

**Professional
&
Practical**

Practice Analysis and Cases Reviewing
on the Contract of Constructions

建设工程施工合同 法律实务精解与百案评析

郭丁铭 肖芳 ◎ 著

- ▲ 不身经百战，怎能百战不殆？
- ▲ 不能亲身经历百战，还可以通过研究百案来模拟身经百战！

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

建设工程施工合同 法律实务精解与百案评析

Practice Analysis and Cases Reviewing
on the Contract of Construction

郭丁铭 肖芳 © 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

建设工程施工合同法律实务精解与百案评析/郭丁铭, 肖芳著. —北京: 中国法制出版社, 2012. 5
ISBN 978 - 7 - 5093 - 3711 - 0

I. ①建… II. ①郭… ②肖… III. ①建筑工程 - 经济合同 - 合同法 - 案例 - 中国 IV. ①D923. 65

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 082997 号

策划编辑 赵宏

封面设计 李宁

建设工程施工合同法律实务精解与百案评析

JIANSHENGONGCHENG SHIGONGHETONG FALUSHIWUJINGJIE YU BAIANPINGXI

著者/郭丁铭 肖 芳

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 × 1000 毫米 16

版次/2012 年 8 月第 1 版

印张/28 字数/446 千

2012 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3711 - 0

定价: 79.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66010483

邮购部电话: 66033288

前言

不身经百战，怎能百战不殆？不能亲身经历百战，还可以通过研究百案来模拟身经百战。本书试图通过解剖 100 个建设工程施工合同纠纷案件，让您迅速“身经百战”，成为精通建设工程施工合同纠纷处理的法律专家。

随着我国经济和社会的快速发展，建筑行业已经成为国民经济支柱产业。第二次全国经济普查结果显示，到 2008 年末，我国建筑行业拥有建筑业企业和个体建筑户 49.1 万个，正式从业人员 4, 101 万人。^① 建筑行业中的主要力量是建筑业企业，全国 22.7 万家建筑业企业当年完成施工总产值 68, 841.7 亿元，实现工程结算收入 59, 717.9 亿元，利润总额 2, 201.8 亿元。^②

尽管建筑行业发展迅速，但建设工程施工合同纠纷频发，影响了行业的健康发展，也不利于社会稳定。概括而言，我国建筑行业存在如下问题：第一，建筑行业管理不完善。一是政府相关主管部门监管不到位，一是建筑业企业自身内部管理混乱，影响了建筑市场的正常秩序，也导致建设工程施工合同纠纷丛生。第二，建设工程承包混乱。为了获得建设工程项目，违反《建筑法》、《招标投标法》的现象屡见不鲜，比如低于成本中标、串标、围标、无资质承包、超越资质承包、转包、违法分包、挂靠等违法行为司空见惯。第三，建设工程款拖欠严重。建筑行业效益与国家固定资产投资政策和规模密切相关。因此，受国家总体经济形势和宏观调控的影响，加之建筑市场总体供需不平衡，发包人故意或被动拖欠工程款，加之一些项目层层转包、分包，导致环环拖欠，严重损害建筑业企业和从业人员利益。第四，建设工程质量问题不容忽视。建筑行业是一个微利行业，为了降低成本，提高效益，在信息不对称的情况下，承包人偷工减料、利用伪劣材料，影响建设工程质量，给人民的生命财产造成安全隐患。

为了维护自己的合法权益，当事人一般都会将建设工程施工合同纠纷提交人民

^① 如果加上农村剩余劳动力到城市务工的非正式从业人员，整个建筑行业总的从业人员在 9000 万左右。冯晓光：《建设工程施工合同司法解释之解读》，<http://www.bjlawyer.net.cn/ShowArticle.shtml?ID=20083181340204588.htm>，2012 年 4 月 26 日访问。

^② 《第二次全国经济普查主要数据公报（第二号）》，http://www.stats.gov.cn/tjfx/fxbg/t20091225_402610156.htm，2012 年 4 月 26 日访问。

法院审理。以浙江省为例,2005 年受理一审建设工程施工合同纠纷案件 2,682 件;2006 年受理 2,757 件;2007 年受理 2,866 件;2008 年受理 3,738 件;2009 年受理 4,070 件;2010 年受理 2,927 件;2011 年受理 2,523 件。^①可见,建设工程施工合同纠纷案件数量众多,大大增加了人民法院的审判工作量,也给律师群体提供了很大的业务拓展空间。因此,研习与建设工程施工合同纠纷相关的法律、法规和司法解释,分析具体的建设工程施工合同纠纷案件,对建筑业从业人员、法官、律师及其他法律工作者都有重要意义。

就建设工程施工合同纠纷审理的法律框架而言,主要是《合同法》、《建筑法》、《招标投标法》、《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》。由于新问题、新情况层出不穷,上述法律框架并不能满足司法实践需要。因此,有地方高院根据本省的实际情形,在上述法律框架的指导下,针对建设工程施工合同纠纷案件,专门出台了适用于本省的案件审理指导意见,比如《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》(2008 年 12 月发布)、《安徽省高级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指导意见》(2009 年 5 月发布)、《广东省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见》(2011 年 7 月发布)、《浙江省高级人民法院民事审判第一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》(2012 年 4 月发布)。

但是,单纯的法条解读并不能很好地应对建设工程施工合同纠纷,有效的方式应当是通过具体司法案例的分析来理解和把握法律,提炼当事人的争议焦点,分析案件审理的法律依据,总结该类型案件的特点和共性,为具体纠纷的处理提供指导。基于上述思路,本书作者仔细查阅了近几年来各地各级法院公布的建设工程施工合同纠纷案例,去芜取精,避免雷同,在新颖性和普遍性兼顾的前提下,选取了 100 个真实的建设工程施工合同纠纷案例进行提炼,试图在总结某类案件共同特征的基础上,对该领域典型案例进行分析和点评,既注重现有法律依据的分析,也注重法理推演,力求实践性和理论性相得益彰。

最后,希望本书的出版能够为中国建设事业的繁荣和发展一尽绵薄之力!

本书作者:郭丁铭 肖芳

^① 《浙江省高级人民法院民事审判第一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》, <http://www.zjcourt.cn/content/20061121000001/20120406000003.html>, 2012 年 4 月 26 日访问。

目 录

Contents

第一章 诉讼时效纠纷	1
导 言	1
1. 一审未提出诉讼时效抗辩,二审能提出吗?	2
2. 工程款未结算,诉讼时效如何起算?	6
3. 建设工程价款支付没有明确的履行期限,如何计算诉讼时效?	10
4. 建设工程施工合同无效,当事人请求支付工程款的诉讼时效如何确定? ...	14
5. 质量保证金的诉讼时效怎样计算?	18
6. 承包人向“解决建设领域拖欠工程款工作领导小组”寻求救济, 是否导致时效中断?	22
第二章 责任主体纠纷	27
导 言	27
7. 建设工程合同列明的当事人与合同权利义务的实际主体不一致时, 如何确定诉讼当事人?	28
8. 挂靠人以被挂靠人名义订立建设工程施工合同,是否应承担连带责任?	32
9. 合作建房的公司是否应当对工程款承担连带清偿责任?	36
10. 承包人的分公司能否独立向实际施工人承担责任?	41
11. 以不具有法人资格的临时机构的名义对外签订建设工程施工合同, 该临时机构的组成人员是否应承担赔偿责任?	45

12. 作为批准开办企业的主管部门或开办单位或投资方或开办企业的申报单位的行政机关是否应当对建筑工程施工企业的债务承担连带责任?	49
13. 以案涉工程出资与他人共同设立新公司,新公司是否应当对承包人就工程款承担连带清偿责任?	53
14. 在建设工程合同领域中,债务承担的要件有哪些?	57
第三章 建设工程施工合同效力纠纷	61
导 言	61
15. 发包人未取得施工许可证,《建设工程施工合同》是否有效?	63
16. 签订建设工程施工合同时承包人无法定资质、验收前取得相应资质,合同是否有效?	67
17. 无资质的挂靠人以被挂靠人名义与发包人签订建设工程施工合同,又与被挂靠人签订内部承包合同,两份合同效力如何认定?	71
18. 自然人签署的建设工程施工合同有效吗?	76
19. 哪些建设工程是必须进行招标的项目?	80
20. 招投标程序完成后,未在《招投标法》规定的时间内签署建设工程施工合同,而在法定期间之后签署合同,该合同是否有效?	84
21. 招标人在评标委员会依法推荐的中标候选人以外确定中标人,中标是否有效?	89
22. 对中标备案合同构成实质性背离的建设工程施工合同是否有效?	92
23. 哪些条款的变更构成对中标合同的实质性背离、形成所谓“黑白合同”,如何判断?	96
24. 因地质情况超出预期而变更工程价款,应当认定为“背离合同实质性内容”的“黑白合同”吗?	100
第四章 建设工程施工合同变更与解除纠纷	105
导 言	105
25. 业主向上级单位要求追加工程建设资金,是否视为同意变更建设工程施工合同约定的价款?	106

26. 当事人对建设工程施工合同变更的内容约定不明确,如何处理?	110
27. 建设工程质量不合格,承包人拒绝修复,发包人能否解除合同?	114
28. 承包人延误工期,发包人能否解除合同?	118
29. 建设工程施工合同解除的法定程序?	122
第五章 建设工程鉴定纠纷	126
导 言	126
30. 一审未提出工程质量鉴定申请,二审提出能否获准?	127
31. 发包人与承包人约定按固定价结算工程价款,一方当事人请求进行 工程造价鉴定应予支持?	131
32. 建设工程合同约定了计价方式或计价标准,能否对工程款结算再进 行司法鉴定?	136
33. 当事人诉前共同选定鉴定机构作出了工程造价鉴定,诉讼中当事人 能否申请重新鉴定?	140
34. 公安部物证鉴定中心能否接受法院委托进行建设工程司法鉴定?	144
35. 工程造价司法鉴定单位一定要从司法行政机关编制的《国家司法 鉴定人和司法鉴定机构名册》中选择吗?	149
36. 鉴定机构的鉴定结论能否对涉及建设工程的法律问题作出判断?	153
37. 建设工程合同纠纷中司法鉴定的鉴定材料和鉴定报告需要质证吗?	158
38. 自然人承包建设工程,合同没有约定计价标准或计价方式,法院 委托鉴定机构进行工程造价鉴定,如何取费?	162
第六章 工程款纠纷	167
导 言	167
39. 建设工程施工合同无效,承包人能否要求按照合同约定支付工程款?	170
40. 建设工程施工合同无效,发包人能请求参照合同约定支付工程款吗?	174
41. 建设工程施工合同解除,工程价款如何结算?	178
42. 财政评审中心的评审结论能否作为建设工程结算依据?	182
43. 审计机关作出的审计结论是否应当作为工程款结算的依据?	186
44. 非强制性招投标项目一定要按照备案的建设工程施工合同结算吗?	190

45. 发包人收到承包人提交的竣工结算报告及结算资料后未予答复,能 否认为其同意结算资料?	194
46. 承包人单方提供的竣工结算文件能否作为结算依据?	199
47. 监理单位出具的《工程审核决算书》的效力如何认定?	203
48. 签证单只有乙方和监理人员的签字,没有甲方或甲方现场代表签字, 效力如何认定?	208
49. 项目经理对工程款和工程量等所做的签证和确认有效吗?	212
50. 如何根据施工过程中形成的签证等书面文件确认工程量?	217
51. 发包方出具发票能否证明已经支付建设工程款?	220
52. 工程款结算纠纷中的“黑白合同”如何处理?	225
53. 建设工程施工合同约定按二类工程取费,实际完成的工程属于三类 工程,应当遵守合同约定还是据实结算?	229
54. 经招标投标程序签订的建设工程施工合同约定的让利条款低于成本价, 如何结算工程款?	234
55. 建设工程承包人优先权的行使期限和范围如何确定?	239
56. 承包人对建设工程的优先权与发包人先前设定的银行抵押权发生冲 突,如何处理?	243
57. 建设工程施工中的垫资如何处理?	248
58. 劳动保险费用在工程结算中应当如何处理?	252
59. 实际施工人为了追讨工程款,能否行使代位权?	256
60. 能否通过设定让与担保来保障工程款的支付?	261
61. 承包人能否转让建设工程施工合同项下的债权?	265
第七章 工期纠纷	270
导 言	270
62. 工期顺延的证明标准是什么?	271
63. 发生合同约定的工期顺延事项向法院主张工期顺延能获得支持吗?	275
64. 建设工程开工时间如何认定?	279
65. 当事人对建设工程实际竣工日期有争议,如何处理?	283

66. 公路工程的交工验收与竣工验收等同吗?	287
67. 竣工验收与综合验收等同吗?	292
68. 能否主张同时履行抗辩权或先履行抗辩权免除工期违约责任?	297
第八章 工程质量纠纷	301
导 言	301
69. 发包人要求工程质量达到合同约定的优良标准是否有依据?	303
70. 建设工程未经竣工验收,发包人擅自使用后发生质量纠纷如何处理?	307
71. 工程质量存在问题,发包人要求承包人拆除重做,承包人要求 自己修复,如何处理?	311
72. 如何确定工程质量缺陷的修复费用?	315
73. 建设工程质量纠纷的举证责任如何分配?	319
74. 发包人与承包人对建设工程质量缺陷的造成均有过错,如何承担责任?	323
75. 建设工程施工合同无效,质量保证金应否返还?	327
76. 建设工程的质量保修范围如何确定?	330
77. 建设工程施工合同约定的保修期低于法定保修期是否有效?	335
78. 建设工程施工合同无效,承包人是否需要承担工程质量责任?	339
79. 工程款纠纷中,发包人以工程质量为由提出的对抗性主张,究 竟是抗辩还是反诉?	343
80. 发包人可以追究总承包人、分包人和实际施工人、监理单位中 哪些主体的质量责任?	347
第九章 建设工程索赔纠纷	351
导 言	351
81. 工程索赔需满足哪些条件?	352
82. 建设工程施工合同工程款利息的起始时间如何确定?	357
83. 建设工程施工合同无效,欠付工程款能否计算利息?	361
84. 发包人拖欠工程款,质量保证金与违约损失可以计算利息吗?	366
85. 欠付的工程款利息是否享有优先受偿权?	370
86. 建设工程施工合同违约索赔范围是什么?	373

87. 建设工程施工合同约定“罚款”是否有效?	377
88. 法院判决建设工程合同纠纷案件可否调整合同约定的违约金?	381
89. 建设工程合同中利息和违约金能否并存?	386
90. 建设工程施工合同约定的违约金和“罚金”能否同时适用?	391
91. 建设工程因质量缺陷造成第三人财产损失,发包人能否追偿全部损失?	394
第十章 建设工程施工合同转包、分包纠纷	399
导 言	399
92. 实际施工人挂靠有资质单位并以被挂靠方名义与他方签订 建设工程分包合同,其是否享有诉讼主体资格?	401
93. 建设工程内部承包合同的效力如何把握?	405
94. 建设工程劳务分包合同的效力如何认定?	409
95. 建筑工程总承包单位分包工程是否必须征得发包人同意?	414
96. 实际施工人能否要求承包人和分包人就拖欠的工程款承担连带责任? ...	417
97. 发包人是否应当对与其没有合同关系的实际施工人被拖欠 的工程款承担责任?	421
98. 承包人将工程转包,发包人与承包人之间是按实际施工人 还是按承包人的资质标准进行工程款结算?	424
99. 承包人将工程违法分包,其是否有权获得分包合同约定的管理费?	428
100. 转包合同无效后,承包人与发包人之间的工程款结算结论能否 作为承包人与实际施工人之间的结算依据?	433
后 记	438

第一章

诉讼时效纠纷

导 言

诉讼时效是指权利人于一定期间内不行使请求人民法院保护其民事权利的权利即丧失该权利，人民法院对其民事权利不再予以保护的法律制度。在建设工程施工合同纠纷中，诉讼时效是首先需要考虑的问题。诉讼时效经过是民事诉讼中的一个重要抗辩理由。本章案例主要讨论以下问题：

第一，一审未提出诉讼时效抗辩，二审能提出吗？当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，人民法院不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的情形除外。

第二，工程款未结算，诉讼时效如何起算？诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。由于工程款未结算，承包人不知其应得的工程款数额，也无法确定“知道或者应当知道权利被侵害”的具体时间，故诉讼时效没有起算。

第三，建设工程价款支付没有明确的履行期限，如何计算诉讼时效？履行期限不明确，承包人可以随时要求发包人履行，但应当给对方必要的准备时间，并且从承包人给予发包人清偿债务的宽限期满时开始计算诉讼时效。

第四，建设工程施工合同无效，当事人请求支付工程款的诉讼时效如何确定？无效合同的确认不应受诉讼时效的限制。合同无效，当事人请求支付工程款的权利实质上是请求对无法返还的财产折价补偿的权利，而该权利自合同无效时就享有，而不是合同被确认无效时才拥有。合同被确认无效后，当事人折价补偿的权利是一种债权请求权，应当适用两年诉讼时效期间，起算时间应当是合同被确认无效之后次日。

第五，质量保证金的诉讼时效怎样计算？质量保证金具有工程质量缺陷担保功能。因建设工程的保修期自竣工验收合格之日起计算，故质量保证金的诉讼时效应当从自竣工验收合格之日加上法律规定的保修期间届满之日起开始计算。

第六，承包人向“解决建设领域拖欠工程款工作领导小组”寻求救济，是否导致时效中断？最高人民法院《关于贯彻执行中华人民共和国民法通则若干问题意

见》(下称《民通意见》)第一百七十四条规定:“权利人向人民调解委员会或者有关单位提出保护民事权利的请求,从提出请求时起,诉讼时效中断”。“解决建设领域拖欠工程款工作领导小组”是政府专设的解决建设领域工程款拖欠纠纷的机构,向其寻求救济应当导致时效中断。

1. 一审未提出诉讼时效抗辩,二审能提出吗?

——郑州市惠济区古荥镇马村村民委员会与李某建设工程施工合同纠纷上诉案



裁判要旨

当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩,在二审期间提出的,人民法院不予支持,但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的情形除外。

◎ 基本案情^①

2006年8月4日,李某(乙方)与郑州市惠济区古荥镇马村村民委员会(以下简称“马村村委会”)及郑州市惠济区古荥镇马村第四村民组(以下简称“马村四组”)(甲方)签订施工合同一份,约定李某为马村四组村内道路的修建进行施工。其中工程量、施工费用约定为:本工程包工包料,每米价格的施工费用以实际施工面积丈量计算为准;付款方式主要约定为,施工结束,由交通部门验收合格后,按工程总额支付95%,余款5%为质保金,半年内不出问题全部付清;应付款超期一天罚款100元。

合同签订后,李某按合同约定进行了施工,2006年9月底,由马村四组验收合格并已投入使用。

另查明,因上述道路的修建系政府补贴支持的“村村通”工程,马村村委会、马村四组与李某约定,由马村村委会负责支付路面工程款,即每米出资200元,由马村四组负责支付路基款即每米出资75元。工程完工后,马村四组支付路基和附

^① 参见河南省郑州市中级人民法院(2011)郑民三终字第546号民事判决;郑州市惠济区人民法院(2010)惠民二初字第503号民事判决。本书作者为了突出拟点评的主要法律问题及表达方便,可能将部分案件事实略去不表。需了解该案详细情况,请查阅该判决书原文。全书同。

属工程款139,000元,马村村委会已支付李某路面及附属工程款14万元,至今还剩余124,740元未付。

一审法院认为:一、李某与马村村委会、马村四组签订施工协议,李某包工包料为马村村委会、马村四组施工修路,现该道路经验收合格并投入使用,马村村委会、马村四组应按约定及时足额支付相应的工程款。二、对于李某要求马村四组支付该款的诉请,因已约定分别支付道路路基款和路面款,且马村四组已履行支付修建路基工程款的义务,故不予支持。三、关于李某要求马村村委会自2006年10月11日至2010年7月31日按100元每日计算,支付违约金的诉讼请求,因双方已在合同中约定明确,系双方真实意思表示不违反法律的强制性规定,且马村村委会违反诚信拖欠李某工程款四年有余,故予以支持。

一审法院判决:一、马村村委会于本判决生效后十五日内支付李某工程款124,740元,并自2006年10月11日至2010年7月31日按每日100元支付违约金139,700元;二、驳回李某的其他诉讼请求。

宣判后,马村村委会不服一审判决,提起上诉称:1. 本案超过诉讼时效。李某认为2006年9月底应得到工程款,但直到2010年8月19日才主张权利,超过法定时效期间。即使有损失,也是李某自己放任扩大的结果。2. 一审法院认定事实不清。双方付款方式约定,施工结束由交通部门验收合格后按工程总款付95%,根据相关法律规定,应由交通部门验收,李某未完全尽到合同约定的施工义务未验收,因此,未完工,不应支付全额工程款。马村村委会同意关于一审法院查明的关于村委会负责路面工程款,马村四组负责路基款的事实,即使马村四组对李某施工量进行验收,也仅是其负责的路基方面的施工工程。根据双方合同约定的付款方式,李某请求支付工程款条件不成就,其也未主张过,也未按约定提供结算发票,因此,马村村委会不存在违约事实,且违约金过高,应根据公平原则和诚信原则进行调解。

李某答辩称:其施工的工程,有马村村委会出具的验收合格证明,交通部门应向马村村委会出具验收合格证明,而非向李某出具。马村村委会也未出具该工程不合格的证明。因此,李某的施工工程是合格的。在长达四年之久,马村村委会未结清工程款,应按合同约定支付违约金。

马村四组答辩称:该工程已验收合格,有村委会及马村四组出具证明,一审法院认定事实清楚。

二审法院查明:1. 李某二审中提供马村村委会于2006年10月26日出具的验收证明一份,载明:“李某修朱庄村内油漆路长1323米、宽5米、厚5公分,地基30公分三七灰土,符合村村通要求,验收合格。”2. 李某共修路1323.7米,根据双方约定200元每米,该项工程款合计264,740元,马村村委主任毛某在工程结

算单上签字认可。

二审法院认为：一、马村村委会作为发包方，应负有向交通部门申请验收的义务，其于2006年10月26日向李某出具该工程验收合格证明，应视为该工程已经验收并合格。该项工程经马村村委会确认工程款为264,740元，马村村委会仅支付李某140,000元，未按照合同约定支付工程款95%，故马村村委会应承担违约责任，超期一天罚款100元。二、马村村委会在一审期间经传票传唤，无正当理由拒不到庭，视为其放弃抗辩权，在二审期间提出诉讼时效抗辩，根据最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第四条第一款规定，本院不予支持。

二审法院驳回上诉，维持原判。

◎ 专家点评

本案实体法律关系简单，但涉及诉讼时效争议。关于诉讼时效问题，最高人民法院在2008年8月21日发布了一个专门的司法解释，即《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（法释〔2008〕11号），其第四条第一款规定：“当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，人民法院不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的情形除外”。该条规定明确了诉讼时效抗辩应当在一审提出，对于二审才提出的诉讼时效抗辩，人民法院原则上不予支持，理由是：诉讼程序机制的建构实质蕴涵着通过构筑正当程序以保证私权争议获得公正裁判的诉讼理念。如果任由义务人在任何审理阶段均可行使诉讼时效抗辩权，则将出现法院无法在一审审理阶段固定诉争焦点，无法有效发挥一审事实审的功能，使审级制度的功能性设计流于形式，产生损害司法程序的安定性、司法裁决的权威性、社会秩序的稳定性的问题。^①另外，该条规定二审期间“基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的”，人民法院应予支持，理由是：我国民事诉讼采用二审续审制，即第二审承接第一审继续进行审理。二审既是法律审，又是事实审，在二审期间，当事人可以提出新的证据，进一步陈述案件的事实，法院可以对一审未尽事实和适用法律问题进行审理。续审制更多地体现了对实体公正功能的追求，也有助于实现诉讼效率。^②那如何确定新的证据呢？最高人民法院在2008年12月11日发布的《最高人民法院关于适用〈关于民事诉讼证据的若干规定〉中有关举证时限规定的通知》第十

^① 《最高法就审理民事案件适用诉讼时效制度答问》，http://news.163.com/08/0901/10/4KOG50A80001124J_2.html，2012年4月16日访问。

^② 《最高法就审理民事案件适用诉讼时效制度答问》，http://news.163.com/08/0901/10/4KOG50A80001124J_2.html，2012年4月16日访问。

条规定：“关于新的证据的认定问题。人民法院对于‘新的证据’，应当依照《证据规定》第四十一条、第四十二条、第四十三条、第四十四条的规定，结合以下因素综合认定：（一）证据是否在举证期限或者《证据规定》第四十一条、第四十四条规定的其他期限内已经客观存在；（二）当事人未在举证期限或者司法解释规定的其他期限内提供证据，是否存在故意或者重大过失的情形。”

就本案而言，发包人马村村委会在一审期间经传票传唤，无正当理由拒不到庭。因此，其在一审期间并没有提出诉讼时效抗辩。在二审期间，马村村委会虽然提出了诉讼时效抗辩，但其并没有提供新的证据证明承包人李某的请求权已过诉讼时效期间。因此，根据《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第四条第一款的规定，其诉讼时效抗辩无法获得法院支持。

◎ 法条链接

一、《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（法释〔2008〕11号）**第四条第一款** 当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，人民法院不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的情形除外。

二、《最高人民法院关于适用〈关于民事诉讼证据的若干规定〉中有关举证时限规定的通知》（法发〔2008〕42号）**第十条** 关于新的证据的认定问题。人民法院对于“新的证据”，应当依照《证据规定》第四十一条、第四十二条、第四十三条、第四十四条的规定，结合以下因素综合认定：

（一）证据是否在举证期限或者《证据规定》第四十一条、第四十四条规定的其他期限内已经客观存在；

（二）当事人未在举证期限或者司法解释规定的其他期限内提供证据，是否存在故意或者重大过失的情形。

2. 工程款未结算，诉讼时效如何起算？

——广西壮族自治区河池市建筑工程公司诉中国农业银行罗城仫佬族自治县支行建设工程施工合同案



裁判要旨

诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。由于工程款未结算，承包人不知其应得的工程款数额，也无法确定“知道或者应当知道权利被侵害”的具体时间，故诉讼时效没有起算。

◎ 基本案情^①

1993年10月12日和1994年12月4日，广西壮族自治区河池市建筑工程公司（原为广西河池地区建筑工程公司）（以下简称河池建筑公司）与中国农业银行罗城仫佬族自治县支行（以下简称农行罗城支行）分别签订了两份《建设工程施工合同协议》（以下简称《合同书》），合同约定由河池建筑公司承建农行罗城支行1至4栋住宅楼。两份合同均约定合同结算方式为：在工程竣工验收合格后，河池建筑公司应当编制出工程决算交农行罗城支行复查，农行罗城支行须在20天内复查完毕并交县建设银行核准。如决算经核准后20天内农行罗城支行不付清工程款，则按每天拖欠部分的5‰作为违约金支付给河池建筑公司。

工程竣工后，河池建筑公司先后编制工程决算交给农行罗城支行复查，但农行罗城支行复查后未依约将决算资料送交罗城县建设银行核准，而是根据上级行的要求把决算资料报请其上级行审查核准。经农行罗城支行上级行咨询服务部和职工技协审查复核后，于1995年6月12日和1996年2月12日、6月18日、6月20日、7月31日分别编制了5份《建筑工程预（结）算书》和2份《建筑安装工程预（结）算书》，该7份结算书核定，四栋住宅楼总建筑面积为5,691.36平方米，工程造价共计4,108,397.7元。该7份结算书已分别送给了河池建筑公司、农行罗城支行双方，但双方均没有在结算书上签章认可。之后，河池建筑公司、农行罗城支行双方以及设计单位、质量监督部门对工程分别进行了验收，其中甲栋（一号住

^① 参见广西壮族自治区高级人民法院（2008）桂民一终字第204号民事判决；广西壮族自治区河池市中级人民法院（2008）河市民二初字第2号民事判决。