

从条文解读到实践回应:《建工解释二》观察

开栏的话: 建筑业事关经济发展与民生保障, 建设工程施工合同纠纷案情复杂、裁判难点集中。近日, 最高人民法院发布《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)》, 针对合同效力、实际施工人权利、价款结算规则、建设工程价款优先受偿权等实务痛点细化裁判规则, 为规范建筑市场、化解建工纠纷提供清晰指引。值此新司法解释发布关键

节点, 为了促进准确理解和适用新规则, 引导市场主体规范履约, 以专业理论研究助力统一正确适用, 本报特开设“建工裁判法理释微”栏目, 约请法学专家、一线审判骨干、行业实务人士, 围绕新司法解释条文开展体系化深度解读, 梳理裁判分歧、厘清适用尺度、提炼办案指引, 兼顾理论深度与实践操作性。敬请关注。



◇ 中华全国律师协会建设工程与房地产专业委员会主任 袁华之

至第七条)确定主体权利边界; 工程价款结算问题(第九条至第十三条)回应经济安排; 优先受偿权问题(第十七条至第二十一条)强化权益保障; 其他重要问题(第八条、第十四条至第十六条、第二十二条)填补特殊规则空白; 附则(第二十三条)明确施行时间及适用范围。《建工解释二》更加注重与民法典的有机衔接, 对发包人明知资质借用情形下责任的认定、代位权行使规则、审计评审条款的司法审查、“半拉子”工程结算、审计周期与结算效率的衔接等实务焦点给出了制度回应。该解释尤其强调对工程质量的重视, 多种情形下将质量合格作为支付工程款的法定前提。

《建工解释二》在多个高聚焦实务问题上的推进, 是司法机关对我国建筑市场深层次矛盾所作的系统性回应。长期以来, 建筑市场资质借用、非法转包、违法分包、挂靠承包等现象丛生, 大量施工合同陷入无效困境。通过司法裁判机制引导建筑市场秩序规范、维护工程质量, 进而推动建筑业高质量发展, 构成了司法深度介入这一领域治理的正当性基础。

二、高聚焦实务问题的制度回应

一是实际施工人请求权基础的厘清。建筑市场中, 部分建筑施工企业以出借资质为业, 通过转包违法分包牟利。所谓“内部承包”“合作经营”“加盟分公司”等出借资质形式花样百出。实际施工人则缺乏相应资质, 客观上形成了一定的监管真空。我们注意到, 《建工解释二》不再使用存续多年的“实际施工人”表述, 这不仅是表述的变化, 而是请求权基础的法理回归。《建工解释二》超越具体违法形态的表象, 以体系化思维将实际施工人向发包人主张权利的路径, 统一归入“折价补偿”与“代位权”两大民法基本原理。当建设工程施工合同订立时, 发包人明知借用资质的单位和个人以出借资质的建筑施工企业名义承揽工程, 而仍追求与借用资质的单位和个人建立事实上的施工合同关系, 则整个合同链条均丧失有效根基。《建工解释二》第四条规定, 人民法院应当通知出借资质的建筑施工企业作为第三人参加诉讼或者同意其申请作为第三人参加诉讼, 一揽子处理发包人、出借资质的建筑施工企业和借用资质的单位和个人之间的纠纷。根据发包人支付价款、借用资质单位或者个人施工相关情况, 由发包人向借用资质的单位或

者个人承担责任。由此明确了发包人订立合同时知道资质借用情形, 建设工程质量合格, 借用资质的单位和个人可以请求发包人对其物化于工程中的财产价值进行折价补偿, 在事实受益人与实际投入人之间建立直接返还关系。反之, 如发包人并不知道资质借用情形, 基于合同相对性这一基本民法原理, 借用资质的单位和个人须遵循民法典第五百三十五条代位权制度主张权利。《建工解释二》第六条将转包和违法分包的原实际施工人亦纳入代位权诉讼体系, 明确规定接受转包或者违法分包的单位或者个人请求与其没有合同关系的发包人支付折价补偿款或者赔偿损失的, 人民法院不予支持。这一二元体系使得裁判路径更加清晰, 将原实际施工人的权利救济纳入严谨的民法框架, 也为那些实际上承担了建造义务却因不合规而处于权利虚置状态的施工单位和劳动者, 提供了在法治框架内获得保障的制度依据。与此同时, 该体系通过严格的适用条件, 有效兼顾了发包人的合法权益, 避免发包人陷入被随意追索的风险。这种制度设计, 既为借用资质的单位和个人提供了穿透式救济路径, 又为防止权利滥用设置了防火墙, 实现了实质公平与交易秩序的精妙平衡。

二是固定总价合同结算规则的完善。固定总价合同纠纷频发, 折射出建筑市场缔约诚信与履约信用机制仍有完善空间。实践中, 部分发包人压价签约后拒绝调整, 或以工程未竣工为由拒付; 部分承包人则以价格波动为由主张调整, 对合同稳定性造成侵蚀。《建工解释二》第九条确立“价格风险自负”原则, 将工期内的价格波动纳入承包人商业风险范畴, 以情势变更和另有约定为例外; 第十条则破解“半拉子”工程结算难题, 确立“比例折算”计算方法, 既避免固定总价约定落空, 又有效应对未完工程结算困境。可见, 该解释通过明晰风险分配与结算规则, 为化解纠纷提供了裁判指引, 但要源头上减少争议, 仍有赖于缔约诚信引导与履约信用约束机制的持续协同与完善。

三是审计评审条款的司法规制。审计久拖不决是建筑市场实践中较为突出的问题。在部分政府投资项目中, 发包人可能因审计程序周期较长而延迟结算, 占压承包人资金, 进而形成工资拖欠、债务传导等连锁反应, 末端风险最终由农民工群体承担。这一现象的成因, 涉及公共财政资金监管程序与市场主体权益保护

机制之间的衔接与协调问题。《建工解释二》第十三条对审计评审依法划定“一年大限”的法定兜底期限, 明确承包人在审计未按期出具或结论明显不符时的司法鉴定申请权, 为承包人提供了明确的权利救济时间节点。这一规则通过司法途径强化了审计程序的时效约束, 有助于防范程序迟延带来的利益失衡, 推动财政资金管理与市场主体权益保护的平衡。

四是建设工程价款优先受偿权的精细化。建筑施工企业普遍面临资金占压周期长、融资成本高的困境, 工程价款债权的可流转性与可担保性, 直接关乎产业链资金循环的畅通程度。优先受偿权作为法定的优先性担保工具, 其实现成本与确定性深刻影响着工程价款债权的信用基础, 进而作用于整个建筑市场的融资效率与产业稳定。《建工解释二》第十七条至第二十一条围绕优先受偿权进行系统性完善, 体现了“范围限缩、权利扩张、期限灵活”的导向。这些规则通过降低权利实现的不确定性与交易成本, 提升了优先受偿权的市场价值与流转效率, 间接缓解了产业链资金紧张状况, 从司法层面为建筑市场健康发展注入了制度性流动性支持。

五是农民工权益保护的司法确定化。农民工工资权益保障是建设工程领域长期面临的现实挑战, 也是检验建筑市场治理成效的重要维度。农民工工资权益处于产业链末端, 最易受到层层转包、资金链断裂等因素的冲击, 其深层原因与资质挂靠、违法转包以及层层转利等非规范市场生态密切相关。2005年施行的《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》(法释[2004]14号, 现已失效)第二十六条通过赋予实际施工人突破合同相对性向发包人主张权利方式保护农民工工资支付, 在一定程度上加强了农民工权益保护。但实际施工人不同于农民工, 工程款也不等于农民工工资。2020年施行的《保障农民工工资支付条例》(国务院令724号)确立了建设单位资金拨付监管、施工总承包单位代发工资、农民工工资专用账户、实名制管理等制度, 从行政层面构建起欠薪防治机制。也应看到, 建筑行业正经历深刻的产业化变革, 用工模式持续重塑, 对欠薪治理的制度衔接提出了更高要求。行政监管的有力推行与产业管理制度的持续完善, 为欠薪治理提供了重要支撑, 但当欠薪纠纷进入诉讼程序

后, 仍须以确定性的司法救济路径加以保障, 这正是《建工解释二》予以回应的命题。《建工解释二》第八条为农民工在民事诉讼中直接援引《保障农民工工资支付条例》主张权利提供了明确依据, 有效衔接了行政规范与司法裁判, 为农民工欠薪纠纷提供了清晰的民事救济路径。

三、《建工解释二》施行的展望与建议

《建工解释二》的规则体系主要建基于传统施工总承包模式, 在工程总承包全面推行的背景下, 笔者认为, 在以下方面仍存在进一步探索的空间: 其一, 工程总承包模式下设计责任的司法认定标准有待明确; 其二, 固定总价合同的变更调整机制仍需细化。工程总承包合同虽约定总价包干, 但何种变更构成“实质性变更”从而触发价格调整, 尚缺乏量化的识别标准; 其三, 履约过程中的风险分配规则有待进一步厘清与平衡。司法解释作为法律适用与行业实践之间的“传导器”, 未来可为新型交易模式提供更具操作性的裁判指引。

此外, 发包人知情的证明标准问题也值得关注。《建工解释二》第四条认定发包人“知道或者应当知道”借用资质情形, 实践中如何构建“高度可能性”的事实图谱, 在何种证据链条下可实现举证责任的动态转移, 专业房地产开发企业与非专业主体的注意义务标准是否应当差异化, 这些问题需通过典型案例逐步统一裁判尺度, 构建可操作的证明标准规则, 在保护善意发包人的合理信赖与防范恶意资质借用之间找到最佳平衡点。

法律的善治不能停留于司法规则的精细化, 还应审视建筑市场深层次逻辑, 推动建筑市场的持续健康发展。通过各方良性互动与智慧凝结, 定能在建筑业发展进程中, 共同书写中国建设工程法治的新篇章。



《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《建工解释二》)的颁行, 标志着我国建设工程合同纠纷裁判规则迈入体系化、精细化的新阶段, 是建设工程领域法治进程中具有里程碑意义的制度成果。《建工解释二》通过规范实际施工人权利体系、强化工程价款结算机制、保障农民工工资支付、健全司法与行政协同机制等一系列制度安排, 对促进规范建筑市场秩序, 推动从“形式合规”向“实质质量”的转型, 实现建造质量合格的工程、保护劳动者权益等核心价值目标, 具有积极意义。本文在充分吸纳专业委员会集体智慧的基础上, 梳理《建工解释二》的体例架构与规范脉络, 以便于实务中正确理解和精准适用。

一、《建工解释二》的体例与规范脉络

《建工解释二》共23条, 采取“问题导向”的体例, 呈现“认定合同效力—确定主体责任—结算工程价款—保护特殊权益”的递进逻辑: 合同效力问题(第一条至第二条)奠定效力认定基础; 资质与责任主体问题(第三条

法答网精选问答 (第三十八批)

——刑事审判专题

问题1: 在拘役缓刑考验期内发现判决宣告以前还有应当判处有期徒刑之漏罪的, 实行数罪并罚时, 是否应当将因被判处拘役之罪而先行羁押的期限折抵抵刑期?

答疑意见:

刑法第六十九条第二款规定:“数罪中有判处有期徒刑和拘役的, 执行有期徒刑……”第四十七条规定:“有期徒刑的刑期, 从判决执行之日起计算; 判决执行以前先行羁押的, 羁押一日折抵刑期一日。”据此, 有期徒刑和拘役并罚采取吸收原则, 即有期徒刑吸收拘役; 而有有期徒刑的刑期计算, 应当将判决执行以前先行羁押的日期折抵刑期。前者是数罪并罚规则, 后者是刑罚执行的刑期计算规则, 二者是基于不同目的而设立的不同刑罚制度, 在具体适用过程中不能混同。

从刑法第四十七条关于先行羁押期限折抵有期徒刑刑期的规定看, 并未对数罪并罚决定执行的有期徒刑作限制性规定, 故对于有期徒刑与拘役并罚决定执行有期徒刑的, 因被判处有期徒刑之罪而先行羁押的期限仍应折抵决定执行的有期徒刑刑期。基于相同考虑, 对于拘役缓刑考验期内发现判决宣告以前还有应当判处有期徒刑之漏罪, 依法撤销缓刑后实行数罪并罚决定执行有期徒刑的, 因被判处有期徒刑而先行羁押的期限也应折抵数罪并罚决定执行的有期徒刑刑期。

咨询人: 重庆市高级人民法院刑二庭 邹小莉
答疑专家: 最高人民法院研究室 王庆刚

问题2: 开设赌场罪与聚众型赌博罪的法定刑相差较大, 对二者应当如何准确区分?

答疑意见:

《刑法修正案(六)》将开设赌场从赌博罪中分列而单独成罪, 尤其是《刑法修正案(十一)》提高开设赌场罪的法定刑以后, 对于开设赌场罪与聚众型赌博罪的界分, 成为实践中争议较大的问题。聚众赌博一般是指为赌博提供场所、赌具, 组织、招引他人参加赌博的行为; 而开设赌场, 一般是营业性地为赌博提供场所, 设定赌博方式, 提供赌具、筹码、资金等组织赌博的行为。就二者的客观表现来看, 既有相似之处, 也有明显区别, 主要表现为开设赌场往往具有开放性、经营性、持续性等特点。具体而言, 对于开设赌场罪和聚众型赌博罪可以重点从以下三个方面加以界分: (1) 开设赌场通常面向不特定多数人, 参赌人员可以自由加入, 而聚众型赌博往往以“熟人”为对象, 拉拢特定人员参赌, 通常不具有开放性; (2) 开设赌场通常会形成相对稳定的“经营”模式, 而聚众型赌博多系临时聚集, 赌局结束即解散, 即使再次聚集, 亦往往有一定时间间隔; (3) 开设赌场往往表现为在一定时间内持续不断地开展组织赌博活动, 这是其经营性的一个重要表现, 而聚众型赌博通常不会持续进行。此外, 对于二者的区分还可以结合组织强度、控制程度、赌场所、赌博规模等情节进行综合考量, 作出准确判定。

审判实践中, 要充分发挥职能作用, 依法惩治聚众赌博、开设赌场等各类赌博犯罪, 净化社会风气, 维护社会和谐稳定。同时, 要严格区分赌博违法犯罪活动与群众娱乐活动的界限。对于在赌场以外场所(如棋牌室、家中等), 召集进行带有少量财物输赢的娱乐活动, 或者为上述活动提供服务, 收取少量场所和服务费用的, 不应以赌博罪论处。

咨询人: 重庆市高级人民法院刑二庭 廖建斌
答疑专家: 最高人民法院研究室 丁鹏

问题3: 被告人在十八周岁以前因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判刑, 十八周岁之后又实施毒品犯罪的, 能否认定为毒品再犯?

答疑意见:

刑法第三百五十六条规定:“因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判过刑, 又犯本节规定之罪的, 从重处罚。”据此, 毒品再犯是刑法针对毒品犯罪作出的特殊制度安排, 在性质和法律效果上不同于刑法总则关于累犯的规定, 二者属于特别条款与一般条款的关系。尽管《刑法修正案(八)》对刑法第六十五条作出修改, 增加了不满十八周岁的人犯罪不构成累犯的规定, 但并未对毒品再犯的规定作出相应修改, 这就说明对毒品再犯有特殊考量。此外, 《刑法修正案(八)》增设的刑法第一百条第二款

免除了未成年人特定犯罪的前科报告义务, 但并未对前科予以消灭。对此, 《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于未成年人犯罪记录封存实施办法》第十八条第二款规定:“被封存犯罪记录的未成年人, 成年后又故意犯罪的, 人民法院应当在裁判文书中载明其之前的犯罪记录。”基于此, 不满十八周岁的人因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判过刑, 在十八周岁之后又实施毒品犯罪的, 依法可以成立毒品再犯, 但在从重处罚时可以考虑被告人犯罪时未成年的情节。

咨询人: 北京市高级人民法院刑一庭 魏伟
答疑专家: 最高人民法院研究室 王庆刚

问题4: 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(法释[2021]1号)第二百零二条第二款对刑期计算规则作了规定。但是, 司法实践中仍然存在一定困惑。例如, 刑期起始日期为2月28日, 刑期为8个月, 结束日期为10月27日还是10月30日?

答疑意见:

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(法释[2021]1号, 以下简称《刑诉法解释》)第二百零二条第二款规定:“以年计算的刑期, 自本年某月某日至次年同月同日的前一日为一年; 次年同月同

日不存在, 自本年某月某日至次年同月最后一日的前一日为一年。以月计算的刑期, 自本月某日至下月同日的前一日为一个月; 刑期起算日为本月最后一日的, 至下月最后一日的前一日为一个月; 下月同日不存在的, 自本月某日至下月最后一日的前一日为一个月; 半个月一律按十五日计算。”可见, 《刑诉法解释》通过三句话明确了以月为单位的刑期计算规则, 该三句话之间存在适用顺位关系: 如果所涉情况符合前一种情形, 即不再作之后的规则判断和适用。例如, 提问所涉刑期起算日期为2月28日, 刑期为8个月, 符合第一句话“自本月某日至下月同日的前一日为一个月”的计算规则, 即在到期月有对应日的, 则为对应日的前一日, 也就是10月27日; 不再作下一规则判断, 即到期日不是10月30日。又如, 刑期起算日期为4月30日, 刑期为1个月, 应当适用第一句话“自本月某日至下月同日的前一日为一个月”, 即到期日为5月29日; 此时, 不应适用第二句话“刑期起算日为本月最后一日的, 至下月最后一日的前一日为一个月”, 即到期日不是5月30日。

咨询人: 北京市高级人民法院刑二庭 蔡秀
答疑专家: 最高人民法院研究室 李静

法答网精选问答