中华人民共和国《民法典》

合同编释义

法制出版社

**龙卫球（北京航空航天大学法学院院长）主编**

第18章建设工程合同

【**导读**】

本章所调整的是建设工程合同中的法律关系。建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。本章共21个条文，在立法体系上依然维持了《合同法》所确立的特殊承揽合同典型化的立法模式，在规范内容上一方面完全保留了《合同法》原有的建设工程合同规范内容，另一方面也部分转化了现有承受司法经验--第793条是对《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《施工合同司法解释（一）》）第2、3条的吸收，而806条则是对《施工合同司法解释（一）》第8、9、10条部分利用的吸收。

住房是最基本的民生保障之一，建筑设施的安全可靠对于公民的生命财产安全以及全社会的稳定有着非常重大的意义，因此，本章最突出的一个特点即是体现了大量对于公共利益的考量。典型合同的立法通常主要表现为任意性规范，主要是起到对当事人之间所订立合同的内容进行补充的作用。而本章中却出现了大量的强制性规范，在条文配置上表现为**“私的自治”**与**“公的管制”**的杂糅。具体而言需要注意以下几个方面：

**首先，在合同订立层面，**建设工程合同的订立就受到较多基于公共利益考量的限制。根据《招标投标法》第3条和《必须招标的工程项目规定》的规定，大型基础设施、公用事业等项目的建筑施工合同必须通过招投标程序签订，故而对其定义过程就主要**不再适用《民法典》**，**而是通过第790条转引致管制更为严格的招投标相关法律。此外**，根据第792条规定，具有更强的公共利益属性的“国家重大建设工程合同”，则需采取更为严格谨慎的程序，应当按照国家规定的程序和国家批准的投资计划、可行性研究报告等文件订立。

**其次，在合同效力层面，**第791条对“发包人**不得**将应当由一个承包人完成的建设工程支解成若干部分发包给数个承包人”、“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”、“**禁止**承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位”以及“**禁止**分包单位将其承包的工程再分包”等情形作出了**禁止性规定**。此**禁止性规定**属于效力性强制性规定，是基于公共利益对合同自由的限制。

**最后，在合同履行层面，**承包人对义务的履行，即所完成的建设工程的质量，不仅要符合其与发包人的约定，更要符合国家颁发的施工验收规范和质量检验标准，否则不能进行交付（第799条）。而对于发包人而言，其履行提供建筑材料、建筑构配件和设备等协助义务时。除了要遵循和承包人之间的约定以及符合诚实信用原则之外，还要符合国家规定的强制性标准**（第806条第2款）**。而当发包人对支付价款这项义务的履行陷入困难时，根据第807条规定，承包人享有优先权，“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赔偿”。这项规则背后的利益考量同样是具有公共性质的利益--**解决农民工欠款问题、化解社会矛盾、维护社会和谐稳定。**

**第七百八十八条【建建设工程合同的定义和种类】**

建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。

建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。

【**释义**】

本条规定的建筑工程合同内涵与外延，是对《合同法》第269条规范内容的全面承继。根据本条规定，建设工程合同为双务、有偿合同，区别于一般承揽合同，其特殊之处主要在于：

其一，建设工程合同的当事人为发包人和承包人。由于建设工程投资较大、建设周期长，发包人一般为具备一定投资能力的法人或非法人组织，同时，基于工程建设专业性、技术性以及建设工程合同的公共利益相关性，为保障工程质量安全，承包人一般为专门从事工程建设的社会组织体，我国建筑法规范要求其调整范围内的工程建设承包人必须是具备相应资质的法人。

虽然本条并未限制承包人范围。但《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）》第1条关于承包人资质对合同效力影响的解释，对施工合同承包人范围构成实质上的限缩解释，即承包人必须是具备相应资质的法人。否则建设工程施工合同无效。《民法典》制定过程中，构成对承包人范围限缩解释的相关司法解释内容曾一度被纳入《民法典合同编（征求意见稿）》，后未现身于审议稿，草案条文的增删变化，体现了立法机关审慎的立法态度。

弱化企业资质，直至取消资质认定，让市场在资源配置中起决定性作用，是建筑行业行政管理改革的必然趋向①。以资质作为市场准入依据的强制性规范，本质上属于管理性强制规范，最高人民法院通过司法解释将其作为影响建设工程施工合同效力的强制性规范依据，本意是维护建筑业市场健康有序发展，保证建筑工程质量，防止建筑企业规避建筑行政管理机关对资质条件的管理②，但建筑业实践中广泛存在的资质挂靠、违法分包、转包等违反建筑业行政管制规范行为，导致工程质量与承包人资质之间已无必然联系，从《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）》第1条施行现状看，除催生大量无效建设工程施工合同外，并未达成规范的目的。

其二，建设工程合同承包人主合同义务为工程建设。现行民事立法并未对工程加以界定，有学者认为建设工程绝非仅限于不动产建造、建筑安装、机械制造、船舶建造等在我国都属于建设工程范畴③。关于建设工程的理解不能忽略一般承揽合同立法是以动产为规范原型的基本认知，不能无视建设工程合同区别于承揽合同典型化立法考量，也不能脱离我国建设工程立法体系，在公法规范已经对建设工程进行界定的当下，有必要参照公法规范对建设工程的立法定位，以实现立法体系内部逻辑自恰。**《建设工程质量管理条例》**第２条第２款采取列举静态工程类型的方式确定建设工程的外延，根据该款规定，建设工程是指“土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程”；**《招标投标法实施条例》**则从动态的工程建设行为的角度对建设工程予以界定，根据其第2条第2款,建设工程“包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建及其相关的装修、拆除、修缮等”。比较言之，**《建设工程质量管理条例》**对建设工程的封闭性类型化限定，不仅欠缺明晰的类型化标准、且“土木工程”、“建筑工程”等用语本身非严谨的法学概念，需进一步厘定，而**《招标投标法实施条例》**对“建设工程”的界定是从工程建设行为不同阶段的角度进行描述，更为客观、科学、精准，可为建设工程合同立法解释所借鉴。

①自2015年取消了建筑智能化、消防设施、建筑装饰装修、建筑幕墙4个设计施工一体化资质以来，住房和城乡建设部已经取消了多种建筑业资质，同时开始试点建筑企业采以企业业绩为核心的告知承诺方式资质申请；住房和城乡建设部市场监管司2018年、2019年工作要点也持续把简化市场准入条件作为年度重要工作内容，以评估企业的信用等级与业绩为核心简化资质审查条件，“信誉好”的企业可以超越资质承接工程项目。

②最高人民法院民事审判第一庭编著：**《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》**，人民法院出版社2015年版，第27～28页。

③谢华宁：《建设工程合同》，中国经济出版社2017年版，第3页。

值得探讨的是，虽从文义解释上看，建筑工程合同立法适用范围具有广泛包容性，即所有以工程建设为给付内容的合同都属于建设工程合同依法调整范畴。但法学理论界有学者认为“个人为建造个人住房而与其他自然人或建筑队订立的合同就是承揽合同，而不属于建设工程合同”④。司法实务界对于农民自建低层住宅施工合同是否属于建设工程合同⑤以及家庭住宅装修合同是否属于建设工程合同⑥的观点也大相迳庭。在《建筑法》规定承包人取得相应资质才能在资质等级许可范围内从事建筑合同，以及将农民自建低层住宅等建筑合同排除在建筑法适用范围之外的规范背景下，理论与司法实践中的观点分歧，归结于对建设工程合同立法适用范围是否当然受建筑法调整的建筑合同范围影响的不同立场。

笔者认为，虽然从立法发展史上看，建筑工程合同典型化立法与20世纪我国对基本建设进行严格计划管理有密切关系，但在市场经济背景下建设工程合同立法应回归其纯粹私法属性。在《民法典》已对建设工程合同典型化规范的前提下，所有以工程建设为给付目的的合同都应归属于建筑工程合同，不应因某些建设合同不受建筑法强制性规范调整而将全部工程建设在私法适用上加以切割。在城乡一体化的当下，没有必要也难以准确界定哪些是农民自建低层住宅。将家庭装修行为与某一公司装修行为在私法适用上区别对待也有违正义。欠缺严谨、科学的区隔标准，简单化区隔不同工程建设行为、分别使用建设工程合同立法和承揽合同立法，不仅欠缺正当性，也让建设工程合同立法与承揽合同立法在立法体系上你中有我、我中有你，除了让立法适用徒增混乱，无任何法律意义。从比较法上看，对建筑承揽予以特别规范的《俄罗斯民法典》也未将不同工程建设区隔分别适用一般承揽规范、建筑承揽规范。承载欧盟各国统一私法发展希望的《欧洲示范民法典草案》设置专章规定建筑合同，也未因不同权利主体、满足不同生产生活需要而将部分工程建设行为剔除在建筑合同适用范围之外。哪些建筑合同应当纳入强制管制范畴、如何实施有效管制，为《建筑法》等行政管理规范的立法目的，与建筑工程合同规范目的无关。更何况，我国《建筑法》非工程建设合同根本大法，其调整范围仅限于“各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装合同”，建筑工程合同立法适用范围，更不应受建筑法调整的建筑合同范围影响。

其三，根据工作内容，建设工程合同包括建设工程勘察合同、建设工程设计合同与建设工程施工合同。建设工程勘察合同，其工作内容是根据建设工程的要求，查明、分析、评价建设场地的地质地理环境特征和岩土工程条件，编制建设工程勘察文件。建设工程设计合同，其工作内容是根据建设工程的要求，对建设工程所需的技术、经济、资源、环境等条件进行综合分析、论证，编制建设工程设计文件。建设工程施工合同，其工作内容则是根据合同约定进行建筑物、构筑物的建筑、安装工程进行新建、改建、扩建、装修、拆除、修缮等。发包人可根据工程需要，将全部的勘察、设计、施工工作与承包人签订建设工程总承包合同，总承包人基于发包人的同意，可以与分包人签订建设工程分包合同，将部分工作内容交由分包人完成。

④江平主编：《中华人民共和国合同法》，中国政法大学出版社1999年版，第206页。

⑤有些法院认为建筑法调整范围对是否适用建筑工程合同立法存在影响，基于建筑法对农民自建低层住宅的界定，将二层以下农民自建住宅法律关系看作一般承揽合同法律关系，将二层以上农民自建住宅法律关系认定为建设工程合同法律关系，参见民事判决书，（2017）川34民终522号、（2017）甘10号民终862号、（2016）豫08民再6号、（2016）桂12民终855号、（2016）桂03民终672号、（2015）内民申字02139号、（2015）韶中法审监民再字7号、（2014）黔毕中民终字第1045号。有些法院认为农民自建低层住宅合同是建筑工程合同，但明确建造人不需要施工资质，参建民事判决书：（2018）鄂2018民初28号、（2017）皖1226民初3138号、（2017）晋07民终2513号、（2016）粤1481民初1019号、（2015）哈民一民终字603号。有些法院认为农民自建低层住宅承包给建筑施工企业施工，则应受建筑工程合同立法调整，参见（2016）新01民终912号民事判决书。还有法院虽然认为两层半农民自建房不属于农民自建低层住宅，但在案由上却依然将其纠纷列为承揽合同纠纷。2017年11月22号，福建省高级人民法院发包的《关于审理建设工程施工合同纠纷案件疑难问题的解答》第20条明确将农村建房合同排除在《最高人民法院关于审理建筑工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》的适用范围之外。

⑥有法院将家庭住宅装修合同纠纷看做一般承揽合同纠纷，参见民事判决书：（2015）铜中民一终字530号、（2018）鲁10民终996号、（2016）苏0302民初1175号；有法院将家庭住宅装修合同纠纷认定为建设工程合同纠纷，参见（2017）津0102民初3451号民事判决书。2018年12月17日，江苏省高级人民法院审判委员会第44次会议讨论通过的《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》第1条明确将家庭住宅装饰装修合同排除在该意见合同范围之外，《江苏省高级人民法院2009年审判工作座谈会纪要（四）》建设工程施工合同纠纷案件中的若干问题第8条明确将家庭住宅装饰装修合同认定为承揽合同。不过，2018年6月28日，江苏省高级人民法院发包的《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件的若干问题的解答》未明确将家庭住宅装饰装修合同排除在外。

【**关联规定**】

《合同法》第269条

**第七百八十九条【建设工程合同的要式性】**

建设工程合同应当采用书面形式。

【**释义**】

本条是关于建设工程合同为要式合同的规定，条文内容直接援用《合同法》第270条。

关于本条应作如下理解：

其一，本条应理解为管理性强制规范。法律规定合同应采书面形式，对于该规范性质学说上有强制性规范说①，任意性规范说②和倡导性规范说③观点之分歧，按强制性规范说，合同未采法定书面形式，则不成立或不生效；按任意性规范说、倡导性规范说，合同未采法定书面形式，不影响合同成立或生效。从《民法典》第135、490条关于法律行为法定形式及其形式瑕疵补正的法律效果规定来看，我国合同法定形式**规范应为强制性规范。**

建设工程合同采用书面形式，或许可归因于建设工程合同签订、履行事关当事人重大利益。不过，判断法律行为是否重大完全取决于当事人的自由意志，无须立法者通过强制性规范代替当事人判断。追溯本条规范内容源头，书面形式的规范要求最开始直接体现于1983年8月出台的《建筑安装工程承包合同条例》第3条“承包合同应当采取书面形式”，这部已被废止的行政法规同时规定了建设工程合同文本的强制备案制度“副本应报双方主管业务部门、工商行政管理机关或经办银行备案”，如是，与其说书面形式是当事人重大利益的法律判断，不如说其是建筑业加强行政管理的手段——合同备案制度的需要。自1983年开始实施的建筑工程合同备案制度一直是建筑业主管机关行政管理的重要手段。但随着建筑业市场化程度提高、建筑业行政管理手段宽松化，2019年住房和城乡建设部发包建法规【2019】3号文件正式取消建设工程合同备案要求。

**笔者**认为本条为**管理性强制规范**。其规定建设工程合同应采用书面形式，仅为行政管理的需要，行政管理的便宜与公共利益保护不能等同视之，未采书面形式签订建设工程合同，不影响合同效力。

其二，理解此条为管理性强制规范，对于解决中标通知书送达的法律效力争议，以及中标通知书送达后招标人改变中标结果、中标人放弃中标项目民事责任性质争议，至关重要。

采用招、投标方式订立建设工程合同的，根据《招标投标法》第46条规定，“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起30日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同”，此规定与本条关于建设工程合同应采书面形式的规范内容相结合，引发司法实务界关于中标通知书送达效力以及送达后改变中标结果、中标人放弃中标项目民事责任性质的争议。一种观点认为，中标通知书送达，建设工程合同已经成立，违反合同约定的当事人应承担违约④，一种观点认为，中标通知书送达中标人，仅成立建设工程预约合同⑤，还有一种观点认为建设工程合同未成立，招标人改变中标结果、中标人放弃中标项目应承担的违约责任为缔约过失责任⑥。

根据合同法一般理论，中标通知书送达承包人时合同成立。从《招标投标法实施条例》第57条第1款“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内容一致”的规定看，投标文件和中标通知书已经包含了建设工程合同的实质性内容，根据《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（二）》第１条解释，建设工程合同成立，而非建设工程预约合同成立。明确本条为管理性规范，则建设工程合同不因未采书面形式而无效。《招标投标法》第46条所要求的中标通知书发出后30日内签订书面合同，应当理解为招标人和中标人以合同书形式对建设工程合同内容进行再次确认，以满足当时建设工程合同应报送工程所在地的县级以上地方人民政府建设行政主管部门备案的行政管理要求。故中标通知书送达后，招标人改变中标结果、中标人放弃中标项目民事责任，为建设工程合同违约责任，非缔约过失责任，也非预约违约责任。

其三，建设工程合同内容复杂，专业性强，让当事人详细拟定交易细节，多力有不被，建设工程实践中，世界各国纷纷制定建设工程合同示范文本以引导工程建设合同，我国也不例外。由于我国建筑业行政主管机关多年通过合同备案制度推行使用建设工程合同示范文本，当事人一般采用建设工程合同示范文本订立合同。建设工程合同示范文本通用条款，已经成为建筑业普遍认可的交易习惯。

①关于法定形式与合同成立与效力间的关系，又有成立要件说（参见顾昂然：《中华人民共和国合同法讲话》，法律出版社1999年版，第21页；张谷、王爽：《〈合同法〉合同与合同书》，载《北京科技大学学报（社科版）1999年第4期》）和生效要件说（王洪：《合同形式欠缺与履行治愈论--兼评〈合同法〉第36条之规定》，载《现代法学》2005年第5期）。

②朱庆育：《意思表示解释理论》，中国政法大学出版社2004年版，第97页。

③王轶：《论倡导性规范--以合同法为背景的分析》，载《清华法学》在2017年第3期。

④（2013）年苏民申字604号民事裁定书；（2013）苏民终字0010号民事判决书。

⑤《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（二）》（征求意见）稿第1条规定：“招标人向中标人发出中标通知书后，一方未依照招标投标法第四十六条第一款的规定履行订立书面合同义务，对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。另一种意见：招投标文件与中标通知书已经具备建设工程施工合同主要内容，且不得做实质性变更，即使未订立书面合同，本约亦成立”

⑥（2015）苏民终字00250号民事判决书，(2014)芜中民四终字00033号民事判决书。

**【有关规定】**

《合同法》第270条

**第七百九十条 【通过招标、投标订立建设工程合同】**

建设工程的招标投标合同，应当依照有关法律的规定公开、公平、公正进行。

【**释义**】

此条是关于以招投标方式签订建设工程合同的规定，全面继承了《合同法》第271条。关于本条，应从以下几点予以理解：

其一，以招投标方式订立建设工程合同的工程项目，包括必须招投标的工程项目或非必须招投标的工程项目。依法必须招标的工程，发包人不通过招投标程序签订的建设工程合同无效。根据《招标投标法》第3条以及《必须招标的工程项目规定》的规定，大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公共安全的项目，全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目，使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目，一般都属于必须招投标的工程项目。非必须招投标的工程项目，发包人和承包人可选择以招投标的方式订立建设工程合同，其招投标程序仍然要按照《招标投标法》的规定公开、公平、公正进行。

其二，所有以招投标方式确定承包人的工程项目，根据《招标投标法》的规定，其招投标全过程(包括发标、投标、开标、评标、定标)应当公开、公平、公正。所谓公开，是指招标信息要公开、开标过程要公开、定标要公开等；所谓公平，既包括招标人和投标人之间合同关系缔结要公平，招标人和投标人双方在招标投标合同中的地位平等，任何一方不得向另一方提出不合理的要求，不得将自己的意志强加给对方。也包括投标人之间存在平等的竞争关系，招标条件和招标程序要平等适用于每一个投标人，禁止招投标文件以歧视性条款将特定招标人非法排除在外等；所谓公正，在招投标合同中招标人行为应当公正，包括评标标准应当明确、严格，以投标人有利害关系的人员都不得作为评标委员会的成员等。

其三，招投标程序违反公开、公平、公正的私法效果：中标无效，所订立的建筑工程合同无效。这些中标无效的具体情形包括：

1. 泄露应当保密的与招标投标合同有关的情况和资料的，或者以招标人、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，影响中标结果的；
2. 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，影响中标结果的；
3. 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；
4. 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；
5. 依法必须招投标的项目，招标人违反《招标投标法》第55条规定，与投标人就投标价格，投标方案等实质性内容进行谈判，影响中标结果的；
6. 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。

【**关联规定**】

《合同法》第271条，《招标投标法》第50、52～55、57条，《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）》第1条第3项。

**第七百九十一条 【建设工程合同的订立方式、分包、转包】**

发包人可以与总承包人订立建设工程合同，也可以分别与勘察人、设计人、施工人订立勘察、设计、施工承包合同。发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程支解成若干部分发包给数个承包人。

总承包人或者勘察、设计、施工承包人，经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担联带责任。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。

禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。

【**释义**】本条是关于建设工程合同的发包，承包，分包的规定，是对《合同法》第272条内容的继承，由授权性规范和禁止性规范组成。关于本条规定，应从以下几点予以理解：

其一，建设工程可以采两种方式发包：

1. 将全部的工作内容发包给总承包人。建设工程总承包有利于提高工程建设各阶段工作的深度融合，提高工程建设水平；有利于发挥工程总承包企业的技术和管理优势，是我国住房和城乡建设部正大力推行的工程建设方式。建设工程总承包可以是勘察、设计、施工总承包。也可以是设计、施工总承包，还可以是设计、采购、施工总承包，最后一种工程总承包的方式已突破了单一建设工程合同范畴。根据**2020年3月1日**施行的**《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》**第10条规定,工程总承包单位应当同时具有与工程规模相适应的工程设计资质和施工资质，或者由具有相应资质的设计单位和施工单位组成联合体。
2. 将工作内容平行发包给勘察人、设计人、施工人。发包人与勘察人、设计人、施工人直接签订建设工程合同。

其二，本条第2款规定了合法分包建设工程。经发包人同意，承包人可以将部分建设工程分包给第三人。总承包人为建设工程分包合同的一方当事人，分承包人与发包人不存在合同关系。不过，为了维护发包人的利益，保证工程质量，本款突破建设工程分包合同相对性，分包人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。

本款未规定指定分包。虽然根据原建设部规章**《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》**第7条规定，建设单位不得直接指定分包工程承包人，但建筑业实践中指定分包大量存在，且为了维护发包人的利益，实行发包人特定建设目的，指定分包有存在必要。原建设部的相关规定属于行政规章，不影响指定分包的效力。

在指定分包情况下，承包人是否应与指定分承包人就指定分承包人完成的工作成果向发包人承担连带责任？笔者认为，指定分包应与发包人同意的承包人选定分包区别对待。建筑业实践中指定分包的分承包人基于发包人的选定，指定分包价款一般经承包人审核后，由发包人直接支付给指定分包的分承包人。虽然指定分承包人与承包人存在分包合同关系，承包人对指定分包人收取管理费和配合费，对分承包人有管理之责，但分承包人的选定及其工程款支付都不依赖于承包人，这种管理与承包人对自己选定的分承包人的管理实质上无法相提并论，故当指定分承包人的施工行为存在质量瑕疵时，仍然要求承包人和指定分承包人承担连带责任，与承包人对指定分承包人收取的管理费和配合费相比，不当加重了承包人的负责任。另外，指定分承包人施工质量瑕疵责任，还应当考虑到发包人过错程度，《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)》第3条第2款规定，因建设工程不合格造成的损失，发包人有过错的，也应承担相应的民事责任。

其三，禁止违法发包、转包、分包。为了保护公共利益，建设工程合同的发包、承包、分包受强制性规范的严格规制。《建筑法》在前述强制性规范中扮演举足轻重的角色，其部分禁止性规范被引入建设工程合同立法，体现在本条内容为：

1. 禁止支解发包和转包。支解发包，是指发包人将应当由一个承包人完成的建设工程分解成若干部分发包给不同承包人的行为。如何界定何种工程属于“应当由一个承包人完成的建设工程”，《建筑法》、《建设工程质量管理条例》未予以明确，根据**2019年1月1日**施行的住房和城乡建设部发包的**《建设工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》**第5条、第6条第5页，似乎建筑业行政主管部门倾向于认为“一个承包人完成的建设工程”是指“一个单位工程”，根据**《建筑工程施工质量验收统一标准》（GB 50300-2013）第4.0.2条**，单位工程指具备独立施工条件并能形成独立使用功能的建筑物或者构筑物。

转包，是指承包人承包工程后不履行合同约定义务，将其承包的全部工程或者将其承包的全部工程支解后以分包的名义分别转给其他单位或者个人施工的行为。承包人转包目的是通过转让全部建设工程给他人以获得非法利益，而承包人不履行任何合同约定的义务。建筑业实践中层层转包行为导致转包人为获得非法利益，置建设工程质量也不顾，因此建筑法禁止任何工程转包行为。

**（2）禁止违法分包。**本条禁止的违法分包行为，包括禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位;禁止分包单位将其承包的工程再分包；禁止将建设工程主体结构的施工分包出去。

在理解本条规范内容时，我们要关注建筑业最新发展，《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》第12条第3页将建设工程主体结构中钢结构工程分包从违法分包中排除在外,虽然该规定构成对上位法的冲突，但建筑业发展对建筑法规的冲击，我们不能视而不见。《民法典》建设工程合同一章依然维持了《合同法》建设工程合同一章引入建筑法强制性规范的做法，笔者认为，在立法技术上，我们完全可以利用转介性条款在民法典和公法规范间设置沟通管道，没有必要重复规定建筑法强制性规定内容。

【**关联规定**】

《合同法》第272条，《建筑法》第24、28～29条，《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》第6～8、11、12条。

**第七百九十二条 【国家重大建设工程合同的订立】**

国家重大建设工程合同，应当按照国家规定的程序和国家批准的投资计划、可行性研究报告等文件订立。

【**释义**】

此条是关于国家重大建设工程合同订立的规定，是对《合同法》第273条规定内容的全面继承。我国经济体制虽然已由计划经济体制转变为市场经济体制，但在重大工程建设领域，国家仍然实行基本建设指令性计划控制。国家重大建设工程牵涉关乎国计民生的重大投资计划，因此其订立与一般建设工程合同相比受到的管控制度更深，必须按照国家规定的程序和国家批准的投资计划、可行性研究报告等文件订立。关于本条规定，应从以下几点予以理解：

其一，何为国家重点建设工程合同，我国公法和私法都未明确。在理解上可参照**《国家重点建设项目管理办法》**关于国家重点建设项目的界定，即国家重大建设工程应是由国务院相关主管部门确定的，对国民经济和社会发展有重大影响的建设工程项目。

其二，国家重大建设工程事关国计民生，国家实行严格的监督和管理。

1. 国家重大建设工程项目,属于政府投资的项目，要遵守政府投资项目的审批程序，编制建设投资计划、项目建议书，提交自然资源部门出具的项目用地初审意见，提交可行性研究报告，对工程的投资估算、建设规模、建设效益、环境保护、项目选址、招标方案等进行论证分析。
2. 一旦国家重大建设项目获审批通过，国家重大建设工程的发包，应按照《招标投标法》第3、10条规定，通过公开招标或邀请招标程序订立合同。

**【关联规定】 《**合同法**》**第273条

**第七百九十三条** 【**施工合同无效，验收不合格的处理**】

建设工程施工合同无效，但是建设工程验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。

建设工程施工合同无效，且建设工程验收不合格的，按照以下情形处理：

1. 修复后的建设工程经验收合格的，发包人可以请求承包人承担修复费用；
2. 修复后的建设工程经验收不合格的，承包人无权要求参照合同关于工程价款的约定追加补偿。

发包人对因建设工程不合格造成的损失有过错的，应当承担相应的责任。

【**释义**】

本条规定了建设工程合同无效的法律后果，是对《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）》第2、3条解释内容的吸纳和完善，是《民法典》第157条民事法律行为无效法律后果的特别规定。

本条第1款规定及吸收和发展了《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）》第2条,将“承包人请求参照合同约定支付工程价款的应予支持”，改成“可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人”，将“承包人”从请求补偿的主体变为补偿的对象。虽然本款为明确“可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人”的主体，但在理解适用上，发包人、承包人都可请求参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。与修改前的司法解释相比，本款更有利于工程价款纠纷的解决。

建设工程合同无效，只要工程经竣工验收合格，承包人的工作已经物化为已完工的工程，按照《民法典》第157条规定，建设工程合同无效，发包人应按照建设工程折价补偿承包人。建设市场工程价款计价标准不具唯一性，包括按照建设行政主管机关发包的工程定额计价、按照建设行政主管部门发包的市场价格信息计价等，如当事人未达成合意，按照何种计价标准进行工程计价，是工程价款纠纷解决的难点。另外，建设工程折价具有专业性、技术性，必须委托工程造价鉴定机构介入。工程造价鉴定不仅导致诉讼成本高、诉讼效率低，且双方当事人容易对鉴定依据、鉴定方法、鉴定结果产生争议，不利于纠纷解决。虽然建设工程合同无效，但当事人对于工程价款的约定能在较大程度上反映双方真实意思。根据诚信信用原则，以建设工程竣工验收合格作为参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的前提条件，有利于承包人按照法定的、约定的质量要求完成工程建设，在双方当事人之间实行利益平衡。

理解本条第1款规定应注意三点：

（1）可以“参照”合同约定价款折价补偿，而不是“按照”合同约定价款折价补偿。建设工程合同价款结算条款一般会约定计价方式、计价标准、付款条件、质保金扣留及返还等内容，因建设工程合同无效，合同价款结算条款也当然无效，即便建设工程经验收合格。**无效合同不能做有效处理，**否则相当于间接鼓励建筑业主体从事违法合同，与建设工程合同无效立法目的相违背。不过，为了便于解决工程价款纠纷，尊重当事人订立合同时的真实意愿，可以“参照”合同约定价款折价补偿。由于本款及相关司法解释未明确如何“参照”合同约定，在理解适用上应聚焦“折价补偿”，参照合同约定的内容应仅指价款结算条款中的计价方式、计价标准①。

（2）建设工程施工合同无效，建设工程竣工验收合格的，发包人和承包人之间“可以”参照合同约定价款折价补偿，而不是“必须”参照。合同当事人意思表示一致，或者合同当事人对合同约定计价方式、计价标准争议较大，也可以不参照合同约定价款折价补偿。

（3）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，建设工程验收合格，可以参照哪份无效合同约定结算工程款？建筑业实践中，当事人为了规避强制招投标的约束，存在签订标前合同、中标合同、备案合同、标后合同等多份无效建设工程施工合同的情形，对此，按照《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）》第11条解释，一方当事人有权请求参照实际履行的合同结算建设工程价款，实际履行合同难以确定，当事人有权请求参照最后签订的合同约定结算建设工程价款。

本条第2、第3款是关于建设工程合同无效且经验收不合格情况下，发包人与承包人承担责任的规定。

1. 工程验收不合格，承包人有义务进行修复，修复结果存在两种情形：一是建设工程经修复后达到法定、约定质量标准，可以参照合同约定支付工程价款。因为建设工程修复是承包人工程质量不合格造成的，所以承包人应当承担修复费用。二是建设工程质量瑕疵无法通过修复得以弥补，工程无法达到约定的使用目的，承包人失去请求参照合同约定工程价款折价补偿的权利。
2. 建设工程合同无效，工程验收不合格，发包人有过错，应当基于与有过失约规则，承担相应的质量责任。《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）》。第12条解释列举了发包人存在过错的三种情形：发包人提供的设计有缺陷；发包人提供或者指定购买的建筑材料、建筑构配件、设备不符合强制性标准；发包人直接指定分包人分包专业工程。除此以外，发包人支解发包、向承包人发出违反法律、行政法规以及建筑业质量标准的指令等，都属于发包人存在过错。

【**关联规定**】

《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）》第2、3条,《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）》第11条。

①最高人民法院（2013）民一终字93号民事判决书认为，“参照合同约定支付工程价款”主要指参照合同有关工程款计价方法和计价标准的约定。

**第七百九十四条 【勘察、设计合同的内容】**

勘察、设计合同的内容一般包括提交有关基础资料和概预算等文件的期限、质量要求、费用以及其他协作条件等条款。

【**释义**】

本条规定了建设工程勘察、设计合同的一般内容，为基于合同性质所作的倡导性一般规定，以引导建设工程勘察、设计合同当事人在合同中明确约定。建设工程勘察、设计合同的订立目的都在于文件的交付，故二者在一般内容上有较大相似之处，必放置于同一条款中进行规范。本条在继承《合同法》第274条的基础上就文字表述进行了部分调整、将“包括”改为“一般包括”，将“文件”（包括概预算）修改为“概预算等文件”。条文修改虽然试图使条文表达更为精准、顺畅，但“概预算等文件”的修改在文义表达上前后存在重大区别。“文件”（包括概预算），文义核心词是“文件”，概预算文件只是文件的重要组成部分，但“概预算等文件”，文义核心词是概预算文件，文义核心词的错位造成合同主给付义务内容模糊。并且，建设工程勘察合同中的“文件”主要指工程勘察报告，“概预算等文件”与建设工程勘察合同内容无关。建设工程设计合同中的“文件”主要指以设计图纸为核心的设计文件，“概预算文件”一般只是初步设计文件的重要组成部分，对于方案设计后直接进入施工图设计的项目，**若合同未要求编制工程预算书，施工图设计文件应包括工程概预算文件**。而“概预算文件”在现代建设工程实践已不属于建设工程设计合同的一般内容，当事人可特别约定在施工图设计阶段编制工程预算书。①《建筑工程设计文件编制深度规定（2016年版）》第3.10.1、4.1.1条。

建设工程勘察、设计合同的一般内容如下：

1. 发包人的合同义务，发包人员支付工程勘察、设计费用，并承担提交完成承包工作所需的基础资料等协作义务。

建设工程勘察合同中发包人应提交的基础资料，主要包括勘察任务委托书及技术标准，开展工程勘察工作所需要的图纸及技术资料，包括总平面图、地形图、已有水准点和坐标控制点，工程勘测作业所需的主管部门批准及许可文件，作业场地内地下埋藏物（包括地下管线、地下构筑物等）的资料、图纸等。发包人的其他协作业务包括为勘察人提供具备条件的作业场地及进场通道等。

建设工程设计合同中发包人应提交的基础资料，主要包括设计任务书，设计所需的主管部门批准、许可的文件，工程勘测资料，地上和地下已有的建筑物、构筑物、线缆、管道、受保护的古建筑、古树木等坐标方位、数据和其他相关资料。发包人其他协作义务还包括为设计人派赴现场的工作人员提供工作、生活以及交通等方面的便利条件等。

1. 承包人的合同义务。承包人应交付勘察、设计文件，并在交付文件后承担后期服务等协作义务。交付勘察设计文件，是建设工程勘察、设计合同承包人的主合同义务。提供后期服务义务，属于勘察人、设计人的协作义务，主要指建设工程勘察、设计单位应当在建设工程施工前，向施工单位和监理单位说明建设工程勘察、设计意图，解释建设工程勘察、设计文件，及时解决施工中出现的勘察、设计问题，以及配合施工竣工验收。

建设工程勘察合同，承包人的合同义务一般为现场踏勘，制定勘察纲要，进行测绘、勘察、取样、试验、测试、检验、检测、监测等勘察工作并交付工程勘察报告文件。根据满足编制不同阶段设计文件的不同需求，包括可行性研究阶段的勘察报告、初步勘察阶段的勘察报告，详细勘察阶段的勘察报告。承包人还应承担为发包人提供后续服务，如勘察文件的技术交底和接受咨询、基槽检验、现场交班和竣工验收等协作义务。

建设工程设计合同，承包人的合同义务一般为根据不同设计阶段提交方案设计文件、初步设计文件、施工图设计文件。承包人还应承担施工现场配合服务等协作义务，提供设计技术交底、解决施工中设计技术问题和提供竣工验收服务。

1. 发、承包双方当事人履行义务的期限，主要包括发包人提交基础资料的期限和承包人根据勘察、设计阶段提供勘察设计文件义务的期限、价款支付期限等。
2. 勘察、设计成果的质量要求等。根据《建筑法》第56条规定，勘察、设计文件应当符合有关法律、行政法规的规定和建筑工程质量、安全标准、建筑工程勘察、设计技术规范以及合同的约定。设计文件选用的建筑材料、建筑构配件和设备，应当注明其规格、型号、性能等技术指标，其质量要求必须符合国家规定的标准。

各阶段勘察报告文件编制一般应按下列原则进行：可行性研究阶段的勘察报告文件，应满足编制方案设计文件的需求；初步勘察阶段的勘察报告文件，应满足编制初步设计文件的需要；详细勘察阶段的勘察报告文件应满足编制施工图设计文件的技术需要。

各阶段设计文件编制一般应按下列原则进行：方案设计文件，应满足编制初步设计文件的需求，应满足方案审批或报批的需要；初步设计文件，应满足编制施工图设计文件的需要，应满足初步设计审批的需要；施工图设计文件，应满足设备材料采购、非标准设备制造和施工的要要。

1. 除这些一般条款内容外，勘察、设计合同示范文本还包括变更与索赔、保险、知识产权、违约责任、解决争议办法等条款。

**【关联规定】** 合同法第274条

**第七百九十五条 【施工合同的内容】**

施工合同的内容一般包括工程范围、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、相互协作等条款。

【**释义**】

本条规定了建设工程施工合同的一般内容，是对《合同法》第275条的承继和完善。和《合同法》第275条相比，本条将“包括”改为“一般包括”，将“双方相互协作”改为“相互协作”，表达更为精准。建设工程施工合同一般内容包括：

1. 工程范围。工程范围由发包人和承包人在合同中约定，是建设工程施工合同给付行为的指向对象。工程范围的确定，与工程量、工程价款的计算、工程变更与索赔、工程保修范围等密切相关，属于建设工程合同实质性内容条款。
2. 建设工期。建设工期是承包人完成施工工程的时间与期限，其与工程范围都是建设工程施工合同实质性内容条款。建设工程合同中一般在约定工期的同时，约定开工时间、竣工时间，承包人根据建设工期编制和实施施工进度计划。

不过，合同虽然约定了工期、开工时间、竣工时间，司法实践中工期的计算依然经常是当事人争议的焦点之一。工程实际开工时间，与约定的开工时间不一致的，按照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件使用法律问题的解释（二）》第5条,应以开工通知确定的时间、开工条件具备的时间、发包人同意承包人实际进场施工时间等确定。竣工时间有争议的，按照《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）》第14条,以竣工验收合格之日为竣工日期；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；建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占用建设工程之日为竣工日期。

1. 中间交工工程的开工和竣工时间。中间交工工程是指施工过程中的阶段性工程。建设工程施工合同一般会明确施工进度，阶段性工程的完工牵涉整体工程的按约定工期内完工，当事人应当明确中间交工工程的开工和交工时间。
2. 工程质量。建设工程质量是当事人依据现行法律、法规、国家标准、合同约定，对工程的安全、适用、环保、美观等的综合要求。当事人在合同中应约定质量要求、发包人或发包人授权的监理人对施工质量检查和检验、承包人的质量管理措施、不合格工程的处理等。发包人应提供符合质量要求的设计文件，承包人必须按照工程设计图纸和施工技术标准施工。工程设计的修改由原设计单位负责，承包人不得擅自修改工程设计。
3. 工程造价。工程造价的计价规则一般包括单价合同计价方式、总价合同计价方式和其他计价方式。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、调整和确认建设工程施工合同，在约定的范围内合同总价不作调整。
4. 技术资料交付时间。技术资料主要是指勘察、设计文件以及其他施工人员据以施工所必须的基础资料，其是否按时交付影响施工人按工期完工，应在合同中予以明确。

（7）材料和设备供应责任。建设工程施工材料和设备的供应，由发包人供应还是由承包人供应，牵涉工程按工期完工，也牵涉施工质量瑕疵责任的确定，合同应明确约定。发包人自行供应材料、工程设备的，应在签订合同时明确材料、工程设备的品种、规格、型号、数量、单价、质量等级等。承包人负责采购材料、工程设备的，应按照设计和有关标准要求采购，并提供产品合格证明及出厂证明，对材料、工程设备质量负责。根据《建设工程质量管理条例》第29条规定，施工单位必须按照工程设计要求、施工技术标准和合同约定，对建筑材料、建筑构配件、设备和商品混凝土进行检验，未经检验或验收不合格的，不得使用。

（8）拨款和结算。建设工程施工合同一般明确约定工程款如何拨付和结算，该条款是承包人请求支付工程款的依据条款。发包人和承包人一般会约定工程预付款、进度款、竣工结算款的拨付时间和方式，支付账户,竣工结算的申请与审核等。发包人按约定拨付工程款对承包人按期完成施工影响重大。

（9）竣工验收。建设工程竣工验收后方可使用,竣工验收也是发包人支付工程款的前提。竣工验收条款一般包括验收的范围和内容、验收的标准和依据、验收的程序、验收人员的组成、验收日期、工程移交、竣工退场等内容。

（10）质量保修范围。质量保修义务是《建筑法》规定的法定义务。工程质量保修范围一般与施工人完成施工内容相一致。**承包人在向发包人提交工程竣工验收报告时，应当出具工程保修书，明确工程质量保修范围。**

（11）质量保证期。质量保证期，建筑法也称为质量保修期，是指承包人保证工程各部分正常使用的期限，当事人可以自由约定，但不能低于正常使用条件下法定最低保修期限。根据《建设工程质量管理条例》第40条规定，质量保修期从工程竣工验收合格之日起算，在正常使用情况下，建设工程的最低保修期限为：基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程，为设计文件规定的该工程的合理使用年限；屋面防水工程、有防水要求的卫生间、房间和外墙面的防渗漏，为五年；供热与供冷系统，为2个采暖期、供冷期；电气管线、给排水管道、设备安装和装修工程为2年。**（照明设备相关规定按照明专业规定）。**

（12）相互协作。相互协作条款，是发包人和承包人为了工程顺利完工而对相互协作内容的约定。协作义务是建设工程合同履行过程中根据诚实信用原则产生的法定义务，其履行与否有可能关涉合同目的能否实现。发包人的协作义务包括施工现场、施工条件和基础资料的提供等，承包人的协助义务包括履行配合工程档案备案、开具发票等。

【**关联规定**】 《合同法》第275条

**第七百九十六条 【建设工程的监理】**

建设工程实行监理的，发包人应当与监理人采用书面形式订立委托监理合同。发包人与监理人的权利和义务以及法律责任，应当依照本编委托合同以及其他有关法律、行政法规的规定。

【**释义**】

本条是关于建设工程监理合同的规定，是对《合同法》第276条的承继。除了因《民法典》规范表达的必要，将“本法”改成“本编”之外，条文内容没有任何变化。建设工程合同立法关于监理制度的规定源自《建筑法》。建筑工程的发包人为了更好的维护自身利益，一般会委托具有工程建设方面专业知识和实践经验的人员组成专业化的工程监理单位，对承包人的施工质量、工期等进行监督管理，以保证工程质量，合理控制工期。

需要说明的是，推行监理制度是1997年出台的《建筑法》基于当时建筑市场发展作出的规定，然而为了提高工程管理水平，保证工程质量和投资效益以及对工程提供全方位咨询服务，**《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》**（国办发【2017】19号）以及《关于推进全过程工程咨询服务发展的指导意见》（发改投资规【2019】515号）正着力培育、推行工程全过程咨询，建筑业全方位服务需求的转向挤压了只能够提供单项服务的监理制度的生存空间。同时，受限于监理人基于发包人委托的非独立性地位，《建筑法》为监理制度预设的监督施工质量的立法目的无法充分体现，大概正基于此，**《雄安新区工程建设项目招标投标管理办法（试行）》**第44条规定，“结合BIM、CIM等技术应用，逐步推行工程质量保险制度代替工程监理制度”。监理制度存在的必要性正受到极大挑战，建设工程合同立法规定本不属于其调整范畴监理制度的意义，值得思考。

关于本条应做以下理解：

其一，建设工程监理合同不属于建设工程合同，而是委托合同的一种。

其二，按照《建筑法》相关规定，工程监理单位应当依法取得相应等级的资质证书，并在其资质等级许可的范围内承担工程监理业务，接受委托的工程监理单位不能以被监理单位的施工承包单位以及建筑材料、建筑构配件和设备供应单位有隶属关系或者其他利害关系。

其三，发包人是否委托监理单位进行监理，原则上由发包人自行决定，但根据**《建设工程监理范围和规模标准规定》**第2条规定，国家重点建设工程、大中型公用事业工程、成片开发建设的住宅小区工程、利用外国政府或者国际组织贷款、援助资金的工程，必须委托监理。

其四，发包人以监理人应当签订书面合同。根据《招标投标法》第3条规定，大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公共安全的项目，全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目，以及使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目,应当通过招投标形式订立合同。

【**关联规定**】

《合同法》第276条，《建筑法》第30～35条，《招标投标法》第3条,《建筑工程监理范围和规模标准规定》第2条。

**第七百九十七条 【发包人的监督检查权】**

发包人在不妨碍承包人正常作业的情况下，可以随时对作业进度、质量进行检查。

【**释义**】本条是对发包人监督检查权的规定，条文内容直接承继于《合同法》第277条。本条应做以下理解：

其一，发包人有权随时对承包人工作完成的质量、进度进行监督检查，承包人有容忍义务。建设工程的工程质量、工期关切发包人利益，故发包人有权随时监督、检验，这也是一般承揽合同定作人所享有的权利。发包人的监督检查，可以由乙方工地代表进行，也可委托监理单位进行。

其二，发包人的监督检查权不得滥用，应受合理限制，即不得妨碍承包人正常作业，否则承包人有权要求顺延工期，造成承包人损失的，承包人有权要求发包人承担损害赔赔偿责任。

【**关联规定**】《合同法》第277条

**第七百九十八条 【隐蔽工程的检查】**

隐蔽工程在隐蔽以前，承包人应当通知发包人检查。发包人没有及时检查的，承包人可以顺延工程日期，并有权请求赔偿停工、窝工等损失。

【**释义**】

本条是关于隐蔽工程验收的规定，在承继《合同法》第278条规范内容的基础上，将“要求”改为“请求”，表达更为精准。

本条应做以下理解：

其一，隐蔽工程是指地基、电气管线（照明工程的接地或接零保护）、供水供热管线、园林树穴、更换种植土、肥料等需要覆盖、掩盖的工程。房屋建设工程、公路工程、园林景观等不同性质的工程项目，隐蔽工程范围不同。

其二，承包人有通知发包人验收检查的法定义务。隐蔽工程在覆盖后，无法验收其质量是否合格，如果发生质量问题，需要剥录并重新覆盖，造成返工、窝工等损失。因此，为避免资源浪费和损失发生，保证工程的质量和工程顺利完成，《建设工程质量管理条例》第30条规定，在隐蔽工程覆盖以前，承包人应通知发包人检查验收。发包人验收合格的，方可覆盖隐蔽工程。

此法定义务为承包人的不真正义务，承包人不因义务违反对发包人承担合同责任，而是自身承受应违反通知义务带来的不利后果。隐蔽工程未经验收，不得进行下一道工序。承包人不通知发包人验收隐蔽工程自行覆盖的，发包人有权要求剥露，因此而引发的损失，工期延误，由承包人负担。

其三，发包人或其派驻的工地代表接到通知后，应当及时对隐蔽工程进行验收检查，验收合格的，发包人或者其派驻的工地代表在验收记录上签字。发包人在接到通知后，没有按期对隐蔽工程进行验收的，承包人应当催告。承包人通知发包人验收而发包人未能及时进行验收的，承包人有权暂停施工，顺延工期，并要求发包人赔偿因此造成的损失。

其四，发包人未按通知验收隐蔽工程应赔偿的损失，包括停工、窝工等损失。所谓停工损失，是指工程全部停止施工而给承包人造成的损失。一般包括施工工人退、进场费，机械设备拆卸费、运输费等退、进场费，不退场机械设备的租赁费，自有机械、设备的闲置费，周转材料的租赁费、工程安全质量保护措施费、停工期间现场管理费、利润①等。

所谓窝工损失，是指工程依然继续施工，但承包人不能按照原有施工计划组织施工，从而造成的人工费窝工损失、机械设备窝工费损失。人工费窝工损失，是指全部人工或者部分人工丧失劳动力使用功效的同时又必须支付用工报酬所造成的承包人损失；机械设备窝工费损失，是指投入施工现场的机械设备全部或者部分闲置，在机械设备失去效益功能的同时依然需要支付设备租赁、养护、折旧费用而给承包人带来的损失。

因为发包人未及时按照发包人通知造成承包人停工、窝工，发包人需要承包人赶工期的，发包人应补偿承包人为赶工而支出的必要费用。

【**关联规定**】《合同法》第278条

①按照《建设工程施工合同示范文本》（GF—2017—0201）第7.8.1条，因发包人原因引起的暂停施工，发包人应承担由此增加的费用和（或）延误工期，并支付承包人合理的利润。

**第七百九十九【建设工程的竣工验收】**

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。

【**释义**】

本条是关于建设工程竣工验收的规定，是对《合同法》第279条规范内容的全面承继。

本条应作如下理解：

其一，建设工程竣工是验收的前提。建设工程竣工是指承包人完成工程建设①。我国判断工程竣工的原则是全面完工原则。《民法典》第509条第一款规定，当事人应当按照约定全面履行自己的义务。《建设工程质量管理条例》第16条第2款规定的竣工验收条件包括“完成建设工程设计和合同约定的各项内容”。但鉴于比较法上其他国家工程实践及我国工程实践一般采实质完工原则，应对“竣工”做目的扩张解释以涵括实质完工。

所谓“实质完工”，是指工程无显著瑕疵且那些没有完成的末尾项目不会影响业主工程意定目的实现②。英美法系工程实务与判例一般采实质完工原则（pratical completion/substantial completion）③，以阻止发包人对实质完工工程拒绝付款④，保护非恶意地、轻微地违反合同的建筑商⑤。这一立场也体现于标准建设工程合同文本美国建筑师协会AIA合同条款A201§9.8.1和美国总承包商联合会AGC合同条款NO.430§9.1.3中。大陆法系也有国家和地区采用与“实质完工”相类似的标准。《德国民法典》第640条规定“定作人不得因不重要的瑕疵而拒绝验收”。日本判决及工程实务所采“大致完工”工程完工标准⑥与英美法系所采“实质完工”有异曲同工之处。我国台湾地区营建工程审判实务也有采实质完工标准的⑦。国际建设工程合同领域广泛采用的FIDIC合同红皮书第10.1条规定的完工标准之一为实质完工——“某些不会实质影响工程或区段按其预定目的使用的扫尾工作以及缺陷不影响接收证书的颁发”。我国标准建设工程合同示范文本**《2012标准设计施工总承包招标文件》**第18.2条、**《建设工程施工合同示范文本》**（GF—2017—0201）第13.2.1条认可实质完工,即竣工验收时发包人同意的甩项工作和缺陷修补工作可以未完成。

其二，验收既是发包人权利，又为发包人义务。根据《建筑法》第61条第2款以及《建设工程质量管理条例》第16条第3款规定，建设工程竣工验收合格，方能交付使用。一般情况下完成建设工程设计和合同约定的各项内容后，承包人应向发包人提交工程竣工报告，申请竣工验收，发包人应当根据承包人的申请，有及时组织承包人、监理单位、勘察、设计单位验收的义务。

其三，竣工验收合格应满足法律规定条件。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进行验收，检验合格履约情况以及在工程建设各个环节执行法律、法规和工程建设强制性标准的情况。《建设工程质量管理条例》第16条第2款规定，建设工程竣工验收合格，应满足下列条件：完成建设工程设计和合同约定的各项内容；有完整的技术档案和施工管理资料；有工程使用的主要建筑材料、建筑构配件和设备的进场试验报告；有勘察、设计、施工、工程监理等单位分别签署的质量合格文件；有施工单位签署的工程保修书。建设工程竣工验收合格，发包人向承包人出具竣工验收报告书。

其四，竣工验收合格，既包括依法经申请验收合格，又包括司法实践中确认的拟制验收合格。《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）》第14条确认竣工验收合格之日为竣工之日，并确认了两种情形下的拟制验收合格：一是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验收合格之日；二是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验收合格之日。

其五，工程竣工验收合格的法律后果。工程竣工验收合格，承包人有权要求发包人支付工程价款，并起算工程价款利息。工程需要交付的，发包人应当受领。除本条规定外，还发生其他法律后果：

1. 风险负担的转移，按照《民法典》第604条买卖合同风险负担的规定，建筑物、构筑物损毁、灭失的风险规定转移至发包人。
2. 按照《建设工程质量管理条例》第40条规定，起算建设工程保修期。

其六，建设工程未经验收或验收不合格的法律后果。工程未经验收或验收不合格，不可交付使用，承包人无权要求发包人支付工程价款。验收不合格，承包人应当对工程质量瑕疵进行返修，再由发包方重新组织验收。

司法实践中未经竣工验收发包人擅自使用工程较常见。在民法典制定过程中，合同编一次审议稿在对司法解释吸收、完善的基础上于第583条规定了擅自使用工程的法律后果，由于争议较大，合同编三次审议稿删去该条文。对于《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）》第13条所规定的擅自使用工程一般质量瑕疵责任转移于发包人自担的法律后果，值得探讨。按照该条解释，发包人擅自使用工程的，承包人除对地基基础工程和主体结构质量在建设工程的合理使用寿命内承担责任外，不再对发包人承担质量责任。

《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）》第13条司法解释的目的，是保障工程质量以实现工程竣工验收合格后方能交付使用⑧。笔者认为，通过该条解释，**最高人民法院不当扩大解释了擅自使用工程的法律后果。**擅自使用工程，拟制发生竣工验收合格，而不在于否认发包人向承包人主张质量瑕疵违约责任。《欧洲民法典草案》第4.3—3：106条关于构筑物的移交主张“客户受领构筑物，并不免除或减轻建造人的全部或者部分责任。这一规定同样适用于客户根据合同有检查、监督及验收构筑物或者建造过程义务的情形”⑨。该主张体现欧洲各国对客户受领购筑物法律后果的学界一般立场，**可资参照。在依法竣工验收情形下，发包人可就瑕疵修补提出权利保留，也可就工程使用期间发现的擅自使用工程前存在的隐蔽瑕疵向承包人主张瑕疵违约责任，这些法律后果当然适用于擅自使用工程的情形。**

【**关联规定**】《合同法》第279条

①本条用语“竣工”意为“完工”，与《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）》第14条“竣工日期”中的“竣工”含义不同，后者在文义解释上等同于“竣工验收合格”。

②David chappell,Understanding JCT Standard Building CONTRACTS (7th ed.) .Spon Press,2004.109.

③Cathleen S. Bumb.Substantial Completion.Constr.law.2003(23) .5.

④Justin Sweet and Joanthan J. Sweewt on Construction Industry Contracts:Major AIA Documents.Aspen publishers,1999.15, 18.

⑤Larry A. DiMattio,The Norms of Contract:The Fairness Inquiry zand the “law of Satisfaction”-A Nonunified Theory.Hofstra law Review, Winter,1995.1.

⑥[日]笠井修：日本评论社2009年版。第17～186页。

⑦我国台湾地区板桥地方“法院”第1664号“判决”认为，建筑物是否完工？其完工标准为何？当事人若未于契约中明确约定，自应就“实质上”是否达到合格完工程度而为判断，亦即至少须符合“建筑法”第70条所规定之其主要构造、室内隔间及建筑物主要设备与设计图样相同之程度。

⑧参见最高人民法院民事审判第一庭：《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解》，人民法院出版社2015年版，第107页。

⑨欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组：《欧洲示范民法典草案——欧洲私法的原则、定义和示范规则》，高圣平译，中国人民大学出版社2012年版，第276页。

**第八百条 【勘察、设计人的违约责任】**

勘察、设计的质量不符合要求或者未按照期限提交勘察、设计文件拖延工期，造成发包人损失的，勘察人、设计人应当继续完善勘察、设计，减收或者免收勘察、设计费并赔偿损失。

【**释义**】

本条是关于勘察人、设计人违约责任的规定，是对《合同法》第280条规范内容的全面承继，本条应作如下理解：

其一，勘察人、设计人的主合同义务是在合同约定期限内交付符合质量要求的成果文件。本条规定了勘察人、设计人违反主合同义务的两类违约行为：一是瑕疵履行违约行为，勘察人、设计人交付的成果文件质量，不符合法律、行政法规规定，不符合标准化法及保障建设工程质量和安全的国家标准和行业标准，不符合建设工程勘察、设计的技术规范或者当事人约定；二是迟延履行违约行为，即承包人未按照约定期限提交勘察、设计文件。

其二，违约责任形式包括继续预约、减收或免收勘察、设计费用、损害赔偿三种违约形式责任形式。减收或免收勘察、设计费用，是损害赔偿的一种特殊形式。该三种责任方式可以单独使用，也可合并使用。

【**关联规定**】《合同法》第280条

**第八百零一条 【施工人的建设工程质量责任】**

因施工人的原因致使建设工程质量不符合约定的，发包人有权请求施工人在合理期限内无偿修理或者返工、改建。经过修理或者返工、改建后，造成逾期交付的，施工人应当承担违约责任。

【**释义**】

本条是关于施工人的建设工程质量责任的规定。本条内容与《合同法》第281条保持一致。《合同法》第281规定：“因施工人的原因，致使建设工程质量不符合约定的，发包人有权要求施工人在合理期限内无偿修理或者返工、改建。经过修理或者返工、改建后，造成逾期交付的，施工人应当承担违约责任”。

根据本条的规定，施工人承担工程质量责任的条件，一是建设工程质量不符合约定；二是因施工人的原因。发包人的请求权为：一是请求施工人在合理期限内无偿修理或者返工、改建；二是在经过修理或者返工、改建后，造成逾期交付的，请求施工人应当承担违约责任。

1. **关于“建设工程质量不符合约定”的理解**

施工人负有根据工程的设计文件和施工图纸的要求，通过施工作业最终形成建设工程实体建设的义务。在勘察、设计质量没有问题的情况下，整个建设工程的质量状况最终取决于施工工作。

1. 从关于建设工程质量的规范依据来看，“建设工程质量不符合约定”，应当包含两个方面：一是关于工程质量的合同约定，包括施工合同、工程设计文件以及施工图纸、技术标准；二是国家、省市关于工程质量的法律、法规、规范性文件的强制规定。施工工作违反其中任何一个方面，均应认定为施工质量不符合约定，且实践中、施工合同中通常也会将符合有关法律、法规、规范性文件的强制性规定作为合同的一项内容。工程设计图纸是建设设计单位根据工程的功能、质量等方面的要求所做出的设计工作的最终成果，其中的施工图是对建设工程的建筑物、设备、管线等工程对象物的尺寸、布置、选用材料、构造、相互关系、施工以及安装质量要求的详细图纸和说明，是指导施工的直接依据。进行建设工程的各项施工合同，包括土建工程的施工、给排水系统的施工、供热供暖系统的施工等，都必须按照相应的施工图纸的要求进行。建设工程施工人除必须严格按照工程设计图纸施工外，还必须按照建设工程施工技术标准的要求进行施工。施工技术标准是施工作业人员进行每一项施工操作的技术依据，包括对各项施工准备、施工操作工艺流程和应达到的质量要求的规定。国家、省市关于工程质量的法律、法规、规范性文件的强制规定对施工人的施工工作做出了强制性的要求，是对施工人必须承担的法律义务。
2. 从建设工程质量的内容来看，建设工程质量既包括各类工程的主体工程的质量，也包括与其配套的线路、管道和设备的安装质量。实践中产生的建设工程的质量问题，小的方面，如屋面漏水、墙面开裂、管道阻塞、材料不合格、消防不合格等，大的方面，如主体工程不合格、“豆腐渣”工程等。建设工程质量问题，小的会给发包方造成使用的各种不便，大的则会酿成人员伤亡和重大财产损失的恶性事故。建设工程的施工人必须以负责任的态度，严格按照工程设计文件、施工图纸和技术标准进行施工，严把质量关，不得偷工减料。建设工程质量出现问题，无论大小，施工人都必须承担相应的责任。
3. 从发现建设工程质量问题的时间来看，即包括建设施工过程中，也包括施工完毕后，只要存在建设工程质量问题，发包人的请求权就产生并存在。
4. **关于“因施工人的原因”的理解**

建设工程质量问题，从产生的原因看，可能是发包人的原因，如提供的材料不合格，也可能是勘察、设计的原因，如设计有缺陷，还可能是施工人的原因。实践中，大多数的工程质量问题都是施工人的原因造成的。实践中的难点在于，如何确定是因为“施工人的原因”？笔者认为，**施工人是具有国家认可的资质，专门从事工程建设的单位，**在整个施工过程中，施工人掌握有关施工的各方面的详细情况，因此施工人员应当承担“专家责任”。发包方如认为工程质量存在问题，一方面可以要求施工人提供有关的文件、进行说明，另一方面可以请求有关检测、鉴定单位出具报告，如施工人提供的材料不足以排除自身的责任，则应当认定为是施工的原因。从现实情况看，工程施工中的偷工减料行为仍然较为多发，是造成工程建设工程质量、发生重大质量事故的重要原因。施工人有可能不按施工技术标准规定的施工工艺流程进行施工作业，擅自减少工作量，或者在工程施工中违反设计文件和施工技术标准的规定，擅自减少建筑材料的数量和降低用料质量。凡是因施工原因造成的工程质量问题，都应由施工人承担责任。

1. **关于工程质量责任的内容**

根据本条的规定，在因施工人员原因出现工程质量问题的情况下，发包人有权要求施工人在合理期限内无偿修理或者返工、改建。经过修理或者返工、改建后，造成逾期交付的，施工人应当承担违约责任。这里有四个方面的问题：

一是合理期限。合理期限首先应当根据施工合同确定，施工合同对于施工人完成某一项或某一阶段的工作有约定的，应按照约定的时间确定。施工合同没有明确约定的，应当根据完成这一工作的一般所需的合理时间确定。发包人和施工人可以就修理、返工、改建的问题签订补充协议，就具体时间进行约定，此外，发包人可以请求工程监理单位提供意见。

二是无偿。按照合同约定进行施工并保证工程质量是施工人的义务，因其违反义务，需要进行补救，补救行为应当视为施工人履行合同义务的一部分，因此施工人无权主张额外费用。

三是具体的补救方式。具体的补救方式包括修理或者返工、改建，具体采取何种方式，应当根据工程质量问题的具体情况而定。实践中，采用何种方式，发包人和施工人容易出现协调不一致的情况，如协调不一致，应当按照发包人的要求进行，除非施工人能够提供材料证明，其采取的方式能够完全符合合同的约定。

四是逾期违约责任。根据本条的规定，经过修理或者返工、改建后，造成逾期交付的，施工人应当承担违约责任。按期交付是施工人的义务，出现责任工程质量问题采取的补救措施，是施工人履行合同义务的当然内容，因为是施工人的原因造成的，所以施工人并没有免责的理由。逾期违约责任的具体内容，应当按照合同约定来确定，这里的预期违约责任包括赔偿发包人因逾期交付受到的损失，按照约定向发包人支付违约金、减少价款、执行定金罚则等。发包人可以根据施工人违约程度和损失大小，合理请求施工人承担上述违约责任。

【**关联规定**】《合同法》第281条

**第八百零二条【建设工程质量保证责任】**

因承包人的原因致使建设工程在合理使用期限内造成人身损害和财产损失的，承包人应当承担赔偿责任事宜。

【**释义**】

本条是关于承包人在建设工程合理使用期限内的质量保证责任的规定。本条与《合同法》第282条基本保持一致，《合同法》第282条规定：“因承包人的原因，致使建设工程在合理使用期限内造成人身或财产损失的，承包人应当承担损害赔偿责任”。承包人应当按照合同约定对整个工程质量负责，建设工程符合质量要求本身就包含了在合理期限内符合安全使用的要求，因此承包人当然也应当对建设工程在合理使用期间的质量安全承担责任。准确理解本节的规定，应当从以下四个方面进行：

1. 关于承包人的范围。根据本章第791条的规定，发包人可以与总承包人订立建设工程合同，也可以分别与勘察人、设计人、施工人订立勘察、设计、施工承包合同。总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。因此，在发包人与总承包人订立建设工程合同的情况下，总承包人应承担质量保证责任；如总承包人与勘察、设计、施工人订立相应的合同并经发包人同意，则勘察人、设计人、施工人应当与总承包人共同对发包人承担连带责任，因此，应当共同承担连带质量保证责任。在存在第三人的情况下，且已经过发包人同意，因第三人应就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任，故第三人也应当连带承担工程质量保证责任。可见，承包人的范围应当根据建设工程合同签订的具体情况进行判断。

从受害人的角度看，如建设工程在使用过程中坍塌，造成人员伤亡，发包人作为建设工程的所有人和管理人，自应对受害人承担赔偿责任，受害人能否以承包人的工程质量保证责任为由，直接向承包人请求赔偿？工程质量保证责任不是简单的合同责任，不仅涉及合同向对方，而且涉及建设工程普通使用者，可以认为涉及社会公众的利益。从维护受害人合法权益的角度看，上述责任主体应承担连带责任。从本条的条文综合来看，承包人承担的工程质量保证责任是对发包人而言，而从维护受害人合法权益的角度来看，承包人应当与发包人共同对受害人承担连带赔偿责任。在发包人对受害人承担责任的情况下，发包人可以根据本条的规定以及建设工程合同约定，向承包人追偿，并同时请求其承担违约责任。

1. 因承包人的原因引起。建设工程的总承包人应当对整个工程质量承担保证责任。建设工程的勘察人应当为建设工程提供准确的有关工程地质资料并就其完成的工作承担质量保证责任；建设工程的设计人应当按照有关保证工程质量安全的法律、法规和设计规范的规定进行设计，保证建设工程的设计安全可靠并就其设计工作承担质量保证责任；建设工程的施工人必须严格按照工程设计和施工技术标准进行施工，不得使用不合格的建筑材料，不得偷工减料，并就其施工工作承担质量保证责任。任何一方不履行义务，造成工程质量安全问题的，都应当承担法律责任。出现工程质量问题后，应当区分具体的原因，并根据合同签订的具体情况，确定相应的主体责任。但如果不属于承包人的原因，如是使用者违规操作、使用不当或者故意等原因造成的人身、财产损害，承包人不承担责任。
2. 合理使用期限。合理使用期限即建设工程的承包人对其建设产品承担质量责任的责任期间。建设工程建成后都将长期使用，这就意味着建设工程在相当长的时间内不能有危及使用安全的质量问题，否则将会对人身和财产安全构成威胁。如何确定“合理期限”？合理期限一般是交付发包人时起算，但与一般产品的生产者对其产品的质量缺陷承担损害赔偿责任的责任期限最长不超过自产品交付使用最初用户10年不同,建设工程的承包人应当在该建设工程合理使用期限内对整个工程质量安全承担责任。关于合理使用期限是多少，本条未作具体规定。这需要根据各类建设工程的不同情况，如建筑物结构、使用功能、所处的自然环境等因素，由相关的法规或规范性文件作出规定。

根据住房和城乡建设部发包的**《民用建筑设计统一标准》（GB 50352—2019）**中规定，按民用建筑的主体结构确定的建筑耐久年限分为**四级**：**一级耐久年限为100年**，适用于纪念性建筑和特别重要的建筑；**二级耐久年限为50年**，适用于普通建筑和构筑物；**三级耐久年限为25年**，适用于易于替换结构构件的建筑；**四季耐久年限为5年**，适用于临时性建筑。根据该规定，除临时性建筑外，民用建筑的合理使用期限最低也应为25年，在此期间内，必须保证建筑物的安全使用。如果该建设工程已过合理使用期限的，原则上不允许继续使用，用户继续使用，因该建筑工程造成的人身、财产损害的，承包人不承担损害责任。

需要讨论的问题是，在建设工程合理使用期内，出现地震等严重自然灾害，致使建筑工程受损，在此情况下，承包人是否应继续承担工程质量责任？笔者认为，地震等自然灾害的发生，往往对建筑物造成不同程度的损害，地震的等级不同，造成的损害也有差别，有的严重至坍塌，也有的严重影响主体结构但又不与觉察，灾害发生后，发包人应当联系专业的检测部门，对建筑物进行检测，以确定一些安全性和继续使用的年限。从公平的角度考虑，在发生严重地震并对建设工程造成损害的情况下，承包人不应再对灾害发生后的建设工程承担质量保证责任。**但灾害的发生恰恰使得建设工程质量责任暴露出来的，承包人必须承担相应的责任。**

1. 损害后果，即造成人身损害和财产损失。《合同法》第282条的用语为“人身和财产损害”，笔者认为这与本条并无实质不同。这里需要明确的是，人身损害和财产损失的受损害方即包括建设工程合同发包人，也包括建设工程的普通用户以及因该建设工程而受到损害的其他人。根据本条规定，因承包人原因造成建设工程质量事故，致使人身、财产受到损害的，承包人应当承担赔偿责任。发包人同时作为建设工程合同的相对人，可以选择请求承包人承担违约责任。

【**关联规定**】 《合同法》第282条

**第八百零三条【发包人未按约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的违约责任】**

发包人未按约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，承包人可以顺延工程日期，并有权请求赔偿停工、窝工等损失。

【**释义**】

本条是关于发包人未按约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的违约责任的规定，本条与《合同法》第283条基本保持一致，《合同法》第283条规定：“发包人未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，承包人可以顺延工程日期，并有权要求赔偿停工、窝工等损失。”

根据本条规定，如果发包人按照合同的约定负有提供原材料、设备、场地、资金、技术资料义务，则发包人有义务按照约定的时间和要求提供，发包人违反提供义务的情形主要可以分为两类：一是未按照约定的时间提供，二是未按照约定的要求提供。

1. 未按照约定的时间提供。

未按照约定的时间提供，又存在两种情况：一是迟延提供；另一种是过于超前提供。在发包人迟延提供的情况下，承包人可以根据发包人按约定的提供时间与实际提供时间之间的时间差，来顺延工程日期及计算停工、窝工损失，并要求赔偿。在发包人超前提供的情况下，如超前提供原材料、设备，存在过多占用场地等对承包人施工造成影响的情况，致使承包人不能按照正常的施工流程完成工作，需要对发包人提供的原材料、设备进行迁移、保管的，则承包人同样可以顺延工期及计算停工、窝工损失，并要求赔偿。

1. 未按照约定要求提供

发包人提供的内容不同，相应的要求也不同。

1. 发包人未按照约定要求提供原材料、设备

建设工程承包合同中约定由发包人提供原材料、设备的，发包人应当按照约定的原材料、设备的种类、规格、数量、单价、质量、环保等级等要求向承包人提供，除提供原材料、设备的实物外，还应当提供物品清单、合格证明等资料。承包人与发包人应当一起对原材料、设备进行检验、验收后，由承包人妥善保管，如产生额外的保管费用，应当由发包人支付或者双方协商解决。对于必须经过试验、检测才能使用的材料，承包人应当按照约定进行测试或者委托第三方专业机构进行检测，费用由发包人承担。如果经检验发包人提供的原材料、设备的种类、规格、型号、质量等级与约定不符合的，发包人有权拒绝接收，并可以要求发包人运出施工现场并予以更换。因此而延误工期的，承包人可以中止施工并顺延工期，造成承包人停工、窝工损失的，由发包人承担责任。

1. 发包人未按照约定提供场地

按照建设工程承包合同的约定，由发包人提供场地的，发包人应当按照合同约定向承包人提供符合施工、操作、运输、堆放材料设备要求的场地以及建设工作涉及的周围场地。发包人除提供具体的场地外，还应当按照约定使场地满足施工的具体要求，包括：在承包人进驻前及时办理有关批准文件、用地、通行手续，包括工程地址和临时设施范围内的土地征用、租用，申请施工许可证和占道、爆破及临时铁道专用岔线许可证等；确定建设工程及有关道路、线路、上下水道的定位标桩、水准点和坐标控制点等；应当清除施工现场内影响施工人施工的障碍，并向承包人提供施工所需水、电、热力、电讯等管道线路，保证承包人施工期间的需要。发包人未能提供符合约定、适合工作的场地致使承包人无法开展工作的，承包人有权要求发包人履行合同，并可以顺延工期，或者暂停工作，因此造成承包人停工、窝工损失的，承包人可以要求发包人承担责任。

1. 发包人未按照约定提供资金

发包人提供的资金，根据具体用途的不同可以分为专项资金、预付工程款、按工程进度支付的工程款，资金的具体用途由发包人和承包人在合同中约定。由发包人提供工程建设所需资金的，发包人应当按照约定的时间和数额向承包人支付。

如果发包人逾期提供专项资金，致使承包人无法购置专用设备、购买约定的材料的，承包人可以顺延工期，并对因此造成的停工、窝工损失要求发包人承担责任。

如果建设工程合同约定由发包人预付工程款的，发包人应当按照约定的时间和数额向承包人预付工程款，发包人未按照合同约定预付工程款的，承包人可以向发包人发出预付工程款的通知，发包人在收到通知后仍不能按照要求预付工程款，承包人可以停止工作并顺延工期，并赔偿因此造成承包人停工、窝工的损失。

如果建设工程合同约定发包人按工程进度付款的，发包人应当按照合同约定的进度支付工程款。按进度支付工程款，可以按照时间进度支付，也可以按照工程进度支付。按时间进度支付的，双方在合同中约定具体的支付时间和支付比例。按工程进度支付的，承包人完成约定的工程部分后，由发包人签字确认后支付。发包人在签字确认后的约定期限或合理期限内仍未能按照要求支付工程款的，承包人可以向发包人发出支付工程款的通知，发包人在收到通知后仍未按照要求支付工程进度款，承包人可以停止工作并顺延工期，发包人应当从应付之日起向承包人支付应付价款的利息，并赔偿因此造成承包人停工、窝工的损失。

如果发包人未按照约定提供资金的情况同时满足本章第807的规定，承包人可以根据第807的规定，采取相应的措施，维护自己的合法权益。

1. 发包人未按照约定提供技术资料

技术资料主要包括勘察数据、设计文件、施工图纸以及说明书等。合同约定由发包人提供有关工程建设技术资料的，发包人应当按照合同约定的时间和份数向承包人提供符合约定要求的技术资料。根据法律、行政法规的规定，建设工程施工除符合发包人的要求外，还必须符合国家有关质量标准、技术规程和操作规范等强制性要求。因此，如果发包人未能按照约定提供技术资料，或者提供的技术资料不符合国家强制性规范的要求，承包人就不能正常进行工作，在这种情况下，承包人可以要求发包人在合理期限内提供建设工作所必须的技术资料并有权暂停工作、顺延工作，要求发包人承担承包人因停工、窝工所造成的损失。

1. 承包人的救助方式

根据本条的规定，承包人可以顺延工程日期，并有权要求赔偿停工、窝工等损失。当发包人未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料，经催告后在合理期限内仍未履行，致使不能实行合同的目的的，即满足本法第563条规定的条件，承包人能否解除合同？建设工程合同不同于一般的合同，往往经过复杂的招投标流程而订立，而且工程项目涉及方方面面的问题，一旦施工后，如中途停工容易造成重大损失，有些甚至影响社会公共利益，因此不适宜轻易解除。笔者认为，如发包人的违约行为尚处于工程项目的前期阶段，且发包人的行为已经构成根本违约，满足本法第563条规定的条件，承包人可以解除合同；而在工程施工中后期，则应当慎重行使解除权，或者应当通过诉讼解除。发包人未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的行为满足本章及806条第2条规定的。承包人可以解除合同，并要求发包人支付价款，有其他损失的，可以根据本法第566条的规定，同时要求发包人承担违约责任。

【**有关规定**】《合同法》第283条

**第563条**【**合同的法定解除**】

有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

1. 因不可抗力致使不能实现合同目的的；
2. 在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；

三、当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；

四，当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；

五、法律规定的其他情形。

以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

**第566条【合同解除的法律后果】**

合同解除后，尚未履行的，中止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失。

合同因违约解除的，解除权人可以请求违约方承担违约责任，但是当事人另有约定的除外。

主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应当承担担保责任，但是担保合同另有约定的除外。

**第八百零四条 【发包人原因造成工程停建、缓建的责任】**

因发包人的原因致使工程中途停建、缓建的，发包人应当采取措施弥补或者减少损失，赔偿承包人因此造成的停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失和实际费用。

【**释义**】

本条是关于因发包人原因造成工程停建、缓建所应承担责任的规定。本条与《合同法》第284条保持一致。《合同法》第284条规定：“因发包人的原因致使工程中途停建、缓建的，发包人应当采取措施弥补或者减少损失，赔偿承包人因此造成的停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失和实际费用。”

比较本条与本章第803条的规定，从两个条文的行文逻辑和规范内容来看，两者都是对发包人违约责任的规定；不同之处在于，第803条侧重于在建设工程开工之前或初期阶段发包人违约情形的处理，而第804条侧重于在建设工程施工过程中发包人违约情形的处理。从发包人出现违约的情况看，第803条规定的是发包人未按照合同约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的情形，而第804条未明确列举，概括性规定了“因发包人的原因致使工程中途停建、缓建的”，承包人损失计算范围增加了“倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失和实际费用”。

1. **“因发包人的原因”的理解**

在工程建设过程中，发包人应当按照合同约定履行自己的义务，保证工程建设顺利进行，如果因发包人的原因致使工程建设无法按约定的进度进行，承包人可以停建或者缓建。“发包人的原因”，参考本章有关条文的规定并结合实践情况，可能包括下列情形：（1）发包人对作业进度、质量进行检查，导致需要中途停建或缓建的（本章第804条）；（2）发包人未能及时进行中间工程和隐蔽工程条件的验收并办理有关确认手续（本章第798条）；（3）发包人未按照合同约定的时间和要求提供原材料、设备、资金、技术资料的情形（本章第803条）；（4）发包人提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准或者不履行协助义务，致使承包人无法施工（本章第801条第2款）;（5）发包人提供的资料不准确,或者未按照期限提供必需的勘察、设计工作条件而造成勘察、设计报告有误，导致工程停建、缓建的（本章第805条）。实践中容易出现的情形还包括：发包人变更工程设计、变更工程量；发包人提供的设计文件等技术资料有错误；发包人不能按照合同的约定保障建设工程所需的工作条件致使工作无法正常进行的等。

1. **发包人的减损义务**

在发生上述情形致使工程建设无法正常进行的情况下，承包人可以停建、缓建、顺延工期。发包人在停建、缓建期间应当采取合理措施减少和避免损失，同时妥善保护好已完成工程和做好已购材料、设备的保护和移交工作。在停建、缓建的因素消除后，应当及时排除障碍，使承包人尽快恢复建设工作。发包人的减损义务是从有利于建设工程顺利推进、减少社会资源浪费的角度对发包人提出的要求，如发包人怠于履行减损义务，造成的损失均由其自身承担。如果加重承包人损失的，承包人可以在计算损失和实际费用时将其计入，一并要求发包人承担。

1. **承包人损失的计算**

因发包人原因致使工程中途停建、缓建的，承包人应当将停建、缓建过程中发生的经济支出和其他实际发生的费用向发包人提出报告。损失的计算范围，根据本条的规定主要包括“停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构建积压所造成的损失和实际发生的费用”，发包人怠于采取措施弥补或减少损失而给承包人造成的额外的损失，也应当计算在内。因发包人的原因致使部分工程中途停建、缓建的，对于未受影响的部分，承包人应当继续建设。

此外，承包人应当负提示义务，如承包人在施工中发现设计有错误之处，应当通知发包人，发包人在接到通知后，应当及时同设计人等有关单位研究确定修改意见或者变更设计，并及时将修订后的设计文件送交承包人。承包人在设计修订或者变更期间，对于未修订或变更的部分可以继续施工的，应当继续施工。如承包人在施工过程中，发现明显错误而不通知发包人的，造成建筑隐患或者引发停工、缓建的，发包人可以主张减少赔偿。

【**关联规定**】 《合同法》第284条

**第八百零五条 【发包人原因造成勘察、设计的返工、停工或者修改设计的责任】**

因发包人变更计划，提供的资料不准确，或者未按照期限提供必需的勘察、设计工作条件而造成勘察、设计的返工、停工或者修改设计，发包人应当按照勘察人、设计人实际消耗的工作量增付费用。

【**释义**】

本条是关于因发包人原因造成勘察、设计的返工、停工或者修改设计所应承担责任的规定。本条与《合同法》第285条保持一致。《合同法》第285条规定：“因发包人变更计划，提供的资料不准确或者未按照期限提供必需的勘察、设计工作条件而造成勘察、设计的返工、停工或者修改设计，发包人应当按照勘察人、设计人实际消耗的工作量增付费用。”

根据本条的规定，发包人负有制订并向设计人提供确定勘察设计计划、提供真实准确的材料、提供必需的工作条件的义务，如发包人违反上述义务，造成勘察、设计的返工、停工或修改设计的，发包人应当按照勘察人、设计人实际消耗的工作量增付费用。

在建设工程勘察合同中，发包人的义务一般包括：应以书面形式向勘察人明确勘察任务及技术要求，包括工程概况、规模、特征、勘察范围和阶段、技术要求及工作量、合同工期、质量标准等；提供开展工程勘察工作所需要的图纸及技术资料，包括总平面图、地形图、已有水准点和坐标控制点等；提供工程勘察作业所需的批准及许可文件，包括立项批复、占用和挖掘道路许可等；为勘察人提供具备条件的作业场地及进场通道（包括土地征用、障碍物清除、场地平整、提供水电接口或青苗赔偿等）并承担相关费用；为勘察人提供作业场地内地下埋藏物（包括地下管线、地下构筑物等）的资料、图纸，没有资料、图纸的地区，发包人应委托专业机构查清地下埋藏物，应按照法律法规规定为勘察人安全生产提供条件并支付安全生产防护费用；若勘察现场需要看守，特别是在有毒、有害等危险现场作业时，发包人应派人负责安全保卫工作；按国家有关规定，对从事危险作业的现场人员进行保健防护，并承担费用。

在建设工程设计合同中，发包人的义务一般包括：应遵守法律，并办理法律规定由其办理的许可、核准或备案手续，包括但不限于建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、建设工程方案设计批准、施工图设计审查等许可、核准或备案。发包人负责项目各阶段设计文件向规划设计管理部门的送审报批工作，并负责将报批结果书面通知设计人。发包人应当负责工程设计的所有外部关系（包括但不限于当地政府主管部门等）的协调，为设计人履行合同提供必要的外部条件。发包人应当在工程设计前或约定的时间向设计人提供工程设计所必须的工程设计资料，并对所提供资料的真实性、准确性和完整性负责。按照法律规定确需在工程设计开始后方能提供的设计资料，发包人应及时地在相应工程设计文件提交给发包人前的合理期限内提供，合理期限应以不影响设计人的正常设计为限。发包人要求进行主要技术指标控制的，钢材用量、混凝土用量等主要技术指标控制值应当符合有关工程设计标准的要求，且应当在工程设计开始前书面向设计人提出。发包人应当严格遵守主要技术指标控制的前提条件。

因发包人原因未按计划的勘察、设计日期开始勘察、设计的，发包人应按实际开始勘察、设计日期顺延完成勘察、设计工作。发包人上述工程设计进度延误情形导致增加了勘察、设计工作量的，发包人应当另行支付相应设计费用。

发包人变更工程勘察、设计的内容、规模、功能、条件等，应当向勘察人、设计人提供书面要求，勘察人、设计人在不违反法律规定以及技术标准强制性规定的前提下应当按照发包人要求变更工程勘察、设计。发包人变更工程勘察、设计的内容、规模、功能、条件或因提交的设计资料存在错误或作较大修改时，发包人应按设计人所耗工作量向设计人增付设计费。

发包人要求勘察人、设计人提前交付工程勘察、设计文件的，应向勘察人、设计人下达提前交付工程文件指示，并与勘察人、设计人协商采取加快工程设计进度的措施，并修订工程设计进度计划，由此增加的设计费用由发包人承担。

发包人向勘察人、设计人提供有关的技术资料的，发包人应当对该技术资料的质量和准确性负责。发包人变更勘察、设计项目、规模、条件需要重新进行勘察、设计的，应当及时通知勘察人、设计人，勘察人、设计人在接到通知后应当返工或者修改设计，并有权顺延工期。发包人应当按照勘察人、设计人实际消耗的工作量相应增加支付勘察费、设计费。

勘察人、设计人在工作中发现发包人提供的技术资料不准确的，勘察人、设计人应当通知发包人修改技术资料，在合理期限内提供准确的技术资料。如果该技术资料有严重错误致使勘察、设计工作无法正常进行的，在发包人重新提供技术资料前，勘察人、设计人有权停工、顺延工期，停工的损失应当由发包人承担。发包人重新提供的技术资料有重大修改，需要勘察人、设计人返工、修改设计的，勘察人、设计人应当按照新的技术资料进行勘察、设计工作，发包人应当按照勘察人、设计人实际消耗的工作量相应增加支付勘察费、设计费。

发包人未能按照合同约定提供勘察、设计工作所需工作条件的，勘察人、设计人应当通知发包人在合理期限内提供，如果发包人未提供必要的工作条件致使勘察、设计工作无法正常进行的，勘察人、设计人有权停工、顺延工期，并要求发包人承担勘察人、设计人停工期间的损失。

【**关联规定**】 《合同法》第285条

**第八百零六条【建设工程合同解除】**

承包人将建设工程转包，违法分包的，发包人可以解除合同。

发包人提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准或者不履行协助义务，致使承包人无法施工，经催告后在合理期限内仍未履行相应义务的，承包人可以解除合同。

合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款；已经完成的建设工程质量不合格的，参照本法第七百九十三条的规定处理。

【**释义**】

本条是关于建设工程解除的规定。《合同法》“建设工程合同”一章中并没有合同解除的条款，对建设工程合同解除的问题，采取了比较审慎的态度。《合同法》没有规定，并不代表实践中建设工程合同都可以顺利履行，由于建设工程项目流程复杂、周期长，涉及资金、设备、技术、材料、施工等多方面以及众多参与主体等问题，产生的纠纷很多，需要解除合同的情况也很多。

在《合同法》“建设工程合同”一章中没有条文规定的情况，解除建设工程合同一般根据《合同法》总则的规定进行，主要是第93、94、95、96、97条。《合同法》第93条规定：“当事人协商一致，可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同”。《合同法》第94条规定：“有下列情形之一的，当事人可以解除合同，（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期间内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实行合同目的的；（五）法律规定的其他情形。”《合同法》第95条规定：“法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。”《合同法》第96条规定：“当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。”《合同法》第97条规定：“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。”

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第8条规定了发包人的解除权，“承包人具有下列情形之一，发包人请求解除建设工程施工合同的，应予支持：（一）明确表示或者以行为表明不履行合同主要义务的；（二）合同约定的期限内没有完工，且在发包人催告的合理期限内仍未完工的；（三）已经完成的建设工程质量不合格，并拒绝修复的；（四）将承包的建设工程非法转包，违法分包的。”第9条规定了承包人的解除权,“发包人具有下列情形之一，致使承包人无法施工，且在催告的合理期限内仍未履行相应义务，承包人要求解除建设工程施工合同的，应予支持；（一）未按约定支付工程价款的；（二）提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准的；（三）不履行合同约定的协助义务的。”第10条规定了合同解除后有关价款的处理和损失承担，“建设工程施工合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款；已经完成的建设工程质量不合格的，参照本解释第三条规定处理。因一方违约导致合同解除的，违约方应当赔偿因此而给对方造成的损失。”第2条规定：“**建设工程施工合同无效**，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，予以支持。”

第3条规定：“**建设工程施工合同无效**，且建设工程经竣工验收不合格的，按照以下情形分别处理：（一）修复后的建设工程经竣工验收合格，发包人请求承包人承担修复费用的，予以支持；（二）修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。因建设工程不合格造成的损失，发包人有过错的，也应承担相应的民事责任。”

本法第三编第562～566条，基本承袭了《合同法》的规定，并对持续履行的不定期合同的解除、解除权行使期限、诉讼或者仲裁的方式解除、合同解除后违约责任和担保责任的承担问题进行了明确。而本条的规定，则主要借鉴了《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件使用法律问题的解释》的有关内容。

1. **发包人解除权**

根据本条第1款的规定，承包人将建设工程转包、违法分包的，发包人可以解除合同。根据本法第791条的规定，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。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。承包人违反该义务的，发包人可以解除合同。

本条仅规定了发包人在承包人转包、违法分包情形下的解除权。对于《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第8条前三条的规定情形,并未直接吸收，但该三项情形，可以通过适用本法第563条规定来出。

1. **承包人的解除权**

根据本条第2款的规定，发包人提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准或者不履行协助义务，致使承包人无法施工，且在催告的合理期限内仍未履行相应的义务的，承包人可以解除合同。根据本条的规定，承包人行使解除权需满足三个条件：一是建筑构配件和设备不符合强制性标准或者不履行协助义务，二是致使承包人无法施工，三是在催告的合理期限内仍未履行相应义务。

对于《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院问题的解释》第9条规定的发包人未按照约定支付工程价款的情形，可以参照本法及807条的规定进行处理，当发包人不支付价款的情形符合本条第563条的规定时，承包人可以解除合同。

1. **合同解除的法律后果**

根据本条第3款的规定，合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程款项；已经完成的建设工程质量不合格的，参照本法第793条的规定处理。

由于转包和违法分包的合同无效，发包人因此解除合同后，应当按照第793条关于建设工程合同无效的规定处理后续事宜。在建设工程合同有效的前提下，合同解除后，根据本条的规定，以已经完成的建设工程是否合格为区分，合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款，不合格的，仍然参照第793条的规定进行处理。

【**关联规定**】

《合同法》第93～97条，《民法典》第562～566条，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3～3,8～10条

**第八百零七条 【发包人为支付工程价款的责任】**

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。

【**释义**】

本条是关于发包人未支付工程价款的责任的规定。本条与《合同法》第286条基本保持一致。《合同法》第286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，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请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。”

1. **建设工程施工过程中发包人未按照约定支付价款**

发包人未按照约定支付价款的情形，可能发生在建设工程施工过程中，也可能发生在建设工程施工完毕后。如果发生在建设工程施工过程中，承包人可以先援引本章第803、804条的规定，发包人未按照约定的时间和要求提供资金的，承包人可以顺延工程日期，并有权要求赔偿停工、窝工等损失。因发包人未按照约定支付价款，致使承包人无法或无力继续施工的、工程中途停建、缓建的，承包人可以暂停施工，并要求赔偿因此造成的停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失和实际费用。发包人不按约定支付价款的情形经承包人催告后在合理期限内仍不能支付的，承包人可以援引本条的规定，除按照建设工程的性质不予折价、拍卖的外，与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖，并就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。我国房地产市场曾出现大量烂尾楼，主要原因就是发包人在建设工程施工过程中资金链断裂，导致工程无法继续。本条的规定，尤其是关于承包人优先受偿权的规定，对维护承包人的合法权益具有重大的意义。

1. **建设工程施工完毕后发包人未按照约定支付价款**

如果在建设工程施工完毕后，发包人未按照约定支付价款，纠纷多发生在竣工验收问题上。除合同另有约定外，一般工程具备以下条件的承包人可以申请竣工验收：（1）除发包人同意的甩项工作和缺陷修补工作外，合同范围内的全部工程以及有关工作，包括合同要求的试验、试运行以及检验均已完成，并符合合同要求；（2）按合同约定编制了甩项工作和缺陷修补工作清单以及相应的施工计划；（3）已按合同约定的内容和分数备齐竣工资料。

除合同条款另有约定外，承包人申请竣工验收的，一般应当按照以下程序进行：（1）承包人向监理人报送竣工验收申请报告，监理人应在收到竣工验收申请报告后，2周内完成审查并报送发包人。监理人审查后认为尚不具备验收条件的，应通知承包人在竣工验收前承包人还需完成的工作内容，承包人应在完成监理人通知的全部工作内容后,再次提交竣工验收申请报告。（2）监理人审查后认为已经具备竣工验收条件的，应将竣工验收申请报告提交发包人，发包人应在收到经监理人审核的竣工验收申请报告后4周内审批完毕并组织监理人、承包人、设计人等相关单位完成竣工验收。（3）竣工验收合格的,发包人应在验收合格后2周内向承包人签发工程接收证书。（4）竣工验收不合格的，监理人应按照验收意见发出指示，要求承包人对不合格工程返工、修复或采取其他补救措施，由此增加的费用和（或）延误的工期由承包人承担。承包人在完成不合格工程的返工、修复或采取其他补救措施后，应重新提交竣工验收申请报告，并按本项约定的程序重新进行验收。

工程经竣工验收合格的，由承包人提交竣工验收申请报告之日为实际竣工日期，并在工程接收证书中载明；因发包人原因，未在监理人收到承包人提交的竣工验收申请报告合同约定天数内完成竣工验收，或完成竣工验收不予签发工程接收证书的，以提交竣工验收申请报告的日期为实际竣工日期；工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有工程之日为实际竣工日期。合同当事人应当在颁发工程接收证书后约定的天数内完成工程的移交。

发包人在工程建设完成后，对竣工验收合格的工程应当按照合同约定的方式和期限进行工程决算，支付价款，接收工程。发包人未按照合同约定支付价款的，承包人可以采取相应的救济措施。农民工欠薪的社会问题，很大程度上是由于拖欠工程款造成的。不少地区的工程款拖欠数额庞大，有的工程拖欠付款问题已经相当突出，不仅严重地影响建设企业的生产经营，而且引发了许多的社会问题。为了切实解决拖欠工程款的问题，保障承包人价款债权的实现，本条规定的发包人未按约定支付价款，经承包人催告后在合理期间内仍不支付的，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，就该工程折价或者拍卖的价款享有优先受偿的权利。

1. **催告、协议折价、法院拍卖**

在发包人未按约定支付价款的情况下，本条规定的承包人的救济手段分为三种，即催告、协议折价、法院拍卖。

1. 催告，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。催告的形式，本条没有做明确规定，理论上而言，书面、数据电文或口头的形式均可，但从保留证据的角度出发，尽量采取书面或者数据电文的形式，并要求发包人签收确认。在发包人拒收的情况下，**可以采用公证邮寄送达**的形式，为的是在将来的纠纷解决中更好的维护自身利益。合理期限的具体时限，本条也未做出明确的规定，合同有约定的，从约定，合同没有约定的，应当在催告中明确合理期限，但不宜过短，应当给发包人预留准备资金、办理支付手续的合理时间。根据本条的规定，承包人可以催告发包人，“可以”两个字的使用，表明催告并非必要的程序，并非必须催告后才可以进行折价或者请求人民法院依法拍卖。支付价款是发包人的合同义务，该义务的履行，并不以承包人的催告为前提，即发包人应当主动履行义务。
2. 协议折价。当发包人因资金短缺、融资困难或资金链断裂等原因，确实无法支付的，双方可以协商将工程折价，以偿还承包人的工程价款。协议折价要注意两个方面：一是折价是建立在协商一致的基础上，即承包人不能单方面确定工程的价值；二是在折价时应当考虑到发包人、承包人在该工程的实际成本投入、市场价值等因素，最好找第三方评估机构进行评估，在评估的基础上进行协商，能够找到第三方投资人接手该工程的，也可以在对工程价值协商一致的基础上引入投资人，从而盘活该工程项目。发包人、承包人对工程协议折价的，应当遵循一定的程序，协商一致后，发包人把该工程的所有权由发包人转移给承包人，从而使承包人的的价款债权得以实现。工程折价的价款如果超出发包人应付价款数额的，该超过的部分应当由承包人支付给发包人，如果折价确定的价款还不足以清偿承包人价款债权额的，承包人可以请求发包人支付不足部分。
3. 法院拍卖。承包人因与发包人达不成折价协议而采取拍卖方式的，应当申请人民法院依法将该工程予以拍卖。请求人民法院拍卖，一般需要经过审判和执行程序。从本期的规定看，承包人“可以”请求人民法院将该工程依法拍卖，意味着不是必须请求，如果承包人和发包人达成协议，共同委托拍卖公司或者自行将该工程拍卖的，亦是可以，但必须双方协商一致。承包人不能单方委托拍卖公司或者自行将工程予以拍卖。工程拍卖后所得价款如果超出发包人应付价款数额的，该超过的部分应当归发包人所有；如果拍卖所得价款还不足以清偿承包人价款债权额的，承包人可以请求发包人支付不足部分。

根据本条规定，按照工程的性质不予折价、拍卖的，发包人、承包人均不能将该工程折价或者拍卖。根据建设工程的性质不宜折价或拍卖的情形，包括军事工程、国家重点工程、具有特定用途的工程等，工程的所有权不属于发包人的，也不能折价或者拍卖。

**四、承包人的优先受偿权**

根据本条的规定，建设工程价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。建设工程价款优先受偿的法理基础在于，建设工程本身的产生与存在，基于发包人的资金投入和承包人的事实建造行为，建设工程本体的一部分就来源于承包人的投入和工作，物化到了建设工程中。其折价或者拍卖以后转化成的资金，在工程价款的范围内，理应归承包人所有，有承包人收回。建设工程价款优先受偿权，不仅对于维护承包人的合法权益具有重要的意义，而且对于化解社会矛盾，避免诸如农民工欠薪等问题的产生，促进工程建设行业的良性发展，都具有重要的意义。

建设工程价款的数额应当根据合同确定，其构成包括承包人投入的人力物力计算的成本价款以及合同利润两部分。成本价款优先受偿自无争议，合同利润优先受赏并非完全无争议，但也并非没有合理理由。《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》限定为承包人在建设工程施工中实际支出的费用。这一规定缺乏可操作性，实践中成本价款和合同利润并不好区分，承包人的“利润”被排除在“实际支出的费用”之外，无法在建设工程拍卖、变卖的价款中优先受偿，使承包人丧失了主张建设工程优先权的内在动力，而且，本条的规定也并未做出区分。《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）》规定应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建设工程价款优先受偿的范围，**将承包人应获得的利润也包括在内。**一是便于操作，减少当事人应过度鉴定引起的诉累；二是有利于促进建筑业持续健康发展。国务院有关行政部门关于建设工程价款的现行有效规定主要为两个文件，一是住建部、财政部2013年修订的《建筑安装工程费用项目组成》“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”，二是原建设部《建设工程施工发包与承包价格管理暂行办法》规定“工程价格由成本（直接成本、间接成本）、利润（酬金）和税金构成”。两者虽然表述不同，但内涵基本一致。同时，为平衡各方面各方当事人利益，《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）》规定，发包人逾期支付工程价款产生的利息、违约金、损害赔偿金等不能优先受偿。为加强对农民工等建筑工人合法权益的保护，《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）》还对承包人处分建设工程价款优先受偿权做了限制，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。

关于承包人行使建设工程价款优先受偿权的条件，《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）》以保障建设工程质量为首要价值选择，规定承包人行使建设工程价款优先受偿权必须以建设工程质量合格为条件。同时，鉴于建设工程领域特有的资质与招标投标管理要求，实践中建设工程施工合同无效的情况较为常见。《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）》并未将建设工程施工合同有效作为承包人行使建设工程价款优先受偿权的条件，以保护农民工等建筑工人的合法利益，第23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。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。此外，对于发包人已经支付的工程价款应当预先扣除，承包人仅能对剩余的工程价款主张优先受偿。根据《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）》第22条的规定，**承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，自发包人应当给会建设工程价款之日起算。**

【**关联规定**】

《合同法》第286条，《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）》

**第八百零八条【适用承揽合同条款】**

本章没有规定的、适用承揽合同的有关规定

【**释义**】

本条是关于使用承揽合同有关条款的规定，本条规定与《合同法》第287条保持了一致。《合同法》第287条规定：“本章没有规定的使用承揽合同的有关规定。”

**一、承揽合同的概念及其与建设工程合同的关系。**

根据本法第770条的规定，承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作、交付工作成果，定作人支付报酬的合同。承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。第770条在列举承揽合同的范围时，并没有将勘察、设计、施工列举在内，而是通过建设工程合同进行规范，但从勘察、设计、施工的性质上看，三者均符合承揽合同的定义，即承包人按照发包人的要求完成工作，交付工作成果，发包人支付报酬，发包人相当于承揽合同中的定作人，承包人相当于承揽合同中的承揽人，建设工程合同与承揽合同在性质上具有一致性，建设工程合同与承揽合同一样，在性质上属于完成工作的合同；从特点上看都是诺成合同、商务合同、有偿合同，都已完成一定工作为目的，标的都具有特定性。本法第771条规定，承揽合同的内容一般包括承揽的标的、数量、质量、报酬、承揽方式、材料的提供、履行期限、验收标准和方法等条款。本章第788条并未对建设工程合同的内容进行举例，第795条对施工合同的内容进行了列举，施工合同的内容一般包括工程范围、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、相互协作等条款，其核心要素基本可以被承揽合同概括。因此，从合同内容上看，两者也颇为相近。

二者虽然有很多相通之处，但从实践的角度看，二者的差异也很明显，建设工程合同相对于一般的承揽合同而言复杂得多，需要法律专门规定的问题也多。建设工程合同的标的是建设工程，包括建设住宅、公寓、写字楼、公路、铁路、桥梁、隧道等不动产工程项目。不动产是人们的主要财产，在建设过程中，涉及发包人的特定需求、承包人的资质和能力、资金问题、工程设备、材料供应、项目管理、国家政策等方方面面，周期长，耗费人力物力巨大，从立法的角度看，这些不可能通过承揽合同的一般性规定加以解决，有必要将其单独列为一章加以规定。《经济合同法》第18条和第19条分别规定了建设工程承包合同、加工承揽合同。《合同法》在第十五章规定了承揽合同，在第十六章规定了建设工程合同。本法在此问题上的立法方式，延续了《合同法》的做法，正是因为二者既有相同之处，又有重大区别，将建设工程合同放在承载合同之后单独进行专章规范，并规定建设工程合同一章没有规定的适用承载合同的规定，既节约立法资源，又有助于对建设工程合同规范的完善。

**二、具体条款的引用与限制**

对比本章建设工程合同的条款和承揽合同一章的条款，可以看出，以下条款是本章没有规定而在承揽合同中是有规定的：

承担合同一章第772条第1款规定：“承揽人应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作，但是当事人另有约定的除外。”本条规定承揽合同可以对完成承揽工作的主体作出约定，即使实践完成的人不是承揽人也可。但建设工程合同具有特殊性，通常对承包人的资质、经验、水平有特别的要求，或者经过招投标的严格程序，尤其涉及国有建设工程项目，因此不允许轻易更换承包人，不允许直接发包、转包、违法分包。因此，第772条第1款但书的内容，不能直接认为适用于建设工程。

承揽合同一章第773条规定：“承揽人可以将其承揽的辅助工作交由第三人完成。承揽人将其承揽的辅助工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责。”建设工程合同一章第791条具有类似的规定，但条件是经发包人同意，并将“部分工作”交第三人完成。“部分工作”的概念与“辅助工作”不同，第773条的规定实际上是承认了承揽人将辅助工作交由第三人完成的权利，与第791条的立法意图不同，当承包人交由第三人完成的工作确实属于“辅助工作”的，可以适用第773条的规定。

承揽合同一章第774条规定：“承揽人提供材料的，应当按照约定选用材料，并接受定作人检验。”根据本条规定，在建设工程合同中约定由承包人提供材料的，承包人就应当按照约定准备材料，并接受发包人的检验。建设工程合同应当就承包人提供材料的具体名称、规格、提供时间、数量和质量作出约定，承包人同时还应当备齐有关的票据，如发票、质量说明书等说明文件。承包人准备好材料后，应当及时通知发包人检验，发包人接到通知后，应当及时检验该材料。发包人认为承包人提供的材料符合约定的，应当告知承包人，或者根据承包人的要求以书面形式确认。发包人发现材料数量缺少的，应当及时通知承包人补齐。发包人发现材料质量不符合约定的，应当及时通知承包人更换，承包人应当更换。因此发生的费用，由承包人承担。除材料外，设备、构件、配件的提供也应当按此办理。

承揽合同一章第775条规定：“定作人提供材料的，应当按照约定提供材料。承揽人对定作人提供的材料应当及时检验，发现不符合约定时，应当及时通知定作人更换、补齐或者采取其他补救措施。承担人不得擅自更换定作人提供的材料，不得更换不需要修理的零部件。”根据本条规定，建设工程合同中可以约定由发包人提供材料。发包人提供的材料规格、数量、质量等应当符合合同约定，并接受承包人的检验。如果经承包人检验，发包人提供的材料符合约定，承包人应当确认并通告发包人。如果经检验，发包人提供的材料数量不足的，承包人应当通知发包人补齐；发包人提供的材料不符合约定的，承包人应当及时通知发包人更换。采取补救措施的做法，应当建立在双方协商一致的基础上，如果无法协商一致，应当由发包人按照合同约定更换。承包人应当妥善保管材料并且应当以该材料完成建设工作，不得擅自更换。发包人提供设备、配件的情况也应当按此办理。

承揽合同一章第776条规定：“承揽人发现定作人提供的图纸或者技术要求不合理的，应当及时通知定作人。因定作人怠于答复等原因造成承揽人损失的，应当赔偿损失。”根据本条规定，承包人在建设工作之前或者工作之中发现定作人提供的图纸或者技术要求不合理，应当及时将该情况通知发包人。发包人在接到通知后，应当立即采取措施。由于建设工程合同一般都有配套的勘察、设计合同，因此发包人接到通知后，应当立即通知勘察人或设计人，并通知监理方，会同各方，修改图纸和技术要求，确实需要停工、缓建的，应当停工、缓建，需要采取其他补救措施的，应当采取其他补救措施，损失应当由发包人承担。发包人怠于履行上述义务而给承包人造成损失的，应当赔偿损失。

承揽合同一章第784条规定：“承揽人应当妥善保管定作人提供的材料以及完成的工作成果，因保管不善造成毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。”根据本条规定，承包人有义务妥善保管发包人提供的材料，保持材料质量，防止材料损坏，从而保证工程的质量。从在工程未交付以前，承包人应当妥善看管、保护工程项目。如果承包人未经妥善保管义务，造成材料或者工程毁损、灭失的，承包人应当承担损害赔偿责任。

承揽合同一章第785条规定：“承揽人应当按照定作人的要求保守秘密，未经定作人许可，不得留存复制品或者技术资料。”根据本条的规定，承包人负有保密的义务。承包人在订立及履行勘察、设计、施工合同过程中知悉发包人秘密的，发包人要求保密的，承包人应当保密，不得泄露或者不正当地使用。在建设工程完成后，承包人应当将建设工程有关的图纸、技术资料等一并返还发包人，未经发包人的许可，承包人不得留存图纸以及其他技术资料，不得留存复制品。考虑到建设工程合同的复杂性，双方应当就该问题在合同中细化并进行明确的约定。

承揽合同一章第786条规定：“共同承揽人对定作人承担连带责任，但是当事人另有约定的除外。”在建设工程合同中联合投标、联合勘察、设计、施工的情况并不少见，尤其对于有一定难度的工程项目，往往需要多家建设单位协同合作。因此，关于连带责任的规定可以适用于建设工程合同，并允许当事人在建设工程合同中进行明确的约定。

承揽合同一章第787条规定：“定作人在承揽人完成工作前可以随时解除合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。”该条是关于定作人解除权的规定。从理论的角度考虑，建设工程合同中，如果发包人确实不想再继续建设，强制其履行合同必然引发发包人的其他违约行为，同样可能导致合同无法继续履行的结果。但建设工程具有特殊性，轻易解除损失重大，且严重影响承包人的合法权益。因此，建设工程的发包人不能拥有这种任意解除权。《合同法》对建设工程合同一章中，甚至都没有规定建设工程合同解除的条款，可见《合同法》对建设工程合同的解除持非常严格的态度。本法第806条规定了建设工程合同的解除，但从立法文字上，发包人只有符合该条确定的条件时，才可以解除合同。在合同解除的问题上，第787条关于定作人任意解除权的规定不能直接适用于建设工程合同。

【**关联规定**】《合同法》第287条

**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）**

发布时间：2020-12-31 09:29:02

    《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）》已于2020年12月25日由最高人民法院审判委员会第1825次会议通过，现予公布，自2021年1月1日起施行。

                                                                     最高人民法院

                                                                    22020年12月29日

**法释〔2020〕25号**

**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）**

**（2020年12月25日最高人民法院审判委员会**

**第1825次会议通过，自2021年1月1日起施行）**

    为正确审理建设工程施工合同纠纷案件，依法保护当事人合法权益，维护建筑市场秩序，促进建筑市场健康发展，根据《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国招标投标法》《中华人民共和国民事诉讼法》等相关法律规定，结合审判实践，制定本解释。

    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：

    （一）承包人未取得建筑业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。

    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。

    第二条 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。

    第三条 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。

    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。

    第四条 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。

    第五条 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。

    第六条 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。

    第七条 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。

    第八条 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。

    第九条 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。

    第十条 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。

    第十一条 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。

    第十二条 因承包人的原因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，人民法院应予支持。

    第十三条 发包人具有下列情形之一，造成建设工程质量缺陷，应当承担过错责任：

    （一）提供的设计有缺陷；

    （二）提供或者指定购买的建筑材料、建筑构配件、设备不符合强制性标准；

    （三）直接指定分包人分包专业工程。

    承包人有过错的，也应当承担相应的过错责任。

    第十四条 建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，人民法院不予支持；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。

    第十五条 因建设工程质量发生争议的，发包人可以以总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。

    第十六条 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。

    第十七条 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。

    第十八条 因保修人未及时履行保修义务，导致建筑物毁损或者造成人身损害、财产损失的，保修人应当承担赔偿责任。

    保修人与建筑物所有人或者发包人对建筑物毁损均有过错的，各自承担相应的责任。

    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。

    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。

    第二十条 当事人对工程量有争议的，按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。承包人能够证明发包人同意其施工，但未能提供签证文件证明工程量发生的，可以按照当事人提供的其他证据确认实际发生的工程量。

    第二十一条 当事人约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的，按照约定处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的，人民法院应予支持。

    第二十二条 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。

    第二十三条 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。

    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。

    第二十五条 当事人对垫资和垫资利息有约定，承包人请求按照约定返还垫资及其利息的，人民法院应予支持，但是约定的利息计算标准高于垫资时的同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率的部分除外。

    当事人对垫资没有约定的，按照工程欠款处理。

    当事人对垫资利息没有约定，承包人请求支付利息的，人民法院不予支持。

    第二十六条 当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理。没有约定的，按照同期同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率计息。

    第二十七条 利息从应付工程价款之日开始计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：

    （一）建设工程已实际交付的，为交付之日；

    （二）建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；

    （三）建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。

    第二十八条 当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，人民法院不予支持。

    第二十九条 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。

    第三十条 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。

    第三十一条 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。

    第三十二条 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。

    第三十三条 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。

    第三十四条 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。

    第三十五条 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。

    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。

    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。

    第三十八条 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。

    第三十九条 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。

    第四十条 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。

    第四十一条 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。

    第四十二条 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。

    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。

    第四十四条 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。

    第四十五条 本解释自2021年1月1日起施行。

**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)**

(2018年10月29日最高人民法院审判委员会第1751次会议通过，自2019年2月1日起施行)

为正确审理建设工程施工合同纠纷案件，依法保护当事人合法权益，维护建筑市场秩序，促进建筑市场健康发展，根据《中华人民共和国民法总则》《中华人民共和国[合同法](https://m.66law.cn/tiaoli/4.aspx" \o "合同法" \t "/home/uos/Documents\\x/_blank)》《中华人民共和国[建筑法](https://m.66law.cn/tiaoli/10.aspx" \o "建筑法" \t "/home/uos/Documents\\x/_blank)》《中华人民共和国[招标投标法](https://m.66law.cn/tiaoli/43.aspx" \o "招标投标法" \t "/home/uos/Documents\\x/_blank)》《中华人民共和国[民事诉讼法](https://m.66law.cn/tiaoli/12.aspx" \o "民事诉讼法" \t "/home/uos/Documents\\x/_blank)》等法律规定，结合审判实践，制定本解释。

第一条 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。

第二条 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。

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。

第三条 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。

第四条 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。

第五条 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。

第六条 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。

第七条 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。

第八条 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。

第九条 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。

第十条 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。

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。

第十二条 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。

第十三条 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。

第十四条 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。

第十五条 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。

第十六条 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。

第十七条 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。

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。

第十九条 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。

第二十条 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。

第二十一条 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。

第二十二条 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。

第二十三条 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。

第二十四条 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。

第二十五条 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。

第二十六条 本解释自2019年2月1日起施行。

本解释施行后尚未审结的一审、二审案件，适用本解释。

本解释施行前已经终审、施行后当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本解释。

最高人民法院以前发布的司法解释与本解释不一致的，不再适用。

最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释

中华人民共和国最高人民法院公告《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》已于2004年9月29日由最高人民法院审判委员会第1327次会议通过，现予公布，自2005年1月1日起施行。

二○○四年十月二十五日

根据《中华人民共和国[民法通则](https://www.66law.cn/tiaoli/20.aspx" \o "民法通则" \t "/home/uos/Documents\\x/_blank)》、《中华人民共和国[合同法](https://www.66law.cn/tiaoli/4.aspx" \o "合同法" \t "/home/uos/Documents\\x/_blank)》、《中华人民共和国[招标投标法](https://www.66law.cn/tiaoli/43.aspx" \o "招标投标法" \t "/home/uos/Documents\\x/_blank)》、《中华人民共和国[民事诉讼法](https://www.66law.cn/tiaoli/12.aspx" \o "民事诉讼法" \t "/home/uos/Documents\\x/_blank)》等法律规定，结合民事审判实际，就审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律的问题，制定本解释。

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：

(一)承包人未取得建筑施工[企业资质](https://www.66law.cn/topic2012/qyzzzmc/" \o "企业资质" \t "/home/uos/Documents\\x/_blank)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](https://www.66law.cn/special/zb/" \o "招标" \t "/home/uos/Documents\\x/_blank)而未招标或者中标无效的。

第二条建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。

第三条建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收不合格的，按照以下情形分别处理：

(一)修复后的建设工程经竣工验收合格，发包人请求承包人承担修复费用的，应予支持；

(二)修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。

因建设工程不合格造成的损失，发包人有过错的，也应承担相应的[民事责任](https://www.66law.cn/special/mszr/" \o "民事责任" \t "/home/uos/Documents\\x/_blank)。

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。

第五条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](https://www.66law.cn/topic2012/nzhtwx/" \o "无效合同" \t "/home/uos/Documents\\x/_blank)处理的，不予支持。

第六条当事人对垫资和垫资利息有约定，承包人请求按照约定返还垫资及其利息的，应予支持，但是约定的利息计算标准高于中国人民银行发布的同期同类[贷款](https://www.66law.cn/question/20535979.aspx" \o "贷款" \t "/home/uos/Documents\\x/_blank)利率的部分除外。

当事人对垫资没有约定的，按照工程欠款处理。

当事人对垫资利息没有约定，承包人请求支付利息的，不予支持。

第七条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，当事人以转包建设工程违反法律规定为由请求确认无效的，不予支持。

第八条承包人具有下列情形之一，发包人请求解除建设工程施工合同的，应予支持：

(一)明确表示或者以行为表明不履行合同主要义务的；

(二)合同约定的期限内没有完工，且在发包人催告的合理期限内仍未完工的；

(三)已经完成的建设工程质量不合格，并拒绝修复的；

(四)将承包的建设工程非法转包、违法分包的。

第九条发包人具有下列情形之一，致使承包人无法施工，且在催告的合理期限内仍未履行相应义务，承包人请求解除建设工程施工合同的，应予支持：

(一)未按约定支付工程价款的；

(二)提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准的；

(三)不履行合同约定的协助义务的。

第十条建设工程施工合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款；已经完成的建设工程质量不合格的，参照本解释第三条规定处理。

因一方违约导致[合同解除](https://www.66law.cn/special/jcht/" \o "合同解除" \t "/home/uos/Documents\\x/_blank)的，违约方应当赔偿因此而给对方造成的损失。

第十一条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。

第十二条发包人具有下列情形之一，造成建设工程质量缺陷，应当承担过错责任：

(一)提供的设计有缺陷；

(二)提供或者指定购买的建筑材料、建筑构配件、设备不符合强制性标准；

(三)直接指定分包人分包专业工程。

承包人有过错的，也应当承担相应的过错责任。

第十三条建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，不予支持；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。

第十四条当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，按照以下情形分别处理：

(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。

第十五条建设工程竣工前，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。

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。

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，工程价款结算参照本解释第三条规定处理。

第十七条当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理；没有约定的，按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息。

第十八条利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：

(一)建设工程已实际交付的，为交付之日；

(二)建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；

(三)建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。

第十九条当事人对工程量有争议的，按照施工过程中形成的[签证](https://www.66law.cn/special/qz/" \o "签证" \t "/home/uos/Documents\\x/_blank)等书面文件确认。承包人能够证明发包人同意其施工，但未能提供签证文件证明工程量发生的，可以按照当事人提供的其他证据确认实际发生的工程量。

第二十条当事人约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的，按照约定处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的，应予支持。

第二十一条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。

第二十二条当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，不予支持。

第二十三条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。

第二十四条建设工程施工合同纠纷以施工行为地为合同履行地。

第二十五条因建设工程质量发生争议的，发包人可以以总承包人、分包人和实际施工人为共同被告提起诉讼。

第二十六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，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。

第二十七条因保修人未及时履行保修义务，导致建筑物毁损或者造成人身、财产损害的，保修人应当承担赔偿责任。

保修人与建筑物所有人或者发包人对建筑物毁损均有过错的，各自承担相应的责任。

第二十八条本解释自二○○五年一月一日起施行。