

最高人民法院关于建设工程合同纠纷案件

裁判规则汇总

陈鑫范 陶鸿

目录

1. 当事人双方约定用仲裁的方式解决纠纷，但仲裁条款约定不明的，不能排除人民法院管辖.....	3
2. 发包方发给承包方的函件中，对于工程形象进度的推测，不构成诉讼中的自认行为，也不应作为确定工程施工进度的依据.....	3
3. 应付工程款利息作为法定孳息从应付工程价款之日计付.....	4
4. 实际施工人与工程发包人之间没有合同关系，其利益仍然应当得到保护.....	5
5. 合同约定的违约金是否过高应当参照因违约所造成的损失来进行判断，该损失不仅包括实际损失还应当包括可得利益的损失.....	6
6. 建设施工中形成的债权依法可以转让.....	7
7. 承包方非法转包建设工程，工程完工后其请求依照合同约定结算工程款的，法院不予支持，而应以实际施工人的资质据实结算工程款.....	8
8. 施工期间建材价格大幅上涨不属于当事人不可预见的情形.....	8
9. 双方当事人就《建设工程施工合同》文本发生争议时，应以备案的中标合同作为结算工程价款的依据，而不是指以存档合同文本为依据结算工程价款.....	9
10. 招标人与中标人未按《中标通知书》内容签订施工合同，对签约在先的施工合同不产生变更的效力..	10
11. 发包人以承包人在签订和履行建设工程施工合同时存在出借资质、分包获利行为，主张调解书内容违反法律、行政法规的禁止性规定，从而申请再审撤销调解书的，法院不予支持.....	11
12. 施工单位依照合同约定承担违约金，建设单位再以当地租金标准主张赔偿金，法院不予支持.....	11
13. 涉及企业商业秘密不能成为认定工程属于不适宜进行招标项目的依据.....	12
14. 当事人仅主张未违约并未提出违约金过高的请求，法院同样可以主动酌减违约金.....	13
15. 施工合同中双方约定按照“最后双方认可的工程总价”2%予以让利，不属于“附条件”条款.....	14
16. 在发包人不依约支付工程款，将工程款折价或者申请人民法院拍卖时，对折价或者拍卖所得的价款，承包人有优先受偿的权利.....	15
17. 依据承包人的意思表示从事负责施工管理的项目施工负责人不属于实际施工人，对工程款不享有独立请求权.....	15
18. 建筑工程承包合同被认定无效后，为开办企业出具不实验资证明的银行同样应当承担民事赔偿责任..	16

19. 建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格，承包人可以要求发包人参照合同约定结算支付工程价款.....	17
20. 工程款结算金额不明时，承包人不能以超过约定给付期限为由主张逾期违约金.....	18
21. 建设工程经竣工验收合格后，实际施工人与发包人签订的建设工程价款结算协议，人民法院可予保护.....	19
22. 鉴定机构分别按照定额价和市场价作出鉴定结论的，一般以市场价确定工程价款.....	19
23. 因发包人过错导致停工的，应根据案件事实综合确定一定的合理期间作为停工时间.....	20
24. 审计部门对建设资金的审计不影响建设单位与承建单位的合同效力及履行.....	21
25. 当满足一定条件时，发包人与第三方签订的合同导致的违约责任损失可以纳入《建设工程施工合同》被确认无效后的过错赔偿范围.....	22
26. 因组织工程竣工验收的主体不适格，质监部门出具的竣工验收报告不具有证明力.....	23
27. 建设工程施工合同解除后承包人仍享有建设工程优先受偿权.....	23
28. 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.....	24
29. 实际施工人与承包人约定仲裁的情况下不能起诉发包人.....	25
30. 违反招投标法规定签订的建设工程施工合同应当认定无效，违约责任条款失去效力.....	26
31. 建设工程价款优先受偿权的范围不包括因发包人违约所造成的损失.....	27
32. 双方当事人对于工程没有明确的交接手续，可以工程实际投入使用时间作为计算欠付工程款的起息点.....	27
33. 为了赔偿一方停工损失而对工程价款结算方式进行变更的约定，属于合同正常变更，不属于“黑合同”.....	28
34. 发包人不得仅以与分包人另行签订分包合同并实际支付工程款为由，抗辩总承包人给付分包部分工程款的请求.....	29
35. 发包人与实际施工人直接签订合同的，实际施工人可以直接向发包人主张权利.....	30

本裁判规则汇总整理总结自《民事审判指导与参考》中最高人民法院审理的建设工程纠纷案件，以方便广大同仁及建设工程相关从业人员参考。

1. 当事人双方约定用仲裁的方式解决纠纷，但仲裁条款约定不明的，不能排除人民法院管辖

——《中华人民共和国仲裁法》第16条规定，仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。仲裁协议应当具有下列内容：（一）请求仲裁的意思表示；（二）仲裁事项；（三）选定的仲裁委员会。以上三项是进行仲裁的必备要件，缺一不可。

关键词：仲裁；约定不明；管辖

规则详解：最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百一十五条规定：“依照民事诉讼法第一百二十四条第二项的规定，当事人在书面合同中订有仲裁条款，或者在发生纠纷后达成书面仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院应当告知原告向仲裁机构申请仲裁，其坚持起诉的，裁定不予受理，但仲裁条款或者仲裁协议不成立、无效、失效、内容不明确无法执行的除外。”具体到本案，双方当事人认可的《施工招标文件》第三章第12条附则3约定：本合同发生争议，双方有权向有关部门申请调解，调解不成向商定的仲裁机构申请仲裁。但未约定具体明确的仲裁机构，因此属约定不明。此后双方于2000年6月30日签订了《建设工程施工合同》，合同第三部分第10条37.1款约定，在履行合同过程中发生争议时：（1）请当地仲裁委员会调解；（2）采取第（ ）种解决方式，并约定向（ ）仲裁委员会提请仲裁或向（ ）人民法院提起诉讼。此处双方只约定了纠纷的调解方式，而调解不成后采取何种方式解决纠纷的条款中，是空白事项，故应认定双方未约定发生纠纷是提请仲裁机构仲裁，还是向人民法院提起诉讼。在双方发生纠纷后，亦未达成新的仲裁协议。因此从案件具体情况看，不能认定双方有排除人民法院管辖的约定。在双方已就纠纷解决方式发生争议的情况下，由人民法院受理此案并无不妥。

案件索引：见《民事审判指导与参考》（第20辑）第162页-168页。

2. 发包方发给承包方的函件中，对于工程形象进度的推测，不构成诉讼中的自认行为，也不应作为确定工程施工进度的依据

——最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第八条规定，诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无须举证。

关键词：形象进度；推测；自认

规则详解：自认是当事人对不利于自己事实的承认。诉讼中的自认是当事人在诉讼过程中对另一方当事人陈述的不利于自己的案件事实的承认。诉讼中的自认有约束当事人及法院的效力。当事人的自认可以成为法院确认案件事实的依据，所以正常程序中涉及自认事实部分的调查和辩论不再进行。本案中，发包方虽曾发函向承包方表示，工程形象进度至多完成 85.7%，其目的是督促承包方尽快进行施工建设，只是对工程形象进度的一种推测，并不构成诉讼中的自认行为，也不应作为本案确认工程施工进度的依据。承包方在复函中，对发包方的意见亦未认可。且该行为发生于双方当事人履行合同并发生争议阶段，并没有发生在诉讼阶段。发包方在参加诉讼后，一直否认工程形象进度已经达到了 85.7% 的事实。因此，诉争项目的形象进度，应当以两次鉴定确定的工程造价，结合合同约定的工程价款及已支付的工程款数额来综合判断，不能简单地将发包方发函中的推测理解为当事人诉讼中的自认。

案件索引：（1998）辽民初字第 9 号、（2001）民一终字第 46 号、（2002）辽民一初字第 1 号、（2002）民一终字第 72 号，见《民事审判指导与参考》（第 28 辑）第 183 页-209 页。

3. 应付工程款利息作为法定孳息从应付工程价款之日计付

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

关键词：利息；孳息；应付款

规则详解：利息问题到底是作为损失还是法定孳息，过去在学界和司法实务中一直存在争论。从最高人民法院制定的《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》第十八条的精神看，已经将利息作为一种法定孳息来对待。该条规定：“利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约

定不明的，下列时间视为应付款时间：（一）建设工程已实际交付的，为交付之日；（二）建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；（三）建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。”该条的3项规定都将支付利息和支付工程价款确定在同一时点。可以说，这条规定在一定程度上解决了利息到底是作为损失还是孳息的问题。因此，承担或者支付利息，作为法律和司法解释规定的一项附随义务，与当事人负有的付款责任同时产生。本案中双方当事人在《补充合同》中约定的剩余工程款付款金额和期限是，在双方约定的中介机构对该工程合同进行决算审查后，得出工程造价总金额，以该总金额扣除已付工程款后，得出剩余应付工程款，然后以房屋交易形式的房屋实物支付剩余价款。由此合同中约定的内容可见，双方当事人约定支付剩余工程款的起始时间为中介机构出具鉴定结论得出工程造价总金额之日。

案件索引：（2003）内民一初字第1号、（2005）民一终字第38号、见《民事审判指导与参考》（第28辑）第99页-113页。

4. 实际施工人与工程发包人之间没有合同关系，其利益仍然应当得到保护

——《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26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，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付的工程价款范围内对实际施工人承担责任。”

关键词：实际施工人；发包人；承担责任

规则详解：以往实践中，由于建设工程的转包人、违法分包人获取利润后，并不关心发包人是否依据合同约定的数额和支付期限支付工程款，在发包人欠付工程款时并不积极主动主张权利，造成实际施工人与发包人之间虽形成事实上的权利义务关系，但程序上又受到合同相对性的影响和制约，不能以发包人为被告提起追索工程款的诉讼权利的情形；实体上，即使发包人欠付工程款，只要转包人或者违法分包人不向发包人主张权利，实际施工人就无法以发包人为被告主张追索工程款的权利，又由于转包人或者违法分包人怠于主张权利，还可能使实际施工人请求超过诉讼时效，导致实体权利的丧失。此情况下，就会发生实际施工人主张权利却投诉无门的境地，如果不允许实际施工人向发包人主张权利，同样会导致实际施工人的利益不能得到保护。基于保护实际施工人权益和利益的考虑，

《解释》第二十六条第二款赋予实际施工人向发包人追索工程款的诉讼权利。同时由于实际施工人与转包人、违法分包人之间存在转包或者违法分包的无效合同关系，双方是合同的相对方，为了便于案件审理，查清案件事实，分清当事人的责任，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。但在实体审理中，如果发包人已将工程款全部支付承包人，发包人就应当不再承担支付实际施工人工程款的责任。也就是说，发包人只在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任。《解释》第二十六条体现了实事求是与公平原则。

案件索引：（2006）民一终字第 69 号，见《民事审判指导与参考》（第 29 辑）第 197 页-205 页。

5. 合同约定的违约金是否过高应当参照因违约所造成的损失来进行判断，该损失不仅包括实际损失还应当包括可得利益的损失

——根据《合同法》第一百一十四条第二款和第一百一十三条第一款的规定，当事人一方履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，赔偿额应当相当于因违约给对方造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益。

关键词：违约金；损失；可得利益

规则详解：《合同法》第一百一十四条第二款规定：“约定的违约金低于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。”根据该条的规定，当事人请求减少违约金的，必须是约定的违约金“过分”高于造成的损失，否则，当事人不得请求减少违约金。据此，判断合同约定的违约金是否过高，是否应该对违约金进行调整，其标准应当是约定的违约金过分高于“造成的损失”。《合同法》第一百一十四条规定的“造成的损失”，通说认为应当包括可得利益的损失。因为一方面，该条的规定用语是“损失”，而并没有用“实际损失”一词。而《合同法》第一百三十三条第一款规定：“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，给对方造成损失的，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得到的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”可见，该条规定的损失既包括实际损失，也包括可得利益的损失。既然如此，那么违约金的调整标准也应当包括可得利益的损失。另一方面，如果在调整违约金数额时，

只考虑实际损失，那么在承担违约金以后，又不承担损害赔偿责任，则对非违约方损失的补偿是不完全的，也就是说只补偿了其实际损失，而没有补偿其可得利益的损失。因为在调整违约金数额以后不可能再允许非违约方继续要求赔偿损害，这样与违约金的功能不相符合。所以只有在赔偿的标准即损失包括可得利益的情况下，才能使非违约方因违约金责任的承担，达到如同合同就像完全被履行时一样，即就像没有发生违约行为一样。

案件索引：（2003）鄂民一初字第2号、（2004）民一终字第18号、（2004）鄂民一初字第4号、（2004）民一终字第112号，见《民事审判指导与参考》（第30辑）第175页-206页。

6. 建设工程施工中形成的债权依法可以转让

——法院认为认定债权能否转让取决于债权的性质、转让是否合法，是否损害发包人的利益。鉴于建设工程施工合同的特殊性，履行过程中可以转让合同权利而不得转让合同义务。

关键词：债权转让；合同权利；合同义务

规则详解：建筑施工中形成的债权能否转让，实务中存在着两种不同的观点。最高院认为，建设工程施工合同债权转让并不违反法律、法规的强制性规定或者禁止性规定，具体到本案而言，涉案合同依法可以转让，应认定债权转让有效。理由是：第一，转让涉案合同符合法律规定。建设工程施工合同的转让效力应区别对待。合同转让分为债权让与、债务承担和代替履行。法律对承包人的债权让与没有限制，故与一般债权让与没有本质区别。而债务承担则往往涉及工程审批、承包人资质、信赖关系等限制条件，《建筑法》规定工程禁止转包，故不得随意转让合同义务。代替履行是指债权债务一并转让，这也同样涉及转让合同义务问题，因此代替履行同样为法律所不允许。本案债权让与的内容并不涉及债务承担问题，依法应当准许。第二，债权转让不损害对方当事人的利益。通常情况下，债权人既有权要求债务人直接清偿债务，也有权指定债务人向第三人清偿债务，对债务人而言，向第三人清偿债务等于向债权人清偿债务，其法律后果都是消灭债务。第三、承包人就债权转让通知了发包人，合同债权转让符合法定条件。依据《合同法》第八十条的规定，债权人转让合同权利的，应当通知债务人。本案

中承包人已经履行了通知义务，债权转让已经生效。综合上述三点理由，建筑施工中形成的债权依法可以转让。

案件索引：见《民事审判指导与参考》（第32辑）第170页-181页。

7. 承包方非法转包建设工程，工程完工后其请求依照合同约定结算工程款的，法院不予支持，而应以实际施工人的资质据实结算工程款

——承包人承揽建设工程后，未经发包人同意将建设工程全部转包给第三人，在工程完工承包方向发包方交付建设工程，要求结算工程款时，发包人向人民法院起诉，提出建设工程是由第三人完成的，主张与第三人结算工程款。本案处理主要涉及建设工程的工程款具体应如何结算问题。

关键词：转包；实际施工人；结算

规则详解：虽然承包人将建设工程进行了转包，但是案涉工程经过验收系合格工程，对此，双方当事人对发包人应当支付建筑物工程款没有异议。但双方的异议在于如何结算工程款。发包人认为，应依照实际施工人与承包人合同约定的集体三级资质结算。承包人认为，应依照发包人与承包人签订的合同按一级资质结算。最高院认为，应依照实际施工人的资质，即实际施工人的集体三级资质据实结算工程款。其理由是：1. 承包人在与发包人签订合同后，没有进行任何施工，其提出按合同约定的一级资质结算工程款无任何事实依据，其请求无法支持。2. 工程建设是实际施工人建设的，实际施工人与承包人合同约定按集体三级资质结算。因此，按实际施工人资质结算工程款是合乎情理的。3. 按三级资质结算也是承包人违反合同约定及违反法律规定所应该承担的民事责任。

案件索引：（2002）新民一初字第42号、（2006）民一终字第42号，见《民事审判指导与参考》（第34辑）第114页-130页。

8. 施工期间建材价格大幅上涨不属于当事人不可预见的情形

——《合同法司法解释二》明确要求严格区分情势变更与正常商业风险之间的区别，审慎适用情势变更原则。而适用情势变更原则的重要衡量标准之一就是合同履行期间是否发生了当事人不可预见的基础情势的重大变化。

关键词：情势变更；显失公平；不可预见

规则详解：如果当事人在订立合同时已经预见或者应当预见，则不能产生“情势变更”的法律效果。确定“预见”的界限应结合具体法律关系的特征。就本案涉及的建设工程施工合同法律关系而言，建材价格的起伏涨落无疑应当是一个普通的建设工程施工合同承包方在确定投标价格时首先应当考虑到的重要因素。而

从建筑市场实践看，材料价格随着市场变化出现涨落殊为正常，将其认定为非当事人所能预见之“情势”有违一般行业判断标准。否则，以此为依据对合同价款动辄进行调整将成为常态，这不仅会严重损害法律关系的稳定性，更有可能使当事人（尤其是建设方）确定合同权利义务的预判基础大大削弱。因此有必要将其纳入当事人应当预见的范围。而根据案涉工程的招标文件以及作为当事人施工承包合同组成部分的一系列文件的相关内容看，可以认定建设方已经明确地预先排除了因材料上涨等原因而进行合同价款调整的可能。故施工期间建材价格大幅上涨不属于当事人不可预见的情形。

案件索引：（2006）鄂民二初字第15号、（2007）民一终字第81号，见《民事审判指导与参考》（第34辑）第162页-171页。

9. 双方当事人就《建设工程施工合同》文本发生争议时，应以备案的中标合同作为结算工程价款的依据，而不是指以存档合同文本为依据结算工程价款

——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21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依据。”该条是指当事人就同一建设工程签订两份不同版本的合同，发生争议时应以备案的中标合同作为结算工程价款的依据，而不是指以存档合同文本为依据结算工程价款。

关键词：招投标；备案合同；存档合同

规则详解：本案中双方当事人在一审举证期限内分别向法院提交了《建设工程施工合同》文本，双方提交的合同文本内容一致，即均没有29-3条款的内容。而在一审诉讼的后期阶段即鉴定报告作出后，发包方突然提交了有29-3条款内容的合同文本，其内容为：“本工程为乙方垫资工程，以实结算，实做实收，按工程总价优惠8个点，工程结算以本合同为准”。发包方提交的西安市城市建设档案馆存档的《建设工程施工合同》文本添加了其法定代表人书写的29-3条款，承包方对此不予认可，而发包方没有证据证明该条款系经双方当事人协商确定的，故一审判决以发包方提交的存档文本作为结算工程价款的依据，在事实和法律上均不能成立。同时从逻辑推理来看，既然双方早就如发包方所言知晓29-3条款的内容，且该内容又对发包方非常有利，发包方为什么不在一审举证期限届满前就出示该合同文本？另外，29-3条款也与合同第11条约定的按工程进度付款的

内容相矛盾，发包方自己主张已付部分工程款的事实也与 29-3 条款的内容相悖。因此最高院判决，应以一审举证期限届满前双方提交的同样内容的《建设工程施工合同》文本作为本案结算工程款的依据，即以备案的中标合同作为结算工程价款的依据，而不以存档合同文本为依据结算工程价款。

案件索引：（2006）陕民一初字第 29 号、（2007）民一终字第 74 号，见《民事审判指导与参考》（第 35 辑）第 221 页-223 页。

10. 招标人与中标人未按《中标通知书》内容签订施工合同，对签约在先的施工合同不产生变更的效力

——虽在建设单位与施工企业签订施工合同后，承、发包双方当事人又就同一工程部分履行了招投标程序，但未按《中标通知书》记载的内容签订施工合同，应独立审核施工合同效力。讼争工程项目不属于必须招标的情形，且未违反法律强制性规定，应当认定签约在先的施工合同有效。

关键词：招投标；合同效力；行政处罚

规则详解：本案中承包人具备与承揽的讼争工程项目相适应的法定资质等级。签约时，合同当事人意思表示真实、自愿，合同内容并不违反法律、行政法规规定，应当认定双方签订的建筑工程施工主合同及补充协议有效。虽然在双方当事人签订施工合同后，就同一工程建设项目又履行招投标程序时，未按照中标通知书记载的实质性内容签订施工合同，但依据 2000 年 5 月 1 日国家发展计划委员会发布的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》的规定，讼争建设项目不属于《招标投标法》第 3 条规定的必须进行招标的工程建设项目，并不违反法律强制性规定。最高院认为，本案承、发包双方当事人在履行招投标程序前，已经签订了施工合同，应当依据法律规定独立审核施工合同的效力。如前所述，应当认定签约在先的建设工程施工合同及补充协议有效。双方当事人就同一工程建设项目又履行招投标程序，意在变更施工合同的部分内容，因招标人与中标人未按照《中标通知书》记载的实质性内容签订施工合同，中标合同未成立，对签约在先的施工合同未产生变更的法律效力。至于招标人与中标人在招标机构发出《中标通知书》后未履行正式签订书面合同的行为，违反了《招标投标法》的有关规定，应由行政机关处理，不属于民事案件审理范围，不影响签约在先的施工合同的效力。

案件索引：（2003）新民一初字第29号，见《民事审判指导与参考》（第36辑）第146页-159页。

11. 发包人以承包人在签订和履行建设工程施工合同时存在出借资质、分包获利行为，主张调解书内容违反法律、行政法规的禁止性规定，从而申请再审撤销调解书的，法院不予支持

——《民事诉讼法》第一百八十二条规定：“当事人对已经发生法律效力的调解书，提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的，可以申请再审。人民法院审查属实的，应当再审”。

关键词：调解书；再审；撤销

规则详解：《民事诉讼法》第一百八十二条的规定，不仅是人民法院针对当事人不服民事调解书的申请再审作出是否再审裁定的依据，也是人民法院于再审中判断是否应当撤销民事调解书，对当事人之间的争议重新作出实体判决的依据。本案中发包人以调解书掩盖了承包人出借资质、非法分包获利的事实，认为其内容违反了《建筑法》的禁止性规定，属于《民事诉讼法》第一百八十二条规定的调解协议内容违反法律，因此向最高院申请再审，请求撤销已经发生法律效力的民事调解书。最高院认为：发包人所述承包人出借资质、分包获利问题，是发包人与承包人之间履行双方签订的建设工程施工合同的问题。签订和履行建设工程施工合同时是否存在出借资质和违法分包获利的情况与调解书内容是否违反法律、行政法规的禁止性规定并无关系。故发包人以承包人在签订和履行建设工程施工合同时存在出借资质、分包获利行为，主张本案调解书内容违反法律、行政法规的禁止性规定，最高人民法院不予支持。

案件索引：（2003）川民初字第31号、（2008）川民监字第246号、（2008）民一监字第12-1号、（2008）川民再初字第1号，见《民事审判指导与参考》（第38辑）第220页-230页。

12. 施工单位依照合同约定承担违约金，建设单位再以当地租金标准主张赔偿，法院不予支持

——施工单位按照合同约定承担延期交工的违约金，其违约金的性质属于赔偿性违约金。因此，建设单位在依照合同约定取得违约金赔偿后，即可认定为已获得赔偿。在此情况下，建设单位再以当地租金标准主张赔偿金，不应予支持。

关键词：合同约定；违约金；赔偿金

规则详解：双方在《建设工程施工合同》中关于工期延误条款约定，因甲方原因造成工期延误，工期顺延并承担乙方因此造成的损失费用；因乙方原因，工期每延误一天，甲方扣罚合同价款的万分之一。双方上述合同约定明确清晰，且不违反法律规定，系双方当事人真实合意，因此该约定应作为违约方承担责任的依据。对于违约责任的问题，法院的认定意见基本是一致的，但是在承担逾期交工的违约责任后，是否还应承担赔偿责任，各级法院处理不一。最高人民法院认为，在存在双方当事人约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法的时候，发包人提出再依据租金标准计算损失的，法院不予支持。承包人按照合同约定承担延期交付的违约责任后，即可认为发包人已获得赔偿，除非发包人提供证据证明，其违约金不足以弥补其实际损失，其方可再主张损失赔偿。本案中，发包人并未提供因延期交房而造成实际损失的相关证据，在此情况下，如果承包人既赔偿约定的违约金，又赔偿依据租金计算出来的损失，就会导致违约金重复计算，加重承包人的责任，有失公允。

案件索引：（2004）乌中民一初字第94号、（2005）新民一终字第111号、（2008）民提字第39号，见《民事审判指导与参考》（第38辑）第231页-240页。

13. 涉及企业商业秘密不能成为认定工程属于不适宜进行招标项目的依据

——《招标投标法》第66条规定：涉及国家安全、国家秘密…等特殊情况，不适宜进行招标的项目，按照国家有关规定可以不进行招标。如果建设工程仅涉及企业商业秘密，且该秘密未经主管机关批准上升为国家秘密，不能据此认定该工程“涉及国家秘密”且“不适宜进行招标”。

关键词：招标；国家秘密；商业秘密

规则详解：《招标投标法》第66条规定：涉及国家安全、国家秘密、抢险救灾或者属于利用扶贫资金实行以工代赈、需要使用农民工等特殊情况，不适宜进行招标的项目，按照国家有关规定可以不进行招标。本案的关键在于能否将发包人在申请报告中所称的高度商业机密纳入“国家机密”。《保密法》实施后，企业的商业秘密如果要成为国家秘密，应当通过中央有关机关与国家保密局会签规范性文件的形式来确认。而本案中发包人并未举证证明就该公司所称商业秘密

已经法定程序上升为国家秘密。所以，本案所涉的公司商业秘密不能认定为“国家机密”。退而言之，不进行招标在性质上要重于法定招标形式的选择（即不采取公开招标，而采取邀请招标）。对后者，《招标投标法》第11条规定，国务院发展计划部门确定的国家重点项目和省、自治区、直辖市人民政府确定的地方重点项目不适宜公开招标的，经国务院发展计划部门或者省、自治区、直辖市人民政府批准，可以进行邀请招标。根据举轻以明重的法律解释原则，如果认定本案工程属于《招标投标法》第66条规定的“国家秘密”的范围，至少也应经过国务院发展计划部门或者省、自治区、直辖市人民政府的批准。本案中，发包人提供的证据并不足以证明有权机关已经认定西部化工公司商业秘密属于国家秘密且涉案工程项目可以不进行招标的事实。

案件索引：（2009）民一终字第7号，见《民事审判指导与参考》（第38辑）第247页-261页。

14. 当事人仅主张未违约并未提出违约金过高的请求，法院同样可以主动酌减违约金

——《合同法》第一百一十四条规定：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，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

关键词：违约金；主张；调整

规则详解：违约金过高，当事人一方坚持称自己是守约方，从未违约，此种情况下，当事人未提出违约金过高的主张，法院能否主动调整，理论上争议很大。由于对《合同法》第一百一十四条的不同理解，一种意见认为，应当推定当事人提出了违约金过高的请求，当事人认定自己从未违约，说明其认为自己应当承担的违约金为零，无论令其支付多少违约金，其都认为违约金过高。另一种意见认为，法律上的推定必须有明确的规定，不能任意推定，当事人没有提出违约金过高的主张是当事人自己的问题，应严格按照《合同法》第一百一十四条的规定，法院不能主动调整。最高人民法院认为：对于违约金过高，当事人坚持自己未违约，其目的是抵消、动摇或者并吞对方的违约金请求权，此种情况下，如果当事

人固守其未违约的主张，从逻辑上看，其认为自己不应支付违约金。无论法院判定其应支付多少违约金，其均会认为违约金过高，法院如果机械地认为当事人未主张违约金过高，就不能调整违约金的做法，则可能造成事实上的不公平。因此当事人仅主张未违约法院可以主动酌减违约金。

案件索引：（2006）呼民初字第 68 号、（2007）内民一终字第 1 号，见《民事审判指导与参考》（第 41 辑）第 254 页-266 页。

15. 施工合同中双方约定按照“最后双方认可的工程总价”2%予以让利，不属于“附条件”条款

——对包含“最后双方认可的工程总价”内容的让利条款，是否属于“附条件”条款，最高院认为应当根据双方所签合同的目的、基本文义、所使用的语句以及结合行业惯例和本地区习惯性做法，进行综合判断，从而做出正确理解。

关键词：双方认可；让利条款；附条件

规则详解：现实生活中，当事人双方通过签订补充合同等方式，由施工方在合同约定工程总造价基础上进行一定的返点、让利，乃目前建筑行业较为普遍存在的一种现象。但本案焦点并不在于让利条款本身是否有效，而是对让利条款的生效是否属于附条件问题，存在认识上的分歧。双方在施工合同中约定，按照“最后双方认可的工程总价”2%由施工方予以让利。对“最后双方认可的工程总价”应当如何理解，一种观点认为，该约定表明：双方让利2%的意思表示是一致而明确的，关于该条款生效，双方未附加任何条件。所谓双方认可的工程总价，不过是确定2%的具体让利数额的计算基础。另一种观点认为，双方关于工程总价的2%让利条款的约定，是一个附有生效条件的条款，条件就是“双方认可的工程总价”。只有双方认可的工程总价明确、固定时，让利2%的条款才因条件成就而生效，否则，让利条款就未生效。最高院认为，正确解读合同约定内容，一方面要根据合同的基本文义、所使用的语句，另一方面要结合行业惯例和习惯法做法。前述后一种观点，显然有些牵强，也不符合行业内部的惯常做法。因此施工合同中双方约定按照“最后双方认可的工程总价”2%予以让利，不属于“附条件”条款。

案件索引：（2002）沈民初字第 42 号、（2004）辽民一房终字第 65 号，见《民事审判指导与参考》（第 41 辑）第 277-286 页。

16. 在发包人不依约支付工程款，将工程款折价或者申请人民法院拍卖时，对折价或者拍卖所得的价款，承包人有优先受偿的权利

——依据《合同法》第二百八十六条以及最高人民法院下发的（2002）16号《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》的规定，承包人享有工程款优先受偿的权利且系法定优先权，效力优先于其他债权，但这种优先权必须在一定期限内行使。

关键词：优先受偿权；法定；期限

规则详解：《合同法》第二百八十六条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”为了进一步明确这种优先权的范围以及实际操作中的具体事项，2002年6月27日，最高人民法院下发了（2002）16号《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》，《批复》规定，人民法院在审理房地产纠纷案件中应当依照《合同法》第二百八十六条的规定，认定建设工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。工程款优先受偿权是由法律直接规定的，它无须发包人与承包人在合同中约定。但这种优先权必须在一定的期限内行使。依据《批复》第四条规定，建设工程承包人行使优先权的期限为6个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。

案件索引：（2008）鄂民一初字第2号，见《民事审判指导与参考》（第42辑）第181页-198页。

17. 依据承包人的意思表示从事负责施工管理的项目施工负责人不属于实际施工人，对工程款不享有独立请求权

——《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》第二十六条规定：“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，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任。”

关键词：负责人；实际施工人；请求权

规则详解：《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》中有三条使用了“实际施工人”的概念，即第四条、第二十五条、第二十六条，三处均是指无效合同的承包人，具体而言就是转承包人、违法分包合同的承包人、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。实际施工人的构成条件为：实际施工人与发包人之间没有合同上的权利义务关系，但与转包人与违法分包人之间存在转包或违法分包的无效合同关系，在此情况下，实际施工人依据无效合同关系，享有独立请求发包人支付工程款的权利。然而依据承包人的意思表示从事负责施工管理的项目施工负责人，并不符合最高人民法院《解释》第二十六条“实际施工人为转包人和违法分包人的承包人”的条件，其行为类似于直接代理（直接代理是指代理人以被代理人的名义在授权范围内从事代理行为，代理的效果直接由被代理人承担），项目施工负责人的行为效果归于承包人，因此不属于实际施工人，不享有独立请求发包人支付工程款的权利。

案件索引：（2008）黑民一初字第5号、（2009）民一终字第75号，见《民事审判指导与参考》（第43辑）第167页-183页。

18. 建筑工程承包合同被认定无效后，为开办企业出具不实验资证明的银行同样应当承担民事赔偿责任

——法释（1997）10号《关于验资单位对多个案件债权人损失应如何承担责任的批复》规定：“金融机构、会计师事务所为公司出具不实的验资报告或者虚假的资金证明，公司资不抵债的，该验资单位应当对公司债务在验资报告不实部分或者虚假资金证明金额以内，承担民事赔偿责任。”

关键词：合同无效；司法解释；司法政策

规则详解：1998年1月13日生效的法释（1997）10号《关于验资单位对多个案件债权人损失应如何承担责任的批复》规定：“金融机构、会计师事务所为公司出具不实的验资报告或者虚假的资金证明，公司资不抵债的，该验资单位应当对公司债务在验资报告不实部分或者虚假资金证明金额以内，承担民事赔偿责任。”，但最高人民法院法（2002）21号《关于金融机构为企业出具不实的或者虚假验资报告资金证明如何承担民事责任的通知》第4条规定：“企业登记时出资人未足额出资但后来补足的，或者债权人索赔所依据的合同无效的，免除验资

金融机构的赔偿责任。”，对于上述相互冲突的条文如何适用，是解决此类纠纷的关键所在。根据最高人民法院《关于司法解释工作的规定》，司法解释的形式分为“解释”、“规定”、“批复”、“决定”。此外，最高人民法院还根据审判工作需要制定了若干司法政策，其形式分为“指导意见”、“复函”、“通知”、“纪要等”。由此可见最高人民法院法（2002）21号属于司法政策。根据最高人民法院《关于司法解释工作的规定》，司法解释可以在裁判文书中作为法律依据直接引用，其效力优于司法政策；当两者有不同规定时，应以司法解释作为裁判依据。因此类似情形应当适用法释（1997）10号《关于验资单位对多个案件债权人损失应如何承担责任的批复》的规定，即当建筑工程承包合同被认定无效后，银行为开办企业出具不实的验资证明同样应当承担民事赔偿责任。

案件索引：（1998）澄民初字第98号、（2000）澄民再字第4号、（2001）锡民再终字第041号、（2002）锡民再终字第053号民事判决、（2004）苏民再终字第009号民事判决，见《民事审判指导与参考》（第44辑）第209页-221页。

19. 建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格，承包人可以要求发包人参照合同约定结算支付工程价款

——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》（以下简称《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。”

关键词：合同无效；验收合格；结算

规则详解：对于经竣工验收合格的工程，合同被认定为无效后，承包人可以请求按照合同约定支付工程款，发包人同样可以主张按合同约定支付工程款，无论发包人或承包人选择与否，均应参照合同约定，除非双方另行协商一致以合同约定的结算方式以外的其他方式结算。最高人民法院立案二庭在2010年4月20日致江西省高级人民法院的内部函（2010民申字第260号）中也明确了以下观点：关于讼争工程价款的确定应依据鉴定结论还是参照合同约定的问题，涉及对《解释》第二条的理解问题。《解释》对于无效合同的工程款结算原则上是采取了参照合同约定结算的补偿方式，虽然其在表述中出现：“承包人请求参照合同约定支付工程价款”，但这并不意味着承包人对于两种折价补偿方式享有选择

权。最高人民法院民一庭认为：《解释》第二条确立了建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格时的折价补偿原则，即：“参照合同约定支付工程价款”。该条并未赋予承包人选择参照合同约定或者工程定额标准进行结算的权利，除非双方另行协商一致同意按照定额价或市场价据实结算，否则，一般应参照合同约定支付工程价款。

案件索引：见《民事审判指导与参考》（第48辑）第112-118页。

20. 工程款结算金额不明时，承包人不能以超过约定给付期限为由主张逾期违约金

——工程款结算金额的确定是工程款给付的前提。在合同同时约定工程款金额确定方式与给付工程款期限的情形下，如给付期间届满，而工程款数额尚未按约定方式确定时，宜从探究当事人真意出发，根据合同法第一百二十五条规定的体系解释原则，两者结合起来可理解为双方已约定将工程款结算金额确定时间作为确定工程款给付期日及给付期间起点的依据。

关键词：结算；期限；逾期

规则详解：在合同同时约定工程款金额确定方式与给付工程款期限的情形下，如给付期间届满，而工程款数额尚未按约定方式确定时，如果据此认定发包方逾期付款承担违约责任，显然，这种结果与当事人订约时的目的不符。因此，有必要将两项约定结合起来通过目的解释、体系解释探究当事人约定上述两项的真意。具体到本案，发包方承诺按约定期限给付工程款的前提是工程款结算金额确定。由于工程款结算中，承包方存在虚报、多报工程量的情形，影响了结算进程，故工程款结算无结果不能归咎于发包方恶意拖延时间。工程款结算金额无法在约定期限内确定，这使得发包方关于给付期限和逾期违约金的承诺就失去基础，也就谈不上承担违约金责任问题。由上可见，当合同条款之间存在冲突时，如果单就个别合同条款进行文义解释，有可能使得裁判脱离当事人本意而无法实现公平公正。此时，可以考虑根据合同法第一百二十五条之规定，通过体系解释、目的解释等多种方式探究当事人订约时的真意，以协调合同条款之间的冲突，从而作出公正裁判。

案件索引：（2005）鲁民一初字第7-1号，见《民事审判指导与参考》（第49辑）第148-169页。

21. 建设工程经竣工验收合格后，实际施工人与发包人签订的建设工程价款结算协议，人民法院可予保护

——建设工程经竣工验收合格后，实际施工人与发包方已经就涉案工程签署结算协议的，该结算协议应视为实际施工人与发包方就施工工程价款结算问题所达成的合意。实际施工人请求发包方依据结算协议支付工程价款的，人民法院可予支持。

关键词：挂靠；实际施工人；结算协议

规则详解：实际施工人如果和发包人已经就建设工程价款进行了结算，并签署了结算协议，如果建设工程经竣工验收合格后，实际施工人依据结算文件请求支付工程价款的，人民法院则可以将该结算协议作为工程价款的结算依据。理由如下：首先，从实际施工人的制度设计来看，承认实际施工人同发包人之间结算的效力，对于保护实际施工人的利益具有重要意义；其次，实际施工人已经同发包人就工程价款进行了结算，在工程竣工验收合格的情况下，从减少诉讼、促进经济发展的角度，应认定当事人结算的意思表示真实，并予以保护；最后，承认结算协议的效力更有利于节约诉讼成本，在案件审理工程中，如果能够通过其他方式确定当事人之间关于争议工程价款的数额的，应避免简单地通过鉴定的方式对工程价款进行鉴定，从而尽可能地解决鉴定乱、鉴定滥的问题。

案件索引：见《民事审判指导与参考》（第49辑）第170-180页。

22. 鉴定机构分别按照定额价和市场价作出鉴定结论的，一般以市场价确定工程价款

——鉴定机构分别按照定额价和市场价作出鉴定结论的，在确定工程价款时，一般应以市场价确定工程价款，这是因为，以定额为基础确定工程造价大多未能反映企业的施工、技术和管理水平，定额标准往往跟不上市场价格的变化，而建设行政主管部门发布的市场价格信息，更贴近市场价格，更接近建筑工程的实际造价成本，且符合合同法的有关规定，对双方当事人更公平。

关键词：鉴定结论；定额价；市场价

规则详解：首先，建设工程定额标准是各地建设主管部门根据本地建筑市场建筑成本的平均值确定的，是完成一定计量单位产品的人工、材料、机械和资金消费的规定额度，是政府指导价范畴，属于任意性规范而非强制性规范。在当事

人之间没有作出以定额价作为工程价款的约定时，一般不宜以定额价确定工程价款。其次，以定额为基础确定工程造价没有考虑企业的技术专长、劳动生产力水平、材料采购渠道和管理能力，这种计价模式不能反映企业的施工、技术和管理水平。再次，定额标准往往跟不上市场价格的变化，而建设行政主管部门发布的市场价格信息，更贴近市场价格，更接近建筑工程的实际造价成本。此外，本案所涉钢结构工程与传统建筑工程相比属于较新型建设工程，工程定额与传统建筑工程定额相比还不够完备，按照钢结构工程造价鉴定的惯例，以市场价鉴定的结论更接近造价成本，更有利于保护当事人的利益。最后，根据《中华人民共和国合同法》第六十二条第（二）项规定，当事人就合同价款或者报酬约定不明确，依照合同法第六十一条的规定仍不能确定的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。本案所涉工程不属于政府定价，因此，以市场价作为合同履行的依据不仅更符合法律规定，而且对双方当事人更公平。

案件索引：（2006）历城民商初字第825号，（2008）济民五终字第44号，（2008）鲁民提字第304号，（2011）民提字第104号；见《民事审判指导与参考》（第50辑）第139-149页。

23. 因发包人过错导致停工的，应根据案件事实综合确定一定的合理期间作为停工时间

——因发包人提供错误的地质报告致使建设工程停工，当事人对停工时间未作约定或未达成协议的，承包人不应当盲目等待而放任停工状态的持续以及停工损失的扩大。对于计算由此导致的停工损失所依据的停工时间的确定，也不能简单地以停工状态的自然持续时间为准，而是应根据案件事实综合确定一定的合理期间作为停工时间。

关键词：停工损失；停工时间；合理期间

规则详解：对于因发包人过错引发的工程停工索赔纠纷，在认定停工损失（包括停工时间）的问题上，应遵循两个基本原则：一是所发生的费用应是承包人履行合同所必须的和已经实际发生的；二是承包人不应当由于停工的发生而额外受益或额外受损，即对实际损失进行赔偿。基于此，虽然对于计算停工损失及停工时间的认定没有明确规定，但我们可以根据上述原则，并参考类似情况下的有关合

同示范文本的做法加以认定。对于发包方不按合同支付工程款导致工程停工的情形，建设部于1999年12月推行的《建设工程施工合同示范文本》中规定，“承包方可停止施工，停止施工超过56天，发包人不支付工程款（进度款）的，承包方有权解除合同”。在FTDIC合同条件中，暂时停止施工，暂停时间已持续84天以上，暂停影响到整个工程的，承包方可终止合同。发包方长期拖延付款，造成承包方停工达56天或84天之久，双方又未能对延期付款达成协议的，承包方应当对工程的前景有合理的预见，对风险有较理性的把握，应积极采取措施，降低损失，因而有义务及时做好人员和机械的安置工作。根据前述处理工程停工索赔纠纷的基本原则，因发包人过错导致的停工，应根据案件事实综合确定一定的合理期间作为停工时间。

案件索引：（2001）洛经初字第67号，（2003）豫法民一终字第140号，（2006）豫法民再字第106号，（2011）民提字第292号；见《民事审判指导与参考》（第50辑）第168-186页。

24. 审计部门对建设资金的审计不影响建设单位与承建单位的合同效力及履行

——《最高人民法院关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确认的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何适用法律问题的电话答复意见（2001）民他字第2号》规定，审计是国家对建设单位的一种行政监督，不影响建设单位与承建单位的合同效力。只有在合同明确约定以审计结论作为结算依据或者合同约定不明确、合同约定无效的情况下，才能将审计结论作为判决的依据。

关键词：审计结论；审计工程决算价；合同效力

规则详解：对于国有投资项目，按照相关法律和政府财政支付的规定和要求，需要进行审计，由此产生一个问题，在工程款的结算上究竟是以当事人的约定，还是以审定结论作为计算工程款的依据？根据《财政部关于加强建设项目工程预（结算）审查管理工作的通知》规定，财政评审中心主要职责是对国家财政投资项目实施监督检查，检查监督建设单位有无违法违纪行为，但这种监督职能不能延伸到民事领域，更不能改变民事合同约定的内容。财政评审中心所出具的审计结论是行政决定，不是人民法院据以审理民事案件的法定依据。根据《最高人民

最高人民法院关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确认的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何适用法律问题的电话答复意见（2001）民他字第2号》的规定，审计部门对建设资金的审计是国家对建设单位基本建设资金的监督管理行为，不影响建设单位与承建单位的合同效力及履行。只有在合同明确约定以审计结论作为结算依据或者合同约定不明确、合同约定无效的情况下，才能将审计结论作为判决的依据。

案件索引：见《民事审判指导与参考》（第52辑）第156-164页。

25. 当满足一定条件时，发包人与第三方签订的合同导致的违约责任损失可以纳入《建设工程施工合同》被确认无效后的过错赔偿范围

——发包人与第三方签订的合同导致的违约责任损失能否作为建设工程施工合同无效过错责任赔偿范围，应视具体情况区别对待，需综合分析无效合同当事人订立合同的过错、履行合同过程中诚实信用原则违反的程度、无效合同当事人的过错与损失之间的因果关系等，在符合一定条件下可以纳入过错赔偿范围。

关键词：合同无效；违约损失；赔偿范围

规则详解：《合同法》第五十八条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”其中规定的过错赔偿责任，并不限于“订立合同过程中”，合同无效并不完全排除合同相关内容对当事人的约束力，特别是在合同仅违反法律、行政法规有关程序性规定而当事人意思表示真实不损害国家、集体和他人利益的情形。同时从平衡当事人利益角度考量，也应当将符合一定条件的发包人与第三方的违约责任损失纳入合同无效过错责任赔偿范围，即根据无效合同当事人订立合同的过错、履行符合真实意思表示的合同过程中诚实信用原则违反程度、无效合同当事人的过错与损失之间的因果关系等角度综合分析。最高人民法院民一庭认为：建设工程施工合同被确认无效后，发包人与第三人签订的《房屋买卖合同》因逾期交房发生的违约损失，如果承包人在签订合同时或履行合同中已经知道或应当知道该损失发生，且该损失与承包人的过错有因果关系，可以纳入无效合同过错责任赔偿范围。根据承包方订立合同、履行合同中的过错责任程度及违反诚实信用原则的程度，依据合同法第五十八条规定判令其承担相应的责任。

案件索引：见《民事审判指导与参考》（第53辑）第146-151页。

26. 因组织工程竣工验收的主体不适格，质监部门出具的竣工验收报告不具有证明力

——《合同法》第二百六十九条、《建设工程质量管理条例》第十六条规定，组织竣工验收既是发包人的权利，也是发包人的义务。发包人对建设工程组织验收，是建设工程通过竣工验收的必经程序。承包人未经发包人同意以发包人名义组织竣工验收，因组织验收主体不适格，验收程序违法，不产生工程竣工验收效力。质量监督管理部门在没有核实上述事实情况下出具的竣工验收报告，不具有证据的证明力，不应予以采纳。

关键词：竣工验收；适格主体；证明力

规则详解：《合同法》第二百七十九条规定：“建设工程竣工后，发包人应当根据施工图纸及说明书、国家颁布的施工验收规范和质量验收标准及时进行验收。验收合格的，发包人应当按照约定支付价款。”《建设工程质量管理条例》第十六条规定：“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。”依照上述规定，承包人完成的工程，即其交付的工作成果是否合格，要由发包人进行验收。在建设工程施工合同中，发包人对承包人工作成果的验收方式就是组织工程的竣工验收，以确定承包人交付的工程是否符合质量约定。按照建筑行业解释，建设工程的竣工验收，是指建设单位（发包人）收到施工单位（承包人）的工程竣工验收申请后，根据建设工程质量管理法律制度和建设工程竣工验收技术标准，以及建设工程合同（勘察设计合同、施工合同、监理合同等）的约定，组织设计、施工、工程监理等有关单位对建设工程查验接收的行为。在承包人交付的工程通过竣工验收合格的情况下，发包人应当接受工程并支付价款。承包人未经发包人同意以发包人名义组织竣工验收，因组织验收主体不适格，验收程序违法，不产生工程竣工验收效力。质量监督管理部门在没有核实上述事实情况下出具的竣工验收报告，不具有证据的证明力，不应予以采纳。

案件索引：（2010）民提字第210号，见《民事审判指导与参考》（第54辑）第134页-148页。

27. 建设工程施工合同解除后承包人仍享有建设工程优先受偿权

——建设工程施工合同具有一定的特殊性，施工人的劳动与建筑材料已经物化到建筑工程中，从建设工程优先受偿权保护施工人的立法本意出发，合同解除后，承包人对于涉案工程仍应享有优先受偿权。

关键词：合同解除；优先受偿权；承包人

规则详解：建设工程优先受偿权，是指承包人在发包人不依约支付工程价款时，可以与发包人协议将该工程折价或申请人民法院将该工程拍卖，对折价或拍卖所得价款，承包人有优先受偿的权利。工程款的优先受偿权是我国合同法第二百八十六条赋予承包人的权利，该规定考虑到承包人的劳动已经物化在建筑物当中，当发包人不能按照约定支付工程款时，承包人就可以申请人民法院依法拍卖工程，而从中优先受偿。既然是法律特别赋予承包人的权利，就应尽可能保护这种权利。因此，合同解除后，承包人仍然享有优先受偿权。

案件索引：陕西建工集团第五建筑工程有限公司与陕西铠达投资集团有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案；见《民事审判指导与参考》（第55辑）第150-168页。

28. 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

——当事人对于工程价款的重大变更，属于合同的实质性内容。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》第二十一条的规定，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。

关键词：合同变更；实质性条款；备案

规则详解：合同的变更是法律赋予合同当事人的一项基本权利，因此，如何正确区分合同的变更与规避中标合同的界限，在审理建设工程施工合同纠纷中显得尤为重要。合同的变更，是指合同在成立之后，尚未履行或者未完全履行以前，双方当事人就合同的内容进行修改或者补充的行为。正常的合同变更受到法律保护，但以变更合同之名行签订“黑白合同”之实的行为将受到法律的打击。《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》第二十一条明确规定：“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。”所谓合同的实质性内容，是指影响或者决定当事人基本权利义务的条款，一般指合同约定的工程价款、工程质量和工程期限。在合同实质性内容之外变更中标合同的，不属于签订“黑白合同”。如何确定背离中标合同实质性内容并将这一标准进行量化，在一定程度上存在着法官的自由裁量，但原则是明确的，即以中标合同作为结算工程价款的依据。

案件索引：（2012）津高民一初字第1号、（2013）民一终字第67号，见《民事审判指导与参考》（第57辑）第157页-171页。

29. 实际施工人与承包人约定仲裁的情况下不能起诉发包人

——实际施工人与转包人或者违法分包人之间约定了仲裁条款，实际施工人不得以《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》第二十六条的规定为依据起诉发包人。

关键词：仲裁条款；管辖；转包

规则详解：《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》第二十六条规定：“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，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”本条司法解释第一款确立了实际施工人工程价款请求权的一般规则，即实际施工人可以依法起诉与其具有合同关系的转包人、违法分包人；第二款明确了实际施工人工程价款请求权的例外救济，即实际施工人可以要求发包人在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。依据上述条款规定，实际施工人能否向发包人主张权利，取决于实际施工人与转包人、违法分包人之间的合同关系，而非发包人与转包人、违法分包人之间的合同关系，同时还取决于发包人是否存在欠付工程价款的事实。实际施工人主张工程价款的基础法律关系是其与转包人、违法分包人之间的合同关系，若双方在合同中约定了仲裁条款，排除了法院管辖权，那么实际施工人将发包人、转包人、违法分包人作为共同被告起诉，违背了合同中仲裁条款的约定，也违反了仲裁法第五条的规定，人民法院不予受理。即使实际施工人与转包人、违法分包人之间的合同因实际施工人不具有相关资质而无效，也不影响仲裁条款的效力，因为合同法第五十七条规定：“合

同无效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。”

案件索引：（2014）陇民初字第 01 号、（2014）甘民一终字第 113 号、（2014）民申字第 1591 号，见《民事审判指导与参考》（第 60 辑）第 190 页-199 页。

30. 违反招标投标法规定签订的建设工程施工合同应当认定无效，违约责任条款失去效力

——违反招标投标法规定签订的建设工程施工合同应当认定为无效，认定合同无效后违约责任条款失去效力，应依据合同法第五十八条的规定进行处理。

关键词：招标投标法；合同无效；违约责任

规则详解：合同法第五十二条第（五）款规定：违反法律、行政法规的强制性规定，合同无效。《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）》第十四条规定：“《合同法》第五十二条第（五）项规定的‘强制性规定’，是指效力性强制性规定。”上述规定区分了效力性强制性规范和管理性强制性规范，并明确了只有违反效力性规定的合同才作为无效合同，而违反管理性规范的合同，可以由有关机关对当事人实施行政处罚，但并不影响合同的效力。《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》第一条明确规定：建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效：（1）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；（2）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；（3）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。从建设工程司法解释明确规定的情况下来看，招标投标法的有关规定应当属于效力性强制性规定，违反招标投标法规定而签订的建设工程施工合同应当认定为无效。合同认定无效后，违约责任条款自然失去效力，因为违约责任是以合同有效为前提的。建设工程施工合同虽然作为特殊的一类合同，但并未脱离一般合同的范畴，因此合同无效后，应当适用合同法中对于无效合同处理的规定，具体参照合同法第五十八条相关的规定。（第五十八条：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”）

案件索引：（2012）晋民初字第9号、（2014）民一终字第72号，见《民事审判指导与参考》（第61辑）第231页-243页。

31. 建设工程价款优先受偿权的范围不包括因发包人违约所造成的损失

——《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第三条规定：“建设工程价款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，不包括承包人因发包人违约所造成的损失”。承包人诉讼请求中所主张的因发包人违约造成的停窝工损失和材料价差损失，不属于建设工程价款优先受偿权的行使范围，承包人请求对上述两部分款项行使优先受偿权的，人民法院不予支持。

关键词：优先受偿权；实际支出；违约损失

规则详解：《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第一条规定：“人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定，认定建筑工程的承包人的优先受偿权优先于抵押权和其他债权。”建设工程价款优先受偿权所保护的系投入或者物化到建设工程中、对建设工程所产生增值部分的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，在发包人欠付工程款的情况下，施工人由于无法取回其“实际投入”或者物化到建设工程中的该部分价值，从而设定了一种对拍卖价款的物上代位，即施工人可以从该工程款拍卖或者折价价款中优先取得其实际投入或者物化到建设工程中的价值；而对于未“实际投入”到建筑物中的价值，无论其表现形式如何，均不能对建设工程取得优先受偿的地位。基于此，能够行使建设工程价款优先受偿权的权利范围不包括因发包人违约导致的损失。

案件索引：（2014）民一终字第56号，见《民事审判指导与参考》（第62辑）第164页-182页。

32. 双方当事人对于工程没有明确的交接手续，可以工程实际投入使用时间作为计算欠付工程款的起息点

——双方当事人对于工程没有明确的交接手续，可以依据《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》第十八条的规定，以工程实际投入使用时间作为计算欠付工程款的起息点。

关键词：交付；投入使用；利息

规则详解：从法理上而言，工程款利息属于法定孳息，应当自工程欠款发生时起算，但建设工程多数为按形象进度付款，许多案件难以确定工程款的起算时间。一般来讲，合同对于利息起算时间有约定的，应当遵从当事人的约定，既尊重了当事人的意思自治，也体现了合同全面实际履行的原则。但是，在当事人对于支付欠付工程价款没有约定或者约定不明确的情况下，则应当适用《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》第十八条规定，该条规定：利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：（1）建设工程已实际交付的，为交付之日；（2）建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；（3）建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。从上述规定看，建设工程已经实际支付的，应当以交付之日作为计算涉案欠付工程款的起息点。原因则在于，交付后发包人对讼争建设工程已经实际控制，有条件对讼争房屋行使占有、使用、收益的权利。这种情况下，发包人已经受益了，仍然欠付承包人工程款，双方的权利义务显然不对等，因此应从此时计算欠付工程款的利息。而对于交付如何理解，应当是既包括现实交付，也包括拟制交付的，即将涉案工程的控制权转交给发包人。对于双方当事人没有明确的支付行为，亦缺乏明确的交接手续的情形，应当以涉案工程实际投入使用之时，拟制为交付之日。

案件索引：（2014）民一终字第54号，见《民事审判指导与参考》（第63辑）第168-185页。

33. 为了赔偿一方停工损失而对工程价款结算方式进行变更的约定，属于合同正常变更，不属于“黑合同”

——双方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《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》第二十一条规定的“黑合同”，其效力应予以认可，可作为双方结算的依据。

关键词：合同变更；结算方式；黑合同

规则详解：合同变更是法律赋予合同双方当事人的一项基本权利。合同变更权的行使存在于所有的合同履行过程中。如果在合同实际履行过程中存在设计变

更、工程量增加等法定或中标合同约定的变更事由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。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和推进中标合同，也不宜简单认定为“黑白合同”，需要根据具体情况判断。具体到本案，《补充协议书》中对结算方式的变更，是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，反而是为了保障和推进《建设工程施工合同》的履行。并且《补充协议书》签订后，双方也依然以《建设工程施工合同》为主要合同依据继续履行。因此从性质上判断，《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，不属于“黑合同”，而属于双方协商一致的合同变更，可以作为双方结算的依据。

案件索引：（2013）冀民一初字第9号，（2015）民一终字第309号；见《民事审判指导与参考》（第65辑）第169页-186页。

34. 发包人不得仅以与分包人另行签订分包合同并实际支付工程款为由，抗辩总承包人给付分包部分工程款的请求

——在分包工程承包人同时签订合法分包合同与违法发包合同的情况下，分包人究竟履行的是哪份合同应当依据施工过程中形成的《工程质量验收记录》《工作联系函》等证据材料的记载内容进行综合判断。

关键词：分包合同；证明力；工程款

规则详解：双方当事人分包合同履行过程中，必然会产生大量的施工资料。这些施工资料既记载了施工的详细过程，又反映了施工方向谁履行合同义务的直接证据。本案中，总承包人提交了《工程质量验收记录》《工程联系函》《报审依据》《工作联系单》及《催款信函》等证据材料，记载了分包人与总承包人就分包工程具体施工事宜的衔接配合情况，足以与分包合同形成证据链证明分包人是在向总承包人履行合同义务。而发包人所提交的证明分包人向其履行分包合同义务的证据为分包人的事后自认以及向分包人付款的事实。与此同时，分包人也未提交其他证据足以证明其陈述的真实性。故根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十三条之规定，比较双方当事人所提交证据证明力大小可知，分包人实际履行的系其与总承包人签订的分包合同。因此发包人仅以其所谓

已向分包人支付分包工程工程款、分包人自认其履行的是与发包人之间的分包合同为由，来抗辩总承包人给付分包部分工程款的请求，不能成立。

案件索引：（2014）民一终字第 70 号；见《民事审判指导与参考》（第 65 辑）第 200 页-214 页。

35. 发包人与实际施工人直接签订合同的，实际施工人可以直接向发包人主张权利

——发包人与实际施工人直接签订的合同对于合同双方均有拘束力，实际施工人可以直接向发包人主张权利，不受《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》第二十六条的规定的限制。

关键词：实际施工人；合同关系；合同相对性

规则详解：随着建设行政主管部门监管制度的健全及建筑市场发生的客观变化，拖欠农民工工资的现象日渐式微，《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》（以下简称解释）第二十六条的历史使命也逐渐完成。同时，由于该解释赋予实际施工人对发包人的诉权存在着滥用现象，损害了建设方及与实际施工人没有合同关系的施工人权益。因此 2011 年在全国民事审判工作会议中，就此问题作出的纪要规定：“对实际施工人向与其没有合同关系的转包人、分包人、总承包人、发包人提起的诉讼，要严格依照法律、司法解释的规定进行审查；不能随意扩大《解释》第二十六条第二款的适用范围，并且要严格依据相关司法解释规定明确发包人只在欠付工程款范围内对实际施工人承担责任”。从上述分析可以看出，在审理建设工程案件中，应当严守合同的相对性原则。具体到本案，发包方与实际施工人之间形成的是直接的合同关系，该合同系双方当事人真实的意思表示，并不违反法律的禁止性规定。不存在合同无效与可撤销的情形，该合同对于合同的双方当事人均有拘束力。实际施工人依据该《退场清算协议》向发包人主张权利合法有据。发包人与实际施工人直接签订的合同对于合同双方均有拘束力，实际施工人可以直接向发包人主张权利，不受《解释》第二十六条第二款的规定的限制。

案件索引：（2014）新民一初字第 26 号、（2015）民一终字第 248 号；见《民事审判指导与参考》（第 65 辑）第 215 页-224 页。