



民商事司法解释精释精解丛书

首届全国审判业务专家 何志◎总主编

# 最高人民法院 建设工程施工合同司法解释 精释精解

何志◎主编

Understanding and Application  
of Judicial Interpretations

· 核心提示 · 实务争点 · 理解适用 ·  
· 案例指导 · 规范指引 ·

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



民商事司法解释精释精解丛书  
首届全国审判业务专家 何志◎总主编

# 最高人民法院 建设工程施工合同司法解释 精释精解

何志◎主编

Understanding and Application  
of Judicial Interpretations

· 核心提示 · 实务争点 · 理解适用 ·  
· 案例指导 · 规范指引 ·

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

最高人民法院建设工程施工合同司法解释精释精解/何志主编.—北京：中国法制出版社，2020.6

（民商事司法解释精释精解丛书/何志主编）

ISBN 978-7-5216-1034-5

I.①最... II.①何... III.①建筑施工—合同法—法律解释—中国  
IV.①D923.65

中国版本图书馆CIP数据核字（2020）第073156号

策划编辑：戴蕊（dora6322@sina.com）

责任编辑：周琼妮

封面设计：李宁

最高人民法院建设工程施工合同司法解释精释精解

ZUIGAO RENMIN FAYUAN JIANSHE GONGCHENG SHIGONG  
HETONG SIFA JIESHI JINGSHI JINGJIE

主编/何志

经销/新华书店

印刷/

开本/710毫米×1000毫米 16开

印张/35.25 字数/539千

版次/2020年6月第1版

2020年6月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5216-1034-5

定价：118.00元

北京西单横二条2号 邮政编码100031 传真：010-66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：010-66067023

市场营销部电话：010-66033393

邮购部电话：010-66033288

（如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话：010-66032926）

# 总序

在现代社会为数众多的社会调整机制中，法律属于较为精致、有效的一种。但法律是一个抽象化、概念化的行为规则体系。任何法律皆有漏洞，系今日判例学说公认之事实。<sup>[1]</sup>德国历史法学派创始人萨维尼（F.K.V. Savigny）指出，法律自制定公布之时起，即逐渐与时代脱节。<sup>[2]</sup>因此，在制定法律的时候，无论如何审慎周详，字斟句酌，也难免在文义和语境上产生疑义；无论如何总结社会矛盾的方方面面，在复杂多样的现实生活面前，也难免出现疏漏不周，挂一漏万；无论如何精雕细刻，科学圆满，也无法克服法律的稳定性和适用性的冲突倾向。因此，自法律诞生之日起，即诞生了与之形影相随的法律解释。

按照我国法律解释的基本框架，可将法律解释的内容区分为“法律条文本身”和“法律具体运用”两大类，前者由全国人大常委会解释（称为立法解释），后者由有关司法和行政机关分工解释。显然，最高人民法院的司法解释当属于后者。尽管司法解释的效力低于立法解释，但由于法律过于原则和抽象以及法律漏洞的存在，不仅给法官适用法律造成了困难，而且为法官留下了极大的自由裁量空间。因此，在法律存在着漏洞的情况下，司法解释具有弥补漏洞的作用。实际上，由于法律规则是对复杂的社会现象进行归纳、总结而作出的一般的、抽象的规定，因此人们对规则的含义常常从不同的角度进行理解。而每一位法官在将抽象的规则运用于具体案件的时候，都要对法律规则的内涵及适用的范围根据自身的理解作出判断，而此种判断实际上就是一种对法律的解释。更何况成文法本身不是完美无缺的，而总是存在着这样或那样的漏洞，因此，法律解释对任何法律的适用都是必不可少的。尤其是在司法过程

中，更需要对法律规范作出明确的解释，从而正确地适用法律和公正地裁判案件。

在我国的法律制度中，司法解释颇具中国特色，不仅实行判例法的英美法系没有，即使是实行成文法的大陆法系也没有。在大多数西方国家，一般没有“司法解释”一词，“法律解释”就是“司法解释”的代名词，二者含义一样。大多数西方国家的“司法”就是指法院的审判活动，司法机关就是指法院，司法解释（即“法律解释”）就是指法院或法官对法律的解释。尤其是在普通法系国家，法官制作的判例不仅可以对成文法进行解释，还可以创制法律规则，对于法律的解释也只有法官才有这样的权力。在大陆法系国家，尽管曾经一度否认过法官对法律的解释，但“二战”后德国最高法院复审制度的确立，最终使法官的司法解释权得到了巩固。而我国建立的司法解释体制是“二元一级”的完全不同于西方国家的司法解释体制，在此体制之下，司法解释被分为审判解释和检察解释，前者主要是指最高人民法院对审判工作中具体应用法律问题所作的解释，后者则是指最高人民检察院对检察工作中具体应用法律问题所作的解释。因此，司法解释是人民法院在审判案件时可以引用作为裁判依据的规范性文件，也是保障我国法律正确适用的重要手段，在我国解释体系中占据着十分重要的地位。

最高人民法院历来非常重视司法解释工作，早在1997年就制定发布了《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》，2007年3月制定了《最高人民法院关于司法解释工作的规定》，废止了以前的规定。依据该规定，司法解释立项、审核、协调等工作由最高人民法院研究室统一负责。人民法院在审判工作中具体应用法律的问题，由最高人民法院作出司法解释。最高人民法院发布的司法解释，具有法律效力。司法解释的形式分为“解释”“规定”“批复”和“决定”四种。对在审判工作中如何具

体应用某一法律或者对某一类案件、某一类问题如何应用法律制定的司法解释，采用“解释”的形式；根据立法精神对审判工作中需要制定的规范、意见等司法解释，采用“规定”的形式；对高级人民法院、解放军军事法院就审判工作中具体应用法律问题的请示制定的司法解释，采用“批复”的形式；修改或者废止司法解释，采用“决定”的形式。这些司法解释特别是前两类司法解释的主要目的不是解决某一个具体案件中的法律适用问题，而是通过系统地、全面地解释一类法律而为审判实践提供更多可供适用的规则，或者完全不是针对某一法律进行解释，而是创设对某一类案件的裁判所应当适用的规则，使各级法院尽可能做到有章可循，这就使我国司法解释具有十分突出的抽象性和一般性的特点。<sup>[3]</sup>

近年来，最高人民法院陆续发布的系列司法解释均通过传统媒体和新媒体发布征求意见稿，倾听民声，广泛纳谏，确保了司法解释保障人民法院严格执法、公正裁判、实现法律公平正义的价值功能。为了使司法实务界和广大普通读者正确理解和适用司法解释，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义，由中国法制出版社策划，丛书总主编组织编写了《民商事司法解释精释精解丛书》，该套丛书具有如下显著特点：

第一，体例独特。每本书原则上以某一（类别）司法解释为主线，全面阐述该司法解释的内容和实务中适用法律解决问题的依据及应当注意的问题。每一专题均分为五个部分：

核心提示——简明扼要，突出重点，重在阐释司法解释条文的主旨；

实务争点——归纳审判实践中的不同观点，总结理解适用司法解释解决审判实务的难题；

理解适用——以制定司法解释具体条款的目的为视角，站位于丰富的审判实践之上作精深解读，以便全面、正确理解适用司法解释；

案例指导——选取最高人民法院发布的公报案例、指导案例、典型案例及最高人民法院所裁判的案例等，突出案例指导的权威性；

规范指引——链接相关法律、法规、司法解释，确保适用法律的正确性。

第二，内容丰富。丛书包含了民商法主要的司法解释，对司法解释进行了全方位的解读，形成了一个完整的理论体系，易于读者准确理解和适用。丛书以单行法的司法解释为主，本次修订设置了合同法、担保法、婚姻法、公司法、商品房买卖合同、道路交通事故、建设工程施工合同共7个分册。

第三，案例权威。该套丛书案例的选取，原则上选用具有典型性、代表性、真实性的案例，均注明了来源，取其精华部分，避免了案例资料的大量堆砌。案例的权威性，为社会大众的遵法和人民法院的司法提供了很好的参考和参照价值。把抽象的规则和具体的案例结合起来学习民商法的方法就是“案例研习法”，即依据法律论断具体案件当事人间的权利和义务关系。为发现可适用于案例事实的法律，一方面须本着案例事实去探寻法律规范，另一方面须将法律规范具体化于案例事实。<sup>[4]</sup>正所谓，法律来源于现实生活，高于现实生活；案例则是法律适用的结果，是“看得见的法典，摸得着的规则”。

第四，解读权威。由于我国司法解释具有抽象性、规范性、普遍适用性的特点，因而常常与立法相类似。因此，即使在最高人民法院作出司法解释，对个案的审理提供了一定的指引之后，法官在裁判案件时也

需要对较为抽象的司法解释进行再解释，以具体适用到个案之中。<sup>[5]</sup>为了使广大读者全面正确理解适用司法解释，丛书由全国著名法学教授、博士生导师以及全国首批审判业务专家和诸多资深法官组成作者团队，在借鉴最高人民法院对司法解释的理解与适用的基础上，广泛吸收民商法研究领域的最新成果，博采众长，并结合审判实践对司法解释进行解读，以期突出权威性和指导性。

美国大法官霍姆斯说过：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。”党的十八届四中全会决定指出：公正是法治的生命线。司法公正对社会公正具有重要引领作用，司法不公对社会公正具有致命破坏作用。法律的权威源自人民的内心拥护和真诚信仰。人民权益要靠法律保障，法律权威要靠人民维护。该套丛书的作者既为法律之人，又为经验之人；既具有高深的理论水平和丰硕的研究成果，又具有丰富的司法实践经验。因此，该套丛书既具有很高的理论水平，又具有很强的实用价值；既能为法学理论研究提供重要参考，又能为司法实践裁判提供参考依据。

首届全国审判业务专家 何志

2020年5月

---

<sup>[1]</sup> 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第一册），中国政法大学出版社1998年版，第286页。

<sup>[2]</sup> 转引自梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社2003年版，第247页。

<sup>[3]</sup> 王利明：《司法改革研究》（修订本），法律出版社2001年版，第253页。

[4] 王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社2001年版，作者自序。

[5] 王利明：《法律解释学导论——以民法为视角》，法律出版社2009年版，第190页。

# 维护建筑市场秩序 促进建筑市场发展 (代前言)

《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《建设工程施工合同解释(一)》)自2005年1月1日起施行以来,对统一法律适用、保障工程质量、规范建筑市场、保护各类主体尤其是农民工等弱势群体的合法权益发挥了重要作用。但近年来建筑市场发生了新变化、司法实践出现了新问题、管理政策有了新突破,最高人民法院与时俱进,于2018年12月29日发布了《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(二)》(以下简称《建设工程施工合同解释(二)》),该解释自2019年2月1日起施行,对合同效力、工程质量、工程鉴定、损失赔偿、优先权行使、实际施工人权利保护等问题作了明确规定,统一了裁判规则。

## 一、依法维护建设工程招标投标市场秩序

《建设工程施工合同解释(一)》第二十一条规定:“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的,应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。”中标的备案合同可被简称为“白合同”,另行订立的与备案的中标合同实质性内容不一致的合同可被简称为“黑合同”。该条对“黑白合同”的规定范围过窄,即原则上限于“工程价款”。《最高人民法院第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要》第三十一条规定:“招标人和中标人另行签订改变工期、工程价款、工程项目性质等影响中标结果实

质性内容的协议，导致合同双方当事人就实质性内容享有的权利义务发生较大变化的，应认定为变更中标合同实质性内容。”

大量的司法实践表明，“白合同”与“黑合同”最大的区别在于建设工程、工程价款、工程质量以及工程范围等方面的约定差异较大。为此，《建设工程施工合同解释（二）》第一条规定：“招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。招标人和中标人在中标合同之外就明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设单位捐赠财物等另行签订合同，变相降低工程价款，一方当事人以该合同背离中标合同实质性内容为由请求确认无效的，人民法院应予支持。”该解释第九条规定：“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。”该解释第十条规定：“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。”《建设工程施工合同解释（二）》细化了“合同实质性内容”的标准，有效杜绝“黑白合同”、明招暗定等违法违规行为。

## 二、未取得规划审批手续所签订合同的效力认定

合同的效力是合同对当事人所具有的法律拘束力，是基于对国家利益、社会公共利益的保护而对当事人的合意进行法律上的评价。合同效

力涉及对合同的价值判断，对合同效力及性质的认定无须当事人主张，人民法院依职权主动审查。《建设工程施工合同解释（一）》第一条规定：“建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效：（一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；（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；（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。”该解释明确了确认建设工程合同效力的基本原则，但对规划审批手续对建设工程合同效力的影响不甚明确。

在司法实践中，存在着当事人恶意不办理相关审批手续或者登记手续，导致合同不能继续履行，或者以此为由向人民法院起诉请求确认合同无效，企图通过不诚信行为谋取不正当利益的情形。为此，《建设工程施工合同解释（二）》第二条第一款规定：“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。”同时，该条第二款又规定：“发包人能够办理审批手续而未办理，并以未办理审批手续为由请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院不予支持。”最高人民法院旨在以司法解释逐步树立一项裁判规则，即任何人不能从其不诚信的行为中获利，依法保护善意当事人的合法权益。

需要注意的是，合同效力补正的时间节点是“起诉前”。所谓合同效力补正，是指当事人所签订的合同因违反法律禁止性规定，导致合同不能满足有效条件，大量可以通过事后补正或者实际履行使合同满足有效条件，促使合同有效。合同效力补正的直接法律后果是使原本无效的合同发生效力上的转化，成为有效合同。综观最高法院司法解释的合同效力补正时间节点大多是“起诉前”（本解释即是），少有是“一审法庭辩

论终结前”[如，《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）》（以下简称《合同法解释（一）》）第九条]。

### 三、建设工程施工合同无效损害赔偿的司法认定

根据《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第五十八条的规定，建设工程施工合同被确认无效后，其法律后果是：返还依据合同取得的财产；不能返还或者没有必要返还财产的情况下，折价赔偿；如果当事人因建设工程施工合同无效遭受损失，有过错的一方赔偿对方因此遭受到的损失，如果双方都有过错，则各自承担相应的赔偿责任。由于建设工程施工合同标的物的特殊性，合同被确认无效后，不宜判决发包人向承包人返还财产，应当判决发包人向承包人折价赔偿。因此，在建设工程竣工验收合格的情况下，《建设工程施工合同解释（一）》第二条规定，承包人有权请求参照合同约定支付工程价款，明确了建设工程折价补偿的方式。

通说认为，合同无效或者被撤销后，无过错的一方请求有过错的一方承担赔偿责任的基础是缔约过失责任，而非违约责任或者侵权责任。作为建设工程施工合同的无效，因承包人无资质或者超越资质承揽建设工程，其过错主要在承包方；因法律规定必须招标而未招标或者未办理规划审批手续的合同无效，其过错主要在发包方。损失如何认定，依据《建设工程施工合同解释（二）》第三条规定：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。

在司法实践中，出借或者说挂靠建筑施工企业资质现象屡禁不止，挂靠行为系违法行为，挂靠人与被挂靠人之间的关系法律不予保护。对此，《建设工程施工合同解释（一）》第一条第（二）项明确规定，挂靠双方当事人签订的挂靠协议为无效合同。在挂靠的情形下，对建设工程质量不合格等造成的损失，挂靠人与被挂靠人如何承担责任不甚明确，因此，《建设工程施工合同解释（二）》第四条规定：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。

#### 四、工程质量与质量保证金的司法处理

在司法实践中，承包人为追索工程款提起诉讼后，发包人通常以工程质量不符合合同约定或者法律规定为由要求承包人支付违约金或者赔偿修理、返工、改建的合理费用等损失，并据此要求不付、少付所欠的工程款。因此，《建设工程施工合同解释（一）》第十一条规定：因承包人的过错造成建设工程质量不符合约定，承包人拒绝修理、返工或者改建，发包人请求减少支付工程价款的，应予支持。

承包人要求发包人支付工程款，发包人因工程质量存在问题要求不付或者少付工程款，发包人的该项要求是抗辩还是反诉？对此存在争议。对于抗辩与反诉的判断标准应当从两个方面判断：一是是否超过承包人的诉讼请求范围；二是发包人是否具有独立给付请求的内容。若发包人的要求没有超过承包人的诉讼请求范围，也没有给付内容，则应当认定为抗辩。反之，则应当认定为反诉。对此，《建设工程施工合同解释（二）》第七条规定：发包人在承包人提起的建设工程施工合同纠纷案件中，以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由，就承包人支付违约金或者赔偿修理、返工、改建的合理费用等损失提出反诉的，

人民法院可以合并审理。

关于工程质量保证金（或者说工程质量保修金、工程质保金）的法律性质，一般认为属于金钱担保。在司法实践中，工程质量保证金的争议主要集中在返还期限的确定上。对此，《建设工程施工合同解释

（二）》第八条规定，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90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90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。

## 五、建设工程结算的司法处理

在司法实践中，当事人就同一建设工程签订的多份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量竣工并验收合格，当事人参照哪一份合同作为结算建设工程价款的依据？《建设工程施工合同解释（一）》第二条的规定在司法实践中产生了分歧。对此，《建设工程施工合同解释

（二）》第十一条规定：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。当然，如果建设工程质量不合格，发包人请求承包人对该工程进行修复，经修复验收合格的，承包人请求参照合同约定结算工程价款。若经修复仍不合格的，承包人请求参照合同约定支付工程价

款的，不予支持。

在建设工程施工领域中，合同主体双方就建设工程施工中最重要的价款结算达成意思一致，形成协议，合同一方反悔的应当如何处理？对此，《建设工程施工合同解释（二）》第十二条规定：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。该解释之所以如此规定，是由于民事诉讼应当遵循诚实信用原则。特别值得注意的是，在工程价款结算协议无效的情况下，并不等于该结算协议内容不是当事人真实意思表示，在结算协议不损害他人合法权益的情形下，可直接参照结算协议约定，计算工程价款。合同主体一方申请工程造价鉴定的，亦不能准许。

在司法实践中，一方当事人不认可合同主体共同委托有关机构、人员对建设工程造价出具的咨询意见，提出申请鉴定的，应当如何办理？《建设工程施工合同解释（二）》第十三条规定：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，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。这是由于，咨询意见本质上是受托人的咨询机构按约定交付的工作成果，不同于司法机关委托鉴定机构就专门问题进行鉴定所作出的鉴定意见，不能以有咨询意见而剥夺当事人申请鉴定的权利，除非当事人双方均明确约定接受咨询意见。

## 六、建设工程的司法鉴定

建设工程施工合同纠纷的事实认定大多涉及建设工程造价、工程质量、工期、工程修复费用等，这些专门性、技术性的问题，需要委托鉴定机构进行司法鉴定。司法鉴定的成果是鉴定机构出具的鉴定意见，鉴定意见是民事诉讼法中规定的证据的一种。在一审诉讼中，当事人未申

请鉴定的，应当如何处理？对此，《建设工程施工合同解释（二）》第十四条规定：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《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第一百七十条第一款第（三）项的规定处理，即一审认定基本事实不清，裁定撤销原判，发回重审。值得注意的是，当事人在一审、二审期间均未申请鉴定，未完成举证责任，在再审审查期间又提出鉴定申请的，人民法院不予准许。

建设工程施工合同案件相对复杂、疑难，涉及司法鉴定的案件较多，往往存在着法官过度依赖司法鉴定的现象，淡化行使司法审判权。对此，《建设工程施工合同解释（二）》第十五条规定：人民法院准许当事人的鉴定申请后，应当根据当事人申请及查明案件事实的需要，确定委托鉴定的事项、范围、鉴定期限等，并组织双方当事人对争议的鉴定材料进行质证。由此可知：一是当事人提出鉴定申请后，是否准许由人民法院决定。二是委托鉴定的范围、依据、期限等事项由人民法院决定。三是人民法院在确定委托鉴定事项时，应当根据当事人申请及查明案件事实的需要确定。四是有争议的鉴定材料应当经过双方当事人质证，质证程序由人民法院组织进行。

在司法实践中，存在着以未经质证的材料作为鉴定依据作出鉴定意见的情况，该鉴定意见应否采纳？对此，《建设工程施工合同解释（二）》第十六条规定：人民法院应当组织当事人对鉴定意见进行质

证。鉴定人将当事人有争议且未经质证的材料作为鉴定依据的，人民法院应当组织当事人就该部分材料进行质证。经质证认为不能作为鉴定依据的，根据该材料作出的鉴定意见不得作为认定案件事实的依据。因此，人民法院对鉴定意见的审查，既要有程序性审查，又要有实质性审查，从而正确判断鉴定意见能否作为定案依据。

## 七、建设工程施工合同承包人的优先受偿权

《合同法》第二百八十六条规定了建设工程承包人就工程价款对建设工程折价或者拍卖所得价款享有优先受偿的权利（以下简称建设工程价款优先受偿权）。最高人民法院于2002年6月20日公布了建设工程价款优先受偿权的司法解释，对司法实践中的争议问题作了统一规定，但仍不完善，《建设工程施工合同解释（二）》用了七个条文对优先受偿权问题作了进一步完善。

在司法实践中，建设工程价款优先受偿权主体包括哪些？不甚明确。对此，《建设工程施工合同解释（二）》第十七条规定：与发包人订立建设工程施工合同的承包人，根据《合同法》第二百八十六条规定请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。换言之，依法享有建设工程价款优先受偿权的主体必须与发包人存在直接的施工合同关系。建设工程的勘察人、设计人、分包人、实际施工人、监理人以及与发包人无合同关系的装饰装修工程的施工人均不享有建设工程价款优先受偿权。值得注意的是，装饰装修工程的承包人与建设工程所有权人的发包方直接签订了装饰装修工程承包合同，承包人有权在装饰装修工程造价或者拍卖的价款范围内享有优先受偿权，但仅仅限于因装饰装修而使该建筑物增加的价值范围内。言外之意，装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人或者没有处分该建筑物的权利，装饰装修工程的承包人不得享有优先受偿的权利。

在建设工程施工合同中，承包人相对于发包人是弱势地位，在利益平衡的基础上，对弱势一方的利益应予着重保护，但承包人建设工程价款优先受偿权的前提是承建的已经完工的建设工程质量合格。对此，

《建设工程施工合同解释（二）》第十九条规定：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。一般而言，建设工程优先受偿的对象是可以折价、拍卖的工程，而对不宜折价、拍卖的工程则无法享有优先受偿权。诸如违章建筑和工程质量不合格且难以修复、合同目的无法实现的建筑，以及规定的其他情形等，均属于建设工程不宜折价、拍卖的情形。建设工程施工合同有效，承包人行使优先受偿权，并无疑问。但建设工程施工合同无效时，则应有所区别，对于因承包人的资质、未遵守特定的程序等参照有效合同处理的无效合同，发包人对承包人的投入应支付相应款项。其他情形导致合同无效时，承包人不享有建设工程价款优先受偿权。

未竣工的建设工程的承包人可否享有优先受偿权？最高人民法院认为处理建设工程施工合同纠纷案件必须坚持工程质量优先于合同效力的规则，不论合同有效或解除与否，只要工程质量合格就应当支付工程价款。因此，《建设工程施工合同解释（二）》第二十条规定：未竣工的建设工程质量合格，承包人请求其承建工程的价款就其承建工程部分折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。应特别注意的是，未完工程的预期可得利润属于违约造成的损失范畴，不能就建设工程的折价或者拍卖价款优先受偿。若因发包人的原因导致合同解除，形成“半拉子”工程，承包人未完工程的预期可得利润可以向发包人主张赔偿损失。

建设工程价款优先受偿权属于法定优先权，其效力范围不同于担保

物权，该优先权的效力范围应依法律规定确定，不允许当事人自由约定。因此，《建设工程施工合同解释（二）》第二十一条规定：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。该条规定与《合同法》第二百八十六条所规定的就建设工程折价或者拍卖的价款优先受偿是一致的，承包人对建设工程价款以外的债权不享有优先受偿权。

对建设工程价款优先受偿权的行使期限及起算问题，《建设工程施工合同解释（二）》第二十二条明确规定：承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。该条规定的“六个月”属于除斥期间，不存在中止、中断或延长的情形。同时，建设工程施工合同中，如果是分期施工、阶段付款，承包人主张阶段性工程价款而合同仍在继续履行的，应以工程最终竣工结算后所确定的工程价款的应付款时间作为优先受偿权行使期限的起算点。如果对工程价款结算事项予以约定，包括预算工程价款、工程进度款、竣工价款、质量保修金等支付方式及数额等，应以工程最终的竣工总价款的应付款时间作为建设工程优先受偿权行使期限的起算时间。

在司法实践中，发包人能否与承包人约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权？对此，《建设工程施工合同解释（二）》第二十三条规定：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，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。这是由于，建设工程价款优先受偿权属于法定权利，旨在保护建筑工人的利益，若允许当事人约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权，则有损建筑工人的权利保障，人民法院不

能认可此类约定和效力。

首届全国审判业务专家 何志

2020年5月

- 第一部分 建设工程施工合同纠纷案件的管辖与诉讼
  - 专题一：建设工程施工合同纠纷案件的管辖
  - 专题二：建设工程施工质量争议的诉讼主体确定
  - 专题三：实际施工人权利保护的司法处理
  - 专题四：实际施工人代位权诉讼的司法处理
- 第二部分 建设工程施工合同效力的司法处理
  - 专题一：建设工程施工合同无效情形的司法认定
  - 专题二：未取得建设工程规划审批手续签订合同效力的司法认定
  - 专题三：“黑白合同”的效力认定及判断标准
  - 专题四：劳务分包与工程转包的司法认定
  - 专题五：建设工程施工合同无效后工程的处理原则
  - 专题六：建设工程施工合同无效损失赔偿的司法处理
  - 专题七：出借资质的民事责任承担
  - 专题八：建设工程施工合同中垫资条款的效力认定
- 第三部分 建设工程质量与鉴定的司法处理
  - 专题一：建设工程质量瑕疵的处理原则
  - 专题二：未经验收发包方擅自使用建设工程的法律后果
  - 专题三：发包人主张工程质量问题的司法处理
  - 专题四：质量保证金返还期限的司法处理
  - 专题五：诉讼前委托造价咨询效力的司法处理
  - 专题六：一审未申请鉴定的法律后果及二审处理原则
  - 专题七：委托鉴定内容的确定及对材料、鉴定意见的质证
- 第四部分 建设工期的认定与建设工程价款的结算
  - 专题一：实际开工日期的司法认定
  - 专题二：工期顺延的司法认定

- [专题三：实际竣工时间的司法认定](#)
- [专题四：工程价款计算标准的司法处理](#)
- [专题五：工程价款利息计算的司法处理](#)
- [专题六：无须招标而招标的建设工程价款结算依据](#)
- [专题七：涉及“黑白合同”工程价款结算依据的司法处理](#)
- [专题八：多份合同均无效时建设工程价款的结算依据](#)
- [第五部分 建设工程施工合同解除的司法处理](#)
  - [专题一：发包人合同解除权的司法处理](#)
  - [专题二：承包人合同解除权的司法处理](#)
  - [专题三：建设工程施工合同解除后的处理原则](#)
- [第六部分 建设工程承包人优先受偿权的司法处理](#)
  - [专题一：建设工程承包人优先受偿权主体的确定](#)
  - [专题二：装饰装修工程承包人优先受偿权的行使](#)
  - [专题三：建设工程承包人优先受偿权的行使条件](#)
  - [专题四：未竣工工程承包人优先受偿权的行使条件](#)
  - [专题五：建设工程价款优先受偿权的行使范围](#)
  - [专题六：建设工程价款优先受偿权的行使期限](#)
  - [专题七：建设工程价款优先受偿权事前放弃的效力认定](#)
  - [专题八：建设工程价款优先受偿权与抵押权、消费者房屋期待权冲突的司法处理](#)

# 第一部分 建设工程施工合同纠纷案件的管辖与诉讼

关于建设工程施工合同纠纷案件的管辖与诉讼，首先是解决《建设工程施工合同解释（一）》第二十四条的规定与《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民事诉讼法解释》）第二十八条第二款规定的冲突问题，即要明确建设工程施工合同纠纷案件由其不动产所在地法院管辖，属于专属管辖，不适用一般管辖。其次是确定建设工程施工质量争议的诉讼主体，依据《建设工程施工合同解释（一）》第二十五条的规定，发包人作为原告，可以以总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼，出现质量缺陷时承担连带责任。再次是解决实际施工人权利保护问题，依据《建设工程施工合同解释（一）》第二十六条和《建设工程施工合同解释（二）》第二十四条的规定，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。最后是实际施工人代位权诉讼的司法处理，依据《建设工程施工合同解释（二）》第二十五条的规定，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。

# 专题一：建设工程施工合同纠纷案件的管辖

**【核心提示】**建设工程施工合同纠纷以施工行为地为合同履行地。依据民事诉讼法司法解释的规定，建设工程施工合同纠纷按照不动产纠纷确定管辖，即因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。因此，建设工程施工合同纠纷案件的管辖属于专属管辖。

## 实务争点

根据《合同法》第二百六十九条的规定，建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付工程价款的合同。建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。根据该法第二百七十五条的规定，施工合同的内容包括工程范围、建设工期、中间交工工程的开工和竣工时间、工程质量、工程造价、技术资料交付时间、材料和设备供应责任、拨款和结算、竣工验收、质量保修范围和质量保证期、双方相互协作等条款。依据《建设工程施工合同解释（一）》第二十四条的规定，建设工程施工合同纠纷以施工行为地为合同履行地。依据该司法解释的规定，建设工程施工合同纠纷案件不适用专属管辖，适用合同纠纷的一般地域管辖原则。<sup>[1]</sup>自2015年2月4日起实施的《民事诉讼法解释》第二十八条第二款规定：农村土地承包经营合同纠纷、房屋租赁合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、政策性房屋买卖合同纠纷，按照不动产纠纷确定管辖。依据该司法解释的规定，建设工程施工合同纠纷案件适用专属管辖的原则。由于《建设工程施工合同解释（一）》的规定与《民事诉讼法解释》的规定存在冲突，致使司法实践中建设工程施工合同纠纷案件的管辖混

乱。为此，确有必要对《建设工程施工合同解释（一）》第二十四条和《民事诉讼法解释》第二十八条第二款的规定进行系统的分析、理解与适用，以确保建设工程施工合同纠纷案件的管辖明晰。

## 理解适用

对《建设工程施工合同解释（一）》第二十四条、《民事诉讼法解释》第二十八条第二款规定的理解与适用

根据《民事诉讼法》第二十三条的规定，因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。依据《建设工程施工合同解释（一）》第二十四条的规定，建设工程施工合同纠纷案件应当以施工行为地为合同履行地，由施工行为地或者被告所在地人民法院管辖。但是，依据《民事诉讼法解释》第二十八条第二款的规定，建设工程施工合同纠纷案件应当由合同履行地（不动产所在地）人民法院管辖，即适用于专属管辖。司法解释的规定出现了冲突，应当适用哪一个司法解释的规定？需要弄清如下几个问题。

### 一、民事诉讼的一般地域管辖

一般地域管辖即普通管辖，是指以当事人住所地与法院管辖的关系来确定管辖法院。一般地域管辖的原则是“原告就被告”，也就是说，民事诉讼由被告所在地人民法院管辖。对此，《民事诉讼法》第二十一条规定，对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上人民法院辖区的，各该人民法院都有管辖权。

民事诉讼法规定的一般地域管辖，实行“原告就被告”原则，有利于人民法院调查、核实证据，迅速查明案情，正确处理民事纠纷；有利于传唤被告出庭应诉；有利于采取财产保全和先予执行措施，如果被告败诉，还有利于执行；同时，还可以防止原告滥用诉权，给被告造成不应有的损失。<sup>[2]</sup>

在一般地域管辖中，住所地是指公民的户籍所在地。经常居住地是指公民离开住所地至起诉时连续居住一年以上的地方，但公民住院就医的地方除外。在司法实践中，公民在其户籍迁出后，迁入异地之前，有经常居住地的，由该地人民法院管辖；如果没有经常居住地的，仍然以其原户籍所在地为其住所地。法人或者其他组织的住所地是指其主要营业地或者主要办事机构所在地。如果被告是不具有法人资格的其他组织形式，又没有办事机构，则应由被告注册登记地人民法院管辖。对没有办事机构的个人合伙、合伙性联营体提起的诉讼，由被告注册登记地人民法院管辖。没有注册登记，几个被告又不在同一辖区的，各被告住所地的人民法院都有管辖权，原告可以向任何一个人民法院提起诉讼。双方当事人都被监禁或者被采取强制性教育措施的，由被告原住所地人民法院管辖。被告被监禁或者被采取强制性教育措施一年以上的，由被告被监禁地或者被采取强制教育措施地人民法院管辖。

在特殊情形下，一般地域管辖可遵循“被告就原告”的原则。诸如，追索赡养费、抚育费、扶养费案件的几个被告住所地不在同一辖区的，可以由原告住所地人民法院管辖；夫妻一方离开住所地超过一年，另一方起诉离婚的案件，可以由原告住所地人民法院管辖。

## 二、民事诉讼的合同纠纷管辖

依据《民事诉讼法》第二十三条的规定，因合同纠纷提起的诉讼，