外借款由公司承担还款责任需要满足三个条件。

首先，行为人具有代理权外观。项目经理有权以公司名义进行与工程项目相关的活动。案涉行为人以项目经理的身份与相对人进行过多次与工程相关的活动，其所出具的借条上不仅签有公司项目经理的签名，且加盖有公司工程项目部的印章，因此，相对人有理由相信项目经理具有代理权。

其次，相对人善意且无过失。相对人知道或者应当知道项目经理只有权进行与工程有关的行为，对外借款一般情况下不属于其职责范围内的事务。在对外借款的情况下，借条上应写明所借款项的实际用途，否则无法证明相对人并无过失。

最后，所借款项实际用于工程建设。案涉借条上并未写明所借款项的实际用途，且借款均进入项目经理的个人账户，相对人亦无任何证据证明借款实际用于工程建设。因此，在无法证明所借款项实际用于工程建设的情况下，应由项目经理个人承担还款责任。

五、第六巡回法庭

1、《建工司法解释（一）》第1条规定，承包人因未取得资质、超越资质、借用资质或者转包、违法分包等与他人签订的建设工程施工合同无效。司法实践中，承包人转包、违法分包一般包括哪些情形，有关工程价款、工程质量纠纷该如何处理？

答：以转包或者违法分包方式签订的建设工程施工合同无效。关于转包违法分包的认定，可以参照住房和城乡建设部印发的《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》（建市规〔2019〕1号）第7条、第8条以及第11条、第12条规定的具体情形进行认定。承包人从发包人处取得建设工程后再与他人签订的转包合同、违法分包合同无效，但不影响发包人与承包人之间签订的建设工程施工合同的效力。司法实践中，要注意区分合同性质，并对合同效力作出相应的认定。

工程转包、违法分包情形下，转承包人、违法分承包人如果与发包人形成了事实上的施工合同关系，且建设工程质量合格的，转承包人、违法分承包人可以直接依据《建工司法解释（一）》第24条规定，请求折价补偿。判断是否形成了前述事实上的施工合同关系，重点是看发包人是否认可实际施工人的地位，具

体可以考量发包人是否直接支付工程进度款、是否在工程施工过程中进行联系或检查、是否直接进行工程价款结算、是否指定的转（分）承包人等因素。转承包人、违法分包人就其具体施工范围内的工程价款与发包人结算以后，转包人、违法分包人不能再就转承包人、违法分包人具体施工范围内的工程价款向发包人主张权利。存在转包、违法分包情形，发生工程质量争议的，发包人可以依据《建工司法解释（一）》第 15 条主张权利。

如果无法认定实际施工人与发包人建立了事实上的施工合同关系，应当依据各方当事人各自的合同关系确定发包人欠付转包人、违法分包人的工程款数额，以及转包人、违法分包人欠付转承包人、违法分包人的工程款数额。发包人与转包人、违法分包人之间的结算协议，转包人、违法分包人与转承包人、违法分包人之间的结算协议均只对协议当事人发生法律效力，不能对抗协议之外的第三人。如果相关付款义务主体能够举证证明已经按照结算协议支付了相应工程款，则在已付工程款范围内免除付款责任。

观点来源：《最高人民法院第六巡回法庭裁判规则》，2022 年 11 月，人民法院出版社。

2、挂靠施工情形下，如何认定相关合同的效力，实践中如何解决有关工程欠款、工程质量纠纷？

答：在挂靠施工情况下，涉及发包方与施工方施工合同的外部法律关系以及被挂靠方与挂靠方借用资质的内部法律关系。对于相关合同效力的认定，应当区分内部关系和外部关系以及发包人是否善意来认定相关合同的效力。

在挂靠人与被挂靠人之间的内部关系上，挂靠行为属于借用资质行为的，因违反《建筑法》第 26 条规定，应当认定为无效行为。

在挂靠人、被挂靠人与发包人外部关系的认定上，应当根据发包人在签订建设工程施工合同时是否知道挂靠事实作出认定。如果发包人不知道挂靠的事实，有合理理由相信履行施工合同义务的就是被挂靠人，此种情况下被挂靠人以自己的名义与发包人签订施工合同的行为属于真意保留，被挂靠人的表示行为与真实意思不一致，但发包人的表示行为与真实意思是一致的。这种情况下，应当优先保护发包人的利益，该合同属于可撤销合同，并不因存在挂靠关系就当然无效。被挂靠人将所承包工程交由挂靠人施工的行为属于转包行为，根据《建工司法解

释（一）》第1条第2款规定，该转包合同属于无效合同。如果发包人知道挂靠事实，根据《民法典》第146条规定，该发包人与被挂靠人之间的施工合同属于以虚假的意思表示实施的民事法律行为，应当认定无效。

发包人、被挂靠人、挂靠人之间的工程欠款纠纷，除法律和司法解释另有规定外，应按照合同相对性原则，分别按照各自之间的合同关系处理。出现工程质量问题的，发包人依据《建工司法解释（一）》第7条规定主张权利的，人民法院应予支持。如果发包人与挂靠人之间在工程施工中建立了事实上的施工合同关系，发包人或挂靠人直接请求对方承担相应民事责任，人民法院应予支持。

观点来源：《最高人民法院第六巡回法庭裁判规则》，2022年11月，人民法院出版社。

3、转包、违法分包、借用资质情形下，相关转包合同、违法分包合同、出借资质签订的施工合同中约定的管理费该如何认定和处理？

答：建设工程施工领域，相关转包合同、违法分包合同、出借资质签订的施工合同无效。相关合同中约定的管理费不能理解为转包人、违法分包人或者有资质的施工单位转包、违法分包工程或者出借资质的对价或好处。如果转包人、违法分包人或者有资质的施工单位仅仅给予工程或出借资质但没有实施具体的施工行为或管理行为，对于转包人、违法分包人或者出借资质人提出的支付管理费的请求，一般不予支持；如果转包人、违法分包人或者出借资质人在给予工程或出借资质后也实施了一定的施工行为或管理行为，应当考虑转包人、违法分包人或者出借资质人的支出成本、合同各方的过错程度、实现利益平衡等因素，在各方之间合理分担该管理成本损失。

观点来源：《最高人民法院第六巡回法庭裁判规则》，2022年11月，人民法院出版社。

4、如何理解和把握《建工司法解释（一）》第1条第1款第3项规定，建设工程必须进行招标而未招标或中标无效的，建设工程施工合同应认定无效？

答：根据《建工司法解释（一）》第1条第1款第3项的规定，建设工程必须进行招标而未招标或中标无效的，建设工程施工合同应认定无效。准确把握该条文含义，应当区分两种情况：一是必须进行招标而未招标；二是中标无效。关于必须进行招标的工程，相关国家部委曾经先后作出有关规范性文件规定，应当以有

关规定为准来确定必须进行招标的工程范围。2018年6月1日施行的《必须招标的工程项目规定》及2018年6月6日施行的《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》规定，商品住宅项目已不属于必须招标工程范围，如果仍然以此为依据认定相关施工合同未经招投标程序因此无效就属于适用法律错误。如果签订施工合同时属于应当招标的工程项目，但诉讼中按照新的规定已不属于应当招标的工程项目，则不应以必须进行招标而未招标为由认定合同无效。

关于中标无效的把握，即使诉争的建设工程并非必须进行招标，但如果发包人主动选择采取招标方式，那么就应当遵守《招标投标法》等法律规定。如果招标程序中出现先定后标、串标、围标、行贿以及采取非法手段阻止、干预其他投标人参加投标活动等行为，该中标行为违反了《招标投标法》等法律的强制性规定，破坏了公平竞争的市场秩序这一社会公共秩序、因此也应当认定无效。

观点来源：《最高人民法院第六巡回法庭裁判规则》，2022年11月，人民法院出版社。

5、建设工程合同纠纷案件对外委托鉴定工作中，如何确定委托鉴定范围、鉴定期限？

答：人民法院在审理建设工程合同纠纷案件中对外委托和组织司法鉴定工作，应依照《人民法院司法鉴定工作暂行规定》（法发〔2001〕23号）、《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》（法释〔2002〕8号）、《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》（法〔2020〕202号）相关规定，认真审查拟鉴定事项是否属于待查明案件事实的专门性问题。有关工程价款数额的确定和工程质量等方面的问题，如果当事人不能协商一致或者通过其他方式达成解决方案，人民法院可以根据当事人的申请对外委托鉴定。对于明显不属于专门性事实问题的，依法不应委托鉴定。拟鉴定事项所涉鉴定技术和方法没有科学可靠性的，也不应委托鉴定。委托鉴定的，应根据鉴定事项的难易程度、鉴定材料准备情况等，合理确定鉴定期限；鉴定机构、鉴定人因特殊情况需要延长鉴定期限的，应提出书面申请，由人民法院根据具体情况决定是否延长。

观点来源：《最高人民法院第六巡回法庭裁判规则》，2022年11月，人民法院出版社。

6、建设工程施工合同纠纷委托鉴定工作中应注意哪些因素或事项？如何采

信和认定鉴定意见？

答：建设工程合同纠纷案件专业性较强，诉讼标的大，且审理周期长，要注意避免以鉴代审和拒绝裁判情况的发生。在当事人未申请鉴定的情况下，对显而易见的工程质量问题或者通过其他方式能够认定工程价款的，为了避免鉴定周期过长、鉴定费用高昂给当事人造成诉累，人民法院应根据举证责任分配原则对于能够查明的案件事实及时作出裁判，不得拒绝裁判。同时，也要避免仅对无争议部分作出裁判，而对有争议部分告知当事人另行主张权利，不利于一次性解决纠纷。对于确需通过对外委托鉴定解决的争议事项，人民法院应向负有举证证明责任的一方进行充分释明。一审程序中经人民法院释明当事人明确表示不申请鉴定，二审程序中又申请鉴定的，除对方当事人同意或者有其他合理情形外，二审法院原则上不再对外委托鉴定。未经法庭组织双方当事人质证的材料(包括补充材料)，不得作为鉴定材料。

对待鉴事项具有相应的合法资质的鉴定机构和鉴定人员出具的鉴定意见，属于案件的证据，是否可以作为认定案件事实的根据、哪些部分可以作为认定案件事实的根据，人民法院应组织案件当事人对该鉴定意见进行质证，并结合当事人的质证意见进行审查认定。

观点来源：《最高人民法院第六巡回法庭裁判规则》，2022年11月，人民法院出版社。

7、如何理解和把握《建工司法解释（一）》第22条“当事人签订的建设工程施工合同与招标文件、投标文件、中标通知书载明的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款不一致，一方当事人请求将招标文件、投标文件、中标通知书作为结算工程价款的依据的，人民法院应予支持”的规定？

答：工程项目招标的重要文件包括招标文件、投标文件、中标通知书等，通过招标程序发包的工程项目应当依据上述文件的主要内容签订工程施工合同。实践中，当事人之间签订并实际履行的工程施工合同与上述招投标文件、中标文件在工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等方面并不一致，有的施工合同还进行了备案，就出现所谓的“黑白合同”“阴阳合同”现象。无论当事人之间签订并履行的工程施工合同是否经过备案，如果与前述招投标文件、中标文件关于工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等方面内容不一致，当事人之间就工

程价款的结算产生争议，人民法院应当以招标文件、投标文件、中标通知书作为结算工程价款的依据。

但是，不能认为违背了招投标文件、中标文件签订的工程施工合同就当然无效，只有就有关工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容约定不一致的，才可能导致工程施工合同无效。其他有关违约责任、争议解决条款等即使不一致的，也不必然导致工程施工合同无效。工程施工合同关于工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等方面对招投标文件、中标文件内容进行了非实质性变更的，也不必然导致工程施工合同无效。对于非实质性变更的把握，应当考虑具体变更的内容、外部客观情况当事人的主观意思等综合因素。另外，工程中标后，如果建设工程合同的基础条件发生了招投标活动中无法预见的、不属于商业风险的重大变化继续按照中标通知书签订并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依据《民法典》第 533 条规定，与对方重新协商达成的建设工程合同，一般应认定为有效。

观点来源：《最高人民法院第六巡回法庭裁判规则》，2022 年 11 月，人民法院出版社。

8、关于工程价款的结算，仅完成部分工程量能否依据建设工程合同约定的计价标准或计价方法结算工程款？

答：建设工程合同约定了工程价款的计价方法或者计价标准，但承包人仅完成部分工程量且已完成部分的工程质量合格，除非当事人明确约定该计价方法或标准只适用于全部工程完工的情形，承包人主张依据合同约定的计价方法或者标准计取已完工程的工程价款或者相关费用的，人民法院应当予以支持。如果当事人之间在仅完成部分工程量的情况下，无法就已完成部分工程价款的计价标准或计价方法达成一致，诉讼中可由主张权利一方通过申请委托鉴定的方式予以解决。

观点来源：《最高人民法院第六巡回法庭裁判规则》，2022 年 11 月，人民法院出版社。

9、建设工程合同约定以审计部门出具的审计报告或者结论作为工程价款结算依据的，该如何理解和把握？

答：建设工程合同约定以审计部门出具的审计报告或者结论作为工程价款结算依据，发包人未按约报请审计部门对工程价款进行审计的情况下，以未经审计

部门审计为由拒付工程价款的，人民法院不予支持。如果审计部门未在合理期限内进行审计或者出具审计报告或结论，或者有证据证明审计结论明显不当的，承包人有权对未经审计以及缺少审计结论的工程价款或审计结论错误的工程价款申请司法鉴定。

观点来源：《最高人民法院第六巡回法庭裁判规则》，2022年11月，人民法院出版社。

10、委托代建关系的付款责任主体如何确定？

答：采取委托代建模式进行工程开发的，工程价款的给付义务人应当根据建设工程合同的约定确定。委托人（建设单位）、代建人、使用人在代建合同中关于工程价款给付义务人的约定，除非承包人认可，该约定对承包人没有约束力。如果代建法律关系中对工程价款的给付义务人没有约定委托人（建设单位）、代建人、使用人三方共同作为发包人与承包人签订建设工程合同的情况下，委托人（建设单位）、代建人、使用人三方应向承包人共同承担支付工程价款的义务；委托人（建设单位）或者使用人向代建人支付了部分或全部工程价款，但代建人未向承包人支付相应的工程价款的，委托人（建设单位）或者使用人并不能因此免除付款责任。

委托人（建设单位）或者使用人没有作为发包方与承包人签订建设工程合同的，如果建设工程合同履行过程中存在委托人（建设单位）或者使用人直接向承包人支付工程价款、设计变更施工方案或者增减工程量并直接对承包人进行指示、参与施工现场管理等情形，足以认定委托人（建设单位）或者使用人已经加入建设工程合同的履行中，承包人起诉要求委托人（建设单位）或者使用人与代建方共同承担支付工程款义务的，人民法院应予支持。代建人以自己的名义在委托人的授权范围内与承包人订立的施工合同，承包人在订立合同时知道代建人与委托人之间的代建关系的，根据《民法典》第925条的规定，该施工合同直接约束委托人和承包人；但是，有确切证据证明该合同只约束代建人和承包人的除外。根据委托代建合同约定，代建人享有对委托人（建设单位）或者使用人代建费用债权，承包人如果认为代建人怠于行使该债权影响其到期工程价款债权，依照《民法典》第535条规定提起代位权诉讼的，人民法院应予受理并在查明相关案件事实后作出相应的裁判。

观点来源：《最高人民法院第六巡回法庭裁判规则》，2022年11月，人民法院出版社。

11、审判实践中，如何把握建设工程价款优先受偿权的权利行使主体、权利的保护范围以及权利的行使条件和方式等？

答：

●关于建设工程价款优先受偿权的主体。

(1) 因建设工程价款优先受偿权在性质上属于法定优先权的性质，因此不宜扩大权利主体范围，应当根据《民法典》第807条和《建工司法解释（一）》第35条规定，限制在与发包人订立建设工程施工合同的承包人范围内。

(2) 转承包人、违法分承包人等实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权。但应当注意，《建工司法解释（一）》第43条、第44条规定实际施工人可以向发包人主张支付工程价款，或者以《民法典》第535条对发包人提起代位权诉讼，代位权行使之范围为债权及其从权利，优先受偿权作为从权利即应包括在代位权范围内。

(3) 承包人将建设工程价款转让他人并通知发包人的，从确保承包人债权尽快实现并合理保值的角度出发，依照《民法典》第547条规定，应认定该工程价款债权受让人有权对发包人主张工程价款优先受偿权。

●关于建设工程价款优先受偿权的范围。

(4) 根据《建工司法解释（一）》第40条的规定，承包人的建设工程价款优先受偿范围包括直接费用以及包括企业管理费、利润、规费、税金等间接费用在内的全部建设工程价款，但不包括建设工程价款的利息以及因发包人违约产生的违约金、损害赔偿金等。

(5) 依照《建工司法解释（一）》第40条第1款的规定，发包人从建设工程价款中预扣的质量保证金，属于建设工程价款的一部分，虽该保证金系为工程质量保证期内出现质量问题时保证工程及时得到修复而预留，但属于优先受偿范围。

(6) 对于承包方单独另行交纳的质量保证金，因不属于工程价款，不享有优先受偿权。

●关于建设工程价款优先受偿权的行使条件和方式。

(1) 根据《建工司法解释（一）》第 41 条的规定，承包人应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 18 个月，自发包人应当给付结算工程价款之日起算。发包人应当给付结算工程价款之日，根据《建工司法解释（一）》第 27 条规定确定。

(2) 建设工程施工合同是否有效，一般不影响工程价款优先受偿权。

(3) 建设工程价款优先受偿权不因建成的房屋已经办理商品房预售合同网签而消灭，承包人仍有权依法就工程折价或者拍卖的价款优先受偿，但法律、司法解释另有规定的除外。

(4) 承包人行使建设工程价款优先受偿权，不以工程竣工并交付为前提，无论工程是否完工，工程质量合格的，承包人可以主张优先受偿权。

(5) 根据《民法典》第 807 条规定的“根据建设工程的性质不宜折价、拍卖”的建设工程一般包括：违章建筑、工程质量不合格且难以修复的建筑，法律禁止抵押的不动产，非营利法人的教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施及不宜单独折价拍卖的分部、分项工程等。

(6) 根据《民法典》第 807 条规定，承包人可以与发包人协议将工程折价，也可以请求人民法院将工程依法拍卖，建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。承包人行使建设工程价款优先受偿权，既可以通过提起诉讼或者申请仲裁的方式，也可以通过直接向发包人主张权利的方式；直接向发包人主张权利的，承包人对此负有举证证明责任；以诉讼的方式行使建设工程价款优先受偿权的，人民法院可予以判决确认。

观点来源：《最高人民法院第六巡回法庭裁判规则》，2022 年 11 月，人民法院出版社。

12、实际施工人的类型包括哪些？与实际施工人有关的建设工程施工合同纠纷案件，实践中包括哪些常见的法律适用问题？

答：一般来说，实际施工人包括转包合同的转承包人、违法分包合同的分承包人和外部挂靠关系中借用资质的单位或个人三种类型，实际施工人就是上述违法情形中实际完成了施工任务的单位或者个人。实际施工人与发包人之间没有直接的合同关系或者名义上的合同关系，实际施工人同与其签订转包合同、违法分包合同的承包人或者出借资质的建筑施工企业之间也不存在劳动人事关系或者

劳务关系。施工企业的内部承包关系以及与施工企业通过合作、劳务分包、专业分包等方式开展施工活动的，可根据具体情况认定相应的法律关系。

审理与实际施工人有关的建设工程施工合同纠纷案件，既要准确把握法律、司法解释条文含义，也要树立保护合法、显名民事主体利益的司法价值取向。实际施工人获得法律保护的利益原则上不应超过合法施工主体的权利范围。发包人与承包人之间关于工程价款的结算，对实际施工人具有拘束力，但是各权利义务主体有明确约定或在性质上不宜适用于实际施工人、实际施工人能够举证证明发包人与承包人以结算故意损害实际施工人利益的除外。实际施工人与其相对方就施工范围内工程价款的结算仅约束协议双方，不能以此约束发包人，但是实际施工人能够举证证明该结算系依据发包人与承包人之间施工合同中关于工程价款结算办法的约定作出的除外。

《建工司法解释（一）》第43条规定，实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发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。本条解释涉及三方当事人两个法律关系：一是发包人与承包人之间的建设工程施工合同关系；二是承包人与实际施工人之间的转包或者违法分包关系。

原则上，当事人应当依据各自的法律关系，请求各自的债务人承担责任。本条解释为保护农民工等建筑工人的利益，突破合同相对性原则，允许实际施工人请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。承包人已经起诉发包人支付工程款的，实际施工人可在一审法庭辩论终结前申请作为第三人参加诉讼，其另诉请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的，人民法院不应受理。实际施工人既有权要求发包人支付欠付工程款，也有权主张欠付工程款的利息。人民法院应当查明发包人欠付承包人的工程款及承包人欠付实际施工人的工程款。实际施工人对工程款支付条件成就、欠付工程款金额等承担举证证明责任；发包人提出已支付工程款金额以及所欠工程款与其无关等抗辩的，应当承担举证证明责任。因发包人并非实际施工人的合同相对方，发包人在其欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担的付款责任，是一种补充责任。发包人向实际施工人给付相应的工程款后，各

方当事人之间相对应的债权债务关系均消灭。

层层转包或多次分包的，实际施工人不能向与其没有合同关系的承包人、分包人等中间环节主体主张工程款，但发包人已向承包人、分包人支付全部工程款的除外。未进行实际施工的转承包人、转分包人等中间环节主体不是实际施工人，不能突破合同相对性向发包人主张权利。

观点来源：最高人民法院第六巡回法庭：《最高人民法院第六巡回法庭裁判规则》，人民法院出版社 2022 年 11 月版。

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

(2021) 最高法民他 103 号

河南省高级人民法院:

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

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

最高人民法院民事审判第一庭

二〇二一年五月十日

5.2019 年全国法院民商事审判工作会议纪要（节选）

【发文字号】法〔2019〕254 号

【生效日期】2019 年 11 月 08 日

……

三、关于合同纠纷案件的审理

……

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

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

……

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

【发文字号】 [2005]民一他字第 23 号

【生效日期】 2006 年 04 月 25 日

你院渝高法[2005]154 号《关于如何理解和适用最高人民法院〈关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释〉第二十条的请示》收悉。经研究，答复如下：

同意你院审委会的第二种意见，即：适用该司法解释第二十条的前提条件是当事人之间约定了发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，则视为认可竣工结算文件。承包人提交的竣工结算文件可以作为工程款结算的依据。建设部制定的建设工程施工合同格式文本中的通用条款第 33 条第 3 款的规定，不能简单地推论出，双方当事人具有发包人收到竣工结算文件一定期限内不予答复，则视为认可承包人提交的竣工结算文件的一致意思表示，承包人提交的竣工结算文件不能作为工程款结算的依据。

最高人民法院民事审判庭
二〇〇六年四月二十五日

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

【发文字号】 [2001]民一他字第 2 号

【生效日期】 2001 年 04 月 02 日

河南省高级人民法院:

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

二、浙江地区人民法院

7.浙江省高级人民法院关于省十三届人大三次会议绍2号建议的答复

李旺荣代表:

您在省十三届人大三次会议上提出的《省高院应及时出台“正确区分施工企业内部承包人融资与‘高利转贷’‘职业放贷’指导意见”的建议》(绍2号建议)收悉,省人大交由我院办理。您的建议对于保护施工企业合法融资行为、促进我省建筑业的健康发展很有帮助和启发。对此,我院高度重视,组织相关部门进行了认真研究和协商,并与您进行了沟通、征求意见。现答复如下:

随着建筑行业的蓬勃发展,项目承包人对资金的需求旺盛,目前正规金融机构难以满足这一需求。为解决生产经营问题,拥有闲散资金的建设企业临时性的对外贷款一定程度上缓解了项目承包人的资金需求压力,目前来看是必要的。在司法实践中,因建筑施工企业对项目承包人的融资行为产生的纠纷,施工企业一般以借款合同起诉承包人归还借款本金及利息。借款合同因建设工程垫资而产生,双方对借款金额、期限、利率、违约责任等内容往往已作出明确约定,人民法院一般按照民间借贷法律关系审理。只要企业借贷行为不构成非法集资、向社会公众发放贷款等违反法律、行政法规行为的,一般认定有效。

但是,从民间借贷这些年的发展实践看,如果不加规制,民间借贷金融市场的危机极易积累,反而累及整个建筑行业。采用借贷方式弥补现金流紧缺,稍有不慎就会变成饮鸩止渴,亏损后冒险性地“拆东墙补西墙”常见,进而引发社会性的借贷风潮。此外,也出现合同中强势一方“敲竹杠”的情况,也不利于合理有序的建筑行业秩序建构。在具体案件审理中,对于年利率过高的,人民法院一般根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称“民间借贷司法解释”)第二十六条规定进行调整,进而平衡各方利益,实现资金优化配置。

至于是否构成高利转贷、职业放贷人的问题。高利转贷、职业放贷人的特点是借款对象的不特定性、出借行为的反复性和借款目的的营利性,与现实中非金融机构和其他组织进行的偶发性、临时性对外贷款的活动存在差异。因此,企业以自有资金对外进行的偶发性和临时性贷款同时收取适当的资金占用费用,目前

法律及司法解释均无强制禁止性规定，一般认定为有效。至于建筑施工企业与项目承包人之间的借款合同，虽然建设公司为实际施工人预垫工程款类似于借贷行为，但就合同的目的而言，双方根本的合意还是完成某一特定的工程，并非建筑施工企业借由资金放贷赚取利润。如果出借对象为项目承包人，出借资金约定的利息符合法律规定，实际用途也是为了建筑项目的运转，属于意思自治和契约自由的范畴，一般不符合《民间借贷司法解释》第十四条规定的民间借贷合同无效的情形，亦不构成高利转贷、职业放贷人的标准，不会直接导致借贷无效。

但是，作为生产经营型企业，如果建筑施工企业以经常放贷为主要业务，或者以此作为主要收入来源，则有可能导致该企业的性质发生变异，质变为未经金融监管部门批准从事专门放贷业务的金融机构。在实践中，认定企业是否从事经常性放贷，无论是从举证证明责任的承担，还是事实认定方面，都存在相当程度的困难。毕竟，货币是种类物，要认定企业往外放贷的钱究竟是从银行信贷而来，还是从其他企业所借，抑或是在单位内部集资所得，都有相当大的难度。如果当事人能够举出充分证据，证明企业从事经常性放贷业务，则应当认定其放贷行为无效。对于如何认定企业是否从事经常性放贷业务，我们认为，应当结合企业的注册资本、流动资金、借贷数额、一年内借贷次数、借贷利息的约定、借贷收益占企业所收入的比例、出借人与借款人之间的关系等因素，综合考虑施工企业年度项目合同额、产值、营收等财务数据情况，通过自由裁定权的行使，综合认定企业是否构成经常性放贷业务。

如果确实存在充分证据证明施工企业的行为属于高利转贷、或系职业放贷人的，人民法院认定民间借贷合同无效后，依据《民法总则》第 157 条、《合同法》第 58 条的规定，双方对于取得的财产应予返还。借款人应当返还借款，同时应当支付资金占用期间的利息损失，合同约定的利率条款当然无效，一般应当按照银行贷款利率确定损失数额。

至于是否可能构成犯罪的问题。对于民间借贷行为是否构成犯罪由公安机关、检察机关以及人民法院依照刑法有关规定进行判定。在民事纠纷处理中，人民法院经初步审查，发现可能符合犯罪的构成要件，一般裁定驳回起诉，并将涉嫌犯罪的线索、材料移送公安或者检察机关。根据浙江省公检法等六部门《关于依法严厉打击与民间借贷相关的刑事犯罪强化民间借贷协同治理的会议纪要》，对于以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金再以高于银行贷款利率转贷他人，

且违法所得数额在 10 万元以上，或者虽未达到上述数额标准，但两年内因高利转贷受过行政处罚二次以上，又高利转贷的，应当依法以高利转贷罪追究刑事责任。实践中，考虑到刑法的谦抑性，因高利转贷入刑的案件数量极少，一般而言建筑施工企业的正常借贷行为并不符合高利转贷罪的构成要件。

2019 年 11 月 8 日，《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称“会议纪要”）出台，要求区别对待金融借贷与民间借贷，并适用不同规则与利率标准；要依法否定高利转贷行为、职业放贷行为的效力，充分发挥司法的示范、引导作用，促进金融服务实体经济。《会议纪要》规定可能造成了建筑施工企业的顾虑，但对具体条文加以研究，可以看出，《会议纪要》与《民间借贷司法解释》一脉相承，并无明显突破。高利转贷的规定实际上是对《民间借贷司法解释》第 14 条第 1 项规定进行重申和解读，而对于职业放贷人的规定，实际上与《关于依法严厉打击与民间借贷相关的刑事犯罪强化民间借贷协同治理的会议纪要》相比，亦无新增规定。

诚如您所言，确实存在着法院从具体案件的角度出发，就事论事较多，缺乏宏观理念上的思考。我们将结合社会经济发展、金融市场的特殊性予以慎重反思，以达到司法准确规范和引导社会行为、发挥服务和助推社会发展的功能。总体来看，经征求相关业务部门意见，目前出台指导意见时机尚不成熟，希望建筑业行业协会多提宝贵意见，在充分调研论证后再出台文件。针对您所提出的问题，我们将进一步贯彻落实相关文件有关规定。一是加强对下级人民法院的指导，通过年度民事审判工作会议等形式进一步加以明晰，促进法律适用统一，如对于案件审理存在争议的，我们将对具体个案进行研判。二是与浙江省建筑业行业协会进一步加强良性互动，吸纳建筑领域专业人才到陪审员队伍，在判决书中吸收建设工程争议专家意见，共同破解疑难问题。三是通过公布典型案例等形式确保裁判标准统一，形成“裁判一案、规范一事、引导一片”的效果，充分考虑个案裁判的政治效果、社会效果与法律效果。

感谢您对人民法院工作关心和支持。

浙江省高级人民法院

2020 年 7 月 1 日

8.浙江省高级人民法院民二庭关于审理涉建筑施工企业项目部纠纷 的疑难问题解答

2020年12月17日

1.在审理涉建筑施工企业项目部的案件时，总体要求是什么？

在审理涉建筑施工企业项目部的案件中，判断项目经理等人实施的行为是否对建筑施工企业发生效力时，要按照“准确界定职务行为，依法认定表见代理，严厉打击虚假诉讼”的思路，从该行为是否有建筑施工企业的明确授权（委托代理行为），是否属于职务行为（职务代理行为），是否构成表见代理三个层面依次进行审查。构成委托代理、职务行为或表见代理的，相应的法律后果应当由建筑施工企业承担。同时，在案件审理中也要加强对相关合同的真实性审查，防止部分当事人恶意串通，虚构债务，损害建筑施工企业的合法权益。

2.在何种情况下，可以认定项目经理行为构成职务行为？

按照《建筑施工企业项目经理资质管理办法》第二条、第六条的规定，项目经理是指受企业法定代表人委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者，是建筑施工企业法定代表人在工程项目上的代表人。工程项目施工实行项目经理负责制，项目经理在工程项目施工中处于中心地位，对工程项目施工负有全面管理的责任。由此可见，项目经理既不同于建筑施工企业的法定代表人，也不同于建筑施工企业普通的内设部门负责人，对工程项目施工活动具有较大的管理权限。

我们认为，认定项目经理的行为属于职务行为一般应满足身份要素、名义要素、权限要素三个方面的要件。身份要素，是指项目经理与建筑施工企业存在劳动关系，系建筑施工企业的员工；名义要素，是指项目经理是以建筑施工企业或项目部的名义对外签订合同；权限要素，是指项目经理的行为在建筑施工企业的授权范围之内，如与建设单位确定或变更施工内容、施工期限、施工质量、工程价款、违约责任，招聘必要的办公人员，购买或租赁必备的办公用具、原材料、机器设备等行为。项目经理实施的行为满足该三个要件的，可以认定为职务行为，由建筑施工企业承担相应的合同责任。

3.审理涉建筑施工企业项目部的案件时，应当如何认定表见代理行为？

在认定行为人（项目经理、实际施工人或项目部其他人员等）的行为是否构

成表见代理时，要按照《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》的有关规定，依法审查无权代理行为在客观上是否具有代理权的表象，以及相对人在主观上是否善意且无过失地相信行为人有代理权。

在认定行为人是否具有代理权表象时，要结合行为人的身份、权限、行为模式、交易惯例等予以综合认定。有下列情形之一的，可以认定行为人具有代理权的表象：

(1) 项目经理同时是实际施工人或者实际对实际施工人负责的，在项目部权限范围内以建筑施工企业或项目部的名义签订合同的；

(2) 行为人持有建筑施工企业的空白或权限不明的介绍信、委托书、合同，以建筑施工企业的名义签订合同的；

(3) 行为人在项目部权限范围内签订合同时，加盖了项目部印章，或实际作为项目部印章使用的专用印章的；

(4) 虽未与第三人签订书面合同，但建筑施工企业知道或应当知道该民事行为而未作反对表示的；或者从事该民事行为属于项目部权限范围，项目部知道或应当知道而未作反对表示的。

在判断相对人是否属于善意且无过失时，应当结合合同缔结与履行过程中的各种因素予以综合判断。存在以下情形之一的，一般不认定相对人为善意且无过失：

(1) 签订的合同明显损害建筑施工企业利益的；

(2) 相对人明知行为人与建筑施工企业之间是挂靠、非法转包、非法分包关系，仍然与其签订合同的；

(3) 合同项下货物、机器设备、劳务未实际向工程项目提供的；

(4) 交易的金额与实际需求、规模等明显不相称的。

4.表见代理的证明责任应当由谁承担？

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十一条第（一）项规定，“主张法律关系存在的当事人，应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任”。因此，应当由主张表见代理成立的相对人就代理行为在客观上是否具有代理权的表象，以及其善意且无过失地相信行为人有代理权承担举证证明责任；而建筑施工企业可以就行为人不具有代理权的表象，以及相对

人不属于善意或存在过错提供反证。人民法院综合全案证据及庭审情况后，仍不能形成心证的，由相对人承担不利后果。

5.加盖了项目部技术专用章、财务专用章、图纸审核专用章等专用印章的合同，其法律后果是否由建筑施工企业承担？

项目部技术专用章、财务专用章、图纸审核专用章等专用印章已明确了印章的使用范围，一般不能认为行为人具有授权对外签订合同的表象，故建筑施工企业不应承担合同责任。但如果项目部以上述印章对外签订的合同曾得到建筑施工企业认可的，仍可认定为具有有权代理表象。判断建筑施工企业是否认可，下列因素可作为参考：（1）建筑施工企业是否直接向相对人支付款项或以其他方式参与合同履行；（2）相对人向建筑施工企业开具的发票，建筑施工企业是否实际入账等。

6.合同上的印章是项目经理、实际施工人或其他人伪造或私刻，签订的合同是否对建筑施工企业发生法律效力？

一般情况下，合同上加盖项目经理、实际施工人或其他人伪造或私刻的印章，其不代表建筑施工企业的真实意思表示，不对建筑施工企业发生法律效力。但是，如果综合全案其他证据，能够认定行为人的行为构成有权代理行为或表见代理行为的，仍应由建筑施工企业承担相应的合同责任。

7.行为人购买或租赁的原材料、机器设备已用于建设项目的，如何处理？

行为人以建筑施工企业或项目部的名义，向第三人购买或租赁必备的原材料、机器设备时，未签订书面合同，或签订的书面合同中未加盖建筑施工企业或项目部印章，但原材料、机器设备事实上已用于该建设项目，且第三人不知道或不应当知道行为人没有代理权限的，应当由建筑施工企业承担相应的合同责任。

人民法院在认定“原材料、机器设备事实上已用于该建设项目”时，应当根据原材料、机器设备是否已运至建设项目工地，并结合原材料、机器设备的数量、类型与建设项目的实际需求、规模是否相适应，予以综合判断。

8.行为人向第三人借款，款项已汇入项目部或确实用于建设项目的，如何处理？

除非有建筑施工企业的明确授权，项目部或项目经理无权对外借款。

行为人以建筑施工企业或项目部的名义向第三人借款，第三人能够举证证明

其有合理理由相信行为人有代理权限，且款项直接汇入建筑企业银行账户或确实用于该建设项目的，应当由建筑施工企业承担相应的合同责任。

9.相对人依据项目经理或实际施工人出具的结算凭证主张权利，人民法院是否还应当对合同的具体交易情况进行审查？

相对人依据项目经理、实际施工人出具的结算凭证，要求建筑施工企业承担合同责任的，人民法院应当就合同的具体履行情况一并进行审查。如建筑施工企业就合同标的物的使用工地、使用时间、价格、标准、数量、签约时间等内容提出合理性怀疑的，人民法院可以要求相对人提供除结算凭证外的其他证据予以佐证；也可以向有关部门和人员主动进行调查取证。相对人能够提供而拒不提供结算凭证以外的其他证据，人民法院也无法通过调查取证予以查明的，由相对人承担不利后果。

相对人与项目经理、实际施工人或其他人恶意串通，伪造签证单、结算单等结算资料或合同、借条、债权转让协议等文书故意损害建筑施工企业合法权益的，人民法院应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定，予以训诫、罚款或拘留；可能构成刑事犯罪的，依法移送公安机关查处。

9.浙江省高级人民法院浙江省人民检察院浙江省公安厅关于办理建筑施工企业从业人员犯罪案件若干法律适用问题的会议纪要

【发文字号】浙高法[2017]228号

【生效日期】2017年12月25日

本省各级人民法院、人民检察院、公安局:

为进一步统一法律适用尺度,防止执法偏差,省高级人民法院、省人民检察院和省公安厅就办理建筑施工企业项目经理等从业人员犯罪案件中出现的 new 情况新问题,于近期进行了研讨并达成共识,现纪要如下:

一、关于建筑施工企业从业人员犯罪案件的管辖问题。实践中,由于建筑施工企业分支机构数量众多、分布分散,建筑施工企业的注册地、施工项目所在地、被告人户籍所在地、犯罪行为发生地和犯罪结果地往往不在同一地区,导致建筑领域以项目经理或承包人为主体的犯罪案件容易产生管辖方面的争议。对建筑领域项目经理、承包人职务侵占、挪用资金等职务犯罪和伪造印章、虚假诉讼、合同诈骗等其他犯罪案件的侦查、起诉和审判管辖问题,可以由犯罪行为发生地司法机关管辖,也可以由上述案件犯罪结果地即建筑企业所在地司法机关管辖。

二、关于建筑领域职务犯罪的主体认定问题。对于项目经理、承包人与建筑施工企业签订劳动合同或内部承包合同,并负责管理工程项目或分公司的,相关成员可以成为职务侵占、挪用资金等职务类犯罪的主体。

对于项目经理、承包人与建筑施工企业既不存在劳动关系,又无内部承包合同、任命书等文件足以证明其已获建筑施工企业明确授权,擅自以建筑施工企业的名义从事活动的,相关成员不宜成为针对该企业的职务侵占、挪用资金等职务类犯罪的主体。构成其他犯罪的,应依法追究刑事责任。

三、关于施工项目资金所有权归属及相关行为的定性问题。依法准确认定施工项目资金等财物所有权归属,是审查认定职务犯罪和经济犯罪的前提和基础。在项目经理内部承包责任制下,对施工项目资金所有权的归属,可根据在案的事实证据情况按下列原则处理:

(1)建筑施工企业与项目经理、承包人对资金归属和使用等问题有明确约定的,从约定。

(2)对于项目经理、承包人垫付范围内的施工项目资金,垫付并不改变其财产所有权的归属,即应确定施工项目资金的所有权仍归属于项目经理、承包人。但在认定项目经理、承包人垫付工程款时,应当由项目经理、承包人提供明确规范的资金往来财务凭证,并向建筑企业与项目经理、承包人核实确认。在此情形下,项目经理、承包人“侵占”“挪用”施工项目资金未超出其垫付数额的,一般不宜以职务侵占、挪用资金等犯罪定罪处罚。

(3)对于项目经理、承包人垫付范围外的施工项目资金,工程没有完工的,应当以工程结算节点为界。结算以前或者无法进行结算的,施工项目资金的所有权归属于建筑施工企业,结算以后施工项目资金的所有权归属于项目经理、承包人。

四、关于建筑领域伪造印章犯罪的定性处罚问题。伪造印章犯罪是建筑领域较为常见的犯罪,通常不单独出现,而是作为伪造证据、虚假诉讼等行为的一种手段。根据刑法第二百八十条规定,伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪的印章,不仅包括公司公章,还包括公司项目部章、合同专用章、技术专用章、财务专用章等印章。

项目经理、承包人伪造一枚上述有关印章且直接获利6万元以上或造成30万元以上经济损失的,或伪造三枚以上印章的,可以伪造公司印章罪追究刑事责任。

对项目经理、承包人实施违规利用(伪造、偷盖、修改粘贴方式)建筑施工企业印章、虚假诉讼以及损害建筑施工企业利益的其他行为,构成其他犯罪的,宜根据从一重罪处断等原则依法处理。

五、关于建筑领域项目经理、承包人拒不支付劳动报酬行为的定性问题。《刑法修正案(八)》增设了拒不支付劳动报酬罪。对于项目经理、承包人拒不支付劳动报酬案件,在主体身份的确定、入罪标准等方面可按以下几个原则加以把握:

(1)根据《最高人民法院关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条、第七条的规定,拒不支付劳动报酬罪的犯罪主体为一般主体,既包括用工单位,也包括用工个人。在劳动人员由项目经理、承包人雇佣的情况下,项目经理、承包人可以成为该罪的犯罪主体。

(2)当建筑施工企业为用工主体时,应由建筑施工企业对外承担支付劳动报酬的法律责任,项目经理、承包人以逃匿、去向不明等方式转移资产拒不支付劳动报酬的行为,可按职务侵占等犯罪处理,一般不宜以拒不支付劳动报酬罪定性

处罚。

(3)当项目经理、承包人作为用工主体时，其以逃避支付劳动者的劳动报酬为目的转移财产、逃匿的，或在经有关部门与施工企业催告后仍拒不支付劳动报酬的，宜以拒不支付劳动报酬罪追究刑事责任。

六、关于建筑领域项目经理、承包人虚假诉讼行为的定性处罚问题。《刑法修正案(九)》实施后，对于项目经理、承包人虚假诉讼行为，可按以下原则加以把握：

(1)对于项目经理、承包人与他人恶意串通进行虚假诉讼的行为一般以虚假诉讼罪定罪处罚。

(2)项目经理、承包人实施虚假诉讼，非法占有他人财产或者逃避合法债务，同时构成诈骗罪、职务侵占罪等其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

七、关于建筑领域刑民交叉案件的处置问题。人民法院在民事诉讼中发现有虚假诉讼犯罪嫌疑的，将有关犯罪线索、证据材料一并移送公安机关，公安机关应予立案审查，并将立案或不予立案情况函告人民法院。公安机关发现立案侦查的涉嫌虚假诉讼案件已经在人民法院审理的，应将立案情况函告人民法院，人民法院经审查认为属于同一法律事实的，应当依法中止审理，并函告公安机关。检察机关应当强化建筑领域犯罪案件的执法监督，切实维护司法公正。

对于项目经理、承包人以垫付工程款名义对外借款的，在民事诉讼中应加强对借款资金交付、去向等影响借款是否真实发生的证据审查。在查办建筑领域刑事案件过程中，应当更加注重协调刑民交叉案件相关事实的认定。相关民事判决最终认定建筑企业承担民事责任，项目经理、承包人涉嫌构成挪用、职务侵占等犯罪行为的，应依法追究刑事责任。

八、关于项目经理、承包人个人行贿和单位行贿的认定问题。项目经理、承包人为承揽业务，未经建筑施工企业负责人或集体研究决定，个人实施行贿、串通投标等犯罪行为，违法所得亦归个人所有一般不宜认定为单位犯罪。

九、本纪要下发后，各级人民法院、人民检察院、公安机关要认真贯彻执行，如上级有新的规定，按照新的规定执行。

浙江省高级人民法院 浙江省人民检察院 浙江省公安厅

2017年12月25日

10.浙江省高级人民法院关于审理建筑领域职务犯罪和经济犯罪案件 若干问题的解答

本省各级人民法院刑事审判庭：

为加强建筑领域职务犯罪和经济犯罪案件的审判工作，现将我们调研中收集到的有关问题梳理汇总解答如下，供审理案件时参考。

一、如何理解和确定建筑领域涉及项目经理职务犯罪和经济犯罪案件的管辖？

答：实践中，由于建筑施工企业分支机构数量众多、分布分散，建筑施工企业的注册地、施工项目所在地、被告人户籍所在地、犯罪行为发生地和犯罪结果地往往不在同一地区，导致以项目经理为主体的经济犯罪和职务犯罪案件容易产生管辖方面的争议。根据刑事诉讼法和司法解释的有关规定，刑事案件一般由犯罪地的人民法院管辖，如果由被告人居住地人民法院管辖更为适宜的，可以由被告人居住地的人民法院管辖；犯罪地包括犯罪行为发生地和犯罪结果发生地。对项目经理职务侵占、挪用资金等职务犯罪和经济犯罪案件的管辖问题一般可按以下几个原则加以把握：

(1) 建筑施工企业的工程项目所在地与建筑企业注册地一致的情况下，依照法律规定，犯罪地和被告人居住地的人民法院均当然具有管辖权。

(2) 建筑施工企业的工程项目不在建筑施工企业注册地，但所挪用、侵占的资金是由建筑施工企业汇到项目地的，该建筑施工企业注册地可视为犯罪结果发生地，当地司法机关具有管辖权。

(3) 被告人居住地、工程项目所在地、资金汇出地均不在建筑施工企业注册地的情况下，可参照单位犯罪、网络犯罪等司法解释的有关规定办理，不具有法人资格的建筑施工企业的项目部作为建筑施工企业的主要办事机构，本质上是建筑施工企业内部分支机构，项目经理在分支机构实施的犯罪可视为建筑施工企业内部人员实施犯罪，有关犯罪行为也必然侵害建筑施工企业的财产利益、使其遭受财产损失，故也应认可建筑施工企业注册地的司法机关有管辖权。

二、如何理解和认定建筑领域项目经理职务犯罪和经济犯罪中的主体身份？

答：项目经理的形态多种多样，既包括建筑施工企业依法设立的企业内部承

包人员，也包括挂靠、非法转包等情形下的项目实际负责人；有的与建筑施工企业先前签订了劳动合同，有的补签了劳动合同，有的根本没签订劳动合同，能否成为职务侵占、挪用资金等职务类犯罪的主体，既要作形式审查，又要作实质判断，不宜一概而论。一般情况下，对项目经理的主体身份问题，可按以下几个原则加以把握：

(1) 对于项目经理与建筑施工企业签订劳动合同或者存在事实上的劳动关系的情形，由于二者之间存在合法的劳动关系，项目理由建筑施工企业任命，且以建筑施工企业的名义施工，符合职务类犯罪的主体要件，可以成为职务侵占、挪用资金等职务类犯罪的主体。

(2) 对于不存在劳动关系的挂靠、非法转包情形，对项目理由的主体身份问题，可以按“授权型项目经理”和“非授权型项目经理”作进一步区分。所谓授权型项目经理，指建筑施工企业通过签订内部承包协议、出具任命文件、介绍信、委托书或者其他授权方式，赋予与建筑施工企业不存在劳动关系的项目理由以建筑施工企业的名义对外行为的权限，建筑施工企业愿意对外承担责任的情形，授权型项目经理可以成为职务侵占、挪用资金等职务类犯罪的主体。所谓非授权型项目经理，指与建筑施工企业不存在劳动关系的项目理由与建筑施工企业之间，既没有内部承包协议、任命书等文件，也不存在其他足以证明其已获建筑施工企业明确授权的情况，项目理由对外擅自以建筑施工企业的名义从事相关行为的情形，非授权型项目经理不宜成为职务侵占、挪用资金等职务类犯罪的主体。

三、如何理解和认定施工项目资金所有权归属，项目理由将施工项目资金、工程材料等财物占为己有或者将工程款挪作他用是否可构成职务侵占、挪用资金等犯罪？

答：依法准确认定施工项目资金等财物所有权归属，是审查认定职务犯罪和经济犯罪的前提和基础。在项目理由内部承包责任制下，项目理由垫资现象十分常见。因此，在审理相关案件时应以施工项目资金本质上是否垫付为判断标准，具体可分以下三种情况加以把握：

(1) 对于项目理由垫付范围内的施工项目资金，垫付并不改变其财产所有权的归属，即应确定施工项目资金的所有权仍归属于项目理由。在此情形下，项目理由“侵占”、“挪用”其自己垫付的施工项目资金的行为一般不宜以职务侵占、挪用资金等犯罪定罪处罚。

(2) 对于项目经理垫付范围外的施工项目资金，工程没有完工的，应当以工程结算节点为界。结算以前或者无法进行结算的，施工项目资金的所有权归属于建筑施工企业，结算以后施工项目资金的所有权归属于项目经理。

(3) 建筑施工企业与项目经理对资金归属、资金使用范围等进行明确约定的，从约定。

四、如何理解和把握建筑领域伪造印章犯罪的定性处罚？

答：伪造印章犯罪是建筑领域较为常见的犯罪，通常不单独出现，而是作为伪造证据、虚假诉讼等行为的一种手段。根据刑法第二百八十条规定，伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪的印章，不仅包括公司公章，还包括公司项目部章、合同专用章、技术专用章、财务专用章等印章。项目经理伪造上述有关印章的，可认定为伪造公司印章。对项目经理实施违规利用（伪造、偷盖、修改粘贴方式）建筑施工企业印章、虚假诉讼以及损害建筑施工企业利益的其他行为，构成其他犯罪的，宜根据从一重罪处断等原则依法处理。

五、如何理解和把握建筑领域项目经理拒不支付劳动报酬行为的定性？

答：《刑法修正案（八）》增设了拒不支付劳动报酬罪，对项目经理拖欠、拒不支付民工工资等行为具有较大的威慑作用。但在司法实践中，对于项目经理拒不支付劳动报酬案件，还存在主体身份难确定、入罪标准不明确等问题。对此，一般宜按以下几个原则加以把握：（1）根据《最高人民法院关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条、第七条的规定，拒不支付劳动报酬罪的犯罪主体为一般主体，既包括用工单位，也包括用工个人。（2）当建筑施工企业为用人单位时，应由建筑施工企业对外承担支付劳动报酬的法律责任，项目经理以逃匿、去向不明等方式转移资产拒不支付劳动报酬的行为，可按职务侵占等犯罪处理，一般不宜以拒不支付劳动报酬罪定性处罚。（3）当项目经理作为用工主体时，其以逃避支付劳动者的劳动报酬为目的转移财产、逃匿、去向不明的，宜以拒不支付劳动报酬罪追究刑事责任。

六、如何理解和把握建筑领域项目经理虚假诉讼行为的定性处罚？

答：虚假诉讼是指民事诉讼各方当事人恶意串通，采取虚构法律关系、捏造案件事实方式提起民事诉讼，或者利用虚假仲裁裁决、公证文书申请执行，使法院作出错误裁判或执行，以获取非法利益的行为。《刑法修正案（九）》实施后，对于项目经理虚假诉讼行为，可按以下原则加以把握：（1）对于项目经理与他

人恶意串通进行虚假诉讼的行为一般以虚假诉讼罪定罪处罚。实践中，应注意审查虚假诉讼行为是个人行为还是单位行为。若项目经理以其个人名义，以捏造的事实提起民事诉讼，并将违法所得归个人所有的，项目经理构成个人犯罪。若项目经理以其所在单位的名义进行虚假诉讼，且违法所得归单位所有的，可构成单位犯罪。（2）项目经理实施虚假诉讼，非法占有他人财产或者逃避合法债务，同时构成诈骗罪、职务侵占罪等其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪从重处罚。

浙江省高级人民法院刑事审判第二庭

二〇一五年十二月二十九日

11.浙江省高级人民法院民事审判第一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答

(2012年)

近年来随着经济和社会的迅猛发展，建设工程施工合同纠纷案件频发，新情况、新问题层出不穷。为正确审理此类案件，省高院民事审判第一庭经深入调研，并广泛征求意见，现就此类案件审理中的一些突出问题作出解答，供办案时参考。

一、如何认定内部承包合同？如何认定其效力？

建设工程施工合同的承包人与其下属分支机构或在册职工签订合同，将其承包的全部或部分工程承包给其下属分支机构或职工施工，并在资金、技术、设备、人力等方面给予支持的，可认定为企业内部承包合同；当事人以内部承包合同的承包方无施工资质为由，主张该内部承包合同无效的，不予支持。

二、如何认定未取得“四证”而签订的建设工程施工合同的效力？

发包人未取得建设用地规划许可证或建设工程规划许可证，与承包人签订建设工程施工合同的，应认定合同无效；但在一审庭审辩论终结前取得建设用地规划许可证和建设工程规划许可证或者经主管部门予以竣工核实的，可认定有效。

发包人未取得建设用地使用权证或建筑工程施工许可证的，不影响建设工程施工合同的效力。

三、如何认定当事人就工程价款计价方法所约定的条款的效力？

建设工程施工合同约定的工程价款的确定方法虽然与建设工程计价依据不一致，但并不违反法律、行政法规强制性规定的，该约定应认定有效。

四、如何认定当事人约定的保修期低于法律规定的最低保修期限的条款的效力？

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

五、如何认定开工时间？

建设工程施工合同的开工时间以开工通知或开工报告为依据。开工通知或开工报告发出后，仍不具备开工条件的，应以开工条件成就时间确定。没有开工通知或开工报告的，应以实际开工时间确定。

六、如何认定工期顺延?

发包人仅以承包人未在规定时间内提出工期顺延申请而主张工期不能顺延的,该主张不能成立。但合同明确约定不在规定时间内提出工期顺延申请视为工期不顺延的,应遵从合同的约定。

七、发包人已经签字确认验收合格,能否再以质量问题提出抗辩,主张延期或不予支付工程价款?

发包人已组织验收并在相关文件上签字确认验收合格,后又以工程质量存在瑕疵为由,拒绝支付或要求延期支付工程价款的,该主张不能成立。但确因承包人施工导致地基基础工程、工程主体结构质量不合格的,发包人仍可以拒绝支付或要求延期支付工程价款。

八、如何把握工程质量鉴定程序的启动?

要严格把握工程质量鉴定程序的启动。建设工程未经竣工验收,发包人亦未擅自提前使用,发包人对工程质量提出异议并提供了初步证据的,可以启动鉴定程序。

九、发包人以工程质量为由提出的对抗性主张,究竟是抗辩还是反诉?

承包人诉请给付工程价款,发包人以工程质量不符合合同约定或国家强制性的质量规范标准为由,要求减少工程价款的,按抗辩处理;发包人请求承包人赔偿损失的,按反诉处理。

十、哪些证据可以作为工程量、工程价款的结算依据?

双方当事人在建设工程施工过程中形成的补充协议、会议纪要、工程联系单、工程变更单、工程对帐签证以及其他往来函件、记录等书面证据,可以作为工程量计算和认定工程价款的依据。

十一、施工过程中谁有权利对涉及工程量和价款等相关材料进行签证、确认?

要严格把握工程施工过程中相关材料的签证和确认。除法定代表人和约定明确授权的人员外,其他人员对工程量和价款等所作的签证、确认,不具有法律效力。没有约定明确授权的,法定代表人、项目经理、现场负责人的签证、确认具有法律效力;其他人员的签证、确认,对发包人不具有法律效力,除非承包人举证证明该人员确有相应权限。

十二、能否调整总价包干合同的工程量、工程价款？

建设工程施工合同采用固定总价包干方式，当事人以实际工程量存在增减为由要求调整的，有约定的按约定处理。没有约定，总价包干范围明确的，可相应调整工程价款；总价包干范围约定不明的，主张调整的当事人应承担举证责任。

十三、建设工程施工合同无效，但工程竣工验收合格的，谁有权利请求参照合同约定确定工程价款？

建设工程施工合同无效，但工程竣工验收合格，按照最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二条的规定精神，承包人或发包人均可以请求参照合同约定确定工程价款。

十四、承包人能否直接请求按照竣工结算文件结算工程价款？

建设工程施工合同明确约定发包人应在承包人提交竣工结算文件后一定期限内予以答复，且逾期未答复则视为认可竣工结算文件的，承包人可以请求按照竣工结算文件进行工程价款结算。

建设工程施工合同虽约定发包人应在承包人提交竣工结算文件后一定期限内予以答复，但未约定逾期不答复则视为认可竣工结算文件的，承包人不能请求按照竣工结算文件确定工程价款。建设工程施工合同约定发包人在承包人提交竣工结算文件后未答复则视为认可竣工结算文件，但未约定答复期限，且经承包人催告后，发包人仍不予答复的，人民法院可根据实际情况确定合理的答复期限，但答复期限不应超过 60 天。

建设工程施工合同中对此未明确约定，承包人不能仅以 GF-1999-0201《建设工程施工合同（示范文本）》通用条款 33.2 条为依据，要求按照竣工结算文件结算工程价款。

十五、如何认定“黑白合同”？

认定“黑白合同”时所涉的“实质性内容”，主要包括合同中的工程价款、工程质量、工程期限三部分。对施工过程中，因设计变更、建设工程规划指标调整等客观原因，承、发包双方以补充协议、会谈纪要、往来函件、签证等洽商记录形式，变更工期、工程价款、工程项目性质的书面文件，不应认定为《中华人民共和国招标投标法》第四十六条规定的“招标人和中标人再行订立背离合同实质性内容的其他协议”。

十六、对“黑白合同”如何结算？

当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与中标合同实质性内容不一致的，不论该中标合同是否经过备案登记，均应当按照最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十一条的规定，以中标合同作为工程价款的结算依据。

当事人违法进行招投标，当事人又另行订立建设工程施工合同的，不论中标合同是否经过备案登记，两份合同均为无效；应当按照最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二条的规定，将符合双方当事人的真实意思，并在施工中具体履行的那份合同，作为工程价款的结算依据。

十七、启动工程量和工程价款鉴定程序，应该注意哪些问题？

当事人对工程价款存在争议，不能协议一致，也无法采取其他方式确定的，可以根据当事人的申请，对工程造价进行鉴定；双方当事人均不申请鉴定的，应向负有举证责任的当事人一方进行释明，其仍不申请鉴定的，由其承担举证不能的法律后果。

诉讼前已经由当事人共同选定具有相应资质的鉴定机构对工程价款进行了鉴定，诉讼中一方当事人要求重新鉴定的，不予准许，但确有证据证明鉴定结论具有最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条第一款规定的情形除外。

一审诉讼期间对工程价款进行了鉴定，当事人在二审诉讼期间申请重新鉴定或补充鉴定的，不予准许，但确有证据证明鉴定结论具有最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条第一款规定情形的除外。

二审诉讼期间，双方当事人均同意鉴定的，可予准许，但可能损害社会公共利益或第三人利益的除外。

人民法院应避免随意、盲目委托鉴定和不必要的多次、重复鉴定。根据双方当事人的合同约定或者现有证据，足以认定工程量和工程价款的，不应再就工程价款委托鉴定。

十八、工程因发包人的原因未及时竣工验收，发包人能否以工程未竣工验收为由拒绝支付工程款？

发包人收到承包人竣工验收报告后，在合理期限内无正当理由不组织竣工验

收的，不能以工程未验收合格为由，拒绝支付工程价款。

十九、如何认定建设工程施工合同关于工期和质量等奖惩办法约定的性质？

建设工程施工合同关于工期和质量等奖惩办法的约定，应当视为违约金条款。当事人请求按照《中华人民共和国合同法》第一百一十四条第二款，以及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十七条、第二十八条、第二十九条的规定调整的，可予支持。

二十、合同无效是否影响关于工程质量的约定、承诺的效力？

建设工程施工合同无效，不影响发包人按合同约定、承包人出具的质量保修书或法律法规的规定，请求承包人承担工程质量责任。

二十一、承包人能否一并请求逾期支付工程款的违约金和利息？

承包人不能按照建设工程施工合同的约定，既请求发包人承担逾期支付工程款的违约金，又同时请求支付相应利息。

二十二、建设工程施工合同无效情形下，谁有权行使优先受偿权？

建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格，承包人可以主张工程价款优先受偿权。分包人或实际施工人完成了合同约定的施工义务且工程质量合格，在总承包人或转包人怠于行使工程价款优先受偿权时，就其承建的工程在发包人欠付工程价款范围内可以主张工程价款优先受偿权。

二十三、实际施工人可以向谁主张权利？

实际施工人的合同相对人破产、下落不明或资信状况严重恶化，或实际施工人至承包人（总承包人）之间的合同均为无效的，可以依照最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条第二款的规定，提起包括发包人在内为被告的诉讼。

12.浙江省高级人民法院执行局执行中处理建设工程价款优先受偿权 有关问题的解答

(2012)

在建设工程施工合同纠纷案件的执行和涉及建设工程的参与分配中,经常遇到建设工程价款优先受偿权问题,争议也比较大。为正确处理此类问题,省高院执行局经深入调研,依照《中华人民共和国合同法》、最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》、《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》等法律、司法解释的规定,就其中的几个突出问题作出解答,供办案时参考。

一、行使优先权的六个月期限应该如何理解?

六个月期限的起算点应区分以下情况予以确定:发生建设工程施工合同纠纷时工程已实际竣工的,工程实际竣工之日为六个月的起算点;发生建设工程施工合同纠纷时工程未实际竣工的,约定的竣工之日为六个月的起算点;约定的竣工日期早于实际停工日期的,实际停工之日为六个月的起算点。

权利人未在上述期限内行使优先权的,建设工程价款优先受偿权丧失。

二、哪些方式可以认定为具有行使优先权的效力?

建设工程承包人自行与发包人协商以该工程折价抵偿尚未支付的工程价款,或者提起诉讼、申请仲裁要求确认其对该工程拍卖价款享有优先受偿权,或者直接申请法院将该工程拍卖以实现工程款债权,或者申请参加对建设工程变价款的参与分配程序主张优先受偿权,均属于对建设工程价款依法行使优先权。

建设工程承包人提起诉讼、申请仲裁仅要求判决或裁决由发包人向其支付工程款,未要求确认其对该工程拍卖价款享有优先受偿权的,不视为行使优先权。

三、建设工程价款优先受偿权的范围如何掌握?

建设工程价款优先受偿权的范围为建设工程的工程价款,包括承包人应当支付的工作人员报酬、材料款和用于建设工程的垫资款等。工程价款的利息不在优先受偿范围内。

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

四、建设工程承包人对工程占用范围内的土地使用权的拍卖价款是否享有优先受偿权？

建设工程承包人只能在其承建工程拍卖价款的范围内行使优先受偿权，对该工程占用范围内的土地使用权的拍卖价款不能主张优先受偿。

实际操作中可对建设工程和土地使用权分开进行价值评估，确定各自在总价值中的比例，然后一并拍卖，拍卖成交后再确定建设工程承包人可以优先受偿的金额。

五、建设工程承包人承建的部分工程因另案被执行的，承包人行使优先权的工程价款范围如何掌握？

建设工程承包人承建的部分工程因发包人的其他债务被人民法院执行的，承包人只能根据被执行的工程占其承建的全部工程的比例，对相应的工程价款主张优先受偿。

六、装饰装修工程承包人、工程勘察人或设计人是否享有优先受偿权？

装饰装修工程承包人主张工程价款优先受偿权的，可予以支持。但装饰装修工程的发包人不是该建筑的所有权人，或者承包人与该建筑物的所有权人之间没有合同关系的除外。享有优先权的承包人只能在建筑物因装修装饰而增加价值的范围内优先受偿。

工程勘察人或设计人就工程勘察或设计费主张优先受偿权的，不予支持。

13.宁波市中级人民法院审理建设工程施工合同纠纷案件疑难问题解

答

(2018)

一、“黑白合同”中工程款结算的依据应如何认定？

答：法律、行政法规规定必须经过招投标的建设工程，当事人实际履行的建设工程施工合同与中标合同实质性内容不一致的，以中标合同作为工程款结算依据；建设工程未经过招投标的，建设工程施工合同无效，可参照当事人实际履行的合同进行工程款结算。

法律、行政法规未规定必须经过招投标的建设工程，以当事人实际履行的建设工程施工合同作为工程款结算依据；建设工程经过招投标的，当事人实际履行的建设工程施工合同与中标合同实质性内容不一致的，以中标合同作为工程款结算依据。

二、建设工程施工合同无效，承包人请求按照工程定额标准计算工程款的，如何处理？

答：建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格的，承包人请求按照工程定额标准计算工程款，发包人请求按照合同约定确定工程款的，可参照建设工程施工合同约定确定工程款。

三、承包人向发包人提交竣工验收报告等，发包人拖延验收的，竣工日期如何确定？

答：承包人向发包人交付合同约定或《建筑法》第六十一条规定的竣工验收资料，发包人拖延验收的，以承包人提交资料齐全之日为竣工日期。但工程质量不合格的除外。

四、工程完工后，发包人拒不验收或不组织验收，承包人起诉要求支付工程款的，能否支持？

答：发包人无正当理由不按照法律规定或合同约定组织竣工验收的，视为恶意阻止付款条件成就，应以发包人履行验收义务之日为付款条件成就之日。

五、发包人无正当理由拒绝结算工程款，欠付工程款利息的起算点如何确定？

答：发包人无正当理由拒绝结算或拖延结算的，在审核期限届满后也未支付

工程款的, 承包人要求发包人从合同约定的审核期限届满次日开始计算欠付工程款利息, 应予支持。但合同另有约定的除外。

六、非法转包、违法分包的建设工程当事人未签订书面合同的, 如何确定工程款?

答: 非法转包、违法分包的建设工程当事人未签订书面合同, 又无法查明非法转包、违法分包的建设工程当事人之间工程款的计价方法或计价标准时, 当事人一方主张参照承包人与发包人签订的建设工程施工合同确定工程款, 可予支持。

七、建设工程施工合同无效, 当事人一方主张据该合同作出的结算协议无效, 能否支持?

答: 建设工程施工合同无效, 但工程经竣工验收合格的, 当事人一方在诉讼中以建设工程施工合同无效为由要求确认结算协议无效的, 不予支持。

八、实际施工人对违章建筑是否享有优先受偿权?

答: 根据《合同法》第二百八十六条规定内容, 建设工程价款优先受偿权适用的前提是合法建筑。对违章建筑的认定和处理, 按照城乡规划法等法律、法规规定, 属于国家有关行政机关的职权范围, 应避免通过民事审判变相为违章建筑确权。

九、承包人要求返还工程质量保修金, 应如何处理?

答: 建设工程施工合同中约定了工程质量保修金返还期限的, 依照合同约定处理; 合同中未约定或约定不明的, 工程质量保修金返还期限为工程竣工验收合格之日起 24 个月。

十、建设工程施工合同约定对承包人违约行为处以“罚款”的条款性质如何认定?

答: 建设工程施工合同约定承包人存在工期延迟、质量缺陷、非法转包或违法分包等违约行为, 发包人可对承包人处以罚款的, 该约定可视为当事人在合同中约定的违约金条款, 应依照我国《合同法》第一百一十四条规定处理。

14.杭州市中级人民法院民一庭关于审理建设工程及房屋相关纠纷案件若干实务问题的解答（节选）

第一部分 建设工程纠纷案件

一、合同效力认定

1. 如何理解《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《解释》）第一条第一款第（二）项中规定的“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义承揽建设工程”。

答：具体可分为以下几种情形，即：

（1）不具有从事建筑活动主体资格的个人、合伙组织或企业以具备从事建筑活动资格的建筑企业的名义承揽工程。

（2）资质等级低的建筑企业已资质等级高的建筑企业的名义承揽工程。

（3）不具有工程总包资格的建筑企业以具有总包资格的建筑企业的名义承揽工程。

2. 如何区分建设工程施工过程中的挂靠与内部承包？

对于建设单位内部承包合同，应当认定为是工程承包人就其承包的全部或部分工程与其下属分支机构或职工签订的工程承包合同，属建筑施工企业的一种内部经营方式，法律和行政法规对此并不禁止，该承包人应对工程施工过程及质量等进行管理，对外承担施工合同的权利义务。当事人一方以内部承包合同中的承包方无施工资质为由主张该内部承包合同无效的，不予支持。而挂靠则是指实际施工主体借用有资质的建筑施工企业名义承揽建设工程，该实际施工主体与被挂靠企业间并不存在隶属或管理关系，构成独立主体间的承包合同关系，如果挂靠单位并无相应施工资质的，应认定该承包合同关系无效。因此，二者区分主要应从合同当事人间是否有劳动或隶属管理关系，承包工程所需资金、材料、技术是否由对方当事人提供等进行判断。

二、合同责任认定

1. 对《解释》第二十六条中规定的，发包人在欠付工程款范围内对实际施工人所应承担的责任，应如何理解？

答：建设工程因非法转包、违法分包导致建设工程施工合同无效的，发包人

应当在其欠付工程价款范围内，与非法转包人、违法分包人向实际施工人承担连带责任。同时，实际施工人以发包人为被告要求支付工程价款的，一般应当追加非法转包人或者违法分包人为被告参加诉讼。

发包人以其款项已付清或实际施工人要求给付的工程价款高于其欠付的工程价款进行抗辩的，应当由发包人承担举证责任。

2. 挂靠人以被挂靠人名义订立建设工程施工合同，因履行该合同产生的民事责任，被挂靠人是否应当与挂靠人一并承担连带责任？

答：挂靠人作为实际施工主体应对自己的施工内容承担相应的法律后果，被挂靠人虽未直接参与工程建设施工，但允许他人以自己名义承揽施工，也应负担该施工行为产生的法律后果。因此，当该建设工程施工合同向对方主张挂靠人与被挂靠人承担连带责任的，一般应予以支持。

三、工程鉴定

1. 在建设工程造价鉴定中，鉴定单位以承包人出具的工程签证单等工程施工资料有瑕疵为由不予认定的，对于相应的工程量及工程价款法院应当如何处理？

答：首先，应当由鉴定机构对其不予认定的理由予以说明，在当事人一方有证据证明该工程签证单等施工资料有效的，或者所涉工程量已实际施工完毕的情况下，可要求鉴定机构对存疑部分工程量及价款仍予以签订并单列，供审判时审核认定。

2. 对于确需鉴定才能认定工程量或工程造价的案件中，当事人双方均拒不申请鉴定的，应如何处理？

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

在鉴定过程中，因一方当事人拒不配合，导致鉴定无法进行的，在释明不利后果的情况下，可以判决不履行举证义务一方承担举证不能的不利后果。

四、价款结算

1. 建设工程施工合同中未明确约定“发包人收到竣工结算文件后，在合同约定的期限内不予答复视为认可竣工结算文件”的，承包人要求按照竣工结算文件进行工程价款结算的，如何处理？

答：合同中没有此项明确约定的，承包人要求按照竣工结算文件进行工程价款结算的，应不予支持。

2. 承包人向发包人提交工程结算文件，但发包人无正当理由拒绝结算的，承办人主张支付欠付工程价款利息的，应如何计算？

答：应区分为两种情况进行处理

(1) 建设工程施工合同中明确约定，发包人应当在相应期限内对承包人送交的结算文件进行审核，发包人在期满后仍未支付工程价款的，应自合同约定的审核结算期限届满的次日起计算工程价款利息。

(2) 如果双方未作欠款约定或者约定不明的，该项利息应从承包人起诉之日开始计算。

五、工程验收承包人向发包人提交竣工验收报告，发包人无正当理由拒绝验收的，或因发包人无正当理由，拒绝提供验收资料文件而导致无法验收的，如何认定处理？

答：在上述情形下，发包人的行为可视为放弃工程验收的权利，可推定该工程已验收合格。

六、工程质量

《解释》第十三条规定：“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，不予支持”。但如果建设工程进行了竣工验收，在竣工验收报告出具之前，发包方擅自占有建筑物并开始使用的，又再行以使用部分工程质量不合格为由，主张权利的，应如何进行认定？

答：此行为与使用未竣工验收工程性质一致，均属于接收不安全、不合格的建筑物，应由发包人自担质量风险。

七、工程价款给付

1. 在承包人诉请给付工程价款诉讼中，发包方以工程质量存在问题为由拒绝支付价款或扣减工程价款的，应如何处理？

答：可按照以下情形进行处理：

(1) 如果是工程通过竣工验收合格后出现的质量问题，一般应属于保修范围，建设单位不能以此作为拒绝支付价款的抗辩而应当就此提出反诉或另行起诉，要求承包人承担保修责任或者赔偿损失；

(2) 如果是在竣工验收之前或者竣工验收过程中，有证据证明存在质量问题的，建设单位以此作为抗辩拒绝支付价款或减少价款的，基于合同法先履行抗辩的原则，应当予以支持。但是如果发包方要求承包方承担修理、返工或者改建费用或要求承包方赔偿因工程质量不符合约定而造成的其他财产或者人身损害的，则应告知其进行反诉或另行起诉。

应当注意的是，发包人在施工过程中提出质量异议，若经鉴定异议不称立的，承包人的相应损失均应由发包方承担。

(3) 若发包人要求承包人赔偿因工程质量不符合约定而造成的其他财产或者人身损害的，也应当告知其进行反诉或另行起诉。

2. 在建设工程施工合同中未约定付款期限或约定期限不明的情况下，是否可以在该合同示范文本中规定的结算文件审核期限届满后，即开始计算承包人向发包人主张欠付工程价款的诉讼时效期间？

答：根据工程建设现状，承包人提交决算文件后发包人长期未予答复的情形较为普遍，如果一概在合同示范文本中规定的结算文件审核期限届满后，即开始计算欠付工程款的诉讼时效期间，不利于保护承包人的合法利益。鉴于此，应当综合考虑工程价款已具备给付的客观性，应当在决算报告或者审计报告出具后，确定相应的合理时间点，开始计算承包人追索工程欠款的诉讼时效期间。如果在双方签订的建设工程施工合同中明确约定“发包人收到竣工结算文件后，在合同约定的期限内不予答复视为认可竣工结算文件”的，则发包人未在该约定期限内答复的，即应视为认可竣工结算文件，在此情况下，若未再在另行约定付款日期的，则上述诉讼时效期间应从该约定的期间届满次日起计算。

八、其他问题

1. 如何认定加盖有项目部专用章或者由项目经理签字的单据、票证的行为效力？

答：项目部是施工承包企业具体实施施工行为的组织体，项目经理指受企业委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者，是企业在工程项目上的代表人。

从当前的建筑工程承包现状来看，承包人的项目部或项目经理以承包人名义订立合同，债权人要求承包人承担民事责任的，一般应予支持，但承包人有证据证明债权人知道或应当知道项目部或者项目经理没有代理权限的除外。但应当注意的是，对于除项目经理以外的所谓现场负责人或材料员、采购员等，因其自身并无法律、法规或行业规范所赋予的项目部管理权力，故对此类人员的签证是否具有表见代理的效力，则应当由主张该表见代理行为成立的一方当事人举证。同理，对于项目部技术专用章的效力，也同样如此。

2. 按照《解释》第二十一条规定，应当以备案的中标合同为结算依据，但在建设工程合同履行过程当中，因设计变更或者遇特殊地质情况等客观原因导致工程量增减，当事人协商一致对中标合同的内容进行修改的，应如何认定该项变更行为的效力？

答：该项变更行为属于正常行使合同变更权，修改后的合同可以作为结算过程价款的依据。

3. 根据《合同法》第二百八十七条的规定，建设过程合同一章没有规定的，适用承揽合同的有关规定。而《合同法》第二百八十六条规定，定作人可以随时解除承揽合同。那么是否可以理解为，建设工程施工合同的发包人也享有“随时解除权”？

答：建设工程合同的发包人行使解除权必须符合《解释》第八条的规定，不应任意扩大解除权的行使范围。

4. 无效合同的实际施工人是否仍可行使优先受偿权？

答：建设工程价款优先受偿权，是立法对承包人应得工程价款的优先保护，属于承包人的法定权利。即使承包合同被认定无效，但承包人所享有的工程价款请求权依然存在，相应的其优先受偿权也应一并受到保护。

5. 《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第四条规定：建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。那么承包人行使该优先受偿权是否适用诉讼时效的规定？

答：虽然上述批复规定了该优先受偿权的行使期限为六个月，但从《合同法》第二百八十六条的条文本意分析，该六个月的期限，仅是规定应由承包人向发包

人催告支付工程价款，至于是否选择折价、拍卖等形式受偿的，并不在该期限内。但应当明确，从承包人催告时起，就意味着其知道自身可以行使优先受偿权了，所以也应当从这一时间点计算该项权利的诉讼时效，即为两年，若两年还内不起诉的，则应丧失该优先受偿的胜诉权。

杭州市中级人民法院民一庭

二〇一〇年十一月一日

15.绍兴市中级人民法院关于审理建筑领域民商事纠纷案件若干问题的纪要

【生效日期】2013年11月01日

近年来，我市法院在审理涉及建筑领域的民商事纠纷时，特别是因建筑施工企业项目经理违法违规等行为而引发的纠纷，存在认识不统一、做法不一致等问题。为依法及时公正地化解建筑领域的各类民商事纠纷，维护建筑市场的正常秩序，市中院近期在深入调研的基础上，举行由民一庭、民二庭、刑庭、研究室、办公室等部门参加的座谈会，专题研讨涉及建筑领域民商事纠纷审理中遇到的有关问题。会议认为，在化解因项目经理违法违规等行为引发的纠纷时，要把握好建筑施工企业、项目经理（包括挂靠的项目经理、实际施工人）、第三人（材料商、设备租赁商等）之间的利益平衡，在注重维护交易安全的同时，促进交易行为的规范化。为统一裁判尺度，现经院审判委员会讨论通过，将有关认识比较一致的意见纪要如下：

一、本纪要所指的建筑施工企业项目经理有三种类型：第一类是建筑施工企业在册员工（即受建筑施工企业雇佣、与建筑施工企业签订有劳动合同的人员），受企业委派担任某建设工程的项目经理，或者受企业委派去参与招投标承接工程，中标后企业任命其担任项目经理，负责工程管理，并与企业签订内部（经济责任制）承包合同；第二类是建筑施工企业不在册员工，未与企业签订劳动合同，但对外以企业名义承接工程进行业务活动，企业任命其为该工程的项目经理，该项目经理与企业签订挂靠经营性质的内部承包合同；第三类为除上述两类人员之外，通过向建筑施工企业转包或者分包承接工程的实际施工人（俗称“包工头”）。

二、根据建设部《建筑施工企业项目经理资质管理办法》的规定，建筑施工企业项目经理，是指受企业法定代表人委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者，是建筑施工企业法定代表人在工程项目上的代表人。在我市建筑行业内，目前普遍实行建筑施工企业与项目经理签订内部承包合同，该合同的性质是建筑施工企业实行内部经济责任制的一种经营方式，仅对建筑施工企业和经济责任承包人具有法律约束力，合同约定的内容不能当然约束第三人。

三、建筑施工企业与实际施工人签订的合同，实为挂靠经营合同或者转包、

分包合同的，应根据最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》有关规定，审查认定合同是否有效。

对有效的合同，建设单位（发包人）与建筑施工企业（承包人）尚未结算工程款的，实际施工人向建筑施工企业（承包人）起诉要求结算并支付工程款的，应当根据其双方合同的约定；没有约定或者约定不明确的，按照《合同法》第六十一条、第六十二条以及《合同法解释（二）》第七条规定的交易习惯予以认定。

对无效的合同，双方就工程款的支付事宜，应参照合同约定的方式结算；没有约定或者约定不明确的，按照《合同法解释（二）》第七条规定的交易习惯予以认定。

四、关于项目经理表见代理行为的构成要件

根据最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》，严格认定表见代理行为的规定，对项目经理未经企业授权对外签订合同的行为是否构成表见代理，应把握以下构成要件：

（一）客观要件：即行为人的无权代理行为须以被代理人的名义并具有代理权的客观表象；

（二）主观要件：合同相对人善意且无过失地尽到了对行为人有无代理权的注意义务。

五、有下列情形之一的，项目经理对外签订的合同对建筑施工企业具有约束力：

（一）以建筑施工企业名义与合同相对人签订合同，在签订合同时出示有能让合同相对人相信的单位介绍信、委托书，或者建筑施工企业曾向合同相对人所作的授权通知或者其他证明材料的；

（二）以盖有建筑施工企业合同专用章或者公章的空白合同书签订合同的；

（三）以可以对外使用的项目部印章签订合同的；

（四）建筑施工企业知道项目经理对外签订的合同而不表示反对的；

（五）代理权终止后签订合同，合同相对人未收到终止通知或者已经尽到合理注意义务的；

（六）建筑施工企业根据项目经理签订的合同向合同相对人主张权利或者履行支付款项等义务的。

六、有下列情形之一的，项目经理对外签订的合同对建筑施工企业不具有约束力：

- (一) 项目经理以个人署名签订合同或者虽以企业、项目部名义但个人签署，并无其他证据证明有权代理的；
- (二) 合同相对人知道或者应当知道项目经理未取得企业授权的；
- (三) 合同相对人知道或者应当知道项目经理代理权已经终止的；
- (四) 项目经理与合同相对人签订的合同明显损害企业权益的；
- (五) 签订合同时所盖印章为技术专用章等非合同专用章的；
- (六) 合同上所盖印章是项目经理伪造而合同相对人未尽到合理注意义务的。

七、项目经理对外签订的合同对建筑施工企业是否具有约束力，还应将下列情况作为综合分析判断因素：

- (一) 交易习惯，虽由项目经理个人签订合同，但以往交易后的结算等企业是否认可；
- (二) 合同标的物是否用于建设工程施工；
- (三) 合同标的物与建设工程所需是否相符；
- (四) 签订合同的时间是否在项目经理管理涉案工程项目期间；
- (五) 影响表见代理主客观要件认定的其他情形。

八、关于合同相对人善意且无过失主观要件的认定

(一) 表见代理构成的客观要件和主观要件，是紧密联系相辅相成的两大要件，合同相对人在证明代理表象充分性的同时，一般也证明了自身善意及无过失的程度，即合同相对人在不知道项目经理无代理权方面不存在疏忽或者懈怠，并为此承担举证责任；

(二) 对合同相对人主观上是否善意无过失的认定，应采客观认知标准，包括知道或者根据市场规则、生活常识可以推定的应当知道。原则上不认可因个体认知能力不同的差异性。

九、关于转包、违法分包、借用资质的实际施工人行为与表见代理的认定转包、违法分包、借用资质的实际施工人以建筑施工企业名义与合同相对人签订合同，合同相对人对代理表象应尽合理注意义务，实际施工人的行为构成表见代理的，由建筑施工企业承担责任。但合同相对人知道工程已转包、违法分包或者系

出借资质的，应根据合同相对性原则确定责任人。

十、关于经济责任承包人与项目经理分离情况下表见代理的认定

(一) 经济责任承包人是指与建筑施工企业以内部承包合同方式约定负责工程项目施工管理并对工程项目结算自负盈亏的承包人；

(二) 经济责任承包人与建筑施工企业指派但并不实际行使工程管理权的项目经理不一的，经济责任承包人的职权按项目经理的职权和内部承包合同的规定确定；

(三) 经济责任承包人以建筑施工企业名义管理工程，其签订合同的行为性质与表见代理的认定与项目经理相同；

(四) 合同相对人知道或者应当知道经济责任承包人为自负盈亏承包工程，仍与其个人签订合同而不要求确认建筑施工企业行为的，应根据合同相对性确定合同主体，合同相对人要求建筑施工企业承担合同责任的，不应予以支持。

十一、严格防止涉及建筑施工企业的虚假诉讼。在审理民商事纠纷时，要从严审查项目经理是否存在以下情形：

(一) 与分包人等恶意串通，销毁或者伪造签证、联系单、合同等结算资料后，由分包人等提起民事诉讼，向建筑施工企业索取或者拒付、少付相关款项的；

(二) 与材料商、设备租赁商等勾结，签订虚高价格、数量等条款后，由材料商、设备租赁商等提起民事诉讼，向建筑施工企业索取相关款项的；

(三) 与第三人恶意串通，伪造借据或者采取工程款债权转让等手段，由假债权人、假受让人提起民事诉讼，向建筑施工企业索取相关款项的。

十二、在审理民商事纠纷时，发现项目经理有下列情形之一的，应及时与侦查机关联系，将案件或者案件线索移送侦查机关处理：

(一) 以公司、项目部名义对外签订经济合同，未按合同约定支付材料款或者设备租赁款等费用，携款潜逃、转移的；

(二) 以公司、项目部名义采用骗取手段向第三人借款或者为自己借款作担保，携款潜逃、转移的；

(三) 与第三人勾结伪造合同、联系单、签证等虚假结算资料向建筑施工企业套取虚高的工程相关款项并进行侵吞，或者携款潜逃、转移的。

对上述情形，建筑施工企业已向侦查机关报案，侦查机关已立案侦查的，法

院不应受理；已受理的，中止审理或者移送侦查机关处理。

十三、对项目经理伪造印章的行为，涉嫌犯罪的，应把握以下几点：

（一）《刑法》第二百八十条“伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪”，并非“伪造公司、企业、事业单位、人民团体公章罪”，遵从字面解释的方法，将本罪名所称的“印章”理解为包括：公司公章、项目部章、合同专用章、技术专用章、财务专用章、法定代表人私章等印章；

（二）《刑法》第二百八十条属于行为犯，项目经理虽然没有利用伪造印章实施犯罪行为，但伪造印章数量已达 3 枚的，可以涉嫌犯罪移送侦查机关查处；对于项目经理伪造印章、虚构事实并通过非法手段获取非法利益的行为，造成严重后果或者恶劣影响的，符合《刑法》关于犯罪本质和该个罪构成要件的规定，可以不受 3 枚的限制，移送侦查机关查处；

（三）项目经理通过违规利用（伪造、偷盖、修改粘贴方式）建筑施工企业印章、虚假诉讼以及损害企业利益的其他手段，为获取非法利益而实施其他行为，可能构成其他犯罪的，应移送侦查机关一并查处。

十四、对项目经理以逃匿、去向不明等方式拒不支付劳动报酬的，对涉嫌犯罪的应移送侦查机关处理：

（一）依据最高人民法院《关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条、第七条规定，拒不支付劳动报酬罪犯罪主体的认定与行为人是否具备用工主体资格并不相关。本罪的犯罪主体包括用工单位或者用工个人；

（二）当建筑施工企业为用人单位时，项目经理（包括“合法的项目经理”与“挂靠的项目经理”）不具备用工主体资格，以逃匿、去向不明等方式拒不支付劳动报酬的行为实为职务侵占行为，宜以涉嫌侵犯财产犯罪移送侦查机关处理；

（三）当项目经理作为“包工头”为用工个人时，具备用工主体资格，以逃避支付劳动者的劳动报酬为目的而转移财产、逃匿、去向不明的，宜以涉嫌拒不支付劳动报酬罪移送侦查机关处理。

十五、对项目经理在工程材料没有使用的情况下，却提供给公司虚假增值税发票的行为，应以涉嫌犯罪移送侦查机关处理。

根据《刑法》第二百零八条第二款的规定，非法购买增值税专用发票或者购

买伪造的增值税专用发票后又虚开或者出售的，应依相应的重罪即“虚开增值税专用发票罪”定罪处罚。根据《刑法修正案（八）》的规定，明知是伪造的发票而持有的，若无法查清其来源行为或者来源行为尚不构成犯罪的，则应以《刑法》第二百一十条之一的“持有伪造的发票罪”查处。

十六、有本纪要第十二、十三、十四、十五的情形，涉嫌经济犯罪的案件，应按照最高人民法院《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》进行处理。

16.绍兴市中级人民法院民事审判庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见(试行)

1. 实际施工人仅起诉发包人要求支付工程款, 发包人主张已按约向转包人、违法分包人付清了全部工程款, 或实际施工人主张的工程款与发包人主张的欠付工程款不一致的, 如何处理?

答: 为查清发包人、转包人、违法分包人的具体付款情况, 从而正确认定各方当事人的责任, 应向当事人进行释明, 由其申请追加转包人、违法分包人为案件当事人。人民法院根据案件具体情况, 认为追加转包人、违法分包人为案件当事人却有必要的可依职权追加。

2. 实际施工人在两个以上, 如存在同时起诉、先后起诉或尚有部分未起诉等情形, 而发包人对转包人、违法分包人欠付的工程款数额却小于实际施工人主张的工程款总额, 发包人对各实际施工人在欠付工程款范围内的责任如何判定?

答: 根据不告不理原则, 在事实清楚、权利义务关系可以独立认定并不以他案审理结果为依据的情况下, 人民法院应当判决转包人、违法分包人承担付款责任, 发包人在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任, 但在欠付工程款已付清为限这一分配原则可视情况在事实认定及说理部分加以阐述。

3. 建设工程施工合同中约定发包人有权委托具备相应资质的社会中介机构审计和工程造价司法鉴定, 在合同约定的结算期限尚未届满前, 承包人起诉要求支付工程款并申请司法鉴定, 如何处理?

答: 承包人在一审法庭辩论终结前没有证据证明发包人存在急于履行义务的情形, 则其主张权利属于条件不成就, 应当判决驳回承包人的诉讼请求。如合同约定的结算期限在诉讼中届满, 对承包人的诉讼请求, 应予以支持。

4. 承包人以发包人未按合同约定支付工程进度款为由主张工期顺延权, 发包人以承包人未按合同约定办理工期顺延签证抗辩的, 如何处理?

答: 承包人不提出工期顺延申请就丧失要求顺延工期的权利之事项在合同中未作出明确约定, 且承包人能举证证明因发包人迟延支付工程款进度足以影响工程施工进度的, 对承包人提出的工期顺延主张, 可根据案件实际情况酌情予以支持。对于延误工期的违约金, 亦可根据双方当事人的过错程度及客观实际酌情确

定。

5. 最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十四条第(二)项规定：“承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，以承包人提交验收报告之日为竣工日期。实践中对承包人确已提交竣工验收报告之事实如何认定？如果发包人确实存在拖延验收的情形，但验收发现质量确实不合格，需要整改或返工，竣工日期是否也以提交验收报告之日为准？”

答：根据《建设工程质量管理条例》第十六条的规定，承包人除提交工程竣工报告外，还应具备竣工验收必备的施工管理资料、工程使用的主要建筑材料、建筑构配件和设备的进场试验报告、工程保修书等验收必备材料。若上述资料承包人未能具备而影响验收的不能认定发包人拖延验收。

工程竣工验收日期直接关系到工程款支付的起算点和工期是否认定处理等，但该起算点的认定仍须以质量合格为前提。如果发包人拖延验收，但验收后质量确实不合格，需要整改或返工的，竣工日期应为整改或返工符合质量要求后并扣除发包人拖延验收的时间。

6. 建设工程在保修期内发生质量问题，发包人自行组织维修后提起诉讼，要求承包人承担维修费用，如何处理？

答：建设工程在保修期内发生质量问题，发包人应当就建设工程发生质量问题、要求维修的事项在保修期限内通知承包人。双方当事人就是否已经通知到承包人的事实存在争议的，人民法院应当结合案件具体证据认定。

发包人未通知承包人而直接自行组织维修的，或发包人的通知行为存在过错致使承包人未能收到通知的，对发包人组织维修的费用不予支持，但情况紧急、已严重影响第三人日常工作、生活或人身安全又无法及时通知承包人进行维修以及发包人的维修行为出于善意又有利于承包人的等情形除外。

发包人已通知承包人进行维修的，承包人在合理期限内未进行维修或明确表示不进行维修的，对发包人另行组织维修的费用，一般可予以支持。承包人对是否存在质量问题、费用合理性的问题提出异议的，可依法申请司法鉴定。

7. 建设工程已经竣工验收合格，承包人起诉要求支付工程款，发包人要求扣除保修金、代付材料款、水电费等，或以工程存在质量问题为由行使同时履行抗辩权，如何处理？

答：合同约定保修金，在保修期未届满前，承包人要求支付包括维修金的全部工程款的请求不能成立。

双方当事人对代付材料款、水电费等均予以认定的，或虽意见不一，但根据现有证据依法可予以认可的，可以一并处理。如发包人是否为涉案承包人代付材料款及具体数额在本案中无法查清的，可告知发包人另案处理。

建设工程已经竣工验收合格，发包人以工程质量存在问题进行抗辩，不予支持；不影响工程竣工验收的整改问题，可告知发包人提起反诉或另案起诉。

8. 施工过程中，发包方工作人员签证确认的工程机以及价款等的签证能否作为工程造价的结算依据？

答：当事人对工程量和价款等的签证、确认的具体人员授权或约定明确的，除该具体人员及法定代表人外，他人对工程量和价款等所做的签证、确认，原则上不能作为工程价款的结算依据。但行使签证、确认权的工作人员虽无代理权却又足以使他方相信其有代理权的事实和理由的，其所做的签证、确认一般也可以予以认定。人民法院在案件审理过程中可以结合实际情况分配各方当事人的举证责任。

9. 当事人签订的合同约定工程款实行固定价，现一方当事人主张因工程量或质量标准变化导致实际施工的工程量较约定有所增减，要求对工程量增、减部分按实结算。如何处理？

答：双方对可能发生的工程量增减情形及计价方式有明确约定的，从约定。

如未明确约定，且双方对增强工程量事实的意见不一致，则应由提出增减主张的一方当事人就工程量是否存在增加及增减金额承担举证责任或申请鉴定，否则承担举证不能的法律后果。如提出增减主张的一方当事人要求对整个工程造价进行鉴定，则不予支持。

当事人要求按实结算增减工程量，应根据公平合理原则处理。鉴定标准一般可结合实际参照原工程预算所采用的定额标准。

10. 当事人在中标合同之外，又另行签订有与中标合同实质性内容不同的施工合同，工程价款结算应当以哪个合同为依据？

答：法律、行政法规规定必须进行招标的建设工程，当事人实际履行的建设工程施工合同与备案的中标合同实质性内容不一致的，以备案的中标合同作为工

程价款的结算依据。

法律、行政法规未规定必须进行招标的建设工程，当事人实际履行的建设工程施工合同与备案的中标合同实质性内容又不一致的，可结合案件实际、衡平当事人利益予以认定。

实质性内容主要是指建设工程施工合同在工程价款、工程质量、工程期限三部分的内容。

11. 最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十条“当事人约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的，按照约定处理”，如何理解、适用？

答：《解释》第二十条所称的“约定”应指双方当事人之间的特别约定。当事人仅依据建设工程施工合同格式文本中的通用条款第33条第3款之约定，不能适用《解释》第二十条规定。

如果发包人能举证证明其对于逾期答复没有过错的，则应当扣除相应的期间，根据公平合理原则处理。

12. 承包人向发包人提交竣工结算报告后。发包人未在合同约定的期限内审核完毕，但其在约定期限内曾发函要求承包人补齐竣工结算资料，工程造价是否可视为已被认可？

答：完整的竣工结算资料应包括：(1)招投标文件资料；(2)施工总承包合同、分包合同、补充合同或其他与工程施工相关的协议书等；(3)工程竣工图纸（全套图纸，包括土建以及安装部分）；(4)设计变更图纸、设计变更签证；(5)施工过程中的工程量签证、地质勘查报告；(6)工程预算书；(7)发包人供应材料清单；(8)发包人预付工程款、垫付款明细；(9)其他与工程结算有关的资料。

若承包人未提供完整的竣工结算资料且该资料发包人不持有并直接影响审核正常进行的，发包人在约定的审核期内要求补充资料的，审核期限应自承包人补充资料之日起计算。承包人竣工结算报告上的工程造价不能视为已被发包人认可。

13. 因建材价格大幅变动，建设工程施工合同当事人以继续履行合同明显不公或无力履行，合同目的无法实现为由，要求变更或解除原合同，如何处理？

答： 人民法院应当依照最高人民法院《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》及相关通知精神之规定，根据案件的实际情况，对是否适用情势变更原则审慎审查，从严把握。确需在个案中适用的，应当逐级报最高人民法院审核。必要时应报最高人民法院审核。

14. 司法鉴定人员是否应当出庭，出庭费用如何处理？

答： 根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第五十九条之规定，同时鉴于建设工程施工合同纠纷中委托鉴定事项的复杂性和专业性，故在当事人申请鉴定人员出庭的情况下，原则上应当予以支持。确实无法出庭的，亦应书面答应质询。

鉴定人员的出庭费用已包含在鉴定费用内的，不再另行收取。鉴定费不含鉴定人员出庭费用的，由申请出庭方预付或者由人民法院指定一方预付（如双方均申请鉴定人员出庭），该笔费用系诉讼费用，由法院在裁判文书中依法决定支付情况。

15. 最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十四条第（一）项中的竣工验收合格之日如何理解？

答： 承包人、发包人、设计、监理和勘察单位五方在工程验收联系单上最后一方签字的时间为竣工验收合格之日。

16. 承包人认为合同中约定的逾期违约金过高请求调整的，如何把握过高的标准？

答： 判断当事人的这类约定是否合理，应审查按照约定标准计算出的违约金总额是否会导致合同双方利益失衡。如果逾期违约金的数额超过了承包人拖延施工期给发包人造成的实际损失的 30%，一般应当酌情进行合理调整、如果发包人的实际损失难以计算的，对违约金数额的认定一般不应超过工程造价款总额的 20%。

17. 承包人的优先受偿权范围如何界定？

答： 承包人的优先受偿权范围局限于建设工程的工程价款，包括承包人应当支付的工作人员报酬、材料款、用于建设工程的垫资等实际支出的费用。

18. 承包人转让其施工中形成的债权给第三人，该债权转让的效力如何认定？第三人作为受让人是否对承包人所建工程享有优先受偿权？

答：承包人转让其施工中形成的债权给第三人，在同时符合《合同法》第七十九条、第八十条规定之情形下，该债权转让效力应予认定。

因建设工程款具有优先受偿权性质，第三人基于受让债权当然取得优先受偿权，第三人作为受让人的优先受偿权范围仅限于承包人的优先受偿权范围。

19. 农村村民建房、城市家庭住宅装修案件是否可适用最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》？

答：农村村民建房、城市家庭住宅装修属于承揽合同纠纷范畴，适用《中华人民共和国合同法》的相关规定。

法律、行政法规中对承包人的资质问题有强制性规定的，则承包人必须具备相应资质，否则认定合同无效。

三、江苏地区人民法院

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

2019年12月24日

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

一、管辖问题的确定

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

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

二、举证不能的风险

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

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

三、诉讼准备的事项

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

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

四、规范举证的要求

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

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

6.提交证据符合格式要求。（1）书证应当提交原件。提交原件确有困难的，可以提交复制件，但复制件应当完整、清楚。（2）持有书证原件提交复制件的，应当提供原件审查核对。（3）书证纸张与A4型纸不符的，建议用A4型纸复印。

（4）证据应整理成册并标注页码，列明目录、序号，写明证据名称、证明对象、证明内容、证明目的及证据来源。（5）除提交证据正本外，需按照对方当事人人数提交证据副本。

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

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

五、质证程序的参与

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

六、司法鉴定的适用

8.对照法定条件申请司法鉴定。（1）当事人就建设工程造价、建设工程工期及停窝工损失、建设工程质量等事实的专门性问题发生争议的，可以向人民法院申请鉴定。（2）当事人申请鉴定应当在举证期限届满前或者在人民法院指定的期限内提出书面申请。申请书中应当载明需要鉴定的事项及需要通过鉴定意见证明的事实。（3）当事人逾期提出鉴定申请，申请鉴定的事项对案件基本事实的认定有重大影响的，可予准许，但应当依法予以训诫、罚款。（4）申请鉴定的事项，与争议事实没有关联，或者不涉及案件基本事实的认定，或者对讼争事项的裁量没有意义，缺乏鉴定必要性的，鉴定申请不予准许。（5）经人民法院释明，对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人，明确表示放弃鉴定申请后又提出鉴定申请的，或者当事人在申请再审阶段提出鉴定申请的，不予准许。

9.拒不配合鉴定承担不利后果。当事人申请鉴定的应当及时提出，并在指定期限内足额预缴鉴定费用，各方当事人应当根据人民法院和鉴定人要求提供鉴定所需材料，并积极配合鉴定工作的开展。（1）拒不缴纳鉴定费，致使鉴定不能、事实主张不能证明的，承担举证不能的不利后果。（2）拒不提供必要鉴定资料导致该项事实不能认定的，由应当提交资料负担举证义务的当事人承担不利后果。

（3）无正当理由拒不参加现场勘验的，不影响鉴定人、人民法院依据现场勘验情况作出认定。（4）工程量核对、施工情况确定等阶段性鉴定成果，鉴定人提请当事人进行确认提出书面意见的，当事人不提出书面意见又不予确认的，不影响鉴定的进行。

10.规范提出对鉴定意见的异议。（1）当事人对鉴定意见有异议的，应当在指定答复期间内提出质证意见。在指定期间内未提供质证意见的，视为对鉴定意见无异议。（2）当事人提出异议的，建议采用书面方式。异议内容应当具体、明确，并说明理由，附交相关证据。涉及工程量计算的，应说明计算方法、依据。

不能说明理由、依据的异议，不予采纳。（3）鉴定人对当事人提出的异议书面答复作相应解释、说明或者补充后，当事人仍提出异议的，可以申请人民法院通知鉴定人出庭作证。

七、专家辅助人的提出

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

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

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

18.江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答

2018年3号

为公正、规范地审理建设工程施工合同纠纷案件，依法维护健康有序的建筑市场环境，6月26日，省法院印发了《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》。

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

一、建设工程合同案件的管辖

1、建设工程合同案件专属管辖如何理解？

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第28条规定建设工程施工合同案件按照不动产专属管辖确定受诉法院，即建设工程施工合同纠纷一律由建设工程所在地人民法院管辖。“建设工程施工合同纠纷”还包括建设工程价款优先受偿权纠纷、建设工程分包合同纠纷、建设工程监理合同纠纷、装饰装修合同纠纷、建设工程勘察合同纠纷、建设工程设计合同纠纷。

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

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

二、建设工程施工合同效力

2、商品房未经招投标程序签订的建设工程施工合同效力如何认定？

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

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

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

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

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

发包人未取得建设工程规划许可证，与承包人签订的建设工程施工合同，应认定为无效。但在一审法庭辩论终结前取得建设工程规划许可证或者经规划部门认可的，可以认定有效。

发包人未取得建设工程施工许可证的，不影响建设工程施工合同的效力。

三、工程价款结算

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

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

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

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

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

6、出借资质的一方或者转包人要求按照合同约定支付管理费的，如何处理？

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

7、《建设工程司法解释》第 21 条黑白合同的规则，审判实践中如何适用？

强制招投标的建设工程，经过招投标的，当事人在招投标之后另行签订的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，备案的中标合同有效，另行签订的合同无效，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的依据。

强制招投标的建设工程，当事人在招投标之前进行了实质性协商签订了建设

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

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

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

8、固定总价合同履行中,承包人未完成工程施工的,工程价款如何确定?

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

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

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

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

建设工程施工合同无效的,不影响该条款约定的效力。

10、当事人约定以行政审计、财政评审作为工程款结算依据的如何处理?

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

计结论，当事人申请进行司法鉴定的，可以准许。

11、欠付工程款利息标准如何确定？

当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理，但不得超过年利率 24%。

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

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

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

13、发包人能否以承包人未开具发票作为拒绝支付工程款的先履行抗辩的事由？

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

四、建设工程价款优先受偿权

14、建设工程价款优先受偿权起算如何确定？

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

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

(2) 建设工程施工合同解除、终止履行的，自合同实际解除、终止之日起算；

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

15、建设工程施工合同无效，承包人是否享有建设工程价款优先受偿权？

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

16、实际施工人是否享有建设工程价款优先受偿权？

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

17、工程款利息是否属于建设工程价款优先受偿权的范围？

承包人主张将工程款利息纳入建设工程价款优先受偿权范围的，不予支持。

18、承包人行使建设工程价款优先受偿权的方式如何认定？

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

承包人通过发函形式主张建设工程价款优先受偿权的，不认可其行使的效力。

19、承包人放弃建设工程价款优先受偿权的效力如何认定？

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

20、工程款债权转让的，建设工程价款优先受偿权是否一并转让？

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

五、民事责任承担

21、发包人主张挂靠人与被挂靠人对工程质量承担连带责任的如何处理？

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

22、实际施工人起诉发包人主张工程款的，发包人的责任如何认定？

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

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

建设工程因转包、违法分包导致建设工程施工合同无效的，实际施工人要求转包人、违法分包人对工程欠款承担连带责任的，应予支持。前手转包人、违法

分包人举证证明其已付清工程款的，可以相应免除其给付义务。发包人在欠付的工程款范围内承担连带责任。

24、合作开发房地产合同各方对承包人的责任如何承担？

合作开发房地产合同中的一方当事人作为发包人与承包人签订建设工程施工合同，承包人要求合作各方当事人对欠付的工程款承担连带责任的，应根据合作开发协议等证据查明事实，依法作出裁判。

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

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

六、其他

26、本解答自印发之日起施行。

本解答施行后受理的一审案件适用本解答的规定。

本院以前有关规定与本解答相抵触的，不再适用。

四、安徽地区人民法院

19.安徽省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的指导意见

(2018年)

为正确审理建设工程施工合同纠纷案件，根据《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》、最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》等法律和司法解释的规定，结合本省民事审判实际，制定本意见。

一、建设工程施工合同纠纷诉讼主体的确定

1. 因转包、分包建设工程发生纠纷，实际施工人起诉承包人索要工程款的，一般不追加发包人为案件当事人，但为查明案件事实需要，人民法院可追加发包人为第三人。

因建设工程质量发生纠纷，发包人仅起诉承包人或仅起诉实际施工人的，人民法院可依当事人申请，将实际施工人或承包人追加为共同被告。

2. 实际施工人已被挂靠单位名义签订建设工程施工合同，实际施工人或挂靠单位单独起诉发包人索要工程款的，发包人可申请人民法院追加被挂靠单位或实际施工人为案件当事人；发包人起诉实际施工人或挂靠单位的，人民法院可依被挂靠单位或实际施工人的申请，追加被挂靠单位或实际施工人为案件当事人。

3. 未经登记成立的工程项目部不是适格的诉讼主体，应以设立该项目部的法人或法人的分支机构为当事人。

二、建设工程施工合同效力的认定

4. 同时符合下列情形的，应认定为挂靠经营，所签订的建设工程施工合同无效：

(1)实际施工人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级；

(2)实际施工人以建筑施工企业的分支机构、施工队或者项目部等形式对外开展经营活动，但与建筑施工企业之间没有产权联系，没有统一的财务管理，没

有规范的人事任免、调动或聘用手续；

(3)实际施工人自筹资金，自行组织施工，建筑施工企业只收取管理费，不参与工程施工、管理，不承担技术、质量和经济责。

5. 符合下列情形之一的，应认定为违法分包，所签订的建设工程施工合同无效：

(1)承包人将建设工程主体结构的施工分包给他人完成；

(2)分包单位不具备相应的资质条件；

(3)分包未经建设单位认可；

(4)分包单位将其承包的工程再行分包。

6. 同时符合下列情形的，应认定为劳务分包，所签订的合同有效：

(1)实际施工人具备劳务分包企业资质等级标准规定的一种或几种项目的施工资质，承包的施工任务仅是整个工程的一道或几道工序，而不是工程的整套工序；

(2)承包的方式为提供劳务，而非包工包料。

7. 发包人未取得建设工程规划许可证，与承包人签订建设工程施工合同的，应认定合同无效，但起诉前取得规划许可证的，应认定合同有效。

违反建设工程规划许可证规定超规模建设的，所签订的建设工程施工合同无效，但起诉前补办手续的，应认定合同有效。

三、建设工程价款的确定

8. 备案合同约定的价款与中标价不一致的，如该工程属必须招投标的工程，应按中标价确定工程价款；如该工程不属必须招投标的工程，当事人举证证明备案合同系双方真实意思表示或实际履行的合同，可以备案合同的约定确定工程价款。

9. 承包人就招投标工程承诺对工程价款予以大幅度让利的，属于对工程价款的实质性变更，应认定无效；承包人就非招投标工程承诺予以让利，如无证据证明让利后的工程价款低于施工成本，可认定该承诺有效，按该承诺结算工程价款。

10. 建设工程施工合同约定发包人应在承包人提交结算文件后一定期限内予以答复，但未约定逾期不答复视为认可竣工结算文件的，承包人请求按结算文件

确定工程价款的，不予支持。

11. 建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格的，应当参照合同约定确定工程价款。

12. 建设工程施工合同终止履行，工程未完工但质量合格的，应参照合同约定确定工程价款。

13. 非法转包、违法分包建设工程，实际施工人与承包人约定以承包人与发包人之间的结算价款作为双方结算依据的，应按该约定确定实际施工人应得的工程价款；实际施工人举证证明承包人与发包人之间的结算结果损害其合法权益的，人民法院可根据实际施工人的申请，依据承包人与发包人之间的合同及相关签证确定实际施工人应得的工程价款。

14. 建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格并交付发包人使用的，承包人应承担相应的工程保修义务和责任，发包人可参照合同约定扣留一定比例的工程款作为工程质量保修金。

四、违约责任确定

15. 承包人以发包人未按合同约定支付工程进度款为由主张工期顺延权，发包人以承包人未按合同约定办理工期顺延签证抗辩的，如承包人举证证明其在合同约定的办理工期顺延签证期限内向发包人提出过顺延工期的要求，或者举证证明因发包人迟延支付工程进度款严重影响工程施工进度，对其主张，可予支持。

因发包人迟延支付工程进度款而认定承包人享有工期顺延权的，顺延期间自发包人拖欠工程进度款之日起至进度款付清之日止。

五、工程价款优先受偿权的保护

16. 装饰装修工程承包人主张工程款优先受偿权，可予支持；工程勘察人或设计人就工程勘察或设计费主张优先受偿权，不予支持。

17. 建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格的，承包人主张工程价款优先受偿权，可予支持。

18. 分包人或实际施工人完成了合同约定的施工义务且工程质量合格的，在总包人或非法转包人怠于主张工程价款优先受偿权时，就其承建的工程在发包人欠付的工程款范围内主张工程价款优先受偿权，可予支持。

19. 本指导意见自下发之日起施行。

20.安徽省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的指导意见（二）

【生效日期】2014年01月01日

为正确审理建设工程施工合同纠纷案件，根据《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国招标投标法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》等法律和司法解释的规定，结合本省民事审判实际，制定本意见。

第一条 建筑施工企业的内部人员对外以企业名义承包工程，对内与企业签订承包协议，企业只收取管理费，不在资金、技术、设备、人力等方面提供支持，不承担技术、质量监管和经济责任的，应当认定为借用资质，以建筑施工企业名义与发包人签订的建设工程施工合同无效。

第二条 依法必须进行招标的建设工程，招标人与投标人在履行招投标程序前，以签订补充协议等形式对建设工程的施工范围、工期、计价方式、总价款等内容进行约定的，属串通投标，所签订的建设工程施工合同无效。

第三条 建设工程的开工日期应依据开工令、开工报告记载的时间予以认定。当事人认为实际开工时间与开工令、开工报告记载的时间不符的，应当承担举证责任。

因发包人原因导致延误开工的，以实际开工时间作为开工日期；因承包人原因导致延误开工的，以开工令、开工报告记载的时间作为开工日期。

既无开工令、开工报告，又无法查明实际开工时间的，依据合同约定的开工日期予以认定。

第四条 承包人未能提供顺延工期的签证等书面文件，但能够证明工程存在延期开工、不具备施工条件、设计变更、工程量增加、发包人指定的分包工程迟延完工、不可抗力等不可归责于承包人的原因，影响施工进度的，可以允许承包人相应顺延工期。

第五条 承包人已经按照合同约定或者《建筑法》第六十一条规定，向发包人提交竣工验收报告、其承包部分完整的工程技术经济资料 and 经签署的工程保修书，发包人拖延验收的，以上述资料提交齐全之日为竣工日期。但工程质量不合

格的除外。

第六条 尚未竣工验收或使用的建设工程，承包人主张工程价款，发包人以工程质量不符合合同约定或者国家质量标准为由，主张减少工程价款或者扣除修复费用的，属于抗辩。

工程已经竣工验收合格，发包人又以工程质量不合格为由，主张承包人承担违约责任的，应当提起反诉。

第七条 不属于依法必须招标的建设工程，发包人与承包人又另行签订并实际履行了与备案中标合同不一致的合同，当事人请求按照实际履行的合同确定双方权利义务，应予支持。

第八条 当事人就同一建设工程订立的数份施工合同均被认定无效，应当参照当事人实际履行的合同结算工程价款。

第九条 经过招投标的建设工程，当事人对工程量变化部分的工程价款如何确定没有约定，且不能协商一致的，参照建设行政主管部门的规定或者行业规范处理。

第十条 政府投资和以政府投资为主的建设项目，当事人在合同中约定以审计机关出具的审计报告、财政评审机构出具的评审结论作为工程价款结算依据，发包人请求依据审计报告、评审结论结算工程价款的，予以支持。

第十一条 非法转包、违法分包建设工程，实际施工人与承包人约定以发包人与承包人的结算结果作为结算依据，承包人与发包人尚未结算，实际施工人向承包人主张工程价款的，分别下列情形处理：

（一）承包人与发包人未结算尚在合理期限内的，驳回实际施工人的诉讼请求。

（二）承包人已经开始与发包人结算、申请仲裁或者诉至人民法院的，中止审理。

（三）承包人怠于向发包人主张工程价款，实际施工人主张参照发包人与承包人签订的建设工程施工合同确定工程价款的，应予支持。

第十二条 非法转包、违法分包建设工程的当事人未签订书面合同，又无法查明双方的计价方法或者计价标准，一方主张参照承包人与发包人签订的建设工程施工合同确定工程价款的，可予支持。

第十三条 实际施工人根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十六条第二款的规定要求发包人承担责任，发包人对其已支付的工程价款数额负有举证责任。

第十四条 建设工程尚未竣工，合同终止履行的，已完工程质量合格，发包人主张按照合同约定扣留一定比例的工程价款作为质量保修金的，不予支持。

第十五条 建设工程施工合同履行过程中，人工、材料、机械费用出现波动，合同有约定的，按照约定处理；合同无约定，当事人又不能协商一致的，参照建设行政主管部门的规定或者行业规范处理。

因工期延误导致上述费用增加造成损失的，由导致工期延误的一方承担；双方对工期延误均有过错的，应当各自承担相应的责任。

第十六条 当事人同时主张违约金和利息的，可予支持。

当事人主张的总额在中国人民银行公布的同期同类贷款利率或贷款基准利率4倍范围内的，应当综合违约行为的情节、程度，给守约方造成损失的大小等因素进行确定。

当事人主张的总额超出中国人民银行公布的同期同类贷款利率或贷款基准利率4倍范围的，应当举证证明实际损失的数额，人民法院按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十九条的规定处理。

第十七条 一方当事人主张以自行委托中介机构作出的审核意见作为确定建设工程造价的依据，另一方有异议的，审核人员应当出庭接受质询。审核人员无正当理由拒不出庭的，审核意见不得作为定案依据。

第十八条 出具审核意见的审核人员已出庭接受质询，如果审核意见存在《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条第一款规定情形，且不能通过该条第二款规定解决，当事人又申请司法鉴定的，可予支持。

第十九条 工程价款、质量等需要通过司法鉴定确定，经一审人民法院释明，负有举证责任的当事人无正当理由拒不申请鉴定，或者在人民法院决定委托鉴定后拒不预交鉴定费用的，应当承担举证不能的法律后果。

上述当事人在二审期间又申请鉴定的，应当责令其说明理由，拒不说明理由或者理由不成立的，不予支持。

第二十条 人民法院对外委托工程造价鉴定，应当选择具有建设行政主管部门颁发的工程造价资质证书的鉴定机构。

第二十一条 鉴定机构出具的鉴定意见，因具有《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十七条规定情形，未被采信，当事人可以依据《中华人民共和国民事诉讼法》第七十八条的规定，向鉴定机构要求返还鉴定费用。

第二十二条 承包人仅对建设工程占用的土地使用权主张优先受偿权的，不予支持。

第二十三条 因发包人原因导致承包人施工期间停窝工产生的工人工资、设备租赁等费用，承包人将该费用与工程价款一并主张优先受偿权的，应予支持。

第二十四条 本意见自 2014 年 1 月 1 日起施行。

本意见施行后，法律、行政法规和司法解释作出新规定的，按新规定执行。

五、河南地区人民法院

21.河南省高级人民法院民四庭关于建设工程合同纠纷案件疑难问题的解答

一、在施工合同无效的情况下，合同中约定的质量标准、付款时间等条款如何适用？

法官解答

《中华人民共和国民法典》第七百九十三条规定，“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。”《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）》第六条规定，“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。”因此，在建设工程施工合同无效的情况下，施工合同中关于工程款、付款时间、质量标准、建设工期等内容可以参照适用。

二、在施工合同无效的情况下，合同中约定的逾期付款违约金或者逾期付款利息如何适用？

法官解答

在施工合同无效的情况下，如果当事人主张按照合同约定支付逾期付款违约金或者逾期付款利息的，应向其释明主张合同无效后的逾期付款损失赔偿，并可以参照合同中约定的逾期付款违约金或者逾期付款利息等内容，结合双方过错程度确定逾期付款损失的大小。

三、在施工合同无效的情况下，合同中约定的质量保证金返还期限能否参照适用？

法官解答

建设工程质量保证金具有担保性质，根据建设工程质量保证金管理制度规定，

建设工程施工合同无效后并不免除承包人的工程质量缺陷责任,故施工合同中约定的质量保证金返还期限可以参照适用。

四、由于建设工程设计变更等原因引起工程款发生变化而另行订立协议,是否属于对中标合同实质性内容的变更?

法官解答

虽然《中华人民共和国招标投标法》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。”但是,由于建设工程设计变更等原因引起的工程量、工程款等发生的变化,属于在施工过程中发生的招投标时难以预见的变化,应当允许双方当事人补充协商。故当事人只要不是为了故意规避招投标法律规定,就设计变更而另行订立的协议不属于背离中标合同的实质性内容。

五、对于建设工程转包或违法分包合同中约定的“工程款待业主支付后再予支付”的背靠背条款应如何适用?

法官解答

合同中约定的“工程款待业主支付后再予支付”内容,属于附期限支付工程款的约定,需要考虑约定该条款时双方当事人的期限利益。但转包人或违法分包人不能因为该条款约定而怠于向发包人主张权利,使合同相对人的期限利益长期得不到实现。因此,无论转包或违法分包合同是否有效,如果转包人或违法分包人在合同履行中怠于行使权利主张债权,妨碍转包或违法分包合同相对人权利实现的,其又依据该条款约定抗辩不支付工程款的,不予支持。转包人或违法分包人在合同履行中是否存在怠于行使权利的情形认定,可以参照代位权制度的相关规定,并由实际施工人承担举证责任。

实践中,一些合同中还约定有“发包人不向承包人支付工程款的,承包人也向实际施工人支付”等条款内容,属于附条件支付工程款的约定,需要考虑该条款约定的付款条件是否成就以及是否存在阻碍条件成就的情形。如果在合同履行中存在转包人或违法分包人怠于向发包人行使权利主张债权,使合同所附的成就条件得不到实现的情形,而转包人或违法分包人依据该条款约定抗辩不支付工程款的,则属于以不作为的方式阻碍条件成就,不予支持。

六、建设工程多层转包中,实际施工人能否向与其无合同关系的转包人、违

法分包人主张工程款?

法官解答

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第四十三条规定的可以突破合同相对性原则请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的实际施工人仅限于转包和违法分包两种情形,不包括借用资质及多层转包和多层违法分包关系中的实际施工人。即多层转包和多层违法分包关系中的实际施工人不能突破合同相对性原则请求发包人承担责任,更不能向与其没有合同关系的转包人、违法分包人主张工程款。根据合同相对性原则,实际施工人只能向与其有合同关系的转包人、违法分包人主张权利。

七、发包人在欠付工程款范围内承担责任的性质? 执行程序中如何处理?

法官解答

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第四十三条规定的发包人在欠付建设工程款范围内对实际施工人承担的责任,可以理解为工程款支付责任,不能认定为连带责任、共同责任或者补充责任。在执行过程中,只要不超过发包人欠付总承包人工程款的范围,可以直接执行发包人,不用考虑发包人和其他被执行人之间的执行顺位和比例问题。

八、实际施工人请求发包人承担责任,对发包人欠付工程款的数额应当由谁承担举证责任?

法官解答

根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五条规定,对合同是否履行发生争议的,由负有履行义务的当事人承担举证责任。一般情况下,发包人作为向承包人支付工程款义务的当事人,应当对其是否欠付承包人工程款或者欠付工程款的具体数额作出抗辩,并承担相应的举证责任。但在实际施工人突破合同相对性原则向发包人主张欠付责任的情况下,实际施工人对发包人的抗辩不予认可的,仍由实际施工人对发包人欠付承包人工程款数额承担举证责任。如果无法查明发包人欠付承包人工程款具体数额,不应判决发包人对实际施工人承担责任。

九、工程施工中,借用资质的实际施工人经常以工程转包的面目出现,与违法转包、分包的实际施工人如何区分界定?

法官解答

实践中，对两者的区分主要是看实际施工人有没有参与前期的磋商、投标和合同订立。借用资质的实际施工人一般都会参与前期的磋商、投标和施工合同订立等，而工程转包中的实际施工人一般不参与前期的磋商、投标和施工合同订立等，往往是由承包单位承接到工程后将工程的权利义务概括转移给实际施工人。

十、在实际施工人未出现的情况下，出借资质的企业能否以自己的名义索要工程款，是否需要实际施工人的授权？

法官解答

出借资质的企业起诉发包人符合合同相对性原则，出借资质的企业以自己的名义索要工程款不需要取得实际施工人的授权。如果实际施工人不同意出借资质的企业单独起诉发包人主张工程款，可以要求参加诉讼主张权利。人民法院也应当追加实际施工人为有独立请求权第三人。经审理查明涉案工程确由实际施工人完成，实际施工人与发包人已形成事实上建设工程施工合同关系的，应当判决发包人直接向实际施工人支付工程款，不宜再以合同相对性为由判决发包人向出借资质的企业支付工程款。

十一、出借资质的企业没有截留工程款，应否向借用资质的实际施工人承担责任？

法官解答

借用资质的实际施工人明知其与出借资质的企业是借用资质关系，此时双方之间不存在真实的发承包关系。因此，实际施工人向出借资质的企业主张工程款的，不予支持。但如果因合同约定或实际履行过程中发包人将工程款支付到出借资质的企业账户，出借资质的企业截留工程款不予支付的，实际施工人可向出借资质的企业主张被截留部分的工程款。如果出借资质的企业没有截留工程款的，无需向实际施工人承担责任。

十二、建设工程劳务违法分包人应否对工人工资承担连带责任？

法官解答

建设工程领域的农民工工资纠纷严格意义上属于农民工追索劳动报酬的劳务合同纠纷，不属于建设工程合同纠纷，可以适用《保障农民工工资支付条例》规定。《保障农民工工资支付条例》规定的建设单位对拖欠农民工工资的先行垫

付和清偿责任、施工总承包单位对拖欠农民工工资的（先行）清偿责任及施工单位因出借资质拖欠农民工工资的清偿责任，并非建设工程合同纠纷的连带责任。建设工程劳务违法分包人属于建设工程实际施工人，应按照建设工程合同纠纷处理。因此，建设工程劳务违法分包人不对工人工资承担连带责任。

十三、施工班组长按照劳务合同主张权利，将发包人、总承包人、合同相对人一并起诉，并引用《保障农民工工资支付条例》规定，要求发包人、总承包人先行清偿，如何处理？

法官解答

仅作为工人代表，组织工人进行施工作业，正常领取工资获取报酬的施工班组长，不属于实际施工人，相应的诉讼不属于建设工程施工合同纠纷，而应属于劳务合同纠纷，可以依据《保障农民工工资支付条例》规定要求发包人、总承包人先行清偿。

如果施工班组长在工程中投入和收益不限于劳动及劳动报酬，在工程项目中实际投入资金、少量设备材料和劳力，获取一定的利润，实际上属于劳务分包的实际施工人。该情形下的施工班组长依据劳务合同主张权利，属于建设工程施工合同纠纷，不能依据《保障农民工工资支付条例》规定要求发包人、总承包人先行清偿。

十四、多人合伙的实际施工人在其他合伙人下落不明的情况下，能否以自己的名义单独主张工程款？

法官解答

在其他合伙人下落不明的情况下，应当允许部分合伙人以自己的名义单独主张工程款。事后，其他合伙人可以依据与主张工程款的合伙人之间的内部关系另行主张权利。需要注意的是，参与施工合同签订和实际施工的合伙人，其上手转包人或违法分包人基于合同信赖利益一般不会对其诉讼主体资格提出异议，但未参与合同签订的合伙人以自己名义起诉，需要提供充分证据证明其合伙人身份。

十五、实际施工人与转包人或违法分包人没有签订施工合同，工程款计价标准不明，能否以发包人与前手承包人签订施工合同标准认定工程款？

法官解答

《中华人民共和国民法典》第五百一十条、第五百一十一条规定“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。”

“依据前条规定仍不能确定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。”在实际施工人与转包人或违法分包人没有签订施工合同，工程款计价标准不明的情况下，可按照上述工程款漏洞填补规则处理。同时，在工程转包或违法分包的情况下，转包人或违法分包人向实际施工人支付的工程款，一般不会超出其从发包人处应得的工程款。因此，从交易习惯角度考虑，在约定不明的情况下，实际施工人与转包人或违法分包人的计价标准可以参照发包人与承包人合同约定的标准，同时应防止价格倒挂。

十六、发包人支付给承包人的商票到期未被兑付，承包人将未兑付商票金额计入欠付工程款中起诉的，是按照未付工程款处理，还是告知承包人按照票据纠纷另行主张权利？

法官解答

商业汇票只是发包人支付工程款的一种方式。一般情况下，承包人接受发包人开出商票并到期兑付的，或者已将商票背书转让的，应视为发包人已付工程款。承包人持有的商票到期未能兑付或出票人拒绝兑付的，除因承包人未按照提示付款期限提示付款等其自身过错被拒绝兑付外，发包人的付款行为并未实际完成，仍应承担相应数额的付款责任。因此，承包人有权将未兑付商票金额计入欠付工程款中一并起诉，也有权按照票据纠纷另行主张权利。基于诉讼便利原则和诉讼权利处分原则，在承包人已经起诉的情况下，可将未兑付商票金额计入欠付工程款中一并处理，同时应当判令承包人退还商票，不应再告知当事人依票据纠纷另行主张权利。

十七、双方合同约定以审计为结算依据，在当事人起诉时尚未审计的，能否对工程造价进行鉴定？

法官解答

双方施工合同约定以审计为结算依据的，对双方当事人具有约束力。但是，如果因发包人原因未进行审计或者发包人怠于履行合同约定配合审计义务，导致未能审计或者未能完成审计的，承包人可以起诉通过工程造价鉴定进行工程价款

结算。

十八、当事人在施工合同中约定，发包人收到竣工结算文件后应在约定的期限内答复，但却没有约定逾期不答复的法律后果的，能否适用《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第二十一条规定认定工程款？

法官解答

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第二十一条规定“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，人民法院应予支持。”从文义解释看，工程款结算中的默示条款，不仅包括发包人收到竣工结算文件后在约定期限内不予答复的默示行为，还必须包括默示行为的法律后果，即发包人在约定期限内逾期不结算的，视为认可竣工结算文件的明确意思表示。双方当事人没有约定默示行为后果的，即没有明确约定“视为认可承包人提交的结算文件的”，发包人逾期不予答复的仅构成违约，不能适用该解释规定。需要说明的是，最高人民法院也专门就此出台答复意见，该解释规定的默示条款不包括住建部示范合同文本中的通用条款的约定内容。

十九、实际施工人为自然人时能否取得建设工程造价中的规费？施工合同中约定安全文明施工措施费、社保费不计取的，实际施工人为自然人主张时应否支持？

法官解答

工程造价定额标准仅是提供给当事人确定工程款的推荐性、参考性标准。工程造价定额标准中的规费、措施费、社保费、税金仅是确定工程款的组价项目。当事人在确定工程款时，可以约定其中的个别组价费用项目不计取，如约定社保费、安全文明施工措施费等不计取，规费按照某一年度标准计取等。如果当事人约定对工程造价定额标准中的个别组价费用项目不计取的，应为双方对工程款的约定或者为承包人对发包人的让利，对双方当事人具有约束力。如果当事人约定按照工程造价定额标准结算工程款的，工程规费、措施费、社保费、税金等均属于工程款的组成部分，则上述造价费用均属于当事人应得的工程款，而无需考虑实际施工人是自然人或者是有施工资质的企业。

二十、施工合同约定的工程质保金预留比例高于《建设工程质量保证金管理办法》规定的质保金预留比例，是否有效？

法官解答

《建设工程质量保证金管理办法》属于部门规章，该办法中关于质保金预留比例的规定属于管理性规定，不影响当事人在施工合同中约定质保金预留比例内容的效力。故当事人在施工合同中约定的质保金预留比例高于《建设工程质量保证金管理办法》规定的质保金预留比例的情形，属于当事人意思自治范围，对双方当事人具有拘束力。

二十一、施工合同中对工程质保金返还期限约定不明，承包人起诉主张支付工程款时工程竣工已超过2年不满5年，工程质保金如何处理？

法官解答

建设工程质量缺陷责任期与保修期，是两个有关联但并不相同的概念。缺陷责任期，是指承包人按照合同约定承担工程质量缺陷修复义务、发包人保留工程质量保证金的期限。在责任期结束后，承包人可依法依约收回质保金。缺陷责任期的时间一般不超过2年。而保修期是指承包人对自己所完成工程的保修期限，超过保修期，承包人无义务实施保修。《建设工程质量管理条例》规定，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；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；供热与供冷系统，为2个采暖期、供冷期；电气管线、给排水管道、设备安装和装修工程，为2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）》第十七条规定，“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。”因此，工程质保金的返还是以工程缺陷责任期届

满为支付条件，并不以工程保修期限届满为支付条件。因此，在当事人对工程质量保证金返还期限没有约定或约定不明的，可按照该条规定第一款第二、三项处理，无需考虑工程保修期限。当然，如果当事人约定质保期满退还质保金的，应当按照约定时间返还。

二十二、建设工程未经竣工验收，发包人以经营需要为由使用是否属于擅自使用？部分使用建设工程能否认定为擅自使用？其他未使用部分的质量问题，发包人能否主张权利？

法官解答

首先，未经竣工验收合格的建设工程不得交付使用。发包人以经营需要为由使用建设工程的情况属于擅自使用。其次，发包人仅对其擅自使用部分的建设工程，不能再以工程质量不符合约定为由主张权利，而对于未使用部分的建设工程，发包人仍可以主张权利。其三，发包人擅自使用行为仅产生推定工程质量合格的法律效果。如果在发包人擅自使用前就发现工程存在质量问题，也已要求承包人修理，但承包人拒绝修理的，发包人使用后仍可向承包人主张权利。其四，如果建设工程的地基基础工程和主体结构工程存在质量问题，承包人应当在建设工程的合理使用年限内承担民事责任，不受建设工程是否竣工验收及发包人是否擅自使用的影响。

二十三、承包人主张工程款时建设工程尚未超过保修期，发包人主张将在工程保修期内自行维修或委托第三方维修支出的维修费用从工程款中扣除的，是在工程款中予以扣除，还是告知双方待保修期届满后另行按工程质量保修处理？

法官解答

发包人承认拖欠承包人工程款，但以建设工程存在质量问题产生维修费用为由扣除相关维修费用，实质上是主张减少支付工程款，并未超过承包人的诉讼请求范围，属于同一法律关系，应当认定为抗辩。发包人在工程保修期内已通知承包人维修而承包人拒绝修复的，发包人可以依据支出维修费用的有效证据主张减少支付工程款，并在承包人主张工程款的案件中一并处理。

二十四、工期延误损失除鉴定外，可否通过当事人举证予以认定？因工期延误造成人工、材料价格调差可否根据工期延误的责任予以分担？

法官解答

除了通过鉴定确定工期延误损失外,对工期延误损失也可以通过其他方式举证予以证明。因工期延误造成人工、材料价格调差,可以根据造成工期延误的原因、工期延误与损失之间存在因果关系、当事人的过错等因素,由发包人和承包人按过错比例承担责任。

二十五、加盖技术资料专用章的工程量对账单能否直接采用?实践中,加盖承包单位项目部印章的合同是否对承包人有约束力?能否认定构成表见代理?

法官解答

首先,技术资料专用章具有特定用途,通常用于设计图纸、会审记录等有关工程资料上,一般不能用于对外签订合同、对账结算价款等。因此,加盖此章的工程量对账单,要坚持认人不认章,在不能确定盖章人的身份或者权限的情况下,一般不能作为确认工程量的依据,但如果双方在工程施工中曾经多次使用,符合双方交易习惯的,亦可认定加盖此章的文件资料的效力。

其次,对于合同中加盖的承包单位项目部印章以及承包单位印章的效力,也要坚持认人不认章,应当审查参与订立合同或者加盖印章的人员是否有承包单位的相应授权,在合同上加盖印章是否属于承包单位的真实意思表示等,并根据代表或代理的相关规则来确定合同的效力,不能简单根据加盖印章的情况认定为承包单位的行为。如果签约人员或者加盖印章的人员为承包单位有代表权或代理权的人员,则对承包单位具有约束力。如果签约人员或者加盖印章的人员无承包单位代表权或代理权,则按照是否构成表见代表或表见代理处理。

再次,加盖项目部印章仅是表见代理的外观特征之一,并不是认定构成表见代理的充足条件。要审慎认定表见代理,除要严格审查是否形成具有代理权的充足表象,还要符合相对人主观上善意且无过失的构成要件,不能仅以加盖有项目部印章就认定构成表见代理。

二十六、实际施工人能否主张建设工程价款优先受偿权?

法官解答

实际施工人不属于《中华人民共和国民法典》第八百零七条规定的与发包人订立建设工程施工合同的承包人,不享有建设工程价款优先受偿权。

二十七、施工合同中约定承包人先开具发票、发包人后付款。承包人在未开具发票的情况下,发包人是否有权拒付工程款?

法官解答

合同约定对双方当事人具有约束力，发包人可以据此主张先履行抗辩，不承担开具发票前的因未支付工程款而产生的违约责任。但发包人支付工程款是主要合同义务，在诉讼阶段再以此为由抗辩不支付工程款缺乏正当性。在案件审理中，应向发包人释明提出由承包人开具发票的诉讼请求，一并处理。若经释明，发包人仍不请求承包人开具发票而坚持抗辩不支付工程款的，不予支持。

22.河南省高级人民法院民四庭建设工程纠纷案件中鉴定的启动与审查要点

一、应当鉴定和无须鉴定的情形

对当事人有争议的工程造价、工程质量、损失数额、工期、修复费用等专门性问题，不通过鉴定无法查明且属于本案基本事实，应当进行鉴定。但以下情形无须进行鉴定：

1、当事人已对工程价款进行了结算，结算报告已经当事人签字认可，或当事人对工程价款、欠款数额已达成一致协议；

2、当事人在专用条款中明确约定，发包人收到竣工结算文件后在约定期限内不予答复视为认可竣工结算文件，且承包人已经按照约定提交了竣工结算文件而发包人未依约答复的；

3、当事人对争议事项已经共同委托有关机构、人员出具咨询意见且明确表示受该咨询意见约束；

4、当事人明确约定按照固定总价或单价结算工程款，而承包范围未发生变化或未超出约定风险范围，且不存在约定调整工程价款情形的；

5、建设工程经竣工验收合格后，发包人又以施工工程质量不符合约定为由提出质量异议的，或者建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后又以使用部分质量不符合约定为由提出质量异议的，但有证据证明在建设工程的合理使用寿命内的地基基础工程和主体结构出现质量问题的除外；

6、当事人约定工程价款的结算以第三方结论，如财政评审、工程审计等为依据，相关财政评审、审计结论已出具的，但有证据证明财政评审、工程审计结论违反法律规定或合同约定的除外；

7、根据现有证据和法律规定，足以认定争议事项的其他情形。

二、鉴定的提出与启动

1、鉴定的提出。（1）当事人申请鉴定应当在举证期限届满前或者在人民法院指定的期限内提出书面申请。申请书中应当载明需要鉴定的事项及需要通过鉴定意见证明的事实。（2）当事人逾期提出鉴定申请，申请鉴定的事项对案件基本事实的认定有重大影响的，可予准许，但应当依法予以训诫、罚款。（3）申请

鉴定的事项，与争议事实没有关联，或者不涉及案件基本事实的认定，或者对争议事项的裁量没有意义，缺乏鉴定必要性的，鉴定申请不予准许。

2、鉴定的启动。工程鉴定一般应经过开庭审理，争议事实和鉴定事项范围明确后进行。对于诉前调解的案件，在符合一定条件的情况下，也可以在诉前进行鉴定。

三、诉前鉴定

对于诉前调解的案件，如果双方当事人均有调解意愿，且对合同履行、计价方式、质量标准等基本事实和鉴定事项、鉴定材料等争议不大的案件，可以在诉前调解阶段委托进行工程鉴定，及时解决争议，节约司法资源。

1、鉴定的启动。诉前鉴定一般应由双方当事人共同申请，或者一方当事人申请、另一方当事人出具愿意配合鉴定的书面意见。

2、鉴定争议材料的处理。诉前鉴定中，当事人对部分鉴定依据、鉴定材料存在争议的，鉴定人可以在征求当事人意见并书面记录后，将争议内容分别鉴定并在鉴定意见中单列，供双方当事人诉前调解时参考，或者在后续诉讼中作为证据举证使用。

3、鉴定意见的效力。鉴定机构在诉前调解阶段作出的鉴定意见，属于民事诉讼证据。当事人无法达成调解且对该鉴定意见有异议的，可在后续诉讼中提出异议并进行证据质证。必要时，可以申请鉴定人出庭作证以及申请专家辅助人出庭发表专业意见。

四、诉讼中鉴定

1、鉴定的提出。鉴定一般以当事人申请为原则，对确有鉴定必要，而当事人未申请鉴定的，应当向负有举证责任的当事人释明申请鉴定的必要性，并告知申请鉴定的具体事项、提出申请的期限、垫付费用负担以及不申请鉴定的法律后果。如果当事人经释明后仍不申请鉴定的，可依据证据规则判令其承担举证不能的法律后果。

2、鉴定范围的确定。根据当事人的鉴定申请，结合争议事实确定鉴定事项和范围，能够进行部分鉴定的，不进行全部鉴定。但当事人提出工程质量鉴定确有必要的，应当释明一并就工程修复方案和修复费用提出鉴定申请，并尽可能对工程质量鉴定相关问题一并处理。

五、法官的职权和任务

鉴定中的以下事项，应由合议庭或承办法官审查确定：

1、鉴定材料的质证与审查。用于鉴定的证据材料，必须经质证审查后方可向鉴定机构移交，作为鉴定依据。承办法官（合议庭）应当要求鉴定机构向当事人出具鉴定资料准备详单，并指定双方当事人提交证据材料的期限，尽可能一次性提交、质证、移送。鉴定过程中需要补充鉴定资料的，承办法官（合议庭）应当要求当事人在指定期限内提交，并组织进行质证、认定，及时移送鉴定机构。

2、鉴定依据的确定。提交给鉴定机构并用作鉴定依据的合同，应当由承办法官（合议庭）作出认定。鉴定机构应根据合同中约定的计价依据、计价方法、质量标准等进行鉴定。双方当事人对合同依据存在争议且在委托鉴定时确实难以查清作出认定的，可交由鉴定机构按照不同合同条款约定分别作出鉴定意见，供裁判时判断使用。

3、鉴定进程的推动。承办法官（合议庭）应当在鉴定前，要求鉴定机构就鉴定方法、鉴定流程、鉴定期限出具方案。必要时，应及时与鉴定机构进行沟通调整。鉴定中，承办法官（合议庭）应当督促鉴定机构加快鉴定节奏，在鉴定期限内完成鉴定工作。鉴定机构未能在指定期限内完成的，承办法官（合议庭）应当要求鉴定机构说明理由并向人民法院司法技术管理部门反馈，按照委托鉴定规则处理。鉴定中需要进行现场勘验的，承办法官（合议庭）应当及时会同鉴定机构组织当事人和鉴定人员进行现场勘验。

六、鉴定意见的审核和采信

1、鉴定资质的审查。根据《工程造价咨询企业管理办法》（2020年2月19日修正）规定，甲级工程造价咨询企业可以从事各类建设工程项目的工程造价咨询业务，乙级工程造价咨询企业可以从事2亿元（2020年2月19日前为5000万元）以下各类建设工程项目的工程造价咨询业务。

建设工程鉴定机构属于行业主管，不属于司法部管理的司法鉴定机构范围。当事人主张建设工程鉴定机构未列入司法部司法鉴定机构名录，不具备鉴定资格的，不予支持。根据《注册造价工程师管理办法》（2020年2月19日修正）规定，只有一级注册造价工程师的执业范围包括建设工程仲裁、诉讼中的造价鉴定，二级注册造价工程师不具有工程造价鉴定的执业资格。

审判实践中，也有将建设工程价格认证意见、资产评估意见等混淆为工程造价鉴定意见，将鉴定人员的技术职称证书混同为注册造价师证书的情况，需认真审查，予以甄别。

2、鉴定初稿的异议审查。鉴定意见初稿出具后，承办法官（或法院鉴定管理机构）应当及时向各方当事人送达，确保当事人能够充分提出异议并交由鉴定机构复核、修正、回复。

当事人对鉴定意见初稿提出异议后，承办法官应当要求鉴定人及时复核，做出明确书面回复，并确定是否需要鉴定意见初稿进行修正。对于争议点较多的鉴定意见，应督促当事人尽可能一次提出异议、交鉴定人充分复核回复，缩小当事人争议范围。

当事人对鉴定意见提出的异议，应从以下方面进行引导和规范：（1）当事人对鉴定意见有异议的，应当在指定答复期间内提出质证意见。未提供质证意见的，视为对鉴定意见无异议。（2）当事人提出异议的，应当采用书面方式。异议内容应当具体、明确，并说明理由，附交相关证据。涉及工程量计算的，应说明计算方法、依据。（3）鉴定人对当事人提出的异议书面答复作相应解释、说明或者补充后，当事人仍提出异议的，可以申请人民法院通知鉴定人出庭作证。

3、鉴定人出庭。当事人对鉴定意见有异议或者合议庭认为鉴定人有必要出庭的，应当通知鉴定人出庭。鉴定人出庭作证时，当事人可以申请一至两名专家辅助人出庭，代表当事人对鉴定意见进行质证，或者对案件事实所涉及的专业问题提出意见，该意见视为当事人陈述。合议庭要结合鉴定人出庭作证意见和双方当事人的质证意见，对鉴定意见进行实质性审查，正确处理当事人异议，保障当事人的程序权利和实体权利。

4、鉴定意见的审查处理。在案件审理中，鉴定意见是否可以采信，以及哪些鉴定项目可以作为认定案件事实的依据，应当根据当事人的质证意见、鉴定机构回复说明及鉴定人出庭作证情况逐一作出认定，并在裁判文书中对当事人提出的异议和鉴定意见是否采信逐一作出实质性的分析论证，而不能直接依据鉴定意见简单裁判、以鉴代审。

七、具体情形下的鉴定意见审查

1、工程变更（含增减）情形下工程造价的鉴定。对于工程变更（含增减）

项目的工程价款，合同或者签证单中有约定的，按照约定进行鉴定；合同中没有约定，采用工程量清单综合单价的，按工程量清单报价中相同项目或可套用项目的价格计算，清单中无相同项目或可套用项目的，按照合同签订时工程所在地建设行政主管部门发布的计价办法或计价标准计价，并按计价清单体现的让利率折算；采用可调价合同按实结算的，按照合同履行期间工程所在地建设行政主管部门发布的计价标准进行鉴定。

合同约定工程价款按照固定总价（固定单价）结算，合同履行过程中发生重大变更导致难以区分合同内工程量与变更部分工程量的，可以对建设工程全部造价进行鉴定，但鉴定结论应当计入固定总价（固定单价）体现的让利率。

2、未完工程情形下固定价合同的工程造价鉴定。在约定采用固定价结算而工程又没有完工的情况下，存在两种不同的鉴定及计算方式：一是根据实际完成的工程量，以建设行政管理部门颁发的定额取费核定工程价款；二是通过鉴定确定已完工程的工程造价占全部工程造价的比例，再乘以合同约定的固定总价得出已完工程的工程价款。

一般情况下，应当尽量按照合同约定处理，即在固定总价可以计算得出的情形下，通过鉴定确定已完工程与全部工程的比例，再乘以固定总价得出已完工程价款。

3、合同解除后其他人继续施工情况下工程量的鉴定。合同解除后，承包人退出工程施工而由其他承包人继续施工的，应当在委托鉴定时依据双方工程交接记录向鉴定人明确承包人的实际施工范围；没有交接记录或依据交接记录不足以作出认定的，应当通过其他施工资料及组织双方当事人勘验工地现场固定交接界面的方式，确定承包人的实际施工范围。必要时，应当责令发包人提交其与后续承包人所签订的施工合同、进场开工资料和施工资料等确定承包人的实际施工范围；采用上述方法仍不能确定的，可以根据双方未能办理交接及工程未完工的原因等因素，通过分配举证责任确定承包人的实际施工范围。

4、工程质量鉴定中有关事项的审查和确定。发包人主张工程质量不合格或不符合合同约定而申请工程质量鉴定的，应当要求发包人明确其鉴定目的，说明是为证明工程质量不合格而抗辩不支付工程价款，还是为证明工程质量不符合约定而反诉主张修复费用或抗辩减少工程价款，并根据情况确定鉴定事项。

如果发包人主张为证明工程质量不合格而抗辩不支付工程价款,应当要求鉴定机构对建设工程的地基基础、主体结构是否符合国家强制性质量标准以及整体安全性进行鉴定,并作出工程质量是否合格的明确意见。

如果发包人主张为证明工程质量不符合约定而反诉主张修复费用或抗辩减少工程价款的,应当对工程质量、修复方案、修复费用一并进行鉴定。

5、工期鉴定的事项范围。工期是否延误,以及延误时间、违约责任认定等,均属于人民法院职权范围,不应交由鉴定机构直接鉴定。因发包人设计变更等情形无法确定是否影响工期以及具体影响时间的,合议庭可交由鉴定机构作出鉴定意见,辅助合议庭审查处理。

6、停窝工损失鉴定的事项范围。停窝工时间及责任属于当事人举证证明和人民法院审查认定的事项范围,鉴定机构仅依据合议庭认定停窝工时间及相应的人员、机械情况下,对损失数额进行鉴定。当事人申请鉴定机构对窝工损失进行鉴定,合议庭应先根据当事人的举证确定停窝工责任以及导致工程停窝工的期间。无法确定的,应根据证据规则裁判。

23.河南省高级人民法院关于强化建筑领域纠纷案件实质性化解的工作指引

为认真贯彻习近平法治思想，切实把优化营商环境融入司法办案的全过程，进一步提升建筑领域纠纷案件的审判质效，最大限度减少延宕审限，最大限度保护施工方合法权益，将“我为群众办实事”实践活动落到实处，经河南省高级人民法院民四庭法官会议研究，形成本指引。

一、积极落实先行判决制度

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条规定：“人民法院审理案件，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行判决。”

建设工程案件的事实认定相对复杂，相当一部分案件还存在本诉反诉交织、启动鉴定等情形，造成审理期限较长；同时由于当事人对抗性强以及部分当事人刻意拖延诉讼等因素，一审服判息诉率相对较低，上诉率、申请再审率、发改提指率相对较高的“三高一低”情形比较突出，施工人追要工程款权益难以尽快实现。为及时保护施工人的合法权益，各级法院应当积极落实《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条规定，对于各方无异议以及其他符合先行判决条件的，应及时先行判决；必须发回重审的，也要慎用全案发回。应当及时回应施工人的合法诉求，维护下游农民工的合法权益，防止损失因诉讼拖延而扩大。

二、严格规范司法鉴定行为

司法鉴定是影响建设工程纠纷案件审限的重要因素，必须加以严格管理和规范。

严格审查鉴定条件。对于结算方式约定明确，现有证据足以认定待证事实的，不应启动司法鉴定，避免以鉴定代替约定；对于必须通过司法鉴定才能查清案件事实的，应当在一审程序中积极行使释明权，不能不进行鉴定而简单裁判。

合理确定鉴定范围。对当事人无争议或事实清楚的部分以及无法鉴定的部分应当先行确认，将鉴定内容尽量限缩在双方争议最小范围后再委托鉴定，避免人为增加鉴定成本，延宕鉴定时长。

坚决防止以鉴代审。积极行使司法审查权，对于鉴定材料关联性、合法性进行审查，对鉴定报告组织质证认证，防止出现明显不符合常理甚至相互矛盾的鉴

定结论，防止出现司法不作为、变相让渡司法权的情况。

有效压缩鉴定周期。对当事人提交鉴材时间和鉴定机构的鉴定期限做出明确要求，防止鉴定拖延；需要鉴定的应在一审程序启动，尽量减少二审启动鉴定或因一审未鉴定导致事实不清发回重审，避免再审程序启动鉴定。

三、严厉惩戒虚假恶意诉讼

党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出，加大对虚假诉讼、恶意诉讼、无理缠诉行为的整治力度。

规制惩戒拖延诉讼。强化规则指引，倡导诚信诉讼和理性诉讼。在明显无正当理由和事实依据的情况下，对于当事人和诉讼代理人在诉讼中滥用管辖权异议、申请启动鉴定、中止诉讼、延期举证、延期开庭，虚假调解、不请求改判单纯请求发回重审等恶意拖延诉讼行为，应严格把握审查标准，依照关于妨碍民事诉讼的相关规定，根据不同情形予以训诫、罚款或司法拘留。

防范打击虚假诉讼。在审判中着力提高防范和甄别意识，精准识别试图通过恶意串通、虚构事实、隐瞒伪造证据等方式，使法院作出错误裁判，侵害国家利益、公共利益及他人合法权益，扰乱司法秩序的行为。对冒用“实际施工人”身份、虚假结算、恶意确认工程价款优先受偿权等多发高发问题，要加大证据审查力度，拓宽依职权调查范围。认定涉嫌虚假诉讼的，依法予以训诫、罚款、拘留；涉嫌犯罪的，坚决依法移送犯罪线索；涉嫌虚假鉴定、审计、评估的，除训诫、罚款外，立即从人民法院委托鉴定专业机构名录中除名，同时向司法行政部门或行业协会发出司法建议。

四、着力推进典型案例发布

典型案例对于树立正确裁判导向、引导合理诉求、预防恶意诉讼、建立社会诚信具有重要的作用。省法院和中级法院建立生效裁判典型案例发布制度，对于符合以下条件的案件，予以定期发布：

（一）当事人对抗性强、矛盾突出，案情复杂，裁判效果好，当事人未提出上诉的一审案件以及未申请再审、抗诉的二审案件；

（二）群诉群访情绪激烈，社会不稳定风险高，裁判结果案结事了，政治效果、法律效果、社会效果统一的案件；

（三）主动落实先行判决、有效防止诉讼拖延、严惩虚假恶意诉讼，及时保

护施工人及农民工合法权益的案件；

(四) 有利于在全省统一裁判尺度，树立正确裁判导向，引导行业内合理诉求的示范性案件；

(五) 利用多元化纠纷解决机制，以调解、和解等方式化解纠纷，社会效果良好的案件；

(六) 符合社会主义核心价值观的其他案件。

五、大力构建多元解纷机制

整合社会资源和力量，参与矛盾纠纷化解，构建多元化纠纷解决机制。

强化法律职业共同体建设。专业化审判与专业律师代理是司法专业化的一体两面。各级法院要主动加强与同层级司法行政管理部门、律师协会的对接，搭建定期会商、共同培训、业务研讨等多种方式的专业化建设平台，积极推进法律职业共同体。在易发生争议的专业化问题上最大程度弥合分歧，达成共识，促进裁判尺度的统一；建立和谐法官律师关系，在化解纠纷中形成合力，减少矛盾和对抗，促进案结事了。

加强纠纷溯源治理。认真落实习近平总书记“把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”的要求，建立与政府主管部门和建筑业、房地产业协会的长效沟通协商机制，下好“先手棋”，对行业发展、企业诉求、风险态势主动了解掌握，形成源头预防、前端化解、诉中咨询、专家调解、终端解纷的合力。

河南省高级人民法院

2021年8月27日

六、河北地区人民法院

24.河北省高级人民法院建设工程施工合同案件审理指南

为了正确审理建设工程施工合同纠纷，准确适用法律，规范自由裁量权的行使，依据《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国招标投标法》《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释(一)》等法律、行政法规及司法解释，结合我省实际情况，制定本审理指南。

一、建设工程施工合同的效力认定问题

1.当事人以建设工程未经招投标程序主张签订的建设工程施工合同无效的，如果该开发项目符合《中华人民共和国招标投标法》第三条和《必须招标的工程项目规定》的，人民法院不予支持。

2.法律、行政法规规定必须经过招投标的建设工程，当事人以招投标程序违法，或者存在串标、明招暗定等情形主张建设工程施工合同无效的，应承担相应的举证责任，人民法院经审查，认定确实存在以上情形的，该建设工程施工合同为无效合同。

3.建筑施工企业与其下属分支机构或所属职工签订合同，将其承包的全部或者部分工程分包给其下属分支机构或所属职工施工，并在资金、技术、设备、人力等方面给予支持的，可以认定为企业内部承包合同。判断是否为企业的所属职工应以书面劳动合同、社保缴纳凭证、工资发放证明等证据综合予以认定。企业内部职工和下属分支机构不得以自己的名义主张工程款。

建筑施工企业与无施工资质的承包人签订的合同名为企业内部承包实为借用资质，当事人主张合同有效的，人民法院不予支持。

4.以下情形可以认定为非法劳务分包:

(1)总承包人、专业分包企业将建筑工程的劳务作业分包给不具备相应资质条件的企业和个人;

(2)总承包人、专业分包企业将建筑工程的劳务作业分包给具备相应资质条件的企业，但分包的内容包括提供大型机械、周转性材料租赁和主要材料、设备采购等;

(3)劳务作业承包人将承包的劳务作业再分包的。

二、工程价款结算及相关问题

5.建设工程施工合同无效，发包人与承包人均有权请求参照合同约定支付折价补偿款；承包人要求另行按照定额结算或者据实结算的，人民法院不予支持。

6.当事人就同一建设工程订立的数份施工合同均被认定为无效的，在结算工程价款时，应当参照当事人真实意思表示并实际履行的合同约定结算工程价款。当事人已经基于其中一份合同达成结算单的，如当事人无法举证证明存在欺诈、胁迫等撤销事由，应认定该结算单有效。

7.当事人在合同中只约定了发包人收到竣工结算文件后，应在约定的期限内予以答复，但未明确约定逾期不答复视为认可竣工结算文件的，不能适用最高人民法院《关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)》第二十一条的规定。承包人仅依据建设部制定的建设工程施工合同格式文书通用条款 33.3 条“发包人收到竣工结算报告及结算资料后 28 天内无正当理由不支付工程结算价款的，从第 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”的约定请求发包人按照竣工结算文件结算工程价款的，人民法院不予支持。

8.合同约定固定价款的，因发包人原因导致工程变更的，承包人能够证明工程变更增加的工程量不属于合同约定固定价范围内的，有约定的，按约定结算工程价款，没有约定的，可以参照合同约定标准对工程量增减部分予以单独结算，无法参照约定标准结算可以参照施工地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算。主张调整的当事人对合同约定的施工具体范围、实际工程量增减的原因、数量等事实负有举证责任。

9.建设工程施工合同约定工程款实行固定价，如建设工程尚未完工，当事人对已完工程造价产生争议的，可将争议部分的工程造价委托鉴定，但应以合同约定的固定价为基础，根据已完工工程占合同约定施工范围的比例计算工程款。即由鉴定机构在同一取费标准下分别计算出已完工程部分的价款和整个合同约定工程的总价款，两者对比计算出相应系数，再用合同约定的固定价乘以该系数，确定工程价款。当事人一方主张以定额标准作为造价鉴定依据的，人民法院不予支持。

10.未施工完毕的工程项目，当事人就已完工程的工程量存有争议的，应当根据双方在撤场交接时签订的会议纪要、交接记录以及监理材料、后续施工资料等文件予以确定；不能确定的，应根据工程撤场时未能办理交接及工程未能完工的原因等因素合理分配举证责任。

发包人强制施工方撤场的，发包人不认可承包人主张的工程量，由发包人承担举证责任。发包人不提供相应证据，应承担举证不能的不利后果。

11.建设工程施工合同被确认无效后，发包人主张因承包人工期延误应赔偿其与第三人签订的房屋买卖合同因逾期交房发生的违约损失，承包人对工期延误存在过错，损失已经实际发生，且损失发生与承包人逾期交工行为有因果关系，可以纳入无效合同过错责任赔偿范围。根据承包方订立、履行合同中的过错责任大小及诚实信用原则，依据《中华人民共和国民法典》第一百五十七条规定判令其承担相应的责任。

12.合作开发房地产合同中的一方当事人作为发包人与承包人签订建设工程施工合同，承包人要求合作开发的各方当事人对欠付的工程款承担连带责任的，人民法院应予支持。

13.建设工程施工过程中，发包人与承包人进行结算后，出具欠条确认欠付债务，原告依据欠条起诉，被告主张该欠条中确认数额并非实际的工程款数额，要求确认欠条无效的，一般不予支持。除非被告能够提供证据证明出具欠条时存在重大误解、欺诈、胁迫或显示公平等情形。

三、审计结论、财政评审意见作为结算依据的相关问题

14.政府投资和以政府投资为主的建设项目，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的，财政部门、审计部门等对工程款的审核、审计，应当作为结算依据。

15.在承包人或实际施工人提交完整的结算文件后，发包人在一年内未提交行政审计或财政评审部门的，或行政审计或财政评审部门明确表示无法进行审计，或在约定期限及合理期限内无正当理由未出具审计结论，当事人申请对工程造价予以司法鉴定，人民法院应予支持。

16.在双方当事人已经通过结算协议确认了工程结算价款并已基本履行完毕的情况下，国家审计机关作出的审计结论或财政评审意见，不影响双方结算协议

的效力。

四、建设工程造价鉴定

17.承包人提出结算申请后，发包人单方委托鉴定，后承包人以发包人委托鉴定结论为依据起诉要求支付工程款的，按诉前共同委托鉴定处理。

18.当事人对施工合同效力、结算依据、签证文件的真实性及效力等问题存在争议的，应由人民法院进行审查并确认是否作为结算依据。

人民法院准许当事人对工程价款进行鉴定的申请后，应当根据当事人申请及查明案件事实的需要，确定委托鉴定的事项及范围，并组织双方当事人对争议的鉴定资料进行质证，确定鉴定依据。

当事人对对方提交的鉴定资料无法达成一致意见的，人民法院不能简单以当事人不予认可为由否认该鉴定资料的真实性，人民法院应依法对争议的资料进行审查并确定是否可以作为鉴定资料使用。

19.人民法院在委托鉴定时可要求鉴定机构根据当事人所主张的不同结算依据分别作出鉴定结论，或者要求鉴定机构对存疑部分的工程量及价款鉴定后单独列项，供审判时审核认定使用，也可由人民法院就争议问题先做出明确结论后再启动鉴定程序。

20.鉴定过程中，各方当事人均有提交鉴定资料的义务。当事人在鉴定过程中未按法院指定的期限提交鉴定资料，经过催告仍不提交，且不能做出合理解释的，视为拖延提交鉴定资料，应承担举证不能的法律后果。

21.人民法院经审理认为就建设工程价款等专门性问题需要进行鉴定的，应当向负有举证责任的当事人进行充分释明，明确告知其不申请鉴定可能承担的不利后果。当事人经释明后未申请鉴定的，可参照民事诉讼法逾期举证的规定，由其承担相应的法律后果。

一审诉讼中负有举证责任的当事人未对工程价款申请鉴定

二审诉讼中申请鉴定的，人民法院可予准许。人民法院准许后，可以将案件发回一审法院委托鉴定，但不得违反民事诉讼法的相关规定。对经一审法院释明未申请鉴定的当事人，可参照民事诉讼法对逾期举证的规定，对当事人进行训诫、罚款。

五、实际施工人的认定及权利行使问题

22.实际施工人与名义上的承包人相对,一般是指转包合同、违法分包合同、没有资质借用有资质的建筑施工企业的名义签订建筑工程施工合同的承包人。具有下列情形可认定为实际施工人:(一)存在实际施工行为,包括在施工过程中购买材料、支付工人工资、支付水电费等行为;(二)参与建设工程承包合同的签订与履行过程;(三)存在投资或收款行为。

具有下列情形的,不能认定为实际施工人:(一)属于施工企业的内部职工;(二)与转包人、违法分包人无施工合同关系的农民工、建筑工人或者施工队、班组成员。上述人员不能直接向发包人主张权利,只能依据劳动关系或劳务关系向实际施工人(承包人)主张权利。

23.实际施工人向与其没有合同关系的转包人、分包人、总承包人、发包人提起的诉讼,发包人与承包人就工程款问题尚未结算的,原则上仍应坚持合同相对性,由与实际施工人有合同关系的前手承包人给付工程款。

如果发包人与承包人已就工程款进行结算或虽尚未结算,但欠款范围明确,可以确定发包人欠付承包人的工程款数额大于承包人欠付实际施工人的工程款数额,可以直接判决发包人对实际施工人在承包人欠付实际施工人的工程款数额范围内承担连带给付责任。

欠付工程款范围明确是指判决中必须明确发包人承担连带责任的范围和数额,不能简单表述为发包人在欠付工程款范围内承担连带责任。

24.承包人请求发包人支付工程款,发包人以向实际施工人支付工程款抗辩的,应当举证证明支付工程款数额及支付理由,对付款有特殊约定、承包人予以授权、生效裁决予以确定,或者有其他正当理由,人民法院应当予以支持。

六、建设工程优先受偿权

25.承包人享有的优先受偿权的建设工程价款范围是指承包人完成的工作成果所产生的费用,包括直接费、间接费、利润、税金及工作人员报酬、材料款等实际支出的费用,不包括工程款利息及因发包人违约所产生的损失。

土地使用权不属于优先受偿权的客体,承包人请求对建设工程占用范围内的土地使用权的价值享有优先受偿权的,不予支持。

26.当事人以调解方式对优先受偿权进行确认的,人民法院应依法审查其合法性,对当事人恶意串通损害第三人合法权益的调解协议不予确认。

27.建设工程价款优先受偿权系法定优先权，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随之转让。

七、工程质量、质保金返还及保修责任

28.承包人提起的建设工程施工合同纠纷中，发包人以工程质量不符合合同约定或规定、工期延误等为由，要求承包人支付违约金或者赔偿修理、返工或者改建的合理费用等损失的，告知发包人应提起反诉，与本诉一并审理。承包人提起建设工程施工合同纠纷后，发包人在建设工程所在地的其他法院另行起诉承包人主张上述权利的，人民法院应告知发包人在前诉中提起反诉。

29.因承包人的过错造成建设工程质量不符合约定，发包人能够证明已经履行了通知义务，承包人拒绝修理、返工或者改建，发包人请求减付工程价款的，可以将发包人因修理、返工或重建而支付的费用在工程款中予以扣减。

30.建设工程经过竣工验收合格后，承包人主张工程款的，发包人又以工程质量不合格主张付款条件不成就或者拒付工程款的，人民法院不予支持。

31.未完工程中，承包人主张其已完成部分的工程款的，后续工程已经由第三方施工完毕，并竣工验收合格的，发包人又以承包人施工部分的工程质量不合格主张付款条件不成就或者拒付工程款的，人民法院不予支持。后续工程已经由第三方施工完毕，但未进行竣工验收，或者未由第三方继续施工，但分部分项验收合格的，发包人以承包人施工部分的工程质量不合格主张付款条件不成就或者拒付工程款的，人民法院不予支持。人民法院可在承包人已完工程款中按合同约定比例暂扣质保金，暂扣质保金的时间最长不超过两年。但确因承包人原因导致建设工程的地基基础工程和主体结构存在质量问题的除外。

32.发包人返还质量保证金后，不影响承包人依照合同约定或法律规定履行工程保修义务。

33.发包人擅自使用未经验收或验收不合格工程，视为该工程已经竣工验收，但不能排除工程保修期内承包人的保修责任。

34.建设工程施工合同中约定发包人可因工期、工程质量、转包或违法分包等情形对承包人处以“罚款”的，该约定应视为双方对违约责任的约定，罚款具有违约金的性质，经承包人确认的罚款数额，发包人主张从工程款中扣减的，人民法院应予支持。当事人要求对罚款的数额进行调整的，人民法院可按照《中华

《中华人民共和国民法典》第五百八十五条的规定予以处理。

35.发包人未取得施工许可证，但承包人已实际开工的，应以实际开工之日为开工日期，合同另有约定的除外。因未取得施工许可证而被行政主管部门责令停止施工的，可作为工期顺延的事由。

36.建设工程施工合同履行中，承包人由于管理不善等原因，导致工期延误等违约行为的，人民法院确定承包人向发包人承担的违约责任时，应准确理解、把握《中华人民共和国民法典》第五百八十四条规定，综合考虑承包人过错、履行施工合同预期利益，发包人实际损失等情况，综合确定赔偿数额。

八、承包主体的对外责任承担

37.挂靠人以自己名义与材料设备供应商签订买卖合同，材料设备供应商起诉要求被挂靠单位承担合同责任的，不予支持；挂靠人以被挂靠单位名义签订合同，一般应由被挂靠单位和挂靠人共同承担责任，但材料设备供应商签订合同时明知挂靠的事实，并起诉要求被挂靠人承担合同责任的，人民法院不予支持。

38.转包人、违法分包人未经施工企业授权，以施工企业项目部名义对外签订买卖、租赁等合同，施工企业是否承担民事责任适用《中华人民共和国民法典》第一百七十二条的规定。有证据证实合同标的用于工程或施工合同履行过程中施工企业对项目部的行为进行过认可的，可以认定债权人无正当理由相信转包人、违法分包人有代理权。

39.转包人、违法分包人未经施工企业授权，以施工企业项目部名义对外签订借款合同，应按照《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》严格审查借贷的基础事实，包括借款的数额、利息等，并审查借款的用途。有证据证实借款实际发生且用于工程或施工合同履行过程中施工企业对项目部的行为进行过认可的，可以认定债权人无正当理由相信转包人、违法分包人有代理权。

40.施工企业设立项目部并任命项目部负责人的，项目部负责人受施工企业委托从事民事行为，应视为履行职务行为，施工企业应为合同主体。

建设工程承包人设立的项目部负责人在施工企业授权范围外从事的行为，构成表见代理的，施工企业应对外承担责任。

施工企业与其设立的项目部负责人签订的有关内部协议，约定免除施工企业对外承担责任的条款，不具有对外效力，不能约束第三人。

41.施工企业认可的项目部印章对外订立合同的，该印章具有缔约或结算的效力，施工企业应对加盖该项目部印章的合同承担责任。

施工企业对项目部印章不认可的，若权利人举证证明在其他对外经济往来或具有公示效力的场合使用过该印章，则该印章具有缔约或结算的效力。

42.技术章、材料收讫章、资料专用章一般不具有缔约或结算的效力，相对人主张权利的，应当结合交易习惯、该章的使用情况等举证证明其有理由相信该印章具有超出其表面记载的实际功能，可以认定该章的效力。

43.实际施工人与施工企业之间存在挂靠关系，行为人私刻施工企业印章的，施工企业不能证明合同相对人对私刻印章的情形是明知的，施工企业应承担相应的民事责任。

44.支付工程款义务和开具发票义务是两种不同性质的义务，不具有对等关系。发包人以承包人违反约定未开具发票为抗辩理由拒付工程款的，人民法院不予支持，但可以明确承包人具有向发包人开具发票的义务。发包人提起反诉请求主张承包人开具发票的，人民法院应予支持。

45.本审理指南自印发之日起在工作中参照执行。

七、天津地区人民法院

25.天津市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件相关问题的审判委员会纪要

为妥善审理建设工程施工合同纠纷案件，统一全市法院裁判尺度，依法保护当事人合法权益，促进建筑市场健康有序发展，依据《中华人民共和国建筑法》（以下简称建筑法）《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称建设工程司法解释（一））《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》（以下简称建设工程司法解释（二））等相关法律、司法解释的规定，结合天津法院审判实际，2020年12月9日，天津市高级人民法院第24次审判委员会会议专题研究了建设工程施工合同纠纷案件审理中的若干问题。现纪要如下：

1.【发包人的确定】建设工程司法解释（二）第24条规定的“发包人”，是指工程建设方或者业主，不包括多层转包、分包关系下的转包人、分包人。

2.【请求发包人支付工程价款的主体】在建设工程施工合同纠纷案件中，当事人可依据不同法律关系依法请求发包人支付工程价款：

(1) 与发包人订立合法有效施工合同的承包人，可依据合同约定请求发包人支付工程价款；

(2) 借用总承包人资质（挂靠）的实际施工人，可依据建设工程司法解释（一）第2条规定，参照施工合同约定请求发包人支付工程价款；

(3) 与发包人没有直接合同关系的分包人，可通过提起代位权之诉，请求发包人支付工程价款；

(4) 转包或者违法分包关系中的实际施工人，可依据建设工程司法解释（二）第24条规定，请求发包人支付工程价款；

(5) 与总承包人订立合法有效劳务分包合同的分包人，可参照建设工程司法解释（二）第24条规定，请求发包人支付工程价款。

3.【发包人支付工程价款的责任范围】建设工程司法解释（二）第24条规定的发包人支付工程价款的责任范围，应以发包人欠付工程价款数额为限。

发包人与转包人或者违法分包人已结算的，可根据结算情况查明发包人欠付

工程价款数额。发包人与转包人或者违法分包人未结算的，实际施工人请求发包人在欠付工程价款范围内承担责任的，应提供初步证据证明发包人欠付工程价款。发包人以其未欠付工程价款为由抗辩的，应提供相应证据予以证明。

审判中，应根据当事人提供的证据，查明发包人是否欠付工程价款以及欠付数额，不宜未经审理查明直接判决“发包人在欠付工程价款范围内承担责任”。

4. 【优先受偿权的认定】 依据建设工程司法解释（二）第 17 条规定，享有建设工程价款优先受偿权的主体是与发包人订立施工合同的承包人。

实际施工人向发包人主张建设工程价款优先受偿权的，应在查明实际施工人与发包人之间是否存在直接合同关系的基础上，依法认定。

5. 【装饰装修工程价款的优先受偿及例外】 依据建设工程司法解释（二）第 18 条规定，装饰装修工程的承包人请求工程价款就该装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，应予支持，但有下列情形之一的除外：

- (1) 工程为家庭居室装饰装修的；
- (2) 工程质量不合格的；
- (3) 发包人对该建筑物不享有所有权或者处分权的。

6. 【工程质量保证金的优先受偿】 发包人未依法返还从工程价款中预扣的工程质量保证金，承包人请求就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，应予支持。承包人行使优先受偿权的期限自应当返还工程质量保证金之日起计算。

7. 【优先受偿权行使期限的起算】 依据建设工程司法解释（二）第 22 条规定，建设工程价款优先受偿权行使期限的起算点，区分以下情形确定：

(1) 施工合同对建设工程价款的支付时间、方式有约定的，以合同约定的工程价款支付时间作为起算点。

(2) 施工合同对建设工程价款的支付时间、方式未约定或者约定不明，建设工程已交付或者竣工结算文件依约视为发包人认可的，以交付之日或者提交竣工结算文件之日作为起算点；工程未交付，且工程价款未结算的，以起诉之日作为起算点。

(3) 施工合同解除或者终止履行，且工程价款未结算，当事人就工程价款支付事宜达成合意的，以双方约定的工程价款支付时间作为起算点。当事人未就工程价款支付事宜达成合意，但工程已交付的，以交付之日作为起算点；工程未

交付的，以起诉之日作为起算点。

(4) 施工合同被认定无效，但建设工程经竣工验收合格的，可参照该合同约定的应付工程价款时间认定优先受偿权行使期限的起算点。

8.【甲指分包工程的质量责任】 发包人指令总承包人将专业工程分包给特定分包人施工，又以该分包工程存在质量问题为由主张总承包人、分包人承担责任的，应当在查明质量问题的基础上，综合考虑各方当事人的过错程度和原因力大小，确定各方的责任比例。

9.【农村自建房屋】 依据建筑法第 83 条规定，农村自建房屋中二层以下（含二层）住宅，属于“农民自建低层住宅”，不受建筑法调整。审判中，当事人仅以施工人缺乏相应资质为由主张施工合同无效的，不予支持。

10.【委托监理合同】 发包人与监理人订立的建设工程委托监理合同，依法属于委托合同，不适用建设工程施工合同相关法律、司法解释的规定。因委托监理合同发生的纠纷应当依据有关委托合同的法律规定处理。

八、山东地区人民法院

26.山东高院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答

为正确审理建设工程施工合同纠纷案件，规范自由裁量权的行使，现就有关问题解答如下：

1、建设工程施工合同纠纷案件中，实际施工人如何认定？

实际施工人是指依照法律规定被认定为无效的施工合同中实际完成工程建设的施工主体，包括转承包人、违法分包的承包人等。当事人以实际施工人身份主张权利的，应当对其实际投入工程的资金、设备、材料、人工等事实进行举证。

2、当事人主张以诉前达成的结算协议作为工程价款结算依据的，如何审查处理？

当事人诉前达成结算协议，经审查协议有效的，应当以结算协议作为结算工程价款的依据。对结算协议及其效力的认定应当重点审查是否为当事人真实意思表示：

(1) 双方共同签字盖章的结算协议，一方仅以对方存在欺诈、胁迫等行为否认结算协议效力，没有充分证据证明的，不予支持；

(2) 双方诉前共同委托有关机构、人员对工程造价出具咨询意见或者接收造价报告但未达成书面结算协议，一方当事人不予认可的，不能认定为结算协议；

(3) 存在多份结算协议的，应结合当事人双方的主张和举证，确定当事人真实意思表示。

3、政府投资和以政府投资为主的建设项目，合同约定以行政审计、财政评审作为工程款结算依据的，如何处理？

政府投资和以政府投资为主的建设项目，合同约定以行政审计、财政评审作为工程款结算依据的，按照约定处理；但发包人故意迟延提交审计或妨碍审计条件成就，以及行政审计、财政评审部门明确表示无法进行审计或无正当理由超出合同约定的审计期限三个月，仍未作出审计结论、评审意见的，当事人申请对工程造价进行司法鉴定，应当准许。

4、建设工程施工合同约定工程价款按照固定总价结算，当事人主张施工范围、工程量增减的，如何处理？

合同约定按照固定总价结算工程价款，实际施工未超出约定施工范围的，应

当适用固定价结算。当事人主张施工范围增减的，按照以下情形分别处理：

- (1) 合同有约定的，按照合同约定对增减的工程量进行结算；
- (2) 合同没有约定的，可以参照合同约定标准对工程量增减部分予以单独结算，无法参照约定标准结算的，可以参照施工地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算；
- (3) 工程尚未完工的，合同约定固定总价，承包人要求支付工程款的，对于能够确定已完工工程占合同约定施工范围比例的工程，应以合同约定的固定价为基础按比例折算；无法确定已完工比例的，双方对工程造价有争议的，可将争议部分工程造价委托鉴定。

主张工程量增减的当事人，对工程量增减是否存在、实际数量及价款承担举证责任。

5、当事人申请对工程造价、工期及停窝工损失、建设工程质量等进行鉴定的，如何审查？

当事人就建设工程造价、工期及停窝工损失、建设工程质量等事实发生争议，申请鉴定的，应当审查申请鉴定的事项与争议事实的关联性，判断鉴定的必要性。具有下列情形之一，且没有相反证据予以反驳或者推翻的，不予准许：

- (1) 当事人对申请鉴定的争议事项已达成协议的；
- (2) 当事人对申请鉴定的争议事项已共同委托有关机构、人员出具咨询意见且双方明示接受该咨询意见的；
- (3) 当事人约定工程价款的结算以行政审计、财政评审等第三方结论作为依据的（但发包人故意迟延提交审计或妨碍审计条件成就，以及第三方明确表示无法进行审计或者无正当理由超出合同约定的审计期限三个月仍未作出审计结论、评审意见等的除外）；
- (4) 当事人约定按照固定总价结算工程价款，未超出约定施工范围的；
- (5) 其他足以认定鉴定申请所涉争议事项的情形。

6、如何组织对建设工程鉴定意见进行质证和审查？

鉴定意见应当经当事人质证才能作为认定事实的依据，可由当事人对鉴定机构或鉴定人的资质、鉴定范围是否准确、鉴定程序是否合法、鉴定材料是否可靠、鉴定方法是否科学、鉴定意见是否存在错漏等发表质证意见。具有下列情形之一

的，鉴定意见不能作为认定事实的依据：

- (1) 鉴定人员与一方当事人存在利害关系，影响鉴定的公正性的；
- (2) 鉴定人员未实际参与鉴定，仅在鉴定报告上署名的；
- (3) 经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的；
- (4) 其他不应采信的情形。

7、当事人对工程量、已付工程款、工程质量等有争议的，一般应当审查哪些证据？

当事人对工程量有争议的，应当根据招投标文件、合同等施工前约定，由承包人对工程量清单、签证、图纸、会议纪要、往来函件、交付验收记录等施工过程中产生的文件以及施工后形成的结算报告等进行举证；发包人有异议或主张存在甩项、减项、工程未完工等情形的，应提供相应签证、会议记录、交接记录等进行证明。

当事人对已付工程款及其他应扣款项有争议的，应当根据收付款凭证、领款单、取款记录、领款人授权文件等证据，结合合同约定，收款人是否是合同相对人、是否具有表见代理情形，以及当事人之间的付款习惯等进行审查，确定款项是否为已付款。

当事人对工程质量有争议的，应结合图纸和说明、图纸会审和设计交底相关材料、承包人提供的工程材料、工程质量检验文件、交工验收报告、现场勘查记录、工程移交记录、发包人拟使用涉案工程的通知、发包人实际使用工程的照片、视频等证据审查。

8、承包人起诉主张工程款，发包人以工程质量不合格为由提出抗辩的，如何处理？

发包人就工程质量不符合合同约定或者法律规定的进行抗辩的，应当区别情况处理。建设工程经竣工验收合格后，承包人主张工程款，发包人以工程质量不合格主张付款条件不成就或者拒付工程款的，不予支持。建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，发包人以工程质量不合格主张付款条件不成就或者拒付工程款的，不予支持，确因承包人原因导致工程的地基基础、主体结构质量不合格的除外。上述情形不能免除承包人在工程保修期内的保修责任和合理使用期内的损害赔偿赔偿责任。

9、建设工程施工合同纠纷案件中，发包人以工程质量不符合合同约定或者法律规定为由，要求承包人承担责任的，如何处理？

承包人提起的建设工程施工合同纠纷，发包人以工程质量不符合合同约定或者法律规定为由，要求承包人支付违约金或者赔偿修理、返工或改建的合理费用损失的，应当向发包人释明，发包人提起反诉的，与本诉一并审理。

10、承包人主张工程款，发包人以承包人违反约定未开具发票为由提出抗辩的，如何处理？

支付工程款义务和开具发票义务是两种不同性质的义务，不具有对等关系。发包人以承包人违反约定未开具发票为抗辩理由拒付工程款的，一般不予支持；双方明确约定以承包人开具发票作为支付工程款条件的，可以明确承包人具有向发包人开具发票的义务。

11、因承包人原因导致工期延误，发包人主张违约责任或赔偿损失的，如何处理？

建设工程施工合同有效，因承包人原因导致工期延误，承包人应当按照合同约定承担违约责任；承包人请求对违约金予以调整的，应根据合同约定，综合考虑承包人的过错，履行合同预期利益、发包人实际损失等，确定违约金的数额。建设工程施工合同无效，因承包人原因导致工期延误，发包人主张赔偿损失的，由发包人举证证明因工期延误导致的实际损失。

12、因发包人原因导致工程停建、缓建，承包人主张停窝工损失的，如何处理？

因发包人原因导致工程停建、缓建，承包人主张停窝工损失的，应当举证证明；对计算停窝工损失的期间，应当综合双方履行情况合理确定。对承包人未采取措施导致损失扩大的，扩大部分的损失不予支持。

13、建设工程施工合同约定对承包人的违约行为罚款的，如何处理？

建设工程施工合同约定对承包人的违约行为罚款的，应按照具体约定内容，对罚款的性质作出区分：

(1) 建设工程施工合同约定承包人存在工期迟延、工程质量缺陷或未达到合同约定的工程质量标准、转包或违法分包等违约行为，发包人可对承包人罚款的，该约定可以视为当事人在合同中约定的违约金条款。

(2) 建设工程施工合同约定对承包人实施除履行合同义务之外的行为进行罚款的，不予支持。

14、建设工程施工合同有效，发包人逾期支付工程款，承包人同时主张逾期付款违约金和利息的，如何处理？

建设工程施工合同对发包人逾期支付工程款既约定了违约金，又约定了逾期付款利息，承包人同时主张逾期付款违约金和利息的，应予支持。但发包人主张合同约定的违约金和利息之和过分高于实际损失，请求予以适当减少的，应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以确定。

15、借用资质签订建设工程施工合同后分包、转包工程，与借用资质人订立施工合同的实际施工人能否向出借资质人主张工程价款？

没有施工资质的施工主体借用有资质的建筑施工企业名义签订的建设工程施工合同无效，借用资质人以自己名义将工程分包、转包他人施工，实际施工人原则上仅可以向借用资质人主张工程价款。

山东省高级人民法院

2020年11月4日

27.山东省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答

为妥善审理建设工程施工合同纠纷案件，统一裁判尺度，根据法律和司法解释的规定，经山东高院民一庭法官会议研究，就相关问题解答如下：

1.施工合同无效，当事人主张参照合同约定结算工程价款，如何处理？

施工合同无效，建设工程经竣工验收合格的，可以将合同中关于工程价款、付款时间、工程款支付进度、下浮率、质保金等约定条款作为折价补偿的依据。

2.施工合同无效，当事人主张以另行签订的结算协议作为工程价款结算依据，如何处理？

当事人在施工合同之外签订的结算协议具有独立性，施工合同的效力不影响结算协议的效力，结算协议可以作为确定工程价款的依据。

3.欠付工程款利息的计付标准如何确定？

当事人对欠付工程款利息计付标准有约定的，按照约定处理，但不得超过民间借贷的最高保护利率。没有约定的，对于2019年8月19日以前的利息，按照中国人民银行同期同类贷款基准利率计算；对于2019年8月20日以后的利息，按照全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率（LPR）计算。

4.项目经理以承包人名义实施确认工程量、签订买卖合同或租赁合同、对外借款等行为，效力如何认定？

承包人对项目经理授权不明，或者项目经理在承包人授权范围外从事的相关行为，应当适用表见代理的法律规定，审查承包人是否对项目经理行为承担民事责任。合同相对人主张构成表见代理的，应当承担举证证明责任。

对于项目经理确认工程量的行为，一般应认定为有效，但承包人明确项目经理无确认工程量的授权，且发包人明知的除外。

对于签订买卖、租赁合同的行为，应当结合购买材料或租赁设备的品类、用途、交货地点，是否用于涉案工程以及施工合同履行习惯，相对方是否善意等情况，认定是否由承包人承担责任。

对于对外借款行为效力的认定要从严掌握，应当对借款流向、用途以及出借人是否善意等事实进行实质性审查，并结合承包人与项目经理之间关于涉案工程

的资金投入、结算方式等约定，综合认定是否由承包人承担还款责任。

5.借用资质的施工人直接向发包人主张工程款，如何处理？

通常情况下，借用资质的施工人只有在出借资质人怠于履行权利时，才能提起代位权诉讼。但发包人明知借用资质事实存在的，借用资质的施工人可以直接向发包人主张权利。

6.《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》第二十四条中“发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额”如何查明处理？

发包人主张已经与承包人进行结算的，由发包人承担举证证明责任。发包人未与承包人进行结算的，发包人应当举证证明已付工程款数额，人民法院根据实际施工人的工程量占总工程量的比重、已付款项涵盖的范围、转包或者违法分包的情形等具体情况合理分配举证证明责任，并根据查明的欠付工程款数额作出判决。

7.施工班组以实际施工人身份主张权利，如何处理？

建设工程承包人与其雇佣的施工班组之间是劳务合同法律关系，施工班组不属于法律意义上的实际施工人。

8.在多层转包或者违法分包情况下，实际施工人主张各转包人或者违法分包人均承担付款责任，如何处理？

在多层转包或者违法分包情况下，实际施工人原则上仅可以要求与其有直接合同关系的转包人或者违法分包人对工程欠款承担付款责任。实际施工人向发包人主张权利的，为查明发包人欠付转包人或者违法分包人工程款的数额，人民法院可以追加与其无合同关系的转包人或者违法分包人为第三人。

9.《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》第十三条中“双方当事人明确表示受该咨询意见约束”，如何理解适用？

当事人对工程造价进行结算，应当共同确认形成结算文件。当事人仅以在诉讼前共同与咨询机构签订工程造价咨询合同或者接收工程造价报告为由，主张将造价报告作为结算依据的，不予支持。

10.施工合同无效，承包人主张对涉案工程价款享有优先受偿权，如何处理？

建设工程价款优先受偿权不受施工合同效力的影响，施工合同无效，承包人

仍可享有建设工程价款优先受偿权。

11.承包人主张建设工程价款优先受偿权的起算时间如何确定？

行使建设工程价款优先受偿权的期限自发包人应当给付工程价款之日起算。当事人对应付款时间有明确约定的，按照当事人约定。无明确约定的，可以参照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十八条规定审查处理。

12.工程款债权的受让人主张对建设工程价款优先受偿权一并受让，如何处理？

建设工程价款优先受偿权依附于工程款债权，属于从属性权利，承包人将建设工程价款债权转让的，建设工程价款优先受偿权随之转让。

13.因农村自建住宅引发的工程款、工程质量等纠纷如何处理？

承建农村三层（含三层以上）房屋，不属于农民自建低层住宅，依法应纳入《中华人民共和国建筑法》的调整范围，施工合同性质属于农村建设工程施工合同，施工质量受《中华人民共和国建筑法》调整。

2020年08月15日

九、重庆地区人民法院

28.重庆市高级人民法院、四川省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答

【生效日期】2022年12月28日

为统一裁判尺度，指导川渝地区正确审理建设工程施工合同纠纷案件，根据《中华人民共和国民法典》《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》等法律、行政法规及司法解释规定，结合川渝两地审判实践，制定本解答。

一、如何认定是否属于必须招标的工程项目？

答：审查建设工程是否属于必须招标的工程项目范围，应当根据《中华人民共和国招标投标法》《中华人民共和国招标投标法实施条例》、国家发展和改革委员会《必须招标的工程项目规定》（2018年第16号令）、《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》（发改法规规〔2018〕843号）等相关规定确定。

订立合同时属于必须招标的工程项目，但在起诉前属于非必须招标工程项目，可以认定建设工程属于非必须招标工程项目。

二、装饰装修合同的承包人不具备相应的施工资质是否影响合同效力？

答：装饰装修工程可以分为工业装饰装修工程和家庭居室装饰装修工程。工业装饰装修工程的承包人应当具备相应的施工资质，不具备相应的施工资质或者超越资质等级所签订的装饰装修合同应当认定为无效。家庭居室装饰装修工程的承包人不具备相应的施工资质的，不影响装饰装修合同的效力，但装修活动涉及变动建筑主体和承重结构，或者法律、法规要求承包人应具备相应施工资质的除外。

通常情形下，家庭居室装饰装修工程的装修对象应为住宅用房，商服用房、办公用房等非住宅用房的装修不属于家庭居室装饰装修工程。家庭居室装饰装修工程主体应为业主或者住宅使用人，建设单位为进行商品房销售而实施的批量住宅装修一般不属于家庭居室装饰装修工程。

三、农民自建建筑物施工合同的承包人不具备相应的施工资质是否影响合同

效力?

答: 农民自建两层(含两层)以下的住宅,属于《中华人民共和国建筑法》第八十三条规定的“农民自建低层住宅”,承包人不具备相应的施工资质的,不影响施工合同的效力。

农民自建三层(含三层)以上的住宅或者自建非住宅建筑的,承包人应当具备相应的施工资质,不具备相应的施工资质或者超越资质等级所签订的施工合同应当认定无效。

四、承包人请求发包人支付工程价款,发包人主张建设工程质量不符合合同约定或者法律规定的,如何处理?

答: 承包人请求发包人支付工程价款,发包人以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由主张权利的,应当区分情形分别予以处理:

建设工程竣工验收后,发包人以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由主张权利的,人民法院应当告知其按照建设工程有关质量缺陷责任、保修责任的规定进行处理。

建设工程虽未竣工验收但发包人擅自使用后,发包人以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由拒付工程价款或主张质量缺陷责任的,人民法院不予支持,但发包人有证据证明地基基础工程和主体结构工程存在重大质量问题的除外。

建设工程完工后尚未进行竣工验收且发包人未擅自使用的,承包人请求发包人支付工程价款,应当根据发包人抗辩的具体内容分别作出处理:

(一) 以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由拒绝支付工程款,发包人举证证明因承包人原因导致工程尚未进行竣工验收或申请司法鉴定确认建设工程质量不合格的,人民法院予以支持;

(二) 发包人根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第十二条之规定主张减少支付工程价款的,发包人能够举证证明应当减少的工程价款数额或者合理修复费用的,人民法院可以从工程价款中予以扣除;

(三) 发包人根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第十六条之规定主张承包人承担违约金或者赔偿修理、

返工、改建的合理费用等损失的，人民法院可告知发包人提起反诉。

五、当事人请求以审计单位的审计意见作为确定工程造价依据的，如何处理？

答：建设工程施工合同未约定工程造价以审计单位的审计意见或者财政评审机构作出的评审结论为准，当事人请求以审计单位作出的审计意见、财政评审机构作出的评审结论作为确定工程造价依据的，人民法院不予支持。

建设工程施工合同约定工程造价以审计意见为准，但审计单位未能出具审计意见的，人民法院应当对审计单位未能出具审计意见的原因进行审查，区分不同情形分别作出处理：

（一）因承包人原因导致未能及时进行审计的，如承包人未按照约定报送审计所需的竣工结算资料等，承包人请求以申请司法鉴定的方式确定工程造价的，人民法院不予支持；

（二）因发包人原因导致未能及时进行审计的，如发包人收到承包人报送的竣工结算资料后未及时提交审计或者未提交完整的审计资料等，可视为发包人不正当阻止条件成就，承包人请求以申请司法鉴定的方式确定工程造价的，人民法院予以支持；

（三）因审计单位原因未及时出具审计意见的，人民法院可以函告审计单位在合理期间内出具审计意见。审计单位未在合理期间内出具审计意见又未能作出合理说明的，承包人请求以申请司法鉴定的方式确定工程造价的，人民法院予以支持。

六、无效建设工程施工合同中约定的管理费如何处理？

答：转包人、违法分包人、出借资质的建筑施工企业已经收取了管理费，实际施工人以建设工程施工合同无效为由请求返还的，人民法院不予支持。

未实际参与施工、组织管理协调的转包人、违法分包人、出借资质的建筑施工企业请求实际施工人按照无效建设工程施工合同约定支付管理费，人民法院不予支持。

实际施工人请求转包人、违法分包人、出借资质的建筑施工企业支付的工程款中包含管理费的，对于管理费部分不予支持。

七、建设工程施工合同约定工程造价以第三方的咨询意见为准，一方当事人

单方委托第三方出具的咨询意见能否作为确定工程造价的依据？

答：建设工程施工合同约定工程造价以第三方的咨询意见为准，但未约定具体单位的，双方当事人共同委托第三方对结算资料进行审核，并明确表示受咨询意见约束的，可依据咨询意见确定工程造价。

一方当事人单方委托第三方对预结算书等结算资料进行审核所出具的咨询意见原则上不能作为确定工程造价的依据，但双方当事人通过委托合同或者其他方式明确表示接受咨询意见约束等情况除外。

八、如何认定内部承包合同关系及其效力？

答：建筑施工企业将其自身承包的工程交由与其建立了劳动关系的企业职工或者下属分支机构经营管理，利用建筑施工企业特定的生产资料完成工程施工，对相关经营管理权以及利润分配、风险承担等事项达成合意的，属于内部承包。当事人以《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第一条第一、二项规定主张合同无效的，人民法院不予支持。

审判实践中，可以结合下列情形综合判断是否属于内部承包：

（一）内部承包人为建筑施工企业下属分支机构，其与建筑施工企业之间是否存在管理与被管理的隶属关系；

（二）内部承包人为个人的，如本企业职工或在册项目经理等，其与建筑施工企业之间是否存在劳动关系；

（三）内部承包人是否在建筑施工企业的管理和监督下进行项目施工，使用建筑施工企业的建筑资质、商标及企业名称等是否属于职务行为；

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

（五）承包人组织项目施工所需的资金、技术、设备和人力等方面是否由建筑施工企业予以支持；

（六）承包人与建筑施工企业是否共享利润、共担风险。

九、建设工程施工合同纠纷中实际施工人范围如何确定？

答：实际施工人是指依照法律规定被认定无效的施工合同中，实际完成工程建设的主体。实际施工人身份的界定，应当结合最终实际投入资金、材料，组织工程施工等因素综合予以认定。仅从事建筑业劳务作业的农民工、劳务班组不属

于实际施工人范畴，其依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第四十三条的规定向发包人、转包人、违法分包人主张权利的，人民法院不予支持。

十、实际施工人起诉转包人、违法分包人和发包人主张权利，将转包人、违法分包人和发包人作为共同被告，如何处理？

答：实际施工人向其合同相对方转包人或者违法分包人主张合同权利，同时请求发包人在欠付工程款范围内承担责任，人民法院应当依法受理。但多层转包和多次分包关系中的实际施工人依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第四十三条的规定向发包人主张权利的，不予支持。

十一、中标通知书发出后，一方无正当理由拒绝签约如何处理？

答：中标通知书发出后，中标人拒绝签约，其主张退还投标保证金的，人民法院不予支持。招标人无正当理由拒绝签约时构成违约，没有约定招标人违约责任时，中标人请求招标人返还投标保证金并参照投标保证金数额赔偿损失的，人民法院予以支持。

中标通知书发出后，一方无正当理由不与对方订立合同，或者在签订合同时提出背离招投标文件实质性内容的附加条件，视为拒绝签约。

十二、非必须招标工程项目进行了招标程序，但在招标开始前，双方进行了实质性谈判并订立合同的效力如何认定？

答：在非必须招标项目中，当事人选择通过招标投标程序订立建设工程施工合同，应当受《中华人民共和国招标投标法》的约束和调整，中标前进行实质性谈判并签订合同，属于“先定后招”实质性谈判的行为，违反了《中华人民共和国招标投标法》第四十三条的强制性规定，应属无效。

十三、建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算，因设计变更导致工程量或者质量标准发生变化，当事人请求对工程价款进行调整如何处理？

答：当事人约定按照固定价结算工程价款，在合同约定的风险范围和风险费用内，按照合同约定执行，一方当事人请求对工程造价进行鉴定并依据鉴定结论结算的，人民法院不予支持。

因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人请求对工

程价款予以调整的,如果合同对工程价款调整的计算方法有约定的,依照其约定;没有约定或者约定不明的,由当事人协商解决,不能协商一致的,可以参照合同约定标准对变更部分予以结算,无法参照合同约定结算可以参照工程所在地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算;涉及新材料、新工艺等在建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准中没有规定的项目,可根据市场行情据实结算。

十四、建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算,在履行过程中主要建筑材料价格发生重大变化,当事人请求对工程价款进行调整如何处理?

答:固定价施工合同履行过程中,钢材、水泥等对工程造价影响较大的主要建筑材料价格发生重大变化,超出了正常市场风险范围,合同对建材价格变动风险调整计算方法有约定的,依照其约定调整;没有约定或约定不明,当事人请求调整工程价款的,参照《中华人民共和国民法典》第五百三十三条的规定处理。

因承包人原因致使工期或建筑材料供应时间延误导致的建材价格变化风险由承包人承担,承包人要求调整工程价款的,人民法院不予支持。

固定价合同中约定承包人承担无限风险、所有风险或者类似未明确风险内容和风险范围的条款,对双方没有约束力。

十五、约定工程价款实行固定总价结算的施工合同,在未完成施工即终止履行,如何结算?

答:建设工程施工合同约定工程价款实行固定总价结算,在未全部完成施工即终止履行,已施工部分工程质量合格,承包人要求发包人支付工程价款的,可以采用“价款比例法”的方式,由鉴定机构根据工程所在地的建设工程定额及相关配套文件确定已完工程占整个工程的比例,再用合同约定的固定总价乘以该比例确定发包人应付的工程价款(即:已完工部分工程价款=固定总价×(已完工部分定额价/定额总价))。

十六、建设工程价款优先受偿权何时起算?

答:建设工程施工合同的承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限自发包人应当给付建设工程价款之日起计算,当事人对付款时间没有约定或者约定不明,承包人请求依照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第二十七条规定确定应付工程款时间,人民法院予以支持。

十七、建设工程价款债权转让后，受让人是否享有优先受偿权？

答：建设工程价款优先受偿权属于法定优先权，行使主体应限定为与发包人形成建设工程施工合同关系的承包人，建设工程价款债权转让后，受让人主张对建设工程享有优先受偿权的，人民法院不予支持。

29.重庆市高级人民法院民一庭关于建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答

为统一裁判尺度,指导全市法院正确审理建设工程施工合同纠纷案件,根据《中华人民共和国民事诉讼法总则》、《中华人民共和国合同法》、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(二)》等法律、行政法规及司法解释规定,结合我市审判实践,制定本解答意见。

1.建设工程的分类包括哪些?

答:建设工程指为人类生活、生产提供物质技术基础各类建(构)筑物和工程设施。按自然属性可分为建筑工程、土木工程和机电工程三大类,按使用功能可分为房屋建筑工程、铁路工程、公路工程、水利工程、市政工程等,各行业建设工程可按自然属性进行分类和组合。

每一大类工程依次可分为工程类别、单项工程、单位工程、分部工程、分项工程。单项工程是具有独立设计文件,能够独立发挥生产能力、使用效益的工程,是建设项目的组成部分,由多个单位工程构成。单位工程是具备独立施工条件并能形成独立使用功能的建筑物及构筑物,是单项工程的组成部分,可分为多个分部工程。分部工程是按工程的部位、结构形式的不同等划分的工程,是单位工程的组成部分,可分为多个分项工程。分项工程是根据工种、构件类别、设备类别、使用材料不同划分的工程项目,是分部工程的组成部分。

判断当事人签订的合同是否属于建设工程施工合同,可以根据《建设工程分类标准》(GB/T50841-2013)进行确定。

2.建设工程系当事人通过合资、合作方式联合开发的,如何确定发包人?

答:建设工程系当事人通过合资、合作方式联合开发的,与承包人签订建设工程施工合同的当事人为发包人,未在建设工程施工合同中显名的当事人不应认定为发包人。承包人向未显名的当事人主张合同权利的,人民法院不予支持,但法律另有规定的除外。

3.必须招标的建设工程项目范围如何确定?

答:审查建设工程是否属于必须招标的工程项目范围,应当根据《中华人民共

和国招标投标法》、《中华人民共和国招标投标法实施条例》、国家发展和改革委员会《必须招标的工程项目规定》(2018年第16号令)、《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》(发改法规[2018]843号)等相关规定确定。

4.如何认定内部承包合同关系及其效力?

答:内部承包合同是指建筑施工企业将其自身承包的工程交由与其建立了劳动关系的企业职工经营管理,并就利用建筑施工企业特定的生产资料完成工程施工、相关经营管理权以及利润分配达成的约定。对企业职工与建筑施工企业之间是否存在劳动关系,人民法院可以根据《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国合同法实施条例》、《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发〔2005〕12号)等规定进行审查。对双方的约定是否符合内部承包合同的特征,根据前述内容进行审查。

当事人以《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第一条第(二)项规定主张内部承包合同无效的,人民法院不予支持。

5.装饰装修合同的承包人不具备相应的施工资质是否影响合同效力?

答:装饰装修工程可以分为工业装饰装修工程和家庭居室装饰装修工程。工业装饰装修工程的承包人应当具备相应的施工资质,不具备相应的施工资质或者超越资质等级所签订的工业装饰装修合同应当认定为无效。家庭居室装饰装修工程的承包人不具备相应的施工资质的,不影响装饰装修合同的效力。

6.实际施工人借用建筑施工企业资质与发包人签订建设工程施工合同的,如何处理?

答:实际施工人借用建筑施工企业资质与发包人签订建设工程施工合同的,实际施工人与建筑施工企业签订的挂靠合同、建筑施工企业与发包人签订的建设工程施工合同均应认定为无效,各方当事人应当根据“合同相对性原则”向合同相对方主张权利,但法律、行政法规、司法解释另有规定的除外。

实际施工人借用建筑施工企业资质与发包人签订的建设工程施工合同被认定为无效,发包人请求借用资质的实际施工人、出借资质的建筑施工企业对因出借资质造成的损失承担连带责任的,人民法院应予支持。但发包人在签订合同时明知实际施工人借用资质的,应当由其对因合同无效造成的损失承担相应的责任;发包人在合同签订后得知实际施工人借用资质的,应当采取合理措施避免损失扩

大,否则由其就扩大的损失承担相应的责任。

7.未在承包合同上显名的实际施工人的合伙人、实际出资人等,能否请求结算工程价款?

答:未在承包合同上显名的实际施工人的合伙人、实际出资人等请求结算工程价款的,人民法院不予受理;已经受理的,裁定驳回起诉。实际施工人与其合伙人、实际出资人等之间的关系属于内部关系,各自的权利义务按照合伙协议等约定确定。

8.建设工程施工合同无效,且建设工程尚未进行竣工验收的,承包人能否请求参照合同约定支付工程价款?

答:建设工程施工合同无效,且建设工程尚未进行竣工验收,承包人请求参照合同约定支付工程价款的,人民法院应当根据导致建设工程未能进行竣工验收的原因以及建设工程是否交付使用等不同情形分别作出处理:

(1)因承包人原因导致建设工程尚未进行竣工验收的,如承包人未按约定报送竣工验收资料等,应认定工程价款支付条件不成就,承包人请求参照合同约定支付工程价款的,人民法院不予支持;

(2)因发包人原因导致建设工程尚未进行竣工验收的,如发包人收到承包人报送的竣工验收资料后怠于组织竣工验收等,应认定发包人不正当地阻止工程价款支付条件成就,承包人请求参照合同约定支付工程价款的,人民法院应予支持;

(3)建设工程尚未进行竣工验收,但已经交付使用或者发包人擅自使用的,应当认定工程价款支付条件成就,承包人请求参照合同约定支付工程价款的,人民法院应予支持。

建设工程施工合同无效,且建设工程尚未进行竣工验收,但发包人有证据证明建设工程存在可能导致建设工程竣工验收不合格的重大质量问题的,人民法院对承包人要求参照合同约定支付工程价款的请求不予支持。

9.实际施工人以转包人、分包人、出借资质的建筑施工企业名义向发包人报送工程结算资料,转包人、分包人、出借资质的建筑施工企业在结算资料上签字或者盖章的行为,可否认定为与实际施工人的结算行为?

答:实际施工人以转包人、分包人、出借资质的建筑施工企业名义向发包人报送工程结算资料的行为,实系代转包人、分包人、出借资质的建筑施工企业与

发包人进行结算的行为,而非实际施工人与转包人、分包人、出借资质的建筑施工企业之间的结算行为。实际施工人以转包人、分包人、出借资质的建筑施工企业在结算资料上签字或者盖章为由主张以结算资料载明的工程造价作为其与转包人、分包人、出借资质的建筑施工企业的结算依据的,人民法院不予支持。

10.当事人请求以审计单位的审计意见作为确定工程造价依据的,如何处理?

答:建设工程施工合同未约定工程造价以审计单位的审计意见为准,当事人请求以审计单位作出的审计意见、财政评审机构作出的评审结论作为确定工程造价依据的,人民法院不予支持。

建设工程施工合同约定工程造价以审计意见为准,但审计单位未能出具审计意见的,人民法院应当对审计单位未能出具审计意见的原因进行审查,区分不同情形分别作出处理:

(1)因承包人原因导致未能及时进行审计的,如承包人未按照约定报送审计所需的竣工结算资料等,承包人请求以申请建设工程造价鉴定的方式确定工程造价的,人民法院不予支持;

(2)因发包人原因导致未能及时进行审计的,如发包人收到承包人报送的竣工结算资料后未及时提交审计或者未提交完整的审计资料等,可视为发包人不正当地阻止条件成就,承包人请求以申请建设工程造价鉴定的方式确定工程造价的,人民法院应予支持;

(3)因审计单位原因未及时出具审计意见的,人民法院可以函告审计单位在合理期间内出具审计意见。审计单位未在合理期间内出具审计意见又未能作出合理说明的,承包人请求以申请建设工程造价鉴定的方式确定工程造价的,人民法院应予支持。

11.建设工程施工合同约定工程造价以第三方的审核意见为准,一方当事人单方委托第三方出具的审核意见能否作为确定工程造价的依据?

答:建设工程施工合同约定工程造价以第三方的审核意见为准,但未约定具体审核单位的,应当由双方当事人共同委托审核单位对预结算书等结算资料进行审核,并根据审核意见确定工程造价。

一方当事人单方委托第三方对预结算书等结算资料进行审核所出具的审核意见原则上不能作为确定工程造价的依据,但另一方当事人有下列行为的除外:

- (1)明确表示同意由该第三方进行审核的;
- (2)对该第三方出具的审核意见予以追认的;
- (3)自愿配合该第三方进行审核的。

12.建设工程施工合同约定工程造价以审计意见为准,当事人在审计意见未作出的情形下又共同委托中介机构出具了鉴定意见的,如何确定工程造价?

答:建设工程施工合同约定工程造价以审计意见为准,在审计意见未作出的情形下,双方当事人又共同委托中介机构出具了鉴定意见的,如有充分证据证明双方当事人同意以共同委托的中介机构出具的鉴定意见来确定工程造价,或一方委托中介机构出具鉴定意见另一方予以追认的,可以视为双方当事人变更了关于工程造价确定方式的约定,但当事人有充分证据证明上述结算行为无效的除外。

13.建设工程施工合同约定工程造价以审计意见为准,但当事人主张审计单位出具的审计意见错误或者存在漏项的,如何处理?

答:建设工程施工合同约定工程造价以审计意见为准,但当事人有证据证明审计单位的审计意见存在漏项的,人民法院可以依据当事人的申请函告审计单位在合理期间内就漏项部分出具补充审计意见。审计单位未在合理期间内出具审计意见又未能作出合理说明的,人民法院可以依据当事人的申请就漏项部分进行建设工程造价鉴定。

建设工程施工合同约定工程造价以审计意见为准,当事人以审计单位出具的审计意见存在错误为由申请进行建设工程造价鉴定的,人民法院不予准许。人民法院可以函告审计单位对审计意见进行核查。审计单位经核查认为审计意见确有错误,并重新出具审计意见或者出具补充审计意见予以纠正的,人民法院应当予以采信。

14.承包人请求发包人支付工程价款,发包人主张双方达成的结算文件构成重大误解、显失公平的,如何处理?

答:承包人请求发包人支付工程价款,发包人主张双方达成的结算文件构成重大误解、显失公平的,人民法院应当向发包人释明,可以根据《中华人民共和国民法总则》第一百四十七条、第一百五十五条之规定撤销结算文件。发包人在本案中请求撤销结算文件的,应当提起反诉。发包人通过另诉的方式请求撤销结算文件的,人民法院可以根据案件实际情况决定本案是否中止审理。

15.建设工程施工合同无效,且承包人有权请求参照合同约定支付工程价款的,合同中关于工程价款的付款条件、付款时间、付款方式等约定可否参照适用?

答:建设工程施工合同无效,且承包人有权请求参照合同约定支付工程价款的,合同中关于工程价款的付款条件、付款时间、付款方式等约定可以参照适用。

16.无效建设工程施工合同中约定的管理费如何处理?

答:转包人、违法分包人、出借资质的建筑施工企业已经收取了管理费,实际施工人以建设工程施工合同无效为由请求返还的,人民法院不予支持。

实际施工人请求转包人、违法分包人、出借资质的建筑施工企业支付的工程款中包含管理费的,人民法院应当对其中包含的管理费予以扣除。

无效建设工程施工合同约定的管理费已被实际施工人实际取得,转包人、违法分包人、出借资质的建筑施工企业请求实际施工人按照无效建设工程施工合同约定支付的,人民法院不予支持。

17.承包人请求发包人支付工程价款,发包人主张建设工程质量不符合合同约定或者法律规定的,如何处理?

答:承包人请求发包人支付工程价款,发包人以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由主张权利的,如果建设工程已经竣工验收,人民法院应当告知其按照建设工程有关缺陷责任期、保修的规定进行处理。

建设工程虽未经竣工验收但发包人擅自使用或承包人将建设工程交给发包人而发包人未提出异议的,发包人又以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由主张权利的,人民法院不予支持,但发包人有证据证明地基基础工程和主体结构工程存在

重大质量问题的除外。

承包人请求发包人支付工程价款,建设工程尚未竣工验收且亦未交付使用,发包人以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由主张权利的,应当根据发包人提出主张的具体内容分别作出处理:

(1) 发包人以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由主张不应支付工程款的,应当参照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第三条第一款第(二)项之规定举证证明建设工程因存在质量问题而导致竣工验收不合格,否则对发包人的抗辩理由不予支持;

(2)发包人根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十一条之规定主张减少支付工程价款的,发包人的主张为抗辩事由,发包人能够举证证明应当减少的工程价款数额或者质量瑕疵修复费用的,人民法院可以直接从工程价款中予以扣除;

(3)发包人根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(二)》第七条之规定主张承包人承担违约责任或者赔偿修理、返工、改建的合理费用等损失的,人民法院应当告知发包人提起反诉。

18.质量缺陷期内,发包人自行委托他人对工程质量缺陷进行修复,并要求承包人承担修复费用或者要求在质量保证金中扣除修复费用的,如何处理?

答:质量缺陷期内,发包人发现建设工程存在质量缺陷的,应当告知承包人履行质量缺陷修复义务。承包人拒绝修复的,发包人委托他人对工程质量缺陷进行修复,并从质量保证金中扣除修复费用。修复费用超出质量保证金金额的,发包人可以向承包人追偿。

发包人在未告知承包人履行质量缺陷修复义务的情况下,自行委托他人对质量缺陷进行修复,并要求承包人承担修复费用或者要求在质量保证金中扣除修复费用的,人民法院不予支持,但合同另有约定的除外。

19.实际施工人请求发包人在欠付工程价款范围内承担责任的,欠付工程价款范围的举证证明责任由谁承担?

答:实际施工人请求发包人在欠付工程价款范围内承担责任的,应由实际施工人就发包人与转包人或者违法分包人已经办理结算、实际施工人未得到清偿的工程价款数额等事实承担举证证明责任。

实际施工人能够举证证明发包人与转包人或者违法分包人已经办理结算的,应由发包人对欠付转包人或者违法分包人工程价款金额承担举证证明责任。

发包人与转包人或者违法分包人尚未办理结算,导致人民法院不能查明发包人欠付转包人或者违法分包人工程价款数额的,人民法院对实际施工人主张发包人在欠付工程价款范围内承担责任的请求不予支持。转包人或者违法分包人急于与发包人办理结算的,实际施工人可以根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(二)》第二十五条之规定提起代位权诉讼。

20.发包人将工程价款支付给第三人并主张予以抵扣的,如何处理?

答:发包人向承包人任命或者承认的项目负责人、项目经理支付工程价款,或者向承包人指定的收款人支付工程款项的,应当视为发包人向承包人的付款行为。

发包人未经承包人同意将工程款项支付给第三人,并主张予以抵扣的,人民法院不予支持。但有下列情形之一的除外:(1)发包人、承包人另有约定或承包人予以追认的;(2)人民法院、仲裁委员会的生效裁判文书、裁决书判令发包人向第三人支付工程款项的;(3)承包人因欠付民工工资、材料款等引发群体性事件,经政府主管部门协调并决定由发包人直接支付的。

21.劳务班组长、劳务班组成员请求支付劳务费用的,如何处理?

答:劳务班组长、劳务班组成员请求支付劳务费用的,按照以下情形分别处理:

(1)劳务班组长、劳务班组成员与实际施工人、分包人、转包人、总承包人等存在劳务分包合同关系的,应当由劳务班组长、劳务班组成员根据劳务分包合同、劳务费用结算清单等向与其存在劳务分包合同关系的实际施工人、分包人、转包人、总承包人等请求支付劳务费用;

(2)劳务班组长、劳务班组成员与分包人、转包人、总承包人等存在事实劳动关系,劳务班组长、劳务班组成员请求支付劳动报酬的,按照劳动争议处理;

(3)劳务班组长、劳务班组成员以工资欠条为证据直接向人民法院起诉,诉讼请求不涉及劳动关系其他争议的,按照普通民事纠纷处理。

二〇一九年十月十六日

十、四川地区人民法院

30.四川省高级人民法院关于印发《关于建立工程建设领域民事司法与行政执法衔接联动工作机制的意见》的通知

川高法发〔2020〕1号

全省各级人民法院、成都铁路运输两级法院，全省各级发展和改革、住房城乡建设、交通运输、水利、人力资源社会保障、市场监督管理、自然资源、应急管理行政主管部门：

为进一步规范工程建设市场秩序，保障工程建设质量，维护农民工合法权益，促进建筑业健康发展，四川省高级人民法院与四川省发展和改革委员会、四川省住房和城乡建设厅、四川省交通运输厅、四川省水利厅、四川省人力资源和社会保障厅、四川省市场监督管理局、四川省自然资源厅、四川省应急管理厅共同制定了《关于建立工程建设领域民事司法与行政执法衔接联动工作机制的意见》。现将该意见印发给你们，请认真抓好贯彻落实，执行中如遇问题，请及时层报。

特此通知。

四川省高级人民法院
四川省发展和改革委员会
四川省住房和城乡建设厅
四川省交通运输厅
四川省水利厅
四川省人力资源和社会保障厅
四川省市场监督管理局
四川省自然资源厅
四川省应急管理厅
2020年4月3日

关于建立工程建设领域民事司法与行政执法衔接联动工作机制的意见

第一条【工作目标】

建立健全工程建设领域民事司法与行政执法的衔接机制和联动机制,推动形成工程建设领域共建共治治理格局;加大对工程建设领域违法违规行为打击力度,提升工程建设领域治理有效性,促进建筑业良性健康发展。

第二条【工作原则】

充分发挥人民法院的民事审判职能和行政机关的行政执法职能,坚持各司其职、各尽其责;坚持信息共享、优势互补,协同实现治理目标。

第三条【专家咨询制度】

建立专家咨询制度。省法院和省级行政机关共同建立工程建设领域执法司法专家咨询库,为人民法院审理案件、行政机关行政执法提供专家咨询意见。专家咨询制度的具体建立及运行规则另行协商制定。

第四条【违法行为的司法移送】

人民法院在审判执行过程中发现当事人存在违法行为情形的,应当及时移送相关行政机关。

人民法院对当事人违法行为的移送包括违法行为线索的移送和违法行为的移送。

违法行为线索的移送是指人民法院在立案、审判、执行过程中发现当事人存在违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法情形的,应当及时将违法线索及材料移送相关行政机关。

违法行为移送是指人民法院在生效裁判文书中认定当事人存在违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法情形的,应当及时将生效裁判文书及证据移送相关行政机关。

人民法院在进行违法行为线索移送或者违法行为移送时,应当分别制作《违法行为线索移送处理函》《违法行为移送处理函》,并将相关材料一并送交相关行政机关。

第五条【司法移送的处理方式】

行政机关在收到人民法院送交的《违法行为线索移送处理函》《违法行为移送处理函》及相关材料后，应当及时依法受理、调查、认定和处理，并将处理结果及时反馈移送人民法院。

第六条【其他情形的司法通报】

人民法院在审判执行工作中发现当事人存在下列情形的，应当及时通报相关行政机关：

- 1.当事人违反工程建设审批手续建设的；
- 2.当事人任意压缩合理工期的；
- 3.建设工程质量不符合设计要求、存在安全隐患的；
- 4.建设工程未经竣工验收合格（交工验收）即交付使用的；
- 5.建设工程施工现场发生安全责任事故未上报的；
- 6.用工单位未实行农民工劳动用工实名制管理、未开设农民工工资专用账户、未及时将人工费用及时足额拨付至农民工工资专用账户、未及时支付工程款等导致拖欠农民工工资的；
- 7.其他人民法院认为应当予以通报的情形。

人民法院在进行上述通报时应当制作《工程建设领域相关情况告知函》，并将相关材料一并送交相关行政机关。

第七条【违法行为纳入征信系统】

行政机关应当将其查处的违法行为、处罚结果或者因行政处罚追诉期届满而不予处罚的违法行为记入相关单位、个人的征信系统或者信用档案，并向社会公示。

第八条【行政调解】

行政机关依照相关法律法规及规章等规定的行政调解职责，对与本行政机关履行工程建设领域行政管理职能有关的民事纠纷进行调解。

第九条【行政调解的司法确认】

行政机关就其主持当事人达成的具有民事权利义务内容的调解协议，可以告知当事人自调解协议生效之日起三十日内共同向该行政机关所在地的基层人民法院申请司法确认。

人民法院收到当事人司法确认申请，应当及时进行审查。除法定不予受理的

情形外，应当在收到申请后三个工作日内予以受理。经审查符合确认条件的，应当自受理之日起十五日内作出裁定，确认调解协议效力。

人民法院办理当事人申请司法确认案件，向行政机关了解调解情况、调阅调解材料、调查收集证据的，行政机关应当予以配合。

第十条【司法邀请调解】

人民法院在审判执行工作中可以根据纠纷解决的实际需要邀请相关行政机关参与案件调解。

人民法院邀请行政机关参与调解的，应当向行政机关发送《邀请调解函》，受邀请的行政机关应当及时派员参加。

第十一条【沟通通报制度】

建立衔接联动工作机制的沟通通报制度。省法院和省级行政机关每年至少召开一次会议，通报本系统对工程建设领域违法行为的认定查处情况，总结开展衔接联动工作机制经验，解决衔接联动工作机制存在问题，并就工程建设领域法律的统一执行进行研讨。

会议采取省法院和省级行政机关轮流召集方式进行。

第十二条【发布典型案例】

省法院与省级行政机关应当注重和加强涉及合规性经营典型案例的收集和总结，不定期向社会发布典型案例，加大宣传力度，推动工程建设企业合法依规经营。

第十三条【联络员】

省法院与省级行政机关及其下级单位应当确定衔接联动机制的联络部门和具体联络人，负责衔接联动机制的日常沟通与协调，确保衔接联动机制有效运行。

第十四条【上下衔接】

下级单位在执行本意见过程中有遇到的问题和意见建议应当及时层报，上级单位应当及时协调处理。

十一、陕西地区人民法院

31.陕西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

陕高法〔2020〕113号

为妥善审理建设工程施工合同纠纷案件，统一裁判思路，统一裁判规则，根据法律和司法解释的规定，就相关问题解答如下，供审理案件时参考：

1.建设工程施工合同无效，当事人对于建设工程折价补偿时可参照合同的哪些约定。

建设工程施工合同无效，建设工程经验收合格的，承包人和发包人均可主张参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。合同中关于工程价款计价方法、计价标准等与工程价款数额有关的约定可以作为折价补偿的依据。

2.固定总价合同履行中工程变更的，工程价款如何确定。

合同约定固定价款的，因发包人原因导致工程变更的，承包人能够证明工程变更增加的工程量不属于合同约定包干价范围内的，有约定的，按约定结算工程价款；没有约定的，可以参照合同约定标准对工程量增减部分予以单独结算；无法参照约定标准结算的，可以参照施工地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算。主张调整的当事人对合同约定的施工具体范围、实际工程量增减的原因、数量等事实负有举证责任。

3.当事人在建设工程施工合同之外另行签订的结算协议作为工程价款结算依据，若建设工程施工合同无效，该结算协议效力是否受影响。

当事人在建设工程施工合同之外签订的结算协议具有独立性，建设工程施工合同是否有效不影响结算协议的效力，结算协议可以作为确定工程价款的依据。

4.如何理解《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》第十三条中“双方当事人明确表示受该咨询意见约束”。

当事人仅以在诉讼前共同与咨询机构签订工程造价咨询合同或者接收工程造价报告为由，主张将造价报告作为结算依据的，不予支持。当事人对工程造价进行结算，应当共同确认形成结算文件。

5.当事人就工程款结算达成一致后又主张索赔的，如何处理。

结算协议生效后，承包人依据协议要求支付工程款，发包人因承包人原因导致工程存在质量问题或逾期竣工为由，要求拒付、减付工程款或赔偿损失的，不予支持，但结算协议另有约定的除外。

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

当事人签订结算协议不影响承包人依据约定或法律、行政法规规定承担质量保修责任。

6.建设工程施工合同约定对承包人违约行为处以“罚款”的条款的性质如何认定。

建设工程施工合同约定承包人存在工期迟延、质量缺陷或者未达到合同约定的工程质量标准、转包或违法分包等违约行为，发包人可对承包人处以罚款的，该约定可以视为当事人在合同中约定的违约金条款。

7.欠付工程款利息的计付标准如何确定。

当事人对欠付工程款利息计付标准有约定的，按照约定处理，但计算标准不得超过依法应保护的民间借贷的最高利率。当事人对欠付工程款利息计付标准没有约定的，对于2019年8月19日以前的利息，按照中国人民银行同期同类贷款基准利率计算；对于2019年8月20日以后的利息，按照全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率（LPR）计算。

发包人是机关、事业单位和大型企业的，承包人是中小企业的，对逾期利息的约定利率低于《保障中小企业款项支付条例》规定的，按照《保障中小企业款项支付条例》规定的约定逾期利息的最低利率计算；对逾期利息没有约定的，按照《保障中小企业款项支付条例》规定的，每日利率万分之五计算。

8.当事人对工程价款付款时间有多次约定的，如何处理。

工程价款利息起算时间，应当自应付工程价款之日起开始计付。当事人在建设工程施工合同或者在合同履行过程中就建设工程施工所达成的一切协议如会议纪要、补充协议、结算协议等文件中，对付款时间的约定对当事人具有法律效力。上述协议与建设工程施工合同约定不一致的或上述协议就同一事项约定不一致的，应当以签署时间在后的协议约定为准。

9.当事人约定工程价款结算后支付工程款的，工程价款利息起算时间如何确定。

建设工程施工合同约定待工程价款结算后支付工程款的，属于当事人对付款时间约定不明。但建设工程施工合同约定待工程价款结算后支付工程款且对工程价款结算时间有明确约定的，工程价款结算次日为工程价款利息起算时间。

合同条款对发包人竣工结算审核有时间约定的，若发包人逾期未审核的，审核期满次日为工程价款利息起算时间；在专用条款对审核时间未约定或约定不明时，可适用通用条款的约定。

发包人在合同约定的竣工结算审核期限内提出异议的，双方当事人起诉前完成工程价款结算的，工程价款结算次日为工程价款利息起算时间；双方当事人在起诉前未完成工程价款结算的，当事人起诉之日为工程价款利息起算时间。

10.关于建设工程已实际交付的理解。

建设工程交付，包括已完工程交付，也包括未完工程交付。案涉工程包括数个单项工程的，应以最后子项目交付时间为整体工程交付之日。

双方当事人没有明确的交付行为和交接手续的，以涉案工程实际投入使用之时，视为交付之日。

未完工工程的交付，不限于工程向发包人进行交付，承包人根据发包人指示将工程交由后续施工方进行施工的也属于工程交付。

11.《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十八条第（二）项中发包人对承包人提交竣工结算文件提出异议的，工程价款利息起算时间如何确定。

当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，建设工程验收合格但没有交付的，承包人提交结算文件之日，视为工程价款利息起算时间。但发包人在合同约定的审核期限内提出异议的或者合同没有约定审核期限的发包人在合理期限内提出异议的除外。

发包人在合同约定审核期限或者合理期限内提出异议的，双方当事人在起诉前完成工程价款结算的，工程价款结算次日为工程价款利息起算时间；双方当事人在起诉前未完成工程价款结算的，当事人起诉之日为工程价款利息起算时间。

12.承包人的项目部负责人以承包人名义实施的行为效力如何判断。

建设工程承包人设立项目部并任命项目部负责人的，项目部负责人受承包人委托从事民事行为，应视为履行职务行为，承包人应为合同主体。建设工程承包人设立的项目部负责人在承包人授权范围外从事的行为，构成表见代理的，承包人应对外承担责任。承包人与其设立的项目部负责人签订的有关内部协议，约定免除承包人对外承担责任的条款，不具有对外效力，不能约束第三人。

对于签订买卖、租赁合同的行为，应当结合购买材料或租赁设备的品类、用途、交货地点，是否用于涉案工程以及施工合同履行习惯，相对方是否善意等情况，认定是否由承包人承担责任。

对于对外借款行为效力的认定要从严掌握，应当对借款流向、用途以及出借人是否善意等事实进行实质性审查，出借人要求承包人承担还款责任的，一般不予支持；出借人举证证明项目部负责人系获得承包人授权，或具有款项进入承包人账户、实际用于工程等情形的，出借人要求承包人承担还款责任的，可予支持。

13.借用资质的施工人直接向发包人主张工程款，如何处理。

通常情况下，借用资质的施工人只有在出借资质人怠于履行权利时，才能提起代位权诉讼。但发包人明知借用资质事实存在的，借用资质的施工人可以直接向发包人主张权利。

14.在多层转包或者违法分包情况下，实际施工人主张各转包人或者违法分包人均承担付款责任，如何处理。

在多层转包或者违法分包情况下，实际施工人原则上仅可以要求与其有直接合同关系的转包人或者违法分包人对工程欠款承担付款责任。

实际施工人向发包人主张权利的，为查明发包人欠付工程款的数额，应追加总承包人作为第三人。其余违法分包人、转包人如未参与实际施工，不影响案件事实查明的，可以不追加为案件诉讼主体。

15.承包人主张建设工程价款优先受偿权的起算时间如何确定。

行使建设工程价款优先受偿权的期限自发包人应当给付工程价款之日起算。当事人对应付款时间有明确约定的，按照当事人约定；无明确约定的，可以参照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十八条规定审查处理。

16.工程款债权的受让人主张对建设工程价款优先受偿权一并受让，如何处

理。

建设工程价款优先受偿权依附于工程款债权，属于从属性权利，承包人将建设工程价款债权转让的，建设工程价款优先受偿权随之转让。

十二、湖南地区人民法院

32.湖南省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答

为解决全省法院审理建设工程施工合同纠纷案件中的疑难问题，根据《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国民事诉讼法》《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（一）》等相关法律规定，湖南省高级人民法院制定印发了《湖南省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》。

十三、广东地区人民法院

33.广东高院关于审理建设工程合同纠纷案件疑难问题的解答

粤高法 (2017)151 号

为统一建设工程合同纠纷案件的审理标准, 根据《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》) 及《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称《建设工程司法解释》) 等相关法律的规定, 结合我省法院审判工作实际, 提出如下解答意见:

一、合同效力

1.建设工程依法必须进行招标的范围如何确定

工程建设项目包括项目的施工、勘察、设计、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购, 符合《中华人民共和国招标投标法》第三条第一款规定的三种条件之一, 并达到《工程建设项目招标范围和规模标准规定》的相应范围和标准, 应依法进行招标。但根据国务院《关于促进建筑业持续健康发展的意见》(2017年第19号), 在民间投资的建设工程项目中, 可由建设单位自主决定发包方式。

2.家庭室内装修和农村建房合同的效力如何认定

家庭室内装修和农村、建制镇、集镇规划区内自建低层住宅(二层以下、含两层)、建设工程投资额在30万元以下或者建筑面积在300平方米以下的合同纠纷, 当事人以施工人没有施工资质而主张合同无效的, 一般不予支持。

3.施工许可证是否影响建设工程施工合同的效力认定

建设工程施工许可证是行政主管部门对建设施工行为的行政管理措施, 发包人未依法领取施工许可证的, 不影响当事人签订的建设工程施工合同效力。

4.发包人或承包人能否按照承揽合同的规定解除建设工程合同

发包人或承包人行使建设工程合同的解除权应符合《建设工程司法解释》第八条和第九条的规定, 其以《合同法》第二百六十八条和第二百八十七条规定为依据主张随时解除施工合同的, 不予支持, 合同另有约定的除外。

5.一、二审对建设工程合同效力认定不一致, 二审应如何处理

一、二审对建设工程合同效力认定不一致的, 二审法院可以释明当事人变更

诉讼请求。如果经法院释明当事人变更诉讼请求，且各方当事人均同意由二审法院审理的，二审法院可以参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百二十八条第二款的规定审理，案件无需发回重审；当事人不同意由二审法院审理且合同效力对当事人诉讼请求影响重大的，案件发回重审。

承包人基于合同有效主张发包人支付逾期付款违约金，一审法院经审理判令发包人承担违约金，但二审法院经审查认为合同无效的，可依法直接判令发包人支付逾期付款的利息。

二、工程价款结算

6.建设工程合同无效情形下工程价款应如何结算

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

7.中标合同未在行政主管部门备案的，能否作为工程价款结算的依据

发包人经过合法招投标程序与承包人签订的中标合同，即使没有在建设主管部门备案，亦应作为结算工程价款的依据。双方当事人在诉讼中均主张不按照合法的中标合同进行工程价款结算的，不予支持。

8.《建设工程司法解释》第二十条规定的按照竣工结算文件结算工程价款，审判实践中应如何具体适用

建设工程施工合同约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的，按照约定处理。即使承包人未在合同约定的期限内提交竣工结算文件，发包人收到竣工结算文件后亦应在合同约定的期限内答复，逾期未答复的，承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的，应予支持。

承包人提交的竣工结算文件不符合合同约定或法律规定的条件，发包人逾期未予回复，承包人主张按照竣工结算文件结算工程价款的，不予支持，但可从逾期答复之日起计付应付工程款的利息，合同另有约定的除外。

9.工程质量保证金的返还期限应如何认定

根据《建设工程质量保证金管理办法》第二条的规定，质量保证金是用以保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的缺陷进行维修的资金，缺陷责任期最长为2年。当事人对质量保证金返还期限有约定的，从其约定；没有约定或约定不明的，发包人应在最长缺陷责任期（2年）期满后28日内将质量保证金返还

给承包人。合同约定的缺陷责任期期满后，承包人仍应在保修期内对工程承担保修责任。

10.工程造价咨询企业超越其资质等级出具的鉴定意见如何处理

如果鉴定造价超过 5000 万元，但当事人在法院摇号选定乙级工程造价咨询企业进行鉴定时未对资质提出异议，而在质证过程中又以造价咨询企业为乙级资质不能承接 5 000 万元以上的鉴定业务而否定鉴定意见的，不予支持。

11.当事人约定以审核、审计结果作为工程款结算的条件无法成就时如何处理

当事人约定以财政、审计等部门的审核、审计结果作为工程款结算依据的，按照约定处理。如果财政、审计等部门明确表示无法进行审核、审计或者无正当理由长期未出具审核、审计结论，经当事人申请，且符合具备进行司法鉴定条件的，人民法院可以通过司法鉴定方式确定工程价款。

12.建设工程委托代建合同能否依据委托合同的规定处理

对于非经营性政府投资项目根据法律强制实行委托代建，代建单位作为项目建设法人，全权负责项目建设的组织管理、招投标和工程款支付义务的，其属于发包人。承包人依据《合同法》有关委托合同的规定主张委托人承担责任的，不予支持。对于其他委托代建工程建设项目，依据《合同法》有关委托合同的规定处理。

三、工程价款优先受偿权

13.建设工程合同无效是否影响承包人主张工程价款优先受偿权

建设工程施工合同无效，但工程质量合格的，发包人仅以施工合同无效为由主张承包人无权主张工程价款优先受偿权的，不予支持。

14.建设工程因承包人原因逾期完工的是否影响其主张工程价款优先受偿权

因承包人的原因，建设工程未能在约定期限内竣工的，承包人应承担的是逾期完工违约责任，其依据《合同法》第二百八十六条规定享有的优先受偿权不受影响。

15.利息是否属于工程价款优先受偿权的范围

利息属于工程价款的法定孳息，承包人主张利息属于工程价款优先受偿权范围的，应予支持。

16.建设工程承包人行使工程价款优先受偿权的起算时点应如何确定

建设工程承包人行使优先受偿权的期限为六个月，具体起算点按照以下方式确定：(1)工程已竣工的，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起算，上述日期不一致的，以在后日期作为起算点，但合同约定的付款期限尚未届满的，以合同约定的付款期限届满之日作为起算点；(2)工程尚未竣工而合同解除、终止履行的，以合同实际解除、终止之日作为起算点；(3)发包人主张以《建设工程司法解释》第十四条第(二)、(三)项作为承包人行使优先受偿权起算点的，不予支持。

17.承包人行使工程价款优先受偿权的方式应如何认定

建设工程承包人提起诉讼、申请仲裁主张工程价款优先受偿权，自行与发包人协商以该工程折价抵偿欠付工程款，申请法院将该工程拍卖以实现工程款债权，申请对建设工程拍卖款参与分配程序主张优先受偿权，或者向发包人以书面形式明确表示主张优先受偿权的，均属于对建设工程价款依法行使优先受偿权。

18.承包人能否单独主张工程价款优先受偿权

建设工程承包人提起仲裁、诉讼仅主张发包人向其支付工程款，未主张确认其对工程拍卖价款享有优先受偿权的，不视为行使优先受偿权。承包人另案主张工程价款优先受偿权的，应予受理。

四、工期

19.建设工程开工日期应如何认定

虽然发包人未取得施工许可证，但承包人已实际开工的，应以实际开工之日为开工日期，合同另有约定的除外。因未取得施工许可证而被行政主管部门责令停止施工的，停工日期可作为工期顺延的事由。

20.承包人未依约提出工期顺延申请的能否视为放弃工期顺延权利

发包人仅以承包人未在合同约定的期限内提出工期顺延申请而主张工期不能顺延的，不予支持，但合同明确约定承包人未依约提出顺延工期申请视为放弃权利的，按照约定处理。

五、民事责任承担

21. 当事人在一审经释明未请求调整违约金标准，二审中又提出调整申请的，是否应予审查

当事人一方以对方违约为由主张支付违约金,对方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约等为由进行免责抗辩而未主张调整过高的违约金的,人民法院应当就法院若不支持免责抗辩,当事人是否需要主张调整违约金进行释明。在一审审理中经法院释明,建设工程合同违约方未提出违约金调整请求,但在二审审理中又主张调整违约金的,不予审查,有新证据证明违约金过高的除外。

22. 实际施工人主张挂靠人和被挂靠人承担欠付工程款连带责任的如何处理

挂靠人以被挂靠人的名义承接工程后,又将工程进行分包或转包,实际施工人主张挂靠人和被挂靠人承担欠付工程款连带责任的,应区分情形处理:挂靠人以被挂靠人名义对外签订分包或转包合同的,挂靠人和被挂靠人承担连带付款责任;挂靠人以自己名义对外签订分包或转包合同的,挂靠人承担付款责任。

23. 挂靠人主张被挂靠人和发包人承担欠付工程款连带责任的如何处理

因发包人欠付工程款,挂靠人主张被挂靠人和发包人承担欠付工程款的连带责任的,不予支持,但挂靠人和被挂靠人之间的合同明确约定被挂靠人承担支付工程款义务的除外。挂靠人主张被挂靠人支付已收取但尚未转付工程款的,应予支持。

24. 《建设工程司法解释》第二十六条第二款规定在审判实践中应如何具体适用

《建设工程司法解释》第二十六条第二款规定的“发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任”应定性为连带责任。如果发包人和总承包人未就工程款纠纷进入仲裁、诉讼程序,实际施工人单独起诉合同相对人后,另案起诉发包人在欠付工程价款范围内支付工程款的,应予受理。

根据《建设工程司法解释》第二十六条第二款的规定,发包人应举证证明已向总承包人支付的工程款数额。发包人和总承包人已对工程款进行结算的,按照工程结算款扣减已支付工程款确定发包人欠付工程款的数额;发包人和总承包人未对工程款进行结算且未进入仲裁、诉讼程序的,根据工程实际完工的情况,可以按照合同约定的工程结算款扣减已支付工程款确定发包人欠付工程款的数额,发包人和总承包人实际结算后,如发包人仍欠付总承包人工程款的,实际施工人可就差额部分另行起诉;发包人和总承包人就工程款的结算纠纷进入仲裁、诉讼程序的,实际施工人可以申请参加该案的诉讼,其另案主张发包人承担付款责任

的，不予受理。

25.工程项目多次分包或转包的诉讼主体应如何确定

对于工程项目多次分包或转包的，实际施工人起诉合同相对方、发包人支付工程款的，为查明发包人欠付工程款的数额，应追加总承包人作为第三人。其余违法分包人、转包人如未参与实际施工，不影响案件事实查明的，可以不追加为案件诉讼主体。

26.违法分包、转包或挂靠合同涉及的管理费、税费应如何处理

违法分包、转包工程合同或者挂靠合同中约定管理费，如果分包人、转包人或被挂靠人在工程施工过程中履行了管理义务，其主张参照合同约定收取劳务费用的，可予支持；实际施工人有证据证明合同约定的管理费过高的，可依法予以调整。分包人、转包人或被挂靠人代实际施工人缴纳了税费，其主张实际施工人负担的，应予支持。

27.建设工程项目停工后承包人移交场地的时间应如何认定

根据《合同法》第一百一十九条的规定，如果施工项目停工且无法继续履行，发包人已书面通知承包人移交场地的，承包人应在合理期间内（根据具体案情在一至六个月内酌定）与发包人办理场地移交手续以避免损失扩大，合同另有约定的除外。发包人主张承包人承担未及时移交场地所产生损失的，应予支持。

28. 发包人向实际施工人支付的工程款能否在与承包人结算工程时予以抵扣

承包人请求发包人支付工程款，发包人主张对其已向实际施工人支付的工程款进行抵扣的，不予支持，但合同另有约定、承包人予以授权、生效裁决予以确定或者发包人有证据证明其有正当理由向实际施工人支付工程款的除外。

广东省高级人民法院办公室

2017年8月1日

一、建设工程施工合同纠纷案件专属管辖的范围应如何理解？

下列案件，由建设工程所在地人民法院管辖：

（一）建设工程施工合同纠纷、装饰装修合同纠纷、建设工程价款优先受偿权纠纷、建设工程监理合同纠纷、农村建房施工合同纠纷，建设工程分包合同纠纷及建设工程劳务分包合同纠纷；

（二）建设工程勘察合同纠纷、建设工程设计合同纠纷。

（三）工程款债权转让，债务人与受让人因债务履行发生的纠纷。

（四）建设工程总承包合同纠纷。

二、建设工程施工合同中仲裁条款涉及管辖等相关问题应如何认定？

发包人与承包人在建设工程施工合同中约定仲裁条款的，除非实际施工人表示认可或表示受发包人与承包人之间的仲裁条款约束，否则仲裁条款仅对合同双方具有约束力。实际施工人、合法分包人起诉承包人或直接起诉发包人的，人民法院应当审理。如果本案诉讼需要以发包人与承包人之间的仲裁结果作为依据的，可中止审理，待仲裁程序结束后再恢复审理。人民法院对已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实应根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十条之规定予以认定。

实际施工人、合法分包人与承包人约定了仲裁条款，又以发包人为被告提起诉讼的，不予受理，已经受理的，裁定驳回起诉。实际施工人、合法分包人与承包人之间的仲裁已终结后，又起诉发包人的（包含发包人与承包人在建设工程施工合同中亦约定了仲裁条款情形），人民法院应当审理。

三、未经招投标签订的建设工程施工合同的效力如何认定？

当事人以建设工程未经招投标程序主张签订的建设工程施工合同无效的，除符合《中华人民共和国招标投标法》第三条规定及国家发展和改革委员会 2018 年 6 月 1 日施行的《必须招标的工程项目规定》（中华人民共和国国家发展和改革委员会令 16 号）、2018 年 6 月 6 日施行的《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》（发改法规规〔2018〕843 号）的相关规定必须招标的项目外，不予支持。

四、签订中标通知书后未正式签订建设工程施工合同时合同是否成立？

招投标过程中承包人与发包人签订中标通知书，承包人或发包人拒绝与对方

签订正式建设工程施工合同文本的，此时应视为双方之间建设工程施工合同本约合同成立。

五、发包人未取得建设工程规划许可证及建设工程施工许可证时如何认定合同效力？

存在多次诉讼，发包人在本次起诉前取得建设工程规划许可证等审批手续的，可以认定建设工程施工合同有效。

六、发包人与承包人之间的承包合同无效是否必然导致分包合同也无效？

发包人与承包人之间的建设工程施工合同无效，不必然导致分包合同无效。若承包人将部分工程分包给有资质的施工方，则分包合同有效，除非案涉工程本身存在违法性，如未取得建设工程规划许可证、建设工程用地规划许可证、案涉工程被认定为违法建筑等情形。

七、如何确定“黑白合同”中作为结算依据的合同？

中标合同有效，以中标合同作为结算依据。

中标合同与其他合同均无效的，以实际履行的合同作为结算依据。无法区分实际履行的合同的，以后签订的合同作为结算依据。

招标人与中标人另行签订的建设工程施工合同约定的实质性内容与中标合同不一致的，应以中标合同作为结算依据。但因客观情况发生了招投标时难以预见的变化而另订施工合同的除外。

八、当事人已达成结算协议后又以合同无效反悔应如何处理？

当事人就建设工程价款自行达成结算协议后，又以建设工程施工合同无效为由，否定结算协议确定的工程价款的，不予支持。

九、发包人可否参照无效合同约定要求支付工程款？

建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格，发包人可以参考合同关于工程价款的约定请求对承包人进行折价补偿。

十、建设工程施工合同无效，但该建设工程经竣工验收合格，当事人无法举证证明实际损失的情况下，可否参照合同的约定计算损失？

建设工程施工合同无效，但该建设工程经竣工验收合格，当事人无法举证证明实际损失的情况下，可参照合同关于质量、工期、进度款支付等索赔条款的约定计算损失。

十一、建设工程施工合同无效，当事人之间约定的管理费如何处理？

建设工程施工合同无效，合同约定的管理费原则上不予支持。当事人主张的，法院可以根据合同系借用资质或转包、违法分包等不同类型，结合出借资质人、转包人、违法分包人是否履行管理职责因素予以适当支持，一般不宜超过总工程款的3%。

十二、合同均无效情形中总包合同与转包、违法分包合同关于工程款的差额应如何处理？

建设工程施工合同均无效情形中，承包合同高于转包、违法分包合同的工程款差额的性质属非法利益，转包、违法分包人与实际施工人按转包、违法分包合同结算后又以承包合同向发包人主张支付工程款，发包人对超出部分的工程款提出不予支付抗辩的，人民法院应综合合同履行情况、施工工程内容及行业惯例等情形予以调整，一般不宜超过差额部分工程款的8%（包含税金、管理费在内）。但发包人明知且认可的，该抗辩不能成立。

十三、当事人约定以行政审计、财政评审作为工程款结算依据，一方以审计、财政评审结论不真实、客观要求重新鉴定如何处理？审计部门明确表示无法审计或拖延审计如何处理？

当事人约定以行政审计、财政评审作为工程款结算依据的，按约定处理。当事人有证据证明审计结论不真实、客观，法院可以准许当事人补充鉴定、重新鉴定或者补充质证等方法对争议事实做出认定。

行政审计或财政评审部门明确表示无法进行审计，或在约定期限及合理期限内无正当理由未出具审计结论，当事人就工程价款结算无法达成一致申请司法审计鉴定的，应予准许。

十四、借款预支工程款应如何处理？

建设工程施工合同履行过程中，当事人出具借条预支工程进度款，发包人或承包人在结算工程价款过程中主张抵扣借款本金及利息的，应当一并处理。

十五、以房抵债协议在结算中应如何处理？

工程款结算中，发包人与承包人约定以承包人建设的房屋抵冲工程价款的，在案件结算中应一并予以处理。除非承包人能够证明存在发包人拒绝履行以房抵债义务或其他履行障碍情形。

十六、发包方以承包方未开具发票拒绝支付工程款应如何处理？

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

承包人起诉要求发包人支付工程款，发包人以要求承包人开具发票为由提起反诉的，人民法院可以一并审理。

十七、建设工程施工合同无效，欠付工程款的逾期利息应如何认定？

建设工程施工合同无效，因欠付工程款产生的损失一般应认定为资金占用损失，资金占用费应以全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率为计算依据，但当事人能够证明其资金占用损失高于全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率的，可以结合过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素予以适当调整。

十八、发包人认为建设工程主体结构质量不合格，要求司法鉴定的，应达到何种证明程度？

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（一）》第十四条明确了针对建筑地基基础工程和主体结构质量承包人应承担更重的瑕疵担保责任，故在诉讼中，承包人向发包人主张工程款，发包人以地基基础或主体结构存在严重质量问题抗辩不支付工程款，并要求进行质量鉴定的，发包人应提供初步证据予以证明。

十九、如何理解《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（一）》第三十七条装饰装修工程承包人主张优先权应具备的折价或者拍卖条件？

装饰装修的承包人就建设工程价款主张优先受偿权应具备折价或者拍卖条件，应理解为装饰装修的承包人就建设工程价款主张优先受偿权的同时应举证证明案涉装饰装修工程可单独评估且与其他工程一并拍卖。

二十、建设工程价款债权转让，建设工程价款优先受偿权是否随之转让？

建设工程价款优先受偿权所设立的立法本意系解决拖欠工程款问题，以推动承包人价款债权的实现，具有从属性，不具有人身属性，故承包人将建设工程价款债权转让的，建设工程价款优先受偿权随之转让。

二十一、行使优先受偿权的方式应如何认定？

承包人有证据证明以发函、与发包人协议折价或申请参与对建设工程变价分配等方式行使建设工程价款优先受偿权的，应予以认可。

二十二、建设工程价款优先受偿权可否通过调解确认？

以调解方式确认建设工程价款优先受偿权的，符合法律规定的，法院可以确认，但为了防止虚假诉讼、损害案外人利益等情况，法院应当进行实体审查，重点审查建设工程价款优先受偿权的行使主体、行使期限、行使方式、工程款债权的范围等实质性事项是否符合法律规定，尤其要审查是否存在当事人虚增工程款数额、伪造竣工记录、伪造付款期限、伪造行使时间等情形。未经实体审查或者经审查不符合建设工程价款优先受偿权行使条件的，不予出具调解书。

二十三、挂靠人直接起诉发包人应如何处理？

借用资质的实际施工人起诉发包人要求支付工程款的，人民法院可在查明事实的基础上按以下两种情形处理：

（一）发包人明知实际施工人借用资质而未提出异议的，根据《中华人民共和国民法典》第一百四十六条、第四百九十条规定处理，实际施工人可直接向发包人主张权利。人民法院应追加被挂靠人为第三人。

（二）发包人对借用资质不知情的，出借资质方怠于向发包人主张权利，实际施工人可参照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同的司法解释（一）》第四十四条规定行使代位权。人民法院应追加被挂靠人为第三人。

二十四、层层转包中转包人、违法分包人的责任如何认定？

实际施工人向层层转包人或层层分包人主张给付工程价款，转包人或者违法分包人能够证明已经付清工程价款的，其前手转包人或违法分包人一般不再承担给付责任。

二十五、发包人应否承担工伤赔偿责任？

发包人将建设工程承包给符合资质的承包人，发包人不承担责任，但对合法承包人的转包、违法分包、挂靠行为予以明确认可的，应承担责任。

发包人将建设工程承包给无资质的承包人，发包人应承担责任。

发包人在对外垫付赔偿款后，有权向无资质的承包人、实际用工人或将工程转包、违法分包、挂靠的合法承包人进行追偿。

将工程转包、违法分包、挂靠的合法承包人对工伤赔偿应承担责任，且有权

向实际用工人进行追偿。

二十六、合法分包的情况下，完成建设工程施工分包合同项下内容的分包人可否直接起诉发包人？

合法分包的情况下，实际完成建设工程施工分包合同项下内容的分包人可参照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（一）》第四十三条之规定起诉发包人。

二十七、约定的罚款条款的性质应如何认定？

建设工程施工合同约定发包人对承包人的违约行为处以罚款的，应定性为违约金条款，当事人申请调整的，根据民法典第五百八十五条规定予以处理。

二十八、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（一）》出台后措辞方面有何需要注意的问题？

不再使用“非法转包”、“肢解分包”措辞，改为“转包”、“支解分包”。

二十九、本解答仅供湖南省内各级法院审理建设工程施工合同纠纷案件作为参考，在裁判文书“本院认为”部分具体分析法律适用理由时可根据本解答的相关意见进行说理，但不能作为裁判依据进行援引。

十四、福建地区人民法院

34.福建高院关于建设工程施工合同纠纷疑难问题解答

近年来，福建省法院受理的建设工程施工合同纠纷案件数量逐年增多，呈现涉案标的额大，审理难度高、周期长，上诉率和改判发回率高的特点。为统一福建省法院裁判尺度，提高涉建设工程合同纠纷案件审判质效，促进建筑市场健康发展，优化营商环境，在分管院领导的直接指导和推动下，福建省法院民二庭抽调具有丰富审判经验的员额法官和法官助理，并邀请福州、厦门、泉州中院的业务骨干，成立调研专班，深入开展涉建设工程合同纠纷组合调研，经过反复推敲论证，形成一系列调研成果。

《建设工程施工合同纠纷疑难问题解答》，从各地法院上报 200 多个问题中，筛选出具有典型意义的 45 个问题，采取实务问答的形式予以明确。

（一）建设工程施工合同的界定

1.如何判断建设工程合同？

建设工程合同在适用法律上与承揽合同有明显不同。建设工程合同可以从承包人的资质和项目的规模两个方面加以区别和认定。

法律规定建设工程合同承包人必须是具有一定资质的法人。法律和行政法规对建设工程合同的订立有严格的程序要求，国家通过工程项目立项、用地规划许可、工程规划许可等一系列行政许可制度，对建设工程全程进行一定的计划干预。对于承包人主体资格没有特殊要求的项目，不应认定为建设工程合同，宜按照承揽合同处理。

建设工程还可以根据投资数额、技术难度、工程用途、发包人情况等因素综合判断，建设工程项目一般耗资巨大、有严格的质量要求。对于一些投资小、技术简单的项目，不宜认定为建设工程。

2.如何认定建设工程？

建设工程，是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程。以下情形属于建设工程：

（1）矿山、铁路、公路、隧道、桥梁、堤坝、电站、码头、飞机场、运动场、营造林、海洋平台等土木工程；

(2) 建筑工程是指房屋建筑工程，即有顶盖、梁柱、墙壁、基础以及能够形成内部空间，满足人们生产、生活、公共活动的工程实体，包括厂房、剧院、旅馆、商店、学校、医院和住宅等工程；

(3) 包括电力、通信线路、石油、燃气、给水、排水、供热等管道系统和各类机械设备装置等线路、管道和设备安装工程；

(4) 对建筑物内、外进行以美化、舒适化、增加使用功能为目的装修工程。以下几种情形属于承揽事项，不属于建设工程：

1) 国家已取消对城市园林绿化企业的资质要求，园林绿化工程一般情况下不应认定为建设工程；

2) 农民自建低层（四层及四层以下）住宅（《福建省农村村民住宅建设管理办法》第 28 条）；

3) 房屋修缮活动、家庭的装修装饰及小型工装活动（根据《住宅室内装饰装修管理办法》第四十四条规定，工程投资额在 30 万元以下或建筑面积在 300 平方米以下，可以不申请办理施工许可证的非住宅装饰装修活动）；

4) 企业建设临时简易房屋建筑；

5) 老旧小区加装电梯、更换电梯的安装工程；

6) 农业温室大棚建设（一定规模以上有资质要求的除外）。

（二）合同效力及合同相对性

3.如何认定挂靠？

住房和城乡建设部《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》（2019 年 1 月 1 日实施）第九条规定：“本办法所称挂靠，是指单位或个人以其他有资质的施工单位的名义承揽工程的行为。前款所称承揽工程，包括参与投标、订立合同、办理有关施工手续，从事施工等活动。”第十条规定：“存在下列情形之一，属于挂靠：（1）没有资质单位或个人借用其他施工单位的资质承揽工程的；（2）有资质的施工单位相互借用资质承揽工程的，包括等级低的借用等级高的，等级高的借用等级低的，相同资质等级相互借用的；（3）本办法第八条第一款第（三）至（九）项规定的情形，有证据证明属于挂靠的。”

实务中，挂靠法律关系的认定应重点审查：投标保证金的缴纳主体和资金来源；实际施工人是否以承包人的委托代理人身份签订合同；实际施工人是否与发

包人就合同事宜直接磋商：实际施工人是否全程参与投标、保证金的支付、合同的订立、实际施工等：是否以劳务分包形式来掩盖挂靠行为等，以此来确定法律关系的性质是否为挂靠。

以下情况一般认定为挂靠：

(1) 假借内部承包名义，但没有人员聘用合同、没有缴纳社保、没有工资发放记录，办公场所是各自独立的。

(2) 挂靠协议签订后，挂靠人再以被挂靠人的名义与发包人签订建设工程施工合同的；在没有挂靠协议的情况挂靠人以被挂靠人代理人的身份签订合同的。

(3) 工程款直接流向挂靠人，被挂靠人仅收取管理费，无实质参与工程管理，各自财务独立的。

(4) 从履行合同看，现场管理人员由挂靠人聘请、发放工资，挂靠人实际出资，以自己的名义或以被挂靠人的名义对外聘用人员、购买机械、材料或租赁设备的。

4.在挂靠情况下，如何认定承包人与发包人签订的建设工程施工合同效力？

实践中，对于挂靠人与被挂靠人签订的挂靠协议无效并无争议，但是对于承包人与发包人签订的建设工程施工合同的效力认定存在争议。实际施工人以被挂靠人的名义与发包人签订的建设工程施工合同，在发包人明知挂靠的情况下，发包人与承包人签订的建设工程施工合同无效。

发包人对借用资质的事实不知情，即使在施工过程中发现挂靠的，亦应当认定建设工程施工合同有效。

5.在挂靠情况下，如何认定合同的相对人？

在发包人明知挂靠的情况下，发包人与挂靠人之间形成事实上的建设工程施工合同关系建设工程经验收合格，实际施工人有权请求发包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿。承包人对合同无效后果应当承担相应的责任。

实际施工人未完成施工任务，承包人继续履行合同，完成施工任务后，有权与发包人进行结算，并主张相应的建设工程价款。

发包人对挂靠的事实不知情，发包人与被挂靠人签订的建设工程施工合同有效。根据合同相对性原则和信赖利益保护原则，实际施工人无权向发包人主张权利，但实际施工人可以基于合同相对性原则向被挂靠人主张权利。

6.在挂靠情况下，如何认定发包人明知？

对“发包人明知”可以从以下方面认定：（1）挂靠人直接向发包人支付投标保证金，或者二者存在出借款项、保证金支付、工程款支付等其他直接款项往来；（2）发包人在工程项目招标、合同签订、履行等过程中对挂靠人是实际履行主体情况知情；（3）挂靠人与发包人就合同事宜直接进行磋商，或者发包人知悉挂靠人与被挂靠人之间挂靠事实。

7.如何认定以分公司名义挂靠？

实践中，施工企业与挂靠人约定，专门设立施工企业的分公司，交由挂靠人负责经营，并由该挂靠人对外通过某分公司以施工企业的名义承揽工程项目。这种情形与挂靠人直接与施工企业签订挂靠协议，而后在具体的项目中，通过项目部这一载体实施具体的挂靠经营活动无异。只不过采取了设立分公司这一更为隐蔽的形式。同样属于“没有资质的单位或个人借用其他施工单位的资质承揽工程的”挂靠情形。认定标准参照本答疑第3条。该分公司和施工企业之间因挂靠而引起的纠纷实际仍是挂靠人与施工企业之间的纠纷，属于人民法院受理案件的范围。

8.如何认定以项目部印章对外签订合同的效力？

项目部对外签订合同并加盖项目部印章，是施工企业分支机构的行为，其后果由施工企业承担。建设工程施工合同或相关文件加盖项目部印章，对印章有对外签订合同限制或真实性有争议，须结合双方当事人的订立合同过程，盖章之人是否履行职务行为、是否有代理权限、是否构成表见代理及合同履行情况、交易习惯等因素进行判断。在举证责任分配上，需由合同相对方举证证明印章由谁加盖、盖章之人有权代表或构成表见代理，或由主张有效的一方举证证明项目部曾经在某些场合使用过上述印章或与备案印章相符。

9.如何认定加盖材料收讫章、资料专用章的法律效力？

原则上，公章的种类与文件的种类要相匹配。材料收讫章、资料专用章通常仅限所属企业内部间业务交流、请示报送等工作，之所以不认可超出公章特定用途的盖章行为的效力，本质上是因为持章之人一般缺乏代理权。反之，相对人举证证明其依一般交易习惯有理由相信该枚印章具有超出其表面记载的实际功能，或结合其他证据证明存在使其相信行为人与企业存在事实上或法律上关联的理

由，如有证据证明行为人曾使用该枚印章进行过对账、结算等，足以让相对方相信具有对外签订合同或相应文件的效力。为此，即便超出印章的使用范围，亦不宜认定讼争合同对企业不发生效力。

10.如何认定委托代建的发包人？

委托代建是委托方与受托方之间的委托合同关系。受托方与承包人是建设工程施工合同关系。一般情况下承包人无权向委托人主张建设工程价款，同样，委托人无权向承包人主张修复或赔偿其损失。但有证据证明符合《中华人民共和国民法典》第九百二十五条规定的情形的承包人有权向委托人主张建设工程价款，委托人有权向承包人主张修复或赔偿其损失。

11.建设工程价款债权是否可以转让？

建设工程施工合同是双务合同。建设工程竣工验收合格后，双方通过决算，明确了建设工程结算价款，且完成了交付施工资料、质量保修等义务的，此时发包人按照合同约定支付的价款是纯债权。承包人是单方决定转让结算的债权。但是，承包人与发包人未经结算，承包人在合同中有权利也有义务，承包人转让建设工程施工合同项下的工程款，系概括转让，必须经合同相对方同意。否则，转让对发包人不发生效力。在审判实践中，建设工程价款的受让人向发包人主张债权，发包人对建设工程质量和建设工程价款具体数额等提出异议，为查明案件事实，可以将承包人列为第三人。

12.建设工程施工合同被认定无效后，合同中约定的“管理费”是否支持？

建设工程施工合同因转包、违法分包或挂靠行为无效时，对于该合同中约定的由转包方收取“管理费”的处理，应结合个案情形，根据合同目的等具体情况，作出判断。如该“管理费属于工程价款的组成部分，承包人举证证明其实际参与了施工组织管理协调的，可参照合同约定处理；对于承包人纯粹通过转包牟利，未实际参与施工组织管理协调，合同无效后主张“管理费”的，应不予支持。合同当事人以作为合同价款的“管理费”应予收缴为由主张调整工程价款的，不予支持。基于合同的相对性，非合同当事人不能以承包人与实际施工人之间有关“管理费”的约定主张调整应支付的工程款。

13.建设工程施工合同无效，建设工程价款支付条件和各类违约金是否可以参照合同约定适用？

《中华人民共和国民法典》第七百九十三条第一款规定，建设工程施工合同无效，但建设工程经验收合格的，可以参照合同关于建设工程价款的约定折价补偿承包人。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第六条第二款规定：“损失大小无法确定，一方当事人请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小的，人民法院可以结合双方过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素作出裁判。”除此之外，当事人主张参照合同约定的建设工程价款支付条件、违约金等确定支付条件计算违约金的，没有法律依据，不予支持。

14.实际施工人和承包人都向发包人主张建设工程价款并都获得支持的情况下，如何协调两个债权之间的关系？

根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第四十三条规定，实际施工人以发包人为被告主张建设工程价款的，人民法院应当追加承包人为本案第三人。承包人在参加诉讼的同时向发包人请求支付建设工程价款的，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第五十九条规定，可以作为有独立请求权的第三人加入诉讼。在查明承包人是否欠付实际施工人建设工程价款，发包人是否欠付承包人建设工程价款事实和实际施工人施工部分款项后，一并作出判决。在承包人、实际施工人的诉讼请求都应当支持的情况下，承包人基于转包、分包合同和发包人基于司法解释的规定而同样对于实际施工人负有给付义务，因发包人或承包人的履行而使欠付实际施工人的债务均归于消灭。因此，发包人在欠付工程款范围内向实际施工人支付建设工程价款义务与承包人对实际施工人支付建设工程价款义务构成不真正连带债务案件判决主文可分二项：1 发包人向承包人支付欠付的建设工程价款；2 发包人在欠付承包人工程款范围内对实际施工人承担责任，发包人向实际施工人支付后，发包人对承包人的债务相应消灭。

承包人已经向发包人主张建设工程价款的，实际施工人又向发包人主张工程款，因涉及欠付建设工程价款数额的认定，实际施工人又向发包人主张工程款案件应中止审理，待前案欠付工程款数额确定后，根据前案认定的数额判决发包人在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任。

（三）建设工程价款优先受偿权

15.在发包人明知挂靠情况下，挂靠人是否享有建设工程价款优先受偿权？

依据《中华人民共和国民法典》第八百零七条以及《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第三十五条的规定，只有与发包人订立建设工程施工合同的承包人才享有建设工程价款的优先受偿权。尽管在发包人明知挂靠情况下，挂靠人与发包人形成事实上的建设工程施工合同关系，但挂靠人仍不属于“与发包人订立建设工程施工合同的承包人”，不享有建设工程价款优先受偿权。

16.消防工程价款是否享有优先受偿权？

消防工程是建设应具备的预防火灾和减少火灾危害工程。《中华人民共和国消防法》第九条规定：“建设工程的消防设计、施工必须符合国家工程建设消防技术标准。建设、设计、施工、工程监理等单位依法对建设工程的消防设计、施工质量负责。”消防工程属于建设工程的必备部分，包括火灾自动报警系统、自动灭火系统、消火栓系统、防烟排烟系统以及应急广播和应急照明、安全疏散设施等。消防工程，既可以由建设工程总包人负责，也可由发包人直接发包给专业的消防工程承包人。如同装饰装修工程的承包人一样，消防工程承包人在行使工程价款优先受偿权时受到一定的限制。这种限制表现在两方面：一是只有直接向发包人承包消防工程的专业技术承包人才依法享有建设工程优先受偿权；二是消防工程的承包人只能就其承包的消防工程给整个工程增值的范围内行使优先受偿权。

17.建设工程价款优先受偿权的“合理期限”如何认定？

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第四十一条规定：承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过十八个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。这里的“合理期限”既不是除斥期间，也不是诉讼时效，是从保护施工人和其他权利人的角度拟制的期限。当事人可以事先约定承包人行使优先受偿权的“合理期限”。应付款时间经发包人与承包人协商而延长的，建设工程价款优先受偿权的起算点随之延长。但为避免发包人与承包人恶意串通，损害银行等其他债权人利益，人民法院应主动审查承、发包人的主观意愿及是否存在损害第三人利益的情形。如不存在，以双方另行协商确定的付款时间作为应付款时间。如恶意串通，则应以

原合同约定的付款日期为应付款时间。

18.建设工程价款优先受偿权的起算点如何确定？

建设工程价款优先受偿权的起算点从“应当给付建设工程价款之日”起计算。建设工程施工合同对付款时间有明确约定的，按合同约定确定。合同解除，发包人和承包人就合同解除后工程价款的支付另行达成协议的，为该协议约定的应支付建设工程价款之日。

当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：

(1) 建设工程实际交付的，为交付之日；建设工程未交付的，为提交竣工结算文件之日；建设工程未交付，建设工程价款也未结算，人民法院及仲裁机构确认发包人欠付承包人工程价款的，为承包人起诉之日。

(2) 质保金作为工程价款一部分，其优先受偿权起算点为质保金应予返还之日。

19.建设工程价款优先受偿权如何行使？

以下属于依法行使建设工程价款优先受偿权的情形：

- (1) 建设工程承包人提起诉讼、申请仲裁主张工程价款优先受偿权；
- (2) 自行与发包人协商以该工程折价抵偿欠付工程价款；
- (3) 申请法院将该工程拍卖以实现工程价款债权；
- (4) 申请对建设工程拍卖款参与分配程序主张优先受偿权；
- (5) 以书面形式向发包人明确表示主张优先受偿权的。

20.建设工程价款优先受偿权能否转让？

建设工程价款优先受偿权是一种法定优先受偿权，具有从属性，且与建设工程价款债权转让人之间不具有人身专属性，应认定建设工程价款优先受偿权随工程价款债权一并转让，以确保农民工工资权益尽快实现。

21.承包人在执行程序中能否主张建设工程价款优先受偿权？

承包人在建设工程价款的诉讼或仲裁中，未主张建设工程价款优先受偿权的，在执行程序中，承包人仍可向发包人主张建设工程价款优先受偿权。

(四) 建设工程价款结算

22.实际施工人是否可以直接与发包人结算工程价款？

实际施工人与发包人没有合同关系，双方无权结算建设工程价款。《最高人

最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第四十三条关于实际施工可以向发包人主张建设工程价款的规定，仅是在特定情况下、一定范围内为实际施工人提供的特殊救济途径，应当严格依照法定条件适用。发包人直接与实际施工人结算工程价款的，对承包人不发生效力。发包人明知实际施工人挂靠承包人承揽工程的除外。

23.建设工程施工合同对签证人员、签证时间及签证形式有明确约定，但是实际履行与合同约定不符的，如何认定签证的效力？

工程签证是指在施工合同履行过程中，承发包双方根据合同的约定，就合同价款之外的费用补偿、工期顺延以及因各种原因造成的损失赔偿等形成的签认证明。在签证人员、签证时间及形式与合同约定不符的情况下，应当根据法律和司法解释关于委托授权、职务代理以及表见代理的相关规定，结合合同订立和履行中的具体情形认定签证行为对合同当事人的效力，但有证据证明虚假签证的除外。

24.发包人能否以承包人未交付发票为由抗辩工程价款履行义务？

建设工程施工合同作为一种双务合同，依据其合同的性质，合同抗辩的范围仅限于对价义务，也就是说，一方不履行对价义务的，相对方才享有抗辩权。《中华人民共和国民法典》第七百八十八条第一款规定：“建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。”建设工程施工合同中的主要义务就是一方完成合同项下的建设工程，另一方依约支付工程价款而交付发票的义务显然不属于建设工程施工合同中的主要义务。支付建设工程价款义务与交付发票义务不具有对等关系，不能适用先履行抗辩权。因此，发包人以承包人未交付发票作为拒付工程价款抗辩事由的，不予支持。但讼争合同明确约定承包人未交付发票，发包人有权拒绝支付建设工程价款的除外。

25.建设工程施工合同无效，承包人是否有权主张欠付建设工程价款的利息？

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第二十四条规定，建设工程施工合同无效，但建设工程质量合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。实践中，对合同明确约定建设工程价款被占用期间应当计算利息的约定是否支持，存在不同的处理方式。利息是工程价款的法定孳息，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适

用法律问题的解释(一)》第二十四条确定了合同无效可参照合同约定折价补偿,该补偿应当包含无效合同承包人被占用工程价款的利息损失,以同期同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率计息。

26.长期未作出财政评审结论或财政评审结论违背合同约定的当事人申请司法鉴定是否准许?

财政部门对财政投资的评定审核是国家对建设单位基本建设资金的监督管理,不影响发包人与承包人合同效力及履行。但是,建设工程施工合同明确约定以财政评审结论作为结算依据的,财政评审结论应当作为建设工程价款结算的依据。在承包人或实际施工人提交完整结算文件后,发包人在一年内未提交财政评审部门的,视为各方当事人无法以财政评审完成建设工程价款结算,可以同意当事人的司法鉴定申请。财政评审部门在收到发包人提交的结算文件后未出具财政评审结论,当事人申请司法鉴定的,应向财政评审部门核实,了解无法出具财政评审结论的具体原因。同时,应向财政评审部门出具书面函件,给予财政评审部门完成财政评审的合理期限,并告知未按时完成评审作出结论的,将依当事人申请启动司法鉴定。在合理期限届满后,财政评审部门无正当理由仍未出具财政评审结论的,支持当事人的司法鉴定申请。

通常情况下,对财政评审结论仅作程序性审查。评审程序合法的,财政评审结论可以作为认定建设工程价款的依据。但是,当事人有证据证明财政评审结论具有不真实、不客观的情形违反法律规定或合同约定的,应对财政评审结论进行实质审查。注意审查以下问题:

- (1) 财政评审事项及范围与讼争建设工程是否一致;
- (2) 财政评审资料是否全面完整, 财政评审依据是否正确合理;
- (3) 财政评审方法是否科学、是否符合实际情况;
- (4) 财政评审程序是否符合法律规定及技术规范要求;
- (5) 财政评审结论是否具体明确, 是否与合同约定、已查明的事实存在矛盾;
- (6) 财政评审结论的形式是否符合法定要求。

存在以上情形, 又无法弥补, 导致财政评审结论不能采信, 对当事人的鉴定申请予以准。

27.承包人主张进度款是否准许?

根据《建设工程价款结算暂行办法》第十四条的规定，建设工程完工后，双方应按照约定的合同价款及合同价款调整内容以及索赔事项，进行工程竣工结算。因此，建设工程已完工并经验收合格，具备结算条件的，应当组织竣工结算。承包人仅提出工程进度款及利息请求的，不予支持。《建设工程价款结算暂行办法》第十三条规定：发包人不按合同约定支付工程进度款，双方又未达成延期付款协议，导致施工无法进行，承包人可停止施工，由发包人承担违约责任。因此，承包人仅请求发包人支付工程进度款的，不予支持。

因发包人未按合同约定支付工程进度款，如承包人解除合同的，双方当事人应当按照合同约定进行结算。发包人对承包人的施工质量提出异议或有初步证据证明承包人的施工质量存在问题，则必须审查承包人施工质量是否合格，在确定承包人已完工程质量合格的情形下，对工程价款有异议的，可以委托建设工程价款鉴定。

(五) 建设工程质量异议

28.建设工程已经通过验收，诉讼中发包人申请工程质量鉴定的，是否支持?

建设工程已经通过验收的，诉讼中当事人又申请鉴定的，不予支持，但有证据证明建设工程在合理使用寿命内地基基础工程和主体结构质量存在重大安全隐患的或因发生保修责任争议，需要通过鉴定确定责任范围的除外。

29.建设工程未经验收，发包人擅自使用的，是否可以认为质量符合合同约定?

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第十四条规定：建设工程未经验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，人民法院不予支持。适用该规定支持支付建设工程价款的，不得在文书中表述“质量符合合同约定或质量合格”。同时应向建设工程管理机构提出司法建议，要求有关部门加强对建设工程质量监督管理。

30.作为被告的发包人提出工程质量异议的，属于抗辩还是应当反诉?

以下情形，属于抗辩：

- (1) 发包人仅以工程质量问题主张拒付或少付工程价款的；
- (2) 发包人提出原告在施工过程中存在偷工减料、

(3) 发包人因原告拒绝维修工程而另行委托他人修复后，主张抵扣修复费用的。发包人请求原告承担修复费用的主张虽可以构成一个独立的诉，但该主张未超出原告的诉讼请求范围，因此发包人有权选择以抗辩形式主张抵扣，也有权提起反诉。

以下情形，发包人应当反诉或者另行起诉：

- (1) 发包人要求承包人支付违约金或赔偿损失的；
- (2) 发包人要求承包人赔偿因工程质量不符合合同约定而造成的其他财产或者人身损害的；
- (3) 发包人要求原告承担返修义务或赔偿损失的；
- (4) 原告逾期完工，发包人主张工期延误索赔的。

31.缺陷责任期与保修期如何区分？

工程保修阶段包括缺陷责任期与工程保修期。缺陷责任期是指承包人按照合同约定承担缺陷修复义务，且发包人预留质量保证金的期限，自工程通过竣工验收之日起计算。缺陷责任期一般为1年，最长不超过2年、具体由发承包双方和管理合同中约定。在缺陷责任期内，由于承包人原因造成的缺陷，承包人负责维修，并承担鉴定及维修费用；如承包人未履行缺陷修复义务，则发包人可以按照合同约定扣除质保金，并由承包人承担相应的违约责任。缺陷责任期届满，发包人应当返还质保金。发包人返还质保金后，承包人仍应按合同约定的各部分工程的保修年限承担保修责任。

保修期是承包人按照合同约定对工程承担保修责任的期限，从工程竣工验收合格之日起计算。保修期内，承包人对建设工程的保修义务属于法定义务，不能通过合同约定予以排除。

32.在建设工程存在质量瑕疵的情况下，承包人愿意修复，而发包人不愿意由承包人修复,并主张修复费用，应如何处理？

在建设工程施工合同中，出现质量瑕疵，能修复的情况下，应当优先适用修理、返工或者改建等救济方式。如果承包人愿意修复，而发包人未通知承包人修复而直接诉请支付修复费用或者未通知承包人修复直接委托第三人修复并诉请支付所产生的修复费用，不予支持。在承包人拒绝修复，或者经承包人修复后建设工程质量仍不合格，或者承包人在合理期限内未进行修复的，发包人可以另行

委托第三人进行修复,所产生的合理修复费用,发包人请求从应付工程款中予以扣除的,应予以支持。

33.工程未完工,合同解除后保修期如何计算?

承包人的保修义务是法定义务,即使合同中对此没有约定,承包人仍应承担。故建设工程施工合同的解除,不影响承包人承担保修义务。依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第九条、第十四条规定,承包人的保修义务应从已完工部分验收合格、确定质量合格或者交付使用之日起计算。

(六) 违约责任的认定

34.发包人逾期支付建设工程价款与承包人停(窝)工之间的因果关系如何认定?

建设工程逾期完工,发包人要求承包人承担违约责任。承包人则抗辩称,导致工期延误的

原因是发包人未及时支付建设工程价款。实务中发包人逾期支付建设工程价款与承包人停(窝)工的因果关系认定不统一。发包人未按照合同约定支付建设工程价款,是否导致承包人停(窝)工、延误工期,应当根据不同的情况作出不同的认定:

(1) 合同约定垫资施工的,逾期支付建设工程价款与停(窝)工之间没有必然因果关系。但是逾期支付建设工程价款的,应当按照合同约定承担违约责任。

(2) 合同约定逾期支付工程进度款一定天数后,可以停工的,在约定天数届满后,发包人仍未支付工程进度款的,开始认定停工日期,同时应当办理停工签证,未办理签证的,不予支持。但是有证据证明真实停工的除外。

(3) 合同未约定逾期支付工程进度款可以停工的,承包人在发包人逾期支付工程进度款后,办理停工签证手续的,以签证确认的停工日期开始计算扣除逾期天数及停窝工损失。

35.商品房工程承包人逾期完工,造成发包人赔偿购房人逾期交房违约金的,发包人能否向承包人主张赔偿?

承包人逾期完工造成发包人赔偿购房人逾期交房违约金的,应当由承包人进行赔偿。建设工程施工合同中没有约定逾期完工违约金的,发包人实际赔付购房

人逾期交房违约金后，发包人向承包人主张赔偿该部分损失的，应当支持。

建设工程施工合同已经约定逾期完工违约金，但不足以填补发包人实际赔付购房人的逾期交房违约金时，依据《中华人民共和国民法典》第五百八十五条第二款“约定的违约金低于造成的损失，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加”的规定，发包人有权要求承包人承担超出逾期完工违约金部分的损失，请求增加违约金数额应以发包人实际损失额为限。

需要注意的是，逾期交房违约金是发包人与购房者之间的约定，如果约定的赔偿比例明显过高，需要进行综合考量后，酌情予以认定

36.发包人欠付工程价款的，承包人是否有权拒绝交付工程？

承包人以发包人拖延结算或欠付工程价款为由拒绝交付工程的，不予支持。发包人拒付工程价款，承包人可以通过主张建设工程价款优先受偿权实现权利，而不能采取扣押等方式拒绝交付建设工程。

建设工程施工合同明确约定发包人欠付工程价款可以拒绝交付工程的，从其约定。但是，欠付工程价款数额不大或拒绝交付部分工程严重影响整个工程使用的，不予支持。

(七) 建设工程施工合同纠纷鉴定问题

37.建设工程施工合同纠纷的鉴定意见如何进行审查？

依据《最高人民法院关于人民法院民事诉讼中委托鉴定审查工作若干问题的规定》，鉴定人出具的鉴定意见书，应当审查：（一）委托法院的名称；（二）委托鉴定的内容、要求；（三）鉴定材料；（四）鉴定所依据的原理、方法；（五）对鉴定过程的说明；（六）鉴定意见；（七）承诺书；（八）鉴定人签名或者盖章，并附鉴定人的相应资格证明（委托机构鉴定的，应当由鉴定机构盖章，并由从事鉴定的人员签名）。

按照上述形式、程序等方面审查后，建设工程案件还应特别注重以下实质内容的审查：（1）鉴定事项及范围是否与委托相符；（2）鉴定材料是否全面完整并经法定程序质证；（3）鉴定依据是否正确合理；（4）鉴定方法是否科学，是否符合实际状况；（5）鉴定过程是否符合法律规定及技术规范要求；（6）鉴定意见书的结论是否明确具体，分析过程与结论是否具有逻辑性及确定性，是否与已查明认定的事实存在矛盾的情形；（7）鉴定程序以及鉴定意见书的形式等是

否符合法定要求。

需要注意的是，鉴定意见书存在鉴定意见和鉴定意见书的其他部分相互矛盾、同一认定意见使用不确定性表述、鉴定意见书有其他明显瑕疵等情形的，视为未完成委托鉴定事项，应当要求鉴定人补充鉴定或重新鉴定。补充鉴定或重新鉴定仍不能完成委托鉴定事项的，应当责令鉴定人退回已经收取的鉴定费用。

38.任意压缩合理工期如何认定，能否申请鉴定工期？

当事人违反工程建设强制性标准，任意压缩合理工期的约定，应认定无效。合理工期的确定一般以当地建设行政主管部门制定的定额工期为基础。定额工期，是指在一定的生产条件和自然条件下，完成某个单位（或群体）工程平均所需的定额天数。定额工期对于确定相同或者相类似类型的建设工程的施工工期具有普遍指导意义，但是没有考虑不同施工企业的施工技术、管理水平和施工经验的差异，定额工期只能作为参考依据，合理工期一般短于定额工期。

原则上，鉴定机构只能鉴定定额工期，在当事人对合理工期发生争议时，可以委托具有法定鉴定资质的工程造价咨询机构通过司法鉴定对定额工期进行鉴定。根据鉴定得出的定额工期，参照当地住建部门关于压缩工期幅度的规定，认定是否属于任意压缩合理工期。一般来说，压缩的工期幅度最多不超过定额工期的30%，超过30%的，视为任意压缩合理工期。

39.申请鉴定事项无法鉴定的应如何处理？

当事人申请鉴定的，由各方当事人协商确定具备鉴定资质的鉴定机构；协商不成的，由各方当事人推荐的具备鉴定资质的鉴定机构及本辖区或本省、省外建立的鉴定机构名册中摇号选择一家首选鉴定机构、两家备选鉴定机构。当事人在确定鉴定机构时应对鉴定机构的资质、鉴定能力提出意见，否则视为接受。在正选鉴定机构明确表示无法鉴定的情况下，依次征询备选鉴定机构的意见。经摇号选择的鉴定机构均表示无法鉴定的，各方当事人一致同意重新选择鉴定机构或聘请若干专家组成鉴定组进行鉴定的，予以支持。各当事人无法达成一致意见的，认定申请鉴定事项无法鉴定。

申请鉴定事项无法鉴定的，应依据举证责任的分配原则、双方当事人的过错程度和全案证据情况，认定案件的基本事实。

(八) 实际施工人权益问题

40. “发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任”,是否包括建设工程价款的利息或违约责任?

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第四十三条规定实际施工人可以向发包人主张支付欠付建设工程价款的范围仅限定为建设工程价款,不包括工程价款利息、违约金、损失赔偿金等。实际施工人依据本条规定,向发包人主张支付欠付建设工程价款的利息、违约金、工程奖励金、损失赔偿金等款项的,不予支持。

41.多层转包、多层违法分包、挂靠后再转包、再分包的实际施工人能否请求发包人在欠付工程款范围内承担责任?

单层转包、单层违法分包的实际施工人可以依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第四十三条规定请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。借用资质及多层转包和违法分包的实际施工人不能请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。

42.承包人已经与发包人结算完毕并领取了工程款,实际施工人再向发包人主张遗漏结算的工程款是否成立?

发包人与实际施工人不存在合同关系,在承包人已经与发包人结算完毕并领取工程款后,即不存在欠付建设工程价款的事实,实际施工人无权向发包人主张权利,亦无权直接向发包人主张遗漏结算工程价款。

(九) 诉讼程序问题

43.个人合伙作为实际施工人时,部分合伙人能否单独以实际施工人身份起诉?

二人以上共同作为实际施工人签订建设工程施工合同的,对外共同享有权利、共同承担义务,应当适用《中华人民共和国民法典》关于合伙合同的相关规定认定民事权利义务,适用《中华人民共和国民事诉讼法》第五十五条关于必要共同诉讼的规定认定民事诉讼权利义务。部分合伙人单独以实际施工人起诉请求合同权利的,应依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第七十四条规定追加其他合伙人作为共同诉讼当事人。应当追加的原告,已明确表示放弃实体权利的,可不予追加;既不愿意参加诉讼,又不放弃实体权利的,仍应追加为共同原告,其不参加诉讼,不影响案件的审理并依法作出判决。

44.建设工程价款优先受偿权是否可以调解？

建设工程价款优先受偿权涉及到不特定第三人。双方当事人通过调解确认工程价款优先受偿权，易发虚假诉讼，或损害抵押权人、其他债权人等其他案外人的情况，因此，双方当事人请求出具调解书对建设工程价款优先受偿权予以确认的，原则不应准许。

45.建设工程施工合同纠纷，银行以承包人放弃建设工程价款优先受偿权为由申请加入诉讼是否准予？

实务中，开发商向银行申请房地产开发贷款，银行要求该项目的承包人出具自愿放弃项目工程价款受偿优先权的《承诺函》。在建设工程施工合同纠纷中，银行以承包人放弃建设工程价款优先受偿权为由申请加入诉讼。因建设工程施工合同纠纷案件中银行不属于第三人，银行对于建设工程价款优先受偿权提起第三人撤销之诉的，予以驳回。