观点聚焦

最高人民法院民一庭关于建设工程合同纠纷的审判实务问答

工程造价鉴定申请与确定工程造价之间的关系

建设工程施工合同纠纷案件中，在需要通过鉴定确定工程造价的情形下，若一方提出了具体的工程造价数额，另一方对此数额不予认可但又不申请鉴定的，人民法院应该如何认定工程造价？

《民事诉讼法》第六十七条第一款规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”建设工程施工合同纠纷案件中，如果合同对于工程价款约定了固定价格，则按照合同约定确定工程价款即可。这体现为《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）》第二十九条的规定：“当事人在诉讼前已经对建设工程价款结算达成协议，诉讼中一方当事人申请对工程造价进行鉴定的，人民法院不予准许。”如果合同约定的不是固定价格，则可能需要通过鉴定确定工程造价。实践中会出现的情形：一方提出了具体的工程造价数额，另一方对此数额不予认可但又不申请鉴定，此种情形下，如何确定工程价款？我们认为，如果是承包人提出了具体的工程造价数额，发包人不予认可但又不申请鉴定的，可按照承包人提出的数额确定工程造价；如果是发包人提出了具体的工程造价数额，承包人不予认可但又不申请鉴定的，可按照发包人认可的金额确定工程造价，要避免出现简单驳回承包人全部诉讼请求的情形。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)》第三十二条第一款的规定:“当事人对工程造价、质量、修复费用等专门性问题有争议,人民法院认为需要鉴定的,应当向负有举证责任的当事人释明。当事人经释明未申请鉴定,虽申请鉴定但未支付鉴定费用或者拒不提供相关材料的,应当承担举证不能的法律后果。”换言之,如果双方都提出了不同的具体的工程造价数额又都不申请鉴定的,则要根据“谁主张,谁举证”的原则,根据各自的诉讼地位、诉讼请求等因素确定由哪一方承担举证不力的后果。

未取得建设工程规划许可审批手续对建设工程施工合同效力的影响

未取得建设工程规划许可审批手续等签订建设工程施工合同的，建设工程施工合同的效力如何认定？

《城乡规划法》第四十条第一款规定：“在城市、镇规划区内进行建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程建设的，建设单位或者个人应当向城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府申请办理建设工程规划许可证。”该法第六十四条规定：“未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定进行建设的，由县级以上地方人民政府城乡规划主管部门责令停止建设……”根据上述两条规定可知，取得建设工程规划许可证是进行合法建设的前提。未取得建设工程规划许可证即进行建设或者未按照建设工程规划许可证的规定进行建设是法律明确禁止的行为，故根据《民法典》第一百五十三条第一款的规定，以该建设行为为主要合同内容的建设工程施工合同应当认定无效。与之相符，《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）》第三条规定：“当事人以发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手续为由，请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院应予支持，但发包人在起诉前取得建设工程规划许可证等规划审批手续的除外。发包人能够办理审批手续而未办理，并以未办理审批手续为由请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院不予支持。”该条规定认可，发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手续，建设工程施工合同无效。但该条额外规定了无效合同的效力补正，即发包人在起诉前取得建设工程规划许可证等规划审批手续，应认为合同有效。

未开具发票能否作为拒绝支付工程款的抗辩事由

建设施工合同的发包方能否以承包方未开具发票作为拒绝支付工程款的先履行抗辩的事由？

我国《民法典》第五百二十六条对先履行抗辩权的规定为：“当事人互负债务，有先后履行顺序，应当先履行债务一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行请求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行请求。”先履行抗辩权，是指依照合同约定或法律规定负有先履行义务的一方当事人，届期未履行义务或者履行义务严重不符合约定条件时，相对方为保护自己的期限利益或为保证自己履行合同的条件而中止履行合同的权利。先履行抗辩权本质上是对违约的抗辩，在这个意义上，先履行抗辩权可以成为违约救济权。审判实务中，发包方通常以承包方未开具发票作为拒付工程款的抗辩事由。

建设施工合同作为一种双务合同，依据其合同的本质，合同抗辩的范围仅限于对价义务，也就是说，一方不履行对价义务的，相对方才享有抗辩权。支付工程款义务与开具发票义务是两种不同性质的义务，前者是合同的主要义务，后者并非合同的主要义务，二者不具有对等关系。只有对等关系的义务才存在先履行抗辩权的适用条件。如果不是对等关系的义务，就不能适用先履行抗辩权。

《民法典》第四百九十条第二款规定，法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式，但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。第五百六十三条第一款第三项还规定：“当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行”，当事人可以解除合同。《民法典》这些规定中都提及了“主要义务”“主要债务”的概念，所谓主要义务，一般是指根据合同性质而决定的直接影响合同的成立及当事人订约目的的义务。例如，在买卖合同中，主要义务是一方交付标的物，另一方支付价款。合同中主要义务的特点在于，主要义务与合同的成立或当事人的缔约目的紧密相连，对主要义务的不履行将会导致债权人订立合同目的的无法实现，债务人的违约行为会构成根本违约，债权人有权解除合同；在双务合同中如果一方不履行其依据合同所负有的主要义务，另一方有权行使抗辩权。《民法典》第七百八十八条第一款规定：“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。”由此可知，建设工程施工合同中的主要义务就是一方完成合同项下的建设工程，另一方依约支付工程款项。而开具发票的义务显然不属于建设工程施工合同中的主要义务，一方当事人违反该义务并不构成根本违约，另一方当事人不能仅仅因为未及时出具相应发票而主张解除合同，也不能仅因此行使先履行抗辩权。

综上所述，在一方违反约定没有开具发票的情况下，另一方不能以此为由拒绝履行合同主要义务即支付工程价款。除非当事人明确约定：一方不及时开具发票，另一方有权拒绝支付工程价款。这种情况就意味着双方将开具发票视为与支付工程价款同等的义务。

工程变更导致工程量变化后工程款的结算依据

建设工程施工过程中，发包人进行了工程的重大变更，导致工程量发生了重大变化，当事人对该部分工程款结算达不成一致的，是否应当参照签订原合同时建设行政主管部门发布的工程定额标准或工程量清单计价方法结算工程款？

实践中，因设计变更、进度计划变更、施工条件变更或者发包方提出“新增工程”等工程变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化的情况非常普遍。此时，如果发包人和承包人就如何结算工程价款达不成一致，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（一）》（本文以下简称《解释（一）》）第十九条第二款的规定，“因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款”。注意此处的用词是“可以”而非“应当”。依据《解释(一)》第十九条第一款的规定,“当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的,按照约定结算工程价款”。由此可知,建设工程结算工程款的基本原则是尊重当事人之间的约定,只要合同对工程增加如何结算的约定是明确的、具体的,根据增减工程的性质、标准可以适用原合同约定的计价方法和计价标准结算工程款,并不会因此而导致当事人之间利益的显失公平,那么,原则上仍应参照合同约定结算工程价款。而在因增减工程的性质、标准不宜适用原合同约定的计价方法和计价标准结算工程款,或者原合同约定不明无法适用的情况下,则可根据《解释(一)》第十九条第二款的规定,参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。

工程造价鉴定取费标准变化时，是否仍按原约定下浮率对工程造价鉴定结果进行下浮

天娱公司（甲方）与飞翔公司（乙方）签订《建设工程合同》，约定由飞翔公司垫资承建天娱公司所开发的房地产项目；同时约定，案涉工程取费标准为按二类工程取费，按不含税总造价（安装主材除外）对商铺、住宅分别下浮2.29%和1.44%。后因工程款给付问题，飞翔公司将天娱公司诉至法院。经查，鉴定机构对案涉工程进行鉴定时并未采用合同约定的二类工程取费标准，而是采用当地最新实施的建筑工程综合定额标准。庭审中，双方对工程造价鉴定结果是否下浮问题发生争议。飞翔公司认为鉴定机构鉴定时的取费标准已与原合同的约定不符，故不应对鉴定结果再按约定下浮，该观点能否得到支持？

关于案涉工程款是否计算下浮率的问题。根据双方签订的《建设工程合同》约定，案涉工程取费标准为按二类工程取费，按不含税总造价（安装主材除外）下浮2.29%（商铺）和1.44%（住宅）。一般而言，工程取费标准越高，工程款结算金额就越多，施工方最终可得利益也就越大。因此，在建设工程施工合同法律关系中，施工方往往倾向约定较高的取费标准。对此，建设方则通过与施工方约定一个工程价款的下浮率来降低应付工程款的数额。可见，在同一份建设工程施工合同中，下浮率多少与取费标准高低直接相关。一般来说，取费标准越高，下浮率就越高。而案涉工程造价鉴定是按新施行的建筑工程综合定额取费，而没有按合同约定的二类工程取费。从本案情况来看，与二类工程取费相比，按照建筑工程综合定额取费，工程造价已经大幅下降，故不存在让利的问题。由于下浮率与工程取费标准直接相关，如果改变二类工程取费的标准，则之前约定的下浮率就失去了计价基础。进而，原合同中关于下浮率的约定已不再适用。

另外，建设工程造价下浮率的确定，需要施工方明确表示同意。对建设方而言，下浮率意味着施工方在工程造价基础上少收建设方一定比例的工程款。既然按下浮率计算工程款将使施工方可得收入减少，那么工程款是否下浮以及下浮多少比例都因与施工方切身利益相关而必须经施工方明确同意。此外，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）》第二条第一款，当事人对于工程范围、建设工期、工程质量、工程价款的约定属于建设工程施工合同的实质性内容，而工程造价下浮率关系到工程价款的结算，也属于合同的实质性内容。在案涉工程造价鉴定不按照二类工程标准取费后，原合同中约定的下浮率已失去计价基础。此时，如果还要对工程造价进行下浮，则应由当事人另行约定下浮率标准且该标准须取得各方一致同意。

工程量月报表能否直接作为工程结算依据

经建设单位聘用的监理工程师签认的工程量月报表，能否直接作为工程结算依据？

委托监理合同是指发包人将工程建设的一部分管理权限授予监理单位，监理单位根据发包人的授权开展工作。《民法典》第七百九十六条规定：“建设工程实行监理的，发包人应当与监理人采用书面形式订立委托监理合同。发包人与监理人的权利和义务以及法律责任，应当依照本编委托合同以及其他有关法律、行政法规的规定。”监理的法律特征与委托代理相似，但还具有区别于委托代理的法律特征。具体地讲，监理人与发包人之间是平等关系，是特殊的委托合同。其“特殊”在于监理，不仅要为发包人提供监理服务，维护发包人的合法权益，而且还有责任维护承包人的合法权益。关于监理单位的法律性质和定位，《建设工程委托监理合同（示范文本）》（已失效）第二部分“标准条件”第十九条规定，在委托的工程范围内，委托人或者承包人对对方的任何意见和要求（包括索赔要求），均应当首先向监理机构提出，由监理机构研究处置意见，再同双方协商确定。当委托人和承包人发生争议时，监理机构应当根据自己的职能，以独立身份判断，公正地进行调解。应当讲，监理单位在发包人与承包人之间起到了维系公平交易、等价交换的制衡作用，不能将其单纯视为发包人的利益代表。与之相符，《建筑法》第三十四条第二款、第三款规定：“工程监理单位应当根据建设单位的委托，客观、公正地执行监理任务。工程监理单位与被监理工程的承包单位以及建筑材料、建筑构配件和设备供应单位不得有隶属关系或者其他利害关系。”监理工程师签认工程量月报表的行为，可否推定为建设单位认可？就一般情况而言，监理工程师签认的工程量月报表属于书证，具备民事诉讼法意义上的证据效力，但不发生签证效力。首先，按照《建筑法》第三十二条，《建设工程质量管理条例》第三十六条、第三十七条、第三十八条，《建设工程安全生产管理条例》第十四条等规定，监理工程师不具备签认工程决算月报表的法定职责。其次，须审核监理合同约定内容。如监理合同约定监理工程师具备签署工程月报表职责，此约定对承包人并不发生效力；只有施工合同中有此约定，才对承包人发生签证效力。建筑市场上，在施工合同中签有此约定的情况基本不存在。最后，看交易惯例。施工过程中，监理工程师具有签认施工月报表的工作惯例。对签认的结果，各方当事人未提出异议，唯独对一份或几份签认结果不认可，肯定此签认行为构成了表见代理行为，肯定监理工程师对施工月报表的签认效力。除上述情况外，监理工程师对施工月报表的签认行为，不发生签证效力。

案例

“商业承兑汇票”在建设工程纠纷中的认定规则

案情简介

2019年6月22日，广西某房地产公司与某建设集团公司签订《南宁某项目施工总承包合同（Ⅱ标段）》，约定广西某房地产公司将案涉项目发包给某建设集团公司承建，合同暂定造价为162296522元，广西某房地产公司有权利以承兑汇票形式支付某建设集团公司工程款，现金及银行承兑汇票占比80%，商业承兑汇票占比20%，承兑期限为6个月等等，合同还对工程款支付节点、支付条件等事宜进行约定。双方已就案涉工程21期工程款进行结算并确认，21期月度工程款共计153624783.85元，其中现金支付及以房抵款59949427.1元，开立商业承兑汇票93675356.75元。开立商业承兑汇票均已到期，其中已兑付商业承兑汇票80760138.1元，到期拒付商业承兑汇票12915218.65元。案涉到期拒付的12915218.65元商业承兑汇票中，有11150000元商业承兑汇票已经由某建设集团公司背书转让，剩余1765218.65元商业承兑汇票由某建设集团公司自持。在某建设集团公司背书转让的商业承兑汇票中，广西某房地产公司已兑付结清的为9750000元。另有400000元商业承兑汇票，因到期被拒付，某建设集团公司向持票人清偿；有100000元商业承兑汇票因到期被拒付引发另案票据纠纷，生效判决判令某建设集团公司向被背书人承担票据责任。后某建设集团公司多次主张工程款未果，诉至法院请求判令广西某房地产公司支付未兑付商业承兑汇票涉及的工程款13715218.6元。

裁判结果

人民法院经审理认为，广西某房地产公司以出具商业承兑汇票的方式向某建设集团公司支付工程进度款，则某建设集团公司享有两种债权，原因债权（合同价款请求权）和票据债权（付款请求权和追索权）。在到期拒付的12915218.65元商业承兑汇票中，有1765218.65元商业承兑汇票为某建设集团公司所自持，因某建设集团公司自持的汇票未得到承兑，广西某房地产公司相应债务未清偿，原因债权没有消灭，某建设集团公司可基于建设工程施工合同关系向广西某房地产公司主张权利，广西某房地产公司应向某建设集团公司支付该部分的工程款。在到期拒付的12915218.65元商业承兑汇票中，有11150000元商业承兑汇票已经由某建设集团公司背书转让，由于某建设集团公司在转让中已经取得对价，其票据权利已被处分，且某建设集团公司现在已不是持票人，不享有汇票权利，且基于票据行为的无因性，持票人已经向出票人广西某房地产公司主张付款，广西某房地产公司也已经实际兑付清偿了9750000元，若仍支持某建设集团公司主张的其背书转让部分的工程款，则广西某房地产公司就存在重复支付款项的情况。故对某建设集团公司背书转让的商业承兑票，除非有证据证明某建设集团公司清偿了票据债务，据此可以请求广西某房地产公司承担责任外，某建设集团公司不得再向广西某房地产公司主张权利。若某建设集团公司今后承担了票据责任，可依据票据法的相关规定向广西某房地产公司进行追偿。综上，判决广西某房地产公司向某建设集团公司支付工程进度款2265218.65元。

裁判要旨

发包人以商业承兑汇票方式向承包人支付工程款，承包人以自持的商业承兑汇票到期被拒付为由，向发包人主张被拒付承兑汇票等值的工程款，人民法院应予支持，但到期拒付承兑汇票中已由承包人背书转让的部分，原则上不予支持，承包人通过承担票据责任重新取得票据权利的除外。

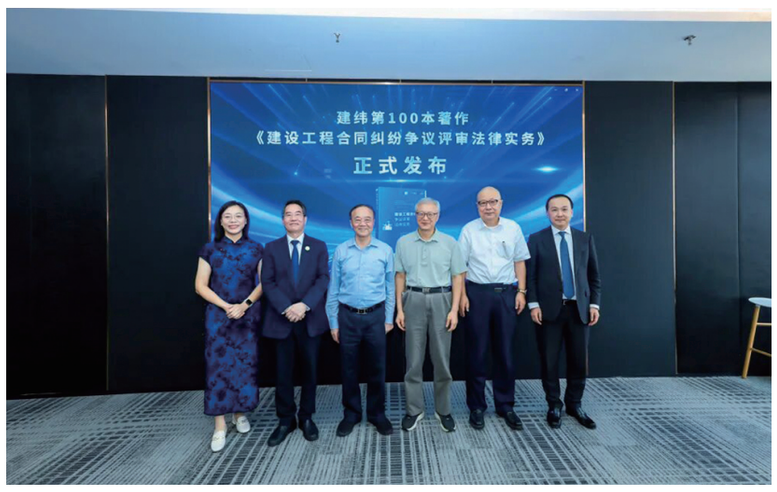
典型意义

近年来，建设工程领域，发包人以商业承兑汇票方式支付工程款的情况较为多见，一定程度上缓解了房地产开发商等发包人的流动资金压力，但因市场下行，发包人开具的承兑汇票无法兑付引发的纠纷亦随之涌现。在该类纠纷中，存在原因债权和票据债权两种权利的竞合，承包人依法有选择依据票据法律关系行使追索权或基于基础法律关系主张工程款请求权，但对承包人已背书转让部分的票据，实际持票人可能已向发包人主张票据权利，则承包人原则上不能再基于基础法律关系向发包人主张工程款债权，否则发包人将面临重复支付的情况。商业承兑汇票的付款方式有利于提高房地产市场资金的流动性，实践中要区分到期拒付承兑汇票的具体情况，更有利于平等保护建筑市场各方主体的合法权益。

（广西高法）

百书筑梦 法治同行

建纬律师事务所第一百本著作发布暨『一带一路』示范文本研制授权仪式举行



9月27日，建纬律师事务所第100本著作新书发布会暨中国贸促会建设分会《“一带一路”投资建设总承包合同（示范文本）》委托研制授权仪式在上海举行。

活动在律新社创始人王凤梅的主持下拉开帷幕。建纬律师事务所主任邵万权在开场致辞中强调，专业化不仅要求律师为客户解决实际问题，更要有前瞻性视野，预判行业需求，以深度研究引领服务创新。建纬坚持纵向深耕专业领域、横向拓展行业生态，推动律所从传统服务向行业赋能者转型。

建纬律师事务所副主任韩如波系统回顾了建纬百本著作的发展脉络，详细介绍了新书《建设工程合同纠纷争议评审法律实务》的编写背景与核心价值。法律出版社法商分社社长薛晗指出，该书系统梳理了建设工程合同纠纷的争议评审机制，提供了具有实操性的解决方案。

会上，中国国际贸易促进委员会建设行业分会会长李礼平，中国政法大学教授、博士生导师曹义孙，天津理工大学教授、博士生导师尹贻林，法律出版社有限公司法商分社分社长薛晗，建纬研究院（香港）有限公司院长朱树英，邵万权等嘉宾共同为新书揭幕。

活动期间举行了多项重要仪式。朱树英被授予“建纬终身荣誉主任”荣誉证书，建纬（杭州）律师事务所主任陈沸律师代为交接纪念册与印玺。李礼平正式授权建投研究院（香港）有限公司研制《“一带一路”投资建设总承包合同（示范文本）》。上海市建纬律师事务所与建投研究院（香港）有限公司签署了战略合作框架协议，双方将在国际工程法律研究、人才培养、标准制定等方面深度协同。中国民主法制出版社《法治时代》专家委员会副主任刘桂明主持授权仪式环节。

上海首届东方大律师江宪、游闽键，最高人民检察院检委会原委员、第六检察厅原厅长冯小光，北京理工大学法学院教授韩秀桃，北京建设工程招标和造价管理协会会长吴佐民，上海市方达律师事务所合伙人季诺，全国妇联常委、徐汇区妇联兼职副主席、上海家与家律师事务所主任谭芳，北京大成律师事务所主任、董事局主席袁华之等嘉宾通过视频或书面形式发来祝贺。

朱树英在主旨演讲中提出“使命所在，初心不改，建纬担当，家国情怀”的核心理念，并详细阐述建纬未来“总分所一体专业化”与“十五五精进”战略规划。他强调将在债权执行、争议评审、“一带一路”法治服务等领域持续突破。他表示，建纬将联合多方专业力量，推进投资（建设）总承包领域法治研究与实践，为中国企业海外投资提供法律保障。

本次盛会不仅是一次专业成果的集中展示，更彰显了中国建设工程法律服务业在“一带一路”倡议下的责任担当与时代使命。新书的发布与示范文本的研制，将为中国企业“走出去”提供坚实的法律保障，也为国际工程争议解决贡献中国智慧。

（建纬）

声 明

上海虞昌建筑劳务有限公司发现有人私刻本单位公章及法人章签订合同，本单位郑重声明：所签订合同、约定、协议、证明等所涉均为无效，如造成权益损失将追究法律责任，特此声明！

地址：上海市杨浦区营口路588号18楼 邮编：200433 电话：021-63212166 邮箱：jzsbs@jzsbs.com 广告通联部：021-63218376 定价（零售）1.00元 广告经营许可证：310115400002号 本报电脑文印中心照排 浦东彩虹印刷厂承印