

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

---

(征求意见稿)



2018/5/21

# 目录

序言 .....	5
<b>第一章 合同主体与诉讼（仲裁）主体</b> .....	8
第 1.1 节 诉讼（仲裁）主体 .....	8
【条文 1.1.1】原告（申请人）主体适格 .....	8
【条文 1.1.2】被告（被申请人）主体适格 .....	8
【条文 1.1.3】第三人主体适格 .....	8
第 1.2 节 发包人 .....	9
【条文 1.2.1】发包人 .....	9
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 .....	10
第 1.4 节 转包 .....	11
【条文 1.4.1】转包 .....	11
第 1.5 节 分包 .....	12
【条文 1.5.1】指定分包 .....	12
【条文 1.5.2】违法分包 .....	12
【条文 1.5.3】劳务分包 .....	13
【条文 1.5.4】分包情形下诉讼（仲裁）主体 .....	13
第 1.6 节 挂靠 .....	14
【条文 1.6.1】挂靠关系 .....	14
【条文 1.6.2】挂靠情形下诉讼（仲裁）主体 .....	14
第 1.7 节 实际施工人 .....	15
【条文 1.7.1】实际施工人 .....	15
<b>第二章 合同效力</b> .....	16
第 2.1 节 合同成立与生效 .....	16
【条文 2.1.1】中标通知书送达后未签订合同情形下主张合同未成立 .....	16
【条文 2.1.2】双方之间存在口头或其他非书面形式合同 .....	16
【条文 2.1.3】合同抬头与签名、落款不一致时的合同是否成立 .....	17
第 2.2 节 代理 .....	17
【条文 2.2.1】行为人系法定代理、职务代理、委托代理 .....	17
【条文 2.2.2】行为人的行为构成对另一方的表见代理 .....	18
第 2.3 节 可撤销合同 .....	18
【条文 2.3.1】合同可撤销事由（重大误解、欺诈、胁迫、显失公平） .....	18
【条文 2.3.2】撤销权行使的期限 .....	19
【条文 2.3.3】撤销权行使的后果 .....	19
第 2.4 节 合同无效 .....	19
【条文 2.4.1】承包人不具有相应资质 .....	19
【条文 2.4.2】借用资质（挂靠） .....	20
【条文 2.4.3】违反招标投标法之应依法招标而未招标 .....	20
【条文 2.4.4】违反招标投标法之中标无效 .....	20
【条文 2.4.5】违反招标投标法之低于成本价中标 .....	21
【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 .....	21
【条文 2.4.7】违法分包 .....	21

【条文 2.4.8】 转包 .....	22
【条文 2.4.9】 肢解发包 .....	22
【条文 2.4.10】 任意压缩工期、违反工程质量强制性规定 .....	23
第 2.5 节 黑白合同 .....	23
【条文 2.5.1】 黑白合同 .....	23
【条文 2.5.2】 不影响“黑白合同”的认定 .....	23
【条文 2.5.3】 “黑白合同”的结算 .....	24
第 2.6 节 合同无效的后果 .....	24
【条文 2.6.1】 未履行合同有权主张缔约过失责任 .....	24
【条文 2.6.2】 参照合同约定确定工程款价款 .....	24
【条文 2.6.3】 工程款逾期利息与有效合同不同 .....	25
【条文 2.6.4】 可主张赔偿损失的范围 .....	25
<b>第三章 工程价款 .....</b>	<b>26</b>
第 3.1 节 一般情形下的工程价款计算依据 .....	26
【条文 3.1.1】 一般情形下的工程价款计算依据 .....	26
第 3.2 节 存在有效结算协议 .....	26
【条文 3.2.1】 主张存在有效结算协议 .....	26
【条文 3.2.2】 主张结算协议未成立、无效、可撤销、已变更 .....	27
第 3.3 节 存在其他能够直接认定工程价款的情形 .....	27
【条文 3.3.1】 存在其他能够直接认定工程价款的情形 .....	27
第 3.4 节 未完工工程的结算 .....	28
【条文 3.4.1】 未完工工程结算条件和结算依据 .....	28
【条文 3.4.2】 未完工工程工程量和价款的确认、计算 .....	28
【条文 3.4.3】 未完工工程承包人主张发包人赔偿损失 .....	29
【条文 3.4.4】 未完工工程发包人主张承包人赔偿损失 .....	29
第 3.5 节 工程变更情形下工程价款的结算 .....	30
【条文 3.5.1】 工程变更情形下工程价款的结算 .....	30
第 3.6 节 合同无效情形下工程价款的结算 .....	30
【条文 3.6.1】 司法解释第 2 条、第 3 条的适用 .....	30
第 3.7 节 存在多份合同情形下工程价款的结算 .....	31
【条文 3.7.1】 存在多份合同情形下工程价款的结算 .....	31
第 3.8 节 对竣工结算文件的默认 .....	31
【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 .....	31
第 3.9 节 工程造价鉴定 .....	32
【条文 3.9.1】 工程造价鉴定的举证责任分配一般原则 .....	32
【条文 3.9.2】 特殊情形下的工程造价鉴定举证责任分配 .....	32
第 3.10 节 已付工程款及其他应扣款项 .....	32
【条文 3.10.1】 已付工程款及其他应扣款项 .....	32
第 3.11 节 工程款利息 .....	33
【条文 3.11.1】 工程款利息的举证 .....	33
第 3.12 节 工程价款或其他结算款请求权诉讼时效 .....	34
【条文 3.12.1】 工程价款或其他结算款请求权诉讼时效 .....	34
第 3.13 节 影响工程价款的其他费用 .....	34
【条文 3.13.1】 影响工程价款结算的其他费用 .....	34

<b>第四章 建设工程价款优先受偿权</b> .....	35
第 4.1 节 建设工程价款优先受偿权的主体.....	35
【条文 4.1.1】建设工程价款优先受偿权的权利主体条件.....	35
【条文 4.1.2】建设工程价款优先受偿权的义务主体条件.....	35
第 4.2 节 建设工程价款优先受偿权的客体.....	35
【条文 4.2.1】不宜折价、拍卖的工程.....	35
【条文 4.2.2】未完工工程.....	36
第 4.3 节 建设工程价款优先受偿权行使的债权范围.....	36
【条文 4.3.1】建设工程价款优先受偿权行使的债权范围.....	36
第 4.4 节 建设工程价款优先受偿权行使期限.....	37
【条文 4.4.1】建设工程价款优先受偿权行使期限.....	37
第 4.5 节 建设工程价款优先受偿权之“催告”.....	38
【条文 4.5.1】建设工程价款优先受偿权权利催告.....	38
第 4.6 节 建设工程价款优先受偿权之“顺位”.....	38
【条文 4.6.1】建设工程价款优先受偿权权利顺位.....	38
<b>第五章 工期延误与索赔</b> .....	39
第 5.1 节 工期.....	39
【条文 5.1.1】开工日期.....	39
【条文 5.1.2】竣工日期.....	39
【条文 5.1.3】未完工工程的停工日期.....	40
【条文 5.1.4】工期的合理性.....	40
第 5.2 节 工期延误.....	40
【条文 5.2.1】工期延误.....	40
第 5.3 节 工期索赔及鉴定.....	41
【条文 5.3.1】承包人的工期索赔.....	41
【条文 5.3.2】工期鉴定的举证责任分配一般原则.....	42
【条文 5.3.3】工期鉴定的启动条件.....	42
第 5.4 节 工期延误损失索赔.....	42
【条文 5.4.1】承包人的停工、窝工损失索赔.....	42
【条文 5.4.2】承包人的利润索赔.....	43
【条文 5.4.3】发包人的工期延误损失索赔.....	44
<b>第六章 工程质量与保修</b> .....	45
第 6.1 节 工程质量缺陷与责任主体.....	45
【条文 6.1.1】工程质量缺陷举证的一般情形.....	45
【条文 6.1.2】工程质量责任主体.....	45
第 6.2 节 已完工程的竣工验收与工程质量.....	46
【条文 6.2.1】工程竣工资料移交.....	46
【条文 6.2.2】工程竣工验收.....	46
【条文 6.2.3】工程未办理竣工验收备案.....	47
【条文 6.2.4】未经验收发包人擅自使用的工程质量责任.....	48
【条文 6.2.5】未经竣工验收发包人擅自使用的工程.....	48
第 6.3 节 未完工工程的质量.....	48
【条文 6.3.1】未完工工程的质量合格.....	48
【条文 6.3.2】未完工工程的质量不合格.....	49

第 6.4 节	工程保修责任.....	49
【条文 6.4.1】	工程质量保修.....	49
【条文 6.4.2】	保修金返还.....	50
第 6.5 节	工程质量责任减免.....	50
【条文 6.5.1】	承包人工程施工阶段质量责任的免除.....	50
【条文 6.5.2】	承包人工程施工阶段质量责任的减轻.....	51
【条文 6.5.3】	承包人工程保修阶段质量责任的免除.....	51
【条文 6.5.4】	承包人工程保修阶段质量责任的减轻.....	52
第 6.6 节	工程质量鉴定.....	52
【条文 6.6.1】	工程质量鉴定申请.....	52
【条文 6.6.2】	单方委托的工程质量鉴定.....	53
第 6.7 节	工程质量修复方案与修复费用.....	53
【条文 6.7.1】	工程质量缺陷修复方案的合理性.....	53
【条文 6.7.2】	工程质量缺陷修复方案实施与修复费用支付.....	54
第 6.8 节	工程质量违约损失及其赔偿.....	54
【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.....	54
【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.....	55
致谢	.....	56

**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**

**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。第五工作组的调研任务为：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，其一为鉴定问题，其二为其他证据指引。第五工作组在第二工作组《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。此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。无论在诉讼还是仲裁的实践中，对法律构成要件的认识偏差、对如何收集证据的经验匮乏、对证据组织质证和审查的不到位，成为横亘在裁判者及律师、当事人面前的一道鸿沟。第五工作组在此做出开拓性的尝试：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为六大部分；针对常见的争议问题，在总结法律实体规则的构成要件基础上，结合建设工程施工合同的具体实践，对收集哪些证据、如何收集证据等提出指引性的建议，形成了《建设工程施工合同纠纷证据指引》（以下简称“《指引》”）六章97条；涵盖了合同主体、合同效力、工程价款等诸多方面，作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，本《指引》包含条文和条文说明两部分，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将在条文说明中详述。《中国建设工程法律评论》（第八辑）将以特刊形式出版、发布

条文说明部分。

本《指引》仍然有改进的空间，我们将根据反馈的情况再行修订。

第五组成员慷慨无私地为这项有意义的工作奉献了时间和精力，我们对工作组成员的调研工作表示衷心的感谢。对本成果给予支持的其他单位和个人，请阅“致谢”部分。

第五工作组成员如下（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  
樊奇娟 深圳国际仲裁院（深圳仲裁委员会）案管一处副处长  
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 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：**

姚 瑶 深圳国际仲裁院（深圳仲裁委员会）案管一处秘书

## 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（申请人）主体适格

原告（申请人）证明其具有诉讼（仲裁）主体资格的，建议从以下方面进行举证：

- 1.营业执照、从业执照、居民身份证等主体资格证明文件；
- 2.其与建设工程施工合同案件存在直接利害关系的证据，如建设工程施工合同及中标通知书等文件、参与或完成案涉工程施工内容或者与案涉工程施工有关的其他证据。

#### 【条文 1.1.2】被告（被申请人）主体适格

原告（申请人）主张被告（被申请人）具有诉讼（仲裁）主体资格的，建议从以下方面进行举证：

- 1.被告（被申请人）主体明确，如被告（被申请人）的营业执照、从业执照、工商信用信息、居民身份证等主体资格证明文件；
- 2.针对被告（被申请人）存在正当请求权基础的初步证据；
- 3.申请人主张被申请人具有仲裁主体资格的，还应举证证明申请人与被申请人之间存在仲裁协议。

#### 【条文 1.1.3】第三人主体适格

第三人本人或诉讼当事人申请、法院依法追加第三人参与诉讼的，除提交第三人身份证明、营业执照等主体资格证明文件外，建议根据不同案情从不同方面进行举证：

- 1.实际施工人仅起诉发包人，转包人、非法分包人、被挂靠人作为第三人参与诉讼的，可以提交证明其参与或完成由发包人发包的工程施工或者仅以自身名义与发包人、总承包人订立施工合同但由本案其他当事人实际履行施工合同的事实证据，如转包合同、非法分包合同、挂靠协议、内部承包协议等证明存在转包、非法分包或挂靠事实的相关证据；
- 2.发包人起诉承包人的工程质量纠纷案件，申请设计人作为第三人参与诉讼的，可

以举证证明工程质量缺陷可能与设计人施工设计文件有关的初步证据;

3.承包人起诉发包人支付工程款,发包人申请实际施工人作为第三人参与诉讼的,可以举证证明发包人曾根据合同约定或者承包人的要求向实际施工人支付工程款的初步证据;

4.涉及合作开发项目的案件中,部分合作开发人作为发包人与承包人直接签订建设工程施工合同,承包人仅起诉施工合同中载明的发包人,按约定可分得收益但未参与订立施工合同的其他合作开发人作为第三人参与诉讼的,可以提交合作开发合同;

5.以联合体名义进行承包,联合体一方向发包人提起诉讼,联合体其他各方以第三人名义参与诉讼的,可以提交联合体协议以及联合体部分或全体成员与发包人签订的承包合同。

## 第 1.2 节 发包人

### 【条文 1.2.1】 发包人

发包人作为原告(申请人)以承包人为被告(被申请人),或发包人作为被告(被申请人)被起诉或申请仲裁的,建议从以下方面进行举证:

- 1.自身主体资格,如营业执照、开发资质、发承包双方之间的承包合同;
- 2.双方之间存在承包合同关系,以及有关承包范围、承包方式、计价方式、工期、质量、结算、付款、违约等约定的内容;
- 3.发包人为原告(申请人)的,建议从承包人在工期、工程质量等方面违约的证据或者超收工程价款的证据,如监理日志、施工日志、质量验收资料、补充协议、工程变更、洽商资料、单方鉴定报告、收付款凭证等;
- 4.发包人为被告(被申请人)的,建议从合同未履行、承包人主体不适格、工程未竣工验收、质量违约、工期违约、工程尚未交付、合同计价依据、结算付款依据、发包人已付款凭证、监理日志、变更洽商、行政处罚书以及承包人违约或者存在过错等方面的证据或者后续工程价款不满足继续支付条件的证据。

## 第 1.3 节 承包人

### 【条文 1.3.1】 承包人

1.当事人拟证明承包人身份的，建议从以下方面进行举证：

- (1) 营业执照等主体资格证明文件；
- (2) 与发包人签订的承包合同或中标通知书等文件；
- (3) 相应承包资质证书文件；
- (4) 行政主管部门对工程项目登记、备案等能够证明承包人的相关文件，如施工许可证、竣工验收备案表、投资项目备案登记表等；
- (5) 承包合同已经履行或者部分履行的相关证据。

2.如果是联合承包的，还可提供以下方面证据：

- (1) 各承包人共同与发包人签订的承包合同，或者分别与发包人签订的承包合同以及联合体协议等能够证明联合承包合意的文件；
- (2) 各承包人的营业执照等主体资格证明文件以及相应的承包资质证书文件。

3.当事人拟证明无书面合同的实际承包人身份，建议从以下方面进行举证：

- (1) 实际履行案涉工程承包全部或部分承包范围内工作的证据，包括但不限于签证、工作联系单、会议纪要、施工（监理）日志；
- (2) 已完成的施工部分质量合格或发包人已经实际使用；
- (3) 事实合同的履行相对人，如指令实际承包人完成案涉工程承包工作的相对人、接受实际承包人工程成果的相对人、向实际承包人支付工程款项的相对人；
- (4) 已完成工程的工程造价；
- (5) 已收工程款款项及具体组成；
- (6) 其他能够证明合同内容的证据，如施工日志、监理会议纪要、发包人(及监理人)对工程材料、设备价格的认证单等。

### 【条文 1.3.2】 承包人经营范围、资质、资格

当事人证明承包人具备相应资质的，建议从以下方面进行举证：

- 1.合同项下工程在承包人营业执照中载明的范围内；
- 2.承包人具有与合同项下工程相应的建设行政部门颁发的建筑业企业资质；

3. 承包人具有与合同项下工程相应的安全生产许可证书；
4. 合同项下工程属于对承包人资质资格有其他特别要求的特殊工程，承包人具有相对应的其他法定资质资格。

## 第 1.4 节 转包

### 【条文 1.4.1】转包

当事人主张案涉工程存在转包情形的，建议从以下方面进行举证：

#### 1. 总承包人未实质履行总包管理职责的证据

- (1) 现场的项目管理机构不属于总承包人；
- (2) 以总承包人名义设立现场项目管理机构中的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人等主要管理人员与施工总承包人没有劳动关系；
- (3) 在向发包人提交的各种工程资料中，署名的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人及安全管理负责人等与施工总承包人没有劳动关系；
- (4) 参加现场例会的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人及安全管理负责人等与施工总承包人没有劳动关系。

#### 2. 总承包人收取管理费的证据

- (1) 总承包人与实际施工人签订的关于收取管理费的协议，如转包协议、分包协议、合作协议等；
- (2) 实际施工人向总承包人发出的请款报告；
- (3) 总承包人与实际施工人签订的结算协议；
- (4) 其他能证明总承包人收取管理费的文件，如会议纪要、工作联系单、费用凭证等。

#### 3. 实际施工人履行施工义务的证据

- (1) 现场项目管理机构由实际施工人所属人员组成；
- (2) 以总承包人名义设立现场项目管理机构中的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人等主要管理人员为实际施工人所属人员；
- (3) 在向发包人提交的各种工程资料中，署名的项目负责人、技术负责人、质量管理

理负责人及安全管理负责人等为实际施工人所属人员；

(4) 实际施工人的承包范围为总承包人的全部承包范围；

(5) 总承包人向实际施工人支付工程款所涉范围为总承包人的承包范围。

## 第 1.5 节 分包

### 【条文 1.5.1】指定分包

当事人主张其为某单项工程的指定分包人的，建议从以下方面进行举证：

1.指定分包的书面合同；

(1) 该分包人系由发包人指定的证据，如总包合同、补充协议、备忘录中明确约定或发包人与总承包人的往来函件，显示该单项工程的分包人由发包人直接指定；

(2) 该单项工程的分包合同，可证明与指定分包人签订合同的是发包人或总承包人；

2.指定分包施工管理的证据，如工程签证、往来函件、会议纪要等证据，可证明对施工质量、施工进度等进行管理的主体是发包人还是总承包人；

3.指定分包款项流转的证据，如请款函件、款项支付凭证、款项发票等证据证明指定分包的款项流通发生在发包人和分包人之间抑或是总承包人和分包人之间；

4.指定分包结算的证据，如工程款结算文件，用以证明工程款结算关系发生在发包人和分包人之间抑或是总承包人和分包人之间。

### 【条文 1.5.2】违法分包

当事人主张存在违法分包的，建议从以下方面进行举证：

1.分包内容属于建设工程的主体结构（除钢结构外）；

2.专业分包合同的承包内容不在 36 类专业承包范围内；

3.分包人不具有相应的承包资质；

4.分包人不具备安全生产许可证；

5.以劳务分包名义订立的合同承包范围包含了主要建筑材料、大中型施工机械设备和主要周转材料；

6.分包行为未经过发包人同意或追认；

7.存在工程再分包情形。

#### 【条文 1.5.3】 劳务分包

1.当事人主张其与相对方之间存在劳务分包合同关系，建议从以下方面进行举证：

(1) 双方之间签订了合同或者未订立书面合同，约定或者承包人实际实施的工程范围仅包含计件或计时的劳务作业，不包含需要法定资质的工程承包内容；

(2) 合同中的发包人是建设工程的总包人或专业工程分包人，承包人是企业或个人；

(3) 合同计取的是劳务费，主要包括直接费中的人工费及劳务施工的相应管理费用，即包工不包料，有些情况下包含少量辅料及小型施工器具；

(4) 提供与工程有关的大型机械租赁和主要材料采购由合同承包人之外的其他人完成的相关证据，如采购合同、租赁合同、付款发票等。

2.当事人主张双方之间的合同名为劳务分包实为违法分包或转包的，建议从以下方面举证：

(1) 合同约定的承包内容是分部分项工程或全部工程的施工；

(2) 合同计取的是包含组成工程款的直接费、间接费、税金和利润，即包工包料。

#### 【条文 1.5.4】 分包情形下诉讼（仲裁）主体

证明当事人之间存在建设工程分包合同关系，建议从以下方面进行举证：

1.拟证明存在专业分包合同关系的当事人，应举证证明其诉讼（仲裁）主体地位，以及工程分包合同签订并实际履行的证据，包括分包合同、专业承包资质、发包人同意专业分包的证据、工程量清单、签证单、技术联系单、分部分项验收报告、结算协议等；

2.在履行过程中，如分包人的承包范围及合同相对人发生变更，应提供确切的证据；

3.否定存在施工分包合同关系的当事人，可举证工程分包合同不成立、不生效，或者案涉工程分包工作由第三方完成的确切证据。

## 第 1.6 节 挂靠

### 【条文 1.6.1】 挂靠关系

当事人主张案涉工程施工的承包人、分包人存在挂靠行为的，建议从以下方面进行举证：

1. 挂靠协议；
2. 被挂靠人具有建筑施工企业相应资质；
3. 以被挂靠人名义签订的建设工程施工合同；
4. 挂靠人为建设工程施工合同中施工工作的实际履行者；
5. 挂靠人和被挂靠人之间相互独立，没有产权、劳动、人事和财务关系；
6. 被挂靠人仅收取一定数额的管理费，未进行实际管理，由挂靠人实际对建设工程的技术、质量、经济和安全最终负责。

### 【条文 1.6.2】 挂靠情形下诉讼（仲裁）主体

1. 挂靠人以自身名义向发包人主张权利的诉讼（仲裁）主体资格，建议从以下方面进行举证：

- (1) 建设工程施工合同；
- (2) 发包人在施工合同订立或履行过程中明知挂靠人与施工合同中名义上的承包人存在挂靠关系而接受挂靠人实际实施施工承包工作，或者发包人与挂靠人之间就相同的施工内容另行订立合同；
- (3) 营业执照、居民身份证等主体资格证明文件；
- (4) 发包人为合同相对人。

2. 发包人以挂靠人和被挂靠人为共同被告（被申请人）提起诉讼（仲裁），需要证明其共同被告（被申请人）主体资格的，建议从以下方面进行举证：

- (1) 建设施工合同；
- (2) 共同被告（被申请人）之间存在挂靠的事实；
- (3) 挂靠人是实际施工人；
- (4) 营业执照等主体资格证明文件；
- (5) 存在合同约定或者法律规定应由共同被告（被申请人）共同承担工程施工责任

的事实。

## 第 1.7 节 实际施工人

### 【条文 1.7.1】实际施工人

当事人以实际施工人身份主张权利的，建议从以下方面进行举证：

- 1.主体资格、自身系案涉工程的实际施工人；
- 2.己方的合同相对人、承包范围、承包方式、计价方式；
- 3.完成全部或部分施工且工程质量合格或工程已投入使用；
- 4.实际施工人申请追加发包人为被告并要求其在欠付其施工合同相对人的工程款范围内承担责任，发包人的合同相对人（总承包人）不是分包人的合同相对人的，可以列为第三人。

## 第二章 合同效力

### 第 2.1 节 合同成立与生效

#### 【条文 2.1.1】 中标通知书送达后未签订合同情形下主张合同未成立

中标通知书送达后，招标人或中标人以双方随后未签订合同为由，主张合同未成立的，建议从招投标行为违法和合同本身未成立两方面进行举证：

1. 中标通知书并非由招标人或者招标人授权的人作出；
2. 中标通知书送达对象错误；
3. 中标通知书或其附属文件包含对中标人投标文件中实质性条款的变更内容；
4. 招投标文件对于拟订立的建设工程施工合同缺乏主要条款或主要条款未明确；
5. 中标通知书于招投标文件载明的承诺期限届满后发出，且中标人未通知招标人认可该中标通知书继续有效；
6. 中标通知书在招投标文件载明的承诺期限内发出，但中标人在承诺期限届满后收到，且中标人及时通知招标人不接受该中标通知书；
7. 中标人撤销其投标文件的通知在招标人发出中标通知书之前已经送达招标人，且不具有合同法第十九条规定的要约不得撤销的情形；
8. 中标通知书不构成对中标人投标文件承诺的其他情形；
9. 招投标文件或中标通知书载明以双方另行订立建设工程施工合同作为合同成立条件。

#### 【条文 2.1.2】 双方之间存在口头或其他非书面形式合同

一方主张双方成立建设工程施工合同关系，但不能提供书面合同的，可就下列事实进行举证：

1. 一方发出的口头、书面要约（包括反要约）及要约方式、时间和主要内容；
2. 相对方对要约方作出的口头、书面或行为承诺的方式、时间和主要内容；
3. 双方已经实际履行合同主要内容，一方交付履行合同主要义务成果、另一方接受该成果；
4. 双方以非书面形式达成的合意内容中，属于前项已履行的主要义务所指向的合同

标的范围以及为实现该标的范围内的合同目的所必需的内容。

**【条文 2.1.3】 合同抬头与签名、落款不一致时的合同是否成立**

1.合同载明的主体（简称“名义当事人”）与合同签署的落款、印章显示的主体（简称“签署人”）不一致，当事人主张签署人是合同实际当事人故合同成立的，可就下列事实进行举证：

- (1) 签署人具有签署合同的合法资质、资格和相应履约能力；
- (2) 合同相对人知道或者应当知道名义当事人明显不具备签订、履行合同的资质、资格及能力；
- (3) 签署人与合同相对人就合同内容进行磋商、达成合意的过程；
- (4) 名义当事人系签署人的法定代表人、授权代表、委托代理人，或构成对签署人的表见代理；
- (5) 签署人与合同相对人就本合同存在单方履行或互为履行行为且履行结果被对方接受，或者履行结果虽未被对方接受，但签署人与合同相对人均未就对方的合同主体身份提出异议或否认合同关系。

2.当事人主张签署人不是合同相对人故合同不成立的，可以就下列事实进行举证：

- (1) 签署人的签字、印章不真实；
- (2) 合同相对人欺诈、胁迫签署人的行为；
- (3) 合同相对人知道或者应当知道签署人明显不具有合同履行能力的事实；
- (4) 合同相对人知道或者应当知道加盖印章或签字不是签署人真实意思表示的其他证据。

## 第 2.2 节 代理

**【条文 2.2.1】 行为人系法定代理、职务代理、委托代理**

当事人主张行为人签订合同文件的行为系法定代理、职务代理或者委托代理的，建议从以下方面进行举证：

1.行为人以被代理人的名义进行民事活动；

- 2.行为与其身份、职务相符或者得到被代理人明确授权的证据；
- 3.行为人行为产生的利益由被代理人享有。

**【条文 2.2.2】** 行为人的行为构成对另一方的表见代理

当事人主张行为人签订合同的行为构成对另一方表见代理的，建议从以下方面进行举证：

1.行为人在客观上具有代理权的外观证据

- (1) 行为人在相关文件上签字或盖章是以被代理人名义进行的证据；
- (2) 行为人系被代理人的工作人员或施工现场代表、项目经理等特殊身份人员的证据；
- (3) 行为人持有加盖被代理人真实公章印鉴的授权委托书、介绍信、合同书等，或持有项目部印章、合同章或印章行事的证据；
- (4) 工地概况牌、管理人员名单、报备资料等能够证明参建单位，以及行为人系参建单位人员及其职务的证据；
- (5) 行为人在以往历史交易或同步进行的关联工程项目中具有代理权的证据。

2.主观上善意且无过失地相信有代理权的证据

- (1) 行为人已经尽到审慎审查义务的证据，如核对过行为人的身份、授权信息；
- (2) 相关“虚假”印章与真实印章高度相似，仅凭肉眼难以鉴别；
- (3) 被代理人授权内容或行为人职责权限较为宽泛，签订合同未明显超出授权。

## 第 2.3 节 可撤销合同

**【条文 2.3.1】** 合同可撤销事由（重大误解、欺诈、胁迫、显失公平）

当事人主张撤销建设工程施工合同的，建议从以下方面对可撤销事由进行举证：

- 1.当事人一方或双方系基于存在重大误解的合同目的、合同内容而签订合同的；
- 2.对方当事人或第三人，以欺诈手段使己方在违背真实意思的情况下签订合同的；
- 3.对方当事人或第三人，以胁迫手段使己方在违背真实意思的情况下签订合同的；
- 4.对方当事人利用己方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使合同成立时显失

公平的。

#### 【条文 2.3.2】撤销权行使的期限

1.当事人请求撤销建设工程施工合同或相关协议，对方抗辩撤销权已经消灭的，建议从以下方面进行举证：

- (1) 受欺诈的一方知道或应当知道存在欺诈事由至抗辩时已超过一年；
- (2) 重大误解一方知道或应当知道存在重大误解至抗辩时已超过三个月；
- (3) 自胁迫行为终止之日起至抗辩时已超过一年；
- (4) 撤销权人已明确表示或以自己的行为表明放弃撤销权；
- (5) 请求撤销的建设工程施工合同或相关协议签订至行使撤销权之日已超过五年。

2.当事人没有主动抗辩撤销权消灭的，法庭、仲裁庭可依职权主动审查撤销权是否已消灭。

#### 【条文 2.3.3】撤销权行使的后果

1.建设工程施工合同或相关协议订立后尚未履行前被撤销，当事人请求赔偿损失的，应当举证证明其为签订和履行合同所承受的各种损失，如订立合同的费用、履约准备损失及关联合同的违约赔偿等；

2.建设工程施工合同或相关协议已履行或部分履行后被撤销，当事人除可主张上述损失外，还可主张已完工程、进场材料损失、人员遣散、机器设备折旧等工程索赔，必要时可申请工程造价鉴定。

### 第 2.4 节 合同无效

#### 【条文 2.4.1】承包人不具有相应资质

承包人主张其不具有案涉工程所需的建筑业企业资质而发包人未举证反驳的，或者发包人主张承包人不具有相应资质而承包人未举证反驳的，建设工程施工合同无效。

#### 【条文 2.4.2】借用资质（挂靠）

当事人以案涉合同系无资质、低资质的企业或个人借用有资质、高资质的建筑业企业的名义签订为由，主张合同无效的，建议从以下方面进行举证：

- 1.借用资质人（挂靠人）与出借资质人（被挂靠人）之间的挂靠协议；
- 2.实际承包人与承包人之间名为其他法律关系（联营、合作、内部承包、专业分包、劳务分包等）实为挂靠的证据；
- 3.其他能够证明挂靠事实存在的证据。

#### 【条文 2.4.3】违反招标投标法之应依法招标而未招标

当事人主张建设工程应依法招标而未招标故建设工程施工合同无效时，建议从以下方面进行举证：

- 1.案涉工程属于《招标投标法》《工程建设项目招标范围和规模标准规定》《必须招标的工程项目规定》等规定的必须进行招标的工程建设项目，可提供能够证明工程性质、资金来源、工程规模的建设工程施工合同、建设工程规划许可证、建设工程施工许可证等；
- 2.法律规定必须进行招投标的工程，但发包人未组织招投标；
- 3.法律规定必须进行招投标的工程，但发包人确定承包人的方式不属于《招标投标法》规定的公开招标或邀请招标；
- 4.法律规定必须进行公开招投标的工程，但发包人采用邀请招标方式组织招投标。

#### 【条文 2.4.4】违反招标投标法之中标无效

当事人主张投标人中标无效故建设工程施工合同无效的，建议举证证明招投标过程中存在下列情形之一：

- 1.招标代理机构对与招标投标活动有关的情况和资料应当保密而泄露的，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的；
- 2.招标人以不合理的条件限制或者排斥潜在投标人的；
- 3.依法必须进行招标的项目的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其他信息的，或者泄露标底的；
- 4.投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的，或者以向招标人或者评标委员会

成员行贿等不正当手段谋取中标的；

5.投标人以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标的；

6.依法必须进行招标的项目，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且影响中标结果的；

7.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人的，或依法必须进行招标的项目在所有投标被评标委员会否决后自行确定中标人的。

#### **【条文 2.4.5】违反招标投标法之低于成本价中标**

当事人以中标价格低于成本价为由，主张施工合同无效的，建议举证招标人与中标人签订的施工合同价款，并举证证明中标人完成案涉工程所需要的企业个别成本。

#### **【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**

1.当事人以案涉工程应当办理建设用地规划许可证、建设工程规划许可证而未办理为由，主张合同无效的，建议从以下方面进行举证：

(1) 案涉工程应当办理建设用地规划许可证和建设工程规划许可证；

(2) 案涉工程曾因未依法办理建设用地规划许可证和建设工程规划许可证而被行政主管部门处罚的证据。

2.对方当事人抗辩案涉工程已办理建设用地规划许可证和建设工程规划许可证或者虽未及时办理但已补正有关手续，应当在法庭一审或仲裁庭辩论终结之前提供证据证明。

#### **【条文 2.4.7】违法分包**

当事人以案涉工程存在违法分包为由，主张合同无效的，建议从以下方面进行举证：

1.施工单位将工程分包给个人的；

2.施工单位将工程分包给不具备相应资质的单位；

3.施工合同中约定，又未经建设单位认可，施工单位将其承包的部分工程交由其他单位施工的；

4.施工总承包单位将房屋建筑工程的主体结构部分分包给其他单位的，钢结构工程除外；

- 5.专业分包单位将其承包的专业工程中非劳务作业部分再分包的；
- 6.劳务分包单位将其承包的劳务再分包的；
- 7.劳务分包单位除计取劳务作业费用外，还计取主要建筑材料款、周转材料款和大中型施工机械设备费用的；
- 8.法律法规规定的其他违法分包行为。

#### 【条文 2.4.8】转包

当事人以案涉工程存在转包为由主张合同无效的，建议从以下方面进行举证：

- 1.施工单位将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的；
- 2.施工总承包单位或专业承包单位将其承包的全部工程肢解，以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的；
- 3.施工总承包单位或专业承包单位未在施工现场设立项目管理机构或未派驻项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人等主要管理人员，不履行管理义务，未对工程施工活动进行组织管理的；
- 4.施工总承包单位或专业承包单位不履行管理义务，只向实际施工单位收取费用，主要建筑材料、构配件及工程设备的采购由其他单位或个人实施的；
- 5.劳务分包单位承包的范围是施工总承包单位或专业承包单位承包的全部工程，劳务分包单位计取的是除上缴给施工总承包单位或专业承包单位“管理费”之外的全部工程价款的；
- 6.施工总承包单位或专业承包单位通过采取合作、联营、个人承包等形式或名义，直接或变相地将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的；
- 7.法律法规规定的其他转包行为。

#### 【条文 2.4.9】肢解发包

当事人主张发包人与承包人签订的建设工程施工合同构成肢解发包故无效的，建议从以下方面进行举证：

- 1.多份合同项下的工程应当由一个施工总承包单位完成的证据，即当事人主张肢解发包的不同分部分项、单位工程属于同一个施工工程；
- 2.发包人将应当由一个总承包施工单位完成的工程肢解后，又分别发包给不同施工

单位的证据，如发包人和施工单位签订的施工合同、预算书、施工图纸、合同履行证据或结算文件等；

3.发包人指定分包为名，将工程肢解后，发包给不同承包人，总承包人对指定分包部分的工程不负总承包管理责任的相关事实。

#### 【条文 2.4.10】任意压缩工期、违反工程质量强制性规定

当事人主张发包人与承包人签订的建设工程施工合同存在任意压缩工期、违反工程质量强制性规定而无效的，建议从以下情形进行举证：

- 1.合同约定工期不符合合理工期，违反工程建设现有技术能力和客观规律；
- 2.合同约定的工程质量标准违反现有法律法规及建筑规范中有关工程质量的强制性规定。

### 第 2.5 节 黑白合同

#### 【条文 2.5.1】黑白合同

当事人主张存在“黑白合同”的，建议从以下几个方面进行举证：

- 1.招标文件、投标文件、中标通知书及中标合同书；
- 2.经备案的合同；
- 3.与中标合同、备案合同有关价款、质量及工期等实质性内容不一致的合同，以及变更中标合同实质性内容的备忘录、会议纪要等；
- 4.中标合同与其他合同均已成立；
- 5.中标合同的合法性；
- 6.背离幅度的大小。

#### 【条文 2.5.2】不影响“黑白合同”的认定

当事人主张不构成黑白合同的，建议从以下几个方面进行举证：

- 1.案涉工程不属于依法必须招投标的工程；
- 2.其他合同与中标合同实质性内容背离是出于设计变更、规划调整等客观原因；

3.中标合同与其他合同签订时间先后顺序。

#### **【条文 2.5.3】“黑白合同”的结算**

当事人就“黑白合同”的结算，建议从以下方面进行举证：

- 1.双方已就案涉工程达成的结算协议；
- 2.未达成有效结算协议时，可举证“黑白合同”的效力及其有关结算的具体约定；
- 3.其他合同与中标合同均无效时，可举证证明具体实际履行的是哪份合同；
- 4.当无法确定双方当事人真实合意并实际履行合同的，当事人可就缔约过错、已完工程质量、利益平衡等因素进行举证。

### 第 2.6 节 合同无效的后果

#### **【条文 2.6.1】未履行合同有权主张缔约过失责任**

建设工程施工合同无效且未履行，当事人主张缔约过失责任的，建议从以下方面进行举证：

- 1.建设工程施工合同无效的证据；
- 2.合理信赖合同有效并积极履行合同所指出的各种成本等损失的证据；
- 3.相对方存在过错的证据。

#### **【条文 2.6.2】参照合同约定确定工程款价款**

建设工程施工合同无效但质量合格的，工程价款可参照合同约定确定，建议从以下方面进行举证：

- 1.案涉工程已经竣工验收或发包人擅自使用建设工程等证明工程质量合格的证据；
- 2.案涉工程未进行竣工验收，或未全部完成的但已完工程部分质量合格的证据；
- 3.参照合同约定能够确定工程价款的证据，如已完工程量、计价标准、签证单、联系单、施工图纸、材料设备进场文件、过程验收证据等；
- 4.因设计变更、建设工程规划指标调整等原因导致无法参照合同约定结算工程价款，可举证当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准以及签约时市场价格信

息。

**【条文 2.6.3】 工程款逾期利息与有效合同不同**

合同无效，工程竣工验收合格的，承包人主张工程款逾期利息的，建议从以下方面进行举证：

1. 合同及补充协议等文件中关于工程款支付数额、时间、进度和逾期付款利率的约定；
2. 存在工程款逾期支付的事实。

**【条文 2.6.4】 可主张赔偿损失的范围**

1. 建设工程施工合同无效，发包人向承包人主张损失赔偿的，建议从以下方面进行举证：

- (1) 承包人承建的工程不符合规定的质量标准造成的损失；
- (2) 承包人承建的工程超出规定的合理期限造成的损失；
- (3) 承包人过错导致的其他损失。

2. 合同无效，承包人向发包人主张损失的，建议从以下方面进行举证：

- (1) 发包人拖欠工程价款造成的损失；
- (2) 发包人原因导致承包人停工、窝工造成的损失；
- (3) 发包人过错导致的其他损失。

3. 当事人对损失赔偿进行抗辩的，建议从以下方面进行举证：

- (1) 本方不存在过错或双方均存在过错；
- (2) 本方虽有过错，该过错与损失之间没有因果关系；
- (3) 存在情势变更、不可抗力等超出预见范围的事实；
- (4) 对方当事人对于损失扩大存在过错，以及该损失扩大部分的数额。

## 第三章 工程价款

### 第 3.1 节 一般情形下的工程价款计算依据

#### 【条文 3.1.1】一般情形下的工程价款计算依据

1. 承包人主张工程价款的，一般应当承担举证责任。建议从以下方面进行举证：

(1) 合同及组成文件约定价款及详细组成的证据，如招标公告、投标书（商务标与技术标）、中标通知书等招投标文件，建设工程施工合同及附件，施工设计文件（含图纸）、工程量清单、预算书，甲供料清单、批价文件、特殊成品设备购销文件，施工方案等；

(2) 施工过程中发生的补充、变更、确认的证据，如补充协议、备忘录、会议纪要，设计变更指令、技术联系单、政策性调整文件、材料人工价格指导文件及质量标准、工程量调整文件，进度款支付审定单、工程签证文件、中间结算文件等；

(3) 施工完成后进行结算、确认、审价等证据，如结算协议、审价报告、补偿协议等证据。

2. 发包人对承包人主张的工程价款、提供的计价依据存在异议的，应提供相应的反证，如施工中存在减项、甩项，工程未完工，原承包范围部分工程由其他施工人实际完成等。

### 第 3.2 节 存在有效结算协议

#### 【条文 3.2.1】主张存在有效结算协议

一方主张与对方存在有效结算协议的，应当对存在结算协议且协议有效的事实承担举证责任。建议从以下方面进行举证：

1. 结算主体构成有权代表、代理或构成表见代理；

2. 结算协议形成的背景、过程；

3. 结算协议内容的真实性、合理性；

4. 结算协议达成后对方未提出异议、已按约全部履行或部分履行；

- 5.无书面结算协议，双方按惯例结算的，一方实际履行相应义务、另一方接受履行结果；
- 6.存在具有结算性质的其他文件的证据，如双方签字的会议纪要、中间结算报告、暂结算报告、审核报告、欠款协议等；
- 7.对方认可结算事实的其他证据：确认函、短信、微信、邮件、录音等。

**【条文 3.2.2】** 主张结算协议未成立、无效、可撤销、已变更

一方主张结算协议未成立、无效、可撤销、已变更的，应当承担相应的举证责任。  
建议从以下方面进行举证：

- 1.结算主体无授权且未经追认；
- 2.结算协议系双方虚假意思表示；
- 3.签订结算协议时存在重大误解；
- 4.对方或第三方以欺诈手段，使其在违背真实意思的情况下签订结算协议；
- 5.对方或者第三人以胁迫手段，使其在违背真实意思的情况下签订结算协议；
- 6.对方利用其处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使结算协议成立时显失公平；
- 7.主张撤销且未超过法定除斥期间；
- 8.结算后双方达成新的合意；
- 9.本指引第二章第 2.1—2.4 节中列举的其他可能影响结算协议未成立、无效、可撤销、已变更的证据。

### 第 3.3 节 存在其他能够直接认定工程价款的情形

**【条文 3.3.1】** 存在其他能够直接认定工程价款的情形

当事人主张工程价款可以直接认定而无需委托鉴定的，建议从以下方面进行举证：

- 1.对方当事人的行为构成确认或自认；
- 2.工程合同约定为固定总价且不涉及变更；
- 3.双方共同委托的第三方已经出具审价报告且双方业已确认；
- 4.双方明确约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，或超过约定

期限且无正当理由而未答复，视为认可竣工结算文件；

5.其他可以直接计算工程价款的情形。

### 第 3.4 节 未完工工程的结算

#### 【条文 3.4.1】未完工工程结算条件和结算依据

1.关于未完工工程结算条件，建议从以下方面进行举证：

- (1) 未完工工程是否属于合法建筑；
- (2) 未完工工程是否符合法定、约定质量标准；
- (3) 未完工工程符合结算条件的其他证据。

2.关于未完工工程结算依据，建议从以下方面进行举证：

- (1) 施工合同、会议纪要等含有结算依据的文件；
- (2) 双方就未完工工程结算依据达成合意；
- (3) 存在不平衡报价而不能适用原合同约定的结算依据；
- (4) 工程当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准；
- (5) 与未完工工程结算依据相关的其他证据。

#### 【条文 3.4.2】未完工工程工程量和价款的确认、计算

1.关于未完工工程的工程量确认，建议从以下方面进行举证：

- (1) 双方已经确认的工程量的相关证据；
- (2) 双方已经确认的工程停工界面；
- (3) 一方虽未确认但能够证明的工程停工界面或后续施工的开工界面的其他证据；

2.关于未完工工程价款计算，建议从以下方面进行举证：

- (1) 施工合同及其他相关文件中关于未完工工程结算方式的约定；
- (2) 双方就未完工工程价款已达成合意；
- (3) 已完工工程部分如质量不合格对工程价款折减的影响及结算；
- (4) 双方共同委托或一方委托的造价审核机构对未完工工程价款的审核；
- (5) 能够确定未完工工程价款的其他证据。

**【条文 3.4.3】 未完工工程承包人主张发包人赔偿损失**

未完工工程，承包人主张发包人赔偿损失的，建议从以下方面进行举证：

1. 承包人按照合同约定已运抵现场材料设备款或已订货的违约损失；
2. 承包人停窝工损失；
3. 承包人人人员、机械进退场费用；
4. 承包人遣散费；
5. 承包人为避免因发包人违约导致损失扩大而采取合理减损措施所发生的必要费用；
6. 承包人预期可得利润；
7. 依法或依约应当由发包人支付的其他费用或应补偿、赔偿、负担的其他损失。

**【条文 3.4.4】 未完工工程发包人主张承包人赔偿损失**

未完工工程，发包人主张承包人赔偿损失的，建议从以下方面进行举证：

1. 发包人按照合同约定已运抵现场后材料因迟延使用而失效的款项或已订货的违约损失；
2. 发包人因工程工期延误而产生的项目贷款或其他融资损失；
3. 发包人因迟延向租户、买房人或基于对工程按时合格交付使用的合理信赖而订约的违约损失；
4. 发包人重新选择后续施工承包人的费用；
5. 因承包人已经完成的工程内容、停工界面对后续施工活动的不利影响而对已完工工程的整改费用；
6. 发包人对工程竣工后他人替代承包人承担在先已完工工程的保修责任对应须保留的工程保修金，或者已经发生的工程保修费用；
7. 发包人为避免因承包人违约导致损失扩大而采取合理减损措施所发生的必要费用；
8. 发包人预期可得利润；
9. 依法或依约应当由承包人支付的其他费用或应补偿、赔偿、负担的其他损失。

### 第 3.5 节 工程变更情形下工程价款的结算

#### 【条文 3.5.1】工程变更情形下工程价款的结算

工程变更情形下，主张工程价款增加的举证责任一般由承包人承担，主张工程价款减少的举证责任一般由发包人承担，建议从以下方面进行举证：

- 1.发包人、设计单位或监理等发出的工程变更指令及相关图纸、技术文件等；
- 2.工程变更签证、工程变更协议、工程联系单、施工（监理）日志、来往函件、会议纪要、工程量清单、竣工图等与工程变更结算相关的证据。

### 第 3.6 节 合同无效情形下工程价款的结算

#### 【条文 3.6.1】司法解释第 2 条、第 3 条的适用

关于适用《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 2 条、第 3 条，建议从以下方面进行举证：

- 1.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：

(1) 工程质量合格的证据，包括两方面的意思，一是建设工程经竣工验收合格，二是建设工程经竣工验收不合格，但是经过承包人修复后，再验收合格。此时应由承包人举证证明案涉工程已经验收并合格，或经修复后验收合格的证据；

(2) 存在多份无效合同的情况下，证明双方实际履行合同的证据；

(3) 导致合同无效各方过错程度；

(4) 裁判者进行取舍或判断的其他重要考量因素。

- 2.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并举证：

(1) 如果修复后的建设工程经竣工验收合格，发包人应当按照约定支付工程价款，此时由承包人承担修复费用，主张扣除修复费用的发包人提供修复方案及相应的修复费用的证据；

(2) 修复后的建设工程经竣工验收不合格，发包人可以拒绝支付工程价款，就案涉工程修复后仍验收不合格的举证责任由发包人承担；

(3) 对于建设工程不合格发包人有过错的，也应承担相应的民事责任，对于证明发包人具有过错的责任由承包人承担。

### 第 3.7 节 存在多份合同情形下工程价款的结算

#### 【条文 3.7.1】存在多份合同情形下工程价款的结算

在同一工程存在多份合同的情形下，应以哪份合同作为结算工程价款的依据，建议从以下方面进行举证：

1. 关于各份合同效力的证据；
2. 多份合同之间相互关系的证据；
3. 多份合同中哪份合同是当事人真实意思表示的证据；
4. 多份合同中哪份合同是当事人实际履行的合同的证据。

### 第 3.8 节 对竣工结算文件的默认

#### 【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

1. 承包人主张发包人构成对竣工结算文件的默认（默示条款）的，建议从以下方面进行举证：

- (1) 当事人在施工合同中有关竣工结算“默示条款”的明确约定；
- (2) 当事人就竣工结算的“默示条款”达成了补充协议；
- (3) 承包人提交了具体、完整的结算文件；
- (4) 发包人在约定的异议期内提出的异议明显不合理，不构成正当异议；
- (5) 发包人提出异议或出具审核意见超过约定期限。

2. 发包人抗辩不适用默示条款的，可以从以下方面进行举证：

- (1) 默示条款约定不明；
- (2) 默示条款所引据的合同本身无效；
- (3) 发包人曾在默示条款约定的异议期内明确提出异议；

- (4) 承包人提交的竣工结算文件本身不完整;
- (5) 竣工结算文件的签收人不是发包人的有权代表;
- (6) 承包人在异议期后就工程结算与发包人达成合意 (签订结算协议或会议纪要、就部分工程结算进行确认等)。

### 第 3.9 节 工程造价鉴定

#### 【条文 3.9.1】工程造价鉴定的举证责任分配一般原则

工程造价鉴定一般应由主张工程款的一方即承包人申请; 发包人要求扣除价款的, 由发包人申请。

#### 【条文 3.9.2】特殊情形下的工程造价鉴定举证责任分配

由发包人承担工程造价鉴定申请举证责任的特殊情形:

1. 发包人对双方共同委托的审价机构出具的审价报告提出合理异议, 要求重新鉴定的;
2. 承包人提交结算资料或第三人出具的审价报告后, 发包人明显滥用权利, 怠于提出异议、怠于结算的;
3. 其他应由发包人承担举证责任的情形。

### 第 3.10 节 已付工程款及其他应扣款项

#### 【条文 3.10.1】已付工程款及其他应扣款项

已付工程款与其他应扣款项一般应当由主张的一方即发包人举证:

1. 多数情况下, 建议可以按时间先后顺序进行列表, 简要注明已付款时间、金额、付款方式等, 对方当事人没有异议的可以直接确认, 有异议部分另行提供详细的付款凭证、承兑汇票、领款单、取款记录、领款人授权文件等补充资料;
2. 多数情况下, 建议可以按照时间先后顺序进行列表, 注明应扣款项的时间、事由、

金额、依据等，对方当事人没有异议的可以直接确认，有异议部分提供详细的合同约定、会议纪要、通知、备忘录、监理证明等补充资料；

3.承包人在起诉状、庭审陈述等中自认的已付款金额、应扣款金额，有合理说明具体组成的义务；

4.如需要通过已付款、应扣款项来证明合同关系是否成立、对方当事人是否系合同相对人、交易对象是否具有表见代理外观、双方存在特殊的付款习惯等其他证明目的，建议详细列举有关付款意思、付款行为、扣款意思表示、对方认可等证据，如请款单、承兑汇票领取记录等。

### 第 3.11 节 工程款利息

#### 【条文 3.11.1】工程款利息的举证

承包人主张工程款利息的，建议从以下方面进行举证：

- 1.工程预付款、进度款、结算款数额的证据，可提交施工合同、补充协议、请款书、结算协议等；
- 2.利息计付标准的证据，可提交施工合同、补充协议、备忘录、会议纪要等；
- 3.计付时间：
  - (1) 当事人对付款时间具体约定的证据；
  - (2) 工程已经实际交付的时间的证据；
  - (3) 工程尚未交付的，承包人提交竣工结算资料邮寄资料、签收凭证等证据；
  - (4) 工程未交付，竣工结算资料也未提交发包人的，承包人可以提交法庭或仲裁庭出具的回执凭证、受理通知书等证据证明起诉日期；
- 4.存在工程工期延误等情形而产生项目贷款或其他融资损失时，贷款或其他融资利息的证据。

### 第 3.12 节 工程价款或其他结算款请求权诉讼时效

#### 【条文 3.12.1】工程价款或其他结算款请求权诉讼时效

当事人在诉讼或者仲裁过程中提出工程价款或者其他结算款诉讼时效或者仲裁时效抗辩的，建议从以下方面进行举证：

- 1.知道或者应当知道权利受到损害或者义务人的事实的证据，以证明诉讼、仲裁时效期间的起算点，对方当事人对该起算日期不认可的，可以提起相反证据；
- 2.《民法总则》第一百九十五条所规定的符合诉讼时效中断情形；
- 3.《民法总则》第一百九十四条所规定的在时效最后六个月内存在诉讼时效中止情形；
- 4.《民法总则》第一百九十二条所规定的诉讼时效期间届满后义务人同意履行或已自愿履行。

### 第 3.13 节 影响工程价款的其他费用

#### 【条文 3.13.1】影响工程价款结算的其他费用

- 1.施工合同一方当事人主张违约金或罚款的，建议从以下方面进行举证：
  - (1) 建设工程施工合同、补充合同或其他相关协议中关于违约金或罚款的约定；
  - (2) 构成违约的事实证据；
  - (3) 违约所造成实际损失的证据。
- 2.承包人主张奖励费的，建议从以下方面进行举证：
  - (1) 建设工程施工合同、补充合同或其他相关协议中关于奖励费的约定；
  - (2) 支付奖励费条件成就的证据。

## 第四章 建设工程价款优先受偿权

### 第 4.1 节 建设工程价款优先受偿权的主体

#### 【条文 4.1.1】建设工程价款优先受偿权的权利主体条件

当事人根据合同法第二百八十六条的规定行使建设工程价款优先受偿权的，就权利主体条件问题建议从以下方面进行举证：

1. 建设工程施工合同关系中的承包人，包括装修装饰工程合同的承包人；
2. 发包人直接发包的专业工程的承包人；
3. 工程款债权的合法受让人；
4. 实际施工人。

#### 【条文 4.1.2】建设工程价款优先受偿权的义务主体条件

1. 关于建设工程价款优先受偿权的义务主体，建议从以下几个方面举证：

- (1) 建设工程施工合同关系中的发包人；
- (2) 与案涉工程的发包人存在合作开发关系的合作方，并且其合作开发关系符合共同投资、共同收益和共担风险的合伙关系特征；
- (3) 案涉工程的所有权人。

2. 建设单位案涉工程所属建设用地合法使用权的准共有人、案涉工程的所有权共有人可以列为建设工程价款优先受偿权对应的共同责任主体。

### 第 4.2 节 建设工程价款优先受偿权的客体

#### 【条文 4.2.1】不宜折价、拍卖的工程

当事人主张对工程行使建设工程价款优先受偿权，应当举证证明案涉工程不属于以下不宜折价、拍卖的工程：

1. 未取得建设工程规划许可证或者未按照规划许可证的要求进行建设的；

- 2.工程用地未取得建设用地工程规划许可证或者案涉工程未按照建设用地规划许可证的要求进行建设的；
- 3.工程经验收不合格，且无法予以修复的；
- 4.工程系无法独立存在或者分割后影响主建筑使用功能的附属工程等工程；
- 5.工程存在不能取得物权确认的其他法定情形；
- 6.工程属于事业单位、社会团体以公益目的建设的教育设施、医疗设施及其他社会公益设施；
- 7.工程属于国家机关的办公用房或者军事建筑；
- 8.工程存在物权不得转移的其他法定情形。

#### 【条文 4.2.2】未完工工程

当事人就未完工的建设工程主张工程价款优先受偿权，建议从以下几个方面举证：

- 1.工程已由第三人续建的证据，以及其承建的工程部分的价款；
- 2.工程因发包人原因停建的证据，以及其承建的工程部分的价款。

### 第 4.3 节 建设工程价款优先受偿权行使的债权范围

#### 【条文 4.3.1】建设工程价款优先受偿权行使的债权范围

1.当事人主张款项属于享有建设工程价款优先权保护的建设工程价款范围的，应承担相应的举证责任，建议从以下方面进行举证：

- (1) 明确工程价款数额和范围的证据，包括但不限于施工合同、补充合同（包括现场签证）、招投标文件、会议纪要、结算协议等文件中关于工程款项范围的明确约定；
- (2) 当事人实际为建设工程所支付或应当支付的费用证据，包括但不限于款项系工程造价成本组成部分的证据、系为支付第三方材料款的证据、系为支付工作人员报酬的证据、系合理利润的证据、系垫资款的证据等。

2.当事人拟证明款项不属于享有优先权保护的建设工程价款范围，可以从以下方面进行举证：

- (1) 不属于承包人实际为建设工程所支付或应当支付的费用证据，包括但不限于

借款未用于建设工程、款项系履约保证金等。

(2) 属于承包人因发包人违约所造成的损失的证据,包括但不限于款项系迟延付款违约金、工程款利息、停窝工损失、未施工部分的预期可得利润的证据等。

(3) 不属于工程价款的其他款项,包括但不限于安全奖、优良奖、工期奖、封顶奖等各类工程奖金及补偿款,但承包人为获得该款项通过加强施工措施将人工、材料等生产要素直接物化进入工程实体的除外。

#### 第 4.4 节 建设工程价款优先受偿权行使期限

##### 【条文 4.4.1】建设工程价款优先受偿权行使期限

当事人主张其行使建设工程价款优先受偿权的时间符合法律规定的行使期限的,应承担相应的举证责任,建议从以下方面进行举证:

- 1.工程已经竣工,则当事人应自工程竣工之日起六个月内行使优先权,可举证工程实际竣工之日,如竣工验收单、竣工备案表、承包人擅自使用等证据;
- 2.工程未竣工的,则当事人应自合同约定的竣工之日起六个月内行使优先权,可举证合同约定的竣工之日,如建设工程施工合同、补充协议等书面文件中约定的竣工日期的证据;
- 3.工程未竣工而解除或终止履行的,则当事人应自合同解除或终止履行之日起六个月内行使优先权,可举证合同解除或终止履行之日,如合同解除或终止履行的协议、通知等证据;
- 4.工程竣工之日或合同约定的竣工之日工程款债权清偿期尚未届满的,则当事人应自债权清偿期届满之日起六个月行使建设工程价款优先受偿权,可举证工程款债权清偿期届满的具体时间,如结算协议、还款协议等证据。

## 第 4.5 节 建设工程价款优先受偿权之“催告”

### 【条文 4.5.1】建设工程价款优先受偿权权利催告

承包人就已通过催告形式要求发包人在合理期限内支付欠付工程款负有举证责任，建议从以下方面进行举证：

1. 承包人已在法定期限内通过催告通知或其他方式主张权利；
2. 催告的意思表示已到达发包人的证据，如发包人的有权人员已经对催款函进行签收的证明；
3. 承包人催告时合同约定的工程款付款期限已经届满或已符合其他的付款条件；
4. 工程竣工之日或合同约定的竣工之日工程款债权清偿期尚未届满的，则当事人应自债权清偿期届满之日起六个月行使优先权，可举证工程款债权清偿期届满的具体时间，如结算协议、还款协议等证据。

## 第 4.6 节 建设工程价款优先受偿权之“顺位”

### 【条文 4.6.1】建设工程价款优先受偿权权利顺位

1. 其他权利人欲证明其对建设工程价款享有的权利优先于承包人建设工程价款优先权的，建议从以下方面进行举证：

- (1) 权利人享有消费者购房优先权的相关证据，如商品房买卖合同、支付全部或大部分购房款的支付凭证等；
- (2) 买受人已经办理了商品房所有权过户登记的相关证据，如房屋所有权证等；
- (3) 承包人已经放弃了建设工程价款优先权或优先权顺位利益的相关证据。

2. 在其他权利人提供上述证据后，承包人可以提交以下证据予以反驳：

- (1) 权利人不是消费者的相关证据，如房屋的性质是商业等非用于居住的房屋等；
- (2) 发包人与买受人恶意串通故意损害承包人权益的相关证据等；
- (3) 承包人的放弃行为无效，或者该放弃只是针对特定权利人的放弃，对该权利人不发生效力。

## 第五章 工期延误与索赔

### 第 5.1 节 工期

#### 【条文 5.1.1】 开工日期

当事人对开工日期有争议的，建议从以下方面进行举证：

1.对约定的开工日期有争议的：

(1) 招投标文件、建设工程施工合同、工程开工令（开工通知）、施工许可证、竣工验收资料等证据，证明相关文件约定的开工日期；

(2) 双方变更开工日期的补充协议、会议纪要等证据，证明约定变更后的开工日期。

2.对实际开工日期有争议的：

(1) 载明实际开工日期的工程竣工验收报告、双方确认的会议纪要或洽商记录等当事人一致确认实际开工日期的证据；

(2) 发包人代表或总监理工程师发出的开工通知；

(3) 主张以开工条件具备的时间作为实际开工日期的，可提供能够证明发包人提供满足施工所需的场地、施工图纸、技术资料、其他施工条件的的时间以及完成行政审批程序的时间等证据；

(4) 主张以实际进场施工时间作为实际开工日期的，应当提供能够证明承包人实际进场施工时间的证据。

#### 【条文 5.1.2】 竣工日期

当事人对实际竣工日期有争议的，建议按照以下情形分别进行举证：

1.当事人主张以竣工验收合格之日为竣工日期的，应提供工程竣工验收记录；工程甩项验收的，应一并提交经发包人确认的同意甩项验收的协议、工程联系单、会议记录等证据；

2.承包人主张以其提交竣工验收报告之日为竣工日期的，应提供其已提交竣工验收报告且发包人拖延验收的证据，包括竣工验收报告、发包人签收或拒收竣工验收资料、承包人催告发包人履行组织竣工验收义务等证据；

3.承包人主张以转移占有建设工程之日为竣工日期的，应提供发包人存在擅自使用

情形及工程移交时间的证据。

#### **【条文 5.1.3】 未完工工程的停工日期**

当事人对未完工工程的停工日期有争议的，建议从以下方面进行举证：

- 1.发包人发出的停工令（停工通知）等文件载明的停工日期及实际送达日期；
- 2.承包人发出的停工通知等文件载明的停工日期及实际送达日期；
- 3.双方签订的补充协议、会议纪要、结算文件等确认停工日期的证据；
- 4.虽无书面文件，或者书面文件与实际情况不一致，能够证明工程实际停工时间的证据，例如承包人实际撤出施工场地时间的证据。

#### **【条文 5.1.4】 工期的合理性**

当事人一方主张建设工程施工合同约定工期不合理的，建议从以下方面进行举证：

- 1.合同约定的工期构成《建设工程质量管理条例》第十条规定的“任意压缩合理工期”的证据；
- 2.签订合同后，因发包人的原因或其他不可归责于承包人的原因导致确定工期约定的依据已不存在或有重大变化，按原约定工期履行已无可能或显失公平的证据。

### 第 5.2 节 工期延误

#### **【条文 5.2.1】 工期延误**

发包人主张存在工期延误的，建议从以下方面进行举证：

- 1.建设工程施工合同、补充合同及其他相关协议中约定工期的证据；
- 2.第 5.1.1 条中有关开工日期的证据；
- 3.第 5.1.2 条中有关竣工日期的证据；
- 4.其他能够证明工期延误事实的证据。

## 第 5.3 节 工期索赔及鉴定

### 【条文 5.3.1】 承包人的工期索赔

承包人主张工期索赔的，建议从以下方面进行举证：

1. 建设工程施工合同、补充合同及其他相关文件中对工期及可顺延工期情形的具体约定；
2. 发包人或其授权人对工期顺延进行确认的证据；
3. 发包人未能按约及时提供图纸、基础资料、现场施工条件和行政审批手续致使开工后开工条件仍不具备的证据；
4. 发包人未能按约支付工程预付款、进度款，致使承包人不能正常组织施工的证据；
5. 发包人所提供的材料、设备的规格、数量或质量不符合合同约定，或因发包人原因导致交货日期延误或交货地点变更的证据；
6. 发包人或者监理人未能按合同约定发出指令或者履行批准程序，致使施工不能正常进行的证据；
7. 发生工程变更并导致工期延长的证据：
  - (1) 发包人同意工程变更；
  - (2) 工程变更属于合同约定可顺延工期情形；
  - (3) 工程变更不可归责于承包人；
  - (4) 工程变更内容处于施工工期关键线路；
  - (5) 承包人完成变更工作需延长的工期及相应计算依据、方法和结果。
8. 施工条件发生变化并导致工期延长的证据：
  - (1) 施工条件发生变化；
  - (2) 施工条件发生变化不可归责于承包人；
  - (3) 施工条件发生变化的风险不应由承包人承担；
  - (4) 施工条件变化所涉的施工工作内容处于施工工期关键线路；
  - (5) 施工条件变化导致施工方案变更、施工效率降低及需延长的工期及相应计算依据、方法和结果。
9. 遇不可抗力或者政策性停工的证据；
10. 非因承包人原因停水、停电等造成停工超过合同约定时间的证据；

- 11.能够证明合同约定的工期系任意压缩合理工期以及相应合理工期的计算依据;
- 12.承包人按照合同约定的索赔期限和程序向发包人提交相关索赔通知和文件的证据,如索赔意向通知书、索赔报告、索赔证据(含详细计算书及附件);
- 13.承包人虽未按照合同约定的索赔期限和程序向发包人提出工期索赔,但发包人以实际行动表明仍然接受索赔磋商的证据;
- 14.合同无效时,承包人(含实际施工人)主张参照无效合同约定的工期应当顺延,除可以参照1至13款所列证据外,还建议就下列事实进行举证:
  - (1)工期迟延的原因虽属于合同中约定的工期不予顺延的情形,但不可归责于承包人;
  - (2)工期迟延的原因与合同无效有关,且合同无效责任完全或者部分在于发包人。

#### 【条文 5.3.2】 工期鉴定的举证责任分配一般原则

工期鉴定一般应由主张工期顺延的一方即承包人申请;法庭或仲裁庭认为应当进行工期鉴定但当事人未申请的,应当对当事人予以释明;当事人经释明仍不申请鉴定的,应就工期顺延事实不能查明承担不利后果。

#### 【条文 5.3.3】 工期鉴定的启动条件

工期鉴定的启动,宜同时具备以下全部条件:

- 1.存在工期延误的初步证据;
- 2.存在可能影响工期的、不属于约定的承包人工期风险承担范围且不可归责于承包人的事件;
- 3.有较为完整的工程进度计划资料、实际进度记录和事件影响记录;
- 4.非依据专门知识难以确定事件对工期的具体影响时间。

### 第 5.4 节 工期延误损失索赔

#### 【条文 5.4.1】 承包人的停工、窝工损失索赔

承包人向发包人主张停工、窝工损失的,建议从以下方面进行举证:

1.因发包人原因导致承包人停、窝工的事实证据:

- (1) 发包人未按照约定提供图纸、原材料、设备、场地、资金、技术资料及其他施工条件;
- (2) 发包人未按照约定办理法律规定或者合同约定由其办理的许可、批准或备案;
- (3) 隐蔽工程在隐蔽之前, 承包人已按约通知发包人或监理人检查, 发包人或监理人未及时发现或隐蔽后无正当理由要求重新检验致使工程中途停、缓建;
- (4) 发包人未能按合同约定发出指令或未及时履行施工方案、施工组织设计、施工进度计划、技术变更等文件的审批程序造成承包人停工、窝工;
- (5) 其他因发包人原因导致停工、窝工的证据。

2.承包人停、窝工损失的证据:

- (1) 施工合同、补充协议、会议纪要等书面文件中关于停、窝工损失的约定及计算的依据;
- (2) 承包人提交的损失索赔文件, 以及已经发包人或监理签字确认的证据;
- (3) 第三方出具的停、窝工损失鉴定报告;
- (4) 停、窝工损失的基础证据, 例如停、窝工期间产生的现场人员人工费用、遣散费用、施工机械设备停滞费用、租赁费用、现场材料照管维护费用、价格上涨增加的成本费用、暂时撤离及二次进场费用、对下游配套供货商、分包商的违约赔偿费用等。

3.承包人索赔符合合同约定的索赔程序的证据。

#### 【条文 5.4.2】承包人的利润索赔

承包人向发包人索赔工期延误导致的利润损失的, 建议从以下方面进行举证:

- 1.不可归责于承包人的停工、窝工证据, 具体可参见第 5.3.1 条;
- 2.合同价款及合同约定的总工期、停窝工总天数;
- 3.承包人的投标文件、报价文件及其他能够证明承包人报价中项目利润率的证据;
- 4.承包人的财务报表、年度总结报告及其他能够证明承包人营业收入的证据;
- 5.承包人的财务报表及其他能够证明承包人的利润率的证据;
- 6.工程所在地或相关行业定额等能够证明同类项目或类似项目利润率的证据;
- 7.能够证明同类项目或类似项目利润率或承包人所在行业利润率的其他证据。

**【条文 5.4.3】** 发包人的工期延误损失索赔

发包人向承包人索赔工期延误损失的，建议从以下方面进行举证：

- 1.第 5.2.1 条有关工期延误的证据；
- 2.载有工期延误违约金条款或损失计算方法的合同或补充协议；
- 3.对于生产性项目，提供项目可行性研究报告等能够证明项目生产能力的证据、延误期间相应产品市场价格的证据、发包人为生产项目租赁配套机械设备材料或已采购材料失效的证据；
- 4.对于办公、住宿等自用非生产项目，提供延误期间同类项目市场租赁价格及租赁合同等证据；
- 5.对于出租项目，提供租赁合同、延误期间同类项目市场租赁价格、因迟延履行租赁合同而对第三方承担违约责任或赔偿其损失的证据以及因租金下降而遭受损失的证据；
- 6.对于出售项目，提供商品房预售合同、因迟延交房而对第三方承担违约责任、赔偿其损失或减免其费用的证据以及因价格下降而遭受损失的证据；
- 7.其他能够证明发包人损失的证据。

## 第六章 工程质量与保修

### 第 6.1 节 工程质量缺陷与责任主体

#### 【条文 6.1.1】工程质量缺陷举证的一般情形

1. 下列情形，发包人可就工程存在质量缺陷的事实进行初步举证：

(1) 工程尚未完成（或被视为完成）竣工验收，承包人要求发包人支付工程价款，发包人提出减少工程价款或者拒付工程价款的抗辩，或者反诉（反请求）要求承包人承担质量违约责任的；

(2) 工程已完成（或被视为完成）竣工验收，承包人要求发包人支付工程价款，发包人以主体结构或地基与基础工程的实际质量不合格提出减少工程价款或者拒付工程价款的抗辩的；

(3) 工程已完成（或被视为完成）竣工验收，发包人以工程存在保修范围内的质量问题要求承包人履行保修义务的；

(4) 当事人需申请工程质量鉴定的其他情形。

2. 工程质量缺陷事实的证据可包括：

(1) 工程施工阶段或者工程保修阶段中当事人各方参与实施的工程质量检验文件；

(2) 当事人约定的第三方质量检验机构出具的工程质量检验报告；

(3) 当事人一方自行委托的具有法定资质资格的第三方检测机构出具的工程质量检验报告；

(4) 经公证的工程存在明显质量缺陷的公证文件；

(5) 能够反映工程质量状况且具有客观真实性的其他证据。

#### 【条文 6.1.2】工程质量责任主体

1. 发包人主张承包人对工程质量承担全部或部分责任的，可根据下列情形分别进行举证：

(1) 承包人、分包人、转包人或实际施工人的工作成果不符合约定或法定工程质量标准的；

(2) 承包人提供的工程材料、设备或构配件等不符合约定或法定技术规范、标准的；

- (3) 施工完成的实体工程无法通过竣工验收的；
- (4) 施工过程中无法通过对工程质量的中间检验的。

2. 承包人承担工程质量缺陷责任后，向分包人、转包人及实际施工人追偿的，可参照前款情形进行举证。

3. 当事人主张工程质量缺陷责任可归责于工程设计人的，可根据下列情形分别进行举证：

- (1) 设计成果不符合强制性工程设计标准、规范；
- (2) 设计成果不符合合同约定的发包人特殊技术要求。

4. 当事人主张工程质量缺陷责任可归责于工程监理人的，可根据下列情形分别进行举证：

- (1) 工程存在不符合约定或法定标准的质量缺陷；
- (2) 工程施工质量缺陷与监理人的过错有关。

5. 当事人主张工程质量缺陷责任可归责于工程材料、构件、设备设施供货人的，可根据下列情形分别进行举证：

- (1) 工程存在不符合约定或法定标准的质量缺陷；
- (2) 前项工程质量缺陷与供货人供应的工程材料、构件、设备设施的质量缺陷有关。

## 第 6.2 节 已完工程的竣工验收与工程质量

### 【条文 6.2.1】 工程竣工资料移交

承包人主张或抗辩工程的竣工资料已全部完成移交的，可就下列事实进行举证：

1. 全部竣工资料经由勘察人、设计人、监理人、建设单位或发包人单位盖章，或者有权代表签字接收；
2. 前项接收的竣工资料的内容能够反映全部竣工资料的详细清单和份数。

### 【条文 6.2.2】 工程竣工验收

承包人主张案涉工程已通过竣工验收的，可以就下列事实进行举证：

1. 承包人已完成工程设计和合同约定的各项内容的证据，如工程施工记录、监理日

志、分部分项验收记录、隐蔽工程验收记录、单体工程验收记录、工程洽商、签证单、验收记录、竣工报告等，如有设计变更，可提供由设计人签署的设计变更通知书、设计变更质量检查合格报告；

2. 承包人采购的工程物资的进场检验合格报告；

3. 发包人采购的工程物资在承包人使用前的查验文件以及工程物资进场检验合格的报告；

4. 承包人向发包人提交了工程竣工报告，发包人进行签收的证据。竣工报告中应包括承包人工程已完成的证明材料、对应工程的技术档案和施工管理资料、建筑设备安装调试合格证明、工程质量评定合格等内容；

5. 发包人和监理人对承包人提交的竣工报告作出评价并签署了工程质量合格或达到合同约定质量标准的证据，如竣工报告经监理人进行签字盖章，或有关会议纪要、备忘录、协议等；

6. 设计人对承包人提交的竣工报告作出施工成果符合设计标准的评价并签署了相应意见的证据，如竣工报告经设计人及其代表签字盖章或有关会议纪要、备忘录、协议等；

7. 当事人之间关于竣工验收程序 and 要求的特别约定。

#### 【条文 6.2.3】工程未办理竣工验收备案

发包人主张或抗辩工程竣工验收备案未完成的责任归于承包人的，可以就以下事实进行举证：

1. 承包人拒绝配合办理竣工验收备案；

2. 承包人的承包内容包含消防专业工程内容的，因承包人原因，未获得公安消防部门出具的《建设工程消防验收意见书》，或者承包人对《建设工程消防验收意见书》提出问题未完成整改；

3. 因承包人原因工程未能获得城乡规划主管部门出具的工程规划条件核实认可文件，或者环保部门出具的建设工程环保验收认可文件；

4. 承包人拒绝出具《工程质量保修书》；

5. 承包人未如实出具建设单位或发包人已按合同约定拨付工程款的证明；

6. 因承包人原因导致工程竣工验收备案手续无法完成的其他证据。

**【条文 6.2.4】 未经验收发包人擅自使用的工程质量责任**

发包人提前使用未经竣工验收的工程，发包人主张不能免除承包人工程质量缺陷责任的，可以就以下事实进行举证：

- 1.工程存在的质量缺陷、缺陷程度与发包人提前使用行为和范围明显不具有因果关系；
- 2.承包人恶意利用《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》第十三条的规定迫使发包人提前使用工程。

**【条文 6.2.5】 未经竣工验收发包人擅自使用的工程**

工程未经竣工验收，承包人主张发包人擅自使用的，可以就下列事实进行举证：

- 1.工程移交记录；
- 2.发包人拟使用工程的通知、协议等；
- 3.发包人实际使用工程的照片、摄像，以及来源于发包人或工程实际使用人或者第三方公开媒体等有关工程项目投产、点火、运营、销售、开业、商品房屋买受人承租人入住（驻）等网络信息、新闻报道等；
- 4.能够证明发包人或者其授权、许可使用工程的其他人使用工程的其他证据；
- 5.发包人强行接管占有工程承包人不予认可的交涉文件；
- 6.发包人强行占有工程的现场音像记录文件等；
- 7.发包人擅自使用的工程范围。

### 第 6.3 节 未完工工程的质量

**【条文 6.3.1】 未完工工程的质量合格**

承包人主张其未完工工程质量合格的，可以就下列事实进行举证：

- 1.未完工工程存在被发包人擅自使用的情形；
- 2.未完工工程施工过程中依据有关施工质量检验规范、技术标准形成的各分部分项工程、单位工程检测验收合格证明；

- 3.未完工工程属于有试车、试运行、交工验收等中间验收要求的工业工程、交通工程等特殊工程的，依据合同约定、行业技术标准规定形成的试车、试运行、交工验收等中间验收合格证明文件；
- 4.能够证明未完工工程已形成的工程实体质量合格的其他证据。

#### 【条文 6.3.2】未完工工程的质量不合格

发包人主张承包人施工的未完工工程质量不合格的，可以就下列事实进行举证：

- 1.未完工工程质量明显不符合合同约定要求或者法定强制性标准，或者不具备分部分项检验、验收条件；
- 2.未完工工程施工过程中形成的检测、验收报告或者试车、试运行、交工验收报告等中间验收报告不真实；
- 3.未完工工程施工过程中形成的检测、验收报告或者试车、试运行、交工验收等中间验收报告不符合有关施工质量检验规范、技术标准；
- 4.未完工工程施工过程中形成的检测、验收报告或者试车、试运行、交工验收等中间验收报告结论为不合格需要整改，而承包人未完成整改或经整改仍不合格；
- 5.承包人同意发包人提前使用未完工工程的证据；
- 6.未完工工程质量缺陷的存在、缺陷程度与发包人擅自使用行为和范围明显不具有因果关系；
- 7.承包人恶意利用《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》第十三条的规定迫使发包人擅自使用未完工工程；
- 8.能够证明未完工工程已形成的工程实体质量不合格的其他证据。

### 第 6.4 节 工程保修责任

#### 【条文 6.4.1】工程质量保修

- 1.发包人主张承包人承担工程质量保修责任的，可以就下列事实进行举证：
  - (1) 建设工程施工合同或《房屋建设工程质量保修书》关于保修范围、保修期限及起算时间的约定或承诺；

- (2) 承包人承建的工程存在质量缺陷；
- (3) 工程存在质量缺陷的部位属于约定或法定的保修范围；
- (4) 维修通知到达承包人的日期在保修期限内；
- (5) 存在承包人怠于履行保修义务的情形或工程经维修仍不合格。

2.发包人主张承包人承担修复费用的，还需就质量缺陷可归责于承包人或者归因于自然原因（但不可抗力除外），以及发包人自行或委托第三方修复所需的费用及其合理性进行举证。

#### **【条文 6.4.2】 保修金返还**

1.承包人主张返还保修金的，可以就下列事实进行举证：

- (1) 建设工程施工合同或《工程质量保修书》关于质保金返还金额和期限的约定；
- (2) 约定的质保金返还期限已届满；
- (3) 应予返还的保修金金额。

2.发包人对承包人保修金返还的主张进行抗辩的，可以就下列事实进行举证：

- (1) 实际预留的保修金数额少于约定预留的保修金数额；
- (2) 约定的质保金返还期限全部或部分尚未届满；
- (3) 承包人未尽保修义务，以及应当依约扣减的保修金数额；
- (4) 因可归责于承包人的原因，承包人应承担保修期内工程质量缺陷导致的损失赔偿金或保修违约金；
- (5) 承包人同意扣减的保修金数额、发包人依法可主张与应返还的保修金折抵的金额。

### 第 6.5 节 工程质量责任减免

#### **【条文 6.5.1】 承包人工程施工阶段质量责任的免除**

工程被确认存在质量缺陷，承包人主张免除工程施工阶段质量责任的，可以就以下事实进行举证：

1.发包人已作出免除承包人相关责任的意思表示；

- 2.工程已进入保修责任期（已经通过竣工验收或者被视为合格交付）；
- 3.发包人仅向承包人主张保修责任的意思表示；
- 4.发包人对承包人完工的工程自行或委托第三人进行了变更；
- 5.工程质量责任归因于自然原因、不可抗力；
- 6.工程质量责任归因于发包人或者承包人之外的第三人使用工程不当、侵权或其他不当行为；
- 7.工程质量责任归因于发包人供应的材料、设备、构配件等工程物资的质量缺陷，且承包人已依约定和法律规定适当履行了对发包人提供的工程物资质量查验的义务；
- 8.工程质量缺陷不可归责于承包人的其他事实。

**【条文 6.5.2】 承包人工程施工阶段质量责任的减轻**

工程被确认存在质量缺陷，承包人主张仅承担工程施工阶段质量部分责任的，可以就以下事实进行举证：

- 1.工程质量缺陷与发包人指定承包人使用的工程材料、设备、构配件的质量缺陷有关；
- 2.质量缺陷工程属于发包人指定分包人的分包范围；
- 3.工程质量缺陷与承包人按照约定据以施工的设计文件存在设计缺陷有关；
- 4.工程施工质量缺陷未能在施工过程中及时发现并整改与工程监理人的过错有关；
- 5.工程质量缺陷与发包人负责供应或者指定承包人采购的材料、设备、构配件等工程物资的质量缺陷有关；
- 6.工程质量缺陷与发包人的其他不当行为有关；
- 7.工程质量缺陷与不可归责于承包人的其他原因有关。

**【条文 6.5.3】 承包人工程保修阶段质量责任的免除**

承包人主张免除工程保修责任的，可以就下列事实进行举证：

- 1.工程质量缺陷不属于保修范围；
- 2.发包人已作出免除承包人相关责任的意思表示；
- 3.发包人或其委托人向承包人提出工程保修要求时，相应工程范围的保修期已经届满；

4.未经通知承包人或承包人不存在怠于或拒绝履行保修义务情形时，发包人对工程缺陷自行或委托他人进行了维修。

#### 【条文 6.5.4】 承包人工程保修阶段质量责任的减轻

保修阶段的工程被确认存在因自然原因（不可抗力除外）或可归责于承包人的质量缺陷，承包人主张仅承担工程保修部分费用的，可以就以下事实进行举证：

- 1.工程质量缺陷与发包人指定承包人使用的工程材料、设备、构配件的质量缺陷有关；
- 2.质量缺陷工程属于发包人指定分包人的分包范围；
- 3.工程质量缺陷与承包人按照约定据以施工的设计文件存在设计缺陷有关；
- 4.工程质量缺陷与发包人负责供应或者指定承包人采购的材料、设备、构配件等工程物资的质量缺陷有关；
- 5.工程质量缺陷与发包人或者承包人之外的第三人使用工程不当、侵权或其他不当行为有关；
- 6.工程质量缺陷的扩大与发包人未能及时通知承包人有关；
- 7.工程质量缺陷的扩大与因不可归责于承包人的事由导致承包人不能及时完成维修有关；
- 8.工程质量缺陷与不可归责于承包人的其他原因有关。

### 第 6.6 节 工程质量鉴定

#### 【条文 6.6.1】 工程质量鉴定申请

下列情形当事人一般宜提出工程质量鉴定申请：

- 1.发包人主张工程存在质量缺陷，但未提出相关证据，或提供的证据不足以证明缺陷事实的；
- 2.工程未通过竣工验收，当事人主张解除施工合同，承包人主张结算工程价款，但是未提出结算价款的工程符合质量要求的相关证据，或者提供的证据不足以证明工程符合质量要求的；

- 3.工程未通过竣工验收,当事人主张解除施工合同,承包人主张结算工程价款,并提供了结算价款的工程符合质量要求的相关证据,发包人有异议但未提出反驳证据,或者提供的反驳证据不足以证明异议成立的;
- 4.法庭或仲裁庭向当事人释明不申请工程质量鉴定的法律后果的。

#### 【条文 6.6.2】单方委托的工程质量鉴定

1.当事人以案件审理之前自行委托第三方进行的工程质量鉴定意见作为证据,对方当事人不认可的,单方委托鉴定的一方可以从以下方面进行初步举证:

- (1) 鉴定机构、鉴定人具有法定资质资格;
- (2) 鉴定所依据的技术资料具有真实性,或者已经对方认可;
- (3) 鉴定人可以出庭接受询问。

2.主张不采信单方委托的工程质量鉴定意见的当事人,可以从以下方面进行举证抗辩:

- (1) 鉴定机构、鉴定人与鉴定申请人或抗辩人存在利害关系;
- (2) 鉴定机构、鉴定人与工程鉴定结果存在利害关系;
- (3) 鉴定机构、鉴定人的鉴定资质、资格存在瑕疵;
- (4) 鉴定所依据的技术资料不具有真实性,或者未经抗辩人认可;
- (5) 鉴定所依据的技术资料有缺漏;
- (6) 鉴定过程、鉴定程序违法;
- (7) 鉴定取样、分析、计算等存在足以影响鉴定结果的错误;
- (8) 存在可能导致该鉴定意见错误的其他重大程序或实体瑕疵。

### 第 6.7 节 工程质量修复方案与修复费用

#### 【条文 6.7.1】工程质量缺陷修复方案的合理性

1.就工程质量缺陷修复方案合理性的主张或抗辩,当事人建议从以下方面进行举证:

- (1) 修复方案是否基于原施工图纸、施工技术标准及工程的现有质量缺陷;
- (2) 修复方案是否由工程原设计人或有相应资质的设计人提供;

- (3) 提供修复方案的设计人与拟修复的工程质量缺陷是否具有利害关系；
- (4) 修复方案是否满足作为工程施工依据的原施工图纸和施工技术标准，是否存在修复过度的情形；
- (5) 实施修复方案的修复费用是否具有经济上的合理性。

2.在承包人拒绝或者怠于承担工程保修责任的情形下，就发包人单方确定的工程质量缺陷修复方案合理性的主张或抗辩，当事人可以从以下方面进行举证：

- (1) 发包人单方确定的质量缺陷修复方案及相应的修复费用在实施之前是否已经善意履行了征求承包人意见或建议的合理程序；
- (2) 发包人给予承包人对修复方案提出意见或建议的时间是否合理；
- (3) 发包人对于承包人提出的意见或建议是否已尽一般审慎义务予以合理采纳或者回应。

#### **【条文 6.7.2】 工程质量缺陷修复方案实施与修复费用支付**

经承包双方当事人确认的工程质量修复方案，或者**【条文 6.7.1】**第二款情形下由发包人单方合理确定的质量缺陷修复方案，发包人排除承包人自行或者承包人委托第三人实施修复方案的，建议就其合理性从以下方面进行举证：

1. 承包人或其委托的第三人不具有实施工程质量修复方案的资质资格或能力；
2. 承包人或其委托的第三方拒绝实施或者不合理地拖延实施；
3. 发包人自行或交由承包人之外的第三人实施的其他合理理由。

### 第 6.8 节 工程质量违约损失及其赔偿

#### **【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**

1. 发包人要求承包人承担工程竣工验收合格之前的工程质量违约责任的，可以就以下事实进行举证：

- (1) 因整改工程质量缺陷导致发包人自身造成的损失；
- (2) 因整改工程质量缺陷导致发包人对第三方承担的违约、侵权责任或赔偿的损失；
- (3) 发包人与承包人对质量违约金的约定。

2.因工程质量缺陷导致工程不能通过验收且不能修复，发包人要求承包人承担违约责任的，可就以下事实进行举证：

- (1) 工程未能通过竣工验收，且质量缺陷部位属于地基、基础或者主体结构；
- (2) 经鉴定，工程不能修复或修复费用明显不合理；
- (3) 发包人已经支付的工程价款；
- (4) 发包人按照合同约定采购设备、材料的费用；
- (5) 发包人投入到相关配套工程中的费用；
- (6) 发包人为工程投入的其他费用；
- (7) 因工程不能重建或另行建造导致发包人向第三方承担的违约责任或赔偿的损失；
- (8) 工程拆除的费用；
- (9) 因工程无法重建或另行建造导致的发包人预期利益损失。

**【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**

1.发包人要求承包人承担工程保修违约责任的，可以就以下事实进行举证：

- (1) 缺陷部分的分部分项工程尚在相应的质量保修期内；
- (2) 质量缺陷可归责于承包人；
- (3) 主张工程保修的通知已经送达承包人，但承包人未尽保修义务或迟延履行保修义务；
- (4) 发包人委托第三方维修发生的合理费用（可参见【条文 6.7.1】）；
- (5) 因质量缺陷及其维修工作导致发包人生产停滞或效率降低产生的损失；
- (6) 因质量缺陷及其维修工作导致发包人对第三方违约所承担的违约责任或赔偿的损失；
- (7) 因质量缺陷导致发包人对第三方承担的人身、财产的侵权损害赔偿；
- (8) 因质量缺陷及其维修工作导致发包人的其他损失。

2.保修阶段发现的工程质量缺陷导致工程无法继续使用且不能修复，发包人要求承包人承担违约责任的，可以就以下事实进行举证：

- (1) 质量缺陷部位属于地基、基础或者主体结构，且在工程设计的合理使用年限内；
- (2) 经鉴定，工程不能修复或修复费用明显不合理；
- (3) 发包人已经支付的工程款；

- (4) 发包人按照合同约定采购设备、材料的费用；
- (5) 发包人投入到相关配套工程中的费用；
- (6) 发包人为工程投入的其他费用；
- (7) 因工程不能续建或另行建造导致发包人向第三方承担的违约责任或赔偿的损失；
- (8) 工程拆除的费用；
- (9) 因工程无法再建或另行建造导致的发包人预期利益损失。

### 致谢

本次调研历时一年有余，其间获得诸多单位和个人的支持。常设论坛对以下单位和个人之支持和帮助致以真诚谢意：

1. 发起人深圳国际仲裁院（深圳仲裁委员会）委派四人参与此次调研，在各成员及观察员中出人最多，贡献非凡；
2. 观察员单位天同律师事务所先后委派三人参与调研，并为第五个工作组的内部研讨提供北京、南京两地办公室之后勤支持；
3. 成员单位南昌仲裁委员会、观察员单位江西求正沃德律师事务所以及南昌市法学会、北京京师（南昌）律师事务所、国际商会仲裁员在南昌市协办了本《指引》的意见征求会；
4. 成员单位北京建筑大学在北京承办了常设论坛第二次成员大会，就本《指引》在成员及观察员范围内进一步征求意见；
5. 以下成员或观察员代表向第五工作组提供了书面意见和建议（姓氏拼音顺序）：郭兴隆、刘健、牛璞、檀中文、徐寅哲、张培亮。