

新施工合同司法解释一的构架与变化

□栗 魁

2020年12月30日最高人民法院颁布了《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，公布了废止解释及文件共计116个，2021年1月1日生效，其中第22、23、24是关于废止建设工程有关司法解释，即废止了《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》法释〔2004〕14号，（下称“原《施工合同司法解释一》”）《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）》（法释〔2018〕20号，（下称“原《施工合同司法解释二》”）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，（下称“《建设工程价款优先受偿权批复》”）。同日，最高人民法院颁布《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（一）》（下称“新《施工合同司法解释一》”），2021年1月1日生效。

新构架清晰

新《施工合同司法解释一》是基于《民法典》最新规定，吸收和整合了原《施工合同司法解释一》、原《施工合同司法解释二》《建设工程价款优先受偿权批复》等，除旧立新，将不适应社会经济发展和司法实践的相应条款予以删除和部分修改调整。

具体表现为：一是，新《施工合同司法解释一》删除了原《施工合同司

解释一》7个条款，分别是第2条、第3条、第8条、第9条、第10条、第21条、第24条，同时，将其他6个条款予以实质性内容的调整。二是，基本上保留了原《施工合同司法解释二》的内容，仅对第11条、第18条进行较大修改。

新的构架从七大方面进行了系统搭建，即合同效力即赔偿原则、工期认定、工程质量、工程结算、工程鉴定、工程价款优先受偿权、实际施工人保护等，重整为45个条款，其之间的逻辑关系和层次递进关系更加清晰可见。

具体表现为：即第1条至5条是建设工程施工合同效力的认定；第6至7条是合同无效情形下损害赔偿处理；第8至第10条是工期及工期顺延的认定；第11至第16条是工程质量争议处理；第8条至10条是工期及工期顺延的认定；第11条至16条是工程质量争议处理；第17条至18条是质保金及保修责任的处理；第19条至24条是工程计价与结算问题；第25条至27条是工程价款的认定；第28条至34条是工程造价鉴定的申请及处理；第35条至42条是建设工程价款优先受偿权；第43至44条是实际施工人的权利保护；第45条是附则。

新变化凸显

新《施工合同司法解释一》与《民法典》进行了充分衔接，不仅表现在法律用语表述更加准确与合理，而且更为

重要的是处理实际问题的思路及方案发生重大变化，主要体现在以下几个方面：

1.《民法典》明确“折价补偿”原则，新《施工合同司法解释一》第24条予以体现

施工合同无效情形下，工程质量合格，原《施工合同司法解释一》第3条处理原则为“参照合同约定支付工程价款”，导致误以为未区分有效合同和无效合同的结算规则，同时，司法实践中出现了合同无效情形下获得的工程价款高于有效时的工程价款，这与民事基本法理严重相违背。

新《施工合同司法解释一》第24条明确数份施工合同无效，工程质量合格，按照“合同关于工程价款的约定折价补偿”，统一适用了《民法典》第793条的规定，同时确立了无效合同下，只能在合同约定的范围内，采取折价补偿方法进行折算工程款，很好地解决了无效合同下获得额外更高利益的可能，统一了折价补偿的标准和尺度。

2.删除“收缴当事人非法所得”

《民法典》第179条删除了《民法通则》第134条关于“收缴进行非法获得的财物和非法所得”的规定，新《施工合同司法解释一》不再列明。《民法典》实行后，《民法通则》并未被废止，已经失去了相应的法律依据。另外，收缴违法所得属于行政管辖范畴，法院根据实际情况可向相关主管部门发出司法建议，具体是否处罚，由行政主管部门决定。同时，从司法实践来看，

对于法院收缴非法所得后，如何处理存在一定的困难，导致无对应部门相互交接，《民法典》回归正轨，厘清了民行界限。

3.施工合同有效，质量竣工验收不合格处理原则发生变动

原《施工合同司法解释一》第16条对于施工合同有效，质量竣工验收不合格处理原则为“工程价款结算参照本解释第三条规定处理”，即由承包人进行修复，根据修复情况，发包人决定是否支付相应工程款。新《施工合同司法解释一》第19条变更为“依照民法典第五百七十七条规定处理”，即承包人应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

上述变化，区分了合同有效和无效情况下质量是否合格不同的处理方法，因合同有效，工程质量不合适本质上就是承包人的一种违约行为，未按照合同约定或者发包人设计要求等进行施工，导致工程质量不合格，按照违约进行处理即可。

4.建设工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权，并延长了该权利的行使期限

《建设工程价款优先受偿权批复》中“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”的规定，被新《施工合同司法解释一》第36条予以吸收，虽该批复同为司法解释形式的一种，但在正式司法解释中予以确认，更表明了人民法院对此问题处理的司法态度。

对于建设工程价款优先受偿权的行使期限，原《施工合同司法解释二》第22条规定的为“期限为六个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算”。新《施工合同司法解释一》第41条将行使期限变更为“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。”此变化，是人民法院基于司法审判予以总结所得，工程实践中，由于工程结算拖延，造成结算期限延长时有发生，而对于“发包人应当给付建设工程价款之日”的起算点并未形成一致理解意见，很容易造成行使优先权超期问题，原来“六个月”时间较为短暂，“十八个月”能够最大限度保障承包人优先权的行使。

5.装饰装修工程中的工程价款优先权的行使条件有所改动

原《施工合同司法解释二》第18条规定“但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权的除外”，表明只有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，承包人才可以享有建设工程价款优先受偿权。新《施工合同司法解释一》第37条变更为“装饰装修工程具备折价或者拍卖条件”。

由此可知，不再强调建筑物的所有权的问题，而真正落实到该建筑物装修部分是否具备折价或者拍卖的条件，将施工承包人与装饰装修工程承包人的权利保护纳入统一渠道，但同时，也将面临“具备折价或者拍卖条件”标准和适用问题的，需要司法实践过程中总结结

关的实务经验。

6.工程款利息计算表述进行调整
原《施工合同司法解释一》第17条关于利息计算表述为：“按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息。”，新《施工合同司法解释一》第25条、第26条表述为：“同期同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率”。

该变化是顺应国务院决策部署，即2019年8月17日中国人民银行发布《改革完善贷款市场报价利率（LPR）形成机制公告》：“自2019年8月20日起，中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心于每月20日（遇节假日顺延）9时30分公布贷款市场报价利率，公众可在全国银行间同业拆借中心和中国人民银行网站查询。”中国人民银行贷款基准利率这一标准已经取消，自此之后人民法院裁判贷款利息的基本标准应改为全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率。

“同期同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率。”的表述兼顾了工程款利息2019年8月20日前后的不同阶段的表述和计算依据，适用不同阶段发生的利息计算，也适应市场经济发展的需要。

综上，新《施工合同司法解释一》吸收了《民法典》的最新规定，这将对承包发包各方的利益产生深远影响，需深刻理解和解条款的内涵，促使更加适用市场需求，规范发展。

作者单位：上海市建纬（郑州）律师事务所

建筑施工企业现金流风险及应对

□孙玉军

一般说来，衡量企业实力有两大指标，分别是产值与现金流。产值代表规模，现金流代表发展质量。对于施工企业，规模是面子，现金流是里子，没有足够的现金流，规模做得再大也终会变成举步维艰的结局。因此，施工企业要平衡规模、利润和现金流的关系，把现金流的维系放在重要管理位置上。

影响现金流的原因

1. 建设单位资信原因

建设单位资信能力是影响项目工程回款的最重要因素。当前形势下，几乎所有的项目均存在垫资施工问题，有的项目利润甚至低于质保金数额。一旦建设单位出现现金流问题，会直接影响施工企业的回款，特别是在当前房地产市场不景气，甚至过剩的情况下，很多开发商都面临去化能力差、现金回笼慢的情况，这些单位随时面临破产，或者变成僵尸企业。并且，存在问题的不仅是开发企业，很多地方政府也存在这个问题，为了形象大规模开发，导致很多地方政府投资项目停建、缓建，甚至部分地方政府直接告诉施工企业无力支付工程款。因此，建设单位的资信能力、资金实力和现金流，决定了施工企业的项目现金流。

2. 合同条件原因

在当前建设工程领域，建设单位占据着绝对优势地位，建筑市场长期处于“狼多肉少”的局面，建设单位在设置合同条件时越来越苛刻，很多项目因合同条件差导致项目现金流差：

一是中标金额低，项目本身亏损。亏损项目不管过程支付如何，最终的项目现金流一定是负的，有的项目因为亏损的问题常年不结算，造成更大的现金流漏洞。

二是合同约定付款比例低或者大节点付款。付款比例低或者大节点付款导致项目过程中成本支出长时间高于现金流入，由此导致项目长时间负现金流。

三是变更索赔过程不支付。有的合同中约定因变更增加费用、索赔费用和新增工程量过程不予支付，全部都在项目结算后统一支付。如果施工项目变更多，就造成增加的费用长时间拿不到钱，而工程结算又遥遥无期，那么项目现金流将会极大受影响。

四是结算审核时间过长。当前市场下，进度款比例很低，大部分款项留待结算后支付。结算时间越长，结算款回收时间越长，资金成本越高。有的建设单位直接在合同中约定结算三次审核，单次结算审核期超过一年，仅仅一个结算程序时间就长达二三年，甚至有的政府投资项目直接约定工程结算以政府审计为准，政府审计什么时候做呢？施工企业完全没有掌控力。结算时间过长，导致结算款迟迟无法回收，影响项目和企业的现金流。

3. 工程长期停工

如上所述，施工企业都是垫资施工，所垫资的部分只有等到项目竣工并且完成竣工结算后方能到达付款时间节点。

点。项目长期停工，导致建设单位对施工企业的付款一直停留在进度款的付款比例上，除非施工企业解除施工合同。而施工企业的分供商却不会长时间等待，只要在其期望的时间内没有收回价款，分供商就直接通过各种方式索要款项了。另外，项目工期延长总会造成成本增加，如管理费成本、安全文明施工措施费等等，但是这部分费用建设单位并不愿意承担，有的甚至在施工合同中直接约定建设单位不承担责任或者只承担有限责任。因此，项目停工或者工期延长，会极大影响项目现金流。

4. 竣工结算不利

对于施工企业来说，由于项目工期长，垫资金额高，解决现金流比较理想的状态就是过程验工高、结算时间短。但是，有的企业不注重过程报量，不仅未将过程报量提高和提前报量，往往还漏报量或者少报量，并且结算也久拖不决，从而极大的影响项目现金流。

5. 成本控制不利

企业和项目现金流差的原因除了现金流入低之外，还有就是成本控制不力，从而导致大量现金流被无成本吞噬，比如施工现场材料浪费、施工质量差导致返工、人工利用率不高导致窝工、企业管理成本过高等等，影响企业和项目现金流。

现金流差的危害

1. 被诉案件增多

当施工企业或者项目现金流差或者现金流枯竭时，往往无力支付下游分包商和材料商的款项，从而导致企业诉讼案件增多。诉讼案件增多不仅增加企业成本，还会影响企业的形象和信誉，给企业带来方方面面的困扰。诉讼案件只要进入执行程序，就必须支付欠款。

2. 影响其他项目及企业现金流

一个项目现金流差或者现金流为负，企业往往采取的措施是“拆东墙补西墙”或者通过银行贷款解决项目现金流，若施工企业存在大量的负现金流项目，则意味着企业需要大量的外来资金维持企业的运转，但是与此同时会造成企业负担大量的资金成本，久而久之，就会导致整个企业利润降低，整个企业现金流越来越差。

3. 资产被查封冻结，直到破产

当施工企业现金流枯竭，那么就会面临大量的诉讼案件，由此导致自身的资产和银行账户被查封冻结，企业很快就会走向破产，即使不破产企业也完全丧失生产经营能力。

如何应对现金流风险

1. 做好标前评审

施工企业在参与投标前，不能“无的放矢”，不能为了承接项目而“饥不择食”，不能为了完成指标而“慌不择路”，而是要有所为有所不为。要根据企业自身状况编制项目投标的“负面清单”，在具体项目投标前对项目进行标

前评审。标前评审主要考虑四个方面：

一是建设单位资信。建设单位资信决定了建设单位履约能力，建设单位的资信条件一般与合同条件成反比，故资信条件不好的合同条件一定要好，反之亦然。施工企业对建设单位资信条件的了解，从招标人注册资金、行业地位、土地权归属、项目土地出让金支付情况、建设单位过往履约情况、建设单位涉诉情况、项目融资情况和融资计划等多个方面审核，若发现建设单位资信不良，要降低垫资比例甚至不垫资，也要谨慎提交投标保证金、履约保证金、履约保函等。

二是项目种类。施工项目一般可以分为住宅地产、商业地产、工业项目、基础设施、其他公建、海外项目等等。在当前大的市场环境下，住宅地产非常成熟，利润空间有限，商业地产过剩，工业项目根据工业门类和开发主体的不同各有特点，基础设施和公建项目属于优质项目，但是也受制于地方政府的财政状况。因此，施工企业应当根据自身情况合理确定各类项目的占比，尽量降低施工技术含量低、效益附加值低的一般地产项目在总体承建项目中比重，尽量提高基础设施和公建类的市场比重。

三是项目规模。项目达到一定规模，能够降低管理费用成本占比，更容易产生效益；反之，项目过小投入的营销费用、管理费用、大型机械设备进出场费用以及其他不可见的费用难以分摊。因此，项目投标需要有规模指标要求。

四是其他合同条件。有的合同条件太苛刻也应果断放弃投标，比如合同中有建设单位欠款不能停工、不能解约的约定，项目停工不能索赔的约定，固定价格不允许调整的约定等等。

2. 做好合同评审

在项目中标后合同签订前，施工企业应仔细对合同进行评审，合同评审中涉及现金流需要注意的有以下几个方面：

一是合同付款条件及方式。项目是月度付款还是节点付款、付款比例、付款间隔时间，付款方式是否包含商业承兑汇票、保理、以房抵债以及其他非常规支付方式。

二是结算审核期限及流程。一般来说，若项目结算审核期限超过六个月，那么就应视为结算审核时间过长，并且要注意合同中约定的结算流程，有的建设单位会要求约定在多次结算审核，这无疑会极大延长结算审核期限。

三是质保金比例。根据《建设工程质量保证金管理办法》，质保金总预留比例不得高于工程价款结算总额的3%，因此，若合同中约定的质保金过高（如超过10%），那么施工企业应该尽量优化合同。

四是变更索赔款的支付时间。实践中，变更索赔款一般有三种支付方式，分别是随着进度款一并支付、达到一定金额（如1000万）后支付、随着结算款支付。

3. 做好过程验工

过程验工是中间付款的最重要依据，也是竣工结算的重要参考指标。要

做好过程验工，首先要做好施工图预算，提前算量才能及时报量；其次是要对建设单位的验工批复认真审查，验工不足的要及时提交异议，要求建设单位重新验工或者补足验工；最后是所有变更工作量、增加工作量、索赔等额外增加合同价款的内容都要在过程验工予以申报，要求施工监理、投资监理和建设单位进行审核。施工企业要按照合同约定的计量周期和计量内容及时、完整的上报验工，不能将验工内容与付款内容画等号，不能因为某些变更价款合同约定结算支付就放弃了中间验工。

4. 重视进度控制

项目管理应以工期管控为核心，坚决禁止出现工期违约的情况，因为一旦发生工期违约，建设单位要求的工期违约金会将施工企业的所有利润覆盖，亏钱又丢人。施工企业应当根据合同工期要求做好工期策划，充分考虑施工道路情况、建设单位配合情况、政府要求情况、人员物资情况等；如果出现因建设单位原因或非施工企业原因延期开工或工期延长，施工企业因按照约定及时行使权利，申请工期索赔、费用索赔等等。如果建设单位故意延长工期或者其他原因长期停工，施工企业应考虑解除施工合同。

5. 重视过程索赔

索赔可以分为过程索赔和一揽子索赔，过程索赔又叫“一事一索赔”，几乎很少有施工企业做到一事一索赔，往往寄希望于当项目竣工后，在结算中和建设单位谈索赔。根据实践经验来看，结算时再谈索赔效果一般都不理想，并且属于施工企业自己放弃了在过程中索要索赔款的权利，未能将索赔款变成自身现金流。因此，律师建议，施工企业要提升过程索赔能力，尽量做到一事一索赔，并且要做到索赔款过程落地，从而改善项目现金流。过程索赔还有一大优点是，可以通过索赔将过程中影响项目施工的责任推给建设单位，从而避免建设单位的反索赔。

6. 风险过程解决

若项目在施工过程中出现重大争议事项，如因政策原因导致项目成本大幅提升、因第三人原因导致项目长期停工、项目亏损严重、项目现金流极差等，施工企业应该在过程中将上述问题予以解决，因为一是在施工过程中，施

工企业掌控施工现场，拥有谈判主动权；二是若重大争议事项能妥善解决，可以增加项目收入，从而增加项目现金流；三是若在过程中不予解决，拖至结算，建设单位往往以各种理由推脱，从而对施工企业不利。

7. 严控项目成本

企业和项目现金流不仅要注重现金流入，还要注重现金流出，因此，施工企业要注重成本管理，在项目上要建立成本管理制度，做到材料的高周转和高利用率，减少材料的浪费，要根据项目实际情况，制定施工计划，做到工期短、材料利用率低、浪费少；在企业总部要做好资金预算支付制度、财务分析制度、应收账款管理制度、材料采购制度等，质量控制自身成本；对分包的付款要严格按照合同和分包实际工作量付款，严禁超付工程款，通过方方面面降低企业成本，从而降低现金流出。

8. 提高风控能力

施工企业要努力提高自身风控能力，从而从根源上防范现金流风险和解决现金流风险，提高风控能力包含以下几个方

一是识别风险的能力。风险变成损失最主要的原因在于发现风险太晚，从而难以有有效的措施去防止风险。因此，识别风险就变得极为重要。这些风险包括利润率风险、现金流风险、工期风险、质量风险、工程停工风险、建设单位破产风险、安全施工风险、分包闹事风险、政策变化风险、市场涨价风险、违约责任风险等等。施工企业要努力提升自身识别风险的能力，根据合同条件、建设单位情况、项目情况、市场环境、政策导向等认真分析风险的可能性和危害性。不仅要识别合同中的风险，还要在整个项目施工过程中，随时发现风险，从而防范风险。

二是计划管理能力。施工企业项目中标后，首先要进行盈亏分析，根据已报价工程量清单分析盈利点和亏损点，并制定相应措施来确保盈利点落地，亏损点少亏或不亏，对项目的盈亏计算和商务策划，要贯彻项目始终；对于一些确实无法实现盈利的项目想办法尽快结束项目，尤其不能出现已施工部分的大规模亏损。其次要进行工期策划，项目工期既是施工企业履约能力的体现，也是项目管理能力的体现；工期策划不仅

仅是如何抢工期，更应该是如何顺延工期，只有取得顺延工期的建设单位认可，施工企业的抢工期才会有价值。工程施工需要甲乙双方配合，如果建设单位场地不移交、图纸不提供、资金不拨付、没有施工许可证书，施工企业没有办法独立完成施工，同时施工又受政府政策规定的影响。另外还要进行现金流策划，编制现金流量表，预估项目现金流从负转正的时间。

三是变更索赔的能力。很多施工企业不敢也不愿去索赔，认为索赔不仅耗费时间，还容易得罪建设单位，这恰是施工企业变更索赔能力不足的体现。施工企业应在项目开工前甚至是项目投标前，即开始一个项目的索赔策划，在项目过程中遇到索赔事件或者有好的时机时，主动出击，通过索赔增加项目效益或者弥补项目亏损。

四是合同谈判能力。合同谈判不仅是签约谈判，施工企业更要在合同履行过程中，利用工程变更、技术要求、工期需要等变化，通过补充协议、会议纪要、变更签证等优化合同条件，优化计价和现金流。合同谈判要充分考虑到情势，充分考虑甲乙双方在合同不同节点所处的不同地位，抓住有利时机实现合同策划目标，既不能漠视等待更不能盲目硬上。

五是敢于诉讼。部分施工企业在建设单位迟迟无法支付工程款时，在故意长时间拖延结算时，在工期长时间停工时，为了维护和建设单位关系、对项目抱有幻想、害怕诉讼等原因而不敢起诉，导致丧失有利时机或者损失进一步扩大。律师认为，施工企业应正确看待诉讼，诉讼只不过是市场主体解决问题的一种手段，既不能仰视更不能鄙视，是否提起诉讼是市场的选择结果，而不能人为定指标。对于某些项目、某些建设单位，在通过非诉讼手段无法回收工程款时，要善于利用诉讼回款。诉讼能力也是企业竞争力。施工企业要充分掌握建设单位资产，如土地状况、销售情况、抵押状况；充分掌握建设单位财务信息，如银行账户情况、基本账户；充分掌握建设单位项目的现状，如预售许可证是否办理、大产权证是否办理，通过快速查封建设单位资产，要求建设单位调解，从而达到快速回款，解决项目现金流问题。

作者单位：国浩律师事务所

