建设工程纠纷疑难问题解答

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

以转包或者违法分包方式签订的建设工程施工合同无效。关于转包违法分包的认定，可以参照住房和城乡建设部印发的《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》(建市规〔2019〕1号)第7条、第8条以及第11条、第12条规定的具体情形进行认定。承包人从发包人处取得建设工程后再与他人签订的转包合同、违法分包合同无效，但不影响发包人与承包人之间签订的建设工程施工合同的效力。司法实践中，要注意区分合同性质，并对合同效力作出相应的认定。工程转包、违法分包情形下，转承包人、违法分承包人如果与发包人形成了事实上的施工合同关系，且建设工程质量合格的，转承包人、违法分承包人可以直接依据《建工司法解释(一)》第24条规定，请求折价补偿。判断是否形成了前述事实上的施工合同关系，重点是看发包人是否认可实际施工人的地位，具体可以考量发包人是否直接支付工程进度款、是否在工程施工过程中进行联系或检查、是否直接进行工程价款结算、是否指定的转(分)承包人等因素。转承包人、违法分承包人就其具体施工范围内的工程价款与发包人结算以后，转包人、违法分包人不能再就转承包人、违法分承包人具体施工范围内的工程价款向发包人主张权利。存在转包、违法分包情形，发生工程质量争议的，发包人可以依据《建工司法解释(一)》第15条主张权利。如果无法认定实际施工人与发包人建立了事实上的施工合同关系，应当依据各方当事人各自的合同关系确定发包人欠付转包人、违法分包人的工程款数额，以及转包人、违法分包人欠付转承包人、违法分承包人的工程款数额。发包人与转包人、违法分包人之间的结算协议，转包人、违法分包人与转承包人、违法分承包人之间的结算协议均只对协议当事人发生效力，不能对抗协议之外的第三人。如果相关付款义务主体能够举证证明已经按照结算协议支付了相应工程款，则在已付工程款范围内免除付款责任。

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

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

在挂靠人与被挂靠人之间的内部关系上，挂靠行为属于借用资质行为的，因违反《建筑法》第26条规定，应当认定为无效行为。在挂靠人、被挂靠人与发包人外部关系的认定上，应当根据发包人在签订建设工程施工合同时是否知道挂靠事实作出认定。如果发包人不知道挂靠的事实，有合理理由相信履行施工合同义务的就是被挂靠人，此种情况下被挂靠人以自己的名义与发包人签订施工合同的行为属于真意保留，被挂靠人的表示行为与真实意思不一致，但发包人的表示行为与真实意思是一致的。这种情况下，应当优先保护发包人的利益，该合同属于可撤销合同，并不仅因存在挂靠关系就当然无效。被挂靠人将所承包工程交由挂靠人施工的行为属于转包行为，根据《建工司法解释(一)》第1条第2款规定，该转包合同属于无效合同。如果发包人知道挂靠事实，根据《民法典》第146条规定，该发包人与被挂靠人之间的施工合同属于以虚假的意思表示实施的民事法律行为，应当认定无效。发包人、被挂靠人、挂靠人之间的工程欠款纠纷，除法律和司法解释另有规定外，应按照合同相对性原则，分别按照各自之间的合同关系处理。出现工程质量问题的，发包人依据《建工司法解释(一)》第7条规定主张权利的，人民法院应予支持。如果发包人与挂靠人之间在工程施工中建立了事实上的施工合同关系，发包人或挂靠人直接请求对方承担相应民事责任，人民法院应予支持。

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

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

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

根据《建工司法解释(一)》第1条第1款第3项的规定，建设工程必须进行招标而未招标或中标无效的，建设工程施工合同应认定无效。准确把握该条文含义，应当区分两种情况：一是必须进行招标而未招标；二是中标无效。关于必须进行招标的工程，相关国家部委曾经先后作出有关规范性规定，应当以有关规定为准来确定必须进行招标的工程范围。2018年6月1日施行的《必须招标的工程项目规定》及2018年6月6日施行的《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》规定，商品住宅项目已不属于必须招标工程范围，如果仍然以此为依据认定相关施工合同未经招投标程序因此无效就属于适用法律错误。如果签订施工合同时属于应当招标的工程项目，但诉讼中按照新的规定已不属于应当招标的工程项目，则不应以必须进行招标而未招标为由认定合同无效。关于中标无效的把握，即使诉争的建设工程并非必须进行招标，但如果发包人主动选择采取招标方式，那么就应当遵守《招标投标法》等法律规定。如果招标程序中出现先定后标、串标、围标、行贿以及采取非法手段阻止、干预其他投标人参加投标活动等行为，该中标行为违反了《招标投标法》等法律的强制性规定，破坏了公平竞争的市场秩序这一社会公共秩序、因此也应当认定无效。

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

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

6.建设工程施工合同纠纷委托鉴定工作中应注意哪些因素或事项？如何采信和认定鉴定意见？

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

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

工程项目招标的重要文件包括招标文件、投标文件、中标通知书等，通过招标程序发包的工程项目应当依据上述文件的主要内容签订工程施工合同。实践中，当事人之间签订并实际履行的工程施工合同与上述招投标文件、中标文件在工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等方面并不一致，有的施工合同还进行了备案，就出现所谓的“黑白合同”“阴阳合同”现象。无论当事人之间签订并履行的工程施工合同是否经过备案，如果与前述招投标文件、中标文件关于工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等方面内容不一致，当事人之间就工程价款的结算产生争议，人民法院应当以招标文件、投标文件、中标通知书作为结算工程价款的依据。但是，不能认为违背了招投标文件、中标文件签订的工程施工合同就当然无效，只有就有关工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容约定不一致的，才可能导致工程施工合同无效。其他有关违约责任、争议解决条款等即使不一致的，也不必然导致工程施工合同无效。工程施工合同关于工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等方面对招投标文件、中标文件内容进行了非实质性变更的，也不必然导致工程施工合同无效。对于非实质性变更的把握，应当考虑具体变更的内容、外部客观情况当事人的主观意思等综合因素。另外，工程中标后，如果建设工程合同的基础条件发生了招投标活动中无法预见的、不属于商业风险的重大变化继续按照中标通知书签订并履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人依据《民法典》第533条规定，与对方重新协商达成的建设工程合同，一般应认定为有效。

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

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

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

建设工程合同约定以审计部门出具的审计报告或者结论作为工程价款结算依据，发包人未按约报请审计部门对工程价款进行审计的情况下，以未经审计部门审计为由拒付工程价款的，人民法院不予支持。如果审计部门未在合理期限内进行审计或者出具审计报告或结论，或者有证据证明审计结论明显不当的，承包人有权对未经审计以及缺少审计结论的工程价款或审计结论错误的工程价款申请司法鉴定。

10.委托代建关系的付款责任主体如何确定？

采取委托代建模式进行工程开发建设的，工程价款的给付义务人应当根据建设工程合同的约定确定。委托人(建设单位)、代建人、使用人在代建合同中关于工程价款给付义务人的约定，除非承包人认可，该约定对承包人没有约束力。如果代建法律关系中对工程价款的给付义务人没有约定委托人(建设单位)、代建人、使用人三方共同作为发包人与承包人签订建设工程合同的情况下，委托人(建设单位)、代建人、使用人三方应向承包人共同承担支付工程价款的义务；委托人(建设单位)或者使用人向代建人支付了部分或全部工程价款，但代建人未向承包人支付相应的工程价款的，委托人(建设单位)或者使用人并不能因此免除付款责任。委托人(建设单位)或者使用人没有作为发包方与承包人签订建设工程合同的，如果建设工程合同履行过程中存在委托人(建设单位)或者使用人直接向承包人支付工程价款、设计变更施工方案或者增减工程量并直接对承包人进行指示、参与施工现场管理等情形，足以认定委托人(建设单位)或者使用人已经加入建设工程合同的履行中，承包人起诉要求委托人(建设单位)或者使用人与代建方共同承担支付工程款义务的，人民法院应予支持。代建人以自己的名义在委托人的授权范围内与承包人订立的施工合同，承包人在订立合同时知道代建人与委托人之间的代建关系的，根据《民法典》第925条的规定，该施工合同直接约束委托人和承包人；但是，有确切证据证明该合同只约束代建人和承包人的除外。根据委托代建合同约定，代建人享有对委托人(建设单位)或者使用人代建费用债权，承包人如果认为代建人怠于行使该债权影响其到期工程价款债权，依照《民法典》第535条规定提起代位权诉讼的，人民法院应予受理并在查明相关案件事实后作出相应的裁判。

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

关于建设工程价款优先受偿权的主体。因建设工程价款优先受偿权在性质上属于法定优先权的性质，因此不宜扩大权利主体范围，应当根据《民法典》第807条和《建工司法解释(一)》第35条规定，限制在与发包人订立建设工程施工合同的承包人范围内。转承包人、违法分承包人等实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权。但应当注意，《建工司法解释(一)》第43条、第44条规定实际施工人可以向发包人主张支付工程价款，或者以《民法典》第535条对发包人提起代位权诉讼，代位权行使之范围为债权及其从权利，优先受偿权作为从权利即应包括在代位权范围内。承包人将建设工程价款转让他人并通知发包人的，从确保承包人债权尽快实现并合理保值的角度出发，依照《民法典》第547条规定，应认定该工程价款债权受让人有权对发包人主张工程价款优先受偿权。

关于建设工程价款优先受偿权的范围。根据《建工司法解释(一)》第40条的规定，承包人的建设工程价款优先受偿范围包括直接费用以及包括企业管理费、利润、规费、税金等间接费用在内的全部建设工程价款，但不包括建设工程价款的利息以及因发包人违约产生的违约金、损害赔偿金等。依照《建工司法解释(一)》第40条第1款的规定，发包人从建设工程价款中预扣的质量保证金，属于建设工程价款的一部分，虽该保证金系为工程质量保证期内出现质量问题时保证工程及时得到修复而预留，但属于优先受偿范围。对于承包方单独另行交纳的质量保证金，因不属于工程价款，不享有优先受偿权。

关于建设工程价款优先受偿权的行使条件和方式。根据《建工司法解释(一)》第41条的规定，承包人应在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过18个月，自发包人应当给付结算工程价款之日起算。发包人应当给付结算工程价款之日，根据《建工司法解释(一)》第27条规定确定。建设工程施工合同是否有效，一般不影响工程价款优先受偿权；建设工程价款优先受偿权不因建成的房屋已经办理商品房预售合同网签而消灭，承包人仍有权依法就工程折价或者拍卖的价款优先受偿，但法律、司法解释另有规定的除外；承包人行使建设工程价款优先受偿权，不以工程竣工并交付为前提，无论工程是否完工，工程质量合格的，承包人可以主张优先受偿权；根据《民法典》第807条规定的“根据建设工程的性质不宜折价、拍卖”的建设工程一般包括：违章建筑、工程质量不合格且难以修复的建筑，法律禁止抵押的不动产，非营利法人的教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施及不宜单独折价拍卖的分部、分项工程等根据《民法典》第807条规定，承包人可以与发包人协议将工程折价，也可以请求人民法院将工程依法拍卖，建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。承包人行使建设工程价款优先受偿权，既可以通过提起诉讼或者申请仲裁的方式，也可以通过直接向发包人主张权利的方式；直接向发包人主张权利的，承包人对此负有举证证明责任；以诉讼的方式行使建设工程价款优先受偿权的，人民法院可予以判决确认。

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

一般来说，实际施工人包括转包合同的转承包人、违法分包合同的分承包人和外部挂靠关系中借用资质的单位或个人三种类型，实际施工人就是上述违法情形中实际完成了施工任务的单位或者个人。实际施工人与发包人之间没有直接的合同关系或者名义上的合同关系，实际施工人同与其签订转包合同、违法分包合同的承包人或者出借资质的建筑施工企业之间也不存在劳动人事关系或者劳务关系。施工企业的内部承包关系以及与施工企业通过合作、劳务分包、专业分包等方式开展施工活动的，可根据具体情况认定相应的法律关系。审理与实际施工人有关的建设工程施工合同纠纷案件，既要准确把握法律、司法解释条文含义，也要树立保护合法、显名民事主体利益的司法价值取向。实际施工人获得法律保护的利益原则上不应超过合法施工主体的权利范围。发包人与承包人之间关于工程价款的结算，对实际施工人具有拘束力，但是各权利义务主体有明确约定或在性质上不宜适用于实际施工人、实际施工人能够举证证明发包人与承包人以结算故意损害实际施工人利益的除外。实际施工人与其相对方就施工范围内工程价款的结算仅约束协议双方，不能以此约束发包人，但是实际施工人能够举证证明该结算系依据发包人与承包人之间施工合同中关于工程价款结算办法的约定作出的除外。《建工司法解释(一)》第43条规定，实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。本条解释涉及三方当事人两个法律关系：一是发包人与承包人之间的建设工程施工合同关系；二是承包人与实际施工人之间的转包或者违法分包关系。原则上，当事人应当依据各自的法律关系，请求各自的债务人承担责任。本条解释为保护农民工等建筑工人的利益，突破合同相对性原则，允许实际施工人请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。承包人已经起诉发包人支付工程款的，实际施工人可在一审法庭辩论终结前申请作为第三人参加诉讼，其另诉请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的，人民法院不应受理。实际施工人既有权要求发包人支付欠付工程款，也有权主张欠付工程款的利息。人民法院应当查明发包人欠付承包人的工程款及承包人欠付实际施工人的工程款。实际施工人对工程款支付条件成就、欠付工程款金额等承担举证证明责任；发包人提出已支付工程款金额以及所欠工程款与其无关等抗辩的，应当承担举证证明责任。因发包人并非实际施工人的合同相对方，发包人在其欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担的付款责任，是一种补充责任。发包人向实际施工人给付相应的工程款后，各方当事人之间相对应的债权债务关系均消灭。层层转包或多次分包的，实际施工人不能向与其没有合同关系的承包人、分包人等中间环节主体主张工程款，但发包人已向承包人、分包人支付全部工程款的除外。未进行实际施工的转承包人、转分包人等中间环节主体不是实际施工人，不能突破合同相对性向发包人主张权利。

（最高人民法院第六巡回法庭）

工程停窝工损失可通过司法鉴定确定吗？

□王先伟

司法鉴定的内容不应包含基本事实认定和法律适用，全国人大常委会在《关于司法鉴定管理问题的决定》(2005年2月28日）第1条规定：“司法鉴定是指在诉讼活动中鉴定人员运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的‘专门性’问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。”因此，笔者认为，工程停窝工损失一般不宜通过司法鉴定进行确定。

一、司法鉴定意见属于间接证据笔者认为，损失一般不属于“专门性”问题，通常来说，损失是实际已经发生的事实，通过举证质证和法律适用（大多是根据过错责任分担）即可确定。且司法鉴定意见属于间接证据、言辞证据(鉴定人作出的意见)，而所谓的损失鉴定意见又需要通过直接证据来进行计算，这就出现了前后矛盾。故，现阶段的损失鉴定往往是依据当事人提交的直接证据、经过“简单加工”（加减乘除）得出的金额。即，间接证据是通过直接证据经简单估算后得出，并没有体现出多少的“专门性”。故，损失宜由人民法院依职权直接作出认定。对此，最高人民法院《关于人民法院民事诉讼中委托鉴定审查工作若干问题的规定》第1条规定：“有下列情形之一的，人民法院不予委托鉴定：①通过生活常识、经验法则可以推定的事实；②与待证事实无关联的问题；③对证明待证事实无意义的问题；④应当由当事人举证的非专门性问题；⑤通过法庭调查、勘验等方法可以查明的事实；⑥对当事人责任划分的认定；⑦法律适用问题；⑧测谎；⑨其他不适宜委托鉴定的情形。”

实践中，有些鉴定人将停窝工损失鉴定归为费用类鉴定，但从会计学定义来看，费用和损失是两个完全不同的事项。首先是概念不同：费用是指企业在日常生活中发生的,会导致所有者权益的减少,与向所有者分配利润无关的经济利益的总流出。而损失则是指由企业非日常活动所发生的、会导致所有者权益减少的、与向所有者分配利润无关的经济利益的流出。其次是范围不同：费用是与公司日常活动有关的，包括外购材料、外购燃料、动力、工资及职工福利费、折旧费、利息支出、税金以及其他费用，是指不属于以上各种费用要素的费用支出。而损失则与公司非日常活动有关，具体是指企业在生产经营活动中发生的固定资产和存货的盘亏、毁损、报废损失，转让财产损失，呆账损失，坏账损失，自然灾害等不可抗力因素造成的损失及其他损失。

实践中，还有些承包人将所谓损失归入工程价款，这其实就属于请求权基础错误了。工程价款的请求权基础一般为招投标形成的价款或施工合同约定。而损失的请求权基础系法律规定，一般为《民法典》第八百零三条“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。”或第八百零四条“因发包人的原因致使工程中途停建、缓建的，发包人应当采取措施弥补或者减少损失，赔偿承包人因此造成的停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失和实际费用。”

二、工程停窝工损失包括间接损失《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。”最高院认为：“赔偿损失的范围可由法律直接规定或由当事人双方约定。在法律没有特殊规定和当事人没有另行约定的情形下，应按完全赔偿原则赔偿全部损失，包括直接损失和间接损失。直接损失指财产上的直接减少。间接损失又称所失利益，是指失去的可以预期取得的利益。对于损失赔偿的范围，《买卖合同司法解释》认为，在我国合同法上，买卖合同当事人之间的利益关系，在交易关系发展的不同阶段，主要会涉及返还利益、信赖利益、固有利益、履行利益以及可得利益等不同的利益类型。”而直接损失和间接损失，一般是从因果关系进行区分，直接损失是完全因为违约行为而发生的损失，与违约行为具有直接因果关系；间接损失则是介入了其他因素，与违约行为具有间接因果关系。

工程停窝工损失界定的困难在于，他并不会像质量损失那样，直接表现为返修费用，发包人常见的损失包括了经营收入损失，租金损失、逾期交房违约金损失等等，而这些通常都会介入发包人的生产经营行为或者缔约行为，而成为间接损失。而鉴定显然是不可能考虑这些介入因素的，因此，如果通过鉴定来确认工程停窝工损失，会造成当事人的间接损失难以得到弥补。

三、损失的认定最后，损失的承担还需要根据过错责任并结合实际情况作出分担。例如：发包人违约后，承包人就损失还有减损的法定义务。对此，《民法典》第五百九十一条规定“当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失请求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方负担。”

这里还需要提出的是，实务中不仅仅要考虑发包人是否积极减损，还要考虑发包人是否存在恶意扩大损失的可能性，如发包人是否可能恶意与相对人串通，恶意提高对三人的违约责任，并要求承包人赔偿。司法实践中，对于向第三人赔偿的损失或违约金，到底是属于直接损失还是间接损失，存在不同观点，是否支持也存在完全不同的判例。

（作者单位：上海科汇律师事务所）

建筑法苑

主　编:何梦吉
本报建设法律
咨询服务工作室

联系电话:021-63212799
传　　真:021-63210873
地　　址:上海营口路588号18楼
邮　　编:200433
E-mail:652016115@qq.com
联 系 人:何梦吉