

第 1 章

“四步法” 分析的流程

1.1 “四步法” 介绍

1.1.1 什么是工程造价纠纷

管理工程，首先要知道什么是纠纷，然后才能抽丝剥茧，准确地定位病灶、治病救人。

什么叫纠纷？字典上说纠纷是指“争执不下的事情，不易解决的问题”。管理学上“纠纷”被视为典型的协调难题。多是因为单位之间、部门之间、人员之间职责边界不明确引发的纠纷。

工程中有各种各样的纠纷与扯皮，项目就是在纠纷中不断进展。工程纠纷从不同的角度可以有不同的分类，如图 1-1-1 所示。当然为了更好地聚焦主题，本书只涉及工程造价纠纷，其他工程纠纷的处理可以参考。

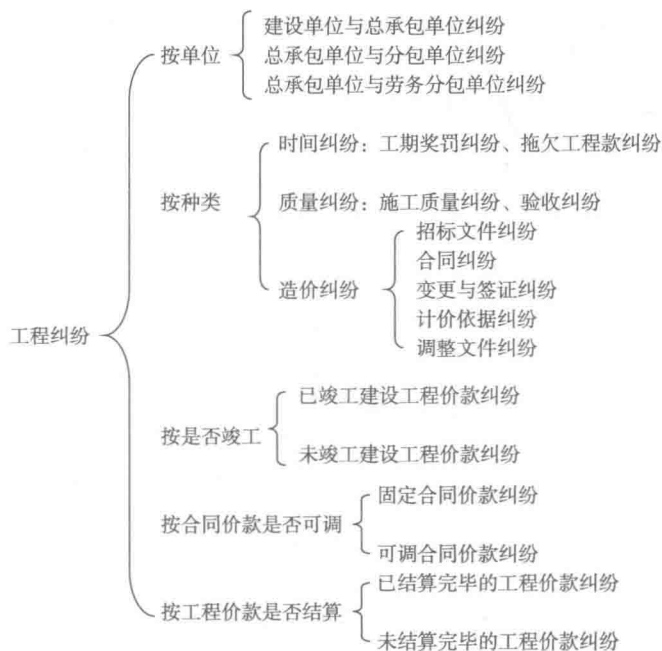


图 1-1-1 工程纠纷分类

“建设工程造价纠纷”是指工程建设中当事人因对工程招标文件、合同约定、变更签证、计价依据执行、造价调整文件等不同认识引起的造价纠纷。当然具体涉及造价纠纷时多是多种因素相互交叉,如赶工奖纠纷涉及工期,建筑材料品质、价格纠纷涉及工程质量等。这充分说明在现实工作中,往往是多种纠纷类型掺杂在一块,需要认真思索、分析和对待。

【实例 1-1-1】一幢快捷宾馆工程,施工队全部装修完后半年多,业主既不验收也不付工程款。施工队将业主告到法院。

法院在现场察看中,发现各房间沿纵向都有一道长裂缝,不少套房中,卫生间顶棚的石膏板有脱落,此外,宾馆走道上灯箱的透光片有翘曲。

施工队负责人认为:该酒店是由原来一座厂房车间改建的,非但未进行基础的补强,以增加承载力,而且还沿纵向局部加了一层,从而导致地基的不均匀沉降,导致各房间发生纵向开裂。卫生间顶棚石膏板部分脱落是由于设计图中卫生间的通风管道不通畅,卫生间内湿度太大而造成的。关于走道上的灯箱,由于采用发热的白炽光源,且灯箱又是全封闭的,灯箱内部温度高无法散热,导致透光片翘曲。

施工队负责人表示:对这些问题他们同意全部进行维修,但要求业主在全部维修好后,一个月内支付全部的工程款。然而,业主却坚持说是施工质量有问题。

分析:本例为典型的造价纠纷与质量纠纷掺杂在一起的案例。在大量的工程造价纠纷,几乎都会碰到施工质量的问题。业主常说的一句话是:“这些不合格的部位也要我们全额付费吗?”对于不太严重的一些质量问题只能按合格工程进行工程计费,留给甲乙双方对工程造价的打折进行协商、调解,最后双方达成一致的意见。对于严重的工程质量问题,双方相持不下时,只能暂时中断工程造价的纠纷处理工作,等待工程质量鉴定报告和修复意见出来后,再做工程造价的纠纷处理。

本书中,在不同的语境,会出现同一概念主体的不同名称称谓。主要有:

“甲方”,也可称呼为业主、建设单位、发包人、招标人、一方。甲方是建筑工程的投资人。

“乙方”,也可称呼为承包商、建筑企业、施工单位、承包人、投标人、一方。乙方是建筑产品的生产人。

“中介方”,也可称呼为造价咨询机构(单位)、审价单位、监理单位、鉴定人(单位)、中介机构、第三方机构等。中介方是受雇于一方(或有权机构委托),为甲、乙方提供服务的单位。

“有权机构”,也可称呼为有权机关,主要是指法院、仲裁机构。

参与工程的合作各方,也可以称呼为“当事人”。

1.1.2 如何避免纠纷演变为官司

工程造价纠纷的解决重在预防,防范于未然。纠纷的预防是指约定前或履行过程中采取的各种防止纠纷发生的措施。

纠纷是不正常情况，不但影响了双方的友好合作，而且影响了合同的履行。一旦发生纠纷，处理起来必然会耗费精力和财力，增加负担。因此，事先采取各种预防措施是避免产生纠纷的有效方法。预防措施同时也是一种对经办人员的自我保护。

(1) 工程造价纠纷的预防，从社会和个体的角度来看，具有如下作用。

1) 有利堵塞合同漏洞及防止欺诈。

当事人在合同订立时就预先考虑到如何防范合同纠纷，主要从调查了解对方当事人的履行能力和详细订明合同条款入手。合同条款的详细罗列，就可以防止合同漏洞的产生。合同漏洞是产生合同纠纷的最主要原因之一。

2) 有利于合同顺利履行，实现合同目的。

在实际的社会经济活动中，每天的情况、经济形势千变万化，国家经济政策的调整、自然灾害的发生等都会使合同履行过程不会一帆风顺，会遇到很多阻碍。

这些阻碍主要有因国家宏观调控等原因而引起的情势变更；因自然灾害、社会动乱等原因而引起的不可抗力；因当事人经营状况的改变而引起合同履行困难，当事人之间的合同纠纷。因此，事先采取措施，预防合同纠纷的发生，可以有利于合同的顺利履行，以便更好地达到实现合同目标的目的。

3) 有利于纠纷发生后的顺利解决。

解决纠纷的依据除了法律、行政法规的规定以外，最主要的是合同的内容。合同内容是合同双方当事人协商确定成立的。内容完整、严密会给纠纷的解决带来帮助。在订立合同时，须先考虑到如何避免纠纷，或者明确在合同纠纷发生时如何顺利解决的程序和方式，对合同中容易出现歧义的文字进行解释等，使一旦合同纠纷发生后能依据合同约定得到顺利解决。

因此，从此意义上说，合同纠纷的预防也有利于合同纠纷发生后的顺利解决。

4) 有利于双方的友好合作。

纠纷解决得不好，不但合同本身无法顺利履行，同时也会影响到双方的友好合作。合同是双方协商一致订立的，友好合作不仅是合同成立的基础，也是合同顺利履行的保证。纠纷发生后，能够协商解决这是最理想的，也不会对双方的友好合作和顺利履行产生影响。如果双方不能通过协商解决彼此之间的纠纷，就要通过调解解决。调解不成，就会“对簿公堂”。一旦一方将纠纷提交到法庭，当事人之间的友好合作势必会受到极大的影响，甚至会“反目成仇”，合同也就谈不上能够顺利履行了。

5) 有利于维护社会经济秩序。

维护社会经济的正常化是社会经济生产稳定的基本要求，只有在正常的社会经济秩序中，人们才能顺利地开展经济活动，实现经济目的，完成经济目标。正常的社会经济秩序，也是建立市场经济的基本要求。

(2) 工程造价纠纷常见解决途径主要包括司法方式和非司法方式。

司法方式一般是采用诉讼的方法，因工程造价的专业性，常常需要委托造价人员进行造价鉴定。非司法方式主要包括协商、调解、仲裁等。一般也需要造价人员的参与。我们提倡采取非司法方式解决，这也是检验项目工程师处理问题水平的关键。

1) 协商。

若发包人和承包人之间就工程造价等发生任何法律上、经济上或技术上的争议，首先应根据已签合同的规定，提交合同约定职责范围的总监理工程师（或造价工程师）解决。总监理工程师（或造价工程师）在收到此提交文件后约定期间内应将暂定结果通知发包人和承包人。发承包双方对暂定结果认可的，应以书面形式予以确认，暂定结果成为最终决定。发承包双方在收到总监理工程师（或造价工程师）的暂定结果通知之后的约定期间内未对暂定结果予以确认也未提出不同意见的，应视为发承包双方已认可该暂定结果。发承包双方或一方不同意暂定结果的，应以书面形式向总监理工程师（或造价工程师）提出，说明自己认为正确的结果，此时该暂定结果成为争议。在暂定结果对发承包双方当事人履约不产生实质影响的前提下，发承包双方应实施该结果，直到按照发承包双方认可的争议解决办法被改变为止。

合同价款争议发生后，承发包双方任何时候都可以进行直接协商。协商达成一致的，双方应签订书面和解协议，和解协议对发承包双方均有约束力。如果协商不能达成一致协议，发包人或承包人都可以按合同约定的其他方式解决争议。如果双方从合作的愿望出发并持客观公正的态度，通过坦诚、细致的磋商，纠纷是不难解决的。

2) 调解。

目前，每年法院受理的涉诉案件急剧增长，而司法人员、司法资源有限，案多人少矛盾突出，选择司法方式从时间周期上看，不利于纠纷的及时解决。

《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》和《关于人民法院特邀调解的规定》，指出今后一个时期全国法院将开展多元化纠纷解决机制改革。

经过协商不能达成协议时，双方可申请业务主管部门（如工程造价管理机构、工程造价管理协会等）、第三方出面进行调解。

《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第18条规定：承包方对发包方提出的工程造价咨询企业竣工结算审核意见有异议的，在接到该审核意见后一个月内，可以向有关工程造价管理机构或者有关行业组织申请调解。

《住房和城乡建设部关于进一步推进工程造价管理改革的指导意见》指出：创新工程造价纠纷调解机制，鼓励联合行业协会成立专家委员会进行造价纠纷专业调解。为各级工程造价管理机构转变职能、创新调解方式提供了依据。

合同价款争议发生后，承发包双方可就工程计价依据的争议以书面形式提请业务主管部门（工程造价管理机构）对争议以书面文件进行解释或认定。工程造价管理机构应在收到申请的一定期间内就发承包双方提请的争议问题进行解释或认定。承发包双方或一方在收到工程造价管理机构书面解释或认定后仍可按照合同约定的争议解决方式提请仲裁或诉讼。除工程造价管理机构的上级管理部门做出了不同的解释或认定，或在仲裁或法院判决中不予采信外，工程造价管理机构做出的书面解释可认定为最终结果，并应对发承包双方均有约束力。

如果协商一致，纠纷双方也可以共同委托所信赖的第三者（个人或团体）作为调解人出面调解。由第三者进行调解有较高的灵活性、中立性、专业性和权威性，不致因某种利

害关系而偏袒一方或损害另一方的利益。调解人应在收到调解委托后在约定期限内提出调解书,承发包双方接受调解书的,经双方签字后作为合同的补充文件,对承发包双方均具有约束力,双方都应立即遵照执行。当承发包双方中任一方对调解人的调解书有异议时,应在收到调解书后约定期限内向另一方发出异议通知,并应说明争议的事项和理由。但除非并直到调解书在协商和解或仲裁裁决、诉讼判决中做出修改,或合同已经解除,承包人应继续按照合同实施工程。当调解人已就争议事项向发承包双方提交了调解书,而任一方在收到调解书后约定期限内均未发出表示异议的通知时,调解书对承发包双方均具有约束力。

3) 仲裁。

如果纠纷双方不愿通过协商和调解,或者协商、调解不成时,就只能在仲裁和诉讼两种方式中作选择。仲裁作为解决商业纠纷的重要方式,具有与法院诉讼同等的法律地位和强制执行效力。

承发包双方的协商或调解均未达成一致意见,其中的一方已就此争议事项根据合同约定的仲裁协议申请仲裁,应同时通知另一方。仲裁可在竣工之前或之后进行,但发包人、承包人、调解人各自的义务不得因在工程实施期间进行仲裁而有所改变。当仲裁是在仲裁机构要求停止施工的情况下进行时,承包人应对合同工程采取保护措施,由此增加的费用应由败诉方承担。

4) 诉讼。

诉讼是解决商业纠纷最严厉的手段,同时也是最终的手段,在万不得已之下才予以采用。发包人、承包人在履行合同时发生争议,双方不愿协商和解、调解,或者协商、调解不成,又没有达成仲裁协议的,可依法向法院提起诉讼。

解决工程造价纠纷诉讼问题往往离不开工程造价鉴定。工程造价鉴定是有鉴定资质的工程造价咨询机构,根据有权机构(法院或仲裁委)的要求,对诉讼中需要解决的工程造价问题进行分析、鉴别的活动。工程造价鉴定就其本质而言是因委托而产生的专业技术行为。其主要作用是为有权机关定案提供依据。

鉴定工程造价是四方参与制,即有权机构(法院或仲裁委)为一方,做鉴定的造价咨询单位为一方,纠纷方为各自一方。四方各负其责:纠纷双方负责举证,造价咨询单位负责专业性调查并提出专业性鉴定意见,有权机构负责认证和对鉴定意见进行采纳。

【实例 1-1-2】20 世纪 90 年代,A 建筑公司与 B 建设单位因工程结算问题不能达成一致,双方的结算金额要求差距大约是 200 余万元。

曾有中间人调解,提出:双方各让一步,B 建设单位再给 A 建筑公司补 100 万元,从而让双方达成合意。

但双方均未同意,双方最终选择了通过诉讼来解决问题,经过漫长的一审、二审、申请再审、控告……官司打了近十年,双方付出的诉讼成本均达百万。最终双方两败俱伤。

1.1.3 “四步法”分析工程造价纠纷的方法

1. 分析程序

造价纠纷的原因是多方面的，可能相互交叉，以下纠纷的分析我们将采用如图 1-1-2 所示的分析思路。

(1) 遵从合同。

在项目工程合同有效的情况下，甲、乙双方之间发生争议，应根据合同约定进行处理，不得任意改变合同当事人合同的本意。在项目工程合同无效的情况下，甲、乙双方之间发生争议，应根据相关法律的规定或有权机构（法院、仲裁机构）的决定进行鉴定。

在民事诉讼活动中，合同是双方当事人真实意思的体现。在工程合同造价纠纷案件中，经常会遇到在合同或者签证中的特别约定，有的约定明显高于或低于定额计价标准（或市场价格）；有的约定了合同价款计算的依据是当地建筑工程预算定额，有的是直接约定了工程的单价（每平方米的单价）。在发生争议后，当事人会提出要求撤销或改变原有约定，如何处理特别约定便成为难题。

【依据 1-1-1】《中华人民共和国合同法》第八条规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同受法律保护。”

根据《中华人民共和国合同法》的自愿和诚实信用原则，只要当事人的约定不违反国家法律和国务院行政法规的强制性规定，即只要与法无悖，不管双方签订的合同或具体条款是否合理，任何人都无权自行选择和否定当事人之间有效的合同或补充协议的约定内容。这就是工程造价纠纷处理必须遵循的从约原则。

【依据 1-1-2】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》第十条规定，“工程造价鉴定结论确定的工程款计算方法和计价标准与建设工程施工合同约定的工程款计价方法和计价标准不一致的，应以合同约定的为准。”第十三条规定，“建设工程施工合同约定的工程款结算标准与建筑行业主管部门颁布的工程定额标准和造价计价办法不一致时，应以合同约定的为准。”

第十六条规定，“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。”第二十二条规定，“当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，不予支持。”

分析：这是对约定优先原则的立法肯定，也更加明确了在工程结算出现纠纷时，约定优先是法定原则。



图 1-1-2 造价纠纷分析“四步法”

受合同法律关系的制约，工程造价争议首先是一个合同问题。即一项具体的建设工程项目的合同造价，是当事人经过利害权衡、竞价磋商等博弈方式所达成的特定的交易价格，而不是某一合同交易客体的市场平均价格或公允价格。这是现代经济学理论的基本观点，也是市场经济条件下维护公正与效率所应遵循的司法原则。因此，只要不是出现法定的不能或无法适用合同价格条款的情形，工程造价争议分析应当遵循从约原则。

【实例 1-1-3】某年（第 1 年）5 月 8 日，A 建筑公司与 B 制药公司签订了一份建筑工程承包合同。约定工程第 1 年 6 月 11 日开工，同年 11 月 21 日竣工。竣工后双方发生结算纠纷。

后双方诉诸法院，审理过程用“四步法”分析见表 1-1-1。

表 1-1-1 “四步法” 分析程序

遵从合同	第一份合同：约定：工程项目为一制药车间土建工程，建筑面积 3000m ² ，总造价 180 万元 第二份合同：第 2 年 1 月 8 日，双方又签订一份补充合同，其主要内容为因为增加工程内容，变为第 2 年 4 月 30 日交工，原定工程造价加变更部分共 200 万元
查阅书证	经查看书证，有变更项目签证
调查物证	经查看现场，确认工程变更内容事实存在
诉诸权威	法律分析： 1. 双方签订的建筑工程承包合同及补充合同，是在平等互利、协商一致的基础上签订的，且不存在导致合同无效的法定情形，因此为有效合同，双方应认真履行合同约定的义务 2. 双方在补充合同中已将原合同造价的 180 万元变更为 200 万元。因双方对工程造价的竣工结算额存在分歧，可就超出补充协议确定的 200 万工程款之外的变更项目进行审价，200 万以内的为固定总价，不能再动 工程分析： 1. 变更部分审定资料经双方质证认可。未变更部分维持原合同 2. 结论为变更项目增加 8 万元，项目减少 3 万元，加上第二次协议变更后的工程造价，最后确定工程造价为 205 万元

分析：工程造价条款是建筑工程承包合同的重要条款，若无证据证明此条款存在欺诈、胁迫、恶意串通等违反法律规定的情形，就应承认其效力。即工程造价纠纷的分析要坚持从约原则。

遵从与分析合同可按以下三个步骤进行：

1) 明确合同关系。

合同关系是能否发生造价关系的基础，甲、乙双方之所以能产生造价纠纷，主要是因为有了合同关系而产生的，如果双方没有合同关系不可能产生造价纠纷。分析一项纠纷事项，首先要分析其中的合同关系，看是两个单位间的合同关系，还是存在着多个单位间的合同关系。明确了合同关系，才能依据合同进行下一步的造价工作。判断是否存在造价关系要以合同为基准。

【实例 1-1-4】某厂（甲方）与某建筑公司（乙方）订立了某工程项目施工合同，同时与某降水公司订立了工程降水合同。

甲、乙双方合同约定8月15日开工。

工程施工中，因降水方案错误，致使某项工作推迟2天，乙方增加人员配合用工5工日，窝工6工日。乙方要求甲方补偿损失。

分析：本例中共出现了两组合同关系，某厂（甲方）与某建筑公司（乙方）的合同关系、某厂（甲方）与某降水公司的合同关系。凡是订立合同关系的双方才有可能互相索赔。

某厂（甲方）与某建筑公司（乙方）之间可以进行索赔与反索赔；某厂（甲方）与某降水公司之间可以进行索赔与反索赔。但某建筑公司（乙方）与某降水公司之间却不能进行索赔，因为他们之间没有合同关系。他们之间的互相侵害只能向某厂（甲方）索赔，因为某降水公司是根据合同按某厂（甲方）的指令进行作业的，他的损害行为，相对于某建筑公司（乙方），可以看成是由于某厂（甲方）造成的。

所以，乙方与降水公司间无合同关系，所以乙方应向甲方进行索赔。

2) 了解合同效力。

合同效力的认定，通常是有权机构（如法院）的职责，造价人员并无权确定，但造价人员要了解相关法规。

【依据1-1-3】根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法若干问题的解释（一）〉》第三条、第四条的规定：人民法院确定合同效力时，对合同法实施以前成立的合同，适用当时的法律合同无效与适用合同法有效的，适用于合同法；合同法实施以后，人民法院确定合同效力时，应当以全国人大及其常务委员会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方法规、行政规章为依据。

【依据1-1-4】《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》第1~4条将无效建设工程施工合同的确认分为以下五种情形：一是承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；二是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；三是建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的；四是承包人非法转包建设工程的；五是承包人违法分包建设工程的。

分析：由于建设工程施工合同受到不同领域的多部法律及其他规范性文件调整，如果违反这些规范都以违反法律强制性规定为由而认定合同无效，不符合《中华人民共和国合同法》的立法本意，不利于维护合同稳定性，也不利于保护各方当事人的合法权益，同时也会破坏建筑市场的正常秩序。《中华人民共和国民法通则》和《中华人民共和国合同法》等基本法律规定的合同无效的情形，也应当适用于建设工程施工合同。

【实例1-1-5】某年（第1年）5月20日，工头胡某与A食品有限公司（建设单位）签订了施工协议一份。协议签订后，胡某组织施工，第1年9月底主要工程完工。竣工后双方发生造价纠纷。

后经某市房屋安全鉴定办公室，对工程的质量安全进行鉴定，鉴定方法采用破损法，鉴定意见：依据住房和城乡建设部《危险房屋鉴定标准》，房屋能满足安全使用要求。

以下采用“四步法”对此实例分析见表 1-1-2。

表 1-1-2 “四步法” 分析程序

遵从合同	协议约定：由胡某承建 A 食品有限公司的冷库一座（包括办公用房及附属设施），按 × × 省建筑预算定额标准收费，总价下浮 15%
查阅书证	查阅了相关书证材料
调查物证	现场查看了工程项目，确认工程已完工
诉诸权威	法律分析： 1. 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》“第一条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：（一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的。” 2. 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》“第二条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。” 工程分析： 经造价鉴定机构鉴定，结论：①土建工程造价 947 420 元；②管道安装费用 16 334 元；③办公用房装潢费 87 574 元，小计 1 051 328 元（工程各项目均已按合同下浮 15% 计算）

【实例 1-1-6】某年（第 1 年）4 月 30 日，莫某与 A 建筑公司订立《某广场工程合作协议书》，协议由莫某以 A 建筑公司的名义与 B 业主签订某广场工程施工合同，A 建筑公司的权利义务由莫某实际享有和承担，莫某向 A 建筑公司缴纳工程造价的 1.5% 的费用作为其工程管理费。

第 1 年 5 月 13 日，A 建筑公司与 B 业主订立《某广场工程初步协议》。5 月 19 日，A 建筑公司与 B 业主签订《建设工程施工合同》。5 月 21 日，A 建筑公司与 B 业主订立《某广场工程施工合同》。工程总量按双方及设计单位、监理单位综合会审后确定的施工图为准，按施工图施工。

A 建筑公司的施工除包括该工程施工所需的所有必要工作、管理、开支外，还包括为工程施工而必需配套的临时设施、环保设施临时工程及政府对承包人的收费等。合同确定工程造价为 3500 万元，现行定额仅作为造价计算的参考，除合同规定可以调整的情况外，任何市场价格行情的变化都不能成为调价的理由。

后因为工程纠纷，被法院以没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义为由，A 建筑公司与 B 业主签订的《某广场工程初步协议》《建设工程施工合同》及《某广场工程施工合同》被依法认定为无效。

那么竣工后，该工程应如何结算？以下采用“四步法”对此实例分析见表 1-1-3。

表 1-1-3 “四步法”分析程序

遵从合同	合同约定：工程总量按双方及设计单位、监理单位综合会后确定的施工图为准，按施工图施工 A 建筑公司的施工除包括该工程施工所需的所有必要工作、管理、开支外，还包括为工程施工而必需配套的临时设施、环保设施临时工程及政府对承包人的收费等 合同确定工程造价为 3500 万元，现行定额仅作为造价计算的参考，除合同规定可以调整的情况外，任何市场价格行情的变化都不能成为调价的理由
查阅书证	查阅了相关书证材料
调查物证	现场查看了工程项目，确认工程已完工
诉诸权威	法律分析： 1. 按照最高人民法院《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》第二条的规定，可以推论出：除非合同无效的原因归于价格条款违反法律、行政法规的强制性规定，否则无效的施工合同仍应按照合同的约定确定工程造价 2. 导致本案合同无效的原因在莫某无资质，A 建筑公司、B 业主对于已完成工程的质量未提出异议，因此，本案虽然合同无效，但仍应按照实际完成的工程量以合同约定的结算办法来计算工程造价，增加、减少或变更的工程造价应参考合同约定及鉴定单位通常做法来计算 工程分析： 1. 可参考现行定额进行计价 2. 一般来讲，如果按照按定额计价，工程结算金额会比原合同实际履行的市场价格（包括招标、协商等方式确定的市场价格）稍高。莫某、A 建筑公司不应因其过错而导致合同无效反而获得比正常履行有效合同还要多的利益。因此，如按现行定额计价价格高于合同约定价格，合同约定部分仍应按合同约定价格

3) 明确合同约定造价事项。

主要是注意合同文件的解释顺序。对有合同约定解释顺序的案件，应按照约定的解释顺序开展分析。对没有合同约定解释顺序的案件，原则上优先解释顺序如下。

① 合同协议书。

② 中标通知书。

③ 投标书及其附件。

④ 合同专用条款。

⑤ 合同通用条款。

⑥ 标准、规范及有关技术文件。

⑦ 图纸。

⑧ 工程量清单。

⑨ 工程报价单或预算书。

当上述文件不全时，其顺序依然有效。

在合同履行中，发包人与承包人有关工程的洽商、变更、索赔等书面协议或文件的解释顺序按时间排序，后立的文件优先于先立的文件。

【实例 1-1-7】某建筑公司投标的一项工程，招标文件中约定钢筋价格为暂定价 4000 元/t，结算时按实调整，建筑公司在投标报价时按 3800 元/t 报价，评标时招标人没有发现此问题，后双方签订了承包合同，结算时是按 4000 元/t 还是按 3800 元/t 来

调整钢材价格?

分析: 招标文件为要约邀请, 投标书为要约, 中标书为承诺, 仅从要约承诺角度来看, 构成双方约定的内容应以投标书中内容为准, 而非以招标文件为准, 即按 3800 元/t 进行结算。不过, 到底按什么进行结算, 还要看合同是如何约定的。招标、投标、中标, 这是招标投标活动的先后顺序, 从行为的先后顺序来讲, 如果先、后行为存在矛盾, 一般也是按照在后的顺序为优先原则。

此外, 从诚实信用角度来说, 招标文件规定 4000 元/t, 而投标人报价 3800 元/t, 如结算时其要求按 4000 元/t 结算, 显然违反了诚实信用原则。

(2) 查阅书证。

【依据 1-1-5】《中华人民共和国民事诉讼法》第 63 条的规定, 证据分别为书证、物证、视听资料、证人证言、鉴定结论、勘验笔录。

分析: 在工程造价纠纷的化解中, 收集书证与物证最为重要。

书证, 是指以文字、符号、图表等记载或表达的内容来证明事件事实的证据。作为定案证据的书证具有以下特征。

- 1) 书证是以其记载或表达的思想内容来证明事件事实的。
- 2) 书证的特质载体一般是纸张, 但也包括面板、金属、竹木、布料、塑料等。
- 3) 书证的制作方法一般为手写, 但也包括打印、雕刻、拼对等。
- 4) 某些书证必须具备法定形式, 如身份证、户口簿、承运单等。
- 5) 书证也是一种客观存在的物品, 某些证据如果既能以其记载或表达的内容证明事件事实, 又能以其外部特征再现事件真实, 该种证据则既是书证又是物证。

当事人提供书证时, 应当提交原件, 如提交原件确有困难的, 可以提交复制品、照片、副本或节录本。

工程造价纠纷案件中书证非常多, 如合同文本、招标文件、投标文件、图纸、工程说明、各种施工指令、工程签证、来往函件、会议纪要、变更指令、验收报告、施工日记等。

在建设工程合同纠纷案例中, 需收集的书证一般有以下几方面。

- 1) 合同类文件: 施工合同、专业或劳务分包合同、补充合同 (可能有多份)、采购合同、租赁合同。
- 2) 招标投标类文件: 中标通知书、投标文件、招标文件、澄清函或答疑文件。
- 3) 标准、规范及有关技术类文件: 需要特别表述的标准、规范及有关技术类文件清单。
- 4) 图纸类文件: 工程竣工图或施工图。
- 5) 造价类文件: 工程量清单、投标报价书或报价单、工程结算书或招标控制价、决算资料等。
- 6) 变更、签证类文件: 会议纪要、工程变更、签证、工程洽商、有关通知、信件、

数据电文等。

7) 索赔类文件: 工期索赔文件(因甲方原因造成窝工、停工及其对乙方的影响)、费用索赔文件(甲方违约给乙方造成的损失)。

8) 工程验收类文件: 隐蔽工程验收记录、中间验收记录、竣工验收记录。

9) 影响工程造价的其他相关资料, 如不可抗力证明文件及损失证明、支付工程款情况、工程用作抵押或被法院查封状况; 工程报建、规划、土地、施工许可文件等。

【实例 1-1-8】某年(第 1 年), A 投资公司与 B 建筑公司签订施工。合同约定, 施工图编号为 001 号, 约定工程款 300 万元。

第 3 年, A、B 公司开会进行设计及施工变更, 变更后图纸为 002 号, 总承包优惠价 350 万元。施工完成后, 图纸为 003 号。

第 4 年, B 建筑公司让 A 公司法人在 001 号图纸上写“以此图纸为基础, 增加的部分均属增加的工程量”并签名。

工程结束后, B 建筑公司运用 A 投资公司法人上述签字, 以 001 号图纸(对应约定的工程款为 300 万元为基础), 图纸 003 号比 001 号多增加的部分作为增加的工程量, 计算工程款, 结算后工程款一共 450 万元。因 A 投资公司未认可, B 建筑公司并以此计算方法起诉至法院。

A 投资公司认为: 应以 002 号图纸(约定优惠的价格 350 万元)为基础工程款, 图纸 003 号比 002 号多增加的工程量部分作为增加的工程款。

两种计算方法差额 100 多万元。

分析: 图纸是合同涉及专业内容的详细约定, 是确定工程造价的重要书证, 因此施工图是合同的重要组成部分。建设工程施工合同在履行过程中发生工程量增减, 合同双方签署新文件, 是对原合同进行的变更、补充。双方在签署新文件时, 应留意原合同约定, 避免误解掉入陷阱, 签署新的文件一定要慎重。

涉及书证是否真实、有效, 一般由有权机构(如法院)判定。造价师无法判定真假的, 只提供参考单价供判定真假后采用单价。有瑕疵的书证, 比如未按合同约定签字盖章, 仅有签字无章, 或有章无签字等情况。可列出一个参考价格, 待有权机构查明书证的有效性后再确定是否按参考价格计价。

(3) 调查物证。

一切物品均是客观存在的, 都有自己的外形、重量、规格、特征等。因此, 凡是以自己存在的外形、重量、规格、损坏程度等标志来证明案件事实的一部分或全部的物品及痕迹, 即称为物证。

民事诉讼中常见的物证有所有权有争议的物品, 履行合同交付的规格、质量有争议的标的物或定作物, 侵权行为造成损害的公私财物及侵权用的工具、遗留的痕迹等。

工程造价纠纷案件中建设工程本身就是个看得见摸得着的物证。

【实例 1-1-9】某医院的太平间维修工程, 乙方认为太平间属特殊场所, 甲方委托

的审价人员不会采取实地测量的审价方法，结算时故意高报造价为13万多元。后经甲方查找图纸，中介审价人员实际丈量复核。根据实地测量修正后的图纸核算，实际造价只有7.5万多元，乙方通过虚报工程量，虚报价格5万多元。

分析：乙方常利用承包的工程属小型土建、水电安装、维修及装饰工程，没有准确施工图的特点，高估冒算、虚报工程量。

审价人员可进行现场测量，全面、充分地收集审价证据。审价人员进行实地测量取证时，必须采取严谨、合法、公正的手段。测量时审价人员、甲方委派的现场管理代表、乙方委派的代表必须同时在场。测量的结果必须经三方代表签字认可。

【实例1-1-10】工程竣工验收后，建设单位以屋面漏水为由，起诉施工单位要求赔偿修复费用。

经现场查看，屋面渗漏属客观存在并已经确认的事实，竣工验收合格证明及其他任何书面证明均不能对该客观事实形成有效对抗（物证大于书证原则）。

建筑公司依据《建设工程质量管理条例》认为其只应承担保修责任而不应承担屋面重做费用，但该条例是管理型规范，但相对比民法通则、合同法等，依据法律位阶关系，该条例在本例中只作参考。

依据《中华人民共和国合同法》第一百零七条、第二百八十一条，因施工方原因致使工程质量不符合约定的，施工方理应承担无偿修理、返工、改建或赔偿损失等违约责任。

本例中，施工方几经局部维修仍不能彻底解决屋面渗漏，双方也失去信任的基础，有权机构（法院）要求施工方按全面修复方案整改。

（4）诉诸权威。

权威包括两方面的内容，一是法律角度权威，即相关法律法规依据；二是工程角度权威，即工程领域相关标准、规范、计价依据。

法律权威一般由有权机构（如法院）执行，律师是重要的参与者。工程权威一般由造价工程师参与。工程造价纠纷的复杂性体现在工程技术问题往往与法律问题紧紧混合在一起。

【实例1-1-11】有一项数万平方米的住宅小区，其诉讼标的达7000多万元。

承发包双方在前后三个月中先后订立了“阴-阳-阴”三份协议（合同）书。

两份“阴”合同书（协议）的条款是相同的：“总价税前小高层下浮10%，多层下浮7.5%，别墅下浮3%，材料结算价按施工期间××市定额站颁布的造价信息中的中准价、信息价计取”“开办费5万元包干”。

而报某区政府招标办备案的“阳”合同中，却是：“工程总造价下浮2.5%，开办费为75万元，人工补差10元/工日，别墅房中模板摊销量补差按建筑面积每平方米2张计取，每张按50元计算，同时扣除定额模板含量。材料结算按××市定额站某年1月份的市场信息及市场指导价执行。”

施工企业经过近两年的施工后，在工程尚未竣工验收，地下室工程还留有不少尾工的情况下，就迫不及待地向法院提出要求发包人支付其巨额工程款的诉讼请求。法院在原告方的请求下，冻结了开发商的住宅楼销售达一年之久，造成了开发商经济上的重大损失。

根据“阴阳”合同（协议）书的不同条款，计算出来的工程总造价两者相差1000多万元，甲、乙双方各自坚持对自己有利的计算方法互不相让。

分析：按照最高人民法院《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条款规定：“当事人就同一建设工程另行订立的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为结算工程价款的根据。”（即应按“阳”合同结算工程款）

【实例1-1-12】一个办公楼装修项目，在双方的合同中，开发商委托了一位工地现场的工程师。

现场工程师做了不少施工过程中的“签证”，但在根据工程师的“签证”计算该付给承包人的相关工程款时，开发商负责人坚持不同意支付这些费用，其理由是：“这位工程师，已被施工队伍收买了，被我方发现后，已将他开除。现在此人已在施工队中担当了现场工程师，他做的签证，我方一概不予认可。”

对于这位工程师的签证是否认可？显然又属于法律范畴中的问题。

类似这些工程技术问题与法律问题紧紧混合在一起的实例还可以举出许多，对于只懂工程造价知识的人员来说，要对法律难题进行准确判断，确实是勉为其难，很难做到全对。当然这就会影响其鉴定结论的正确性。

工程人员解决工程技术与法律问题相混合难题的对策是：①通过书本、上网获取相关的法律知识；②虚心向法律界专家、律师求教；③实在“吃不准”的问题，不做判断，在“鉴定说明”一栏中说清症结，由有权部门裁定。

对合同约定不明的东西，要诉诸技术权威进行分析，其法律依据如下。

【依据1-1-6】《中华人民共和国合同法》第62条规定：“价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地市场价格履行。”进行工程造价纠纷分析时，依据合同工程开工时间，以工程所在地作为合同履行地，按照“当时当地”的定额、市场价格信息及相关工程造价管理文件对此部分合同外工程进行造价鉴定。

【依据1-1-7】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》第十六条规定“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。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。”

分析：从《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》可以看出，工程造价行政主管部门计价依据可以作为造价鉴定的权威依据。

【依据 1-1-8】财政部、住房和城乡建设部《建设工程价款结算暂行办法》（财建[2004] 369 号）：第十一条 工程价款结算应按合同约定办理，合同未作约定或约定不明的，发承包双方应依照下列规定与文件协商处理。

（一）国家有关法律、法规和规章制度。

（二）国务院建设行政主管部门、省、自治区、直辖市或有关部门发布的工程造价计价标准、计价办法等有关规定。

（三）建设项目的合同、补充协议、变更签证和现场签证，以及经发包人、承包人认可的其他有效文件。

（四）其他可依据的材料。

通过四步法来分析工程纠纷问题，无非是让读者通过这个完整的流程，聚焦工程纠纷的焦点，并找出问题的解决之道。

什么是聚焦能力？工作需要，这些年我阅读了大量的民事判决书，也参加了多次民事庭审过程。法官审理的过程，也是非常好的学习逻辑的过程。高水平的法官审理案情最重要的能力是准确归纳出争议焦点的能力，只有能归纳出焦点、固定焦点，才能事半功倍地找出解决问题的突破口。推而广之，工程技术人员、工程管理人员要做好工程纠纷化解工作，都要有准确找到真正冲突焦点的能力。所谓真正的冲突焦点，它可能不是某一个很小的细节，也可能不是某个高层次的问题，但是正因为它的存在，才会产生完全不同的后果，它就是“压死骆驼的最后那根稻草”。快速找到冲突焦点的归纳能力，是一个人逻辑水平高低的真正体现。

在以下各章的讲解中，将对每一个专题的相关知识进行讲解，但举例不限于每章的单一知识点，可能会有所交叉，请读者阅读时注意。

1.2 法律效力比较

1.2.1 如何分析书证（工程资料）证明力的强弱

1. 有效力的诉讼证据必须具备的条件

（1）证据的客观性。

证据的客观性是指诉讼证据必须是能证明案件真相的、不依赖于主观意识而存在的客观事实。这一客观事实只能发生在诉讼主体进行民事、经济活动中，发生在诉讼法律关系形成、变更或消灭的过程中，是当时作用于他人感官而被看到、听到或感受到的、留在人的记忆中的，或作用于周围的环境、物品引起物件的变化而留下的痕迹物品，也可能由文字或者某种符号记载下来，甚至成为视听资料等。

客观性是诉讼证据的最基本的特征。

（2）证据的关联性。

证据的关联性是指作为证据的事实不仅是一种客观存在，而且它必须与案件所要查明

的事实存在逻辑上的联系，从而能够说明案件事实。正因为如此，它才能以其自身的存在单独或与其他事实一起证明保证案件真实的存在或不存在。如果作为证据的事实与要证明的事实没有联系，即使它是真实的，也不能作为证明争议事实的证据。

(3) 证据的合法性。

证据的合法性是指证据必须由当事人按照法定程序提供，或由法定机关、法定人员按照法定的程序调查、收集和审查。也就是说，诉讼证据不论是当事人提供的还是有权机构（法院）主动调查收集的，都要符合法律规定的程序，不按照法定程序提供、调查收集的证据不能作为认定案件事实的根据。

另外，证据的合法性还包括证据必须具备法律规定的形式。对某些法律行为的成立，法律规定了特定的形式，不具备法律所要求的形式，该项法律行为就不能成立。

2. 民事证据的证明力强弱

(1) 在民事诉讼中，一般是“谁主张，谁举证”，即当事人自己提出的主张，有责任提供证据。

而在一些诉讼中，当事人往往只注重主张权利，而忽视收集证据或提供的证据无证明力。那么当事人对自己提出的主张，如何提供有证明力的证据呢？

【依据 1-2-1】最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》对证据证明力的认定作了具体明确的规定。

审判人员对单一证据可以从下列几方面进行审核认定：1) 证据是否原件、原物，复印件、复制品与原件、原物是否相符；2) 证据与本案事实是否相关；3) 证据的形式、来源是否符合法律规定；4) 证据的内容是否真实；5) 证人或者提供证据的人，与当事人有无利害关系。

【实例 1-2-1】某中介单位在审价中发现一个工程的签证有问题：甲方和乙方提供的签证复印件不一致，乙方提供的签证工程量明显偏大。

经过反复核实，发现部分签证与工程实际情况不符，经向甲方驻工地代表进行调查了解，乙方提供的签证上的签名是别人模仿其笔迹签署的，属于伪造。故审价人员判定乙方提供的计算依据无效。

分析：对签证审核时，首先要认定签名盖章、复印件的真实性。

一般签证中有甲方驻工地代表、乙方、监理工程师的签字盖章。实践中经常发现许多签证乙方在办理签字过程中模仿甲方、监理工程师笔迹、变造复印或找其他人代笔等。

(2) 在诉讼中，当事人为达成调解协议或者和解目的做出妥协所涉及的对案件事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据。以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。

(3) 下列证据不能单独作为认定案件事实的依据。

1) 未成年人所提供的与其年龄和智力不相当的证言。

2) 与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人出具的证言。

3) 存有疑点的视听资料。

4) 无法与原件、原物核对的复印件、复制品。

5) 无正当理由未出庭作证证人的证言。

(4) 一方当事人提出的下列证据, 对方当事人提出异议, 但没有足以反驳的相反证据的, 法院应当确认其证明力。

1) 书证原件或者与书证核对无误的复印件、照片、副本、节录本。

2) 物证原物或者与物证原物核对无误的复制件、照片、录像资料等。

3) 有其他证据佐证并以合法手段取得的、无疑点的视听资料或者与视听资料核对无误的复制件。

4) 一方当事人申请法院依照法定程序制作的对物证或现场的勘验笔录。

(5) 法院委托鉴定部门做出的鉴定结论, 当事人没有足以反驳的相反证据和理由的, 可以认定其证明力。

(6) 一方当事人提出的证据, 另一方当事人认可或者提出的相反证据不足以反驳的, 法院可以确认其证明力。一方当事人提出的证据, 另一方当事人有异议并提出反驳证据, 对方当事人对反驳证据认可的, 可以确认反驳证据的证明力。

(7) 双方当事人对同一事实分别举出相反的证据, 但都没有足够的依据否定对方证据的, 法院应当结合案件情况, 判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力, 并对证明力较大的证据予以确认。因证据的证明力无法判断导致争议事实难以认定的, 法院应当依据举证责任分配的规则做出裁判。

(8) 诉讼过程中, 当事人在起诉状、答辩状、陈述及其委托代理人的代理词中承认的对己方不利的事实和认可的证据, 法院应当予以确认, 但当事人反悔并有相反证据足以推翻的除外。

(9) 有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供, 如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人, 可以推定该主张成立。当事人对自己的主张, 只有本人陈述而不能提供其他相关证据的, 其主张不予支持, 但对方当事人认可的除外。

(10) 有权机构(如法院)就数个证据对同一事实的证明力, 可以依照下列原则认定。

1) 国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证。

2) 物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证, 其证明力一般大于其他书证、视听资料、证人证言。

3) 原始证据的证明力一般大于传来证据。

4) 直接证据的证明力一般大于间接证据。

5) 证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言, 其证明力一般小于其他证人证言。

(11) 法院认定证人证言, 可以通过对证人的智力状况、品德、知识、经验、法律意识和专业技能等的综合分析做出判断。法院应当在裁判文书中阐明证据是否采纳的理由,