



四川省律师协会、重庆市律师协会

关于律师办理建设工程合同纠纷疑难业务指引

2023年10月

编撰说明

自《民法典》《建工司法解释（一）》颁布以来，各地高院纷纷发布建设工程施工合同纠纷解答，对建设工程施工合同效力认定、建设工程优先受偿权、实际施工人的认定等实务中存在争议的法律适用问题进行规范和统一。但建设工程纠纷涉及标的大、法律关系复杂、专业技术性强等问题，司法实务中律师办理建设工程纠纷案件时在法律适用层面仍然存在诸多困惑。

为帮助川渝两地律师提供优质高效法律服务，对处理建设工程合同纠纷适用法律提供思路指引，有效提升办理建设工程纠纷的专业能力，特由重庆市律师协会建设工程专业委员会和四川省律师协会建设工程和房地产专业委员会共同牵头，依据《律师法》及中华全国律师协会《律师办理建设工程法律业务操作指引》等相关规定，制订《关于律师办理建设工程合同纠纷疑难业务指引》，供两地律师参考。

本指引仅对承办律师提供从事建设工程法律业务的参考和提示，旨在总结实务经验，研究、学习该领域的专业知识，并非行业性通用规范，不能以此作为判定律师执业是否尽职合规或作为追究律师责任的依据，亦不应以此作为判断人民法院或仲裁机构裁判结果正当性与合理性的依据。由于建设工程涉及法律事务较广、情况复杂，且囿于编撰组学力有限、弩马铅刀，本指引难免存在疏漏和不足，敬请各位同行批评指正并在使用过程中注意甄别。

本指引由重庆市律师协会建设工程专业委员会和四川省律师协会建设工程和房地产专业委员会共同负责起草。编撰组顾问：何洪涛、张勇；编撰组召集人：杨松、苏正；编撰组成员（排名不分先后）：唐俊锋、李小辉、张皓、魏萍萍、高小理、周密、黄胜利、刘维、刘艳、陈锋云、袁林、谢松、张红霞、殷大鹏、陈娟、陈世贵、郭成、黄群、李晓欢、唐德兵、裴德伟、任礼强、谭

臻、肖涛奇、邓仕兵、谢步强、黄靖然、周飞、梁雨婷、张全文等律师。特别感谢专业顾问黄巍老师，编撰组秘书刘峻麟、王婷茹律师的贡献。

四川省律师协会、重庆市律师协会

2023年10月24日

目录

第一章 前言	1
第二章 管辖	3
第三章 合同性质和效力	8
第四章 工程价款及结算	17
第五章 签证与索赔	30
第六章 工程质量及保修	37
第七章 工程价款优先受偿权	45
第八章 司法鉴定	52
第九章 附则（规范性指引）	63

第一章 前言

1.1 制订目的

本指引旨在帮助川渝两地广大从业律师，提升在建设工程案件处理方面的执业能力与专业化服务水平，提供法律适用问题的参考思路，适应川渝两地建筑行业的趋势，满足客户对法律服务日益增长需求，促进两地律师提供更为优质高效的专业服务。同时，也将帮助建设工程领域的各运行主体，从事前防范、事中控制、事后妥善处置的维度，提高日常管理水平，平衡建设工程活动中合同各方的责、权、利关系，减少建设工程施工合同纠纷，以确保行业持续、稳定、健康地发展。

1.2 基本原则

1.2.1 全面原则

承办律师应当全面、详实地了解委托案件基本事实，熟练运用专业知识与技能，在法律许可和委托授权的范围内，全面维护当事人合法权益。

1.2.2 专业原则

承办律师应全面深入了解相关专业法律法规、政策及社会热点问题，分析借鉴国内外相同或相似的案例，熟悉专业的法律规定和行业特点，为当事人提供更专业、准确、负责、独立的法律服务。

1.2.3 诚信原则

承办律师应当忠于委托，诚实守信，恪守职业道德和执业纪律，审慎严谨，勤勉尽责。

1.2.4 独立原则

承办律师在办理委托事务过程中不受任何单位及其他组织和个人的非法干涉，依法维护当事人的合法权益和国家有关法律法规的正确实施。

1.2.5 参考原则

本《指引》是编撰组成员结合自身在建设工程领域获取的专业知识以及代理该领域案件的实务经验总结完成，不作为任何案件的裁判依据或判断生效法律文书裁判结果正当性与合理性的依据，仅供建设工程领域当事人及承办律师在争议解决过程中参考使用。

第二章 管辖

依据《民事诉讼法解释》第 28 条第 2 款、重庆高院《民事诉讼管辖解答》第 17 条之规定，确立了建设工程施工合同纠纷（即建设工程施工合同纠纷、建设工程价款优先受偿权纠纷、建设工程分包合同纠纷、装饰装修合同纠纷、铁路修建合同纠纷、农村建房施工合同纠纷）由建设工程所在地法院专属管辖的一般性原则。但在司法实践中，因建设工程施工合同履行过程中情况的多样性和法律关系的复杂性，建设工程施工合同纠纷管辖也呈现较多争议。

2.1 当事人约定商事仲裁可以突破专属管辖规定

当事人拟在工程所在地人民法院外解决纠纷，承办律师可建议当事人考虑依据《仲裁法》第 5 条规定通过约定仲裁条款突破建设工程专属管辖的规定。

但是对于实际施工人而言，如果仅是发、承包双方之间订立有仲裁协议，实际施工人并非发包人与承包人签订的施工合同的当事人，且实际施工人亦未单独与发包人、承包人订立仲裁协议的，实际施工人不受发包人与承包人之间仲裁协议约束。

2.2 合同未履行或一方怠于履行合同时第三人提出代位请求时的管辖

2.2.1 合同未履行的管辖

尚未履行建设工程施工合同纠纷案件的管辖问题，参照重庆高院《民事诉讼管辖解答》第 18 条“当事人签订建设工程施工合同前，就建设工程保证金的支付或返还产生争议，能够确定建设工程项目所在地的，按照建设工程施工合同纠纷确定管辖；难以确定建设工程项目所在地的，按照一般合同纠纷确定管辖”之规定，举轻以明重，合同未签订亦适用专属管辖，签订合同后尚未履行的建设工程施工合同纠纷因诉讼仍然系围绕施工合同法律关系展开，原则上同样适用专属管辖。但是对于无法判断建设工程项目所在地的，承办律师可依据《民事诉讼法解释》第 18 条之规定，按照一般合同纠纷选择管辖法院。

2.2.2 一方怠于履行合同时第三人提出代位请求时的管辖

对于承包人、专业承包人、分包人、实际施工人等债权人依据《建工司法解释（一）》第44条和重庆高院《民事诉讼管辖解答》第16条的规定提起代位权诉讼时，承办律师可建议当事人向工程所在地人民法院提起诉讼，但是对于已办理工程结算且对结算金额无异议的情形下，也可考虑主张适用一般管辖的规则。

2.3 工程款债权转让的管辖

承办律师代理工程款债权受让人所涉及的工程款债权转让争议案件，如果债务人与受让人因债务履行发生纠纷的，因该债权的基本法律关系源自于建设工程施工合同，受让人可考虑适用专属管辖规定选择管辖法院。

2.4 特殊关联合同的管辖

2.4.1 内部承包合同

承包人与其下属分支机构或职工就所承包的全部或部分工程施工所签订的承包合同为企业内部承包合同，属建筑施工企业的一种内部经营方式，法律和行政法规对此并不禁止，承包人仍应对工程施工过程及质量等进行管理，对外承担施工合同的义务。承办律师代理的当事人若诉求内容和建设工程不相关，且仅举示了劳动合同、工资等资料作为诉讼证据，则可考虑适用一般合同纠纷管辖规则；但若当事人诉求的法律关系为建设工程施工合同纠纷，则可选择由工程所在地人民法院专属管辖。

但实务中挂靠、转包情形也常采用所谓的内部承包合同的形式，在挂靠、转包情形下，承办律师代理的当事人诉讼请求往往涉及工程款、工程质量等与建设工程施工合同相关的法律关系，当事人通常可向工程所在地人民法院提起诉讼。

2.4.2 委托代建合同

当事人基于委托代建合同提起诉讼的，承办律师可建议当事人根据委托代建合同所对应的基础法律关系选择管辖法院。若名为委托代建合同实为合资、合作开发房地产合同或项目转让合同，则不属于建设工程专属管辖的类型，可适用合同纠纷诉讼管辖的一般原则选择管辖法院；但若名为委托代建

合同实为建设工程施工合同，可考虑选择适用建设工程专属管辖规定。

2.4.3 劳务合同

承办律师代理案件若为劳务分包单位向承包人主张劳务工程费用，属于建设工程分包合同纠纷，则通常选择适用专属管辖规定，向工程所在地人民法院提起诉讼；若因案涉纠纷属于民工提供劳务工作，起诉要求包工头或劳务企业追索报酬或劳动报酬，则属于劳务合同纠纷，参照重庆高院《民事诉讼管辖解答》第19条规定，当事人可按照一般合同纠纷选择管辖法院。

2.4.4 门窗类合同

承办律师可建议当事人根据门窗类合同性质选择门窗类合同纠纷的管辖法院。首先，要区分项目是工业建筑工程还是家庭装饰工程，若为家庭装饰工程则不属于建设工程分包合同关系，因此当事人对于家庭装饰所涉及的门窗类合同纠纷可按照一般合同纠纷来选择管辖法院；其次，要有效区分工业建筑工程有关门窗类合同属于建设工程分包合同，还是买卖合同、承揽合同，主要考量合同单价是否包括安装费、是否需要二次深化设计等因素，若需计算安装费或需二次深化设计等，其性质为建设工程分包合同，可适用专属管辖规定向工程所在地人民法院提起诉讼。

2.4.5 监理合同

承办律师可建议当事人参照重庆高院《民事诉讼管辖解答》第17条规定，就建设工程监理合同纠纷适用专属管辖，向工程所在地人民法院提起诉讼，但也有部分人民法院认为按照一般合同纠纷来确定管辖法院。

2.4.6 以物抵债合同

2.4.6.1 债务履行期届满前的以物抵债合同

对在债务履行期届满前达成的以物抵债合同，抵债物尚未交付债权人，债权人请求债务人交付的，承办律师原则上可建议当事人根据原债权债务关系提起诉讼，如原债权债务关系是建设工程施工合同法律关系，承办律师可建议当事人向工程所在地人民法院提起诉讼。

2.4.6.2 债务履行期届满后的以物抵债合同

承办律师可建议当事人根据债务清偿期届满后以物抵债合同的性质来选择管辖法院。以物抵债合同的性质应以尊重当事人的意思自治为基本原则，约定不明的，承办律师一般可建议当事人主张以物抵债合同为诺成性的新债清偿协议。

对于在新债务履行期届满不履行，致使以物抵款协议目的不能实现时，债权人有权请求债务人履行旧债务，即当事人可以建设工程施工合同纠纷向工程所在地人民法院提起诉讼。若债务清偿期届满后，在达成的以物抵债合同中明确约定消灭相应金额的原工程款债务，新债务履行情况与旧债务无直接关联，债权人仅起诉要求债务人履行新债务，则可按照新债务的性质来选择管辖法院。

2.5 跨区域的施工合同的管辖

承办律师可建议当事人选择跨区域施工合同纠纷的管辖法院，帮助当事人首先厘清发生争议的建设工程所在地行政区划归属，一般可向工程所在地所属的行政区人民法院提起诉讼。但建设工程跨区域施工涉及两个及以上地点均发生争议的，导致两个或两个以上人民法院都有管辖权的，承办律师可建议当事人依据《民事诉讼法》第 36 条之规定选择管辖法院。

2.6 投标过程中产生的民事纠纷的管辖

当事人之间在建设工程施工合同投标过程中产生的主要纠纷为退还投标保证金、要求承担缔约过失责任等，其性质为招标投标买卖合同纠纷，承办律师可主张该纠纷不属于《民事诉讼法解释》第 28 条第 2 款规定专属管辖范围，建议当事人按照一般合同纠纷来选择管辖法院。

2.7 破产案件的特殊管辖

依据《破产法》第 21 条规定，诉讼期间涉及破产企业的建设工程施工合同纠纷不再适用《民事诉讼法解释》第 28 条的建设工程施工合同专属管辖的规定，承办律师可建议当事人向受理破产申请的人民法院或其指定的有管辖权的人民法院提起诉讼。

但若受理破产债务人破产重整申请或破产清算转重整申请的人民法院在裁定批准债务人的重整计划、债务人破产程序终止后，破产重整企业所涉

民事案件实行集中管辖的必要性和合理性已经不存在，原则上不适用上述规定。

2.8 专门管辖

2.8.1 铁路运输法院专门管辖

承办律师可建议当事人依据《最高人民法院关于铁路运输法院案件管辖范围的若干规定》第3条规定，与铁路及其附属设施的建设施工有关的合同纠纷，可由铁路运输法院管辖。

若以上纠纷发生在重庆地区的，当事人参照《重庆高院关于重庆铁路运输法院撤销后并入重庆两江新区人民法院（重庆自由贸易试验区人民法院）调整相关案件管辖的公告》第1项规定，自2023年5月5日起，原重庆铁路运输法院受理的铁路专门管辖案件由重庆两江新区人民法院（重庆自由贸易试验区人民法院）受理。

2.8.2 海事法院专门管辖

承办律师可建议当事人依据《民事诉讼法》第34条、《海事诉讼特别程序法》第7条、《最高人民法院关于海事法院受理案件范围的规定》第55条的规定，涉及到海洋、通海可航水域工程建设（含水下疏浚、围海造地、电缆或者管道敷设以及码头、船坞、钻井平台、人工岛、隧道、大桥等建设）纠纷案件，向海事法院提起诉讼。

第三章 合同性质和效力

建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。基于建设工程合同涉及的主体较多，承办律师和当事人对合同性质的不同争议和在实务中的不同处理方式，会对不同主体产生不同的法律后果。

3.1 合同性质

3.1.1 建设工程合同与承揽合同

承办律师可提醒当事人建设工程合同与承揽合同是特殊合同和一般合同的关系，建设工程合同是特殊的承揽合同，区分两类合同主要从承包人和承揽人的主体资格上来判断，建设工程承包人实行市场准入制度，承包人必须是具备相应资质的法人。而对承揽人一般没有资质要求，承揽人可以是具有资质的法人，也可以是其他单位或者个人。对于承包人主体资格没有特殊要求的项目，一般不宜主张为建设工程合同，宜按照承揽合同相关规定处理。

3.1.2 建设工程合同项下的转包

转包是指承包人承包工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部工程或者将其承包的全部工程支解后以分包的名义分别转让给第三人的行为。

3.1.3 建设工程合同项下的分包

承办律师可帮助当事人区分建设工程分包是合法分包还是违法分包。合法分包，是指承包人经发包人同意或者合同约定，将自己承包的非主体结构部分工作交由具备相应资质条件的第三人完成。违法分包，是指承包人承包工程后，没有合同约定或者没有经发包人同意，违反法律法规的规定将工程分包给第三人的行为。承办律师可建议当事人分清违法分包包括承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位或个人，分包单位将其承包的工程再分包，专业作业承包人将其承包的劳务再分包等情形。

3.1.4 建设工程合同项下的挂靠

挂靠是指单位或个人借用其他有资质的单位的名义承揽工程的行为。承办律师可建议当事人分清挂靠的不同情形,既包括没有资质的单位或个人借用其他有资质的单位承揽工程,也包括有资质的单位相互借用资质承揽工程的情形。

3.1.5 建设工程合同项下的内部承包

内部承包作为建筑施工企业常用的一种经营方式。承办律师可帮助当事人区分内部承包的合法性。合法的内部承包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,并签订内部承包合同的行为。

3.2 合同效力

3.2.1 承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级的合同效力

承办律师可建议当事人依据《建筑法》第 26 条和《建工司法解释(一)》第 1 条及第 4 条之规定,主张承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级签订的施工合同无效,但是承包人在建设工程竣工前取得相应资质等级,当事人可主张合同有效。

3.2.2 挂靠情形的合同效力

在挂靠施工情况下,承办律师可帮助当事人区分挂靠人与被挂靠人之间借用资质的内部法律关系,以及挂靠人、被挂靠人与发包人之间外部法律关系。承办律师对于相关合同效力的主张,亦可从内部关系和外部关系两个角度进行考量。

3.2.2.1 内部关系

在挂靠人与被挂靠人之间的内部关系上,由于挂靠行为属于借用资质的行为,该行为违反《建筑法》第 26 条规定,当事人可主张该内部关系为无效行为。

3.2.2.2 外部关系

承办律师处理挂靠人、被挂靠人与发包人之间的外部关系上,基于挂靠

人、被挂靠人的角度而言，因挂靠行为违反《建筑法》第 26 条规定，依据《建工司法解释（一）》第 1 条规定，所签订的施工合同属于无效合同。对于发包人而言，如果签订施工合同时明知挂靠的事实，则所签订的施工合同亦属于无效。

3.2.3 建设工程必须招标而未招标或中标无效的合同效力

3.2.3.1 建设工程必须招标而未招标的合同效力

承办律师依据《建工司法解释（一）》第 1 条规定，可主张建设工程必须进行招标而未招标签订的施工合同无效。但是，参照《川渝两高院解答》第 1 条规定，对于订立合同时属于必须招标的工程项目而在起诉前属于非必须招标工程项目的，承办律师可主张该建设工程属于非必须招标工程项目，进而主张非必须招标工程项目所签订的合同虽然未招标但仍属于有效合同。

3.2.3.2 中标无效对合同效力的影响

承办律师可依据《招标投标法》《招标投标法实施条例》的相关规定，帮助当事人梳理中标无效主要存在的九种情形：（1）招标代理机构违反招标投标法规定，泄露应当保守的与招标投标活动有关的情况和资料，从而影响中标结果的；（2）招标代理机构与招标人、投标人串通损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益，从而影响中标结果的；（3）依法必须招标的项目的招标人向他人透露已获取招标文件的潜在投标人的名字、数量或者可能影响公平竞争的有关招标投标的其他情况，或者泄露标底，从而影响中标结果的；（4）投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的；（5）投标人以向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标的；（6）投标人以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标的；（7）依法必须招标的项目，招标人违反招标投标法规定，与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判，从而影响中标结果的；（8）招标人在评标委员会依法推荐的中标候选人以外确定中标人的；（9）依法必须招标的项目在所有投标人被评标委员会否决后自行确定中标人的。

在实践中，在招投标过程中如果存在以上中标无效的情形，承办律师可建议当事人考虑通过质疑、投诉等方式进行纠正解决。如果仍然存在中标无效的情形，招标人和中标人签订的建设工程施工合同无效。

3.2.4 经过招投标程序的相关合同效力

3.2.4.1 应当公开招标但径行邀请招标的合同效力

承办律师可提醒当事人注意，在必须招标项目中，应当公开招标而招标人径行邀请招标的情形，违反了《招标投标法实施条例》第64条规定而应当承担行政责任，包括责令改正、罚款和给予处分。但这种情况对中标合同效力的影响在实务中存在争议。多数观点认为，该行为并未违反法律的效力性强制性规定，公开招标和邀请招标只是不同的招标方式，采用不同方式招标不构成“建设工程必须招标而未招标”的情形，也不构成“中标无效”的情形，故不影响建设工程施工合同的效力。少数观点认为，未经政府或相关部门批准和认定，招标人擅自采取邀请招标的方式招标，事实上以邀请招标之名逃避公开招标视为没有进行招标，当事人可主张中标合同为无效合同。

3.2.4.2 标前合同的效力

承办律师处理必须招标的项目，在招标前招标人和投标人签订的施工合同，因合同本身违反《招标投标法》第43条强制性规定无效，当事人可主张该中标合同无效。

承办律师在处理非必须招标的项目时，可参照《川渝两高院解答》第12条规定，当事人选择通过招标投标程序订立建设工程施工合同，中标前进行实质性谈判并签订合同，属于“先定后招”的行为，当事人可依据《招标投标法》第43条的强制性规定主张合同无效。

3.2.4.3 标后合同的效力

依据《建工司法解释（一）》第2条规定，招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致的，标后合同无效。在中标合同有效的前提下，承办律师可建议一方当事人主张按照中标合同确定各方权利义务。

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的合同，变相降低工程价款，承办律师可建议一方当事人主张该合同因背离中标合同实质性内容而无效。

依据《建工司法解释（一）》第23条规定，在非必须招标的项目中，建设工程进行招标后，发包人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，承办律师可建议当事人请求以中标合同作为结算建设工程价款依据。但是，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。

3.2.5 未取得建设工程规划许可证等规划审批手续项目的合同效力

依据《建工司法解释（一）》第3条规定，承办律师可建议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，可主张建设工程施工合同无效，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，不得以未办理审批手续为由主张建设工程施工合同无效。

3.2.6 建设工程转包、分包、内部承包合同的效力

承办律师可依据《建筑法》《民法典》等相关规定主张转包合同和违法分包合同无效。

但参照《川渝两高院解答》第8条规定，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，该内部承包合同有效。而对于名为内部承包实为转包或挂靠等情形，该内部承包合同无效。

3.2.7 发包人与承包人之间的承包合同无效对分包合同效力的影响

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。若承包人依法将部分工程分包给有资质的施工方，则承办律师可主张分包合同有效。除非案涉工程本身存在违法性导致分包合同亦无效，如未取得建设工程规划许可证、建设工程用地规划许可证，或案涉工程属于违法建筑等情形。

3.2.8 合同效力的其他情形

3.2.8.1 联合体投标的合同效力

承办律师处理联合体投标合同效力问题时，可依据《建筑法》第 27 条规定，两个以上不同资质等级的承包单位实行联合体共同承包的，应该按照资质等级低的承包单位的业务许可范围承揽工程。实务中，承办律师对合同效力的主张亦可依据《招标投标法》第 31 条规定，由同一专业的承包单位组成的联合体，按照资质等级较低的承包单位确定资质等级。在施工总承包中，同一专业的承包单位组成的联合体，其资质等级应当按照“就低不就高”的原则来确定；不同专业的承包单位组成的联合体，按照各自的专业资质确定联合体的资质。需注意的是，参照《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》第 10 条规定，具有相应资质的设计单位和施工单位可以组成联合体进行工程总承包。

联合体承包人与发包人之间就资质问题的合同效力判断可见本《指引》第 3.2.1 条内容。

3.2.8.2 支解发包对合同效力的影响

承办律师可提醒当事人注意，支解发包是指建设单位将应当由一个承包单位完成的建设工程分解成若干部分发包给不同的承包单位的行为，支解发包违反《建筑法》第 24 条、《民法典》第 791 条的规定，为法律所禁止。参照《认定查处办法》第 6 条规定，建设单位将一个单位工程的施工分解成若干部分发包给不同的施工总承包或专业承包单位的，属于违法发包。参照《建设工程分类标准》（GB/T50841-2013）第 2.0.6 条规定，单位工程是指具备独立施工条件并能形成独立使用功能的建筑物或构筑物。

发包人将给排水、电气、门窗、内外墙涂料等工程另外发包给他人承建的，多数观点认为属于支解发包，另行发包的建设工程施工合同无效。但是也有少数观点认为，禁止支解发包属于一种管理性规范，并不否认该行为的效力，支解发包并不必然导致另行发包的建设工程施工合同无效。

3.2.8.3 技术资料专用章、资料收讫章及特殊印章的合同效力

承办律师可提醒当事人注意，原则上印章的种类应当与文件的种类相匹配。技术资料专用章、资料收讫章及特殊印章是公司基于特殊使用目的而使用的印章，一般不能用于对外签订合同、对账结算等，这类特殊印章不具有对外签订合同的效力。在缺乏当事人合意的情况下，合同上加盖技术资料专

用章、资料收讫章及特殊印章可视为合同未成立。合同未成立，对当事人自然也没有法律效力。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。相反，如果双方在合同履行过程中曾经多次使用相关印章，且该印章使用符合双方交易习惯，同时符合表见代理法定条件的，亦可主张加盖此章文件资料的效力。

3.3 合同无效的后果

3.3.1 合同无效时价款结算的依据

如果合同无效，合同自始对当事人没有法律约束力。承办律师可建议当事人将取得的财产予以返还，不能返还或者没有必要返还的，可折价补偿。但如果建设工程施工合同已经履行，承包人已经将人力、物力、财力物化而不能返还的，依据《民法典》第 793 条规定，建设工程施工合同无效，建设工程经验收合格的，可以参照施工合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。

在施工合同无效时，可以参照施工合同中工程价款的付款时间、付款条件、质量标准、建设工期、工程款计价方法和计价标准等内容进行折价补偿。

3.3.2 合同无效时违约责任条款的适用

合同无效，违约责任的条款自然也没有法律约束力。一方当事人不能追究对方违约责任，但是可以要求对方赔偿自己遭受的损失。依据《建工司法解释（一）》第 6 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。但如果损失大小无法判断，承办律师可建议一方当事人结合双方过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素，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计算损失大小。

3.3.3 合同无效时质保金的支付

承办律师可提醒当事人，建设工程施工合同无效，承包人的质量保修责任并不免除。但是，对于发包人依据合同约定预留质保金的权利在实务中存在争议。多数观点认为，建设工程施工合同无效情形下，发包人可以参考合同约定预留质保金，承包人不能因合同无效而提前获得工程质保金，不能因无效行为获得更多的利益。少数观点认为，质保金是建设工程价款的一部分，

建设工程施工合同无效情形下，预留质保金不属于参照适用的内容，发包人无权预留质保金。

3.3.4 合同无效对结算协议效力的影响

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协议无效。参照最高院民事审判第一庭 2022 年第 3 次法官会议纪要，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的约定，不违反法律法规的强制性规定，建设工程施工合同无效不影响结算协议的效力。

3.4 合同无效实际施工人的权利救济

3.4.1 转包、违法分包情况下实际施工人的权利救济

依据《建工司法解释（一）》第 43 条规定，实际施工人可以突破合同相对性要求发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担付款责任。但是，参照最高院民事审判第一庭 2021 年第 20 次法官会议纪要，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多次分包关系中的实际施工人。

参照《川渝两高院解答》第 10 条规定，实际施工人可以依据合同相对性向转包人或者违法分包人主张权利，但多层转包和多次分包关系中的实际施工人不能依据《建工司法解释（一）》第 43 条规定向发包人主张权利。

3.4.2 挂靠情况下实际施工人的权利救济

3.4.2.1 挂靠人向发包人主张权利

承办律师可建议当事人主张参照最高院民事审判第一庭 2021 年第 20 次法官会议纪要，在发包人知道或应当知道挂靠的情况下，主张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合同关系。依据《民法典》第 146 条的规定，在建设工程验收合格的情况下，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。

在发包人对挂靠的事实不知情的情况下，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。在被挂靠人怠于向发包人主张权利的情况下，实际施工人可以依据《建工司法解释（一）》第44条规定行使代位权。

3.4.2.2 挂靠人向被挂靠人主张权利

承办律师可提醒当事人注意，借用资质的实际施工人与被挂靠人之间不存在真实的发承包关系，原则上挂靠人应当与直接建立事实合同关系的发包人主张权利，挂靠人不得向被挂靠人主张工程款。但如果发包人并不知晓挂靠的事实，挂靠人仅可依据挂靠协议向被挂靠人主张权利。

因合同约定或实际履行过程中发包人将工程款支付到被挂靠人账户，被挂靠人截留工程款不予支付的，挂靠人可向被挂靠人主张被截留部分的工程款。

第四章 工程价款及结算

承办律师代理的建设工程施工合同纠纷案件，工程价款及结算是控制和确定工程造价的核心争议，涉及建设工程相关主体的切身利益，也是建设工程施工合同争议过程中各方当事人争议和关注的重点问题。

4.1 计价依据

计价依据一般指建设工程施工合同“价款或报酬”条款（即工程造价条款），具体为工程价款有关计价方法或计价标准的约定。参照《工程造价术语标准》（GB/T 50875-2013）第 2.1.4 条的规定，计价依据是与计价内容、计价方法和价格标准相关的工程计量计价标准、工程计价定额及工程造价信息等。

4.1.1 计价依据没有约定或约定不明

依据《民法典》第 510 条的规定，承办律师处理施工合同中对计价依据没有约定或者约定不明时，可建议发、承包双方协议补充计价依据，如果无法达成补充协议的，可主张按照合同有关条款或者交易习惯明确计价依据。如仍无法按照相关合同条款或交易习惯确定计价依据的，则可依据《民法典》第 511 条第 2 款规定，主张按照签订合同时工程所在地的省、自治区、直辖市建设主管部门或行业建设主管部门编制发布的适用于各类建设工程项目的计价规范、工程量计算规范、工程定额、造价指数、市场价格信息等。

4.1.1.1 基准日

承办律师针对基准日没有约定或约定不明，发、承包双方又无法通过补充协议协商一致时，可参照《2013 版清单计价规范》第 9.2.1 条的规定，主张招标工程以投标截止日前 28 天、非招标工程以合同签订前 28 天为基准日。

4.1.1.2 基准价格

承办律师针对基准价格没有约定或约定不明，则可主张“基准日”的定额信息价格作为基准价格。

4.1.1.3 主材和主要设备

承办律师针对在主材范围没有约定或约定不明，并且发、承包双方又无法通过补充协议协商一致的情况下，可以引导当事人主张参照工程所在地省、自治区、直辖市建设主管部门或行业建设主管部门或其授权的工程造价管理机构发布的政策性文件。

合同约定承包人采购主要材料或主要设备可以调价的，但没有约定主要材料、工程设备价格变化的调整范围或幅度，发、承包双方又无法通过补充协议协商一致的，可参照《2013版清单计价规范》第9.8.2条的规定，单价变化超过5%时，超过部分的价格可参照该规范附录A的方法计算调整材料、工程设备费。实务中当事人可主张一般调价参照造价信息调整价格差额（即该规范附录A.2）。

4.1.1.4 人工费

承办律师针对人工费调差争议，可根据不同合同约定进行区分处理。总包合同中约定人工费不调整，则人工费一般可调整，而人工费调整方法没有约定或约定不明时，发、承包双方又无法通过补充协议协商一致的，可参照《2013版清单计价规范》附录A.2.2规定，人工单价发生变化且符合本规范第3.4.2条第2项的规定时，发、承包双方应按省级或行业建设主管部门或其授权的工程造价管理机构发布的人工成本文件进行调整，但承包人对人工费或人工单价的报价高于人工成本文件的除外。需特别指出的是，《2013版清单计价规范》将人工费调整纳入政策性调整的范畴。

合同约定施工机械台班单价或施工机械使用费可调整，但调整方法没有约定或约定不明时，发、承包双方又无法通过补充协议进行协商的，可参照《2013版清单计价规范》附录A.2.1规定，机械使用费按照国家或省、自治区、直辖市建设主管部门或行业建设管理部门或其授权的工程造价管理机构发布的机械台班单价或机械使用费系数进行调整。

4.1.2 工期延误对工程价款调整

承办律师可依据《民法典》第590条第2款与第513条、参照《2013版清单计价规范》第9.2.2条与第9.8.3条、《川渝两高院解答》第14条的规定，工期延误期间发生法律法规变化、市场波动引起物价变化、不可抗力引起的人工、材料、施工机具价格大幅涨跌的，如果非因承包人原因导致的，

价格上涨时调整合同价款，价格下跌时不调整合同价款；如果因承包人原因导致的，价格上涨时不调整合同价款，价格下跌时调整合同价款。如因双方原因导致工期延误的，由承、发包双方按责任大小分担工期延误期间的人工、材料、施工机具价格上涨等所产生的损失。

4.1.3 承包人的预期利润

依据《民法典》第 584 条的规定，发包人擅自解除合同或因发包人责任而被解除合同的情形下，或者在发包人删减工程项目或缩减工程规模时，承包人有权主张合同正常履行可获得的可得利益即预期利润。预期利润的举证责任一般由承包人承担，承包人可向人民法院或仲裁机构提出对预期利润的工程造价鉴定申请，承办律师可建议和引导鉴定机构采取如下几种方式并依据其专业判断作出鉴定意见：（1）依据施工合同约定或投标文件中载明的利润率，来计算合同履行的预期利润；（2）参照《2017 版造价鉴定规范》第 5.10.6 条第 3 项“未完工程量与约定的单价计算后按工程所在地统计部门发布的建筑业统计年报的利润率计算利润”计算预期利润；（3）参照工程所在地或合同约定的计价定额中的利润率计算预期利润；（4）通过查询国家统计局《中国统计年鉴》得出工程所在地施工企业的社会平均利润率，计算得出预期利润；（5）由司法鉴定机构按照建筑行业普遍适用的软件计算得出预期利润。

4.1.4 同一工程多份施工合同均无效时的折价补偿

建设工程施工合同无效，承办律师可依据《民法典》第 793 条第 1 款的规定，经验收合格的建设工程可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿。同一建设工程订立多份建设工程施工合同均无效，工程质量经验收合格的，依据《建工司法解释（一）》第 24 条的规定，一方当事人主张参照实际履行的合同关于工程价款的约定作为折价补偿的依据，应参照实际履行的合同进行结算；实际履行的合同难以判断，则参照最后签订的合同关于工程价款的约定进行折价补偿（结算）。

当实际履行合同发生争议时，发、承包双方可通过对比数份合同的不同之处，并结合往来函件、会议纪要、具体实施施工过程中的施工组织设计、工程已完形象进度审核表、工程进度款的申请表、工程款收支凭证等综合判

断实际履行的合同或协议。

当不能通过上述方式判断实际履行的合同，则可参照最后签订的合同作为结算依据。发、承包双方对最后签订的合同发生争议时，可通过合同备案时间、用印记录表、标前签订还是标后签订、印鉴更换时间等多种方式进行鉴别，或申请对笔迹形成时间的司法鉴定，来主张合同的签订时间。

4.1.5 极端不平衡报价引起的工程价款调整

不平衡报价是指发、承包双方采取工程量清单计价方式时，承包人在投标总价或合同总价基本确定后，通过调整工程量清单的分部分项工程综合单价的构成，利用施工过程中发生《2013 版清单计价规范》第 9.3 条“工程变更”、第 9.4 条“项目特征不符”、第 9.6 条“工程量偏差”的调价规则，在不抬高总价或不影响中标的情形下，又能在支付或结算时获得更多收益的报价方法。

承办律师处理不平衡报价争议时可协助当事人分析偏差容许值，如超出该偏差容许值，就可主张该报价为“极端不平衡报价”。极端不平衡报价可通过对投标人每一个清单项目的综合报价与按清单定额正常组价的综合单价进行“上下浮动比例”对比，如发现下浮或上浮比例异常（如某一子项目下浮 70%，而其他子项目均下浮在 6%-8%，或有个别子项目还存在上浮的情况），就可以判断为承包人采取了“极端不平衡报价”。“极端不平衡报价”还可通过造价鉴定或专家辅助证人意见来准确判断，供人民法院或仲裁机构参考。发包人还可以承包人的该极端不平衡报价，将“工程变更后的工程量”代入在招投标时原各投标人的单项报价下浮率，修正各投标人的投标报价，来判断承包人是否还能够中标，从而综合考量对其他投标人、招标人是否公平，从这个角度去否决该极端不平衡报价。

依据《民法典》第 151 条规定，极端不平衡报价一般不构成“显失公平”。当不平衡报价特别是极端不平衡报价，导致发包人利益严重失衡时，发包人可依据《民法典》第 1 条、第 7 条的规定，主张承包人因扰乱市场秩序的行为或违背诚实信用原则，拒绝认可该不平衡报价。若非因承包人原因导致承包人利益严重失衡，则一般可否决原不平衡报价，酌定发包人补偿承包人部分利润或参照定额标准和市场报价情况据实结算。若因承包人原因导致其利

益严重失衡，一般会认为不平衡报价系承包人的自愿和主动行为，承包人则自行承担相应后果，并按照该不平衡报价结算。

对极端不平衡报价的争议，往往存在按“类似项目调整单价”还是按“新项目重新组价”的争议。类似项目的单价调整，参照按《2013版清单计价规范》第9.3.1条第2项的规定，其单价可以承包人的类似项目的“单项投标报价下浮率”进行调整。非类似项目（即为新单价项目），参照《2017版施工合同示范文本》通用条款第10.4.1第3项进行商定或主张调整单价。当无法达成一致时，则可参照《2013版清单计价规范》第9.3.1条第3项规定的“承包人报价浮动率”进行重新组价。类似项目，一般指施工工艺工序相同，但材料用量有差异；或者材料相同，施工工艺有所不同。当事人对类似项目的判断可借助于专家辅助人或司法鉴定程序。

4.1.6 计价依据前后约定不一致或矛盾

承办律师处理必须招标工程项目，且通过招投标方式签订中标合同且合同有效，中标合同与另行签订的建设工程施工合同的计价依据约定不一致或矛盾时，依据《建工司法解释（一）》第2条规定，应以中标合同约定的计价依据为准。

承办律师处理非必须招标工程项目，但通过招投标方式签订中标合同且合同有效时，中标合同与另行签订的建设工程施工合同的计价依据约定不一致或矛盾的，依据《建工司法解释（一）》第2条、第23条规定，应以中标合同约定的计价依据为准，但发包人与承包人因客观情况发生了在招投标时难以预见的变化而另行约定的除外。

通过招投标方式签订中标合同，但中标合同与招标文件、投标文件、中标通知书不一致或有矛盾时，承办律师可依据《建工司法解释（一）》第2条、第22条规定，以招标文件、投标文件、中标通知书所载计价依据主张结算工程价款。

多份无效合同约定不一致或有矛盾时，依据《建工司法解释（一）》第24条规定，应以实际履行的合同判断计价依据进行结算工程价款，当无法判断实际履行合同时，则应以最后签署的合同约定的计价依据进行结算工程价款。

同一份施工合同下，合同组成文件约定的计价依据不一致或相矛盾时，承办律师可按合同约定解释顺序主张计价依据。如仍不能判断时，当事人可依据《民法典》第 466 条、第 544 条规定的“当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更”以及《民法典》第 142 条第 1 款规定“有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义”来推定双方当事人的真实意思表示。

4.2 计价方式

4.2.1 清单计价

清单计价是指由发包人或其委托的招标代理人编制工程量清单，承包人按该工程量清单进行自主报价并按实际完成的清单项目工程量进行结算工程价款的一种最为常见的计价模式之一。

4.2.2 定额计价

定额计价是指按照国家或各省级建设主管部门和行业主管部门发布的定额项目和工程量计算规则，以及主管部门发布的人工工日单价、机械台班单价、材料以及设备价格信息及同期市场价格，计算出直接费（人工费、材料费、施工机具使用费）、间接费、利润、税金等数额，进行汇总确定建设工程造价的一种传统方式。在定额计价模式下，工程造价以建设主管部门颁布的预算定额和相应的配套文件作为计算工程造价的依据。

4.2.3 清单计价与定额计价的区别与联系

4.2.3.1 计价依据不同

定额计价核心依据是建设主管部门颁布定额和相应的配套文件，定额计价是统一的预算定额和费用定额、调价系数的总和，该价格相当于政府定价。清单计价的主要依据是施工单位根据发包人或其委托的招标代理人编制的工程量清单进行自主竞争性报价。施工单位往往没有自己的企业定额，而是参照预算定额（视作自己的施工定额）的工程量与定额价、结合市场价转换成清单项目工程量进行自主竞争性报价。因此，在清单计价模式下，才会产生“不平衡报价”，并因《2013 版清单计价规范》第 9.1.1 条规定的第 1 至 7 项调整

合同价款。

4.2.3.2 工程量计算规则不同

定额计价是以各个省级建设主管部门发布的“工程定额工程量计算规则”为依据，各个省级建设主管部门发布的计算规则不尽统一。清单计价是全国统一参照《2013版清单计价规范》附录的工程量计算规则进行计量计价。定额计价未区分施工实物性损耗与施工措施性损耗。清单计价把施工措施与工程实体项目进行分离，把施工措施消耗单列并纳入了竞争的范畴。

定额计价与清单计价有关工程量计算规则本质区别在于是否计算“合理损耗量”。清单计价工程量计算规则以图示工程实体尺寸“净”量为依据，不考虑施工方法和施工工作面、工艺搭接等情形的合理损耗量。而定额计价的工程量计算则需考虑施工方法、施工工序、工艺搭接等合理损耗量。

4.2.3.3 单价组成不同

定额计价通常采用的预算单价模式为“工料单价法”，一般只包括单位定额工程量所需的人材机费用，不包括管理费、利润，更不考虑风险因素。但某些省份如四川省则在清单预算定额中将“企业管理费、利润”设定相应的“管理费基价”、“利润基价”。

清单计价采取的“综合单价”，即包括完成一个清单项目所需的人工费、材料和工程设备费、施工机具使用费和企业管理费、利润以及一定范围内的风险费用。

4.2.3.4 计价原理不同

定额计价是按照定额子目的划分原则，将图纸设计的内容划分为计算造价的基本单位，即进行项目的划分和计算每个项目的工程量，然后“套取”相应的定额并计取工程的各项费用，最后汇总得到整个工程造价。采取定额计价的单位工程造价由直接工程费、间接费、利润、税金构成，计价时先计算直接费，再以直接费（或其中的人工费）为基数计算间接费用、利润、税金，汇总为单位工程造价。

承办律师处理定额计价模式的项目划分可着重考虑施工方法因素，不同的施工方法，将会“套取”不同的“定额”价，从而限制了企业竞争优势。

同一工程由于采取不同的施工方法或施工方案，其套取的定额工程量与定额价不尽相同。

采取工程量清单计价的工程造价由工程量清单费用（=∑分部分项工程清单工程量*工程量清单综合单价）、措施项目清单费用、其他项目清单费用、规费、税金五部分构成。采用清单计价模式的项目不再与施工方法、施工方案挂钩，而是将施工方法的因素放在组价中由报价人考虑，结算时按综合单价进行结算。

4.2.3.5 风险分担原则不同

定额计价法，承包人按实际施工方法、施工方案（承包人可按对自身最有利的施工方法进行施工）及按照施工当期计算人工、材料费、施工机具费，采取定额计价法的承包人均不承担“量与价”风险，所有风险均是建设单位（发包人/招标人）一方承担。

清单计价法，招标人（发包人）与投标人（承包人）合理分担风险，投标人对自己所报的价格负责，投标报价考虑一定范围内的风险对价格的影响，承担“价”的风险。发包人对工程量清单的准确性、完整性负责，承担“量”的风险，如工程量清单错漏项或项目特征不符或工程量偏差等，承包人可按约定进行调整综合单价。

4.3 “承担无限风险或全部风险”等类似约定的效力

在建设工程施工合同中，发包人通常利用招标文件及所附合同条款或利用发包人的强势地位设定“任何情况不调整固定单价或固定总价”等类似条款将风险转嫁至承包人。但各省级建设主管部门出台的规范建筑市场秩序的指导意见均禁止合同约定无限风险条款。因而，承办律师可建议承包人提出该“承担无限风险或全部风险”等类似约定，因违背《民法典》第506条第2款规定“因故意或者重大过失造成对方财产损失的”的免责条款无效，违反《标准化法》第2条、《标准化法实施条例》第18条第3项、《2013版清单计价规范》第3.4.1条“建设工程发承包，必须在招标文件、合同中明确计价中的风险内容及其范围，不得采用无限风险、所有风险或类似语句规定计价中的风险内容及范围”的规定，并参照《九民会议纪要》第31条规定可主张该条款无效，或者参照《川渝两高院解答》第14条第3款“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”而提出该条款对双方没有约束力，可参照本《指引》第 4.1、4.2 条相关内容主张价格调整。

4.4 固定总价合同的结算

固定总价也称“总价包干”，是指合同当事人约定以施工图、已标价工程量清单或预算书及有关条件进行合同价格计算、调整和确认的价格，在约定的范围内总价不作调整。承办律师代理案件过程中，若施工范围、工期、质量标准以及包干的风险幅度等未发生合同约定范围的变化且承包人完成了包干范围的工程量，而无需另行办理工程价款结算。若前述因素发生实质性变化，一般采取“原总价包干部分+（工程签证+工程量变化+超出约定风险范围等调整工程价款）”的方式进行调整，在诉讼和仲裁过程中，承办律师可建议承包人主张仅对“工程签证+工程量变化等调整工程价款”提出鉴定申请。

4.4.1 固定总价合同的竣工结算

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意见结算的，承办律师可建议依据《建工司法解释（一）》第 28 条的规定处理。

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，承办律师建议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的，可以参照工程所在地建设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。

同时，当主材价格风险超出正常市场风险时可能引发《民法典》533 条规定的“情势变更”，可参照《川渝两高院解答》第 14 条规定，承办律师可建议承包人提出主材超过正常的市场风险对工程价款调整，发包人亦可提

出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。

4.4.2 固定总价合同未完工的结算

因发包人违约解除合同或被承包人依法解除时，承办律师可建议承包人参照《川渝两高院解答》第15条规定的“价款比例法”申请鉴定已完工程造价，并主张对未完工程的预期利润损失。

因承包人违约解除合同或被发包人依法解除时，在承包人提出采用《川渝两高院解答》第15条规定的“价款比例法”进行鉴定已完工程造价的同时，承办律师可建议发包人提出申请对未完工程按工程所在地建设主管部门发布的计价方法或者计价标准计算的价款与“未完工程造价”之差价损失的鉴定。

4.5 平方米单价、模拟清单招标的“预转固”结算

平方米单价在性质上一般属于以建筑面积每平方米为计量单位的综合包干单价或固定单价，通常情形下“平方米单价*建筑面积”便转化成“固定总价”，因而平方米单价合同的结算可参照本《指引》第4.4条进行。当事人对建筑面积有争议时，承办律师可建议通过司法鉴定程序主张建筑面积。

商品房开发项目中常见的“预转固”计价模式，指先以模拟工程量清单招标，形成已标价清单，并在合同中约定待施工图完善和发、承包双方清标后签订补充协议确定施工图固定总价，其实质亦是施工图确定后，双方对施工图工程量按照模拟清单招标所报综合单价进行汇总而形成的固定总价，该种情形下的结算亦可以参照本《指引》第4.4条相关内容进行。如没有形成固定总价确认，仍按照招投标时的清单计价或者双方约定的清标计价原则进行结算。

4.6 先票后款

施工合同中约定了“先票后款”，但未明确约定发包人有权因承包人未开具发票而拒绝付款的，发包人以“未开具发票而拒绝付款”的抗辩不能成立。

施工合同有效并约定“先票后款”，“先票后款”条款一般对发、承包

双方具有约束力。但是因发包人支付工程价款是合同主要义务，而承包人开具发票是承包人取得工程价款的附属义务。在诉讼过程中，发包人以未开具发票为由而拒绝付款的抗辩一般不能成立。发包人对承包人未开具发票事宜，可通过提出开具发票或主张税金损失的反诉或另诉进行处理。

但如果施工合同有效且明确约定未开具发票的后果为发包人享有拒绝支付工程款的权利，原则上承办律师可建议发包人根据该条款对承包人的工程款支付诉求提出抗辩。

4.7 “背靠背”条款

根据总包单位向分包单位付款以收到业主单位工程款为前提和总包单位向分包单位付款以总包工程款已经办理结算为前提两个因素，可将“背靠背”条款区分为工程款支付时间的背靠背条款和工程价款结算的背靠背条款两种类型。

分包合同有效时，承办律师通常可主张“背靠背”条款有效。“背靠背”条款其性质不论是“附条件”或“附期限”还是“附条件+期限”，“背靠背”条款约定的内容原则上可约束分包合同当事人。

但如果总包单位拖延向业主办理结算或怠于行使其到期债权致使分包单位不能及时取得工程款，即使“背靠背”条款有效，承办律师仍可建议分包单位依据《民法典》第159条规定以总包单位不正当地阻止条件成就为由，请求突破“背靠背”条款约定，径行向总包单位主张工程款费用。

4.8 以房抵款

以房抵款作为工程价款的一种支付形式，如以房抵款协议无效或者不符合生效要件，不存在新债消灭旧债和协议实际履行的问题，相当于工程款债务支付不成功，债务人应当继续履行支付工程款的责任。

以房抵款协议达成后，通常承办律师可参照《最高人民法院第五巡回法庭法官会议纪要（2021）》相关内容主张以房抵款协议有效且不存在履行障碍，债权人不能要求债务人履行旧债，除非以房抵款协议明确约定债权人有权选择权。

债务履行期限届满后达成以房抵款协议，且已办理了房屋备案登记或预

告登记或不动产权登记时，承办律师可参照《九民会议纪要》第44条规定，主张此时以房抵债视为已付工程款。

债务履行期限届满前达成以房抵款协议，如已办理了房屋备案登记或预告登记或不动产权证登记时，通常按《担保制度司法解释》第68条规定的让与担保进行处理，除非在履行期限届满后重新达成新的以房抵款协议；新达成的以房抵款协议仍需参照《九民会议纪要》第44条规定，识别串通损害第三方合法权益或虚假诉讼情形对效力的影响。

4.9 质量保证金扣留

施工合同因发包人违约原因或其他非承包人原因（如不可抗力）而被解除，承包人可依据《民法典》第566条第1款规定，“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失”而主张支付质保金，但不影响承包人对工程承担质量瑕疵修复责任与法定保修义务。

施工合同因承包人违约原因而被解除且工程继续施工的情形下，承办律师可建议发包人依据《民法典》第567条“合同的权利义务关系终止，不影响合同中结算和清理条款的效力”的规定抗辩“扣留工程质保金”。在已施工工程质量合格的前提下，工程质保金的返还期限可依据《建工司法解释（一）》第17条规定，一般自解除合同之日开始计算质保金的返还期。

4.10 发包人收到竣工结算文件后逾期未答复的法律后果

“发包人应在收到承包人提交竣工结算文件后一定期限内予以答复，且逾期未答复则视为认可竣工结算文件”的意思表示约定仅在双方签订的《建设工程施工合同（示范）》“通用条款”中，或者在专用条款中约定“适用《2013版清单计价规范》等类似约定”而没有在专用条款明确指明“适用《2013版清单计价规范》第11.3.4条等类似约定”的，则不能简单的依据“通用条款”约定或“适用《2013版清单计价规范》等类似约定”认为发包人认可竣工结算文件，而需结合当事人在履行合同过程中的其他行为来辨别该条款对发包人的约束程度。

当事人在《建设工程施工合同》专用条款或另行签订的协议中明确约定

“发包人应在收到承包人提交竣工结算文件后一定期限内予以答复,且逾期未答复则视为认可竣工结算文件”,承办律师可建议承包人依据《建工司法解释(一)》第21条规定主张发包人逾期答复视为发包人认可竣工结算文件,但发包人只要抗辩提出过异议,发包人可主张不适用《建工司法解释(一)》第21条规定,不予认可承包人送审的竣工结算文件。

4.11 行政审计与财政评审

当事人没有约定或约定不明,工程结算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,当事人通常难以要求按照审计单位作出的审计意见或财政评审机构作出的评审结论作为工程造价的结算依据。

合同无效时,虽合同有明确约定以行政审计结论为准,承包人可提出“合同无效以审计结论为准的条款亦无效”,主张该约定对承包人不具有约束力。

承办律师可提醒当事人注意,因发包人原因导致未能及时进行审计的,如发包人存在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怠于履行合同约定配合审计义务的行为,承包人可以发发包人不正当地阻止条件成就为由向人民法院提请司法鉴定来主张工程造价。

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、不真实、不客观的,可向人民法院申请补充鉴定、重新鉴定或者补充质证等方法救济权利。承包人也可以通过行政诉讼的方式,请求撤销行政审计结论。

在发、承包双方达成竣工结算协议后,发包人上级单位启动行政审计时,在双方未达成新的竣工结算协议前,承包人可主张该审计结论不影响双方竣工结算协议的效力。

财政评审可参照“行政审计”的指引规则执行。

第五章 签证与索赔

签证是发、承包双方就施工过程中涉及的影响双方当事人权利义务的责任事件所作的补充协议。承办律师可参照《2013 版清单计价规范》第 2.0.24 条、《工程造价术语标准》（GB/T50875-2013）第 3.48 条之规定，将“现场签证”定义为“发包人现场代表（或其授权的监理人、工程造价咨询人）与承包人现场代表就施工过程中涉及的责任事件所作的签认证明”。签证在法律性质上属于合同变更的范畴。

5.1 签证的效力判断

5.1.1 签证主体对签证效力的影响

承办律师可提醒当事人注意，发、承包双方判断签证主体对签证效力的影响，可针对不同签证主体的身份进行分类分析：对于发、承包双方法定代表人签证效力问题通常按照法定代表人制度予以解决，除非相对人知道或应当知道法定代表人超越权限；对于发包人代表或项目经理等人员应当综合考量签证形成时签证主体是否享有明确授权、以及是否存在表见代理等情况综合予以主张；对于监理人员签证的效力问题，依据《建筑法》第 32 条第 1 款规定，监理对技术签证等施工事实的签认属于其工作职权范畴，可为有效签证；但对经济签证的签认没有明确授权的，其签证的效力并不当然有效。

5.1.2 签证内容对签证效力的影响

发、承包双方在施工过程中的签证行为实际构成对之前签订的建设工程施工合同内容的变更，鉴于签证发生的原因通常是建设工程施工过程中所出现的客观因素，且签证金额在合同总造价中通常占比较低，对双方当事人的主要合同权利义务产生的影响有限，签证内容通常不会因构成“实质性变更”而无效。

5.1.3 签证的法律后果

承办律师可提醒当事人注意签证内容无论包含费用、工期还是工程量，均直接影响发、承包双方的权利义务，视为对施工合同的补充，可按照施工合同约定计价体系、计量原则，结合施工合同的解释顺位以及索赔程序约定

等内容主张签证纳入最终的工程款结算的方式。

如果签证包含签证事实与签证费用两部分内容的，则可将签证计入工程款结算，除非对方当事人以“重大误解或显失公平”等理由进行撤销；如果签证内容仅涉及签证事实而并不包含签证费用，则可按照施工合同约定计价体系、计量原则，结合施工合同的解释顺位以及索赔程序约定等，综合主张签证费用的实现方式。

5.2 签证的争议处理

5.2.1 签证费用争议的处理方式

承办律师处理施工过程中发生的签证费用争议，原则上优先建议发、承包双方采用现场签证方式进行协商处理；如双方不能以签证方式解决争议的，可通过施工合同中索赔事项约定进行主张；如仍旧未能将争议费用纳入工程索赔范围的，则双方可通过诉讼或者仲裁程序予以解决。

5.2.2 瑕疵签证的处理方式

承办律师可建议承包人对已经形成签证的签证费用参照《2017版造价鉴定规范》第5.9.1条规定向发包人进行费用主张，如果主张过程中出现的瑕疵签证问题，可通过《2017版造价鉴定规范》第5.9.2条关于瑕疵签证鉴定规则予以处理。

但如果签证本身存在瑕疵导致客观上不能按照上述规则予以处理或发包人在结算过程中以各种理由拒绝认可签证内容计入工程款的，承包人可考虑将签证费用通过工程索赔路径，按照施工合同约定的索赔程序或提起诉讼或申请仲裁予以救济。

5.3 索赔期间的主张

5.3.1 开、竣工时间的主张

5.3.1.1 开、竣工工期的主张

发、承包双方关于索赔期间的开、竣工工期问题，法律上通常依据《建工司法解释（一）》第8条关于开工日期的规定和第9条关于竣工日期的规定予以主张。

但对于工程实践中出现的影响开、竣工日期判断的各种特殊情况，发、承包双方可综合参照《2017版造价鉴定规范》第5.7.1条关于开工时间规定和第5.7.3条关于实际竣工时间规定进行主张。

5.3.1.2 无施工许可证的开工时间主张

实务中存在部分建设工程在无施工许可证前提下便已经实际开工的情况，原则上办理施工许可证属于行政审批的范畴，民事诉讼中并不当然以施工许可证作为判断开工时间的前提条件，当事人可按照实际施工时间主张开工时间。

5.3.2 工期延误相关的证据

承办律师可提醒当事人注意，发、承包双方主张对方工期延误责任的，可考虑提出下列工期索赔证据，包括但不限于：建设工程施工合同、工程量清单及其清单单价分析表、施工图纸、反映施工现场条件现状的文件或视听资料、开工令或开工报告、发包人指令及确认文件、监理通知/函件、发包人逾期付款情况、非发、承包双方原因的政府行为所形成的证明材料、不可抗力事件发生的事实及依据、工程款支付文件、预验收会议纪要或竣工验收报告等。

另外承办律师可根据不同工程所面对的不同施工情况，在上述常见的延误证据之外，进一步搜集场地交付、图纸交付、施工许可证的办理情况、双方确认的变更工期的文件、监理会议纪要（周、月、专题会议纪要）、施工日志、气象资料、发现化石与文物后情况上报和处理方式的文件等证据，全面梳理具体施工过程中工期延误的事件和原因。

如果建设项目本身施工情况较为复杂且工期延误责任的判断本身需要借助于造价专业知识，可考虑采用专家辅助人制度，帮助梳理和解释工期延误归责原因、延误事实是否属于关键线路、工期延误期限等专业性问题。

5.3.3 工期延误责任承担

承办律师可提醒当事人注意，发、承包双方在能区分各方过错所导致的具体工期延误天数的情形下，承办律师可建议守约方当事人结合合同违约约定向违约方当事人主张工期延误责任。如果导致工程工期延误的原因是多方

主体造成的，且无法精确计算不同过错方导致的具体延误天数情况下，承办律师可建议当事人根据案件情况考虑公平原则、诚实信用原则、合同履行情况、当事人过错等因素综合主张工期延误责任。

但作为违约方当事人即使确实对工期延误的事实存在过错，仍可通过主张守约方存在不当扩大延误损失、违约金比例过高等内容请求调减工期延误责任。

5.4 工程索赔与违约责任

5.4.1 工程索赔和违约责任的关系

参照《2013版清单计价规范》第2.0.23条可知施工索赔是指在合同履行过程中，合同当事人一方因非己方的原因而遭受损失，按合同约定或法规规定应由对方承担责任，从而向对方提出补偿的要求；而依据《民法典》第577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。同时在《2017版施工合同示范文本》中，违约与索赔也处于并列位置，分别为该文本通用条款中的第16条和第19条以及专用条款对应内容。综合上述规定，承办律师处理工程索赔和违约责任在一方当事人存在违约或违法情形下，对于守约方权利救济存在竞合关系。但依据前述规定，二者在实务适用过程中对于适用依据、适用期限以及赔偿范围等存在区别。

5.4.2 工程索赔和违约责任的选择适用问题

针对同一违法或违约事项，当事人基于法律规定或合同约定同时享有索赔和主张违约责任两种权利，而在实务中通常只能选择其一进行权利救济，即只能选择索赔路径救济或违约责任救济。

承办律师可提醒当事人注意，工程索赔和违约责任两种救济路径的选择需要综合项目建设整体情况进行考虑。对于发、承包双方尚有协商和合作可能，存在能够便利地通过工程索赔程序来固定当事人损失和索赔事实、索赔金额能够覆盖当事人一方真实损失、提起索赔符合合同约定的索赔期限等事项的情况下，工程索赔程序可以作为当事人救济自身权利的有利路径之一。而对于当事人选择违约责任救济路径的，承办律师可提示当事人综合考虑是

否明确约定违约责任以及违约金金额存在调减风险等因素。

5.5 逾期索赔失权的适用问题

5.5.1 “逾期索赔失权”条款的效力

通常而言，“索赔逾期失权”条款是合同双方通过合同约定创设的权利失效期间，当发、承包双方在施工合同中均明确索赔期限并明确约定了索赔时限届满承包人未行使权利会导致索赔权的消灭，承办律师可主张该条款符合《民法典》第140条规定的“默示条款”，属于有效条款并约束发、承包双方。

5.5.2 “逾期索赔失权”条款的合理抗辩

承包人依据《建工司法解释（一）》第10条规定应当在约定期限内提出索赔，但如果超过约定期限的，承包人可主张发包人存在约定期限后同意工期顺延或通过合理抗辩的方式否认“逾期索赔失权”条款的适用。承办律师可提醒当事人存在以下合理抗辩事由：（1）承包人是因客观原因导致未能在约定期限内提出索赔；（2）未能按照约定提出索赔，但索赔事件可通过其他证据佐证客观存在索赔事实；（3）考虑承包人在诉讼中主张工期顺延对发包人的影响，即如果发包人因承包人未进行索赔而相信承包人不再主张工期顺延，从而做了不予顺延工期安排的，则通常承包人抗辩“逾期索赔失权”条款不成立，反之则可视为承包人的合理抗辩。

5.6 结算完成后的索赔问题

承办律师应对承包人在结算过程中的索赔纠纷，如果发包人已经对索赔事项进行了处理，且参照《建设工程价款结算暂行办法》（财建[2004]369号）第14条和《2013版清单计价规范》第9.13.6条规定，工程结算包含施工合同价款、合同价款调整内容以及索赔事项，工程结算的目的在于建设工程项目施工完毕后对建设施工合同履行过程中合同双方债权债务进行最终确认，工程结算实际是双方当事人对合同履行中存在争议的最终协商一致的结果，原则上一方当事人在完成工程价款结算后不能另以存在索赔事项而提出索赔。

但如果存在结算协议等文件中明确约定保留提起索赔诉讼的权利、承包

人在结算中提出索赔请求但发包人恶意不予处理或结算后新发生的索赔事项等情形，承办律师可建议承包人在结算后另行向发包人提起索赔。

5.7 索赔费用的主张问题

5.7.1 索赔费用的主张

参照《建筑安装工程费用项目组成》（建标[2013]44号）规定，索赔费用的主要组成内容同工程款的计价内容，通常索赔费用按费用构成要素组成划分为人工费、材料费、施工机具使用费、企业管理费、利润、规费和税金。

但在上述原则性费用分类基础上，实务中承办律师可着重引导当事人梳理和主张停窝工人工费用、人员遣散费用、现场保护和安全防护等费用，临时设施的摊销，现场材料损失等常见较大金额索赔费用项。

5.7.2 索赔费用中预期利润的主张

索赔费用中关于预期利润的费用主张问题可参照本《指引》第4.1.3条内容予以处理。

5.7.3 索赔费用中企业管理费的主张

承包人向发包人提起费用索赔并主张企业管理费用的，企业管理费用的内容可以包括管理员工资、办公费、差旅费、固定资产使用费、工具用具使用费、劳动补贴费、工会经费、职工教育经费、财产保险费、劳动安全卫生检测费、财务费、税金和其他费用，同时可考虑从企业总部管理费与企业现场管理费两个费用发生维度进行主张。以上费用内容的计价依据可以参照建设工程造价信息数据、企业审计或财务数据中项目管理费数据（包括参照类似项目或企业平均项目管理费）等内容进行主张。

但是如果承包人没有资质或超越资质承揽工程的，则发包人可请求根据承包人的资质情况并结合施工实际管理水平要求对承包人企业管理费的主张进行免除或扣减。

5.7.4 管理员工资的主张

承包人索赔费用中主张管理员工资中的管理人员通常限于承包人为实施该项工程施工管理而专门组建的工程项目中的项目经理负责人以及项

目部下属的“九大员”（即施工员、质量员、安全员、标准员、材料员、机械员、劳务员、资料员和劳资管理员）。对上述人员的工资支付标准按照承包人在索赔期间实际支出发生的费用作为计算依据。实务中亦存在对非项目部备案的管理人员工资的索赔，承办律师可建议当事人结合相关人员是否现场实际参与施工、发包人是否认可以及工资是否有必要支付进行综合审查。另外，如果在实践中发包人发现管理人员工资发放的标准远远超过市场标准的，亦可要求参考市场标准主张管理人员工资。

但在实践中，基于项目管理人员工资存在部分延期或延缓支付的情况，对于尚未实际支付或者难以直接举示实际支付记录的管理人员工资标准仍可考虑根据现场管理费率或投标费率以及建设主管部门相关人工定额管理文件进行推算的方式予以主张。

5.7.5 现场大型机械设备的停窝工损失的主张

承办律师可建议承包人向发包人主张现场大型机械设备的停窝工损失通常包含两类，第一类为现场大型机械设备本身基于租赁或折旧或可能存在对第三方单位违约赔偿费用的索赔费用；第二类为现场大型机械设备因停窝工而承包人为及时止损所产生的主动撤出机械设备等进出场费用索赔。

而对于上述大型机械设备折旧比例、租赁台班计算标准和进出场费用等计算标准，可参照施工项目当地主管部门的定额标准或造价信息价。

5.7.6 材料调差费用

材料调差费用索赔可参照本《指引》第4.1.1条内容予以处理。

第六章 工程质量及保修

建设工程质量是在国家现行有关法律、法规、技术标准、设计文件和合同中，对工程安全、适用、耐久、环保等特性的综合要求。质量合格是建设工程交付使用的基础，也是承包人获得工程价款或者工程折价补偿的前提条件。对于质量不合格工程，承办律师可建议发包人依据《民法典》第 793 条第 2 款规定，主张拒绝支付工程价款。实务中，承办律师对工程质量合格的主要判断依据是竣工验收合格。

6.1 建设工程质量合格

6.1.1 竣工验收

承办律师判断工程质量合格的标准以竣工验收合格作为重要依据。依据《民法典》第 799 条规定，“建设工程竣工后，发包人根据施工图纸及说明书、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，并接收该建设工程”。通常情形下，工程竣工验收是建设过程中最后一道工序，是建设工程由建设转入使用的重要标志。竣工验收是建设单位组织施工单位、勘察单位、设计单位和监理单位，对该项目是否符合规划设计要求以及建筑施工和设备安装质量进行全面检验以判断工程是否合格的过程，建设单位在竣工验收中处于主导地位。工程经验收确认达到要求，符合国家规范标准的，参加验收各方出具竣工验收合格意见，通常表现为“工程竣工验收意见书”或者“竣工验收报告”，即证明工程质量合格，该竣工验收日即为竣工验收合格日期。

6.1.1.1 竣工验收备案

承办律师可建议当事人注意，竣工验收备案记载的日期不等同于建设单位组织竣工验收确认合格的日期。依据《工程质量管理条例》第 17 条的规定，竣工验收备案是在工程竣工验收后，建设单位按照行政管理规定，及时收集、整理建设项目各环节的文件资料，建立、健全建设项目档案报建设行政主管部门或者其他有关部门备案。依据前述规定，行政主管部门并不对工程质量及完成情况进行评定，因此工程竣工备案并非判断工程是否验收合格的标准，工程竣工验收合格日期与竣工备案表载明日期不一致时，以建设单

位实际组织工程验收并由建设、施工、勘察、设计和监理五方确认工程质量合格日期为准。

6.1.1.2 存在多份验收报告时竣工验收时间的主张

在建设工程实务中，往往存在阶段验收的情形，最后的总工程验收也是建立在分阶段验收的基础上进行。建设工程存在多个能够分割的分部工程时，时常出现已完成验收的项目在工程整体验收时不再重新验收或者分阶段验收后不再进行整体验收，导致诉讼中存在多份验收报告。

建设工程竣工验收是对工程的整体验收，如工程存在多份验收报告，原则上以最后完成的单位工程验收合格日期为准，即全部工程竣工验收合格之日作为竣工验收合格的时间。

6.1.2 已完工但未通过竣工验收

承办律师针对工程已完工，但发、承包双方在完工后验收前发生争议而双方难以共同协作完成验收工作时，基于承包人已完成施工工作，且完成的工程状态确定、完整，不存在因其他第三人的行为发生形态上改变的，当事人主张该工程存在质量问题，不能仅仅以其未进行竣工验收而直接地主张工程质量不合格，而应结合已完工工程的具体情况而综合判断。发、承包双方对于建设工程质量存在异议，一般可通过司法鉴定的方式予以判断。

6.1.3 未完工工程

工程未完工导致的未能通过验收的工程，即“烂尾”工程。对于未完工工程，承办律师可根据工程续建情况而区别论处。

工程未由第三人续建，则对未完工工程质量的判断可结合当事人提供的证据、工程已完工状态等因素。在发包人未提质量抗辩或发包人明确无质量异议的情况下，可视为发包人对承包人未完工工程质量的认可。如发包人提出异议时，根据举证责任的分配规则，应由承包人举证证明工程质量合格。通常情形下，承包人提供了已完工工程的检验批、分项、分部、单位工程验收等过程验收手续，则可推定质量合格，除非发包人有证据推翻过程验收手续。承包人不能举证证明其施工的未完工程质量合格的情况下，可申请启动鉴定程序判断工程质量。

未完工工程由第三人进行续建，如果工程由第三人完成续建，并最终实现竣工验收，承包人未完工工程的质量可视为合格。如果工程处于第三人续建过程中，工程并未竣工验收，工程尚不具备质量鉴定条件，发包人提出未完工部分质量不合格异议时，承包人可抗辩发包人在将工程交由第三人续建前，应首先对续建前承包人施工的工程情况进行确认，否则由此导致的质量责任无法判断以及未确认工程情况便开展的第三人续建工作可推定为续建前承包人已施工工程质量合格。

6.1.4 擅自使用

依据《建工司法解释（一）》第14条的规定，在建设工程未经过验收或者验收未通过的情况下，发包人违反法律规定擅自使用，即视为发包人对建筑工程质量是认可的，或者虽然工程质量不合格其自愿承担该质量责任。实务中承办律师代理案件常见的擅自使用主要包括以下情形：（1）向业主交房或已有业主入住；（2）对外出售或出租经营性用房后，房屋用于经营；（3）进行装饰装修或设施设备安装；（4）进行功能性使用；（5）发包人作为权利人实施的其他占有、使用、收益或处分的行为。

6.1.4.1 关于擅自使用的主张

“擅自”是指发包人不与承包人进行竣工验收而提前使用之行为。即使发、承包双方通过协商同意发包人在未通过竣工验收的情况下提前使用工程，仍然属于“擅自使用”情形。依据《建筑法》第61条“交付竣工验收的建筑工程，必须符合规定的建筑工程质量标准，有完整的工程技术经济资料 and 经签署的工程保修书，并具备国家规定的其他竣工条件”的规定，建设工程竣工验收不是发包人与承包人之间协商可以解决的，更是需要勘察、设计、监理对于工程进行综合性评定，未通过各相关责任主体的认可，不能认为完成了竣工验收工作，在此之前使用的行为都可主张为“擅自”。

6.1.4.2 擅自使用的例外

承办律师可提醒当事人注意“擅自使用”的例外情形，例如试运行不属于前述“擅自使用”的情形。公路工程、工厂特殊设备等建设项目中，发包人需要通过试运行来检验工程是否存在不符合合同技术要求以及项目能否满足合同目的、符合运行标准。发包人这种行为是为了发现工程中潜在的质

量问题，使工程质量达到合同要求以及国家标准。此情形下的试运营属于合法使用，不属于擅自使用。

为完成修复进场或接收不属于“擅自使用”。施工过程中，发包人 or 监理单位发现施工质量出现问题，承包人拒绝整改或承包人整改后仍然无法达到质量要求，为防止损失扩大，发包人可委托第三方修复。发包人这种为完成修复而委托第三方进场甚至解除与承包人合同接收工程的行为不应当被认为是“擅自使用”的范畴。

因承包人过错导致发包人未能组织竣工验收，发包人为防止损失扩大采取一定补救措施的进场，如承包人中途撤场，发包人进驻对现场进行保护和管理，发包人可主张该行为不属于“擅自使用”。

6.2 工程质量异议

6.2.1 竣工验收合格前的质量异议

未完成竣工验收时，工程质量不符合合同约定，与工程保修责任和质量缺陷修复责任不同，承包人承担的是工程质量责任，应当无偿对工程进行修理、返工或者改建，否则，发包人可以不予验收，并可据此主张工程款付款条件不成就。承办律师可建议承包人主张非因承包人原因导致质量问题，如设计缺陷或甲供材引发质量问题，依据《民法典》第 801 条规定应当由承包人承担证明责任，适时启动鉴定程序。承包人理由成立时，有权主张修理、返工或者改建增加的费用并顺延工期。

确因承包人原因导致质量问题或承包人对于质量原因无异议，发包人有权要求承包人进行整改，直至达到合同要求的质量标准，承包人拒绝、怠于或者未适当履行工程质量整改义务，触发合同约定解除条件的，发包人可依据约定主张解除合同，要求承包人撤场并赔偿损失。

承办律师可提醒当事人注意，实务中为规避工期延误的风险，推动工程项目尽早投入使用，发包人可能会采取自行委托第三方进行工程质量整改的方式解决问题。针对该情况，发包人可参照竣工验收后、质量保修期内更换维修主体的处理思路 and 方式进行处理。发包人可结合工程工期、整改难度以及承包人的专业水平等，在向承包人发送的书面通知中除明确整改事项、范围及期限外，并告知整改不合格情形后发包人有权自行或委托第三方进行整

改。后续出现承包人未适当履行整改义务的情况，发包人可主张承包人整改后仍不满足合同约定的质量标准，或承包人的施工能力已无法满足工程整改需要，同时整改不合格已致使双方失去信赖基础，由承包人继续履行整改义务不再合适，发包人可自行委托第三方进行整改，发包人为此支出的整改费用在工程结算时予以扣减。

6.2.2 竣工验收后的质量异议

工程竣工验收合格后，除地基基础或主体结构工程存在质量问题外，发包人不得再以工程质量不合格为由拒绝支付工程尾款。工程进入质量缺陷责任期和保修责任期，发包人对工程质量提出异议，可以参照《川渝两高院解答》第4条的规定，要求承包人承担质量缺陷责任或保修责任，即要求承包人在缺陷责任期内通过工程质保金担保的方式履行建设工程维修责任，或者要求承包人在保修范围内发生的质量问题履行保修责任并对造成的损失予以赔偿。

地基基础和主体结构工程依据《建筑法》第60条第1款的规定，在合理使用寿命内必须确保地基基础工程和主体结构质量。该规定属于法律强制性规定，承包人应在建设工程的合理使用期限内对地基基础工程和主体结构承担质量责任。所以即使竣工验收合格，有证据证明地基基础或者主体结构质量不合格的，承办律师仍可建议发包人拒绝支付工程款。

6.2.3 擅自使用后的质量异议

发包人擅自使用建设工程，承包人不再负有施工中或经验收不合格的质量缺陷责任，但仍应对工程保修期及保修范围内的工程负有保修责任。擅自使用视为发包人对建筑工程质量予以认可或者虽然工程质量不合格但是自愿承担该后果，随着发包人擅自使用，工程质量责任风险也由承包人转移给发包人，依据《建工司法解释（一）》第14条的规定，对于擅自使用部分的质量缺陷责任应当由发包人自行承担，发包人无权拒付工程价款，亦无权扣留质保金。但是对于保修责任，承办律师仍可参照《川渝两高院解答》第4条第3款的规定，主张擅自使用并不免除承包人的保修责任。

6.2.4 质量异议中的反诉和抗辩

针对承包人支付工程款的请求，发包人应以工程质量存在问题为由，要求

减少或者拒绝支付工程款，或者赔偿损失，属于反诉还是抗辩，承办律师可建议当事人根据工程是否经过竣工验收予以区分主张。

工程既未竣工验收，也未出现发包人擅自使用的情形，发包人以质量为由要求不付、少付工程款或者扣除修复费用的，可通过抗辩方式主张。但发包人以质量为由要求赔偿损失或者支付违约金的，可通过反诉的方式予以主张。

竣工验收后工程质量合格，除地基基础或主体结构工程外，发包人不得再以工程质量存在问题为由，抗辩减少或者拒绝支付工程款。但此时工程进入缺陷责任期和质量保修期，发包人举证证明工程存在质量问题的，基于缺陷责任可通过抗辩方式要求从质保金中扣减；或基于保修责任通过反诉或者另诉方式要求承包人承担修复费用或赔偿损失。

6.3 工程质量责任主体

6.3.1 总包及联合体承包

承办律师代理建设工程总承包案件，可提示总承包单位注意在其承包范围内对工程质量负责。同时对于联合体承包的，依据《建筑法》第 27 条第 1 款规定，可提示由共同承包的各方在承包范围内对建设工程质量不合格等造成的损失承担连带责任。

6.3.2 转包、违法分包和出借资质

承包人将建设工程转包、违法分包，或者出借资质情形的，包括层层转包、多次分包的，承包人、转承包人、分包人、实际施工人等所有环节的参与主体，施工过程中因其施工部分不符合规定的质量标准造成的损失，依据《建工司法解释（一）》第 7 条和第 15 条的规定，均应就施工质量向发包人承担责任。

6.3.3 专业分包、合法分包及劳务分包

专业分包、合法分包及劳务分包，即使前述行为不具有违法性，但是依据《建筑法》第 55 条规定：“总承包单位将建筑工程分包给其他单位的，应当对分包工程的质量与分包单位承担连带责任”。从文义看，该条规定未区分合法分包与违法分包。因此，无论是违法分包还是合法分包、专业分包

抑或是劳务分包，承包人与分包人均应就工程施工质量承担连带责任。

6.3.4 发包人指定分包

在发包人指定分包的情形下，依据《建筑法》第 58 条第 1 款的规定，分包人对分包范围内的工程承担施工质量责任；而依据《建工司法解释（一）》第 13 条的规定，发包人和承包人承担相应的过错责任，其中发包人存在选任过失的，应在过错范围内分担质量责任。总承包人存在配合、管理过失的，承办律师可主张过错方在过错范围内承担相应的责任。

6.4 缺陷责任期和质量保修期

6.4.1 “两期”内质量责任的性质和内容

承办律师可帮助当事人区分“两期”内质量责任的性质和内容。一般而言工程竣工验收合格后，工程随即进入缺陷责任期和质量保修期，“两期”同时开始起算。缺陷责任期内承包人承担的是质量缺陷修复义务，性质上属于瑕疵担保责任，承包人通过工程质保金担保的方式履行建设工程修复责任，修复费用超出质保金的，发包人可按合同约定向承包人索赔；而质量保修期内承包人承担的是保修义务，在保修范围内发生的质量问题履行保修责任，性质上属于法定义务，可以通过约定转移，但不能通过约定排除，在承包人拖延或者怠于履行保修义务时，依据《建筑法》第 75 条和《工程质量管理条例》第 66 条可能会产生行政责任。

两期内承包人维修义务的内容和范围并未产生本质区别，依据《工程质量管理条例》第 49 条规定，质量保修责任的内容主要包括基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程、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、供热与供冷系统、电气管线、给排水管道，设备安装和装饰装修工程和其他项目。而缺陷责任期内的修复义务并未有明确规定，两者修复内容存在交叉和重叠。

6.4.2 “两期”约定期限超过法律规定范围

缺陷责任期在《建设工程质量保证金管理办法》第 2 条第 3 款中规定一般为 1 年，最长不超过 2 年。如当事人约定质保金返还期限超过 2 年，超过 2 年的期限不属于缺陷责任期，可视为当事人对于返还工程质量保证金没有

约定。虽然《建设工程质量保证金管理办法》仅为住建部和财政部联合出台的部门规章，但从避免变相延长工程款支付周期，为建筑企业减负，营造公平竞争环境角度讲，对缺陷责任期超期约定做否定性评价，更贴合法律法规和行业主管部门关于质量保证金功能定位和价值取向。实务中也有观点认为，《建设工程质量保证金管理办法》仅为部门规章，其对工程质量保证金返还期限的规定，不能当然否定合同效力，工程质量保证金返还期限超过2年的约定依然有效。

《工程质量管理条例》第40条规定的保修期是法定的最低期限，当事人约定的保修期超过法定保修期的，其约定有效。

6.4.3 “两期”届满后的责任承担

两期届满后承包人质量责任的承担，承办律师可帮助当事人区分合同责任和侵权责任。承包人以合同为基础所产生的一般瑕疵修复责任结束，原则上不再对非缺陷性质量问题承担合同责任。但是“两期”届满后，承包人以侵权为基础所衍生出的“产品责任”依然存在，对于工程质量缺陷所造成的损害或者存在的危险，承包人需要在合理使用期限内依照法律规定承担侵权责任，包括赔偿损失、消除危险等。

第七章 工程价款优先受偿权

建设工程价款优先受偿权（以下简称“优先受偿权”）的性质一般认为是法定优先受偿权，是法律规定债权人对债务人特定财产享有的优先于其他民事请求受偿的权利，同船舶优先受偿权、民用航空器优先受偿权的性质类似，无须登记设立。优先受偿权优先于抵押权及其他债权，但劣后于商品房消费者的房屋交付请求权，劣后于房屋不能交付且无实际交付可能时商品房消费者的价款返还请求权。优先受偿权的行使期限属除斥期间，法律明确规定为最长不超过十八个月，不因当事人的约定而改变，亦不适用有关诉讼时效中止、中断和延长的规定。

7.1 优先受偿权的权利主体

7.1.1 违法建筑物的承包人

通常情况下，违法建筑是指违法建设行为违反土地管理部门或城市规划部门等行政主管部门审批规定所建造的，经规划行政主管部门审查认定违法的房屋和其他构筑物。

依据《规划法》第64条、第65条的规定，主管行政部门基于违法建筑能否“采取改正措施消除对规划实施的影响”进行区分处理，如属于“尚可采取改正措施”的违法建筑物，则给予限期改正，处建设工程造价百分之五以上百分之十以下的罚款，该违法建筑经采取改正措施后成为合法建筑，承包人依法享有工程价款优先受偿权；如该违法建筑无法采取改正措施消除影响的，限期拆除，不能拆除的，没收实物或者违法收入，可以并处建设工程造价百分之十以下的罚款。承包人原则上不享有优先受偿权。

“三无”建筑由于缺少土地使用手续、规划许可手续和施工许可手续，即使具有使用价值和使用功能，由于发包人与承包人双方的违法建设行为，依据《土地管理法》《规划法》等相关法律规定，“三无”建筑应限期拆除，优先受偿权的客体将不存在或无法稳定存在，且“三无”建筑本身也不可能用于协议折价或拍卖、变卖。因此，“三无”建筑物的承包人在庭审辩论终结前未取得相关手续的不享有优先受偿权。判决生效后，“三无”建筑通过补办相关手续合法化的，承办律师可建议承包人考虑依据《民事诉讼法》第

207条“有新的证据，足以推翻原判决、裁定的”相关规定向人民法院提起再审。

7.1.2 工程债权受让人

工程债权指发、承包双方关于建设工程项目，发、承包双方确认应付承包人的工程款或依据生效裁判文书确认发包人应付承包人的工程款，包括工程款、利息、违约金、损害赔偿金等。承办律师可提醒当事人注意，工程债权受让人并不必然享有优先受偿权。

多数观点认为，工程款受让人并非承包人，依据《建工司法解释（一）》第35条和《民法典》第807条已明确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优先受偿权，受让人不享有优先受偿权。

少数观点认为，依据《民法典》第547条第1款的规定，工程款债权允许转让，优先受偿权作为债权的从权利也应一并转让，优先受偿权并不具有人身专属性，因此，工程款受让人在受让主权利的工程款债权时，应当也受让了从权利的优先受偿权。根据风险与收益相对等的原则，工程款债权受让人在支付相应对价并承担工程款拖欠的风险后，也应享有优先受偿权。

7.1.3 民事强制执行程序中工程债权转让时的受让人

承办律师可提醒当事人注意，生效法律文书所确定的债权转让后，受让人可依据《人民法院办理执行案件规范》第51条和《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第9条“受让人在取得债权后应当及时根据相关规定申请变更、追加为申请执行人”的规定，向人民法院申请变更申请执行人，法院的执行依据为原生效判决。但工程债权较为特殊，受让后的工程价款是否享有优先受偿权问题在实务中存在较大争议。当事人应知晓在不予支持受让人享有优先受偿权的地区执行法院出具变更申请执行人的裁定存在不确定性。

7.1.4 实际施工人

依据《建工司法解释（一）》第35条和《民法典》第807条的规定，实际施工人原则上不享有优先受偿权。

7.2 优先受偿权行使前提条件

7.2.1 建设工程质量合格

依据《建工司法解释（一）》第38条、第39条的规定，建设工程质量合格是承包人行使优先受偿权的前提条件，而建设工程竣工情况并不必然影响优先受偿权行使。

依据《建筑法》第3条、第52条规定，建筑工程的质量必须符合国家有关建筑工程安全标准。在司法实践中，当合同约定的工程质量标准高于国家法定的质量标准时，若工程质量达到国家法定的质量标准但不符合合同约定的质量标准，承办律师可以主张承包人在此情形下通常享有优先受偿权，但仍旧存在一定争议。多数观点认为，建设工程质量合格的标准为国家对建设工程进行竣工验收的最低法定标准，只要建设工程质量合格，工程即可交付使用，能够保障人民群众的生命、财产安全。采用高于建设工程质量合格的标准，则存在使承包人建设工程价款优先受偿权制度的立法目的难以实现，建设工程质量符合国家标准低于合同约定的质量标准，不影响承包人行使优先受偿权。

7.2.2 不宜折价拍卖的工程

工程如果在法院执行阶段无法进行拍卖，将导致承包人权利落空。对于不宜折价拍卖的工程类型，常见情形包括：“三无”建筑，且无法将审批手续补正的；国家机关办公用房、军事建筑、以公益目的建设的学校、医院、市政道路、桥梁、铁路等。

7.3 优先受偿权范围

依据《建工司法解释（一）》第40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”及参照住建部、财政部建标[2013]44号《建筑安装工程费用项目组成》第1条“建筑安装工程费用按构成要素划分为人工费、材料费、施工机具使用费、企业管理费、利润、规费和税金……按工程造价形成顺序划分为分部分项工程费、措施项目费、其他项目费、规费和税金。”的规定，当事人主张建设工程价款优先受偿的范围可参照住建部等关于建设工程价款范围的规定，该规定如发生变化则优先受偿的范围也随之变化。同

时逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等不属于优先受偿的范围。

7.3.1 停工、窝工损失的优先受偿权

停工、窝工损失原因包括承包人责任事件、发包人责任事件（发包人违约）、发包人风险事件（政府因素、不可预见的地质条件等）。承办律师可提醒当事人注意，因发包人责任事件和发包人风险事件导致的停窝工损失依照法律规定和合同约定应当由发包人承担，但其是否属于优先受偿范围，实务中存在争议。

多数观点认为停窝工损失属于人员机械现场停滞损失等同于损失赔偿金，而工程价款是施工过程中人工材料机械等物化至建筑物的投入，停窝工损失未物化至建筑物不属于工程价款，不属于优先受偿权受偿范围。

少数观点认为停窝工损失属于《建筑安装工程费用项目组成》第1条规定的费用构成要素，同时参照《2013版清单计价规范》第2.0.18条、第2.0.23条、第2.0.51条、第9.1.1条第12项、第9.13.3条的规定，从造价形成顺序亦属于索赔项系合同履行中调整的合同价款，故停窝工损失属于建设工程价款，属于优先受偿权受偿范围。

7.3.2 优质工程奖励价款、赶工奖的优先受偿权

7.3.2.1 关于优质工程奖励价款

承包人为达到合同约定的优质工程标准，会采用更优的施工工艺、增加相应措施项目，承办律师可参照《2013版清单计价规范》第2.0.18条、第9.1.1条15项，主张其系合同价款的组成部分，属于优先受偿范围。

7.3.2.2 关于赶工奖

对于合同履行中因发包人要求承包人赶工，承包人采取加快工程进度之措施所产生的费用，参照《2013版清单计价规范》第2.0.25条、第9.1.1条10项、第9.11.2条规定，原则上提前竣工或赶工费系工程价款的一部分，属于优先受偿的范围。

但是对于总包合同中约定的提前完工奖励，部分观点认为该费用属于承包人单纯获利条款，因不属于工程价款而不享有优先受偿权。亦有部分观点

认为，承包人为提前完工而实际发生了相关工程费用，提前完工奖励可列为工程款，属于优先受偿权的范围。

7.4 优先受偿权行使方式

依据《民法典》第 807 条规定，承办律师可建议承包人行使优先受偿权的方式包括：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。

7.4.1 商事仲裁

依据《仲裁法》规定，建设工程价款优先受偿权纠纷属于商事仲裁机构的受案范围，仲裁裁决书自作出之日起发生法律效力，一方当事人不履行的，另一方当事人有权向人民法院申请执行。为此，承包人通过商事仲裁方式行使优先受偿权符合法律规定，属于有效的行权方式。

7.4.2 诉讼（仲裁）调解确认

基于调解的不公开性、优先受偿权目前也未有登记公示的制度要求，或存在发、承包双方利用调解制度损害第三方合法权益的可能。实务中，都会谨慎对待优先受偿权的调解确认，承办律师可建议承包人优选民事判决或仲裁裁决方式确认优先受偿权。

7.4.3 协议折价

当事人对协议折价方式行使优先受偿权的难点在于如何公平合理的主张建设工程价格且不损害发包人其他债权人的合法权益，即使由发、承包双方共同聘请评估机构对建设工程价值做出科学评估，也可能因为发包人的其他债权最终未能足额受偿甚至受偿比例较低，引发撤销权诉讼，承办律师可建议承包人谨慎选择以协议折价的方式行使优先受偿权。

7.4.4 单方发函

对于承包人能否通过单方发函的形式行使优先受偿权，现行法律法规及司法解释没有明确规定，且实务中争议较大，承办律师可建议承包人谨慎选择采用单方发函方式行使优先受偿权。

7.5 质保金的优先受偿权

质保金本质属于承包人工程款的一部分，因此依据《民法典》第 807 条的规定，承包人在质保金数额范围内享有优先受偿权。

依据《建工司法解释（一）》第 41 条的规定，承包人有权依照发、承包双方关于质保金约定返还时间计算质保金优先受偿权计算起算时间并主张优先受偿权；发、承包双方对于质保金返还时间没有约定或约定不明的则依据《建工司法解释（一）》第 17 条的规定，计算质保金优先受偿权起算时间。质保金分期返还的，实践中有的按每期返还的时间分别计算优先受偿权的起算点，承包人可考虑在每期质保金到期后的最长十八个月内及时主张优先受偿权。

7.6 优先受偿权的权利顺位

7.6.1 商品房消费者房屋交付请求权和价款返还请求权

依据《最高人民法院关于商品房消费者权利保护问题的批复》（法释[2023]1 号）第 2 条和第 3 条规定，商品房消费者主张的房屋交付请求权和价款返还请求权优先于建设工程价款优先受偿权。

7.6.2 破产程序中的优先受偿权

在破产程序中，仍然适用《建工司法解释（一）》第 36 条，即承包人享有的优先受偿权优先于抵押权和其他债权。依据《破产法》第 3 条规定，在优先受偿权消灭或者实现后的剩余部分，在破产程序中可用以清偿破产费用、共益债务和其他破产债权。实务中对于管理人实施的为实现优先受偿权有利的行为，比如在原停建的建筑工程上续建行为，产生的债务被认为是实现优先受偿权有益的共益债务，从而先于原承包人建设工程价款优先受偿权清偿。

7.7 承包人放弃与限制优先受偿权的效力

优先受偿权放弃与限制是指承包人通过签订协议或单方面承诺等方式向发包人或特定第三人放弃或限制优先受偿权的行使。承包人放弃该权利后，其对发包人享有的工程价款成为普通金钱债权，清偿顺序劣后于有担保的债权，与其他无担保的普通债权处于同一清偿顺序。

承办律师可以帮助当事人梳理两种主要类型的优先受偿权限制情形：一

种是承包人与发包人约定对其享有的优先受偿权的行使条件、债权数额或工程范围进行限定，该限定行为法律效力类似于承包人对优先受偿权的部分放弃。另一种是承包人仅向特定第三人承诺放弃优先于该第三人债权优先受偿的权利，该放弃行为对于发包人的其他权利人没有影响，其他权利人也不能援引该承诺对抗承包人。

依据《建工司法解释（一）》第42条的规定，在不损害建筑工人利益的前提下，承包人向抵押权人作出的放弃和限制优先受偿权的承诺，原则上有效。但如果承包人的放弃和限制损害建筑工人利益的，放弃和限制无效，承包人仍然享有优先受偿权。

第八章 司法鉴定

司法鉴定在建设工程领域争议处理过程中非常普遍，无论是工程造价鉴定、工程质量鉴定还是费用索赔鉴定等均直接影响着案件处理的结果。参与和规范司法鉴定程序对处理建设工程纠纷有特殊的价值和意义。

8.1 司法鉴定的启动

8.1.1 当事人申请

承办律师可告知一般情况下对需要鉴定的事项负有举证责任的一方当事人应当申请鉴定，当事人举证责任的分配应遵守《民事诉讼法》第76条第1款和《证据规定》第2条等相关规定。

8.1.2 裁判者依职权启动

特殊情况下，负有证明责任一方当事人未申请鉴定（含经裁判者释明后当事人仍未申请的情形），或者拒绝申请鉴定，但是待证事实属于专门性技术问题和有关法律、司法解释规定所需要明确的情形，且涉及可能损害国家利益、社会公共利益、恶意串通损害他人合法利益的，裁判者可依职权启动司法鉴定。

8.1.3 鉴定申请书的基本形式和内容

承办律师可结合案件具体情况和当事人请求的需要以书面形式提出鉴定申请，鉴定申请需明确鉴定目的、鉴定事项、鉴定范围、鉴定依据（含法律依据、合同条款依据、规范标准依据、图纸依据等）、鉴定期限、鉴定事由等基本内容。

撰写鉴定申请书时注意避免出现遗漏鉴定申请、鉴定申请与当事人请求无关联、鉴定事项不明晰、不当扩大或者缩小鉴定范围等情形。

因建工案件争议较大、复杂和证据繁多等原因，在鉴定事项中可设置兜底性的鉴定申请，以此避免遗漏鉴定申请，防止发生补充鉴定和造成司法鉴定延宕。

8.1.4 裁判者释明

当事人应申请鉴定而未申请时，依据《证据规定》第30条第1款和《建工司法解释（一）》第32条第1款等相关规定，在裁判者释明后仍不申请司法鉴定的，承办律师应及时告知当事人将承担举证不能的法律后果。

8.1.5 鉴定申请的异议

对启动鉴定申请或鉴定的内容和范围有异议的，承办律师可提醒当事人及时提出书面异议和提供相关证据材料。

8.1.6 鉴定的委托与接受

8.1.6.1 鉴定的委托

鉴定委托以书面形式列明以下主要事项：（1）委托鉴定的具体事项；（2）建设工程造价、建设工程工期或者停窝工损失、建设工程质量等鉴定的具体范围；（3）通过鉴定解决的争议和争议要点；（4）鉴定期限的具体要求；（5）其他根据案情情况需明确的事项。

8.1.6.2 鉴定机构及鉴定人的资质

承办律师可参照全国人民代表大会常务委员会《关于司法鉴定管理问题的决定》第2条、第4条和《司法鉴定机构登记管理办法》的相关规定，判断鉴定机构及鉴定人的资质等条件是否符合。在工程质量鉴定中涉及工程修复方案的鉴定时，可申请选择设计资质不低于案涉工程原设计单位资质的鉴定机构。原设计单位同时具有相应鉴定资质的，一般情况下应优先选择，当事人提出异议的除外。

8.1.6.3 鉴定机构的审查

鉴定机构选定后，承办律师可及时关注鉴定机构的经营范围、资质要求和司法鉴定人资质条件、执业范围等，审查鉴定机构的合法性。

8.1.6.4 鉴定机构及司法鉴定人的回避

鉴定机构和司法鉴定人存在《民事诉讼法》第47条及《2017版造价鉴定规范》第3.5条规定情形的，承办律师可建议当事人申请回避。

8.1.6.5 鉴定方案

通常情况下，鉴定人会根据鉴定项目的特点、鉴定事项、鉴定目的和要

求制定鉴定方案，方案内容包括鉴定依据、应用标准、调查内容、鉴定方法、工作进度及需由当事人完成的配合工作等主要内容。

承办律师可建议当事人申请鉴定机构披露鉴定方案，当事人对鉴定方案存在异议的，可及时向裁判者提出书面异议，要求鉴定机构调整、修订鉴定方案并重新报技术负责人审批后提交裁判者。

8.2 鉴定事项与范围

8.2.1 主要鉴定事项

8.2.1.1 工程质量鉴定

工程质量鉴定事项一般包括但不限于：（1）建设工程质量鉴定（已完工工程、在建未完工工程）；（2）建设工程灾损鉴定（在建工程对周边环境、已建成工程的影响）；（3）建设工程其他专项质量鉴定：建（构）筑物渗漏鉴定、建筑日照间距鉴定、建筑节能施工质量鉴定、建筑材料鉴定，工程设计工作量和质量鉴定、周边环境对建设工程的损伤或影响鉴定、装修工程质量鉴定、绿化工程质量鉴定，市政工程质量鉴定、工业设备安装工程质量鉴定、水利工程质量鉴定、交通工程质量鉴定、铁路工程质量鉴定、信息产业工程质量鉴定、民航工程质量鉴定、石化工程质量鉴定等；（4）修复方案质量鉴定；（5）其他工程质量鉴定事项。

承办律师在申请工程质量司法鉴定时，可就修复方案和修复费用一并提出鉴定申请，亦可在后续审理中，根据已查明的质量问题的具体情况，再行提出对该质量问题的修复方案以及修复费用的鉴定申请。

8.2.1.2 工程工期鉴定

工期鉴定事项一般包括但不限于：（1）因承包人原因造成的工期延误司法鉴定；（2）非承包人原因造成的工期顺延司法鉴定；（3）不可抗力原因造成的工期延误司法鉴定；（4）工期共同延误的原因力、因果关系和责任份额承担的司法鉴定；（5）其他工程工期鉴定事项。

工期鉴定目前较难实现，建议可以聘请专家辅助人参与工程工期鉴定，对工期专门性问题提出专家辅助人意见和对工期司法鉴定意见提出质证意见。

8.2.1.3 工程造价鉴定

工程造价鉴定事项一般包括但不限于：（1）已完工程造价鉴定；（2）停工、窝工损失鉴定；（3）工程质量不合格修复费用鉴定、维修费用鉴定；（4）工程维保另行委托情形下费用鉴定；（5）未完工项目费用鉴定；（6）未完工部分的可得利润鉴定；（7）工程变更费用的鉴定；（8）合同外新增工程、计日工费用的鉴定；（9）工程竣工结算费用的鉴定；（10）撤场损失鉴定；（11）其他造价司法鉴定。

8.2.2 鉴定范围

司法鉴定坚持鉴定范围最小化原则，鉴定前应尽量排除无争议项，只对有关争议项进行鉴定。对待证事实能通过鉴定就可以确定的，则不做鉴定；能够进行部分鉴定的，则不进行全部鉴定；必须通过鉴定才能确定的，可事先做好鉴定方法、鉴定依据的论证与确认，事先审查鉴定必需的基础性技术资料。

承办律师可引导成本人员与裁判者主动沟通，缩小鉴定范围，避免不必要的扩大鉴定范围而造成鉴定费用增加与鉴定时限延长。

8.2.3 鉴定方法

鉴定方法的选择属于鉴定中裁判权的延伸，承办律师对鉴定方法有提出意见的权利。

在诉裁过程中对鉴定方法的确定一般遵循以下规则：（1）鉴定方法不宜由鉴定机构自行、径行决定，防止以鉴代审；（2）当鉴定涉及较为复杂的专业技术方法时，可以考虑寻求专家辅助人协助确定鉴定方法；（3）在工程造价鉴定中，当事人之间的结算约定是否有效或多个不一致的结算约定如何采信，应由裁判者决定，鉴定机构或鉴定人员不应擅自否定、变更当事人之间的结算约定，或擅自对不一致的结算约定做出选择，也不得径行采用定额或当事人约定之外的其他方法结算；（4）在合同没有约定或约定不明的情况下，鉴定机构在经裁判者要求或同意的前提下可以遵循行业惯例，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进行鉴定。

承办律师在鉴定过程中要主动与裁判者、鉴定人沟通，提出确定鉴定方法的依据，包括但不限于法律依据、合同依据、技术规范依据和证据依据等，不能由鉴定机构径行决定鉴定方法，避免以鉴代审的发生。对鉴定事项、鉴定范围和鉴定方法有异议的，可及时向裁判者提出书面异议，争取裁判者结合案情及时进行合议或评议并作出决定。

8.3 鉴定材料的准备与质证

8.3.1 鉴定材料的准备

承办律师可根据鉴定事项和范围的需要，提供案件相关的地质勘察报告、工程招投标文件、中标通知书、建设工程施工合同（补充协议）、开工报告、施工组织设计、施工图设计文件审查报告、施工图纸（或竣工图纸）、图纸会审记录、设计变更单、工程签证单、工程变更单、工程洽商记录、工程会议纪要、工程验收记录、单位工程竣工报告、单位工程验收报告、工程质量检测报告、工程计量单、工程结算单、进度款支付单、工程结算审核书等。

8.3.2 鉴定材料的质证

鉴定材料涉及工程量及工程价款等事实的质证结果，对鉴定意见有决定性作用，这要求鉴定材料具有真实性、合法性和关联性，需要经过裁判者的审核判断。依据《建工司法解释（一）》第33条规定，人民法院准许当事人的鉴定申请后，承办律师可主张人民法院根据当事人申请及查明案件事实的需要，明确委托鉴定的事项、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。

承办律师可对鉴定材料的三性及证明目的、证明对象、证明力大小进行质证。未经质证的材料，不得作为鉴定的依据。经质证认为不能作为鉴定依据的，依据该材料作出的鉴定意见不得作为裁判的依据。

8.4 鉴定过程

鉴定过程中，建议承办律师积极参与配合鉴定人开展工作，就所主张的事实及时提供完整、准确的证据资料。

8.4.1 补充鉴定材料

鉴定过程中，承办律师可提醒鉴定人根据鉴定需要提请裁判者通知补充

证据，对裁判者组织质证并认可的补充证据，可以直接作为鉴定依据。承办律师在鉴定过程中认为需补充证据的，可及时向裁判者申请，由裁判者予以处理。

8.4.2 现场勘验

8.4.2.1 现场勘验的组织

承办律师要求鉴定人对鉴定项目标的物进行现场勘验，可向裁判者提交书面申请，经裁判者同意后组织现场勘验。

8.4.2.2 现场勘验的实施

承办律师可要求制作勘验笔录或勘验图表，记录勘验的时间、地点、勘验人、在场人、勘验经过、结果，由勘验人、在场人签名或者盖章。对于绘制的现场图表应注明绘制的时间、方位、绘测人姓名、身份等内容。

8.4.3 以鉴代审的避免

以鉴代审是指在建设工程案件诉讼、仲裁过程中，鉴定人超越委托范围，或者超越鉴定职权擅自确定鉴定事项的范围、依据、标准、方法，乃至在鉴定意见中作出判断当事人责任、处理争议事项的现象。以鉴代审的实质是鉴定人以行使鉴定职责之名，侵犯裁判者的司法裁判权。

从承办律师的角度，可以从以下方面避免以鉴代审：（1）对鉴定方案充分论证。在鉴定准备会阶段，承办律师应对鉴定方案中的鉴定目标、标准、范围、方法、依据等充分表达意见，防止鉴定方案整体走偏，并对对方提出的鉴定方案充分提出意见；（2）鉴定过程中，对有争议的事实或鉴定依据，承办律师可提请由裁判者决定是否采用，或者提请裁判者决定由鉴定人出具两种及以上的鉴定意见供裁判者判断使用；（3）积极参与诉讼和仲裁，主张权利。申请鉴定人出庭接受质询，就具体的争议提供证据、依据，充分说明理由、辩论；（4）申请专家辅助人提供帮助。承办律师可建议当事人申请专家辅助人对涉及的专业问题进行解释、说明，甚至与对方当事人、鉴定人充分辩论，向裁判者解释、说明具体的争议问题。专家辅助人在启动鉴定前就越早介入越好，以便能够参与鉴定的启动、鉴定方案的制定、鉴定过程的跟进、鉴定意见的质证等全过程，有利于更好地发挥专业作用。

8.5 鉴定意见

鉴定意见作为《民事诉讼法》第63条和《仲裁法》第45条规定的法定证据类型之一，应当相互质证，避免“以鉴代审”现象。

鉴定意见的质证，是指在裁判者的主持下，各方当事人针对鉴定意见就其真实性、合法性、关联性以及证明力的有无、大小予以说明、解释、质疑、辩论的活动或过程。鉴定意见质证一般分为鉴定意见征求意见稿质证阶段和鉴定意见定稿质证阶段。

8.5.1 鉴定意见征求意见稿的反馈

承办律师对鉴定意见征求意见稿提出反馈意见应当首先注意反馈的期限问题，在要求的期限内反馈意见；反馈意见尽可能确保内容全面，并且在反馈时注意了解和回应对方当事人的反馈意见；在对鉴定意见征求意见稿的反馈过程中，可考虑通过联系裁判者组织争议各方采取当面反馈意见的方式，以充分全面地让裁判者知晓当事人对鉴定意见征求意见稿的反馈意见。

对鉴定意见征求意见稿的具体反馈方式可参照下文中关于鉴定意见的质证和审查内容。

8.5.2 鉴定意见的审查和质证

8.5.2.1 鉴定意见的审查

依据《证据规定》《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》《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》等规定，承办律师审查鉴定意见可从鉴定事项、鉴定机构、鉴定人、鉴定材料、鉴定依据和鉴定意见书内容等多个方面进行，具体审查内容包括：（1）鉴定事项与委托鉴定事项是否一致，是否存在鉴定机构私下扩大或者缩小鉴定事项范围的情况；（2）鉴定机构和人员是否具备鉴定的资质；（3）鉴定的内容是否超过鉴定机构和人员的鉴定能力；（4）鉴定机构和人员是否在鉴定意见书中签章或签字等；（5）鉴定材料是否经过质证、关键鉴定材料是否确实存在、是否满足《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》规定的鉴定条件；（6）鉴定依据是否准确和质证、是否属于满足委托鉴定期间范围内的有效鉴定依据等；（7）鉴定意见内容是否存在错误、是

不符合《证据规定》第 36 条的规定等。

8.5.2.2 鉴定意见的质证

承办律师对鉴定意见的质证可就鉴定意见是否符合证据的真实性、合法性和关联性，是否具有证明力及证明力的大小和证明目的进行质证。具体而言，质证内容可在前述鉴定意见审查结果的基础上，依据《证据规定》第 40 条、《司法鉴定程序通则》第 31 条等规定的关于鉴定机构和鉴定人的资质、鉴定机构的执业范围、鉴定程序是否合法、鉴定意见的形式合法性、鉴定材料是否经过质证、鉴定意见是否具有充分依据（鉴定意见依据合同/协议、法律法规规章、行业规范以及现场数据等底层数据和规范性文件）等角度进行质证。确有必要的，可要求鉴定人出庭接受当事人质询。

在质证过程中可考虑引入专家辅助人，帮助当事人从专业角度发表对鉴定意见的质证意见。

8.6 鉴定人的出庭作证

8.6.1 申请鉴定人出庭作证

承办律师可建议当事人依据《民事诉讼法》第 81 条规定向人民法院申请鉴定人出庭作证或向人民法院提出异议后请求人民法院依职权通知鉴定人出庭。

依据《证据规定》第 38 条和第 39 条规定，若出庭费用包含在鉴定费用中，则申请当事人无需预交出庭费用；反之，则应当预交鉴定人出庭费用。

8.6.2 鉴定人拒不出庭作证的结果

依据《民事诉讼法》第 81 条规定，经人民法院依法通知，司法鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为裁判者判断事实的根据。但拒不出庭原因系申请人拒绝缴纳预交出庭费用的除外。

8.6.3 异议当事人对鉴定人的质询

异议当事人对鉴定人询问可注意质询前、质询中和质询后三个部分的准备和应对工作。在质询前保证已经先行向裁判者提交了异议文件，并以异议文件为基础准备质询提纲或相关的佐证或反证证据资料。在质询中注意出庭

鉴定人与鉴定意见中的鉴定人身份是否一致；按照从鉴定意见的程序性问题到鉴定意见的实体性问题从证据真实性、合法性、关联性等关乎鉴定意见程序上能否采用的角度进行询问。询问后如果鉴定人的答复确实存在专业错误、回避询问内容等情况的，可根据案件情况建议裁判者对鉴定采取补充鉴定或重新鉴定的方式予以完善或纠正。

8.7 鉴定的辅助工作

8.7.1 承办律师在鉴定中的辅助工作

承办律师在鉴定过程中可搭建好当事人与鉴定人之间的沟通桥梁，帮助当事人在鉴定过程中充分表达自身意见。通常情况下，承办律师在鉴定过程中所发挥的核心辅助工作包括：（1）在鉴定前帮助当事人梳理和准备鉴定材料；（2）在收费阶段协助当事人与鉴定机构沟通缴费期限和收费标准；（3）在现场勘验阶段协助当事人和鉴定人现场勘验工作，就鉴定事项向鉴定人进行有效说明和沟通；（4）在鉴定过程中连同当事人造价人员一同协助鉴定人员整理鉴定事实以及具体内容；（5）引导鉴定人根据当事人情况适时出具确定性意见或推断性意见等。

8.7.2 有专门知识的人（专家辅助人）的辅助工作

申请专家辅助人出庭的目的是以其在特殊领域具有的知识、经验和技能，帮助当事人对专业性或专门性问题进行分析和提出意见，尤其是在协助对鉴定意见质证和对鉴定人询问中可发挥专业作用，能够帮助裁判者对专业性或专门性问题进行准确理解和适用。

实务中，承办律师建议当事人申请专家辅助人出庭首先可委托有一定专业影响力的专家辅助人，以便提供更权威、更有说服力的专业意见；其次，需重视专家辅助人对案件鉴定争议事实的全面了解，充分知晓双方当事人的争议意见，便于其发挥专业优势，与对方当事人或鉴定人据理力争；最后，专家辅助人出庭亦应当做出客观、公正、科学的专家意见，不宜因接受一方当事人出庭而利用其专业知识发表偏颇、不客观甚至虚假的专业意见。

8.8 补充鉴定

8.8.1 补充鉴定适用情形

参照《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》及《司法鉴定程序通则》《2017版造价鉴定规范》关于补充鉴定情形的规定，补充鉴定适用情形包括以下情况：（1）裁判者增加新的鉴定要求的；（2）裁判者发现委托的鉴定事项有遗漏的；（3）裁判者就同一委托鉴定事项又提供或者补充了新的证据材料的；（4）鉴定人通过出庭作证，或自行发现有缺陷的；（5）鉴定意见和鉴定意见书的其他部分相互矛盾的；（6）鉴定意见书中对同一认定意见使用不确定性表述的；（7）鉴定意见书有其他明显瑕疵的；（8）其他需要补充鉴定的情形。

8.8.2 补充鉴定的程序启动

经当事人要求或者由裁判者书面告知鉴定机构可启动补充鉴定程序，由原鉴定机构出具补充鉴定意见。

8.8.3 补充鉴定意见的使用方式

补充鉴定是对于原鉴定意见中出现的鉴定依据采用不当、鉴定数据存在错误等瑕疵情形的补充、修正和完善的鉴定过程。原则上补充鉴定意见不是独立的鉴定程序，原鉴定意见与补充鉴定意见可结合起来共同构成建设工程造价、质量或工期等鉴定事项的专门性问题的判断，二者结合是一个完整的证据。

8.9 重新鉴定

8.9.1 重新鉴定适用情形

依据《证据规定》《司法鉴定程序通则》关于重新鉴定情形的规定，重新鉴定适用情形包括以下情况：（1）原司法鉴定机构或司法鉴定人不具有从事原委托事项鉴定执业资格的；（2）原司法鉴定机构超出登记的业务范围组织鉴定的；（3）原司法鉴定人按规定应回避没有回避的；（4）鉴定意见明显依据不足的；（5）法律规定或者裁判者认为需要重新鉴定的其他情形。

8.9.2 重新鉴定的程序启动

当事人提出申请并经裁判者准许后可重新启动鉴定程序。原则上为节约诉讼资源、缩短裁判进程，裁判者一般不会同意当事人要求重新鉴定申请。

若当事人提出的重新鉴定理由属于法定重新鉴定情形的，并且不可以通过补正、补充鉴定或者补充质证、重新质证等方法解决的，裁判者才会准许重新鉴定的申请。

8.9.3 重新鉴定意见使用方式

依据《证据规定》第40条规定，重新鉴定与原鉴定虽然两者鉴定范围一致，但二者属于相互独立的两个鉴定程序，且重新鉴定不以原鉴定为基础，亦不依据原鉴定意见书中确定的事实，而是由鉴定机构对原鉴定事项重新鉴定的过程。承办律师可主张重新鉴定意见按照独立完整的鉴定意见作为案件证据。

8.9.4 重新鉴定人员的回避

参照《2017版造价鉴定规范》第5.13.2条规定：“进行重新鉴定时，鉴定人有下列情形之一的，必须回避：（1）有本规范第3.5.3条规定情形的；（2）参加过同一鉴定事项的初次鉴定的；（3）在同一鉴定事项的初次鉴定过程中作为专家提供过咨询意见的。”对此，重新鉴定过程中原初次鉴定的鉴定人或专家辅助人应当进行回避。

第九章 附则（规范性指引）

1. 法律及法律性质的文件

《中华人民共和国民法典》

《中华人民共和国民事诉讼法》（2021年12月24日修改）

《中华人民共和国招标投标法》（2017年12月27日修改）

《中华人民共和国建筑法》（2019年4月23日修改）

《中华人民共和国城乡规划法》（2019年4月23日修改）

《中华人民共和国土地管理法》（2019年8月26日修改）

《中华人民共和国城市房地产管理法》（2019年8月26日修改）

《中华人民共和国劳动法》（2018年12月29日修改）

《中华人民共和国噪声防治法》（2021年12月24日通过）

《中华人民共和国审计法》（2021年10月23日修改）

《中华人民共和国安全生产法》（2021年6月10日修改）

《中华人民共和国消防法》（2021年4月29日修改）

《中华人民共和国产品质量法》（2018年12月29日修改）

《中华人民共和国大气污染防治法》（2018年10月26日修改）

《中华人民共和国防震减灾法》（2008年12月27日修改）

《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》（2015年4月24日修改）

2. 行政法规

《城市房地产开发经营管理条例》（2020年11月29日修改）

《保障农民工工资支付条例》（2019年12月30日颁布）

《政府投资条例》（2019年4月14日颁布）

《保障中小企业款项支付条例》（2020年7月5日颁布）

《建设工程质量管理条例》（2019年4月23日修改）

《中华人民共和国招标投标法实施条例》（2019年3月2日修改）

《建设工程勘察设计管理条例》（2017年10月7日修改）

《建设工程安全生产管理条例》（2003年11月24日颁布）

《建设工程抗震管理条例》（2021年7月19日颁布）

《中华人民共和国注册建筑师条例》（2019年4月23日修改）

《建设项目环境保护管理条例》（2017年7月16日修改）

《对外承包工程管理条例》（2017年3月1日修改）

3. 部门规章

《必须招标的工程项目规定》（2018年3月27日颁布）

《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》（2018年6月6日颁布）

《建筑工程施工许可证管理办法》（2021年3月30日修改）

《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》（2019年3月13日修改）

《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3日颁布）

《建筑业企业资质管理规定》（2018年12月22日修改）

《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》（2018年9月28日修改）

《注册监理工程师管理规定》（2006年1月26日颁布）

《建设工程监理范围和规模标准规定》（2001年1月17日颁布）

《危险性较大的分部分项工程安全管理规定》（2018年3月8日颁布）

《城市建筑垃圾管理规定》（2005年3月23日颁布）

《建设工程质量保证金管理办法》（2017年6月20日颁布）

《建设工程定额管理办法》（2015年12月25日颁布）

《建设工程施工发包与承包计价管理办法》（2013年12月11日颁布）

《房屋建筑和市政基础设施工程竣工验收规定》（2013年12月2日颁布）

《建设工程消防设计审查验收管理暂行规定》（2020年4月1日颁布）

《工程造价咨询企业管理办法》（2020年2月19日修改）

《注册造价工程师管理办法》（2020年2月19日修改）

《房屋建筑和市政基础设施工程质量监督管理规定》（2010年8月1日颁布）

《房屋建筑工程质量保修办法》（2000年6月30日颁布）

《建设工程价款结算暂行办法》（2004年10月20日颁布）

《工程建设领域农民工工资保证金规定》（2021年8月17日颁布）

《工程建设领域农民工工资专用账户管理暂行办法》（2021年7月7日颁布）

4. 重庆市地方政府规章

《重庆市建筑管理条例》（2022年9月28日修改）

《重庆市建设工程勘察设计管理条例》（2022年9月28日修改）

《重庆市城镇房地产交易管理条例》（2021年5月27日修改）

《重庆市城市房地产开发经营管理条例》（2018年7月26日修改）

《重庆市招标投标条例》（2018年7月26日修改）

《重庆市政府投资管理办法》（2020年11月30日颁布）

《重庆市公共投资建设项目审计办法》（2018年1月29日颁布）

《重庆市建设工程造价管理规定》（2016年11月15日修改）

5. 四川省政府规章

《四川省建筑管理条例》（2021年9月29日修改）

《四川省建设工程质量管理规定》（1996年12月27日颁布）

《四川省建筑装饰装修管理办法》（2003年2月10日颁布）

《四川省建设工程监理规定》（2004年7月22日颁布）

《四川省建设工程抗御地震灾害管理办法》（2013年4月2日颁布）

6. 司法解释及司法文件

《最高人民法院关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年25号）

《最高人民法院关于商品房消费者权利保护问题的批复》（法释2023年1号）

《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》（2022年3月22日修改）

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（2019年12月25日修改）

《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》（2020年7月31日颁布）

《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》（法2016第399号）

《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法2019第254号）

《最高人民法院关于人民法院在审理建设工程施工合同纠纷案件中如何认定财政评审中心出具的审核结论问题的答复》（2008民一他字第4号）

《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》（2005民一他字第23号）

《最高人民法院住房和城乡建设部中国人民银行关于规范人民法院保全措施确保商品房预售资金用于项目建设的通知》（法2022第12号）

7. 重庆高院规范性文件

《重庆市高级人民法院民一庭关于建设工程施工合同纠纷中的法律适用问题的解答（一）》

《重庆市高级人民法院关于建设工程造价若干问题的解答》（渝高法2016第260号）

《重庆市高级人民法院民一庭关于建设工程施工合同纠纷中案件若干问题的解答》（2019年10月16日）

《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》（2022年12月28日）

8. 四川省高院规范性文件

《四川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》（川高法法民一2015第3号）

《四川省高级人民法院关于审理涉及招投标建设工程合同纠纷案件的有关问题的意见》（2010年6月22日）

9. 标准、规范

9.1 国家标准、规范

9.1.1 计价规范

《建设工程工程量清单计价规范》（GB5050-2013）

《房屋建筑与装饰工程工程量计算规范》（GB50854-2013）

《仿古建筑工程工程量计算规范》（GB50855-2013）

《通用安装工程工程量计算规范》（GB50856-2013）

《市政工程工程量计算规范》（GB50857-2013）

《园林绿化工程工程量计算规范》（GB50858-2013）

《构筑物工程工程量计算规范》（GB50860-2013）

《城市轨道交通工程工程量计算规范》（GB50861-2013）

《爆破工程工程量计算规范》（GB50862-2013）

9.1.2 设计规范

《民用建筑设计统一标准》（GB50352-2019）

《民用建筑通用规范》（GB55031-2022）

《建筑防火通用规范》（GB55037-2022）

9.1.3 施工规范

《建筑与市政工程施工质量控制通用规范》（GB55032-2022）

《建筑与市政工程防水通用规范》（GB55030-2022）

《建筑与市政施工现场安全卫生与职业健康通用规范》（GB55034-2022）

9.1.4 测量规范

《工程测量通用规范》（GB55018-2021）

9.1.5 验收规范

《建筑工程施工质量验收统一标准》（GB50302-2013）

《建筑装饰装修工程质量验收标准》（GB50210-2018）

9.2 行业标准、规范

《电力建设工程工程量清单计价规范》（DL/T-5745-2021）

《电力建设工程工程量清单计算规范-火力发电工程》（DL/T-5369-2021）

《电力建设工程工程量清单计算规范-变电工程》（DL/T-5341-2021）

《电力建设工程工程量清单计算规范-输电线路工程》（DL/T-5205-2021）

《水运工程工程量清单计价规范》（JTS/T271-2020）

10. 合同性文件

《关于完善建设工程价款结算有关办法的通知》（财建 2022 第 183 号）

关于修改《重庆市房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包标准招标文件（全流程电子招标 2020 年版）》等五个标准招标文件有关条款的通知（渝公管发 2022 第 27 号）

11. 2017 年施工合同范本

2017 年 9 月 22 日住房和城乡建设部、原国家工商行政管理总局发布的建设工程施工合同示范文本。

12. 2020 年总包合同范本

2020 年 11 月 25 日住房和城乡建设部、国家市场监督管理总局发布的建设

项目工程总承包合同示范文本，即包括设计、施工和采购的 EPC 合同。

凡例

一、法律、法规

本《指引》所涉我国的法律及法规名称均简写，具体参考下表：

全称	简称
《中华人民共和国民法典》	《民法典》
《中华人民共和国建筑法》	《建筑法》
《中华人民共和国城乡规划法》	《规划法》
《中华人民共和国招标投标法》	《招标投标法》
《中华人民共和国民事诉讼法》	《民事诉讼法》
《中华人民共和国土地管理法》	《土地管理法》
《中华人民共和国城市房地产管理法》	《房地产管理法》
《中华人民共和国安全生产法》	《安全生产法》
《中华人民共和国招标投标法实施条例》	《招标投标法实施条例》
《保障农民工工资支付条例》	《农民工工资条例》
《建设工程质量管理条例》	《工程质量管理条例》
《必须招标的工程项目规定》	《必招工程项目规定》

二、机构名称全称与简称对照

全称	简称
最高人民法院	最高院
高级人民法院	高院
中级人民法院	中院
仲裁委员会	仲裁委
住房和城乡建设部	住建部
建设行政主管部门	建设主管部门

三、司法解释、各地法院裁判指导意见全称与简称对照

全称	简称
《最高人民法院关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）》	《建工司法解释（一）》
《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》	《民事诉讼法解释》
《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》	《担保制度司法解释》
《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》	《证据规定》
《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》	《诉讼时效规定》
最高人民法院过往全国民事审判工作会议纪要	最高院**年审判工作会议纪要
《重庆市高级人民法院关于民事诉讼管辖若干问题的解答》	重庆高院《民事诉讼管辖解答》
《重庆市高级人民法院四川省高级人民法院关于	《川渝两高院解答》

审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解 答》（2022年12月28日）	
---	--

四、其他规范性文件和工作文件全称与简称对照

全称	简称
《建筑工程施工质量验收统一标准》 (GB50300-2013)	《质量验收统一标准》
《建设工程工程量清单计价规范》 (GB 50500-2013)	《2013版清单计价规范》
《建设工程造价鉴定规范》 (GB/T51262-2017)	《2017版造价鉴定规范》
《建设工程施工合同(示范文本)》 (GB-2017-0201)	《2017版施工合同示范文本》
《最高人民法院第九次全国法院民商事审判工 作会议纪要》	《九民会议纪要》
《最高人民法院第八次全国法院民事商事审判 工作会议纪要》	《八民会议纪要》
《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处 管理办法》	《认定查处办法》
《建设工程项目总承包合同(示范文本)》 (GF-2020-0216)	《工程总承包合同示范文本》