

肖峰: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)》征求意见稿条文简评

《施工解释(二)》征求意见稿: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,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。

简评:

1. 限定规范对象仅为施工合同,不包括《民法典》第十八章“建设工程合同”中的勘察、设计合同。

2. 相比《施工解释一》,删除了“维护建筑市场秩序,促进建筑市场健康发展”,是否表明起草目的不再是维护公共利益为导向?建议与《施工解释(一)》保持一致。

《施工解释(二)》征求意见稿:第一条建设工程施工合同订立时属于必须招标的工程项目,当事人未进行招标投标而订立合同,起诉时该工程项目不属于必须进行招标的,人民法院不应以未进行招标认定合同无效。

简评:

1. 该条是对《施工解释(一)》第一条第一款(三)建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的“情形”的限缩解释。

2. “当事人未进行招标投标而订立合同”是否包括:未招标订立合同和虽已招标但未中标的当事人订立合同两种情形?建议删除“当事人”字样。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二条在确定中标人前,招标人、投标人以意向书、会议纪要或者补充协议等形式就工程价款等实质性内容进行谈判并且参与谈判的投标人中标,或者发包人与承包人经协商订立施工合同后又通过招标投标程序与承包人订立建设工程施工合同,当事人以中标合同违反《招标投标法》第三十二条、第四十三条、第五十三条、第五十五条规定为由主张无效的,人民法院不予支持。

简评:

1. 本条是对《招标投标法》和《施工解释(一)》中“中标无效”情形的细化。

2. 《招标投标法》第五十五条规定的实质性内容进行谈判行为,只有影响中标结果才导致中标无效。本条则将“参与谈判的投标方”作为“影响中标结果”的情形。

3. 本条将“发包人与承包人经协商订立施工合同后又通过招标投标程序与承包人订立建设工程施工合同”界定为“投标人与招标人串通投标”的情形。

简评:

1. 本条坚持合同相对性,解决了长久以来对《施工解释(一)》第四十三条是否适用于挂靠情形的实际施工人争议。

2. 建议删除第一款中“折价补偿款”。理由:既然以“合同直接约束自己和发包人”,则其是合同有效,那么就不存在合同无效的折价补偿问题。

《施工解释(二)》征求意见稿:第三条具有下列情形之一,当事人以承包人未取得建筑业企业资质为由主张建设工程施工合同无效的,人民法院不予支持:(一)已依法登记为企业的承包人订立的建设工程施工劳务分包合同;(二)不涉及建筑主体或者承重结构变动的住宅室内装饰装修工程;(三)国务院住房和城乡建设主管部门确定的可以不申领施工许可证的限额以下小型工程。

简评:

1. 本条是对“承包人未取得建筑业企业资质导致建设工程施工合同无效”的例外规定。

2. 本条中“未取得建筑业企业资质”建议修改为“未取得相应建筑业企业资质”。理由:可以包括超越资质等级情形。

3. 建议参考《住宅室内装饰装修管理办法》第九条“装修人经原设计单位或者具有相应资质等级的设计单位提出设计方案,变动建筑主体和承重结构的,或者装修活动涉及本办法第六条、第七条、第八条内容的,必须委托具有相应资质的装饰装修企业承担”规定,增列到本条第二(二)项。理由:住宅室内装修工程中“超过设计标准或者规范增加楼面荷载”的情形将加大楼层坍塌风险。

4. 建议将“国务院住房和城乡建设主管部门”改为“国务院相关建设工程主管部门”,理由:建筑行业主管部门还包括交通运输部、水利部等部门。

《施工解释(二)》征求意见稿:第四条建筑企业转让、出借资质或者以其他方式允许他人以本企业名义承揽工程,人民法院应当认定涉及转让、出借资质等关系的合同无效。建筑企业主张约定的转让、出借资质等费用的,人民法院不予支持。

简评:

1. 本条是对挂靠承揽工程所签订挂靠合同相关问题的规定。建议增加“借用建筑企业资质”的单位或者个人主张退还转让、出借资质等费用的,人民法院不予支持。

2. 本条规定主张折价补偿款的前提是“其与建筑企业的约定”。但如约定不承担折价补偿款给付义务或赔偿损失时,能否适用本条?

3. 本条规范的挂靠合同无效的后果,即便建设工程未验收合格,也可依据《民法典》第一百五十七条规定处理。

《施工解释(二)》征求意见稿:第五条 缺乏相应资质的单位或者个人借用有资质的建筑企业名义与发包人订立建设工程施工合同,发包人订立合同时不知道且不应当知道出借资质情形,出借资质的单位或者个人以该合同直接约束自己和发包人为由请求发包人支付工程价款或者折价补偿款的,人民法院不予支持。借用资质的单位或者个人提供证据证明发包人订立合同时知道或者应当知道出借资质情形,完成相应工程施工后向发包人主张折价补偿款的,人民法院应当通知出借资质的建筑企业作为第三人参加诉讼,依法认定发包人、出借资质的建筑企业、转包人或者违法分包人怠于行使到期债权或者与该债权有关的权利,影响其到期债权实现,向发包人主张代位权的,人民法院依法予以支持。

《施工解释(二)》征求意见稿:第六条 借用资质的单位或者个人以出借资质的建筑企业名义购买建筑材料、建筑构配件和设备,或者租赁设备、借款,或者确认款项等,相对人主张该建筑企业承担民事责任,符合《民法典》第一百七十二条或者第五百零三条、第五百零四条规定的,人民法院应予支持。

简评:

1. 本条是挂靠人以被挂靠人名义对外从事民事法律行为,构成表见代理或表现代表的规定。

2. 建议删除“第五百零四条”。理由:该条是表见代表规定,挂靠人一般不会担任被挂靠人法定代表人或负责人。

《施工解释(二)》征求意见稿:第七条 承包人违反《民法典》第七百九十一条、《建筑法》第二十八条、第二十九条等有关禁止转包或者违法分包的规定将其承包的工程转包或者违法分包,接受转包或者违法分包的单位或者个人依据转包或者分包合同向承包人主张折价补偿款或者发包人主张折价补偿款或者要求其赔偿损失的,人民法院不予支持。

简评:

1. 本条坚持合同相对性,实际废止了《施工解释(一)》第四十三条第二款规定。

2. 建议将“依据转包或者分包合同”改为“参照转包或者违法分包合同”。理由:与《民法典》第七百九十三条保持一致。

3. 建议将“依法予以支持”改为“予以支持”。理由:与前条表述保持一致。

4. 建议将“与其没有合同关系的发包人”改为“与其没有合同关系的发包人等其他人”。理由:多次转包或违法分包中,存在多个前手,而非仅有发包人。

《施工解释(二)》征求意见稿:第八条 借用资质的单位或者个人、接受转包或者违法分包的单位或者个人依据《民法典》第五百三十五条规定,以出借资质的建筑企业、转包人或者违法分包人怠于行使到期债权或者与该债权有关的权利,影响其到期债权实现,向发包人主张代位权的,人民法院依法予以支持。

简评:

1. 本条是在坚持合同相对性的前提下,挂靠、转包、违法分包情形中,主张代位权的规定。

2. 本条对《施工解释(一)》第四十四条进行了完善,增加了挂靠人可以在特定情形下主张代位权的情形。

3. 建议删除第二款关于农民工工资的规定。理由:农民工工资不属于司法解释规范对象建设工程施工合同的范畴。

《施工解释(二)》征求意见稿:第九条 建设工程施工合同约定按照固定总价结算工程价款,因设计变更等非承包人原因导致实际施工工程超出约定的施工范围,建设工程经验收合格,建设工程施工合同没有约定且不能协商一致,当事人请求参照合同订立时建设工程所在地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价价格清单超出部分工程价款的,人民法院应予支持。

简评:

1. 本条规定的是固定总价合同非承包人原因导致超出约定施工范围的结算方

法。是对《施工解释(一)》第十九条的细化。

2. 建议统一“实际施工工程超出约定的施工范围”与《施工解释(一)》中“建设工程的工程量或者质量标准发生变化”的表述。

3. 建议增加没有“发布的计价方法或者计价标准”时的规定。

《施工解释(二)》征求意见稿:第十一条 建设工程施工合同约定按照固定总价结算工程价款,工程未竣工即解除合同,已施工部分质量合格且当事人就价款不能协商一致,当事人请求参照合同订立时建设工程所在地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准及建设施工领域相关规范确定承包人已施工部分工程价款占全部工程的价款比例,并以该比例乘以合同约定固定价款确定承包人应得工程价款的,人民法院应予支持。

简评:

1. 本条规范的是施工合同解除后对已完合格工程如何计价的规定。

2. 建议增加施工合同无效后对已完合格工程如何计价的规定。

3. 建议考虑增加当事人对解除合同、合同无效、已完部分分项工程的行业平均利润率等因素,作为酌定比例调整的依据。

《施工解释(二)》征求意见稿:第十二条 民法典第七百九十三条第一款中“参照合同关于工程价款的约定”,包括参照建设工程施工合同约定的工程价款总金额、计价方式、工程价款的支付时间、工程价款调整。

简评:

1. 本条是对《民法典》第七百九十三条中“参照合同关于工程价款的约定”范围的明确。

2. 建议删除“工程价款的支付时间”。理由:本条参照的原因是工程价款约定无效时只能通过鉴定解决。而鉴定将导致工程价款虚高。故参照的范围仅限于在工程价款的确定相关约定,而工程价款的支付时间与工程价款的确定无关。

《施工解释(二)》征求意见稿:第十三条 建设工程施工合同无效,发包人和承包人就已完工部分工程折价补偿达成协议,一方当事人主张按照该协议确定双方权利义务义务的,人民法院依法予以支持。

简评:

1. 本条是对施工合同无效时,折价补偿协议效力的规定。

2. 建议第一款增加“但该协议无效、撤销的除外。”

3. 建议第二款增加挂靠情形。理由:挂靠人与发包人达成的折价补偿协议也可类推适用。

《施工解释(二)》征求意见稿:第十四条 发包人与承包人约定工程价款按照审计机关的审计结果或者财政评审机构的评审结论确定,非因承包人的原因导致审计机关或者财政评审机构未在合理期限内出具审计结果或者评审结论,或者承包人有证据证明审计结果或者评审结论与合同约定或者当事人履行情况明显不符,承包人申请对工程价款进行司法鉴定,人民法院应予准许。发包人与承包人未约定工程价款按照审计机关的审计结果或者财政评审机构的评审结论确定,一方当事人请求以审计机关的审计结果或者财政评审机构的评审结论确定工程价款的,人民法院不予支持。

简评:

1. 本条是关于建设工程价款是否应按审计结果或评审结论确定的规定。

2. 建议参照《施工解释(一)》第三十条增加“双方当事人明确约定接受审计结果或者评审结论的除外。”理由:尊重当事人意思自治,提高审判效率。

3. 建议在“工程价款”后增加“折价补偿款”。理由:将无效施工合同纳入。

《施工解释(二)》征求意见稿:第十五条 建设工程施工合同解除,承包人主张预留工程质量保证金以其应得工程价款为基数计算的,人民法院应予支持。工程质量保证金预留期限从承包人退场时起

算;合同在承包人退场后解除的,从合同解除时起算。建设工程施工合同无效,工程未竣工,承包人主张预留工程质量保证金以其应得折价补偿款为基数计算的,人民法院应予支持。工程质量保证金预留期限从承包人退场时起的实现。

简评:

1. 本条是关于工程价款债权转让是否连同建设工程价款优先受偿权转让的规定。

2. 建议采纳方案一。理由:确保受让人因取得优先受偿权而更有动力受让工程价款债权,确定优先受偿权的立法目的实现。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十二 条 承包人行使建设工程价款优先受偿权期限自建设工程合同约定的发包人应当给付工程价款之日起算。没有约定或者约定不明的,以结算协议约定的发包人应当给付工程价款最后期限起算。当事人因工期顺延等客观原因协商变更应付工程价款的期限,承包人主张以变更后的应付工程价款之日为行使建设工程价款优先受偿权期限起算日的,人民法院应予支持。

简评:

1. 本条是关于建设工程价款优先受偿权计算时间起点的规定。

2. 建议明确施工合同有约定与结算协议约定的应付工程款时间不一致时,应以何为计算依据。

3. 建议明确如因发包人原因协商变更应付工程价款的期限,应以何为计算依据。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十三条 接受转包或者违法分包的单位或者个人依据发包人与承包人的仲裁协议申请仲裁管辖异议,仲裁机构作出仲裁裁决后,发包人请求撤销仲裁裁决的,人民法院应予支持。

简评:

1. 本条是关于转包、违法分包中的接受转包或者违法分包的单位或者个人依据发包人与承包人的仲裁协议申请仲裁管辖异议,仲裁机构作出仲裁裁决后,发包人请求撤销仲裁裁决的,人民法院应予支持。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十四 条 依据《民法典》第七百九十一条、《建筑法》第二十四条的规定,发包人与承包人订立总承包合同,因总承包合同发生纠纷的,由建设工程所在地人民法院管辖。因建设工程施工劳务分包合同纠纷提起的诉讼,由建设工程所在地人民法院管辖。

简评:

1. 本条是关于工程总承包、劳务分包合同管辖法院的规定。

2. 建议进一步考虑劳务分包合同是否属于建设工程施工合同。理由:建筑法、建设工程质量管理条例等法律、行政法规均未将劳务合同纳入建设工程合同范围,且最高法立案庭多个二审管辖异议裁定都认为,劳务分包不实行专属管辖。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十五 条 人民法院在审理建设工程施工合同纠纷案件中发现当事人违反建筑法等相关法律法规或者建设工程存在严重质量问题的,应当及时将相关案件线索移送同级建设行政主管部门。

《合同编通则解释》第二十四条第三款:合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力,当事人的行为涉嫌违法且未经处理,可能导致一方或者双方通过违法行为获得不当利益的,人民法院应当向有关行政管理部门提出司法建议。当事人的行为涉嫌犯罪的,应当将案件线索移送刑事侦查机关;属于刑事自诉案件的,应当告知当事人可以向有管辖权的人民法院另行提起诉讼。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十六 条 本解释自年月日起施行。最高人民法院此前发布的司法解释与本解释不一致的,以本解释为准。

简评:

1. 本条是关于建设工程价款优先受偿权范围的确定。

2. 建议将“停工、窝工损失”与建筑行业主管部门的规定保持一致,也即明确停工、窝工损失计入工程价款,属于工程价款,享有优先受偿权的情形。

《施工解释(二)》征求意见稿:第十九 条 承包人与发包人订立的协议属于《民法典》第八百零七条规定的折价协议,符合下列情形且不具有其他导致协议无效情形的,人民法院应予支持:(一)承包人施工的工程质量合格;(二)建设工程依法可以转让;(三)发包人逾期支付工程价款,经承包人催告后在合理期限内仍未支付;(四)折价金额与建设工程的实际价值基本相当。

简评:

1. 本条是关于建设工程价款优先受偿权范围的确定。

2. 建议增加“有证据证明双方签订的是折价协议而非以物抵债协议。”理由:实务中,也存在没有行使优先权意思表示,而仅仅是以物抵债意思表示的情形。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十 条:(方案一)建设工程价款债权依法转让后,受让人参照《民法典》第八百零七条的规定主张建设工程折价或者拍卖的价款优先受偿的,人民法院依法予以支持。

(方案二)建设工程价款债权依法转让后,受让人就建设工程折价或者拍卖的价款主张优先受偿权的,人民法院不予支持。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十一 条 建设工程毁损、灭失或者被征收后,承包人就相应的保险金、赔偿金或者

补偿款主张优先受偿的,人民法院应予支持。

简评:

1. 本条是关于工程价款债权转让是否连同建设工程价款优先受偿权转让的规定。

2. 建议采纳方案一。理由:确保受让人因取得优先受偿权而更有动力受让工程价款债权,确定优先受偿权的立法目的实现。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十二 条 承包人行使建设工程价款优先受偿权期限自建设工程合同约定的发包人应当给付工程价款之日起算。没有约定或者约定不明的,以结算协议约定的发包人应当给付工程价款最后期限起算。当事人因工期顺延等客观原因协商变更应付工程价款的期限,承包人主张以变更后的应付工程价款之日为行使建设工程价款优先受偿权期限起算日的,人民法院应予支持。

简评:

1. 本条是关于建设工程价款优先受偿权计算时间起点的规定。

2. 建议明确施工合同有约定与结算协议约定的应付工程款时间不一致时,应以何为计算依据。

3. 建议明确如因发包人原因协商变更应付工程价款的期限,应以何为计算依据。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十三 条 接受转包或者违法分包的单位或者个人依据发包人与承包人的仲裁协议申请仲裁管辖异议,仲裁机构作出仲裁裁决后,发包人请求撤销仲裁裁决的,人民法院应予支持。

简评:

1. 本条是关于转包、违法分包中的接受转包或者违法分包的单位或者个人依据发包人与承包人的仲裁协议申请仲裁管辖异议,仲裁机构作出仲裁裁决后,发包人请求撤销仲裁裁决的,人民法院应予支持。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十四 条 依据《民法典》第七百九十一条、《建筑法》第二十四条的规定,发包人与承包人订立总承包合同,因总承包合同发生纠纷的,由建设工程所在地人民法院管辖。因建设工程施工劳务分包合同纠纷提起的诉讼,由建设工程所在地人民法院管辖。

简评:

1. 本条是关于工程总承包、劳务分包合同管辖法院的规定。

2. 建议进一步考虑劳务分包合同是否属于建设工程施工合同。理由:建筑法、建设工程质量管理条例等法律、行政法规均未将劳务合同纳入建设工程合同范围,且最高法立案庭多个二审管辖异议裁定都认为,劳务分包不实行专属管辖。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十五 条 人民法院在审理建设工程施工合同纠纷案件中发现当事人违反建筑法等相关法律法规或者建设工程存在严重质量问题的,应当及时将相关案件线索移送同级建设行政主管部门。

《合同编通则解释》第二十四条第三款:合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力,当事人的行为涉嫌违法且未经处理,可能导致一方或者双方通过违法行为获得不当利益的,人民法院应当向有关行政管理部门提出司法建议。当事人的行为涉嫌犯罪的,应当将案件线索移送刑事侦查机关;属于刑事自诉案件的,应当告知当事人可以向有管辖权的人民法院另行提起诉讼。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十六 条 本解释自年月日起施行。最高人民法院此前发布的司法解释与本解释不一致的,以本解释为准。

简评:

1. 本条是关于建设工程价款优先受偿权范围的确定。

2. 建议将“停工、窝工损失”与建筑行业主管部门的规定保持一致,也即明确停工、窝工损失计入工程价款,属于工程价款,享有优先受偿权的情形。

《施工解释(二)》征求意见稿:第十九 条 承包人与发包人订立的协议属于《民法典》第八百零七条规定的折价协议,符合下列情形且不具有其他导致协议无效情形的,人民法院应予支持:(一)承包人施工的工程质量合格;(二)建设工程依法可以转让;(三)发包人逾期支付工程价款,经承包人催告后在合理期限内仍未支付;(四)折价金额与建设工程的实际价值基本相当。

简评:

1. 本条是关于建设工程价款优先受偿权范围的确定。

2. 建议增加“有证据证明双方签订的是折价协议而非以物抵债协议。”理由:实务中,也存在没有行使优先权意思表示,而仅仅是以物抵债意思表示的情形。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十 条:(方案一)建设工程价款债权依法转让后,受让人参照《民法典》第八百零七条的规定主张建设工程折价或者拍卖的价款优先受偿的,人民法院依法予以支持。

(方案二)建设工程价款债权依法转让后,受让人就建设工程折价或者拍卖的价款主张优先受偿权的,人民法院不予支持。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十一 条 建设工程毁损、灭失或者被征收后,承包人就相应的保险金、赔偿金或者

补偿款主张优先受偿的,人民法院应予支持。

简评:

1. 本条是关于工程价款债权转让是否连同建设工程价款优先受偿权转让的规定。

2. 建议采纳方案一。理由:确保受让人因取得优先受偿权而更有动力受让工程价款债权,确定优先受偿权的立法目的实现。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十二 条 承包人行使建设工程价款优先受偿权期限自建设工程合同约定的发包人应当给付工程价款之日起算。没有约定或者约定不明的,以结算协议约定的发包人应当给付工程价款最后期限起算。当事人因工期顺延等客观原因协商变更应付工程价款的期限,承包人主张以变更后的应付工程价款之日为行使建设工程价款优先受偿权期限起算日的,人民法院应予支持。

简评:

1. 本条是关于建设工程价款优先受偿权计算时间起点的规定。

2. 建议明确施工合同有约定与结算协议约定的应付工程款时间不一致时,应以何为计算依据。

3. 建议明确如因发包人原因协商变更应付工程价款的期限,应以何为计算依据。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十三 条 接受转包或者违法分包的单位或者个人依据发包人与承包人的仲裁协议申请仲裁管辖异议,仲裁机构作出仲裁裁决后,发包人请求撤销仲裁裁决的,人民法院应予支持。

简评:

1. 本条是关于转包、违法分包中的接受转包或者违法分包的单位或者个人依据发包人与承包人的仲裁协议申请仲裁管辖异议,仲裁机构作出仲裁裁决后,发包人请求撤销仲裁裁决的,人民法院应予支持。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十四 条 依据《民法典》第七百九十一条、《建筑法》第二十四条的规定,发包人与承包人订立总承包合同,因总承包合同发生纠纷的,由建设工程所在地人民法院管辖。因建设工程施工劳务分包合同纠纷提起的诉讼,由建设工程所在地人民法院管辖。

简评:

1. 本条是关于工程总承包、劳务分包合同管辖法院的规定。

2. 建议进一步考虑劳务分包合同是否属于建设工程施工合同。理由:建筑法、建设工程质量管理条例等法律、行政法规均未将劳务合同纳入建设工程合同范围,且最高法立案庭多个二审管辖异议裁定都认为,劳务分包不实行专属管辖。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十五 条 人民法院在审理建设工程施工合同纠纷案件中发现当事人违反建筑法等相关法律法规或者建设工程存在严重质量问题的,应当及时将相关案件线索移送同级建设行政主管部门。

《合同编通则解释》第二十四条第三款:合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力,当事人的行为涉嫌违法且未经处理,可能导致一方或者双方通过违法行为获得不当利益的,人民法院应当向有关行政管理部门提出司法建议。当事人的行为涉嫌犯罪的,应当将案件线索移送刑事侦查机关;属于刑事自诉案件的,应当告知当事人可以向有管辖权的人民法院另行提起诉讼。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十六 条 本解释自年月日起施行。最高人民法院此前发布的司法解释与本解释不一致的,以本解释为准。

简评:

1. 本条是关于建设工程价款优先受偿权范围的确定。

2. 建议将“停工、窝工损失”与建筑行业主管部门的规定保持一致,也即明确停工、窝工损失计入工程价款,属于工程价款,享有优先受偿权的情形。

《施工解释(二)》征求意见稿:第十九 条 承包人与发包人订立的协议属于《民法典》第八百零七条规定的折价协议,符合下列情形且不具有其他导致协议无效情形的,人民法院应予支持:(一)承包人施工的工程质量合格;(二)建设工程依法可以转让;(三)发包人逾期支付工程价款,经承包人催告后在合理期限内仍未支付;(四)折价金额与建设工程的实际价值基本相当。

简评:

1. 本条是关于建设工程价款优先受偿权范围的确定。

2. 建议增加“有证据证明双方签订的是折价协议而非以物抵债协议。”理由:实务中,也存在没有行使优先权意思表示,而仅仅是以物抵债意思表示的情形。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十 条:(方案一)建设工程价款债权依法转让后,受让人参照《民法典》第八百零七条的规定主张建设工程折价或者拍卖的价款优先受偿的,人民法院依法予以支持。

(方案二)建设工程价款债权依法转让后,受让人就建设工程折价或者拍卖的价款主张优先受偿权的,人民法院不予支持。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十一 条 建设工程毁损、灭失或者被征收后,承包人就相应的保险金、赔偿金或者

补偿款主张优先受偿的,人民法院应予支持。

简评:

1. 本条是关于工程价款债权转让是否连同建设工程价款优先受偿权转让的规定。

2. 建议采纳方案一。理由:确保受让人因取得优先受偿权而更有动力受让工程价款债权,确定优先受偿权的立法目的实现。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十二 条 承包人行使建设工程价款优先受偿权期限自建设工程合同约定的发包人应当给付工程价款之日起算。没有约定或者约定不明的,以结算协议约定的发包人应当给付工程价款最后期限起算。当事人因工期顺延等客观原因协商变更应付工程价款的期限,承包人主张以变更后的应付工程价款之日为行使建设工程价款优先受偿权期限起算日的,人民法院应予支持。

简评:

1. 本条是关于建设工程价款优先受偿权计算时间起点的规定。

2. 建议明确施工合同有约定与结算协议约定的应付工程款时间不一致时,应以何为计算依据。

3. 建议明确如因发包人原因协商变更应付工程价款的期限,应以何为计算依据。

《施工解释(二)》征求意见稿:第二十三 条 接受转包或者违法分包的单位或者个人依据发包人与承包人的仲裁协议申请仲裁管辖异议,仲裁机构作出仲裁裁决后,发包人请求撤销仲裁裁决的,人民法院应予支持。

简评:

1. 本条是关于转包、违法分包中的接受转包或者违法分包的单位或者个人依据发包人与承包人的仲裁协议申请仲裁管辖异议,仲裁机构作出仲裁裁决后,发包人请求撤销仲裁裁决的,人民法院