

最高人民法院民一庭建设工程合同纠纷案件法官会议纪要汇编

一、建设工程施工合同无效但工程竣工并交付使用的，应当依法参照合同约定计算折价补偿款。

最高人民法院民一庭2022年第22次法官会议纪要认为：建设工程施工合同是承包人进行工程建设、交付工作成果即建设工程并由发包人支付价款的合同。建设工程竣工后，发包人应当根据合同约定及国家颁发的施工验收规范和工程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建设工程。如果发包人按照合同约定及相应的规范或者标准组织验收，但接收建设工程的，参照《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）》第九条、第十四条等规定，视为建设工程质量合格。

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第七百九十三条第一款规定：“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同约定计算工程价款的折价补偿承包人。”

根据上述规定，建设工程施工合同无效但工程竣工并交付使用的，应当依法参照合同约定计算工程价款的折价补偿款。实务中，之所以出现建设工程施工合同无效但工程竣工并交付使用的情形下以何种标准计算折价补偿款的争议，在于未能准确理解《民法典》第七百九十三条第一款的规定。建设工程施工具有一定的周期性和复杂性，双方当事人合同中的约定一定程度上代表了双方当事人对于合同签订和履行的合理预期以及对于相关风险的预先安排，在建设工程施工合同无效，没有更加科学、合理、简便有效的折价补偿标准的情况下，参照建设工程施工合同关于工程价款的约定折价补偿承包人具有相当的合理性。这种方式可以在保证建设工程质量的前提下，确保双方当事人均不能从无效合同中获得超过合同有效时的利益，符合当事人的合理预期和我国建筑市场的实际，能够保证案件裁判的社会效果。《民法典》第七百九十三条第一款虽然使用了“可以参照”的表述，但如果工程建设未发生大规模设计变更，或者合同中有关工程价款约定不存在严重违法当事人真实意思表示等情况，人民法院在具体裁判中，不宜任意将“可以参照”理解为可以参照，也可以不参照。

二、《建设工程解释（一）》第四十三条规定的实际施工人不包含借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人。

最高人民法院民一庭法官会议纪要认为：可以依据《建设工程解释（一）》第四十三条规定突破合同相对性原则请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的实际施工人不包括借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人，即《建设工程解释（一）》第四十三条规定的实际施工人不包含借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人。主要理由为：本条解释涉及三方当事人两个法律关系。一是发包人与承包人之间的建设工程施工合同关系；二是承包人与实际施工人之间的转包或者违法分包关系。原则上，当事人应当依据

各自的法律关系，请求各自的债务人承担责任。

本条解释为保护农民工等建筑工人的利益，突破合同相对性原则，允许实际施工人请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。对该条解释的适用应当从严把握。

该条解释只规范转包和违法分包两种关系，未规定借用资质的实际施工人以及多层转包和违法分包关系中的实际施工人有权请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。

因此，可以依据《建设工程解释（一）》第四十三条规定突破合同相对性原则请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的实际施工人不包括借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人。

三、借用资质的实际施工人与发包人形成事实上的建设工程施工合同关系且工程验收合格的，可以请求发包人参照合同约定折价补偿。

最高人民法院民一庭法官会议纪要认为：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发包人签订建设工程施工合同，在发包人知道或者应当知道借用资质的实际施工人进行施工的情况下，发包人与借用资质的实际施工人之间形成事实上的建设工程施工合同关系。该建设工程施工合同因违反法律的强制性规定而无效。

《中华人民共和国民法典》第七百九十三条第一款规定：“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同约定计算工程价款的折价补偿承包人。”因此，在借用资质的实际施工人与发包人之间形成事实上的建设工程施工合同关系且建设工程经验收合格的情况下，借用资质的实际施工人有权请求发包人参照合同约定计算工程价款的折价补偿。

四、建设工程价款优先受偿权不因工程建成的房屋已经办理网签而消灭。

最高人民法院民一庭倾向认为：建设工程价款优先受偿权不因工程建成的房屋已经办理商品房预售合同网签而消灭，符合建设工程价款优先受偿权的成立要件，承包人仍有权就工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

主要理由：《民法典》第八百零七条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以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。”《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）》第三十五条至第四十二条进一步明确了行使建设工程价款优先受偿权的条件。由此可见，建设工程价款优先受偿权是承包人的法定权利，在符合法律及司法解释规定的条件下，建设工程价款优先受偿权就已经成立。商品房预售合同网签是为规范商品房预售而采用的行政管理手段，并非法律规定的不动产物权设立、变更、转让和消灭的公示方式，不能产生物权变动

的效力，亦不导致承包人原本享有的建设工程价款优先受偿权因此不成立或者消灭。

如承包人行使建设工程价款优先受偿权时与房屋买受人之间发生权利冲突的，属于权利位阶问题，可另行解决。

五、实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权。

最高人民法院民一庭2021年第21次法官会议纪要认为：实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权。

建设工程价款优先受偿权是指在发包人经承包人催告支付工程款后合理期限内仍未支付工程款时，承包人享有的与发包人协议将该工程折价或者请求人民法院将该工程依法拍卖，并就工程折价或者拍卖价款优先受偿的权利。

依据《中华人民共和国民法典》第八百零七条以及《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）》第三十五条之规定，只有与发包人订立建设工程施工合同的承包人才享有建设工程价款优先受偿权。实际施工人不属于“与发包人订立建设工程施工合同的承包人”，不享有建设工程价款优先受偿权。

六、承包人对违章建筑不享有建设工程价款优先受偿权。

最高人民法院民一庭2021年第21次法官会议纪要认为：承包人对违章建筑不享有建设工程价款优先受偿权。建设工程价款优先受偿权制度系以建设工程折价或者拍卖的价款优先清偿承包人享有的建设工程价款债权，故承包人享有建设工程价款优先受偿权的前提是其建设完成的建设工程依法可以流转。

根据《中华人民共和国民法典》第八百零七条规定，承包人享有建设工程价款优先受偿权的条件是建设工程折价、拍卖。因违章建筑不宜折价、拍卖，故承包人对违章建筑不享有建设工程价款优先受偿权。

七、合同无效，承包人请求实际施工人按照合同约定支付管理费的，不予支持。

最高人民法院民一庭2021年第21次法官会议纪要认为：合同无效，承包人请求实际施工人按照合同约定支付管理费的，不予支持。

法官会议纪要认为：合同无效，承包人请求实际施工人按照合同约定支付管理费的，不予支持。

转包合同、违法分包合同及借用资质合同均违反法律的强制性规定，属于无效合同。前述合同关于实际施工人向承包人或者出借资质的企业支付管理费的约定，应为无效。实践中，有的承包人、出借资质的企业会派出财务人员等个别工作人员从发包人处收取工程款，并向实际施工人支付工程款，但不实际参与工程施工，既不投入资金，也不承担风险。实际施工人自行组织施工，自负盈亏，自担风险。承包人、出借资质的企业只收取一定比例的管理费。该管理费实质上并非承包人、出借资质的企业对建设工程施工进行管理的对价，而是一种通过转包、违法分包和出借资质违法套取利益的行为。此类管理费属于违法收益，不受法律保护。因此，合同无效，承包人或者出借资质的建筑企业请求实际施工人按照合同约定支付管理费的，不予支持。

备注：最高人民法院第二巡回法庭2020年第7次法官会议纪要认为：建设工程施工合同因非法转包、违法分包或挂靠行为无效时，对于该合同中约定的由转包方收取“管理费”的处理，应结合个案情形根据合同目的等具体判断。如该“管理费”属于工程价款的组成部分，而转包方也实际参与了施工组织管理协调的，可参照合同约定处理；对于转包方纯粹通过转包牟利，未实际参与施工组织管理协调，合同无效后主张“管理费”的，应不予支持。合同当事人以作为合同价款的“管理费”应予收缴为由主张调整工程价款的，不予支持。基于合同的相对性，非合同当事人不能以转包方与转承包方之间有关“管理费”的约定主张调整应支付的工程款。该纪要区分转包方是否承担了实际工作和单纯的转包牟利。

八、承包人已起诉发包人支付工程款的，实际施工人可以在一审辩论终结前申请作为第三人参加诉讼，其另诉请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的，不应受理。

最高人民法院民一庭2021年第21次法官会议纪要认为：承包人已起诉发包人支付工程款的，实际施工人可以在一审辩论终结前申请作为第三人参加诉讼，其另诉请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的，不应受理。

法官会议纪要认为：承包人已起诉发包人支付工程款的，实际施工人可以在一审辩论终结前申请作为第三人参加诉讼，其另诉请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的，不应受理。

转包和违法分包涉及三方当事人两个法律关系。一是发包人与承包人之间的建设工程施工合同关系；二是承包人与实际施工人之间的转包或者违法分包关系。承包人有依据与发包人之间的建设工程施工合同关系请求发包人支付工程款，实际施工人有权依据转包或者违法分包的事实请求承包人承担民事责任。《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）》第四十三条第二款规定：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院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。”本款解释是为保护农民工等建筑工人利益所作的特别规定。

实践中存在承包人与实际施工人分别起诉请求发包人承担民事责任的。为防止不同生效判决判令发包人就同一债务分别向承包人和实际施工人清偿的情形，需要对承包人和实际施工人的起诉做好协调。在承包人已起诉发包人支付工程款的情况下，实际施工人可以在一审辩论终结前申请作为第三人参加诉讼，其另诉请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的，不应受理。实际施工人作为第三人参加诉讼后，如果请求发包人在欠付工程款范围内承担责任，应当将承包人的诉讼请求和实际施工人的诉讼请求合并审理。

（最高人民法院民一庭）

浅谈建设工程施工合同纠纷执行问题

□ 邓坤方

建设工程施工合同纠纷由于建设工程自身量大、分包多、材料品类复杂、涉及人员众多，加之合同是否有效、造价难以确定、鉴定时间长、施工范围不明、工期影响因素多、资料是否齐备、质保期较长等原因，其审理时间较长，造价稍高的合同纠纷经一审、二审、再审甚至抗诉，都要2至3年方能尘埃落定。但其执行更是难上加难，甚至寸步难行。这里，笔者就其执行问题做一简要的梳理，以求众多同仁批评指正。

一、关于具有优先受偿权的案例的执行

由于建设工程施工合同纠纷本身过于复杂，许多案例优先受偿权不会获得法院支持。最高院《建设工程施工合同纠纷司法解释（一）》明确“建设工程优先受偿权优于抵押权及其他债权”，而未获得优先受偿权的工程款及工程款利息、违约金、履约保证金等只能作为一般债权处理。

（一）还在经营的企业（被申请人）的执行
大多被申请人（开发企业）其保全账户只有微不足道的现金或没有现金，只有对其资产进行处理。在处理资产过程中往往存在以下问题难以处置或处理时间过长。

1. 在施工过程中其优质资产住宅、公寓等已销售完毕，仅剩商业、车位等难以处理的资产；
2. 被申请人存在转移或隐匿资产的行为，如将商业或车位备案至其员工或亲属名下，申请人难以调查核实；
3. 被申请人或物业公司将其资产设置租赁，并已收较长时间的租赁费用，申请人难以核实租赁合同真实性和租赁的具体数量；
4. 评估价值过高，即使经过一、二拍（变卖），拍卖仍无法成交，迫使申请人进行抵债，根本无法减轻申请人的压力；
5. 商业面积过大、价格太高，一般人根本无法承受，大多流拍；
6. 限购政策，既造成众多群众无法购买，也使申请人难以抵偿多套住宅，且车位一般仅能向小区业主拍卖；
7. 法拍程序、税收政策等造成申请人抵债资产后将重复交税，导致申请人承担更大的负担；
8. 部分资产不尽合规合法，导致法院难以处置；
9. 被申请人煽动小区业主对抗申请人或以民生、维稳等理由向法院施加压力，阻挠执行；
10. 协助执行人以到账、支付条件、维修等理由，长期阻碍执行；
11. 被申请人账户、资产被多家法院轮候查封，需法院间协调处置权，且申请人向其他法院申请执行参与分配更难；
12. 抵押权人不配合，迫使申请人让步。

执行难，执行问题不胜枚举。总之，申请长期难以实现优先受偿权且最终无法足额实现。

（二）破产企业的执行

多数开发企业（被申请人）都由于资金链断裂或其他项目担保，才导致无法支付工程款。因此，申请人在执行过程中常常遭遇被申请人（开发企业）破产，从而导致执行格外艰难。

1. 被申请人（开发企业）民营或规模较小的，往往一项目一公司，本项目所在公司破产难以牵涉其他项目或公司，其法定代表人或实际控制人照常经营其他公司或项目；
2. 公司破产，由于优先受偿权受偿范围本身受限，申请承建工程难以拍卖，特别是商业及工业建筑更加减值，难以受偿；
3. 被申请人破产进入重整，住宅项目业主众多，抵押权往往是先期抵押的土地，与业主办证密切相关，当地法院、管理人往往以民生及维稳需要，迫使申请人让步，而忽视申请人（施工企业）的实际困难；
4. 破产特别是进入重整程序的破产程序特别漫长，甚至可能二次破产，导致申请人实现债权遥遥无期。

二、不具备优先受偿权的案例的执行

不具备优先受偿权的工程款，大部分是难以受偿的，被申请人不能支付工程款，其资金是肯定不足的。在这种情况下，申请人的债权（含工程款）只能作为一般债权处置，申请人还不能或者不敢申请被申请人破产，担心其申报更多债权或虚构债权，导致受偿比例更低。

其影响执行的因素与具有优先受偿权的债权类似，在此不予赘述。

三、关于人民法院对此类执行案件执行的建议

建设工程优先受偿权本身是为保护农民工的合法权益而制定的，关乎社会公平与正义。农民工群体相对于购房户（业主）更是弱势群体，更需要得到社会的关注，更期待法律的保护。施工企业在施工过程中往往竭尽全力融资，以支付农民工工资、分包工程款、材料款等，为维护社会稳定，已作出了巨大的牺牲和贡献。因此，希望各级人民法院能从以下几点更好地维护农民工和施工企业的合法权益。

1. 集中力量，积极推进建设工程施工合同纠纷案例的执行，不要解决问题后再行，而是在执行中解决问题；
2. 深入调查，加强审核，尽力追究实际控制人及股东责任；
3. 依法加强对协助执行人的督促；
4. 加强拍卖宣传，对面积较大、股权较高的与相关部门配合尝试拆分拍卖。对被执行资产尽量推进处置；
5. 加强对管理人的监督，依法、公平、公正推进破产程序。

（作者单位：四川鸣鹤建筑工程公司）

建筑法苑

主编:何梦吉
本报建设法律
咨询服务工作室

联系电话:021-63212799
传真:021-63210873
地址:上海曹回路588号18楼
邮编:200433
E-mail:65201611@qq.com

发包人以房屋抵偿欠付发工程款，在此过程中承包人应注意防范哪些风险？

□ 杜玉明

工程实践中，经常会出现开发商以其开发的商品房（由施工单位建造）抵偿施工方的工程款。《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适用法律若干问题的解释》第二条规定：“发包人协议约定以房屋直接冲抵工程款且发包人对房屋不再享有权利，因不履行该协议而引起的纠纷属于房屋买卖合同纠纷，不适用本意见的规定。”

因此，在以房屋抵偿工程款的情况下，开发商与施工方的法律关系由建设工程施工合同关系转化为商品房买卖合同关系。在商品房买卖合同关系中，施工方不再享有基于建设工程施工合同关系而产生的权利，包括不能行使工程价款优先受偿权等。

这对施工方来说就存在一定的风险。因此，施工方在考虑开发商提出的以房屋抵偿工程款提议时，应当慎重，并注意以下情况：

一、开发商用以抵押的商品房抵偿工程款。

《民法典》第四百零六条第一款规定：“抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定抵押财产转让的，抵押权不受影响。”

施工方如接受开发商以房屋抵偿工程款，首先应查明该房屋是否被抵押。施工方应到房屋抵押登记部门查询，只有确认该房屋未被抵押时才可接受抵偿

工程款。

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》第八条规定：“具有下列情形之一，导致商品房买卖合同目的不能实现的，无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：

（一）商品房买卖合同订立后，出卖人未告知买受人又将该房屋抵押给第三人；

（二）商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人。”

第九条规定：“出卖人订立商品房买卖合同时，具有下列情形之一，导致合同无效或者被撤销、解除的，买受人可以请求返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：

（一）故意隐瞒没有取得商品房预售许可证明的事实或者提供虚假商品房预售许可证明；

（二）故意隐瞒所售房屋已经抵押的事实；

（三）故意隐瞒所售房屋已经出卖给第三人或者为拆迁补偿安置房屋的事实。”

如果开发商将已抵押的商品房抵偿工程款，因双方的关系已属商品房买卖合同关系，根据上述司法解释，开发商的行为属于欺诈售房，应当按司法解释的规定承担相应的赔偿责任。

二、开发商将未取得预售许可证的期房抵偿工程款。

《最高人民法院关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》第二条规定：“出卖人未取得商品房预售许可证明，与买受人订立的商品房预售合同，应当认定无效，但是在起诉前取得商品房预售许可证明的，可以认定有效。”

另根据《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第九条的规定，开发商的行为属于欺诈行为，应当按司法解释的规定承担相应的赔偿责任。

为避免类似风险，施工方如接受开发商以期房抵偿工程款，还应同时查明开发商是否已取得抵做期房的预售许可证，取得预售许可证后方可接受抵偿。

三、施工方接受开发商以期房抵偿工程款后，却未办理商品房预告登记，导致开发商已抵偿的期房“一房二卖”或另行抵押。

《民法典》第二百二十一条规定：“当事人签订买卖房屋的协议或者签订其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记失效。”

预售商品房买卖合同未经预告登记，或者在能够进行不动产登记之日起3个月内未申请登记导致预告登记失效的，此时，如果开发商恶意违约，将已抵债期房“一房二卖”或另行抵押，这将导致施工方无法对抗其他商品房买受人或抵押权人，从而失去主张房屋物权的权利。

当然，根据《最高人民法院关于审理商品房买卖合同司法解释》第八条的规定，施工方可以向开发商主张相应的赔偿责任，也可以依据原工程施工合同继续要求开发商支付相应的工程款。

四、施工方接受开发商以现房抵偿工程款，但未及时办理房屋所有权证，导致抵债房屋被开发商的其他债权人强制执行。

《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第十七条规定：“被执行人将其所有的需要办理过户登记的财产出卖给第三人，第三人已经支付部分或者全部价款并实际占有该财产，但尚未办理产权过户登记手续的，人民法院可以查封、扣押、冻结，第三人已经支付全部价款并实际占有，但未办理过户登记手续的，如果第三人对此没有过错，人民法院不得查封、扣押、冻结。”

施工方接受开发商以现房抵偿工程款后，如未及时办理房屋所有权的房屋所有权证，根据上述规定，开发商的其他债权人可以申请执行该房屋，由此导致施工方损失。作者单位：北京盈科（广州）律师事务所