

TAHO  
TA

[ 建设工程 ]  
法律信息简报

---

第 004 期

2019 年 6 月 6 日



---

## 免责声明

This Briefing and related materials were collected and collated by Tahota Law Firm for reference only. Tahota Law Firm makes no guarantees or warranties of any kind, expressed or implied, regarding the accuracy and reliability of information sources. The fact of reading this Briefing only shall not be construed that the readers and Tahota Law Firm have established customer relationship, nor shall be deemed that Tahota Law Firm has provided legal advice on specific issue to the readers. Readers of this Briefing shall not take any content herein as the basis of their own action or inaction. If legal advice is required, the readers shall resort to professional lawyers for consultancy service.

泰和泰建设工程法律简讯仅作为参考资讯，泰和泰并不为信息来源的准确性作出任何保证或担保。不应视为简报阅读者与泰和泰构成律师客户关系或泰和泰就特定事项提供了法律意见，简报阅读者不应以简报的任何信息作为采取行动或不行动的依据。简报阅读者如需具有法律效力的意见，应向专业律师咨询。



北京 | 成都 | 重庆 | 贵阳 | 济南 |  
昆明 | 拉萨 | 上海 | 深圳 | 太原 |  
天津 | 西安 | 香港 | 首尔 | 釜山 |  
华盛顿 | 悉尼

---

## 目 录

- 新法速递
- 行业政策
- 行业新闻
- 案例聚焦
- 实务 Q&A

---

主编：钟俊芳

编辑：殷文娟 王帅 吴尚友 黄宴兵 任杰

## ➤ 新法速递

### 1、自然资源部发布《产业用地政策实施工作指引（2019年版）》

2019年5月15日，自然资源部发布《产业用地政策实施工作指引（2019年版）》（下称《指引》）。

其中，《指引》明确规定，地方各级自然资源主管部门执行产业用地政策时，应当坚持公平、开放、透明的市场规则，对产业用地中各种所有制经济一视同仁、平等对待，防止排除、限制市场竞争等不规范行为。

### 2、住建部办公厅公布《关于组织开展全国建筑市场和工程质量安全监督执法检查的通知》（下称《通知》）

2019年5月20日，住建部办公厅公布《关于组织开展全国建筑市场和工程质量安全监督执法检查的通知》（下称《通知》）。

其中，关于建筑市场和工程质量安全，《通知》明确，检查范围为：全国30个省、自治区、直辖市（西藏除外），每省（自治区）抽查1个省会（首府）城市或地级市及其1个下辖县（市），直辖市抽查2~3个市辖区（县；检查对象为：检查省、市、县住房和城乡建设主管部门及工程质量安全监督机构相关管理工作，抽查5个建筑工程、4个城市轨道交通工程。住宅工程以安置住房和保障性住房为重点。受检工程形象进度应为主体结构施工阶段。

### 3、住建部废止部分文件

2019年5月21日，住建部公布《关于废止部分文件的决定》，明确废止《关于加强民用建筑工程项目建筑节能审查工作的通知》、《关于切实加强政府办公和大型公共建筑节能管理工作的通知》等16项文件。

### 4、自然资源部：全面开展国土空间规划工作

自然资源部公布《关于全面开展国土空间规划工作的通知》（下称《通知》），要求全面启动国土空间规划编制，实现“多规合一”。

《通知》要求，各级自然资源主管部门要将思想和行动统一到党中央的决策部署上来，按照《若干意见》要求，主动履职尽责，建立“多规合一”的国土空间规划体系并监督实施。按照自上而下、上下联动、压茬推进的原则，抓紧启动编制全国、省级、市县和乡镇国土空间规划（规划期至 2035 年，展望至 2050 年），尽快形成规划成果。部将印发国土空间规划编制规程、相关技术标准，明确规划编制的工作要求、主要内容和完成时限。

### 5、李克强签署国务院令公布《政府投资条例》

5 月 5 日，国务院公布了《政府投资条例》全文，该条例明确了政府投资概念、范围、决策程序、投资年度计划、项目实施、监督管理和法律责任，这基本维持了我国现行政府投资管理体制，但进一步规范了政府投资行为，提高政府投资效率，激发市场活力，条例主要规定了政府投资的资金来源、政府投资的范围及方式、政府投资的程序要求等方面

### 6、重大行政决策程序暂行条例（2019 年国务院令 第 713 号）

2019 年 5 月 8 日，《重大行政决策程序暂行条例》公布，该《条例》分 6 章、共 44 条，对重大行政决策事项范围、重大行政决策的作出和调整程序、重大行政决策责任追究等方面作出了具体规定，将于 2019 年 9 月 1 日起施行。

## ➤ 行业政策

### 1、四川省住房和城乡建设厅修改《关于建设工程招标控制价、合同和竣工结算文件实行网上备案的通知》的通知

2019年5月7日，住建厅根据《住房城乡建设部关于修改〈房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法〉的决定》（住房城乡建设部令第43号）、《住房和城乡建设部关于修改部分部门规章的决定》（住房和城乡建设部令第47号）、《住房和城乡建设部关于修改有关文件的通知》（建法规〔2019〕3号），决定对《四川省住房和城乡建设厅关于建设工程招标控制价、合同和竣工结算文件实行网上备案的通知》（川建造价发〔2017〕873号）予以修改。

### 2、成都市建设工程造价管理站关于建设工程项目延期开工和中间停工计价调整的通知

2019年5月10日，成都市建设工程造价管理站发布《关于建设工程项目延期开工和中间停工计价调整的通知》，成都市建设工程造价管理站根据《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（二）》（法释〔2018〕20号）、《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》（住房和城乡建设部令第16号）、《建设工程工程量清单计价规范》等规定，对成都市建设工程施工项目延期开工、中间停工和工期延长超过合同工期涉及的计价调整。

### 3、住房和城乡建设部办公厅国家发展改革委办公厅征求房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法（征求意见稿）意见的函

2019年5月10日，住建部根据《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》（国办发〔2017〕19号）要求，为推进工程总承包，完善工程总承包管理制度，提升工程建设质量和效益，组织起草了《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法（征求意见稿）》发送至各省、自治区住房和城乡建设厅、发展改革委，直辖市住房和城乡建设（管）委、发展改革委，北京市

规划和自然资源委，新疆生产建设兵团住房和城乡建设局、发展改革委，计划单列市住房和城乡建设局、发展改革委征求意见。

## ➤ 行业新闻

### 1、住建部发布《关于组织开展住房和城乡建设领域安全生产隐患大排查的紧急通知》

2019年5月23日，住建部发布《关于组织开展住房和城乡建设领域安全生产隐患大排查的紧急通知》，要求各地“不放过一座建筑、不遗漏一台设备”，……“从严从重从快坚决予以查处”。

工程项目参建各方，务必要对此次全国“大排查”行动足够重视，抓紧时间做好自查自检及整改工作，特别是“危大工程”安全管理。

5月23日起，住建部组织的建设领域安全生产隐患大排查已全面开展；6月1日起，2019年“安全生产月”活动也要启动！

### 2、国务院：重大产业项目优先规划布局在国家级经开区

5月28日，国务院发布《关于推进国家级经济技术开发区创新提升打造改革开放新高地的意见》。该意见提出，要赋予更大改革自主权。支持地方人民政府对有条件的国家级经开区开发建设主体进行资产重组、股权结构调整优化，引入民营资本和外国投资者，开发运营特色产业园等园区，并在准入、投融资、服务便利化等方面给予支持。积极支持符合条件的国家级经开区开发建设主体申请首次公开发行股票并上市。

### 3、我国将建立国土空间规划体系

自然资源部副部长赵龙5月27日在国新办新闻发布会上表示，我国将建立国土空间规划体系并监督实施，将主体功能区规划、土地利用规划、城乡规划等空间规划融合为统一的国土空间规划，实现“多规合一”。

#### 4、住房和城乡建设部办公厅关于组织开展全国建筑市场和工程质量安全监督检查的通知

住建部办公厅 2019 年 5 月发布关于组织开展全国建筑市场和工程质量安全监督检查的通知。通知指出，为全面落实党中央、国务院关于建筑业改革发展的决策部署，进一步规范建筑市场秩序，提升工程质量安全和建筑节能水平，决定在全国统筹开展建筑市场和工程质量安全监督检查。

#### 5、五方！建筑业“终身负责制”全覆盖！五方责任主体处罚细则！

2019 年 5 月 17 日住建部官网发布《住房和城乡建设部办公厅 国家发展改革委办公厅 关于征求房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法（征求意见稿）意见的函》。通知提出：工程总承包单位、工程总承包项目经理依法承担质量终身责任。工程总承包项目在永久性标牌、质量终身责任信息表中应当增加工程总承包单位及其项目经理信息。

为强化工程质量终身责任落实，住建部、发改委等发布了一系列政策文件，在建筑工程领域实施终身负责制。目前，终身负责制涉及建筑工程五方责任主体项目负责人（包括：建设单位项目负责人、勘察单位项目负责人、设计单位项目负责人、施工单位项目经理、监理单位总监理工程师），工程咨询单位及主持、参与该咨询业务的人员，工程总承包单位和项目经理的终身负责制正在征求意见。

从终身负责制的实施范围来看，涉及建设单位、勘察单位、设计单位、施工单位、监理单位、工程咨询单位、工程总承包单位及各单位相关责任人，即将实现建设领域各专业的“全覆盖”。

#### 6、国务院：关于推进国家级经济技术开发区创新 提升打造改革开放新高地的意见

5月28日，国务院发布《推进国家级经济技术开发区创新提升打造改革开放新高地的意见》，以下简称《意见》，将拓展利用外资方式，优化外商投资导向，赋予更大改革自主权。

## 7、财政部要求地方清理 PPP 项目，遏制隐性债务风险

财政部已于4月底给各地财政局下发《财政部办公厅关于梳理 PPP 项目增加地方政府隐性债务情况的通知》（财办金〔2019〕40号），发文的原因则是为了遏制假借 PPP 名义增加地方政府隐性债务风险，夯实 PPP 高质量发展基础。在40号文中，财政部对地方财政局提出了若干要求。此外，文件还附上了 PPP 项目增加地方政府隐性债务情况表，并要求对每个项目都提供是否认定为隐性债务的依据。此轮自查，需要在6月底前完成。

## ➤ 案例聚焦

### 建设工程施工合同无效，工程尚未竣工且未经验收的工程款结算问题

最高人民法院

(2015)民四终字第30号

肇东鹏程房地产开发有限责任公司、汇聚投资有限公司与江苏省苏中建设集团股份有限公司建设工程施工合同纠纷案

[案情]

原审原告、反诉被告：肇东鹏程房地产开发有限责任公司

原审原告：汇聚投资有限公司

原审被告、反诉原告：江苏省苏中建设集团股份有限公司

鹏程开发公司、汇聚投资公司向黑龙江省高级人民法院起诉称，2009年3月，鹏程开发公司与汇聚投资公司签订《联合建设开发协议书》，约定双方联合开发肇东市福和御园南区住宅小区（后改为翔龙城，以下简称翔龙城小区）商品房屋开发建设项目。2009年10月24日，鹏程开发公司与苏中建设公司签订了《建设工程施工合同》，约定苏中建设公司施工诉争工程。合同签订后苏中建设公司开始施工，鹏程开发公司支付工程款260万元。2010年5月24日，鹏程开发公司委托黑龙江省寒地建筑工程质量检测中心（以下简称寒地检测中心）对苏中建设公司施工的五栋楼的部分桩基础混凝土的抗压强度进行检测。2010年6月10日至17日，鹏程开发公司与苏中建设公司以函件形式解除合同。后鹏程开发公司与北京中建一局华江建设有限公司（以下简称中建一局公司）重新签订《建设工程施工合同》及《补充协议》。庭审过程中，根据苏中建设公司申请，黑龙江省高级人民法院委托黑龙江中和力得尔司法鉴定所（以下简称中和力得尔鉴定所）对诉争桩基础工程造价进行司法鉴定，2012年5月10日，鉴定机构出具《司法鉴定意见书》。鉴定意见：诉争五栋楼桩基础工程造价为4641600元。黑龙江省高级人民法院庭审时询问鹏程开发公司是否

申请对涉案工程质量问题进行鉴定，鹏程开发公司回答不需要其提出鉴定申请，现有证据足以证明涉案工程的桩基础存在质量问题。

### **[审判]**

黑龙江省高级人民法院于2014年12月23日作出(2013)黑民重字第2号民事判决，判决如下：一、苏中建设公司于本判决生效之日起30日内给付鹏程开发公司、汇聚投资公司损失费用1856640元及利息（自2010年6月15日起至本判决确定的给付之日止，按中国人民银行发布的同期同类贷款利率计算）；二、鹏程开发公司于本判决生效之日起30日内给付苏中建设公司工程款2041600元及利息（自2010年6月15日起至本判决确定的给付之日止，按中国人民银行发布的同期同类贷款利率计算）；三、驳回鹏程开发公司、汇聚投资公司的其他诉讼请求；四、驳回苏中建设公司的其他诉讼请求。如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。本诉案件受理费293910.82元，由鹏程开发公司、汇聚投资公司负担272401.06元，苏中建设公司负担21509.76元；保全费5000元，由鹏程开发公司、汇聚投资公司负担；反诉案件受理费31305.77元，由苏中建设公司负担8172.97元，由鹏程开发公司负担23132.80元；鉴定费30000元，由鹏程开发公司负担20000元，由苏中建设公司负担10000元。

### **[案例评析]**

在建设工程领域，对于商品房开发是否属于必须招投标项目，以及合同无效后的工程质量及款项结算尚有争议。本文根据一份最高法判例，拟对上述类似案件的争议焦点问题作如下分析。主要有：（一）涉案《建设工程施工合同》效力；（二）涉案工程质量认定；（三）发包方支付工程款的条件及损失承担。（四）施工合同无效，实际施工人能否获取工程造价中的利润。

**（一）涉案商品房是否属于必须招投标的项目，双方签订的《建设工程施工合同》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：（三）建设工程必须进行招标而未

招标或者中标无效的。”《招标投标法》第三条规定，在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目。《招标投标法实施条例》第三条规定，依法必须进行招标的工程建设项目的具体范围和规模标准，由国务院发展改革部门会同国务院有关部门制订，报国务院批准后公布施行。

中华人民共和国国家发展和改革委员会令（第3号）《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第三条第五项规定，关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围包括：商品住宅，包括经济适用住房。

第十条规定，省、自治区、直辖市人民政府根据实际情况，可以规定本地区必须进行招标的具体范围和规模标准，但不得缩小本规定确定的必须进行招标的范围。

实践中，对于商品房开发是否属于必须经招投标程序，部分法院还存在争议。在上述案例中，最高院认定了《工程建设项目招标范围和规模标准规定》的效力，进而明确商品房开发必须经招投标程序，未经招标程序签订的《建设工程施工合同》应系无效的结论，笔者也认同这一观点。《工程建设项目招标范围和规模标准规定》是发改委根据《招标投标法实施条例》第三条的授权制定，其内容与《招标投标法》有相同的法律效力；涉案工程系商品房开发的项目工程，符合上述《招标投标法》第三条，《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第三条、第十条的规定，属于关系公共利益、公众安全的公用事业，系必须进行招标的工程建设项目；因此，根据上述《建设工程解释》第一条之规定，涉案工程系商品房开发的项目，未经招投标而签订的《建设工程施工合同》应系无效。

## （二）关于涉案工程质量问题。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条规定：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。”

认定工程质量缺陷及其责任人，是一个技术性很强的专业性问题。《民事诉讼法》第七十六条规定：“人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当交由法定鉴定部门鉴定；没有法定鉴定部门的，由人民法院指定的鉴定部门鉴定。”最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》也对鉴定的申请、鉴定机构的确定、已有鉴定结论的重新鉴定以及鉴定书的内容要求等作了进一步的规定。在司法实践中，人民法院在案件审理中涉及到工程质量缺陷以及责任人或有关当事人的责任分担等专门性问题，一般都会通过指定司法鉴定机构通过鉴定的方式来确定质量是否存在问题及其责任分配。

在上述案例中，发包方承担了初步的举证责任后，法院并未据此认定涉案工程质量不合格，只认可了工程具有质量瑕疵。在此情形下，法院向发包方进行了释明，询问其是否申请委托司法鉴定机构对涉案工程进行鉴定。法院释明后，发包方坚持不申请鉴定，认为根据现有证据已能证明工程质量不合格，但法院对此并未采纳。

工程经竣工验收合格后，如无相反证据证明，可认定涉案工程质量合格。但在未竣工工程的工程款结算过程中，由于工程质量问题具有专业性很强的特性，且工程未经竣工验收，法院在审理类似案件时，一般会向发包方释明是否申请对工程的质量进行司法鉴定，如果发包方不愿意申请，根据上述法律规定，负有举证责任的当事人如不能提供充分的证据证明涉案工程质量不合格，应承担举证不利的后果。

而经过鉴定机构鉴定的工程，如无其他效力瑕疵（如鉴定资质，鉴定程序等问题），司法机关一般会采信鉴定机构依法作出的结论。对于司法实践中如何运用鉴定结论解决质量争议的赔偿问题，如果仅有质量鉴定报告，没有对于因质量问题需要返工、修复的费用评估，尚不能满足证明目的，质量问题鉴定只能解决质量是否合格的争议，要解决因质量问题发生的赔偿事宜必须由当事人进一步举证证明。因此，当事人在申请质量鉴定时要同时申请：“如存在质量问题，修复该缺陷的所需费用”，只有这样，才能彻底解决因质量争议及其返工修复费用。

另一方面，每一项工程建设往往涉及勘察、设计、施工、建设等多个部门，建设工程质量问题总与自然环境、施工条件、参与主体等各种因素相关。

在此情形下，法院将根据质量问题鉴定结论明确责任方，对各方当事人应承担的赔偿费用进行综合认定。在司法实践中，有的质量鉴定意见会对各方应承担的质量问题责任比例直接说明，法院一般会据此明确各方应承担的赔偿比例。

### （三）发包方支付工程款的条件及损失承担问题。

《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。”《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。”第三条规定：

“建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收不合格的，按照以下情形分别处理：（一）修复后的建设工程经竣工验收合格，发包人请求承包人承担修复费用的，应予支持；（二）修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。”因建设工程不合格造成的损失，发包人有过错的，也应承担相应的民事责任。

建设工程工程款的结算原则是尊重当事人之间的约定。无论是《合同法》对于合同无效后的处理，还是上述《建设工程解释》第2条规定所蕴含的理念内涵，都表明了建设工程施工合同无效且工程未经验收合格，承包人请求依据何标准支付工程价款的，一般应当参照合同约定支付工程款。

其次，由于涉案《建设工程施工合同》无效，根据上述《建设工程解释》第二条规定，发包方是否应支付工程款，需以施工方施工的工程质量是否合格为前提条件。举重以明轻，对于未经竣工验收的工程（其质量是否合格处于不确定状态），发包方是否支付工程款，也应参照上述解释第2条。如果诉争工程仅存在一定质量瑕疵问题，参照《建设工程解释》第3条的规定，施工方应承担修复责任，工程经修复验收合格后发包方支付工程款。

再次，对于无法通过返修消除质量缺陷，因此造成的损失（上述案例中基础工程的废弃）由谁承担的问题。根据上述《建设工程解释》第3条第2款之规定，解释先是在第3条第1款明确了承包人在工程不合格时应承担的责任，在第2款又结合发包人可能存在过错的实际情况予以补正。因此，对于司法实

践中认定工程的质量责任方问题，发、承包人应根据过错性质和程度对建设工程不合格造成的损失分别承担相应的责任。在本文的所述案例中，法院根据《合同法》第五十八条之规定，按照双方对合同无效、工程质量存在的问题及无法通过修复消除质量缺陷等应负有的过错，按过错比例进行了判决。另外，在本案中，发包方按照《合同法》第九十七条、第一百一十三条规定的有效合同解除的法律后果诉请损失赔偿，最高院认定其上诉主张的可得利润损失 4200 万元，不属于无效合同损失范围，对其该主张不予支持，笔者也认同这一观点。

#### （四）施工合同无效，实际施工人能否获取工程造价中的利润。

根据建设部、财政部《建筑安装工程费用项目组成》，建筑安装工程费用项目按费用构成要素组成划分为人工费、材料费、施工机具使用费、企业管理费、利润、规费和税金。

无效建设工程施工合同中的工程价款如何确定，是司法实践中争议焦点问题之一。《建设工程解释》出台前，法院一般根据《合同法》第 58 条之规定，适用折价补偿原则来确定工程价款。关于利润是否计取在各地法院亦判决不一。一种观点认为，根据《建设工程解释》第四条之规定，承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。因此，实际施工人只能取得其实际支出的工程成本的折价费用，而不能取得利润，否则实际施工人可以因无效合同获益，无效合同与有效合同的结果没有任何区别，法律的严肃性将会荡然无存，等于变相鼓励纵容违法承揽工程这一现象，（2015）苏民终字第 00541 号判决书支持了该观点。

另一种观点认为，折价补偿应当包括实际施工人为建设工程所支出的所有实际费用，其价值就是建设工程的整体价值，也即建设工程的完整造价。如果合同无效后承包人只能主张合同约定的价款中的直接费和间接费，则承包人融进建筑工程产品当中的利润及税金就被发包人获得。发包人依据无效合同取得了承包人应当得到的利润，这与无效合同的处理原则不符合，违背了等价有偿原则。工程质量是建设工程的生命线，建筑物的质量标准应当高于建设工程施

工合同的效力。建设工程的价款，不应当因为合同有效无效而作区分，而应当看合同系争工程是否验收合格，只要验收合格，就应当按照有效合同支付工程款。北京市高院《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》第17条规定，建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格，当事人任何一方依据《解释》第2条的规定要求参照合同约定支付工程折价补偿款的，应予支持。承包人要求发包人按中国人民银行同期贷款利率支付欠付工程款利息的，应予支持。发包人以合同无效为由要求扣除工程折价补偿款中所含利润的，不予支持。

合同无效取决于国家对已经成立的合同的态度和评价，系国家对合同关系的干预。工程合同的利润是指承包人完成所承包工程依法可获得的盈利，该盈利是基于当事人获取的合法收益；合同无效，这部分利益当然不应计取。人民法院在裁判此类案件时，可依据《建设工程解释》第4条之规定，对该利润部分依法予以收缴，维护建设工程市场秩序的同时，发包人也不因无效合同取得承包人应当得到的利润，从而破坏等价有偿原则。但是，无论是北京高院的意见，还是最高院的裁判案例（（2016）最高法民申1755号），当前司法实践对于合同无效的利润计取，倾向于支持上述第二种观点，亦即发包人以合同无效为由要求扣除工程折价补偿款中所含利润的，不予支持。

### 结语

建设工程施工合同无效、工程尚未竣工且未经验收的，承包人请求支付工程价款，应以涉案工程质量是否合格为前提，参照合同约定支付，对于无法通过修复消除质量缺陷所造成的损失，按照双方对合同无效、工程质量存在的问题等应负有的过错比例承担相应的责任，发包人要求扣减工程造价中所含利润的，不予支持。

## ➤ 实务 Q&A

【说明】以下为近期服务律师接到的具有代表性、被咨询的次数较多的问题。不定期汇总如下：

### **Q：工期顺延如何认定？**

A：因发包人拖欠工程预付款、进度款、迟延提供施工图纸、场地及原材料、变更设计等行为导致工程延误，合同明确约定顺延工期应当经发包人签证确认，经审查承包人虽未取得工期顺延的签证确认，但其举证证明在合同约定的办理期限内向发包人主张过工期顺延，或者发包人的上述行为确实严重影响施工进度的，对承包人顺延相应工期的主张，可予支持。

### **Q：发包人以工程质量不符合合同约定为由，要求承包人承担修复费用的，如何处理？**

A：因承包人原因致使工程质量不符合合同约定，承包人拒绝修复、在合理期限内不能修复或者发包人有正当理由拒绝承包人修复，发包人另行委托他人修复后要求承包人承担合理修复费用的，应予支持。

发包人未通知承包人或无正当理由拒绝由承包人修复，并另行委托他人修复的，承包人承担的修复费用以由其自行修复所需的合理费用为限。

### **Q：如何认定承包人对建设工程质量缺陷存在过错**

A：承包人具有下列情形之一的，应当认定其对建设工程质量缺陷存在过错：

(1) 承包人明知发包人提供的设计图纸、指令存在问题或者在施工过程中发现问题，而没有及时提出意见和建议并继续施工的；

(2) 承包人对发包人提供或指定购买的建筑材料、建筑构配件、设备等没有进行必要的检验或经检验不合格仍然使用的；

(3)对发包人提出的违反法律法规和建筑工程质量、安全标准，降低工程质量的要求，承包人不予拒绝而进行施工的。

前述情形下，因工程质量存在缺陷造成第三人损失的，由发包人与承包人承担连带责任。

**Q：当事人申请对工程造价进行鉴定的，如何处理？**

A：当事人对工程价款存在争议，既未达成结算协议，也无法采取其他方式确定工程款的，法院可以根据当事人的申请委托有司法鉴定资质的工程造价鉴定机构对工程造价进行鉴定；当事人双方均不申请鉴定的，法院应当予以释明，经释明后对鉴定事项负有举证责任的一方仍不申请鉴定的，应承担举证不能的不利后果。

鉴定过程中，一方当事人无正当理由在规定期限内拒绝提交鉴定材料或拒不配合，导致鉴定无法进行，经法院释明不利后果后其仍拒绝提交或拒不配合的，应承担举证不能的不利后果。

承包人要求支付工程款，发包人主张工程质量不符合合同约定给其造成损害的，应按以下情形分别处理：

【附录：《政府投资条例》2018年12月5日国务院第33次常务会议通过，于2019年5月5日公布，自2019年7月1日起施行】

## 政府投资条例

### 第一章 总 则

**第一条** 为了充分发挥政府投资作用，提高政府投资效益，规范政府投资行为，激发社会投资活力，制定本条例。

**第二条** 本条例所称政府投资，是指在中国境内使用预算安排的资金进行固定资产投资建设活动，包括新建、扩建、改建、技术改造等。

**第三条** 政府投资资金应当投向市场不能有效配置资源的社会公益服务、公共基础设施、农业农村、生态环境保护、重大科技进步、社会管理、国家安全等公共领域的项目，以非经营性项目为主。

国家完善有关政策措施，发挥政府投资资金的引导和带动作用，鼓励社会资金投向前款规定的领域。

国家建立政府投资范围定期评估调整机制，不断优化政府投资方向和结构。

**第四条** 政府投资应当遵循科学决策、规范管理、注重绩效、公开透明的原则。

**第五条** 政府投资应当与经济社会发展水平和财政收支状况相适应。

国家加强对政府投资资金的预算约束。政府及其有关部门不得违法违规举借债务筹措政府投资资金。

**第六条** 政府投资资金按项目安排，以直接投资方式为主；对确需支持的经营性项目，主要采取资本金注入方式，也可以适当采取投资补助、贷款贴息等方式。

安排政府投资资金，应当符合推进中央与地方财政事权和支出责任划分改革的有关要求，并平等对待各类投资主体，不得设置歧视性条件。

国家通过建立项目库等方式，加强对使用政府投资资金项目的储备。

**第七条** 国务院投资主管部门依照本条例和国务院的规定，履行政府投资综合管理职责。国务院其他有关部门依照本条例和国务院规定的职责分工，履行相应的政府投资管理职责。

县级以上地方人民政府投资主管部门和其他有关部门依照本条例和本级人民政府规定的职责分工，履行相应的政府投资管理职责。

## 第二章 政府投资决策

**第八条** 县级以上人民政府应当根据国民经济和社会发展规划、中期财政规划和国家宏观调控政策，结合财政收支状况，统筹安排使用政府投资资金的项目，规范使用各类政府投资资金。

**第九条** 政府采取直接投资方式、资本金注入方式投资的项目（以下统称政府投资项目），项目单位应当编制项目建议书、可行性研究报告、初步设计，按照政府投资管理权限和规定的程序，报投资主管部门或者其他有关部门审批。项目单位应当加强政府投资项目的前期工作，保证前期工作的深度达到规定的要求，并对项目建议书、可行性研究报告、初步设计以及依法应当附具的其他文件的真实性负责。

**第十条** 除涉及国家秘密的项目外，投资主管部门和其他有关部门应当通过投资项目在线审批监管平台（以下简称在线平台），使用在线平台生成的项目代码办理政府投资项目审批手续。

投资主管部门和其他有关部门应当通过在线平台列明与政府投资有关的规划、产业政策等，公开政府投资项目审批的办理流程、办理时限等，并为项目单位提供相关咨询服务。

**第十一条** 投资主管部门或者其他有关部门应当根据国民经济和社会发展规划、相关领域专项规划、产业政策等，从下列方面对政府投资项目进行审查，作出是否批准的决定：

- (一) 项目建议书提出的项目建设的必要性；
- (二) 可行性研究报告分析的项目的技术经济可行性、社会效益以及项目资金等主要建设条件的落实情况；
- (三) 初步设计及其提出的投资概算是否符合可行性研究报告批复以及国家有关标准和规范的要求；
- (四) 依照法律、行政法规和国家有关规定应当审查的其他事项。

投资主管部门或者其他有关部门对政府投资项目不予批准的，应当书面通知项目单位并说明理由。

对经济社会发展、社会公众利益有重大影响或者投资规模较大的政府投资项目，投资主管部门或者其他有关部门应当在中介服务机构评估、公众参与、专家评议、风险评估的基础上作出是否批准的决定。

**第十二条** 经投资主管部门或者其他有关部门核定的投资概算是控制政府投资项目总投资的依据。

初步设计提出的投资概算超过经批准的可行性研究报告提出的投资估算 10% 的，项目单位应当向投资主管部门或者其他有关部门报告，投资主管部门或者其他有关部门可以要求项目单位重新报送可行性研究报告。

**第十三条** 对下列政府投资项目，可以按照国家有关规定简化需要报批的文件和审批程序：

- (一) 相关规划中已经明确的项目；
- (二) 部分扩建、改建项目；
- (三) 建设内容单一、投资规模较小、技术方案简单的项目；
- (四) 为应对自然灾害、事故灾难、公共卫生事件、社会安全事件等突发事件需要紧急建设的项目。

前款第三项所列项目的具体范围，由国务院投资主管部门会同国务院其他有关部门规定。

**第十四条** 采取投资补助、贷款贴息等方式安排政府投资资金的，项目单位应当按照国家有关规定办理手续。

### 第三章 政府投资年度计划

**第十五条** 国务院投资主管部门对其负责安排的政府投资编制政府投资年度计划，国务院其他有关部门对其负责安排的本行业、本领域的政府投资编制政府投资年度计划。

县级以上地方人民政府有关部门按照本级人民政府的规定，编制政府投资年度计划。

**第十六条** 政府投资年度计划应当明确项目名称、建设内容及规模、建设工期、项目总投资、年度投资额及资金来源等事项。

**第十七条** 列入政府投资年度计划的项目应当符合下列条件：

- (一) 采取直接投资方式、资本金注入方式的，可行性研究报告已经批准或者投资概算已经核定；
- (二) 采取投资补助、贷款贴息等方式的，已经按照国家有关规定办理手续；
- (三) 县级以上人民政府有关部门规定的其他条件。

**第十八条** 政府投资年度计划应当和本级预算相衔接。

**第十九条** 财政部门应当根据经批准的预算，按照法律、行政法规和国库管理的有关规定，及时、足额办理政府投资资金拨付。

#### 第四章 政府投资项目实施

**第二十条** 政府投资项目开工建设，应当符合本条例和有关法律、行政法规规定的建设条件；不符合规定的建设条件的，不得开工建设。

国务院规定应当审批开工报告的重大政府投资项目，按照规定办理开工报告审批手续后方可开工建设。

**第二十一条** 政府投资项目应当按照投资主管部门或者其他有关部门批准的建设地点、建设规模和建设内容实施；拟变更建设地点或者拟对建设规模、建设内容等作较大变更的，应当按照规定的程序报原审批部门审批。

**第二十二条** 政府投资项目所需资金应当按照国家有关规定确保落实到位。  
政府投资项目不得由施工单位垫资建设。

**第二十三条** 政府投资项目建设投资原则上不得超过经核定的投资概算。

因国家政策调整、价格上涨、地质条件发生重大变化等原因确需增加投资概算的，项目单位应当提出调整方案及资金来源，按照规定的程序报原初步设计审批部门或者投资概算核定部门核定；涉及预算调整或者调剂的，依照有关预算的法律、行政法规和国家有关规定办理。

**第二十四条** 政府投资项目应当按照国家有关规定合理确定并严格执行建设工期，任何单位和个人不得非法干预。

**第二十五条** 政府投资项目建成后，应当按照国家有关规定进行竣工验收，并在竣工验收合格后及时办理竣工财务决算。

政府投资项目结余的财政资金，应当按照国家有关规定缴回国库。

**第二十六条** 投资主管部门或者其他有关部门应当按照国家有关规定选择有代表性的已建成政府投资项目，委托中介服务机构对所选项目进行后评价。后评价应当根据项目建成后的实际效果，对项目审批和实施进行全面评价并提出明确意见。

## 第五章 监督管理

**第二十七条** 投资主管部门和依法对政府投资项目负有监督管理职责的其他部门应当采取在线监测、现场核查等方式，加强对政府投资项目实施情况的监督检查。

项目单位应当通过在线平台如实报送政府投资项目开工建设、建设进度、竣工的基本信息。

**第二十八条** 投资主管部门和依法对政府投资项目负有监督管理职责的其他部门应当建立政府投资项目信息共享机制，通过在线平台实现信息共享。

**第二十九条** 项目单位应当按照国家有关规定加强政府投资项目档案管理，将项目审批和实施过程中的有关文件、资料存档备查。

**第三十条** 政府投资年度计划、政府投资项目审批和实施以及监督检查的信息应当依法公开。

**第三十一条** 政府投资项目的绩效管理、建设工程质量管理、安全生产管理等事项，依照有关法律、行政法规和国家有关规定执行。

## 第六章 法律责任

**第三十二条** 有下列情形之一的，责令改正，对负有责任的领导人员和直接责任人员依法给予处分：

- (一) 超越审批权限审批政府投资项目；
- (二) 对不符合规定的政府投资项目予以批准；
- (三) 未按照规定核定或者调整政府投资项目的投资概算；
- (四) 为不符合规定的项目安排投资补助、贷款贴息等政府投资资金；
- (五) 履行政府投资管理职责中其他玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊的情形。

**第三十三条** 有下列情形之一的，依照有关预算的法律、行政法规和国家有关规定追究法律责任：

- (一) 政府及其有关部门违法违规举借债务筹措政府投资资金；
- (二) 未按照规定及时、足额办理政府投资资金拨付；
- (三) 转移、侵占、挪用政府投资资金。

**第三十四条** 项目单位有下列情形之一的，责令改正，根据具体情况，暂停、停止拨付资金或者收回已拨付的资金，暂停或者停止建设活动，对负有责任的领导人员和直接责任人员依法给予处分：

- (一) 未经批准或者不符合规定的建设条件开工建设政府投资项目；
- (二) 弄虚作假骗取政府投资项目审批或者投资补助、贷款贴息等政府投资资金；
- (三) 未经批准变更政府投资项目的建设地点或者对建设规模、建设内容等作较大变更；
- (四) 擅自增加投资概算；
- (五) 要求施工单位对政府投资项目垫资建设；

(六) 无正当理由不实施或者不按照建设工期实施已批准的政府投资项目。

**第三十五条** 项目单位未按照规定将政府投资项目审批和实施过程中的有关文件、资料存档备查，或者转移、隐匿、篡改、毁弃项目有关文件、资料的，责令改正，对负有责任的领导人员和直接责任人员依法给予处分。

第三十六条 违反本条例规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

## 第七章 附 则

第三十七条 国防科技工业领域政府投资的管理办法，由国务院国防科技工业管理部门根据本条例规定的原则另行制定。

第三十八条 中国人民解放军和中国人民武装警察部队的固定资产投资管理，按照中央军事委员会的规定执行。

第三十九条 本条例自 2019 年 7 月 1 日起施行。

