



CCLR China Construction Law
Review Vol.8

建设工程 施工合同纠纷 证据指引理解与适用

常设中国建设工程法律论坛第五工作组 / 著

Understanding and Using
the Guidelines on Evidence in Disputes Arising from
Construction Contracts



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

非外借

建设工程 施工合同纠纷 证据指引理解与适用

常设中国建设工程法律论坛第五工作组 / 著

Understanding and Using
the Guidelines on Evidence in Disputes Arising from
Construction Contracts

图书在版编目(CIP)数据

建设工程施工合同纠纷证据指引理解与适用 / 常设
中国建设工程法律论坛第五工作组著. -- 北京 : 法律出
版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2726 - 0

I. ①建… II. ①常… III. ①建筑工程—工程施工—
合同纠纷—证据—法律解释—中国②建筑工程—工程施工
—合同纠纷—证据—法律适用—中国 IV. ①D923.605

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 218442 号

建设工程施工合同纠纷证据指引理解与适用
JIANSHE GONGCHENG SHIGONG HETONG JIUFEN
ZHENGJU ZHIYIN LIJIE YU SHIYONG

常设中国建设工程
法律论坛第五工作组 著

责任编辑 慕雪丹
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 天津嘉恒印务有限公司
责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法商出版社
开本 720 毫米 × 960 毫米 1/16
印张 21
字数 322 千
版本 2018 年 9 月第 1 版
印次 2018 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400 - 660 - 6393

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

西安分公司 / 029 - 85330678

重庆分公司 / 023 - 67453036

上海分公司 / 021 - 62071010/1636

深圳分公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 2726 - 0

定价: 78.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

常设中国建设工程法律论坛第五工作组成员

(按照姓氏拼音顺序)

召集人

- 陈 旻 北京市国联律师事务所合伙人
汤 雷 上海市锦天城(南京)律师事务所合伙人

成 员

- 曹文銜 北京市天同(南京)律师事务所高级顾问
常宏磊 石家庄仲裁委员会副秘书长
陈 建 中国仲裁法学研究会副秘书长
丁建勇 北京仲裁委员会副秘书长
董连和 深圳国际仲裁院(深圳仲裁委员会)副院长
高印立 北京采安律师事务所顾问
李明友 淮南仲裁委员会秘书长
李 琪 原最高人民法院民一庭审判员
陆春玮 上海仲裁委员会副秘书长
罗有才 江苏省高级人民法院审监三庭审判员
亓培冰 上海市方达(北京)律师事务所顾问
孙 巍 北京市中伦律师事务所合伙人
王 峰 北京市天同(南京)律师事务所主任
王先伟 上海科汇律师事务所执行主任
许海峰 上海建工集团股份有限公司企业管理部总经理、法务部主任
岳建明 河北建设集团股份有限公司法律事务部部长
周利明 浙江省宁波市北仑区人民法院民一庭审判员

秘 书

- 樊奇娟 深圳国际仲裁院(深圳仲裁委员会)案管一处副处长
姚 瑶 深圳国际仲裁院(深圳仲裁委员会)案管一处秘书

序 言

常设中国建设工程法律论坛于2017年3月成立了第五工作组。其调研任务为：研究并起草一份建设工程施工合同纠纷的证据指引，为当事人和法律执业者提供有益参考。第五工作组的任务分为两部分：其一为鉴定指引，其二为其他证据指引。第五工作组在第二工作组成果《当前建设工程案件中鉴定程序存在问题的解决方案初探》的基础上，进一步梳理、修订并完成《建设工程施工合同纠纷鉴定指引》。此为第一阶段的成果。2017年9月9日，常设中国建设工程法律论坛第一次成员大会审议并表决通过了前述成果。是次公布的成果为鉴定之外的其他证据问题指引。

建设工程施工合同纠纷因专业技术性强、牵涉主体多、法律关系复杂、争议焦点繁杂等特点，成为民商事案件中最为疑难的案件类型之一。第五工作组在本调研中作出开创性的尝试：从诉讼和仲裁当事人的角度，将建设工程施工合同常见的争议问题归类成六大部分；针对常见的争议问题，在总结法律实体规则构成要件的基础上，结合建设工程施工合同的具体实践，对收集哪些证据、如何举证等提出引导性建议，形成了《建设工程施工合同纠纷证据指引》（以下简称为《指引》）六章96条；涵盖了合同主体、合同效力、工程价款等诸多方面，此为第二阶段的调研成果。

需要特别指出的是：第一，本《指引》选取的系建设工程施工合同中最为常见的举证问题。对于较为罕见的情形，无法全部包罗。第二，本《指引》着重从当事人举证的角度提出可操作性的建议，避免对实体判断规则作评述。第三，本《指引》不求穷列所需的证据，但求所列证据能够基本涵盖相应的法律构成要件。第四，在使用《指引》时，可以结合具体案情和待证事实，酌情提供相应的证据，未必需要将《指引》所列证据全部提供。第五，随着政府简化建设工程项目行政审批手续，部分省市已经开始试行取消施工合同备案。

这对黑白合同等问题的认定会产生深远的影响。但本《指引》仍循现行主流司法审判/仲裁实践。我们将关注行业发展,待下一版《指引》一并更新。第六,我们希冀《指引》能够起到一定的超前引导作用。诸如“漠视条款”等略有前瞻。第七,本《指引》包含条文和适用指南两部分。实体规则的不同认识、具体证据的形式、特殊情况的说明、举证质证的具体技巧等在条文说明中详述。本《中国建设工程法律评论》(第八辑)以特辑形式出版、发布条文说明部分。

在有限的时间内,工作组虽倾尽全力于本成果,但相信《指引》仍然有改进的空间,我们将根据后续反馈的情况再行修订。

第五工作组成员慷慨无私地为这项有意义的调研奉献了大量时间和精力。我们对工作组成员表示最衷心 and 真诚的感谢。

常设论坛的成员、观察员和建设工程法律界的众多同仁对第五工作组给予了热情的帮助和真诚的鼓励。我们特别感谢北京建筑大学承办了常设论坛第二次成员大会,使我们得以和常设论坛成员、观察员面对面地就《指引》之完善做更深入、细致的交流;感谢北京市天同律师事务所为工作组的会议提供了有力的后勤保障;感谢南昌仲裁委员会、南昌市法学会建设工程法学研究会、江西求正沃德律师事务所、北京京师(南昌)律师事务所和国际商会仲裁院联合举办《指引》的南昌意见征求会;感谢郭兴隆、牛璞、檀中文、徐寅哲、张培亮、刘健等就《指引》征求意见稿之有益的完善建议。

第五工作组的成果凝聚着工作组成员和无数行业同仁的智慧、公益心与情怀。我们心怀感激,将倍加努力!

常设中国建设工程法律论坛秘书长
《中国建设工程法律评论》主编

孙 巍

2018年9月7日

凡 例

简 称	全 称
最高院	最高人民法院
高院	高级人民法院
《民法通则》	《中华人民共和国民法通则》
《民法总则》	《中华人民共和国民法总则》
《合同法》	《中华人民共和国合同法》
《物权法》	《中华人民共和国物权法》
《建筑法》	《中华人民共和国建筑法》
《民事诉讼法》	《中华人民共和国民事诉讼法》
《劳动法》	《中华人民共和国劳动法》
《招标投标法》	《中华人民共和国招标投标法》
《民事诉讼法解释》	《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》
《证据规定》	《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》
《诉讼时效规定》	《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》
《建设工程司法解释》	《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》
《建设工程司法解释(二)》 (征求意见稿)	《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若干问题的解释(二)》(征求意见稿)
最高院《优先权批复》	《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》
北京高院《解答》	《北京市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若干疑难问题的解答》
江苏高院《意见》	《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适用法律若干问题的意见》

续表

简称	全称
江苏高院《解答》	《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解答》
江苏高院《指南》	《江苏省高级人民法院建设工程施工合同案件审理指南》
浙江高院《解答》	《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》
四川高院《解答》	《四川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疑难问题的解答》
重庆高院《解答》	《重庆市高级人民法院关于建设工程造价鉴定若干问题的解答》
安徽高院《意见(二)》	《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(二)》
山东高院《意见》	《山东省高级人民法院关于审理建筑工程承包合同纠纷案件若干问题的意见》
广东高院《意见》	《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意见》

目 录

第一章 合同主体与诉讼/仲裁主体	1
第1.1节 诉讼/仲裁主体	1
【条文1.1.1】原告/仲裁申请人主体适格的举证	1
【条文1.1.2】被告/被申请人主体适格的举证	3
【条文1.1.3】第三人主体适格的举证	4
第1.2节 发包人	6
【条文1.2.1】发包人的认定	6
第1.3节 承包人	10
【条文1.3.1】承包人	10
【条文1.3.2】承包人经营范围、资质、资格	12
第1.4节 转包关系下的承包人及其合同相对人	14
【条文1.4.1】转包关系下的承包人及其合同相对人	14
第1.5节 分包关系下的承包人及其合同相对人	17
【条文1.5.1】分包	17
【条文1.5.2】指定分包	20
【条文1.5.3】劳务分包的认定	23
第1.6节 挂靠关系下的诉讼/仲裁主体	27
【条文1.6.1】挂靠关系的认定	27
【条文1.6.2】挂靠情形下诉讼/仲裁主体	35
第1.7节 实际施工人	39
【条文1.7.1】实际施工人的认定	39

第二章 合同效力	45
第2.1节 合同成立与生效	45
【条文2.1.1】中标通知书送达后未再签订后续合同	45
【条文2.1.2】双方之间存在口头合同和其他非书面形式合同	49
【条文2.1.3】合同抬头与签名、落款不一致时的成立问题	50
第2.2节 代理	52
【条文2.2.1】行为人系法定代理、职务代理、委托代理	52
【条文2.2.2】行为人的行为构成的表见代理	55
第2.3节 可撤销合同	58
【条文2.3.1】合同可撤销事由(重大误解、欺诈、胁迫、显失公平)的 举证	58
【条文2.3.2】撤销权行使的期限	61
【条文2.3.3】撤销权行使的后果	63
第2.4节 合同无效	64
【条文2.4.1】承包人不具有相应资质	64
【条文2.4.2】借用资质(挂靠)	67
【条文2.4.3】违反招标投标法之应依法招标而未招标	69
【条文2.4.4】违反招标投标法之中标无效	71
【条文2.4.5】违反招标投标法之低于成本价中标	72
【条文2.4.6】未办理建设用地规划许可证、建设工程规划许可证	73
【条文2.4.7】违法分包	74
【条文2.4.8】转包	80
【条文2.4.9】肢解发包	82
【条文2.4.10】任意压缩工期、违反工程质量强制性规定	84
第2.5节 黑白合同	86
【条文2.5.1】“黑白合同”	86
【条文2.5.2】“黑白合同”的审查	89
【条文2.5.3】“黑白合同”的结算	94
第2.6节 合同无效的后果	97
【条文2.6.1】未履行合同有权主张缔约过失责任	97
【条文2.6.2】无效但已部分履行的合同	98

【条文 2.6.3】参照合同约定确定工程款价款	100
【条文 2.6.4】无效合同下的工程款逾期利息	102
【条文 2.6.5】合同无效可主张赔偿损失的范围	104
第三章 工程价款	107
第 3.1 节 一般情形下的工程价款计算依据	107
【条文 3.1.1】一般情形下的工程价款计算依据	107
第 3.2 节 主张存在结算协议且有效	110
【条文 3.2.1】主张存在有效结算协议	110
【条文 3.2.2】主张结算协议未成立、无效、可撤销	113
第 3.3 节 存在其他能够直接确认工程价款情形	117
【条文 3.3.1】存在其他能够直接认定工程价款的情形	117
第 3.4 节 未完工工程的结算	119
【条文 3.4.1】未完工工程结算的工程范围、结算条件和结算依据	119
【条文 3.4.2】未完工工程结算中的工程量和价款的确认、计算	123
【条文 3.4.3】未完工工程结算纠纷中承包人主张发包人赔偿损失	126
【条文 3.4.4】未完工工程结算纠纷中发包人主张承包人赔偿损失	127
第 3.5 节 工程变更情形下工程价款的认定	128
【条文 3.5.1】工程变更情形下工程价款的结算	128
第 3.6 节 合同无效情形下工程价款的结算	132
【条文 3.6.1】建设工程施工合同无效,而建设工程验收合格时工程 款的结算	132
第 3.7 节 存在多份合同情形下工程价款的结算	135
【条文 3.7.1】存在多份合同情形下工程价款的结算	135
第 3.8 节 对竣工结算文件的默认	138
【条文 3.8.1】承包人主张发包人构成对竣工结算文件的默认	138
第 3.9 节 工程造价鉴定	143
【条文 3.9.1】工程造价鉴定的举证证明责任分配一般原则	143
【条文 3.9.2】特殊情形下的工程造价鉴定举证证明责任分配	144
第 3.10 节 已付工程款及其他应扣款项	148
【条文 3.10.1】已付工程款与其他应扣款项	148

第3.11节 工程款利息	152
【条文3.11.1】工程款利息的举证	152
第3.12节 工程价款或其他结算款请求权诉讼时效	155
【条文3.12.1】工程价款或其他结算款请求权诉讼时效的举证	155
第3.13节 影响工程价款的其他费用	159
【条文3.13.1】影响工程价款结算的其他费用	159
第四章 建设工程价款优先受偿权	164
第4.1节 建设工程价款优先受偿权的主体	164
【条文4.1.1】建设工程价款优先受偿权的权利主体	164
【条文4.1.2】建设工程价款优先受偿权的义务主体条件	166
第4.2节 建设工程价款优先受偿权的客体	167
【条文4.2.1】不宜折价、拍卖的工程	167
【条文4.2.2】未完工工程	168
第4.3节 建设工程价款优先受偿权行使的债权范围	168
【条文4.3.1】建设工程价款优先受偿权行使的债权范围	168
第4.4节 建设工程价款优先受偿权行使期限	171
【条文4.4.1】建设工程价款优先受偿权行使期限	171
第4.5节 建设工程价款优先受偿权之“催告”	174
【条文4.5.1】建设工程价款优先受偿权之“催告”	174
第4.6节 建设工程价款优先受偿权之“顺位”	178
【条文4.6.1】建设工程价款优先受偿权之“顺位”	178
第五章 工期延误与索赔	184
第5.1节 工期	184
【条文5.1.1】开工日期的证明	184
【条文5.1.2】竣工日期的证明	186
【条文5.1.3】未完工程的停工日期	188
第5.2节 工期延误	189
【条文5.2.1】工期延误	189
第5.3节 工期索赔及鉴定	193

【条文 5.3.1】承包人的工期索赔	193
【条文 5.3.2】工期鉴定的举证证明责任分配一般原则	200
【条文 5.3.3】工期鉴定启动的证据	202
第 5.4 节 停工、窝工损失	208
【条文 5.4.1】承包人的停工、窝工损失索赔	208
【条文 5.4.2】承包人的利润索赔	213
【条文 5.4.3】发包人的工期延误损失索赔	218
第六章 工程质量与保修	223
第 6.1 节 工程质量缺陷与责任主体	223
【条文 6.1.1】工程质量缺陷举证的一般情形	223
【条文 6.1.2】工程质量责任主体	228
第 6.2 节 已完工程的竣工验收与工程质量	231
【条文 6.2.1】工程竣工资料移交	231
【条文 6.2.2】工程竣工验收	232
【条文 6.2.3】工程未办理竣工验收备案	237
【条文 6.2.4】未经验收发包人擅自使用的工程质量责任	238
【条文 6.2.5】未经竣工验收发包人擅自使用工程的举证	241
第 6.3 节 未完工程的质量	243
【条文 6.3.1】未完工工程质量合格	243
【条文 6.3.2】未完工工程的质量不合格	245
第 6.4 节 工程保修责任	247
【条文 6.4.1】工程质量保修	247
【条文 6.4.2】保修金返还	249
第 6.5 节 工程质量责任减免	252
【条文 6.5.1】承包人工程施工阶段质量责任的免除	252
【条文 6.5.2】承包人工程施工阶段质量责任的减轻	257
【条文 6.5.3】承包人工程保修阶段质量责任的免除	258
【条文 6.5.4】承包人工程保修阶段质量责任的减轻	260
第 6.6 节 工程质量鉴定	261
【条文 6.6.1】工程质量鉴定申请	261

【条文 6.6.2】单方委托的工程质量鉴定	264
第 6.7 节 工程质量修复方案与修复费用	266
【条文 6.7.1】工程质量修复方案和修费费用的合理性	266
【条文 6.7.2】工程质量修复方案的实施	267
第 6.8 节 工程质量违约损失及其赔偿	268
【条文 6.8.1】工程施工阶段质量违约的情形及发包人损失范围	268
【条文 6.8.2】工程保修阶段质量违约的情形及发包人损失范围	271
附录 常设中国建设工程法律论坛建设工程施工合同纠纷证据指引	275

第一章 合同主体与诉讼/仲裁主体

第 1.1 节 诉讼/仲裁主体

【条文 1.1.1】原告/仲裁申请人主体适格的举证

原告/仲裁申请人证明其具有诉讼/仲裁主体资格的,可从以下方面进行举证:

1. 其与建设工程施工合同案件存在直接利害关系,如建设工程施工合同及/或中标通知书等文件;
2. 营业执照、组织机构代码证、事业单位法人证书、居民身份证等主体资格证明文件。

适用指南

1. 《民事诉讼法》第 119 条规定:“起诉必须符合下列条件:(一)原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织……”该条规定了原告的主体资格问题。所谓适格原告,是指对于特定的建设工程施工合同纠纷能够以原告的名义行使诉权的诉讼当事人。

2. 一般而言,诉讼或仲裁当事人主张其为适格的原告/仲裁申请人应当具备如下构成要件:作为原告/仲裁申请人的公民、法人和其他组织与建设工程施工合同案件存在直接利害关系(与受到侵害的民事权益或者发生争议的民事法律关系具有直接的法律上的利害关系)。

在建设工程施工合同争议中,通常情况下,双方签订的建设工程施工合同就是最直接的证据,施工合同的一方当事人即为案件的当事人。可见,通常诉争的建设工程施工合同的法律关系的主体就是适格原告/仲裁申请人。

没有书面合同的,可提交施工图、会议纪要、监理日志、签证单、联系单、往来函件、付款凭证、录音录像等证据,证明存在直接利害关系。

原告/仲裁申请人是公民的,应提交身份证明文件。原告/仲裁申请人是法人的,应提交企业、事业法人资格证明文件,如营业执照、事业法人证书、组织机构代码证书等。法人注销、歇业、合并、分立、破产清算的,应提交在所述情形下可证明其具有合法主体资格的有关证据材料。企业筹备期间产生争议的,应以企业发起人为原告/仲裁申请人,提交发起人的身份证明文件。

3. 实务中需要注意的是,当建设工程施工合同的双方当事人作为原、被告(申请人或被申请人)时,一般不会对主体资格产生争议。但由于建设工程实践中普遍存在联合承包、合作开发、委托代建、转包、违法分包、挂靠、债权债务转让等其他不规范操作的情形,在上述情形中极易导致各方对诉讼/仲裁当事人主体资格产生争议。有关联合承包、合作开发、委托代建、转包、违法分包、挂靠情形下的主体资格证据指引详见本章有关内容。实践中其他常见的诉讼/仲裁主体争议处理原则如下:(1)对于建设单位内部不具有法人资格的职能部门、分支机构或下属机构签订建设工程施工合同产生纠纷的,应列该建设单位为诉讼/仲裁主体。但根据最高院《民事诉讼法解释》第52条规定:“民事诉讼法第四十八条规定的其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产,但又不具备法人资格的组织,包括:……(四)依法成立的社会团体的分支机构、代表机构;(五)依法设立并领取营业执照的法人的分支机构;(六)依法设立并领取营业执照的商业银行、政策性银行和非银行金融机构的分支机构……”在该例外情况下,可列前述三种其他组织为诉讼/仲裁主体。(2)项目经理部是建设工程施工单位为完成某一项目施工而专门成立的临时管理职能部门,一般情况下,不具备诉讼/仲裁主体资格,不能独立对外承担责任。(3)没有资质的建筑工程队、建筑施工队、民工队、个人等承揽工程的,作为实际施工人,可以成为诉讼/仲裁主体。(4)施工作业组,既无资质,也无施工独立性,不能成为诉讼/仲裁主体。(5)村委会或者有独立财产的村民小组,作为发包人,可以成为诉讼/仲裁主体。(6)仅提供劳务的农民工个人不得作为实际施工人成为诉讼/仲裁主体。(7)联合承包且已组成具有法人资格联营体的,以该联营体为诉讼/仲裁主体;否则,应以所有联合承包人为共同诉讼人。(8)合作开发建设工程并对合作建设工程

享有共同权益的,其中合作一方因与建设工程施工合同相对方发生争议的,其他合作人可以共同诉讼人。(9)以筹建处、指挥部临时机构的名义发包工程产生纠纷后,若该筹建处、指挥部已经合法批准成立并已具有法人资格,应列其为诉讼/仲裁主体;如仍为临时性机构,列成立或开办该单位的组织为诉讼/仲裁主体。法院在立案审查时,如发现原告不合格,应裁定不予受理;在立案后发现原告不合格,应裁定驳回起诉。

【条文 1.1.2】被告/被申请人主体适格的举证

原告/仲裁申请人证明被告/仲裁被申请人具有诉讼/仲裁主体资格的,可从以下方面进行举证:

1. 在立案阶段需证明:被告/仲裁被申请人是明确的,如被告/仲裁被申请人营业执照、组织机构代码证、事业单位法人证书、居民身份证等主体资格证明文件。

2. 在审理阶段需证明:针对被告/被申请人存在正当的请求权基础。

适用指南

1. 《民事诉讼法》第 119 条规定:“起诉必须符合下列条件:……(二)有明确的被告……”根据该条规定,原告需证明存在明确的被告,即被告作为民事主体是真实存在或真实存续的。通过提供个人被告的公民身份号码、单位被告的统一社会信用代码或组织机构代码、注册号等信息,有助于快速确定、核实被告主体信息。而仅提供被告名称或者姓名、地址等信息,可能导致无法送达、无法确定被告主体是否存在、存续等情况发生,使得案件因被告主体不明确而被驳回起诉。

2. 目前,法院在立案阶段实行立案登记制,对立案材料仅是进行形式审查但原告至少应从表面证据上证明原被告之间存在民事法律关系。而被告是否合格,是从实体法的角度观察的结果。审判实践中,如果原告不能证明针对被告的请求权基础,那么法院将认定被告对原告不负有讼争的民事义务或民事责任,从而判决驳回原告的诉讼请求。