

# 建工合同案件审理中的问题梳理与法律适用建议

## 一、审理过程中存在的问题

### (一) 关于合同效力问题

一是建设工程范围的界定。如何界定建设工程范围，如何判断合同是否为建设工程合同，目前尚没有统一、明确、具体的规定。

二是中标合法性的审查。实践中，部分建筑企业存在围标、串标，通过签订“阴阳合同”低价中标、高价结算，甚至为承接项目实施欺诈、行贿等违反招标投标法等效力性强制性规定行为。2019年至2021年，全省法院审理的建设工程施工合同无效案件中，因违反招标投标法等效力性强制性规定导致合同无效的占比约4%。

三是中标后合同变更是否属于实质性内容变更的判断。通过招投标订立的建设工程施工合同，应当根据招标文件的内容确定合同的主要条款。但在实践中，承包人中标后，有的不按中标通知书内容签订合同，有的签订中标合同后又与招标人另行签订建设工程施工合同，甚至在中标合同之外，与投标人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，上述行为是否构成对中标合同实质性内容的变更，决定相关合同的效力。

四是主体资质、转包、违法分包或挂靠的审查。实践中，不具备工程建设资质的法人、自然人通过挂靠具备相应资质的法人来承包、分包工程，被挂靠的建筑企业通过收取管理费、定额利润等方式出借资质，不参与工程管理，不进行工程施工。也有部分案件是以内部承包、设立分公司为名，行挂靠、转包或者违法分包之实，出外公司收取定额利润、管理费。

此外，还有部分建设工程施工合同纠纷案件同时存在违法分包、层层转包或挂靠行为，实践中也出现从事工程转包、违法分包的中介服务人员。2019年至2021年，全省法院审理的建设工程施工合同无效案件中，因主体资质、转包、违法分包或挂靠导致合同无效的占比近80%。

### (二) 关于合同履行问题

一是建筑施工企业不规范使用管理、项目经理授权范围不规范，对分公司的设立、资金及人事缺乏管控，导致相关履行行为法律后果归属判断难。

二是工程签证管理比较混乱，有的签证不及时，有的签证工程量不完整，有的现场签证要素不齐全，有的现场签证尤其是对一些隐蔽工程的签证明显偏离事实，有的建设单位现场管理人员或监理单位盲目签证、重复签证，造成相关事实认定困难。

三是因工程设计变更、进度款支付迟延、自然灾害、疫情等情况，加之转包、违法分包现象大量存在，工程不同工序衔接不畅，导致各方对是否存在工期违约争执不下。2019年至2021年，全省法院受理的建设工程施工合同纠纷案件中，争议焦点含工期违约问题的占比近10%。

四是工程施工作业面大、人员多、工序多、关系复杂、作业环境差，工序衔接多、中间交接多、隐蔽工程多，加之施工质量管理不到位等，工程施工质量争议也不少。2019年至2021年，全省法院受理的建设工程施工合同纠纷案件中，争议焦点含工程质量问题的占比近10%。

### (三) 关于工程价款问题

一是工程价款数额认定。例如，计价方式争议，承包人采用固定总价、工程量清单计价模式后，因履行中实际投入远超预算要求据实结算；实践中还存在垫资施工、指定分包等情形，大大增加工程价款结算的复杂

性。

二是财政评审拖延。不少建设工程施工合同当事人，特别是涉及公共工程等使用财政资金建设工程的，往往约定以财政评审结论作为工程价款结算依据。但实践中，有的因承包人、实际施工人没有及时全面收集施工资料，造成施工资料不完整、不规范甚至缺失，施工完成后未及及时提交工程竣工结算资料或者提交竣工结算资料存在瑕疵，导致无法提交财政评审；有的在收到施工方提交的竣工结算资料后，因建设单位负责人调整，出现“新官不理旧账”现象，报送财政评审被一再延宕；有的地方财政部门在收到建设单位报送的待评审资料后，或碍于地方财政困难无正当理由长期压件不审，或虽组织评审却不合理压低工程价款而造成评审结果与实际投入偏差过大，导致工程价款结算无法推进。

三是司法鉴定成本畸高。工程价款结算争议中，往往需要借助司法鉴定确定工程结算价，但当当事人对是否启动司法鉴定程序、鉴定依据的确认、鉴定人员出庭、鉴定意见质证及采信等争议较大，而且司法鉴定本身耗时长、费用高，有的还不规范，例如，有的鉴定人员没有相应鉴定资质，有的鉴定人员不出庭接受质询，有的鉴定方法有误，还存在部分鉴定单位未围绕鉴定目的进行鉴定，出现鉴定意见不被采信的情况，给当事人增加较重的负担。2019年至2021年，全省法院审结的建设工程施工合同纠纷案件委托司法鉴定，鉴定周期在60日以上1年以内的占比近40%，鉴定周期在1年以上的占比近10%，鉴定意见不被采信的约占1%。

四是付款条件的认定。2019年至2021年，全省法院审结的建设工程施工合同纠纷案件中，争议焦点涉及付款条件的案件占比达20%。主要原因是施工案件不注重收集、保留工程变更等签证资料、建设单位违约等证据材料，还有的当事人约定“背靠背”条款，导致起诉后涉及付款条件是否成就的相关事实难以认定。

### (四) 关于工程价优先受偿问题

2019年至2021年，全省法院审结的建设工程施工合同纠纷案件中，争议焦点含工程价款优先受偿问题的达13%，其中，主张建设工程价款优先受偿权成立的近40%，不成立的达60%。从建设工程价款优先受偿权纠纷审理的实践来看，当事人争议的主要焦点问题有合同效力对优先受偿权的影响，优先受偿权权利主体的确定，优先受偿权的行使条件及程序，优先受偿权的行使对象及受偿范围，优先受偿权行使期间起算点的确定，优先受偿权的转让等。

对这些争议焦点的分析结论，往往关涉优先受偿权的成立与否。需指出的是，该项权利是为了保障工程价款债权实现的一种法定优先权，对其他债权人特别是一般抵押权人的权益影响重大，经常出现在执行异议之诉案件中。

## 二、法律适用中的意见建议

### (一) 关于合同性质的认定

判断讼争合同是否为建设工程合同，关键在于判断合同标的的是否为建设工程。判断是否为建设工程，主要从承包人的资质和项目规模两个方面来区别和认定。

(2) 加盖材料收讫章、资料专用章。原则上，材料收讫章、资料专用章通常仅限于企业内部间业务交流请示报送等工作，之所以不认可超出印章特定用途的盖章行为的效力，本质上是因为持章之人一般缺乏代理权。但是，若相对人举证证明其依一

括土木工程、建筑工程、安装工程和装修工程。实践中，园林绿化工程，农民自建低层(四层及四层以下)住宅，房屋修缮活动、家庭装饰装修及小型工装活动，企业建设临时简易房屋建筑，老旧小区加装电梯、更换电梯的安装工程，农业温室大棚建设等，一般不属于建设工程。

(二) 关于合同效力及相对性认定  
针对建设工程施工合同的特殊性，在合同效力及合同相对性的认定上，既要遵循契约自由原则，还要注意以下情形。

1. 挂靠  
参照住房和城乡建设部《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》的规定，挂靠法律关系的认定应重点审查：投标保证金的缴纳主体和资金来源；实际施工人是否以承包人的委托实施身份签订合同；实际施工人是否与发包人合同事宜直接磋商；实际施工人是否全程参与投标、保证金的支付、合同的订立、实际施工等；是否以劳务分包形式来掩盖挂靠行为等。

实践中，对于挂靠人与被挂靠人签订的挂靠协议无效并无争议，但是对于承包人与发包人签订的建设工程施工合同的效力认定存在争议。多数意见认为，实际施工人以被挂靠人的名义与发包人签订的建设工程施工合同无效，承包人对合同无效后果应当承担相应的责任，发包人与挂靠人之间形成事实上的建设工程施工合同关系，建设工程经验收合格，实际施工人有权请求发包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿；发包人对借用资质的事实不知情，即使在施工过程中发现挂靠的，亦应当认定建设工程施工合同有效，根据合同相对性原则和信赖利益保护原则，实际施工人无权向发包人主张权利，但可以向被挂靠人主张权利。

对“发包人明知”可以从以下方面认定：(1) 挂靠人直接向发包人支付投标保证金，或者双方存在出借款项、保证金支付、工程款支付等其他直接款项往来；(2) 发包人在工程项目招标、合同签订等过程中对挂靠人是实际履行主体情况知情；(3) 挂靠人与发包人合同事宜直接进行磋商，或者发包人知悉挂靠人与被挂靠人之间的挂靠事实。

2. 异常盖章  
一般情况下，盖章是法人作出要约、承诺意思表示的方式，是确定合同当事人的依据，也是确定承担合同权利义务的依据。但在建设工程施工合同纠纷案件中，两种异常盖章行为的效力需要审慎辨别。

(1) 对外签订合同加盖项目部印章。一般情况下，项目部对外签订合同并加盖项目部印章，是施工企业分支机构的行为，其后果由施工企业承担。但若印章有对外签订合同限制或构成表见代理，或由主张有效的一方举证证明项目部曾经在某个场合使用过上述印章或该印章与备案印章相符。

(2) 加盖材料收讫章、资料专用章。原则上，材料收讫章、资料专用章通常仅限于企业内部间业务交流请示报送等工作，之所以不认可超出印章特定用途的盖章行为的效力，本质上是因为持章之人一般缺乏代理权。但是，若相对人举证证明其依一

般交易习惯有理由相信该枚印章具有超出其表面记载的实际功能，或结合其他证据证明存在使其相信行为人与企业存在事实上或法律上关联的理由，足以让相对方相信其具有对外签订合同或相应文件的效力，则不宜认定讼争合同对企业不生效力。

(三) 关于工程价款优先受偿认定  
关于工程价款优先受偿权的认定，主要涉及行使权利的主体、优先受偿的范围以及行使的合理期限、主要方式等。

1. 关于行使优先受偿权的主体  
与发包人订立建设工程施工合同的承包人享有建设工程价款的优先受偿权，关于挂靠人、实际施工人是否享有建设工程价款优先受偿权的问题，我们倾向于持否定观点。

2. 关于行使优先受偿权的合理期限  
建设工程价款优先受偿权的起算点从“应当给付建设工程价款之日”起算。建设工程施工合同对付款时间有明确约定的，按合同约定确定。

合同解除，发包人和承包人解除合同后工程价款的支付另行达成协议的，为该协议约定的应支付建设工程价款之日。应付款时间经发包人与承包人协商延后的，建设工程价款优先受偿权的起算点随之延后，但为避免发包人与承包人恶意串通，损害银行等其他债权人利益，人民法院可审查，若承包人、发包人存在恶意串通损害第三人利益情形的，则应以原合同约定的付款日期为应付款时间。

当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：(1) 建设工程实际交付的，为交付之日；建设工程未交付的，为提交竣工结算文件之日；(2) 建设工程未交付，建设工程价款也未结算，人民法院或仲裁机构确认发包人欠付承包人工程价款的，为承包人起诉之日。承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过18个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。

### 3. 关于优先受偿权行使的主要方式

以下属于依法行使建设工程价款优先受偿权的情形：(1) 建设工程承包人提起诉讼、申请仲裁主张工程价款优先受偿权的；(2) 自行与发包人协商以该工程折价抵偿欠付工程价款的；(3) 申请人民法院将该工程拍卖以实现工程价款债权的；(4) 申请对建设工程拍卖款参与分配程序主张优先受偿权的；(5) 以书面形式向发包人明确表示主张优先受偿权的。

承包人在建设工程价款的诉讼或仲裁中，未主张建设工程价款优先受偿权的，在执行程序中，承包人仍可向发包人主张建设工程价款优先受偿权。建设工程价款优先受偿权是一种法定优先受偿权，我们倾向于认为，该权利具有从属性且不具有人身专属性，可以随工程价款债权一并转让。双方当事人请求出具调解书对建设工程价款优先受偿权予以确认的，要防止因虚假诉讼损害不特定第三人合法权益的情形。

### (四) 关于工程价款结算认定

工程价款结算是发包人与承包人最为关注的焦点之一，实际施工人与发包人没有合同关系，双方无权结算建设工程价款。在工程价款结算中，需要处理好以下问题。

1. 工程签证的效力  
在签证人员、签证时间及形式与合同约定不符的情况下，应当根据法律和司法解释关于委托授权、职务代理以及表见代理的相关规定，结合合同订立和履行中的具体情形认定签证行为对合同当事人的效力，但有证据

证明虚假签证的除外。

2. 抗辩事由的审查  
建设工程施工合同是一种双务合同，一方完成合同项下的建设工程，另一方依约支付工程价款。实践中，发包人因以承包人未交付发票作为拒付工程价款抗辩事由的，因交付发票并非合同主要义务而支付工程价款系合同主要义务，原则上不予支持。但讼争合同另有明确约定的除外。

3. 工程价款及孳息的确定  
建设工程完工后，双方应按照约定的合同价款及合同价款调整内容索赔事项，进行工程竣工结算。因发包人未按合同约定支付工程进度款，如承包人解除合同的，在已完工工程质量合格的情形下，双方当事人应当按照合同约定进行结算。

4. 发包人欠付责任的认定  
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的范围仅限于为建设工程价款。依据《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(一)》第四十三条规定，请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的实际施工人，仅限于只经一手转包或违法分包的实际施工人。

5. 财政评审结论的性质  
财政部门对财政投资的评定审核是国家对建设单位基本建设资金的监督管理，不影响发包人与承包人合同效力及履行。但是，建设工程施工合同明确约定以财政评审结论作为结算依据的，财政评审结论应当作为建设工程价款结算的依据。当事人有证据证明财政评审结论具有不真实、不客观的情形，违反法律规定或合同约定的，法院应对财政评审结论进行实质审查。

(五) 关于建设工程质量异议审查  
建设工程质量涉及公共安全等重大问题，对建设工程质量异议要审慎把握司法介入的程度。

1. 质量异议性质的认定  
作为被告的发包人提出工程质量异议的，以下情形，属于抗辩：(1) 发包人仅以工程质量问题主张拒付或少付工程价款的；(2) 发包人提出原告在施工过程中存在偷工减料、未按图施工等情形，要求减少工程价款的。

以下情形，发包人应当反诉或者另行起诉：(1) 发包人要求承包人支付违约金或赔偿损失的；(2) 发包人要求承包人赔偿因工程质量不符合合同约定而造成的其他财产或者人身损害的；(3) 发包人要求承包人承担返修义务或赔偿损失的，因承包人拒绝维修工程而另行委托他人修复后主张修复费用的；(4) 承包人逾期完工，发包人主张工期延误索赔的。

2. 质量异议的审查  
实践中发生工程质量问题争议的，往往要借助司法鉴定来审查。建设工程未经验收，发包人擅自使用，人民法院支持支付建设工程价款请求的，不应在文书中表述“质量符合合同约定或赔偿合格”，可向建设工程管理机构提出司法建议，要求有关部门加强对建设工程质量监督。

### 3. 缺陷责任期与保修期的区分

工程保修阶段包括缺陷责任期与工程保修期。缺陷责任期是指承包人按照合同约定承担缺陷修复义务，且发包人预留质量保证金的期限，自工程通过竣工验收之日起计算，一般为1年，最长不超过2年，具体由发、承包双方在合同中约定。保修期是承包人按照合同约定对工程承担保修责任的期限，从工程竣工验收合格之日起计算，具体由发、承包双方在合同中约定，但不得低于法定最低保修年限。

在缺陷责任期内，由于承包人原

因造成的缺陷，承包人负责维修，并承担鉴定及维修费用；如承包人未履行缺陷修复义务，则发包人可以按照合同约定扣除质量保证金，并由承包人承担相应的违约责任。缺陷责任期届满，发包人应当退还质量保证金。发包人退还质量保证金后，承包人仍应按合同约定的各部分工程的保修年限承担保修责任。

4. 工程质量瑕疵修复费用的承担  
如果承包人愿意修复，而发包人不愿意由承包人修复也未通知承包人修复的，发包人不能直接诉请支付修复费用或者直接委托第三人修复并诉请支付所产生的修复费用；如果承包人拒绝修复，或者经承包人修复后建设工程质量仍不合格，或者承包人在合理期限内未进行修复的，发包人可以向委托第三人进行修复，所产生的合理修复费用可依法向发包人请求从应付工程价款中予以扣除。

(六) 关于工期违约责任认定  
建设工程逾期完工，发包人要求承包人承担违约责任，承包人以发包人未按时支付建设工程价款提出抗辩的，应审查发包人逾期支付建设工程价款与承包人停工(窝工)的因果关系，并根据不同的情况作出不同的认定：

(1) 合同约定逾期支付工程进度款一定天数后可以停工的，在约定天数届满后，发包人仍未支付工程进度款的，约定天数届满之日即停工日期，并应当办理停工签证，或有真实停工的证据佐证。

(2) 合同未约定逾期支付工程进度款可以停工的，承包人在发包人逾期支付工程进度款后，办理停工签证手续的，从签证确认的停工日期起计算工期延误及停工损失。

(3) 商品房工程承包人逾期完工，造成发包人赔偿购房人逾期交房违约金的，应当由承包人进行赔偿，若发包人与购房者之间约定的逾期交房违约金赔偿比例明显过高，需要进行综合考量后，依法予以认定。

### (七) 关于涉建设工程司法鉴定

在建设工程施工合同纠纷案件中，司法鉴定发挥着重要作用。

1. 涉建设工程司法鉴定的审查  
除依据《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》进行审查后，还应特别注重鉴定事项、鉴定材料、鉴定依据、鉴定方法、鉴定过程、鉴定程序以及鉴定意见书的形式和结论等实质内容的审查。需要注意的是，鉴定意见书存在明显瑕疵的，可要求鉴定人补充鉴定或重新鉴定。补充鉴定或重新鉴定仍不能完成委托鉴定事项的，应当责令鉴定人退回已经收取的鉴定费用。

2. 无法以财政评审完成建设工程价款结算情况的司法鉴定启动

发包人收到完整结算文件后在合理期限内未提交财政评审部门的，或者财政评审部门在收到结算文件后未出具财政评审结论，在人民法院给予合理期限并告知未按时完成评审作出结论相应后果后，仍未出具财政评审结论且无正当理由的，可以准许当事人鉴定申请。

### 3. 申请鉴定事项无法鉴定的处理

在正选鉴定机构明确表示无法鉴定的情况下，依次征询备选鉴定机构的意见。经摇号选择的鉴定机构均表示无法鉴定，各方当事人一致同意的，可重新选择鉴定机构或聘请若干专家组成鉴定组进行鉴定；各方当事人无法达成一致意见的，认定申请鉴定事项无法鉴定，则依据举证责任的分配原则、双方当事人的过错程度和全案证据情况，认定案件的基本事实。

(福建高院民二庭)

# 如何制定文化PPP项目的行业绩效指标?

曹 珊

作为全国PPP综合信息平台项目管理库中19个一级行业之一，文化PPP项目相比市政、交通、城镇综合开发等领域的PPP项目而言，成绩并不十分出彩。管理项目库中203个文化PPP项目贡献了1911亿元的投资额。但是作为“幸福产业”的重要一环，文化PPP项目与百姓的生活品质、幸福感、获得感直接相关，其重要性和必要性不言而喻，背后也蕴含着巨大的发展空间。2018年文化和旅游部联合财政部印发《关于在文化领域推广政府和社会资本合作模式的指导意见》(文发产发[2018]96号)之后，(文化PPP项目获得了官方的助力，也逐步地走向规范化。而规范化的背后，离不开PPP绩效考核的帮助，对于如何制定文化PPP项目的行

业绩效指标，建议：

一是要找对项目定位。所谓找对项目定位，指的是在制定文化PPP项目的行业绩效指标时，一定要结合项目自身的发展定位、内涵内容。全国PPP综合信息平台项目管理库中的203个文化PPP项目，大部分都是文化场馆类项目，但是随着对文化产业的深入挖掘和发展，也出现了一批综合性的文化项目，其内涵和外延比普通的多、单一的文化场馆类项目更丰富的多，出现了与其他行业的交叉，比如旅游、体育、教育和农业等，在其传统社会属性背后新增加了一些经济属性。这就要求我们在制定文化PPP项目的行业绩效指标时，首先就要明确项目自身的定位，在把握准确定位正确的基础上进行行业绩效指标的设计。

二是要找对项目参考。所谓找对项目参考，指的是在制定文化PPP项目的行业绩效指标时，要积极学会参考以往项目的优秀经验。文化PPP项目自身的发展过程中出现了一批优秀的项目，比如上海市闵行区文化公园美术馆建设项目、河北省唐山大剧院PPP项目，这些项目取得了成功、获得了认可，其背后对于项目管理、运营尤其是绩效考核的经验值得借鉴和参考。在制定文化PPP项目行业绩效考核指标的过程中，有必要寻求这些项目的现实参考。

三是找准项目重点。所谓找准项目重点，实际上是对项目定位的进一步细化，指的是在制定文化PPP项目的行业绩效考核指标时，围绕重点构建绩效考核指标。以文化场馆类文化

PPP项目为例，绩效考核指标的制定重点应当围绕其运营带来的社会影响。更具体的来说，比如通过文化活动的举办次数、文化欣赏培训开展情况和各类场馆开馆情况这些具体细化的行业绩效指标进行重点考核，来凸显对其社会影响的关注。当然，除了社会影响，还应当考虑到设施维护、安全保障、公众满意度等。而对于一些多行业交叉文化PPP项目，在梳理项目重点时，则需要结合项目定位做进一步的研究探讨，在行业交叉点中寻找项目重点。最后，在上述原则和方法的基础上，我们还是强调在文化PPP行业绩效考核的制定过程中，严格按照财金13号文给出的指引进行设计。

(作者单位：北京德恒律师事务所)

# 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:021-63210373  
地 址:上海曹路路538号13楼  
邮 编:200433  
E-mail:652016115@qq.com  
联 系 人:何梦吉