

四川省律师协会
重庆市律师协会
贵州省律师协会
云南省律师协会
西藏自治区律师协会

关于律师办理建设工程合同纠纷 疑难业务指引

(本指引经四川省律师协会、重庆市律师协会、贵州省律师协会、云南省律师协会、西藏自治区律师协会会长办公会分别通过，予以发布)

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。前些年各地推广实施工程总承包模式，随着时间推移，近期工程总承包纠纷逐渐突显。部分仲裁委员会也发布了建设项目工程总承包合同纠纷裁决指引、建设工程施工合同纠纷裁决指引以便引导纠纷解决，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。

为帮助四川、重庆、贵州、云南、西藏等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合同纠纷的专业能力，特由四川省律师协会建设工程和房地产专业委员会、重庆市律师协会建设工程专业委员会、贵州省律师协会建设工程和房地产专业委员会、云南省律师协会建筑与房地产法律业务研究委员会和西藏自治区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》，供五省（市、自治区）等地律师参考。

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。

本指引由四川省律师协会建设工程和房地产专业委员会、重庆市律师协会建设工程专业委员会、贵州省律师协会建设工程和房地产专业委员会、云南省律师协会建筑与房地产法律业务研究委员会和西藏自治区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（排名不分先后，以姓氏拼音、笔画为序，下同）：白敏、达瓦扎西、何洪涛、韩利锋、李世亮、赖春梅、潘登勇、万立、熊斌、张勇；编撰组召集人：郝建斌、卢安龙、刘春辉、苏正、唐俊锋、杨松；编撰组成员：卜晓月、陈娟、陈敏、陈超、陈锋云、代君伟、代晨、达瓦拥增、邓仕兵、符林山、何梦婕、黄娇、黄靖然、黄巍、金关全、刘维、李庆祝、李晓欢、陆璐、罗华、廖珊、蒙兵营、裴德伟、任礼强、宋晓霞、唐德兵、谭臻、王露、温友春、谢步强、谢松、尹兰慧、袁仲斌、朱绍坤、周凤清、钟筱等律师。编撰组秘书王婷茹律师。

特别说明，该指引是在2023年12月，川渝两地律协发布的《关于律师办理建设工程合同纠纷疑难业务指引》基础上进行的修订、补充和完善，特别感谢2023年参与编撰《关于律师办理建设工程合同纠纷疑难业务指引》的全体成员。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。专业顾问黄巍，编撰组秘书刘峻麟、王婷茹。

四川省律师协会
重庆市律师协会
贵州省律师协会
云南省律师协会
西藏自治区律师协会
2026年4月13日

目 录

第一章	前言
第二章	管辖
第三章	合同性质和效力
第四章	工程价款及结算
第五章	工程变更、新增工程、签证、索赔
第六章	工程质量及保修
第七章	工期
第八章	工程价款优先受偿权
第九章	工程总承包
第十章	司法鉴定
第十一章	附则（规范性文件指引）

第一章 前言

1.1 制订目的

本指引旨在帮助四川、重庆、贵州、云南、西藏等地广大从业律师，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，适应西南五省（市、自治区）等地建筑行业的趋势，满足客户对法律服务日益增长需求，促进西南五省（市、自治区）等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

建设工程施工合同纠纷适用专属管辖，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。

建设工程施工合同约定了仲裁管辖条款，债权转让时，依据《〈仲裁法〉若干问题的解释》第9条规定，仲裁协议对受让人有效，受让人应当选择仲裁。但是，在当事人另有约定、在受让债权时受让人明确反对或者不知道有单独仲裁协议的除外。

2.4 特殊关联合同的管辖

2.4.1 内部承包合同

建筑企业有自主经营的权利，在不违反法律法规强制性规定时，有权自主选择 and 决定自己的经营模式，建筑企业采用内部承包模式在建设工程实践中普遍存在，也得到司法实践的基本认可。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。

对于内部承包合同纠纷，若当事人的诉求内容与建设工

程并不相关，主要涉及劳动关系、工资支付的，不属于专属管辖；但若存在工程款支付、质量争议等与建设工程合同相关的内容，应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

建筑物的所有权人为委托人，受托人为代建人，他们之间的法律关系为委托代建关系。建筑物所有权人通过委托代建合同约定，由委托代建人按照建筑物所有人的要求代为建设建筑物。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。

2.4.7 挂靠合同

挂靠人与被挂靠人在挂靠过程中履行挂靠协议所发生的

争议，并非发包人与承包人、转包人或分包人与承包人之间发生的建设工程施工合同纠纷，本质上应属于出借、借用资质的一般民事行为。挂靠人与被挂靠人之间的纠纷，不适用有关专属管辖的规定，应当按照被告住所地和合同履行地的法定管辖原则或约定管辖确定管辖法院。但是，在实践中如果当事人以建设工程施工合同纠纷为由诉讼，争议事项与工程价款、工程质量有关，一般也以专属管辖原则确定管辖法院。

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

铁路建设工程合同纠纷的管辖具有特殊性，管辖范围为铁路线路、桥梁、隧道等固定设施的建设纠纷；铁路站舍、信号系统等配套工程纠纷；与铁路运输直接相关的其他建设纠纷。

承办律师需要注意区分纯铁路工程与地方配套工程、跨省铁路项目可能涉及特殊管辖规则，铁路法院的管辖具有排他性。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。承办律师可依据《认

定查处办法》第8条的规定分析判断相关建设工程合同性质是否属于转包。四川地区还可参照四川高院《建工纠纷解答》第一条第3点的意见分析判断。

3.1.3 建设工程合同项下的分包

依据《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》第4条和第5条的规定，施工分包，是指建筑业企业将其所承包的工程中的专业工程或者劳务作业发包给其他建筑业企业完成的活动。施工分包分为专业分包和劳务分包。四川地区可参照四川高院《建工纠纷解答》第一条第7点的意见识别劳务分包。

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。承办律师可依据《认定查处办法》第12条的规定分析判断相关建设工程合同性质是否属于违法分包，四川地区可参照四川高院《建工纠纷解答》第一条第4点的意见分析判断违法分包。

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。

承办律师可依据《认定查处办法》第10条的规定分析判

断相关建设工程合同性质是否属于挂靠。四川地区可参照四川高院《建工纠纷解答》第一条第5点的意见分析判断。

依据《认定查处办法》第8条和第10条有关转包和挂靠情形的规定，转包和挂靠行为表现形式有交叉。二者的主要区分标准是：转包是承包人承包工程后将工程全部交由第三方施工的行为；挂靠是挂靠人借用资质承揽工程，一般参与了项目投标和合同签订、对合同订立有决定权、实际缴纳投标保证金及费用等。

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

依据《建筑法》第13条的规定，从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位均应具有从事

相应建筑活动的资质。依据《建筑业企业资质管理规定》第5条规定，建筑业企业资质分为施工总承包资质、专业承包资质、施工劳务资质三个序列。承办律师可根据工程形式和合同性质区分不同的资质管理要求，判断承包人是否存在无施工资质或超越施工资质等级的情形。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。

依据《建筑业企业资质管理规定和资质标准实施意见》第（三十四）条的规定：对于原《建筑业企业资质等级标准》（建[2001]82号）中被取消的土石方、混凝土预制构件、电梯安装、金属门窗、预应力、无损检测、体育场地设施工程等7个专业承包资质，在相应专业工程承发包过程中，不再作资质要求。施工总承包企业进行专业工程分包时，应将上述专业工程分包给具有一定技术实力和管理能力且取得公司法人《营业执照》的企业。

参照《川渝两高院解答》第2条和第3条的意见，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。农民自建两层（含两层）以下的住宅，属于《建筑法》

第八十三条规定的“农民自建低层住宅”，承包人不具备相应施工资质的，不影响施工合同的效力。

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，对于挂靠人、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。

在施工合同无效但工程经验收合格时，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、建筑企业的权利救济

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。

但是，参照《建工司法解释（二）（征求意见稿）》第 7 条的内容，实际施工人将来有可能不能再向发包人主张付款义务。

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。

但是，参照参照《建工司法解释（二）（征求意见稿）》第4条第2款的内容，在建设工程经验收合格的情况下，如果挂靠人与被挂靠人有约定，挂靠人或许可要求被挂靠人支付折价补偿款或者赔偿损失。

3.4.3 挂靠合同中被挂靠人向挂靠人主张权利

3.4.3.1 管理费

参照最高法院民事审判第一庭2021年第21次法官会议纪要和《川渝两高院解答》第6条的意见，未实际参与施工、组织管理协调的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。

3.4.3.2 其他违法收益

按照非法收益不受法律保护的原则，一般认为出借资质方依据挂靠协议主张利润、分成等违法收益，不应获得法律支持。

3.4.3.3 实际垫付的资金、税金等款物或其他因实际施工人导致的损失

承办律师可依据《民法典》第 157 条的规定，主张实际施工人予以返还、折价补偿或赔偿损失等。

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。2024年11月26日，住建部发布了《2024版清单计价标准》自2025年9月1日起实施，《2013版清单计价规范》同时废止。《2024版清单计价标准》对《2013版清单计价规范》进行了系统性修订和完善。

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。计价依据是建设工程合同纠纷中的核心问题，直接影响发承包双方的结算权益。在司法实践中，计价依据的认定需结合合同约定、行业规范、市场价格及司法裁判规则等综合判断。

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工程建设项目的计价规范、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《2017 版施工合同示范文本》及《2024 版清单计价标准》第 2.0.21 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，如招投标程序或合同签订在《2024 版清单计价标准》实施之前，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）；如招投标程序或合同签订在《2024 版清单计价标准》实施之后，《2024 版清单计价标准》第 8.7.2 条的规定，单价变化超过 5% 时，超过部分的价格可参照该标准附录 A 的方法之一调整合同价格。

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与《2024 版清单计价标准》实施前后的规定进行区分处理。

《2024 版清单计价标准》实施前，总包合同中没有约定人工费不调整，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，属于发包人应承担的风险范围之内。

《2024 版清单计价标准》实施后，该标准第 8.7 节将人工费纳入了“物价变化”调整范围内，不再属于政策性调整的范畴，不再属于发包人应承担的风险范围之内，故总包合同中如果没有约定人工费可调整或未达到合同约定的调整幅度时，则原则上不再调整。

4.1.1.5 机械费

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，《2024 版清单计价标准》实施前，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；《2024 版清单计价标准》施工后，则可参照《2024 版清单计价标准》附录 A.2.1 规定调整。

4.1.2 工期延误对工程价款调整

承办律师应区分是承包人、发包人或不可抗力等原因导

致的工期延误的情形，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、《2024 版清单计价标准》第 8.7.4 条、第 8.8.2-8.8.6 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，来确定合同的签订时间。

4.1.5 极端不平衡报价引起的工程价款调整

所谓不平衡报价，是相对常规报价而言的，它指在投标总价不变的前提下，将某些工程量清单子目中的单价定得高于常规价，同时将另一些工程量清单子目的单价定得低于常规价，通过调整工程量清单的分部分项工程综合单价的构成，利用施工阶段可能出现的各种状态变化，把握了变更的先机，通过在招标投标阶段构建“中间状态”，将“一次经营”与“二次经营”联系起来，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。不平衡报价也指发、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《2024版清单计价标准》第8.2节规定工程量清单缺陷【该标准将《2013版清单计价规范》“项目特征不符”“工程量偏差”等均统一为工程量清单缺陷】，利用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。但须注意的是，《2024版清单计价标准》实施后的招投标程序、签订的总包合同，则可以参照《2024版清单计价标准》第8.9.1规定进行调整合理价格。

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项调整合同价款或因《2024版清单计价标准》规定的清单缺陷而调整合同价款。

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》或《2024版清单计价标准》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。清单计价原则上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原则上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（= Σ 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。但须注意，《2024版清单计价标准》取消了规费，将原规费项目分摊计入企业管理费与人工费等范围，可由投标企业自主竞争性报价。

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。但须注意，《2024版清单计价标准》规定，清单计价可适用于单价合同也可适用于总价合同，而采用单价合同的工程，分部分项工程项目清单的准

确性、完整性应由发包人负责。而采用总价合同的工程，已标价分部分项工程项目清单的准确性、完整性应由承包人负责。建设工程无论是采用单价合同或总价合同，措施项目清单的完整性及准确性均应由承包人负责。

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，而此种约定包含了“预先排除适用《民法典》第533条规定“情势变更”调整合同内容的规定。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、《2024版清单计价标准》第3.3.1条“建设工程的施工发承包，应在招标文件、合同中明确计量与计价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约定工程计量与计价中的风险内容及范围”的规定，依据《民法典合同编司法解释》第32条规定“当事人事先约定排除民法典第533条适用的，人民法院应当认定该约定无效。”主张该条款无效。还

可参照《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”申请鉴定已完工程价款，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”进行鉴定已完工程价款的同时，承办律师可建议发包人可依据《民法典合同编司法解释》第60条第2款、3款规定“替代履行或未完成非替代履行”而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“未完工程价款”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。在实践中，已有法院在判决项中明确“在原告开具相应发票金额之日起*日内，被告支付工程款”而不支持原告主张的违约金与利息。

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。

分包合同有效且“背靠背”支付条款系大型企业之间或者中小型企业之间的约定时，承办律师可主张“背靠背”支付条款有效。“背靠背”支付条款其性质不论是“附条件”或“附期限”还是“附条件+期限”，“背靠背”支付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解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。

分包合同无效或“背可靠”支付条款无效，如分包合同系大型企业与中小型企业签订且约定“背靠背”支付条款时，依据《最高人民法院关于大型企业与中小企业约定以第三方支付款项为付款前提条款效力问题的批复(法释〔2024〕11号)》，分包合同该“背靠背”支付条款无效，但不影响分包合同其他条款的效力。可根据案件具体情况，结合行业规范、双方交易习惯等，合理确定大型企业的付款期限及相应的违约责任。

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。

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。

依据《民法典合同编司法解释》第 27 条规定，债务人或者第三人与债权人在债务履行期限届满后达成以物抵债协议，不存在影响合同效力情形的，该协议自当事人意思表示一致时生效。债务人或者第三人履行以物抵债协议后，应当认定相应的原债务同时消灭；债务人或者第三人未按照约定履行以物抵债协议，经催告后在合理期限内仍不履行，债权人选择请求履行原债务或者以物抵债协议，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

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。

但是，参照《建工司法解释（二）（征求意见稿）》第15条的内容，工程质量保证金预留期限从承包人退场时起算；合同在承包人退场后解除的，从合同解除时起算。

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》或《2024版清单计价标准》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条或《2024版清单计价标准》第10.3.8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》或《2024版清单计价标准》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，但发包人只要有证据抗辩在约定期限内提出过异议，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 工程变更、新增工程、签证、索赔

5.1 工程变更

5.1.1 工程变更的定义

参照《2024 版清单计价标准》第 2.0.28 条对工程变更的定义，工程变更为“经发包人批准的对合同工程工作内容、合同图纸、合同规范、位置尺寸、施工顺序与时间、施工条件、合同条款或其他特征等的改变。包括对合同工程的增加、减少、替代和使用材料等的改变”。

5.1.2 工程变更合同价款的调整

5.1.2.1 单价合同价款的调整

工程变更引起分部分项工程的清单项目变化或清单工程量发生变化不超出 15%（含 15%）时，可参照《2024 版清单计价标准》第 8.9.1 条的规定调整合同价格；工程变更引起分部分项工程清单工程量发生变化，且工程量变化超出 15%（不含 15%）时可参照《2024 版清单计价标准》8.9.2 的规定调整合同价格。

5.1.2.2 总价合同价款的调整

可参照《2024 版清单计价标准》第 8.9.3 条的规定调整合同价格。

5.1.2.3 工程变更导致合同实质性内容变化时措施费的调整

工程变更涉及合同工程范围、工期、质量、合同规范等实质性内容变化并引起措施项目发生改变时，参照《2024版清单计价标准》第8.9.6条的规定，应在实施前将拟实施的方案提交对方审核，拟实施方案经发承包双方确认后执行的，按照《2024版清单计价标准》第8.9.4条、第8.9.5条的规定调整措施费。

5.2 新增工程

5.2.1 新增工程定义

参照《2024版清单计价标准》第2.0.30条新增工程的定义，新增工程为发包人要求并获得承包人接受的，不属于合同约定工程范围及（或）其完工交付要求范围的实体工程。

5.2.1 新增工程的计价

新增工程分部分项工程项目清单单价可参照《2024版清单计价标准》第8.10.3条规定进行确定。

新增工程措施项目费用可参照《2024版清单计价标准》第8.10.4条的规定计算。

新增工程发生工程变更的，可参照《2024版清单计价标准》第8.10.5条的规定进行计价。

5.3 现场签证

5.3.1 现场签证的定义

参照《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”，《2024 版清单计价标准》取消了签证的相关内容，仅在第 7.5.4 条计日工提到签证，其内容为“任何一项非当天完成的计日工工作持续进行时，承包人应在该项工作实施结束后，在约定的时间内向发包人提交计日工签证报告，内容应包括每天计日工记录的汇总”。

5.3.2 签证的效力判断

5.3.2.1 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，需结合招标投标文件的规定、施工合同的约定，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。根据《建工司法解释（一）》第10条第1款规定“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。”

5.3.2.2 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。

5.3.2.3 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。

5.3.3 工程签证的常见形式

5.3.3.1 对工程量的签证

由发包人现场代表（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因工程变更、索赔事件等的发生依据施工合同约定需增加或减少的工程量，由发包人、承包人双方进行收方签证，如：机械钻孔桩长度的收方签证、外运土石方工程量的签证，停工导致人员、机械台班窝工数量的签证等。

5.3.3.2 对工程费用的签证

工程费用的签证就是常说的经济签证单，如：人工、材料、机械台班等价格的签证、变更导致技术措施费增加的签证等。

5.3.3.3 对工期的签证

非承包人原因导致工期延误的签证，如：现场地质情况与地勘资料不符导致工期延误的时间签证。

5.3.3.4 对计日工的签证

可参照《2024 版清单计价标准》第 7.5.2 条的规定，对涉及的工程项目及零星工作采用计日工计量、计价。

5.3.3.5 对违约责任的签证

如施工合同对发包人、承包人的相关违约责任进行约定，若一方违约则应向另一方支付违约金，在施工合同履行过程中，发包人与承包人通过签证形式对违约责任事件进行确认，避免在结算阶段发生争议。

5.3.4 签证的争议处理

5.3.4.1 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。

5.3.4.2 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，如果主张过程中存在瑕疵签证问题，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。

5.4 工程索赔与违约责任

《2024 版清单计价标准》对工程索赔的定义为“当事人一方因非己方原因造成经济损失、费用增加、工期延误（或延长），按合同约定或法律法规规定，应由对方承担赔偿责任或补偿义务，而向对方提出经济损失赔偿或补偿和（或）工期调整及其他的要求”。

5.4.1 工程索赔和违约责任的关系

参照《2024 版清单计价标准》第 8.11.1 条可知施工索赔是指在工程合同履行过程中，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的权利，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。

5.4.3 索赔工期、费用、利润的情形

因发包人责任原因的索赔，承包人可向发包人索赔工期、费用、利润。可参照《2024版清单计价标准》第8.11.10条

和第 8.11.9 条中第 6 项（因合同价款未能按合同约定支付引起的损失）的规定，承包人可向发包人索赔工期、费用、利润。

5.4.4 索赔工期和费用的情形

因发包人其他原因的索赔，承包人可向发包人索赔工期和费用，不包括利润。可参照《2024 版清单计价标准》第 8.11.11 条的规定，承包人可向发包人索赔工期、费用。

5.4.5 索赔工期的情形

可参照《2024 版清单计价标准》第 8.11.13 条的规定，发生符合该规定的具有不可抗力性质的例外事件引起工期延误的，承包人可索赔工期，发承包双方应承担各自的损失。

5.4.6 逾期索赔失权的适用问题

5.4.6.1 “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。

5.4.6.2 “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。

5.4.7 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《2024版清单计价标准》第8.11.22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。

5.4.8 索赔费用的主张问题

5.4.8.1 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指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。

5.4.8.2 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。

5.4.8.3 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。

5.4.8.4 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。

5.4.8.5 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。

5.4.8.6 材料调差费用

材料调差费用索赔可参照本《指引》第四章相关内容予以处理。

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，当然发包人擅自使用工程也可视为工程质量合格，由发包人承担相应法律后果。

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。根据《房屋建筑和市政基础设施工程竣工验收规定》的相关规定，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。根据《房屋建筑和市政基础设施工程竣工验收备案管理办法》第4条规定：“建设单位应当自工程竣工验收合格之日起15日内，向工程所在地的县级以上地方人民政府建设主管部门（以下简称备案机关）备案。”第6条规定：“备案机关收到建设单位报送的竣工验收备案文件，验证文件齐全后，应当在工程竣工验收备案表上签署文件收讫。”以及依据《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

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和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 关于擅自使用范围认定

认定擅自使用的范围，应根据实际使用情况和工程结构功能等进行综合认定，不应作扩大理解至全部工程中。在认定擅自使用的范围时，应根据实际使用情况和涉案工程的结构划分、使用功能等进行综合判断，不可因发包人仅使用工程的一部分，就认定工程整体质量合格。

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。

6.1.4.3 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，发包人或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

缺陷责任期，基于合同约定和相关法律法规，是指承包人按照合同约定承担工程质量缺陷修复义务，着重于工程竣工后的初期质量缺陷，发包人预留质量保证金的期限。质量保修期，是指建设工程实行质量保修制度情况下，一般自竣工验收合格之日起计算，承包人按照法律法规或合同约定对建设工程质量缺陷或瑕疵承担保修责任的期限。

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。实践中，比如发包人尚欠承包人工程款，或者发包人明显丧失履行能力的情况，承包人主张放弃质量保证金，达到不再履行质量缺陷修复义务，该主张可能违反行政强制性规定不受法律保护。

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 工期

7.1 开工条件的争议

7.1.1 处理工期争议案件中的“开工条件”的认定，仅指发包人提供的能够满足承包人自行施工的条件且不具备自然和社会环境等外部原因导致无法开工的情形，而不以承包人自身原因是否具备实质开工条件（诸如施工单位现场质量、安全生产管理体系已建立、管理及施工人员已经到位，施工机械具备使用条件，主要工程材料已落实的等）而否定开工条件的成立。

发包人依据约定与法律规定，原则应提供如下必备事项才能满足开工条件：（1）施工现场；（2）合同给定的进场道路及水、电、通信等；（3）完成图纸会审与设计交底，提供合同约定或法规规定的诸如工程施工必需的基础资料（地勘资料、地下管线资料、气象水文资料、毗邻建筑构筑物资料、土壤有毒有害检测报告）；（4）办理法定开工手续如建设工程施工许可证；但须注意，发包人办理施工许可证亦需承包人提供相应的配合义务。

如承包人在进场后，知道或应当知道发包人未取得施工许可手续，拒绝施工或做施工准备的，法院或仲裁机构将认定为不具备开工条件；反之，则承包人进行“实质施工”而未提出为“施工前准备”的，仍可能会被法院或仲裁机构认定为具备

开工条件。

7.1.2 局部具备开工条件，分批次提供图纸。发包人按进度计划安排分批、分阶段提供施工图等设计文件，但应以不影响承包人正常组织施工为前提。如发包人提供部分设计图纸，承包人根据施工组织设计和进度计划安排，可以进行施工的，可能被法院或仲裁委认定为具备开工条件。

7.1.3 发包人指令承包人，按其提供未经审查批准施工图或设计白图（电子版）进行施工，而承包人也同意施工的，则可能被法院或仲裁委认定为具备开工条件。

7.1.4 分批次移交场地或分批次移交工作面的，而合同约定在整个项目统一办理竣工验收而计算工期（非单独计算开工日期-竣工时期）的，则承包人提出的不具备整体开工条件，应以具备整体开工条件作为开工日期，或者以局部具备开工条件而提出竣工时期顺延的，可能获得法院或仲裁的支持。

7.2 开工日期争议

依据《建工司法解释（一）》第8条规定，当事人对建设工程开工日期有争议的，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。

“实际进场施工作为开工日期”，若承包方进场并未进行大规模施工仍宜以具备开工条件时作为开工日期。发承包双方可从监理日志、施工日志、往来函件等以及承包人是否报送进度产值（不是安全文明施工费与临时设施费用）、进度款支付申请等予以主张或否定“实际进场施工日为开工日期”。

7.3 关键线路的确定

经审批的“施工组织设计”中编制的施工总进度计划，如承包人采用单代号网络图或双代号网络图表示计划时（采用横道图则无法确定关键线路），可通过计算网络计划中总时差最小的工作是关键工作，自始至终全部由关键工作组成的线路为关键线路，或线路上总的工作持续时间最长的线路为关键线路。

关键线路上工作的延误，必然会导致项目总工期的延误，关键线路是认定工期延期的核心依据，提醒当事人关键线路可能有多条，也可能在具体事件的扰动下，关键线路会发生变化。若承包人没有通过网络代号图进行编制工期计划或者承发包双方对关键线路有争议，可由专家辅助人或司法鉴定机构通过竣

工后复盘借助网络图分析法、比例法等界定关键线路及延误时长。

7.4 承包人未能按约定取得工期顺延签证等书面文件时的处理

施工合同虽约定提出顺延工期的时间，但未明确约定“逾期索赔视为失权”，承包人可依据《建工司法解释（一）》第10条规定“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。”主张工期顺延，易获得法院或仲裁委的支持。

施工合同明确约定“逾期索赔视为失权”时，作为承包人的承办律师，可提出“索赔期限届满后，发包人同意工期顺延”的相关证据或“发包人在相关会议纪要、往来函件、承诺函、工程联系单等文件及邮件、微信记录中表明同意工期顺延的或给予费用补偿的”等发包人明确放弃逾期索赔失权的证据进行抗辩，亦可从“非承包人原因而怠于主张权利”或者“虽未在索赔期限内提出工期顺延，但并不影响工期顺延查明真伪的难度”，以及“不利物质条件、异常恶劣条件、法规政策变化、政府指令导致工期延长时，不调整工期对承包人明显不公平”等理由进行合理抗辩。

7.5 合同约定“任何情况下不得顺延工期”等类似约定的处理

若施工合同无效，则合同约定“任何情况下不得顺延工期”等类似约定自然无效。在此情形下，承包人可依据《民法典》第 798 条、第 803 条、第 804 条规定及按行业惯例提出工期顺延请求与抗辩。

当施工合同有效时，则承包人可主张“任何情况下不得顺延工期”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，以及《民法典合同编司法解释》第 32 条规定，预先排除民法典第 533 条“情势变更”的适用而无效进行抗辩，可提出任何情况下不得顺延工期的约定违反了《民法典》第 590 条、第 803 条，属于“排除了承包人的工期顺延的法定权利而属于滥用民事权利”，同时违反《标准化法》第 2 条、《标准化法实施条例》第 18 条第 3 项、《2024 版清单计价标准》第 3.3.1 条“建设工程的施工发承包，应在招标文件、合同中明确计量与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约定工程计量与计价中的风险内容及范围”及《九民会议纪要》第 31 条规定，而提出该类似条款无效。

承包人亦可向法院或仲裁委提出，在投标或合同签订时是承包人可预见的造成工期延长的合理范围不予顺延，但超出可预见的合理范围则仍应顺延工期并主张费用索赔。

7.6 任意压缩合理工期的处理

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，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，参照当地建设行政主管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。

7.7 施工合同无效，顺延工期或赔偿损失的处理

施工合同无效，且该无效合同工期不存在任意压缩合理工期的情形时，则因履行该无效合同，承包人或发包人可依据《建工司法解释（一）》第6条规定的原则，以合同约定工期为基准工期，按法律法规规定、行业惯例、参照合同有关工期顺延的约定执行（但逾期索赔失权条款、任何情形下不得顺延工期与索赔费用条款、违约责任条款除外）。有关因工期延误与顺延造成的实际损失（不含预期利益）的处理需结合无效合同签

订时的过错责任，以及履行无效合同的行为过错与损失的因果关系来确定损失的分担问题。有关实际损失金额的确定，必要时可通过鉴定方式或损失评估报告的方式确定。

如施工合同无效，且该无效合同约定的工期条款存在任意压缩合理工期的情形时，则需以合理工期为基准工期，参照前述指引处理。

7.8 竣工日期的争议

竣工验收合格一般指工程质量达到国家法律、法规规定的合格标准，但可能在某些特殊领域中，承发包双方约定的质量标准高于国家标准，则竣工验收合格应以达到双方合同约定的质量标准。但需注意《建筑法》规定的竣工验收适用范围指“房屋与市政工程”，而《公路工程竣(交)工验收办法》规定“竣工验收是在通车试运营2年后且交工验收合格等条件具备后才进行的验收”。

竣工日期是指建设工程竣工验收合格后，由发包人组织参加验收各方（勘察、设计、施工、监理等相关单位）共同签署的工程竣工验收报告上载明的工程竣工验收时间。

当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，承办律师可依据《建工司法解释（一）》第9条规定的“（一）建设工程竣工验收合格的，以竣工验收合格之日为竣工日期；（二）承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，以承包

人提交验收报告之日为竣工日期；（三）建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期”来主张确认竣工日期。

7.8.1 拖延验收的争议处理

发包人组织竣工验收的期限，发承包双方有约定的从约定，无约定时按合理期限认定。作为承包人的代理律师，可主张参照《2017版施工合同示范文本》专用条款第13.2.2条及《工程总承包合同示范文本》通用条款第10.1.2条之规定，因发包人原因未在收到竣工验收申请报告之日起42天内完成竣工验收，以提交竣工验收申请报告之日作为竣工日期。

7.8.2 擅自使用的争议处理

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。作为承包人的代理律师，就以下情形可主张发包人已擅自使用：双方已办理建设工程的移交；发包人已取得生产、经营许可证证明文件；发包人将建设工程移交第三方使用等。

实践中，发包人在签署竣工验收报告之前已使用建设工程，在建设工程使用过程中又组织了竣工验收。在这种情况下，承包人主张发包人擅自使用以转移占有之日作为竣工日期存在不被支持的风险。

承包人同意发包人使用时是否应认定发包人擅自使用，

实务中存在争议。一种观点认为：认定擅自使用的根本目的是确定发承包双方的责任分担，承包人已同意发包人提前使用，属于对自身权利的放弃，不应认定发包人构成擅自使用。另一种观点认为：发包人擅自使用涉及到相关主体的人身安全及社会公共利益，应进行独立判断，不以承包人是否同意作为判断因素，即使承包人作出同意的意思表示，也不能阻却发包人擅自使用的认定。

无论承包人是否同意发包人在竣工验收前提前使用，发包人提前使用即便认定为擅自使用，但是后来又组织通过了竣工验收，竣工验收合格的时间可能被认定为竣工日期。

7.9 工期违约责任的诉讼时效期间的起算时间的处理

发包人向承包人主张工期违约责任，其诉讼时效的起算点依据《民法典》第188条第2款，通常情况下均宜从项目竣工验收合格之日认定发包人知道或应当知道工期权利受侵害之日起开始计算诉讼时效期间。如果发包人在办理结算过程中，明确向承包人主张从结算中扣减工期逾期的违约金时，从竣工验收合格之日起未超过三年诉讼时效的，则发生诉讼时效中断。

但双方合同有“工期延误违约金按工程实际造价的一定比例依延误日期计算”或“违约金在工程结算款中予以扣除”等特别约定时，宜从工程结算完成之日起开始计算诉讼时效。

7.10 多份合同约定工期不同时处理

(1) 发包人通过招标投标程序与承包人签订了中标施工合同且中标施工合同有效，或者发包人直接与承包人签订施工合同且施工合同有效的情况下，后承发包方陆续签订了多份补充协议，但中标施工合同工期与补充协议工期不同，则需先判别后续签订的补充协议工期的效力是否有效，如补充协议工期构成承发包双方无法定理由（包括但不限于重大变更、情势变更、不可抗力等）对工期进行实质性变更的，则补充协议工期无效，应以中标施工合同工期为有效工期；如发承包双方确有法定理由（包括但不限于重大变更、情势变更、不可抗力等）变更中标施工合同工期而签订补充协议的，则不构成对中标施工合同工期的实质性变更，补充协议工期为有效工期。

同时，如发承包双方多份补充协议工期均有效且不同的，可按签订时间在后的补充协议工期执行；如无法确定签订时间先后的，可按照双方实际履行的补充协议工期执行。如无法确认多份补充协议签署时间先后顺序的，则建议结合招投标文件、施工准备资料、施工过程资料、规划报建及审批文件等相关证据，与合同目的、定额工期等相关因素，识别与确认各方补充协议工期的真实意思表示，依法确定合同工期。

(2) 发包人通过招标投标程序与承包人签订了中标施工合同且中标合同无效或者发包人直接与承包人签订施工合同且施工合同无效的情况下，发包人与承包人后又签订多份补

充协议且补充协议亦无效，且施工合同和补充协议工期不同的情况下，合同工期一般参照承发包双方实际履行合同的工期执行；如无法判断实际履行合同的，则参照签署时间在后的补充协议工期执行；如无法确认补充协议签署时间先后顺序的，可结合招投标文件、施工准备资料、施工过程资料、规划报建及审批文件等相关证据，与合同目的、定额工期等相关因素，识别与发承包双方对合同工期的真实意思表示，参照约定工期确定合同工期。

第八章 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。

8.1 优先受偿权的权利主体

8.1.1 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。

8.1.2 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。

8.1.3 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。

8.1.4 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。但同时也存在例外情形，其一，实际施工人行使代位权时可一并主张优先受偿权；其二，与发包人形成事实建设工程施工合同关系的挂靠人在向发包人直接主张工程款时，也可一并主张优先受偿权。

8.2 优先受偿权行使前提条件

8.2.1 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。

对诉讼、仲裁中通过鉴定发现存在可修复的部分质量问题，并不意味着该工程属于不合格工程。对存在质量问题的部分进行修复属于承包人的保修责任，不影响承包人对建设工程价款优先受偿权的主张和享有。

8.2.2 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。

8.3 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。

8.3.1 停工、窝工损失的优先受偿权

依据住建部、财政部建标[2013]44号《建筑安装工程费用项目组成》附件2第（三）条其他项目费第1款“暂列金额：是指建设单位在工程量清单中暂定并包括在工程合同价款中的一笔款项。用于施工合同签订时尚未确定或者不可预见的所需材料、工程设备、服务的采购，施工中可能发生的工程变更、合同约定调整因素出现时的工程价款调整以及发生的索赔、现场签证确认等的费用”的规定，索赔属于工程价款。

参照《2017版造价鉴定规范》第5.8.3条第2款“因发包人原因引起的暂停施工，费用由发包人承担，包括：对已完工程进行保护的费用、运至现场的材料和设备的保管费、施工机具租赁费、现场生产工人与管理人员工资、承包人为复工所需的准备费用等”的规定，因发包人原因引起停工的费用对应分别属于《建筑安装工程费用项目组成》中规定的（按造价形成顺序划分）措施项目费之已完工程及设备保护

费、其他项目费中的总承包服务费，（按费用构成要素划分）施工机具使用费、（生产工人）人工费和企业管理费（管理人员工资）等，均属于工程价款。

参照《2024版清单计价标准》规定，停工、窝工损失其原因包括非因承包人的原因（含发掘出文物、古迹以及具有地质研究或考古价值的物品等）、因发包人的（责任）原因、因发生具有不可抗力性质的事件、因承包人原因等。承办律师可提醒当事人注意，根据前述停窝工损失原因的不同，承包人可选择向发包人提出经济损失赔偿或补偿、工期调整、利润索赔。

对于停窝工损失是否属于优先受偿的范围，裁判实务中存在争议。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《2024版清单计价标准》第3.3.2条、第8.1.1条第10项、第8.11节、第10.2.1条第6项、第10.2.2条、第10.3.2条第10项的规定，停窝工损失索赔属于按相关规定调整的合同价款，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。

建议承办律师在代理承包人向发包人索赔停窝工损失时，

将非因承包人原因导致停窝工所产生的损失描述为《2017版造价鉴定规范》第5.8.3条第2款中载明的费用类型，而不概括使用“停窝工损失”。

但是，参照参照《建工司法解释（二）（征求意见稿）》第18条第2款的内容，将来承包人就发包人原因造成的停工、窝工等损失主张享有建设工程价款优先受偿权的，可能不会得到支持，但停工、窝工损失中的农民工工资部分除外。

8.3.2 优质工程奖励价款、赶工奖的优先受偿权

8.3.2.1 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，并已物化至建筑物中。

就评为优质工程后对双方结算的影响，实务中合同约定通常包括两种情形：一是对安全文明施工费用给予更高的计取比例，承办律师可建议承包人参照《2013版清单计价规范》中关于安全文明施工费属于工程价款的相关规定、《2024版清单计价标准》中关于安全生产措施费也属于工程价款的相关规定主张优先受偿权；二是直接按结算总价的一定比例给予承包方奖励，承办律师可建议承包人参照《2013版清单计价规范》第2.0.18条、第9.1.1条15项，《2024版清单计价标准》第2.0.13条、第8.1.1条11项，主张其系合同工程价款的组成部分，主张优先受偿权。

8.3.2.2 关于赶工奖（赶工费）

参照《2024版清单计价标准》第2.0.32条规定，赶工费是指在工程实施过程中，承包人应发包人的要求而采取加快工程进度措施，使合同工期或分期竣工工程的合同工期（包括经发包人批准的延长工期）缩短，由此产生的应由发包人额外支付给承包人的费用。

参照《2024版清单计价标准》第8.11.12条第5项、第8.11.17条规定，对于非因承包人原因应当顺延工期后，发包人要求赶工的，由此增加的赶工费用应由发包人承担；发包人要求提前竣工的，承包人制定赶工措施计划经发包人同意后实施，由此增加的赶工费用应由发包人承担。参照《2024版清单计价标准》第8.11节等规定，前述赶工费用系工程索赔属于按相关规定调整的合同价款，属于优先受偿权受偿范围。

前述规定均指向合同履行过程中产生的赶工，承办律师可建议承包人综合考虑该些赶工是否系应发包人要求或非因承包人原因所启动、相应赶工措施计划是否经发包人同意后实施、是否由此实际产生相应赶工费用等综合考虑主张该些赶工费是否属于工程价款范围并主张优先受偿权。

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。

8.4 优先受偿权的期限

依据《建工司法解释（一）》第41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。

若发承包双方因结算、付款条件等合理事由，而协商一致延长合理的“给付之日”且该约定不属于《民法典》规定的合同无效情形的，也未恶意损害第三人合法权益特别是抵押权人的合法权益，则承包人主张建设工程价款优先受偿权的行使期限以补充协议确定“应支付之日”起算，可能获得法院或仲裁机构的支持。

若按原合同约定，承包人行使优先权的期限已过而重新签订有关工程款顺延支付的协议，或整体工程结算完成且合同约定的工程款支付时间已经逾期的情况下又签订延期支付的协议，可能被法院或仲裁机构认定为损害其他债权人的合法权益而仍以原合同约定的支付时间作为行使优先权的开始时间，但不影响发承包双方按补充约定追究对方违约责任。

8.5 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。

8.5.1 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。

8.5.2 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。

8.5.3 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确认工程价款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。

8.5.4 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。

8.6 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。

8.7 优先受偿权的权利顺位

8.7.1 回迁安置户回迁房的优先权

依据《执行异议之诉解释》第18条规定，人民法院对登记在被执行人名下的不动产实施强制执行，案外人以该不动产系用于产权调换的征收补偿为由，提起执行异议之诉，请求排除建设工程价款优先受偿权、抵押权以及其他债权的强制执行，并能够证明其主张同时符合下列条件的，人民法院应予支持：（一）查封前，案外人已与房屋征收部门、房屋征收实施单位等依法签订征收补偿性质的协议；（二）用于征收补偿的不动产的位置明确特定。因此，以产权调换方式的回迁安置户，对符合前述条件的房屋享有优先与建设工程价款的优先权。

8.7.2 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，以及依据《执行异议之诉解释》第11条和第12条第2款的规定，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。

8.7.3 破产程序中的优先受偿权

依据《破产法》第43条、第82条、第109条、第113条的规定，在破产程序中，破产费用和共益债务由债务人财产随时清偿，破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，再依照顺序清偿担保债权、职工债权、税款债权和普通债权。

《破产法》侧重于破产程序的一般性规范，未针对商品房消费者权利和工程价款优先受偿权的权利顺位作出细化；依据《民法典》第807条、《建工司法解释（一）》第36条和《最高人民法院关于商品房消费者权利保护问题的批复》的规定，工程价款优先受偿权优于抵押权，而商品房消费者房屋交付请求权和价款返还请求权优先于工程价款优先受偿权。因此，在破产程序中，工程价款优先受偿权的权利顺位仅次于破产费用、共益债务和回迁房安置户、商品房消费者权利。

8.8 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 or 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。

第九章 工程总承包

9.1 导论

9.1.1 工程总承包的概念

参照《房建市政工程总承包管理办法》对“工程总承包”的定义：“本办法所称工程总承包，是指承包单位按照与建设单位签订的合同，对工程设计、采购、施工或者设计、施工等阶段实行总承包，并对工程的质量、安全、工期和造价等全面负责的工程建设组织实施方式。”因此，工程总承包人一般以“设计+采购+施工”或者“设计+施工”等阶段作为承包工作范围，并全部承担与质量、造价、工期、安全有关的项目风险。

9.1.2 工程总承包的性质

工程总承包合同的性质主要在“承包范围”上，是指承包单位除了对项目施工阶段进行承包，还对项目勘察、设计、采购、试运行或者设计、施工等阶段承担责任。

9.1.3 工程总承包的种类

工程总承包的承包范围涵盖了采购、设计、施工等方面，其主要模式包括设计、采购、施工（EPC）/交钥匙总承包；设计-施工总承包（D-B）；设计-采购总承包（E-P）；采购-施工

总承包（P-C）等。

9.1.4 工程总承包的相关政策和规范

除《房建市政工程总承包管理办法》外，还有《公路工程设计施工总承包管理办法》《铁路建设项目工程总承包办法》以及地方的规定，如《四川省房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》《四川省住房和城乡建设厅等部门关于进一步加强全省房屋建筑和市政基础设施工程总承包监督管理的通知》《四川省住房和城乡建设厅关于调整四川省房屋建筑和市政基础设施工程总承包项目安全文明施工费计取标准的通知》《贵州省房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法（试行）》《贵州省房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包计价导则（试行）》等。

9.1.5 工程总承包的国内合同示范文本

《工程总承包合同示范文本》（以下简称《示范文本》）自2021年1月1日起执行，原《建设项目工程总承包合同示范文本（试行）》同时废止。

《示范文本》适用于房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包承发包活动，为推荐使用的非强制性使用文本，由合同协议书、通用合同条件和专用合同条件3部分组成。其中，合同协议书共计11条，主要包括工程概况、合同工期、质量

标准、签约合同价与合同价格形式、工程总承包项目经理、合同文件构成、承诺、订立时间、订立地点、合同生效和合同份数，集中约定了合同当事人基本的合同权利义务。通用合同条件是合同当事人根据《民法典》、《建筑法》等法律法规的规定，就工程总承包项目的实施及相关事项，对合同当事人的权利义务作出的原则性约定。通用合同条件共计 20 条，包括一般约定、发包人、承包人、施工、工期和进度等内容。专用合同条件是合同当事人根据不同建设项目的特点及具体情况，通过双方的谈判、协商对通用合同条件原则性约定细化、完善、补充、修改或另行约定的合同条件。

9.1.6 工程总承包合同与施工总承包合同的主要区别

9.1.6.1 承包范围不同

工程总承包的承包范围除了施工阶段外，还涵盖了设计、采购等方面，其主要模式包括设计、采购、施工（EPC）/交钥匙总承包；设计-施工总承包（D-B）；设计-采购总承包（E-P）；采购-施工总承包（P-C）等。施工总承包的承包范围仅包括施工阶段。

9.1.6.2 对承包人资质要求不同

以房建市政项目为例，根据《房建市政工程总承包管理办法》第 10 条：“工程总承包单位应当同时具有与工程规模相适应的工程设计资质和施工资质，或者由具有相应资质的

设计单位和施工单位组成联合体”之规定，工程总承包单位需要同时具有与工程规模相适应的工程设计资质和施工资质或组成联合体。

根据《建筑法》第 13 条：“从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位，按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件，划分为不同的资质等级，经资质审查合格，取得相应等级的资质证书后，方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动”之规定，施工总承包企业在其资质等级许可的范围内从事建筑活动，施工总承包的承包范围为项目施工阶段，施工总承包需要具备有关施工阶段相应的资质。

9.1.6.3 责任承担不同

根据《建筑法》第 29 条：“建筑工程总承包单位按照总承包合同的约定对建设单位负责”之规定，工程总承包单位按合同约定对建设单位负责，因工程总承包的承包范围涵盖了采购、设计、施工等方面，因此工程总承包单位的责任承担也包含了对项目承包的采购、设计、施工等方面。工程总承包单位对整个项目的质量、安全、工期和造价全部负责。

施工总承包的承包范围仅为施工阶段，因此施工总承包单位对施工阶段负责。

9.1.6.4 计价方式不同

根据《房建市政工程总承包管理办法》第16条：“企业投资项目的工程总承包宜采用总价合同，政府投资项目的工程总承包应当合理确定合同价格形式。采用总价合同的，除合同约定可以调整的情形外，合同总价一般不予调整”之规定及工程总承包是工程总承包企业与建设单位签订合同，按照合同约定对工程项目的勘察、设计、采购、施工、试运行（竣工验收）等实行全过程或若干阶段的承包。工程总承包中主要采取工程全过程或若干阶段的承包，因此在工程总承包合同中采用总价合同进行计价比较符合工程总承包特征。

施工总承包中，因其承包范围仅为施工阶段，除总价合同及成本加酬金合同外，实务中通常采用单价合同模式，如发包人往往会编制工程量清单，承包人根据工程量清单进行报价，并最终确定签约合同价。施工总承包中根据承包人实际完成的工程量进行结算。

9.1.6.5 招标时间不同

《建设项目工程总承包计价规范》明确，发包人确定建设项目工程总承包发包阶段后，可按下列规定选择工程总承包模式：1.可行性研究报告批准后发包的，宜采用设计采购施工总承包（EPC）模式；2.方案设计批准后发包的，可采用设计采购施工总承包（EPC）或设计施工总承包（DB）模式；3.初步设计批准后发包的，宜采用设计施工总承包（DB）模式。工程总承包可根据采用的不同总承包模式选择不同的招标时

间。

根据《房建市政施工招标投标管理办法》第7条：“工程施工招标应当具备下列条件：……（三）有满足施工招标需要的设计文件及其他技术资料”之规定，施工招标前需满足施工招标需要的设计文件及其他技术资料。施工总承包需要在施工图设计审查通过后进行招标。

9.1.7 《建工司法解释（一）》对工程总承包纠纷的适用性问题

《建工司法解释（一）》共44条，其中第1条到第7条涉及“效力问题”；第8条到第11条涉及“工期问题”；第12条到第18条涉及“质量问题”；第19条到第27条涉及“价款问题”；第28条到第34条涉及“鉴定问题”；第35条到第42条涉及“优先权问题”；第43条到第44条涉及“实际施工人问题”。《建工司法解释（一）》下列条款可适用或参照适用于工程总承包。

9.1.7.1 “效力问题”部分

《建工司法解释（一）》第1条、第2条、第3条适用于施工阶段，第4条可以参照适用；第5条、第6条可以适用，但在确定损失大小时应参照《发包人要求》的内容；第7条也可参照适用。

9.1.7.2 “工期问题”部分

《建工司法解释（一）》第9条（如有特殊约定除外）、第10条、第11条可适用于工程总承包项目，但应注意“功能”与“质量”的区别，如涉及功能鉴定对工期的影响，应视双方合同约定和具体情况判断是否顺延工期。

9.1.7.3 “质量问题”部分

《建工司法解释（一）》第12条、第13条（第1款第1项中的“设计”针对的是由发包人提供的、作为开展工程总承包合同承包范围内设计依据的前期设计文件，并不是传统施工总承包意义下的“施工图设计”）、第14条可适用，但应注意此条的“擅自使用”仅指未经竣工验收而实施的“实际使用行为”，而非未经竣工验收而实施的“试验使用行为”；第15条、第16条、第17条和第18条可以适用。

9.1.7.4 “价款问题”部分

工程总承包模式与施工总承包模式在承包范围上的最明显差异是，施工总承包合同及施工总承包单位的承包范围不包括设计工作，而工程总承包合同及工程总承包单位的承包范围除了施工，还包括设计工作（既可能是施工图设计，也可能是包括方案设计、初步设计、施工图设计在内的设计工作）。因此，在工程总承包项目中，除非《发包人要求》变化导致设计变更，设计工作的风险通常属于承包商的风险范围，设计变更并不必然导致合同价款调整。《建工司法解释（一）》

第 19 条第 2 款在工程总承包模式下并不能直接适用，但本条第 1 款和第 3 款在工程总承包模式下可适用；第 21 条、第 22 条、第 23 条、第 24 条、第 25 条、第 26 条和第 27 条可以参照适用。

9.1.7.5 “鉴定问题”部分

《建工司法解释（一）》第 28 条可以适用，但如果系《发包人要求》内容发生改变或未履行合同约定的标准或条件等情形，可以对变更或调整部分进行鉴定。第 29 条、第 30 条、第 31 条、第 32 条、第 33 条和第 34 条可以参照适用。

9.1.7.6 “优先权问题”部分

《建工司法解释（一）》第 35 条、第 36 条、第 37 条、第 38 条、第 39 条原则适用，对工程总承包而言，工程质量是否合格，应包含评价是否符合《发包人要求》内容；第 40 条、第 41 条和第 42 条也可参照适用。

9.1.7.7 “实际施工人问题”部分

《建工司法解释（一）》第 43 条（实际施工人顾名思义应是实际投入人员、资金、机械的实施施工业务的主体，而不包括实施采购、设计业务的主体）和第 44 条可参照适用。

9.2 工程总承包相关主体

9.2.1 工程总承包主体所需的资质

《房建市政工程总承包管理办法》第 10 条规定：“工程总承包单位应当同时具有与工程规模相适应的工程设计资质和施工资质，或者由具有相应资质的设计单位和施工单位组成联合体”。除该行政规范性文件之外，其他部门规章也有相应的双资质要求。交通运输部《公路工程设计施工总承包管理办法》第 6 条规定：“总承包单位应当具备以下要求：（一）同时具备与招标工程相适应的勘察设计和施工资质，或者由具备相应资质的勘察设计和施工单位组成联合体；（二）具有与招标工程相适应的财务能力，满足招标文件中提出的关于勘察、设计、施工能力、业绩等方面的条件要求；（三）以联合体投标的，应当根据项目的特点和复杂程度，合理确定牵头单位，并在联合体协议中明确联合体成员单位的责任和权利；（四）总承包单位（包括总承包联合体成员单位，下同）不得是总承包项目的初步设计单位、代建单位、监理单位或以上单位的附属单位”。中国民用航空局颁布的《运输机场专业工程总承包管理办法（试行）》第 9 条第 1 款规定：“工程总承包单位应当同时具有与工程规模相适应的工程设计资质和施工资质，或者由具有相应资质的设计单位和施工单位组成联合体。工程总承包单位应当具有相应的项目管理体系和项目管理能力、财务和风险承担能力，以及与发包工程相类似的设计、施工或者工程总承包业绩”。

2017 年 2 月，国务院办公厅发布了《关于促进建筑业持

续健康发展的意见》（国办发〔2017〕19号），强调要“加快推行工程总承包。装配式建筑原则上应采用工程总承包模式。政府投资工程应完善建设管理模式，带头推行工程总承包”。此后，工程总承包模式的推广和应用过程大大加快，各地文件都对工程总承包企业资质进行了相应的阐述，其中主要有两种方式，一种是单资质，仅要求设计或者施工资质即可；另一种是双资质，要求同时具备设计和施工资质。

9.2.2 联合体

所谓联合体，参照《工程总承包合同示范文本》第1.1.1.4项的定义，是指经发包人同意由两个或两个以上法人或者其他组织组成的，作为工程承包人的临时机构。

9.2.3 联合体责任承担

对发包人责任，根据《建筑法》第27条和《招标投标法》第31条，联合体各方对承包合同的履行承担连带责任。例如，若因设计缺陷导致工程延期，发包人可向联合体任何一方主张赔偿。

对下游主体责任，司法实践中存在争议，法院或仲裁机构通常根据联合体协议约定、签约方是否代表联合体等因素综合判定。例如，若联合体协议明确约定对分包商承担连带责任，或某成员以联合体名义签约，其他成员可能需共同担责。

根据协议优先原则，联合体协议可细化内部责任划分，例如约定牵头方负责整体协调，成员方各自对其工作范围内的质量、安全负责。但协议内容不得对抗发包人，对外一般仍需承担连带责任。

9.3 工程总承包合同的效力

工程总承包合同（含分包合同）效力的认定原则，就方法而言，首先可以正向推定工程总承包合同（含分包合同）有效；其次反向看是否违反了我国《建筑法》《招标投标法》《政府采购法》《民法典》等法律的强制性规定、《建设工程勘察设计管理条例》《建设工程质量管理条例》《招标投标法实施条例》《政府投资条例》《企业投资项目核准和备案管理条例》《政府采购法实施条例》等行政法规的强制性规定导致无效（当然要注意权限性、警示性、强行性的规定对合同效力的影响）；最后看工程总承包合同（含分包合同）是否出现影响国家安全、违背社会公共秩序、违背公序良俗等导致无效的情形，其中包括违反法律、行政法规以外的规范性文件，如违反《房建市政工程总承包管理办法》《公路工程设计施工总承包管理办法》《铁路建设项目工程总承包办法》等影响国家安全、违背社会公共秩序、违背公序良俗等导致无效的情形。

9.3.1 工程总承包人的资质条件对工程总承包合同效力的影响

就单资质签订的工程总承包合同有效的观点来看，主要是依据行政法规《建设工程勘察设计资质管理规定》（建设部令 160 条）以及 2016 年住建部发布的《关于进一步推进工程总承包发展的若干意见》（建市〔2016〕93 号），对于工程总承包的资质问题，该意见明确了“工程总承包企业应当具有与工程规模相适应的工程设计资质或者施工资质，相应的财务、风险承担能力，同时具有相应的组织机构、项目管理体系、项目管理专业人员和工程业绩”，当时提出的是工程总承包企业应当具有与工程规模相适应的“工程设计资质”或者“施工资质”，即单资质。

主张双资质签订的工程总承包合同有效的观点来看，主要是基于行政法规《建设工程勘察设计管理条例》第 7 条：

“国家对从事建设工程勘察、设计活动的单位，实行资质管理制度。具体办法由国务院建设行政主管部门商国务院有关部门制定”的授权，2020 年 3 月 1 日施行的住建部和国家发改委发布的行政规范性文件《房建市政工程总承包管理办法》第 10 条规定：“工程总承包单位应当同时具有与工程规模相适应的工程设计资质和施工资质，或者由具有相应资质的设计单位和施工单位组成联合体”。除该管理办法之外，其他部门规章也有相应的双资质要求。交通运输部《公路工程施工总承包管理办法》第 6 条规定：“总承包单位应当具备以下要求：（一）同时具备与招标工程相适应的勘察设计和施

工资质，或者由具备相应资质的勘察设计和施工单位组成联合体；（二）具有与招标工程相适应的财务能力，满足招标文件中提出的关于勘察设计、施工能力、业绩等方面的条件要求；（三）以联合体投标的，应当根据项目的特点和复杂程度，合理确定牵头单位，并在联合体协议中明确联合体成员单位的责任和权利；（四）总承包单位（包括总承包联合体成员单位,下同）不得是总承包项目的初步设计单位、代建单位、监理单位或以上单位的附属单位”。中国民用航空局颁布的《运输机场专业工程总承包管理办法（试行）》第9条第1款规定：“工程总承包单位应当同时具有与工程规模相适应的工程设计资质和施工资质，或者由具有相应资质的设计单位和施工单位组成联合体。工程总承包单位应当具有相应的项目管理体系和项目管理能力、财务和风险承担能力，以及与发包工程相类似的设计、施工或者工程总承包业绩”。

2017年2月，国务院办公厅发布了《关于促进建筑业持续健康发展的意见》（国办发〔2017〕19号），强调要“加快推行工程总承包。装配式建筑原则上应采用工程总承包模式。政府投资工程应完善建设管理模式，带头推行工程总承包”。此后，工程总承包模式的推广和应用过程大大加快，各地文件都对工程总承包企业资质进行了相应的阐述，其中主要有两种方式，一种是单资质，仅要求设计或者施工资质即可；另一种是双资质，要求同时具备设计和施工资质。

所以，单资质所签订的工程总承包合同，就资质而言不能被认定为无效。当然，随着鼓励设计和施工资质相互申请的政策推动，工程总承包市场主体将逐渐由联合体过渡到双资质企业单独承揽。

9.3.2 建设工程规划许可证对工程总承包合同效力的影响

工程总承包模式，一般至少包含设计、施工阶段，对于政府投资项目，原则上是在初步设计审批完成后进行发包。若根据《城乡规划法》第40条第2款关于办理建设工程规划许可证的要求，在这个时点上，还没有办理建设工程规划审批手续所需的“建设工程设计方案等材料”，所以，不能以是否办理建设工程规划审批手续来认定违法发包，从而认定工程总承包合同无效。当然，到了具备办理规划审批手续的条件，仍然没有办理建设工程规划审批手续，则对于施工部分的合同，才适用《建工司法解释（一）》第3条规定。

以建筑安装施工为主的工程总承包合同，发包人未办理建设工程规划许可证不影响合同效力。当事人提起诉讼或仲裁前，工程已经开始施工但仍未办理建设工程规划许可证的，可主张工程总承包合同无效。

9.4 工程总承包合同价款

9.4.1 工程总承包合同合同价款计价方法

《房建市政工程总承包管理办法》第 16 条规定，企业投资项目的工程总承包宜采用总价合同，政府投资项目的工程总承包应当合理确定合同价格形式。采用总价合同的，除合同约定可以调整的情形外，合同总价一般不予调整。建设单位和工程总承包单位可以在合同中约定工程总承包计量规则和计价方法。依法必须进行招标的项目，合同价格应当在充分竞争的基础上合理确定。

工程总承包项目计价可参考《建设项目工程总承包计价规范》，合同另有约定除外。

9.4.2 设计优化

设计优化，承包人对发包人提供的设计文件进行改善与提高，并从成本的角度对原设计进行排查，剔除其中虚高、无用、不安全等不合理成本的加工。

9.4.2.1 设计优化的责任主体

设计优化责任应该由承包人承担，承包人应当按照法律规定，国家、行业 and 地方的规范和标准，以及“发包人要求”和合同约定完成设计工作和设计相关的其他服务，并对工程的设计负责。承包人应根据工程实施的需要及时向发包人和工程师说明设计文件的意图，解释设计文件。

9.4.2.2 设计优化后的利益分享

设计优化后的利益分享，应引入利益共享机制，按设计优化后取得的收益，按照事前或事后的约定分配比例进行分配，促进设计与施工深度融合。采取工程总承包模式实施的政府投资项目，应根据财政预算评审结果进行限额设计。

9.4.3 变更的认定及合同价款调整

工程总承包的变更主要指对工程的变更、发包人要求的变更以及经承包人提出合理化建议经发包人同意的变更。

因发包人变更《发包人要求》或初步设计文件，导致承包人施工图设计修改并造成成本、工期增加的，应按合同约定调整价款、工期，并应由承包人提出新的价格、工期报发包人确认后调整。

除合同约定外，承包人对方案设计或初步设计文件进行的设计优化，如满足发包人要求时，其形成的利益应归承包人享有。如需要改变发包人要求时，应以书面形式向发包人提出合理化建议，请发包人认为可以缩短工期、提高工程的经济效益或其他利益，并指示变更的，发包人应对承包人的合理化建议形成的利益双方分享，并应调整合同价款或工期。

9.4.4 工程总承包预算评审

工程总承包合同如约定采用总价方式计价，一方当事人不应对总价范围内的价款进行鉴定。

工程总承包合同如约定为总价合同，工程总承包合同未约定以行政审计或财政评审为结算依据，一方当事人不应主张按照行政审计或财政评审结论进行结算。当事人以合同约定的行政审计或财政评审部门未在合理期限内出具结论，或一方当事人有证据证明其结论有错误，可申请鉴定。

9.4.4.1 工程总承包预算评审的常见情形

依据《财政投资评审管理规定》（财建[2009]648号）第3条规定，财政投资评审的范围包括：（一）财政预算内基本建设资金（含国债）安排的建设项目；（二）财政预算内专项资金安排的建设项目；（三）政府性基金、预算外资金等安排的建设项目；（四）政府性融资安排的建设项目；（五）其他财政性资金安排的建设项目；（六）需进行专项核查及追踪问效的其他项目或专项资金。

《预算法实施条例（2020修订）》第41条规定，各级政府应当加强项目支出管理。各级政府财政部门应当建立和完善项目支出预算评审制度。各部门、各单位应当按照本级政府财政部门的规定开展预算评审。

9.4.4.2 工程总承包预算评审常见问题

施工图预算评审的“双重标准”，许多工程总承包项目虽然签订固定总价合同，但是审计或评审时却执行“低就高不就”原则：实际成本超支按合同价结算，节约部分被核减。

这种对施工图预算两头设限，“只赚不赔”的审计或评审思维，虽然防止了总承包人通过施工图过度设计来提高施工图预算进而提高结算额，优化来的利润不能由承包人享受，也降低了承包人通过优化设计来降低施工图预算进而提高自身利润的积极性，由于设计概算不足，施工图优化的目的可能变成了弥补概算的不足，而非真正的设计优化。

9.4.4.3 工程总承包预算评审常见问题解决

针对施工图预算评审的“双重标准”，律师可以提醒发包人及承包人向评审或审计单位提出，就工程总承包模式设计优化的特点，为了体现总承包模式限额设计的功能，审计或评审时不能采用“低就高不就”原则，应鼓励设计优化，由合同主体按约共同享有设计优化后的收益。

9.4.5 工程总承包投资超概算

工程总承包工程投资超概算，指的是在工程总承包项目中，由于各种原因（如国家政策调整、价格上涨、地质条件变化或发包人要求改变、工程变更等）导致实际投资超过了原先核定的投资概算。《政府投资条例》等对政府投资项目的投资概算有明确规定，原则上不允许超过核定的投资概算。在实际工程中，由于各种不可预见因素，工程投资可能超出概算，这需要通过合理的合同管理和风险控制措施来加以应对。

9.4.5.1 工程总承包概算包括的内容

政府投资项目在工程实施前通常要经历项目建议书、可行性研究报告、初步设计、施工图设计四个阶段（工程总承包项目在发包前无施工图设计阶段），与之匹配的造价文件分别是：可行性研究阶段对应投资估算，初步设计阶段对应设计概算，施工图设计阶段对应施工图预算。其中，概算是设计单位依据初步设计图纸及设计说明（包含概算定额、概算指标、取费标准、设备材料选型及价格等）对建设项目总投资及其构成进行概略核算而编制的造价文件，包含工程费用、工程建设其他费和预备费三大类。同时，概算是控制施工图设计及预算、实施限额设计和编制招标控制价的重要直接依据。

参照《建设项目工程总承包计价规范》第 2.0.18 条对“设计概算”的定义，在初步设计阶段，依据初步设计或扩大初步设计文件，在投资估算的控制下，对建设项目总投资及其构成进行的概略计算。一般包括：建设项目总概算、单项工程综合概算、单位工程概算，也称投资概算。

9.4.5.2 工程总承包投资超概算的常见情形

9.4.5.2.1 发包人原因造成“超概”的常见情形

(1) 可行性研究、初步设计及概算等编制不充分；(2) 招标文件及合同文件条款存在不合理或歧义；(3) 发包人要求变化导致的工程变更。

9.4.5.2.2 承包人原因造成“超概”的常见情形

(1) 承包人低价中标后的利润策略；(2) 承包人的经验、能力问题。

9.4.5.2.3 发承包双方以外原因造成“超概”的常见情形

(1) 不利地质条件；(2) 价格上涨；(3) 法律政策及规范调整；(4) 不可抗力。

9.4.5.3 工程总承包投资超概算的解决途径

(1) 事前防范，按工程总承包项目实施流程在不同阶段，防范投资超概算。

1) 招投标阶段，律师建议施工单位审慎投标。提醒总承包人应重点关注岩土工程初勘报告以及初步设计图纸的设计深度与设计质量，进行现场踏勘，核实图纸工程量与现场实际工程量是否可能存在较大偏差，从而是否导致概算金额远低于施工图预算价的情形；如施工单位经预判认为存在以上工程量偏差过大的情形，施工单位应主动向业主方要求澄清答疑，如业主单位不予答疑，则建议施工单位审慎投标。

2) 合同签订谈判阶段。涉及变更情形，可能出现调概事

项，律师应提醒发包人在约定时限内主动启动调概程序。

3) 工程实施阶段。律师应提醒承包人在做施工图设计及编制预算时，应当做好限额设计的造价管控工作。可要求分包商将编制好的预算提交给总承包单位统一汇总提交业主，并在分包合同中明确约定，分包工程的预算金额以业主审定金额为准，并就其报送预算自行承担超概的风险和责任。对因工程变更等原因引起或将要引起的调概，律师应提醒承包人提前积极督促和协助业主单位启动调概程序。

(2) 未在项目实施流程中处理好概算调整的，依据国务院《政府投资条例》及国家发改委规范性文件《中央预算内直接投资项目概算管理暂行办法》以及部分地方规范性文件，按符合规定的概算调整情形进行调整。

(3) 在诉讼或仲裁程序中，通过鉴定的方式，实现概算调整的目的。

9.4.6 违约解除合同后的结算

9.4.6.1 因承包人违约导致合同解除的，发承包双方应清点合同解除时承包人已完成的合同工作并办理结算，结算应包括下列内容：

- (1) 已完成的勘察设计等总承包其他工作的价款；
- (2) 已完成的里程碑节点及相邻里程碑节点之间的工程合同价款；
- (3) 按工程进度计划已运至现场的材料和设备的价款；
- (4)

工程变更、新增工程、发包人索赔的金额；（5）按合同约定核算承包人应支付的违约金以及给发包人造成损失的赔偿金额；（6）其他应由承包人承担的费用。

9.4.6.2 因发包人违约导致合同解除的，发承包双方应清点核实合同解除时承包人已完成的合同工作并办理结算，结算应包括下列内容：

（1）已完成的勘察设计等总承包其他工作的价款；（2）已完成的里程碑节点及相邻里程碑节点之间的工程合同价款；（3）承包人为本工程订购并已付款或外包加工定制的材料、设备和其他物品的价款，以及因本工程合同解除造成的损失（如承包人已签订采购合同但还未付款，如撤销合同应付的违约金）；（4）工程变更、新增工程、承包人索赔的金额；（5）按合同约定核算发包人应支付的违约金以及给承包人造成损失的赔偿金额（6）承包人工、机械设备撤离现场及遣散承包人工的费用；（7）其他应由发包人承担的费用。如工程停工后直至移交给发包人，由承包人负责的工地安全保卫，仓库看管等员工的费用；承包人主张合同解除后应由发包人给予合理的费用及预期利润等。

9.5 工程总承包合同的优先受偿权

包含勘察、设计、采购、施工内容的工程总承包合同，或者包含设计、采购、施工内容的工程总承包合同，承包人

可就发包人欠付款项整体主张建设工程价款优先受偿权。

承包人就工程总承包合同的勘察费或设计费单独主张建设工程价款优先受偿权的，发包人可提出不予支持抗辩。

9.6 工程总承包合同的争议管辖

工程总承包合同当事人可以选择约定仲裁方式解决争议，若当事人没有选择仲裁的约定，工程总承包是否应当属于专属管辖在实践中也存在不同观点。根据《民事诉讼法解释》第28条第2款规定，建设工程施工合同纠纷属于专属管辖，但是工程总包中不仅包含施工内容，还可能包含勘察、设计、采购等内容。有观点认为工程总承包合同从性质上可认定为承揽合同或买卖合同，应当适用一般管辖原则。但是，主流观点认为工程总承包往往涉及到工程造价评估、质量鉴定、工程价款优先权的工程拍卖等，由工程所在地法院管辖更有利于案件事实的查明和执行，符合诉讼便利和经济原则。

如果在工程总承包项目中，发包人分别与勘察、设计、采购、施工单位签订合同，或者在工程总承包合同中，发包人单独与勘察、设计、采购、施工单位进行结算，勘察单位、设计单位、材料设备供应单位可以主张勘察合同纠纷、设计合同纠纷、买卖合同纠纷等不属于专属关系。

第十章 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。

10.1 司法鉴定的启动

10.1.1 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。

10.1.2 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。

10.1.3 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。

10.1.4 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。

10.1.5 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。

10.1.6 鉴定的委托与接受

10.1.6.1 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。

10.1.6.2 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。

10.1.6.3 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。

10.1.6.4 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。

10.1.6.5 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。

10.2 鉴定事项与范围

10.2.1 主要鉴定事项

10.2.1.1 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。

10.2.1.2 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。

10.2.1.3 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、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）发包人原因导致工期延长增加的工程总承包管理费鉴定（不包括建安工程费中的管理费）；（12）发包人使用功能调整导致建安工程费增加或减少的鉴定；（13）临时设施费的鉴定，承包人用于未列入建安工程费的临时水、电、路、讯、气等工程和临时仓库、生活设施等建（构）筑物的建造、维修、拆除的摊销或租赁费用；（14）设备购置费的鉴定，包括为建设项目购置或者自制达到固定资产标准的各种国产或者进口设备及备品备件、工具、器具、家具的购置费用；（15）系统集成费的鉴定，承包人用于系统集成等信息工程的费用（如网络租赁、BIM、系统运行维护等）；（16）其他造价司法鉴定。

10.2.1.4 勘察设计质量的鉴定

10.2.1.4.1 勘察质量的鉴定

如勘察文件出现下列情况之一的，律师可提示发包人主张勘察质量缺陷并向裁决机构申请司法鉴定：（1）不符合法律法规强制性规定；（2）不符合工程建设强制性标准规定；（3）不符合合同约定的技术标准或者要求；（4）勘察文件的编制深度不符合国家或者地方主管部门规定；（5）勘察外业的原始数据记录不真实、不准确；（6）勘察文件的分析论证方法与岩土工程勘察行业通用的技术方法明显不符，或者论证结论建议出现明显错误；（7）勘察报告与现场实际明显

不符，对建设工程质量安全有较大影响的。

勘察报告虽与现场不符，律师可提示勘察单位下列情况不应属于工程勘察质量缺陷，可向裁决机构主张不同意司法鉴定或者司法鉴定无必要：（1）勘察人已根据合同约定、法律法规和相关技术标准要求进行勘察，但鉴于勘察技术方法、钻探、测试样本的局限性或者水文地质条件的不确定性和不稳定性，原始勘察报告的水文、地质参数需要通过地基开挖验槽、补充勘察、岩土工程监测等方式进一步查明或者验证的；（2）勘察工作完成后，因地震、海啸、泥石流等自然灾害，或因工程施工导致原勘察场地的水文地质条件发生改变，原勘察报告的水文地质参数、勘察结论建议与改变后的勘察场地不符的；（3）勘察工作完成后，因发包人改变项目规划、规模、功能、范围等原因，导致原勘察文件的水文地质参数、勘察结论建议不能满足项目改变后的选址、设计、施工和岩土工程治理需要，而必须进行补充勘察、重新勘察的；（4）其他不属于工程勘察质量缺陷的情形。

10.2.1.4.1 设计质量的鉴定

设计文件如出现下列情形，律师可提示发包人主张设计文件质量缺陷并向裁决机构申请设计质量司法鉴定：（1）不符合法律法规的强制性规定；（2）不符合工程建设强制性标准的要求；（3）不符合合同约定的技术标准或者发包人要求；（4）不符合相关行业设计文件编制深度的规定；（5）存在

影响工程安全性、适用性、耐久性或者其他功能的缺陷。

10.2.1.5 勘察设计费的鉴定

10.2.1.5.1 勘察费的鉴定

勘察费鉴定事项一般包括但不限于：（1）工程测量费的鉴定，包括地形测量、控制测量、地下管线测量/探测/检测、路面测量/检测（适用道路市政工程）等费用的鉴定；（2）岩土工程勘察费的鉴定，涉及工程地质测绘、勘探、原位测试、室内试验等费用的鉴定；（3）水文地质勘察费的鉴定，针对地下水的分布、水质、水量等进行调查和分析的费用的鉴定；（4）工程物探费的鉴定，运用地球物理方法如地震勘探、电法勘探等探测地下地质结构和异常情况而发生的物探费的鉴定；（5）室内试验费的鉴定，对采集的土样、水样、岩石样等进行物理、化学、力学等试验费用的鉴定；（6）岩土工程设计与检测监测费的鉴定，包括岩土工程设计、桩基检测、基坑监测、基坑周边环境监测、沉降观测等费用的鉴定；（7）其他勘察费。

勘察费的具体构成和计算方法可能因地区、项目类型和复杂程度而有所不同。

10.2.1.5.2 设计费的鉴定

设计费的鉴定事项一般包括但不限于：（1）基本设计费的鉴定，包括对初步设计费、技术设计费（如有）、施工图

设计费的鉴定；（2）其他设计费的鉴定，包括对方案设计费（如有）、总体设计，设计总包服务、主体设计协调，绿色建筑设计，BIM 技术设计，被动式节能设计，预制装配式设计，建筑智能化设计，编制施工招标技术文件，编制工程量清单，编制施工图预算，建设过程第三方设计咨询，编制竣工图等费用的鉴定。

10.2.1.6 工程总承包项目的鉴定

工程总承包，是指承包单位按照与建设单位签订的合同，对工程设计、采购、施工或者设计、施工等阶段实行总承包，并对工程的质量、安全、工期和造价等全面负责的工程建设组织方式。

工程总承包涉及的鉴定主要包括工程总承包质量鉴定（包括勘察质量、设计质量、设备采购质量、施工质量）、工期鉴定（包括设计工期、施工工期）、工程总承包费用鉴定【包括勘察费（适用水利等工程总承包情形）、设计费、设备采购费、建安费、建设工程其他费等】，其中工程总承包质量鉴定中施工质量鉴定同本指引第 10.2.1.1 条，施工工期鉴定同本指引第 10.2.1.2 条，建安工程费的鉴定同本指引第 10.2.1.3 条。

10.2.2 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，只对有争议项进行鉴定。对待证事实能不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。

10.2.3 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。

10.3 鉴定材料的准备与质证

10.3.1 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。

10.3.2 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。

10.4 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。

10.4.1 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。

10.4.2 现场勘验

10.4.2.1 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。

10.4.2.2 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。

10.4.3 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。

参照《2017版造价鉴定规范》第5.2.1条、第5.3.1条、第5.3.2条、第5.3.3条、第5.3.4条、第5.3.5条、第5.3.6条相关规定，鉴定人对鉴定范围、事项、要求有疑问和分歧的，应当由委托人处理。对鉴定项目合同的效力认定、对鉴定项目的计价依据、计价方法等有分歧，应当由委托人决定。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。

10.5 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。

10.5.1 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。

10.5.2 鉴定意见的审查和质证

10.5.2.1 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、是否符合《证据规定》第36条的规定等。

10.5.2.2 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。

10.6 鉴定人的出庭作证

10.6.1 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。

10.6.2 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。

10.6.3 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。

10.7 鉴定的辅助工作

10.7.1 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）提示和催促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。

10.7.2 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。

10.8 补充鉴定

10.8.1 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。

10.8.2 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。

10.8.3 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。

10.9 重新鉴定

10.9.1 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。

10.9.2 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。

10.9.3 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。

10.9.4 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。

第十一章 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）

《最高人民法院关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）（征求意见稿）》

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》
《中华人民共和国企业破产法》	《破产法》
《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	《建工司法解释

施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》	（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〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》	《担保制度司法解释》
《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》	《民法典合同编司法解释》
《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》	《〈仲裁法〉若干问题的解释》
《最高人民法院关于审理执行异议之诉案件适用法律问题的解释》	《执行异议之诉解释》
《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）	《川渝两高院解答》
四川省高级人民法院民一庭《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》（川高法民一〔2015〕3号）	四川高院《建工纠纷解答》
《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（二）（征求意见稿）》	《建工司法解释（二）（征求意见稿）》

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）》 （GF-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事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》
《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》（住建部、发改委，建市规〔2019〕12号）	《房建市政工程总承包管理办法》
《建设项目工程总承包合同（示范文本）》（GF-2020-0216）	《工程总承包合同示范文本》
《建设工程工程量清单计价标准》 （GB/T 50500-2024）	《2024版清单计价标准》