



《民法典》治下 最高院建设工程施工合同新司法解释（一）的框架内容 以及在执行中应注意十个疑难法律问题

国家住房和城乡建设部建筑市场监管司法律顾问

《完善工程组织实施方式研究》课题组组长

上海市建纬律师事务所主任 朱树英

2021年3月18日



微信公众号

“建纬律师”

欢迎关注!





民法典于2021年1月1日起施行，包括《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国民法总则》在内的9部法律同时废止。

2020年6月起，为配套民法典的施行，最高人民法院集中对新中国成立以来现行的司法解释及相关规范性文件共计591件进行了全面清理。

2020年12月30日，按照“统一规划、分批制定、急用先行、重点推进”原则，最高人民法院发布了与民法典同步施行的第一批共7件新的司法解释，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（以下简称《司法解释（一）》）便是其中之一。

民法典施行前，在全国范围内指导建设工程施工合同纠纷案件审判的是最高人民法院颁布的《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》（以下简称原《司法解释（一）》）和《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（二）》（以下简称原《司法解释（二）》）。原《司法解释（一）》历时两年征求意见，自2005年1月1日起施行，共有28个条文；原《司法解释（二）》历时七年征求意见，自2019年2月1日起施行，共有26个条文。





原《司法解释（一）》、原《司法解释（二）》（以下合称原《司法解释》）对建设工程施工合同领域统一法律适用、保障工程质量、规范建筑市场、保护各类主体合法权益、建设项目审批制度改革试点工作、工程总承包模式的推进等方面发挥了重要作用。

原《司法解释（一）》的具体条文涉及对《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》相关条文的指引，原《司法解释（二）》的具体条文涉及对《中华人民共和国民法总则》、《中华人民共和国合同法》相关条文的指引。而随着《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国民法总则》的废止，原《司法解释》的相关条文面临亟待修改的情况。此外，原《司法解释》的部分条文还因市场政策的变化而面临改变，比如原《司法解释（一）》第六条、第十七条两条中的“同期同类贷款利率”的概念已被“同期贷款市场报价利率（LPR）”所取代，客观上也需要对有关条文中的相关概念进行修改。





2020年12月29日，最高人民法院做出法释〔2020〕16号《关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定》，决定自2021年1月1日起废止包括原《司法解释（一）》、原《司法解释（二）》在内的共116件司法解释。

2020年12月30日，最高人民法院发布了《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（法释〔2020〕25号，以下简称“该司法解释”或“新《建设工程司法解释一》”），系最高人民法院贯彻实施《民法典》颁布的首批司法解释之一，该司法解释自今日（2021年1月1日）起正式施行。

该司法解释基于《民法典》的相关规定，将原《司法解释（一）》、原《司法解释（二）》及《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（法释〔2002〕16号，以下简称“《建设工程价款优先受偿权批复》”）进行了汇总归纳，并进行了相应的修订。





一、最高院施工合同新司法解释（一）主要内容

- （一）新司法解释一的主要内容划分。
- （二）主要修订变化以及实质性修订解析。

二、在执行中应注意的十个疑难法律问题

- （一）施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。
- （二）黑白合同以及背离中标合同实质性内容的判断标准变化。
- （三）工程范围变化将导致合同无效及工程范围界定的操作实务。
- （四）开、竣工日期的认定以及处理工期顺延的裁判原则。
- （五）工程价款计价标准及工程量确定的相关问题。
- （六）固定价合同结算的难点及其化解对策。
- （七）诉讼时效对工程质量保修期限的实践意义以及与保证金返还的相互关系。
- （八）强化对诉前造价咨询和司法鉴定的管控。
- （九）工程价款优先受偿权的全面规制。
- （十）保护农民工合法权益的途径以及代位权诉。





一、最高院施工合同新司法解释（一）

主要内容





一、最高院施工合同新司法解释（一）主要内容

（一）新司法解释一的主要内容划分。

条文	主要内容
第1条 ~ 第7条	关于合同效力
第8条 ~ 第11条	关于工期
第12条 ~ 第18条	关于质量
第19条 ~ 第34条	关于计价标准及工程量的确定
第35条 ~ 第44条	关于工程价款优先受偿权
第45条	关于解释的生效





一、最高院施工合同新司法解释（一）主要内容

（一）新司法解释一的主要内容划分。

一、关于合同效力

第一条：建设工程施工合同无效的情形；

第二条：黑白合同（效力）；

第三条：工程手续（效力）；

第四条：超越资质（效力）；

第五条：劳务分包（效力）；

第六条：合同无效过错责任；

第七条：挂靠责任；





一、最高院施工合同新司法解释（一）主要内容

（一）新司法解释一的主要内容划分。

二、关于工期

第八条：开工日期；

第九条：竣工日期；

第十条：工期顺延；

第十一条：鉴定期间工期顺延；





一、最高院施工合同新司法解释（一）主要内容。

（一）新司法解释一的主要内容划分。

三、关于质量

第十二条：质量问题发包人扣款；

第十三条：发包人过错；

第十四条：擅自使用及主体责任；

第十五条：发包人起诉共同被告；

第十六条：发包人反诉；

第十七条：返还质保金；

第十八条：保修人责任；





一、最高院施工合同新司法解释（一）主要内容。

（一）新司法解释一的主要内容划分。

四、关于计价标准 及工程量的确定

第十九条：价款结算；

第二十条：工程量争议及签证；

第二十一条：竣工结算；

第二十二条：黑白合同；

第二十三条：黑白合同；

第二十四条：数份合同；

第二十五条：垫资；

第二十六条：工程欠款利息；





一、最高院施工合同新司法解释（一）主要内容。

（一）新司法解释一的主要内容划分。

四、关于计价标准 及工程量的确定

- 第二十七条：利息付款时间；
- 第二十八条：固定价结算不予鉴定；
- 第二十九条：有结算协议不予鉴定；
- 第三十条：不认可咨询意见的鉴定；
- 第三十一条：仅对争议事实鉴定；
- 第三十二条：鉴定释明及二审鉴定；
- 第三十三条：对鉴定材料质证；
- 第三十四条：对鉴定意见质证；





一、最高院施工合同新司法解释（一）主要内容。

（一）新司法解释一的主要内容划分。

五、关于工程价款 优先受偿权

- 第三十五条：优先受偿权；
- 第三十六条：优先受偿权优于抵押；
- 第三十七条：装饰装修优先受偿权；
- 第三十八条：优先受偿权折价拍卖；
- 第三十九条：未竣工质量合格优先受偿；
- 第四十条：优先受偿权范围；
- 第四十一条：优先受偿权期限；
- 第四十二条：优先受偿权限制；
- 第四十三条：实际施工人主张权利；
- 第四十四条：实际施工人代位权；
- 第四十五条：施行日期。

六、关于解释的生效





一、最高院施工合同新司法解释（一）主要内容。

（二）主要修订变化以及实质性修订解析。

新司法解释（45条，扣除施行时间44条）与原司法解释（28+26=54条，扣除两条施行时间条款共计52条）相比总体变化不大。

✦ 新增1条

将“建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权”的规定写入了新《司法解释一》第36条。

✦ 删除7条（均为原《司法解释一》条文）

- 1) 删除第2条、第3条（合同无效处理原则，被《民法典》第793条吸收）；
- 2) 删除第8条、第9条、第10条（合同解除被《民法典》第806条吸收）；
- 3) 删除第21条（合同备案）。原《司法解释一》第21条的合同备案问题已于2019年被住建部《国务院办公厅关于开展工程建设项目审批制度改革试点的通知》取消；
- 4) 删除第24条（施工行为地为合同履行地）。因为2015年民诉法司法解释将施工合同确定按照不动产纠纷确定管辖，即不动产所在地专属管辖。不再按照一般合同纠纷的管辖原则确定管辖，合同履行地在确定管辖时不再具有参考意义。

✦ 合并2条

- 1) 合并原《司法解释一》第1条和第4条为新《司法解释一》第1条建设工程施工合同无效的情形。
- 2) 合并原《司法解释一》第26条和原《司法解释二》第24条为新《司法解释一》第43条实际施工人主张权利。

✦ 修订25处





一、最高院施工合同新司法解释（一）主要内容。

（二）主要修订变化以及实质性修订解析。

1、关于建设工程价款优先受偿权的三大变化

（1）、将“建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权”的规定写入了司法解释。

《建设工程价款优先受偿权批复》第一条规定：“人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定，认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。”但该批复被《最高人民法院关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定》（法释〔2020〕16号）所废止，现该批复第一条的内容由新《建设工程司法解释一》第三十六条直接规定。

<u>《建设工程价款优先受偿权批复》第1条</u>	<u>新《建设工程司法解释一》第36条</u>
<u>一、人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定</u> ，认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。	第三十六条 承包人根据民法典第八百零七条规定 享有的建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权。





一、最高院施工合同新司法解释（一）主要内容。

（二）主要修订变化以及实质性修订解析。

1、关于建设工程价款优先受偿权的三大变化

（2）、装饰装修工程承包人请求工程价款优先授权的前提条件发生了变化。

依据旧《建设工程司法解释二》第十八条的规定，仅在装饰装修工程的发包人是该建筑物的所有权人的前提下，装饰装修工程承包人才能享有建设工程价款优先受偿权。现新《建设工程司法解释一》删除了“但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人的除外”，变更为“装饰装修工程具备折价或者拍卖条件”。旧《建设工程司法解释二》第十八条的规定，在司法审判实践中存在两大问题：其一，装饰装修工程的发包人虽然不是该建筑物的所有权人，但该装饰装修工程中可分割的、为该发包人可处分的财产，装饰装修工程承包人为何不能享有优先受偿权？其二，与工程整体不可分割的装饰装修工程，装饰装修工程承包人享有的工程价款优先受偿权应如何执行？

“装饰装修工程具备折价或者拍卖条件”的规定，将在一定程度上解决前述两问题。但是对装饰装修工程“具备折价或者拍卖条件”的标准或将成为法律适用实践中的又一争论焦点。

同时，新《建设工程司法解释一》的上述规定，是否可以类推与发包人签订专项施工合同的承包人

旧《建设工程司法解释二》第18条	新《建设工程司法解释一》第37条
第十八条 装饰装修工程的承包人，请求装饰装修工程价款就该装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持， 但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人的除外。	第三十七条 装饰装修工程具备折价或者拍卖条件 ，装饰装修工程的承包人请求工程价款就该装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。



一、最高院施工合同新司法解释（一）主要内容。

（二）主要修订变化以及实质性修订解析。

1、关于建设工程价款优先受偿权的三大变化

（3）、承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限从六个月变更为“在合理期限内行使”、“但最长不得超过十八个月”。

旧《建设工程司法解释二》规定承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，现新《建设工程司法解释一》变化为“承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过十八个月”。目前司法审判实践中，因六个月期限较为短暂，且一般情形下迟迟无法达成结算多系因发包人占据强势地位，对结算予以拖延，为更好的保护承包人的利益，行使期限从六个月延长至十八个月，在此情况下，即便起算时间按绝对时间计算，也足以保护承包人的利益。

仅从期限来看，其将承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限从六个月延长到了十八个月，期限的起算日期“自发包人应当给付建设工程价款之日起算”似乎无变化。但旧《建设工程司法解释二》出台后一直存在重大争议的“发包人应当给付建设工程价款之日”的起算标准或将在司法审判实践中的争议仍将继续存在。

旧《建设工程司法解释二》第22条	新《建设工程司法解释一》第41条
第二十二條承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。	第四十一條承包人在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过十八个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。



一、最高院施工合同新司法解释（一）主要内容。

（二）主要修订变化以及实质性修订解析。

2、建设工程合同有效情形下工程质量争议处理的变化

新《建设工程司法解释一》第十九条一共三款，其中前两款沿用旧《建设工程司法解释一》的规定，但第三款对建设工程施工合同有效但建设工程经竣工验收不合格的处理方式，发生了两点变化：一是删去了“工程款结算”的表述；二是适用法律依据的变化，原为参照旧《建设工程司法解释一》第三条合同无效的情形处理，现为依照《民法典》第五百七十七条规定处理。

从上述变化来看，虽然删除了“工程款结算”的表述，但从体系解释看，该条前两款都是对工程价款结算的规定，第三款理应是对该情形工程价款结算的处理；但从文义解释上看，该款又似乎是对工程质量争议的处理。且旧《建设工程司法解释一》第三条已经被《民法典》第七百九十三条所沿用、吸收。若照此推之，该条适用的依据应当为《民法典》第七百九十三条，但为何改为依照《民法典》第五百七十七条的规定？

究其原因，前者是《民法典》合同编建设工程合同章节中对合同无效情形下工程价款结算的规定，属于缔约过失责任的范畴；而后者是《民法典》通则编对违约责任的规定，违约责任属于严格责任，二者属于不同的归责路径。在建设工程合同有效情形下参照适用合同无效情形下对工程价款的处理的规定，虽然是为解决问题，采用了一定的立法技巧，但若深究其本质，仍丧失了基本的法律逻辑，有悖民法学的一般原理。承包人自行完成工程施工并向发包人交付合格的建设工程是其主要义务，若建设工程验收不合格，则承包人构成违约，应当承担相应的违约责任，若发包人有过错的，则根据过错相抵原则予以处理。





一、最高院施工合同新司法解释（一）主要内容。

（二）主要修订变化以及实质性修订解析。

2、建设工程合同有效情形下工程质量争议处理的变化（续）

因此，新《建设工程司法解释一》依据《民法典》第五百七十七条规定处理更符合法律逻辑，此也符合《民法典》相关规定。

旧《建设工程司法解释一》第16条	新《建设工程司法解释一》第19条
<p>第十六条当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款。</p> <p>因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。</p> <p>建设工程施工合同有效，但建设工程经竣工验收不合格的，工程价款结算参照本解释第三条规定处理。</p>	<p>第十九条当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款。</p> <p>因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。</p> <p>建设工程施工合同有效，但建设工程经竣工验收不合格的，依照民法典第五百七十七条规定处理。</p>



一、最高院施工合同新司法解释（一）主要内容。

（二）主要修订变化以及实质性修订解析。

3、“参照结算”明确为“折价补偿”

新《建设工程司法解释一》第二十四条对旧《建设工程司法解释二》第十一条的规定进行了修改，将多份合同无效时“参照实际履行的合同结算工程价款”修改为“参照实际履行的合同关于工程价款的约定折价补偿”。该修改与《民法典》第一百五十七条民事法律行为无效的处理规则及第七百九十三条建设工程施工合同无效的处理规则保持一致。

合同无效或被撤销，因该合同取得的财产应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。而建设工程施工合同具有特殊性，承包人将劳务及建筑材料物化到建筑物中，发包人取得的财产是承包人建造的工程，一般无法适用恢复原状的返还原则，只能折价补偿。但合同无效后工程结算计价条款也归为无效，目前市场上工程价款的计算标准和方法又纷繁多样、五花八门，司法裁判长期苦于找不到一个判断承包人工程价款折价补偿的统一标准。为此，两部旧建设工程司法解释均给出了相应的裁判指引，即：参照合同约定结算（旧《建设工程解释一》第二条、旧《建设工程司法解释二》第十一条）。

但在上述司法解释的适用中，“参照无效合同约定结算工程价款”的裁判规则常被人诟病为是“无效合同按有效处理”、“违背了无效合同的处理原则”、“违背了无效合同不得履行的立法目的”等。实际上，旧司法解释两条内容的制定目的也并非“无效合同按有效处理”，仅仅是参照合同约定结算工程价款，以统一折价补偿的标准和尺度，保障公平与正义。





一、最高院施工合同新司法解释（一）主要内容。

（二）主要修订变化以及实质性修订解析。

3、“参照结算”明确为“折价补偿”（续）

为了明确这一问题，《民法典》在修订时，便将旧《建设工程司法解释一》第二条、第三条裁判规则进行修改后上升为法律规定，明确施工合同无效的处理中，可以“参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人”。新《建设工程司法解释一》的修改也与《民法典》修订的逻辑保持一致，明确施工合同无效的处理是折价补偿。

旧《建设工程司法解释二》第11条	新《建设工程司法解释一》第24条
第十一条 当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同结算建设工程价款的，人民法院应予支持。 实际履行的合同难以确定，当事人请求参照最后签订的合同结算建设工程价款的，人民法院应予支持。	第二十四条 当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的，人民法院应予支持。 实际履行的合同难以确定，当事人请求参照最后签订的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的，人民法院应予支持。





一、最高院施工合同新司法解释（一）主要内容。

（二）主要修订变化以及实质性修订解析。

4、删除了因违法发承包行为导致合同无效情形下关于“收缴非法所得”的规定

旧《建设工程司法解释一》第四条中所称的“非法所得”，一般系指转包人、违法分包人、被挂靠人收取的“管理费”，但该项规定在建设工程施工合同纠纷司法审判实践中其实较少适用。旧《建设工程司法解释一》第四条中的该规定系依据《民法通则》第一百三十四条，但《民法总则》第一百七十九条删除了《民法通则》第一百三十四条中“人民法院审理民事案件，除适用上述规定外，还可以予以训诫、责令具结悔过，收缴进行非法活动的财物和非法所得，并可以依照法律规定处以罚款、拘留”的规定。然《民法总则》实行后，《民法通则》并未被废止，旧《建设工程司法解释二》中亦未对此作出新的规定，因此，该条规定仍偶有引用。





一、最高院施工合同新司法解释（一）主要内容。

（二）主要修订变化以及实质性修订解析。

4、删除了因违法发承包行为导致合同无效情形下关于“收缴非法所得”的规定（续）

现《民法典》第一百七十九条沿用了《民法总则》中的相关内容，因《民法通则》、《民法总则》均被废止，上述规定已无上位法基础，故新《建设工程司法解释一》删除了上述规定很有必要，有助于保持立法层面的统一；另，对违法发承包行为的规制应属于行政管理层面，不应混入民商事层面，《建筑法》《招标投标法》《招标投标法实施条例》《建设工程质量管理条例》以及2019年1月1日开始实施的《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》（建市规〔2019〕1号）已经规定了建设工程主管部门对违法发承包行为的行政处罚，此次删除，亦是我国立法层面的一次进步。

旧《建设工程司法解释一》第1、4条	新《建设工程司法解释一》第1条
<p>第一条建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效：</p> <p>（一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；</p> <p>（二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；</p> <p>（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。</p> <p>第四条承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。</p>	<p>第一条建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：</p> <p>（一）承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级的；</p> <p>（二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；</p> <p>（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。</p> <p>承包人因转包、违法分包建设工程与他人签订的建设工程施工合同，应当依据民法典第一百五十三条第一款及第七百九十一条第二款、第三款的规定，认定无效。</p>





一、最高院施工合同新司法解释（一）主要内容。

（二）主要修订变化以及实质性修订解析。

5、实际施工人代位权诉讼的请求事由范围拓宽，且不再以受到损害为前提

《民法典建工合同司法解释（一）》实施前，实际施工人提起代位权诉讼，必须举证证明其受到了实际损害，但对于处于弱势地位的实际施工人，对上述事项进行举证存在一定的难度，且一些损害一旦发生往往难以弥补。鉴于此，《民法典建工合同司法解释（一）》不再要求实际施工人提起代位权之诉以自证损害为前提，并且将可以主张的事由扩大到原权利享有的从权利，从而更好的保护实际施工人的合法权益。

同时行使代位权的情形除了“转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权”的情形，还包括“怠于行使与该债权有关的从权利”，与《民法典》五百三十五条代位权的规定保持一致。

旧《建设工程司法解释二》第25条	新《建设工程司法解释一》第44条
实际施工人根据合同法第七十三条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权，对其造成损害为由，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。	实际施工人依据民法典第五百三十五条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权或者与该债权有关的从权利，影响其到期债权实现，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。



二、在执行中应注意的十个疑难法律问题





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

1、导致施工合同无效的14种情形。

1) 承包人未取得建筑业企业资质的。

相关规定：

《建筑法》第二十六条规定，承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。

新《司法解释一》第一条规定，建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：
：（一）承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级的；





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

1、导致施工合同无效的14种情形。

2) 承包人超越资质等级的。

相关规定：

《建筑法》第二十六条规定，禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。

新《司法解释一》第一条规定，建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：
：（一）承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级的；





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

1、导致施工合同无效的14种情形。

2) 承包人超越资质等级的。

注：承包人在建设工程竣工前取得相应资质等级，合同有效。

相关规定：

新《司法解释一》第四条规定，承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同，在建设工程竣工前取得相应资质等级，当事人请求按照无效合同处理的，人民法院不予支持。





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

1、导致施工合同无效的14种情形。

3) 没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的。

相关规定：

《建筑法》第二十六条规定，禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽工程。

新《司法解释一》第一条规定，建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：

(二) 没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

1、导致施工合同无效的14种情形。

4) 必须进行招标而未招标的。

相关规定：《招标投标法》第三条规定，在境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目。（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。

新《司法解释一》第一条规定，建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：

（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

1、导致施工合同无效的14种情形。

5) 招标代理机构与招标人、投标人串通，影响中标结果导致中标无效的。

相关规定：新《司法解释一》第一条规定，建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：（三）建设工程必须进行招标而未招标或者**中标无效的**。

结合《招标投标法》和《招标投标法实施条例》相关条款规定，中标无效的具体情形如下：招标代理机构违反本法规定，泄露应当保密的与招标投标活动有关的情况和资料的，或者与招标人、投标人串通损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益，并且该行为影响中标结果的，中标无效；





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

1、导致施工合同无效的14种情形。

6) 招标人透露招标投标情况，或者泄露标底，影响中标结果导致中标无效的。

相关规定：新《司法解释一》第一条规定，建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据《民法典》第一百五十三条第一款的规定，认定无效：
（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

结合《招标投标法》和《招标投标法实施条例》相关条款规定，中标无效的具体情形如下：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的其他情况的，或者泄露标底，并且该行为影响中标结果的，中标无效；





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

1、导致施工合同无效的14种情形。

7) 投标人相互串通投标或者与招标人串通投标，投标人行贿谋取中标，中标无效的。

相关规定：新《司法解释一》第一条规定，建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据《民法典》第一百五十三条第一款的规定，认定无效：（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

结合《招标投标法》和《招标投标法实施条例》相关条款规定，中标无效的具体情形如下：投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的，投标人以向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标的，中标无效；





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

1、导致施工合同无效的14种情形。

8) 投标人以他人名义投标或者弄虚作假，骗取中标，**中标无效的。**

相关规定：新《司法解释一》第一条规定，建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

结合《招标投标法》和《招标投标法实施条例》相关条款规定，中标无效的具体情形如下：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，中标无效；





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

1、导致施工合同无效的14种情形。

9) 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，影响中标结果导致中标无效的。

相关规定：新《司法解释一》第一条规定，建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据《民法典》第一百五十三条第一款的规定，认定无效：（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

结合《招标投标法》和《招标投标法实施条例》相关条款规定，中标无效的具体情形如下：依法必须进行招标的项目，招标人违反本法规定，与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判，并且该行为影响中标结果的，中标无效；





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

1、导致施工合同无效的14种情形。

10) 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或自行确定中标人，中标无效的。

相关规定：新《司法解释一》第一条规定，建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据《民法典》第一百五十三条第一款的规定，认定无效：（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

结合《招标投标法》和《招标投标法实施条例》相关条款规定，中标无效的具体情形如下：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，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，中标无效；





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

1、导致施工合同无效的14种情形。

11) 承包人转包的。

相关规定：《民法典》第七百九十一条第二款规定，承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程支解以后以分包的名义分别转包给第三人。

《建筑法》第二十四条和第二十八条规定，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。

新《司法解释一》第一条第二款规定，承包人因转包、违法分包建设工程与他人签订的建设工程施工合同，应当依据民法典第一百五十三条第一款及第七百九十一条第二款、第三款的规定，认定无效。





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

1、导致施工合同无效的14种情形。

11) 承包人转包的。（续）

相关规定：《住房和城乡建设部关于印发建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法的通知》建市规〔2019〕1号第七条规定，本办法所称转包，是指承包单位承包工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部工程或者将其承包的全部工程肢解后以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的行为。





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

1、导致施工合同无效的14种情形。

11) 承包人转包的。(续)

相关规定：《住房和城乡建设部关于印发建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法的通知》建市规〔2019〕1号第八条规定，存在下列情形之一的，应当认定为转包，但有证据证明属于挂靠或者其他违法行为的除外：（一）承包单位将其承包的全部工程转给其他单位（包括母公司承接建筑工程后将所承接工程交由具有独立法人资格的子公司施工的情形）或个人施工的；（二）承包单位将其承包的全部工程肢解以后，以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的；（三）施工总承包单位或专业承包单位未派驻项目负责人、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，或派驻的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人中一人及以上与施工单位没有订立劳动合同且没有建立劳动工资和社会养老保险关系，或派驻的项目负责人未对该工程的施工活动进行组织管理，又不能进行合理解释并提供相应证明的；（四）合同约定由承包单位负责采购的主要建筑材料、构配件及工程设备或租赁的施工机械设备，由其他单位或个人采购、租赁，或施工单位不能提供有关采购、租赁合同及发票等证明，又不能进行合理解释并提供相应证明的；（五）专业作业承包人承包的范围是承包单位承包的全部工程，专业作业承包人计取的是除上缴给承包单位“管理费”之外的全部工程价款的；（六）承包单位通过采取合作、联营、个人承包等形式或名义，直接或变相将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的；（七）专业工程的发包单位不是该工程的施工总承包或专业承包单位的，但建设单位依约作为发包单位的除外；（八）专业作业的发包单位不是该工程承包单位的；（九）施工合同主体之间没有工程款收付关系，或者承包单位收到款项后又将款项转拨给其他单位和个人，又不能进行合理解释并提供材料证明的。两个以上的单位组成联合体承包工程，在联合体分工协议中约定或者在项目实际实施过程中，联合体一方不进行施工也未对施工活动进行组织管理的，并且向联合体其他方收取管理费或者其他类似费用的，视为联合体一方将承包的工程转包给联合体其他方。





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

1、导致施工合同无效的14种情形。

11) 承包人转包的。(续)

注：具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人签订的劳务分包合同有效。

相关规定：

新《司法解释一》第五条规定，具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人签订的劳务分包合同，当事人请求确认无效的，人民法院依法不予支持。

《建筑业企业资质标准》规定，“取得劳务资质的企业可以承接具有施工总承包资质或专业承包资质的企业分包的劳务作业。”因此，劳务分包属于合法分包，本条是对劳务分包合法性的确认。





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

1、导致施工合同无效的14种情形。

12) 承包人违法分包的。

相关规定：《建设工程质量管理条例》第七十八条第二款规定的违法分包是指下列行为：

（一）总承包单位将建设工程分包给不具备相应资质条件的单位的；

（二）建设工程总承包合同中未有约定，又未经建设单位认可，承包单位将其承包的部分建设工程交由其他单位完成的；

（三）施工总承包单位将建设工程主体结构的施工分包给其他单位的；

（四）分包单位将其承包的建设工程再分包的。





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

1、导致施工合同无效的14种情形。

12) 承包人违法分包的。 (续)

相关规定：《住房和城乡建设部关于印发建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法的通知》建市规〔2019〕1号第十二条规定，存在下列情形之一的，属于违法分包：

- (一) 承包单位将其承包的工程分包给个人的；
- (二) 施工总承包单位或专业承包单位将工程分包给不具备相应资质单位；
- (三) 施工总承包单位将施工总承包合同范围内工程主体结构的施工分包给其他单位的，钢结构工程除外；
- (四) 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；
- (五) 专业作业承包人将其承包的劳务再分包的；
- (六) 专业作业承包人除计取劳务作业费用外，还计取主要建筑材料款和大中型施工机械设备、主要周转材料费用的。





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

1、导致施工合同无效的14种情形。

13) 另行变相降低工程价款签订合同的。

相关规定：新《司法解释一》第二条第二款规定，招标人和中标人在中标合同之外就明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设单位捐赠财物等另行签订合同，变相降低工程价款，一方当事人以该合同背离中标合同实质性内容为由请求确认无效的，人民法院应予支持。





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

1、导致施工合同无效的14种情形。

14) 未取得建设工程规划审批手续的。

相关规定：《城乡规划法》第四十条第一款规定，在城市、镇规划区内进行建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程建设的，建设单位或者个人应当向城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府申请办理建设工程规划许可证。

新《司法解释一》第三条规定，当事人以发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手续为由，请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院应予支持，但发包人在起诉前取得建设工程规划许可证等规划审批手续的除外。





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

2、合同无效后，承包人、发包人的赔偿责任及损失赔偿的认定标准

◆新《司法解释一》第六条【合同无效损失赔偿的认定】：

建设工程施工合同无效，一方当事人请求对方赔偿损失的，应当就对方过错、损失大小、过错与损失之间的因果关系承担举证责任。

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





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

2、合同无效后，承包人、发包人的赔偿责任及损失赔偿的认定标准

对无效合同的处理，除新司法解释规定外，合同当事人可以按《民法典》第一百五十七条规定提出折价补偿和赔偿损失的权利。

新《司法解释一》第二十四条规定的是合同无效，但是建设工程质量合格的，承包人有权请求发包人参照实际履行的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。新《司法解释一》第六条规定了合同无效后，承包人和发包人的损失赔偿责任以及损失赔偿的认定标准。这两条的上位法基础是《民法典》第一百五十七条：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，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。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。”

解
读





(一) 施工合同无效的14种情形及其防范无效的对策。

2、合同无效后，承包人、发包人的赔偿责任及损失赔偿的认定标准

《民法典》第一百五十七条承袭《合同法》第五十八条的规定，但将其规范对象扩大为所有民事法律行为无效，被撤销后或者确定不发生法律效力后的法律效果。《民法典》为避免条文冗余，仅保留了功能更为齐全的《民法典》第一百五十七条，未保留《合同法》第五十八条。

合同无效后，承包人与发包人承担赔偿责任的前提是有“过错”并且“损失由该过错造成的”。因此，合同无效损失赔偿的认定标准应是一方当事人有过错、另一方当事人受到损害、并且损害与过错之间是否具有因果关系，同时在双方当事人都有过错的情况下，还应依据诚实信用原则和公平原则来衡量。

解
读





(二) 黑白合同及背离中标合同实质性内容的判断标准变化。

从某种意义上说，黑白合同本身并不存在有无效力的问题，只有效力高低的区别。黑白合同在形式上都符合合同的构成要件，双方都已签字盖章，只要合同内容不违反法律、法规的强制性规定，都是有效的。但在实际操作中，因为与发承包双方的经济利益直接相关，黑白合同所引发的讼争数量居高不下。有鉴于此，新司法解释一开头即是有关黑白合同的条款，延续了原司法解释的相关规定，关于黑白合同以及背离中标合同实质性内容的判决标准并无变化。

现实的工程项目建设过程是很复杂的，受到参建各方和各种情况的影响。除了就工程项目订立多份有不同实质性内容的合同，建设方还可能要求承包人多种形式进行让利，比如，明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设单位捐赠财物，这同样背离了中标合同实质性内容。新司法解释一相应的规制沿用了原司法解释的规定。





(二) 黑白合同及背离中标合同实质性内容的判断标准变化。

1、黑白合同的认定原则

◆ 新《司法解释一》第二条第一款规定：**【背离中标合同实质性内容的判断标准】**（与原《司法解释二》第一条第一款相同无变化）

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





(二) 黑白合同及背离中标合同实质性内容的判断标准变化。

1、黑白合同的认定原则

中标合同的实质性内容应从《民法典》第四百七十条的规定来理解，该条规定：“合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：（一）当事人的姓名或者名称和住所；（二）标的；（三）数量；（四）质量；（五）价款或者报酬；（六）履行期限、地点和方式；（七）违约责任；（八）解决争议的方法。当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。”《招标投标法实施条例》第五十七条规定：“招标人和中标人应当依照招标投标法和本条例的规定签订书面合同，合同的标的、价款、质量、履行期限等主要条款应当与招标文件和中标人的投标文件的内容一致。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。”承包人的主要义务，应保证在工程承包范围内的工程质量和工期，因此工程质量和工期是实质性内容不难理解；发包人的主要义务支付价款，具体涉及到计价方式、依据、支付、结算及调整方式等合同条款，均系发包人履行合同的实质性内容。所以，“黑白合同”，主要指招标人和中标人就工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容另行作出背离中标合同的情况。最高院新《司法解释一》第二条对此类情况的处理作出了明确规定。

解
读





(二) 黑白合同及背离中标合同实质性内容的判断标准变化。

2、其他背离中标合同实质性内容的判断标准

◆ 新《司法解释一》第二条第二款规定：**【背离中标合同实质性内容的判断标准】**（与原《司法解释二》第一条第二款相同无变化）

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





(二) 黑白合同及背离中标合同实质性内容的判断标准变化。

2、其他背离中标合同实质性内容的判断标准

解
读

除“黑白合同”，最高院新《司法解释一》第二条第二款针对“在中标合同之外就明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设单位捐赠财物等另行签订合同，变相降低工程价款”的行为也进行了明确规定。因为，这种情况主要是建设方利用其优势地位，变相降低合同价款的一种方式，虽然没有直接在合同价款上进行修改，但是也构成了对合同价款的实质性变更。这种方式相较于“黑白合同”，更加隐蔽，更难处理，由于其实质同样属于背离中标合同实质性内容，因此与“黑白合同”的处理并列在一条中。





(二) 黑白合同及背离中标合同实质性内容的判断标准变化。

2、其他背离中标合同实质性内容的判断标准

解
读

此外，也并不是有所的涉及承包范围、建设工期、工程质量、合同价款（包括计价、支付、结算方式）等内容的变更，就必然构成对中标合同实质性内容的背离，存在例外情形。根据2017版《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201）通用条款第十、十一条的规定，合同履行过程中因设计变更、规划调整、价格异常波动引起合同内容的调整或补充，属于合同的变更，不能认定为实质性内容的背离。最高人民法院《全国民事审判工作会议纪要》（法办[2011]442号）第23条规定：“建设工程开工后，发包方与承包方因设计变更、建设工程规划指标调整等原因，通过补充协议、会谈纪要、往来函件、签证等形式变更工期、工程价款、工程项目性质的，不应认定为变更中标合同的实质性内容。”



(三) 工程范围的界定以及变更的操作实务。

新《司法解释一》第二条沿用原《司法解释二》第一条。第一款将《招标投标法实施条例》的“标的、价款、质量、履行期限”具化为“工程范围、建设工期、工程质量、工程价款”。第二款将“无偿建设住房配套设施”这一实质改变工程范围、变相降低工程价款的行为认定为无效，使得“黑白合同”的判定标准更加明晰、更具备实操性。





(三) 工程范围的界定以及变更的操作实务。

1、工程范围的界定

在对“工程范围”进行界定的司法实践中，应多维度分析各类涉及到工程范围的证据材料，必要时可进行鉴定或实地踏勘。

在建设工程招投标阶段及合同履行过程中，涉及到“工程范围”的证据材料种类繁多，既包括了中标通知书、建设工程规划许可证、建设工程施工许可证这一类型的，对于工程范围表述为较为简略的一段文字；也包括了施工图、施工方案、工程量清单这一类型的，对于工程范围表述为图纸、表格或较为详尽的文字。由于建设工程的专业性和繁复性，在实务中应尽量避免仅通过单一的材料界定工程范围，而应多维度对比分析，必要时可进行鉴定或者实地踏勘。





(三) 工程范围的界定以及变更的操作实务。

2、工程范围的变更是否必然构成中标合同实质性内容的背离？

应注意区分正常变更与“工程范围”变化突破中标合同实质性内容的区别。

并不是涉及工程范围的变更，就必然构成对中标合同实质性内容的背离。根据2017版《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201）通用条款第十、十一条规定，合同履行过程中因设计变更、规划调整、价格异常波动引起合同内容的调整或补充，属于合同的变更，不能认定为实质性内容的背离。最高人民法院《全国民事审判工作会议纪要》（法办[2011]442号）也规定：“建设工程开工后，因涉及变更、建设工程规划指标调整等客观原因，发包人与承包人通过补充协议、会议纪要、来往函件、签证等洽商记录形式变更工期、工程价款、工程项目性质的，不应认定为变更中标合同的实质性内容。”





(四) 开、竣工日期的认定以及处理工期顺延的裁判原则。

按施工合同约定的工期完工是承包人的主要合同义务。工期为工程开工至竣工的期间。实践中，对工程开工日期有计划开工日期和实际开工日期的区别。

工期是否延误以及延误多长时间是建设工程合同纠纷经常遇到的一类争议，争议焦点往往会集中在如何认定开工或竣工日期的问题上。当承包人本诉提起追索工程欠款，发包人反诉追究承包人工期逾期违约责任时，案件就会因本诉和反诉变得疑难复杂。由于建设工程招投标市场买方市场的性质，施工企业竞争异常激烈。发包人往往会利用强势地位在合同中对项目延期约定高额的违约金，反诉的工期延期违约金金额甚至于超过本诉工程欠款金额，这已经是施工合同争议纠纷的新现象。新司法解释一有关开、竣工日期和工期顺延的规定对法院裁判和争议解决的重要性不言而喻。





(四) 开、竣工日期的认定以及处理工期顺延的裁判原则。

1、开工日期的认定

◆新《司法解释一》第八条规定：【实际开工日期的认定】 (与原《司法解释二》第五条相同无变化)

当事人对建设工程开工日期有争议的，人民法院应当分别按照以下情形予以认定：

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

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

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





(四) 开、竣工日期的认定以及处理工期顺延的裁判原则。

1、开工日期的认定

◆ 新《司法解释一》第八条规定：【实际开工日期的认定】 (与原《司法解释二》第五条相同无变化)

开工日期应当以合同约定优先。实际开工日期应当以双方确认为准，在双方对实际开工日期的确认有争议的情况下适用本条司法解释。

开工日期的认定主要有以下四个节点：

1. 开工通知中载明的时间；
2. 开工条件具备的时间；
3. 实际进场施工的时间；
4. 施工许可证载明的时间。

解
读





(四) 开、竣工日期的认定以及处理工期顺延的裁判原则。

1、开工日期的认定

◆新《司法解释一》第八条规定：【实际开工日期的认定】 (与原《司法解释二》第五条相同无变化)

对于司法实践的不同情形，开工日期的认定适用这四个不同的时间节点：

1.发包人 or 监理人发出开工通知书的，开工通知书中载明的时间为开工日期。《建筑法》第三十条规定：“国家推行建筑工程监理制度。国务院可以规定实行强制监理的建筑工程的范围。”不是所有的建设工程都必须实行监理的，在不实行监理的情况下，发出开工通知书的是发包人。

2.发包人 or 监理人发出开工通知后，尚不具备开工条件的，以开工条件具备的时间为开工日期；但如果是由于承包人的原因导致不具备开工条件、实际开工时间推迟的，仍以开工通知载明的时间为开工日期。

3.承包人经发包人同意在开工通知发出前已经实际进场施工的，以实际进场施工时间为开工日期。

解
读





(四) 开、竣工日期的认定以及处理工期顺延的裁判原则。

1、开工日期的认定

- ◆ 新《司法解释一》第八条规定：**【实际开工日期的认定】**
(与原《司法解释二》第五条相同无变化)

解
读

对于司法实践的不同情形，开工日期的认定适用这四个不同的时间节点：

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





(四) 开、竣工日期的认定以及处理工期顺延的裁判原则。

2、竣工日期的认定

◆ 新《司法解释一》第九条规定：【实际竣工时间的确定】 (与原《司法解释一》第十四条相比仅有文字性修改)

当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，人民法院应当分别按照以下情形予以认定：

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





(四) 开、竣工日期的认定以及处理工期顺延的裁判原则。

2、竣工日期的认定

- ◆ 新《司法解释一》第九条规定：**【实际竣工时间的确定】**
(与原《司法解释一》第十四条相比仅有文字性修改)

解
读

竣工日期采用一个时间段或截止日为表现方式，一般都在建设工程施工合同中予以写明。工程实际竣工日期的确认，如经双方签字确认竣工日期的，应以双方确认的日期为竣工日期。如双方对实际竣工日期有争议时，应依据本条司法解释确认实际竣工时间。

第一、建设工程经竣工验收合格的，以竣工验收合格之日作为竣工日期，而不是以承包人提交竣工验收报告之日作为竣工日期。根据《[民法典](#)》[第七百九十九条](#)规定，建设工程竣工后，发包人应当根据施工图纸及说明书、国家颁发的施工验收规范和质量检验标准及时进行验收。验收合格的，发包人应当按照约定支付价款，并接收该建设工程。建设工程竣工经验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。从该条规定可以看出，发包方按照约定支付工程价款的基本前提应当是工程验收合格，那么以竣工验收合格之日作为竣工日期是有依据的。



(四) 开、竣工日期的认定以及处理工期顺延的裁判原则。

2、竣工日期的认定

◆ 新《司法解释一》第九条规定：【实际竣工时间的确定】 (与原《司法解释一》第十四条相比仅有文字性修改)

解
读

第二，承包人已经提交了申请竣工验收的报告，而发包人迟迟不予验收的，以承包人提交验收报告之日为竣工日期，而不是以后来验收合格之日为竣工日期。建设工程完工后，承包单位应当按照国家竣工验收的有关规定，向建设单位提供完整的竣工资料和竣工验收报告，请建设单位组织竣工验收。建设单位收到竣工验收报告后，应及时组织有设计、施工、工程监理单位参加竣工验收。工程竣工后的验收，是对承包人履行义务是否符合合同约定进行的检验，也是承包人请求支付工程款的前提条件。如果建设单位为了自己的利益恶意阻止条件成就的，应当视为条件已经成就。也就是说，承包人已经提交竣工验收报告，而发包人为了达到拖欠工程款等其他目的，故意拖延验收，那么根据本条司法解释规定，以承包人提交验收报告之日为竣工日期以保护承包人的合法权益，制裁发包人恶意阻止条件成就的行为。如何认定“发包方拖延验收”应当以合同约定为准。



(四) 开、竣工日期的认定以及处理工期顺延的裁判原则。

2、竣工日期的认定

◆ 新《司法解释一》第九条规定：【实际竣工时间的确定】 (与原《司法解释一》第十四条相比仅有文字性修改)

第三，在建设工程未经竣工验收的情况下，发包人擅自使用的，以建设工程转移占有之日为竣工日期。一般而言，标的物的风险转移以交付为要件。所谓的交付，一般来说转移占有就视为交付。《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十一条第一款规定：“对房屋的转移占有，视为房屋的交付使用，但当事人另有约定的除外。”国务院《建设工程质量管理条例》第五十八条规定：“违反本条例规定，建设单位有下列行为之一的，责令改正，处工程合同价款2%以上4%以下的罚款；造成损失的，依法承担赔偿责任：（一）未组织竣工验收，擅自交付使用的。”从该条规定可以看出，对发包方擅自使用未经验收的建设工程等行为要处以较为严厉的行政处罚。当发包人存在未经验收提前使用建设工程的过错时，应当为其过错承担相应的法律责任。在工程未经验收的情况下，发包人擅自使用，发生纠纷时却以工程未经竣工验收为由拒付工程款，显然是不合适的，故以建设工程转移占有之日作为竣工之日是合理合法的。

解
读





(四) 开、竣工日期的认定以及处理工期顺延的裁判原则。

3、处理工期顺延的裁判原则

◆ 新《司法解释一》第十条规定：【工期顺延的认定】 (与原《司法解释二》第六条相同无变化)

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

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





(四) 开、竣工日期的认定以及处理工期顺延的裁判原则。

3、处理工期顺延的裁判原则

新《司法解释一》第十一条规定了鉴定期间的工期顺延：“建设工程竣工前，当事人对工程质量发生争议，工程质量经鉴定合格的，鉴定期间为顺延工期期间。”新《司法解释一》第十条规定了在双方当事人有约定的情况下工期顺延的认定。

对于双方当事人约定顺延工期应当经发包人签证确认的，发包人签证确认了，工期顺延自然不存在争议。但是，对于发包人没有签证确认的，工期能否顺延取决于以下两个因素：

- (1) 承包人是否在约定的办理工期顺延的期间内向发包人提出过工期顺延；
- (2) 顺延的工期是否符合合同约定。

解
读





(四) 开、竣工日期的认定以及处理工期顺延的裁判原则。

3、处理工期顺延的裁判原则

如果当事人约定顺延工期应当经发包人签证确认，但发包人未签证确认的，若承包人能够证明在合同约定的工期顺延办理期限内向发包人申请过工期顺延的，并且顺延的工期是符合合同约定的，法院将支持工期顺延。

由于新《司法解释一》第十条规定的当事人约定工期顺延的情形，所以，基本上采取有约定的从约定的原则，如果双方当事人约定，承包人未在约定时间内提出工期顺延申请视为工期不顺延的，按照约定处理。该约定的期间相当于除斥期间，如果承包人未在约定时间内提出工期顺延的，其法律后果是，承包人丧失主张工期顺延的权利，工期不顺延。新《司法解释一》第十条第二款明确允许此种约定，并且明确了包括但书在内的处理方式。

解
读





(五) 工程价款计价标准及工程量确定的相关问题。

1、非必须招标工程进行招标后的工程价款结算依据

- ◆ **新《司法解释一》第二十三条规定：【非必须招标工程进行招标后的建设工程价款结算依据】**
(与原《司法解释二》第九条相同无变化)

发包人将依法不属于必须招标的建设工程进行招标后，与承包人另行订立的建设工程施工合同背离中标合同的实质性内容，当事人请求以中标合同作为结算建设工程价款依据的，人民法院应予支持，但发包人与承包人因客观情况发生了在招标投标时难以预见的变化而另行订立建设工程施工合同的除外。





(五) 工程价款计价标准及工程量确定的相关问题。

1、非必须招标工程进行招标后的工程价款结算依据

根据国家发改委《必须招标的工程项目规定》，不属于必须招标的建设工程范围越来越大，主要是根据确有必要、严格限定的原则将施工单项合同估算价不到400万元的项目；民间资本投入的非基础设施项目和非城建项目都纳入到不必须招标范围。

从维护公平公正公开的招投标秩序角度出发，对于以上不必须招标项目，如果发包人进行了招标，则应以中标合同为准，任何背离其实质性内容的其他协议都不能作为结算工程价款协议，除非客观情况发生了在招标投标时难以预见的变化。如果发包人未进行招标，则应当按照合同变更、真实意思表示等原则确定结算适用合同。

解
读





(五) 工程价款计价标准及工程量确定的相关问题。

2、合同与招标投标文件不一致时工程价款结算依据

- ◆ 新《司法解释一》第二十二条规定：【建设工程施工合同与招标投标文件不一致时工程价款的结算依据】
(与原《司法解释二》第十条相同无变化)**

当事人签订的建设工程施工合同与招标文件、投标文件、中标通知书载明的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款不一致，一方当事人请求将招标文件、投标文件、中标通知书作为结算工程价款的依据的，人民法院应予支持。





(五) 工程价款计价标准及工程量确定的相关问题。

2、合同与招标投标文件不一致时工程价款结算依据

招投标文件、中标通知书与另行签订的施工合同在实质性内容方面不同时，应以招标文件、投标文件、中标通知书作为结算工程价款的依据。其法律依据在于：

《招标投标法》第四十六条第一款规定：“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。”

《招标投标法实施条例》第五十七条第一款规定：“招标人和中标人应当依照招标投标法和本条例的规定签订书面合同，合同的标的、价款、质量、履行期限等主要条款应当与招标文件和中标人的投标文件的内容一致。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。”

解
读





(五) 工程价款计价标准及工程量确定的相关问题。

3、施工合同无效情形下工程价款结算

◆ 新《司法解释一》第二十四条规定：**【施工合同无效情形下工程价款结算】**

(较原《司法解释二》第十一条将参照实际履行的合同结算建设工程价款修改为折价补偿)

当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的，人民法院应予支持。

实际履行的合同难以确定，当事人请求参照最后签订的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的，人民法院应予支持。





(五) 工程价款计价标准及工程量确定的相关问题。

3、施工合同无效情形下工程价款结算

解
读

相同当事人、同一建设工程，数份内容不同的施工合同都无效，只要工程质量合格，就可参照实际履行合同关于工程价款的约定折价补偿给承包人，如果无法认定实际履行的是哪份合同，则按照时间顺序以最后签订的合同为准。

实务难点：如何确定实际履行的是哪一份合同？

个人建议：应当将工程建设的实际情况与工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容进行比对并结合当事人的意思表示进行综合进行判断。





(五) 工程价款计价标准及工程量确定的相关问题。

4、施工合同无效情形下应当如何确认设计变更导致的部分工程价款

◆ **新《司法解释一》第十九条规定：【工程价款的计算标准】**
(较原《司法解释一》第十六条将参照本解释第三条修改为依照
民法典第五百七十七条规定处理)

当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款。

因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。

建设工程施工合同有效，但建设工程经竣工验收不合格的，依照民法典第五百七十七条规定处理。





(五) 工程价款计价标准及工程量确定的相关问题。

4、施工合同无效情形下应当如何确认设计变更导致的部分工程价款

问题提出：某项目发生设计变更且订立的数份施工合同均无效，应当如何确认设计变更导致的部分工程价款？

按照新《司法解释一》第十九条的两个途径：一是协商一致，二是参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算。

按照新《司法解释一》第二十四条的两个途径：一是参照实际履行的合同关于工程价款的约定折价补偿给承包人；二是实际履行的合同难以确定则参照最后签订的合同关于工程价款的约定折价补偿给承包人。

答：合同无效原则上是按照第二种途径进行，参照实际履行的合同约定折价补偿；但是在合同未约定设计变更价款计算方式的，应该执行路径一的规定，路径一解决的是合同无约定，当事人又无法协商一致变更价款的处理原则。

解
读





(六) 固定价合同结算的难点及其化解对策。

1、固定价格合同的复杂内涵

目前法律层面并未对固定价合同作出明确规定，主管部门对于工程造价的文件主要包括部门规章、规范性文件和国家标准。

《建设工程价款结算暂行办法》（财建[2004]369号）第八条规定，发、承包人在签订合同时对于工程价款的约定，可选用下列一种约定方式：

（一）固定总价。合同工期较短且工程合同总价较低的工程，可以采用固定总价合同方式。

（二）固定单价。双方在合同中约定综合单价包含的风险范围和风险费用的计算方法，在约定的风险范围内综合单价不再调整。风险范围以外的综合单价调整方法，应当在合同中约定。

（三）可调价格。可调价格包括可调综合单价和措施费等，双方应在合同中约定综合单价和措施费的调整方法。





(六) 固定价合同结算的难点及其化解对策。

1、固定价格合同的复杂内涵

◆ 固定总价的含义。

《建设工程施工合同示范文本（2017）》12.1.2 总价合同

总价合同是指合同当事人约定以施工图、已标价工程量清单或预算书及有关条件进行合同价格计算、调整和确认的建设工程施工合同，在约定的范围内合同总价不作调整。合同当事人应在专用合同条款中约定总价包含的风险范围和风险费用的计算方法，并约定风险范围以外的合同价格的调整方法，其中因市场价格波动引起的调整按第11.1款〔市场价格波动引起的调整〕、因法律变化引起的调整按第11.2款〔法律变化引起的调整〕约定执行。





(六) 固定价合同结算的难点及其化解对策。

1、固定价格合同的复杂内涵

◆ 固定单价的含义。

《建设工程施工合同示范文本（2017）》12.1.1 单价合同

单价合同是指合同当事人约定以工程量清单及其综合单价进行合同价格计算、调整和确认的建设工程施工合同，在约定的范围内合同单价不作调整。合同当事人应在专用合同条款中约定综合单价包含的风险范围和风险费用的计算方法，并约定风险范围以外的合同价格的调整方法，其中因市场价格波动引起的调整按第11.1款〔市场价格波动引起的调整〕约定执行。





(六) 固定价合同结算的难点及其化解对策。

1、固定价格合同的复杂内涵

◆ 固定价的本质

无论是单价合同还是总价合同，其都是在约定的风险范围内的价格不进行调整，但对约定的风险之外的价格可以进行调整。固定价的本质是在签订合同时发包人和承包人约定：合同履行过程中发生的在约定范围内的风险由承包人承担。





(六) 固定价合同结算的难点及其化解对策。

2、固定价合同前提下未完工程的结算方式

目前司法实践中，对于未完工的固定价合同的结算方式存在三种模式：

第一，立足于固定价款的约定，以合同约定总价与全部工程预算总价的比值作为下浮比例，再以该比例乘以已完工程预算价格进行计价；

此种模式立足于双方约定的固定价款模式，缺点是仅按施工图鉴定工程造价难以准确测算实际完成工程量占全部工程量的比例，在工程仅完成小部分因发包人原因导致工程未完的，按照该方法折算有利于发包人，对守约方的承包人不利；

第二，摒弃当事人约定的固定价款方式，采用定额结算的方式；

定额属于社会平均水平，按照定额计价脱离了当事人订立合同时的预期，在承包人违约导致工程未完的情况下，按照定额计价有利于承包人而对发包人不利；

第三，已完施工工期与全部应完施工工期的比值作为计价系数，再以该系数乘以合同约定总价进行计价。

此种模式，工程造价在合同工期内并非均摊，以工期确定完工比例脱离了实际造价组成





(六) 固定价合同结算的难点及其化解对策。

2、固定价合同前提下未完工程的结算方式

面对此类案件的疑难复杂，在选取何种模式时不能一成不变，除应当综合考虑案件实际履行情况外，还特别应当注重双方当事人的过错和司法判决的价值取向等因素，以此确定已完工程的价款。





(六) 固定价合同结算的难点及其化解对策。

3、突破固定价格合同的五种情形

1) 固定价的范围没有约定或约定不明

单价合同是指合同当事人约定以工程量清单及其综合单价进行合同价格计算、调整和确认的建设工程施工合同，在约定的范围内合同单价不作调整。总价合同是指合同当事人约定以施工图、已标价工程量清单或预算书及有关条件进行合同价格计算、调整和确认的建设工程施工合同，在约定的范围内合同总价不作调整。

若单价合同的工程量清单，总价合同的施工图、已标价工程量清单或预算书等有关价格的前提条件未约定或者约定不清的，显然无法固定单价或固定总价。此时，应参照工程所在地的建设工程定额及相关配套文件计价。





(六) 固定价合同结算的难点及其化解对策。

3、突破固定价格合同的五种情形

2) 风险约定范围外因素造成价格调整

固定价的实质是对合同履行中的风险进行约定，约定的风险内的价格属于固定价的范围，不作调整。但约定的风险范围外的因素影响到工程造价的，理应调整。调价方法应当根据合同约定的风险范围以外的合同价格的调整方法确定工程造价。





(六) 固定价合同结算的难点及其化解对策。

3、突破固定价格合同的五种情形

3) 设计变更造成工程量或者质量标准变化

◆ 新《司法解释一》第十九条第二款规定：【工程价款的计算标准】

(与原《司法解释一》第十六条第二款相同无变化)

因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。

解读：设计变更增加的工作量或者提高的质量标准由发包人受益，承包人对此无过错，因设计变更突破原先对发包人有利的风险的约定，符合民法的公平原则和过错原则。





(六) 固定价合同结算的难点及其化解对策。

3、突破固定价格合同的五种情形

4) 固定价以外新增工程量

无论是固定单价还是固定总价，均有固定价内施工的范围。在固定价施工范围外新增的工程量，是工程的增量，不在固定价范围之内，应另行结算。新增工程量的举证责任在主张工程款调价的一方，即主张调价的当事人对合同约定施工的具体范围、实际工程量增减的原因、数量等事实承担举证责任。

对于固定价以外的新增工程量的价格确定：有约定的从约定，无约定的参照工程所在地的建设工程定额及相关配套文件计价。





(六) 固定价合同结算的难点及其化解对策。

3、突破固定价格合同的五种情形

5) 建筑材料大幅上涨

约定固定价的合同，工程建设过程中，建筑材料大幅上涨，是否能突破固定价，司法实践中未统一裁判标准，主要有以下几种：

(1) 《江苏高院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》第九条 建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算的，一方当事人要求按定额结算工程价款的，人民法院不予支持，但合同履行过程中原材料价格发生重大变化的除外。





(六) 固定价合同结算的难点及其化解对策。

3、突破固定价格合同的五种情形

5) 建筑材料大幅上涨

(2) 《北京高院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》12、建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算，在实际履行过程中，钢材、木材、水泥、混凝土等对工程造价影响较大的主要建筑材料价格发生重大变化，超出了正常市场风险的范围，合同对建材价格变动风险负担有约定的，原则上依照其约定处理；没有约定或约定不明，该当事人要求调整工程价款的，可在市场风险范围和幅度之外酌情予以支持；具体数额可以委托鉴定机构参照施工地建设行政主管部门关于处理建材差价问题的意见予以确定。因一方当事人原因导致工期延误或建筑材料供应时间延误的，在此期间的建材差价部分工程款，由过错方予以承担。

(3) 《重庆高院关于当前民事审判若干法律问题的指导意见》15、固定价合同的结算。建设工程合同中当事人约定按固定价结算，或者总价包干，或者单价包干的，承包人按照合同约定范围完工后，应当严格按照合同约定的固定价结算工程款。





(七) 诉讼时效对工程质量保修期限的实践意义以及与保证金返还的相互关系。

1、工程质量保证金对于承包人的重要意义

司法解释对工程质量保证金的返还有专门的条款进行规制，出发点在于其对于承包人合法权益的重要意义。根据修订后的《建设工程质量保证金管理办法》第七条规定，保证金总预留比例不得高于工程价款结算总额的3%，看似不多，但我们知道，我国施工企业的利润率一般仅为3%-5%，如果建设工程质量保证金一旦被扣留，承包人很有可能没有利润甚至亏损，因此专门规定是完全有必要的。





(七) 诉讼时效对工程质量保修期限的实践意义以及与保证金返还的相互关系。

2、司法解释关于工程质量保证金返还条款时间节点的来源

住房和城乡建设部、财政部对《建设工程质量保证金管理办法》进行了修订，并于2017年7月1日实施。该办法第二条第三款规定：“缺陷责任期一般为1年，最长不超过2年，由发、承包双方在合同中约定。”，第八条规定：“缺陷责任期从工程通过竣工验收之日起计。由于承包人原因导致工程无法按规定期限进行竣工验收的，缺陷责任期从实际通过竣工验收之日起计。由于发包人原因导致工程无法按规定期限进行竣工验收的，在承包人提交竣工验收报告90天后，工程自动进入缺陷责任期。”





(七) 诉讼时效对工程质量保修期限的实践意义以及与保证金返还的相互关系。

2、司法解释关于工程质量保证金返还条款时间节点的来源

司法解释对修订后的《建设工程质量保证金管理办法》相关条款进行了采纳，新《司法解释一》第十七条规定：**【质量保证金返还期限的确定】**

(与原《司法解释二》第八条相同无变化)

“有下列情形之一，承包人请求发包人返还工程质量保证金的，人民法院应予支持：（一）当事人约定的工程质量保证金返还期限届满。（二）当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自建设工程通过竣工验收之日起满二年。（三）因发包人原因建设工程未按约定期限进行竣工验收的，自承包人提交工程竣工验收报告九十日后起当事人约定的工程质量保证金返还期限届满；当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自承包人提交工程竣工验收报告九十日后起满二年。发包人返还工程质量保证金后，不影响承包人根据合同约定或者法律规定履行工程保修义务。”





(七) 诉讼时效对工程质量保修期限的实践意义以及与保证金返还的相互关系。

3、司法解释关于工程质量保证金返还条款的四个环节

新《司法解释一》第十七条包含了四个环节，环环相扣：

第一、合同没有约定工程质量保证金的，发包人不能强扣。

第二、合同约定工程质量保证金的：

1、如果没有约定保证金返还期限，自建设工程竣工之日起满二年。

2、如果约定保证金返还期限，则按约定期限返还。

第三、因发包人原因建设工程未按约定期限进行竣工验收：

1、当事人约定了工程质量保证金返还期限的，自承包人提交工程竣工验收报告九十日后起算，约定的工程质量保证金返还期限届满；

2、当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自承包人提交工程竣工验收报告九十日后起算，满二年。

第四、返还工程质量保证金后，承包人仍应履行保修义务。





(七) 诉讼时效对工程质量保修期限的实践意义以及与保证金返还的相互关系。

3、司法解释关于工程质量保证金返还条款的四个环节

新《司法解释一》第十七条除了采纳《建设工程质量保证金管理办法》“2年”、“提交竣工验收报告90天”的时间节点，还针对人民法院实际审判工作的需要强调了“当事人约定的工程质量保证金返还期限”，既肯定了相关法规和部门规章的刚性，又维护了民事主体意思自治的柔性。





(七) 诉讼时效对工程质量保修期限的实践意义以及与保证金返还的相互关系。

4、实务中应注意区分工程质量保修期和缺陷责任期各自的起算点

《建设工程质量管理条例》（2017年修订）、《建设工程质量保证金管理办法》（2017年修订）中对保修期和缺陷责任期的起算点作了基本规定：

《建设工程质量管理条例》第四十条第三款规定，建设工程的保修期自竣工验收合格之日起算；

《建设工程质量保证金管理办法》（2017年修订）第八条规定，缺陷责任期有三类起算点：一是工程通过竣工验收合格之日；二是承包人原因导致工程无法按规定期限进行竣工验收的，自实际通过竣工验收之日起计；三发包人原因导致工程无法按规定期限进行竣工验收的，自承包人提交竣工验收报告90天后起计。

现行法律法规并未明确禁止合同当事人对保修期和缺陷责任期的起算点另行作出约定；司法实践中，法院亦对当事人自行约定的保修期和缺陷责任期起算点持肯定态度。





(八) 强化对诉前造价咨询和司法鉴定的管控。

在民事诉讼中，当事人需要大量证据的支撑来证明自己的诉求，而造价咨询和鉴定是形成证据环节中不容忽视的一部分。大量的民事案件中，负有举证责任的一方需要通过鉴定机构进行鉴定以支持己方的诉求，往往实践中对方当事人会对一方的鉴定意见提出异议，向法院申请启动重新鉴定；而鉴定意见的专业性和鉴定内容的复杂性决定了鉴定周期的延长性；这就造成了审理周期的延期，不仅加大了诉讼成本，而且浪费了诉讼资源。由于建设工程更加专业和繁复，上述情况尤为凸显。

因此，司法解释对鉴定事项专门做出规定，以期解决实务操作中的难题，提高诉讼效率、降低诉讼成本、减少当事人诉累。





(八) 强化对诉前造价咨询和司法鉴定的管控。

1、诉讼前对工程结算达成协议的效力

- ◆ 新《司法解释一》第二十九条规定：【诉讼前对工程结算达成协议的效力】
(与原《司法解释二》第十二条相同无变化)**

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





(八) 强化对诉前造价咨询和司法鉴定的管控。

1、诉讼前对工程结算达成协议的效力

- ◆ 新《司法解释一》第二十九条规定：【诉讼前对工程结算达成协议的效力】
(与原《司法解释二》第十二条相同无变化)

解
读

根据本条规定，如果当事人在起诉前对工程价款结算形成有效合意，包含鉴定、第三方审价、双方协商一致等多种达成合意的形式，诉讼中一方当事人申请对工程造价进行鉴定的，人民法院将不予准许。





(八) 强化对诉前造价咨询和司法鉴定的管控。

2、诉讼前委托造价咨询的效力

- ◆ 新《司法解释一》第三十条规定：【诉讼前委托造价咨询的效力】
(与原《司法解释二》第十三条相同无变化)**

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





(八) 强化对诉前造价咨询和司法鉴定的管控。

2、诉讼前委托造价咨询的效力

◆ 新《司法解释一》第三十条规定：【诉讼前委托造价咨询的效力】 (与原《司法解释二》第十三条相同无变化)

新《司法解释一》第三十条需要强调的是，这里的诉讼前的“咨询意见”不是“司法鉴定”，而只是当事人委托有关机构和人员的咨询意见。按照我国民事诉讼法的有关规定，“司法鉴定”是指在诉讼过程中，经当事人申请，由法院委托专门的鉴定机构或具有专门知识的人对诉讼中争议的专门性问题所进行的鉴定。

当事人在诉讼前共同委托有关机构、人员对建设工程造价出具咨询意见，只是对“共同委托有关机构、人员对建设工程造价出具咨询意见”这一行为达成了合意，并不是对“咨询意见”的具体内容，特别是造价、工期、质量、安全等实质性事项达成了合意。因此，除非“双方当事人明确表示受该咨询意见约束”，该条规定：“诉讼中一方当事人不认可该咨询意见申请鉴定的，人民法院应予准许。”

解
读



(八) 强化对诉前造价咨询和司法鉴定的管控。

3、一审未申请鉴定的处理

◆ 新《司法解释一》第三十二条规定：【一审未申请鉴定的处理】 (与原《司法解释二》第十四条相同无变化)

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

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





(八) 强化对诉前造价咨询和司法鉴定的管控。

3、一审未申请鉴定的处理

◆ 新《司法解释一》第三十二条规定：【一审未申请鉴定的处理】 (与原《司法解释二》第十四条相同无变化)

本条主要规定了以下四个方面的内容：

(1) 人民法院经审理认为就建设工程造价、质量、修复费用等专门性问题需要进行鉴定的，人民法院负有向有举证责任的当事人释明的义务；

(2) 当事人经释明后未申请鉴定或虽申请鉴定但未缴纳费用的，应承担不利的后果；

(3) 一审诉讼中负有举证责任的当事人未对工程价款申请鉴定，可以在二审诉讼中申请鉴定；

(4) 负有举证责任的当事人一审未申请鉴定，二审申请鉴定的，人民法院认为确有必要的，应当依照民事诉讼法第一百七十条第一款第三项“原判决认定基本事实不清的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判”的规定处理。

解
读





(八) 强化对诉前造价咨询和司法鉴定的管控。

4、委托鉴定范围、内容的确定

**◆新《司法解释一》第三十三条规定：【委托鉴定内容的确定】
(较原《司法解释二》第十五条仅有文字性修改)**

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





(八) 强化对诉前造价咨询和司法鉴定的管控。

4、委托鉴定范围、内容的确定

◆ 新《司法解释一》第三十三条规定：【委托鉴定内容的确定】 (较原《司法解释二》第十五条仅有文字性修改)

该条明确了人民法院“应当根据当事人申请及查明案件事实的需要，确定委托鉴定的事项、范围、鉴定期限等，并组织当事人对争议的鉴定材料进行质证。”在诉讼中委托进行的司法鉴定，无论是当事人申请，还是人民法院依职权启动的，委托人均为人民法院。

首先，人民法院应当确定对哪些事项进行鉴定，是对工程造价进行鉴定，还是对工程质量进行鉴定。其次，在确定鉴定事项后，人民法院还应确定鉴定范围。例如，对于工程造价鉴定，是全面鉴定还是部分鉴定，如果是部分鉴定，应对哪一部分进行鉴定等。新《司法解释一》第三十一条规定，“当事人对部分案件事实有争议的，仅对有争议的事实进行鉴定，但争议事实范围不能确定，或者双方当事人请求对全部事实鉴定的除外。”“有争议的事实”即为鉴定范围。对有争议的事实如何确定，属于司法审判权的内容，应由人民法院行使。人民法院确定鉴定范围，主要根据当事人的申请，如果当事人的申请与待证事项无关联或者对证明待证事实无意义的，人民法院不予准许。

解
读





(九) 工程价款优先受偿权的全面规制。

《民法典》第八百零七条规定，发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。（与原《合同法》第二百八十六条基本相同，仅有文字性修改。）

这一规定是法律基于维护社会公共利益及承包人权利之需要，在相关利益冲突时作出的一种价值选择，即承包人的建设工程价款就建设工程折价或者拍卖的价款优先受偿制度。





(九) 工程价款优先受偿权的全面规制。

2002年6月最高院在对上海高院作出《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》中将承包人就建设工程折价或者拍卖的价款享有优先受偿的权利明确为“建设工程价款优先受偿权”，并将该权利的行使期限及受偿范围等进行了细化，如明示此建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权等。但该批复被《最高人民法院关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定》（法释〔2020〕16号）所废止，已失效，现该批复第一条的内容由新《建设工程司法解释一》第三十六条直接规定，承包人根据民法典第八百零七条规定享有的建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权。





(九) 工程价款优先受偿权的全面规制。

建设工程价款优先受偿权从诞生之初就备受争议，不管是省高院还是最高院的一些判例，不同的法官针对某个问题都会有不同的裁判观点。随着实践的不断发​​展，十几年来对备受争议的建设工程价款优先受偿权也有了更多的实践基础，逐渐也形成了一致意见和主流观点。

将“建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权”的规定写入了新司法解释一第36条是对建设工程价款优先受偿权的全面规制。





(九) 工程价款优先受偿权的全面规制。

1、优先受偿权的权利主体

◆ 新《司法解释一》第三十五条规定：【优先受偿权的权利主体】
(较原《司法解释二》第十七条将《合同法》更新为《民法典》)

与发包人订立建设工程施工合同的承包人，依据民法典第八百零七条的规定请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。





(九) 工程价款优先受偿权的全面规制。

1、优先受偿权的权利主体

◆ 新《司法解释一》第三十五条规定：**【优先受偿权的权利主体】**
(较原《司法解释二》第十七条将《合同法》更新为《民法典》)

解
读

《民法典》第八百零七条规定的承包人，是在狭义的概念上，仅限于合法建设工程施工合同中相对于发包人（仅指业主）而言的相对方。由此，新《司法解释一》第三十五条强调优先受偿权的权利主体为“与发包人订立建设工程施工合同的承包人”，从而排除了未订立合同的其他方，比如实际施工人。



(九) 工程价款优先受偿权的全面规制。

2、装饰装修工程的优先受偿权

◆ 新《司法解释一》第三十七条规定：【装饰装修工程承包人优先受偿权的行使】
(较原《司法解释二》第十八条有修改)

装饰装修工程具备折价或者拍卖条件，装饰装修工程的承包人请求工程价款就该装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人的除外。





(九) 工程价款优先受偿权的全面规制。

2、装饰装修工程的优先受偿权

- ◆ **新《司法解释一》第三十七条规定：【装饰装修工程承包人优先受偿权的行使】**
(较原《司法解释二》第十八条有修改)

装饰装修工程承包人请求工程价款优先授权的前提条件发生了变化。

依据原《司法解释二》第十八条的规定，仅在装饰装修工程的发包人是该建筑物的所有权人的前提下，装饰装修工程承包人才能享有建设工程价款优先受偿权。现新《司法解释一》删除了“但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人的除外”，变更为“装饰装修工程具备折价或者拍卖条件”。原《司法解释二》第十八条的规定，在司法审判实践中存在两大问题：其一，装饰装修工程的发包人虽然不是该建筑物的所有权人，但该装饰装修工程中可分割的、为该发包人所有的财产，装饰装修工程承包人为何不能享有优先受偿权？其二，与工程整体不可分割的装饰装修工程，装饰装修工程承包人享有的工程价款优先受偿权应如何执行？

“装饰装修工程具备折价或者拍卖条件”的规定，将在一定程度上解决前述两问题。但是对装饰装修工程“具备折价或者拍卖条件”的标准或将成为法律适用实践中的又一争论焦点。

解
读



(九) 工程价款优先受偿权的全面规制。

3、行使优先受偿权是否以合同有效为前提

- ◆ **新《司法解释一》第三十八条规定：【对质量合格建设工程可以行使优先受偿权】**
(与原《司法解释二》第十九条相同无变化)

建设工程质量合格，承包人请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。





(九) 工程价款优先受偿权的全面规制。

3、行使优先受偿权是否以合同有效为前提

◆新《司法解释一》第三十八条规定：【对质量合格建设工程可以行使优先受偿权】

(与原《司法解释二》第十九条相同无变化)

行使优先受偿权是否以合同有效为前提，原《司法解释二》在征求意见阶段曾有两个方案：

【方案一】

已完成的建设工程质量合格，承包人主张其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

【方案二】

建设工程施工合同有效，且已完成的工程质量合格，承包人主张其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

**解
读**





(九) 工程价款优先受偿权的全面规制。

3、行使优先受偿权是否以合同有效为前提

◆新《司法解释一》第三十八条规定：**【对质量合格建设工程可以行使优先受偿权】**

(与原《司法解释二》第十九条相同无变化)

最终可以确认，承包人行使优先受偿权不以建设工程合同有效为限，这是因为：建设工程领域特有的资质与招投标管要求，导致实践中存在无效施工合同的情形较为普遍。而根据新《司法解释一》第二十四条的规定，“当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的，人民法院应予支持。”显然，合同无效情形下，承包人仍有主张参照合同约定折价补偿工程价款的权利，那么作为依附于工程价款本身的优先受偿权应得到一并支持。只要承包人有权主张工程价款，就有权就工程价款主张优先受偿权。此外，《民法典》第八百零七条本身，并没有对合同有效或无效情形下的承包人工程价款优先受偿权做区别对待。

解
读



(九) 工程价款优先受偿权的全面规制。

3、行使优先受偿权是否以合同有效为前提

- ◆ **新《司法解释一》第三十八条规定：【对质量合格建设工程可以行使优先受偿权】**
(与原《司法解释二》第十九条相同无变化)

同时，我们还可以发现，无论是新《司法解释一》第三十八条还是第三十九条，优先受偿权的行使是以“建设工程质量合格”为条件，而不是以“建设工程经竣工验收合格”为条件，其主要理由如下：

1) 无论何种情形之下，建设工程质量合格乃是承包人可得主张各项自身权益的根本基础。虽然经过竣工验收程序之后，可以证明建设工程质量合格，但建设工程质量合格是一种事实状态的描述，并非必然以竣工验收程序的办理为前提要件。

2) 《民法典》第八百零七条本身，并没有对承包人工程价款优先受偿权的行使须以竣工验收手续的办理为前提。

解
读



(九) 工程价款优先受偿权的全面规制。

3、行使优先受偿权是否以合同有效为前提

- ◆ 新《司法解释一》第三十八条规定：**【对质量合格建设工程可以行使优先受偿权】**
(与原《司法解释二》第十九条相同无变化)

解
读

同时，我们还可以发现，无论是新《司法解释一》第三十八条还是第三十九条，优先受偿权的行使是以“建设工程质量合格”为条件，而不是以“建设工程经竣工验收合格”为条件，其主要理由如下：

3) 依照法律规定，竣工验收手续是发包人的法定义务。但是，实践中发包人拖延验收、未经竣工验收擅自提前投入使用，以及中途停建等未竣工情形也比较普遍。如果承包人工程价款优先受偿权的行使，必须通过本应属于发包人义务范畴之内的竣工验收手续的办理来作为前提条件，则在一定程度上不当限制了承包人的合法权利。



(九) 工程价款优先受偿权的全面规制。

4、建设工程价款优先受偿的范围

◆ 新《司法解释一》第四十条规定：**【建设工程价款优先受偿的范围】**
(与原《司法解释二》第二十一条相同无变化)

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

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





(九) 工程价款优先受偿权的全面规制。

4、建设工程价款优先受偿的范围

◆ 新《司法解释一》第四十条规定：**【建设工程价款优先受偿的范围】**
(与原《司法解释二》第二十一条相同无变化)

解
读

原建设部、财政部《建筑安装工程费用项目组成》(建标[2003]206号文件)中的规定,工程费用由直接费、间接费、利润、税金等构成。但是,该文件于建标[2013]44号文件的发布后已经失效。现按住房和城乡建设部、财政部《建筑安装工程费用项目组成》(建标[2013]44号)文件第一条第(一)款的规定,“建筑安装工程费用项目按费用构成要素组成划分为人工费、材料费、施工机具使用费、企业管理费、利润、规费和税金”。因此,《民法典》第八百零七条规定的价款应指承包人就其完成的工程成果所产生的必要费用,具体包括人工费、材料费、施工机具使用费、企业管理费、利润、规费和税金。



(九) 工程价款优先受偿权的全面规制。

4、建设工程价款优先受偿的范围

◆ 新《司法解释一》第四十条规定：**【建设工程价款优先受偿的范围】**
(与原《司法解释二》第二十一条相同无变化)

解
读

但是，《民法典》第八百零七条规定的价款不包括承包人因发包人违约所产生的除上述费用外的其他损失。《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第三条规定：“建筑工程价款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，不包括承包人因发包人违约所造成的损失。”但该批复被《最高人民法院关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定》（法释〔2020〕16号）所废止，已失效，现该批复第三条的内容直接由新《司法解释一》第四十条予以规定。该条司法解释明确了承包人建设工程价款优先受偿的范围不包括利息、违约金、损害赔偿金等。



(九) 工程价款优先受偿权的全面规制。

5、优先受偿权的保护期限

- ◆ 新《司法解释一》第四十一条规定：【优先受偿权的保护期限】
(较原《司法解释二》第二十二条将优先受偿权的保护期限延长至十八个月)

承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过十八个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。





(九) 工程价款优先受偿权的全面规制。

5、优先受偿权的保护期限

解
读

原《司法解释二》第二十二条明确了优先受偿权的保护期限是“六个月”。该“六个月”来源于《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第四条之规定，“建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。”但该批复被《最高人民法院关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定》（法释〔2020〕16号）所废止，已失效。





(九) 工程价款优先受偿权的全面规制。

5、优先受偿权的保护期限

承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限从六个月变更为“在合理期限内行使”、“但最长不得超过十八个月”。

原《司法解释二》规定承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，现新《司法解释一》变化为“承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过十八个月”。

仅从期限来看，其将承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限从六个月延长到了合理期限，该合理期限最长不得超过十八个月，做出了有利于承包人的规定。实践中关于六个月的期限一直诟病较多，有些工程已经交付或者使用的，但是发包人拖延结算的，在结算金额都未确定的情况下，优先受偿权就已经丧失了。通常正常结算推进过程中，承包人并不会贸然起诉发包人，更多的是致力于加快推进结算工作，而此情形下优先受偿权六个月的期限则对承包人非常不利。故，此次司法解释实质上是延长了优先受偿权的期限。

同时，期限的起算日期“自发包人应当给付建设工程价款之日起算”似乎无变化，但是实践中关于应付之日的争议仍将继续。

解
读





(九) 工程价款优先受偿权的全面规制。

6、放弃或者限制优先受偿权不得损害建筑工人利益

- ◆ 新《司法解释一》第四十二条规定：【放弃或者限制优先受偿权不得损害建筑工人利益】
(与原《司法解释二》第二十三条相同无变化)

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





(九) 工程价款优先受偿权的全面规制。

6、放弃或者限制优先受偿权不得损害建筑工人利益

解
读

新《司法解释一》第四十二条沿用了原《司法解释二》第二十三条。

原《司法解释二》在征求意见阶段对发包人与承包人是否可以约定放弃优先受偿权有两个方案：

【方案一】

发包人根据与承包人关于放弃建设工程价款优先受偿权或者限制建设工程价款优先受偿权行使的约定，主张承包人不享有优先受偿权的，人民法院不予支持。

【方案二】

承包人与发包人约定放弃建设工程价款优先受偿权或者限制建设工程价款优先受偿权行使后，又请求行使优先受偿权的，人民法院不予支持。





(九) 工程价款优先受偿权的全面规制。

6、放弃或者限制优先受偿权不得损害建筑工人利益

解
读

新《司法解释一》第四十二条沿用了原《司法解释二》第二十三条。

【方案一】的考虑在于：优先受偿权是原《合同法》第二百六十八条规定的法定权利，当事人不能约定放弃。

【方案二】的考虑在于：当事人意思自治优先，发承包双方可以约定放弃优先受偿权。

最终，原《司法解释二》只针对发包人与承包人放弃或者限制建设工程价款优先受偿权的约定损害建筑工人利益的情况进行了明确的规制。其出发点在《最高人民法院民一庭负责人就建设工程司法解释（二）答记者问》中阐述为：“《解释》对农民工的权益保护体现在多个方面，主要包括，规定发包人与承包人约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权，不得损害建筑工人利益；……”



(十) 保护农民工合法权益的途径以及代位权诉。

当前，我国建设工程市场的运行仍然存在不规范之处，其中转包、违法分包现象尤为严重。许多承包人取得工程之后并不进行施工，而是将工程再次转包或违法分包。由于这些承包人已经获得了相当数额的管理费，工程完工后他们往往不积极向发包人主张工程款。大量实际完成了工程施工的建筑企业和施工队因为与发包人没有合同关系，直接向发包人主张工程款存在困难，也因此无力向农民工支付工资，这一问题引起了各界强烈关注。同时，转包、违法分包违反相关法律法规，借用资质的实际施工人同样需承担相应责任。

因此，新司法解释意图在重新设定代位权保护农民工合法权益与避免滥诉和司法资源浪费之间取得平衡。





(十) 保护农民工合法权益的途径以及代位权诉。

1、实际施工人权利保护规制变化

◆ 新《司法解释一》第四十三条规定：**【实际施工人权利保护一】**
(将原《司法解释一》第二十六条与原《司法解释二》第二十四条合并为新《司法解释一》第四十三条)

实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。

实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。





(十) 保护农民工合法权益的途径以及代位权诉。

1、实际施工人权利保护规制变化

◆ **新《司法解释一》第四十三条规定：【实际施工人权利保护一】**
(将原《司法解释一》第二十六条第一款与原《司法解释二》第二十四条合并为新《司法解释一》第四十三条)

新《司法解释一》第四十三条第一款与原《司法解释一》第二十六条第一款相同。新《司法解释一》第四十三条第二款与原《司法解释二》第二十四条相同。

相比较原《司法解释一》，原《司法解释二》突出了“**在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后**，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”新沿用了这一点。

这就要求当事人在日常管理中做好涉及工程价款的证据管理工作。特别是对于发包人而言，对转包人或者违法分包人建设工程价款的欠付越少，在与实际施工人可能发生的讼争中越主动，而这都取决于相关的证据管理工作。

**解
读**





(十) 保护农民工合法权益的途径以及代位权诉。

1、实际施工人权利保护规制变化

◆ 新《司法解释一》第四十三条规定：**【实际施工人权利保护一】**
(将原《司法解释一》第二十六条第一款与原《司法解释二》第二十四条合并
为新《司法解释一》第四十三条)

新《司法解释一》第四十三条第二款与原《司法解释二》第二十四条相同。

原《司法解释一》第二十六条第二款规定：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院**可以追加**转包人或者违法分包人为本案**当事人**。”

原《司法解释二》第二十四条则强调：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院**应当追加**转包人或者违法分包人为本案**第三人**”。

对于转包人或者违法分包人，原《司法解释一》为“可以追加”，原《司法解释二》为“应当追加”，这主要是基于在审判实践中，如果转包人或者违法分包人不参加到诉讼的过程中来，案件的许多事实难以查清，最终导致法律责任难以界定。

原《司法解释一》追加为“当事人”，原《司法解释二》追加为“第三人”。从程序上来讲，当事人包括共同被告和第三人，第三人又可分为有独立请求权第三人和无独立请求权第三人两种。第三人表明与本诉是两个法律关系。原《司法解释二》将原《司法解释一》的当事人明确为第三人，避免了审判实践中有的追加为共同被告、有的追加为第三人的情况。

解
读





(十) 保护农民工合法权益的途径以及代位权诉。

1、实际施工人权利保护规制变化

◆ 新《司法解释一》第四十四条规定：【实际施工人权利的保护二】
(在原《司法解释二》第二十五条基础上修改)

实际施工人依据民法典第五百三十五条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权或者与该债权有关的从权利，影响其到期债权实现，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。





(十) 保护农民工合法权益的途径以及代位权诉。

1、实际施工人权利保护规制变化

◆ 新《司法解释一》第四十四条规定：【实际施工人权利的保护二】 (在原《司法解释二》第二十五条基础上修改)

该条是由原《司法解释二》第二十五条修改而来，是根据《民法典》第五百三十五条的规定，将“与该债权有关的从权利”纳入行使代位权的范围。

此外，《新司法解释一》实施前，实际施工人提起代位权诉讼，必须举证证明其受到了实际损害，但对于处于弱势地位的实际施工人，对上述事项进行举证存在一定的难度，且一些损害一旦发生往往难以弥补。鉴于此，《新司法解释一》不再要求实际施工人提起代位权之诉以自证损害为前提，从而更好的保护实际施工人的合法权益。

解
读





(十) 保护农民工合法权益的途径以及代位权诉。

2、代位权诉讼及其权利范围

◆ 《民法典》第五百三十五条规定：【债权人代位权】 (在原《合同法》第七十三条基础上修改)

因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，对债权人造成损害的，影响债权人的到期债权实现的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利，但是该权利专属于债务人自身的除外。

代位权的形式范围以债权人的到期债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。

相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。





(十) 保护农民工合法权益的途径以及代位权诉。

2、代位权诉讼及其权利范围

◆ 《民法典》第五百三十五条规定：【债权人代位权】 (在原《合同法》第七十三条基础上修改)

依照本条规定，代位权成立必须具备如下要件：

- (一) 债权人对债务人存在合法有效的到期债权；
- (二) 债务人对次债务人存在合法有效的到期债权；
- (三) 债务人的怠于行使权力影响债权人债权的实现；
- (四) 债务人怠于行使与其债权有关的从权利；
- (五) 代位标的为非专属于债务人自身的权利。

解
读





(十) 保护农民工合法权益的途径以及代位权诉。

2、代位权诉讼及其权利范围

解
读

本条未对代位权人的债权种类做特别规定，故对其发生原因在所不问，合同之债、侵权之债、不当得利之债、无因管理之债、担保人追偿之债等均可成为代位权的基础。

从权利是附属于主债权的权利，如担保物权中抵押权、质权、保证以及附属于主债权的利息、建设工程价款优先受偿权等。

此外，本条沿用了《合同法》第73条关于代位权除外条款的规定，这是代位权能否成立的限制条件。但书条款将《合同法》中“该债权专属于债务人自身的除外”表述为“该权利专属于债务人自身的除外”，其中，“该权利”不仅包括《合同法司法解释一》第12条例举的债务人债权，还包括与该债权有关的担保权利等从权利，如受害人的人身损害赔偿债权、人寿保险合同的人寿保险金债权的担保等。



(十) 保护农民工合法权益的途径以及代位权诉。

2、代位权诉讼及其权利范围

解
读

债务人怠于行使其到期债权及与债权有关的从权利影响债权人利益的实现，是代位权成立的实质要件。对于怠于行使到期债权的认定标准，最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(一)第十三条明确规定为债务人不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张。

▲由此，律师在向实际施工人提供服务时应提醒，怠于行使到期债权，应当仅限于债务人通过诉讼或者仲裁的方式向次债务人主张权利却一直未主张，若以其他方式，无论以口头或者书面方式向次债务人主张债权，不能认为是债务人向次债务人主张过权利。



(十) 保护农民工合法权益的途径以及代位权诉。

3、出借资质的单位应对出借资质造成的损失承担连带赔偿责任

◆ 新《司法解释一》第七条规定：

【出借资质的单位应对出借资质造成的损失承担连带赔偿责任】
(与原《司法解释二》第四条相同无变化)

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

解
读





(十) 保护农民工合法权益的途径以及代位权诉。

3、出借资质的单位应对出借资质造成的损失承担连带赔偿责任

《建筑法》第二十六条规定：“禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽工程。”

第六十六条规定：“建筑施工企业转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本企业的名义承揽工程的，责令改正，没收违法所得，并处罚款，可以责令停业整顿，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书。对因该项承揽工程不符合规定的质量标准造成的损失，建筑施工企业与使用本企业名义的单位或者个人承担连带赔偿责任。”

因此，新《司法解释一》延续原《司法解释二》在保护农民工合法权益和保证建设工程质量安全、维护建设工程市场两者间综合进行考虑，不但在第四十二、四十三条、四十四条保护农民工权益，也在第七条对借用资质造成工程质量问题的责任承担进行了明晰。

解
读





感谢您对课程的支持!