



2023年第十二期 秘书处：010-68029709

# 中国肉类协会

## 牛人俱乐部分会法律周刊

卷语：

亲爱的牛人分会朋友们：本期法律资讯供大家参考！

### 一、行业聚焦

中共中央政治局常委、国务院总理李强在海南调研。他强调，要坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻党的二十大精神，坚持改革开放，高质量高标准建设海南自由贸易港，践行以人民为中心的发展思想，用心用力做好养老、医疗等民生工作，提高人民生活品质。

李强首先来到海口新海港客运枢纽项目现场，听取封关运作项目进展情况等汇报。他强调，建设海南自由贸易港，是习近平总书记亲自谋划、亲自部署、亲自推动的改革开放重大举措。要认真贯彻习近平总书记重要指示批示精神，增强责任感、紧迫感，突出制度集成创新，稳步扩大制度型开放，加快建设具有世界影响力的中国特色自由贸易港。李强指出，只有管得住才能放得开，要推进软硬件建设，深入开展“一线放开、二线管住”压力测试，运用人工智能、



大数据、物联网等信息技术和手段，大力提升智慧高效协同监管能力，为2025年底全岛封关运作打下坚实基础。

信息来源：中国商务新闻网

## 二、推荐阅读

### 一、从ChatGPT思考人工智能监管：“基于风险的方法”

【摘要】随着ChatGPT作为一款现象级的AI产品火爆之后，各大互联网公司也纷纷入场表示正在研发或要推出类似产品。在浪潮澎湃之下，其身后暗藏的法律和伦理道德隐患也开始引发公众关注。ChatGPT这一类生成式AI产品涉及的法律风险包括：

知识产权侵权：包括产品本身可能挖掘他人具有著作权的作品作为数据库，用户在使用过程中也会涉及输入他人具有著作权的作品要求ChatGPT进行总结分析。

生成和传播虚假信息：ChatGPT本身无法核实数据来源的真实性，也不直接提供数据来源，用户无法得知信息的可靠性；另一方面，在缺乏足够数据进行深度学习的情况，模型给出的答案本身也会存在问题，很多网友就发现了ChatGPT在“一本正经地胡说八道”情况。



数据隐私和商业秘密：ChatGPT作为一款互动型的聊天机器人，基于对用户数据的收集和分析来作出回答，用户可能在毫无警觉得情况下向ChatGPT输入个人信息、商业秘密或其他敏感数据引发的法律风险，包括用户自身行为的侵权风险以及ChatGPT将这些数据作为训练数据进行使用时的合规风险。目前已有多家公司和机构例如摩根大通、花旗集团、沃尔玛和亚马逊等因担心信息泄漏和合规风险限制员工在工作场所使用ChatGPT。

## 二、行政审批对合同效力影响的法律研究

**【摘要】**根据《民法典》第502条第一款规定，合同一般自成立之日起即生效，但法律另有规定或当事人另有约定的除外，这里的“当事人另有约定”一般是指合同中约定了生效条件，在条件实现前，合同已成立未生效；而“法律另有规定”则一般是指本文所要讨论的行政审批对合同效力的影响。随着2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下称“《九民纪要》”）及后续《民法典》的发布和施行，司法实践中对于行政审批对合同效力影响、未履行报批义务的法律后果等问题的裁判观点归于统一。而最高院于2022年底发布的《民法典合同编通则部分司法解释（征求意见稿）》则在《民法典》第502条第二款规定的基础上，同时承袭《九民纪要》第37-40条的观点，就行政审批对合同效力的影响、违反报批义务的法律后果及法院处理规则进行了更细化的规定。



了解更多

原文：

## 一、从ChatGPT思考人工智能监管：“基于风险的方法”

### 一、“基于风险的方法”的AI监管

#### (一)何为“基于风险的监管”

“基于风险的方法”强调的是治理不应当以消除所有潜在的损害或者更广泛的“不利后果”为目标；相反，应当关注潜在不利后果的概率及其影响。一般认为，“基于风险的监管”（risk-based regulation）主要有四个特征：（1）风险提供了监管的对象；（2）风险成为监管的正当化依据；（3）风险架构和塑造了监管组织和监管程序；（4）风险塑造了责任关系[1]。

基于风险的方法一开始出现在环境保护、食品安全、卫生健康等传统领域，而随着信息技术的发展，科技带来的风险的不确定，使得“基于风险的方法”在更加广泛，特别是科技前沿的领域得到应用，例如欧盟的《通用数据保护条例》（“GDPR”）中基于风险方法的个人数据保护，在AI领域，欧盟和美国的AI战略和政策文件中都明确提到了应当“基于风险的方法”。

#### (二) 欧盟

欧盟强调个人基本权利的保护以及维护欧盟内部市场的统一，因此青睐于立法这一强监管工具。2020年2月，欧盟委员会颁布《人工智能白皮书》，提出要建立一个明确的AI监管框架。《人工智能白皮书》的出台意味着欧盟对AI的



监管从伦理指引转向了立法监管。欧盟委员会认为，新的监管框架应采取“基于风险的方法”，以确保监管干预的程度是适当的，从而在有效实现监管目标的同时不会因为过度规范而对AI实践者特别是中小企业造成不成比例的负担。

### 1.基于风险的AI系统分类监管

基于《人工智能白皮书》，2021年4月21日，欧盟委员会发布了欧洲议事和理事会的《关于制定人工智能统一规则》（“《AI法案》”）提案。《AI法案》根据可能对人的基本权利和安全产生风险的等级将AI系统分为以下四个类别，并采取不同的监管措施：

类别	监管措施
不可接受风险	禁止，例如政府的社会评分、鼓励危险行为的语音辅助玩具等。
高风险	允许，但须满足《AI法案》规定的合规要求并在投入市场和使用前开展事前合格评估（Conformity Assessment）
有限风险	允许，对于特定类别的AI系统赋予透明度义务，例如与人类互动、用于情绪或生物特征识别或“深度伪造”
最小或无风险	允许，并鼓励制定旨在促进自愿应用的行为准则

### 2.重点监管：高风险的AI系统

《人工智能白皮书》将立法监管的目标锚定高风险的AI应用，在对AI系统进行分类监管的基础上，《AI法案》主要针对高风险AI系统，从以下三个层面对高风险AI系统的实践进行了强制性规范：



高风险AI系统本身应当满足的合规要求：包括建立风险管理机制、使用高质量的训练、验证和测试的数据、透明度和用户告知义务、人类的有效监管等；

高风险AI系统的参与者的合规义务：包括供应商、进口商、分销商、使用者等；

高风险AI系统的全生命周期合规：包括事前合格评估、产品投入市场后的售后监督、重大事件报告机制。

为避免高风险AI系统判断标准模糊而导致监管泛化，《AI法案》明确了可被识别为高风险AI系统的两个分类规则，并分别以附件二和附件三清单的方式对高风险AI系统进行了列举：（1）旨在用作由欧盟协调立法所覆盖产品的安全组件的AI系统，例如个人安保产品、医疗设备、无线电设备等；（2）其他影响基本权利进而被视为高风险的AI系统。

对于第（2）个分类规则，《AI法案》在法案附件三列举了八个领域。但并非只要是这八个领域的AI系统就会被视为高风险，只有在这八个领域下明确列举的AI系统应用才会被视为高风险：

（1）自然人进行生物特征识别和分类（例如用于对自然人的实时和事后远程生物识别的AI系统）



- (2) 关键基础设施管理和运营（例如作为管理和运营道路交通安全组件的AI系统）
- (3) 教育和职业培训（例如用于确定个人进入教育和职业培训机构的机会活分配、对学生进行评估的AI系统）
- (4) 就业、员工管理和开展自营职业的机会（例如用于筛选候选人申请、在面试中评估候选人的AI系统）
- (5) 获得和享受基本的私人服务和公共服务及福利（例如对自然人进行信用评分或者用于消防队员和医疗救援等紧急响应服务调度的AI系统）
- (6) 执法（例如用于评估自然人犯罪风险的AI系统）
- (7) 移民、庇护和边境管制（例如用于验证旅行证件真实性的AI系统）
- (8) 司法和民主程序（例如协助法官研究和解释事实和法律，并将法律适用于事实的AI系统）

《AI法案》还赋予了欧盟委员会经过评估确定一个AI系统对人的健康安全的损害或对基本权利构成不利影响风险的严重程度和发生概率相当于或大于附件三八个领域下已列举的AI系统时，适时对清单进行更新补充的权力。在开展评估时，《AI法案》规定了欧盟委员会应当考虑的评估标准，包括AI系统的预期用途；使用在多大程度上已经对健康安全造成了损害，或对基本权利造成了不利影响；可能受到损害或不利影响的人在多大程度上依赖于AI系统产生的结果以及处于弱势地位的程度；产生的结果在多大程度上是容易逆转等。《AI法案》是世界上首部AI监管法律，它的颁布在很大程度上会成为全球其他地区治理和监管AI的参考对象。此前，外界普遍预计《AI法案》将于3月底在欧洲议会进行投票，届时欧盟各成员国将就该法案的最终条款进行谈判。但根据外媒报道，欧洲议会的议员们目前尚未就一些基本原则达成一致，包括如何在数据隐私和民主参与等基本权利与避免扼杀AI领域的创新和投资之间取得平衡，而其



中最具争议的问题之一就是哪些AI系统归类为高风险。ChatGPT使得欧盟关于如何监管AI的讨论更加激烈，特别是对于大型语言模型工具等通用AI（General Purpose AI）如何监管以及是否需要划分为高风险等问题的讨论，可以预见《AI法案》在出台前还将面临漫长的权衡和调整。

### 3.意大利针对AI产品透明度和相称性原则的监管

2023年2月3日，意大利数据保护局作出决定，要求AI聊天机器人Replika停止处理意大利用户的个人数据。Replika是由位于美国的Luka公司研发的一款可以与用户进行图文和语音聊天的“虚拟伴侣”应用程序。意大利数据保护局认为Replika未遵守透明度原则，未对儿童设置年龄验证或者控制机制特别是在儿童不能订立合同的情况下，依据订立和履行合同所必需处理儿童个人数据构成非法处理数据。

在《AI法案》尚未生效的情况下，意大利数据保护局依据GDPR对Replika作出的决定，但在决定理由部分也显示了其基于风险的监管思路。意大利数据保护局认为Replika“提供的回复与儿童这一弱势群体所应得到的保护并不相符。”“Replika宣称‘虚拟伴侣’能够改善用户的情绪健康，帮助用户通过压力管理、社交和寻找爱情来了解他们的想法和平息焦虑。这些特征需要与一个人的情绪相互作用，并可能给尚未长大或情绪脆弱的人带来更大的风险。”

综上所述，欧盟的“基于风险的方法”AI监管路径是在对AI系统进行分类监管的基础上，针对可能对人基本权利和安全产生重大影响的AI系统特别是高风险AI系统所致损害建立一个全面的风险预防体系，这个风险预防体系是在政府立法主导和监督下（包括高风险AI系统需要在公共数据库注册以及高风险AI系统违反法律规定时严格的处罚措施等）推动企业自我规制，建设内部风险管



理机制达成的。而如何判断评估确定将某一类AI系统归类为高风险AI系统也是这一立法监管路径的重点和难点。

### (三)美国

在AI监管方式的选择上，美国强调AI的创新和发展，以维护美国作为全球AI创新领导者的地位，因此对于立法监管采取非常谨慎的态度，更倾向于通过组织自愿适用的指引、框架或标准等非监管方法对AI应用采取软治理。

#### 1.监管政策制定：风险评估和风险管理

2020年1月，美国白宫科技政策办公室(“OSTP”)发布《人工智能应用监管指南》，为联邦机构针对AI应用制定监管和非监管措施提供指引，《指南》强调在现有法规是足够或颁布新法规不符合成本效益分析时，联邦机构应考虑不采取任何行动或者只采取可以解决特定AI应用所带来风险的非监管方法。

但不管是监管方法还是非监管方法，指南强调在具体监管政策制定时都应当遵守风险评估和风险管理的原则。一是监管政策的制定本身是一个风险衡量的结果，应当使用基于风险的方法确定哪些风险可接受，哪些风险可能带来不可接受的损害或者带来成本大于收益的损害。二是要求联邦政府机构公开风险评估的结果，并在适当的时间间隔重新评估其假设和结论，同时在此期间AI工具本身的失败或成功，也有助于确定真正适合识别和减轻AI应用风险的监管政策（不管是监管程度上还是具体措施）。



在风险评估方面，《指南》强调联邦政府机构要关注AI应用所带来风险本身的动态变化，并考虑AI系统在整个设计、开发、部署和操作过程中对算法和数据保护不足的风险，以及AI应用部署可能带来的反竞争效应。

在风险管理方面，《指南》指出对AI应用风险的管理应当与联邦政府机构在评估中确定的风险程度相适应，要求联邦政府机构根据AI技术成功或失败所带来风险和后果的程度进行分级监管。对于低风险的AI应用，联邦政府机构可以通过要求信息披露或者消费者教育等不那么严格和繁重的监管或非监管方法；而对于高风险的AI应用，联邦政府机构应当综合考虑以下因素制定具体监管政策：AI应用对个人的影响、部署的环境、备份系统的必要性或可用性、AI应用出现错误或失败时可用的系统架构或能力控制方法，以及如何检测和修复这些错误和故障。

## 2. 自愿适用的风险管理工具

基于《人工智能应用监管指南》，OSTP和美国商务部下属国家标准与技术研究所（“NIST”）相继颁布了自愿适用的AI风险管理工具，用以指导AI相关方建立相适应的内部风险管理制度，在设计、开发、部署和使用AI系统过程中对风险进行识别、评估和处理。

2022年10月，OSTP发布《人工智能权利法案蓝图》，列出了美国公众应该享有的五项核心权利保护：安全有效的系统、算法歧视保护、数据隐私、通知和解释、人工替代方案、考虑和退路。《人工智能权利法案蓝图》还在每一项权利保护下详细阐述了该项权利保护的重要性，以及政府、企业或其他AI相关方在设计、使用和部署自动化系统时可以采取的具体步骤，以确保将这些权利保护考虑真正付诸实践。



2023年1月，NIST在经过几轮公开征求意见后正式颁布《人工智能风险管理框架》（“AI RMF”）的1.0版本。AI RMF将风险管理框架分为四个具体模块，即治理、映射、测量和管理（Govern, Map, Measure, Management），在这四个具体模块下又进行了分类和子分类，并分解成具体的行动和结果，以促进AI风险管理中的对话、理解，帮助组织在实践中具体解决AI系统的风险，负责任地开发可信赖的AI系统。

综上所述，美国“基于风险的方法”的AI监管，一方面为联邦政府机构制定AI监管政策提供了基于“风险评估和风险管理”的方法论，另一方面通过积极地为AI实践者提供自愿适用的风险管理工具，以实现保护公民权利而又不阻碍AI创新发展的目的。同时，值得关注的是，与欧盟相同，美国也拒绝对AI应用进行无差别监管，强调应根据AI应用带来的风险和后果进行差异化的分级监管。

## 二、我国AI监管现状

我国作为AI领域的领先大国，也在积极探索建立AI法律法规、伦理规范和政策体系。虽然国家在已颁布的AI政策文件未有直接的“基于风险的方法”相关表述，但当前的监管活动还是从多个方面体现了“基于风险的方法”的监管思路：

### 1.科技伦理治理



2022年3月中共中央办公厅、国务院办公厅发布《关于加强科技伦理治理的意见》。意见明确开展科技活动应遵守合理控制风险的原则，并重点强调对科技伦理敏感领域以及科技伦理高风险科技活动的监管，相关主要意见包括：从事人工智能、医学、生命科学等科技活动的单位，研究内容涉及科技伦理敏感领域的，应设立科技伦理（审查）委员会；从事科技活动的单位应建立健全科技活动全流程科技伦理监管机制和审查质量控制、监督评价机制，加强对科技伦理高风险科技活动的动态跟踪、风险评估和伦理事件应急处置；国家科技伦理委员会研究制定科技伦理高风险科技活动清单，开展科技伦理高风险科技活动应按规定进行登记。

人工智能公司在上市过程中也会面临关于科技伦理方面的审核和问询。例如北京格灵深瞳信息技术股份有限公司和旷世科技有限公司都被上交所要求披露和说明公司在保证人工智能技术可控、符合伦理规范的措施和规划，旷视科技还被进一步要求说明分析公司在技术和业务开展过程所面临的伦理风险。

## 2.数据安全和算法治理

“基于风险的方法”的监管也体现在对作为AI核心技术的数据和算法的监管上。在数据安全方面，国家强调对数据进行分类分级管理，重点监管个人信息和重要数据，要求在个人权益有重大影响的个人信息处理活动开展前开展个人信息保护影响评估，开展重要数据处理活动的要求定期进行数据安全评估等。

在对算法安全的监管上中国也走在了前列，对应用算法推荐技术特别是应用深度合成技术提供互联网信息服务进行专门的立法监管。根据《互联网信息服务深度合成管理规定》（“《深度合成管理规定》”），深度合成技术是指



利用深度学习、虚拟现实等生成合成类算法制作文本、图像、音频、视频、虚拟场景等网络信息的技术，其中就明确包括篇章生成、文本风格转换、问答对话等生成或者编辑文本内容的技术，可见ChatGPT这类聊天机器人型的AI应用早已被国家纳入监管范围。

《深度合成管理规定》强化深度合成服务提供者的自我风险管理，立法主导从管理制度和技术规范上推动深度合成服务提供者建立内部的风险管理机制，包括要求建立健全用户注册、算法机制机理审核、科技伦理审查、信息发布审核、数据安全、个人信息保护、反电信网络诈骗、应急处置等管理制度，具有安全可控的技术保障措施。此外，提供可能导致公众混淆或者误认的深度合成服务，例如ChatGPT这类可以提供智能对话的深度合成服务的，《深度合成管理规定》还要求应当在生成或者编辑的信息内容的合理位置、区域进行显著标识，向公众提示深度合成情况。

### 3.特定行业领域的AI应用监管

对于AI应用可能对社会和公众权益造成重大影响的特定行业领域，特别是自动驾驶、医疗器械等，相关部门也在陆续起草和出台相关指南、标准和监管文件，例如《自动驾驶汽车运输安全服务指南（试行）》（征求意见稿）、《智能网联汽车道路测试与示范应用管理规范（试行）》《国家药监局器审中心关于发布人工智能医疗器械注册审查指导原则的通告》等进行重点监管。

### 4.地方层面的AI应用分类分级监管探索

2022年9月，深圳和上海相继颁布《深圳经济特区人工智能产业促进条例》（“深圳条例”）和《上海市促进人工智能产业发展条例》（“上海条例”），要求地方政府及有关部门对AI应用开展基于风险等级的分类分级治理。对于高



风险的AI应用，深圳条例和上海条例设置了事前合规评估/审查的高门槛，深圳条例规定采用事前评估和风险预警的监管模式上海条例表明将实行清单式管理，开展合规审查。而对于对中低风险AI应用，深圳条例和上海条例都采用事先披露和事后跟踪/控制的治理模式，以鼓励创新的态度促进AI企业先行先试。

关于分类分级的具体监管办法将由两地人民政府另行制定。如前文在欧盟《AI法案》部分所述，如何判断评估确定将某一类AI应用归类为高风险AI应用是分类分级立法监管的重点和难点，深圳和上海的立法先行探索也将会为国家的立法监管提供宝贵经验。

### 三、结语：对AI相关企业的合规提示

与基于风险的监管相对，对于作为监管对象的AI企业而言，“基于风险的方法”主要体现为“基于风险的合规”（risk-based compliance），这种方法侧重于因不合规而产生的风险，并利用对这些风险的评估指导合规工具的选择及资源部署，以最大限度降低风险和提高合规性[2]。

一方面，AI企业可以根据已有的境内境外基于风险的监管政策，以及所设计、开发和使用的AI产品所应用的行业领域、可能对社会及公众带来的风险和不利影响等，判断是否属于监管或者可能属于未来监管的重点，同时考虑到一些国家或地区例如欧盟的《AI法案》还具有域外管辖效力，AI产品如果存在海外市场的，还需要提前做好海外市场的合规布局。

另一方面，AI企业应建设内部的风险管理框架和流程。在具体合规风险管理框架搭建上，AI企业可以考虑从以下几个方面着手：



1. 组织架构：明确AI伦理风险管理部门，负责企业内部的伦理风险管理政策制定、执行监督、AI产品的伦理审查以及重大问题的决策等；

2. 内部的制度机制建设：建立AI产品全流程的伦理风险识别、评估和处置机制；建立健全数据安全、算法安全、信息安全等管理制度；建立伦理事件的应急处置机制；建立第三方合作伙伴（特别是数据来源方或者部署使用第三方的AI产品和技术）的风险评估和审查机制等。

3. 技术管控措施：采取技术措施确保数据、算法和网络安全；开展数据治理，确保数据质量；开发系统日志记录，确保事故可追溯；AI产品的设计、开发和部署使用过程应当确保可以由人为进行有效监控，降低AI产品偏离预期用途使用带来的风险等。

4. 人员管理：确立问责制，明确相关人员的权限和职责；对员工开展相关AI风险管理培训等。

5. 用户权益保障：保障透明度，确保用户可以了解AI产品和服务的决策和运行机制；建立用户的反馈和投诉机制，为用户提供人工审查的途径等。

[了解更多](#)

[原文：](#)

二、行政审批对合同效力影响的法律研究



## 二、常见的须经行政审批的合同类型

### 1、外商投资企业的设立、合作经营、股权转让、新建项目协议、合作协议、合伙协议及份额转让协议

这一类合同需要经过行政审批的法律依据来源于以下几部：

(1) 《外商投资法》第二十九条：“外商投资需要办理投资项目核准、备案的，按照国家有关规定执行。”

(2) 原《中外合资经营企业法》第三条：“合营各方签订的合营协议、合同、章程，应报国家对外经济贸易主管部门(以下称审查批准机关)审查批准。……。”

(3) 原《中外合作经营企业法》第五条：“申请设立合作企业，应当将中外合作者签订的协议、合同、章程等文件报国务院对外经济贸易主管部门或者国务院授权的部门和地方政府(以下简称审查批准机关)审查批准。……。”以及第七条：“中外合作者在合作期限内协商同意对合作企业合同作重大变更的，应当报审查批准机关批准；……。”

(4) 原《外资企业法》第六条：“设立外资企业的申请，由国务院对外经济贸易主管部门或者国务院授权的机关审查批准。……。”以及第十条：“外资企业分立、合并或者其他重要事项变更，应当报审查批准机关批准，……。”



除此之外，《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）（2020修正）》（下称“《外商投资企业纠纷司法解释》”）的第一条进一步明确：“当事人在外商投资企业设立、变更等过程中订立的合同，依法律、行政法规的规定应当经外商投资企业审批机关批准后才生效的，自批准之日起生效；……。”而《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国外商投资法〉若干问题的解释》（下称“《外商投资法司法解释》”）的第一条则明确了外商投资合同的范围包括“设立外商投资企业合同、股份转让合同、股权转让合同、财产份额或者其他类似权益转让合同、新建项目合同等协议”。

实务中需要注意的一个问题是，在《外商投资法》出台前，由于我国对外商投资企业采取的强监管措施，因此，涉及外商投资企业的协议以及外商企业的重大事项变更都必须经主管机关批准，且相关合同自批准之日起生效。但是，随着2019年《外商投资法》的出台，我国对外商投资实行负面清单管理，其中，除禁止投资的领域外，限制外商投资的领域，仍实行审批核准制，而负面清单之外的外商投资，则改为备案制。因此，《外商投资法司法解释》第二条第一款也相应规定：“对外商投资法第四条所指的外商投资准入负面清单之外的领域形成的投资合同，当事人以合同未经有关行政主管部门批准、登记为由主张合同无效或者未生效的，人民法院不予支持。”也就是说，涉及负面清单内的外商投资企业的相关协议，仍然是经批准后生效，而清单之外的外商投资企业的相关协议则是自成立时就生效。

## 2、探矿权、采矿权转让合同

采矿权转让合同须经行政审批的法律依据主要是《矿产资源法》第六条：“除按下列规定可以转让外，探矿权、采矿权不得转让：（一）……。探矿权人在完成规定的最低勘查投入后，经依法批准，可以将探矿权转让他人。”



（二）已取得采矿权的矿山企业，因企业合并、分立，与他人合资、合作经营，或者因企业资产出售以及有其他变更企业资产产权的情形而需要变更采矿权主体的，经依法批准可以将采矿权转让他人采矿。前款规定的具体办法和实施步骤由国务院规定。”而国务院《探矿权采矿权转让管理办法》第十条第一款、第三款则进一步规定：“申请转让探矿权、采矿权的，……。批准转让的，转让合同自批准之日起生效。”在司法解释层面，《最高人民法院关于审理矿业权纠纷案件适用法律若干问题的解释（2020修正）》（下称“《矿业权纠纷司法解释》”）第六条明确规定：“矿业权转让合同自依法成立之日起具有法律约束力。矿业权转让申请未经自然资源主管部门批准，受让人请求转让人办理矿业权变更登记手续的，人民法院不予支持。当事人仅以矿业权转让申请未经自然资源主管部门批准为由请求确认转让合同无效的，人民法院不予支持。”

对上述《矿业权纠纷司法解释》第六条的理解，实务中需要注意的一个问题是，司法解释的措辞是“自成立之日起具有法律约束力”，与该司法解释中其他情形下的合同效力规定所用的“自成立之日起生效”的表述相比，很明显第六条是跟前述《探矿权采矿权转让管理办法》的规定保持一致，因此，这里的“具有法律约束力”很显然不能理解为“生效”。对此，最高院（2018）最高法民终15号案件就错误的理解和适用了“具有法律约束力”的内涵，该案中，最高院适用《物权法》第15条的“区分原则”，认为：“《煤矿财产转让协议》所约定的‘财产交割’虽包括了采矿权变更，但合同自依法成立之日起即具有法律约束力，有关部门的审批不是《煤矿财产转让协议》的生效条件。”事实上，最高院2016年发布的矿业权十大典型案例中对此有过论述，即：“相比《合同法》第四十四条第二款规定的合同特别生效要件（即合同生效以行政审批为前提）而言，《物权法》第十五条只是



对原因行为的一般规定，且并未从积极层面规定原因行为的生效要件，仅系从消极角度宣明物权变动所需要的登记不再是原因行为的生效要件。以国土资源主管部门审核批准为生效要件，是防止矿业权移转给缺乏资质的受让人，避免自然资源浪费，降低乃至减少矿难发生所必要。”因此，在目前《探矿权采矿权转让管理办法》《矿业权纠纷司法解释》尚未被修改之前，探矿权、采矿权转让合同仍然是自批准之日起生效。

### 3、国有企业重大资产、股权转让合同

这一类合同须经行政审批的法律依据主要是《国务院企业国有资产监督管理暂行条例（2019修正）》第二十三条：“国有资产监督管理机构决定其所出资企业的国有股权转让。其中，转让全部国有股权或者转让部分国有股权致使国家不再拥有控股地位的，报本级人民政府批准。”值得注意的是，该行政法规只规定了国有股权转让须经行政审批，并没有像前两种常见合同类型的法律依据一样，明确规定必须是转让合同须经行政审批，也没有明确规定转让合同自批准之日起生效或者未经批准的合同效力应如何。

但是从司法实践来看，涉及到国有股权转让合同纠纷案众多案例中，最高院基本形成了较为统一的裁判意见，即认为批准是国有股权转让合同的特别生效要件，未经批准的合同未生效。例如，在（2016）最高法民申410号案例中，最高院就认为：“《企业国有资产监督管理暂行条例》第23条规定：‘国有资产监督管理机构决定其所出资企业的国有股权转让。对于重要子企业的重大事项……’依据上述法律、行政法规规定的文义和立法目的，国有资产重大交易，应经国有资产管理部门批准，合同才生效。本案中，盐业集团公司系江苏省国资委独资的国有企业，因此，其因对外重大投资而签订



的案涉股权买卖合同需经国资管理部门审批后，合同才能生效。”

#### 4、商业银行、证券公司、保险公司等金融机构股权转让合同

法律依据主要是三个：（1）《商业银行法》第二十八条：“任何单位和个人购买商业银行股份总额百分之五以上的，应当事先经过国务院银行业监督管理机构批准。”（2）《中华人民共和国保险法》第八十四条：“保险公司有下列情形之一的，应当经保险监督管理机构批准：……（七）变更出资额占有限责任公司资本总额百分之五以上的股东，或者变更持有股份有限公司股份百分之五以上的股东；……。”（3）《证券法》第一百二十二条：“证券公司变更证券业务范围，变更主要股东或者公司的实际控制人，合并、分立、停业、解散、破产，应当经国务院证券监督管理机构核准。”值得注意的是，修改之前的《证券法》规定的是变更持有百分之五以上股权的股东，而修改后的措辞则变为“主要股东”，对于主要股东的理解，证监会《证券公司股权管理规定（2021修订）》第五条有配套规定，将“主要股东”仍然定义为持有5%以上股权的股东。

此外，上述三个法律规定也和前述国有企业重大资产、股权转让合同的审批规定相类似，并没有明确规定必须是转让合同须经行政审批，以及转让合同自批准之日起生效或者未经批准的合同效力应如何。司法实践中，对于商业银行5%以上股权的转让，最高院民二庭法官会议纪要中曾有过倾向性观点，即认为“《商业银行法》第28条批准的对象是股权购买行为，即股权转让行为，故批准是合同的法定生效要件，未经批准的股权转让合同属于未生效合同。”而对于《保险法》和《证券法》的上述规定所指向的到底是不是股权转让合同须经批准，从判例来看，大部分观点是肯定的，但也有判例认



为《证券法》第122条规定并不能得出批准是合同的生效要件，例如（2009）民二终字第117号。

### 三、影响合同效力的行政审批强制性规定的识别

一般来说，要求行政审批的规定都属于强制性规定的范畴，因此，与导致合同无效的强制性规定的法律渊源仅限于法律、行政法规一样，《民法典》第502条规定的须经行政审批才生效的合同也只限于法律、行政法规中有关审批的强制性规定。但是，也有一个例外，即行政法规、地方性法规的内容是为了实施法律、行政法规有关行政审批强制性规定而制定，那么其中的有关行政审批的强制性规定也可能影响合同的生效与否。在此基础上，司法实践中又应该以什么标准来判断某一法律、行政法规中有关必须经行政审批的强制性规定必然影响合同的生效呢？这里需要区分两种不同的情况：

第一，法律、行政法规明确规定相关合同或者交易未办理行政审批手续的，合同不生效，或者规定合同自批准之日起生效。很显然，这种类型的规定毫无疑问直接影响了合同的生效。

第二，法律、行政法规对合同或者交易未经审批是否生效的问题没有作出明确规定，此时，按照最高院民二庭法官会议纪要的倾向性观点，需要区分这类行政审批规定所规范的对象：

（1）如果规定所规范的对象的是合同或者交易本身，那么即使没有明



明确规定未办理行政审批将导致合同不生效，那么法院也应作出这样的认定。最典型的例子就是前面提到的《商业银行法》有关购买商业银行5%以上股权需报银监会批准的规定，其中规定的内容“购买……5%股权”指的就是整个购买股权的交易，当然包括了股权转让合同，因此，合同须经批准方可生效；

(2) 如果规定针对的是权利变动这一事项，那么按照区分原则，是否有行政审批以及能否审批通过，都只影响权利变动（物权行为）的生效以及合同的履行与否，但引起权利变动的原因行为（转让合同）并不因此不生效。

例如，《最高人民法院关于破产企业国有划拨土地使用权应否列入破产财产等问题的批复》第二条：“企业对其以划拨方式取得的国有土地使用权无处分权，以该土地使用权设定抵押，未经有审批权限的人民政府或土地行政管理部门批准的，不影响抵押合同效力；履行了法定的审批手续，并依法办理抵押登记的，抵押权自登记时设立。……。”第三条同时规定：“国有企业以关键设备、成套设备、建筑物设定抵押的，如无其他法定的无效情形，不应当仅以未经政府主管部门批准为由认定抵押合同无效。”此外，在前面提到的最高院（2009）民二终字第117号案例中，最高院也是从《证券法》以及证监会要求证券公司就变更股权事项报请批准规定的规范目的、违反该规定的社会效果等方面，综合认定行政审批的对象并非股权转让交易（合同）本身，而是持有证券公司股权的股东资质，并不是签订合同的资质（行为能力），最终认定证券公司股权转让的行政审批不是合同生效的前提，即使未审批，合同已生效。



#### 四、未经批准合同的法律性质

在《九民纪要》发布之前，对于未经批准合同的法律性质，司法实务中存在争议，但《九民纪要》第37条、第38条给出了答案，即具有一定法律约束力的未生效合同。其中，具备法律约束力指的是《九民纪要》第37条所说的“任何一方不得擅自撤回、解除、变更”以及第38条规定的报批义务及相关违约责任条款独立生效；而未生效则是指合同不具备履行效力，在合同经批准通过前，合同当事人均不能请求对方强制履行合同的主要义务（报批义务除外）。

但是，如果合同约定一方履行合同主要义务是另一方履行报批义务的前提条件，此时，负有报批义务的一方能否在合同经审批前请求对方强制履行合同主要义务？答案同样是不能请求强制履行。实践中较为典型的的就是《外商投资企业纠纷司法解释》第八条规定的情形，即合同约定股权受让方支付股权转让价款是转让方履行报批义务的前提，如果受让方未付款，转让方有权请求解除合同并赔偿损失。对这一条的理解需要注意，在受让方未履行付款义务（合同主要义务）的情形下，守约方只享有履行抗辩权——即暂不履行己方的报批义务，以及合同解除权，但不享有要求对方强制履行合同主要义务的权利。

#### 五、未履行报批义务的法律后果

基于须经批准生效合同的特殊性，实践中常见的争议在于负有报批义务的一方未履行报批义务时的法律后果和违约责任承担的问题。而违约责任的类型包括继续履行、合同解除、赔偿损失等，结合《外商投资企业纠纷司法



解释》《九民纪要》的规定以及实务判例，实务中主要有以下几种情形：

## 01

违约方不履行报批义务，守约方如果选择请求违约方继续履行，那么，守约方也只能请求对方继续履行报批义务，而不能请求强制履行合同的主要义务。

## 02

违约方不履行报批义务，经催告后仍不履行的，守约方可以起诉请求解除合同，同时还可以请求违约方承担不履行报批义务的违约责任。而违约责任的范围，则是有约定从约定，如果合同没有就违反报批义务的违约责任单独作出约定，实务中一般会参考违反预约合同的违约责任，以缔约过失责任——即信赖利益损失为限。例如，《外商投资企业纠纷司法解释》第五条就规定：“外商投资企业股权转让合同成立后，转让方和外商投资企业不履行报批义务，经受让方催告后在合理的期限内仍未履行，受让方请求解除合同并由转让方返还其已支付的转让款、赔偿因未履行报批义务而造成的实际损失的，人民法院应予支持。”

这里有一个在理论界存在争议的问题，即不履行报批义务的合同仍属于未生效合同，而合同的解除以生效合同为前提，因此，违约方不履行报批义务的，守约方请求解除合同似乎没有法理基础。但是，正如前文所提到的《九民纪要》第37条中所规定的未经审批合同的法律性质，虽然尚未生效，但也只是合同不具备履行效力，但已经具有形式上的法律约束力，即未经一方同意，另一方不得擅自变更、解除合同。因此，当负有报批义务的一方经



催告仍不履行报批义务，守约方可以获得合同的法定解除权，使整个合同的形式法律约束力也归于消灭。而且，如果未经审批而未生效的合同不能解除，法律上的确认不生效也并非无效，实际上相当于合同仍然存在并约束双方，不利于合同当事人挣脱合同转而寻求新的交易机会。因此，赋予守约方的合同解除权，也符合经济效益原则。

03

违约方不履行报批义务，守约方诉请继续履行报批义务，但经诉讼判决继续履行后违约方仍不履行的，守约方有权再次诉请解除合同，并要求承担如同合同生效时的违约责任。

需要注意的是，守约方请求违约方承担如同合同生效后的违约责任，并不是可以主张完全的履行利益，实务中一般以信赖利益损失和交易机会损失为限。例如，《外商投资企业纠纷司法解释》第六条第二款：“转让方和外商投资企业拒不根据人民法院生效判决确定的期限履行报批义务，受让方另行起诉，请求解除合同并赔偿损失的，人民法院应予支持。赔偿损失的范围可以包括股权的差价损失、股权收益及其他合理损失。”此外，公报案例（2016）最高法民终802号中，最高院也作出相同的认定：“鞍山财政局违反诚实信用原则，存在缔约过失。标榜公司在缔约过程中支付交易费及保证金利息，属于标榜公司的直接损失，应由鞍山财政局承担赔偿责任。……。当事人客观合理的交易机会损失应属于缔约过失责任赔偿范围。……。通常情况下，缔约过失责任人对善意相对人缔约过程中支出的直接费用等直接损失予以赔偿，即可使善意相对人利益得到恢复。但如果善意相对人确实因缔约过失责任人的行为遭受交易机会损失等间接损失，则缔约过失责任人也应当予以适当赔偿。……。鞍山财政局所获得的股权出售价差利益，是以标榜



公司丧失购买涉案股权的机会为代价。在鞍山财政局因其过错行为获得利益的情况下，如果不对标榜公司的交易机会损失予以赔偿，将导致双方利益严重失衡，不符合公平原则。”

#### 04

负有报批义务的当事人履行了报批义务，但未获批准。此时，合同因为未获批准而将被确认为不生效，但不存在违约责任的问题，只是合同确定不生效后的法律责任，即《民法典》第157条所规定的，当事人双方因合同履行所获得的财产相互返还，如果不能返还或者没有必要返还的，应予以折价补偿；有过错的一方还应赔偿另一方所遭受的损失，双方均有过错的，则各自承担责任。

#### 05

负有报批义务的当事人迟延履行报批义务，且因为迟延履行导致合同最终未获批准，此时，合同也将被确认为不生效。同样地，双方也应依照《民法典》第157条规定承担相互返还的责任。除此之外，守约方还可以主张迟延履行报批义务的一方对合同确定不生效负有过错，要求其承担损失赔偿责任，而赔偿范围则是：如果合同约定了迟延履行报批义务的违约责任，则参照适用；如果未约定，则按《民法典》第157条处理，一般也以信赖利益损失和交易机会损失为限，根据违约方的过错严重程度、守约方的损失情况等酌情认定。

## 六、结语

要求合同须经行政审批的规定与可能导致合同无效的强制性规定一样，都是行政公法介入民事法律行为，而从《民法典》鼓励和保护民事交易的整



体价值导向来看，行政公法介入民事法律行为的情形应当限缩，认定标准也应从严把握。正如前文第三部分所讨论的法律未明确规定合同须经审批才生效时，贯彻“区分原则”具有相当的必要性，防止行政审批导致合同未生效的规定被不诚信的当事人滥用。

[了解更多](#)

[原文：](#)

### 三、工程总承包合同纠纷系列裁判规则（第6期）

建设工程专业律师既需要掌握扎实的基本法学理论功底，更应具备结合现有法律规范和裁判规则，准确理解法律规范和裁判规则的能力，这样方能在复杂的建设工程合同纠纷中找到最佳法律解决路径，最大限度的维护委托人合法权益，也能为建筑业高质量发展提供法律保障。

2022年度，德和衡建设工程业务团队持续分享了团队成员原创的《施工总承包模式下的裁判规则》，该裁判规则的发表，深受各界朋友欢迎，并取得了良好的效果和反响。

2023年度，德和衡建设工程业务团队仍将持续分享在建设工程专业领域的研究成果，并将陆续分享工程总承包合同纠纷裁判规则。基于工程总承包作为与施工总承包并行的两种基本的工程建设组织实施模式，为全面掌握工程建设领域的法律规范和裁判规则提供有益参考，敬请关注、指正。



本期，本团队分享的是工程总承包合同纠纷裁判规则（第6期）即工程总承包合同无效情形下与工程价款相关的裁判规则（一）。

## 问题10

工程总承包合同无效情形下，合同约定的总价能否参照执行？

答：根据《民法典》第一百五十七条“民事法律行为无效后，行为人因该行为取得的财产，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”的规定，并结合（2020）最高法民终481号、（2021）陕民终67号和（2020）最高法民终115号确定的裁判规则，合同约定的总价为折价补偿的依据，原则上可以参照执行；如果约定的总价不具有相应的事实基础或者约定的总价违反了公平合理原则的，则该总价不可以参照执行。

**案例1和案例2之裁判规则：**工程总承包合同无效情形下，合同约定的总价为折价补偿的依据，原则上应当参照执行。

案例1：北京蓝图工程设计有限公司、新疆大黄山鸿基焦化有限责任公司建设工程施工合同纠纷案件，案号为（2020）最高法民终481号。



该案件中，案涉合同第一部分“协议书”约定“将本工程项目设计、采购、施工及开车任务，委托总承包商进行EPC工程总承包”。合同中对工程价款的约定有以下几部分：（一）案涉合同第二部分“通用条款”23条“合同价款及调整”23.1约定“协议书中表明的合同价款为固定合同总价，任何一方不得擅自改变。合同价款所包含的工程内容为初步方案设计范围所包含的工作范围”，该条同时约定了合同价款调整的情形及合同价款所包含的风险。该部分31条“变更价款的确定”约定了对合同价款做出调整的具体操作及遵循的原则。（二）案涉合同第三部分“合同专用条款”第7条“合同价款、支付及调整”7.1“合同价款”中约定，“本合同价款（暂定价）为人民币柒仟捌佰万元整（7800万元），其中包括建设工程设计费150万元。投资详见本项目的概算书”。

该案件中，法院认为，该合同“通用条款”23.1约定合同价款为固定合同总价，但合同第一部分“协议书”、第二部分“通用条款”中均没有约定具体的合同价款，第三部分“合同专用条款”7.1约定合同价款（暂定价）为7800万元。按照合同第三部分“合同专用条款”2.2“合同文件及解释优先顺序”中约定的合同条款解释顺序，合同价款应理解为固定总价（暂定价）7800万元。该合同附件十一“项目投资估算表”对该工程各项造价分项估算计算出的建设投资总计7808万元，与合同约定的价款7800万元相符。约定合同价款为固定总价并非不能变更，根据合同的约定，在符合“通用条款”23.1约定的情形时按照该部分第31条“变更价款的确定”的约定可对合同价款进行变更。北京蓝图公司上诉称案涉合同并非固定总价7800万元、合同价款为暂定价7800万元，与合同约定并不矛盾。



北京蓝图公司上诉称双方在合同履行过程中将合同价款变更为据实结算，与事实不符。（一）北京蓝图公司与鸿基焦化公司的往来函件不能证明双方对工程价款进行了变更。1. 鸿基焦化公司于2013年4月7日致北京蓝图公司的函中并未就合同约定的工程款进行变更，也未就进行变更达成一致，北京蓝图公司无证据证明双方完成了合同价格的调整。2. 2016年4月19日北京蓝图公司致鸿基焦化公司《关于12万吨/年合成氨填平补齐项目决算及出具发票的函》中称“由于实际造价与合同暂定价差异较大，经双方协商同意按照实际工程量按实结算”，鸿基焦化公司在复函中并未提及据实结算，北京蓝图公司无证据证明鸿基焦化公司同意据实结算，仅以其在函件中单方所称、鸿基焦化公司未提异议为由认为鸿基焦化公司认可据实结算，缺乏事实依据。

（二）《工程款支付证书》系宝中公司出具报告的一部分，不能证明双方对工程价款进行了变更。北京蓝图公司以案涉工程2013年3至9月份《工程款支付证书》中鸿基公司审核的应付款总额远超合同所约定的7800万元为由，认为双方对合同价款变更为据实结算。对此本院认为，案涉六本《报告书》系鸿基焦化公司委托宝中公司出具，是为了对工程进度款的支付进行审核，《工程款支付证书》是审核中的过程资料，并非最终的支付依据，而且《工程款支付证书》中记载最终以宝中公司审核为准，宝中公司审核的应付款金额并未超过合同约定价款，鸿基焦化公司已支付的工程款也未超出合同约定的价款，因此《工程款支付证书》不能证明双方是据实结算。综上，北京蓝图公司上诉主张双方对合同约定的价款变更为据实结算的上诉理由不能成立。

案涉合同中并未约定以北京蓝图公司向第三方支付款项作为案涉合同价款的结算依据，北京蓝图公司因案涉工程向第三方支付价款与案涉工程



款的认定无关。

合同“通用条款”23.1约定合同价款所包含的工程内容为初步方案设计范围所包含的工作范围，案涉工程设计由北京蓝图公司设计，设计费包含在合同价款内，合同“通用条款”29条“工程变更”约定“对初步设计方案性的变更甲乙双方原则上不得随意变更”。对于双方是否对初步设计方案进行变更问题，北京蓝图公司称签订案涉合同时没有初步设计方案，工程是边设计边施工的；鸿基焦化公司称没有变更，案涉合同是EPC合同，设计是由北京蓝图公司负责。北京蓝图公司所称与合同约定不符，不予采信，按照北京蓝图公司所称也就不存在超出初步方案设计范围的内容。

北京蓝图公司二审庭审中称，实际工程量发生重大变更，应当据实结算。合同中约定了工程款暂定价，同时约定了对于价款调整的情况及变更价款的确定，北京蓝图公司未提供证据证明出现了合同“通用条款”部分23.1中约定的价款调整的情况，即“由于业主变更引起的合同价款的增减（变更引起的工程建设费用累计增减额50万元以内的变更不予调整）；合同约定的其它价款增减或调整”。北京蓝图公司以实际工程量发生变更认为应当据实结算的理由不能成立。

综上，北京蓝图公司没有证据证明双方已经对合同价款进行了调整，在合同无效的情况下，一审判决参照合同约定的7800万元认定工程价款正确。

案例2：晋能控股山西电力股份有限公司与陕西雄风新能源有限公司、



中铁十七局集团第一工程有限公司建设工程施工合同纠纷案件，案号为（2021）陕民终67号。

该案件中，二审陕西省高级人民法院认为，总承包合同协议书第四条约定，合同固定总价24150万元，超过30MW部分按固定价6元/瓦结算，其他情况不调整。合作协议第二条EPC总承包2.2总承包价款约定内容与总承包合同协议书第四条约定相同，即按合作协议约定由晋能电力向十七局一公司支付的工程款也是固定总价24150万元，除超过30MW部分外，其他情况不作调整。合作协议第五条违约责任5.3.3约定，项目如未取得0.88元/度电价，根据甲方投资收益率不变的原则，电价每下降0.01元/度，甲方相应应在付丙方的总承包价款内扣除0.08元/瓦。该约定是对甲方晋能电力投资利益的保障约定，未涉及乙方雄风公司，虽然合作协议约定的股权转让条件成就，晋能电力已成为雄风公司唯一股东，但二公司均为独立法人，不能据此认为雄风公司亦有权依据合作协议5.3.3约定扣减应付十七局一公司工程款。综合合作协议2.2、5.3.3约定内容可知，未取得约定电价是晋能电力代付工程款数额的调整约定，而不是案涉项目工程总价款的调整约定，故雄风公司仍应参照总承包合同及合作协议均约定的固定总价24150万元作为其与十七局一公司的结算依据，而晋能电力的责任范围可以其主张的经调整后的19076.4万元为计算依据。

**案例3之裁判规则：**工程总承包合同无效情形下，在具有相应事实基础且公平合理的情况下约定的合同总价可以参照执行；否则，该合同总价不能参照执行。

江西长荣建设集团有限公司、江西余干高新技术产业园区管理委员会建设工程施工合同纠纷案件，案号为（2020）最高法民终115号。该案件



中，2017年11月10日，长荣公司、余干管委会、中海公司签订了《总承包合同》，约定工程内容及规模为余干城西创新创业产业园设计施工一体化（EPC）项目的设计、采购、施工及项目管理工作，建设规模约25万平方米，约定竣工时间为2017年12月31日，合同价格为36768.26万元。最高人民法院认为，关于案涉《总承包合同》是否为固定总价合同；若不属于固定总价合同，一审法院采信鉴定意见确定工程价款是否正确问题。案涉《总承包合同》第一部分合同协议书第六条约定合同价格为36768.26万元，虽该合同无效，但其约定的合同价格在具有相应事实基础且公平合理的情况下可以参照结算工程价款。案涉《总承包合同》于2017年11月10日签订，约定竣工日期为2017年12月31日。对于长荣公司在《总承包合同》签订前已入场施工的事实，各方均不否认。案涉项目开始施工时仅有立项文件，无初步设计、无图纸，属于边施工边设计出图的模式，工程总价难以控制。一审法院委托江西中达造价咨询有限公司对长荣公司已完工程造价以及该项目的总工期进行了鉴定，结论是长荣公司已完工程造价为35040.624661万元，案涉项目总工期为671.9天。二审中，余干管委会认为长荣公司已完工程量约为总工程量的58%。余干管委会主张案涉《总承包合同》为固定总价合同，即工程总价款为合同约定的36768.26万元，而如果依此固定工程价款，结合余干管委会主张的已完工程比例来计算长荣公司已完工程价款，将与鉴定结论确定的已完工程造价35040.624661万元相差甚远。从合同对工期的约定看，与鉴定结论亦有很大差距。基于此，一审判决认定如按照余干管委会主张的合同约定的工程总价结合其认可的长荣公司已完工程量占比来确定工程价款，双方权利义务将失衡，长荣公司、余干管委会对案涉工程实际施工成本高于合同价均具有过错，并无不当。余干管委会在本案二审庭审中自认，其后续将长荣公司未施工部分的工程发包给案外人的合同总价约24000万元，也能印证《总承包合同》第一部分合同协议书第六条约定合同价格与客观事实不相符。一审判决



结合在案证据及本案实际情况，采信江西中达造价咨询有限公司出具的鉴定结论认定余干管委会应支付给长荣公司的工程价款，对案涉工程进行据实结算，并无不妥。余干管委会一审中申请对长荣公司已完工程量在其总工程量中所占比例进行鉴定，一审法院为此向相关鉴定机构进行咨询，鉴定机构认为上述比例值难以确定，故一审法院未启动此鉴定程序，不构成程序违法。

### 三、建言献策

中国肉类协会牛人俱乐部分会法律资讯每周更新，如需了解更多贸易、法律、金融、经济等相关资讯，请提出宝贵意见发送至牛人俱乐部分会秘书处。

中国肉类协会牛人俱乐部分会

联系人：叶 晴 136-8332-8326

何蕴琼 181-0102-6981

2023年3月31日