

建筑企业民事法律风险防范

湖南省湘诚建设集团有限公司
2023年4月



01

合同订立阶段的法律风险防范



02

施工合同无效的法律风险防范

03

转包与挂靠的法律风险防范

04

施工期间的法律风险防范

05

工程索赔中的法律风险防范

06

工程结算中的法律风险防范

01

施工合同订立阶段的 法律风险防范





03.施工合同订立阶段的法律风险防范

(1) 忽视对工程量的精确预算

(2) 对合同条款审查不严

03.施工合同订立阶段的法律风险防范

(1) 忽视对工程量的精确预算

案例：

长沙某建筑公司承包了一个土建项目，单价为2000元/平方米，承包人当时觉得应当有点利润，但最后亏了很多，原因是签合同的时候没有工程量清单，而在实际履行过程中，发包人指定材料品牌等，导致建设成本大大增加，却没有签证。

除此之外，还要**特别注意挂靠情况下对施工合同的审查**，因为承包人会认为反正是挂靠人自担风险，所以基本不会对施工合同的条款予以审核，都是实际施工人在主导，如果合同约定的价格过低，实际施工人中途退场，承包人将处于两难的处境。

03.施工合同订立阶段的法律风险防范

(2) 对合同条款审查不严

案例：

《湖南省建设工程人工工资单价》明确规定发包单位与承包单位签定施工承包合同时，其工资单价不得低于发布的当地最低工资单价，但施工合同约定的下浮后的人工工资低于最低工资单价。

虽然法院最后认定施工合同约定的人工工资标准无效，应按照最低工资单价计算，但同时认为承包人在知晓最低人工工资标准的情况下，为了承包涉案工程而假意签署人工工资下浮的合同条款，给发包人造成错误的合同预期，故法院最后从司法鉴定确定工程款数额之日起算逾期付款利息。

01

施工合同无效的法律 风险防范



合同无效的主要情形

(1) 承包单位没有施工资质或者超越资质等级

(2) 必须招标而不招标

(3) 中标无效

(4) 借用资质承揽工程——挂靠

(1) 承包单位没有施工资质或者超越资质等级

《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(一)》(法释〔2020〕25号)

第一条 建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依照民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：(一) 承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级的；……



01 施工合同无效的法律风险防范

(1) 承包单位没有施工资质或者超越资质等级

《建筑业企业资质标准》（征求意见稿）：施工总承包资质设有分为2个等级（甲级、乙级）；

施工总承包乙级资质可承担下列建筑工程的施工：建筑面积15万平方米以下的建筑工程、单项建安合同额1.5亿元以下的建筑工程等。



01 施工合同无效的法律风险防范

(2) 必须招标而不招标

《中华人民共和国招标投标法》

第三条 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；
- (二) 全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；
- (三) 使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。

Tips：特别注意审核项目用途和资金来源



01 施工合同无效的法律风险防范

(2) 必须招标而不招标

《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》（发改法规规〔2018〕843号）

第二条 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，必须招标的具体范围包括：

- （一）能源基础设施项目；
- （二）交通运输基础设施项目；
- （三）通信基础设施项目；
- （四）水利基础设施项目；
- （五）城市轨道交通等城建项目。



01 施工合同无效的法律风险防范

(2) 必须招标而不招标

《必须招标的工程项目规定》（ 国家发改委2018年第16号令 ）

第二条 全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目包括：

（一）使用预算资金200万元人民币以上，并且该资金占投资额10%以上的项目；

（二）使用国有企业事业单位资金，并且该资金占控股或者主导地位的项目。



01 施工合同无效的法律风险防范

(2) 必须招标而不招标

《必须招标的工程项目规定》（国家发改委2018年第16号令）

第五条 本规定第二条至第四条规定范围内的项目，其勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购达到下列标准之一的，必须招标：

- （一）施工单项合同估算价在400万元人民币以上；
- （二）重要设备、材料等货物的采购，单项合同估算价在200万元人民币以上；
- （三）勘察、设计、监理等服务的采购，单项合同估算价在100万元人民币以上。



01 施工合同无效的法律风险防范

(3) 中标无效

违反招标投标法规定，如串标、围标、先定后招等



01 施工合同无效的法律风险防范

(4) 借用资质承揽工程——挂靠

《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（一）》（法释〔2020〕25号）

第一条 建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：（二）**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；……**

（2019）最高法民申1861号：被挂靠人与发包人之间的**合同效力要根据发包人是否为善意相对人来确定**。如果发包人是善意的，并不知晓挂靠关系，则合同有效。

Tips：主要以挂靠人与发包人洽谈时的自称身份（是否有授权书或其他证明身份的材料且向发包人出示）来判断发包人是否为善意。



01 施工合同无效的法律风险防范

无效合同所带来的法律后果及防范：

(1) 如工程验收合格的，也只能参照无效合同中的工程价款支付条款主张工程款，奖励机制无效

签订合同时**认真审核计价、结算、付款方式、付款节点等条款**

(2) 发包人可以随时要求承包人退场

及时保留每个阶段的施工资料，特别是隐蔽工程的资料

(3) 合同关于发包人的违约条款无效

加强中间结算，在每次进度款申请表中对发包人此前的违约责任进行结算

(4) “黑白合同” 选择权丧失

白合同的签订过程中也要进行足够的审查和注意

01

转包与挂靠的法律风险防范





转包与挂靠的共同表现形式



(1) 项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人等项目**主要管理人员并非承包人工作人员** (与承包人没有订立劳动合同、承包人没有缴纳社保) 。

(2) **主要建筑材料、构配件及工程设备** 并非由承包人采购、租赁。

(3) 承包人与实际施工人约定由实际施工人**自筹资金**、自行组织施工、自主经营、**自负盈亏**。

(4) 施工合同主体之间**没有工程款收付关系**，或者承包人收到款项后又将款项转拨给其他单位和个人。

转包与挂靠的区别

《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》第八条：存在下列情形之一的，应当认定为转包，但有证据证明属于挂靠或者其他违法行为的除外：……

如何区分转包和挂靠

实际施工人招投标前是否已入场

实际施工人是否支付了前期资金

实际施工人控制工程施工资料的程度

实际施工人是否参与与发包人的缔约磋商

现金流量表

如投标保证金、履约保证金、
银行履约保函所需资金等



(1) 转包与挂靠的共同法律风险

1) 实际施工人随时可能退场

案例：

2015年3月，北京某建筑公司承包了某住宅精装修工程后，将该工程转包给上海某劳务公司。上海某劳务公司施工至2015年11月中途退场。后，承包人另找人继续施工。工程完工后，业主方以超付工程款为由起诉承包人，法院判决承包人承担因上海某劳务公司施工不符合约定等非甲方原因造成的不当增加费用130余万元。该判决生效后，承包人另行起诉要求上海某劳务公司承担上述130余万元的不当增加费用。

法院认为，承包人作为专业分包方，违法将工程转包给上海某劳务公司，存在过错，故判决承包人自行承担损失的50%。



(1) 转包与挂靠的共同法律风险

2) 对实际施工人的违约条款无效

3) 对工程质量承担连带责任

《建筑法》第六十七条：承包单位对因**转包**工程或者违法分包的工程不符合规定的质量标准造成的损失，与接受转包或者分包的单位承担连带赔偿责任。

《建设工程司法解释》第七条：缺乏资质的单位或者个人**借用**有资质的建筑施工企业名义签订建设工程施工合同，发包人请求出借方与借用方对建设工程质量不合格等因出借资质造成的损失承担连带赔偿责任的，人民法院应予支持。



(1) 转包与挂靠的共同法律风险

4) 对项目安全责任事故承担连带责任

《人身损害赔偿司法解释》第十一条：雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应该与雇主承担连带赔偿责任。

5) 印章管理不当而对外承担偿还借款、材料款、工程款等责任

实际施工人利用印章对外从事的行为主要有：第一，建筑材料、设施的买卖和租赁行为；第二，将工程层层分包甚至转包；第三，借贷行为。

（1）转包与挂靠的共同法律风险

长沙法院裁判思路：

- 1）**项目部印章**。只要项目部印章为企业刻制持有，就应当确认合同的责任主体为建筑企业；
- 2）**技术章、材料收讫章和资料专用章**。不具有对外效力，但其构成**表见代理**的除外。（重要事实如合同相对人实际向项目提供了材料、进行了施工，或者建筑企业向合同相对人付过款且未能合理说明）；
- 3）**私刻的印章**。除非合同相对人有充分证据证明行为人的行为构成**表见代理**，否则公司不应当承担任。

(2) 转包与挂靠的不同法律后果

常见情形分析	转包	挂靠
与发包人的合同效力	有效	主动权在发包人
向发包人主张工程款	可以	主动权在发包人
向实际施工人付款	发包人应向承包人付款	主动权在发包人
结算主体	两份合同单独结算	发包人与挂靠人
扣减发包人代付款	条件严格	只需挂靠人认可
获得两份合同的差价	可能性大 (转包差价)	可能性小 (管理费)

Tips : 关于管理费差价收取, 需重点做到对项目的监督管理并对管理成本留痕



(2) 转包与挂靠的不同法律后果

案例：

2017年8月9日，陈某挂在湖南某建筑公司承包了湖南某开发公司的精装修工程，《施工合同》明确约定工程款应支付至承包人项目专用账户。但在实际履行过程中，发包人并未将工程款支付至承包人指定的账户，而是直接支付至陈某或其指定的收款人。工程完工后，承包人起诉要求发包人支付工程款。

法院认为：虽然发包人未按《施工合同》的约定将款项支付至承包人的账户，但请求付款的主体陈某为有权获得工程款的实际施工人，其请款单上也载明系收取工程款，故并不因此改变已支付相应工程款的事实，应计入发包人的已付款项。

02.转包与挂靠的法律风险防范

【防范提示】

(1) 强化对实际施工人的管理，及时收集、保留每个阶段的**施工资料**，要求严格按照规范施工，避免出现工期延误、质量不合格、安全责任事故等情形，也有利于保留实际施工人退场时已完成工程量的证据；

(2) 强化项目部**印章管理**，项目部对外订立合同须向公司备案，防范印章滥用，也有利于及时掌握项目对外债权债务情况；

(3) 强化**财务管理**，项目付款时应明确款项用途并提供付款依据，向非合同相对方付款应由实际施工人出具委托付款函；

02.转包与挂靠的法律风险防范

【防范提示】

(4) 强化对**项目材料、设备的管理**，严进严出，要求供货商将材料送达工地交货，并由公司派驻的工作人员负责签收，重要材料的进场必须出示合同副本；

(5) 及时**保留管理成本支出的证据**，并加强中间结算，例如在每次进度款申请表中对实际施工人此前的违约责任进行结算；

(6) 将转包工程分解为劳务分包和设备材料委托采购；

02.转包与挂靠的法律风险防范

【防范提示】

(7) **关于签证**，可以与实际施工人约定经业主方同意纳入结算后才予以计价

合同条款可约定如下：“若在施工中发生签证事由时，实际施工人可以承包人名义报建设单位审批。经建设单位同意的签证纳入结算；若建设单位拒绝有关签证的要求，则承包人对实际施工人亦无需支付任何补偿。”

02.转包与挂靠的法律风险防范

【防范提示】

(8) **关于工程款支付**，可以与实际施工人约定在收到业主方的付款后才有付款义务

合同条款可约定如下：“若建设单位延迟付款给承包人，则承包人亦相应延迟付款给实际施工人。若承包人能追索建设单位延迟付款赔偿，则承包人按相应比例(扣除合同约定的管理费及税金之后)向实际施工人支付延迟付款的补偿；若承包人未能获取延迟付款赔偿，则承包人对实际施工人亦无需支付任何补偿。”

02.转包与挂靠的法律风险防范

【防范提示】

(9) **关于结算**，应注意先“下”后“上”的顺序

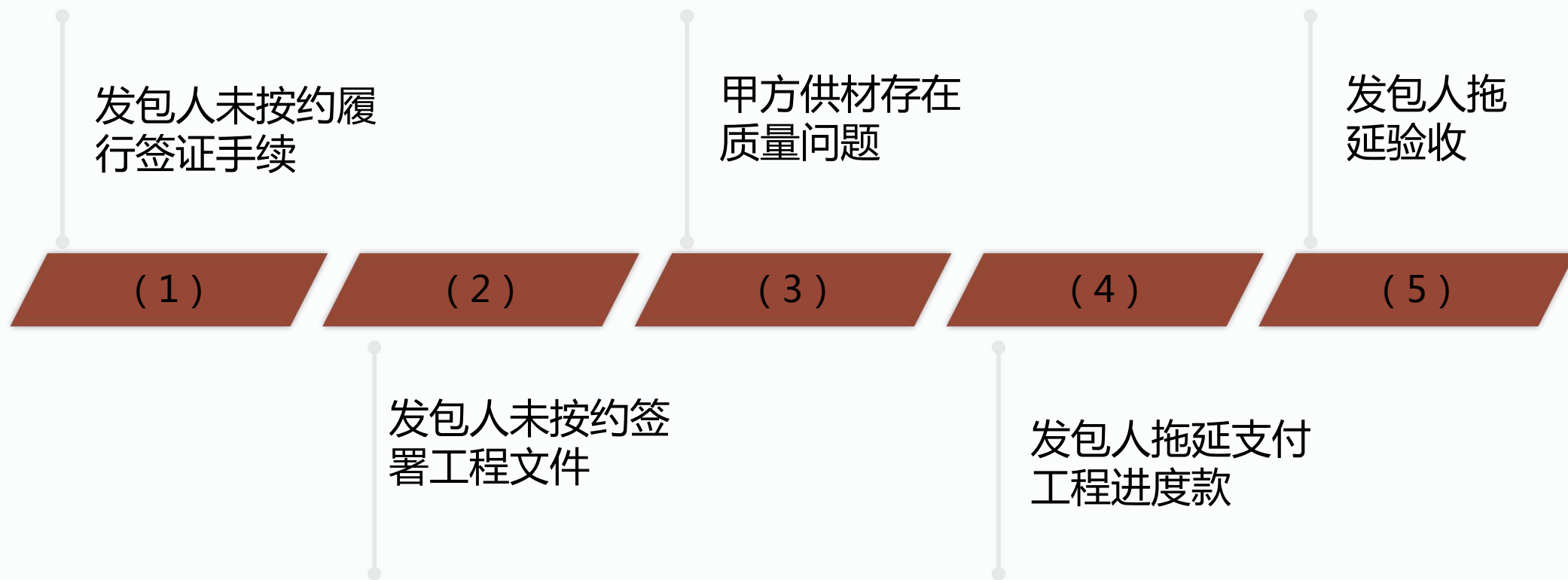
先与实际施工人办理结算，再与建设单位进行结算。在挂靠的情况下则可以让实际施工人以承包人的名义与发包人进行结算。

01

施工期间的法律 风险防范



04.施工期间的法律风险防范



(1) 发包人未按 约履行签证手续

签证事由：

- 1) 业主未提交图纸、场地等开工条件
- 2) 工程地质条件发生变化
- 3) 设计变更
- 4) 工程量变更
- 5) 业主指令工程加速
- 6) 业主变更施工顺序
- 7) 不可抗力因素
- 8) 业主未及时支付工程款
- 9) 物价上涨
- 10) 政策、法律的变更

(1) 发包人未按
约履行签证手续

工程名称:

编号

建设单位		设计单位	现场具体情况而定
分(项)部工程	基础工程	施工单位	司
主要内容	基础超深		

增加工作量如下：（计算式及简图见附件）

1、 淤泥开挖：307.962m³；

2、 挖机打木桩，每根长 3m，共 31 根；

3、 砂石垫层振实：4.83 m³；

4、 C20 砼垫层：5.035 m³；

5、 钢筋○16:0.364t

○22:0.423t

○25:0.852t

○10:0.143t

○8:0.109t

6、 C30 砼 7.122 m³；

7、 淤泥外运：307.962 m³；

8、 土方回填：289.728 m³；

以上工作量请监理单位，业主现场确认

施工单位: (项目章)

项目负责人: 日期:

监理审核意见:

监理单位: (章)

总监理工程师: 日期:

业主审核意见:

建设单位: (章)

现场代表: 日期:

(1) 发包人未按约履行签证手续

【防范提示】

- 1) 对于发包人的口头承诺尤其涉及数额较大的变更，应有**签证意识**，事先签下书面凭据或者事后督促书面确认；
- 2) 注重保留**通信证据**，如果是通过微信、快递等方式确认的，应注重保留手机、快递单等原始载体；

(1) 发包人未按约履行签证手续

【防范提示】

3) 承包人要及时保留已完成的**变更工程的施工资料**，隐蔽工程还应做好影像资料的留存

主要施工资料：招投标文件、工程合同及附件、业主认可的施工组织设计、工程施工图纸、技术规范等；工程各项有关设计交底记录、变更图纸、变更指令等；工程各项经业主或者工程师签认的签证；工程各项往来的信件、指令、信函、通知、答复等；工程各项会议纪要；施工计划及现场实施情况记录。

(2) 发包人未按约签署工程文件

【防范提示】

1) 充分理解并运用通用条款中的有利约定

《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201）：

11.价格调整 承包人应在采购材料前将采购数量和新的材料单价报发包人核对，发包人确认用于工程时，发包人应确认采购材料的数量和单价。发包人在收到承包人报送的确认资料后**5天内不予答复的视为认可**，作为调整合同价格的依据。

12.3.3/12.3.4 除专用合同条款另有约定外，**监理人未在收到承包人提交的工程量报表后的7天内完成审核的**，承包人报送的工程量报告中的工程量视为承包人实际完成的工程量，据此计算工程价款。

2) 及时保留向发包人送达相关文件的证据

(3) 甲方供材存在质量问题

1) 承包人负有检验责任

案例：

2017年10月，湖南某建筑公司承包了长沙一住宅建设工程项目（1.5亿元），合同约定混凝土供应采取甲指乙供的方式进行，但混凝土的检验和交货验收事宜均由承包人负责，并由承包人对未能检测出问题的设备材料承担一切直接和间接损失。在承包人完成了大部分主体工程后，经检测发现混凝土存在严重质量问题，发包人遂起诉承包人要求其与其与供应商连带承担延期竣工违约金、加固设计费用、加固检测费用2000余万元。

《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201）：

8.4.1 发包人供应材料与工程设备的保管与使用 发包人供应的材料和工程设备使用前，由承包人负责检验，检验费用由发包人承担，不合格的不得使用。

(3) 甲方供材存在质量问题

2) 承包人事后难以证明自己无过错

案例：

2013年1月，贵州某建筑公司承包了某项目的人工挖孔灌注桩工程，约定混凝土由发包人提供，承包人只负责施工。2015年2月，经长沙市建设工程质量监督站委托第三方检测，承包人施工的基桩中存在**严重离析和嵌固差**的质量问题。

法院认为，因造成该质量问题的原因既有可能是原材料混凝土的质量不合格，**也有可能是浇筑、振捣的劳务施工问题**，但双方此前均未申请对上述质量问题产生的原因进行鉴定，致使现在无法准确查清原因，对此承包人存在过错，故判决其承担了50%的责任。

(3) 甲方供材存在质量问题

【防范提示】

- 1) 在使用甲供材时，**承包人应该把好建筑材料检验关**，对不合格建筑材料坚决拒绝使用。
- 2) 在发现质量问题后，及时保留证据，通知发包人、材料供应商、监理方等主体对出现**质量问题的原因进行确认**。

(4) 发包人拖延支付工程进度款

【防范提示】

1) 充分理解并运用通用条款中的有利约定

《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201）：

12.4.4 进度款审核和支付 除专用合同条款另有约定外，监理人应在收到承包人进度付款申请单以及相关资料后7天内完成审查并报送发包人，**发包人应在收到后7天内完成审批**并签发进度款支付证书。发包人逾期未完成审批且未提出异议的，视为已签发进度款支付证书。

2) **加强进度结算**，例如基础结算、主体结算、装修结算等，确保及时提交竣工结算报告

(4) 发包人拖延支付工程进度款

【防范提示】

3) **加强过程控制**，根据合同的付款节点，保留发包人在每个节点应付款的证据，充分利用施工例会会议纪要、工程师指令、往来函件、设计院的文件等所有与计价有关文件，保存相关证据；

4) 运用法律赋予的先履行抗辩权、不安抗辩权和合同解除权，以停工或解除合同为谈判筹码（注意合同是否有不能停工条款）。

(5) 发包人拖延验收

【防范提示】

1) 充分理解并运用通用条款中的有利约定

13.2.3 竣工日期 因发包人原因，未在监理人收到承包人提交的竣工验收申请报告**42天内完成竣工验收**，或完成竣工验收不予签发工程接收证书的，以提交竣工验收申请报告的日期为实际竣工日期；工程未经竣工验收，**发包人擅自使用的**，以转移占有工程之日为实际竣工日期。

2) 及时保留发包人擅自使用的证据

(2019) 最高法民申3393号：发包方将施工方未经验收的工程自行组织施工、交给第三人继续施工、进行装修施工，均构成擅自使用。

01

工程结算中的 法律风险防范



01

工程索赔中的法律风险防范





(1)

索赔依据不足



(2)

损失证据不足



(3)

对指定分包单位
的索赔意识不强



(4)

被反索赔风险

(1) 索赔依据不足

业主原因导致索赔的主要情形

- 1) 迟延交付施工现场
- 2) 迟延交付图纸
- 3) 迟延支付预付款、进度款
- 4) 指定分包商违约或延误
- 5) 迟延中间验收、隐蔽工程验收
- 6) 工程师指令错误
- 7) 工程量的变更和增加
- 8) 暂停施工或变更施工顺序

承包人索赔的主要依据

- 1) 合同约定的工程总进度计划
- 2) 双方认可的详细进度计划
- 3) 双方认可的月、季进度实施计划
- 4) 与工期相关的会谈纪要、来往函件、确认信
- 5) 施工日志、气象资料
- 6) 业主或工程师的变更指令
- 7) 相关图纸

（2）关于损失的证据不足

（3）对指定分包单位的索赔意识不强

案例：

某建筑公司承包了工程项目，其中部分工程由发包人指定其他公司分包。由于各单体工程工期延误情况较为严重，发包人要求承包人赔偿工期延误损失。承包人提出是因为指定分包项目的施工及提交工程技术资料迟缓等影响工期，但其提交的证据不足以证明其上述主张，而且《总承包合同》也约定由承包人负责所有分包项目的施工管理、施工协调配合等，故**法院最终认定某建筑公司对分包项目影响工期负有管理不力的责任，对工期延误应承担责任的。**

（4）被反索赔风险

06. 工程索赔中的法律风险防范

【防范提示】

1) 充分理解并运用通用条款中的有利约定及规避不利约定

19.2 对承包人索赔的处理 发包人应在监理人收到索赔报告或有关索赔的进一步证明材料后的**28天内**，由监理人向承包人出具经发包人签认的索赔处理结果。发包人逾期答复的，则视为认可承包人的索赔要求。

19.5 提出索赔的期限 (1) 承包人**接收竣工付款证书**后，应被视为已无权再提出在工程接收证书颁发前所发生的任何索赔；(2) 承包人提出索赔的期限自**接受最终结清证书**时终止。

19.4 对发包人索赔的处理 **承包人应在收到索赔报告或有关索赔的进一步证明材料后28天内**，将索赔处理结果答复发包人。如果承包人未在上述期限内作出答复的，则视为对发包人索赔要求的认可。

06 工程索赔中的法律风险防范

【防范提示】

2) 指定分包单位出现质量问题、工期问题、影响现场施工进度等违约时，承包人应**积极向指定分包单位索赔，并及时保留相关证据**。对于指定分包单位索赔涉及费用和事实的认定应由建设单位确定。

3) 注意保存施工过程中**与工期有关的各类证据（如合同、会议纪要、补充协议等涉及工期缩短或延长的内容）**、及时办理有效签证。

4) 保留停工期间工资、材料、机械租赁费等的凭证（但因注意合理性和及时减少损害赔偿的原则）。



对建筑施工企业建立法律风险防御体系的总体建议

对建筑施工企业建立法律风险防御体系的总体建议

5.策略性运用法律武器，
及时行使诉权和优先权

4. 注重法律专业人员的
全过程参与

3.加强签证和索赔的管理，
从施工过程中扭转中标合
同的不利地位

2.建立严密的文件签
发、流转和保管制度，
确保施工记录的完整，
证据的保存

1.建立完备的合同签订、交底、
履行管理制度，确保签约和履
约的质量

05.工程结算中的法律风险防范

(1) 施工资料不完整、
不准确导致鉴定难度大



(2) 发包人拖延竣工
结算

(3) 发包人以不具备
支付条件为由拒付

(4) 资金“走账”的
法律风险

(6) 发包人以工程存
在质量问题不支付尾款

(5) 未及时主张建设工
程价款优先受偿权

(1) 施工资料不完整、不准确导致鉴定难度大

案例：

2015年3月，湖南某建筑公司承包了某主体工程，2017年5月通过竣工验收并交付。后承包人称将相关竣工验收资料提交给甲方，但未保留有关签收的证据材料。甲方一直未完成结算审计，亦未支付剩余工程款，且不认可收到了承包人提交的竣工验收资料。

【防范提示】

- 1) 施工过程中**妥善保管施工资料**；工程竣工后，及时编制竣工结算报告及竣工结算资料，装订成册后按期向建设单位提交。
- 2) 保存反映提交资料构成的**签收记录或者邮寄凭证**。
- 3) 在向建设单位提交竣工结算资料的同时，**自己保留备份**。

(2) 发包人拖延竣工结算

案例：

2016年2月，湖南某建筑公司承包了一土建项目。工程竣工验收合格后，承包人于2017年9月向建设单位提交了结算资料（2100万元）。2018年1月，建设单位向承包人提出了结算资料存在的问题。承包人诉至法院后，法院根据发包人的申请对工程造价进行了鉴定，鉴定结论为1608万元。

法院认为，发包人在2017年10月收到竣工结算书后未在双方合同约定的期限内进行竣工结算审核，也未向承包人书面发函要求其补充提交缺失的资料，故认为**承包人于2017年10月向发包人送达的竣工结算书可以作为结算依据**。

(2) 发包人拖延竣工结算

【防范提示】

1) 充分理解并运用通用条款中的有利约定

《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201）：

14.2 竣工结算审核 发包人在收到承包人提交竣工结算申请书后**28天内未完成审批且未提出异议的**，视为发包人认可承包人提交的竣工结算申请单，并自发包人收到承包人提交的竣工结算申请单后第29天起视为已签发竣工付款证书。

2) 及时保留向发包人送达相关文件的证据

(3) 发包人以不具备支付条件为由拒付

案例：

2017年3月，湖南某建筑公司承包了一土建项目。《施工合同书》约定，每次付款前，承包人须提供等额度的建安工程增值税专用发票，否则发包人有权相应顺延付款且不承担违约责任。2018年9月，因发包人资金链断裂，项目全面停工。后，承包人起诉解除施工合同并要求发包人支付工程款。

法院认为，由于承包人并未提供充分证据证明，其已向发包人提供了未付款发票，故**发包人有权不向承包人支付工程款**，承包人在提供发票后可依法另行主张权利。

(3) 发包人以不具备支付条件为由拒付

长沙法院关于承包人未开具发票的裁判思路：

在施工合同没有明确约定的情况下，承包人开具发票的义务系合同的**从给付义务**，该从给付义务与建设工程施工合同中发包人支付工程款这一主给付义务之间并不能形成相应的对价、牵连关系，因此，发包人对不开具发票的行为不享有同时履行抗辩权而不支付工程款。但如施工合同中双方约定，发包人支付工程款以承包人先行开具发票为条件，则应**从其约定**。

(4) 资金“走账”的法律风险

案例：

2013年10月，湖南某建筑公司承包了一建安工程项目，工程价款暂定2.15亿元，工程顺利完工后，双方结算价为2.13亿元。发包人向承包人支付的款项达2.2亿元，但承包人将其中1.4亿元支付给了与承包人没有合同关系的某建材公司。承包人主张上述1.4亿元款项系按发包人要求“走账”，并未实际收取，但承包人仅提供了发包人的财务人员要求支付部分款项的微信聊天记录。

(4) 资金“走账”的法律风险

最高人民法院裁判思路：

在发包人将银行贷款以工程款名义直接从发包人账户内支付至承包人时，即便承包人未实际使用该款项，**发包人已完成相应的工程款支付义务**。该行为实际上已消灭了发包人与承包人之间因工程款而产生的相应债权债务关系。在承包人收到发包人以走账名义支付的款项后，承包人将款项另行转给发包人或发包人指定的第三人，**实际上是在承包人与发包人之间产生了其他新的债权债务关系**。承包人与发包人以银行贷款走账，并以未收到足额工程款为由主张优先权的，**其主张不能得到支持**。

(4) 资金“走账”的法律风险

【防范提示】

1) 对于发包人提出的配合“走账”要求，原则上**应予拒绝**，尤其是当发包人为了避税或套取银行贷款的目的时，避免陷入共同犯罪的陷阱。

2) 如经过慎重考虑基于各种原因确需办理“走账”手续的，应当**形成书面文件**，明确工程款真实支付情况，账户款项往来的事由及性质，避免在诉讼中出现工程款支付金额争议。

(5) 未及时主张建设工程价款优先受偿权

案例：

2013年3月，湖南某建筑公司承包了某高速公路工程。2015年5月工程竣工后，一直未向发包人主张建设工程价款优先受偿权，甚至到了2019年起诉发包人主张工程价款时也未提出优先受偿权主张。直到2021年发包人被多个债权人申请执行准备处置该高速公路收费权时，该承包人才起诉主张优先受偿权，最后被法院驳回。

(5) 未及时主张建设工程价款优先受偿权

【防范提示】

1) **行使期限**。《建设工程司法解释》第四十一条：承包人应当在**合理期限**内行使建设工程价款优先受偿权，但**最长不得超过十八个月**，自发包人应当给付建设工程价款之日起算；

2) **行使方式**。《民法典》第八百零七条：发包人逾期不支付价款的，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以**与发包人协议将该工程折价**，也可以请求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。

(6) 发包人以工程存在质量问题不支付尾款

1) 出现质量问题的原因难判断

案例：

2013年11月，长沙某建筑公司承包了一工业厂房工程。工程交付使用后，厂房屋顶存在漏水、吊车梁倾斜等质量问题，酿成纠纷。经法院委托第三方对工程施工质量相关问题进行检测，认为：厂房吊车梁节点安装、屋面彩钢板均**不符合设计及施工验收规范要求**，整改需110万余元。最后，由于本案中并无充分证据证明导致质量问题的原因，法院根据公平原则，酌情认定承包人应承担修复费用50万元。

(6) 发包人以工程存在质量问题不支付尾款

2) 整改费用不合理

案例：

2015年10月，长沙某建筑公司承包了某住宅项目工程。2017年12月，该住宅项目经竣工验收合格，2019年8月，双方进行工程结算确认发包人尚欠工程价款（**质保金**）**450余万元未付**。发包人认为未付质保金属已发生的维修费用应予扣除，承包人认为已发生的维修费与实际不符。后**经法院委托鉴定，案涉工程的修缮费用为90余元**。

(6) 发包人以工程存在质量问题不支付尾款

【防范提示】

1) 接到建设单位的维修通知后，**及时会同监理单位查看质量问题，核实原因**，记录拍照，并出具维修方案报监理单位批准。

2) **如非施工原因所致**，应及时将查看结果告知建设单位，并向建设单位报送维修方案及维修费清单。

3) 如双方对出现质量问题的原因存在争议，**可要求建设单位委托第三方进行评估**。

4) 在原因存在争议的情况下，**告知建设单位如委托第三方进行维修的费用高于承包人报价的，应当经得承包人同意**。

5) **充分理解并运用通用条款中的有利约定**

15.3.3 质量保证金的退还 发包人在接到承包人返还保证金**申请后14天内不予答复，经催告后14天内仍不予答复**，视同认可承包人的返还保证金申请。



感谢各位观看