

最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释

(2004年9月29日最高人民法院审判委员会第1327次会议通过)

法释[2004]14号

最高人民法院公告

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》已于2004年9月29日由最高人民法院审判委员会第1327次会议通过，现予公布，自2005年1月1日起施行。

最高人民法院 2004年10月25日

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》根据《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国招标投标法》、《中华人民共和国民事诉讼法》等法律规定，结合民事审判实际，就审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律的问题，制定本解释。

第一条建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第五十二条第(五)项的规定，认定无效：

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

第二条建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。

第三条建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收不合格的，按照以下情形分别处理：

(一)修复后的建设工程经竣工验收合格，发包人请求承包人承担修复费用的，应予支持；

(二)修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。因建设工程不合格造成的损失，发包人有过错的，也应承担相应的民事责任。第四条承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。

第五条承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同，在建设工程竣工前

取得相应资质等级，当事人请求按照无效合同处理的，不予支持。

第六条当事人对垫资和垫资利息有约定，承包人请求按照约定返还垫资及其利息的，应予支持，但是约定的利息计算标准高于中国人民银行发布的同期同类贷款利率的部分除外。当事人对垫资没有约定的，按照工程欠款处理。当事人对垫资利息没有约定，承包人请求支付利息的，不予支持。

第七条具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人签订的劳务分包合同，当事人以转包建设工程违反法律规定为由请求确认无效的，不予支持。

第八条承包人具有下列情形之一，发包人请求解除建设工程施工合同的，应予支持：

- (一)明确表示或者以行为表明不履行合同主要义务的；
- (二)合同约定的期限内没有完工，且在发包人催告的合理期限内仍未完工的
- (三)已经完成的建设工程质量不合格，并拒绝修复的；
- (四)将承包的建设工程非法转包、违法分包的。

第九条发包人具有下列情形之一，致使承包人无法施工，且在催告的合理期限内仍未履行相应义务，承包人请求解除建设工程施工合同的，应予支持：(一)未按约定支付工程价款的；(二)提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准的；(三)不履行合同约定协助义务的。

第十条建设工程施工合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款；已经完成的建设工程质量不合格的，参照本解释第三条规定处理。因一方违约导致合同解除的，违约方应当赔偿因此而给对方造成的损失。

第十一条因承包人的过错造成建设工程质量不符合约定，承包人拒绝修理、返工或者改建，发包人请求减少支付工程价款的，应予支持。

第十二条发包人具有下列情形之一，造成建设工程质量缺陷，应当承担过错责任：(一)提供的设计有缺陷；(二)提供或者指定购买的建筑材料、建筑构配件、设备不符合强制性标准；(三)直接指定分包人分包专业工程。承包人有过错的，也应当承担相应的过错责任。

第十三条建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，不予支持；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。

第十四条当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，按照以下情形分别处理：

(一)建设工程经竣工验收合格的，以竣工验收合格之日为竣工日期；(二)承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，以承包人提交验收报告之日

为竣工日期；

(三)建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。

第十五条建设工程竣工前，当事人对工程质量发生争议，工程质量经鉴定合格的，鉴定期间为顺延工期期间。

第十六条当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款。因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。建设工程施工合同有效，但建设工程经竣工验收不合格的，工程价款结算参照本解释第三条规定处理。

第十七条当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理；没有约定的，按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息。

第十八条利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：(一)建设工程已实际交付的，为交付之日；(二)建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；(三)建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。

第十九条当事人对工程量有争议的，按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。承包人能够证明发包人同意其施工，但未能提供签证文件证明工程量发生的，可以按照当事人提供的其他证据确认实际发生的工程量。

第二十条当事人约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的，按照约定处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的，应予支持。

第二十一条当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。

第二十二条当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，不予支持。

第二十三条当事人对部分案件事实有争议的，仅对有争议的事实进行鉴定，但争议事实范围不能确定，或者双方当事人请求对全部事实鉴定的除外。

第二十四条建设工程施工合同纠纷以施工行为地为合同履行地。

第二十五条因建设工程质量发生争议的，发包人可以以总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。

第二十六条实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。

实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。

第二十七条因保修人未及时履行保修义务，导致建筑物毁损或者造成人身、财产损害的，保修人应当承担赔偿责任。保修人与建筑物所有人或者发包人对建筑物毁损均有过错的，各自承担相应的责任。

第二十八条本解释自二〇〇五年一月一日起施行，施行后受理的第一审案件适用本解释。施行前最高人民法院发布的司法解释与本解释相抵触的，以本解释为准。

朱树英：《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》疑难问题解析

问题一：根据《司法解释》第4条的规定，我们是否可以这样理解：施工合同被认定无效后，人民法院可以凭职权收缴当事人已经取得的非法所得，而如果是仲裁案件，仲裁委员会则无权收缴。

答：我个人认为仲裁处理该类案件是同样应当把《司法解释》第四条规定作为法律依据的。因为《合同法》《民法通则》都有对无效合同当事人非法所得进行收缴的相关规定，如果收缴这部分非法所得在法院处理时可行，在仲裁时不处理，在理论上是讲不通的，在实践中也是行不通的。这个问题与法院和仲裁在处理优先受偿权时碰到的问题有些相似。当时，在最高院颁布有关工程价款优先受偿权的司法解释后，也有人提过相同的问题，即该司法解释规定行使优先受偿权的拍卖工程应由法院处理，那么仲裁案件时能否判优先受偿权？当时有人就说仲裁不能裁，因为合同法第286条规定是“人民法院依法拍卖”。而实际上，仲裁庭还是可以裁决的，只是裁决完了要由法院去执行，而且仲裁对收缴非法所得做出裁决后由法院去执行，和仲裁裁决本来就由人民法院执行也是不相冲突的。

问题二：施工合同签订后，双方以补充协议的方式对中标的合同价款进行调整，如果当时双方都认为补充协议确未违反双方的真实意思表示，而过后承包人又以补充协议违反招投标法为由，要求认定补充协议无效，这时如何确定合同价款？

答：这本身就是黑白合同的认定问题。《司法解释》规定，中标合同备案后，当事人不得就合同中实质性内容另行约定，应以中标合同为准。当然，这并不是说合同签订后就不能变更了，按《合同法》的规定，合同签订后当然可以变更，只是补充协议对实质性内容进行变更后也需要再次备案，只有进行了重新备案后才能作为依据。这个问题就像是夫妻结婚后可以离婚可以再结婚一样，这是你的自由，只是每次都要去履行登记手续，未履行这个手续就是非法的。当然，黑白合同和是否是真实意思表示不能相提并论。在实践中，有的黑合同并非当事人的真实意思表示，是承包人出自无奈或者为了中标或承包工程而不得已而为的。

我认为《司法解释》第 21 条规定的本意是限制当事人以真实意思为由规避法律和政府的相关规定，这是法律对当事人的不正确的“真实意思”的干预。因此，履约过程中如要签订与中标合同实质性内容发生变更的补充协议的关键是要有法定的变更事由并同样办理备案手续。

问题三：建设工程《示范合同》中关于确定变更价款的 31.2 款中约定：承包人在双方确定变更事项后的 14 天内，不向工程师提出变更工程价款报告时，视为该项变更不涉及合同价款的变更。据此提出以下问题：承包人在 14 天内没有提交变更价款的专项报告，但有双方签字确认的变更事项记录，月进度款的报告中也包括了该月发生的变更工程价款金额，这是否可视为承包方未违反上述合同的约定？

答：这涉及到变更的签证确认及具体操作问题。有的变更签证只是确定一个事实，上面写着“情况属实”甚至“收到”，这和确定合同变更的具体金额价款是不同的概念。因此，我认为关键是看变更的签证手续应该如何规范操作。如果对签证具体价款变更已经作了明确约定的，那就作为合同结算依据加进去就是了；如果签证只是确定了具体事实而未确定变更价款的，那么就以图纸为依据来确定变更价款，按照《司法解释》第 16 条和第 19 条来操作，也即当事人对变更的价款不能协商一致，可以提交鉴定单位确定。这里要注意的是，有些合同约定要在 7 天内提出变更的价款，但还要看双方是否对 7 天期限作了明确约定。如果没有，则可以看合同是否有默示条款。如果没有合同约定也没有默示条款，那么 7 天期限就不应限制当事人，即便过了 7 天期限，仍可继续提出变更价款请求，其适用的是时效依据，即不超过二年。

问题四：依据解释第 20 条规定的内容，如果当事人仅仅约定了竣工结算的期限，而没有约定承包商提交决算报告后，发包人“在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件”的，如何处理？另：“不予答复”如何理解？

答：《司法解释》第 20 条的立法用意是有效制约逾期不结算工程价款，鼓励双方对结算期限的法律后果作明确约定，以体现“过期视为认可”这样一种原则，这对制约某些发包人以拖延决算为手段达到拖延支付工程款的目的具有重要意义。但如果合同仅仅约定了期限而没有约定逾期后的法律后果——过期视作认可，实际上等于没有充分利用“司法解释”这一精神，自然视为没有约定。关于“不予答复”的理解，我认为是发包人对承包人申报的结算价款的同意与否是否作了答复。而且，如果发包人不同意结算，要注意其限制条件是“没有正当理由”。如果发包人有正当的理由没有同意承包人的结算，则不能当然视为“不予答复”。

问题五：签订合同时无设计图纸，是边设计边施工的合同，但合同又约定了“一口价”，那么结算工程款发生争议时，是依据解释第 22 条，不予对工程造价进行鉴定，还是依据解

释第 16 条 2 款，参照定额重新审价？

答：这种既没有设计图纸，也没有计价的设计依据，却又以固定价格承包工程的情况是根本违反建设程序中的基本规则的。我认为，如果实际情况就是如此，则应适用按实结算的原则，即按《司法解释》第 16 条的规定处理。只要干活了，就要计价。边施工边设计的工程，施工中的图纸就是你的计价图纸，如果没有设计图纸就按照承包人实际工程量来计算对价。这种所谓的“一口价”是没有标的的，如果在确定“一口价”的时候没有任何图纸，那就没有包干依据，应当全部打开，予以鉴定，对实际发生的工程量计价，叫做“约而不定，包而不实”，因为包干的标的就是设计图纸。如果确定“一口价”的计价方式时没有图纸，那么就只能按照施工过程中提供的图纸来按实计算。

问题六：合同没有约定计息，但有滞纳金计付标准，可以吗？《司法解释》第 17 条规定：当事人对工程欠款利息计付标准有约定的，按约定处理。如果当事人在合同中没有约定利息计付标准，而约定了滞纳金计付标准，对于这种情况如何适用？标准是否有限制？

答：这里有很多个概念，利息、滞纳金、违约金、赔偿金、双倍利息等等，这和《合同法》有关违约责任的规定是相符的。违约责任的承担方式基本有两种，一种是补偿性的，一种是惩罚性的。当事人可以根据合同的具体情况自由约定刚才说的这几种违约责任的承担方式。问题是所涉及的利息和滞纳金标准，如果当事人对这两种违约金有具体约定都要从约定。此外还有个法律问题，当事人约定了比较高的违约金后，当需要依约定追究责任时一方当事人认为约定的标准过高要求降低的，按《合同法》第 114 条规定是可以申请人民法院或仲裁庭降低的。至于是否降低，如何降低，则应由双方各自举证以影响法官或仲裁员的自由心证。因此关于标准的高低应从合同的具体情况出发由当事人自己约定，就标准而言不应该有限制，只要当事人自己有约定即可。

问题七：当事人双方在合同签订时没有对工程逾期竣工的违约责任作具体约定，在案件处理时如何适用该解释？

答：问题涉及的情况可能是这样：当事人在适用《建设工程施工合同示范文本》时，对通用条款第 35 条“违约”条款具体处理时，没有按要求在专用条款中对逾期竣工的违约金作具体约定，造成合同对逾期竣工的违约责任约定不明确。对此情况的处理，应当适用法律的规定。《合同法》第七章“违约责任”对此作有一系列相应规定。《司法解释》第 8 条“发包人的解除权”对承包人逾期竣工的违约责任规定可以解除合同，第 10 条“解除合同后的处理原则”规定：“建设工程施工合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款；已经完成的建设工程质量不合格的，参照本解释第三条规定处理。

因一方违约导致合同解除的，违约方应当赔偿因此而给对方造成的损失。”只是损失计算的标准实践较难掌握，处理时可以由当事人自行举证证明损失的大小，也可以要求按利息计算。

《司法解释》第 18 条规定了三种具体处理的利息起算标准，分别是：1、建设工程已实际交付的，为交付之日；2、建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；3、建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。我认为针对这一问题的答案，就是按《司法解释》的第 18 条规定处理。

问题八：建筑施工企业转让、出借资质或允许他人以本企业的名义承揽工程，因实际施工人的原因（如质量、工期、材料），转包施工企业被裁承担连带责任后，可否向实际施工人起诉？能否得到支持？

答：司法解释第 25 条规定，因质量出现问题的，转包施工企业和实际施工企业对发包人应承担连带责任。这一规定体现了质量第一的法定地位，质量是否合格高于合同约定的至高意义。如果因为工程质量问题转包施工企业被诉要求承担连带责任的，转包施工企业有权要求法院在诉讼过程中将实际施工人作为共同被告追加进来；如果在诉讼中没有被追加的，转包施工企业在承担了连带责任后，可以向实际施工人追偿。我认为，如果质量问题确实是实际施工人的原因所致，转包施工企业承担责任后仍然享有诉权，这是由连带责任的含义所规定的。至于建设材料问题和工期问题，要看具体情况而定。如果工程质量问题是因材料或者因工期延误（实践中有这样的情况）导致出现缺陷的，也即材料、工期与质量问题有因果关系，而材料和工期是由实际施工人负责的，则也可追究实际施工人的追偿责任；如果两者之间没有因果关系，则不属于《司法解释》第 25 条规定的情况，应另当别论。

问题九：只要建筑质量合格，合同无效，按《司法解释》第 2 条的规定，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。是否可以类推，不管施工企业有没有资质，只要建筑质量合格，都可以承揽工程，这是否在客观上鼓励违法？这一规定是否与《建筑法》相抵触？这应当如何解释？

答：《司法解释》第 2 条规定得不出这种结论，更没有暗示说你没有资质也可以承揽工程的意思。如果发生了《司法解释》第 2 条规定的这种情况，应该按已完工程质量是否合格作为分水岭进行挂钩处理。《司法解释》留了一个空间，《司法解释》第 5 条有一个配套的规定，该规定说：“承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同，在建设工程竣工前取得相应资质等级，当事人请求按照无效合同处理的，不予支持。”这条规定所谓的没有资质的当事人事实上是有承包工程的实际能力的，这叫资质处于浮动情况。如本来是三级企业现在已转为两级企业，在没有完全取得相应资质之前完成了工程，虽然没有资质，但

是质量是完全合格的，司法解释针对的是这种特殊情况，而丝毫没有放松资质条件的意思。这个问题不能反推结论。与此相似的问题是总分包之间是否可以适用《司法解释》第2条规定，我个人认为转包或违法分包造成合同无效，其处理的原则仍看已完工程的质量是否合格而定。《司法解释》是说承包人如果认为工程质量合格，可以要求发包人按照合同约定计价。我的理解是如果因为转包或违法分包造成合同无效，承包人仍可以以工程质量合格为由要求按合同约定的计价方式计价，也就是说，不论是何种原因导致工程合同无效，其处理原则都是与已完工程的质量是否合格直接挂钩处理。

问题十：请问招投标完成后，确定了固定价，但签订合同时又改为可调价的，所签合同是否有效？此时备案与不备案是否有什么不同？

答：这个问题提得非常内行，虽然问题只有几句话。我认为这个问题既涉及到合同效力，又涉及黑白合同以哪一个计价方式为准的界限，这是一个很重要的问题。首先，要看固定价和可调价哪一个规定在合同中并经过了备案。通常情况是经中标确认的计价方式即固定价才能获得备案。如果是这样，那么答案是以备案的固定价为结算依据，假如提问人的意思是指中标时约定了固定计价方式而后来又改为可调价方式，备案单位没有发现并作了备案的，那么就出现备案了一个非中标合同的情况。备案了，但不是中标合同，则不属于司法解释第21条规定的范畴。因为，司法解释为黑白合同的区别界限要求既中标又备案，如果备案的不是中标合同，则不能以司法解释第21条规定处理。据我所知在中标后签约前改变中标计价方式，通常在行政主管部门是难以获得备案的。因此，这一问题中备案不备案是否有不同，其答案是肯定不同的。此外，招标完成时如果已确定了固定价，又改变为可调价的，这是违反法律强制性规定的。《招标投标法》第46条规定：“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。”合同的计价方式属于实质性内容，因此，中标的实质性内容被改变，违反了法律的强制性规定，其行为不应得到法律保护。我理解司法解释第21条黑白合同的处理依据，正是这一条法律规定。

问题十一：施工单位在未取得开工许可证的情况下进行施工，并已完工，双方签订的建设工程施工合同无效，那么双方的责任如何认定？对违章建筑的工程款，施工单位能否要求发包方支付工程款？

答：首先这个问题的命题本身是不成立的。没有法律依据说没有施工许可证合同就是无效的。办理施工许可证的规定在建筑法的第8条，此条规定使用的法律词语是“应当”而不是“必须”，并不属于强制性规定，因此，没有施工许可证开工只涉及行政处罚，并不必然导致

合同的无效。没有开工许可证在行政责任方面，可能受到行政部门的处罚，其责任应由承包双方分担，因为开工前要办理施工许可证，是承包双方共同应当明知的。其次，施工许可证在认定工程开工时，也有作为界限的法律意义，如办理了施工许可证，那么在当事人对开工日期发生争议时，可以施工许可证发放时间作为依据。此外，没有办理施工许可证，工程并不就是违章建筑。即使工程是违章建筑，只要质量合格，工程价款照算，不存在发包人因此免除工程价款的承担问题，工程款还是应当支付的。

问题十二：甲方未按照合同约定支付形象进度款，乙方是否可在竣工时拒绝交付竣工资料，按《合同法》66条行使后履行抗辩权？如果可以，在发生纠纷时，甲方反诉乙方延误工期，乙方应否承担违约责任？若发包人在诉讼期间，已向承包人支付全部工程款，那么，实际施工人起诉发包人索要工程款的诉讼案件，发包人能否免责？

答：工程合同是有履行顺序的，《合同法》第269号规定：“建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。”因此，承包人应先履行完工义务，发包人应后履行付款义务。但是在形象进度款方面，当承包人完成了一个阶段形象进度，发包人应当支付相应形象阶段的进度款。如果发包人未支付的是进度款，则承包人就享有抗辩权，可以不履行继续施工的义务。有否后履行抗辩权及如何行使应该看合同约定，示范文本对这个问题有明确的规定。示范文本第26条第4款规定：“发包人不按合同约定支付工程进度款的，双方又未达成延期付款协议的，承包人可以停止施工，由发包人承担违约责任。”该约定是参照了国际承包工程的FIDIC文本。该约定有一个关键点，就是承包人行使中止或解除合同的抗辩权，有一条合同约定的附随义务就是应该通知，如果承包人用书面方式通知了发包人，发包人仍不履行，然后有权行使抗辩权，有权按照合同约定中止，还可以进一步解除合同。因此，这个问题的答案是乙方如果依约行使抗辩权，就不应当承担违约责任。如果甲方反诉乙方工期延误的，因为甲方未按期支付进度款导致乙方停工，则乙方没有工期延误问题，工期依法可以顺延。至于如果确有证据证明发包人在诉讼期间已经支付了全部工程款。这只说明发包人对自己的过错采取了补救措施，但不因此可以免除之前的违约责任；如果甲方在诉讼期间已经支付了全部工程款，针对付款责任可以免责，但违约责任仍不能因此免除。

问题十三：依据《司法解释》第15条规定，工程质量鉴定合格的，施工方因停工造成的损失可不可以向发包人主张？

答：这个问题也是一个提得很好的操作问题。《司法解释》第15条是这样规定的：“建设工程竣工前，当事人对工程质量发生争议，工程质量经鉴定合格的，鉴定期间为顺延工期期间。”这个规定仅说了工期可以顺延，但常识告诉我们，施工方停工就会造成损失，那么

这部分除工期顺延之外的损失该如何处理呢？施工合同在示范文本中对这个问题其实是有明确规定的。我现在来读一下示范文本通用条款的第 18 条“重新检验”约定：“无论工程师是否进行验收，当其要求对已经隐蔽的工程重新检验时，承包人应按要求进行剥离或开孔，并在检验后重新覆盖或修复。检验合格，发包人承担由此发生的全部追加合同价款，赔偿承包人损失，并相应顺延工期。检验不合格，承包人承担发生的全部费用，工期不予顺延。”我理解，这就是《司法解释》第 15 条的制定依据。至于示范文本通用条款中的约定为什么可以成为《司法解释》的制定依据，我在这里集中谈一下我的观点。我们知道，《司法解释》中有不少规定，要从法律法规中找依据，确实找不到。例如这 15 条，还有第 18 条：“利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：（一）建设工程已实际交付的，为交付之日；（二）建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；（三）建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。”等。司法实践中存在的这些具体问题又客观要求有统一的答案，其答案在示范文本通用条款中却有相应的约定，而且还都符合行业的操作习惯。示范文本的全称应是“建设工程施工合同示范文本”，有协议书，通用条款和专用专款三部分组成，现在业内正在使用的是于 1999 年 12 月 24 日由国家工商局和建设部共同以 1999 第 313 号文件公布施行的。示范文本中通用条款的法律地位属于行业交易习惯，由政府主管部门推荐使用具有一定的权威性。我国《合同法》第 62 条规定：“质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。”因此，《司法解释》制订过程中有不少具体问题的处理标准和原则采纳了示范文本的通用条款的约定。以本问题为例，其答案也就十分清楚，如果施工过程中因质量问题引起停工，看鉴定结果而定，如质量确属合格，则因此引起的所有损失由发包人承担，工期相应顺延；而如质量不合格，则作相反的处理。

问题十四：依据《司法解释》第 24 条，施工行为地与不动产所在地的区别是什么？

答：这是一个应引起重视的理解问题，其准确理解影响案件的顺利进展。《司法解释》第 24 条其内容只有一句话：“建设工程施工合同纠纷以施工行为地为合同履行地。”如果不熟悉《民事诉讼法》的相关规定的话，其理解就比较困难，而准确理解正好涉及到了问题的要害。首先，不动产纠纷属于专属管辖纠纷，必须到不动产所在地的法院去打官司，例如北京一居民在上海买了商品房，由于商品房属于不动产。因此，万一打官司就只能到上海打，这叫专属管辖。而建设工程施工合同，按《司法解释》第 24 条的规定，不适用专属管辖，也就是最高院已经明确：这类合同不属于不动产，那就只适用一般管辖，不必到工程所在地

打官司。我的理解，施工合同属于加工合同，只是一种比较特殊的加工合同而已。如果这样理解的话，许多问题都迎刃而解了。例如《司法解释》第6条规定：“垫资原则按有效处理”，这是因为在加工合同种类中，有一类叫备料加工，是由加工人准备原材料和加工费加工的，这就相当于承包人的垫资施工。其次，建筑物的所在地是特定的、唯一的，而施工行为并不是特定的、唯一的。我们知道，施工行为是一个过程，包括勘察、设计和施工。如果采取设计、采购、施工总承包方式施工时，设计、采购、施工很可能不在建筑物所在地，又例如承包人的垫资施工，他的垫资资金的来源很可能来自承包人公司所在地的银行，这样，施工行为地和工程地就不在同一地。因此，《司法解释》第24条已经明确给了当事人的起诉地的选择权，当施工行为地和工程所在地不一致时，当事人可以施工行为地的人民法院行使诉权。

问题十五：工程竣工结算完毕，发包方也已支付完工程款，工期延误得到发包方和监理方的书面同意，事后发包方能否再追究承包方工期违约责任？

答：这个问题涉及到工程款结算后的索赔问题，关键是看工程款结算时对工期延误是否已经核扣工程款或者是否豁免违约责任。对这个问题的答案，在所谓的“书面同意”中，对工期问题是否有豁免违约的责任的意思表示，是工程款结算后能否继续索赔的主要依据。在实践中，工期在施工过程中的延误有多种情形，有发包人的责任，也有承包人的责任，或者承发包双方都有责任，以及承发包双方中的任何一方与第三方例如分包、材料供应方的共同责任等等。因此，在工程最终结算时，当事人会对上述各种责任进行综合评估、协调，最后得出一个调解意见，但这样的调解意见中要明确对各方的工期延误责任的处理，当事人往往在文件或书面结算协议中加一句话，叫做“双方其它无争议”。如这样，则当事人任何一方事后就不能再提出工期违约索赔。但也有相反的情况，最终结算协议中没有涉及到工期违约责任，这就不能推断出当事人事后一定不会追究工期违约责任，因为没有对工期违约责任作出处分，并不消灭当事人的追究工期违约责任的权利，此项权利在结算协议签署后的两年时效内当事人均有权行使。贸仲（指中国国际经济贸易仲裁委员会）曾处理过这样的案件，当事人的最终结算后的索赔，最终是部分得到支持的。

问题十六：对照司法解释第26条规定，司法实践中，实际施工人可能是没有工商登记的民工队，此时诉讼主体如何确定？如果是共同诉讼的话，实际施工人的个人和违法分包人之间的债权应为劳动债权，是否意味着劳动债权无须经过劳动仲裁即可进入诉讼程序？

答：这个问题提得很细、很具体。我的理解，最高院在制订这个《司法解释》时，涉及到处理原则时是难以这么具体的。当然这个问题是一个有实际意义的执行司法解释的操作问题。我认为：实际施工人包括成建制的劳务企业即法人，非法人团体的民工队或称小包队伍，

以及自然人即农民工个人。实际施工人既然包含着这三种情况，就不属于一般的劳动争议；而且，实际施工人的劳务报酬是包含在工程价款中的直接费中的人工费的一部分，要解决这部分特殊的劳务报酬争议，必然需要和解决工程款拖欠同步解决。我认为实际施工人追索的不是简单的劳动债权，而是工程款的一部分，因此，实际施工人追索劳务报酬按《司法解释》第 26 条规定，可以直接进入诉讼程序。至于诉讼主体如何确定，这指的应该是不同的实际施工人的起诉主体，我认为，如果是法人的，可直接以法人名义起诉；如果是民工队，则以其它经济组织形态，由包工头作为负责人起诉；而如果是民工个人或群体个人的，以自然人或群体派代表方式起诉。针对提起共同诉讼，则不论分包方式是否有效，均可按《司法解释》第 26 条之程序规定起诉，实际施工人的合法权益依法应获得保护。

问题十七：总包方和分包方的合同有约定，待建设方付工程款后总包方再支付分包方的工程款，现总包方以建设方未支付工程款为由不支付分包方款项，这条理由是否成立？是否有效？

答：这个问题不同于前面已讨论过的劳务分包以及实际施工人的劳务报酬问题，也不属于《司法解释》第 26 条规定的实际施工人的受特殊保护的情形。《司法解释》总共 28 条规定中也没有这个问题的答复，因此只能谈谈个人的观点。我认为，这个问题首先要看当事人在总分包合同的约定，再看法律的规定。提问者称，总分包合同有“待建设方支付工程款后，总包方再支付分包方的工程款”的约定，这个约定本身是合法的，总分包双方理应信守这个约定。此外，我国《建筑法》对总分包的法律有相应规定，《建筑法》第 29 条规定总分包就分包工程对建设单位承担连带责任；《建筑法》第 55 条规定总分包应当对分包工程的质量承担连带责任。连带责任的内容应包含权利和义务两方面，完成分包工程并确保分包工程质量是总分包双方的共同义务，而收取建设单位的工程款是共同的权利，因此，如总分包双方已约定待收到建设单位工程款再支付分包方工程款，体现的是对连带的权利即收取工程款作了特别约定，此约定符合《建筑法》的相关规定。据我所知，在司法实践中，如果总分包的合同如提问者所称的情形，法官一般都会按总分包合同的这个约定来处理案件。

问题十八：双方签订合同后，由于甲方原因并未实际履行，承包方如何提出索赔，索赔的依据是什么？有百分比吗？如果提出利润索赔，法院会支持吗？

答：对于因甲方的原因迟延开工，承包方是有权提出索赔的。首先，我国《合同法》第 113 条规定：一方当事人不履行合同给对方造成损失，其赔偿数额应相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益。因此，如果确因发包方的原因不实际履行承包合同，就是发包人违约，承包人可以提出违约索赔，包括可得利益的索赔，这是这种索赔的法

律依据。其次，《建设工程施工合同示范文本》通用条款部分第 11.2 款有相应约定，该条款约定：“因发包人原因不能按照协议书约定的开工日期开工，工程师应以书面形式通知承包人，推迟开工日期。发包人赔偿承包人因延期开工造成的损失，并相应顺延工期。”这一条款针对承发包合同因甲方原因延迟开工，其违约责任除赔偿损失，还应承担工期的顺延责任，即因此造成的工期损失也由甲方承担。这是这个问题答案的合同依据。当然这主要是指承发包双方已实际适用了示范文本；如果未适用该文本，我们仍可以依《合同法》的规定得出同样的结论，因为示范文本通用条款作为交易习惯的这一约定条款正是根据合同法的相应规定制定的。这个问题的后半部分的答案，我认为也是肯定的，即依法可以索赔预期利润，所谓预期利润就是合同法所规定的可得利益。至于百分比，就有点复杂了，其处理原则是有约定的从约定，例如，有的承发包合同具体约定如问题所涉的违约金的具体赔偿办法和比例；如果对此情况当事人没有约定，则可以要求参照《司法解释》第 16 条的规定参照定额费率计取，即当地建设主管部门发布的计价方法即定额标准，定额标准中有利润的规定取费，根据不同的工程类别或规模，其费率分别为 4%至 9%不等。我认为，按所提问题的情形，承包人也是基于以上理由进行索赔的话，是能够得到法院的支持，作为承包方当事人至少是可以据理力争的。

问题十九：现在有一种情况，在施工当中，发包人经常避开监理，设计单位直接口头通知承包人进行工程某一部位的设计变更或施工标准变更，承包人要求发包人补充书面资料，发包人置之不理，承包人又不敢不执行。在执行过程中承包人提出的价款追加，监理和发包人均不予签收。承包人已实际完成这部分变更工程价款，但拖到后来时效已过，这种情况在法律上有没有对承包人有利的规定，或怎样保护承包人利益？

答：这是指监理或发包人对承包人提出的设计变更或施工变更加价的签证不予确认，这就是司法解释第 19 条的情况。该条司法解释规定，当事人对工程量有争议的按照施工过程中形成的书面签证确定。该条后半句的意思是只要承包人能证明发包人同意其施工，即使没有书面签证，承包人也可以通过其它的证据来证明实际发生的工程量。我认为 19 条是非常好的法条，它把履行工程合同实践中工程签证和工程索赔的关系在这里明确了，也是第一次在具有执法效力的法律文件中明确了工程签证和索赔，因为该条后半句的情形指的就是工程索赔。关于索赔期限，这是一个亟待引起承包人高度重视的法律问题，案件中经常遇到超过索赔时效而不能索赔的情况。关于索赔时效有三种情况。第一种当事人约定了索赔期限，没有同时规定过期不能索赔，那么其索赔时效为发生索赔事件后二年；第二种是当事人约定了索赔期限，并明确规定超过了约定的期限就不能索赔，那么索赔时效就是约定的期限，过期

就作废了；第三种是当事人对索赔没有规定，这属于索赔期限约定不明，按《民法通则》第88条第二款和《合同法》第62条第四款的规定，承包人随时有权提出索赔，没有时效的限制。

问题二十：我这么理解，你看是否正确：黑合同在白合同之前签订的，可认为全部无效，因甲乙双方存在串标行为。黑合同在白合同之后签订的，白合同有效，黑合同无效。

答：这个理解很准确，黑合同在中标前、中标时和中标后签署都是违法的，签订在中标之前是串标行为，签订在中标同时或中标后都是改变了合同实质性内容。《招标投标法》对这两种情况都有相应的强制性规定。这里有一个强制性规定本身的属性问题，也就是说是否属于民法意义上的强制性。所以，我们要特别注意的是：《司法解释》第21条只从能否作为结算依据上作了规定，并没有直接确定黑合同无效。《司法解释》体现了对招投标法严肃执法的指导思想，因为目前有不少招标投标的操作存在明招暗定，暗箱操作的情况，并因此滋生腐败。尽管实际操作中涉及问题中的违法行为不少，但司法实践中中标无效的案件却不多。这是因为当事人很难举证。我们应该重视这类案件黑白合同中隐藏的违法招投标和中标无效的弊端，并从证据的搜集和固定、保管上下功夫。

问题二十一：没有营业执照、施工资质的实际施工人，签订无效分包合同后，向第三方采购材料，拖欠第三方的材料款，请问：发包人要不要对该部分材料款负连带清偿责任？

答：这是有关合同类推的问题。实际施工人不应该存在采购材料的问题，因为实际施工人仅仅是提供劳务，不应该涉及材料，劳务合同本身是包工不包料的合同。但是实践中确实存在以劳务分包为名以工程分包为实，由实际施工人采购材料的情况。我认为此问题的处理不应类推适用《司法解释》第26条有关发包人承担相应民事责任的规定，除非法律另有规定。目前没有看到法律有这方面的规定，因此，根据合同相对性原理，我认为《司法解释》第26条的规定不能类推出发包人应当对实际施工人采购材料的款项承担支付责任的结论。

问题二十二：根据该解释第26条，实际施工人有权直接起诉发包人，是否突破了民诉法中关于起诉三要素的法定原则？发包人在一具体的工程合同当中处于最高端，假如发包人没有过错（已支付了全部工程款），实际施工人（农民工程队）超越一个甚至两个层次起诉与其没有合同关系的发包人。造成发包人诉累和形象损害的，实际施工人和承包商谁承担责任？

答：首先，前面我已经解释过，《司法解释》第26条规定并没有突破合同相对性原则，因为《合同法》第36条规定，当事人虽没有签订书面合同，但是一方当事人已经履行了主要义务对方接受的，视为合同成立。实际施工人劳动物化在发包人的工程上，而发包人

既接受了物化劳动就应支付相应工资,这个民事法律行为是实际施工和发包人事实上发生的,虽然其中存在着承包人或转包人。《司法解释》划出的界限是:只要发包人拖欠工程价款,因实际施工人的工资包含在工程价款中,发包人就应当承担付款责任,因此实际施工人可以起诉发包人。我认为,《司法解释》第 26 条的规定很合理,发包人只在工程价款内对实际施工人承担责任,已划清了界限。提问中涉及到假如发包人未拖欠工程价款,则不应当承担实际施工人的款项。发包人是否拖欠,有待法院审理结果。多数情况下,工程价款是否已经支付,承发包双方是有争议的,往往是承包人称发包人拖欠工程款,而发包人认为已经全部支付,这需要有证据证明。当然,如果发包人确实未拖欠工程款,那么根据《司法解释》第 26 条的规定,实际施工人告发包人是错误的,因为他最多只是第三人。发包人能提供证据证明已经支付了全部价款的,如果因为诉讼对其财产采取保全措施导致其损失,承担错误保全责任应当是提出主张的当事人。实际施工人将因为滥用诉权而承担赔偿责任。

问题二十三:依据《司法解释》第 20 条规定的内容,如果当事人仅仅约定了竣工结算的期限,而没有约定“在约定期限内不予答复,视为认可竣工结算文件”的如何处理?“不予答复”又当如何理解?

答:这个问题在司法实践中具有典型意义,现在有的承包人向发包人提交了结算书后,过了 28 天发包人没有答复,便以《司法解释》第 20 条的规定起诉,要求法院按提交的结算支持自己的诉讼请求。这样理解是不正确的。《司法解释》第 20 条的立法用意是预防发包人迟迟拖延结算,为此提示双方去约定结算期限,并同时约定超过期限视为认可承包人提交的结算。这其中关键是“视为认可承包人提交的结算”的约定,也就是通常所说的“过期作废”的默示推定条款。如果合同没有约定过期作废的意思表示,仅仅约定了期限而没有约定逾期后的法律后果,自然视为没有《司法解释》第 20 条所要求的约定,也就不能适用这条规定。至于如何处理,在司法实践中,一般的处理是:如果双方对结算不能协商一致,则可以提交鉴定单位鉴定,以鉴定结论作为判案依据。关于“不予答复”的理解,要注意《司法解释》的本意是有答复,没有说认可,如果发包人复函指出所送结算中的高估高算等要求调整,则应认为发包人已作了答复。

问题二十四:甲乙双方是两个独立的施工法人公司,因乙方无进京(指北京)投标资质,在进行一个工程投标前,双方达成合作协议,协议约定,乙方协助甲方投标,一旦中标,甲方需将一定比例的工程交由乙方施工(按区域划分,含主体结构),但甲方不收任何费用。请问:(1)甲方将部分工程交由乙方施工,是否属于主体工程分包,双方签订的合作协议是否有效?(2)若乙方是甲方公司的参股单位,此行为是否合法?(3)施工期间,乙方已取

得在京投标资质，结论又如何？

答：针对第一问，如果双方在合同中明确约定中标后将部分工程含主体工程交由乙方施工的，那么肯定属于违法分包，该协议无效。因为这一协议明显违反了《建筑法》第 29 条的强制性规定。该条明确规定：“施工总承包的，建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成。”总包不得将工程分包给其它单位施工。对这一问题，国务院的《建设工程质量管理条例》第 78 条第 2 款有明确的规定，建议查一下就明确了。

关于第二问，即便乙方是甲方的参股单位也并不影响违法分包行为的成立。法律规定的是主体工程不得分包，并不论是否是参股单位，因此参股单位当然也不影响协议因此被认定为无效。

关于第三问，我认为，进京资质和施工企业资质是两个概念，对进京资质，法律法规并无强制性规定，因为进京投标资质不是法定资质，只是地方政府的行政性限制措施，这个措施随着市场的发展已经或者很快就会被取消，这在司法实践中已有判例。但是这里要

注意一点，现在讨论的是企业施工资质，如果某一单位原来无施工资质，但是在施工过程中取得了资质的，那么根据《司法解释》第 5 条的规定，可认定合同有效。

问题二十五：（1）司法解释第一条第一款规定了合同无效的两种情况。我认为从本质上，两种情况均为不具有从事该合同工程的能力。然而，第五条仅认可了第二种情况却未认可第一种情况，这是不是不公平，若其在竣工前取得了资质，我认为合同也应该认为有效，在制定时是如何考虑的？（2）最高人民法院黄松有院长及朱老师，还有很多文件都提到对农民工工资问题，请问，对城镇居民是否就不适用保护性规定？为何在主体方面作限制性的描述？劳动者取得报酬的权利应该是一致的，对这个问题您如何理解？

答：这一问题的两问都很有意思。第一个问题应该问起草《司法解释》的冯法官。当然问题既然摆到了我面前，我就来说说我的认识。我也认为《司法解释》第一条规定的两种情况，即承包人未取得建筑施工企业的资质，或者超越其已有的资质等级，如果在竣工前（准确地说应该是承发包双方发生了争议之前）承包人已经取得了相应的资质，根据合同效力补正的原则，是可以适用《司法解释》第 5 条规定。因为针对承包工程的资质条件而言，没有资质或超越资质的，都属于没有相应的资质，而现在《司法解释》第 5 条的适用范围，从该条所确定的效力补正的范围来看，仅明确了两种情况即超越资质等级的，但我认为根据最高院在《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》和《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》两个司法解释对合同效力补正的相关规定，我个人认为《司法解释》第 5 条规定可适用于第一条第一款中的前一种情形。至于说到农民

工的特殊保护问题，事实上《司法解释》第 26 条使用的词语是“实际施工人”，而并没有用“农民工”这个词语。我的观点在上课时已反复说了。农民工包含在实际施工人的主体范围中，其利益指的是劳务报酬。因为《民事诉讼法》第 97 条规定的可以“先予执行”的情形包括追索劳动报酬，农民工和城市工都是工人，甚至公司的职员，重要职员包括经理，都是提供劳务的人员，其劳动报酬的性质，都是一样的。《司法解释》第 26 条选用的词语是“实际施工人”，只是指非工程承包人，而是实际上承担劳务的企业、包工头，或者工人个人，其中包括农民工。因此，我认为，现在的很多说法包括媒体的报道，只是强调了问题比较突出的农民工，在主体方面，《司法解释》的本意是指劳动者的报酬，并不局限于农民工。

问题二十六：案情简介：北京一无法定资质的 A 公司借用一有资质的江苏 B 公司，承建了一个在天津的工程，约定 A 向 B 缴纳百分之五的管理费，余额归 A 公司。现工程已验收合格，但 B 扣留大部分已结算的工程款，A 多次要求结算，B 公司以双方借用资金违法为由不结算。问：（1）此案天津法院是否有管辖权？（2）A 要求 B 支付百分之五以外的工程款是否有充分的依据？应注意哪些问题？（3）A 算不算适格的实际施工人？请对实际施工人概念展开阐述一下。

答：提这个问题的不知和上一个问题是否是同一人，这个问题与上一个问题有关。我的观点：1、天津法院当然有管辖权，因为 A 完全可以施工行为地发生在天津为由，向天津的有管辖权的法院起诉，法院受理当无障碍。

2、A 要求 B 支付合同约定的 5%以外部分的价款，存在两方面的问题，因为借用资质承包工程是无效的，无效的合同，A 不能要求享有利润，而利润是多少，要查定额标准。同时合同无效，出借资质人即 B 公司的管理费不应计取，而 A 公司的实际施工管理的费用，要结合 A 公司的实际资质等级提取相应的费用，不能享有全部的管理费，给不给，给多少，由法官根据案情自由裁量决定。这里要注意：处理这一问题涉及《司法解释》第 4 条的规定，A 公司借用 B 公司的资质，属于无效行为，并且属于可以没收当事人非法所得的情形。

3、A 公司正属于实际施工人。我理解《司法解释》中对合法的工程分包称其为分包人，而对转包和违法分包情况下的真正从事施工的单位或个人称其实际施工人，那么问题中的 A 公司就是转包前提下的实际施工人。至于实际施工人的概念，法律和《司法解释》中均无相应规定，我理解的概念是：在合同无效前提下的转包或违法分包的或者借用资质的实际从事施工的分包人，即为实际施工人。

问题二十七：在拖欠工程款之诉中，发包人主张因工程质量问题请求减少支付价款的，是通过提出反诉还是通过本诉抗辩主张？能否结合你的实践经验谈一谈发包人在依解释第

11 条主张减付价款时，举证责任承担的重点是什么？在工程经竣工验收的情况下，怎么证明承包人的质量缺陷和不合合同约定？

答：这一位提问涉及到三个问题，个个都有水平。第一个问题涉及对诉的认识和诉讼技巧。我认为应该提出反诉来解决。因为要求以质量缺陷而减少支付价款，涉及到一个相对于本诉要求付款的独立的诉讼请求即质量缺陷责任，审理中涉及到质量缺陷责任的鉴定以及承担责任的具体钱款，这些钱款被同一合议庭认定后，才会在承包人的拖欠工程款的价款中进行互相抵扣。而如果仅仅进行反驳抗辩而没有提出反诉请求的话，人民法院是不能或者难以支持发包人的要求减付工程款的主张的，因为你没有请求，而《司法解释》第 11 条规定是针对发包人的请求而言的。当然如果过了提出反诉的时效，发包人也可以另案起诉，提出请求，要求法院将两案合并审理来解决。司法实践中，一般都会合并审理。当然这里有一个前提，即《司法解释》第 11 条规定的“承包人拒绝修理、返工或者改建的”，如果承包人已将质量缺陷整改至合同约定标准，则另当别论。

第二个问题涉及到法官的自由裁量权，有质量缺陷是否应减付工程款，如何减付，减付多少，法律和《司法解释》并无具体规定，都只能由法官根据案情来决定。而作为发包人在举证证明质量缺陷的钱款责任时，如果合同有特别约定，只要证明质量未达合同约定标准即可；而如果合同没有相应约定的，则只能通过质量缺陷责任鉴定（包括缺陷整改需要的费用）来证明，否则法官难以裁定如何减付具体款项。

第三个问题有点悬。因为工程经竣工验收，一般已经证明承包人的质量符合合同的约定，或者表明发包人已认为工程竣工的质量已符合要求或符合合同约定，否则就不会通过验收。

《司法解释》第 13 条规定，如果工程未经验收，发包人已经使用的，视为验收已经通过，承包人只承担地基和主体结构的保修责任。至于说怎么证明，有效的办法是发包人先行委托有资质的鉴定单位评估，如果经鉴定质量确实存在缺陷，这鉴定报告就是证据。

问题二十八：对甩项验收工程，竣工时间如何确定？

答：通俗地说，甩项是部分通过验收先行交付使用，未通过验收的部分工程甩下，等到符合条件时再验收。甩项也即部分交工。甩项在示范合同文本第 32 条第 7 项有规定，我来读一下：“因特殊原因，发包人要求部分单位工程或工程部位甩项竣工的，双方另行签订甩项竣工协议，明确双方责任和工程价款的支付方法。”至于在甩项交工时，其竣工时间如何确定，我认为，既然是部分竣工通过验收，那么竣工也只是部分工程竣工，能够确定竣工交工的部分工程，以甩项协议签署的时间来确定这部分工程的竣工时间，而对于整个工程而言，其全部竣工时间，应以甩项的工程另行通过办理竣工验收的时间来最终确定。至于如何认定

具体竣工日期，前者已有同样的问题，也已作答复，不再赘述。

问题二十九：工程由于承包人的原因发生延误，承包人向发包人索要工程款。其诉讼时效期间的起算是从合同约定的竣工时间起计算还是从实际竣工之日起计算？

答：我认为承包人的追索工程款的时效与工期违约并无直接关系。承包人索要工程款的诉讼请求是针对发包人未及时结算并支付工程款的行为而言，涉及本问题承包人的诉讼时效应从工程实际竣工后的合同约定完成结算期限之日起计算。承包人的合同约定或实际竣工时间，均不能作为索要工程款的时效起算时间。索要工程款诉讼时效的起算时间，应当是发包人应当支付而没有支付工程款。工程已经竣工，发包人应支付的是工程结算款。而根据《示范文本》第33条第1款的规定，承包人应在通过验收后的28天以内向发包人提交竣工结算，根据第33条第3款的规定，发包人应在收到承包人的结算书后的28天内审定并支付，也就是说，承包人实际竣工后的约定完成结算的期限，为发包人收到结算书后的28天以内，因此承包人索要工程款的时效，应从发包人收到竣工结算的第29天起计算。《司法解释》规定的发包人逾期不结算的后果，也是指“发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复”的情形，而这一规定，正可以作为提问者的答复。

问题三十：（1）施工合同被发包人终止后（过错不能确定）承包人可否申请所有的工程欠款，包括合同约定的不到付款期限的部分？承包人是否承担保修责任，质保金又如何？工期如何计算？（2）分包人有无优先权？

答：对第一个问题，准确的答案只能在过错责任已经确定之后。承包人自己有过错，就应承担相应的责任。现在在没有确定过错的前提下，建议承包人先分析已有的材料和证据，看看自己有没有过错。当然即便承包人有过错，发包人所拖欠的工程款，一般情况下（排除质量不合格又无法整改的情况）是应当偿付的，也就是说，承包人还是可以主张权利的。具体地说，施工合同被发包人提出而终止（终止仅指合同无效后的不履行）后，承包人有权要求发包人支付全部的已完工程价款，包括合同约定的不到付款期限的部分，例如，合同约定进度款支付50%，另50%待竣工时支付，但合同被终止后，承包人有权要求发包人支付另外的50%，其理由是合同一旦被终止，原合同约定的未到期债务已因此转变为到期债务。承包人应承担已完部分的工程保修责任，保修责任本身是自工程竣工后起算的，合同被终止，已完部分工程即视为已竣工工程，承包人对已完成的部分工程负有保修义务是法律明确规定的。至于质保金，也因合同终止而应当返还承包人，当然是有一个前提，已完工程的质量是合格的。至于工期如何计算，要看合同中有没有形象阶段的节点工期，如有，可据此判断承包人有否逾期的责任，如没有则只能结合双方的过错大小综合考虑。

第二个问题似乎和上一个问题并无直接关系。这是一个比较复杂的问题。根据《合同法》第 286 条的规定，分包人并无工程价款优先受偿权。因为 286 条规定的优先受偿的权利仅指承包人，而分包人则不是承包人。但是在实践中的工程发包和分包情况比较复杂，有的分包合同，是由承包人和分包人共同与发包人签订的，此时分包人的地位与承包人相同，我认为三方签订分包合同时，分包人与承包人同样享有工程价款优先受偿权。而如果分包合同是由总包和分包两方签订的，则分包人因为不是承包人，分包人不享有工程价款优先受偿权。

问题三十一：（1）房屋装饰，装修（改造）工程是否属于建设工程施工合同的法律范畴？能否适用现在的 14 号司法解释？（2）下面的情况，应如何理解：房屋产权人将房屋出租给承租人后，承租人依据约定对该房屋进行装修改造（房屋面积 15000 平方米），承租人通过招标，与一家装修公司签订了装修施工合同，并约定由装修公司垫资施工。在装修中，因承租人违约被房屋产权人解除了租房合同，承租人未支付装修费并人间蒸发。请问：装修公司能否以对装修物享有物权为由向房屋产权人主张权利？能否参照司法解释第 26 条的规定执行？或者该案有其它的处理思路，请详述。（3）司法解释第 17 条规定可以对欠付工程款要求计息，冯法官说除此之外还可以主张违约责任，该违约责任是否包括要求按照逾期贷款利率（日万分之二点一）支付违约金？该规定是否突破了我国民事责任中只允许“填补损失”（不包括《消费者保护法》）的旧规？（4）建筑房屋消防设施不符标准，是否可以交付使用，假如发包方未发现该情形而验收，之后又租给其他人使用，此租赁合同是否无效，可解除？

答：这一位提出的问题包括有 4 个问题，而且互不关联。我现在一个个进行回答。第一个问题涉及《司法解释》中建设工程施工合同的定义。对此，《司法解释》本身没有相应规定，但《合同法》第 269 条有明确规定：建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。《司法解释》特别强调三类建设工程合同中的施工合同。我理解房屋的装饰、装修（改造）合同都属于施工的范畴，应当适用建设工程施工合同的司法解释。但是在司法实践中，房屋装饰、装修（改造）合同的情况比较复杂，例如有的装饰、装修合同并非发包人委托的，而是承租人甚至是转租人委托人的；有的家庭装饰、装修施工合同标的的不大。据本人了解，最高人民法院曾就同样的问题函商建设部，建设部的答复正是这样两条除外，即装饰、装修合同，其工程项目所有权不明确的或家庭装饰、装修合同，不属于建设工程合同，因此这二类装饰、装修合同也不适用该司法解释。

第二个问题，在司法实践中已出现多起类似案件，各地法院处理不尽相同，《司法解释》对此未作针对性解释。我认为这问题也与《司法解释》第 26 条的规定内容不尽相同。本人

认为，本案的关键是装修公司在签订装修合同时房屋产权人是否明知，以及产权人与承租人的租赁合同对添附的装修物是如何约定的，如果产权人同意装修合同，则装修人可以要求以《司法解释》第 26 条规定直接起诉产权人，即产权人是真正的发包人；而如产权人不知道或不同意装修合同，根据合同相对性原则装修公司不能直接起诉产权人。如果产权人与承租人的租赁合同对添附的装修物归属未作约定，装修公司尚可以物权对价的原理向产权人主张权利，由于我国《物权法》尚未生效，能否成功，有待法官的自由裁量；而如果产权人与承租人的租赁合同对添附的装修物约定在承租人违约时作为损失赔偿的话（实践中很多此类合同作如此约定），则装修公司则难以向产权人主张权利。第三个问题，对《司法解释》第 17 条规定的利息，我没有当面听到冯法官的答复，并不明了冯法官的意见。我认为，发包人欠付工程价款应承担违约责任，而支付利息正是承担违约责任的具体的、基本的方法。如果合同约定在承担利息之外还应赔偿损失或其它的违约责任，则应当从约定，这可能是冯法官的本来意见。

对第四个问题，我国《消防法》第 10 条明确规定，消防未通过验收不得交付使用，这是一条强制性规定。而且消防的强制性标准，我认为属于效力性标准且涉及公共安全，因此工程的消防不符合标准不得交付使用，如果交付使用是无效的，因此又发生租赁行为，这租赁行为也是无效的。至于是否能够终止履行，看消防问题能否整改作不同的处理。我的观点消防缺陷也是质量问题，应根据《司法解释》第三条之规定进行处理。

问题三十二：司法解释第 21 条，白合同不是双方的真实意思表示，为通谋的虚伪表示，白合同是否无效？白合同如无效，为何还依白合同结算工程款？如依白合同结算工程款，和黑合同（双方意思表示真实）。相比，一方会获得不当得利，法律是否不应该保护该不当得利？

答：针对这个提问，我要说的是：现在已经不是征求对《司法解释》的修改意见，而是讨论如何准确贯彻执行《司法解释》，因此，这样的提问是不可讨论的。此外，提问者的观点本身是偏颇的。我认为：黑白两份合同，不论是否出自何种原因，从形式上看，由于都有签约双方的签字盖章，因此，都是真实的。而且，《司法解释》本身并没有说白合同有效，黑合同无效，只是区别划定了在存在黑白合同情况下的结算依据。而所谓的不当得利，指的是没有法律上或合同上的充分依据，使他人受损而自己获得利益。依照经中标备案的合同即白合同的约定结算工程价款，正是保护了依法中标，承包工程的当事人的合法权益。因此，本人认为《司法解释》第 21 条规定是完全正确的，而且还是《司法解释》为解决全国人大在《建筑法》执法检查中发现的四大问题之一的黑白合同问题的重要贡献之一。

问题三十三：关于黑白合同问题，按照第 21 条之规定，在招投标后，双方订立施工合同

并备案，双方是否能够修改中标合同的实质性内容，另外订立补充协议？例如，改变原合同中的价款。如果能，是否还需要备案，如果不能是否违反合同法有关经双方协商同意，可以变更合同内容的规定？其二，在以后履行合同过程中，工程量减少，双方变更合同，减少价款，能否成立？

答：这个问题相对《司法解释》第 21 条规定来说，就提得很有水平。

我认为，这一问题涉及到了一个关键的界限区别，即中标后改变合同的实质性内容与正常的合同变更的区别。这里涉及到两条不同的法律规定，《招标投标法》第 46 条规定：“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。”而《合同法》第 77 条则规定：“当事人协商一致，可以变更合同。法律、法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。”这两条规定的界限在于有没有法定事由，即符合法定事由的，可以把合同有关造价、工期或质量约定作改变。至于合同履行过程中正常的变更，包括重大的设计变更或建筑面积等的变化，则完全可以通过签订补充协议或签证来进行。《司法解释》第 19 条明确规定：“当事人对工程量有争议的，按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。承包人能够证明发包人同意其施工，但未能提供签证文件证明工程量发生的，可以按照当事人提供的其他证据确认实际发生的工程量。”我认为第 19 条规定完全可以作为这一提问的答案。从理论上说重大的涉及中标合同的实质性内容的变更签证，仍应进行备案。至于变更签证是否应经过备案，如何备案，目前并无行政管理规定，这有待建设主管部门的新规定。据悉建设部正在研究制定这一新规定。

问题三十四：《司法解释》第 26 条规定实际施工人诉发包人，可追加转包人或违法分包人为当事人，事实上已突破合同相对性的原则，目的在于保护农民工权益。而实际施工人选择起诉转包人、违法分包人，为何不能追加发包人为当事人，这样也同样有利于保护农民工权益。想听听你对此的理解。另外，实际施工人是否有非法经营之嫌？

答：我在前面的相关问题回答中已说过，我并不认为实际施工人可以直接诉发包人是突破了合同相对性原理，这里就不再赘述。现在问的主要是既然实际施工人诉发包人，可以追加转包人或违法分包人为案件当事人，那么，实际施工人诉转包人或违法分包人，为什么不明确也可以追加发包人为案件当事人？我认为，由于实际施工人事实上处在工程款拖欠引起的债务链中的最低层，解决实际施工人或者说农民工工资问题，涉及社会稳定和农民工切身利益问题，在法律上应设计一种最简捷的处理方法。通常情况下，实际施工人与直接发包劳务施工的转包人或违法分包人会有书面合同，而与发包人则没有书面合同，两者的区别在于

有没有书面合同。而我在回答前面的类似问题已说明了发包人在拖欠工程价款前提下，实际施工人与发包人构成的是事实上的合同关系，这就是为什么要在实际施工人仅起诉发包人时追加转包人或违法分包人为案件当事人的原因和理由。《司法解释》第 26 条规定对发包人是否承担责任时明确界定：“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”问题的关键并不在于实际施工人是否起诉发包人或法院

是否追加发包人作为案件当事人，而在于发包人是否拖欠了工程价款。在实际施工人仅起诉发包人时不追加转包人或违法分包人，就难以查明发包人是否拖欠了工程价款。而如果实际施工人起诉的仅是转包人或违法分包人，那么不论发包人是否拖欠了工程价款，转包人或违法分包人均应首先清偿农民工的工资，然后再向发包人追偿，这样的处理方式，也是方便了弱势地位的农民工，同时也有利于转包人或违法分包人及时向发包人追索工程价款并尽快解决农民工工资问题。至于说实际施工人是否有非法经营之嫌，似乎并不构成一个问题，当然提问者也是顺带提到的。我认为实际施工人是因为存在着劳务关系，因此索要的仅是工资。工资包含在工程价款的直接费中；而作为工程承包或分包，要计算的是工程价款，工程价款包括直接费、间接费、税金和利润。比较一下，我认为实际施工人提供的劳务不存在非法经营之嫌。

问题三十五：发包人最好通过何种途径能很便捷地取得总包人转包的证据？

答：在很多承发包合同中约定，如果承包人转包工程，发包人有权单方解除合同，因此，发包人往往在合同履行过程中会关注承包人是否转包了工程，同时会遇到的问题是难以搜集相关的证据。解决这个问题最简捷的办法是双方在签订承发包合同时明确约定，承包人承包工程后对外签订的所有分包合同，包括工程分包和劳务分包均必须征得发包人的同意并将合同原件一份备案于发包人；否则即视为转包。如是，发包人首先掌握了所有分包的原始证据，并可据此分析，承包人是否转包了工程或者以劳务分包为名实施了工程转包，至于这两者的区别，我在前面也已经分析过。《司法解释》在规定了实际施工人追索劳务报酬的选择权的第 26 条规定的同时，也相应规定了实际施工人和转包人、违法分包人对发包人承担连带责任的情形。《司法解释》第 25 条规定：“因建设工程质量发生争议的，发包人可以向总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。”我认为，这就是发包人要求承包人提供所有各种分包合同原件的法定理由。

问题三十六：(1)执行 99 版施工合同示范文本，请问中标通知书与中标概算的法律解释

顺序是否以中标通知书为先？（2）对于工程承包范围是劳务加辅材的合同，是否可认定为劳务合同？（3）如果签证未按 99 示范合同文本规定时限做，直到竣工结算时才统一办，是否应予计算支付？

答：这是围绕 99 版施工合同示范文本提出的三个具体问题，提得很有水平。对于第一个问题，涉及到的是示范文本组成文件的解释顺序，也即如果组成合同的各个文件有矛盾，以哪一个文件为准。示范文本通用条款第 2 条是：“合同文件及解释顺序”，该条对合同文件组成及解释顺序是：“（1）本合同协议书；（2）中标通知书；（3）投标书及其附件；（4）本合同专用条款；（5）本合同通用条款；（6）标准、规范及有关技术文件；（7）图纸；（8）工程量清单；（9）工程报价单或预算书。”合同组成文件中并不会与中标概算发生矛盾，因为中标概算在文件范围中并无地位。如果提问实际指的是工程报价单或预算书之类的计价文件，则按此顺序中标通知书的顺序优先于中标的设计计价文件。中标的设计概算是投标人投标的前提和依据，而一旦进入中标通知书中的计价方式已不再是投标或者说要约的内容，而已经成为承诺的内容，显然承诺的内容效力高于要约的内容。当初制定 99 版施工合同示范文本的解释顺序的安排，正是基于这样的指导思想确定的。

第二个问题涉及到一类比较特殊的劳务合同，即包工又包辅材的劳务合同。我前面讲到过包工包料和包工不包料是工程分包和劳务分包两者区别的关键。说到工程材料，以是否属于工程主要材料来作区分，可分为主材和辅材。辅材一般指工程中的辅助用料，例如，绑扎钢筋需要的铁丝、钉子之类。辅材一般在工程材料费中约占 10%左右，因此，辅材不决定工程用料的主要部分，这样，包工包料实际上是指包工包主要材料，包工包辅料并不改变劳务合同的本质特征，我认为：包工包辅料的合同，仍然属于劳务合同的范畴。

第三个问题涉及到 99 版示范文本中的签证的期限性质。在合同履行过程中未及时办理签证手续，在结算时能否事后主张，这不能一概而论，而要看 99 版示范文本中对每一项签证手续期限的具体规定。在 99 版示范文本通用条款中共计 60 多项签证对期限的规定是不相同的。主要区别是签证过期是否视为已表示了一种意见。例如，通用条款有关 26 条“工程款支付”的第 1 款规定：“在确认计量结果后 14 天内，发包人应向承包人支付工程款（进度款）。按约定时间发包人应扣回的预付款，与工程款（进度款）同期结算。”第 26.4 款规定：“发包人不按合同约定支付工程款（进度款），双方又未达成延期付款协议，导致施工无法进行，承包人可停止施工，由发包人承担违约责任。”这些条款对进度款的逾期支付没有规定过期不可再追索，此时的时效适用普通时效，即如果当事人未在合同约定期限提出，可在两年内提出。而通用条款有关竣工验收逾期的第 32.3 款则规定：“发包人收到承包人送交的竣工

验收报告后 28 天内不组织验收，或验收后 14 天内不提出修改意见，视为竣工验收报告已被认可。”，这就规定了过期如发包人未依合同约定组织验收或提出修改意见，则视为发包人已通过竣工验收，也就是发包人对竣工验收的异议过期即视为没有异议，期限过后异议则依约定不成立。

问题三十七：某总承包人将一项工程的二分之一（隧道工程）分包给其他单位，总承包人参加对该工程材料供应，质量、安全管理，火供品的供应和管理，施工图的提供，并有项目经理，工程师，施工员，安全员等员工参加管理和与业主，监理联系。问：（1）是否构成违法分包？（2）如果是，其非法所得指的是哪一部分？如何认定？

答：首先，作为土木工程即不是房屋建筑的隧道工程如实施分包，同样应执行我国《建筑法》。虽然《建筑法》第 2 条规定该法的调整对象是房屋建筑，但该法第 81 条明确规定：“本法关于施工许可、建筑施工企业资质审查和建筑工程发包、承包、禁止转包，以及建筑工程监理、建筑工程安全和管理的规定，适用于其他专业建筑工程的建筑活动，具体办法由国务院规定。”因此，隧道工程的分包，同样应执行《建筑法》的相关规定。

其次，根据提问所涉及的实际情况，总承包人既负责工程材料供应，同时又有项目经理及相关管理人员进行工程质量、安全等方面的管理，根据国务院《建设工程质量管理条例》第 78 条关于工程转包和违法分包的相关规定，这种情况并不构成违法分包。本案的分包方式属于劳务分包，不属于工程分包。

至于违法分包中的总包单位的非法所得，是指总包不实施工程管理而获得的利益，从法律层面分析，这部分非法所得实质上是指非法转让从中获利的所得，其认定的根据是看所得者是否有合法依据，没有合法依据的所得属于非法所得。我认为本案的实际情况不属于非法转包或者违法分包，因此，不存在要不要没收非法所得的问题，也不存在非法所得的问题。

问题三十八：解释中的“承包人”是否包括“劳务承包人”？答：《司法解释》中的承包人是指建设建设工程施工合同中的施工单位，是承发包合同中针对建设单位作为发包人的合同相对方。而劳务承包人则有另外的名称，在《司法解释》第七条中明确，指“具有劳务作业法定资质的承包人”，其与之对应的合同当事人是指“总承包人、分包人”，签订的是“劳务分包合同”，因此劳务承包人是劳务分包单位，是劳务分包合同中针对总承包人、分包人作为总包人的合同相对方，因此，承包人与劳务承包人是两类性质不同的承包人，其关系并不是包括关系，而是两类不同法律关系，没有包括关系的当事人。

问题三十九：解释中第二条的规定，解决了合同无效，但工程合格的价款支付问题，但

是，工程在施工过程中，一方起诉，要求确认合同无效？并主动申请进行审价鉴定，可能的结果是鉴定结果远远高于原合同价格，另一方如何应对？

答：我认为通常情况下，并不会出现问题中所说的结论。这里涉及到对无效合同的处理原则。假如一方起诉要求确认合同无效，经审理合同确认无效，那么，按无效合同的处理原则，法院会要求鉴定单位按无效合同进行鉴定，也即按合同约定时当地建设主管部门发布的定额标准按实进行造价结算。关键在于：这里所谓的按实，是指按工程实际的类别，按承包人实际的资质，并且按实际的工作量进行结算，这样处理，承包人的利润是不能计取，管理费也会按实际的资质等级或工程类别计取，因此，一般并不会出现鉴定结论远远高于原合同价格的情况。当然，我说的通常情况不包括例外的情形，例如签约时压价无序，其无效合同本身约定的价格是远远低于成本价的不正常的价格，如果是这样的情况，那么鉴定结论远远高于原合同约定价格，也是按实结算的必然结果。至于另一方如何应对，我认为假如出现了上述非正常情况，相对方可以要求把原合同的造价与鉴定结论的造价之间的差额作为损失来处理，要求按合同无效的过错责任进行分担。一般情况下，造成合同无效是双方都有过错的。按无效合同造成的损失应由过错方分担的原则，可达到适当减少差额的诉讼效果。

问题四十：在原告诉求法院确认施工合同无效，并申请鉴定的情况下，法院同意鉴定，就意味着“未判先定”，因此，法院同意鉴定，客观上已否定了原合同的效力，如何认识这个问题？

答：这个问题的关键在于法院是否同意就按原告诉求的合同无效来鉴定。如果原告要求无效，案件未经实体审理，法院就同意按无效进行鉴定，这客观上有可能意味着“未判先定”。说可能，是因为即使鉴定有结论，这仍然只是一个待征证据，作为对方当事人完全可以据理力争，指出这样鉴定本身存在的问题。而提问者所担忧的情况一般并不会出现，或者说当事人可以依法避免的。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第35条规定：“诉讼过程中，当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的，不受本规定第三十四条规定的限制，人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。当事人变更诉讼请求的，人民法院应当重新指定举证期限。”也即涉及合同效力的案件，法院应当先示明效力，鉴定单位应当按已示明合同是否有效或无效的结论进行鉴定。而要示明合同效力，则法院必须先进行开庭，这就不会“未判先定”。由于案件本身的复杂性，有时法院在审理过程中确实存在一下子难以示明效力的情况，这时法院委托鉴定单位，一般会要求鉴定单位审出有效或无效情况下的两种结论供法院取舍。鉴定单位在未获效力明示的情况下，按其鉴定的取舍原则，也应提供有效和无效两种鉴定结论，供双方当事人在法庭辩论时

辩明是非使法院在取舍时有两种结论供判案选择。因此，即使出现提问者所提的问题，其对策很大程序还取决于该案被告面对案件的处理技巧和对策。

问题四十一：实际施工人起诉转包人主张支付工程款的，工程款中是否包括税金？因为实际施工人是给农民工发工资，其一般不上税。

答：我认为实际施工人既起诉转包人又主张对方支付工程款的请求是不准确的，其诉请也难以得到支持。在工程转包的前提下，实际施工人只能主张直接费中的工资或事实上已发生的材料款，不能主张工程款组成内容中的间接费和税金及利润，即便主张了也难以得到支持，否则施工合同就无所谓无效和有效的区别了。在转包的前提下实际施工人是不能按有效合同来结算工程款的，这可以从《司法解释》第4条规定要没收转包人非法所得的处理来得出结论。工程款组成中包括税金，这里的税金是指营业税，应当在工程款计取中一并支付，由承包人出面缴纳，但在工程款中计取，也即事实上是由发包人支付的。实际施工人是没有义务缴纳这部分税金的，至于实际施工人如果是一个企业，作为企业应缴纳的营业税则另当别论；而如果实际施工人是个人，其个人所得超过了个人所得税的起征点，则应缴纳个人所得税。

问题四十二：解释第10条，规定当事人对欠付工程款利息标准有约定的，按照约定处理，如果双方没有约定是否支付利息，法院是否会支持承包人的利息主张？

答：这个问题的答案是肯定的，因为建设工程施工合同欠款的利息是法定的，《司法解释》第17条后半句话已经说明：“没有约定的，按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息。”因此，如果承发包双方虽然没有合同约定，但承包人起诉要求追索工程款利息，法院会支持这一诉请。

问题四十三：司法解释第18条第2款和第3款的区别，是否指承包人未提交竣工结算文件即未结算，应按当事人起诉之日计取利息？

答：《司法解释》第18条第2款规定把承包人提交结算文件视为主张价款的起始时间，表明承包人已主张了结算工程款的权利，因此，从提交工程结算文件之日应计取欠款利息。而该条第3款指的是承包人既没有交付工程，也没有提交结算文件，则视为承包人以起诉日表明主张权利，利息起算时间推后以起诉日为计息日。两者的区别在承包人主张工程款的时间有先后，因此，在操作中应把第3款的未结算工程价款理解为承包人未以提交结算书的方式行使要求结算的权利。

问题四十四：司法解释第4条，收缴当事人已经取得的非法所得如果就是针对中间非法所得，那么对于实际施工人仍可按无效合同对已合格工程取得工程收入，是否放宽了资质管

理条件？

答：《司法解释》第4条所说的是没收违法所得，没有说是中间违法所得，至于非法所得的理解，我已在前面的问题中说过。如果把没收了非法所得后的工程价款部分，理解为都归实际施工人所得是不准确的，事实上《司法解释》在第4条中并没有明确工程价款中除非法所得之外均归实际施工人，因此无法得出放宽了施工企业的资质管理条件的结论。因为按无效合同的按实结算的处理原则，实际施工人只能按他签订无效合同时的实际资质条件，按完成工程的实际类别来进行工程结算，实际施工人也就不能在合同无效的前提下，获得与按有效合同同样进行结算的工程价款。

问题四十五：劳务分包合同双方当事人对劳务费发生争议，是否要进行工程造价鉴定？法律依据是什么？

答：劳务分包合同双方当事人对劳务费发生争议，要不要进行造价鉴定？我的观点是，首先，肯定不能进行造价鉴定，因为造价鉴定只发生在工程承发包合同和工程分包合同的争议中，造价争议只会发生在这两类合同中。而劳务合同涉及的标的仅仅是劳务报酬或者叫劳务费用，即便会发生专业技术问题的鉴定，也只能是费用鉴定，费用鉴定和造价鉴定是两个不同的概念。当然，有一种情况例外，那就是当事人以劳务分包的名义实施的是工程分包，这也是一种违法分包，其发生的鉴定，则是无效合同的造价鉴定。当事人对劳务合同的劳务费用发生争议，解决这种争议涉及到专业的计费技术问题而需要进行鉴定的话，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第72条规定：“人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当交由法定鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定。”就应当委托鉴定。如果说法律依据，这一条就是。

问题四十六：合同中约定：结算套用北京市2001年关于定额的规定（只计材料费和人工费，不计管理费），括号内约定如何理解？

答：这应当理解为当事人在合同中对适用定额的具体结算方法作了特别约定，这种特别约定的内涵是只计直接费，不计间接费即管理费。而事实上工程合同中肯定会发生管理费，那承包人已放弃计取，这是民事权利的放弃。问题是，当事人放弃部分民事权利的，这种约定不违反法律、法规的强制性规定，应当认为是合法有效的。

问题四十七：司法解释第6条明确当事人对垫资和垫资利息有约定的，支持承包人要求按约定返还垫资及其利息，最近国务院国办发[78]号文件要求垫资工程必须在投标文件中明确垫资金额，时间，利息支付等内容，否则不能要求承包方垫资。请问：（1）今后关于垫资工程本金及利息的约定，是否以体现在招标文件中为必要生效条件？（2）黑合同无效，在该

合同中关于垫资利息的条款可否作为请求支付的依据？

答：对第 1 个问题的答案，国务院 2004 年国发办第 78 号文件《国务院办公厅转发建设部等部门关于进一步解决建设领域拖欠工程款问题意见的通知》第 15 条规定：“加强对带资施工行为的管理。建设单位发包时，确需施工总承包企业带资施工的，必须在招标文件及合同中明确列出需带资的数额、偿还方式、利息和期限等。超过合同约定期限，建设单位仍不偿还的，当事人可通过仲裁或司法等途径解决。政府投资工程一律不得要求施工企业带资建设。对在政府投资项目中带资施工的企业，银行不得发放贷款。带资施工的企业也不得要求分包单位垫资。具体管理办法由建设部会同发展改革委、财政部、人民银行研究制订。”我认为今后关于垫资的款项数额、垫资时间以及利息标准，应当在招标文件中明示，应当让垫资在招投标过程中浮出水面，由投标人在公平的游戏规则下展开竞争，投标人对此进行实质性响应才能形成经中标的合同的合意。因此，可以理解为今后关于工程垫资，应当以体现在招投标文件中为必要的生效条件，投标人才得以公平竞争方式作出实质性响应。对第 2 个问题，我已经反复讲过《司法解释》并没有明确黑合同无效。在黑合同即未经中标并未经备案的合同中的垫资条款，由于《司法解释》第 21 条已经明确规定，在黑合同中的造价结算条款不作为工程结算的依据，那么，黑合同中的垫资条款作为造价结算内容的重要部分，显然同样不可作为请求支付的依据。

问题四十八：司法解释第 3 条第 2 项规定整改后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。请问：（1）这里的“工程价款”是指什么？是否仅指工程尾款？如果是尾款，那么如何确定尾款的数额？比如，因发包方未能支付进度款而由承包方垫付的款项是否也是属于“工程价款”？（2）如果工程完工后因为质量问题确无实用价值，发包方已付的工程款，例如工程进度款等，发包人是否有权要求承包方退还？

答：这两个问题提得非常好。对第 1 个问题，我认为这里讲的工程价款是指工程的全部价款，而不是仅指工程尾款。制定这一款规定的依据是《合同法》的第 279 条，该条规定：“建设工程竣工后，发包人应当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。建设工程竣工经验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。”该条规定的价款显然指的是整个竣工工程造价的对价，显然不仅仅指工程尾款。假如工程总造价为 2 个亿，合同约定进度款支付为 85%，工程尾款为 15%，整个工程竣工验收不合格，经整改后仍不合格，承包人已收取的 85% 进度款可以不退还，这公平吗？既然把《司法解释》第 3 条第 2 款规定的整改后不合格工程的发包人可以支付工程价款理解为全部工程价

款，那么就没有必要再讨论尾款如何确定的问题了。

至于第2个问题，其答案从上述解答中可以得出结论，既然工程完工后因质量不合格而没有实用价值，承包人已收取的进度款没有合法依据，发包人有权要求承包人把已收到的进度款退还。我理解《司法解释》第3条的本意就是这个意思。

问题四十九：某政府机关欲建办公大楼，但资金困难，便以自己出土地为条件与甲房地产开发企业，共同开发建设办公大楼，在合作协议中约定大楼建成后双方按地上总面积四六分成。甲房地产企业作为建设方，与施工企业签订施工合同，施工合同履行过程中，甲企业出现资金困难，施工企业未能如期收到应付工程款。问：施工企业将甲企业起诉到法院时，能否将某政府机关列为共同被告，要求甲企业与政府机关承担连带责任？如果可以，是否违反合同相对性原则；如果不可以，甲企业无支付工程款能力，施工企业权益该如何保障？

答：我认为施工企业不仅可以而且必须把政府机关和房地产开发企业作为共同被告起诉，并要求两被告承担连带责任，这是施工企业保护自己合法权益必须的应对对策，而根本不违反合同相对性原则。

首先，对施工企业而言，建设工程合同的相对方是发包人，我们必须搞清楚什么是发包人。国家工商局和建设部共同发布的《建设工程施工合同示范文本》通用条款第1条词语定义第3款规定：“发包人是指在协议书中约定，具有工程发包主体资格和支付工程价款能力的当事人以及取得该当事人资格的合法继承人。”这里的发包人定义首先指的是具有建设工程发包的主体资格，在建设工程领域来考察，指的是建设用地规划许可证和建设工程规划许可证的两证持有人。问题涉及的案情中已知土地是由政府机关提供的，那么两证持有人只能是政府机关。本案是政府机关和房地产企业共同构成了具有发包主体资格和价款支付能力的发包人，因此，两者应是共同被告。

其次，本案中建设单位即发包人是以合伙型的联营方式组成，政府机关和房地产开发企业以合伙方式共同发包工程，只是形式上以开发公司作为名义上的发包人而已，其实质是以合伙的方式进行合作建设。由于政府机关没有和开发企业另行组成一个项目公司，因此不能承担有限责任。最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第9条规定：“联营体是合伙经营组织的，可先以联营体的财产清偿联营债务。联营体的财产不足以抵债的，由联营各方按照联营合同约定的债务承担比例，以各自所有或经营管理的财产承担民事责任；合同未约定债务承担比例，联营各方又协商不成的，按照出资比例或盈余分配比例确认联营各方应承担的责任。合伙型联营各方应当依照有关法律、法规的规定或者合同的约定对联营债务负连带清偿责任。”因此，本案中政府机关和开发企业应对工程欠款承担连带的

清偿责任。

问题五十：行政部门备案如果是建设工程施工合同生效的条件，那么下列问题怎么解释？经过招投标，中标后签订施工合同，但发包人故意毁约（把工程发包给他人），理由是施工合同未备案，问发包人是否违约？赔偿问题如何解决？

答：这是一个非常好的问题。我们知道建设工程招投标过程是签订合同的前提和条件，只有当投标人中标，方有权和招标人签订合同。而招投标过程，从法律层面分析，招标是要约邀请，投标是要约，中标是承诺。结合本案，招标人确定了中标单位，这个承诺的内容是招标人明确了和中标人签订工程合同的意思表示，但合同尚未正式签订，即合同尚未正式成立。这个时候招标人故意毁约，把工程发包给他人的行为造成中标后未签合同，也无法备案，这是缔约过失行为而不是违约行为，因为契约尚未成就。

《招标投标法》第 45 条规定：“中标通知书对招标人和中标人具有法律效力。中标通知书发出后，招标人改变中标结果的，或者中标人放弃中标项目的，应当依法承担法律责任。”第 60 条规定：“中标人不履行与招标人订立的合同的，履约保证金不予退还，给招标人造成的损失超过履约保证金数额的，还应当对超过部分予以赔偿；没有提交履约保证金的，应当对招标人的损失承担赔偿责任。”本案中招标人发出中标通知后拒绝签订合同，因此应当赔偿损失。根据《合同法》第 113 条的规定，损失赔偿包括预期利益，除了直接损失以外，中标人可以按定额标准中利润的取费费率作为预期利益要求招标人赔偿。