

中大正  
論理求是  
六言載譜  
德信系本

# 建设工程施工合同常见风险防范实务

中伦文德律师事务所

李云海 律师

## 个人简介

李云海  
合伙人律师

Email: [liyunhai@zlwd.com](mailto:liyunhai@zlwd.com)

手机: 13701263164



李云海律师，中伦文德律师事务所合伙人，中伦文德金融法律专业委员会主任。毕业于东北师范大学、比利时鲁汶大学和中央民族大学，获得软件硕士学位、经济法法学硕士学位和法学博士学位。李律师目前担任中国银行间市场交易商协会非金融企业债务融资工具市场自律处分会议专家和清华大学x-lab创新导师。李律师曾工作于中科院自动化研究所、澳大利亚矿业软件公司和北京通商律师事务所。

**业务范围：**建设工程与房地产、金融、融资租赁、软件工程、诉讼仲裁

# 目录

---

第一部分 建设工程业务涉及的法律体系

第二部分 签署建设工程合同应重点把握的四大方面

中大正  
論理求是  
六台載道  
德履無不

# 第一部分

## 建设工程业务的法律体系

# 一、建设工程业务的法律体系

- 我国的建设工程法律体系有两条主线：

- ◆ 第一条主线是以 **《建筑法》** 为主展开的建设工程行政法律体系，它主要体现的是政府建设行政主管部门与建设工程参与各方之间的行政法律关系；
- ◆ 第二条主线是以 **《民法典》** 为主展开的建设工程民事法律关系。具体体现在 **《民法典》第七百八十八条至第八百零八条。** )
- 建设工程法律体系中的主要法律规范可概括为：三法、四条例、一解释、若干规章。

# 一、建设工程业务的法律体系

德信  
廣理  
中倫  
文德  
律師  
事務所  
ZHONGLUN WAO LAW FIRM

三 法

《民法典》合同编  
《建筑法》  
《招标投标法》

四 条例

《建设工程质量管理条例》  
《建设工程安全生产管理条例》  
《建设工程勘察设计管理条例》  
《招标投标法实施条例》

一 解释

新《建设工程司法解释（一）》

若干规章

针对工程主体、规划、勘察、设计、施工、监理、质量、安全、造价、验收等方面制定的规章



# 一、建设工程业务的法律体系

2020年12月30日，最高人民法院发布了《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（一）》（以下简称新司法解释一）。

新司法解释一基于《民法典》的相关规定，将原《司法解释（一）》、原《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，以下简称“《建设工程价款优先受偿权批复》”）进行了汇总归纳，并进行了相应的修订。

**该司法解释是目前司法机关审理建设工程施工合同纠纷的主要依据之一，本次讲座以该司法解释内容为主，提示建设工程合同常见法律风险。**

# 一、建设工程业务的法律体系

## 新司法解释一的主要内容划分

条文	内容
第1-7条	关于合同效力
第8-11条	关于工期
第12-18条	关于质量
第19-34条	关于价格
第35-44条	关于工程价款优先受偿权



# 一、建设工程业务的法律体系

## (1) 新司法解释一的实质性变化之优先受偿

权



装饰装修工程承包人请求工程价款  
优先授权的前提条件变化



承包人行使建设工程价款优先受偿  
权的期限变化

原司法解释二	新司法解释一
第十八条 装饰装修工程的承包人，请求装饰装修工程价款就该装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持，但 <b>装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人的除外。</b>	第三十七条 装饰装修工程具备折价或者拍卖条件，装饰装修工程的承包人请求工程价款就该装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。
第二十二条 承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。	第四十一条 <b>承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，但最长不得超过十八个月</b> ，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。

# 一、建设工程业务的法律体系

## (2) 新司法解释一的实质性变化之折价补偿

原司法解释二	新司法解释一
<p>第十一条 当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求<b>参照实际履行的合同结算建设工程价款的</b>，人民法院应予支持。</p> <p>实际履行的合同难以确定，当事人请求参照最后签订的合同结算建设工程价款的，人民法院应予支持。</p>	<p>第二十四条 当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求<b>参照实际履行的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的</b>，人民法院应予支持。</p> <p>实际履行的合同难以确定，当事人请求<b>参照最后签订的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的</b>，人民法院应予支持。</p>

# 一、建设工程业务的法律体系

## (3) 新司法解释一的实质性变化之代位诉讼事由和前提

原司法解释二	新司法解释一
第二十五条 实际施工人根据合同法第七十三条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权， <b>对其造成损害为由</b> ，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。	第二十四条 实际施工人依据民法典第五百三十五条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权 <b>或者与该债权有关的从权利，影响其到期债权实现</b> ，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。

## 第二部分

# 签署建设工程合同应重点把握的 四大方面

## 二、建设工程合同应重点把握的四大方面





## 二、建设工程合同应重点把握的五大方面

# PART 01

---

## 建设工程合同效力问题

## 二、建设工程合同应重点把握的五大方面

### (一) 防范建设工程施工合同无效



#### 资质不符

无资质  
超越资质  
借用资质



#### 应招标未招标

公益、公众  
国有资金  
涉外



#### 中标无效

串通投标  
透露泄标  
行贿谋取  
虚假骗取



#### 转包

劳务分包有效

## 二、建设工程合同应重点把握的五大方面

### (一) 防范建设工程施工合同无效



违法分包



变相降低工程价款



未取得建设工程规划审批手续

## 二、建设工程合同应重点把握的五大方面

### (二) 防范阴阳合同带来的法律风险

**是否背离中标合同的实际性内容**

**判断标准**



## 二、建设工程合同应重点把握的五大方面

# PART 02

---

## 建设工程合同工期问题

## 二、建设工程合同应重点把握的五大方面

### (一) 开工时间

#### 建设工程开工时间认定规则：

- (1) 完成开工准备工作后，开工日期为监理人发出的开工通知中载明的开工日期；开工通知发出后，仍不具备开工条件的，以开工条件成就时作为开工日期；
- (2) 监理人未发开工通知的，应当结合施工人向业主提交的开工报告、建设单位取得的开工许可证、是否具备施工条件等情形予以认定；
- (3) 监理人发出的开工通知、施工人提交的开工报告等关于开工时间记载与实际开工时间不一致的，原则认定实际开工时间为开工日期；
- (4) 无法查明实际开工时间的，应当依次考虑竣工验收报告、开工通知、开工报告、开工许可证、合同等文件上载明的时间，并结合是否具备开工条件的事实，确定工期起算时间。

## 二、建设工程合同应重点把握的五大方面

### (二) 竣工时间

建设工程竣工时间认定规则：

- (一) 建设工程经竣工验收合格的，以竣工验收合格之日为竣工日期；
- (二) 承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，以承包人提交验收报告之日为竣工日期；
- (三) 建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。

## 二、建设工程合同应重点把握的五大方面

(三) 开、竣工均有明确规定，签署合同时需防范工期顺延产生的争议

### 工期顺延的两个决定因素

1

承包人是否在约定的办理工期顺延的期间内向发包人提出过工期顺延

2

顺延的工期是否符合合同约定

## 二、建设工程合同应重点把握的五大方面

(二) 合同与招标投标文件不一致时工程价款结算依据

**是否背离中标合同的实际性内容**

**判断标准**



## 二、建设工程合同应重点把握的五大方面

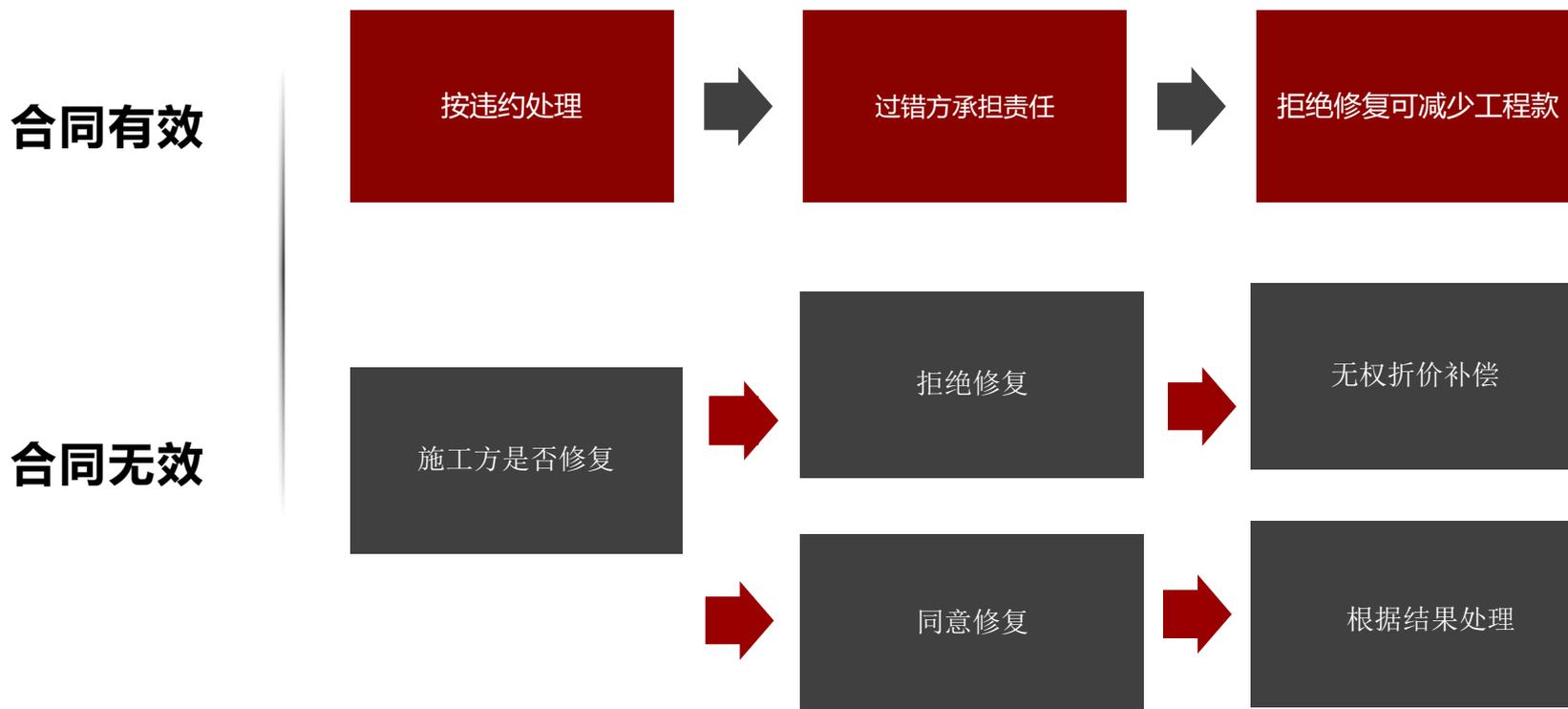
# PART 03

---

## 建设工程质量问题

## 二、建设工程合同应重点把握的五大方面

### (一) 建设工程质量纠纷的处理原则



## 二、建设工程合同应重点把握的五大方面

### (二) 发包方应注意质量保证金的约定

#### 新司法解释质量保证金返还规则：

第一、合同没有约定工程质量保证金的，发包人不能强扣。

第二、合同约定工程质量保证金的：

- 1、如果没有约定保证金返还期限，自建设工程竣工之日起满二年。
- 2、如果约定保证金返还期限，则按约定期限返还。

第三、因发包人原因建设工程未按约定期限进行竣工验收：

- 1、当事人约定了工程质量保证金返还期限的，自承包人提交工程竣工验收报告九十日后起算，约定的工程质量保证金返还期限届满；
- 2、当事人未约定工程质量保证金返还期限的，自承包人提交工程竣工验收报告九十日后起算，满二年。

第四、返还工程质量保证金后，承包人仍应履行保修义务。

## 二、建设工程合同应重点把握的五大方面

# PART 04

---

## 建设工程优先受偿问题

## 二、建设工程合同应重点把握的五大方面

### (一) 优先受偿的前提和主体

**工程质量合格**

**优先受偿前提**

**签署建设工程合同的承包人**

**优先受偿主体资格**

## 二、建设工程合同应重点把握的五大方面

### (二) 优先受偿的保护期

新司法解释第41条：承包人应当在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权，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。

**实务难点：**关于分期付款工程的工程价款优先受偿权的起算时间？

中大正  
論理是  
六三載  
德信業

谢谢观看