

建设工程施工合同法律实务

张海鹏博士

教师 · 律师 · 注会

中国 · 重庆

张海鹏博士 | 学校企业法财税统筹行家
教师·律师·注会 | 教育·财税·合同·并购



张海鹏博士 | 学校企业法财税统筹行家
教师·律师·注会 | 教育·财税·合同·并购



法财税“一体化”服务
一站式解决法税问题

张海鹏博士 | 学校企业法财税统筹行家
教师·律师·注会 | 教育·财税·合同·并购



建设工程施工合同案件数量



张海鹏博士
教师·律师·注会

学校企业法财税统筹行家
教育·财税·合同·并购



建设工程施工合同法律问题

目录

CONTENT

01

合同的性质

02

合同的效力

03

价款与损失

04

质量与工期

05

鉴定

01

合同的性质

内部资料，禁止外传

一、合同的性质

(一) 定性

张海鹏博士 | 学校企业法财税统筹行家
教师·律师·注会 | 教育·财税·合同·并购

(一) 定性：特殊的承揽合同

(1) 《合同法》F269：建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。包括工程勘察、设计、施工合同。

(2) 《合同法》F287：“本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定。”

一、合同的性质

(二) 范围

(二) 范围

2011年《民事案件案由规定》

100. 建设工程合同纠纷

- (1) 建设工程勘察合同纠纷
- (2) 建设工程设计合同纠纷
- (3) 建设工程施工合同纠纷
- (4) 建设工程价款优先受偿权纠纷
- (5) 建设工程分包合同纠纷
- (6) 建设工程监理合同纠纷
- (7) 装饰装修合同纠纷
- (8) 铁路修建合同纠纷
- (9) 农村建房施工合同纠纷

一、合同的性质

(二) 范围

张海鹏博士 | 学校企业法财税统筹行家
教师·律师·注会 | 教育·财税·合同·并购

(二) 范围

- 《建筑法》F2：本法所称建筑活动，是指各类**房屋建筑及其附属设施**的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动。
- 《建设工程质量管理条例》F2：本条例所称建设工程，是指**土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程**。

一、合同的性质

(二) 范围

(二) 范围

2011年《民事案件案由规定》

100. 建设工程合同纠纷

- (1) 建设工程勘察合同纠纷
- (2) 建设工程设计合同纠纷
- (3) 建设工程施工合同纠纷
- (4) 建设工程价款优先受偿权纠纷
- (5) 建设工程分包合同纠纷
- (6) 建设工程监理合同纠纷
- (7) 装饰装修合同纠纷
- (8) 铁路修建合同纠纷
- (9) 农村建房施工合同纠纷

一、合同的性质

(三) 区分

(三) 区分

1. 建设工程施工合同与劳务合同

(云桥建设公司、陈瑞福建设工程分包合同纠纷案)

2. 建设工程施工合同与承揽合同

(酒店门窗安装案)

3. 建设工程施工合同与买卖合同

(人防工程通风设备合同案)

(四) 意义

1. 管辖法院——不动产所在地

《民诉法司法解释》第二十八条 民事诉讼法第三十三条第一项规定的不动产纠纷是指因不动产的权利确认、分割、相邻关系等引起的物权纠纷。

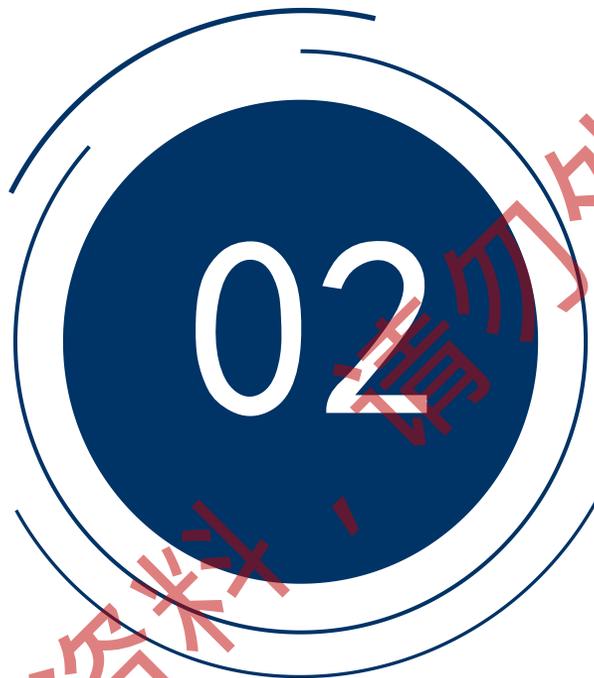
农村土地承包经营合同纠纷、房屋租赁合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、政策性房屋买卖合同纠纷，按照不动产纠纷确定管辖。

不动产已登记的，以不动产登记簿记载的所在地为不动产所在地；不动产未登记的，以不动产实际所在地为不动产所在地。

2. 合同效力

3. 请求权基础

4. 诉讼请求



内部资料，请勿外传

合同的效力

二、合同的效力 (一) 重要性

张海鹏博士 | 学校企业法财税统筹行家
教师·律师·注会 | 教育·财税·合同·并购

案例

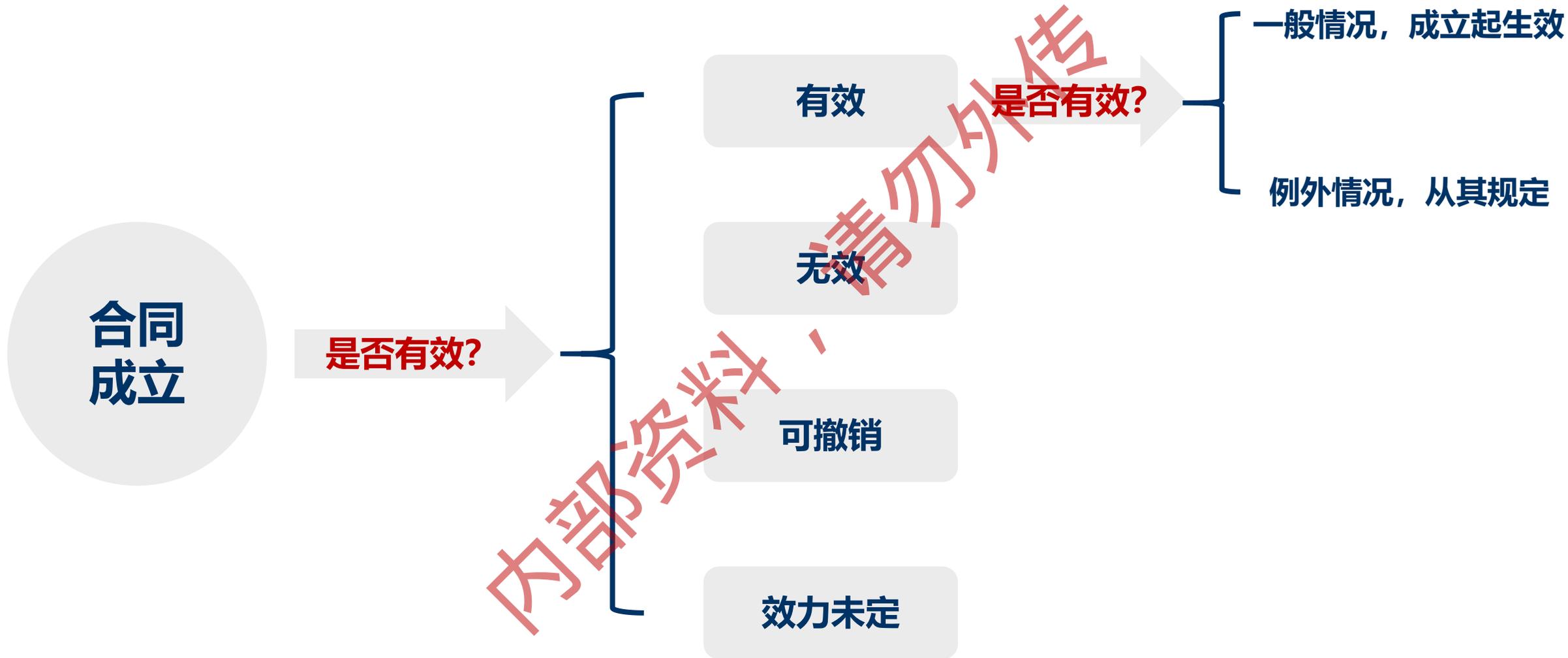
1. 法院角度：主动审查、必须审查

《民事诉讼证据规定》F35 “诉讼过程中，当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的，不受本规定第三十四条规定的限制，人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。”

2. 当事人角度：应基于自己对合同效力的判断，提出相应诉讼请求或抗辩。**例:如果法院对合同效力作出不同认定，则诉讼请求或抗辩相应调整为:.....**

二、合同的效力 (二) 合同效力体系

张海鹏博士 | 学校企业法财税统筹行家
教师·律师·注会 | 教育·财税·合同·并购



1. 无效情形

(1) 《民法总则》

 无民事行为能力人实施的法律行为。（《总则》144）

 **虚假表示行为。**（隐藏行为不一定无效）（《总则》146）（案例：以房抵工程款）

 违背公序良俗的民事法律行为。（《总则》153）

 行为人与相对人恶意串通，**损害他人合法权益**的民事法律行为。（《总则》154）

 违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为（该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外）（《总则》153）

二、合同的效力 (三) 合同无效

张海鹏博士 | 学校企业法财税统筹行家
教师·律师·注会 | 教育·财税·合同·并购

(2) 《建设工程施工合同司法解释一》

- ① 承包人**未取得**建筑施工企业资质;
- ② 承包人**超越**资质等级; (注:**竣工前**取得相应资质, 可以有效《建一》F5)
- ③ 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;
- ④ 建设工程必须进行招标而未招标的;
- ⑤ 中标无效的;
- ⑥ 承包人**非法**转包建设工程;
- ⑦ 承包人违法分包建设工程;

二、合同的效力

(三) 合同无效

张海鹏博士 | 学校企业法财税统筹行家
教师·律师·注会 | 教育·财税·合同·并购

(3) 《建设工程施工合同司法解释二》

第二条 当事人以发包人未取得**建设工程规划许可证等**规划审批手续为由，请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院应予支持，但发包人在**起诉前**取得建设工程规划许可证等规划审批手续的除外。

发包人能够办理审批手续而未办理，并以未办理审批手续为由请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院不予支持。

A. 建筑工程施工企业资质与合同效力

(一) 分类标准

2015年实施的住建部《建筑业企业资质标准》分三部分：

1. 施工总承包企业资质：等级标准包括12个类别，一般分为四个等级：特级、一级、二级、三级)；——**总包资质**

例如：建筑工程施工总承包企业资质分为特级、一级、二级、三级。还有公路工程\铁路工程施工总承包企业类别的资质等级标准等。

2. 专业承包企业资质：等级标准包括36个类别，一般分为三个等级（一级、二级、三级）——**专包资质**

3. 劳务分包企业资质：不分类别与等级。最新的施工劳务企业资质标准中只对企业资产和企业主要人员进行了要求，且获得施工劳务资质的企业可以承担各类施工劳务作业。——

劳包资质

A. 建筑工程施工企业资质与合同效力

(二) 承包人未取得建筑工程企业资质

1. 没有任何工程施工资质

- 任何个人均没有资质
- 分公司一般没有资质，需要总公司的资质
- 大多数装修公司没有资质
- 大多数劳务公司没有资质

2. 只有公路工程、铁路工程等其他建筑业企业资质

内部资料，请勿外传

A. 建筑工程施工企业资质与合同效力

(三) 承包人超越资质等级的

例如二级资质可承担下列建筑工程的施工：

(1) 高度100米以下的工业、民用建筑工程。

注：如果二级资质的承包人签订的建设工程施工合同标的物为高度130米的民用建筑，则属于超越资质等级，该合同无效。

例外：在建设工程**竣工前**取得相应资质等级，当事人请求按照无效合同处理的，不予支持。建一F5

A. 建筑工程施工企业资质与合同效力

(四) 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

1. 实际施工人: 无效合同中实际干活的人, 以区别有效合同中的施工人存在情形: 借用资质/违法分包/转包3种。

2. 借用: 表现形式多为挂靠。

挂靠是指单位或个人以其他有资质的施工单位的名义, 承揽工程的行为。包括参与投标、订立合同、办理有关施工手续、从事施工等活动。《查处办法》F10

(1) 挂靠类型: 1) 从无到有 2) 从低到高 (注: 从高到低, 平等之间, 也是挂靠, 但并不无效。因为本身有资质) 3) 从分到总

(2) 挂靠形式

有资质的建筑施工企业通过名义上的联营、合作、内部承包等其他方式变相允许他人以本企业的名义承揽工程。

A. 建筑工程施工企业资质与合同效力

(五) 无需资质的施工合同

《建筑法》F83:

“省、自治区、直辖市人民政府确定的小型房屋建筑工程的建筑活动，参照本法执行。抢险救灾及其他临时性房屋建筑和农民自建低层住宅的建筑活动，不适用本法。”

注：《村庄和集镇规划建设管理条例》第21条、第23条规定，农民兴建两层（不含两层）以上住宅必须由取得相应资格证书的单位进行设计或选用通用设计、标准设计，除修缮房屋以外的施工必须由取得相应资格证书的单位或工匠承担。

在盖房过程中受伤了，算不算工伤？

注：家庭住宅室内装饰装修合同

B. 招投标与合同效力

(一) 必须进行招标项目

《招标投标法》F3

- (1) 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；
- (2) 全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；
- (3) 使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。

2018年《必须招标的工程项目规定》

- (1) F2: 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:
 - 1) 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；
 - 2) 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。

B.招投标与合同效力

(一) 必须进行招标项目

F5: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。

F4:不属于本规定第二条、第三条规定情形的大型基础设施、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由国务院发展改革部门会同国务院有关部门按照**确有必要、严格限定**的原则制订，报国务院批准。

《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 不属于《必须招标的工程项目规定》第二条、第三条规定情形的大型基础设施、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）煤炭、石油、天然气、电力、**新能源**等**能源**基础设施项目；
- （二）铁路、公路、管道、水运，以及公共航空和A1级通用机场等**交通**运输基础设施项目；
- （三）电信枢纽、通信信息网络等**通信**基础设施项目；
- （四）防洪、灌溉、排涝、引（供）水等**水利**基础设施项目；
- （五）城市轨道交通等**城建**项目。

B.招投标与合同效力

(二) 中标无效情形

1. 必须招标项目——**招标人**

F52招标人:向他人透露已获取招标文件的潜在投标人的名称、数量或者可能影响公平竞争的有关招标投标的其他情况的,或者泄露标底影响中标结果的。

F55:招标人:与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判的,行为影响中标结果的。

F57:在所有投标被评标委员会否决后自行确定中标人的。

F57: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。

B.招投标与合同效力

(二) 中标无效情形

2. 所有招标项目——**投标人**

F53: 投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的，投标人以向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标的

F54 投标人以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标

3. **招标代理机构**

F50: 泄露应当保密的与招标投标活动有关的情况和资料的，或者与招标人、投标人串通损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益影响中标结果。

C.转包分包与合同效力

(一) 承包人非法转包建设工程

1.转包定义:《建设工程质量管理条例》F78

(1) 转包:是指承包单位承包建设工程后,不履行合同约定的责任和义务,将其承包的全部建设工程转给他人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转给其他单位承包的行为。

(2) 视同转包:分包工程发包人将工程分包后,未在施工现场设立项目管理机构和派驻相应人员,并未对该工程的施工活动进行组织管理的。(2019《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》F13)

C.转包分包与合同效力

(一) 承包人非法转包建设工程

2.转包情形

《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》第八条规定的八种转包情形

注1：施工单位将其承包的全部工程转给其子公司施工的，属于转包行为；

注2：转给其分公司施工的，属于内部承包，不属于转包行为。

3.合作、联营与转包的区分

- (1) 合作、联营人以自身身份或联合体身份参与施工；
- (2) 合作、联营人具有实施该工程的资质。

C.转包分包与合同效力

(一) 承包人非法转包建设工程

4.内部承包与转包的区分

(1) 内部承包定义:施工合同的承包人将其承包的全部或部分工程交由其下属的分支机构或在册的项目经理等企业职工个人承包施工, 承包人对工程施工过程及质量进行管理对外承担施工合同权利义务的行为;

(2) 条件:

A内部承包人是建筑企业分支机构或职工;

B建筑企业对进度、质量、安全进行实际管理;

C建筑企业对外承担责任。

(3) 效力:有效

(4) 内部承包与转包区别

A内部承包的承包人:为本单位内部人(分支机构或职工), 现场主要管理人员与施工单位之间有劳动关系

B转包的承包人:为本单位外的其他人。

C.转包分包与合同效力

(二) 承包人非法分包建设工程

1.分包定义:

2019《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》F4:施工分包,是指建筑业企业将其所承包的房屋建筑和市政基础设施工程中的专业工程或者劳务作业发包给其他建筑业企业完成的活动。

2.分类:F5 专业工程分包和劳务作业分包。

(1) 专业工程分包:

指施工总承包企业将其所承包工程中的专业工程发包给具有相应资质的其他建筑业企业完成的活动。

(2) 劳务作业分包:

指施工总承包企业或者专业承包企业将其承包工程中的劳务作业发包给劳务分包企业完成的活动。

C.转包分包与合同效力

(二) 承包人非法分包建设工程

3.劳务作业分包合同有效要件

- (1) 承包人取得劳务分包企业资质；
- (2) 分包作业的范围是建设工程中的劳务作业：（包括木工、砌筑、抹灰、石制作、油漆、钢筋、混凝土、脚手架、模板、焊接、水暖、钣金、架线13种）；
- (3) 承包方式为提供劳务及小型机具和辅料。俗称“清包”

注：“扩大劳务分包”是指合同约定劳务作业承包人负责与工程有关的大型机械、周转性材料租赁和主要材料、设备采购等。这属于违法分包。——实质的专业工程分包。

4.违法分包定义

指施工单位承包工程后违反法律法规规定或者施工合同关于工程分包的约定，把单位工程或部分项工程分包给其他单位或个人施工的行为。

5.违法分包情形：《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》规定的6种情形。

二、合同的效力 (三) 合同无效

张海鹏博士 | 学校企业法财税统筹行家
教师·律师·注会 | 教育·财税·合同·并购

4.无效的效力

(1) 《合同法》58 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。（《民法总则》F157）

(2) 《建设工程施工合同司法解释一》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。

①参照的含义；②参照的主体；③参照的范围

二、合同的效力 (三) 合同无效

张海鹏博士 | 学校企业法财税统筹行家
教师·律师·注会 | 教育·财税·合同·并购

4.无效的效力

(3) 《建设工程施工合同司法解释二》第三条 建设工程施工合同无效，一方当事人请求对方赔偿损失的，应当就对方过错、损失大小、过错与损失之间的因果关系承担举证责任。

损失大小无法确定，一方当事人请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小的，人民法院可以结合双方过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素作出裁判。

4.无效的效力

(4) 《建设工程施工合同司法解释一》第二十六条 实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。

实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院**可以**追加**转包人或者违法分包人**为本案当事人。发包人**只在欠付工程价款范围内**对实际施工人承担责任。

(5) 《建设工程施工合同司法解释二》第二十四条 实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，**在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后**，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。

(6) 《建设工程施工合同司法解释二》第二十五条 实际施工人根据合同法第七十三条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权，对其造成损害为由，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。

二、合同的效力 (三) 合同无效

张海鹏博士 | 学校企业法财税统筹行家
教师·律师·注会 | 教育·财税·合同·并购

4.无效的效力

(6) 《建设工程施工合同司法解释二》第四条 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。

二、合同的效力

(三) 合同无效

张海鹏博士 | 学校企业法财税统筹行家
教师·律师·注会 | 教育·财税·合同·并购

5.黑白合同

《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》（2001年6月1日）第四十七条招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起30日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同；招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。**订立书面合同后7日内，中标人应当将合同送县级以上工程所在地的建设行政主管部门备案。**

《建设工程施工合同司法解释一》第二十一条 当事人就同一建设工程另行订立的建设工程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**作为结算工程价款的根据。

二、合同的效力

(三) 合同无效

张海鹏博士 | 学校企业法财税统筹行家
教师·律师·注会 | 教育·财税·合同·并购

5.黑白合同

《住房和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》（2018年9月28日）：**五、删去第四十七条第一款中的“订立书面合同后7日内，中标人应当将合同送工程所在地的县级以上地方人民政府建设行政主管部门备案”。**

《房屋建筑和市政基础设施工程施工招标投标管理办法》（2008年9月28日）第四十七条
招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起30日内，按照招标文件和中标人的投标文件
订立书面合同；招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。**订立书面
合同后7日内，中标人应当将合同送县级以上工程所在地的建设行政主管部门备案。**

二、合同的效力 (三) 合同无效

张海鹏博士 | 学校企业法财税统筹行家
教师·律师·注会 | 教育·财税·合同·并购

5.黑白合同

《建设工程施工合同司法解释二》

第一条 招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。

招标人和中标人在中标合同之外就明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设单位捐赠财物等另行签订合同，变相降低工程价款，一方当事人以该合同背离中标合同实质性内容为由请求确认无效的，人民法院应予支持。

● 建设工程施工合同审查

概览 **任务** 文档 收藏夹

共11个任务组, 20个任务, 17个任务附件

✓ 01 主体审查 3个任务

审查主体合法性 6 1

审查资信状况 6 0

审查签约代表的代理权限 0 0

✓ 02 项目审查 1个任务

审查项目立项及手续情况 8 5

○ 审查主体合法性

01 主体审查

重点审查发包人是否具有发包工程的权利, 还有审查是否有遗漏有履行发包义务的主体, 从而保障合同的有效和最大程度得到履行。

可通过以下渠道搜索、查询:

1. 启信宝: <https://www.qixin.com/>
2. 企查查: <https://www.qichacha.com/>
3. 天眼查: <https://www.tianyancha.com/>
4. 国家企业信用信息公示系统: <http://www.gsxt.gov.cn/index.html>
5. 全国组织机构代码统一社会信用代码公示查询平台:
<http://www.cods.org.cn/portal/publish/index.html>
6. 各地工商行政管理局网站

📄 指引-“审查主体合法性”检查.docx 16.18 KB

☰ 检查项 0/6

- 审查发包人工商信息是否属实
- 审查发包人是否是项目业主
- 审查发包人是否是有权发包人
- 审查发包人是否是土地使用权的权利主体
- 审查是否有未列为发包人的合作方, 如有合作开发, 要求提供合作开发协议)
- 审查发包人注册资本实缴与否

● 建设工程施工合同纠纷办案要点



概览

任务

文档

收藏夹

共9个任务组, 29个任务, 4个任务附件

任务组收展

✓ 01 审查当事人诉讼主体资格 | 5个任务

1.01 发包方是否为适格主体

≡ 4 0 0

1.02 承包方是否为适格主体

≡ 5 0 0

1.03 发、承包双方之间是否存在合法的发、承包关系

≡ 3 0 0

1.04 原告是否为实际施工人

≡ 7 0 0

1.05 是否存在联合承包情况

≡ 3 0 0

内部资料，请勿外传

03

价款与损失

内部资料，请勿外传

三、合同的效力

(一) 价款结算

张海鹏博士 | 学校企业法财税统筹行家
教师·律师·注会 | 教育·财税·合同·并购

《建设工程施工合同司法解释二》

第十二条 当事人在诉讼前已经对建设工程价款结算达成协议，诉讼中一方当事人申请对工程造价进行鉴定的，人民法院不予准许。

第十一条 当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同结算建设工程价款的，人民法院应予支持。
实际履行的合同难以确定，当事人请求参照最后签订的合同结算建设工程价款的，人民法院应予支持。

三、合同的效力 (一) 价款结算

张海鹏博士 | 学校企业法财税统筹行家
教师·律师·注会 | 教育·财税·合同·并购

审计意见与合同结算

最高人民法院关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确认的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何适用法律问题的电话答复意见

2001民一他字第2号

河南省高级人民法院:

你院“关于建设工程承包合同案件中双方当事人已确认的工程决算价款与审计部门审计的工程决算价款不一致时如何适用法律问题的请示”收悉。经研究认为,审计是国家对建设单位的一种行政监督,不顾响建设单位与承建单位的合同效力。建设工程承包合同案件应以当事人的约定作为法院判决的依据。只有在合同明确约定以审计结论作为结算依据或者合同约定不明确、合同约定无效的情况下,才能将审计结论作为判决的依据

三、合同的效力 (二) 优先受偿权

张海鹏博士 | 学校企业法财税统筹行家
教师·律师·注会 | 教育·财税·合同·并购

《合同法》第二百八十六条 发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，**承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请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。**

《建设工程施工合同司法解释》第十七条 与发包人订立建设工程施工合同的承包人，根据合同法第二百八十六条规定请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

《建设工程施工合同司法解释》第十八条 装饰装修工程的承包人，请求装饰装修工程价款就该装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持，**但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人的除外。**

《建设工程施工合同司法解释》第十九条 建设工程质量合格，承包人请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

三、合同的效力 (二) 优先受偿权

第二十条 **未竣工的建设工程质量合格**，承包人请求其承建工程的价款就其承建工程部分折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

第二十一条 承包人建设工程价款优先受偿的范围依照国务院有关行政主管部门**关于建设工程价款范围的规定**确定。

承包人就逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等主张优先受偿的，人民法院不予支持。

第二十二条 承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，自发包人**应当给付建设工程价款之日**起算。

第二十三条 发包人与承包人约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权，损害建筑工人利益，发包人根据该约定主张承包人不享有建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持。

04

质量与工期

内部资料，请勿外传

四、质量与工期

(一) 质量

张海鹏博士 | 学校企业法财税统筹行家
教师·律师·注会 | 教育·财税·合同·并购

《建设工程施工合同司法解释二》

第八条 有下列情形之一，承包人请求发包人返还**工程质量保证金**的，人民法院应予支持：

- (一) 当事人约定的工程质量保证金返还期限届满。
- (二) 当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自建设工程**通过竣工验收之日起满二年**。
- (三) 因发包人原因建设工程未按约定期限进行竣工验收的，自**承包人提交工程竣工验收报告九十日后**起当事人约定的工程质量保证金返还期限届满；当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自**承包人提交工程竣工验收报告九十日后起满二年**。

发包人返还工程质量保证金后，不影响承包人根据合同约定或者法律规定履行工程保修义务。

1. 开工日期

《司法解释二》第五条 当事人对建设工程开工日期有争议的，人民法院应当分别按照以下情形予以认定：

(一) 开工日期为**发包人或者监理人**发出的开工通知载明的开工日期；开工通知发出后，尚不具备开工条件的，**以开工条件具备**的时间为开工日期；因承包人原因导致开工时间推迟的，**以开工通知载明**的时间为开工日期。

(二) 承包人经发包人同意已经实际进场施工的，**以实际进场施工时间**为开工日期。

(三) 发包人或者监理人未发出开工通知，亦无相关证据证明实际开工日期的，**应当综合考虑开工报告、合同、施工许可证、竣工验收报告或者竣工验收备案表等载明的时间**，并结合是否具备开工条件的事实，认定开工日期。

四、质量与工期

(一) 工期

张海鹏博士 | 学校企业法财税统筹行家
教师·律师·注会 | 教育·财税·合同·并购

2. 竣工日期

《司法解释一》第十四条 当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，按照以下情形分别处理：

- (一) 建设工程经竣工验收合格的，以竣工验收合格之日为竣工日期；
- (二) 承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，以承包人提交验收报告之日为竣工日期；
- (三) 建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。

3. 工期顺延

《司法解释二》第六条 当事人约定顺延工期应当经发包人或者监理人签证等方式确认，承包人虽未取得工期顺延的确认，但能够证明在合同约定的期限内向发包人或者监理人申请过工期顺延且顺延事由符合合同约定，承包人以此为由主张工期顺延的，人民法院应予支持。

当事人约定承包人未在约定期限内提出工期顺延申请视为工期不顺延的，按照约定处理，但发包人在约定期限后同意工期顺延或者承包人提出合理抗辩的除外。



鉴定

第十二条 当事人在**诉讼前**已经对建设工程价款结算**达成协议**，诉讼中一方当事人申请对工程造价进行鉴定的，人民法院不予准许。

第十三条 当事人在**诉讼前**共同委托**有关机构、人员**对建设工程造价**出具咨询意见**，诉讼中一方当事人不认可该咨询意见申请鉴定的，**人民法院应予准许**，但双方当事人明确表示受该咨询意见约束的除外。

第十四条 当事人对工程造价、质量、**修复费用**等专门性问题有争议，人民法院认为需要鉴定的，应当向负有举证责任的当事人释明。当事人经释明未申请鉴定，虽申请鉴定但未支付鉴定费用或者拒不提供相关材料的，**应当承担举证不能的法律后果**。

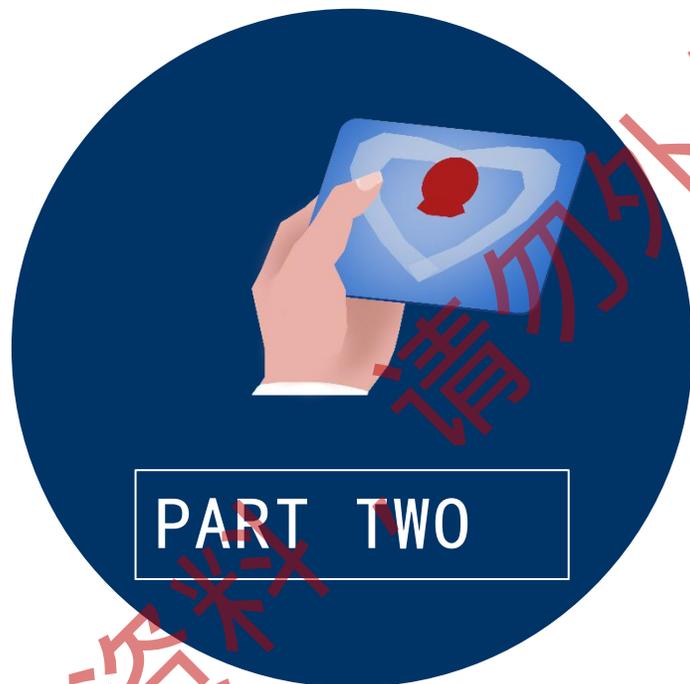
一审诉讼中负有举证责任的当事人未申请鉴定，虽申请鉴定但未支付鉴定费用或者拒不提供相关材料，二审诉讼中申请鉴定，人民法院认为确有必要的，应当依照民事诉讼法**第一百七十条第一款第三项**的规定处理。

第十五条 人民法院准许当事人的鉴定申请后，应当根据当事人申请及查明案件事实的需要，确定委托鉴定的事项、范围、鉴定期限等，**并组织双方当事人对争议的鉴定材料进行质证。**

第十六条 人民法院应当组织当事人**对鉴定意见进行质证**。鉴定人将当事人有争议且未经质证的材料作为鉴定依据的，人民法院应当组织当事人就该部分材料进行质证。经质证认为不能作为鉴定依据的，根据该材料作出的鉴定意见不得作为认定案件事实的依据。

张海鹏博士
教师·律师·注会

学校企业法财税统筹行家
教育·财税·合同·并购



建设工程施工合同税务问题

01

合同与税



内部资料，请勿外传

问题一

企业的财富来自哪里？

内部资料 请勿外传



财富的一半
是合同

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

内部资料

B

市场经济就是**契约经济**

请勿外传

问题二

企业签的合同是几方交易？

内部资料 请勿外传



内部资料，请勿外传

增值税+城建税及教育附加

消费税+城建税及教育附加

企业所得税

个人所得税

一项交易
多个税种

房产税

契税

土地使用税
耕地占用税

土地增值税

车船税
车辆购置税
船舶吨位税

资源税
烟叶税
环保税

印花税
关税



问题三

合同与税是什么样的关系？

内部资料 请勿外传

案例一

合同少写一句话 多交税款500万

内部资料 请勿外传



- 2010年10月郑州某公司拍得土地，签土地出让合同，未约定交付时间；
- 13年10月交付；
- 14年3月税务稽查10年11月起的土地使用税滞纳金及罚款。

514.13万

财政部 国家税务总局

关于房产税、城镇土地使用税有关政策的通知

(财税【2006】186号)

“二、关于有偿取得土地使用权城镇土地使用税纳税义务发生时间问题

以出让或转让方式有偿取得土地使用权的，应由受让方**从合同约定交付土地时间的次月起**缴纳城镇土地使用税；合同未约定交付土地时间的，由受让方从**合同签订的次月起**缴纳城镇土地使用税。”



01.

业务产生税

02.

合同决定税

03.

财务去交税

内部资料，请勿外传



内部资料，请勿外传



02

常见合同条款与税



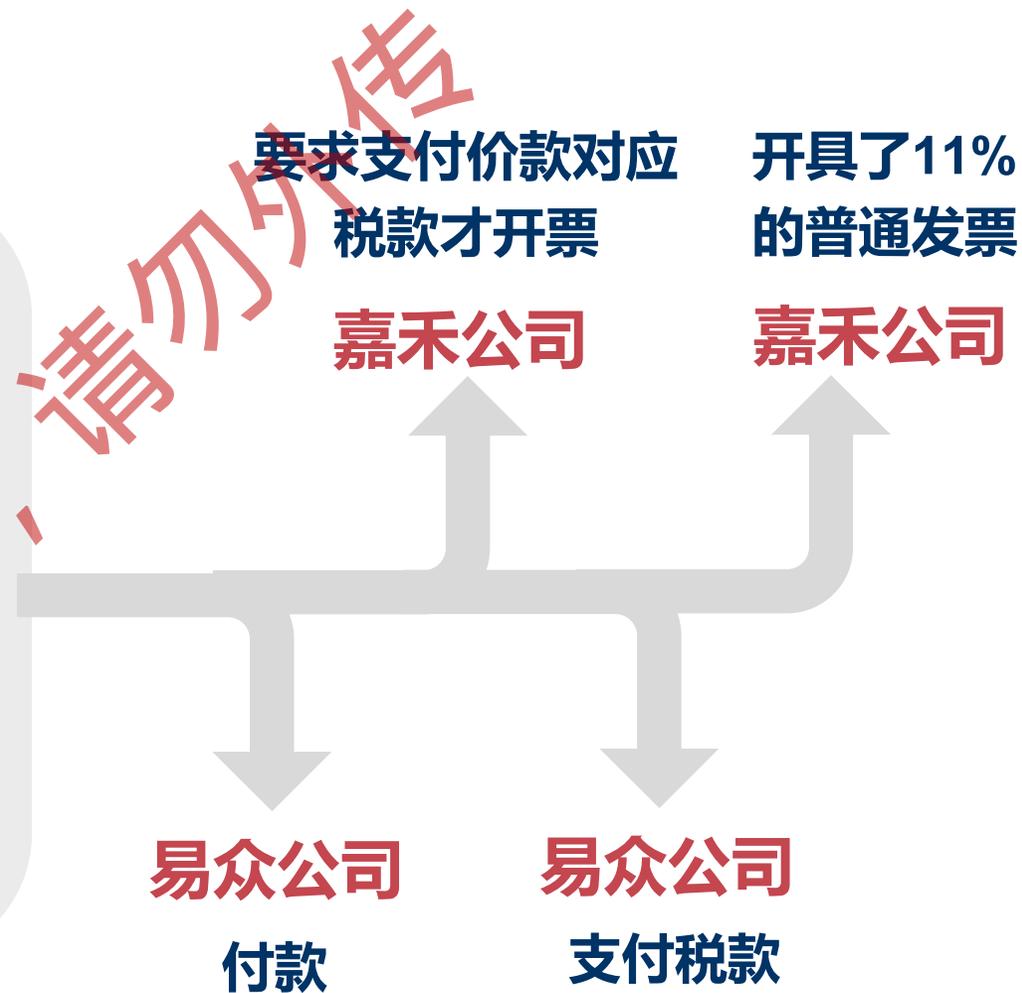
问题一

价款条款的税务问题

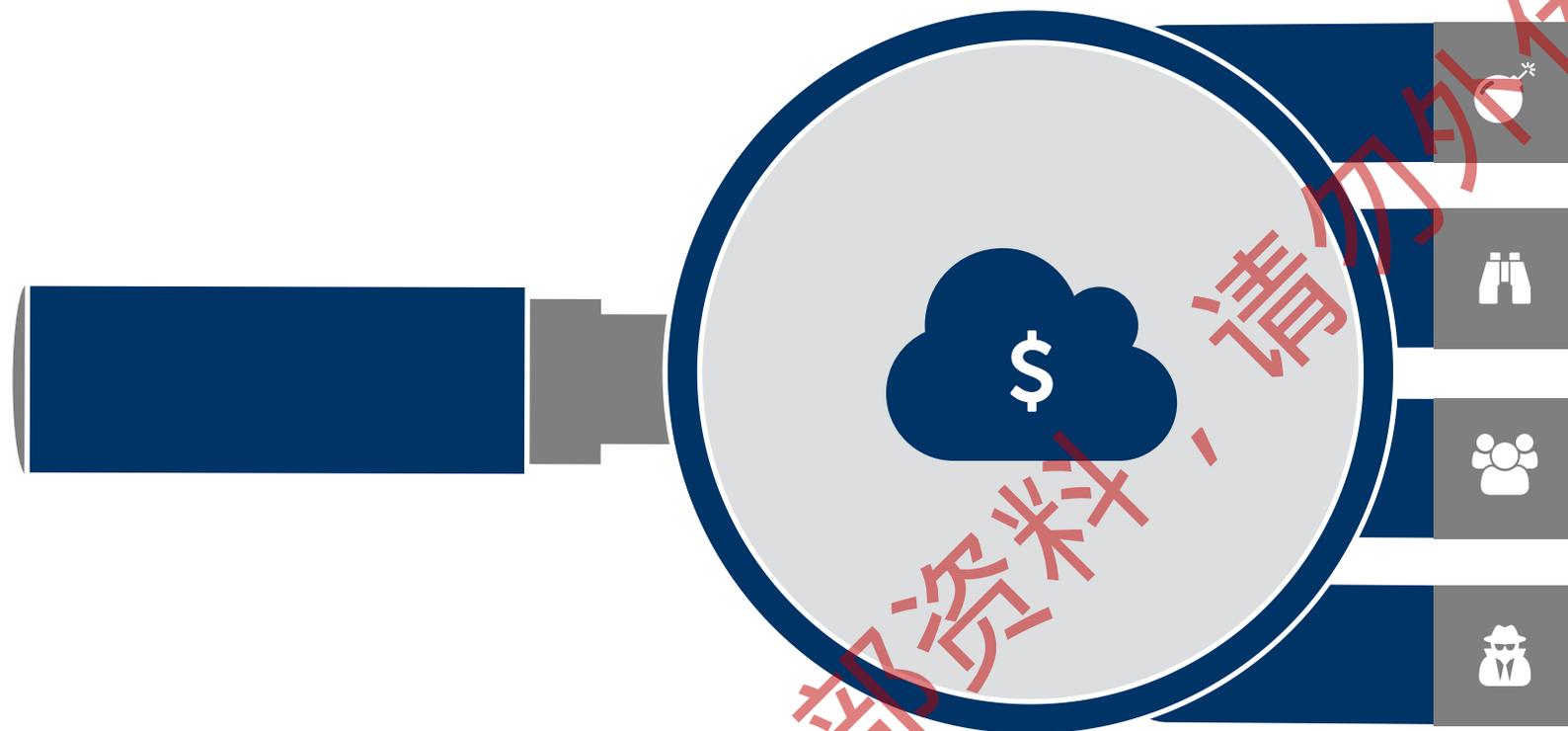
内部资料 请勿外传

案例：价税未分清 事后惹纷争

嘉禾公司向易众公司
提供建筑服务工程价款780万
另销售建筑材料价款450万
约定嘉禾公司收款后应开发票



内部资料，请勿外传



含税不?

若含税，无须再付税款

发票类型?

普通发票，不能抵扣

开票税率?

货物17%，开成11%

票税一致?

付17%的税，收11%的票

三防责任 按票付款

二防赖皮 普专顶包

四防混淆 税率错用

一防扯皮 含不含税

五防多交 基数增加



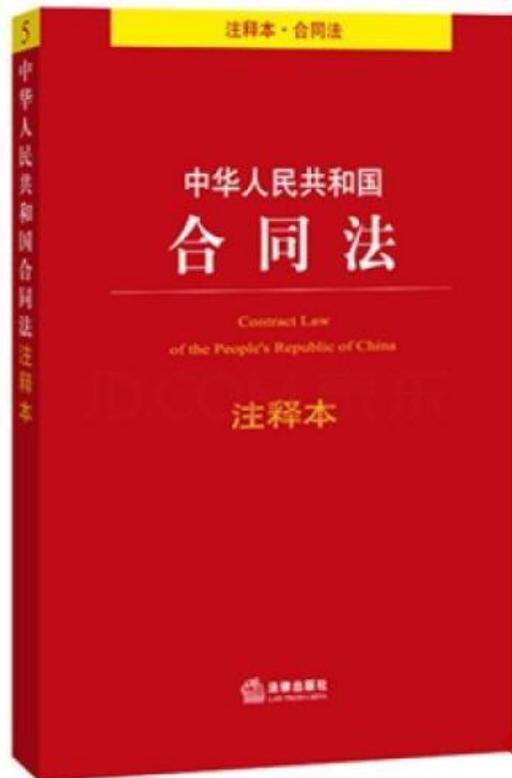
价税分离能五防

问题二

违约金条款的税务问题

请勿外传

内部资料



第一百一十四条

当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金。

违约金是否交税，是否开票？

购买方支付违约金

甲公司销售货物给乙公司
乙公司为一般纳税人。乙
收货后未及时验货。导致
延迟支付货款。乙向甲支
付货款10%违约金23400
元。属于价外费用吗？



购买方收到违约金

甲企业和乙企业签订购销合
同，约定甲企业向乙企业销
售钢材一批，因甲企业交付
迟延40天。按约定，甲企业
支付给乙企业违约金5万。
属于价外费用吗？

价外费用判断标准

因销售

有因性

向购买方

方向性

价外收取

依附性

确定不退

确定性

各种性质的收费

确定性



- 属于价外费用，并入销售额，开增值税发票，缴增值税
- 甲公司应缴增值税= $23400 \div (1+17\%) \times 17\% = 3400$ 元



- 购买方未发生销售行为，不符合价外费用的特征
- 不开增值税发票，不缴增值税

问题二

发票条款的税务问题

内部资料 请勿外传

案例

发票=已付款?

内部资料 请勿外传

南通二建公司诉新疆创天公司建设工程施工合同

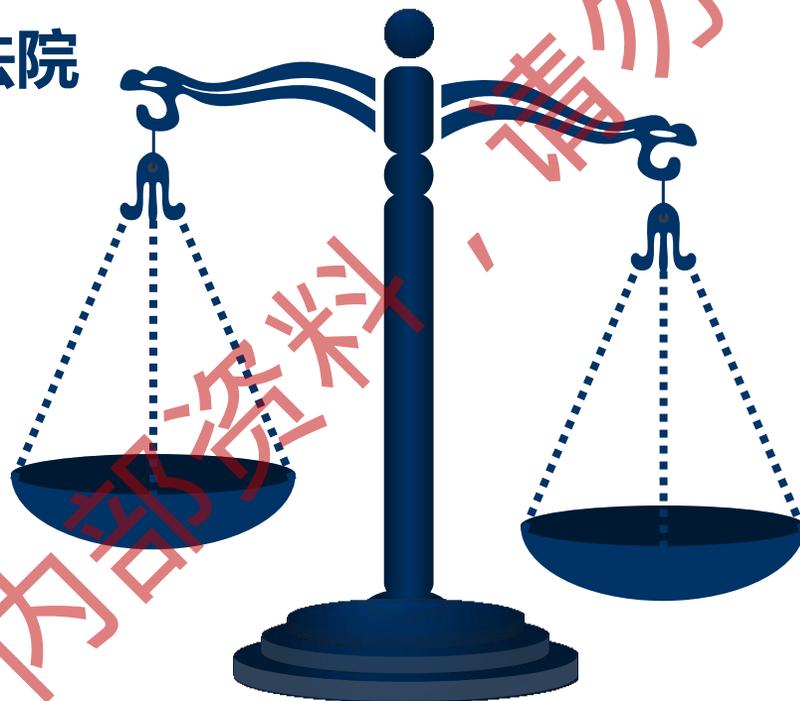
“创天公司持有244万元发票，能否证明已付款”



新疆高级人民法院

✓ 发票≠已付款

✓ 发票只是完税凭证，
不是付款凭证



最高人民法院二审

(最高人民法院[2005]民一终
字第82号民事判决)

✓ 发票=已付款

✓ 发票为合法的收款收
据，是经济活动中收
付款项的凭证

《买卖合同司法解释》

2012
ANNUAL
REPORT

第八条

出卖人仅以增值税专用发票及税款抵扣资料证明其已履行交付标的物义务，买受人不认可的，出卖人应当提供其他证据证明交付标的物的事实。合同约定或者当事人之间习惯以普通发票作为付款凭证，买受人以普通发票证明已经履行付款义务的，人民法院应予支持，但有相反证据足以推翻的除外。”

普通发票

- 普通发票=已经付款
- 有相反证据除外

增值税专用发票

- 增值税专用发票≠交付标的物
- 增值税专用发票=已经价款?

争议依旧在!

采购合同模范发票条款

要求发票

明确约定提供发票，
不得约定不开发票

资格申明

供货方声明其具有增值税
一般纳税人资质并同意
向采购方开具增值税
专用发票结算货款。

明确时间

明确供应商（承包商）
在开具发票时必须通知
采购方并及时向采购方
提交增值税专用发票

据实开票

分次收付款过程中的任
何结算时点供货方开具
并交付的增值税专用发票
票价税合计金额不得低
于已支付价税合计款项

明确类型

在合同中明确增值税专用发
票类型、税率、价税分离
避免普专替代、高低替代、
真假替代

01



02



03



04



05



内部资料 严禁外传

采购合同模范发票条款 (续)



06

单独约定

取得专用发票抵扣联等进项税抵扣凭证经交叉稽核比对无误获得抵扣以前最好是在确证供货方已申报缴纳前暂不支付相当于前述抵扣税款的对应款项



07

发票丢失1

送达采购方以前如发生丢失灭失或被盜供货方应提供丢失发票的存根联复印件提供主管税务机关开具的已抄报税证明单否则，由此造成的经济损失由供货方负责



08

发票丢失2

在送达采购方后如发生丢失、灭失或被盜及时提供发票的存根联复印件，已抄报税证明单协助在规定期限内办理进项税额认证申报手续，否则由此造成的经济损失，由双方分担。



09

赔偿责任

合同有必要明确不合规规定发票导致的赔偿责任 ① 采购时不能取得发票 ② 发票不符合规定，致不能抵扣进项税金 ③ 报验后以比对不符或失控发票等事由追缴税款 给采购方造成的经济损失，由供货方负责赔偿



10

附随义务

① 明确供应商与本公司业务涉及税务调查，供应商必须履行通知义务；② 企业与供应商业务涉及税务调查， 供应商有义务配合；③ 明确对退货退款、返利折让等事项，应提供证明和开具红字专用发票的义务

销售合同发票注意事项



01

兼营与混合销售

在销售合同中，对不同税率的货物进行细分或对应税劳务进行剥离，以得到降低增值税额的目的。

注：影响增值税和印花税。



02

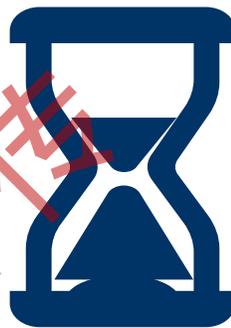
延迟纳税义务

鼓励分期收款方式



08

价税分离



09

包税条款

合同有必要明确不按规定开发票导致的赔偿责任 ① 采购时不能取得发票 ② 发票不符合规定，致不能抵扣进项税金 ③ 报验后以比对不符或失控发票等事由追缴税款 给采购方造成的经济损失，由供货方负责赔偿



10

六流一致

发票流与“合同流、货物流、资金流、运输流和仓储流”六流统一



03

建设工程施工合同与税



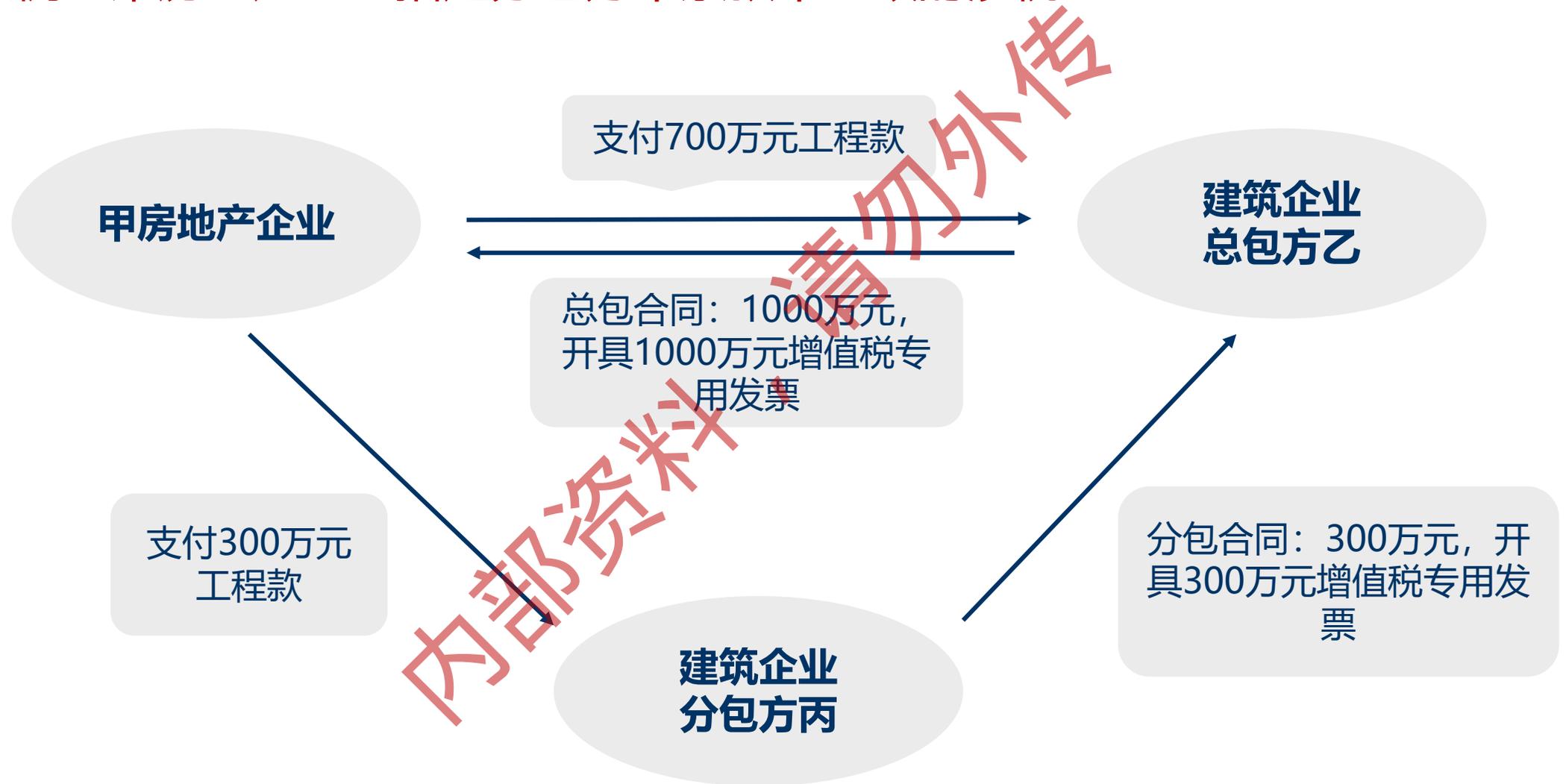
内部资料，请勿外传

问题一

建筑施工合同中的三流不一致

内部资料 请勿外传

案例：某房地产企业指定分包方中票款不一致的涉税



问题二

建筑企业预收账款与预收保证金

内部资料 请勿外传

案情介绍

甲建筑公司通过招投标，承揽了一条省道建设工程，工程总造价6.6亿元。按合同约定，此合同采取包工包料方式，且在开工之前，建设方即政府先拨付工程启动资金1.11亿元，而且要求建筑施工企业开具增值税发票。

请分析：

政府先拨付工程启动资金1.11亿元的税务处理中的纳税风险。

问题三

总公司中标分公司施工

内部资料 请勿外传

案情介绍

甲建筑公司通过招投标，中标一条城市道路施工项目，与某交通厅签订一份总承包合同，甲建筑公司通过招投标选中乙建筑公司作为专业分包人，甲建筑公司与乙建筑公司签订专业分包合同，但是乙建筑公司没有施工技术团队，将其与甲公司签订的专业分包合同中约定的工程范围，全部交给其财务独立核算的分公司丙建筑公司进行施工。

请问：应如何签订合同，才能规避税收和法律风险？

注：国家税务总局公告2017年第11号第二条。

A dark blue world map is centered in the background of the slide. The continents are visible in a slightly lighter shade of blue.

谢谢大家！

内部资料 禁止外传