

广州律师业务研究丛书

建筑领域 法律纠纷实战方略

广州市律师协会 编

汇集建筑领域前沿审判实战案例
展现建筑领域律师思辩精华
为法律实务工作者提供业务策略
和操作技巧上的参考

广州律师业务研究丛书

建筑领域 法律纠纷 实战方略

广州市律师协会 编

图书在版编目 (CIP) 数据

建筑领域法律纠纷实战方略/广州市律师协会编.

—北京:中国法制出版社,2016.4

(广州律师业务研究丛书)

ISBN 978-7-5093-7475-7

I. ①建… II. ①广… III. ①建筑工程-经济纠纷-
案例-中国 IV. ①D922.297.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 077352 号

策划编辑:戴蕊 (dora6322@sina.com)

责任编辑:薛强 (editor_xue@163.com)

封面设计:杨泽江

建筑领域法律纠纷实战方略

JIANZHU LINGYU FALÜ JIUFEN SHIZHAN FANGLÜE

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/730毫米×1030毫米 16

版次/2016年5月第1版

印张/27 字数/384千

2016年5月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7475-7

定价:78.00元

北京西单横二条2号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话:010-66033393

值班电话:010-66026508

传真:010-66031119

编辑部电话:010-66038139

邮购部电话:010-66033288

(如有印装质量问题,请与本社编务印务管理部联系调换。电话:010-66032926)

“广州律师业务研究丛书”
总编辑委员会

主 任

黄永东

副主任

庄伟燕 张 平 黄建水 邢益强
文震殊 肖胜方 朱宝莲 王志军

委 员

田子军 王建云 林秀芝 陈镇慧
全朝晖 杨青燕 许奋飞 张白沙
唐健锋 陈向勇 陈 敏 游植龙
吕 晖 江点序 黄 山 谈 凌
李素敏 朱光辉 张成勇 陈作科
程跃华 张 钧 赵汉根

编委会名单

本册主编

庄伟燕 王志军 陈镇慧

副主编

李松涛 胡正方 彭晓伟 朱宝莲

编委

柏满祥 陈 宁 杜玉明 关海燕 蒋凌霞

胡斯恒 江安生 黎志军 王云辉

《广州律师业务研究丛书》编印说明

广州市律师协会（以下简称广州律协）创立于1988年，是依照《中华人民共和国律师法》成立的社会团体。广州律协依法实施自律管理，作为行业的自律性组织，规划发展战略，提供会员服务，促进行业发展。在广州改革开放和现代化建设的大潮中，广州律协坚持不断完善广州律师行业各项自律机制，做好内部建设，目前已形成专门工作委员会和专业（事务）委员会并驾齐驱、服务行业的局面。

广州律协一直致力于提升广州律师行业的专业化、品牌化、规模化发展。自1979年恢复律师制度以来，广州律师行业从无到有，形成了一支专业领域多元化、业务能力过硬、后备力量充沛的律师队伍。截至2015年3月，广州市共有500多家律师事务所、近10000名执业律师，行业规模仅次于北京、上海，在全国省会城市中居首。律师业务领域越趋宽广，已逐步由刑事、民事领域的传统业务向知识产权、金融证券、电子商务、企业并购重组、高新科技、基础能源建设等新兴业务延伸。广州律师在维护社会公平正义、推进广州新型城市化发展等方面发挥着重要作用，业务能力和专业优势日益凸显。

党的十八届三中全会以来，随着全面深化改革、推进依法治国各项重大举措的实施，广州律师迎来了全新的机遇与挑战。在全面推进依法治国的时代背景下，政治、经济、社会、文化等各领域的改革发展都为律师创造了转型的契机。这也对广大律师发挥职能、履行使命提出了更高更艰巨的要求。站立在改革潮头的广州律师，迅速抓住发展机遇，广泛探索，深入钻研，将律师业务整体水平提升到更高的位置，做时代的弄潮儿。

《广州律师业务研究丛书》正是广州律协为提升广州律师理论及实务研究水平、促进多元化的交流、鼓励律师业务向更高层次发展而组织编著的。该丛书自2014年起组织撰写，旨在充分发挥广州律协各专业（事务）委员会的科研水平，总结广州律师业近年来在各领域的实务经验，展示业务成果和理论水平。

《广州律师业务研究丛书》作为为广州律师业提供专业、深度的案例分析和理论参考的书籍，具有以下特点：

其一，编审专业权威。丛书由广州律协有关领导组成的总编辑委员会审定选题，

由资深律师、知名专家撰写研究性案例或论文，由相关专业（事务）委员会甄选及编辑，强调专业性，保持高水准。

其二，内容丰富多样。丛书内容覆盖面广，针对性强，有的是涉及新类型案件的，有的是分析疑难问题的，有的是源于现行法律尚未明确规定的或者在实践中存在分歧的。

其三，评析客观全面。丛书坚持以事实和法理为依据，对选取的案例进行客观全面的剖析和点评，务求使读者在全面了解案情、厘清法律应用逻辑之基础上，亦可作出自己的深入思考和客观判断。

其四，经验可供借鉴。基于广州律师业务拓展较快、专业化服务领域对实务水平要求较高的形势，丛书注重总结成功的业务经验，在实用性内容上加以延伸，为法律实务工作者提供业务策略和操作技巧上的参考。

《广州律师业务研究丛书》汇集了广州律师的业务成果，总结了广州律师的执业经验，反映了广州律师的理论水平、实务能力和职业风采。这是广州律协业务研究工作的最新尝试，必将推动律师业务总结和经验交流，推进法制进步和社会文明建设。

广州市律师协会
2016年4月30日

目 录

1. 被挂靠人协助实际施工人对外结算不构成对工程款的确认	陈镇慧 / 1
2. 发包人项目负责人承诺合同工期变更之效力认定	陈镇慧 / 8
3. 一起案件两次发回重审究竟为何般?	陈镇慧 / 23
4. 联营双方对联营实体及其实际经营者的责任应如何承担	陈镇慧 / 37
5. 如何正确理解建筑工程施工合同中的“晴天工作日”	陈镇慧 / 44
6. 通过调解和裁决相结合方式追回 1.8 亿元的土地综合开发费	李松涛 / 51
7. 法院为何采纳开发商提交的结算报告书认定涉案工程造价	李松涛 / 56
8. 如何确定工程施工导致毗邻房屋受损程度和赔偿依据	李松涛 / 65
9. 开发商诉建筑公司提交工程资料纠纷案	李松涛 / 74
10. 因工程设计变更引致合同约定的“固定总价”不固定的诉争	李松涛 / 82
11. 工程材料设备租赁合同责任主体能否突破合同相对性	胡正方 / 91
12. 工程施工对相邻房屋损害赔偿中责任承担的主体及赔偿范围 的认定	胡正方 / 99
13. 工程施工对相邻房屋损害赔偿中责任主体的内部赔偿划分	胡正方 / 108
14. 无工程造价咨询资质所作出的造价鉴定报告无效	胡正方 / 117
——建设工程合同无效工程款结算问题	
15. 关于建设工程施工合同无效后的处理和责任承担问题	彭晓伟 / 125
——N 建筑工程有限公司诉潘某、Z 广州分公司等建设工程施工合同纠纷案	
16. 超越资质承接工程是否导致建筑工程施工合同无效	彭晓伟 / 132
17. 关于未完成工程中已建部分的造价鉴定	彭晓伟 / 141
18. 相邻房屋受损建设工程施工方是否直接对受损人承担责任	彭晓伟 / 147
19. 工程实践中如何适用“逾期不答复视为认可”原则	杜玉明 / 154
20. 工期顺延的认定标准	杜玉明 / 163
21. 如何对工程质量鉴定报告进行质证	杜玉明 / 172
22. 在无效施工合同中, 承包人主张合同约定的工程价款与《解 释》规定的非法所得的区别	杜玉明 / 178
——刘某与韦某、T 公司、X 县发改局建设工程施工合同纠纷案	

23. 工程施工超期,监理单位可按日收取监理酬金 江安生 / 185
24. 建筑工程施工分包合同“背靠背条款”的法律效力 江安生 / 190
25. 施工合同无效,工程款及利息需支付 江安生 / 197
26. 建筑工程价款优先受偿的范围 黎志军 / 202
27. 境外建设工程联营项目费用支出及亏损分担之认定 黎志军 / 208
——B公司诉A公司建设工程联营合同纠纷案
28. 不能针对以在建工程项目作价出资形成的股权主张优先受偿权 黎志军 / 214
29. 建设工程价款优先受偿权的期间限制及先于抵押权优先受偿 黎志军 / 221
30. 建筑施工过程中雇工受伤的法律 responsibility 分析 柏满祥 / 227
——郭某诉麦某、A公司生命权、健康权、身体权纠纷案
31. 建筑施工合同纠纷追讨工程款的诉讼时效之法律分析 柏满祥 / 233
——姚某诉曾某、A公司建设工程合同纠纷案
32. FIDIC条款下监理工程师的合同地位及其实践案例 陈滨宏 / 239
33. 承揽合同工程款结算问题 陈 宁 / 246
34. 建设工程合同中施工主体资格问题 陈 宁 / 251
35. 建设工程施工合同中电力安装合同的性质问题 陈 宁 / 258
36. 工程价款可以通过评估确定 陈 宁 / 264
37. 诉讼时效对工期延误索赔的影响 范惠琴 / 271
38. 建设工程在施工过程中监理单位的变更 关海燕 / 277
39. 代建人请求的奖励应合法、有据 关海燕 / 283
40. 合同任意解除权在建设工程委托监理合同中的适用 黄其伟 / 289
41. 承包人对实际施工人拖欠的材料款应否承担连带责任 胡斯恒 / 293
——陈某诉江某、李某、M园林景观设计工程有限公司买卖合同纠纷案
42. 总承包人付清工程款给分包人后对分包人欠付实际施工人的工
程款是否承担连带责任 胡斯恒 / 300
——邹某、H公司、殷某、胡某、B公司、J公司建设工程施工合同纠纷案
43. 从本案看施工合同纠纷司法解释第二十六条 黄 浩 / 306
44. 监理的签认不能直接视为建设单位对工程量的确认 蒋凌霄 / 314
45. 转包工程退场纠纷 蒋凌霄 / 321
46. 固定总价合同的价格调整问题 王云辉 / 329
47. 竣工日期、竣工验收合格日期、工程接收日期的区分与责任
分析 王云辉 / 337

48. 浅析发包人的银行抵押债权人能否对非强制招标项目中工程款结算变更条款提起第三人撤销之诉	王云辉 / 348
49. 广州 K 公司诉 J 公司等建设工程合同纠纷案	韦国祥 / 355
50. 简评建筑工程施工合同纠纷中工程价款的确定	吴剑平 姚剑雄 / 361
——从广东 J 装饰工程有限公司与韶关市 X 房地产有限公司建设工程 施工合同纠纷案说起	
51. 东莞 A 公司与台山 B 公司建设工程施工合同纠纷案	谢 明 / 367
52. 劳务分包公司追讨工程款的几个问题	王 晖 / 375
53. 建筑公司没有完成与建设单位合同约定的办理竣工验收及工 程备案义务应否承担违约责任	朱健民 林美顺 / 380
54. 合伙承包挂靠建筑公司的工程纠纷法律适用实例	尤玉婵 / 387
55. 准确把握合同结算条款依法维护发包方合法权益	钟 炜 徐婉雯 / 394
——以固定单价和财审作为结算依据的建设工程为例	
56. 贵州省某冶金建设公司诉河源市某矿业有限公司建设工程施 工合同纠纷案	刘金纲 / 401
57. 施工合同约定违约金适用问题	周红华 / 409
58. 发包人怠于履行工程结算审核义务的责任	陈滨宏 / 416
后 记	/ 424

被挂靠人协助实际施工人对外 结算不构成对工程款的确认

陈镇慧*

一、当事人和代理人基本情况及案由

原告：莫某

被告一：G 建筑工程有限公司

被告二：G 建筑工程有限公司第四分公司

委托代理人：陈镇慧、陈育虹，均为广东启源律师事务所律师

第三人：C 镀锌板有限公司

第三人：D 钢品有限公司

第三人：E 钢铁厂

案由：建设工程合同纠纷

二、案情介绍

1993年5月，被告一G建筑工程有限公司〔乙方、承（分）包单位〕与第三人E钢铁厂〔甲方、发（总）包单位〕签订《广东省C镀锌板有限公司钢管新厂一期工程发包合同》，约定：工程名称为C镀锌板有限公司钢管新厂一期工程，建设地点广东省三水区对外开发区三小区；建筑面积约15700m²，被告一承建全部土建工程、金属结构工程、室内外装修工程，主体工程于1993年11月30日前全部完成；被告一以包工、包料、包工期、包质量的方式承建；工程总造价约971万元，以审定的施工图预算为准；被告一承包的任务，非经第三人E钢铁厂同意，不得随意分包第三方；被告

* 陈镇慧，广东启源律师事务所律师。

一应在全部工程竣工验收合格后的 30 天内提出竣工结算，送第三人 E 钢铁厂和经办银行审核，第三人 E 钢铁厂应在接到结算之日起 15 天内提出意见，逾期视作同意；工程（包括单项工程）竣工前五天内，由被告一通知第三人 E 钢铁厂组织有关单位进行验收；工程质量及工程内容符合要求的，双方在《竣工工程验收证明书》上签章；等等。

1993 年 6 月 10 日，被告二 G 建筑工程有限公司第四工程处（后更名为第四分公司）与第四工程处第二施工处（下称“第二施工处”）签订《联营承包合同》，约定：被告二聘任本案原告为第二施工处负责人，并以原告为主组成承包班子，实行集体承包。由以原告为首的第二施工处采用包工、包料、包工期、包质量的方式承建了 C 镀锌板有限公司钢管新厂一期工程；面积约 15700m²，工程总造价约 971 万元，合同工期为 283 个日历天；第二施工处按工程造价实行全额承包，独立核算，自负盈亏，并按工程总造价（含材料价差在内，不含营业税）的 3.5% 上缴被告二；营业税和所得税由第二施工处负责支付，统一办理上交被告二，由被告二统一上缴；第二施工处的银行开户应由被告二统一办理；每月开支应遵守国家有关法律法规，第二施工处在施工过程中所发生的一切开支、罚款由第二施工处自理；该工程由被告二派指定人员进行管理，第二施工处负责支付每月的奖金；严格执行安全生产的有关制度，如发生工伤、死亡事故则由原告承担一切经济和法律責任等。

1993 年 11 月 23 日，被告二出具《任命证书》，任命原告为被告二 E 钢铁厂工地安全生产直接责任人。

由于发包人工程烂尾，原告不及时与发包人催要工程款，也不积极按当地建设银行的要求提供工程资料，也不主动依法提起诉讼，导致工程款结算不了了之，发包人也已人去楼空。

自 2004 年起至今十余年来，原告先后向被告的上级部门、新华通讯社、广东省国资委纪委、广东省政协、广东省人大、广东省人民检察院、广州市人民检察院等部门信访投诉被告一、被告二截留工程款、拖欠工程款，但原告的信访内容生搬硬套，且信访中涉及的工程款金额也不断变化，例如：1. 2004 年 7 月 5 日，原告向被告的上级部门信访，主张的工程款是 1697476.10 元；2. 2011 年 11 月 13 日，原告向法制维权监督网信访，主张的工程款是 4680016.06 元；3. 2014 年 3 月 3 日，原告向被告上级主管部门信访，主张的工程款是 5669472.15 元；但到了 2014 年 4 月 21 日，原告向法院起诉主张被告拖欠的工程款又增加到 10210955.92 元。

另查明：2014 年 4 月 2 日，原告与被告双方确认签署了《G 建筑工程有限公司与 E 钢铁厂的工程收款及支付承包者工程款情况》，载明被告收到 E 钢铁厂工程款总金额为 3500000，收到 E 钢铁厂项目工程款总金额为 3366507 元。

庭审过程中，被告依法向法院申请追加 C 镀锌板有限公司、E 钢铁厂和 D 钢品有

限公司为本案第三人参加诉讼。法院对此申请依法予以采纳，因追加的第三人均下落不明，经公告送达起诉状副本及开庭传票等法律文书，第三人没有到庭参加诉讼，法院依法进行缺席审理。

G 建筑工程公司第四工程处是 G 建筑工程有限公司第四分公司的前身，其权利义务由 G 建筑工程有限公司第四分公司承继。

原告的诉讼请求为：1. 被告向原告支付工程款 10289764.74 元及上述工程款的利息（从工程验收合格之日即 1995 年 10 月 12 日起至两被告还清上述工程款之日止，按同期银行贷款计算），暂计至 2014 年 9 月 15 日，利息共 24701949.30 元，以上共 34991714.04 元；2. 两被告对上述本金和利息负连带责任；3. 本案诉讼费由被告承担。

三、本案争议焦点

本案的争议焦点为法律关系定性及两被告是否适格被告主体的问题。

四、双方意见

（一）原告意见

原告主张其与 G 建筑工程有限公司第四分公司签订《联营承包合同》，承接三水 E 钢铁厂钢管新厂一期工程，工程分为金属屋架、金属屋面及其他附属小工程，各工程独立核算，原告依约 1993 年 7 月 10 日进场施工，1995 年 10 月 12 日经建设单位、设计单位、承建单位、质量监督站四单位共同验收合格，工程结算总价为工程款 10289764.74 元，两被告未向原告支付过分文工程款，故根据承包合同两被告作为发包主体负有向原告支付工程款的义务。

另外，原告强调其与被告是分包关系，不是挂靠关系，工程验收、结算都是由被告派人和建筑单位签订、确认预算单和结算单。原告之所以二十年来通过新闻媒体、司法机关、国资委等多种方式追偿工程款未果，系因原告没有全面掌握有关工程的结算资料，作为两被告的下属也无法全面拿到结算资料，无法与两被告进行结算，建筑单位的资金是否到两被告的账户原告也无法查询。

（二）被告意见

两被告则主张：原告与两被告之间实质上是“内部挂靠”的法律关系，不存在原告主张的所谓的“承包或者分包”的法律关系，其诉请两被告支付工程款属主体错误，适格的被告主体应是本案第三人即案涉工程的建设单位和发包人。具体理由如下：

1. 从原告与被告二之间于 1993 年 6 月 10 日签订的《联营承包合同》中的签订主

体上来看，甲方为“G 建筑工程公司第四工程处”、乙方为“G 建筑工程公司第四工程处第二施工处”，被告正是为了协助原告，方便其以被告的名义对外与建设单位第三人承揽工程、施工、结算等而专门设立第二施工处给原告，同时聘任原告作为第二施工处的负责人。这些事实都足以证明原被告之间是内部挂靠法律关系，而不是承包或者分包关系。如果是承包关系，那么签约主体应该是原告本人而不是被告专门为其设立的第二施工处。可想而知，如果原被告之间就是承包关系，被告没有任何理由和必要出具聘任书给原告，这明显有悖常理！

2. 从联营合同的实际履行情况来看，事实上，被告也只有承担协助配合原告的义务，从中唯一获得的利益就是原告按其收到第三人支付的工程款的 3.5% 上交的管理费，这一事实原被告双方是清楚且没有异议的。例如，从原告提交的证据《工程款支付对账情况表》上也可得印证，被告在扣除相应的管理费和税金后，已将第三人支付给原告的工程款全部转支付给原告。倘若原被告之间不是内部挂靠关系，那么被告从中获利的就不是管理费，而应是利润或工程款承包差价。

3. 从原告一直持有案涉工程的多份结算资料的原件上来看，结算资料包括但不限于有被告盖章的工程预结算单、单位工程竣工验收证明书、第三人发给被告的函件以及被告致佛山市建委（法定的第三方审核机构）的函件等原件均由原告持有保管，这也恰恰证明了被告是被原告挂靠的承包人，被告为了配合原告对外以被告的名义与第三人进行工程款结算，只能应原告的要求把案涉工程有关的结算资料原件全都交给原告去与第三人进行结算，同时也证明了结算工作都是原告去主导推进完成的，被告只是配合原告对外结算的要求在原告制作的结算书上盖章而已。该盖章行为不构成被告对原告工程款的确认，是否确认，应由第三人指定的建设银行审核的结果为准。

4. 从原告二十余年来从未向被告主张过工程款结算的事实行为上来看，如果原告与被告之间存在承包或分包关系的话，那么原告为什么一直没有向被告主张过工程款的结算，也从来没有向被告提交过任何一份内部结算资料要求予以结算呢？相反，原告通过采取不正常的途径多次向有关部门信访、投诉等主张被告截留第三人支付给原告的工程款若干，这种做法明显是不符合客观常理的。被告认为，原告二十年来之所以没有向被告主张过工程款结算的根本原因就是原被告之间是内部挂靠关系，而且被告已经将第三人支付给原告的全部工程款付清给原告，且原告在庭审中也承认收到被告转支付的工程款。

5. 从原告 2006 年 12 月 23 日致函广东省国资委《关于要求省建工集团返还建筑工程欠款的请求》的内容来看，原告称，“本人莫某，是建筑承包商，组织的施工队挂靠 G 集团下属的 G 建筑公司第四分公司……”以及“根据约定第四分公司在收管理费和代缴相关税费后，其余工程款应及时转付给施工处”，其自己也承认原被告之间是

内部工程挂靠关系。

综上，被告认为原被告之间就案涉工程而签订的《联营承包合同》是名为联营实为挂靠的关系，被告已将第三人支付的工程款在扣除管理费后全部支付给了原告，不存在截留工程款，更不存在拖欠工程款。原告应向第三人主张工程款而不应向被告主张工程款。故原告向被告诉请工程款属主体错误，依法应予驳回。

五、裁判结果

根据《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。”判决如下：驳回原告的全部诉讼请求。

六、裁判理由

（一）关于金属屋架工程问题

原告提供的证据有编制日期为1994年6月8日的《G建筑工程公司工程预算单》和对应的《建筑工程（结算）预算表》若干，以及《单位工程竣工验收证明书》，拟证明金属屋架工程结算价为5847453.05元。两被告认为上述《工程预结算单》为预算单，上述《工程预结算单》编制日期为1994年6月8日，而原告亦自认涉案工程于1995年10月12日才经验收合格，且上述《工程预结算单》中没有建设单位的签章确认，原告以该《工程预结算单》作为认定金属屋架的结算价为5847453.05元明显依据不足。与上述《工程预结算单》对应的若干《G建筑公司建筑工程（结算）预算表》则均为复印件，而《单位工程竣工验收证明书》中并没有明确竣工验收的工程是否为金属屋架工程，只写明承建项目为土建部分，全部完成（27轴—52轴），两被告则否认原告做了金属屋架工程。综上，原告提供的上述证据不足以证明金属屋架工程的结算价格。

（二）关于金属屋面工程

原告提供了编制日期为1995年9月28日的《G建筑工程公司工程结算单》对应的《G建筑工程公司建筑工程预算（结算）表》若干，拟证明金属屋面工程结算价为3842706.72元。两被告确认原告做了金属屋面工程，确认上述《工程预结算单》为结算单，表示该单是被告协助原告向建设单位报的结算单，但是建设单位没有确认原告报送的结算数额，该金属屋面工程已经经第三人和第三人指定的审核造价单位建设银

行审核，工程款已经支付给原告。上述《工程结算单》和《G 建筑工程公司建筑工程预算（结算）表》中均没有建设单位的签章确认。综上，原告提供的上述证据不足以证明金属屋面工程的结算价格。

（三）关于其他附属小工程

原告提供了《建设安装工程（预）结算书》六份及对应的《工程结算表》，拟证明其他附属小工程及工程结算价为 599604.43 元。原被告之间没有就附属小工程签订明确的联营承包合同，而原告也未能提供其他相应证据予以佐证，两被告认为是莫某的儿子与第三人直接发生的工程施工关系，表示附属小工程其顶多也是代收代付而已。且上述《建设安装工程（预）结算书》六份及对应的《工程结算表》均没有建设单位的盖章确认，不足以证明其他附属小工程的结算价格。

原告在本案中确认收到了涉案工程的工程款 2856507 元，却又表示在本案的诉讼请求中向两被告主张的工程款 10289764.74 元不包括收到的上述 2856507 元工程款。

七、案例评析

建设部 2004 年第 124 号令《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》中指出：分包工程发包人（即建设工程施工合同中的承包人）没有将其承包的工程进行分包，在施工现场所设项目管理机构的项目负责人、技术负责人、项目核算负责人、质量管理人员、安全管理人员不是工程承包人本单位人员的，视同挂靠经营。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，视同转分包行为。

建筑企业为了提高企业综合实力，在统一的财务、技术、人事管理的基础上通过建立内部竞争机制，来确定具体工程项目的负责人，并组建相应的项目施工部进行施工活动，属于企业内部正常的经营管理活动，应当得到法律的肯定和保护。与这种“内部承包”性质完全不同的是“挂靠”：指有一定资质的建筑企业允许其他没有资质或低等级资质的企业、组织或个人利用本企业的资质、以本企业的名义对外承包工程，并向对方收取一定管理费的行为。“挂靠”本质上是有损工程质量和扰乱建筑市场秩序的违法行为。

建筑企业的内部承包与“挂靠”有本质的区别：一是在资产关系的归属方面，内部承包方与企业之间是隶属关系，使用的是企业的资产，或以股份等方式划转到企业；而挂靠单位的资产没有以股份等方式划转到被挂靠单位，并办理相关法律手续。二是在财务管理方面，建筑企业和内部承包人对经营利润约定进行分配，此约定不得对抗第三人；而挂靠单位与被挂靠单位之间没有统一的财务管理制度，二者之间独立核算、

利润单独分配。三是在人事任免方面，内部承包方无论是个人还是职能部门的组成人员，都与企业存在劳动关系，接受企业的任免、调动和聘用制度；而挂靠单位与被挂靠单位之间没有严格、规范的人事任免、调动、聘用制度，即不存在劳动关系。

本案原告并非被告单位职员，与原告不存在任何人事任免、调动和聘用制度，为了实现借用被告资质，以被告名义对外的目的，原告要求被告出具了《任命证书》，原告成立的某建筑工程有限公司第四工程处第二施工处与原告之间独立核算、利润单独分配。同时，原告向被告只缴纳管理费，并不就所谓的“分包工程”的承包差价获利。双方以《联营承包合同》掩盖了内部挂靠经营的本质。^①

【点评】 本案是名为联营实为挂靠的法律关系。被告作为被挂靠人，协助原告在其编制的拟与发包人结算的结算书上盖章是被告履行合作义务的表现。基于被挂靠人与挂靠人在与发包人结算时的利益是共同的，即被挂靠人的利益是“水涨船高”的，故一般情况下被挂靠人是不会主动去核减挂靠人的工程款，而配合挂靠人在结算书上盖章是其履行合作义务的表现，故不能因此认定是被告对原告工程款的确认，原告以此为由要求被告支付工程款欠妥。法院虽然最后以证据不足为由驳回其诉讼请求，但因判决书中没有对原被告之间的法律关系及联营协议的法律效力作为认定，故本案的判决结果虽然正确，但原有的纠纷没有得到彻底地解决。

(点评人：广东佰德律师事务所律师 胡正方)

^① 案号：(2014)穗海法民三初字第1072号。

发包人项目负责人承诺 合同工期变更之效力认定

陈镇慧*

一、当事人和代理人基本情况及案由

原告：P 房地产开发有限公司

被告：G 建筑工程有限公司

委托代理人：陈镇慧，广东启源律师事务所律师

案由：建设工程合同纠纷

二、案情介绍

原告诉被告建设工程合同纠纷一案，广州市番禺区人民法院于 2009 年 6 月 3 日受理，并于 2013 年 1 月 15 日作出一审判决，原告与被告均不服一审判决并上诉至广州市中级人民法院，广州市中级人民法院以原审“认定事实不清，明显证据不足，严重违反法定程序”为由裁定发回重审。广州市番禺区人民法院作出重审判决后，原被告双方不服重审判决而向广州市中级人民法院提起上诉，2015 年 11 月 20 日，广州市中级人民法院作出终审判决。

2007 年 12 月 14 日，原告与被告双方签订《建设工程施工合同》及《补充协议》，约定被告向原告承包金海岸花园第七组团人防地下室土建工程（以下简称“涉诉工程”），由桩顶至地下室顶板的全部内容，工程总价暂定为 30000000 元，并由被告自筹资金负责包工包料。工期为 120 天。付款方式为原告分四期支付工程款：1. 完成地下室底板工程（工程量按实物工程量可以折算），经原告现场代表及监理签证后，支付

* 陈镇慧，广东启源律师事务所律师。

实际完成工程量的 70% 作为进度款；2. 完成直形墙及柱工程，经原告现场代表及监理签证后，支付实际完成工程量的 70% 作为进度款；3. 完成顶板全部工程，经原告现场代表及监理签证后，支付实际完成工程量的 70% 作为进度款；4. 承包地下室范围全部完成验收为内部验收（监理公司、业主、施工单位），验收后，达到合同要求等级、备案资料齐全并移交甲方后，同时提交结算单一个月内进行工程结算，经双方确认，付至结算造价的 95%，余下 5% 作质保金，两年保修期满后经复验符合要求两个月内无息付清余款。工程验收：工程实行内部验收，全部工程内容完成后，由建设单位、监理单位及施工单位共同进行内部验收，并签署中间验收及移交记录表。工程质量标准：主体评定为合格等级。结算方式：按现场完成的工程量进行结算。违约责任：因承包人原因不能按照协议书约定的竣工日期或工程师同意顺延的工程竣工的，承包人承担违约责任；工程质量应当达到协议书约定的质量标准，质量标准的评定以国家或行业的质量检验评定标准为依据，因承包人原因工程质量达不到约定的质量标准，承包人承担违约责任；双方对工程质量争议，由双方同意的工程质量检测机构鉴定，所需费用及因此造成的损失，由责任方承担；若被告无法按期完工，从工期延误第一天起，每天按工程总造价的千分之五向原告偿付违约金。原告若不按时支付工程款，每逾期一天，按所拖欠数额的千分之五向被告支付违约金。质量问题由承包方负责返工到质量合格为止，因此造成的拖延工期及经济责任由承包人负责，发包人有权拒绝支付任何工程款，且不予结算。原被告还约定：评定质量为不合格的不予结算，并追究所造成的经济损失及法律责任，施工单位必须无偿进行返工，加固或补强至合格等。

2007 年 12 月 31 日，被告就场地移交事宜向原告发出工作联系单，称：“由于涉诉工程的预应力管状工程尚未全部完工……地下水施工图纸不齐且尚未进行图纸会审，项目施工许可证尚未办妥……我认为该场地还没有完全具备施工条件，不应开始计算工期。”原告项目负责人赵某及另一员工在该工作联系单确认：“以上意见属实，我司会加快办证进度，解决施工许可证问题，请体谅我司办证困难，其计算工期按施工许可证发放日起算。”

2008 年 1 月 8 日，原告向被告发出工程联系函：涉诉工程施工许可证正在办理之中，请抓紧吊塔安装并必须严管安全文明施工，如发生停工及其损失由本公司承担。

2008 年 5 月 12 日，被告向原告第一次提交《项目工程进度款审批表》，申请金额为 19015984.74 元。监理公司工程师审核工程实际进度及工程量情况意见为“除①区顶板浇筑未完成外，其余进度基本属实”，总监理工程师审核意见“情况属实，请甲方审核确认”，原告现场工程师意见“为了工程进度，考虑加急进度款以保周转”。

2008 年 7 月 21 日，涉诉工程的监理单位向被告发出监理工作联系单，称涉诉工程的④区顶板出现严重的质量问题，建议现场检测鉴定。

2008年10月20日，原告与被告因在地下室结构的施工质量问题方面存在争议，协议共同委托广东省建筑科学研究院对地下室有争议的检测项目进行现场检测，双方对检测鉴定后的结果共同认可，不再进行二次检测，相关检测费用由被告负责，先由原告代支，从工程结算款扣除。

2009年1月8日，广东省建筑科学研究院对涉诉工程21、22、23栋地下室已建成部分结构出具《结构安全性检测鉴定报告》，鉴定结论为：1. 地下室的结构平面布置情况与设计要求基本一致，结构布置合理。2. 抽检的地下室墙柱和一层梁截面尺寸基本满足设计要求。3. 抽检的地下室墙柱、一层梁、地下室底板和地下室顶板的混凝土强度均满足设计强度等级的要求。4. 抽检的地下室墙柱和一层梁配筋基本满足设计要求。5. 抽检的试样品中 $f - CaO$ 对混凝土质量影响较小。6. 抽检的抗渗试件检测结果达到P8抗渗等级。7. 地下室结构构件存在部分结构损伤和外观质量缺陷，特别是部分墙柱构件混凝土夹渣情况严重，构件呈断裂状态。8. 根据现场抽检结果和委托方提供的资料进行验算表明，地下室顶板的设计配筋满足承载力要求。9. 根据检测结果和计算结果进行的分析表明，地下室侧壁剪力墙、底板和顶板出现裂缝的主要原因是混凝土收缩变形叠加温差所产生内力效应影响的综合作用结果。10. 根据现场抽检结果和委托方提供的资料进行的分析验算表明，地下室的主体结构不满足正常使用的安全性要求。处理意见及建议为：1. 鉴于以上检测鉴定结论，应对混凝土夹渣严重的墙柱构件和尺寸偏差较大的构件进行加固处理，加固工程需报当地建设主管部门备案，并委托有相应资质的单位进行设计及施工。2. 鉴于以上检测鉴定结论，为保证结构承载力和耐久性能，应对构件中出现锈蚀的钢筋进行除锈和防锈处理，对构件钢筋外露、蜂窝、孔洞、麻面、裂缝等部位进行修复处理。修复处理工程需报当地建设主管部门备案，并委托有相应资质的单位进行设计及施工。3. 地下室主体结构在进行上述加固处理并经验收合格后，可基本满足正常使用的安全性要求。4. 地下室的续建工程施工必须严格按照设计图纸进行，加强施工质量的控制，并在续建的工程中注意观测构件裂缝的变化，如发现异常情况，应及时向当地建设管理部门报告。

2009年5月4日，原告与被告就涉诉工程结算及地下室补强工作召开双方会议。原告负责人在会议上称“地下室已对好数，欠双方签章确认……地下室的补强合同及进场时间需确认，双方损失也需在这次会议确认……实体结算双方已确认，补偿方面贵司要求到5月底要850万，我司要求双方扯平互不补偿”。

2009年5月5日，原告与被告负责人再次就涉诉工程结算及地下室补强工作召开双方会议。原告负责人称“我们同公司谈过，公司的意思是双方扯平，我司先付1000万元，贵司十天内将所有塔吊、建筑材料清理完成；一个月后再付500万元；补强完成”。被告负责人在会议上称“双方达成了实体结算共识，质量补强方面由我司负全

责……我司损失一千多万。赔偿确认后可以写协议，支付部分工程款，我司可以移交场地”。

2009年5月5日，原告与被告签订涉诉工程的《实体结算造价汇总表》，该表注明造价合计29428918.01元；该实体结算造价不包括损失赔偿项目，损失赔偿项目下一步双方洽商确定。原告与被告双方结算人员在该汇总表上签名确认。

2009年5月6日，原告与被告签订涉诉工程的《实体结算造价确认移交清单》，该清单注明：原告与被告就涉诉工程实体结算，双方达成一致意见，移交以下造价清单。该清单金额总计29428918.01元。

2009年5月12日，原告、被告共同将金海岸花园二期第七组团加固补强工程以单价包干方式发包给中科院广州H工程有限公司（以下简称“H公司”），工程总造价约为500000元，按实际工程量结算工程款。由原告代被告垫付该补强工程的工程款。该补强工程至今尚未竣工验收，工程款由原告代支649790.02元，其余未结算支付。

2009年9月8日，原告、被告、H公司、广东省J设计院、广州C设计院、广州Y监理公司六方召开会议，形成会议记录：H公司承建的金海岸花园二期第七组团地下室加固补强工程验收。1. H公司承建的补强工程，每个补强加固的施工隐蔽验收都有广州Y监理公司、被告、广东建科院、原告参与验收，严把工程质量关。2. 参与验收各方到场，先后检查了该补强工程地下室的实物，检查了H公司的施工资料，资料和实物与图纸相符。3. 参与验收各方同意加固补强工作的验收。参与验收的六方都有人员签名并盖章确认。

2009年11月2日，原告申请对金海岸花园二期第七组团地下室加固补强工程完工后质量安全性和使用期限进行鉴定。

2009年11月23日，法院召集双方确定鉴定机构，双方同意由省建科院进行鉴定。并明确鉴定内容为：“工程质量安全性和使用期限。”

2009年11月30日，根据原告的要求，法院委托省建科院对“工程质量安全性和使用期限进行鉴定。”

2009年12月18日，广东省建科院对被告、原告发函《设计补充通知单》，称：一、经同业主单位协商后，现对加固设计使用年限做如下变更：加固设计图中的设计总说明（一）的工程设计基准期、结构设计使用期限：按原设计剩余使用年限且不超过30年。现变更为：工程设计基准期、结构设计使用期限同原结构设计。二、原加固图—01 [设计总说明（一）] 作废，修改为：图01—修 [设计总说明（一）]，版本号02，原设计与本修改图有矛盾的，以本修改图为准。

2009年12月24日，原告向法院提出对鉴定的补充说明，明确“第一，对工程质量安全性的鉴定；第二，对补强完工后工程使用期限能否达到原来建筑设计要求的年

限鉴定”。

2010年1月15日省建科院对“金海岸花园二期第七组团21、22、23栋地下室已建部分结构安全性建成鉴定补充报告”，该院工作人员对加固工程进行了现场检测并联合同质监站，工程参建各方人员参与了加固补强施工期间部分隐蔽工程的检测工作，根据现场检测 results 和业主提供的各项加固工程施工质保资料，该院认为地下室加固设计方案合理，加固符合图纸和施工有关要求，地下室加固后能满足正常使用的安全性要求。

2010年3月15日，原告向法院申请要求对金海岸花园二期第七组团地下室加固补强工程完工后工程质量安全性和结构使用期限进行鉴定。理由是加固施工完工后应重新鉴定，以确定能否达到符合实用性的标准和原结构设计使用年限。

2010年8月23日，法院委托Z鉴定公司对涉诉工程质量安全性和结构使用期限进行鉴定。

2010年9月27日，法院组织双方和Z鉴定公司到现场查看，原告要求对涉诉工程整体质量、安全性、使用年限进行鉴定。被告不同意，只同意对加固补强工程进行鉴定，因双方已协议约定不再进行二次检测。

2010年12月27日，法院发函给Z鉴定公司明确鉴定对象：“涉诉工程为金海岸花园第七组团人防地下室土建工程，其已经加固补强工程，现请对涉诉工程整体的质量安全性和结构适用期限进行鉴定。”

2011年6月20日，Z鉴定公司作出Z鉴字（2011）0237号《地下室质量安全性和结构实用性期限鉴定报告》，鉴定结论为“根据现场检测、检测结果综合分析，依据《民用建筑可靠性鉴定标准》（GB50292-1999）及相关规范，广州市番禺金海岸花园第七组团人防地下室土建工程主体结构质量安全性和结构实用期限满足原设计要求，其加固补强工程柱顶夹渣按加固补强设计要求处理后质量安全性和结构使用期限满足加固补强设计要求”。

2011年10月13日，原告向法院提出调查申请，要求向广州市房屋安全鉴定管理所调查，答复：1. 对涉诉工程适用《民用建筑可靠性鉴定标准》（G1350292-1999）作为鉴定依据是否正确。2. 对工程整体质量安全性和结构适用期限进行鉴定在技术上是否可行，针对涉诉工程应如何确定鉴定目标内容。

2011年11月11日，法院发函给广州市房屋安全鉴定管理所调查。2011年12月1日，该所复函认为：1. 涉诉工程不应采用《民用建筑可靠性鉴定标准》，可作检测技术性参考指导文件使用。另该报告虽表述是依据《民用建筑可靠性鉴定标准》作鉴定结论，但从内容看，其结论主要依据来源是设计加固文件。2. 针对涉诉工程存在问题，其技术处理步骤应先进行检测鉴定，确定哪部分结构存在问题，再经具有相应资质的设计和施工单位进行加固设计和施工。按照建设工程的相关规定，如施工过程满

足加固设计要求，质监部门验收合格，那么工程的质量安全性和结构性适用期限（注：应为结构使用年限）已由加固设计中的内容予以确立和保证。况且诉讼双方是事前约定共同委托检测鉴定加固的。因此施工后再对此作鉴定并无太大必要。如对工程的质量安全性和结构使用年限存有异议，应由加固设计单位负责作出解析。3. 针对该工程已经加固处理的情况，若认为仍有质量问题，需要进行鉴定，鉴定目标和内容宜重点放在详细检查和采纳的检测手段上，以确定目前仍存在的问题。但对于加固过程中的隐蔽工程项目，在目前工程已完工的情况下再作鉴定，鉴定结论难以做到全面和可靠。

2012年5月31日和6月7日，法院组织原告、被告、Z鉴定公司、广东省建筑科学研究院、广州C设计院有限公司等专家共同召开专家会议，一致意见是该诉讼工程从目前状况看是主体工程不合格，不能满足安全性。

2012年6月13日，Z鉴定公司根据法院的要求，复函给法院“关于Z鉴定公司《地下室质量安全性和结构适用期限鉴定报告》Z鉴字（2011）0237鉴定结论的详细说明函”称：该司依据法院的要求对鉴定结论作详细说明：广州市番禺金海岸花园第七组团人防地下室土建工程主体结构质量安全性和结构适用年限满足原设计要求。综合评定：广州市番禺金海岸花园第七组团人防地下室土建工程，及其已经加固补强工程的质量安全性和结构适用年限不满足原设计要求。

2012年11月14日，Z鉴定公司回复函称：广州市番禺金海岸花园第七组团人防地下室工程，其已经加固补强工程整体综合评定质量安全性和结构适用年限不满足原设计要求。其原因是由于加固补强工程裂缝封闭检测不合格，柱头环氧树脂加固补强存在施工遗留的夹渣、蜂窝、混凝土松散等问题，检测不合格。该工程质量问题，应按原加固设计图纸要求进行整改，整改完毕，验收合格，该工程质量安全性和结构适用年限满足原加固设计图纸要求。

诉讼中，因被告、原告均对广州Z鉴定公司出具的Z鉴字（2011）0237号《地下室质量安全性和结构适用期限鉴定报告》的鉴定结论存在较大异议，故法院通知Z鉴定公司的鉴定人员张某、欧某到庭进行法庭调查。张某、欧某陈述称Z鉴定公司虽未获发《建设工程质量检测机构资质证书》及司法部颁发的《司法资质证书》，但Z鉴定公司已被录入广东省高级人民法院及广州市中级人民法院司法鉴定机构名册中；法院委托Z鉴定公司对金海岸花园第七组团人防地下室土建工程及其已经加固补强工程进行工程质量安全性和结构适用期限进行鉴定并得出鉴定结论，而并非如原告所述进行“在建工程的检测”，“检测”“鉴定”并不是同一内容，能否达到建设部门验收标准及涉诉工程是否合格也不是法院委托的内容，涉诉工程的施工方是按设计图纸施工的，是否符合设计规范、标准由设计单位负责，也不属于委托内容；Z鉴定公司的鉴

定分两部分，涉诉工程的主体结构还是满足原设计要求的，加固补强工程部分则不符合原加固补强的设计要求，具体而言，加固补强工程分为裂缝封闭、碳纤维布加固补强、置换、托换加大截面、高性能砂浆、柱头环氧树脂，其中裂缝封闭、柱头环氧树脂的加固补强不符合设计要求，但该部分进行再修复、补强后，即可满足加固补强工程的设计要求；2010年8月30日Z鉴定公司收到法院函件后，针对加固补强工程部分进行鉴定及收费向法院回函，2011年1月24日经Z鉴定公司到法院了解相关事宜，2011年4月6日到工程现场原告称不仅需对加固补强工程进行鉴定，还需要对整个地下室工程进行鉴定，2011年12月30日Z鉴定公司再次发函要求收取地下室工程鉴定费用，以上事实可见Z鉴定公司的回函并不存在矛盾之处；Z鉴定公司在该次鉴定报告中的数据均是由具有检测资质的广东省有色金属地质勘查局地质勘察研究中心及广州建设工程质量安全检测中心有限公司出具的，检测适用的是《混凝土结构工程施工质量验收规范》《建筑结构加固工程施工验收规范》，而鉴定结论依据的是《民用建筑可靠性鉴定标准》，Z鉴定公司主管单位广州市国土资源和房屋管理局及房屋安全鉴定协会均认为以该标准作出鉴定结论是合适的；另，检测与鉴定可以适用不同的标准，这是两个不同的概念，二者之间并不冲突，Z鉴定公司对涉案工程的鉴定是在现场取样后再在实验室进行实验的，目前行业内也大量存在检测及鉴定分开的操作；关于原审过程中的专家会议，当时Z鉴定公司也曾参加该次会议，基本上Z鉴定公司的鉴定结论与专家会议结果一致，并无本质差别，工程主体结构符合设计，而加固补强部分不符合设计，鉴定结论是将这两部分分开，而专家会议上有专家提出应将主体及补强部分合并起来，或将工程主体和加固补强工程分为两部分评定。

被告在庭审中对Z鉴定公司的鉴定资格资质、出具的鉴定报告程序及内容、结论均无异议，并认为广东省建筑科学研究院以及Z鉴定公司的鉴定结论均表述的是是否符合安全性要求，而鉴定目的也是对是否符合安全性要求作出结论，原告多次混淆“不符合设计要求”和“不合格”的概念，另外关于使用年限50年的设计是从荷载性考虑问题，是由设计单位在设计时设定的，并不能靠检测手段可以鉴定，目前也没有任何一家机构可以鉴定出建筑物使用年限，使用年限也不代表建筑物的使用寿命，Z鉴定公司的鉴定报告称涉诉工程使用年限不符合原设计要求，是因为加固补强工程中有部分不符合要求。而原告称Z鉴定公司的鉴定结论所依据的《民用建筑可靠性鉴定标准》不适用在建工程，仅适用已建成两年以上的房屋，鉴定人员据此作出该鉴定结论有误；且鉴定报告称工程质量满足设计要求，但鉴定人又称主体工程部分合格，补强加固工程不合格，Z鉴定公司反复修改鉴定结论的做法并不科学，也是不负责任的表现；原告认为工程质量检验只有合格或不合格，安全性满足要求即代表合格，广东省建筑科学研究院的鉴定结论称地下室主体结构不满足正常使用的安全性要求，地下

室土建工程及其已加固补强质量和结构使用年限均不满足设计要求，这已充分代表工程不合格。

2014年4月22日，原告单方委托国家建筑工程质量监督检验中心对涉讼工程的混凝土强度、钢筋配置、钢筋保护层厚度、构件外观质量、加固补强工程的施工质量、结构现状的施工质量和安全性评价等进行鉴定，国家建筑工程质量监督检验中心出具了BETC-JG2JC-2014-2号《鉴定报告》，鉴定结论为：1. 该工程不符合设计要求的项目和出现外观质量缺陷均为施工质量问题；2. 地下室底板顶面和顶板底面钢筋保护层偏大、部分柱和墙的层间垂直度偏大等施工质量问题对结构的设计安全度有不利影响；3. 外露钢筋锈蚀问题对结构的安全性有不利影响；4. 地下室底板、顶板和墙体的裂缝对结构的耐久性有不利影响；5. 地下室部分柱头和墙顶孔洞、夹渣或疏松等严重外观质量缺陷对构件的受力有不利影响；6. 部分加固补强工程和施工质量不符合设计要求，加固补强处理后的工程不满足结构安全使用要求。处理建议为：1. 请有资质的单位对地下室底板顶面和顶板顶面钢筋保护层偏大，部分柱和墙的层面垂直度偏大，外露钢筋锈蚀等问题进行加固处理；2. 请有资质的单位对地下室底板、顶板和墙体的裂缝，柱头和墙顶孔洞、夹渣或疏松等问题进行修复补强处理。

被告对上述《鉴定报告》的质证意见：1. 没有按照规定的时间提交；2. 证据来源不符合法律规定，不应该作为本案的证据使用；3. 该鉴定实为对方私下委托的一个鉴定行为；4. 鉴定单位并非被告主张的最高权威的鉴定机构，该鉴定机构没有国家机关确认其权威性，原告事先并没有知会原告，原告并不清楚鉴定是基于何事实及鉴定的范围、方式、手段，该鉴定公司的取验来源于原告并不了解也不确定，因此原告认为其鉴定结论无法对本案的涉讼工程的质量问题作为一个参照。Z鉴定公司认为该《鉴定报告》的鉴定结论与其公司所作出的结论基本一致，且该报告中对于地下室顶板版面钢筋保护的厚度的评估标准并不合理。

原告又单方委托中国建筑科学研究院对涉讼工程已完成工程质量与设计要求不符之项目制定相应的加固修复处理方案。2014年7月9日广州市番禺城市建筑设计院有限公司作为涉案工程的原设计单位对中国建筑科学研究院2014年6月24日设计的“广州市金海岸花园第七组团21、22、23栋人防地下室工程加固修复处理方案”出具意见认为，该方案以按原结构设计不变为前提，不改变任何结构布置和建筑使用功能的情况下我院同意按该方案进行加固处理，该加固修复处理方案满足原设计安全使用要求，同时必须提供详细的有相应资质的加固图，并通过施工图审查方可实施。

中国建筑科学研究院于2014年7月16日作出《广州市金海岸花园第七组团21、22、23栋人防地下室工程加固修复处理方案》，其中加固修复项目包括：（1）底板和顶板钢筋保护层厚度偏大加固处理方案；（2）柱头和墙顶外观质量缺陷加固处理方

案；(3) 外露钢筋锈蚀问题加固处理方案；(4) 柱和墙垂直度偏大修复方案；(5) 裂缝修补方案；(6) 混凝土构件表面缺陷修复方案，并依据《广东省建设工程计价依据（2010年）》和《广州市房屋修缮工程预算定额（1998年）》等文件，考虑涉讼工程的实际情况，结合市场行情，综合给出本工程加固修复处理的直接费用为壹仟柒佰万元整（1700万元）。

但被告称上述修复方案的出具单位并非双方当事人共同委托的鉴定机构，也非法院依法指定的第三方鉴定机构，而是原告自行委托的，鉴定所依据的事实及材料均来源于原告，且双方当事人已共同确认由加固补强设计和鉴定单位广东省建筑科学研究院对涉讼工程的加固修复工程出具补充意见，并按其补充意见实施，现原告擅自委托中国建筑科学研究院对涉讼工程出具修复方案，被告不认可该修复方案的证据效力。

庭审中，被告与原告均认为应对涉讼工程的加固补强修复方案进行设计，而法院司法委托的待选定的入围单位中并没有加固补强设计的单位，故法院要求被告与原告双方协商选定具有资质的设计单位。但被告认为应由广东省建筑科学研究院继续对加固补强修复方案进行设计，而原告则称，广东省建筑科学研究院出具的方案或检测报告必须符合原设计院的要求，但根据中国建筑科学院研究检测，其加固修复根本达不到质量要求，因此广东建筑科学研究所出具的修复方案不适合本案的修复工程，并提供中国建筑科学研究院及广州市建筑科学院 X 公司作为待选设计单位。后被告及原告始终无法就涉讼工程加固补强修复方案的设计单位达成一致意见。

另查明，涉案工程于 2007 年 12 月开工，2008 年 7 月因故停工。地下室工程 21 栋 C1、C2、C3 地下室顶板的结构已基本完成，C4 地下室墙和柱的结构已基本完成，其余地下室结构只完成地下室底板。原告与被告至今仍未完成办理场地交接手续。

原告的诉讼请求为：1. 解除原告与被告双方于 2007 年 12 月 14 日签订的《建设工程施工合同》及《补充协议》；2. 判决被告支付违约金，违约金以结算工程款 29428918.01 元为基数，从 2008 年 5 月 23 日起按每日千分之五计算至工地交还之日止，违约金总额以 29428918.01 元为限；3. 被告返还 900 万元工程款及占用该款项利息给原告，其中 200 万元从 2008 年 5 月 14 日起计算，500 万元从 2008 年 5 月 21 日起计算，200 万元从 2008 年 7 月 5 日起计算，按银行同期同类贷款利率计算至清偿之日止；4. 确认被告所承建的工程为不合格工程，并判令被告将所占用地恢复至施工前原状并承担恢复原状之费用，将所占用地交还给原告；5. 被告赔偿因工程质量及延误工期给原告造成的延期开发损失 4000 万元；6. 被告返还原告垫付的涉讼工程加固、修复措施费 836145.62 元（649790.02 + 186355.60 元）；7. 被告承担本案诉讼费及评估鉴定费。

三、本案争议焦点

本案的争议焦点主要有两个方面：一是原被告双方是否对建设工程施工合同的工期进行了变更约定。二是在整个工程未领取施工许可证的情况下，工期是否应计算。

四、双方意见

（一）原被告双方是否对建设工程施工合同的工期进行了变更约定

原告认为，原告先后于2007年12月19日和2008年1月23日发送场地移交备忘给被告，把整个涉案工程移交给被告施工，所以工期应以场地移交为准，即从2008年1月23日起计算120天工期。

而被告认为，原告庭审中已确认赵某是其副总经理，也是本案《建设工程施工合同》和系列补充协议的签约代表，同时又是原告金海岸房地产项目的负责人。因此，其在工程联系单上的签名确认，等于原告对被告的确认；同时，原告项目管理人员胡某作为本案工程项目经办人之一，在工作联系单上签名，同样代表了原告的意思表示，依法其行为后果理应由原告承担。依照《中华人民共和国合同法》第四十九条的规定，“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效”。被告认为，赵某、胡某的行为属于“表见代理”，其法律后果依法应由其公司即原告承担。同时，依照《中华人民共和国合同法》第十四条（要约）和第二十一条（承诺）的规定，双方当事人对合同工期已经达成了新的协议。根据《中华人民共和国合同法》第八条的规定：“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，不得擅自变更或解除合同。”以上双方的行为应视为双方对工期问题达成了协议，是合法有效的，对原告和被告具有约束力。因此，在《建设工程施工许可证》颁发之前，不应计算工期，本案合同工期应从原告领取《建设工程施工许可证》之日起计算，相应的风险亦应由原告自行承担。

（二）在整个工程未领取施工许可证的情况下，工期是否应计算

被告认为，根据《中华人民共和国建筑法》第七条的规定，“建筑工程开工前，建设单位应当按照国家有关规定向工程所在地县级以上人民政府建设行政主管部门申请领取施工许可证”。根据案例发生时仍有效的建设部2001年颁布的《建筑工程施工许可管理办法》第三条的规定，“本办法规定必须申请领取施工许可证的建筑工程未取得施工许可证的，一律不得开工”。任何一项建设工程在施工队伍进场施工前，建

设单位都必须依照规定向工程所在地的县级以上人民政府建设行政主管部门申请领取施工许可证。又根据双方签订的《建设工程施工合同》通用条款第 8.1 条第 (5) 项的约定,原告作为发包方具有以下义务,“办理施工许可证及其他施工所需要的文件、批件和临时用地、停水、停电、中断道路交通、爆破作业等的申请批准手续”,原告作为发包单位应当在开工前三天完成施工所需证件、批件。双方签订的施工合同也明确约定建设单位负有办理施工许可证的法定义务,是被告进场施工的前提条件。

对此,原告则认为,领取施工许可证仅仅是行政主管部门的一种行政管理手段,并不影响施工单位入场施工等。

五、裁判结果

广州市番禺区人民法院重审后作出判决:一、解除原被告双方签订的《建设工程施工合同》及《补充协议》;二、被告在本判决发生法律效力之日起 10 日内将涉讼工程工地交还给原告管理;三、被告在本判决发生法律效力之日起 10 日内向原告支付违约金(违约金以 29428918.01 元为基数,从 2008 年 5 月 23 日起按每日千分之五计算至涉案工程工地交还给原告管理之日止,违约金总额以 29428918.01 元为限);四、被告在本判决发生法律效力之日起 10 日内向原告返还代垫工程款 649790.02 元;五、驳回原告的其余诉讼请求。

原被告双方对上述重审判决不服向广州市中级人民法院提起上诉,2015 年 11 月 20 日,广州市中级人民法院认为重审法院查明事实不清,处理不当,应予以改判;被告的上诉请求部分成立,应予以支持,而原告的上诉请求缺乏依据,不予支持。由此判决如下:一、维持重审民事判决第一项、第二项、第四项;二、撤销第三项、第五项;三、驳回原告的其他诉讼请求。也就是说,《建设工程施工合同》及《补充协议》解除;被告应将涉讼工程工地交还给原告;被告仅须将代垫工程款 649790.02 元支付给原告,而无须向原告支付巨额违约金及相应利息。

六、裁判理由

(一) 关于合同效力问题

被告与原告于 2007 年 12 月 14 日签订的《建设工程施工合同》及《补充协议》,是双方当事人的真实意思表示,内容形式符合法律规定,合同合法有效,对被告、原告均具有约束力。现被告、原告同意解除《建设工程施工合同》,法院予以确认。涉讼合同解除后,被告应将涉讼工地交还原告。

（二）关于工期起算时间问题

原被告约定工期为 120 天，根据原告提交的《场地备忘录》，原告分别于 2007 年 12 月 19 日和 2008 年 1 月 23 日，发送场地移交备忘给被告，将涉讼工程移交给被告施工。重审认定以 2008 年 1 月 23 日为场地移交日期并无不当。另根据双方合同约定，原告应在开工前 3 天内办妥包括施工许可证在内的施工所需文件、批件，但原告一直未为被告办妥施工许可证，直到 2009 年 1 月 22 日将施工许可证办至案外人广州番禺 D 建设安装工程有限公司名下，直至双方合同解除，原告一直未为被告办妥施工许可证，原告已构成违约。因施工过程中原告一直未依约办妥施工许可证，被告于 2007 年 12 月 31 日向原告发出工作联系单，称：“……项目施工许可证尚未办妥……我司认为该场地还没有完全具备施工条件，不应开始计算工期。”原告在收到被告的工程联系单后，其公司副总经理赵某于 2008 年 1 月 3 日在函件上确认：“以上意见属实，我司会加快办证进度，解决施工许可证问题，请体谅我司办证困难，其计算日期按施工许可证发起算。”《中华人民共和国合同法》第四十九条规定，行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。本案中，赵某为双方合同及其补充协议的签约人，代表原告与被告签署合同，被告有理由相信赵某在被告上述函件的确认代表原告，该确认对原告具有约束力，原被告已就施工工期从施工许可发证日起算达成协议。虽原告在其后向被告发出《各职能管理人员职责范围》，明确赵某在原告的权限，但该职责的限定不及于赵某代表原告之前作出的意思表示，不足以否定双方之前就工期起算达成的协议。故本案合同工期应从原告为被告办妥施工许可证之日起计算。同时，《中华人民共和国建筑法》第七条规定，“建筑工程开工前，建设单位应当按照国家有关规定向工程所在地县级以上人民政府建设行政主管部门申请领取施工许可证”。施工工程在开工前应获得施工许可是国家法律法规的强制性规定，原告一直未为被告办妥施工许可证，工程不符合法律规定的开工条件。综上所述，因原告与被告在合同履行过程中约定工期从施工许可证发证日起算，原告直至合同解除仍未依约为被告办妥施工许可证，且该工程未获得施工许可而施工不符合法律法规的规定，原告主张从工程移交之日起算工期缺乏依据。

（三）关于涉讼工程质量问题

原告与被告于 2008 年 10 月 20 日约定委托省建科院进行鉴定，鉴定结论为地下室主体结构不满足正常使用的安全性要求，后双方共同委托化某公司进行加固补强；此后原审法院又依原告申请委托 Z 鉴定公司对涉讼工程及其已经加固补强工程进行工程安全性和结构适用期限的鉴定，鉴定结论为涉讼工程的主体结构满足原设计要求，加固补强工程部分则不符合原加固补强的设计要求，但该部分进行再修复、补强

后，即可满足加固补强工程的设计要求。被告虽对该鉴定程序提出异议，但对 Z 鉴定公司的鉴定结论无异议，而原告虽质疑 Z 鉴定公司的鉴定资质、依据、内容及结论，但也同样认为涉讼工程仍需进行加固补强修复工程施工。在原审庭审中，被告确认该工程经加固补强后仍然未能达到要求。综合本案证据，足以认定被告的涉讼工程经加固补强后仍然不符合设计要求。

（四）关于原告主张被告违约应承担违约责任，请求其支付违约金及赔偿损失的问题

1. 关于违约金

《建设工程施工合同》通用条款第 35.2 款约定，承包人违约，当发生下列情况时，承包人承担违约责任，赔偿因其违约给发包人造成的经济损失。双方在专用条款内约定承包人赔偿发包人损失的计算方法或者承包人应当支付违约金的数额或计算方法。（1）本通用条款第 14.2 款提到的因承包人原因不能按照协议书约定的竣工日期或工程师同意顺延的工期竣工；（2）本通用条款第 15.1 款提到的因承包人原因工程质量达不到协议书约定的质量标准。依约承包人延误工期及质量达不到协议约定标准，承包人均应承担违约责任。本案中，因原告与被告在合同履行过程中约定工期从施工许可证发证日起算，又因原告一直未为被告办妥施工许可证，被告主张原告延误工期构成违约缺乏依据，本院不予支持，故对原告请求被告因延误工期承担违约金本院不予支持。因被告施工工程经加固补强后仍然不符合设计要求，原告应承担违约责任。《建设工程施工合同》专用条款第 35.2 款约定，本合同中关于承包人违约的具体责任如下：本合同通用条款第 14.2 条约定承包人违约应承担的违约责任：从工期延误的第一天起，每天按工程总造价的千分之五向发包人偿付违约金。本合同通用条款第 15.1 条约定承包人违约应承担的违约责任（该栏空白）。依约双方合同约定了延误工期的违约金按照工程总造价的每日千分之五计付，对于工程质量违约应承担的违约金并无约定，原告主张被告因工程质量应承担工程总造价的每日千分之五违约金缺乏事实依据，本院不予采纳。

2. 关于损失赔偿

因被告的工程存在质量问题，构成违约，因此而造成的原告损失，应予以赔偿。但原告主张的延期开发损失 4000 万元，原告并未提供充分的证据予以证实，原审法院对原告的该项诉讼请求不予支持并无不当。

（五）原告要求被告返还代垫给 H 公司修复费 649790.02 元和剩余未支付的修复款 186355.60 元问题

关于原告要求被告返还代垫给 H 公司修复费 649790.02 元和剩余未支付的修复款 186355.60 元的问题。因施工工程需加固补强，原被告双方共同与 H 公司签订协议，

约定由 H 公司进行加固补强，其支出的费用应由本案工程质量违约方被告承担，原告已为此代垫修复费 649790.02 元，理应由被告承担。未付的加固补强费用 186355.60 元，因尚未发生，原告要求被告承担无据。

七、案例评析

合同工期是指发包人和承包人在合同中约定的建设工程的履行期间，承包人在此期间内要如约完成工程建设。在建筑施工合同纠纷中经常见到发包人向承包人进行工期索赔的案例。因此，开竣工日期不是单纯的时间和期限方面的约定，其中涉及如何准确确认开工和竣工时间、如何准确认定工期和工期延误、如何准确认定发承包双方违约责任等诸多法律问题。

在本案中，关于合同工期的计算问题主要在于开工日期。而开工日期的争议往往与发承包双方是否履行了开工前各自应当履行的合同义务，尤其是工程是否具备开工条件等事项相关联。

《中华人民共和国建筑法》第七条规定，“建筑工程开工前，建设单位应当按照国家有关规定向工程所在地县级以上人民政府建设行政主管部门申请领取施工许可证”。施工工程在开工前应获得施工许可是国家法律法规的强制性规定，原告一直未为被告办妥施工许可证，工程不符合法律规定的开工条件。因此，在《建设工程施工许可证》颁发之前，施工单位发函要求不计算工期，发包人项目负责人也签字同意变更工期，所以本案合同工期应从原告领取《建设工程施工许可证》之日起计算，相应的风险亦应由原告自行承担。另根据双方合同约定，原告应在开工前 3 天内办妥包括施工许可证在内的施工所需文件、批件，但原告一直未为被告办妥施工许可证，直到 2009 年 1 月 22 日将施工许可证办至案外人广州番禺某建设安装工程有限公司名下，直至双方合同解除，原告一直没有为被告办妥施工许可证。这是原告要求被告支付违约金无法得到支持的主要原因。^①

【点评】 本案是工期引起的争议。发包人未依法、依约领取《建设工程施工许可证》就要求施工单位入场施工，已构成违法、违约行为；施工单位作为弱势的一方，在不能也不敢拒绝入场施工的情况下，巧妙地以工作联系单的方式，要求工期自发包人领取《建设工程施工许可证》之日起计算；发包人的项目负责人据实签字同意施工

^① 一审案号：(2009) 番法民三初字第 1178 号；二审案号：(2013) 穗中法民五终字第 1660 号；重审案号：(2014) 穗法民重字第 5 号；终审案号：(2015) 穗中法民五终字第 3965 号。

单位的合理要求。被告代理人牢牢抓住发包人的项目负责人的行为依法构成表见代理，双方就工期的计算达成了新的合意，合法有效，对双方具有约束力为由进行抗辩。这一观点得到了二审法院的支持。原审和重审判决在查明事实的情况下却对工期的变更不予认定，判决结果与审理查明事实不符，法院依法据此改判是正确的。

(点评人：广东佰德律师事务所律师 胡正方)

一起案件两次发回重审究竟为何般？

陈镇慧*

一、当事人和代理人基本情况及案由

原告：M 建筑工程有限公司

委托代理人：陈镇慧，广东启源律师事务所律师

被告：N 房地产开发有限公司

案由：建设工程合同纠纷

二、案情介绍

原告诉被告建设工程合同纠纷一案，广州市番禺区人民法院于2009年6月3日受理，并于2013年1月15日作出一审判决，判决驳回原告的工程款约2000万元和违约金约2000万元的请求。原告不服一审判决向广州市中级人民法院提出上诉。广州市中级人民法院经审理后以原审“认定事实不清，明显证据不足，严重违法法定程序”为由裁定发回重审。广州市番禺区人民法院经审理后作出重审判决，判决支持原告工程款本金的请求，但应扣除被告单方委托中介机构评定的工程质量修复费用1700万元，同时驳回原告关于要求被告支付违约金的请求。原告不服重审判决向广州市中级人民法院提出上诉，广州市中级人民法院经审理后，再次以重审法院严重违法法定程序为由，于2015年11月20日裁定撤销重审判决，发回广州市番禺区人民法院重审。

2007年12月14日，原告与被告双方签订《建筑工程施工合同》及《补充协议》，约定原告向被告承包金海岸花园第七组团人防地下室土建工程（以下简称“涉讼工程”），由桩顶至地下室顶板的全部内容，工程总价暂定为30000000元，由原告自筹资金负责包工包料。工期120天。付款方式为被告分4期支付工程款：1. 完成地下室底

* 陈镇慧，广东启源律师事务所律师。

板工程，经被告现场代表及监理签证后，支付实际完成工程量的 70% 作为进度款；2. 完成直行墙及柱工程，经被告现场代表及监理签证后，支付实际完成工程量的 70% 作为进度款；3. 完成顶板全部工程，经被告现场代表及监理签证后，支付实际完成工程的 70% 作为进度款；4. 承包地下室范围全部完成验收为内部验收（监理公司、业主、施工单位）验收后，达到合同要求等级、备案资料齐全并移交甲方后，同时提交结算单一个月内进行工程结算，经双方确认，付至结算造价的 95%，余下 5% 作质保金，两年保修期满后经复验符合要求两个月内无息付清余款。工程验收：工程实行内部验收，全部工程内容完成后，由建筑单位、监理单位及施工单位共同进行内部验收并签署中间验收及移交记录表。工程质量标准：主体评定为合格等级。结算方式：按现场完成的工程进行结算。违约责任：因承包人原因不能按照协议书约定的竣工日期或工程师同意顺延的工程竣工的，承包人承担违约责任；工程质量应达到协议书约定的质量标准，质量标准的评定以国家或行业的质量检验评定标准为依据，因承包人的原因工程质量达不到约定的质量标准，承包人承担违约责任；双方对工程质量争议，由双方同意的工程质量检测机构鉴定，所需费用及因此造成的损失，由责任方承担；若原告无法按期完工，从工期延误的第一天起，每天按工程总造价的千分之五向被告偿付违约金。被告若不按时支付工程款，每逾期一天，按所拖欠数额的千分之五向原告支付违约金。质量问题由承包方负责返工到质量合格为止，因此造成的拖延工期及经济责任由承包人负责，发包人有权拒绝支付任何工程款，且不予结算。原被告还约定：评定质量为不合格的不予结算，并追究经济损失及法律责任，施工单位必须无偿进行返工，加固或补强至合格等。

2007 年 12 月 31 日，原告就场地移交事宜向被告发出工作联系单，称：“由于涉诉工程的预应力管状工程尚未完全完工……地下水施工图纸不齐且尚未进行图纸会审，项目施工许可证尚未办妥……我认为该场地还没有完全具备施工条件，不应开始计算工期。”被告项目负责人赵某及另一员工在该工作联系单确认：“以上意见属实，我司会加快办证进度，解决施工许可证问题，请体谅我司办证困难，其计算工期按施工许可证发放日起算。”

2008 年 1 月 8 日，被告向原告发出工程联系函：涉诉工程施工许可证正在办理中，请抓紧吊塔安装并必须严管安全文明施工，如发生停工及其损失由本公司承担。

2008 年 5 月 12 日，原告向被告第一次提交《项目工程进度款审批表》，申请金额为 19015984.74 元。监理公司工程师审核工程实际进度及工程量情况意见为“除①区顶板浇筑未完成外，其余进度基本属实”，总监理工程师审核意见“情况属实，请甲方审核确认”，被告现场工程师意见“为了工程进度，考虑加急进度款以保周转”。

2008 年 7 月 21 日，涉诉工程的监理单位向原告发出监理工作联系单，称涉诉工程

的④区顶板出现严重的质量问题，建议现场检测鉴定。

2008年10月20日，被告与原告因在地下室结构的施工质量问题方面存在争议，协议共同委托广东省建筑科学研究院对地下室有争议的检测项目进行现场检测，双方对检测鉴定后的结果共同认可，不再进行二次检测，相关检测费用由原告负责，先由被告代支，从工程结算款扣除。

2009年1月8日，广东省建筑科学研究院对涉诉工程21、22、23栋地下室已建成部分结构出具《结构安全性检测鉴定报告》，鉴定结论为：1. 地下室的结构平面布置情况与设计要求基本一致，结构布置合理。2. 抽检的地下室墙柱和一层梁截面尺寸基本满足设计要求。3. 抽检的地下室墙柱、一层梁、地下室底板和地下室顶板的混凝土强度均满足设计强度等级的要求。4. 抽检的地下室墙柱和一层梁配筋基本满足设计要求。5. 抽检的试样品 $f-CaO$ 对混凝土质量影响较小。6. 抽检的抗渗试件检验结果达到P8抗渗等级。7. 地下室结构构件存在部分结构损伤和外观质量缺陷，特别是部分墙柱构件混凝土夹渣情况严重，构件呈断裂状态。8. 根据现场抽检结果和委托方提供的资料进行验算表明，地下室顶板的设计配筋满足承载力要求。9. 根据检测结果和计算结果进行的分析表明，地下室侧壁剪力墙、底板和顶板出现裂缝的主要原因是混凝土收缩变形叠加温差所产生内力效应影响综合作用结果。10. 根据现场抽检结果和委托方提供的资料进行分析验算表明，地下室的主体结构不满足正常使用的安全性要求。处理意见及建议为：1. 鉴于以上检测鉴定结论，应对混凝土夹渣严重的墙柱构件和尺寸偏差较大的构件进行加固处理，加固工程需报当地建设主管部门备案，并委托有相应资质的单位进行设计及施工。2. 鉴于以上检测鉴定结论，为保证结构承载力和耐久性能，应对构件中出现的锈蚀的钢筋进行除锈和防锈处理，对构件钢筋外露、蜂窝、孔洞、麻面、裂缝等部位进行修复处理，修复处理工程需报当地建设主管部门备案，并委托有相关资质的单位进行设计及施工。3. 地下室主体结构在进行上述加固处理并经验收合格后，可基本满足正常使用的安全性要求。4. 地下室的续建工程施工必须严格按照设计图纸进行，加强施工质量的控制，并在续建的工程中注意观测构件裂缝的变化，如发现异常情况，应及时向当地建设主管部门报告。

2009年5月4日，被告与原告就涉诉工程结算及地下室补强工作召开双方会议。被告负责人在会议上称“地下室已对好数，欠双方签章确认地下室的补强合同及进场时间需确认，补偿方面贵司要求到5月底要850万，我司要求双方扯平互不补偿”。

2009年5月5日，被告与原告负责人再次就涉诉工程结算及地下室补强工作召开双方会议。被告负责人称“我们同公司谈过，公司的意思是双方扯平，我司先付1000万，贵司十天内将所有塔吊、建筑材料清理完成；一个月后再付500万；补强完成”。原告负责人在会议上称“双方达成了实体结算共识，质量补强方面由我公司负责……”

我司损失 1000 多万。赔偿确认后可以写协议，支付部分工程款，我司可以移交场地”。

2009 年 5 月 5 日，被告与原告签订涉诉工程的《实体结算造价汇总表》，该表注明造价合计 29428918.01 元；该实体结算造价不包括损失赔偿项目，损失赔偿项目下一步双方洽商确定。被告与原告双方结算人员在该汇总表上签名确认。

2009 年 5 月 6 日，被告与原告签订涉诉工程的《实体结算造价确认移交清单》，该清单注明：被告与原告就涉诉工程实体结算，双方达成一致意见，移交以下造价清单。该清单金额总计 29428918.01 元。

2009 年 5 月 12 日，被告、原告共同将金海岸花园二期第七组团加固补强工程以单价包干方式发给中科院广州 H 公司（以下简称“H 公司”），工程总造价约为 500000 元，工程款由被告代支 649790.02 元，其余未结算支付。

2009 年 9 月 8 日，原告、被告、H 公司、广东省建科设计院、广州 C 设计院、广州 Y 监理公司六方召开验收会议，形成会议记录：H 公司承建的金海岸花园二期第七组团地下室加固补强工程验收。1. H 公司承建的补偿工程，每个补强加固的施工隐蔽验收都有广州 Y 监理公司、原告、广东建科院、被告参与验收，严把工程质量关。2. 参与验收各方到场，先后检查了该补强工程地下室实物，检查了 H 公司的施工材料，资料和实物与图纸相符。3. 参与验收各方同意加固补强工作的验收。参与验收的六方都有人员签名并盖章确认。

2009 年 11 月 2 日，被告申请对金海岸花园二期第七组团加固补强工程完工后的质量安全性和使用期限进行鉴定。

2009 年 11 月 23 日，法院召集双方协商鉴定机构，双方同意由省建科院进行鉴定。并明确鉴定内容为：“工程质量安全性和使用期限。”

2009 年 11 月 30 日，根据被告的要求，法院委托省建科院对“工程质量安全性和使用期限进行鉴定”。

2009 年 12 月 18 日，广东省建科院向原告、被告发函《设计补充通知单》，称：一、经同业主单位协商后，现对加固设计使用年限做如下变更：加固设计图中的设计总说明（一）的工程设计基准期、结构设计使用期限：按原设计剩余使用年限且不超过 30 年。现变更为：工程设计基准期、结构设计使用期限同原结构设计。二、原加固图—01 [设计总说明（一）] 作废，修改为：图 01—修 [设计总说明（一）] 作废，修改为图 01—修 [设计总说明（一）]，版本号 02，原设计与本修改图有矛盾的，以本修改图为准。

2009 年 12 月 24 日，被告向法院提出对鉴定的补充说明，明确“第一，对工程质量安全性的鉴定；第二，对补强完工后工程使用期限能否达到原来建筑设计要求的年限鉴定”。

2010年1月15日,省建科院对“金海岸花园二期第七组团21、22、23栋地下室已建成部分结构安全性建成鉴定补充报告”,该院工作人员对加固工程进行了现场检测并联网质监站,工程参建各方人员参与了加固补强施工期间部分隐蔽工程的检测工作,根据现场检测结果和业主提供的各项加固工程施工质保资料,该院认为地下室加固设计方案合理,加固符合图纸和施工有关要求,地下室加固后能满足正常使用的安全性要求。

2010年3月15日,被告向法院申请要求对金海岸花园二期第七组团地下室加固补强工程完工后工程质量安全性和结构使用期限进行鉴定。理由是加固施工完工后应重新鉴定,以确定能否达到符合实用性的标准和原结构设计使用年限。

2010年8月23日,法院委托Z鉴定公司对涉诉工程质量安全性和结构使用期限进行鉴定。

2010年9月27日,法院组织双方和Z鉴定公司到场查看,被告要求对涉诉工程整体质量、安全性、使用年限进行鉴定。原告不同意,只同意对加固补强工程进行鉴定,因双方已协议不再进行二次检测。

2010年12月27日,法院发函给Z鉴定公司明确鉴定对象:“涉诉工程为金海岸花园二期第七组团人防地下室土建工程,其已加固补强工程,现请对涉诉工程整体的质量安全性和结构适用期限进行鉴定。”

2011年6月20日,Z鉴定公司作出Z鉴字(2011)0237号《地下室质量安全性和结构实用性期限鉴定报告》,鉴定结论为“根据现场检测、检测结果综合分析,依据《民用建筑可靠性鉴定标准》(GB50292-1999)及相关规范,广州市番禺金海岸花园二期第七组团人防地下室土建工程主体结构质量安全性和结构实用性期限满足设计要求,其加固补强柱顶夹渣按加固补强设计要求处理后质量安全性和结构使用期限满足加固补强设计要求”。

2011年10月13日,被告向法院提出调查申请,要求向广州市房屋安全鉴定管理所调查,答复:“1.对涉诉工程适用《民用建筑可靠性鉴定标准》(C1350292-1999)作为鉴定依据是否正确。2.对工程整体质量安全性和结构适用期限进行鉴定在技术上是否可行,针对涉诉工程应如何确定鉴定目标内容。”

2011年11月11日,法院发函给广州市房屋安全鉴定管理所调查。2011年12月1日,该所复函认为:1.涉诉工程不应采用《民用建筑可靠性鉴定标准》,可作检测技术性参考指导文件使用。另该报告虽表述是依据《民用建筑可靠性鉴定标准》作鉴定结论,但从内容看,其结论主要依据来源是设计加固文件。2.针对涉诉工程存在问题,其技术处理步骤应先进行检测鉴定,确定哪部分结构存在问题,再经具有相应资质的设计和施工单位进行加固设计和施工。按照建设工程的相关规定,如施工过程满

足加固设计要求，质监部门验收合格，那么工程的质量安全性和结构性适用期限（注：应为结构使用年限）已由加固设计中的内容予以确立和保证。况且诉讼双方是事先约定共同委托检测鉴定加固的。因此施工后再对此作鉴定并无太大必要。如对工程的质量安全性和结构使用年限存有异议，应由加固设计单位负责作出解析。3. 针对该工程已经加固处理的情况，若认为仍有质量问题，需要进行鉴定，鉴定目标和内容宜重点放在详细检查和采取的检测手段上，以确定目前仍存在的问题。但对于加固过程中的隐蔽工程项目，在目前工程已完工的情况下再作鉴定，鉴定结论难以做到全面和可靠。

2012年5月31日和6月7日，法院组织原告、被告、Z鉴定公司、广东省建筑科学研究院、广州C设计院公司等专家共同召开专家会议，一致意见是该诉讼工程从目前状况看是主体工程不合格，不能满足安全性。

2012年6月13日，Z鉴定公司根据法院的要求，复函给法院“关于Z鉴定公司《地下室质量安全性和结构适用期限鉴定报告》，Z鉴字（2011）0237鉴定结论的详细说明函”称：该司依据法院的要求对鉴定结论作详细说明：广州市番禺金海岸花园第七组团人防地下室土建工程主体结构质量安全性和结构适用年限满足原设计要求。综合评定：广州市番禺金海岸花园第七组团人防地下室土建工程，及其已经加固补强工程的质量安全性和结构适用年限不满足原设计要求。

2012年11月14日，Z鉴定公司回复函称：广州市番禺金海岸花园第七组团人防地下室工程，其已经加固补强工程整体综合评定质量安全性和结构适用期限不满足原设计要求，其原因是由于加固补强工程裂缝封闭检测不合格，柱头环氧树脂加固补强存在施工遗留的夹渣、蜂窝、混凝土松散等问题，检测不合格。该工程质量问题，应按原加固设计图纸进行整改，整改完毕，验收合格，该工程质量安全性和结构适用期限满足原加固设计图纸要求。

诉讼中，因原告、被告均对广州Z房屋安全鉴定有限公司出具的Z鉴字（2011）0237号《地下室质量安全性和结构适用期限鉴定报告》的鉴定结论存在较大异议，故法院通知Z鉴定公司的鉴定人员张某，欧某到庭进行法庭调查。张某、欧某陈述称Z鉴定公司虽未获发《建设工程质量检测机构资质证书》及司法部颁发的《司法资质证书》，但Z鉴定公司已被录入广东省高级人民法院及广州市中级人民法院司法鉴定机构手册中；法院委托Z鉴定公司对金海岸花园第七组团人防地下室土建工程及其已经加固补强工程进行工程质量安全性和结构适用期限进行鉴定并得出鉴定结论，而并非如被告所述进行“在建工程的检测”，“检测”“鉴定”并不是同一内容，能否达到建设部门验收标准及涉诉工程是否合格也不是法院委托的内容，涉诉工程的施工方是按设计图纸施工的，是否符合设计规范、标准由设计单位负责，也不属于委托内容；Z

鉴定公司的鉴定分两部分，涉讼工程的主体结构还是满足原设计要求的，加固补强工程部分则不符合设计要求，具体而言，加固补强工程分为裂缝封闭、碳纤维布加固补强、置换、托换加大截面、高性能炒浆、柱头环氧树脂，其中裂缝封闭、柱头环氧树脂的加固补强不符合设计要求，但该部分进行再修复、补强后，即可满足加固补强工程的设计要求；2010年8月30日Z鉴定公司收到法院函件后，针对加固补强工程部分进行鉴定及收费向法院回函，2011年1月24日经Z鉴定公司到法院了解相关事宜，2011年4月6日到工程现场被告称不仅需对加固补强工程进行鉴定，还需要对整个地下室工程进行鉴定，2011年12月30日Z鉴定公司再次发函要求收取地下室工程鉴定费用，以上事实可见Z鉴定公司的回函并不存在矛盾之处；Z鉴定公司在该次鉴定报告中的数据均是由具有检测资质的广东省有色金属地质勘查局地质勘察研究中心及广州建设工程质量安全检测中心有限公司出具的，检测适用的是《混凝土结构工程施工质量验收规范》《建筑结构加固工程施工验收规范》，而鉴定结论依据的是《民用建筑可靠性鉴定标准》，Z鉴定公司主管单位广州市国土资源和房屋管理局及房屋安全鉴定协会均认为以该标准作出鉴定结论是合适的；另，检测与鉴定可以适用不同的标准，这是两个不同的概念，二者之间并不冲突，Z鉴定公司对涉案工程的鉴定是在现场取样后再在实验室进行实验的，目前行业内也大量存在检测及鉴定分开的操作；关于原审过程中的专家会议，当时Z鉴定公司也曾参加该次会议，基本上Z鉴定公司的鉴定结论与专家会议结果一致，并无本质差别，工程主体结构符合设计，而加固补强部分不符合设计，鉴定结论是将这两部分分开，而专家会议上有专家提出应将主体及补强部分合并起来，或将工程主体和加固补强工程分两部分评定。

原告在庭审中对Z鉴定公司的鉴定资格资质、出具的鉴定报告程序及内容、结论均无异议，并认为广东省建筑科学研究院以及Z鉴定公司的鉴定结论均表述的是是否符合安全性要求，而鉴定目的也是对是否符合安全性要求作出结论，被告多次混淆“不符合设计要求”和“不合格”的概念，另外关于使用年限50年的设计是从荷载性考虑问题，是由设计单位在设计时设定的，并不能靠检测手段可以鉴定，目前也没有任何一家机构可以鉴定出建筑物使用年限，使用年限也不代表建筑物的使用寿命，Z鉴定公司的鉴定报告称涉讼工程使用年限不符合原设计要求，是因为加固补强工程中有部分不符合要求。而被告称Z鉴定公司的鉴定结论所依据的《民用建筑可靠性鉴定标准》不适用在建工程，仅适用已建成两年以上的房屋，鉴定人员据此作出该鉴定结论有误；且鉴定报告称工程质量满足设计要求，但鉴定人又称主体工程部分合格，补强加固工程不合格，Z鉴定公司反复修改鉴定结论的做法并不科学，也是不负责任的表现；被告认为工程质量检验只有合格或不合格，安全性满足要求即代表合格，广东省建筑科学研究院的鉴定结论称地下室主体结构不满足正常使用的安全性要求，地下