

合同约定不明情形下建设工程价款优先受偿权起算点的认定

□曾扬阳

建设工程价款优先受偿权（以下简称建工优先权）是优先于抵押权和普通债权的特殊权利，具有强化建筑工人民生权益保障、激励承包人实施建造行为等功能力，是优化建工领域营商环境的重要制度安排。由于该权利的行使期限是不变期间，因此起算点成为各方当事人的“必争之地”。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（一）》（以下简称《建工解释一》）第四十一条，建工优先权自发包人“应当给付建设工程价款之日”起算，但该条款并未进一步厘定具体情形。由于《建工解释一》第二十七条规定利息也是从“应付工程价款之日”开始计付，并列示了三种具体情形，因此对于能否参照第二十七条认定建工优先权的起算点，司法实践中观点不一。笔者拟从两个条文的规制逻辑出发，探析合同约定不明情形下建工优先权起算点的认定规则。

两个条文规制逻辑存在差异

对相似条文背后的立法原理缺乏认识，可能存在不当援引《建工解释一》第二十七条的裁判风险。实际上，第二

十七条与第四十一条“形似”而“神散”。首先，第二十七条意在将利息起算点提前。在当事人对付款时间没有约定或者约定不明时，第二十七条拟制了三个“应付工程款之日”作为利息的起算点，即建设工程已实际交付的，为交付之日；建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。不难发现，三个时间节点意在将利息起算点提前，以此为承包人争取更多期限利益，这是因应建工领域的实际情况而作出的规定。按照行业惯例及《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201），工程价款的结算一般要历经“建设工程竣工—验收—签发接收证书—申请结算—审核—支付工程款”等多个流程。在结算流程中，承包人主要掌握主动权，而发包人则相当程度享有决定权，大量案例中发包人故意推延审核以达到延期支付工程价款的目的。因此，为了促使发包人尽快审核、付款，制度设计上便将期限利益分配给承包人一方。其次，第四十一条需将建工优先权起算点适度延后。与第二十七条不同，第四十

一条旨在解决建工优先权的行使期限问题，若过错在发包人一方，则依然应当作出对承包人有利的推定，但结论却与第二十七条截然不同。具言之，计算利息时，起算点越早利息金额越大，对承包人越有利；而计算建工优先权行使限时，则是起算点越晚行权越从容，对承包人越有利。建工优先权的立法目的在于适度强化对承包人期限利益的保护，从其行使期限由《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，已废止）第二十二条规定的六个月，延长至《建工解释一》第四十一条规定的十八个月，也可得到印证。因此，两个条文背后的法理不同，径行援引第二十七条来确定建工优先权的起算点，既于法无据，也于理不合。

建设工程交付之日、提交竣工结算文件之日均不宜作为起算点

首先，建设工程交付之日不能作为建工优先权的起算点。《建工解释一》第二十七条关于以建设工程交付之日作为应付工程价款之日的规定，肇始于原合同法第一百六十一条。根据该条的逻辑，

建设工程交付后即处于发包人的实际控制之下，相当于买受人已经收到合同标的物。此时，发包人已经受益，但仍然欠付承包人工程价款，双方权利义务明显失衡，因此法律从此时开始向发包人施加支付利息的义务，以督促发包人尽快支付工程价款。但是，建工优先权起算点的认定逻辑恰恰相反。根据《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201），一般发包人应在竣工验收合格后14天内向承包人签发工程接收证书，此时可以视为交付之日。实践中交付工程后承包人再向发包人提交竣工结算申请并展开沟通催促的情况较为普遍，由于工程价款结算的复杂性，沟通过程可能持续较长时间，而鉴于发包人的强势地位，承包人一般在反复沟通无果的情形下才诉诸司法，若从工程交付之日起算，容易导致承包人错过行权时间。因此，以交付之日作为起算点不利于保护承包人的期限利益。其次，以提交竣工结算文件之日作为起算点也不妥当。第二十七条规定以“提交竣工结算文件之日”作为应付工程价款之日，是考虑到工程已经竣工验收合格，承包人已经履行施工合同项下的主

要义务，应通过制度设计促使发包人尽快审核结算报告并支付工程价款。然而，在认定建工优先权起算时，不能照搬此项规定。在竣工验收合格后，承包人往往会在及时提交竣工结算文件以求尽快获得工程价款，而发包人则往往推延审核，此时，如果以承包人提交竣工结算文件的时间作为建工优先权的起算点，会出现因发包人的过错而缩短承包人行权期限的情况，对承包人造成不利影响。因此，提交竣工结算文件之日不能作为建工优先权的起算点。

应当以当事人起诉之日为起算点

对于合同没有约定或者约定不明时如何认定建工优先权起算点的问题，除建设工程交付之日、提交竣工结算文件之日两个时间节点外，司法实践中还存在观点迥异的多种判决。有的认为，应以承包人起诉之日为起算点；有的认为，工程价款的数额明确后才能确定建工优先权的范围，而法院委托鉴定就是为了确定工程造价，因此应以鉴定意见出具之日开始计算；甚至还有认为，应当以确定工程价款的判决生效之日作为起算点。

笔者认为，无论工程交付与否、提交竣工结算的时间为何，只要建设工程质量合格，承包人就履行了建设工程施工合同项下的主要义务，应当将起诉之日拟制为起算点。一是因为此时不存在一个符合当事人合意的应付工程价款时间，而承包人面临如此情形时，一般只得通过起诉的方式索要工程价款。二是因为承包人诉诸司法追索工程价款时，其诉请涵盖了工程价款付款条件已经成就的意思，即承包人此时“知道或应当知道”其权利受到侵害，应及时主张权利。三是考虑到，如若进一步放宽行使期限至确定工程价款的判决生效或其他时间，将导致享有抵押权的银行及其他债权人长期处于不安状态，有损市场秩序和交易安全，不利于打造可预期的法治化营商环境。四是当事人的起诉时间根据起诉状和法院立案登记表可以清晰查明，在实践中便于操作。因此，以起诉之日作为起算点能够妥善平衡各方利益，是《建工解释一》第二十七条中可以被建工优先权起算点认定规则吸收的“兼容条款”。

（作者单位：四川省高级人民法院）

从《最高院民法典合同编通则司法解释》中 探析建筑领域法律风险

□张智怡

建筑领域交易习惯的认定

我国《民法典》第10条将“习惯”作为处理民事纠纷方式，《最高人民法院关于审理适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》第2条规定“习惯”为“在一定地域、行业范围内长期为一般人所从事民事活动时普遍遵守的民间习俗、惯常做法等”。原《最高人民法院关于审理适用〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的解释（二）》第7条（现已失效）中对“交易习惯”概念作出解释，认定交易行为某一行业通常采用并作为对方订立合同时所知或应当知道的做法为“交易习惯”。现《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称《新合同编通则司法解释》）第2条延续其释义，在“交易习惯”不得违背法律、行政法规的强制性规定基础上，增加不违背公序良俗，该表述与《民法典》第10条相契合，也即“交易习惯”必须适法。

综上，适用“交易习惯”的前提为：（1）不违反法律、行政法规的强制性规定及公序良俗；（2）双方没有约定或约定不明，且未达成补充协议；（3）在当地或某一领域（或行业）通常采用并作为交易对象签订合同时知悉或者应当知悉的交易行为；（4）由主张适用交易习惯一方承担相应举证责任。

鉴于建筑领域具备参与主体较多、履行周期较长、履约变化较大等特性，而我国法律层面对于解决建筑领域纠纷规定较为有限，为最大程度维护当事人真实意思表示，规避无法可依的困境，故建筑领域中如建设工程示范文本及其他规范性文件在建设领域交易活动和司法实务中以“交易习惯”的方式得以普遍适用。

我国住房和城乡建设部、国家市场监督管理总局联合陆续出台1991版、1999版、2013版、2017版《建设工程施工合同（示范文本）》，还有2011版及2020版《建设项目工程总承包合同（示范文本）》，建设工程示范文本通常由合同协议书、通用条款、专用条款和合同附件组成。其中，通用条款是对合同双方权利义务作出的原则性规定，且通用条款内容常常被引用为行业惯例或交易习惯适用。山东省高院和江苏省高院也认可通用条款具有行业交易习惯的法律地位。需要注意的是，通用条款中关于“逾期视为默认条款”并不当然发生法律效力，该类型条款必须在专用条款中明确约定，否则不能轻易推定默示认可。另，2013版《建设工程工程量清单计价规范》、2017版《建设工程造价鉴定规范》及《建筑工程建筑面积计算规范》等部门规范性文件，虽不属于法律、行政法规范畴，但属于建筑行业国家标准，可视为行业交易习惯得以适用，作为解决争议的参考。

招标方式建设工程合同成立的认定

司法实践中，关于建设工程合同效力认定是人民法院审理建设工程纠纷案件常见的争议焦点。建设工程合同效力的认定，对于厘定双方当事人主张撤销或解除建设工程合同、违约责任、工程价款结算等诉请，具有至关重要的作用。

关于中标通知书对建设工程合同成立时间点的认定，理论界和司法实务界争议不断。《招标投标法》第46条规定“自中标通知书发出之日起30日内签订书面合同”。据此，有观点认为：《民法典》规定建设工程合同为要式合同，其成立生效须以书面形式为要件，中标通知书仅是对于招投标程序的书面确认，未签订合同的承担缔约过失责任；有观点认为：中标通知书发出后双方之间成立预约合同，双方均负有签订本合同的义务，未签订的承担违反预约合同的责任；还有观点认为：根据民法典“要约承诺说”理论，招标为要约邀请，投标为要约，中标通知书为承诺。自中标通知书到达中标人时建设工程合同即已成立。《招标投标法》第46条仅为倡导性和管理性规定，便于维护双方合法权益和行政备案管理，是对招投标文件内容的确认，过错方须承担相应的违约责任。

本次《新合同编通则司法解释》第4条也认可该种观点，明确规定，采取招标方式订立的合同，自中标通知书到达中标人时成立。后期双方未能签订建设工程合同，合同效力不受影响，合同内容依据招、投标文件和中标通知书内容予以确定。

扩大建设工程合同无效情形

最高人民法院认为，公序良俗包括公共秩序和善良风俗，其中公共秩序是指法律制度，善良风俗是指法律秩序之外的道德，从我国司法实践看，公序良俗原则在合同领域的运用主要体现在两个方面：一是诸如找关系解决就业或上学、找关系打官司、调查婚外不正当关系等委托合同；二是基于婚外同居而产生诸如赠与、买卖等合同，类型相对单一。

本次《新合同编通则司法解释》第17条对合同是否违背“公序良俗”予以认定，要求合同内容符合社会主义核心价值观导向，综合审查交易双方的主观动机和交易目的、政府部门的监管强度、一定期限内当事人从事类似交易的频次、行为的社会后果等因素判定。对于确因生活需要进行交易，没有给公共秩序造成重大影响，也不影响国家安全，不违背善良风俗的，不应认定合同无效。同时，对违反公序良俗认定合同无效事由予以限缩，其中对合同内容影响“公平竞争秩序”违背社会公共秩序的情形认定合同无效，在一定程度上对扩大法官自由裁量权。在建设工程领域，尤其是必须招标投标项目而言，即便发、承包双方并未违反《招标投标法》中合同无效法定情形，也不存在违反法律、行政法规的强制性规定，也存在可能因违背“公平竞争秩序”违背社会公共秩序的情形认定合同无效，在一定程度上对扩大法官自由裁量权。在建设工程领域，尤其是必须招标投标项目而言，即便发、承包双方并未违反《招标投标法》中合同无效法定情形，也不存在违反法律、行政法规的强制性规定，还要尽可能规避建设工程合同被认定为“违背公平竞争秩序”从而认定建设工程合同无效的法律风险。

工作人员订立建设工程合同效力认定

建筑工程领域中，为维护公共安全利益，保障工程建设质量安全，即使国家明令禁止承包人不得转包或肢解分包，但工程转包、违法分包以及挂靠或借用资质施工情形仍为建筑领域施工常态。借用资质人、转承包人或违法分包人对外缔约合同时，如何认定其代理行为效力，成为司法实务的难题。

首先，审查判断该行为是否构成职务代理。职务代理是指工作人员系该公司职工，有其特定的职权范围，在其职权范围内订立建设工程合同的，则法律后果由公司承担。依据《河南省高级人民法院民二庭<关于审理建设工程领域买卖、租赁合同纠纷案件若干疑难问题解答>》第9条规定：“认定项目经理、工地负责人等人为人的行为属于职务行为为通常应具备身份要素、名义要素、权限要素三个方面的要件。身份要素指项目经理等人为人与建筑企业存在劳动关系，系建筑企业的工作人员。权限要素指项目经理等人为人的行为在建筑企业的授权范围之内。名义要素指项目经理等人为人是以建筑企业或项目部名义对外签订合同，而不是以自己的名义签订合同。”也即项目经理、工地负责人等人为人的行为符合上述要件的，则在其职权范围内以承包单位名义对外签订合同，构成职务代理行为，交易相对方有权要求承包单位承担合同义务。

其次，审查判断该行为是否构成委托代理。委托代理是指工作人员接受公司委托，在其委托代理权限范围内（如代理事项、权限和期限）有权行使代

理权，代理行为后果由公司承担。

然后，审查判断该行为是否构成表见代理，成立表见代理的前提在于行为人具备代理权，包括没有代理权、超越代理权或者代理权终止三种情形。项目经理、工地负责人等行为人不具备代理权，仍实施代理行为，交易相对方有理由相信行为人有代理权的，则构成表见代理，法律后果由被代理人即承包单位承担。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国〉总则编若干问题的解释》第28条对符合“相对人有理由相信行为人有代理权”设定条件：（1）行为人有代理权外观；（2）善意相对方不知道行为人为时没有代理权。并对双方举证责任予以明确，交易相对方应就行为人有代理权外观举证，而行为人应就交易相对方非善意或故意明知等情形举证。

关于“善意相对人的认定”，最高人民法院依据代表权的限制种类予以划分为两种情形，一是法定限制，即国家法律对代表权所作出的限制，法律一经公布，推定所有人应当知悉并遵守，除能够证明相对方已尽到合理审查义务外，否则推定相对方非善意不构成表见代理；二是意定限制，即公司权力机构或公司章程规定的权限限制，仅对公司内部发生效力，交易相对方较难获取推定为善意，除能够证明交易相对方知道或应当知道外，构成表见代理。《新合同编通则司法解释》第21条延续其立法精神，专门对法人或非法人组织工作人员的法定限制予以分别列举：“（1）依法应由法人或非法人组织权力机构、决策机构或执行机构决议事项；（2）依法应由法定代表人或负责人代表实施事项；（3）不属于通常情形下工作人员职权处理事项。”工作人员超越法定权限签订建设工程合同的，原则上不对法人或非法人组织产生效力，构成表见代理的除外。而对于未超越法定限制，但超越意定限制的，除交易相对方知悉或应当知悉外，则对法人和非法人组织产生效力。

最后，对于不构成职务行为、委托代理或表见代理的，则认定其构成无权代理行为。根据《民法典》第171条规定，行为人为实施无权代理行为的，在一定期限内被代理人未追认的，则对被代理人不发生效力，善意相对方有权要求行为人承担相应赔偿，非善意相对方应按各自过错承担相应责任。

另外，考虑到实务中“真人假章”“假人真章”以及“多章私章”等乱象频发，关于盖章行为对建设工程合同效力认定的问题，根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》第41条可知，法院在审理案件时确立“看人不看章”的裁判思路，主要审查签约人盖章时有无代表权或代理权，由此判定建设工程合同效力争议。《新合同编通则司法解释》第22条也持该观点，认为公章真伪对合同效力影响，不在于公章的真伪或公章的权限，而在于盖章之人在签订合同时有无相应权限。即便合同中仅签字未盖章的，只要能够证明签字之人在签订合同时有权限的，除双方明确约定以加盖公章为合同生效要件外，则签订的合同发生相应的法律效力。当然，若盖章之人或签字之人在签订合同时不具备代理权的，构成表见代理的，同样产生法律效力。

实际施工人行使代位权的程序

《新合同编通则司法解释》第33条至第41条对代位权诉讼的管辖、诉讼地位、诉讼请求均予以明确规定，填补《民法典》中关于代位权诉讼程序的缺失，有效解决实务中常见代位权诉讼难题。

在建筑领域中，考虑到实际施工人大多为农民工群体，如何恰当维护实际施工人正当权益，保障建筑工人劳动报酬得以依法实现，长期困扰审判实践。

《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44条赋予，实际施工人可向发包人提起代位权诉讼以维护自身债权。

《新合同编通则司法解释》第33条对代位权适用前提予以明确，也即实际施工人提起代位权诉讼适用条件在于，违法分包、转包或挂靠单位不履行其对于实际施工人的到期债务义务，且没有通过诉讼或仲裁方式向发包人主张债权，致使实际施工人到期债权未能实现。若经审理认为实际施工人起诉不符合代位权适用条件的，有权驳回其诉讼请求，待有新情况或新证据时再次起诉。

关于实际施工人提起代位权诉讼管辖权争议，原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的解释（一）》（现已失效）第14条规定代位权诉讼由被告所在地人民法院管辖。《新合同编通则司法解释》第35条规定，原则上由被告住所地法院管辖，但依法应当适用专属管辖的除外。鉴于实际施工人通常是主张工程价款或与工程价款有关的从权利而提起代位权诉讼的，故应适用专属管辖。另，关于发包人与违法分包、转包或挂靠单位之间的仲裁协议能否影响实际施工人代位权诉讼管辖存在争论，有观点认为：实际施工人员不是合同当事人，且其向发包人主张工程价款是源于法律规定，不应受到发、承包双方仲裁条款约束；也有观点认为：实际施工人主张工程价款的前提在于发、承包双方的工程价款结算，在双方明确约定仲裁条款时，不属于法院主管范围，应受到发、承包双方仲裁条款约束。《新合同编通则司法解释》第36条指出，可按照时间先后顺位确定，在实际施工人提起代位权诉讼后，发、承包双方才以双方之间存在仲裁协议提出管辖异议的不予支持。但是，若双方在实际施工人提起代位权诉讼首次开庭前，就双方之间债权债务已申请仲裁的，则法院依法中止代位权诉讼。同时，《新合同编通则司法解释》第37条至第39条规定，对于同一相对人被称为被告的、债权人先后起诉债务人和相对人的、债务人对外超出代位权起诉的，属于同一法院管辖的，可以合并审理；不属于的，应告知其向有管辖权的法院另行起诉。至于当前诉讼阶段是否需要中止，则要根据案件实际情况予以确定。

关于实际施工人提起代位权诉讼地位争议，原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的解释（一）》（现已失效）第16条规定代位权诉讼中“可以追加债务人为第三人”，而《新合同编通则司法解释》第37条调整为“应当追加债务人为第三人”，新规便于查明案件事实，追加债务人也利于其承担相应必要费用，减少当事人诉累。

建设工程合同的解除权

司法实务中，发、承包双方解除建设工程合同不仅需要具备实质要件，即法定解除条件或约定解除条件，还需要具备程序要件，即履行通知、诉讼或仲裁等方式行使相应的解除权。《新合同编通则司法解释》第53条也明确指出，法院对合同解除的实质要件和程序要件的双重审查要求，也即合同能否解除不仅要求一方解除合同履行满足程序要件，还要求解除合同满足实质要件。

关于解除建设工程合同的实质要件，《民法典》第806条明确建设工程合同的法定解除，即承包人转包、违法分包时发包人可解除合同；发包人提供的主要建筑材料、配件或设备不符合强制性标准或未履行协助义务无法施工，且经催告后仍未履行的，承包人可解除合同。当然，解除建设工程合同远不止上述法定情形。《民法典》第563条系合同法定解

除，如不可抗力不能实现合同目的、预期违约、迟延履行债务、其他违约导致不能实现合同目的及法律规定的其他解除合同情形。除此之外，《民法典》第562条规定约定解除条件，双方协商一致或者事先约定解除期限或情形，待解除事项满足时即可解除。建设工程纠纷案件中，承包人为主张工程结算款或发包人为尽快推进项目进程，通常提出解除建设工程合同的诉请。若发、承包双方就解除建设工程合同达成合意，但未涉及合同解除后违约责任、结算或清理等问题的，《新合同编通则司法解释》第52条明确，可以认定建设工程合同解除，对于其他争议事项，可根据《民法典》中相关违约责任、结算清理等条款解决。

关于解除建设工程合同的程序要件，不仅要求解除合同符合行使要件，还要限制其行使期限。《民法典》第565条关于合同解除的行权要件予以规定，通知到达对方时解除，附期限解除自期限届满时解除，诉讼或仲裁自起诉状副本或仲裁申请书副本送达对方时解除。除此之外，为避免滥用解除权，保护相对方的合法权益，相对方有权对合同解除提出异议，双方约定有异议期的从约定，未约定异议期的可参照其他合理期限，如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉若干问题的解释（二）》（现已失效）第24条规定“在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月”行使异议，请求法院或仲裁委员会确认解除行为效力。当然，需要明确的，是即使相对方未在约定异议期的可参照其他合理期限提出异议，并不因此影响解除合同的效力，建设工程合同能否解除在于审查解除权人解除合同是否满足实质要件和程序要件的双重要件。

同时，合同解除权系法定形成权，解除合同受到除斥期间限制，法律有规定的优先适用法律，双方有约定的从约定，法律和合同均未确定合同解除行使期限的，《民法典》第564条设定一年除斥期间，自解除权人知悉或应当知悉解除事由之日起一年内行使，或经对方催告后在合理期限内行使，解除权人未行使的，视为放弃解除权，则其所享有的合同解除权归于消灭。

建设工程纠纷违约赔偿范围及确认

实务中，建设工程纠纷中常见违约情形，如发、承包方逾期支付工程款、发、承包方未按约提供施工场地、施工图纸及办理相关施工手续、甲供材或乙供材不符合合同约定，承包方工期延误、质量不合格、管理人員擅自离岗更换等违约情形。对于上述违约情形，建设工程合同中对于违约情形对应违约赔偿金有约定的按照约定履行。需要注意的是，根据《新合同编通则司法解释》第65条规定，若合同中约定的违约金高出造成损失的30%的，则人民法院有权行使自由裁量权，予以适当减少违约金。当然，双方当事人均有权对违约金调整与否分别举证，由法院裁量是否调整违约金。

而对于建设工程合同中没有约定违约赔偿金或违约计算方式的，则对双方当事人有着较高的证据要求，非违约方主张违约损失一般应具备：（1）违约方存在违反法定或约定违约事由；（2）非违约方具有事实经济损失；（3）违约行为与非违约方事实经济损失之间存在因果关系；（4）其他违约证据材料。承包方作为非违约方可主张，发包人未按约办理施工手续、通知开工及提供图纸、拖延提供施工现场条件及资料、甲供材质量缺陷或延迟、逾期支付工程款、停窝工损失、拖延竣工验收等；而发、承包方作为非违约方可主张，承包人违约项目管理人员擅自离岗变更、擅自变更工程范围、转包、违法分包、工期延误、工程质量缺陷、拖

延或拒绝修复工程缺陷等违约责任。

除赔偿实际损失外，违约方还应赔偿因其违约的可得利损失。承包人预期可得利润通常是指，承包人按约承建项目后预期增值收益，因发包人原因导致合同终止后承包人预期可得利益减少；而发、承包方预期可得利润通常是指，发、承包方缔约合同时可预见工程竣工后获得利益，但因承包人原因导致施工过程中合同终止，发、承包方预期可得利益减少，还需要承担另行委托新的承包人继续施工的时间和经济成本损失。

基于预期可得利益的间接性、相对性、不确定性等特性，主张预期可得利益的诉请，往往因举证困难而很少被法院支持，即使通过鉴定方式确定建设工程预期可得利益的，法院支持的数额也普遍偏低。《新合同编通则司法解释》第60条提出“替代交易”概念，并根据非违约方是否实施替代交易进行区分，由此确定预期可得利益。“替代交易”是指特定条件下，合同一方当事人违约时，另一方可通过另一交易取代原合同的交易。替代交易作为确定预期损失赔偿方式，也就意味着替代交易应尽可能与原合同保持一致，如在标的物、质量、数量、日期与原合同保持相同或相近，这也与预期可得利益受“可预见性规则”限制的立法精神相契合。

对于进行替代交易的，可按替代交易价格与合同价格差额确定，明显偏离市场价格的，则按照市场交易价格与合同价格差额确定；对于没有进行替代交易的，可按照违约方发生违约后合理期限内市场价格与合同价格差额确定。对于建设工程合同等以持续履行债务为内容的定期合同，发、承包方拖欠支付或拒不支付金钱债务的，承包人请求解除合同的，经审理具备解除要件的，可结合实际情况确定承包人寻找替代交易的合理期限，若剩余履行期限用时长更短则按该期限确定，并在扣除相应履约成本后确定对应的预期可得利益。

预期可得利益损失数额采取“替代交易”仍难以确定的，法院可综合考虑具体违约情节、过错程度及市场环境等情形，同时，还应考虑到“成本扣减规则”即扣减非违约方应当支持的合理成本；“可预见性规则”即违约损害赔偿数额不得超过违约方订立合同时预见或应当预见的因违约可能造成的损失；“减损规则”即非违约方尽可能采取合理措施以减少损失发生或扩大，否则不得就扩大部分损失请求赔偿；“损益相抵规则”即非违约方基于违约损失发生的同一原因而获得利益时，应扣除其所获得利益部分；“过失相抵规则”即非违约方对损失发生有过错的，可相应减轻或免除违约方损失赔偿责任等综合因素，并遵循公平原则和诚信原则予以综合确定可得利益损失。

综上，最高人民法院出台并实施的《新合同编通则司法解释》，对合同编抽象概念具体化，对司法实务中争议事项明确化，对司法实务操作流程详述化，对处理建筑领域纠纷提供思路和方法。发、承包双方在交易实践中应注重《新合同编通则司法解释》实施后对处理建筑领域纠纷的法律风险识别与运用，以便利用法律武器维护自身正当权益。

（作者单位：上海建纬（郑州）律师事务所）

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：上海营口路588号18楼
邮 编：200433
E-mail:652016115@qq.com
联 系 人：何梦吉