

CITY DEVELOPMENT
LAW FIRM



季刊 2021/08

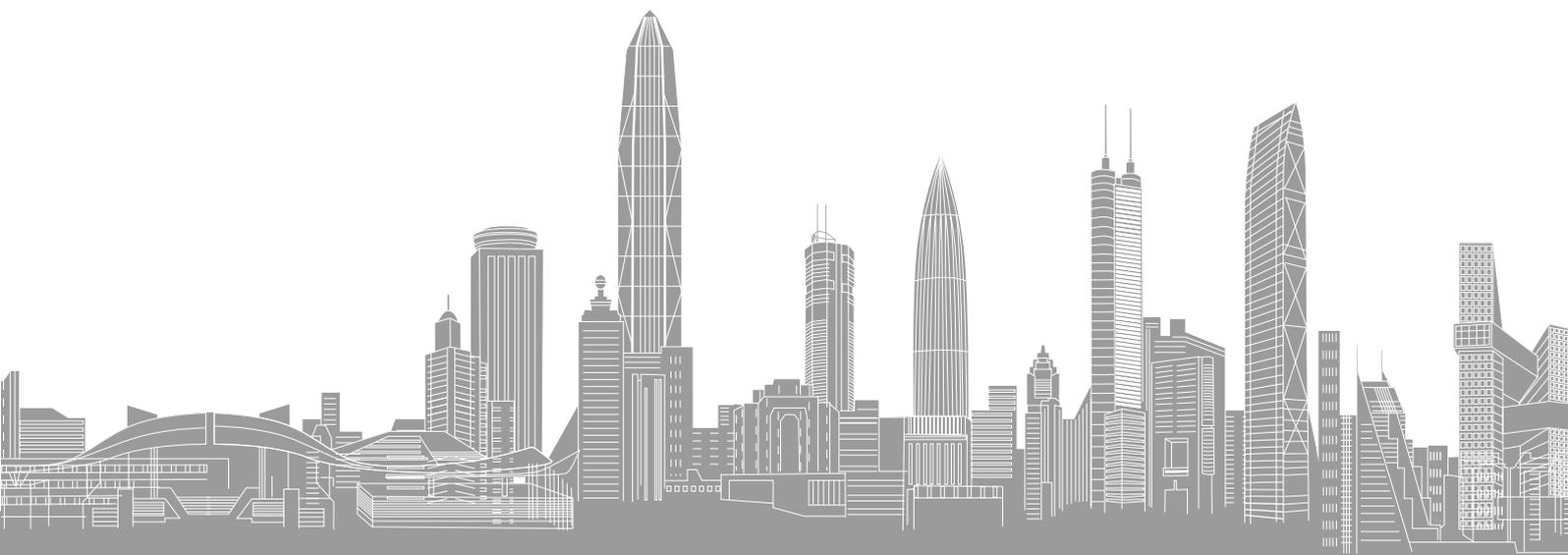
NO-01

基础设施与建设工程 法律评论

INFRASTRUCTURE AND CONSTRUCTION
ENGINEERING LAW REVIEW

蓝新宏 主编

建纬(深圳)律师事务所 出品



主 编：蓝新宏

副 主 编：章德奎、彭丹、熊婷

编 委 会：缪金华、王垚、程静、陈泳仪、符馨予

撰 稿：章德奎、陈泳仪、符馨予、吴冬雪、周乐、杨漪虹、
杨思涵、缪金华、李玥、赵旭

责任编辑：缪金华、黄丹云

设 计：武娇

声明：

1. 本刊所载观点、数据系建纬(深圳)律师事务所原创,如需转载,请与我们联系。
2. 本刊所载观点、数据仅供参考使用,不代表任何正式法律意见。
3. 如对本刊所涉内容有任何意见或者建议,欢迎探讨交流。

建纬品牌

建纬律师事务所成立于 1992 年，是中国大陆首批以地产、工程和金融法律服务为主的专业律师事务所。建纬（深圳）律师事务所成立于 2003 年，是建纬华南发展战略的重要部署。建纬在全国 17 个主要城市设有办公室，能够为客户提供多地协同法律服务。

建纬深圳成立至今，始终秉承“守正创新、精进专业、和衷共济、共享价值”的价值观，以全链条、精细化专业服务，成为专业化律所的标杆和典范。凭借其卓越的专业表现，多次荣膺国内外多项殊荣，包括：“全国优秀律师事务所”、“司法部部级文明律师事务所”、钱伯斯法律评级机构“房地产领域、建设工程领域领先律师事务所”、亚洲法律概况建设工程&房地产领域“杰出律所”等。

建纬深圳一直致力于践行社会责任，通过积极参与立法、制定行业标准、出版学术专著、进行专题研发、举办学术研讨会、组织建纬公开课等等方式，以专业成果回馈社会。

专业团队

建纬大湾区建设工程业务中心，拥有一支兼具工程背景的卓越律师服务团队，擅长运用成熟的商业思维，打通建设工程全过程每一环节，协助客户从容应对建设工程领域纷繁复杂的难题与挑战。从项目建设准备，到竣工结算收尾，从前端中端风险防控，到后端争议解决，建设工程业务中心长期坚持工程法律服务产品的研发，已累计服务全国 100 多个建设工程项目，在客户权益保障、商业势能提升之路不断扩大建纬品牌影响力。

建纬大湾区基础设施业务中心，专注于基础设施全过程及专项法律服务，承办了 70 多个的重大基础设施项目，服务项目总投资额超过 11508 亿，开发面积超过 30 万亩。依托建纬在地产、工程和不动产金融领域的领先地位，中心了解基础设施行业全链条，通过既往项目积累了丰富的经验，同时对 FIDIC 等国际经验的中国化有着深刻理解。中心始终全力以赴，致力于促成客户商业目标。客户托付的每一个项目，都是我们视若珍宝的代表作，是建纬事业的重要组成部分。

建纬大湾区 PPP 业务中心由多位基础设施投资领域专长的律师组成，由高级合伙人蓝新宏律师牵头，各位律师均具备法律、经济、工程等多方面的复合理论和知识。已为数十个基础设施投资项目提供法律服务，在政府方规范性文件编制、PPP 项目前期准备、招标投标、建设及融资等方面均有丰富实操经验，能够为政府方或社会资本方提供 PPP 全流程、全方位的法律服务。

专业领域

建设工程、基础设施、PPP、城市更新、投资并购、争议解决、房地产综合业务、不动产金融

主编介绍

蓝新宏律师，建纬（深圳）律师事务所高级合伙人，土木工程学士、法学硕士、注册结构工程师。

蓝新宏律师曾多年从事建设工程技术工作，熟悉建筑设计、施工全过程的各个环节，积累了丰富的工程实践经验。从事律师工作以来，蓝新宏律师长期致力于城市基础设施、建设工程及 PPP 法律事务的研究和实践，是建筑法律界少有的既懂技术、又懂法律的复合型律师，先后办理了大量建设工程、PPP、房地产领域的诉讼及非诉讼法律事务，具有丰富的建设工程法律服务经验。

蓝新宏律师的专业水平获得了客户、司法行政主管部门的认可，荣获“深圳市司法行政系统法律服务先进个人”称号，多年被中国《建筑时报》与美国《工程新闻纪录》（ENR）评选为“最值得推荐的中国工程法律 60 位专业律师”。

社会职务

- ❖ 中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员
- ❖ 华南国际经济贸易仲裁委员会调解专家
- ❖ 中国人民大学律师学院兼职教授
- ❖ 中国建筑学会建筑经济分会工程法律专业委员会委员
- ❖ 广东律师专家库房地产与建设工程法律事务律师专家
- ❖ 第十届广东省律师协会房地产法律专业委员会秘书长
- ❖ 深圳市住房和建设局法律顾问专家库专家
- ❖ 深圳市建筑业协会法律咨询委员会专家
- ❖ 第十届深圳市律师协会 PPP 法律专家委员会副主任

目录

| | |
|-------------------------------------------------|-----------|
| 法规政策概览 | 1 |
| 2021 年第二季度建设工程政策概览 | 1 |
| 工程总承包观察 | 9 |
| 工程总承包合同性质的实务认定..... | 9 |
| 水利工程总承包分析之工程总承包模式、发包条件 | 15 |
| 以案说法 | 21 |
| 发包人提前使用未验收工程是否必然免除承包人的工程质量责任 | 21 |
| 合同约定材料价格不调差，但法院支持调差的案例研究 | 29 |
| 中标合同如何依法行使合同变更权..... | 41 |
| 深度观察 | 49 |
| 发包人单方委托的质量鉴定报告能否被法院采信的判断观点 | 49 |
| 实务问答 | 59 |
| 1. 提供工程款支付担保是否属于建设单位的强制性义务 | 59 |
| 2. 承包环氧地坪漆工程是否需要施工资质..... | 60 |
| 3. 施工企业破产后，实际施工人是否仍有权直接要求发包人承担工程价款支 付责任..... | 61 |
| 诉讼专栏 | 62 |
| 装饰装修合同纠纷案例大数据报告..... | 62 |

2021 年第二季度建设工程政策概览

本栏目对 2021 年 4 月-6 月期间建工领域新政进行汇编整理，从工程总承包、建工企业资质改革、房建市政类、PPP 项目四大块内容对本期新政进行简要介绍。

一、工程总承包新政

自工程总承包模式推行以来，各省市纷纷响应国家政策，推行工程总承包模式并制定相关管理制度。本季度出台与工程总承包相关的政策或通知的地方有：上海市杨浦区、济南市、河北省、湖南省、滨州市、嵊州市、重庆市永川区。从本季度出台的新政来看，目前各省市对工程总承包模式的态度可以总结为：鼓励促进，严格把控，以求达到稳步推进的效果。

（一）鼓励促进工程总承包的推行

上海市杨浦区出台相应激励政策，以奖金、补贴等形式鼓励促进工程总承包和全过程工程咨询业务。

济南市出台相应实施意见，分类分步推行工程总承包模式，大力培育工程总承包“双资质”企业。政府和国有资金投资的房屋、市政项目原则上实行工程总承包模式，社会投资项目、政府和 PPP 项目鼓励实行工程总承包模式。工程总承包项目原则上同步推行全过程工程咨询服务，可享受一定额度的奖补资金。

河北省人民政府也在关于县城建设提质升级的相关通知中明确推广工程总承包模式，并制定了采用工程总承包模式建设的项目数量目标。

（二）严格把控工程总承包的实施

湖南省对房建市政类工程总承包招标投标活动进行规范，明确：工程建设内容明确、技术方案成熟的项目适宜采用工程总承包方式，并对招标活动中资质管理、招标文件编制、风险管理、合同计价方式、评标方式等内容进行了具体规定。滨州市住建局也通过总结招投标活动应用的经验，对工程总承包招标综合评估法评标细则等内容进行了调整。

嵊州市对政府投资及国有资金投资项目工程总承包招标工作制定了《指导规

则》，规定了工程总承包的适用范围，明确采用工程总承包的应完成初步设计审批并经有关部门讨论通过。该《指导规则》还对招标活动中资质管理、招标控制价、联合体方式招标、招标文件以及合同条款编制、截标时间、总承包管理费、暂估价项目等内容有明确要求，规定工程总承包应采用工程项目清单招标方式、综合评估法，鼓励采用总价合同，并制定了相关的监管制度。

重庆市永川区也发布了关于规范政府投资项目工程总承包方式的通知，同样对项目实施条件、项目审批管理、项目建设管理进行了严格规定。政府投资房屋建筑和市政基础设施项目原则上应当完成初步设计审批程序后实施，政府投资公路工程项目应当在初步设计文件获得批准并落实了建设资金后实施，建设范围、建设规模、建设标准、功能需求等建设内容不明确或者技术方案不成熟的政府投资项目，不得采用工程总承包方式。工程总承包方式应实行全过程工程咨询制度、依法招投标发包制度、合同总价控制制度等制度。

具体政策文件如下：

1. [上海市杨浦区关于促进工程总承包、全过程工程咨询发展的若干政策](#)
2. [济南市住房和城乡建设局、济南市发展和改革委员会、济南市行政审批服务局关于在房屋建筑和市政基础设施领域推行工程总承包模式的实施意见](#)
3. [关于对《关于进一步规范房屋和市政工程总承包招标及施工招标评标活动的通知》进行调整的通知](#)
4. [湖南省住房和城乡建设厅关于印发《湖南省房屋建筑和市政基础设施工程总承包招标投标暂行办法》的通知](#)
5. [嵊州市人民政府办公室关于印发《嵊州市政府投资及国有资金投资项目 EPC 工程总承包招标工作指导规则》的通知](#)
6. [重庆市永川区人民政府办公室关于规范采取工程总承包方式实施政府投资项目的通知](#)

二、建工企业资质改革

国务院和住建部在本季度先后发布了《关于深化“证照分离”改革进一步激发市场主体发展活力的通知》（下称：国发[2021]7号）、《关于做好建筑业“证照分离”改革衔接有关工作的通知》（下称：建办市[2021]30号）。该两份文件与先前国务院和住建部发布的《关于在自由贸易试验区开展“证照分离”改革全覆盖试点的通知》（下称：国发[2019]25号）、《关于印发建设工程企业资质管理制度改革方案的通知》（下称：建市[2020]94号）具有一脉相承的关系，具体如下：

2019年，国发[2019]25号决定在全国各自由贸易试验区对所有涉企经营许可事项实行清单管理，率先开展“证照分离”改革全覆盖试点。

2020年，建市[2020]94号针对建设工程企业资质类别过细、等级过多、准入门槛高手续繁等问题，进行资质管理制度改革，主要亮点有：（1）将施工总承包特级资质调整为施工综合资质；（2）将施工总承包资质等级压减为甲、乙两级，施工总承包甲级资质在本类别内承揽业务规模不受限制；（3）专业承包资质大量合并；（4）施工劳务企业资质改为专业作业资质，不再实行审批制；（5）资质等级原则上压减为甲、乙两级（部分资质只设甲级或不分等级），原三级资质并入相应专业、行业的乙级资质；（6）部分资质被取消后，建设单位委托相关业务时并非一定不再作资质要求，已取得相关资质的企业应按照规定换证；（7）原资质证书有效期延长，企业换证无需重新核定资质；（8）今后资质审批和企业申报资质有重大变化。

2021年6月3日发布的国发[2021]7号与建筑业相关的内容基本上是承接上述2019年及2020年两个文件的内容，具体如下：（1）取消造价咨询企业资质审批：从国发[2019]25号决定在试点区域实行到扩大到全国范围；（2）明确了监理、施工、勘察、设计资质中哪些资质申请实行告知承诺制，并明确了审批的层级和部门；（3）建市[2020]94号中规定已经取消的部分资质等级，本次通知确定取消该部分资质的审批；（4）调整后具体的资质等级标准尚未有正式的文件出台，预估今年年末前出台。现阶段为过渡期，原资质证书有效期于2020年7月1日至2021年12月30日届满的，统一延长至2021年12月31日。到期后实行简单换证，按照新旧资质对应关系直接换发新资质证书，不再重新核定资质。

2021年6月29日发布的建办市[2021]30号是对国发[2021]7号的衔接，对自2021年7月1日之后的建工企业资质受理工作、证书有效期、换证工作做细化规定，再次明确建筑业企业施工劳务资质由审批制改为备案制，对优化审批服务方式改革的相关事宜做进一步明确。

具体政策文件如下：

1. [国务院关于深化“证照分离”改革进一步激发市场主体发展活力的通知](#)
2. [住房和城乡建设部办公厅关于做好建筑业“证照分离”改革衔接有关工作的通知](#)
3. [国务院关于在自由贸易试验区开展“证照分离”改革全覆盖试点的通知](#)
4. [住房和城乡建设部关于印发建设工程企业资质管理制度改革方案的通知](#)

三、房建市政类工程新规

本季度的房建市政类新规主要针对质量安全责任、农民工工资支付及用工实名制管理、招投标活动管理、建筑市场材料价格波动风险以及与建筑业相关等其他内容，体现了建筑业对于工程质量、安全生产始终保持高度关注；自《保障农民工工资支付条例》发布以来，各地政府对农民工工资支付及用工实名制管理给予高度重视，不断细化完善相关规定；各地有关部门不断完善房建市政类工程招标投标活动的规定，进一步规范建筑业市场。

另外，从各地政府部门对于建筑市场材料价格波动风险的有关通知可以看出，近期建材价格波动较大，相关单位应当在投标报价、合同签订、材料采购充分考虑材料上涨因素，及时采取有效措施，积极防范因价格上涨带来的工程造价风险。

具体政策文件如下：

1. 中华人民共和国安全生产法
2. 国务院办公厅转发国家发展改革委等单位关于进一步做好铁路规划建设工作意见的通知
3. 住房和城乡建设部关于修改《建筑工程施工许可管理办法》等三部规章的决定（中华人民共和国住房和城乡建设部令第 52 号）
4. 住房和城乡建设部关于修改《建设工程勘察质量管理办法》的决定（中华人民共和国住房和城乡建设部令第 53 号）
5. 住房和城乡建设部办公厅关于征求《建筑工人简易劳动合同（示范文本）》（征求意见稿）意见的函（建办市函〔2021〕147 号）
6. 广东省住房和城乡建设厅关于公开征求房屋市政工程建设单位质量安全首要责任管理暂行办法（二次征求意见稿）意见的公告
7. 深圳市住房和建设局关于发布《深圳市建设工程招标文件示范文本》（2021 年 4 月版）及《深圳市建设工程施工（单价）合同示范文本》（SFD-2015-04）的通知（深建市场〔2021〕8 号）
8. 深圳市住房和建设局关于进一步明确绿色建筑标准及标识管理的通知
9. 广州市住房和城乡建设局关于广州市房屋建筑和市政基础设施工程竣工联合验收（4.0）的补充通知

10. 关于规范房屋建筑和市政基础设施工程用工实名制管理工作的通知
11. 关于公开征求《东莞市建设工程招标投标管理暂行办法》等若干文件修订意见的通知
12. 关于征求《关于加强我市绿色建筑建设全流程管理的通知（征求意见稿）》意见的函
13. 东莞市住房和城乡建设局关于建筑市场材料价格波动风险预警的通知
14. 关于公布第一批具备开展房屋建筑和市政基础设施工程建设领域工资支付专户业务的商业银行名录的通知
15. 珠海市住房和城乡建设局关于进一步优化房屋建筑和市政基础设施工程领域工人工资支付工作的通知
16. 珠海市住房和城乡建设局关于正式使用新《珠海市工程建设项目招标文件标准文本》的通知
17. 珠海市住房和城乡建设局关于发布我市建筑材料价格波动风险预警的通知
18. 珠海市人民政府关于印发珠海市海绵城市建设管理办法的通知（珠府〔2021〕26号）
19. 珠海市住房和城乡建设局关于印发《珠海市建设工程招标价格竞争定标法工作指引》的通知
20. 关于肇庆市房屋建筑和市政基础设施工程招标投标活动的指引（2021年第1期）
21. 关于进一步贯彻落实《惠州市人民政府办公室关于大力发展装配式建筑的实施意见》的通知（试行）
22. 关于转发《广东省建设工程领域农民工工资支付保证金管理办法》的通知（江人社发〔2021〕102号）

四、PPP 项目新规

本季度直接针对 PPP 项目的新规较少，国家发改委对中央预算内投资、部分地方财政部门对政府采购预算编制与执行管理、政府采购等方面发布了相关规定，该等规定可能对特定领域 PPP 项目投资产生影响，具体如下：

国家发展改革委发布了《社会领域相关专项中央预算内投资管理办法的通知》（发改社会规〔2021〕525号），制定了教育强国推进工程、优质高效医疗卫生服务体系建设工程、文化保护传承利用工程、社会服务设施兜底线工程、全民健身设施补短板工程、积极应对人口老龄化工程和托育建设六个中央预算内投资专项管理办法，对前述领域中央预算内投资支持方向、支持标准、计划申报、资金下达方式、项目管理要求、监督检查加以明确。国家发改委还发布了《粤港澳大湾区建设、长江三角洲区域一体化发展中央预算内投资专项管理办法》《重大区域发展战略建设（长江经济带绿色发展方向）中央预算内投资专项管理办法》，对粤港澳大湾区、长江三角洲及长江经济带（上海、江苏、浙江、安徽、江西、湖北、湖南、重庆、四川、贵州、云南等 11 省市）的专项支持项目的专项支持标准、支持方式等进行了规定。

江苏省发布《江苏省财政厅关于进一步加强政府采购预算编制和执行管理的通知》，通知要求规范编制政府采购预算、严格执行政府采购预算、公示政府采购合同及支付资金。

《政府采购货物和服务招标投标管理办法》发布修订草案征求意见稿，在原《政府采购货物和服务招标投标管理办法》的基础上，对于在《政府采购法实施条例》施行后已滞后的招标采购程序、评标方法、交易规则、信息公开等方面的规定进行了修改，并着重围绕采购人主体责任与权责对等、监管措施以及落实放管服改革要求等三个方面进行重点修订。

广东省财政厅对近期各地申请入库的 PPP 项目进行了审核，并发布《广东省财政厅关于广东省 2021 年第二批 PPP 项目入库、退库审核情况的通知》，同时强调：（1）确保项目信息录入规范。（2）严格财政承受能力论证审核把关。（3）推动项目规范高效落地实施。（4）严禁变相举债融资。

北京市住房和城乡建设委员会印发《关于引入社会资本参与老旧小区改造的意见》，鼓励多种方式引入社会资本参与老旧小区改造，并明确简化老旧小区改造项目的审批流程。

此外，江苏省财政厅印发《2021年省级政府购买服务目录》，包含基本公共服务、社会管理性服务、行业管理与协调性服务、技术性服务、政府履职所需辅助性事项、其他适宜由社会力量承担的服务事项六个类别。

具体政策文件如下：

1. [江苏省财政厅关于印发 2021 年省级政府购买服务目录的通知](#)
2. [国家发展改革委关于印发社会领域相关专项中央预算内投资专项管理办法的通知](#)
3. [国家发展改革委关于印发《粤港澳大湾区建设、长江三角洲区域一体化发展中央预算内投资专项管理办法》的通知](#)
4. [国家发展改革委关于修订印发《重大区域发展战略建设（长江经济带绿色发展方向）中央预算内投资专项管理办法》的通知](#)
5. [江苏省财政厅关于进一步加强政府采购预算编制和执行管理的通知](#)
6. [关于《政府采购货物和服务招标投标管理办法（修订草案征求意见稿）》向社会公开征求意见的通知](#)
7. [广东省财政厅关于广东省 2021 年第二批 PPP 项目入库、退库审核情况的通知](#)
8. [北京市住房和城乡建设委员会关于印发《关于引入社会资本参与老旧小区改造的意见》的通知](#)

如需建设工程政策法规原文的，可以发送邮件到 huangdanyun@jianweishenzhen.com 索取。

工程总承包合同性质的实务认定¹

目前我国相关法律法规并未对工程总承包合同的性质作出明确规定，导致司法实践中认定这类合同性质时缺少统一的裁判标准，也使得纠纷发生时如何确定案由和管辖法院亦容易成为当事人的争议焦点。鉴于此情况，人民法院在审理工程总承包合同纠纷的过程中，通常需一并处理当事人提出的管辖权异议（若被认定为建设工程施工合同纠纷，应适用专属管辖的规定），或者需先行就合同性质作出认定，进而才可确定双方当事人之间所建立的法律关系性质。因此，正确理解工程总承包合同的性质，对案由、管辖法院以及双方当事人权利义务关系的确定具有非常重要的意义。

一、工程总承包合同性质认定的不同裁判观点

关于工程总承包合同性质，笔者查询到 24 个关联度较高的司法案例。根据这些案例适用的案由，有 12 个案件将工程总承包合同认定为建设工程施工合同，有 6 个案件认定（或推定）为建设工程合同，有 5 个案件认定为承揽合同，还有 1 个案件对工程总承包合同没有明确的定性，仅按照“合同纠纷”来处理。以上案件的案由统计情况具体如下表所示。

| 序号 | 裁判文书 | 案号 | 审理法院 | 案由 |
|----|-----------------------------------------------------------|----------------------|-------------|------------|
| 1 | 江苏达海新能源科技有限公司与国电恒华乌拉特后旗新能源有限公司等建设工程施工合同纠纷一审发生管辖权争议指定管辖裁定书 | (2016)京 02 民初 78 号 | 北京市第二中级人民法院 | 建设工程施工合同纠纷 |
| 2 | 山东力诺太阳能电力工程有限公司与山东丽鹏股份有限公司、山东鸿啸电力工程有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书 | (2015)鲁民一终字第 119 号 | 山东省高级人民法院 | 建设工程施工合同纠纷 |
| 3 | 国电光伏有限公司与朝阳天华阳光新能源投资有限公司、辽宁新大新能源投资有限公司管辖裁定书 | (2017)苏 02 民辖终 101 号 | 无锡市中级人民法院 | 建设工程施工合同纠纷 |
| 4 | 大庆建筑安装集团有限责任公司与哈尔滨三元水工业科技发展有限责任公司建设工程施工合同纠纷一案二审民事判决书 | (2016)黑民终 80 号 | 黑龙江省高级人民法院 | 建设工程施工合同纠纷 |

¹ 本文暂不探讨当事人约定通过仲裁解决工程总承包合同纠纷的情况。

| 序号 | 裁判文书 | 案号 | 审理法院 | 案由 |
|----|----------------------------------------------------------------------|----------------------|-----------------|------------|
| 5 | 上海电力安装第一工程有限公司、榆林隆源光伏电力有限公司与中国能源建设集团西北电力建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷一案二审裁定书 | (2019)陕民辖终66号 | 陕西省高级人民法院 | 建设工程施工合同纠纷 |
| 6 | 新疆天龙矿业股份有限公司与无锡市天虹环保工程有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事裁定书 | (2015)新民一终字第151号 | 新疆维吾尔自治区高级人民法院 | 建设工程施工合同纠纷 |
| 7 | 内蒙古铁物能源有限公司与中煤科工集团沈阳设计研究院有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书 | (2017)内民终34号 | 内蒙古自治区高级人民法院 | 建设工程施工合同纠纷 |
| 8 | 新疆大黄山鸿基焦化有限责任公司、新疆大黄山鸿基焦化有限责任公司阜康焦化分公司与北京蓝图工程设计有限公司建设工程施工合同纠纷管辖民事裁定书 | (2017)新民辖终13号 | 新疆维吾尔自治区高级人民法院 | 建设工程施工合同纠纷 |
| 9 | 江西新凌能源有限公司与上海齐耀动力技术有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书 | (2015)赣民一终字第165号 | 江西省高级人民法院 | 建设工程施工合同纠纷 |
| 10 | 中国能源建设集团甘肃省电力设计院有限公司、甘肃电院电力设备有限公司与甘肃宏众新能源发展有限公司建设工程施工合同纠纷一审民事判决书 | (2017)甘11民初字第4号 | 定西市中级人民法院 | 建设工程施工合同纠纷 |
| 11 | 中利腾晖光伏科技有限公司与青海世纪能源科技发展有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书 | (2015)民一终字第144号 | 最高人民法院 | 建设工程施工合同纠纷 |
| 12 | 机械工业第四设计研究院有限公司与陕西通家汽车股份有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事裁定书 | (2019)陕民终1103号 | 陕西省高级人民法院 | 建设工程施工合同纠纷 |
| 13 | 太原重工股份有限公司与山东鼎能新能源有限公司、刘焯宁一审民事裁定书 | (2017)晋民初45号之二 | 山西省高级人民法院 | 建设工程合同纠纷 |
| 14 | 湖北追日电气股份有限公司与青海光科光伏玻璃有限公司、海南州光科光伏新能源有限公司建设工程施工合同纠纷一审民事裁定书 | (2017)鄂0691民初2679号之一 | 襄阳高新技术产业开发区人民法院 | 建设工程合同纠纷 |

| 序号 | 裁判文书 | 案号 | 审理法院 | 案由 |
|----|-------------------------------------------------|----------------------|--------------|----------|
| 15 | 陆鑫苗与杭州千城建筑设计集团股份有限公司建设工程施工合同纠纷一审民事裁定书 | (2019)浙1002民初2993号 | 台州市椒江区人民法院 | 建设工程合同纠纷 |
| 16 | 泸州泸天化化工设计有限公司、中冶成都勘察总院有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书 | (2017)川11民终878号 | 乐山市中级人民法院 | 建设工程合同纠纷 |
| 17 | 王长生与吉林省建安集团有限公司、安二利等建设工程施工合同纠纷一审民事判决书 | (2017)吉0323民初433号 | 伊通满族自治县人民法院 | 建设工程合同纠纷 |
| 18 | 泰富重装集团有限公司、安徽元鼎建设工程有限责任公司建设工程施工合同纠纷二审民事裁定书 | (2018)皖03民辖终142号 | 蚌埠市中级人民法院 | 建设工程合同纠纷 |
| 19 | 天津星谦诚石新能源科技有限公司与株洲变流技术国家工程研究中心有限公司承揽合同纠纷二审民事裁定书 | (2019)湘02民辖终167号 | 湖南省株洲市中级人民法院 | 承揽合同纠纷 |
| 20 | 江苏和亿昌环保工程科技有限公司与新浦化学(泰兴)有限公司承揽合同纠纷二审民事判决书 | (2018)苏12民终2304号 | 泰州市中级人民法院 | 承揽合同纠纷 |
| 21 | 江苏科行环保科技有限公司、安徽盛运环保工程有限公司承揽合同纠纷二审民事裁定书 | (2017)皖01民辖终120号 | 合肥市中级人民法院 | 承揽合同纠纷 |
| 22 | 南瑞电力设计有限公司与河南湛蓝普惠新能源工程有限公司承揽合同纠纷再审民事判决书 | (2018)苏民再261号 | 江苏省高级人民法院 | 承揽合同纠纷 |
| 23 | 北京嘉瑞环保股份有限公司与山东石大科技石化有限公司承揽合同纠纷二审民事判决书 | 2015)一中民(商)终字第03754号 | 北京市第一中级人民法院 | 承揽合同纠纷 |
| 24 | 原告四川宏达石油天然气工程有限公司诉被告灵石县远帆商贸有限公司合同纠纷判决书 | (2016)晋0729民初1190号 | 灵石县人民法院 | 合同纠纷 |

通过上表数据,我们发现,有超过四成的审理法院认为工程总承包合同属于“建设工程施工合同”,此外分别有接近三成的审理法院认为应属于“承揽合同”

或者“建设工程合同”。虽有案例按照“合同纠纷”来处理，但仅为个例且审判法院层级不高，故并不属于主流观点。

二、关于不同裁判观点的分析

针对以上案例检索情况进一步分析，我们发现：

首先，大部分法院将当事人基于工程总承包合同发生的纠纷认定为建设工程施工合同纠纷，并适用专属管辖，审理法院主要从案涉合同的名称（是否载明总承包合同）、内容（是否体现为合同法所规定的承包人进行工程建设，涉及到工程的设计、土建、安装、调试、交验等程序）、目的（是否为要实现工程项目的竣工及投入使用）、工作成果形式（是否为不动产）等角度，认为案涉合同符合建设工程施工合同的构成要件，由此将案由定性为建设工程施工合同纠纷，并按照不动产纠纷确定管辖法院；

其次，有的法院则将此类合同纠纷认定为承揽合同纠纷，其认定理由体现为，案涉项目不属于不动产，讼争合同的主要内容属于设备、材料的采购和安装等承揽合同内容，案涉工程以设计、安装、调试工作为主、少部分土建工作为辅（或不包括土建工作，此情况下合同主要工作范围已超出建设工程施工合同范围）、讼争合同的标的是完成加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作（符合承揽合同的法律要件）等；

再次，还有的法院直接将此类合同纠纷认定为建设工程合同纠纷，在该类合同纠纷究竟应当被认定为建设工程合同纠纷还是承揽合同纠纷的争议中，审理法院主要依据《中华人民共和国合同法》（已于2021年1月1日失效）第二百六十九条规定的建设工程合同之特征²对案涉合同的性质进行判断，认为案涉合同具有的建设工程施工合同特殊性，比如工程设计、工程施工等均在承包范围内，明显胜于承揽合同的一般性，此外，通过一些案例中审理法院对案涉工程总承包合同项下分包合同性质的认定，亦可推断出案涉工程总承包合同属于建设工程合同³；

² 《中华人民共和国合同法》第二百六十九条规定，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。

³ 参见：（2017）鄂0691民初2679号之一湖北追日电气股份有限公司与青海光科光伏玻璃有限公司、海南州光科光伏新能源有限公司建设工程施工合同纠纷一审民事裁定书、（2019）浙1002民初2993号陆鑫苗与杭州千城建筑设计集团股份有限公司建设工程施工合同纠纷一审民事裁定书、（2017）川11民终878号泸州泸天化化工设计有限公司、中冶成都勘察总院有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判

最后,在川宏达石油天然气工程有限公司诉灵石县远帆商贸有限公司合同纠纷一案⁴中,双方当事人就合建站设备采购及安装工程总承包事宜签订了《灵石县远帆商贸有限公司灵石县南关镇液化和压缩天然气加气合建站工程总承包(EPC)合同书》,后在合同履行过程中发生纠纷,灵石县人民法院认定该合同项下的工作范围包括勘察、设计、采购和施工等工作,但将案件作为合同纠纷进行处理。

通过以上案例可以看出,法院对当事人之间基于工程总承包合同所建立的法律关系的性质存在不同观点,但总体来看,主要体现为建设工程施工合同、承揽合同、建设工程合同或合同关系四类,由此合同纠纷的案由主要体现为“建设工程施工合同纠纷”“承揽合同纠纷”“建设工程合同”或“合同纠纷”四类。需注意的是,若被定性为建设工程施工合同纠纷,案件将适用专属管辖,也即是由工程所在地的人民法院管辖;否则,案件不适用专属管辖,具体则应按照合同纠纷的管辖规定确定管辖法院。

三、实务建议⁵

承前所述,由于我国相关法律法规的空白,法院在认定工程总承包合同性质问题上的自由裁量空间较大,因此,当因工程总承包合同的履行发生纠纷时,双方当事人实际难以预估法院对合同性质及所涉管辖问题的判定。鉴于此,笔者建议合同当事人着重把握以下三方面:

第一,当前法院在处理工程总承包合同纠纷时,仍主要将其性质认定为建设工程施工合同纠纷。即便个别法院将此类合同纠纷归类为更广层面的建设工程合同或合同纠纷,但在审理过程中,有关法律适用仍以建设工程施工合同的定性为基础。因此,当双方之间的纠纷集中在施工领域时,比如为追讨工程款引发诉讼,则应当善于引用施工合同司法解释中于己方有利的规定维护权益。

第二,在法院管辖问题上,若当事人对案件的专属管辖有所诉求,则应当尽

判决书、(2017)吉0323民初433号王长生与吉林省建安集团有限公司、安二利等建设工程施工合同纠纷一审民事判决书。

⁴ 参见:(2016)晋0729民初1190号原告四川宏达石油天然气工程有限公司诉被告灵石县远帆商贸有限公司合同纠纷判决书。

⁵ 参见徐寅哲:《工程总承包的合同性质与法院管辖问题》,访问地址:<https://mp.weixin.qq.com/s/dzTwBjbXpuxCRCqaltKLVg>。

量争取促成法院将合同性质认定为建设工程施工合同纠纷，具体可从合同名称、承包范围、工作内容、承包方式、合同标的物、合同目的等角度寻找有利支撑。

第三，由于工程总承包合同性质的认定尚存争议且司法实践中并未形成压倒性的裁判观点，如当事人希望尽可能提升管辖的可预见性，可以考虑约定通过仲裁解决争议。

水利工程总承包分析之工程总承包模式、发包条件

水利是关系国计民生的重大项目，对维系生产生活基本安全发挥着重要作用，历来也受到国家的重点关注和投入。近年国家对经济发展水平做出更高要求，提出走生态优先、绿色发展的道路，并提出长江大保护、水利新基建等发展战略，绿色生态的发展道路需要水利强大支持，可以合理预见水利建设在实现绿色经济过程中会发挥更重要的作用。

工程总承包模式将勘察设计、采购、施工等阶段融合，有利于发挥承包单位的技术和组织管理优势，减轻建设单位的管理需要，进而提升项目效率和缩短工期，对部分项目会产生积极作用。2014年1月《水利部关于深化水利改革的指导意见》中提到，创新水利工程建设管理模式，因地制宜推行水利工程代建制、设计施工总承包等模式，实行专业化社会化建设管理。此后全国多个地方陆续出台水利项目工程总承包相关规定。今年水利部在印发2021年水利工程建设工作要点的通知中再次提到要大力推动水利建设改革创新，深化建设管理体制变革，积极有序推行代建、项目管理总承包、工程总承包等方式，研究出台政策措施，培育发展市场主体，明确各方职责权益。水利工程领域在积极探索和工程总承包模式相结合，通过建设管理模式的改革创造更大的效益。

在国家层面政策的推动下，各省市纷纷制定水利工程总承包管理规定，截止目前主要出台了以下地方规定：

《广东省水利建设工程总承包(试点)暂行办法》(以下简称“广东省意见”);

《福建省水利建设工程总承包(试点)暂行办法》(以下简称“福建省办法”);

《云南省水利建设工程设计采购施工总承包指导意见》(以下简称“云南省意见”);

内蒙古《关于开展水利建设工程项目设计施工总承包(试点)工作的通知》(以下简称“内蒙古意见”);

《宁波市水利建设项目工程总承包指导意见》(以下简称“宁波市意见”);

《湖北省水利建设项目工程总承包指导意见(试行)》(以下简称“湖北省意

见”);

《江西省水利工程项目总承包指导意见(试行)》(以下简称“江西省意见”);

《江西省水利建设项目推行工程总承包办法(试行)》(以下简称“江西省办法”);

广西壮族自治区《水利建设项目工程总承包指导意见(试行)(征求意见稿)》(以下简称“广西意见”);

《广西壮族自治区水利建设项目工程总承包指导意见(试行)》(以下简称“广西办法”);

《山东省水利工程项目设计施工总承包指导意见(试行)》(以下简称“山东省意见”);

《浙江省水利建设工程总承包管理办法(征求意见稿)》(以下简称“浙江省意见”);

《山东省重点水利工程建设实施方案》(以下简称“山东省实施方案”);

四川水利厅《深化水利工程建设改革稳步推行水利建设项目工程总承包指导意见(试行)》(以下简称“四川省意见”);

《福建省水利建设项目工程总承包管理办法(试行)》(以下简称“福建省意见”);

《湖南省水利建设项目工程总承包管理暂行办法》(以下简称“湖南省意见”);

《辽宁省水利厅关于推进全省水利建设项目工程总承包指导意见(试行)》(以下简称“辽宁省意见”)。

本文拟根据上述规定,分析总结各地方对水利工程总承包模式和发包条件的具体要求。

一、水利工程总承包模式

将勘察、设计、采购、施工不同工作内容一并发包可能产生多种总承包模式,

如设计-施工、设计-采购、采购-施工、设计-采购-施工等等，再加入工程管理还可能衍生出更多的模式，实践中最普遍的工程总承包模式是设计-采购-施工总承包（EPC）和设计-施工总承包（DB）。《建筑法》没有禁止将勘察纳入工程总承包一并发包，但出于风险、造价控制考虑，如果将勘察纳入总承包一并发包，因发包时建设方案不能确定，工期、造价缺乏科学的计算依据，发承包双方的风险都较大，因此一般不建议将勘察纳入工程总承包中。《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》第三条中规定：“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。”没有载明勘察阶段，不提倡将勘察阶段纳入工程总承包。

但与房屋建筑及市政基础设施工程相比较，水利工程具有涉及区域较广的特征，勘察设计工作经常由一家单位实施，如果将设计、施工一并发包，存在将勘察纳入总承包中的现实需要。因此，多个地区的管理规定在对水利工程总承包的定义中就直接明确总承包范围可包含勘察，例如：

广东省意见第三条规定：“本指导意见所称水利建设工程项目总承包，是指……工程总承包单位按合同约定，对工程勘测设计、设备采购、施工等实行全过程或若干阶段承包。”

湖北省意见第三条规定：“本指导意见所称水利建设工程项目工程总承包，是指按照合同约定对工程项目的勘察、设计、采购、施工、试运行等实行全过程或若干阶段的承包。”

安徽省意见第四条中规定：“工程总承包范围包括：工程项目可研、初设等阶段的勘测设计、设备采购、施工、试运行、项目法人单位需要开展的各项验收组织、工程移交等全过程服务。”

与上述规定类似，云南省、内蒙古、四川省以及宁波市意见均在水利工程总承包的定义中明确可以包含勘察阶段。而其他地区的规定虽然未在定义中直接明确，但基本上都可以从其他条文中得出水利工程总承包可以包含勘察工作的结论，例如：

江西省意见第十八条中规定：“工程总承包单位应当按合同约定，履行下列

职责：（一）按国家法律法规、相关强制性标准、规程规范和合同约定，组织实施勘测设计、设备采购、施工和试运行，承担合同约定的相关工作；……（三）按时完成合同约定的工程勘测设计、设备采购、工程施工、调试、试运行工作……”。

广西办法第十九条规定：“对于依法承揽的工程总承包项目，工程总承包单位可以在其资质证书许可范围内自行实施工程项目的勘测设计、设备采购和施工，也可以根据合同约定或者经项目法人单位同意……”。

《辽宁省意见》第六条规定：“工程总承包单位应当具备与工程规模相适应的勘察资质、设计资质和施工总承包资质，或者由具备上述资质的勘察设计单位和施工单位组成联合体。” 第十一条中规定：“……严禁将项目主体、关键性工程的勘察、设计或施工进行分包。”

《山东省意见》第六条中规定：“工程总承包单位应同时具备下列条件：（一）与工程规模相适应的水利水电行业勘测设计、施工资质；（二）具有与工程项目总承包相适应的工程勘察设计能力、设备采购能力、工程施工能力、工程项目管理能力和财务能力，企业信誉良好……”。

《浙江省意见》第十四条规定：“工程总承包投标报价应包含勘察设计费、设备购置费、建筑安装工程费、总承包管理费、试运行服务费及安全施工费等。”

《湖南省意见》第九条中规定：“设计单位和施工单位组成联合体的，应当根据项目的特点和复杂程度，合理确定牵头单位，并在联合体协议中明确联合体成员单位的责任和权利，鼓励勘察设计公司作为牵头单位。”

根据上述规定可知，各地区都没有排斥将勘察工作纳入水利工程总承包的范围，总承包中可以包含勘察。

对于不能纳入水利工程总承包的工作，各地区几乎无一例外地要求不得将工程监理、征地拆迁、移民安置纳入工程总承包范围，云南省、内蒙古、江西省、广西、山东省、安徽省、浙江省、福建省地区的规定中还明确不得将第三方质量检测纳入总承包。

二、水利工程总承包发包条件

(1) 工程项目条件

与传统承包模式相比，工程总承包模式下承包人从按图施工转变为按照合同约定完成工程，适合有具体标准、使用功能明确的项目，建设单位越能清晰、准确地描述建设内容、工程完工后需具备的条件、满足的目的，双方产生争议的概率更低，越难以准确描述上述内容更有可能产生纠纷。湖南省意见第五条规定：“建设单位应当根据水利建设项目的规模和复杂程度，结合自身的管理能力水平和建设周期等因素，合理选择工程建设组织实施方式。建设内容明确、技术方案成熟的水利建设项目，宜采用工程总承包方式。”浙江省意见第六条更是直接明确：“建设范围、规模、标准、功能需求不明确等前期条件不充分的项目，不宜采用工程总承包模式。”

湖南省、浙江省要求根据项目具体条件判断是否采用工程总承包模式，部分地区为推进工程总承包模式的实施，要求在特定项目中应该采用总承包模式，如江西省意见第二条规定：“在专业人员缺乏、技术力量薄弱的设区市、县（市、区），使用政府投资、政府融资、国际组织或者外国政府贷款、援助资金合计超过投资总额 50%及以上的水利建设项目，应当采用工程总承包方式组织实施。”辽宁省意见第二条规定：“省直有关单位负责建设的水利建设项目宜优先采用工程总承包方式，各市可选取有代表性的项目进行试点。”安徽省意见第三条中规定：“省直有关单位负责建设的水利工程应优先采用工程总承包方式，各市开展试点项目 1 ~ 3 个，试点项目应具有一定的代表性。”

(2) 发包阶段

水利工程建设流程通常包含：项目建议书、可行性研究报告、初步设计、建设实施、生产准备、竣工验收、后评价等阶段。项目前期工作包括项目建议书、可行性研究报告和初步设计，时间越靠后建设内容越能明确，各地区对发包阶段的规定不尽相同。

大部分地区给与了发包人选择的权利，发包人可以根据项目实际情况选择在可行性研究报告或者初步设计报告完成之后进行工程总承包的发包，例如云南省、

内蒙古、湖北省、广西、山东省、安徽省、浙江省、福建省的规定。

个别地区允许发包人在更靠前的阶段进行工程总承包发包，如广东省意见、江西省意见规定水利工程总承包可以从项目可行性研究报告批准后开始，也可从项目建议书或项目初步设计报告批准后开始，宁波市意见则规定水利工程总承包一般从项目可行性研究报告或项目建议书批准后开始，三个地区均一定程度允许在项目建议书批准后进行总承包发包。

还有地区对发包阶段做出更严格的规定，要求更晚阶段进行发包。例如《四川省意见》第五条规定：“实行工程总承包，原则上从项目初步设计报告批准开始；对于建设内容单一、技术方案简单、投资规模可控的项目，也可从项目可行性研究报告批准开始。”即要求原则上初步设计报告批准后才进行发包。

湖南省、辽宁省则按照投资主体不同区分发包阶段。湖南省意见第六条中规定：“采用工程总承包方式的政府投资项目，原则上应当在初步设计或实施方案审批完成后进行工程总承包项目发包；其中，按照国家有关规定简化报批文件和审批程序的政府投资项目，应当在完成相应的投资决策审批后进行工程总承包项目发包。”辽宁省意见第五条中规定：“采用工程总承包方式的企业投资项目，应当在核准或者备案后进行工程总承包项目发包。采用工程总承包方式的政府投资项目，原则上应当在初步设计审批完成后进行工程总承包项目发包；其中，按照国家有关规定简化报批文件和审批程序的政府投资项目，应当在完成相应的投资决策审批后进行工程总承包项目发包。”企业投资项目允许在较早阶段进行发包，但政府投资项目原则上要在更晚的初步设计审批完成或者实施方案审批完成后进行发包。

发包人提前使用未验收工程是否必然免除承包人的 工程质量责任

《民法典》第七百九十九条规定，建设工程竣工验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。《建设工程质量管理条例》第五十八条规定，建设单位未组织竣工验收，擅自交付使用的，责令改正，处工程合同价款 2%以上 4%以下的罚款；造成损失的，依法承担赔偿责任。可见，发包人提前使用未经验收工程在法律上是不被允许的，并且需要承担一定的行政责任。除行政责任外，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（以下简称《建设工程司法解释（一）》）第十四条（原《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十三条）规定：“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，人民法院不予支持；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。”该条规定在发包人提前使用未经验收工程的情况下，除就地基基础工程和主体结构存在的质量问题承担质量责任外，承包人不再就工程其他质量问题承担责任。

笔者通过案例研究发现，在发包人提前使用未验收工程的情况下，大部分法院依据前述规定不予支持发包人要求由承包人承担相关质量责任的主张，但发包人提前使用未验收工程的行为并不必然免除承包人的工程质量责任，也有部分法院考虑案件实际情况，认为承包人仍然应当承担质量责任，理由主要有：（1）工程质量问题属承包人原因造成的，质量问题应由承包人负责；（2）合同明确约定，在发包人提前使用工程的情况下，发包人对因发包人原因导致的工程质量问题承担责任，故法院认为除因发包人原因引起外，仍应当由承包人承担工程质量返工和维修的责任，发包人提前使用未验收工程这一违反相关行政法规的行为不能否定承包人应当承担提供合格工程的合同义务；（3）发包人提前使用工程具有被迫性和合理性。

❖ 关联法条

《民法典》

第七百九十九条 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。

《建设工程质量管理条例》

第十六条 建设单位收到建设工程竣工报告后，应当组织设计、施工、工程监理等有关单位进行竣工验收。

建设工程竣工验收应当具备下列条件：

- （一）完成建设工程设计和合同约定的各项内容；
- （二）有完整的技术档案和施工管理资料；
- （三）有工程使用的主要建筑材料、建筑构配件和设备的进场试验报告；
- （四）有勘察、设计、施工、工程监理等单位分别签署的质量合格文件；
- （五）有施工单位签署的工程保修书。

建设工程经验收合格的，方可交付使用。

第五十八条 违反本条例规定，建设单位有下列行为之一的，责令改正，处工程合同价款百分之二以上百分之四以下的罚款；造成损失的，依法承担赔偿责任；

- （一）未组织竣工验收，擅自交付使用的；
- （二）验收不合格，擅自交付使用的；

(三) 对不合格的建设工程按照合格工程验收的。

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》

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

🌈 精选案例

裁判要旨：发包人提前使用未验收工程，虽然工程存在部分质量缺陷，但在工程不存在地基基础工程和主体结构工程质量问题的情况下，发包人以质量不符合约定为由主张权利的，法院不予支持。

案例一 湖南省永州市建设开发有限公司与湖南潇湘综合开发有限公司等建设工程施工合同纠纷上诉案 最高人民法院 (2019)最高法民终 43 号

【案情简介】

1993 年 7 月 16 日，潇湘综合公司（甲方）与冷水滩市建设总公司（乙方）签订《承包施工合同书》，合同约定：整个潇湘水电枢纽工程均由乙方承包。工程施工期间，1999 年 8 月 15 日，潇湘综合公司与永州市水利水电建设公司签订合同，永州建设公司承担的潇湘水利水电枢纽工程中的未完工程，由永州市水利水电建设公司承接。涉案工程至今没有进行验收，潇湘综合公司自 2001 年 5 月 4 日起进行发电经营，潇湘综合公司已实际使用涉案工程（电站）。

【裁判观点】

最高院认为：“关于工程质量赔偿的问题。根据《经济合同法》第三十四条第二款第四项‘发包方的责任：……4. 工程未经验收，提前使用，发现质量问题，自己承担责任’的规定，再参照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷

案件适用法律问题的解释》第十三条 ‘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’的规定，涉案工程未经竣工验收即投入使用，潇湘综合公司应自行承担质量责任。且从当地政府、质监单位出具的报告、检测结果来看，涉案工程虽然存在部分缺陷及安全隐患，但不存在地基基础工程和主体结构工程的质量问题。因此，潇湘综合公司请求在工程造价中核减缺陷修复费用缺乏事实和法律依据，本院不予支持。”

裁判要旨：发包人提前使用未验收工程，但工程质量问题是因承包人原因造成的（如未按图施工等未按照合同约定履行相应合同义务），承包人应承担相关质量责任。

案例二 谢锐波建设工程施工合同纠纷再审审查与审判监督案

广东省高级人民法院
(2018)粤民申 10965 号

【案情简介】

案涉建设工程在未经竣工验收的情况下已由丽星幼儿园于 2014 年 3 月前投入使用。原审法院依法委托了鉴定机构深圳市质量技术监督评鉴事务所对“案涉工程是否有按图纸设计要求进行施工”进行司法鉴定，深圳市质量技术监督评鉴事务所根据现场调查、查验情况、查阅双方提交的资料后出具了查验报告，查验意见为：案涉工程的地砖、活动室卫生间、女儿墙、屋面、栏杆、拦河、窗户、电气数量、给排水管品牌、卫生间数量等实际施工与合同及图纸设计要求不符。

【裁判观点】

广东高院认为：“关于修复费用的问题。工程未经验收，发包人提前使用或擅自动用，因此而发生的质量或其他问题，由发包人承担责任，但工程质量属承包人原因造成的，由承包人负责。对造成质量问题双方都有过错的，应根据过错大小各自承担相应的民事责任。本案中，丽星幼儿园主张谢锐波没有按照涉案工

程图纸施工，而根据深圳市质量技术监督评鉴事务所的《丽星幼儿园是否按图纸设计要求施工查验报告》内容来看，涉案工程确实存在实际施工情况与施工图设计要求不相符合的情况。因此，丽星幼儿园主张的修复费用是由于谢锐波没有按照合同约定履行相应的合同义务，并非是丽星幼儿园使用导致。二审判决认定谢锐波应向丽星幼儿园支付修复费用并无不当。”

裁判要旨：合同明确约定在发包人提前使用工程的情况下，发包人对因发包人原因导致的工程质量问题承担责任，故法院认为除因发包人原因引起质量问题外，仍应当由承包人承担工程质量返工和维修的责任，发包人违反相关行政法规提前使用未验收工程的行为并不能否定承包人应当提供合格工程的合同义务。

案例三 七冶土木建筑工程有限责任公司、贵州益荣房地产开发有限公司建设

工程施工合同纠纷二审案

贵州省高级人民法院

(2018)黔民终 429 号

【案情简介】

2013 年 11 月 19 日，益荣二分公司作为发包方与承包人七冶公司签订《建设工程施工合同》“专用条款”第 8 条“承包人工作”约定“(6) 已完工程成品保护的特别要求即费用承担：执行《通用条款》第 9.1.6 款，如发包人提前使用造成损害的发包人自行修复并承担费用，工程竣工验收合格后七日内移交发包人保护”；2015 年 2 月 5 日，为迎接省建设厅检查，盛世华庭项目需作样板工程，在主体未封顶时先将主体质量验收合格的资料做好，由贞住房和城乡建设局盖章签字。涉案工程只进行了主体工程的验收，未进行竣工验收，七冶公司至今尚未提交竣工验收申请。益荣公司于 2016 年 5 月 23 日将涉案工程交付购房人使用。

【裁判观点】

贵州高院认为：“虽然益荣公司在工程未经竣工验收的情况下于 2016 年 5 月将涉案工程交付购房人使用。但是，益荣公司违反相关行政法规的行为并不能否定七冶公司应当提供合格工程的合同义务；同时，按照双方签订的《建设工程施

工合同》专用条款第 8 条‘如发包人提前使用造成损害的发包人自行修复并承担费用，工程竣工验收合格后七日内移交发包人保护’的约定，益荣公司因提前使用所应承担的责任仅仅为提前使用造成损害时所发生的费用。故七冶公司以《建工司法解释》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’的规定为由否定其未按照合同约定提供合格工程、施工质量不合格等违约行为的主张于法无据，本院不予采信。”

裁判要旨：发包人提前使用未经验收工程具有被迫性和合理性，且工程质量问题是因承包人施工存在不符合合同设计要求、规范要求所造成，工程目前仍处于工程质保期内，承包人仍然应当承担工程质量责任。

案例四 盘锦辽河油田天旭建筑安装工程有限公司与盘锦新立供暖有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案
辽宁省高级人民法院
(2015)辽民一终字第 00394 号

【案情简介】

2011 年 8 月 6 日，新立公司、天旭公司签订一份《建筑及安装施工合同》，同年 9 月 2 日，双方又签订一份《工程施工合同补充条款》，约定解除双方已签的工程合同（但同时在协议结尾处有“与建设工程施工合同同样具有法律效应”字样）。天旭公司完成的工程出现多项质量问题，未能有效解决。因资金拨付不及时等原因天旭公司于同年 11 月末撤场（部分工程未完）。新立公司以质量及违约问题于 2013 年 9 月（质保期内）向一审法院提起本次诉讼并申请质量鉴定。鉴定显示天旭公司施工的工程多处不符合（或不能满足）设计及规范要求，并确定拆除、修复工程造价为 1,763,367.18 元。

【裁判观点】

一审法院认为：“关于天旭公司认为涉案工程未经验收提前使用，因而对一般质量问题不承担责任观点，因涉案工程系供暖工程，在用户和政府要求供暖的情况下，新立公司提前使用具有被迫性和合理性，且新立公司申请对涉案工程进行质量鉴定并要求天旭公司承担维修费是在天旭公司对工程负有维修义务的质保期内，故天旭公司该项抗辩理由不成立。”

辽宁高院认为：“本案争议焦点问题为天旭公司施工的案涉工程是否存在质量问题及归责于哪一方。一审法院依据新立公司的申请，委托鉴定部门对天旭公司施工的案涉工程质量问题及修复方案进行了鉴定。辽宁省建设科学研究院司法鉴定所作出的《盘锦新立供暖有限公司锅炉房等工程部分工程质量检测鉴定及修复方案》鉴定结论为‘做法存在不符合设计要求、不满足设计要求、不符合规范要求’。辽宁天华司法鉴定中心作出的《盘锦新立供暖有限公司锅炉房等部分工程拆除、修复工程造价鉴定意见书》及该中心对相关异议的答复，最终对案涉工程存在质量问题部分拆除、修复费用为 1,763,367.18 元。天旭公司对上述两个鉴定结论均无异议。一审判决依据鉴定结论，因天旭公司施工‘做法存在不符合设计要求、不满足设计要求、不符合规范要求’造成的质量问题，拆除、修复费用由天旭公司承担并无不妥。

关于天旭公司上诉主张一审判决适用法律错误的问题。因涉案工程系供暖工程，在用户和政府要求供暖的情况下，新立公司提前使用具有被迫性和合理性，新立公司申请对涉案工程进行质量鉴定并要求天旭公司承担维修费是在天旭公司对工程负有维修义务的质保期内。因此，天旭公司该上诉主张，没有事实和法律依据，本院不予支持。”

◆ 实务简评

上述案例中，在发包人提前使用未经竣工验收工程的情况下，法院认为承包人应当担当工程质量责任的理由主要有：（1）工程质量属承包人原因造成；（2）合同明确约定，在发包人提前使用工程的情况下，发包人对因发包人原因导致的工程质量问题承担责任，故法院认为除因发包人原因引起外，仍应当由承包人承

担工程质量返工和维修的责任，发包人提前使用未验收工程这一违反相关行政法规的行为不能否定承包人应当承担的提供合格工程的合同义务；（3）发包人提前使用工程具有被迫性和合理性。

但上述案例观点并不常见，上述案例中法院更多是在考虑到案情实际情况后做出的裁判，并非发包人只要具备上述理由提前使用工程，即可突破《建设工程司法解释（一）》第十四条（原《建设工程司法解释》第十三条）的规定，要求承包人承担质量责任。

◆ 专业建议

在工程实践中，承包人可能会以拒绝办理竣工验收或者拒绝配合办理竣工备案为筹码，要求发包人对存在争议的变更、签证、索赔及预计的结算事项尽快书面确认承包人提出的索赔金额或者可能存在的结算争议金额，为此，我们结合以上司法裁判的思路，提出如下建议：

1. 工程完工后，承包人可能以双方存在工程价款争议为由，拒绝办理竣工验收或者拒绝提供竣工档案资料或者竣工备案资料，导致工程无法按时竣工验收并移交发包人使用，因此，我们建议在施工合同文本中，除了约定逾期竣工或者逾期竣工的违约责任外，还需要针对该等行为设定违约责任。

2. 如发包人不得已需要提前使用未验收工程，在使用之前，尽可能收集存在使用工程紧迫性的证明材料，如公用工程中政府或者用户的特别要求的证据，包括政府的函件、会议纪要等。此外，对于提前使用的工程存在的质量问题，进行证据的固化，如列出存在质量问题的证据清单及问题描述，由监理单位、设计单位及施工分包单位等签字后发送给承包人等，必要时可以委托有资质的第三方鉴定机构进行单方质量鉴定，留存质量鉴定报告。

3. 部分法院支持如果合同中对于提前使用工程有约定，则按照合同的约定处理。因此，施工合同中发包人可以就此作出条款安排，如可以约定：“如承包人以双方存在变更签证索赔争议等为由拒不配合办理竣工验收或者提供竣工档案资料的，发包人提前使用后，仍然存在质量问题的，承包人仍然要承担质量责任。”

合同约定材料价格不调差，但法院支持调差的案例研究

近期，全球大宗商品价格持续上涨，引发国内铝材、钢铁、玻璃等建筑原材料价格飙升。在建设工程施工合同已经约定材料价格不因市场价格波动而调整的情况下，承包人是否还能突破这一约定获得调差？通过案例检索，可以发现在司法实践中有部分法院在合同约定不调差的情况下仍然支持了承包人关于材料调差的主张。本文将对此类案例的裁判理由进行分析，探寻法院在此情形下同意调差所考量的事实因素与法律依据，为发承包双方应对材料价格上涨提供一定的参考。

❖ 关联法条

《中华人民共和国民法典》

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

人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更或者解除合同。

《最高人民法院关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（二）》

疫情或者疫情防控措施导致承包方未能按照约定的工期完成施工，发包方请求承包方承担违约责任的，人民法院不予支持；承包方请求延长工期的，人民法院应当视疫情或者疫情防控措施对合同履行的影响程度酌情予以支持。

疫情或者疫情防控措施导致人工、建材等成本大幅上涨，或者使承包方遭受人工费、设备租赁费等损失，继续履行合同对承包方明显不公平，承包方请求调

整价款的，人民法院应当结合案件的实际情况，根据公平原则进行调整。

精选案例

裁判要旨：合同约定不予调差，但发包人原因导致工程未能按期开工或工期延误，在此期间内出现人工或材料价格上涨，法院支持承包人关于调差的主张。

案例一 鄂尔多斯市交通运输局、鄂尔多斯沿黄高等级公路建设开发有限公司建设工程施工合同纠纷

最高人民法院

(2019)最高法民申 5628 号

【案情简介】

建设单位交通局、沿黄公司申请再审称，二审法院认为双方当事人对于造成施工材料价格上涨导致施工材料成本增加均应承担一定的责任属于事实认定不清，且缺乏证据证明。《招标文件》约定自合同规定的开工之日起 12 个月内，材料价格不予调整；从第 13 个月起，当材料价格波动影响合同价格时，对其中的钢材、水泥等材料按照以下原则进行调整：当期材料价格与上期材料价格相比上涨幅度不大于 10%时，由承包人自担风险，材料价格不予调整。本案不符合《招标文件》约定的材料调差的条件。

【裁判观点】

对于交通局、沿黄公司的再审主张，法院认为，首先，因交通局、沿黄公司的原因造成工期延误有事实依据。一审时，五强公司举证了关于供方东胜区给水管网导致罕台川特大桥二标无法施工的报告、关于罕台川特大桥征地问题的报告、关于搅拌站建设情况的报告、关于请求解决电杆移位的报告、关于沿黄一级公路第二合同段无法施工的情况报告、关于办理包西铁路跨线施工许可的报告、关于沿黄一级公路第二合同段有关社会问题的专题报告等证据，能够证明因交通局、沿黄公司征地、设计、协调等原因导致案涉工程无法按照进度进行施工，造成工

期延误的事实。其次，五强公司举证的关于沙漠旅游区永久性征地延误申请补偿费用的报告、关于包西铁路影响施工申请补偿费用的报告、《内蒙古自治区建设工程费用定额》、关于申请材料价格调整的报告、关于申请材料价格调整的报告以及一审法院依据五强公司的申请委托河南远大建设工程管理有限公司所作的《鄂尔多斯市沿黄一级公路树林召至独贵塔拉段工程停窝工损失费及材料价差调整的司法鉴定意见书》，能够证明因交通局、沿黄公司原因所造成的工期延误带来的工程材料价格上涨、成本增加具体情况。因此，原审法院认定因交通局、沿黄公司的原因造成了工期延误，工期延误带来五强公司工程材料成本增加，交通局、沿黄公司对延误工期造成施工材料价格上涨、成本增加负有责任，有事实依据。此外，《招标文件》虽然对正常施工工期内材料价格波动风险的承担作出了约定，但该约定并不适用于因发包方原因导致的工期延误期间的材料款调差，以双方当事人可以预期的合理风险负担约定调整单方违约造成的损失扩大，显然有违公平、有悖逻辑。

案例二 华能白城风力发电有限公司与吉林东煤建筑基础工程公司建设工程施工合同纠纷

最高人民法院

(2019)最高法民申 3386 号

【案情简介】

华能公司与东煤公司于 2011 年 4 月签订《华能通榆新华 1B 风电场(49.5MW)工程风机与箱变基础施工合同》和《华能通榆新华 1C 风电场(49.5MW)工程风机与箱变基础施工合同》，约定由东煤公司进行案涉工程项目的施工，合同执行固定总价，计划 2011 年 5 月 20 日开工，2011 年 9 月 20 日竣工。由于华能公司建设风电场所需审批文件尚未办理完成，导致工程未能如期开工，实际开工日期为 2011 年 9 月。东煤公司主张在此期间内，吉林当地水泥价格发生大幅增长，要求华能公司承担水泥调差款。

【裁判观点】

就东煤公司主张华能公司应承担水泥调差款，法院认为，在固定总价施工合

同履行中，因发包人违约导致工程延期，造成承包人施工成本的增加，承包人请求发包人赔偿由此遭受的违约损失，人民法院应依法予以支持。

首先，东煤公司华能通榆新华项目部于 2011 年 4 月 24 日与吉林省石岭水泥有限责任公司签订《水泥产品购销合同》，约定的水泥单价及运费为每吨 430 元，结算方式为先付款后供货。双方于 2011 年 8 月 1 日再次签订《水泥产品购销合同》，约定的水泥单价及运费为每吨 600 元，结算方式为先付款后供货。本案中因华能公司原因导致工程开工日期延迟，东煤公司无法履行与水泥供应商的第一份购销合同。在延期开工期间内，水泥价格大幅上涨，东煤公司在与水泥供应商签订的第二份购销合同中，水泥价格已由每吨 430 元上涨至每吨 600 元，导致东煤公司施工成本增加，超出了东煤公司在签订合同时能够产生的风险预期。华能公司违约导致工程延期开工，是东煤公司施工成本增加的原因，东煤公司主张的水泥调差款在性质上属于华能公司上述违约行为所造成的损失，华能公司应予以赔偿。

其次，工程延期开工期间，水泥价格发生了双方在签订合同时无法预见的大幅上涨。吉林省住房和城乡建设厅 2011 年 12 月 1 日下发的吉建造[2011]18 号文件第二条规定：“由于今年水泥市场价格上涨幅度较大，比 2010 年同期涨幅超过 50%，发、承包双方在招投标和签订合同过程中无法预测。发、承包双方合同中未明确水泥价格未明确风险范围和超出风险范围未明确调整办法的，工程结算时可以按工程投标期信息价格为基数，水泥结算差价 10%以内部分由承包人承担，超过 10%以上部分由发包人承担，签订补充协议协商解决。”该文件虽系行业指导性文件，不能直接作为人民法院审理案件的法律依据，但可以作为人民法院审理案件的参考。该文件载明吉林省水泥市场价格在 2011 年发生了施工双方无法预见的大幅上涨。结合该文件及东煤公司于 2011 年 4 月及 2011 年 8 月先后签订的两份《水泥产品购销合同》，可认定因华能公司原因导致工程延期开工，东煤公司为进行施工采购水泥的成本已由每吨 430 元上涨至每吨 600 元，东煤公司为进行案涉工程施工所需支出的成本增加。上述政府文件对于水泥价格上涨成本的负担提出了指导性意见，虽提出双方签订补充协议协商解决，但对于双方无法就水泥调差问题达成一致意见诉至法院的，二审法院参考政府文件中确定的水泥调差款负担比例认定双方责任，并无不当。东煤公司主张的水泥调差金额在该政

府文件确定的发包人应承担的差价比例范围之内，二审法院予以支持并无不当。

再次，本案证据可以证明华能公司已收到水泥调差签证单。东煤公司将提交给监理单位及华能公司的签证单汇总制作《施工签证收发登记表》，其中包括水泥调差签证单，该水泥调差签证单已先期由监理单位签收并盖章确认。华能公司员工姜锐在《施工签证收发登记表》上签字，并注明“文件已转周总”。华能公司虽对《施工签证收发登记表》的真实性提出异议，但未申请对姜锐签名真实性进行鉴定，亦未提出充分证据予以反驳，《施工签证收发登记表》的真实性可予确认。该证据可以证明华能公司已收到东煤公司提交的水泥调差签证单。1B、1C合同第25.2条约定“工程师收到承包人报告后7天内未进行计量，从第8天起承包人报告中开列的工程量即视为被确认，作为工程价款支付的依据”，由于华能公司收到水泥调差签证单后，既未对水泥调差进行计量，也未答复东煤公司，按照双方在合同中的约定，应视为华能公司已确认东煤公司关于水泥调差的申请。

最后，东煤公司为进行案涉工程施工采购水泥所支出的款项属于施工成本，可计入工程款中。因水泥价格上涨而产生的水泥调差款，其性质亦属于工程款。华能公司应向东煤公司支付水泥调差款而未予支付，二审法院判决华能公司支付水泥调差款的利息，并无不当。

案例三 山东平安建设集团有限公司与济南鲍德房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷

山东省高级人民法院

(2016)鲁民终702号

【案情简介】

2010年7月3日，鲍德公司与平安公司签订《建设工程施工合同》，由平安公司承建鲍德公司发包的“现代逸城住宅小区二期工程”，开工日期暂定为2010年7月15日，开工时间以监理人下发的开工令为准，竣工日期为2011年12月31日，合同工期为560日历天。合同约定，在合同实施期间，工程量清单综合单价中的人工费及人工费单价按中标价一次性包死，工程结算时不再调整。2013年7月31日、8月19日，平安公司分别向鲍德公司出具《报请函（工作联

系单)》以及《钢城新苑农民工工资保修金、资料盖章的回复函及现代逸城二期的相关事宜》，要求双方结算工程款中考虑因鲍德公司原因延期开工，导致平安公司人工费增加，要求调整人工费标准以及补偿相应窝工损失。

【裁判观点】

法院认为，根据查明的事实，平安公司依约向鲍德公司出具《开工报告》请求于2010年8月1日进行开工，监理单位亦予以同意，但鲍德公司将涉案工程的桩基工程另行转包施工，直至2010年10月20日才通过竣工验收，导致平安公司未能按照开工令确定的时间即2010年8月1日进行开工，工程拖延至2010年10月20日之后才得以开工，造成工程迟延开工的违约责任在于鲍德公司。在分包的桩基工程尚未竣工验收明显违约情形下，鲍德公司关于平安公司应先行签订劳务分包合同的主张与其在履行合同中的迟延履行行为相悖，其主张平安公司应履行先合同义务缺乏事实和法律依据，不应认定人工费损失系由于平安公司原因造成。同时，由于在鲍德公司迟延履行合同义务期间，产生了人工费单价上涨的情形，其应当承担给平安公司造成的损失。对于鲍德公司主张的约定包死价的问题，因该约定系工程结算依据，并非赔偿损失的约定，不能产生对抗赔偿损失的效力。

裁判要旨：合同约定不予调差，但法院基于情势变更进行调差。

案例四长沙白马桥建筑有限公司与郴州市裕兴房地产开发有限责任公司建设工程施工合同纠纷

湖南省高级人民法院

(2015)湘高法民一终字第68号

【案情简介】

白马桥公司(乙方)与裕兴公司(甲方)先后签订了四份《建筑安装工程施工承包合同》，约定由白马桥公司承建裕兴公司的兴旺花园4#栋、6#栋、8#栋、9#栋。合同约定，工程按总造价包干后，除基础超深及设计变更项目外，不论是市场因素还是其它原因引起的材料和人工费的涨价与否，甲方不再增加造价，不

计点工。

【裁判观点】

法院认为，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十六条[1]的规定，在合同依法有效成立后，全面履行前，因不可归责于当事人的原因，合同赖以成立的基础或环境发生当事人预料不到的重大变化，若继续维持合同的原有效力显失公平，受不利影响的一方当事人有权请求法院或仲裁机构变更或解除合同。根据本案的实际情况，白马桥公司可依据该条规定请求法院适用情势变更原则对双方约定的工程价款结算条款予以适当调整。理由如下：一是本案引起情势变更的事由发生在合同成立以后，全面履行之前。双方签订各栋号的合同在 2005 年底和 2006 年初，各栋号的竣工日期均为 6 个月，但是本案工期延期长达 5 年半。双方签订合同是基于对当时建筑材料价格、人工工资水平和施工进度的判断，工期延长 5 年多，在此期间建筑市场的原材料价格、人工工资水平均有较大幅度的上涨。例如：裕兴公司法定代表人朱壮志在 2008 年 6 月份接受《郴州日报》采访时认可 9 号栋因材料费一项就多支付了至少 63 万元；二是引起情势变更原因不能归责于白马桥公司。本案工期不合理延长的主要原因是当地村民持续阻工及 2006 年夏天郴州市区持续降雨引起的施工场地挡土墙未能及时修复，上述原因不能归责于白马桥公司；三是合同赖以成立的环境发生重大变化，按照原合同履行对白马桥公司显失公平。合同工期由约定的 6 个月延长 5 年多，原材料价格、人工费和机械费与签约时相比有较大幅度的上涨，基于此，双方签订的施工承包合同赖以成立的环境发生了当事人预料不到的重大变化，若继续按照原合同约定的固定价款结算对施工方白马桥公司明显不利。本案一审时白马桥公司虽未明确提出变更合同的申请，但是其提出请求裕兴公司按照 2006 年消耗量标准结算工程价款，亦应当视为其提出对合同结算条款予以变更，一审根据本案事实适用情势变更原则进行审理并无不当。

案例五 四川圣河正基建设工程有限公司、魏艳建设工程分包合同纠纷

四川省高级人民法院

(2020)川民申4464号

【案情简介】

雅安市铜头引水工程干渠施工 I 标段经招投标由水利电力公司中标承建。2013 年 2 月，水利电力公司与水投公司签订《雅安市铜头引水工程干渠施工 I 标段施工合同协议书》。2013 年 4 月，水利电力公司与圣河公司签订《雅安铜头引水一标段劳务承包合同书》。2013 年 11 月，圣河公司（甲方）与魏艳（乙方）签订《建设工程劳务合同》，约定按照固定单价方式进行承包，合同单价包含人工费、材料费、机械费、生产生活临时设施修建及完工拆除、施工排水等，乙方已查勘过施工现场，乙方已充分考虑本工程因气候季节、工序协调、地质因素、停电等因素导致的施工停滞、窝工、物价涨跌因素等可能发生的所有风险，风险费用已含在合同单价中，甲方不再承担由于任何风险引起的费用。

【裁判观点】

关于人工与材料调差费用的承担问题，法院认为，因魏艳不具备建筑工程施工资质，圣河公司与魏艳所签订的施工合同无效。原《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二条规定“建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持”[2]。本案中，虽然双方《建设工程劳务合同》约定，合同单价包括为完成项目施工所用的人工费、材料费、机械费、生产生活临时设施修建及完工拆除、施工排水等，魏艳已查勘过施工现场，魏艳已充分考虑本工程因气候季节、工序协调、地质因素、停电等因素导致的施工停滞、窝工、物价涨跌因素等可能发生的所有风险，风险费用已含在合同单价中，圣河公司不再承担由于任何风险引起的费用。但该合同约定的风险包干单价，应理解为正常的风险预期，并不包含因不可抗力（“4.20 地震”）、政策性原因以及被拆迁人阻碍施工等因素。结合 2013 年芦山“4.20 地震”灾后恢复重建工作全面展开过程中，部分材料供应紧张，价格上涨的客观事实，魏艳施工过程中因被拆迁人阻工导致工程延期，必然会导致人工费用增加，参照雅安市最低工资标准每年进行调整的客观实际，上

述因素已超出合同约定的正常、合理的风险预期。经诉讼中委托鉴定的鉴定意见显示，人工及材料调差费用金额巨大，达到 4776524.65 元，如果仅以合同约定为风险包干价为由，对人工与材料调差完全不予考虑，既不符合本案查明的事实，也可能造成双方权利义务明显失衡。二审法院根据本案实际情况，依照权利义务相一致以及公平原则，酌情认定圣河公司应支付魏艳的人工与材料调差费用为 100 万元并无明显不当。

案例六 许连兵、四川广安智丰建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷

四川省高级人民法院

(2020)川民再 240 号

【案情简介】

智丰公司中标南充市嘉陵区文峰大道一标段道路建设工程，与业主嘉陵区建设局签订了《建设工程施工合同》，该合同约定结算方式采用固定单价结算，政策性风险、造价机构公布的价格调整，施工期间的材料、人工、机械价格的变化，投标时未报、漏报的项目，因承包人原因导致的工程量增加，由于施工组织设计变化造成的费用增加的风险发生时，不对固定单价和合同价格进行调整。智丰公司（甲方）中标后，将该工程转包给许连兵（乙方），双方于 2008 年 1 月 1 日签订《内部施工任务责任书》，该责任书约定甲乙双方的协议如果没有特别说明的部分必须服从业主要求；甲方与业主单位所定合同的各项义务，及本责任书未规定的，乙方必须遵守。

【裁判观点】

法院认为，从案涉《建设工程施工合同》及《内部施工任务责任书》的约定内容来看，虽然合同约定结算方式采用固定单价结算，施工期间的材料价格变化风险发生时，不对固定单价和合同价格进行调整。但上述合同中的价格风险应理解为市场价格正常波动范围内的一般性风险。而汶川大地震这一重大自然灾害的发生显然超出了双方在订立合同时能够预见的风险范围。故因受地震影响而增加的价格风险不属于合同约定不调差的范围。同时，根据许连兵提交的《复函》、

《会议纪要》和 75 号文件等证据，能够反映出南充市嘉陵区文峰大道道路工程的其他标段或项目均已因此而进行了材料调差，结合智丰公司在与业主单位进行结算时也向其主张材料调差，且经审计认定增加了材料调差款。因此，受地震影响而引起的材料调差系得到了各方的认可，施工方应享有相应的材料调差款。因案涉工程绝大部分由许连兵完成，工程所用材料也是由其提供，其因材料价格上涨所受损失最大，同时考虑到 640 万元《工程量清单总价》中的各项单价比照智丰公司 802.000402 万元《工程量清单投标总价》平均下滑 0.798，本院酌定为许连兵享有 80% 的材料调差款，即 656323.2 元。

◆ 实务简评

从上述司法案例可以看出，即使在合同已经明确约定不予调差的情况下，承包人也并非完全丧失了获得材料调差的可能性。

承包人有机会获得材料调差的途径之一是出现发包人原因导致工程未能按期开工或者出现工期延误等情况。如果在此期间内出现材料价格上涨，有的法院认为，发包人对此期间内材料价格上涨造成承包人施工成本增加负有责任，因为这超出了承包人在签订合同时能够合理预见的风险范围。因此，承包人关于材料调差的主张具有合理性，法院予以支持。

除此以外，情势变更也是承包人突破合同约定、获得材料调差的另一种方式。根据《民法典》第五百三十三条关于情势变更的规定，如果在承包人施工过程中，工程面临的客观环境出现了发包人与承包人在签订合同时均无法预见的重大变化，例如发生地震等不可抗力，以致出现材料供应紧张或者材料价格上涨幅度过大等情况，已经对承包人继续履行合同产生较为不公平的后果，法院综合考虑案件的实际情况，如果认定构成情势变更，出于平衡各方利益的考虑，法院可能会依据公平原则酌情对材料价格进行调差。

同时，材料价格的上涨幅度是法院是否同意调差的重要考量因素，通常需要材料价格的上涨幅度已经超出市场价格正常波动的范围和当事人的合理预期。例如在（2019）最高法民申 3386 号案件中，不仅是承包人与水泥供应商签订的采

购合同中显示水泥价格已经由每吨 430 元上涨至每吨 600 元,而且地方主管部门发布的指导性意见也能够证明该年的水泥市场价格比上一年度同期涨幅超过 50%,法院最终支持了承包人提出的材料调差主张。一般而言,材料价格上涨幅度越大,获得调差的可能性也相对提高。承包人还可以通过造价鉴定等方式确定材料价格上涨的金额,例如在(2020)川民申 4464 号案件中,通过委托鉴定,法院认定人工及材料调差费用达到了 4776524.65 元。法院认为,在此情况下如果对人工与材料调差完全不予考虑,既不符合事实,也可能造成双方权利义务明显失衡,故判决予以调差。

◆ 专业建议

虽然合同已经约定材料价格不因市场价格波动而调整,但在当前材料价格大幅上涨的客观环境下,对于发包人而言,如果不能妥善处理承包人的调差申请,可能会导致工程停工进而影响项目整体进度,或者对工程质量产生不利影响等;对承包人而言,如果不能获得材料调差,施工成本的上升可能会导致其出现资金链断裂甚至是企业破产的风险。因此,材料价格上涨对发承包双方均是一大挑战。

在合同对材料价格不予调差有明确约定的情况下,如果发包人径行同意承包人的调差申请,可能会面临审计与稽核的风险。因此,发包人在处理承包人的调差申请时,除了综合考虑材料价格上涨对工期以及项目整体进度的影响程度以外,也应当对承包人提交的材料进行充分地审核,包括涉及的材料种类、有关材料在后续施工过程中所占的比重、承包人剩余需采购的材料数量以及材料价格上涨的幅度等。如果发包人在审核后同意调差,相关调差方案或者补充协议可以先由审计审核通过。

在出现材料价格上涨的情况后,承包人应当注意及时收集相关的证据,包括非因自身原因导致工期延误或逾期开工的证据、供应商发出的调价函、采购合同以及主管部门发布的相关指导性意见等。承包人在提出调差申请时,应当一并提交可以证明材料价格上涨和因价格上涨导致工程需要调差的证明文件,以提高调差申请获得通过的可能性。

[1]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》已被废止，其第二十六条现规定在《民法典》中。《民法典》第五百三十三条：合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更或者解除合同。

[2]原《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》已被废止，其第二条现规定在《民法典》中。《民法典》第七百九十三条第一款：建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。

中标合同如何依法行使合同变更权

合同变更是指对合同相关内容进行修改的行为，是合同当事人依法享有的权利。广义的合同变更包括了合同内容变更和主体变更；狭义的合同变更则仅指合同内容变更。合同变更权的行使广泛存在于几乎所有的合同履行中，中标合同的履行当然也不例外，正常的合同变更应当受到法律保护。是故，区分依法进行的正常合同变更与恶意规避中标合同进行的非法变更的界线十分重要。而此等区分的标准及界线的认定，关键在于“实质性内容”的理解。

❖ 关联法条

《招标投标法》

第四十六条第一款 招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。

《招标投标法实施条例》

第五十七条第一款 招标人和中标人应当依照招标投标法和本条例的规定签订书面合同，合同的标的、价款、质量、履行期限等主要条款应当与招标文件和中标人的投标文件的内容一致。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。

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》

第二十一条 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。

**《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释
(二)》**

第一条 招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。

招标人和中标人在中标合同之外就明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设单位捐赠财物等另行签订合同，变相降低工程价款，一方当事人以该合同背离中标合同实质性内容为由请求确认无效的，人民法院应予支持。

《全国民事审判工作会议纪要》（法办〔2011〕442号）

第四条第一项 招标人和中标人另行签订改变工期、工程价款、工程项目性质等中标结果的协议，应认定为变更中标合同实质性内容，中标人作出的以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、向建设方捐款等承诺，亦应认定为变更中标合同的实质性内容。对于变更中标合同实质性内容的工程价款结算，应按照《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十一条规定，以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。协议变更合同是法律赋予合同当事人的一项基本权利。建设工程开工后，因涉及变更、建设工程规划指标调整等客观原因，发包人与承包人通过补充协议、会议纪要、来往函件、签证等洽商记录形式变更工期、工程价款、工程项目性质的，不应认定为变更中标合同的实质性内容。

《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〕399号）

第31条 招标人和中标人另行签订改变工期、工程价款、工程项目性质等影响中标结果实质性内容的协议，导致合同双方当事人就实质性内容享有的权利义务发生较大变化的，应认定为变更中标合同实质性内容。

精选案例

裁判要旨：合同实质性内容不一致是指合同在工程价款、工程质量和工程期限等方面不一致，因为这三个方面涉及招标人和中标人的基本权利义务。

案例一 上诉人中国房地产开发集团哈尔滨有限公司与被上诉人江苏省苏中建设集团股份有限公司建设工程施工合同纠纷案
最高人民法院

(2017)最高法民终 437 号

【案情简介】

2012 年 7 月 9 日，中房集团对案涉第三标段工程进行开标，苏中集团中标。2013 年 6 月 6 日，中房集团对案涉第四标段工程进行开标，苏中集团中标。2013 年 11 月 1 日，双方签订备案的三标段、四标段《施工合同》。其中三标段《施工合同》约定工程竣工时间为 2013 年 11 月 15 日；工程价款为暂定价 148874850.00 元，采用可调价格方式确定合同价款，执行现行黑龙江省计价依据及有关计价规定，付款方式为中房集团在开工前 5 日内以支票形式支付合同价款 25%的工程预付款 37659862.57 元，按形象进度拨付进度款，竣工结算完成后 15 天内支付完质量保证金以外的所有款项。四标段《施工合同》约定的工程竣工时间为 2013 年 9 月 15 日，工程价款为 1764600.28 元，付款方式与三标段《施工合同》一致。2013 年 11 月 26 日，双方签订的《施工协议》系针对案涉同一工程项目另行签订的协议，没有经过备案，该协议约定的竣工时间早于协议签订时间，并不真实，且付款方式改为“主体结构十五层以下暂不付款”，亦即主体结构十五层以下由承包人垫资施工。

【裁判观点】

最高人民法院认为：《中华人民共和国招标投标法》第四十六条第一款规定：“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。”《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二十一条规定：“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。”以上规定中所谓合同实质性内容不一致，是指合同在工程价款、工程质量和工程期限等方面与备案合同不一致，因为这三个方面涉及招标人和中标人的基本权利义务。

本案中，备案的三标段、四标段《施工合同》签订于2013年11月1日，其中三标段《施工合同》约定工程竣工时间为2013年11月15日；工程价款为暂定价148874850.00元，采用可调价格方式确定合同价款，执行现行黑龙江省计价依据及有关计价规定，付款方式为中房集团在开工前5日内以支票形式支付合同价款25%的工程预付款37659862.57元，按形象进度拨付进度款，竣工结算完成后15天内支付完质量保证金以外的所有款项。四标段《施工合同》约定的工程竣工时间为2013年9月15日，工程价款为1764600.28元，付款方式与三标段《施工合同》一致。诉争2013年11月26日签订的《施工协议》系针对案涉同一工程项目另行签订的协议，没有经过备案，该协议约定的竣工时间早于协议签订时间，并不真实，且付款方式改为“主体结构十五层以下暂不付款”，亦即主体结构十五层以下由承包人垫资施工，改变了备案合同关于发包人支付预付款和进度款的约定，明显加重了承包人的义务，对苏中集团的利益影响较大。因此，一审判决认定该《施工协议》属于与备案合同实质性内容矛盾的黑合同，违反《中华人民共和国招标投标法》第四十六条第一款的强制性规定而应认定为无效，并无不当。中房集团上诉主张《施工协议》有效，理据不足，本院不予支持。

裁判要旨：对实质性变更的判断，一方面需要把握变更的内容，另一方面也需要把握变更的量化程度。

案例二 四川尚高建设有限公司与北川羌族自治县城乡规划建设和住房保障局
建设工程施工合同纠纷
最高人民法院
(2014)民申字第 842 号

【案情简介】

再审申请人四川尚高建设有限公司（以下简称尚高公司）因与被申请人北川羌族自治县城乡规划建设和住房保障局（以下简称北川建设局）建设工程施工合同纠纷一案，不服四川省高级人民法院（2013）川民终字第 599 号民事判决申请再审。尚高公司申请再声称，本案《建设工程施工合同》在工程价款方面构成对《比选文件》的实质性变更，违反了法律规定。

【裁判观点】

最高人民法院再审认为：关于《建设工程施工合同》是否构成对《比选文件》的实质性变更的问题。本院认为，**对实质性变更的判断，一方面需要把握变更的内容，另一方面也需要把握变更的量化程度。**《建设工程施工合同》约定合同价款采用固定综合单价方式确定，确实属于变更《比选文件》确定的固定总价方式的情形，但本案事实表明，按照两种方式得出的案涉工程款差额仅为 11 万余元，没有达到法律所禁止的“实质性变更”的严重程度，也不会导致合同当事人之间权利义务关系的显失平衡，故不应认定《建设工程施工合同》构成对《比选文件》的实质性变更。

【裁判要旨】

当事人在中标合同履行过程中，为了赔偿一方停工损失而对工程价款结算方式进行的变更约定，其实质为关于损失赔偿的约定，属于合同履行过程中的正常变更，不属于“黑合同”，其效力应予以认可。

案例三 唐山凤辉房地产开发有限公司与赤峰建设建筑（集团）有限责任公司
建设工程施工合同纠纷案
最高人民法院

（2015）民一终字第 309 号

【案情简介】

2007 年 12 月 18 日，凤辉公司和赤峰建设公司签订《建设工程施工合同》，该合同向有关建设主管部门进行了备案。在本案开庭审理过程中，双方均认可案涉工程经过了招投标程序。2010 年 7 月 10 日，双方签订的《补充协议书》约定“双方在履行《建设工程施工合同》中，因工程多次停工，给乙方（赤峰建设公司）造成一定损失。鉴于双方继续履行合同的诚意，同意依据互谅互让的原则，解决已经发生的损失和未完工程的履行，特签订本协议……”

【裁判观点】

最高人民法院认为：本案中，《建设工程施工合同》约定按可调价方式结算，《补充协议书》约定按固定单价方式结算，从形式上看，是对结算方式的变更，直接影响到工程价款的认定，但根据已查明事实，《补充协议书》是在《建设工程施工合同》签订并履行近 3 年后，为了解决因工程多次停工给一方造成的损失而签订，其签订不是为了取代《建设工程施工合同》、规避中标行为和行政部门监管，恰恰是为了保障和推进《建设工程施工合同》的履行。并且《补充协议书》只是对结算方式这一点做了约定，对工程质量、工期、工程项目性质等内容并没有涉及，双方在《补充协议书》签订后，也依然以《建设工程施工合同》为主要合同依据继续履行。故从性质上判断，《补充协议书》关于结算方式的变更，实质上是对停工损失赔偿的约定。综上分析，《补充协议书》不属于《建设工程施工合同解释》第 21 条规定的“黑合同”，属于双方当事人在合同履行过程中经协商一致的合同变更，可作为双方结算的依据。

◆ 实务简评

关于中标合同依法行使合同变更权以及违反“实质性内容”的认定，有关法

律法规缺乏明确、清晰的界定，在实践中属于法官自由裁量的范围。基于前述列举的有关法律法规及精选的最高人民法院的司法案例，笔者认为中标合同行使合同变更权应注意以下问题：

1. 变更有界，不踩“实质性内容”之红线。根据有关法律法规、司法解释，中标合同的实质性内容至少包括工程范围、建设工期、工程价款、工程质量等对招标人和中标人利益影响较大而且涉及双方基本权利义务的内容。其他对招标人和中标人利益影响较小且不涉及双方基本权利义务的内容，则应不宜认定为“实质性内容”，如变更争议解决方式[1]。

2. 变更有度，考量变更的量化尺度。并非所有就工程价款、工程质量和工程期限等内容进行的修改、变更都属于与中标合同内容“实质性不一致”，而是要根据具体合同的实际情况予以判定。只有上述内容的变更足以影响当事人的基本合同权利义务，才可认定为构成“实质性内容不一致”；如果不一致的程度仅为轻微或者较为轻微，不会导致双方当事人利益严重失衡，则属于受到法律保护的正常的合同变更，比如只是在工程价款稍有调整、工程期限略有变化、工程质量有点不同的。[2]

3. 变更有因，关注变更的合理出发点。区分正常合同变更与非法变更的另一个重要维度是进行合同变更的出发点是否合理。如果在合同实际履行过程中出现设计变更、建设工程规划指标调整等客观原因影响中标合同的履行时，对中标合同的内容进行修改属于正常的合同变更。又如果变更的原因为一方违约责任之承担，变更的目的是为了更好地履行中标合同、推进工程项目、解决合同履行中遇到的实际问题，也不宜简单认定为违反中标合同的“实质性内容”，需要根据具体情形判断。但如变更或者签订补充协议的目的是作为不正当竞争的手段，存在损害国家、社会公共利益和他人利益的情形，则应属于非法的变更。

◆ 专业建议

综上，中标合同的当事人依法行使合同变更权，应当基于合理的事由和正当的目的，注意规范合同变更涉及的内容，不轻易变更工程范围、建设工期、工程

价款、工程质量等对当事人利益影响较大而且涉及双方基本权利义务的内容，达成公平合理的变更协议，避免变更导致双方当事人利益严重失衡。在签署中标合同的补充协议时，应当重视鉴于条款的设计，从变更的事由合理性、目的正当性等方面进行特别的说明，在补充协议形式上确实变更了实质性内容时更应当重点说明；在设计补充协议的正文条款时，如有可能，应避免对中标合同工程范围、建设工期、工程价款、工程质量等实质性内容进行直接变更，而可以考虑采用另行约定新条款的方式来解决履约中的实际问题。如案例三中，对于停工损失赔偿，当事人完全可以不变更原有结算方式，而是直接约定补偿条款，避免瓜田李下的窘境。

[1] 《最高人民法院司法观点集成(新编版)·民事卷 III》 第 2005 页 观点编号 856。

[2] 最高人民法院民事审判第一庭：《如何理解〈最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释〉第二十一条所称的“实质性内容不一致”》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》总第 58 辑，人民法院出版社 2014 年版，第 115~116 页。

发包人单方委托的质量鉴定报告能否被法院采信的 裁判观点

【导语】

建设工程合同纠纷中，发包人如欲主张工程存在质量问题，需要提出足以被裁判机构采信的证据材料。建设工程是否存在质量缺陷这一问题，专业机构或人士的判断往往能更让人信服。因此，在建设工程合同质量纠纷中，往往会涉及工程质量鉴定。进行工程质量鉴定一般有以下三种方式：一是发包人单方委托；二是当事人双方共同委托；三是经当事人申请由裁判机构委托进行司法鉴定。在这三种方式下质量鉴定机构出具的鉴定报告中，发包人单方委托质量鉴定机构出具的鉴定报告能否作为判定案件事实的依据存在较多疑义。因此，本文主要围绕发包人单方委托质量鉴定机构出具的鉴定报告能否被裁判机构所采信的案例进行研究并总结分析相关裁判观点。

笔者以“单方委托、质量鉴定”为关键词，建设工程合同纠纷为案由，总共检索到最高院案例 9 篇案例、各地高院案例 37 篇案例以及广东省、广西省除高院外的 22 篇案例，其中争议焦点涉及法院是否采信单方质量鉴定报告的有 33 篇，法院采信单方委托质量鉴定报告的有 5 篇。从上述数据可以看出，在笔者检索的案例中，法院采信单方委托质量鉴定报告的比例为 15%，采信的比例较低。本文主要就上述案例中对法院是否采信单方委托质量鉴定报告的裁判观点进行研究分析，以期为发包人单方委托质量鉴定提供相关指引。

一、裁判观点分析

（一）法院采信发包人单方委托的质量鉴定报告

1. 双方均分别单方委托不同的质量检测中心出具鉴定报告，其鉴定结论相同，故法院采信。

在(2018)辽民再 398 号案中，承包人先行委托了工程质量检测中心对工程质量进行检测，结论为存在缺陷。5 天后，发包人也单方委托了另一个工程质量检测中心出具了工程存在严重外观质量缺陷等问题的报告。在双方均单方委托了质量检测中心进行工程质量鉴定，且鉴定结论一致的情况下，辽宁高院认为工程确

实如质量鉴定报告中所述存在质量问题。

本案具有一定的特殊性，即双方均分别单方委托了质量鉴定，且出具的鉴定报告的结论相同，故法院采信了鉴定报告的结论。

2. 对于当事人单方委托出具的质量鉴定报告，另一方当事人没有提出异议，且无相反证据推翻该鉴定意见，或者另一方当事人虽对鉴定报告提出异议，但未申请司法鉴定，且未能提出证据否定鉴定报告的真实性的，故法院采信。

(2015)苏审二民申字第 01847 号案中，在工程竣工并交付发包人后，工程存在裂缝、漏水等质量问题，发包人多次通知承包人维修，承包人未依约进行维修。故发包人单方委托了第三方机构对工程的质量问题进行了鉴定。对该鉴定意见，承包人未提出异议，且无相反证据推翻该鉴定意见。故法院采信了鉴定结论。

(2014)皖民四终字第 00141 号案中，发包人在涉案工程未经竣工验收的情况下，擅自使用工程后发现质量存在问题，发包人单方委托研究所出具的鉴定结论为：“涉案工程的可靠性不符合国家现行标准规范要求，影响正常适用，应采取纠正和加固措施”，故安徽高院认为：“可以认定涉案工程在地基基础和主体结构方面存在质量问题，属于承包人承担民事责任的范围。”承包人虽对鉴定报告提出异议，但未请求法院依法委托司法鉴定，且未提供证据否定鉴定报告的真实性的，法院采信发包人单方委托鉴定机构出具的鉴定报告。

(2020)粤民申 11160 号案中，对于发包人单方委托的鉴定机构出具的报告书，广东高院认为，承包人不予确认，但并无足以反驳的证据或理由，且明确表示不申请工程质量重新鉴定。因此，发包人提供的报告书已尽到初步举证责任。

综合上述案例可以看出，在一方当事人提交单方委托的鉴定报告后，如对方当事人无足以反驳鉴定报告的证据，法院倾向于采信该鉴定报告。尽管上述案例中法院并未详细地对提交的鉴定报告是否合法合规等进行阐述，但如鉴定报告有效力瑕疵，对方当事人极有可能会提出并试图推翻对其不利的鉴定报告的效力。

3. 发包人单方委托的鉴定单位具备资质，且已通知承包人参加鉴定（但承包人拒绝参加）。 承包人无证据否定鉴定结论，从双方之前的沟通可知确有质量问题，故对承包人主张不能采信鉴定报告、应另行委托鉴定的请求不予采纳。

(2019)粤 13 民终 2842 号案中，广东惠州中院认为：“鉴定单位广州兢业公司虽为力王公司单方委托，但该鉴定单位具备鉴定资质，在鉴定时已通知唯度美地公司参加（唯度美地公司拒绝参加），现唯度美地公司亦无法提供证据否定兢业公司的鉴定结论，且从双方之前的沟通看，所施工的自流平确实存在开裂、起壳等情况，故对唯度美地公司主张不能采信兢业公司的鉴定、应另行委托鉴定的请求不予采纳。”

在本案中，发包人已通知承包人参加质量鉴定，但承包人拒绝参加。广东惠州中院认为，在发包人已经履行了通知承包人参加质量鉴定的情况下，承包人是否实际参加鉴定不影响质量鉴定报告的效力。但是，如果发包人未履行通知承包人参加质量鉴定的义务，且鉴定报告存在其他问题的，法院有可能因此对质量鉴定报告不予采信。

（二）法院不采信发包人单方委托的质量鉴定报告

从上述法院采信单方委托鉴定报告的裁判观点中，我们可能无法得到足以让法院采信的单方委托鉴定报告应当具备哪些条件的结论。以下通过探究法院不采信单方委托质量鉴定报告的裁判观点，试图找到能够被法院采信的单方委托鉴定报告应该尽可能具备哪些条件。但在部分裁判理由中，一些理由可能是法院不采信鉴定报告的决定性因素，一些理由可能仅作为一个增加不可采信度的因素。也就是说，在别的案例中，如果出现同样的情况，法院可能会综合考虑案件中的其他因素，再决定是否采信。考虑到不同案件情况可能千差万别，单方委托鉴定报告并非一定要完全具备下述条件才能被采信。

1. 进行鉴定时间与工程竣工验收的时间不宜相隔过久。

在委托质量鉴定时，需关注鉴定时效性问题，（2019）吉民申 3141 号案中，吉林高院认为：“案涉工程于 2013 年竣工，现刘磊硕于 2019 年进行质量鉴定，且为刘磊硕单方委托，该鉴定结论缺乏时效性及客观性，本院对此不予采纳。”

由上述判例可知，如果竣工时间点和质量鉴定的时间相隔太久，将会使得鉴定报告的可采信度降低。

2. 如非地基基础和主体结构质量问题，发包人在未经竣工验收使用后，再行委托质量鉴定，该鉴定报告能够被采信的可能性较小。

(2017)渝民终 54 号案中，重庆高院认为：“在委托作出 574 号鉴定报告证明渝万建设公司完成的 11 号楼工作内容存在质量问题前，和生恒力公司已通过委托第三方进场施工的方式擅自使用 11 号楼。根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十三条 6 规定，建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，承包人仅在工程的合理使用寿命内对地基基础和主体结构质量承担责任。而《司法鉴定报告》的鉴定结论不包含 11 号楼主体结构或地基基础工程质量整改费用。故在上述情况下，渝万建设公司不应承担该部分非主体结构或地基基础工程质量整改费用。”在上述案件中，重庆高院认为发包人委托第三方进场施工的行为属于擅自使用工程的行为，按照相关规定，发包人擅自使用工程后，承包人仅在工程的合理使用寿命内对地基基础和主体结构质量承担责任。因此，如果工程质量问题非主体结构或地基基础工程质量问题，应尽可能在使用前以及在第三方进场施工前进行质量鉴定。(2016)浙民申 4162 号和(2017)粤 01 民终 21082 号案中，法院亦支持了上述观点。

结合上述案例和《建设工程司法解释（一）》第十四条的规定可知，在工程未经竣工验收，发包人已使用后再提出非地基基础工程或主体结构工程的质量不合格问题，发包人提供的单方委托质量鉴定报告可能难以得到法院的采信，实际上在这种情形下，即使申请司法鉴定，也很难得到法院的准许。

3. 鉴定机构应选择具有专业资质的，并尽可能经双方共同确认。

(2020)桂 02 民终 2994 号案中，广西柳州中院认为：“益新公司主张工程质量存在问题，应提供充分的证据予以证明。益新公司所举证的《工程质量检测报告》系其单方委托鉴定，既没有相关的检测资质证明，亦缺少了世泽公司、吴兴华、郑华的参与，在世泽公司、吴兴华、郑华明确表示不予认可的情况下，该证据的真实性、合法性、关联性均无法确认，无法证明益新公司的主张。”可以看

⁶ 现《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第十四条。

出,该案中发包人单方委托的鉴定机构不具有相关的检测资质证明是法院对鉴定报告不予采信的理由之一。

(2018)最高法民终 1131 号案中, 最高院认为:“鑫宏公司在本案一审中举示的相关质量问题的证据, 未经二十二冶、监理单位的共同确认或者经有资质的相关专业机构认定, 不足以证明工程质量存在问题。鑫宏公司自行单独委托鉴定机构作出的工程质量鉴定报告, 其鉴定资料未经二十二冶质证认可, 且鉴定结论没有区分案涉工程的质量问题系工程续建单位二十二冶的施工原因所致, 还是工程原施工单位的施工原因所致。” 本案中, 最高院不采信鉴定报告的理由有以下三点: 1. 鉴定报告未经发包人、承包人和监理单位三方共同确认的或者经有资质的相关专业机构认定; 2. 鉴定报告未经承包人质证认可; 3. 鉴定结论没有区分案涉工程的质量问题系工程续建单位的施工原因所致, 还是工程原施工单位的施工原因所致。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第三十二条规定:“人民法院准许鉴定申请的, 应当组织双方当事人协商确定具备相应资格的鉴定人。当事人协商不成的, 由人民法院指定。人民法院依职权委托鉴定的, 可以在询问当事人的意见后, 指定具备相应资格的鉴定人。” 第三十六条规定:“鉴定书应当由鉴定人签名或者盖章, 并附鉴定人的相应资格证明。委托机构鉴定的, 鉴定书应当由鉴定机构盖章, 并由从事鉴定的人员签名。” 第四十条规定:“当事人申请重新鉴定, 存在下列情形之一的, 人民法院应当准许: (一) 鉴定人不具备相应资格的……重新鉴定的, 原鉴定意见不得作为认定案件事实的根据。”

由上述规定可知, 司法鉴定应当由具有相应资格、资质的鉴定人进行鉴定, 如鉴定人不具备相应资格的, 当事人可以申请重新鉴定。由此在单方委托鉴定中, 要增强单方委托鉴定报告的可信度和权威性, 也应尽可能由具备相应资格、资质的鉴定人员进行鉴定。如果鉴定报告并非由具备相应资格或资质的鉴定人员做出, 则单方委托鉴定报告存在不被采信的可能。

4. 明确鉴定目的, 以免鉴定机构最后出具的鉴定报告未能给出明确的结论, 导致鉴定目的不能实现。

(2018)粤民终 2219 号案中, 原审法院认为, 华迅公司提出涉案工程存在质

量问题，但未提出质量鉴定申请，其单方委托鉴定机构出具的意见不足以证明涉案工程存在质量问题，对华迅公司抗辩理由不予支持。广东高院维持了上述判决。

在委托鉴定之前，一定要明确进行质量鉴定的目的，在委托鉴定过程中以目的为导向。如在委托鉴定协议中可以考虑约定，就某事项的鉴定结果，要求鉴定机构给出明确的鉴定结论，避免最终出具的是表述模糊不清的、无法证明工程质量是否存在问题的鉴定报告，导致在诉讼过程中失利。

5. 送检材料来源应当明确。

(2013)粤高法民申字第 1203 号案中，广东高院认为：“首先，城市之星运输公司主张应当以《检验报告》作为认定事实的依据。但该《检验报告》并非一审法院或者二审委托鉴定机构作出，城市之星运输公司单方委托广东省建材产品质量检验中心对案涉工程进行鉴定作出的报告，由于该次鉴定是城市之星运输公司单方送检，送检材料来源不明，也没有证据显示广东省建材产品质量检验中心具有工程质量鉴定的相关资质，故基于上述原因，《检验报告》不能作为认定本案事实的依据。”

上述案件中，广东高院认为“送检材料来源不明”是不采信单方委托鉴定报告的理由之一。如拟单方委托鉴定机构对工程材料进行质量鉴定，要谨慎考虑送检材料的选择方式，尽可能使得检验材料的来源明确、抽检方式合理公平。

6. 进行鉴定前通知对方参与鉴定过程。

(2015)民申字第 362 号案中，金诚公司申请再声称：在双方认可工程存在质量问题前提下，单方可以委托鉴定。最高院认为：“关于是否应当采信工程质量鉴定结论问题。涉案工程已经验收并移交，金诚公司单方委托鉴定机构对于涉案工程质量进行鉴定，并未通知华业公司到场，华业公司对该质量鉴定结论不予认可，在此情况下原审判决未采信金诚公司单方就质量问题所委托进行的工程质量鉴定结论，并无不当。”

(2020)桂 02 民终 2994 号案中，广西柳州中院认为：“益新公司主张工程质量存在问题，应提供充分的证据予以证明。益新公司所举证的《工程质量检测报告》系其单方委托鉴定，既没有相关的检测资质证明，亦缺少了世泽公司、吴兴

华、郑华的参与，在世泽公司、吴兴华、郑华明确表示不予认可的情况下，该证据的真实性、合法性、关联性均无法确认，无法证明益新公司的主张。”

上述案件中，法院在不采信单方委托鉴定报告的说理中都提到了：发包人未通知承包人参与鉴定过程。尽管上述两个案件中，发包人未通知承包人参加鉴定只是导致单方委托鉴定报告不被采信的其中一个因素，但在单方委托鉴定时，最好履行通知对方参加鉴定过程的行为，并保留书面通知材料，以证实对方实际上知晓单方委托鉴定事实，鉴定过程并非在单方的操控下进行。

7. 双方在签订合同时，应当明确相关质量技术标准，在履行合同过程中，应保留施工图纸，以备鉴定之需。

(2018)鄂民申 2397 号案中，湖北高院认为：“因辉煌食品公司在涉案酒厂车间和酒窖的建设中，并未提供施工图纸及相关质量技术标准，不具备质量鉴定和造价评估的基础，一、二审法院对该公司单方委托进行的质量鉴定和造价评估意见均不予采信，亦无不当。”

该案中，由于发包人在涉案工程建设中，并未提供施工图纸以及相关质量技术标准，法院认为不具备质量鉴定的基础，不予采信单方委托的鉴定报告。因此，发包人和承包人在签订合同时，应当对工程的相关质量技术标准予以明确，施工过程中，妥善保管施工图纸，以防止后续发生争议，工程质量标准不明确导致鉴定基础丧失，由此承担举证不能的责任。

工程质量标准作为质量鉴定的基础，不仅仅关系到单方委托鉴定报告能否被法院采信，在申请司法鉴定时，法院同样会考虑鉴定基础是否存在的问题。如在(2016)黑民申 691 号案中，黑龙江高院认为：“王忠君在一审诉讼过程中申请对案涉工程质量进行鉴定，当鉴定机构对施工现场勘验完毕后，王忠君提出要求按照国家标准进行鉴定，因双方当事人签订的施工协议书中并未约定施工采用国家关于木屋架相关施工规范及验收标准，故王忠君要求按国家标准进行鉴定没有事实依据，一审法院驳回其要求按国家标准进行司法鉴定的请求并无不当。”

8. 关注委托鉴定时间与鉴定报告出具时间之间的时间差是否合理。

在(2019)豫民终 290 号案中，河南高院认为：“元通公司向一审法院提交的

河南省豫鸿建设工程质量鉴定所有限公司出具的建设工程质量鉴定报告系其单方委托，仅涉及国基公司施工的部分工程，国基公司不予认可。经审查，河南省豫鸿建设工程质量鉴定所有限公司于2018年7月26日受理鉴定委托，同年7月29日进行鉴定，8月5日即作出鉴定结论，鉴定时间仓促，所作出的鉴定结论的真实性、客观性难以得到保证，不能准确反映案件真实情况，不能作为认定案件事实的证据，一审法院对该证据的证明效力未予认定符合民事诉讼证据的认证规则。”

该案中，涉案工程造价达2亿元，鉴定机构从受理鉴定委托到做出鉴定结论，所用时间不超过十一天。法院认为在鉴定时间仓促的情况下，鉴定结论的真实性、客观性难以保证。笔者认为，从委托鉴定到鉴定报告出具之间的时间差，并没有统一固定的标准，应结合工程实际情况、鉴定工程量的大小来判断，该时间差应尽可能合理。

9. 尽可能通过录像、邀请第三方单位参与鉴定等方式记录鉴定过程，以证实鉴定程序的合法合规性。

(2014)浙民申字第121号案中，浙江高院认为：“对五份《质量检测鉴定报告》，欣捷公司认为，该质量鉴定系长征医院单方委托进行，在鉴定单位取样过程中，其公司和相关设计、地勘、监理等单位均未在现场，取样的过程、抽检部位及比例、鉴定方法均未得到确认，故鉴定报告不具有法律效力。……长征医院提交的五份《质量检测鉴定报告》系其单方委托进行，鉴定程序是否合法、合规不能确定，欣捷公司亦不予认可，故尚不能作为认定案涉工程存在重大质量问题的依据。”

相对于司法鉴定，单方委托质量鉴定的权威性存在先天的不足，因此更应当注重鉴定程序的合法合规性，并最好可以通过一定的手段体现出来。上述案件中，对方提出“在鉴定单位取样过程中，其公司和相关设计、地勘、监理等单位均未在现场，取样的过程、抽检部位及比例、鉴定方法均未得到确认”，是对鉴定程序是否合法合规进行的质疑，而法院也认可了该质疑的合理性。因此，为避免对方在鉴定程序上提出的异议得到法院的支持，建议通过录像或邀请中立的第三方单位就鉴定过程进行公证，以证实鉴定程序的合法合规性。

10. 如单方委托质量鉴定的意见与司法鉴定意见不同，法院倾向于采用司法鉴定意见。

(2019)最高法民申 4391 号案中，最高院认为：“司法鉴定报告是具有专业鉴定资质的鉴定机构接受金红叶公司和核西南公司共同委托，经过两次征求意见后出具。金红叶公司仅举示单方委托检测机构出具的质检报告主张仓库地面及室外路面厚度不符合设计要求，不足以推翻司法鉴定意见。”(2013)东中法民二终字第 1026 号案中，广东东莞中院也认为司法鉴定报告的证明效力高于单方委托提交的鉴定报告。

司法鉴定时法院在审判过程中依当事人申请或者依职权委托具有相应资质的鉴定机构进行的，相对于单方委托的鉴定，更具有权威性，可信度也更高。因此，在法院已委托鉴定机构出具司法鉴定报告的情况下，欲通过单方委托鉴定报告，推翻司法鉴定报告结论有一定难度。

二、实务建议

工程出现质量问题，在发承包人双方对质量问题的存在均予以认可的情况下，建议尽可能由发承包人双方共同委托第三方专业机构进行鉴定，在最大程度上确保该鉴定报告能被双方认可。如承包人不同意或消极对待质量鉴定事宜，需发包人单方委托质量鉴定的，发包人需注意以下事项：

1. 有关第三方专业机构的选择，尽可能在施工合同约定的争议解决机构所在地高院或中院公示的质量检测鉴定机构名录（如有）中选择，并该鉴定机构应具备相应的专业资质。

2. 委托第三方专业机构时，应明确告知进行鉴定的目的；委托其出具的鉴定报告中结论应当是能够明确质量合格与否或与合同图纸、标准相符与否等的确定性结论。

3. 在第三方机构进行鉴定之前，要进行鉴定的工程部位应尽可能避免使用。发包人需提前书面发函邀请承包人共同参与鉴定，并在函件中告知其进行质量鉴定的第三方机构的名称、质量鉴定的方案以及进行鉴定的时间。

4. 第三方专业机构进行鉴定时，应尽可能通过录像或邀请中立第三方参与

等方式记录鉴定过程，以证实鉴定程序的合法合规性。

5. 如第三方专业机构出具鉴定报告时间与其进行鉴定时间之间相差时限过短，应咨询第三方机构该时限是否合理，要求第三方机构对出具报告的时间给出合理解释。

建设工程实务问答 3 则

1. 提供工程款支付担保是否属于建设单位的强制性义务

答：首先，从目前的法律规定来看，建设单位是否提供支付担保并不会影响建设工程施工合同的效力。

其次，部分省市地区的行政主管部门曾就“工程款支付担保”出台各项制度或实施办法。由于各级行政主管部门出台的文件效力不高，在实施过程中执行力度不大，因此实践中多数建设单位并未向施工单位提供工程款支付担保。但是，国务院颁布的《保障农民工工资支付条例》从行政法规的层面上对工程款支付担保进行明确规定，效力高于之前出台的相关规定，并对违反规定的行为明确了惩罚制度，因此，各地行政主管部门对此的执行力度将可能有所提高，即不排除将其作为建设单位的一项强制性义务予以监管。

再者，未提供工程款支付担保可能对建设单位造成一定不利影响，例如将可能被不良信用记录；被责令整改而不整改的，将可能被责令停工，并被处以行政罚款。

综上所述，建设单位按照国家及地方规定，原则上应当向施工单位提供工程款支付担保，但鉴于各地的行政主管部门对工程款支付担保的操作方式及执法力度存在较大差异，可结合各地的执法力度及报建的要求，衡量工程款支付担保事宜的相关成本及风险，再确定是否要提供支付担保。

2. 承包环氧地坪漆工程是否需要施工资质

答：首先，环氧地坪漆工程并无专项施工资质，市场上所谓的环氧地坪漆工程施工资质并非政府主管部门颁发的施工资质。就此问题检索有关法院判例，不同法院存在不同的观点：

(1) 认定属于施工，不具备施工资质认定合同无效。(2014)盐民终字第 1132 号案件中，法院认为：本案中，因被上诉人张家港飞航公司未取得环氧地坪漆工程的施工资质，故其与上诉人江苏芯盛公司所签订的涉案工程施工合同应当认定为无效协议。

(2) 间接认定需要资质。(2016)苏 04 民终 1159 号案件中，法院认为：本案中奥博涂装公司与方向照明公司签订的工程施工承包合同，实际上是李小五借用了奥博涂装公司的资质所签订，而李小五个人不具备相应的施工资质，故该合同应依法认定无效。

(3) 认为不需要资质。(2017)赣 08 民终 1930 号案件中，法院认为：海联国际饭店上诉认为王立才不具有承揽涉案工程的相关资质。本院认为，王立才于 2014 年 12 月 19 日成立了自然人独资的吉安立丰装饰工程有限公司，该公司的经营范围包括环氧地坪漆工程，其具备承包涉案工程的资质和能力。因此，海联国际饭店的该上诉理由与事实不符，本院依法不予采纳。(2016)鲁 0202 民初 4698 号案件中，法院认为：被告称原告无环氧地坪漆施工资质的答辩意见，本院认为，环氧地坪漆施工系装饰装修工程项目，原告的营业范围包含装饰工程劳务作业，对此，本院不予采信。

结合法院认定环氧地坪漆工程施工是否需要施工资质的裁判观点和理由，我们倾向于认为环氧地坪漆工程施工需要资质的观点更加妥当。不需要资质的判例要么没有论证而直接判断，要么根据营业执照的经营范围判断，显然并不妥当。

其次，环氧地坪漆工程施工需要什么资质呢？环氧地坪漆可分为溶剂型和无溶剂型 2 种，经查询《建筑工程施工质量验收统一标准》，建筑装饰装修工程项下“涂饰”包括“水性涂料涂饰”“溶剂型涂料涂饰”和“美术涂饰”。故，我们认为环氧地坪漆施工单位应当具备装饰装修施工资质。

3. 施工企业破产后，实际施工人是否仍有权直接要求发包人承担工程价款支付责任

答： 目前存在不同观点。

一种观点认为，在建筑施工企业进入破产程序后，发包人欠付的工程款应作为债务人财产，由全体债权人公平受偿。若允许实际施工人向发包人主张权利，则构成建筑施工企业对个别债权人的清偿。

另一种观点认为，实际施工人对发包人的权利是司法解释基于保护农民工的合法权益而作出的特别规定，即使建筑施工企业进入破产程序，实际施工人的该项权利仍应受保护。但也检索到江苏兴化法院判决陈中兴诉新兴公司等建设工程施工合同纠纷案中裁定：承包单位进入破产程序后，实际施工人不能向承包单位提起个别清偿之诉，仅能在双方就债务存在争议时提起确认之诉。实际施工人亦不能在欠付工程价款范围内向发包人主张权利。

装饰装修合同纠纷案例大数据报告

裁判时间：2016年1月1日至2020年12月31日

案由：装饰装修合同纠纷

审理法院：①最高院

②最高院第一巡回区内高院⁷

③大湾区九市中院⁸

搜索基准日：2021年7月12日

文书类型：判决书、裁定书

根据上述搜索条件，在公开的案例数据库进行检索，剔除重复的案例并考虑关联性和典型性后，截止至搜索基准日，在2016年1月1日至2020年12月31日期间，从最高院、最高院第一巡回区内高院及大湾区九市中院中筛选出涉及装饰装修合同纠纷的判决书1882份和裁定书1560份。本报告将从案件数量、审判程序、判决结果、反诉情况、律师代理情况及典型争议焦点等几大维度，对装饰装修合同纠纷进行大数据分析。

一、最高院及其第一巡回区内高院判决书与裁定书大数据分析

（一）案件数量

2016年至2020年间，最高院及其第一巡回区内高院作出的判决和裁定数量整体呈逐年稳步上升趋势。截止至搜索基准日，由于最高院及其第一巡回区内高院在2020年作出的判决和裁定尚未完全公布，2020年数量回落。但是根据前4年的判决和裁定数量的增长趋势和目前已公布的2020年案件数量，可以合理推测2020年的判决与裁定数量会继续呈上升趋势，目前2020年的案件数量仅供参考。

⁷ 最高院第一巡回法庭巡回区管辖范围为广东省、广西壮族自治区、海南省、湖南省。

⁸ 大湾区九市包括：广州、深圳、珠海、佛山、惠州、东莞、中山、江门、肇庆。

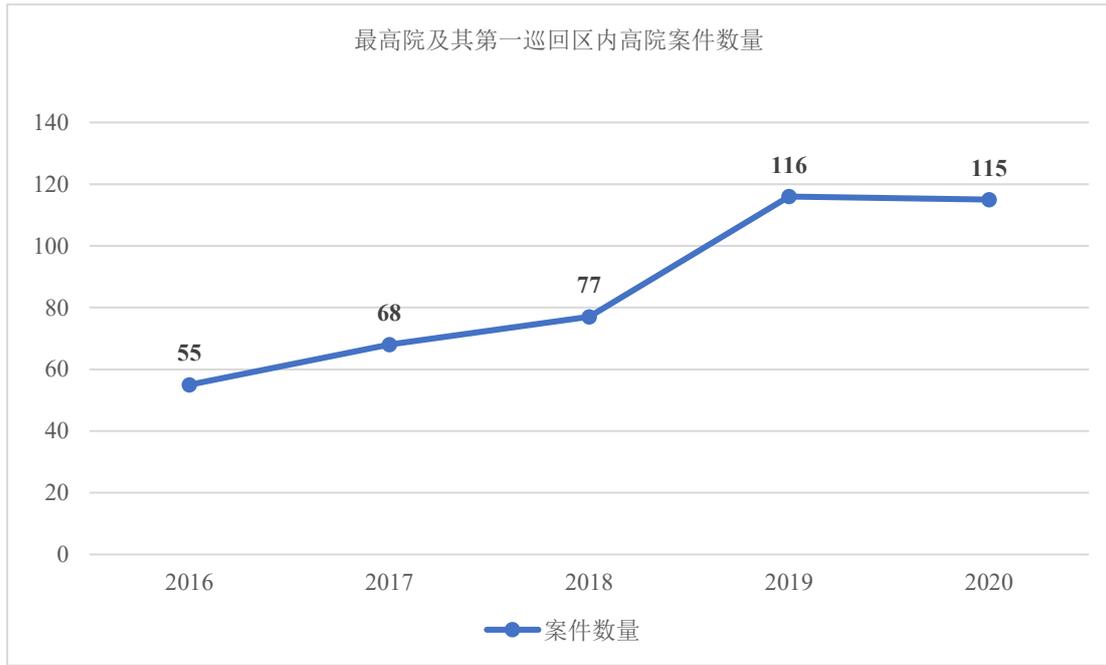


图1 最高院及其第一巡回区内高院案件数量

根据图2 最高院第一巡回区内各高院的案件数量占比可以看出广东省的案件数量远高于湖南、海南和广西三省份。

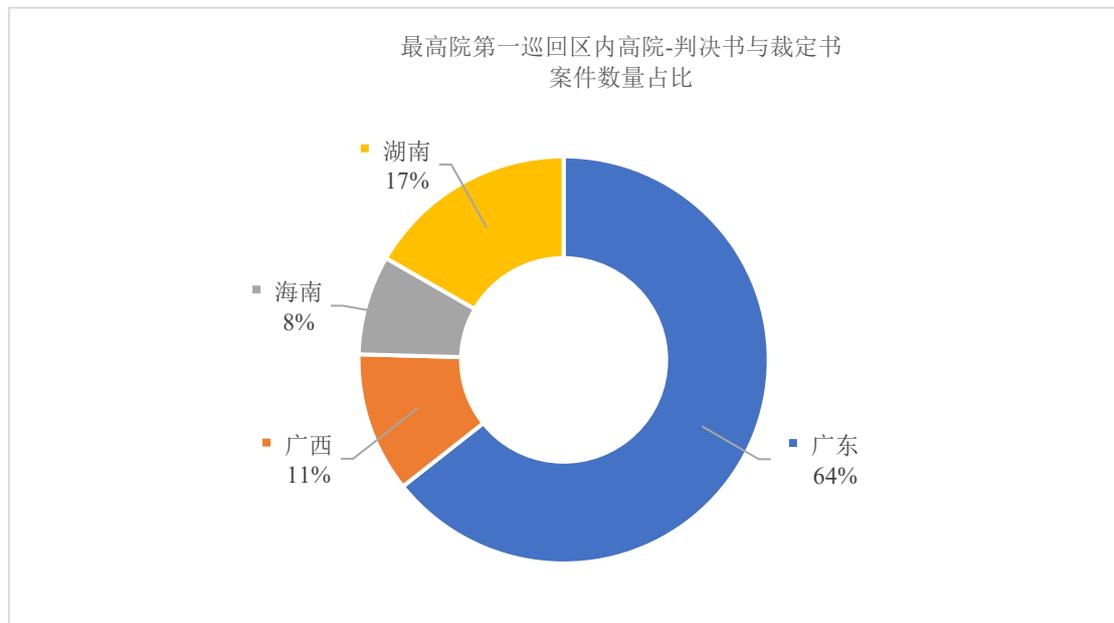


图2 最高院第一巡回区内高院判决书与裁定书 案件数量占比

一方面，这与各省经济发展体量有关。根据图3 国家统计局数据显示，在2016年至2020年，广东省每年的GDP总量均为其他三省份的数倍，且上升趋势也更为明显。这意味着，广东省较其他三省份经济水平更高、发展速度更

快，装饰装修工程活动也就更加活跃，由此产生的案件纠纷也就更加繁多、复杂。同时结合图 2，四省 GDP 总量排名与案件数量排名一致，据此可知 GDP 总量越大的省份，装饰装修合同纠纷案件数量也越多。

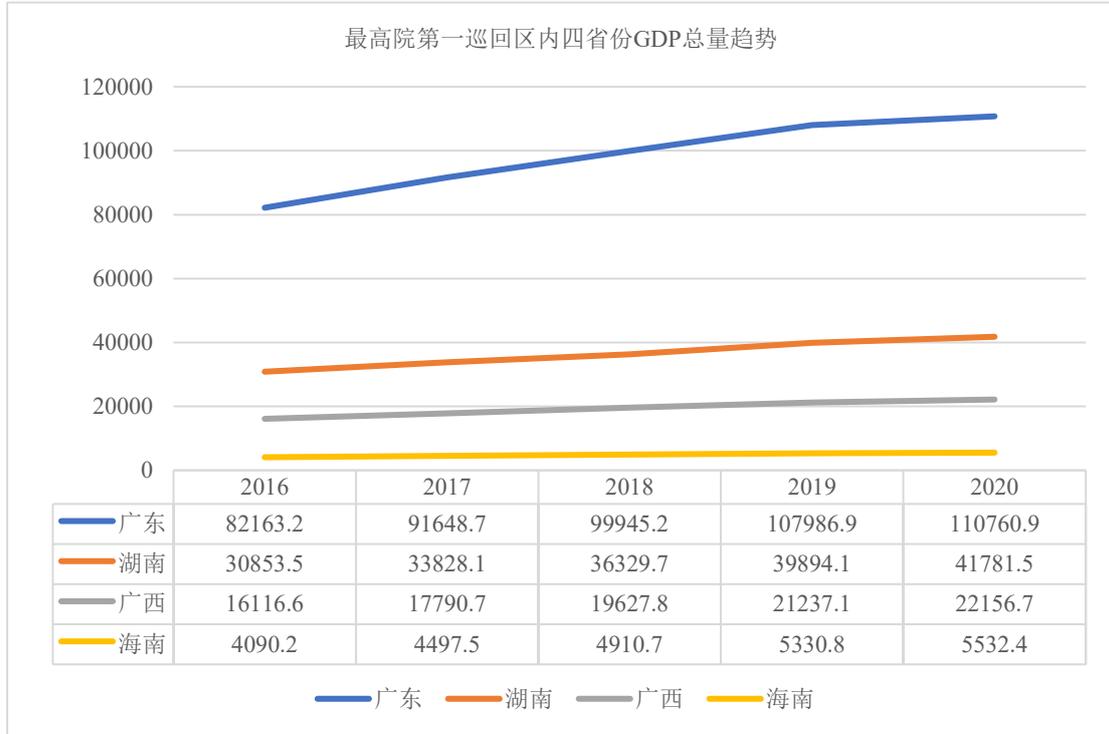


图 3 2016 年至 2020 年最高院第一巡回区内省份 GDP 总量（单位：亿元）

另一方面，这与城市化发展水平也密切相关。根据图 4 可知，2019 年广东省城市人口绝对数量是湖南省的近 2 倍、广西省的近 3 倍、海南省的近 14 倍，根据图 5 可知广东省的城市化率较其他三省高出 10%至 20%，其城市化水平远超湖南、海南和广西。城市人口数量越多、城市化水平越高，一方面意味着城镇住宅量越大，住宅室内装饰装修需求也相应地增加；另一方面，相应城市化建设工程与城市配套设施建设活动也会更多，非住宅室内场所装饰装修工程量也随之增加。在需求基数远大于其他省份的前提下，由此产生的装饰装修纠纷案件的绝对数量也会更多。同时结合图 2 各省案件数量排名同城市人口数量排名一致，可知城市人口越多的省份，装饰装修合同纠纷案件数量也越多。

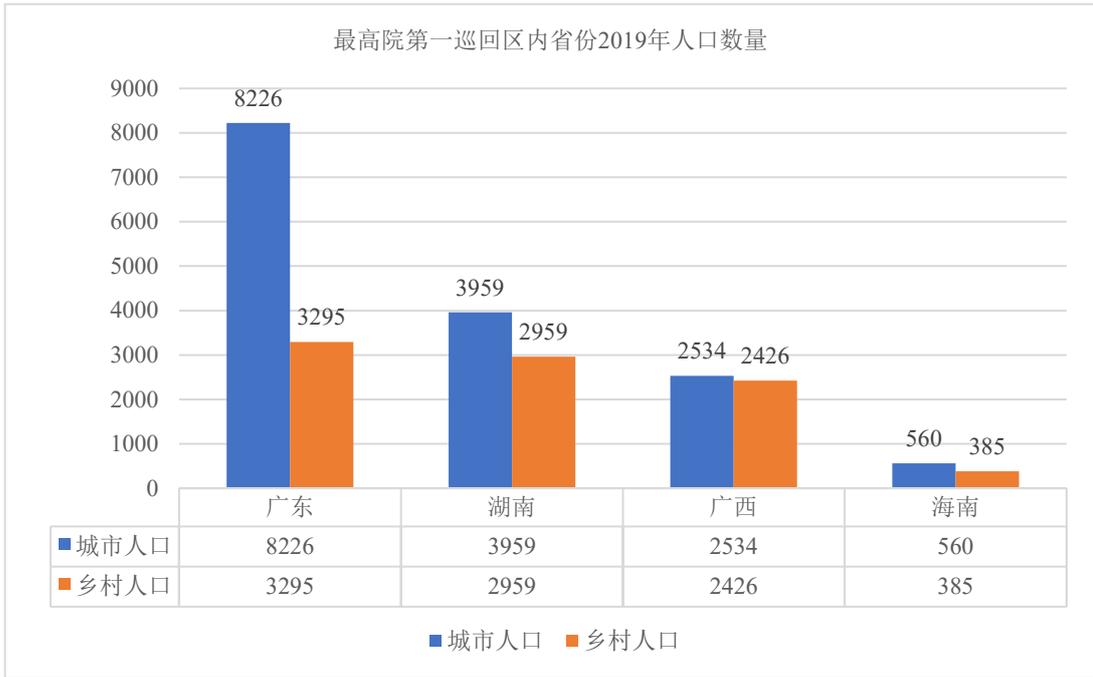


图4 最高院第一巡回区内省份 2019 年人口数量（单位：万人）

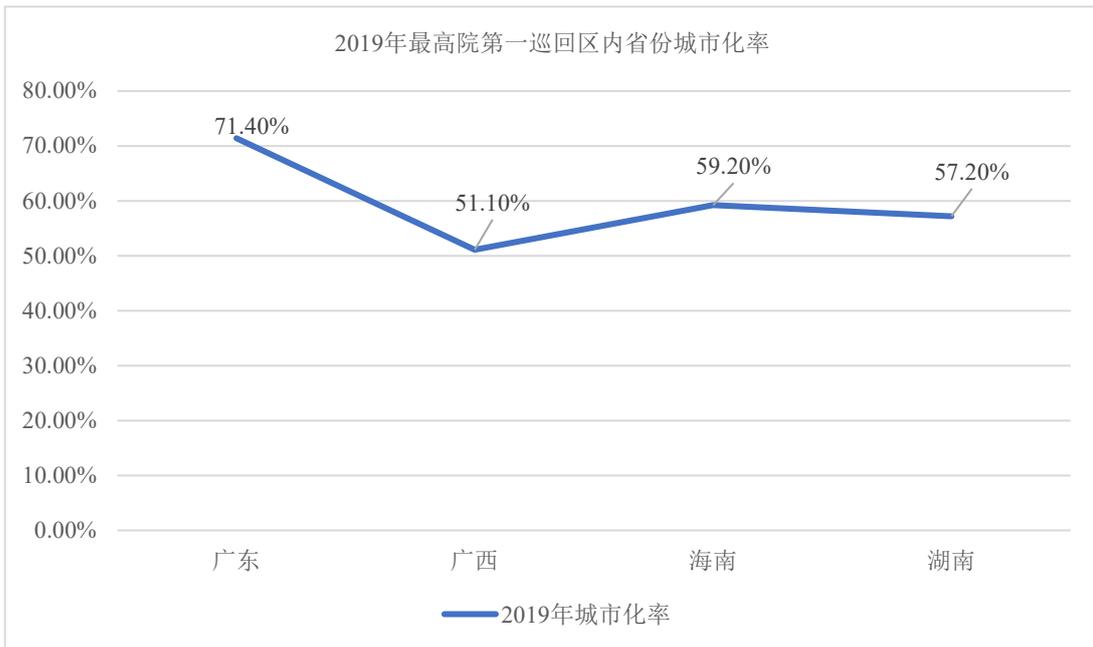


图5 最高院第一巡回区内省份 2019 年城市化率

（二）审判程序

据统计，在 2016 年至 2020 年，最高院审理的装饰装修合同纠纷案件数量仅 87 件，其中二审案件数量为 7 件，再审案件数量为 75 件，其他程序数量 5 件，暂未有一审程序的案件。根据《民事诉讼法》第二十二条：“最高人民法院

管辖下列第一审民事案件：（一）在全国有重大影响的案件；（二）认为应当由本院审理的案件”。在（2014）民一终字第 21 号案中，最高院认为，对于该案是否应当由最高院作为一审审理，根据《民事诉讼法》的规定，其一审的案件应当是“在全国有重大影响的案件”。“在全国有重大影响的案件”不仅仅指案件争议的标的额数量大，而且案件应在全国范围内具有一定的影响力。鉴于一般装饰装修合同纠纷本身涉及标的额数量较小，即便满足标的额的要求，也很难满足在全国范围内有一定影响力的条件，因此，截止目前，还尚未有装饰装修合同纠纷在最高院进行一审。

最高院审理的再审案件比二审案件数量更多，这在一定程度上是由高院的二审与一审案件数量决定的。由于装饰装修合同纠纷诉讼标的额通常比较低，大部分案件一审由基层法院管辖，仅有少部分案件一审由中院管辖，但几乎没有案件由高院进行一审管辖，这也就意味着几乎没有案件需要进入最高院进行二审。因此，从数据上反映出来，即便二审与再审案件绝对数量不多，但最高院二审案件数量也远远低于再审案件数量。该规律也同样适用于高院的再审与二审案件数量差异。反映在图 6 中即为最高院及其第一巡回区内高院的再审案件数量占比远远高于一审与二审案件数量占比。

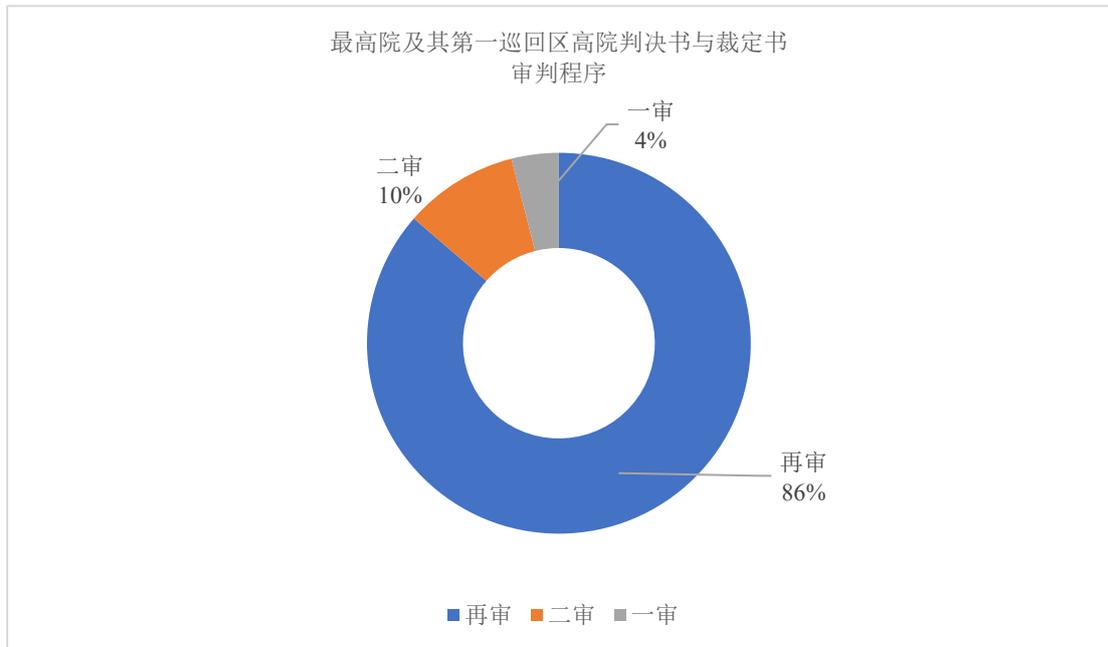


图 6 最高院及其第一巡回区内高院判决书与裁定书 审判程序

（三）审判结果

根据图 7，最高院及其第一巡回区内高院在 2016 年至 2020 年间就装饰装修合同纠纷作出的二审判决数量为 35 份，其中“维持原判/原裁定”“改判”的案件数量分别占到了全部二审案件的三分之一，“发回重审”“撤回上诉”“指令再审”及“其他”类判决结果的案件数量占剩下三分之一。二审改判的几率与维持原判几率基本一致，这提醒当事人，无论一审胜诉或败诉，进入到二审程序后，都需要对案件的审理引起重视，二审判决既有可能实现结果的“功败垂成”，也有可能“逆风翻盘”。

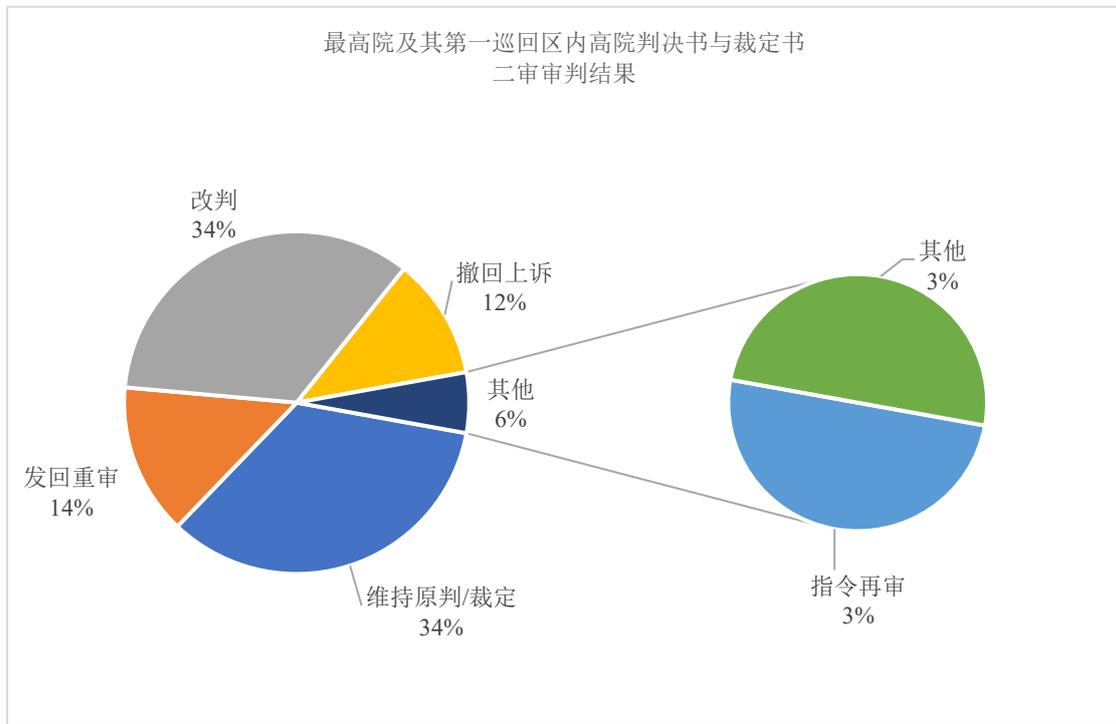


图 7 最高院及其第一巡回区内高院判决书与裁定书 二审审判结果

最高院及其第一巡回区内高院的装饰装修合同纠纷再审案件数量达到了376件，与一审、二审案件数量相比，再审案件绝对数量有了极大的提高。

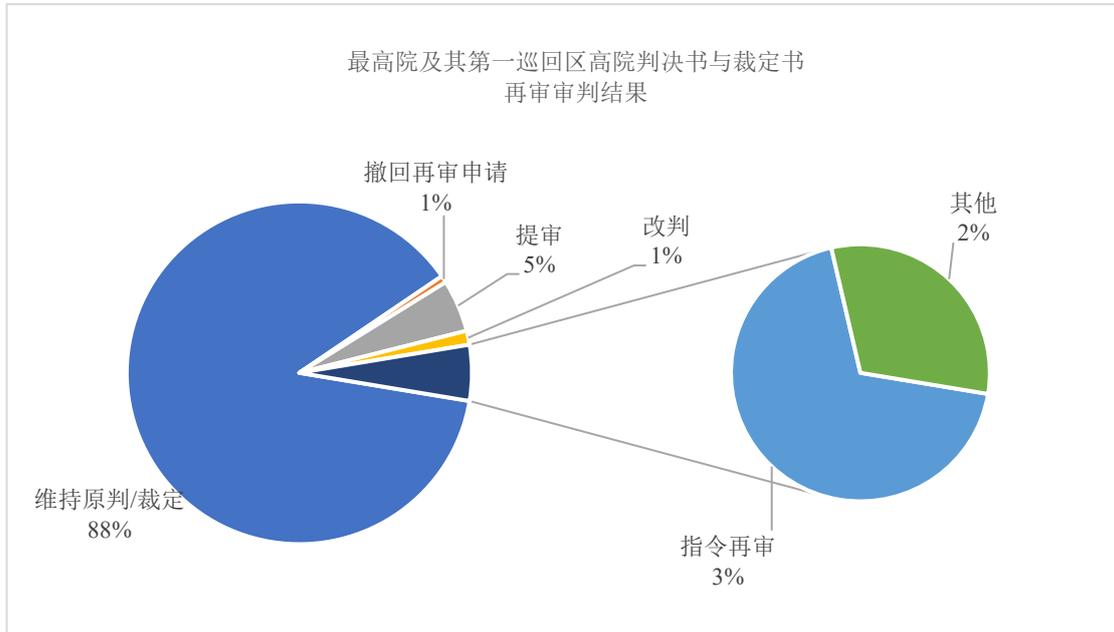


图 8 最高院及其第一巡回区内高院-判决书与裁定书 再审审判结果

根据图 8，最高院及其第一巡回区内高院在再审程序中判决“维持原判/原裁定”的案件数量占比达 88%，这意味着当事人想要在再审中实现逆风翻盘是很艰难的，其需充分重视一审与二审程序。究其原因，多数装饰装修合同纠纷案件本身不是特别复杂，通过一审和二审即可准确、恰当、公正地得到处理。

除此之外，最高院及其第一巡回区内高院案件审判其他判决结果如“改判”“指令再审”的案件数量较少。图 8 中“其他”类判决结果是指法院判决“撤销二审判决、维持一审判决”或“维持部分判决、变更部分判决”或“发回重审”，这一类案件数量也较少。

（四）反诉情况

根据《民事诉讼法》第 51 条规定，“原告可以放弃或者变更诉讼请求。被告可以承认或者反驳诉讼请求，有权提起反诉”。根据图 9，最高院及其第一巡回区内高院的 431 份判决书中，涉及提起反诉的案件占比约 32%。从这一统计数据中可看出，在最高院及其第一巡回区内高院涉及装饰装修合同纠纷的案件中，当事人提起反诉的概率较高。

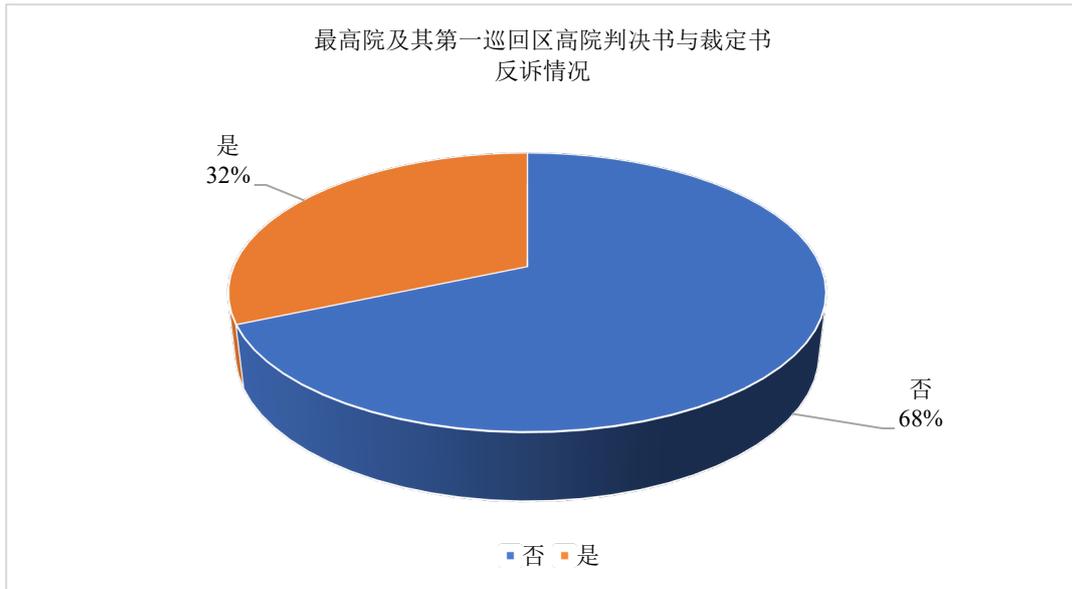


图 9 最高院及其第一巡回区内高院判决书与裁定书反诉情况

这是因为反诉通常是当事人采取的一种应诉策略，反诉可以起到主动抗辩作用，在一定程度上当事人可以获得谈判筹码。并且《诉讼费用缴纳办法》第十八条规定：“被告提起反诉、有独立请求权的第三人提出与本案有关的诉讼请求，人民法院决定合并审理的，分别减半交纳案件受理费”。因此，在审理过程中提起反诉，诉讼费能减半收取，有利于一并解决争议，节约诉讼成本，减少诉累。

（五）律师代理情况

根据数据统计与案件梳理，在最高院及其第一巡回区内高院一审审判的 14 个案例中，只有 1 个案例原被告双方同时聘请律师代理。但是根据图 10，在其审理的 35 起二审案件中，上诉人请律师代理的比例上升到了 82.4%，被上诉人请代理律师的比例上升到了 64.7%，双方同时请代理律师的比例上升到 61.8%。可见，与一审相比，二审当事人更倾向于请执业律师参与诉讼。原因在于一般能够上诉到高院及最高院的二审的案件复杂度都较高，往往会涉及到更多更复杂的工程和法律专业知识，且上诉人在不服判决结果的前提下为追求判决结果转变往往会尽最大的努力以保护自己的权利，被上诉人为确保一审判决结果的延续也会尽最大的努力参与到二审判决中。因此，二审相较于一审，律师代理

的案件比例有极大的上升。同时，与被上诉人相比，上诉人更倾向聘请代理律师。这是因为上诉人对于一审判决结果不服，往往会更加积极地主张和保护权利。

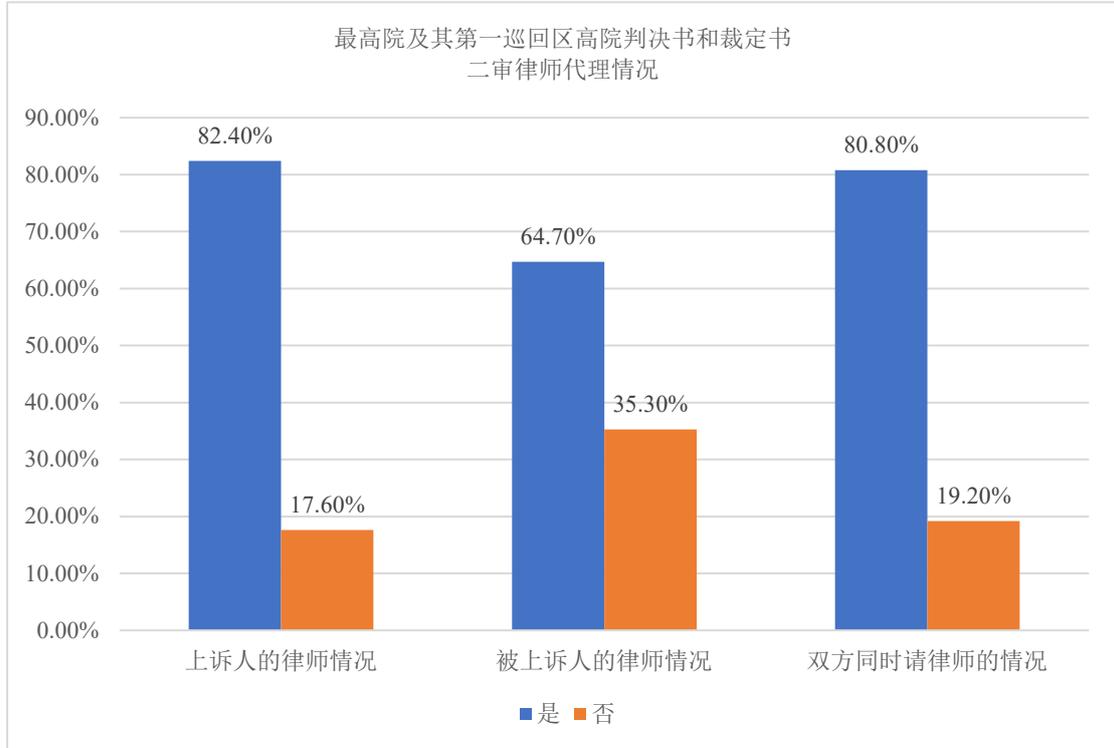


图 10 最高法院及其第一巡回区内高院判决书与裁定书 二审律师代理情况

根据图 11，在最高法院及其第一巡回区内高院再审审理的 376 份案例中，再审申请人聘请执业律师作为委托诉讼代理人的案件数量约占总数的 62.5%；被申请人聘请执业律师作为委托诉讼代理人的案件数量约占总数的 26.6%；双方同时聘请律师的案件数量占再审判决总数的 39.5%。再审申请人聘请执业律师作为诉讼代理人的比例远高于被申请人聘请执业律师的比例。

《民事诉讼法》第一百九十九条规定：“当事人对已经发生法律效力判决、裁定，认为有错误的，可以向上一级人民法院申请再审；当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的案件，也可以向原审人民法院申请再审。当事人申请再审的，不停止判决、裁定的执行”。再审是对已生效的判决或裁定进行纠正的程序，对于在生效判决或裁定中败诉的当事人而言，其承担着不利的结果，再审是最后的诉讼救济途径，其更期望能够在再审中获得专业人士的协助

以求改变诉讼结果。因此，相较于被申请人而言，其聘请律师作为诉讼代理人的比例远高于被申请人。

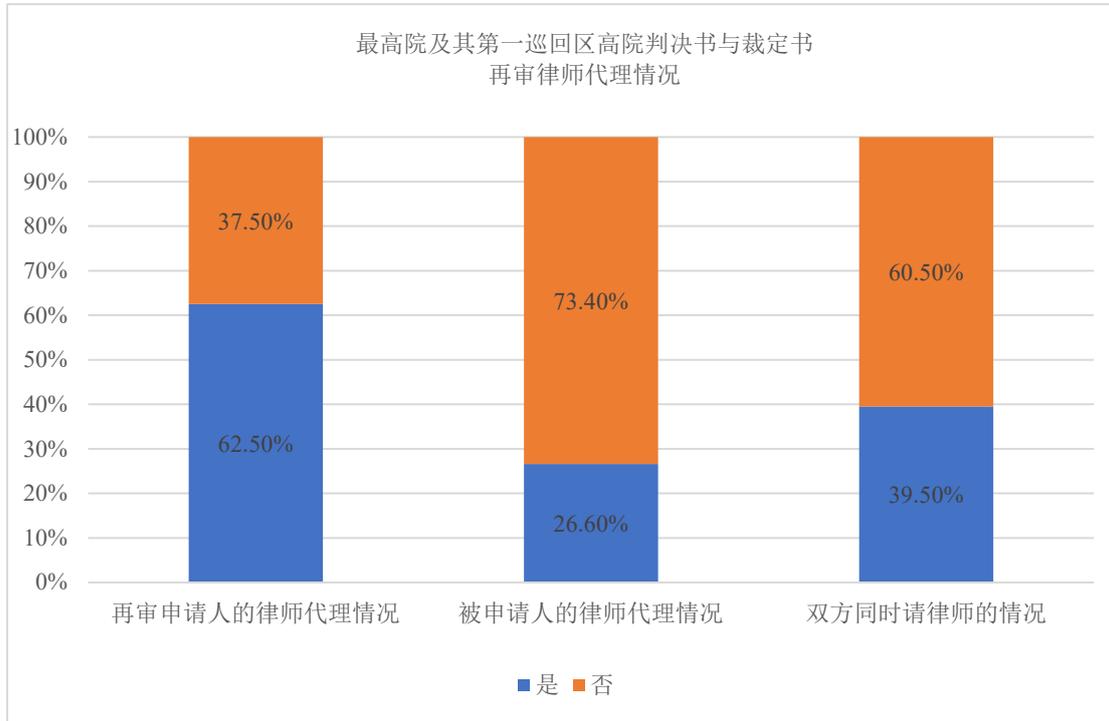


图 11 最高院及其第一巡回区内高院判决书与裁定书 再审律师代理情况

二、大湾区九市中院判决书大数据分析

(一) 案件数量

根据图 12，截止至搜索基准日，2016 年至 2020 年间，大湾区九市中院作出的判决数量共 1846 个。由于大湾区九市中院在 2020 年所作出的判决书尚未完全公布，2020 年判决书数量仅为参考，但合理预测实际案件数量将在 572 份的基础上有所增加，案件数量整体呈逐年稳步上升趋势。在各市经济快速发展与城市化率不断提高的同时，相关装饰装修合同纠纷案件数量也相应增多。



图 12 大湾区九市中院判决书 案件数量 (1)

根据图 13，大湾区九市中院在 2016 年至 2020 年的审判案件所出的 1846 件案件数量中，东莞市占比 10.68%，佛山市占比 15.66%，广州市占比 30.57%，深圳市占比 15.41%，惠州市占比 5.8%，江门市占比 2.18%，肇庆市占比 2.6%，中山市占比 9.6%，珠海市占比 8%，广州市作为广东省省会，案件数量占比最大，案件数量最多。

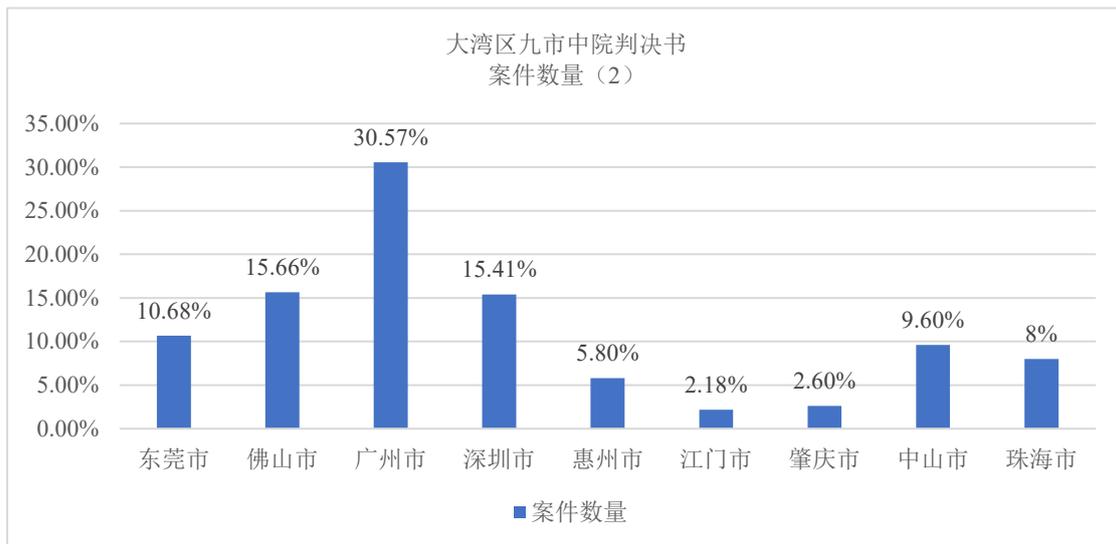


图 13 大湾区九市中院判决书 案件数量 (2)

（二）审判程序

在大湾区九市中院审理的 1846 份案件中，二审案件数量占比达到 98.81%，一审与再审案件数量占比极少，分别占比 0.7%与 0.4%。这是因为装饰装修合同纠纷案件的标的额通常比较小，一般由基层人民法院对装饰装修合同纠纷案件进行一审管辖，再通过当事人提起二审进入中院管辖。

（三）审判结果

1. 大湾区九市中院判决结果分析

根据图 14，在大湾区九市中院一审的案件数量共有 15 个，其中判决结果为“全部支持”的案件数量占比 54%，“部分支持”占 23%，中级法院在一审中支持（包括全部支持与部分支持）当事人诉求的案件数量较多。

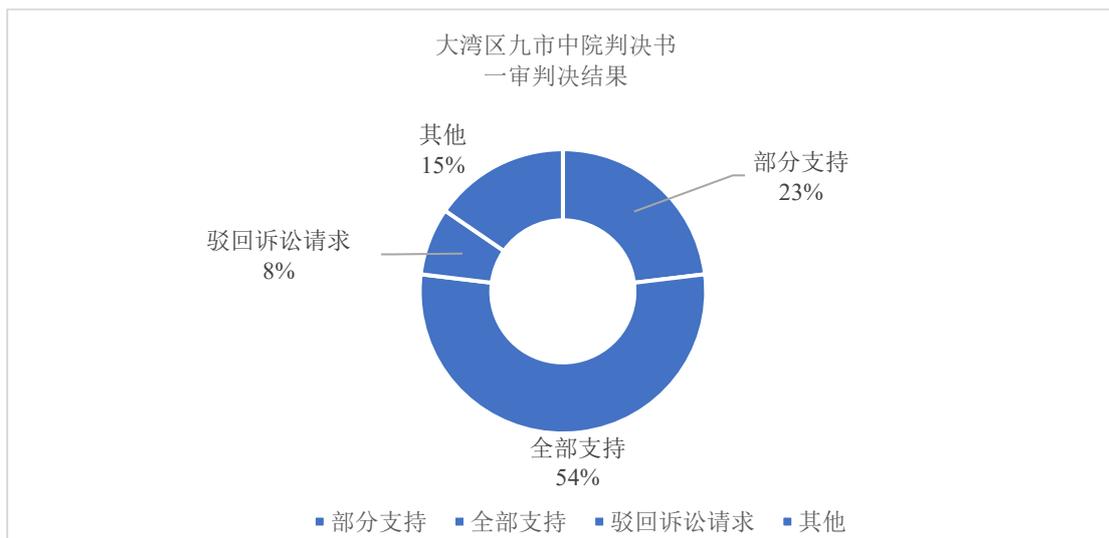


图 14 大湾区九市中院判决书 一审判决结果

根据图 15，在大湾区九市中院审理的二审案件中，“撤回上诉”案件数量占比 0.3%，“改判”的案件数量占比 23%，“其他”类判决结果（主要是指“部分改判”“部分维持原判”和“指令再审”）占比数量占比 1%，“维持原判”的案件数量占比 76%。由此可以看出，装饰装修合同纠纷案件二审判决结果为“维持原判”的可能性非常大，一审败诉方想要在二审中反败为胜的可能性较小。这说明当事人要注重一审程序的审理，在一审程序中尽可能举证以积极主张自己的权利，不可抱有侥幸心理。

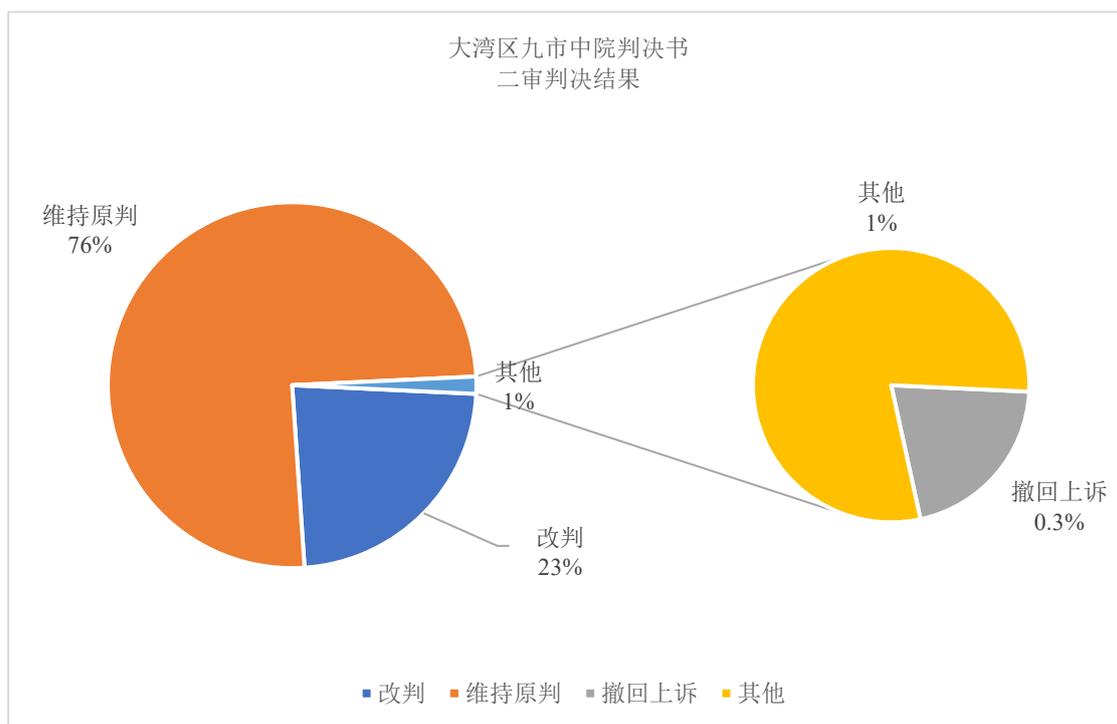


图 15 大湾区九市中院判决书-二审判决结果

2. 广州中院判决结果

广州中院一审判决案例仅 1 例，判决结果为“全部支持”。再审判案例为 3 例，判决结果为 1 例“改判”，2 例“维持原判”。根据图 16，广州中院二审“维持原判”的案例数量占比 79%，“改判”的案例数量占比 18%，这同样说明当事人想要在二审中实现逆风翻盘的可能性较小。

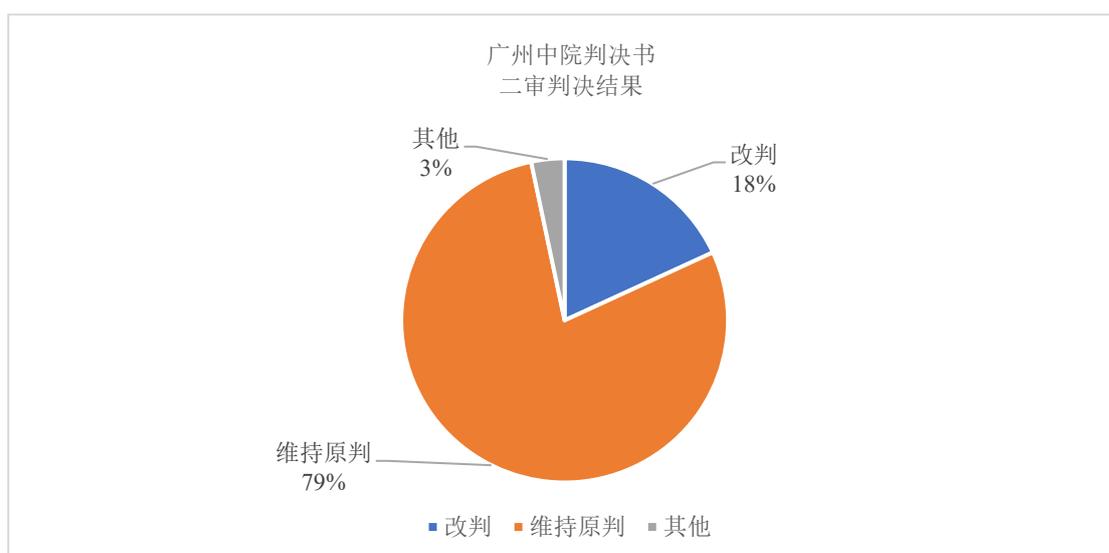


图 16 广州中院判决书 二审判决结果

3. 深圳中院判决结果分析

深圳中院审理的一审案件数量仅为 2 例，法院判决结果均为“全部支持”。根据图 17，其二审案件数量为 278 例，“维持原判”案件数量占比达 73.5%，“改判”的案件数量占比达 25.3%，“其他”类裁判结果如“撤回上诉”“指令再审”的案件数量仅占 1.2%，同样，在二审程序中，败诉人想要反败为胜的可能性较小。

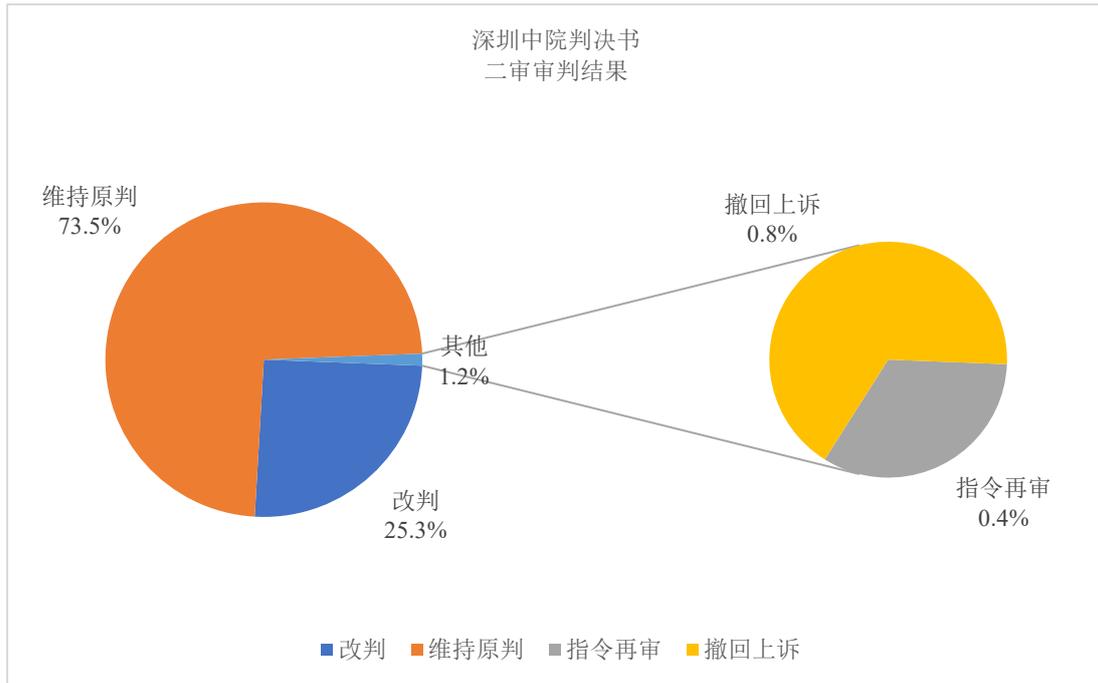


图 17 深圳中院判决书 二审判决结果

（四）反诉情况

根据图 18，在大湾区九市中院审理的 1846 份案件的判决书中，涉及反诉的案件数量占案件总数的 30%。在其一审、二审、再审程序中，涉及反诉与不涉及反诉的案件占比都较为接近。可见，当事人提起反诉的可能性较大。这是因为，其一，反诉作为一种主动的抗辩并不依附于本诉存在，在司法审判中当事人为了获得谈判或者调解的筹码，会通过提起反诉以增加案件的审理难度或者有效地拖延诉讼时间以增加胜诉的可能性；其二，提起反诉缴纳的诉讼费可以减半，节约诉讼成本；其三，相较于本诉被动地答辩，反诉对被告的反驳更为强有力，且即便本诉败诉，反诉作为独立的诉讼请求也不会因此受到影响。

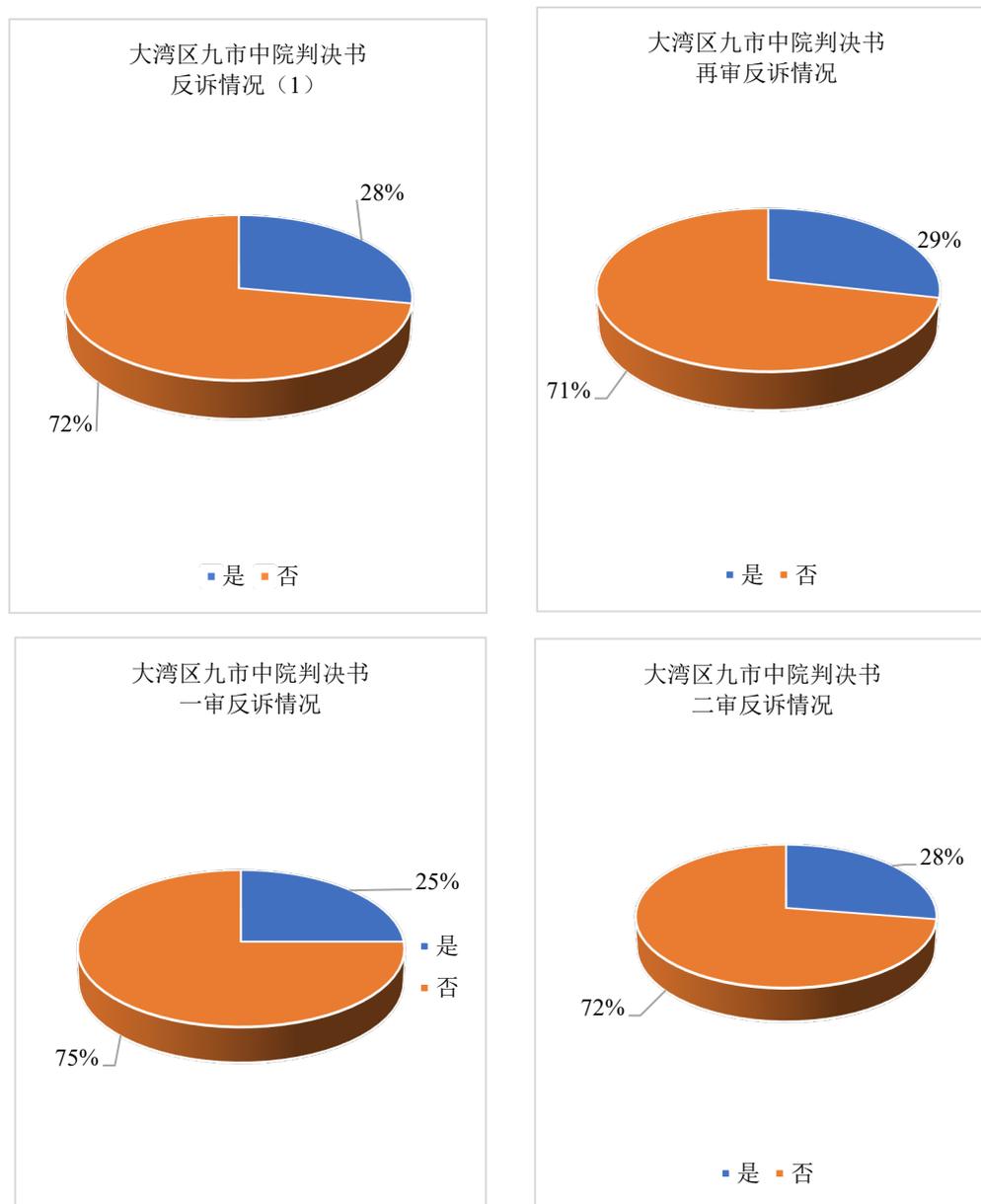


图 18 大湾区九市中院判决书 反诉情况 (1)

根据图 19，涉及反诉与不涉及反诉的占比在不同地区中也基本保持一致。整体观之，就装饰装修合同纠纷案件而言，当事人是否提起反诉与行政区域、案件审理程序等外部因素无特别的、直接的联系，仅与装饰装修合同纠纷案件本身的案情有关。

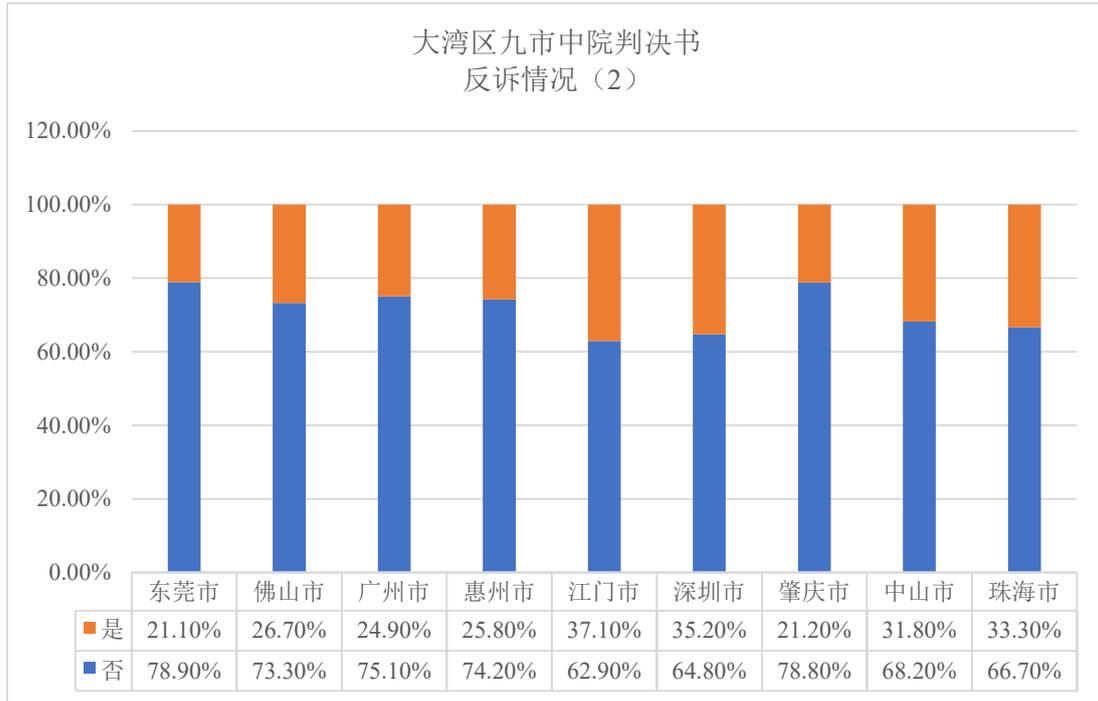


图 19 大湾区九市中院判决书 反诉情况（2）

（五）律师代理情况

根据图 20，在大湾区九市中院审理的 1846 份案件判决书中，原告或上诉人或再审申请人委托执业律师代理的案件数量占比 75.3%，被告或被上诉人或再审被申请人委托执业律师代理的案件数量占比 66.1%。被告或被上诉人或再审被申请人委托执业律师代理案件比原告或上诉人或再审申请人委托执业律师代理案件数量少。这是因为在司法审判中，原告/上诉人/再审申请人需要积极举证以主张和保护自己权利的，而被告/被上诉人/被申请人一方仅需应诉答辩，原告相较于被告而言处于更为劣势的地位，更为需要聘请专业人士予以协助。

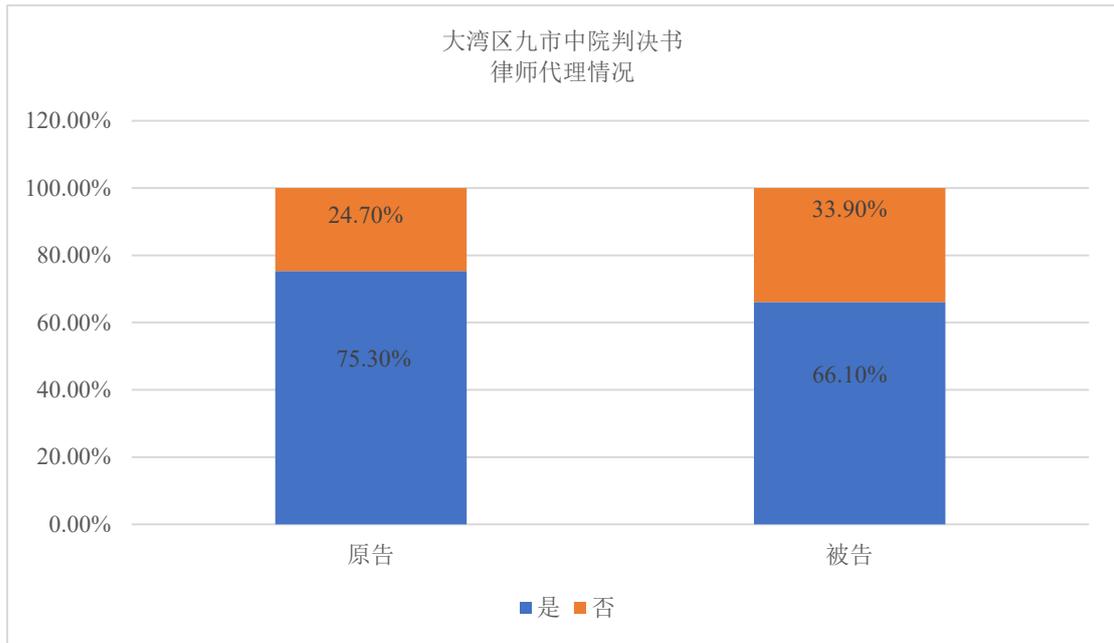


图 20 大湾区九市中院判决书 律师代理情况

根据数据分析，在大湾区九市中院一审程序审理的 15 起案件中，原告聘请代理律师的案件数量占比 41.67%，被告聘请代理律师的案件数量占比 16.67%，原告比被告更倾向于聘请代理律师。在大湾区九市中院再审审理的案件中，申请人聘请代理律师的案件数量占比 57.14%，被申请人全部都聘请了代理律师参与到了案件审理过程中。在再审中被申请人相较于申请人更倾向于让执业律师参与到案件审理中来以维护自己的权利。

根据图 21，在经由二审程序审理的案件中，上诉人聘请代理律师的案件数量占比 75.63%，被上诉人聘请代理律师的案件数量占比 66.35%。由此观之，在二审程序中，多数上诉人与被上诉人都倾向于聘请执业律师代理案件以维护自己的权利。这是因为我国实行两审终审制度，一审中各方当事人不服一审判决结果时还享有上诉权，但二审判决为终审判决，判决一经作出/宣判/送达⁹即生效，当事人认为二审判决错误的只能通过提起再审申请，但生效的判决不因再审而停止执行，因此当事人在二审中面临的风险更大，其更倾向于聘请专业的律师以维护自己的权利。

同时，上诉人相较于被上诉人更加倾向于聘请代理律师，这是因为上诉人一

⁹ 我国法律并没有对二审判决的生效时间做明文规定，在司法实践中主要有判决一经作出/宣判/送达即生效三种观点。

般都是在一审中承担不利诉讼结果且认为该种不利结果不应由自己承担的当事人，其期望在二审中反败为胜，因此往往更倾向于聘请专业律师参与到诉讼中以最大程度地减少自己再次败诉的风险。

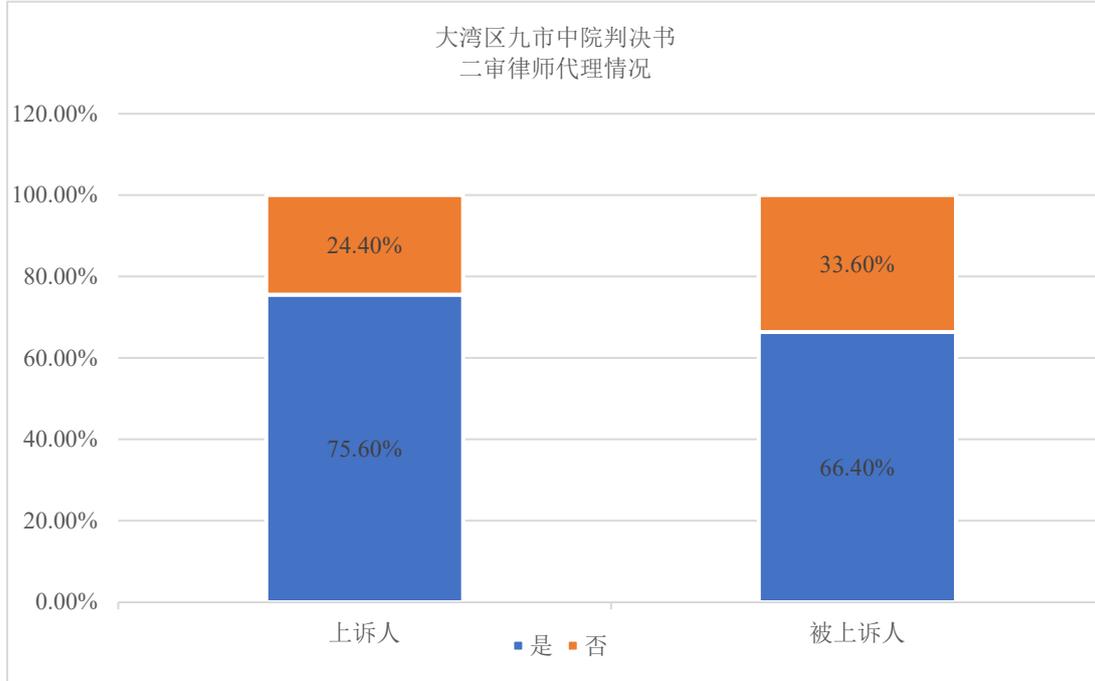


图 21 大湾区九市中院判决书 二审律师代理情况

三、装饰装修合同纠纷判决书争议焦点分析

本报告将装饰装修合同纠纷案件的争议焦点分为合同工期纠纷、工程质量纠纷、实际施工人权利保护纠纷、合同效力纠纷、合同解除纠纷、合同价款纠纷。

(一) 合同工期纠纷

在实践中，大量的装饰装修工程由自然人或个体工商户发包，并由自然人或施工队承包，有的发包人并不会下发正式的开工通知，且一些小规模的装饰装修工程也不属于必须办理施工许可证的工程。因此，对于装饰装修合同中的工期纠纷，往往难以直接适用《建设工程司法解释（一）》中关于开工日期与竣工日期的规则进行认定。法院需要根据发承包双方的举证质证，综合全案的实际情况对工期争议以及发包人因工期延误而主张的租金损失、营业损失及违约金等作出裁判。

1. 因发包人原因导致工期延误的情形

通过梳理近年涉及工期纠纷的装饰装修合同案件,可以发现法院认为发包人需要对工期延误承担一定责任的案件数量占比较大。究其原因,在装饰装修工程中,发包人通常有较多个性化的设计要求,对承包人的施工干预程度较大。在施工过程中,发包人往往会对设计方案、家具采购等提出修改意见,工程出现设计变更或增加工程量是较为普遍的现象。除此以外,发包人未按时支付工程款及没有提供施工条件也是法院认为承包人可以合理顺延工期的情形。

(1) 发包人提出大量的设计变更或增加工程量

在装饰装修合同纠纷中,发包人进行设计变更或新增工程量是法院认定发包人应对工期延误承担一定责任的主要原因。

在最高院(2016)最高法民申890号案中,发包人洪城置业公司与承包人博大公司就主支排水管拆除及新建由哪方负责、施工设计图确定、变更设计调整施工、高度设计调整、3F和4F疏散通道暂缓施工、多处区域暂缓施工、4F和5F调整施工方案、5F和6F规划动线图调整、6F调整部分方案确认后再行施工等进行了几十次回函,法院认为这证明了洪城置业公司造成涉案工程大量施工延误。

在广州中院(2020)粤01民终19315号案中,发包人王波扬在施工过程中增加了工程量,法院认为由于双方没有明确约定新增工程的工期,且增加的工程量比合同约定的工程量多并与原合同内工程存在交叉作业的情形,故王波扬主张按合同约定的工期要求承包人东日公司承担工程逾期责任明显不合理。

(2) 发包人未按约定支付工程款

《民法典》第八百零三条规定:“发包人未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的,承包人可以顺延工程日期,并有权请求赔偿停工、窝工等损失”因此,在装饰装修合同纠纷中,发包人未按时支付工程款也成为承包人豁免工期延误责任的重要依据。

在最高院(2016)最高法民申352号案中,法院认为发包人苏闽酒店始终未按合同约定的期限支付或付足工程款,根据同时履行抗辩的规定,承包人锦丽华公司有权顺延工期。

在最高院（2013）民申字第 501 号案中，法院认为发包人一建十一处未严格按照合同约定支付工程款，根据合同实际履行情况及民事活动的公平原则，一建十一处应承担部分逾期竣工违约责任。

在深圳中院（2018）粤 03 民终 20756 号案中，涉案工程总造价为 48400 元，发包人陈利华未经验收且实际使用涉案房产，但仅支付了 25000 元。法院认为根据《合同法》第二百八十三条¹⁰的规定，因陈利华付款迟延导致工期迟延，所致损失应由其自行承担。

（3）发包人没有提供施工条件

装饰装修工程一般需要在一定的基础工程上进行，这就需要发包人提供适格的施工条件。如果发包人提供的施工条件不能满足承包人的施工要求，承包人可以主张工期顺延。

①发包人没有及时提供施工图纸

在湖南高院（2020）湘民终 1202 号案中，法院认为发包人捷信公司应当及时、准确地向承包人广大公司提供施工所需图纸，捷信公司要求广大公司 2017 年 5 月 13 日开工，却在 2017 年 6 月 5 日才向广大公司提供施工所需图纸，且在 2017 年 7 月 10 日向广大公司又提供变动较大的施工图纸，客观上的确影响了广大公司的施工进度，案涉工期应予顺延。

②发包人未能及时提供施工场地

在深圳中院（2018）粤 03 民终 4710 号案中，因发包人杰科律所与涉案房产业主存在纠纷，涉案合同未能履行，法院认为在该履行障碍消除后，合同双方均应给予对方合理的必要的准备时间，协商一致以确认重新入场施工的时间。本案中，自 2017 年 7 月 17 日米朵公司离场，至 2017 年 8 月 1 日杰科律所发函要求米朵公司重新入场施工，时间已近半月，依日常生活经验法则，米朵公司确需一定的时间组织施工人员重新入场，故支持其关于工期顺延的主张。

③发包人提供的工作界面不能满足承包人的施工要求

在最高院（2017）最高法民申 975 号案中，发包人博地公司一直存在主体工

¹⁰ 现《民法典》第八百零三条。

程未完工、工作面不能完全腾出等问题，至博地公司起诉以后，博地公司仍然有钢结构安装未到位、东立面、南立面升降机未拆除等影响施工等问题。因适格的施工条件是工程正常施工的必要前提，博地公司未能为承包人西飞公司提供适格的施工条件，其对工期延误负有一定责任。

在最高院（2016）最高法民申 278 号案中，经法院委托鉴定，发包人希冀公司未完成土建工程已对正合公司室内装饰工程造成了严重影响，导致其无法正常进行装修工程的施工。因此，法院认为希冀公司应对承包人正合公司工期延误及案涉合同解除承担主要责任。同时，施工现场存在的交叉作业也会对开展装饰装修工作产生影响。

在广东高院（2018）粤民申 5722 号案中，发包人大观公司同时将相关的水电、消防、二楼屏风门等工程发包给不同的施工单位进行施工，法院认为装饰装修工程易受水电、消防等安装工程的影响，需发包方对各施工单位进行协调，大观公司的水电、消防等安装工程对涉案装饰装修工程的进度造成影响。

2. 承包人应承担的举证责任

在工期纠纷中，对于发包人而言，只要其能证明工程实际施工天数多于合同约定的天数、或者实际竣工日期晚于合同约定的竣工日期，基本就完成了主张承包人工期延误的举证责任。对于承包人而言，在发包人已经初步举证证明工程存在工期延误后，通常其需要就工程可以顺延工期的合理情形进行举证，否则可能需要承担相应的工期违约责任。

在深圳中院（2019）粤 03 民终 16162 号案中，发包人深华艺公司主张因工程设计变更、现场签证等原因导致工期需予顺延。法院认为，深华艺公司并未提交充分证据证明涉案工程具体存在哪些设计变更、该变更是否需延长原有工期及具体需延长多少工期，深华艺公司应就此承担举证不能的不利后果。

在广州中院（2021）粤 01 民终 2258 号案中，合同虽约定承包人龙发广州分公司可以国家法定节假日申请顺延工期，但须书面申报并经发包人心语公司盖章确认，但龙发广州分公司并未举证证明其已就国庆假期顺延工期书面申报并经心语公司确认，因此工期不予顺延。

在东莞中院（2020）粤 19 民终 5028 号案中，承包人三邦公司主张案涉工程未取得建设工程施工许可证，现场不符合施工条件，导致工期延误。法院认为三邦公司在施工前后均未以案涉工程无建设工程施工许可证为由要求顺延工期，且合同约定其在承接此装修工程前已到工地现场多次详尽勘查，充分了解工地位置、情况、道路、储存空间、装卸限制及任何其他足以影响承包价及工期的情况，再以施工现场不符合条件为由否定工期延误的责任，与上述合同条款约定相悖。

3. 开工日期与竣工日期的认定

在装饰装修合同纠纷中，对于没有正式下发开工通知及办理竣工验收的工程，通常需要法院综合发承包双方提交的证据予以认定，发包人与承包人的聊天记录、来往函件、承包人的退场日期、发包人的付款日期以及实际使用日期等都可以作为法院认定开工日期与竣工日期的依据。

在珠海中院（2020）粤 04 民终 1351 号案中，法院认为承包人省装饰公司应对实际开工时间负有举证责任。省装饰公司提交《建设工程消防设计审核意见书》欲证明其系在消防设计审核通过的次日进场施工。法院认为，根据《建设工程消防监督管理规定》第十三条第六款关于人员密集场所的规定和《消防法》第十二条的规定，涉案亚苏尔餐厅和武藏餐厅虽然建筑面积均大于 500 平方米，但省装饰公司无证据证明两餐厅属于具有“娱乐功能”的餐馆，故其未能证明两餐厅的装饰装修工程属于应当向公安机关消防机构申请消防设计审核的情形，案涉工程仅属于“经依法抽查”的“其他建设工程”，并不当然以消防设计审批合格作为开工前提。依据省装饰公司提交的证据《关于珠海华发商都工程资金缺口问题的事宜》的复函，发包人佳景公司认为开工日期是 2014 年 7 月 1 日，法院认为该日期为开工日期更符合本案实际情况。关于完工时间，省装饰公司主张分别于 2014 年 9 月 25 日和 9 月 28 日将涉案两餐厅装修工程交付。法院认为，该两日期为省装饰公司向佳景公司发出电子邮件、提出工程竣工并提交业主使用的时间，并非实际交付时间，依据佳景公司 2014 年 10 月 1 日开张营业的实际情况，法院结合《建设工程司法解释》第十四条¹¹的规定，认定交付使用时间为 2014 年 9 月 30 日。

¹¹ 现《建设工程司法解释（一）》第九条。

在广州中院（2020）粤 01 民终 3226 号案中，法院根据承包人冠谱公司提供的管理处出具的《施工许可证》载明的施工日期认定了开工日期。关于完工时间，2018 年 7 月 23 日发包人夫子公司在微信群中向冠谱公司提出清场结算，冠谱公司同意 25 日现场结算，可见双方已经就合同解除达成一致意见。合同解除后，冠谱公司没有继续施工义务，且在 2018 年 7 月 25 日前已经退场，因此完工时间应为 2018 年 7 月 25 日。

在珠海中院（2020）粤 04 民终 1261 号案中，发包人吴雄在 2017 年 11 月 18 日前支付了工程款 31068.4 元，法院认为该笔金额符合《装修施工合同》约定的首期款，该时间为选材料当天，法院认定为开工日期。关于完工时间，吴雄举证的微信聊天记录显示 2018 年 7 月 12 日装完衣柜，法院采纳吴雄主张的完工时间。

4. 因承包人原因出现工期延误，对发包人主张租金损失的认定

在装饰装修合同纠纷中，对于发包人主张的租金损失，法院予以支持的可能性比较高。这是因为装饰装修工程往往已经是整个工程的“最后一公里”，完成装修后工程一般即可投入使用。并且，很多发包人并不是对自建工程进行装饰装修，而是从别处承租物业后再进行装修。因此，如果出现工期延误，工程不能及时投入使用，发包人必然会产生租金损失。

（1）涉及商业经营或办公场所的租金损失认定

在涉及商业经营或办公场所的装饰装修合同纠纷中，因承包人原因导致工期延误后，如果发包人能够提交租赁合同等证据证明其确实产生了租金损失，法院一般予以支持。

①参考发包人提供的租赁合同认定

在广州中院（2020）粤 01 民终 10939 号案中，发包人张艳权主张工程逾期竣工产生了商铺租金损失，并提交了《商铺租赁合同》、支付租金的银行流水等证据。法院认为上述证据可以形成完整的证据链，能够证明张艳权已支付涉讼商铺的租金。

在珠海中院（2019）粤 04 民终 468 号案中，法院认定发包人凯宏酒店提交的《租赁合同》载明其租用酒店大楼每月租金及管理费，虽然承包人皖美公司主

张没有对酒店大楼的 2、3 楼进行装修则不应承担该部分面积的租金损失，但因案涉工程工期延误会影响到酒店大楼的整体使用，凯宏酒店的酒店租金损失不可能仅系装修楼层的租金损失，因此对凯宏酒店的该项诉求予以支持。

②如果法院已经支持发包人关于逾期完工违约金的主张，可能不会再支持有关租金损失的主张

如果合同中约定了承包人需要承担逾期完工的违约金，在法院已经支持了发包人关于违约金主张的情况下，有的法院认为该违约金已经能够覆盖发包人所遭受的租金损失，发包人再向承包人主张租金损失可能不会得到法院支持。

在珠海中院（2018）粤 04 民终 1946 号案中，因承包人羿天公司原因造成工期延误天数为 11 天，按照合同约定每延迟一天按工程总额 1%计算损失，违约金为 9856 元。发包人纬泓公司还主张工期延误导致租金等损失 111282.82 元，法院认为，双方约定了违约责任，即有弥补损失及违约惩罚之意，故不予支持该项主张。

在广州中院（2020）粤 01 民终 17851 号案中，法院认为发包人创裕公司除逾期完工违约金外还要求赔偿租金和管理费的损失，但法院支持的违约金足以弥补其损失，故对其主张的损失不予支持。

（2）涉及公寓住宅的租金损失认定

在涉及公寓住宅的装饰装修合同纠纷中，尤其是发包人对其自有房屋所主张租金损失时，法院会重点考察发包人主张的租金金额的合理性。

①参考发包人提供的租赁合同认定

在广州中院（2020）粤 01 民终 22967 号案中，一审法院认为，承包人颜儒富延期完工的行为确已构成违约，发包人李红梅将装修房屋出租的月租金为 4000 元。由于合同对工期延误的违约责任无约定，综合工期延误的时间、施工工期内的公众假期，李红梅的实际损失等因素综合考量，一审法院酌情支持颜儒富应向李红梅支付违约损失 4000 元，二审予以维持。

②参考涉案房屋同期同路段房屋租赁指导性租金标准认定

在深圳中院（2018）粤 03 民终 20755 号案中，一审法院认为，承包人恒泰

公司逾期完工已构成违约，发包人陈思蓓主张房屋租金损失，理由成立。但陈思蓓主张按照 6000 元/月的标准计算租金，仅凭物业公司的证明，明显证据不足，一审法院根据涉案房屋的状况（商业商品房、高层、77.76 平方米）酌定按照同期同路段房屋租赁指导性租金标准计算租金。二审法院认为，物业管理公司并无对租金标准进行评估的资质，该 6000 元/月的标准本身相较于陈思蓓自行提交的与案外人签订的租赁合同亦明显虚高，不足为证。考虑到涉案房屋同期同路段房屋租赁指导性租金标准仅为 9 元/月，陈思蓓所提交租赁合同也并非本案诉争延期完工期间，且涉案工程总价款仅为 49850 元而陈思蓓至今尚有近半未付，要求恒泰公司承担过高租金损失亦有失公平，一审参照同期同路段房屋租赁指导性租金标准计算租金并无明显不当。

③参考房地产租金市场价值评估结果认定

在珠海中院（2019）粤 04 民终 1218 号案中，一审法院酌定案涉场地的闲置时间为 2017 年 3 月 1 日至 2017 年 7 月 31 日，造成该段时间闲置损失的责任由发包人陈静承担 80%，承包人黄菲承担 20%。在一审审理过程中，经陈静申请，一审法院依法委托房地产评估机构对案涉场地自 2016 年 7 月 1 日至 2018 年 6 月 30 日止的房地产租金市场价值进行评估，参照评估结果，案涉场地 2016 年 7 月 1 日至 2017 年 6 月 30 日的年租金为 538692 元、2017 年 7 月 1 日至 2018 年 6 月 30 日的年租金为 554808 元，因此案涉场地自 2017 年 3 月 1 日起至 2017 年 7 月 31 日的租金损失为 225798 元，黄菲应承担 45159.6 元。二审法院认为，一审法院酌定案涉场地的闲置时间以及双方承担责任的比例，为行使自由裁量权的表现，较为合理，本院予以尊重并维持。

5. 因承包人原因出现工期延误，对发包人主张营业损失的认定

《民法典》第五百八十四条规定：“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，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但是，不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失”。在涉及商业经营的装饰装修合同纠纷中，因承包人原因导致工期延误，发包人无法按照原计划使用工程，进而无法按期开业，就其主张的营业损失是否属于预期利益损失，是否能够要求承包人承担赔偿责任，在司法实践中存在一定的争议。

（1）有法院对发包人主张的营业损失予以支持

在司法实践中，有法院认为，发包人因承包人原因导致工期延误而产生的营业损失属于预期利益损失，应由承包人承担。

①在逾期完工违约金中考虑营业损失

在广州中院（2020）粤 01 民终 10939 号案中，发包人张艳权根据合同约定，向承包人主张逾期完工违约金 22.1 万元，并主张涉讼工程逾期竣工造成其未能在五一黄金周前开业产生了预期利益损失。法院综合考虑涉讼商铺逾期开业对张艳权造成的预期利益损失，以及违约金兼具补偿性与惩罚性的性质，酌情支持承包人万宏公司、代军向张艳权支付 18 万元逾期竣工违约金。

②参考营业损失评估结果认定

在最高院（2019）最高法民终 1604 号案中，经发包人中联公司的申请，一审法院委托鉴定机构对停业损失进行司法鉴定。鉴定意见书载明，依据中联公司提供的相关证据材料计算，穆棱中联广场未能按期交工间的停业损失费用为 5794240.24 元。一审法院与最高院认定双方当事人对逾期竣工均有过错责任，结合双方过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素，酌定该损失由双方当事人平均分担。

（2）有法院对发包人主张的营业损失不予支持

通常未开业期间的营业损失比较难举证，如果发包人不能证明其必然产生了营业损失，法院可能不予支持。

①发包人未能证明其存在营业损失

在珠海中院（2019）粤 04 民终 468 号案中，对于发包人凯宏酒店主张的酒店利润损失，法院认为其提交的酒店利润表系其公司自行制定的，数据可能并不完全客观，且没有其他相应的账簿或第三方的审计报告相互印证，法院很难据此断定案涉工程酒店在工期延误期间一定盈利，凯宏酒店的举证不足以证明延误期间酒店必定存在利润损失，故不予支持。

在深圳中院（2018）粤 03 民终 11456 号案中，法院认为发包人上海一娜公司依据同品牌其他店铺的经营收益数额以主张其经营收益损失，于法无据，故不予支持。

②逾期完工违约金中已经考虑了营业损失

如前所述，有法院在认定逾期完工违约金时会考虑发包人遭受的营业损失，因此会有法院认为，正是在逾期完工违约金中已经考虑了营业损失，所以对发包人要求赔偿营业损失的主张不再予以支持。

在广州中院（2020）粤 01 民终 3223 号案中，对发包人永德堡酒店主张逾期竣工造成其营业收入损失，法院认为其提交的营业收入表等证据不能证明该损失与本案有直接因果关系，同时法院支持了其要求承包人支付逾期竣工违约金 20 万元的主张，已经考虑了永德堡酒店经营损失的因素。

在深圳中院（2019）粤 03 民终 9960 号案中，深圳中院也认为，由于已经对承包人逾期完工违约金予以支持，对发包人朗廷酒店另行主张的营业损失不再予以支持。

6. 因承包人原因出现工期延误，对发包人主张逾期完工违约金的认定

《民法典》第五百八十五条第一款与第二款规定：“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少”。在装饰装修合同纠纷中，如果合同约定的违约金过高，法院可能会综合发承包双方的履约情况予以酌情调低。

（1）考虑发包人的违约程度予以调整

在湖南高院（2019）湘民申 787 号案中，发包人要求按照合同约定的计算标准支付逾期完工违约金 600 万元，法院认为承包人金德恒公司退场后发包人未对工程进行验收但接收了场地，且合同签订之后仍有工程量增加、未足额支付进度款的情况，应适当减轻金恒德公司的违约责任，法院综合延期误工的天数、违约情形、工程量增加等因素，结合当事人因延期误工的实际损失情况，酌情认定金恒德公司支付违约金 100 万元。

在深圳中院（2019）粤 03 民终 9960 号案中，涉案工程为布吉朗廷酒店装修工程，合同价款为 126 万，合同约定的逾期完工违约金为合同金额的 20%。深圳

中院认为，违约金应以实际损失为基础，还应结合当事人的过错程度以及预期利益等综合因素予以衡量，根据发承包双方各自造成逾期完工的责任大小，酌情认定承包人海内公司应承担 10%的违约金。

(2) 考虑承包人的违约程度予以调整

在广州中院（2020）粤 01 民终 2312 号案中，双方约定的逾期完工违约金为 10 万元。广州中院认为，承包人博今公司退场时，实际未完工部分的工程价值仅为 2450 元，占整个工程比例较小，且即便博今公司在工期到期前撤场，发包人高建鹏亦应当在合理期限采取适当措施防止损失的扩大，对于扩大的损失应由其自行承担。现因双方均未能提供违约损失的具体数额，所以无法根据实际损失与违约金的差额作出违约金是否过高的判断。广州中院结合合同的履行情况，当事人的过错程度等因素，根据公平原则，酌定博今公司向高建鹏支付违约金 4 万元。

在珠海中院（2020）粤 04 民终 1225 号案中，发包人伊美名媛公司主张承包人金思维公司应支付违约金 170433.5 元，法院认为在已经支持金思维公司赔偿租金及员工公司损失后，违约金应着重考虑对金思维公司违约的惩罚性功能，综合考虑本案中双方合同履行的程度、金思维公司擅自撤场的违约情形、伊美名媛公司的实际损失等因素，酌定为 40000 元。

(3) 参考银行利率予以调整

在司法实践中，还有一种调整违约金计算标准的方式是参照银行利率调整。例如，在广州中院（2020）粤 01 民终 6596 号案中，发包人华辉公司主张按照合同约定的工期延误一天按 20000 元计算违约金，法院酌情调整为以包干价 1176 万元为基数，按照全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率，按实际逾期天数计算工期延误违约金。

在珠海中院（2018）粤 04 民终 1457 号案中，法院认为，违约金主要为补偿守约方损失，兼具惩罚性功能。涉案施工合同约定工期延误按照合同暂定价每日 2‰标准计算违约金，相当于年利率 72%，确属违约金约定过高，而珠江公司并未举证证实其损失大小，因此酌情将违约金调整为年利率 24%，既能弥补珠江公司损失，又体现惩罚性质。

（二）工程质量纠纷

本次主要研究近年来装饰装修合同纠纷案件中有关质量争议的案件，就本次判例研究中笔者发现的几个问题，阐述如下：

1. 装饰装修工程中，未经竣工验收，发包人提前使用的情况大量存在。根据《建设工程司法解释（一）》第十四条的规定，发包人以质量不符合约定为由主张权利，很难得到法院的支持；但是也有例外情况，如装饰装修工程中的电气工程。

在装饰装修合同纠纷中，由于装饰装修工程标的额通常较小，且装饰装修工程完成后，往往已经具备入住或使用的条件，而发包人通常没有进行竣工验收的意识，存在大量发包人在未经竣工验收后，提前使用工程的情况。《建设工程司法解释（一）》第十四条规定：“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，人民法院不予支持；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。”显然装饰装修工程并不涉及地基基础工程和主体结构质量，因此，在未经竣工验收的情况下，发包人擅自提前使用工程，后续欲主张装饰装修工程质量存在问题，有极大的困难。

在司法实践中，举证证明质量存在问题的难度已经很大，再加上发包人提前使用了工程，对于发包人工程质量不合格的主张，法院往往很难支持。如（2016）最高法民申 352 号案，最高院认为发包人未经竣工验收使用工程，丧失了主张工程质量的權利。即使发包人通过委托鉴定出具鉴定报告，欲证实工程的质量确实存在缺陷，也可能因为鉴定的时间点是在发包人使用工程之后，而不能得到法院的支持。如（2019）粤民申 13481 号案中，鉴定机构的鉴定时间是在发包人入住一年之后，故广东高院认为鉴定报告不足以推翻原案判决。

但是也有例外情况，如装饰装修工程中的电气工程，在装修完成后，很难从外部通过一般的方式予以检验。在（2019）粤 03 民终 22278 号案中，深圳中院认为，在鉴定机构的鉴定意见能够证实涉案工程存在较多质量问题的情况下，以发包人擅自使用工程为由，视为工程验收合格，有欠妥当。

2. 大部分法院认为，工程未经竣工验收，发包人提前使用的行为并不免除承包人依法应当承担的保修义务。

在未经竣工验收情况下，提前使用工程，发包人主张质量保修责任的请求，大部分法院持支持态度。法院认为，工程保修义务是承包人在一定期间内，确保其承建工程能正常使用并承担保修的责任，是根据合同约定或国家强制规定的义务。发包人未经竣工验收，提前使用工程的行为，并不免除承包人依法应承担的工程质量保修义务。承包人仍然应当在保修期限及保修范围内承担相应的责任。

(2020)粤民申 372 号案中，广东高院认为：“涉案房屋装饰装修工程完工后虽没有进行工验收，但因装修工程尚在装修质量保修期内，御园公司负有保修的义务。”(2018)粤民申 7456 号案、(2019)桂民申 1742 号案中，法院也支持了上述观点。

3. 装饰装修工程多方施工或未经竣工验收使用的情况多见，如工程质量出现问题，很难证明工程质量的责任方，申请质量司法鉴定可能会被法院驳回。

在装饰装修合同纠纷案件中，发包人在认为承包人工程出现质量问题后委托第三方进场施工维修或者原本工程就是发包给不同的施工团队进场施工的情况非常多见，在这种情况下，一旦工程出现质量问题，容易发生无法界定责任方的情况。

在发包人委托第三方进场施工的情况下，第三方进场施工会加大对工程质量问题的责任方的证明难度。即使申请法院进行司法鉴定，该鉴定也可能因为不能排除第三方进场施工的影响因素而不被法院采信。(2019)粤民申 13099 号案中，发包人和承包人对工程质量存在问题达成了补充协议，承包人也对工程进行了修复。但是后续发包人又另行聘请案外人对涉案工程进行修复。法院依发包人申请委托评估机构进行现场查勘时，发包人聘请的案外人施工已改变了承包人修复后涉案工程的状态，无法排除案外人施工影响涉案工程质量的可能性。故发包人依据评估机构出具的修复方案和意见书要求承包人赔偿工程修复费用，不被法院支持。

实际上，不仅仅司法鉴定报告可能不被法院采信，在工程多方施工或未经竣工验收使用的情况下，发包人申请工程质量司法鉴定，存在被法院驳回的可能。

(2019)粤民申 1338 号案，发包人在接收工程后，也另行单方委托了案外人施工，法院认为已不具备鉴定、评估的基础，并结合案情认定承包人已完工且工程质量合格。

(2018)粤民申 11649 号案中，广东高院认为，发包人另行委托他人进行维修的情况下，很大程度上已改变承包人施工工程的原状，不具备对该工程项目进行质量鉴定的条件，即使进行鉴定也难以认定是属于承包人的责任还是发包人长时间使用工程不当造成的，或者是另行委托他人维修不当而造成的质量问题。

(2018)粤民申 5088 号案中，广东高院认为，发包人在入住并使用本案装饰装修工程三年后，才向法院申请鉴定本案工程质量，并以质量报告反映本案工程存在瑕疵为由主张赔偿，不应予以支持。

4. 对于装饰装修工程，即使证实工程有质量问题，但由于工程质量问题的原因可能是多方面的，很难区分责任方。

装饰装修工程很容易出现漏水问题，漏水涉及的原因可能是多方面的，这时候往往很难证实具体是哪个原因导致。(2016)粤 03 民终 10591 号案中，深圳中院认为，发包人委托案外人对涉案工程所在楼板进行加固改造，且受加固工程影响，房屋原有主体结构亦已被改变，无法还原，难以确认漏水问题是由承包人防水层施工质量问题所造成。深圳市质量技术监督评鉴事务所出具的《情况说明》亦确认，水池漏水为防水层损坏，防水层损坏涉及很多原因，包括防水层施工质量、房屋主体结构承载能力、加固工程质量等方面。在当事双方均无法提供充分证据证明水池漏水的原因应归结于对方的情况下，酌定当事双方对水池漏水各承担一半的责任。

再比如安装在墙体上的木饰面板发霉，木饰面板发霉的原因是木饰面板本身质量问题，还是施工时墙体的干燥程度不足导致面板发霉，可能无法完全界定清楚。如(2017)粤 03 民终 3835 号案中，一审根据总承包人的申请委托鉴定机构进行鉴定，所出具的鉴定报告指出，从现场勘验的情况来看，木饰面板发霉发黑为局部现象，没有一定的规律性，造成木饰面板发霉发黑的原因是木饰面板潮湿，木饰面板潮湿的水源不外乎来自于木饰面板本身及外来的，外来的水源包括墙体抹灰层未干透、渗漏水（外墙或卫生间）、空气中的水分、粘贴胶水的水分含量

高等，在现场未见到渗漏水痕迹，木饰面板潮湿的水源不明确。深圳中院认为：“上诉人作为工程的总承包方，对所承包工程的整体质量承担责任，其负有从总体上把控装饰装修工程进度的责任，应就要求被上诉人施工时墙体的干燥程度是否适合安装木饰面板承担责任。鉴于本案双方均未能提供充分证据证明引起木饰面板发霉发黑的原因，即上诉人不能证明被上诉人使用的木饰面板存在质量问题，被上诉人亦不能证明是墙体潮湿引起，本案无法排除木饰面板本身湿度过大、粘贴胶水水分含量高或者与木饰面板接触的墙体潮湿等因素造成木饰面板发霉发黑的可能性。一审根据本案实际案情，酌情认定双方就木饰面板发霉发黑及引起的后果承担同等责任，并由双方对本案产生的鉴定费各负担 50%，并无不当，本院予以确认。”

（三）实际施工人纠纷

在和实际施工人有关的纠纷中，争议焦点一般有二：一是实际施工人是谁；二是实际施工人应当向谁主张工程款。

1. 实际施工人的认定

通过梳理最高院、各省高级人民法院以及湾区九市中级人民法院的判决可以看出，在转包、违法分包的情形下，转包、违法分包合同中的承包人通常被认定为实际施工人。实践中，法院往往结合当事人之间签订的转包或分包合同、施工协议书以及施工过程中的往来文件，如工作联系单、材料清单、材料款支付协议书、施工图纸（如（2020）粤 01 民终 6578 号）、工程结算表等文件综合判断当事人是否对所涉及的转包或分包工程进行实际施工。若当事人提供微信聊天截图作为证据使用，但该截图仅显示了其参与了工程的展开，结合其他证据并不能证明其对工程进行实际施工，那么其应当承担举证不能的法律后果（如（2020）粤 01 民终 6578 号、（2017）粤 01 民终 22040 号）。某些案件中，原告主张其是实际施工人，请求发包人和承包人（原工程合同关系）向其支付工程款及利息，而发包人和承包人则主张原告仅与承包人之间存在劳动合同关系，只能向承包人主张劳动报酬（如（2017）粤 01 民终 5643 号案、（2018）粤 01 民终 1699 号案），在这类案件中，当事人可以提供员工工资支付记录、材料款支付记录、相关文件落款处签名等作为证据支持其主张。实际施工人在主张工程款的同时，也应该就涉案工程的维修整改承担义务（如（2015）东中法民一终字第 2297 号案、（2015）

东中法民二终字第 993 号案)

关于挂靠是否属于实际施工人的问题,实践中各法院并没有形成统一的意见。如在(2015)杨民终字第 02139 号案中,法院认为,挂靠人不能依据原《建设工程司法解释》第二十六条第二款¹²的规定要求被挂靠人承担责任。挂靠是一种和非法分包、违法转包相并列的违法行为。挂靠人进行施工时,发包人已经知道了挂靠人与被挂靠人之间的关系,因此,发包人对建设工程的合同义务实际由挂靠人履行也应当明知。挂靠人、被挂靠人以及发包人三者之间的关系可参照原《合同法》第四百零二条¹³关于委托人介入权认定,则挂靠人突破了其与被挂靠人内部的约定,直接与发包人成立建设工程施工合同关系。因此,挂靠人直接向发包人主张权利,不能要求被挂靠人支付其工程款。而在(2007)青民一终字第 1133 号案中,法院则认为转承包人、违法分包的承包人、没有资质借用有资质的建筑施工企业的名义与他人签订建设工程施工合同的承包人都属于实际施工人,因此挂靠人可以依据原《建设工程司法解释》第二十六条第二款¹⁴的规定向发包人主张工程款。但从最高院已有的判决来看,最高院认为挂靠人不属于实际施工人,挂靠不属于违法分包或转包,如(2017)最高法民再 220 号案、(2019)最高法民再 329 号案等均采用此种观点。

2. 实际施工人对其工程款的主张

《建设工程司法解释(一)》第四十三条规定:“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的,人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的,人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人,在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后,判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任¹⁵。”据此可以得出,实际施工人若想向发包人主张建设工程价款,必须满足两项条件:一是发包人欠付转包人或违法分包人工程款,二是发包人欠付的工程款和实际施工人所主张的工程款指向同一工程。如在(2018)粤 19 民终 3001 号判决中,法院认为:“仅在发包人、承包人间的建设工程合同与承包人、实际施工人间的建设工程合同所指工程一致,且两合同

¹² 现《建设工程司法解释(一)》第四十三条。

¹³ 现《民法典》第九百二十五条。

¹⁴ 现《建设工程司法解释(一)》第四十三条。

¹⁵ 原《建设工程司法解释》第二十六条与《建设工程司法解释(二)》第二十四条。

均有欠付工程价款时，实际施工人方可突破合同相对性来向发包人主张权利。”而本案中当事人所指工程并不一致，因此实际施工人并没有向发包人主张向其支付工程款的权利。在（2016）粤 20 民终 4681 号案中，法院认为：“柏高公司作为本案工程的发包方仅在欠付的工程价款范围内对实际施工人承担责任，本案中发包方柏高公司与转包方大钊公司经一审法院主持调解已结清了双方之间的工程款，对于张永青主张柏高公司连带向其支付工程款请求，本院不予支持。”对于实际施工人可主张的工程款数额，应当结合其所提供的证据综合判断，在（2016）粤 13 民终 2485 号案中，法院认为：“合同双方是通过电子邮件传真持续性的协商、分期付款、分步实施来履行的合同，不能简单的以一个第一份合同的时间点来认定哪些款项是支付本案工程款的。”

当转包人破产时，并不影响实际施工人在发包人欠付工程款的范围内向发包人主张权利。在（2019）苏 05 民再 92 号案中，法院指出，关于德丰公司的责任承担问题，虽然中苑公司已进入破产清算阶段，但实际施工人依据《建设工程司法解释》第二十六条第二款¹⁶要求发包人在欠付工程款范围内承担责任系法定权利，中苑公司破产不影响沈金标向德丰公司主张该权利。“承包人破产导致的支付能力欠缺，本身就是司法解释赋予实际施工人突破合同相对性向发包人主张权利的初衷之一”。同时，《建设工程司法解释（二）》第二十四条¹⁷规定实际施工人可以直接向发包人主张权利。从司法价值取向的传承来看，不应以承包人的破产来否定实际施工人向发包人主张工程价款的权利。另外，《企业破产法》第一百二十四条规定，破产人的保证人和其他连带债务人，在破产程序终结后，对债权人依照破产清算程序未受清偿的债权，依法继续承担清偿责任。

（四）合同效力纠纷

装饰装修工程大量存在，法律法规对不同场所、不同规模的装饰装修的合同性质有不同的界定，同时该问题在司法实践中也存在较大争议。鉴于不同性质的合同有对其效力有不同的规定，在研究装饰装修合同效力纠纷前需对其合同性质进行界定。《质量管理条例》第二条第二款规定建设工程是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程。《住宅室内装饰装修管理办法》第二

¹⁶ 现《建设工程司法解释（一）》第四十三条。

¹⁷ 现《建设工程司法解释（一）》第四十三条。

条第二款的规定住宅室内装饰装修是指住宅竣工验收合格后,业主或住宅使用人对住宅室内进行装饰装修的建筑活动。《质量管理条例》和《住宅室内装饰装修管理办法》均有对装饰装修的规定,在前者中装饰装修发生在非住宅经营场所,合同属于建设工程合同;在后者装饰装修发生在住宅室内场所,其合同性质在司法实践中存在争议。因此下文对装饰装修合同效力纠纷争议焦点的分析将以区分非住宅经营场所与住宅室内场所为前提。

1. 非住宅经营场所

根据梳理的近年来涉及合同效力的案例,对非住宅经营场所装饰装修合同普遍被界定为建设工程合同,受《建筑法》《质量管理条例》《建设工程司法解释(一)》等建设工程法律法规的调整,其合同效力依照建设工程合同的相关规定进行认定。

在最高院(2017)最高法民再13号案中,发包人曾华强发包多家鲜芋仙店铺的装修工程,工程竣工后拒不支付工程款,承包人就合同性质及管辖法院提出异议。最高院在裁判中确定装饰装修合同纠纷根据最高院《民事案件案由规定》属于第三级案由建设工程合同纠纷项下的第四级案由,系建设工程施工合同。

在最高院(2020)最高法民辖94号案中,实际施工人天禾公司以第三人的名义就汉能公司办公室装修与发包人汉能公司签订装饰装修合同,当事人就合同性质与案件管辖地产生争议,最高院在裁判中确定装饰装修合同纠纷系与建设工程施工相关的纠纷。

在上述案例中,装饰装修合同属于建设工程合同的观点均可以得到印证。该观点在司法实践中也无较大争议。《民法典》建设工程合同章、《建设工程司法解释(一)》共有十一个条款涉及施工合同的效力及处理,规定了以下施工合同无效的情形:未取得/超越资质登记、无资质的实际施工人借用有资质的施工企业名义、必须招标的工程未招标或者中标无效、转包或违法分包、招标人与中标人另行签订与中标合同实质性内容不一致的合同、未取得工程规划许可证签订的施工合同。当装饰装修合同以建设工程合同定性处理时,其合同效力纠纷也主要是基于该几种情形产生。

(1) 未取得资质或超越资质

在(2018)粤03民终11380号案中,深圳中院认为益雯公司、曾剑夫均不

具有装饰装修工程施工企业资质，且涉案工程为非住宅室内场所装修，工程投资额及施工面积均分别超过 30 万元和 300 平方米属于依法须申请建设许可证的情况，案涉装饰装修合同因此无效。

（2）无资质的实际施工人借用有资质施工企业的名义

在（2018）粤 03 民终 18209 号案中，深圳中院认为实际施工人林忠万借用深圳嘉信公司的名义与深圳净静境公司签订的《深圳市嘉信装饰设计工程有限公司施工合同》，实际施工人并没有相应的施工资质，因此案涉装饰装修合同无效。

（3）必须招标而未招标或者中标无效

在最高院（2019）最高法民终 1861 号案中，金典公司承建东宇公司发包的采用装饰装修材料或饰物对建筑物的内外表面和空间进行处理的装饰装修工程。东宇公司主张案涉工程关系社会公共利益及公众安全属于必须进行招投标项目，未进行招标合同无效的主张，最高院认定其不属于必须招投标项目，不予支持其合同无效的主张。

关于何种项目必须进行招投标，《招标投标法》第三条规定了“关系社会公共利益或公众安全的项目”、“全部或部分使用国有资金投资或国家融资的项目”、“使用国际组织或外国政府贷款或援助资金的项目”三种情况。其中，《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》对“关系社会公共利益或公众安全的项目”进行了详细规定；《必须招标的工程项目规定》对另外两种情形进行了细化，其中“使用国有企业事业单位资金，并且该资金占控股或者主导地位的项目”的规定争议最大。在司法实践中，法院通常以国有资本在企业中的占比及对企业的控制管理情况判断其是否属于占控股或者主导地位。

（4）转包或违法分包

在广东高院（2019）粤民申 5119 号案中，法院认为实际施工人李晓敏以承包组织者的身份与中凯公司签订内部承包合同属于违法转包涉案工程，合同无效。但内部承包并不当然的被行政部门禁止。在住建部市场监管司《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》的释义中表示承包人承包工程后以内部承包方式让分公司或内部机构施工不构成转包。因内部承包形式上是将承包工程转由他人实施，且合法有效，因此一些挂靠、转包、违法分包会披着

内部承包外衣存在，名为内部承包，实为挂靠、转包和违法分包。法院通常会对其是否构成内部承包进行实质性审查，审查内容包括：

①承包人与实际施工人之间是否具有内部隶属关系。一般会根据书面劳动合同、社保缴纳凭证、工资发放证明等证据综合判断，如浙江高院（2019）浙民申925号案。

②承包人是否进行实际施工管理。若双方之间具有内部承包关系，承包人应当实际参与到工程组织施工与管理中，在资金、设备、技术等方面给予支持。内部承包双方之间具有统一的财务、资产关系。如路桥法院（2017）浙1004民初446号案。

③合同双方的权利义务情况。如在最高院（2019）最高法民申599号案中，承包人并未承担质量、技术、经济责任，实际施工人自行组织施工、自筹资金、自主经营、自负盈亏，双方之间明显不构成内部承包关系。

（5）招标人与中标人另行签订背离中标合同实质性内容的合同

根据《建设工程司法解释（一）》第二条第一款，合同实质性内容是指工程范围、工期、工程质量、工程价款等。《招标投标法》第四十六条第一款规定招标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。当招标人与中标人另行签订的、背离中标合同实质性内容的合同条款时因违反《民法典》第一百五十三条的规定而无效。如在深圳中院（2020）粤03民终588号案中，法院认为当事人提供的证据不能证明合同条款的约定背离经招投标确立的实质性内容，因此对当事人关于该条款无效的主张不予支持。在宣城中院（2019）皖18民终1749号案中，法院认为案涉装饰装修工程是依法须经过且已经过招投标程序的建设工程一部分，招标人与投标人不得再另行订立背离合同实质性内容的其他协议，因此概算表不具合法性。在锦州中院（2019）辽07民终1709号和福州中院（2017）闽01民终3436号案中法院也持有同样的观点。

但是也有法院认为，上述限制仅限于法律规定的必须招标投标的项目，对于非必须招标投标的项目，对中标合同内容实质性的变更属于当事人之间合意，并不违反法律规定，如重庆高院（2013）渝高法民终字第00288号案。同时，如因客观原因改变承包范围、工程价款等并不构成对合同内容的实质性变更。

对于《建设工程司法解释（一）》第二条第二款规定的招标人与中标人存在“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”等情形变相降低工程价款，在中标合同外另行签订合同的，法院支持一方当事人以该合同背离中标合同实质性内容为由请求确认无效的主张。如在赤峰中院（2019）内 04 民终 4684 号案中，法院认为，根据该条规定，上诉人主张提取 15% 的利润属于让利行为，违反该条规定，不予支持。隆化法院（2020）冀 0825 民初 2702 号案中，法院认为，原被告双方在补充协议中约定工程造价每平方米下降 180-260 元，根据该条规定，该条降价补充条款无效。

（6）未取得规划许可证

在中山中院（2020）粤 20 民终 1091 号案中，法院认为案涉装修工程主要施工内容时雨棚的搭建及装饰，但是并未办理规划手续，因此装饰装修合同无效。

2. 住宅室内场所

根据梳理案例对于住宅室内场所装饰装修合同效力的争议主要集中在其施工人是否需要相应的资质。对施工人资质要求的规定直接影响合同是否有效，而不同法律法规对装饰装修施工人资质有不同的规定，以下将根据在司法案例中各级各地对住宅室内场所装饰装修合同纠纷适用的不同法律，对其合同效力进行分析。

（1）适用建设工程类法律

在最高院（2014）民申字第 938 号案中，最高院认为《建筑法》并没有要求从事室内装饰装修施工必须具备相应的施工资质，《建筑装饰装修工程设计与施工资质标准》虽然明确规定了资质等级的依据，但是未明确未取得资质的企业不得从事装饰装修工程施工，且该文件属于部门规章，不能作为认定民事合同无效的法律依据。因此，在室内装饰装修合同认定为建设工程合同时，因无法律依据而不能因施工人无资质而认定合同无效。

但在佛山中院（2017）粤 06 民终 12784 号案中，法院认为实际施工人不具备相应的施工资质，根据《建设工程司法解释（一）》的规定，该家庭室内装饰装修合同属于无效。该案例并没有就家庭室内装修作为特殊建设工程而是否需要资质进行具体讨论，而将其直接认定为建设工程项目、需要相应资质。在上海第

二中院（2021）沪 02 民终 2060 号案中，法院也认为案涉室内装饰装修合同适用《建设工程司法解释（一）》的规定，属于建设工程合同，施工人不具备相应的资质，合同无效。

根据案件梳理，在将住宅室内装饰装修合同认定为建设工程合同时，普遍做法也是将其直接认定为建设工程合同、施工人需要具备相应的资质，在施工人不具备资质时，合同即无效，并没有考虑住宅室内场所装饰装修的特殊性或者依照前述最高院（2014）民申字第 938 号案的做法。

（2）适用住宅室内装饰装修类法律

通过梳理案例发现，对于室内装饰装修合同一般适用住宅室内装饰装修类法律法规进行裁判，如《住宅室内装饰装修管理办法》、《家庭居室装饰装修管理试行办法》、《全国室内装饰行业家庭装饰管理办法》等。各地法院对此也有规定，如在鲁高法（2008）243 号文件第四条和（2015）鲁民提字第 498 号案中，山东高院认为家庭室内装饰装修活动不属于《建筑法》调整范围，应当依据承揽合同的规定和《住宅室内装饰装修管理办法》处理。

此类法律法规原则上对住宅室内场所进行装饰装修是有资质要求的。《住宅室内装饰装修管理办法》第六条、第七条、第八条、第九条规定，当装饰装修内容有“搭建建筑物、构筑物”“改变住宅外立面，在非承重外墙上开门、窗”“拆改供暖管道和设施、燃气管道和设施”“超过设计标准或者规范增加露面荷载”“改动卫生间、厨房间防水层”“经原设计单位或者具有相应资质登记的设计单位提出设计方案变动建筑主体和承重结构”等情况时，必须要委托具有相应资质的装饰装修企业。《家庭居室装饰装修管理办法》第六条、第七条规定除自行装饰装修外，承接家庭居室装饰装修工程的企业需要相应的资质、个人需要“登记注册、持证上岗”。《全国室内装饰行业家庭装饰管理办法》第五条、第六条从事家庭装饰活动的单位或者个体经营者需要具备资质证书或上岗证书。但是在司法实践中对住宅室内场所装饰装修的施工人是否需要资质的裁判和规定并不一致。

根据司法案例，法院主要以住宅室内装饰装修工程是否属于《住宅室内装饰装修管理办法》第六条至第九条涉及到的装修内容为标准，对施工人资质要求及由此产生的合同效力问题进行区分，若属于，法院一般适用住宅装修类法律对其

合同效力进行判断，即以工程是否“变动建筑主体和承重结构”与“涉及本办法第六、七、八条的内容”为标准，如是，则法院案例普遍认为施工人必须具备相应的资质，若不具备则合同应属无效。

在（2020）陕民申 1278 号案中，陕西高院认为虽然国发[2002]24 号文件已经取消了建筑装饰资质审查，但根据《住宅室内装饰装修管理办法》第九条规定，案涉合同施工内容包括水路改造、电路改造及厨房防水等，符合该条规定，应当由具备相应资质的装饰装修企业施工。案涉合同因施工人缺乏相应资质而无效。

在（2021）鲁 01 民终 3295 号案中，济南中院认为涉案装修工程系按照美食城标准进行的装修，属于涉及公共场所的工商业装修工程，合同价款高，装修规模大，与家庭居家装饰装修不同，对施工人有强制性的资质要求，应适用《住宅室内装饰装修管理办法》第九条的规定。装饰装修合同因广惠公司不具有相应的施工资质而属无效合同

（3）适用《民法典》承揽合同的规定

建设工程合同本质上属于承揽合同，法律基于建设工程合同的特殊性在承揽合同性质外做了特殊的规定。因此，此处讨论的承揽合同是排除建设工程施工合同特殊性的。若住宅室内场所装饰装修工程不属于《住宅室内装饰装修管理办法》第九条规定的内容，则合同不会当然因施工人无相应的资质而无效。根据司法案例，对于该类合同，法院一般根据《民法典》中关于承揽合同的相关规定对合同效力问题进行处理，除合同效力外的问题，如工程量、工程价款的问题参照适用《建设工程司法解释（一）》。原因在于，首先，室内装修装饰企业资质审查早已在 2002 年国发（2002）24 号《国务院关于取消第一批行政审批项目的决定》被取消，改为运用市场机制、行业自律或者事后监督，除《住宅室内装饰装修管理办法》规定第九条外，住宅室内装饰装修企业资质不再成为必备条件。其次，各地法院也出台相应的文件放宽了住宅室内装饰装修施工人的资质要求。京高法发（2012）245 号文件第六条规定承建小型建筑工程或者两层及以下的农民住宅，或家庭住宅室内装饰装修的，无法以施工人不具备相应资质主张合同无效。江苏高院《审判工作座谈会纪要 2009 年》建设工程合同纠纷案件中明确家庭住宅装饰装修合同纠纷适用法律关于承揽合同的规定，对合同效力外的问题参照《建设

工程司法解释（一）》处理。在粤高法（2017）151号文件第二条规定家庭室内装修和农村、建制镇、集镇规划区内自建低层住宅（二层及以下）、建设工程投资额在30万元以下或者建筑面积在300平方米以下的合同无法以施工人没有资质主张合同无效。

在（2018）粤民申6127号案中，广东高院认为，根据合同的规定，汽运广佛分公司与周银春签订的《广佛汽车站二楼卫生间维修工程承包合同》形成承揽合同关系。同时，案涉装修工程不属于《住宅室内装饰装修管理办法》第九条规定的工程，故对从事涉案装修活动的主体并无相应的资质要求，根据承揽合同对合同效力的规定，案涉承包合同有效。

（五）合同解除纠纷

根据案例梳理，装饰装修合同解除争议主要集中在装饰装修是否可以解除的问题上。该争议主要是由装饰装修合同性质争议产生的。根据《民法典》规定，合同解除分为约定解除、法定解除、任意解除三种，但这三种解除并非在所有合同中都能适用，不同性质的合同对合同解除权有不同的规定。在司法实践中，法院对装饰装修合同性质一般界定为建设工程合同或承揽合同等，而法律法规对建设工程合同和承揽合同关于合同解除的规定并不一致，如承揽合同相较于建设工程合同而言，其定作人享有任意解除权，承揽人在满足特定条件时也拥有任意解除权；对于建设工程合同，主流的观点则认为发包人不享有任意解除权。因此，司法实践中关于装饰装修合同是否可以解除的争议即落脚在了合同能否被界定为建设工程合同或承揽合同等以适用约定、法定、任意解除的其中一种或多种的问题上。

1. 约定解除权

《民法典》第五百六十二条规定了合同约定解除权。约定解除权在建设工程合同和承揽合同中都可以适用。在能否适用的问题上法院一般结合案件事实判断合同中是否约定了合同解除条件以及是否满足约定的解除条件。如在（2020）豫15民终3849号案中，信阳中院认为，案涉合同并未对合同解除权作出约定，上诉人提供的证据亦不足以证明本案符合法定解除权适用情形，因此不支持其解除合同的主张。在（2021）辽01民终7726号案中，沈阳中院认为被告已经按照合

同约定完成了装饰装修义务，原告要求解除合同不符合法定解除和约定解除，故不予支持其主张。

2. 法定解除权

在合同没有约定解除条件的情况下，法院会进入判断合同是否满足法定解除条件的阶段。根据梳理的案例，其争议焦点主要集中在是否满足法定解除权条件，具体表现在：其一，是否满足《民法典》第五百六十三条一般合同解除的条件；其二，装饰装修合同是建设工程合同还是承揽合同、是否满足其各自特殊的法定解除条件。

首先，对于装饰装修合同是否满足《民法典》第五百六十三条一般合同解除的条件，法院一般会从合同目的能否能够实现、是否构成根本违约、是否具有继续履行的可能性、合同约定的主要工作是否完成等角度进行判断。在合同目的已无法实现时，如在（2018）渝 0107 民初 15262 号案中，法院认为原告支付装修款后，被告未能按照合同约定时间完工并交付房屋，经过原告催告后被告仍未在合理期限内按照合同约定配置家具家电并完成交房义务，致使合同目的不能实现，因此支持原告解除合同的主张。在当事人构成根本违约时，如在（2020）粤 20 民终 4900 号案中，中山中院认为，对于工程出现的质量，家时代公司的行为实质上是拒绝修复，构成根本违约，符合法律规定的解除合同的条件。在当事人不构成根本违约时，如在（2020）川 01 民终 4644 号案中，成都中院认为从鉴定记录反映，前宅景公司已经完成装饰装修工作，文里馆公司没有证据证明其工程质量不合格且拒绝修复，前宅景公司并不构成违约，合同不符合法定解除的条件。在合同已经没有继续履行的可能时，如在（2020）粤 20 民终 2666 号案中，中山中院认为锋皇公司未完成合同约定的施工内容，黄丽婷即将涉案房屋交由案外人装修，合同已无继续履行的基础，双方装饰装修合同关系事实上已经解除。在合同约定的主要工作已经完成时，如最高院（2018）最高法民终 627 号案，法院一般会判决支持合同解除。

在司法实践中，有的法院将装饰装修合同直接认定为建设工程施工合同，在适用一般合同解除的规定外，也会因违反《民法典》第八百零六条关于建设工程合同解除的特别规定而判定合同解除。该条规定中，承包人转包、违法分包工程

时发包人解除合同。发包人提供的主要材料设备不符合强制性标准或不履行协助义务，导致承包人无法施工，经催告在合理期限内仍不履行的，承包人也因此享有了法定解除权。有的法院将其认定为承揽合同，适用《民法典》第七百七十二第二款规定，即承揽人将其承揽的主要工作交由第三人完成的，未经定作人同意的，定作人也可以解除合同。因此，法院在判断装饰装修合同是否满足解除条件时也会根据其合同的性质进行判断。

3. 任意解除权

关于装饰装修合同是否适用任意解除权的规定是目前司法实践中存在较大的争议问题。根据《民法典》第七百八十七条的规定，定作人在承揽人完成工作前可以随时解除合同。也就是说，在承揽合同中定作人享有任意解除权，并且这种解除权不可以通过约定进行排除，但是在建设工程合同中，法院的主流观点认定发包人不享有任意解除权。鉴于装饰装修合同是属于建设工程合同还是承揽合同本身就具有较大的争议，因此在许多装饰装修案件当中，发包人/定作人一方为了保护自己的利益、能够行使任意解除权，往往会极力主张装饰装修合同属于承揽合同而非建设工程合同。法院对能否适用任意解除权有不同的理解。

(1) 装饰装修合同是建设工程合同

根据案件梳理，法院在裁判时往往会根据最高院《民事案件案由规定》直接将装饰装修合同纠纷认定为建设工程合同纠纷下属一级案由，将装饰装修合同直接认定为建设工程合同。但在认定之后对于是否适用承揽合同的规定、是否适用任意解除权确有不同的判断。一方面，法院目前主流观点认为建设工程合同属于特殊类型的承揽合同，其可以适用承揽合同的相关规定，因此装饰装修合同的发包人享有任意解除权。如在（2015）宁民终字第 6944 号案中，南京中院直接默认当事人之间的《装饰装修合同》为建设工程合同，王君作为《装饰装修合同》的发包方、定作人，应当全面履行合同义务，其可以随时解除承揽合同，但应当赔偿八点钟公司因此遭受的损失。另一方面，也有法院认定装饰装修合同属于建设工程合同，但不能适用承揽合同的规定。如在福建高院（2020）闽民申 734 号案中，当事人主张本案系一般家庭居室装饰装修，且仍处于装修设计阶段，双方系委托承揽合同或者设计合同关系，当事人享有单方解除权。但法院在裁判中并未采纳该观点，法院认定其不具备《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷

纷案件适用法律问题的解释》第八条规定情形，因此不支持其解除合同的主张。在（2017）浙 01 民终 3648 号案中，杭州中院认为，承揽合同纠纷与建设工程合同纠纷为并属于合同纠纷项下的第三级案由，而装饰装修合同纠纷为建设工程合同纠纷下的第四级案由，装饰装修合同纠纷类属于建设工程合同纠纷，基于建设工程合同的特点，建设工程合同的发包方不享有任意解除权。

（2）装饰装修合同是承揽合同

在司法实践中，也有大量的案例将装饰装修合同认定为承揽合同而适用任意解除权规定。如在（2017）浙 11 民终 1534 号案中，丽水中院认为，装饰装修合同与承揽合同在法律特征上有若干相似之处，在法律适用上也存在重合部分，但是从双方当事人签订的家具订货合同的内容看，万地公司系昌丽公司定作家具，昌丽公司按照万地公司集团的要求完成工作并交付成果，安装工作仅仅是定作家具的附属工作，因此合同更符合承揽合同的法律特征。在（2016）苏 0104 民初 290 号案中，秦淮法院认为，原被告双方签订的装饰装修施工合同本质上属于承揽合同。在承揽合同中，定作人可以随时解除承揽合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失，因此法院支持当事人解除合同的主张。

（六）合同价款纠纷

装饰装修合同价款纠纷是装饰装修合同纠纷中最为普遍的纠纷，发包人与承包人关于合同价款的争议多种多样，范围涉及工程款及利息、保证金、违约金、损失赔偿、滞纳金、税金、订金/定金/押金、鉴定费等多个价款名目。根据案件梳理综合来看，较为常见的争议焦点为工程款结算纠纷，具体阐述如下：

1. 发承包单方或双方委托有资质的第三方机构进行工程结算审核，出具工程结算书，该工程结算书需经双方当事人一致认可才可作为结算依据。

在（2016）最高法民申 890 号案中，最高院认为，发包人提供审核材料、缴纳费用委托作出《审核报告书》，承包人对此无异议。承包人据此制作并向发包人报送同《审核报告书》结果一致之《工程结算书》，发包方工程结算审核人员在该《工程结算书》签字确认，代表发包方认可该《工程结算书》。《工程结算书》据此作为工程结算依据。法院不予支持发包人后又对《审核报告书》提出结算书存在欺诈、胁迫等情形的异议。

在（2018）最高法民终 282 号案中，最高院认为，虽然发承包双方共同委托了正平公司进行结算审核，但其并未严格遵守三方协议且发包方对该审核结果不予认可，因此其不能作为确定本案工程造价的依据。

2. 发包人收到竣工结算文件后在约定期限内不予答复的，视为认可，工程款金额以工程结算书为准，支付工程款条件成就。

《建设工程司法解释（一）》第二十一条规定，当事人在合同中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。在多数法院判决中，以当事人在施工合同中对此有明确约定为条件而适用该条规定进行判决，如在（2019）最高法民终 1861 号案中，最高院认为，根据当事人之间施工合同的规定，金典公司向东宇公司交付了竣工结算材料，东宇公司在双方约定的时间内未予答复，视为认可金典公司的竣工结算文件，支付工程款条件已经成就。在（2017）最高法民申 1985 号案和（2018）最高法民申 3635 号案中最高院也有同样的观点。但在个别案例中，即便当事人之间对此并无明确规定，法院会根据案件的具体情况判决适用该条规定，如（2017）最高法民申 1321 号案中，最高院认为，承包人制作《工程结算书》报送给发包人后，发包人未在合理期限内予以答复，也未按照协议书约定与承包人共同委托审计机构审计。从建设工程施工合同履行的一般原则讲，施工方在施工完毕后要提交结算书，建设方进行审核后给施工方答复是建设工程合同的一般原则。双方当事人合同中虽未明确对此约定，但结算书制作依据的材料都已经双方签字确认，因此以结算书认定工程款并无不当。

3. 能够作为工程结算依据的其他材料、文件需要同时经过双方当事人的签字确认或默示同意且工程款金额能够据此明确

（1）进度产值核对清单。在（2017）最高法民申 1321 号案中，最高院认为，对于承包人报送的 2015 年 5 月进度产值核对清单，发包人的相关负责人对进度产值核对清单进行了审核并签字认可，该进度产值核对清单对双方具有约束力。该进度产值核对清单内容包含了已完工和未完工的工程量及单价，发包人代表的签字行为代表认可其含括的工程量及单价两部分内容，认可承包人施工的半成品工程之单价计取方式，工程款可以据此予以确定，因此可以作为工程结算依据。

(2) 明细表。在(2017)最高法民申1175号案中, 最高院认为, 案涉明细表为年度明细表, 涉及承包人所有的施工项目, 在对明细表确认签字表示工程量属实、工程款已付清后, 承包人未再进行具体项目的施工, 即涉案工程当时已经具备结算的客观条件, 因此明细表可以作为结算处理。

(3) 洽商单。在(2018)最高法民申6173号中, 争议焦点之一为洽商单能否视为结算签证, 并据以计算工程价款。最高院认为, 在发承包双方往来函件中, 多次表述洽商单为签证单, 双方也以洽商单作为现场签认的依据, 因此经过双方签字确认的洽商单可以直接作为依据, 承包人单方签字的在报送发包人后的2日内发包人没有提出异议的, 视为同意, 也可作为依据。

(4) 《装饰工程标志说明》、《工程款明细及说明》。在(2017)最高法民申4525号案中, 最高院认定, 案涉工程款以经过双方确认的《装饰工程标志说明》和《工程款明细及说明》进行品迭形成。

4. 司法鉴定意见作为工程结算依据时, 鉴定机构需对当事人之异议进行充分回答, 且当事人之异议需经过充分的庭审质证。

在(2016)最高法民申352号案中, 当事人对司法鉴定意见是否经过庭审质证提出质疑, 最高院认为, 一审法院委托作出的司法鉴定意见已经过质证而可以作为工程款数额认定依据。

在(2018)最高法民申2280号案中, 当事人对司法鉴定意见能否作为工程款认定依据提出质疑, 最高院认为, 就司法鉴定机构作出的鉴定意见, 给予双方当事人以充分行使质证、辩论的机会和权利, 鉴定机构针对当事人提出的异议均给予了回复, 司法鉴定意见也几经修正, 不断完善, 应为有效的证据。

5. 当事人之间已经通过合同详细的约定或事后协议对工程款结算达成一致后, 再提出异议的, 法院一般不予准许司法鉴定

在(2017)最高法民申1321号案中, 当事人提出司法鉴定的申请, 但法院认为涉案合同中约定本合同价款采取固定单价方式计价, 双方就已完成和未完成部分的工程量以及按合同和承包人在报送承包人的进度产值核对清单上约定的计价方式以及计价标准进行工程款核定, 明确认可了载明的工程量以及对应的工程款, 不符合须予鉴定的情形。在(2021)津03民终2259号案中, 一审法院认

为双方签订的协议约定装修价款是固定价款，且明确了装修价款的范围和内容，而万沅赫申请的造价鉴定不能反映协议约定的装修价款的不合理之处，因此不予准许其申请司法鉴定的主张。天津第三中院对一审观点予以尊重和维持。在（2021）冀 0208 民初 86 号案中，在当事人双方没有签订书面合同的情况下，法院通过双方当事人认可的微信聊天记录证实双方对工程总造价有明确约定，双方没有对涉案装修工程的设计费、机械费、人工费独立于总造价的约定，不予准许当事人司法鉴定申请。在（2021）苏 05 民终 1710 号案中，在当事人双方已经就涉案工程装修款结算达成协议后，针对当事人对工程款结算产生再次异议而提出司法鉴定的申请，法院不予准许。

6. 多份文件对工程款数额约定不一致时工程款数额的确认标准

工程款数额纠纷一般表现为多份文件对工程款约定不一致，法院一般会根据对工程价款作出变更的文件或约定不一致的文件是否经过了双方当事人或监理人的签字确认、当事人有无明确提出异议、文件的真实性等方面对其可采性进行判断。如在（2016）最高法民申 3484 号案中，补充协议与合同约定工程量不一致，最高院认为，承包人对其真实性提出了异议，补充协议的真实性无法确认而不予采纳；在（2019）最高法民申 3794 号案中，工程联系单上显示对原材料单价及人工费进行调整，但承包人在工程联系单上明确对调整内容提出了异议，因此对该工程联系单不予采纳；在（2018）最高法民申 3635 号案中，最高院认为，钼都公司对亚泰公司根据变更签证单主张的相关变更工程量及价格并没有确认，现有证据不能认定变更签证工程的造价金额。



【地产与工程法律观察】

