

法释〔2026〕12号 · 2026年6月30日施行

建设工程施工合同 司法解释（二）逐条解读

写给建筑企业老板、项目经理、包工头与工程法务的 23 条实务手册

23 条 · 一篇总览 · 七篇专论 · 完整覆盖

王永令 律师

北京大成（上海）律师事务所

建设工程实务研究院 · 微信公众号

导言

2026年6月30日，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〔2026〕12号，以下简称「建工解释二」）正式施行。23 个条文，从合同效力到结算付款，从资质挂靠到优先受偿，从退场善后到农民工工资保护，全面重构了建设工程领域的裁判规则。

概括性解读只能告诉你「改了哪几条」，没法告诉你「改完以后，你手上的合同、结算、质保金到底怎么办」。本书收录的系列文章，以「多数分析漏掉了什么」为切入点逐条拆解——每一篇都回答一个承包人最关心的问题：**这 23 条新规，到底怎么影响我手里的钱？**

全书共八章：**第一章**用 7 个变化带你看懂全局；**第二章至第八章**以 7 篇专论覆盖全部实质性条文，每篇给出可直接落地的操作建议。文末附 23 条完整覆盖表，方便随时查阅。

免责声明：本书所有内容均为对现行法律、司法解释的解读与实务探讨，不构成具体案件的法律意见。具体案件请结合实际情况咨询专业律师。

目录

导读 建工解释二全23条解读，别零散搜了，这里有完整的

系列导航

第一章 跟你要钱直接相关的 7 个变化

第1-23条 · 总览

第二章 合同无效，下浮率还能用吗？

第11条

第三章 不能直接告发包人了，但很多人不知道还有路

第4/6/7/12条

第四章 优先受偿权这张王牌，5 条新规全变了

第17-21条

第五章 固定总价解除后，换个算法差了 210 万

第9/10条

第六章 出借资质，从稳赚不赔到两头亏

第3/5/22条

第七章 退场那天起，四条新规帮你算清账

第13-16条

第八章 招投标别演戏，农民工工资别拖欠

第1/2/8条

建工解释二全23条解读，别零散搜了，这里有完整的

系列导航

一、概括解读好找，逐条拆解不好找

6月30日，建工解释二施行。当天我写了一篇概括性解读，很多同行也写了。但概括性文章有个天然局限——它只能告诉你「改了哪几条」，没法告诉你「改完以后，你手上的合同、结算、质保金到底怎么办」。

这23条不是修修补补。实际施工人还能不能直接告发包人？合同无效了下浮率还算不算？优先受偿权还是王牌吗？每一个问题的答案，都藏在具体条文的交叉逻辑里。概括版没有这个空间。

1篇概述、7篇专论，23条一条没落。

二、一个比方

概括性解读是站在楼外拍全景照片——你知道楼有多高，但不知道哪一层的承重墙动了。

举个例子：第18条。概括版告诉你「以房抵债有4个条件」；逐条拆告诉你——签了工抵房协议的那一刻，你的工程款债权在法律性质上可能已经变了，优先受偿权悄悄消失了。**你以为是搞定，其实是掉坑。**

这个洞察，不逐条拆，不出来。

三、7篇专论，一篇一个坑

章节	标题	你要防的坑
第二章	合同无效，下浮率还能用吗？	不是所有约定都能「参照」
第三章	不能直接告发包人了，但还有路	旧门关了，代位权和折价协议是侧门
第四章	优先受偿权这张王牌，5条新规全变了	签工抵房≠保住优先权
第五章	固定总价解除后，换个算法差了210万	定额还是信息价？算法不同差210万
第六章	出借资质，从稳赚不赔到两头亏	2%管理费 vs 五重风险，还有刑事风险
第七章	退场那天起，四条新规帮你算清账	审计只等一年，质保金从退场算
第八章	招投标别演戏，农民工工资别拖欠	先签后招合同无效，工资可直达

每一篇进场的角度都一样：**多数分析漏掉了什么？** 答案——每一篇都漏了，而且漏掉的恰恰是承包人最需要知道的。

四、不写论文，写操作建议

写给谁？建筑企业老板、项目经理、包工头、工程法务。

不写学术论文。每篇的核心必须能翻译成一句话操作建议。比如第四章：**签工抵房协议的同时，起诉确认优先受偿权——双轨并行。**

五、23条拆完了，随时可查

后台私信里，每一篇都有人在转发给项目部的同事，有人在问「我们项目正在遇到这个情况」。逐条拆解的价值不是让人「知道有这回事」，而是「**遇到的时候知道怎么办**」。

后续有新的裁判案例出来，某一两个条文有了更深的印证，可能再写。但系统性拆解到这里画一个句号。

关注「建设工程实务研究院」，7篇专论随时可查。 里面的每一条，都可能在某一天直接决定你手里的钱能不能拿回来。

本文是「建工解释二逐条解读」系列的定位文。7篇专论已全部发布：- 建工解释二核心变化解读（概述）- 合同无效，下浮率还能用吗？- 不能直接告发包人，但很多人不知道还有路 - 优先受偿权这张王牌，5条新规全变了 - 固定总价解除后，换个算法差了210万 - 出借资质，从稳赚不赔到两头亏 - 退场那天起，四条新规帮你算清账 - 招投标别演戏，农民工工资别拖欠

王永令律师 · 建设工程实务研究院 | wangyongling-lawyer.com

跟你要钱直接相关的 7 个变化

第1-23条 · 总览

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〔2026〕12号），**2026年6月30日正式施行**。

23个条文里，有7个变化直接影响承包商的工程款结算和追讨路径。我把「跟你有关的」整理了一下。

一、审计完了不给钱？最长得等多一年

旧规则：合同约定按审计结果结算，审计机构拖着不出报告，甲方就永远不用付钱——这个漏洞太多人踩过。

新规则（第13条）： 审计结果/评审结论不出具的，**合理期限最长不得超过承包人提交竣工结算文件之日起一年**。

超过一年还没出审计结论，承包人可以申请司法鉴定，法院应当准许。

一句话：**甲方不能再用「审计没出来」无限期赖账了。**

二、合同无效，照样能要折价补偿款

你的账号前几篇文章讲过「合同无效≠白干」。现在新司法解释把这句话更具体地落地了：

第3条： 出借资质/挂靠的合同无效，但工程质量合格的，**实际施工人可以参照约定请求折价补偿**。「资质借用费」不用想了，但干活的钱一分不能少。

第4条： 而且，**如果发包人知道或应当知道你是挂靠的**，最高法院这回给了明确的路径——你可以直接向发包人要钱，法院会通知出借资质的建筑公司作为第三人，根据情况判发包人承担责任。

第12条： 合同无效但质量合格，双方事后就折价补偿达成的协议，**有效**。一方翻脸不认账，法院会支持按协议来。

这三条合起来的意思是：**你别管合同有没有效，只要活干得好，钱就有路径要回来。**

三、实际施工人可以「代位」向发包人要钱（全新路径）

第7条是最重要的新增规则之一：

挂靠的、转包的、违法分包的——如果你上面的公司（转包人/被挂靠方）**怠于向发包人要钱**，导致你的钱也拿不到，**你可以直接代位向发包人主张权利**。

法律依据是民法典第535条。以前这条路有没有、能不能走，各地法院判得不一致。现在统一了：**可以**。

这对「最上面有发包人，但中间那层公司半死不活」的情况，是直接开了一条新通道。

四、固定总价合同解除了，按比例算钱

第10条： 固定总价合同解除后，已施工部分的价款怎么算？

旧做法是找个鉴定机构从头算一遍，时间长、费用高。新规给了一个更简单的算法：

已施工价款 = 已施工部分占总工程的比例 × 合同约定的固定总价

不用做天价全案鉴定，按比例算就完事了。

五、工程质量保证金，退场那天就算日子

第14条： 合同解除或无效后，质保金返还期限从**承包人退场之日**开始起算。

以前这方面没有明确规定，甲方经常拿「你们还没正式办完移交」「等我们验收完再说」拖着不退质保金。现在规则清楚了——退场那天就开始计时，甲方没借口了。

六、甲方想让你出钱修？必须先通知你

第16条： 工程有质量问题，发包人**必须先通知承包人修复**。没通知，直接修了然后找承包人要钱，**法院不支持**。

除非：承包人拒绝了，或者在合理期限内没修好。

这条对承包方是一种保护——避免甲方自己找人修、花了大价钱、然后把账单全部推到你头上。

七、优先受偿权范围扩大：拆了、炸了、征了，钱照拿

第20条（新增核心规则）： 工程要是毁损、灭失或被征收了，承包人可以就获得的**保险金、赔偿金或补偿金**主张优先受偿。

以前要是甲方把工程炸了/拆了/被政府征了，承包人的优先权落空——没东西可以拍卖。现在，那笔赔偿金/补偿金上有你的优先权。

另外两条也很重要：

- **第19条：** 工程款债权转让给别人，受让人能不能主张优先受偿？能——但要综合考虑四个因素（竣工验收、价款结算、转让合同有效性、受让人是否支付了合理转让款）。
- **第18条：** 用折价协议行使优先受偿权，必须同时满足四个条件（质量合格、可以折价、逾期未付且经催告、折价金额与市场价值基本相当）。**随便签个折价协议就说行使优先权，不行了。**

而且——第17条还有一个容易被忽略的要求：法院现在必须在判决主文里**明确写明**享有优先受偿权的「工程价款数额」和「相应工程」。这意味着起诉时就要把优先受偿权的范围和金额算清楚，不能含糊。

还有两条，跟你可能没关系但也要知道

第8条（农民工工资保障）：农民工可以直接依据《保障农民工工资支付条例》，要求建设单位、总包、分包单位先行垫付或清偿拖欠工资。这条强化了农民工的讨薪路径，对总包来说是一种压力——农民工告得了你，你就得先去追发包人的钱。

第22条（违法行为通报）：法院今后发现违法发包、转包、违法分包、挂靠等问题，会主动通报建设行政主管部门。涉嫌犯罪的移送侦查机关。以后打官司不只是输赢问题，还可能触发行政处罚甚至刑事责任。

总结：这7个变化对你意味着什么

把这些变化串起来，可以得出一个结论：

新司法解释的整体方向，是让「干了活的人」更容易拿到钱。

你的情况	新规则怎么帮你
审计迟迟不出，甲方不付钱	等待上限1年，超了就可以启动司法鉴定
挂靠/转包，合同被判无效	活合格就有折价补偿，发包人知情的话可以直接找他要
你上面那家公司不追发包人的钱	你可以代位直接向发包人主张
固定总价合同做一半解除了	按比例计算已完工部分价款
退场后质保金被扣着不退	退场那天起算返还期限
甲方不通知你就自己修复质量问题	法院不支持他找你要修复费
工程毁损被征收怕血本无归	赔偿金/保险金上有你的优先权

2026年6月30日就施行了。 如果你手上有未决的工程款纠纷，对照这7个变化，看看哪条能帮你重新梳理诉讼策略。

如果你正在经历工程款纠纷，不确定新司法解释对案子有什么影响——可以私信我，把你的情况简单说一下，我帮你初步判断。

（本文仅对新司法解释进行解读，不构成具体案件的法律意见。具体案件请咨询专业律师。）

合同无效，下浮率还能用吗？

第11条

建设工程施工合同被认定无效后，合同中约定的「总价下浮X%」还能不能用？这个问题争议了多年，最高法自己就有多种不同判法——有的参照适用，有的不予适用，有的折中调整。

2026年6月30日，《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〔2026〕12号，以下简称「建工解释二」）施行。其中第11条用一句话列举了五个要素，外界普遍解读为「明确了可参照的范围」——但如果把这条放进最高法之前四个关于下浮率的判决里逐一比对，会发现一个问题：**第11条未必终结了争议，它只是把争议从一种形式变成了另一种形式。而且，有一个关键判决的逻辑基础，被它动摇了。**

一、第11条的原文与官方解读

民法典第七百九十三条第一款中的「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**金额、计价方式、支付时间、调整方法和结算方法**等相关内容。

五个要素：金额、计价方式、支付时间、调整方法、结算方法。条文用的是「包括」+「等相关内容」——这是示例性列举，不是穷尽列举。

最高法民一庭庭长陈宜芳在答记者问中说明（来源：最高人民法院官网，2026年6月29日发布）：

「《建工解释二》第十一条明确了可参照『合同关于工程价款的约定』的范围，包括合同约定的工程价款金额、计价方式、支付时间、调整方法和结算方法等相关内容。」

注意两个关键点：

第一，条文用的是「包括」+「等相关内容」——这是示例性列举，不是穷尽列举。五个要素之外还存在「相关内容」的空间。

第二，「结算方法」被明确列为可参照事项之一。而最高法在(2020)最高法民申4808号中已将下浮率定性为「工程款结算条款」——两者能否对应？这是下浮率能否落入第11条参照范围的关键问题。

但问题没有这么简单。下浮率究竟属于五个要素中的哪一个——还是说，它属于「等相关内容」？这个归属问题，直接决定了各方在诉讼中的论证策略。

二、下浮率能放进哪一个要素？

逐项分析：

要素	下浮率能否归入	分析
金额	否	下浮率是比例/折扣，不是具体的价款数额
计价方式	可能	如果合同约定「按定额计价后下浮X%」，下浮率实质上是计价方式的一部分——它改变了计价的最终基准
支付时间	否	下浮率不涉及支付节点
调整方法	通常不是	第11条语境下的「调整方法」指变更、索赔、材料价格波动等动态调整机制，下浮率属于合同订立时的静态约定
结算方法	最有可能	(2020)最高法民申4808号已经将下浮率定性为「工程款结算条款」——结算方法是第11条明确列举的要素，下浮率归入此类的法律障碍最小

结论：下浮率最可能被归入「结算方法」或「计价方式」，从而落入第11条的参照范围。

「不属于五个要素中的任何一个」的论证难度，在第11条施行后显著提高了。

三、拿第11条去「压力测试」四个老案例

最高法在合同无效后下浮率问题上，存在四条可以清晰辨识的裁判路径。以下用第11条的框架逐一反推，看每个案例的结论是否站得住：

案例1：（2020）最高法民申4808号——刘某案

- **当事人：** 刘某（实际施工人）vs. 云南通海第一建筑工程有限公司（通海一建司）、云南中能诚通地产有限公司
- **事实：** 通海一建司承包项目后，与不具备资质的刘某签订《内部承包合同》，将部分主体工程违法分包。合同约定「工程竣工结算经双方审定后的工程总造价扣除税费后下浮10%为结算总价」。合同因违法分包被认定无效。刘某主张该下浮10%约定实质是以优惠结算条款代替通海一建司收取工程管理费的违法行为，合同无效后应予返还。
- **裁判（裁定书原文）：** 「案涉《内部承包合同》约定的工程竣工结算经双方审定后的工程总造价扣除税费后下浮10%为结算总价**系合同工程款结算条款**，原审判决据此计算工程款具有事实和法律依据。」
- **第11条下的分析：** 下浮10%→最高法明确定性为「结算条款」→归入第11条「结算方法」→可参照
- **压力测试：** ☒ 通过。第11条强化而非削弱了这一裁判逻辑。

来源：中国裁判文书网，（2020）最高法民申4808号民事裁定书。

案例2：（2018）最高法民申4084号——葛某、赵某案

- **当事人：** 葛某、赵某（实际施工人）vs. 中外园林建设有限公司（园林公司）、徐州市新城区国有资产经营有限责任公司
- **事实：** 园林公司承包工程后，与葛某、赵某签订《项目施工承包合同》，将工程违法分包。合同约定「工程直接费指定额人工费、材料费、机械费之和为工程直接费下浮14%承包，一次包定」。合同因违法分包被认定无效。葛某、赵某主张应在直接费基础上另行计算规费、利润；园林公司则主张应按合同约定下浮14%结算。

- **裁判（裁定书原文）：**「虽然《项目施工承包合同》第三条中有工程直接费下浮14%的约定，但一、二审考虑到人工、材料、机械费用为施工人投入工程建设的成本，在此基础上再下浮14%会导致案涉工程造价明显低于施工成本，而园林公司则通过将案涉项目违法分包获取了剩余工程款，此种约定对施工人有失公平等因素，认定案涉工程造价在合同约定的人工、材料、机械三项费用基础上不应下浮14%，并无不当。」
- **裁判结果：** 最高法维持一、二审不予适用下浮14%的认定，驳回葛某、赵某及园林公司的再审申请。
- **第11条下的分析：** 4084号的核心裁判逻辑不是「下浮率不属于参照范围」，而是「参照下浮率会导致显失公平」——即使下浮率在第11条的参照范围内，法院仍可基于公平原则不予适用。第11条解决的是「能不能参照」（第一层），4084号解决的是「应不应参照」（第二层）。
- **压力测试：** ☒ 不受影响。第11条不影响法院基于公平原则的裁量权。

来源：中国裁判文书网，（2018）最高法民申4084号民事裁定书。

案例3：（2019）最高法民终412号——中铁建设案

- **当事人：** 中铁建设集团有限公司（中铁公司，承包人）vs. 天津辉信房地产开发有限公司（辉信公司，发包人）
- **事实：** 双方通过招标前实质性谈判签订《天津市建设工程施工合同》（备案合同），约定在定额基础上下浮24.66%。合同因招标前实质性谈判被认定无效。工程仅施工至正负零以上六层即因辉信公司欠付工程款而停工。
- **裁判（判决书原文）：** 一审法院认为，「涉讼工程的施工部位仅至正负零以上六层，中铁公司无法获得签订合同时所预期的合同整体履行完毕应得的利润收益」，「造成工程不能如期完工又属发包人辉信公司的责任」，「为平等保护双方当事人的利益，避免因合同未履行完毕导致利益失衡」，将下浮率从24.66%调整为12.33%（双方各负担一半）。最高法二审维持：「一审判决充分考虑双方真实意思并结合过错、施工进度等具体情形，在二者主张的结算标准之间平衡双方利益居中自由裁量，按照在定额基础上下浮12.33%计算工程款，并无明显不当。」

- **第11条下的分析：** 二步法——第一步，下浮率归入「结算方法」→在参照范围内；第二步，以公平原则+工程实际履行情况→调整下浮比例。第11条只解决第一步（能不能参照），不解决第二步（参照多少）
- **压力测试：**  通过。第11条不影响折中调整路径，412号的两步法在新框架下完全兼容。

来源：中国裁判文书网，（2019）最高法民终412号民事判决书。

案例4：（2020）最高法民终849号——宏成公司案

- **当事人：** 浙江宏成建设集团有限公司（宏成公司，承包人） vs. 陕西广厦投资发展集团有限公司（广厦公司，发包人）
- **事实：** 双方签订《广厦东方明珠建筑工程施工承包协议》（承包协议），约定「乙方承诺以双方确认的总承包价下浮5%」。该项目属于强制招标项目，但未依法进行招标，承包协议被认定无效。广厦公司主张应按承包协议下浮5%结算；宏成公司主张合同无效，下浮5%的约定亦应无效。
- **裁判（判决书原文）：**

「承包协议系无效合同，其中关于工程总价下浮5%的约定**亦归于无效**。一审判决根据公平原则及案涉工程的实际情况，对工程总价未予下浮，处理亦无不当。」

- **第11条下的分析：**
- 第11条将「结算方法」明确列为可参照事项
- (2020)最高法民申4808号已将下浮率定性为「工程款结算条款」——两者直接对应
- 下浮率在第11条的参照范围内，有明确的条文依据和判例支撑
- **但：** 第11条说的是「可以参照」，不是「必须参照」。落入参照范围≠法院必须参照适用——法院仍可依据公平原则及案件实际情况决定不参照
- **压力测试：**  逻辑基础被削弱，但结论可能不变

关键分析：849号是在第11条施行前裁判的。在当时，民法典第793条仅有「参照合同关于工程价款的约定」这一模糊表述，「下浮率约定是否属于工程价款约定」是开放问题。849号的裁判逻辑是：合同无效→下浮约定作为合同的组成部分→随之无效。

但第11条改变了这个逻辑。现在有了明确的法定清单，「结算方法」被明确列为可参照事项，而4808号已经将下浮率定性为「结算条款」——两者直接对应。发包人可以主张「下浮率属于第11条列举的『结算方法』，在参照范围内」。849号那种「合同无效故下浮约定亦无效」的笼统说理，在第11条框架下将面临对方当事人的精准反驳。

这并不意味着849号被推翻。第11条确立的是「参照范围」问题（能不能参照），而不是「参照效果」问题（参照了之后用什么比例）。849号的核心裁判逻辑可以重新表述为：即使下浮率在第11条的参照范围内，「根据公平原则及案涉工程的实际情况」仍可不予适用。结论不变，但论证路径必须更新。

来源：中国裁判文书网，（2020）最高法民终849号民事判决书。

四、第11条到底帮了谁？

发包人的获益：拿到了一个强势的文本论据

在第11条之前，发包人主张参照下浮率，只能笼统论证「下浮率属于工程价款约定」——这个论证在849号（合同无效故下浮约定亦无效）和4084号（下浮后低于施工成本+显失公平）面前几乎没有抵抗力。

在第11条之后，发包人可以走一条更精确的路径：

第一步：下浮率属于「结算方法」——第11条明确列举在参照范围内；第二步：结合(2020)最高法民申4808号——最高法已将下浮率定性为「工程款结算条款」，与第11条的「结算方法」直接对应；第三步：条文用「包括」+「等相关内容」——即使不归入「结算方法」，下浮率也可主张属于「等相关内容」，参照范围并非封闭。

三步合在一起，发包人形成了一个「法条文字+官方解读+最高法判例」三重支撑的论证结构。**这是第11条之前不存在的新武器。**

承包人必须调整策略：旧论证失效，新战场在此

在第11条之前，承包人的核心论证是「下浮率不属于工程价款约定」。这条论证在第11条施行后基本失效——因为第11条扩大了参照范围，「不属于」的论证空间被严重压缩。

承包人的新策略必须转向以下几个方向：

策略一（最强）： 承认下浮率属于第11条的参照范围，但主张「可以参照」≠「必须参照」，援引849号（合同无效故下浮约定亦无效）或4084号（下浮后低于施工成本+显失公平）及公平原则请求法院不予参照。

策略二（次强）： 援引(2019)最高法民终412号，请求法院对下浮比例进行折中调整，而非全盘适用。

策略三（兜底）： 依据建工解释二第12条，在合同无效后与发包人另行协商，就折价补偿款达成新协议——彻底绕开下浮率的定性争议。

策略四（需个案评估）： 如果下浮率极高（如4084号中14%直接费下浮）、工程未完工或有其他显失公平因素，可以主张「即使第11条扩大了参照范围，极端个案仍应受公平原则约束」。4084号证明：14%的下浮率导致工程造价低于施工成本时，最高法支持不予适用。

五、第12条——不看下浮率的备用通路

建设工程施工合同无效，建设工程质量合格，发包人和承包人就折价补偿款达成协议，一方当事人主张按照该协议确定双方权利义务，人民法院依法予以支持。

第12条的核心价值：它是一个完全不依赖下浮率定性的结算方案。双方谈出一个数，签协议，法院支持。

实务价值：在合同无效后、进入诉讼前，双方如果能就折价补偿款达成一致——不管这个数字是怎么算出来的——新协议替代旧合同的下浮率争议。承包人可以在谈判中利用「第11条对发包人有利」的信息不对称（事实上，如果发包人还未意识到第11条的意义，承包人应尽快推进第12条的协议），在发包人尚未援引第11条之前锁定折价金额。

六、四个案例+第11条的完整对照

	案例1·4808号	案例2·4084号	案例3·412号	案例4·849号
当事人	刘某 vs. 通海一建司	葛某、赵某 vs. 中外园林公司	中铁公司 vs. 辉信公司	宏成公司 vs. 广厦公司
下浮比例	10%	14%（直接费）	24.66%→12.33%	5%
合同无效原因	违法分包	违法分包	招标前实质性谈判	未依法招标
工程状况	竣工合格	竣工合格	未完（发包人欠款致停工）	竣工交付
裁判结果	参照适用	不予适用	折中调整（砍半）	不予适用
裁判理由	下浮率系结算条款	下浮后低于施工成本+显失公平	工程未完+双方均有过错+公平原则	合同无效→下浮约定亦无效+公平原则
第11条下	✅ 不受影响	✅ 不受影响（公平原则裁量权）	✅ 不受影响	⚠️ 逻辑基础被削弱
第11条后的论证路径	下浮率=结算方法→可参照	下浮率在参照范围内，但法院以公平原则不予参照	下浮率=结算方法→可参照；再以公平原则调整比例	可参照，但法院以公平原则决定不参照

七、结论

第11条没有终结下浮率的争议。但它把争议从一层变成了两层：

第一层（新）：下浮率是否属于第11条的参照范围？ - 第11条明确列举「结算方法」为可参照事项+4808号将下浮率定性为「结算条款」→两者直接对应，大概率属于

第二层（旧，但战场变了）：即使属于参照范围，法院是否必须参照适用？ - 「可以参照」≠「必须参照」——这一层仍有争议空间 - 849号和4084号的真正价值从第一层转移到第二层：849号证明法院可以「合同无效故下浮约定亦无效」为由不予参照；4084号证明法院可以「下浮后低于施工成本+显失公平」为由不予参照——两条路径，都落在第二层

对承包人而言，不能再依赖「下浮率不属于工程价款约定」的旧路。新战场在第二层——论证法院为什么在个案中不应参照，或者至少应折中调整。两条具体路径：一是援引849号，主张合同无效故下浮约定亦无效，法院可依公平原则不予参照；二是援引4084号，主张下浮后造价低于施工成本、约定显失公平。如果工程未完工，412号的折中调整路径是当前成功率最高的主攻方向。

对发包人而言，第11条给了你一个前所未有的文本武器。在过往争议中，发包人要让法院参照下浮率，需要对抗「下浮率不属于工程价款约定」的否定论证。现在，这个论证在第11条的文义下已经很难立足——你的对手必须先承认下浮率在参照范围内，再论证为什么不参照。攻防逻辑已经交换。

本文所引案例信息来源于中国裁判文书网及公开案例分析文章；建工解释二条文及答记者问来源于最高人民法院官网（court.gov.cn）。本文不构成正式法律意见，具体案件请结合实际情况咨询专业律师。

不能直接告发包人了，但很多人不知道还有路

第4/6/7/12条

2026年6月30日，《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〔2026〕12号，以下简称「建工解释二」）施行。

外界讨论最多的，是第11条（参照范围）和第10条（固定总价解除结算）。但有一条，讨论的人很多，却很少有人把话说透——**第6条**。

这条只有两句话，但它关上了一扇实际施工人走了二十年的门。而同一部解释里的另外三条，又开了三扇规格不同的窗。

谁的门被关了？谁的窗最大？这才是这篇文章要讲清楚的。

一、旧门：建工解释一第43条——「尚方宝剑」

在说新规则之前，先回顾旧规则。因为它太重要了，重要到很多实际施工人以为这是天经地义的事。

《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）》（法释〔2020〕25号）第四十三条：

「实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。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。」

这是建工领域最著名的「突破合同相对性」条款。它的逻辑是：

实际施工人 → 跳过中间层（转包人/违法分包人）→ 直接找发包人要钱

条件只有一个：发包人确实欠付工程款。不需要证明转包人「怠于行使权利」——只要发包人欠了钱，实际施工人就能要。

这个条款在司法实践中被广泛适用，是实际施工人追索工程款的「尚方宝剑」。

但建工解释二第23条已明确废止建工解释一第43条。 2026年6月30日之后，这把「尚方宝剑」在法律上已不复存在。不是「被第6条覆盖」，而是**被第23条直接删除**。

二、新门：建工解释二第6条——「此路不通」

建工解释二第六条全文：

「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参照转包或者分包合同请求承包人支付折价补偿款的，人民法院依法予以支持。接受转包或者违法分包的单位或者个人请求与其没有合同关系的发包人支付折价补偿款或者赔偿损失的，人民法院不予支持。」

注意第二句：「**请求与其没有合同关系的发包人支付折价补偿款.....人民法院不予支持。**」

就是这句话，直接把旧规则第43条的实际施工人→发包人直接通道关上了。

不需要论证。不需要权衡。**直接关门。**

来源：最高人民法院，法释〔2026〕12号第六条。

三、谁的门被关了？——先搞清楚第6条管谁

第6条明确定义了适用对象：「**接受转包或者违法分包的单位或者个人**」。

翻译成大白话：你的上家是总包（或上一手分包），他从发包人那里拿了活，转包或违法分包给了你。合同无效。你想找发包人要钱。

以前：建工解释一第43条，你可以直接告发包人。

现在：建工解释二第6条，不行了。

四、但有一类人，门没关——挂靠人的「特殊通道」

这是最关键、也是大多数分析没讲透的地方。

建工解释二第6条的适用对象是「转包」和「违法分包」的承接方——**不包括挂靠人**。

挂靠（借用资质）由第3条和第4条单独规范。第4条第二款规定：

「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资质借用情形，就其施工的工程向发包人请求支付折价补偿款的，人民法院应当通知出借资质的建筑施工企业作为第三人参加诉讼……并根据发包人支付价款、借用资质的单位或者个人施工相关情况，判决发包人向借用资质的单位或者个人承担责任。」

来源：最高人民法院，法释〔2026〕12号第四条。

翻译：如果你是挂靠人，而且你能证明发包人在签合同时就应当知道你是挂靠的，你仍然可以直接向发包人要钱。

这意味着什么？

身份	能否直接向发包人要钱	法律依据	条件
挂靠人（发包人知情）	✅ 可以	建工解释二第4条	需证明发包人知道/应当知道挂靠
挂靠人（发包人不知情）	❌ 不可以	建工解释二第4条第一款	不能「以该合同直接约束自己和发包人为由」主张
转包/违法分包承接人	❌ 不可以	建工解释二第6条	无例外

这是一个奇怪的「歧视链」：**挂靠人（发包人知情的情况下）比转包承接人更有优势。**

法律上的理由不难理解：挂靠人以被挂靠企业名义直接与发包人签合同，发包人知情的情况下，三方之间存在事实上的直接联系。而转包/违法分包承接人与发包人之间没有这种联系。但从实际施工人的角度看，两者的处境是相似的——都在干活，都没拿到全部工程款。第6条加第4条的组合，客观上制造了不同身份之间的权利落差。

五、门关了，窗在哪？——三条替代路径

窗一：代位权（建工解释二第7条）

建工解释二第7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关于代位权的规定，以出借资质的建筑施工企业、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从权利，影响其到期债权实现为由，向发包人行使代位权的，人民法院依法予以支持。」

来源：最高人民法院，法释〔2026〕12号第七条。

这是第6条关上门之后，建工解释二自己给出的第一条替代通道。

但需要注意：代位权的门槛比旧规则第43条高得多。

对比维度	旧规则（建工解释一第43条）	替代路径（建工解释二第7条+民法典535条）
前提条件	发包人欠付工程款	①发包人欠付转包人工程款 ②转包人「怠于行使」该债权 ③影响实际施工人债权实现
「怠于行使」的证明	不需要	需要 ——转包人未以诉讼或仲裁方式向发包人主张
实际施工人的债权状态	不需要特别证明	需要 ——实际施工人对转包人的债权必须已到期
代位范围	发包人欠付的全部范围	以「实际施工人→转包人」和「转包人→发包人」两者中 较小 的金额为限
诉讼结构	发包人为被告，转包人为第三人	发包人为被告，转包人为第三人

关键差异在于「怠于行使」。 如果转包人或违法分包人已经起诉发包人——哪怕是在拖、在执行难——实际施工人都不能再代位。代位权只有在你的上家**什么都不做**的时候才有用。

实务提醒： 代位权诉讼的审查核心在于三点——转包人对发包人的债权是否已到期、转包人是否未以诉讼或仲裁方式主张该债权（即「怠于行使」）、实际施工人对转包人的债权是否已到期。三项全部满足，代位权才能成立。

比法条更重要的是时机——一个被大多数分析遗漏的「侧门」。

代位权的命门就在「怠于行使」这四个字上。如果转包人先你一步起诉了发包人，你的代位权就彻底走不通了——法院判多少、执行到不到位，你完全插不上手，只能等结果。所以这里有一个**时间窗口**：如果你判断上家可能随时启动诉讼，必须赶在转包人起诉之前提起代位权，形成一条不受转包人控制的独立通道。这不是法律技巧，这是比谁先动手。

工程款里的工资部分，走的是另一条路。 建工解释二第8条将农民工工资追索与工程款纠纷彻底分开。如果你的工程款中含农民工工资，工资部分可以通过劳动监察或依据《保障农民

工工资支付条例》直接向总承包单位追索——这条路径不受第6条限制。

窗二：直接主张——向谁要？

建工解释二第6条第一句：

「接受转包或者违法分包的单位或者个人参照转包或者分包合同请求承包人支付折价补偿款的，人民法院依法予以支持。」

这看起来是废话——转包合同本来就是跟转包人签的，找转包人要钱本来就是理所当然的事。

但这句放在第6条里有特殊功能：它在提醒你，「直接找发包人」的路关了，「找合同相对方」的路还在。

而且注意用词——「依法予以支持」——不是「可以支持」，是「应当」。在合同无效的情况下，折价补偿款对应的是实际施工人的实际投入，这个请求权的法律基础是坚实的。

现实问题在于：转包人或违法分包人往往就是跟你签约的那家皮包公司——没资产、没钱、甚至已经注销了。这正是为什么实际施工人以前需要第43条。

如果转包人没钱，第6条第一句拿到的只是一个「胜诉判决+执行不能」——等于是空头支票。所以这条路能不能走通，取决于你的直接上家有没有偿付能力。

窗三：另起炉灶——折价补偿协议（建工解释二第12条）

建工解释二第12条：

「建设工程施工合同无效，建设工程质量合格，发包人和承包人就折价补偿款达成协议，一方当事人主张按照该协议确定双方权利义务，人民法院依法予以支持。发包人、承包人与接受转包或者违法分包的单位或者个人就折价补偿款达成协议，参照前款规定处理。」

来源：最高人民法院，法释〔2026〕12号第十二条。

第12条第二款专门把实际施工人纳入了折价补偿协议的框架——**发包人、承包人、实际施工人三方**就折价补偿款达成协议的，法院予以支持。

这条的价值不在于给你「筹码」，而在于让三方协议真正「了结」这件事。

要理解第12条解决了什么问题，必须先回答一个前提：三方都在协议上签字了，发包人还有什么可担心的？

发包人真正担心的不是「越权付款」——三方都签了，不存在这个问题。发包人担心的，是**合同的「传染性无效」**。

来看一个典型场景：

发包人将工程发包给总包（合同无效），总包转包给实际施工人。发包人已经向总包支付了部分工程款。现在实际施工人拿不到钱，三方坐下来谈——发包人同意再直接支付一笔给实际施工人，三方签了折价补偿协议。

如果没有第12条，发包人面临的危险是——

这份三方协议签在「合同无效」的地基上。既然底层施工合同全部无效，那基于无效合同达成的所谓「折价补偿协议」是否也跟着无效？如果协议被认定无效，实际施工人拿了钱之后，完全可以换个理由再诉发包人：「当初签的那个协议不作数，我按实际施工成本重新算，你还差我X万。」

这不是理论推演，而是「合同无效」制度本身的逻辑后果——无效合同自始没有法律约束力，依附于其上的约定自然也难以独善其身。

发包人陷入了两难：不签——代位权诉讼跟着来，项目账清不了；签了——如果协议效力不牢靠，等于花钱买了一个不定时炸弹。

第12条解决的就是这个两难。

第12条的法理逻辑是：折价补偿协议与底层施工合同是两份不同的法律关系。底层合同无效，不影响双方（或三方）就折价补偿这一具体事项另行达成的协议——**它独立生效、独立履行、独立救济**。签了，实际施工人就不得再就同一工程向发包人主张差额。

这才叫真正的「了结」。不是发包人怕你，而是发包人怕**协议本身不牢靠**。第12条给了这份协议一个独立的法律地基，让发包人付钱之后能真正把账关上。

那实际施工人怎么用这条？

不是用施工资料去「逼」发包人谈——前面说过，这个说法不成立。而是**主动提出三方协议的方案**，并明确告诉发包人：「第12条保证了这份协议的法律效力，签了就了结，我不会再找你要。」

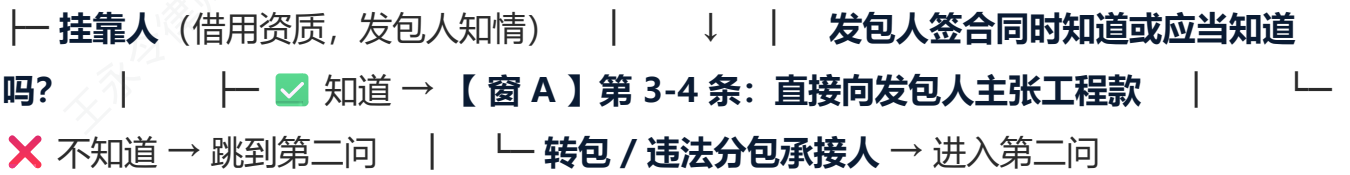
对发包人来说，与其让实际施工人走代位权——诉讼周期长、可能暴露发包人对违法分包知情的事实、最终判多少还不好说——不如坐下来谈一个数字。**发包人算的是两笔账的差额：代位权诉讼的成本+败诉风险，vs 现在谈一个数字一次性了结。** 第12条的作用是让后一种选择的「了结」是彻底的了结。

实际施工人需要克服的障碍，不是「你没有筹码」，而是「发包人不信签了就能了」。第12条帮你回应了这个质疑。

六、三条窗，能进哪一个？——决策流程图

起点 ▶ 你是实际施工人，合同无效，工程合格，发包人欠付工程款

第一问 | 你的身份是什么？



第二问 | 发包人愿意跟你谈吗？

└─  愿意 → **【窗 B】第 12 条：三方签折价补偿协议** |  最快路径。告诉发包人：第 12 条保证签了就了结，不得反悔 | └─  不愿意 → 进入第三问

└─ **第三问 | 你的直接上家（转包人 / 违法分包人）什么状态？**

└─  有偿付能力 | → **【窗 C】第 6 条第一句：直接向转包人起诉主张** |
└─  没偿付能力，且未起诉发包人 | → **【窗 D】第 7 条：提起代位权诉讼，代位追发包人** |  关键：必须赶在转包人起诉发包人之前提起！ | └─  没偿付能力，且已起诉发包人 | → 代位权走不通，只能等转包人案子的结果 | └─
 已注销 / 失联 → 回到第二问（想办法跟发包人谈），最差情况下走代位权（需证明转包人对发包人享有到期债权）

两条独立提醒（不受上述路径限制）

 **农民工工资通道**：工程款中含工资的，工资部分可凭《保障农民工工资支付条例》直接向总承包单位追索，不受第 6 条限制。

 **代位权时间窗口**：一旦转包人先于你起诉发包人，你的代位权就彻底关门。判断局势要快。

└─ **七、结语**

第6条关上的不是实际施工人的路，而是换了一套导航系统。

门关了，窗开在哪，取决于你是谁。 挂靠人（发包人知情）还有直通通道；转包承接人的门关了，但代位权和折价协议两扇窗还在。

第12条不是给你筹码，而是给你「了结」。 合同无效会传染，但第12条切断了传染——三方签了折价协议，独立生效，签了就翻篇，不得反悔。

代位权不等人。 转包人一旦先起诉了发包人，你的代位权就彻底关门。比的不是法条论证，是谁先动手。

一句话：**新规不是不让你要钱，而是逼你换一种方式要。看清自己走哪条路，比争论第6条公不公平，重要得多。**

本文引用的法条来源：

- 《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）》（法释〔2020〕25号）第四十三条，已被建工解释二第23条废止，来源：最高人民法院官网
- 《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〔2026〕12号）第三条至第八条、第十二条、第二十三条，来源：最高人民法院官网（2026年6月29日发布）
- 《保障农民工工资支付条例》（国务院令724号），来源：中国政府网
- 代位权诉讼的审查要件：承包人对发包人的债权到期 + 承包人未以诉讼或仲裁方式主张（怠于行使） + 实际施工人对承包人的债权到期，三项全部满足方可成立

优先受偿权这张王牌，5 条新规全变了

第17-21条

一、你的「王牌」还在，但规矩变了

工程做完了，发包人资金链断了。银行拿着抵押权要优先拿钱，供应商排队要货款，你作为承包人——几百上千万工程款，排在第几？

民法典第807条给了承包人一张「王牌」：**建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。**最高人民法院的司法解释进一步明确：**承包人的工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权。**

来源：《中华人民共和国民法典》第八百零七条；《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）》（法释〔2020〕25号）第三十六条。

意思是：不管银行抵押了多少钱，你的工程款排在银行前面。

这张王牌，建工领域的老板们大多知道。但2026年6月30日施行的建工解释二，用第17条到第21条共5个条文，集中规范了优先受偿权——**牌还是那张牌，但出牌的规矩全变了。**

大多数解读文章在「逐条翻译」这5个条文。本文不重复。我们只回答一个问题：**这5条规矩，到底改了什么？承包人最容易踩哪个坑？**

二、第17条：底牌缩水——停窝工损失被踢出优先受偿

1、法条原文

建工解释二第17条：

「承包人请求确认享有建设工程价款优先受偿权的，人民法院应当查明享有优先受偿权的工程价款数额及相应工程，并在判决主文中予以明确。

承包人就发包人原因造成的停工、窝工等损失主张享有建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持。」

来源：最高人民法院，法释〔2026〕12号第十七条。

2、第一款只是程序性完善

多数分析把第17条的重点放在第一款——「判决主文要明确数额和工程范围」。这确实是个变化：以前法院判决可能只笼统说「承包人享有优先受偿权」，现在必须写清楚多少钱、对应哪部分工程。

但第一款只是程序性完善。真正改变格局的是第二款：停窝工损失不再享有优先受偿权。

3、为什么这条被严重低估

因为停窝工损失，在当前建筑业实践中，可能占承包人索赔金额的很大比例。

发包人资金链断裂导致停工，承包人的损失不只是「没拿到的工程款」——还有停工期间的人工费、机械租赁费、材料保管费、脚手架租金、管理人员工资.....这些加起来，可能比工程款本身还多。

4、「同案不同判」的裁判混乱

第17条出台之前，停窝工损失能否优先受偿，司法实践长期存在分歧——「同案不同判」现象严重。

最高法的裁判观点本身也经历了变化：在（2022）最高法民终24号案中，最高人民法院曾支持承包人将停窝工损失纳入优先受偿范围，理由是停窝工费用属于住建部、财政部规定的「建筑安装工程费用项目」，性质上属于工程价款；但在（2024）最高法民再173号案（2025年6月30日判决）中，最高人民法院则明确否定停窝工损失享有优先受偿权，认为停工补偿费在性质上属于「发包人违约对承包人造成的损失」，根据《批复》第三条不属于建设工程价款范畴。

更值得关注的是，（2024）最高法民再173号案是最高人民检察院抗诉引发的再审，纠正的正是最高人民法院自己此前作出的（2018）最高法民再438号判决——该判决曾将停工补偿费纳入优先受偿权范围。从2022年支持到2025年否定，间隔约两年半，期间各级法院面对同样的争议却可能援引截然相反的最高法裁判先例，裁判尺度严重不统一。

5、一锤定音：不支持

现在第17条一锤定音：**不支持**。

这意味着什么？**你的停窝工损失，只能作为普通债权**。如果发包人破产，你的工程款可以优先于银行拿，但你的停窝工损失要排在银行抵押权、甚至其他普通债权后面，按比例受偿——大概率拿不到多少。

6、实务建议

停窝工发生后，不要只盯着「索赔金额越大越好」。要把停窝工损失和工程款本金分开管理——工程款本金享有优先受偿权（18个月内），停窝工损失不享有。前者要赶紧行使优先权，后者要考虑通过其他途径追索（比如要求发包人提供担保、追加股东为被执行人等）。

三、第18条：以房抵债的「安全感陷阱」

这是5个条文中**最需要承包人警惕的一条**，也是大多数分析没有讲透的一条。

1、法条原文

建工解释二第18条：

「承包人依据其与发包人订立的折价协议主张已经行使民法典第八百零七条规定的建设工程价款优先受偿权，同时符合下列条件的，人民法院应予支持：

- （一）承包人施工的工程质量合格；
- （二）建设工程可以折价；
- （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）折价金额与折价时建设工程的实际价值基本相当。」

来源：最高人民法院，法释〔2026〕12号第十八条。

2、工抵房的法律本质：以物抵债

建工领域的「工抵房」极其普遍——发包人没钱付工程款，用自己开发的楼盘抵债。承包人拿到几套房子，签了协议，以为事情了结了。

工抵房的法律本质是「以物抵债」——用房屋替代工程款支付。这里有一个很多人没有想清楚的问题：签了以物抵债协议之后，工程款债权的性质变没变？

3、代物清偿 vs 新债清偿

民法上有两种理论。第一种叫「代物清偿」：签了以物抵债协议，原来的工程款债权就消灭了，转化成了请求交付房屋、办理过户的合同权利。既然原来的工程款债权已经不存在了，依附于它的优先受偿权也就失去了基础。第二种叫「新债清偿」（间接给付）：以物抵债只是多给了一条还款路径，原来的工程款债权继续存在，直到房屋过户完成（新债履行完毕），旧债才消灭。

最高人民法院2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》（九民纪要）第44条对以物抵债做了区分：抵偿已到期债务的，倾向于代物清偿性质，以物的实际交付为要件；抵偿未到期债务的，倾向于新债清偿性质。工抵房通常抵偿的是已到期的工程款，按九民纪要的逻辑，更接近代物清偿。

这意味着什么？ 如果按代物清偿的逻辑，以物抵债协议签订后，工程款债权已经转化为请求交付房屋的权利。你签了工抵房协议的那一刻，你可能已经不能再以「工程款」的名义

主张优先受偿权了——因为你的债权性质已经变了，它不再是工程款，而是以物抵债合同项下的履行请求权。

4、过户前的「中间地带」最危险

工抵房还有一个残酷的现实：在房屋没有办理过户登记之前，房屋仍然登记在开发商（发包人）名下。从物权角度看，房屋还是发包人的财产。承包人手里的以物抵债协议，本质上还是一纸债权——请求发包人交付房屋并办理过户的请求权。如果发包人破产，这套房子会被纳入破产财产；如果房子被其他法院查封，你拿不到；如果发包人不配合过户，你只能主张违约责任。

换句话说：过户之前，你手里只有债权；过户之后，你拿到了物权，优先受偿权的问题反而不存在了——因为权利已经通过所有权实现了。**真正危险的是中间地带：签了协议、没有过户。**

5、第18条的四道门槛

第18条在这个基础上又加了一层。**第18条出台之前，承包人签了折价协议（工抵房），法院一般认可其已经行使了优先受偿权。**第18条出台之后，必须同时满足4个条件，法院才认可——质量合格、工程可以折价、逾期付款经催告仍未付、折价金额与实际价值基本相当。如果折价协议不满足这4个条件，法院不认可折价协议构成有效行使优先受偿权。

需要指出的是，第18条的4个条件并非凭空新设，而是对民法典第807条「折价」要件的具体化——以前法院在审查时实际上也在考虑这些因素，只是没有统一标准。第18条的意义在于把模糊的审查标准明确化、法定化。

6、真正的陷阱在第四项

前三个条件不太难理解。**真正的陷阱在第四项：折价金额与折价时建设工程的实际价值基本相当。**

实务中，工抵房的定价往往偏离市场价。市场火热时，发包人定价偏高可以减少抵债面积，承包人急于拿钱也只能接受。市场下行时，也存在开发商急于去化、以低于市场价抵债的情形。**第18条第四项主要防范的是前一种情形**——如果工抵房的定价明显高于工程实际价值，折价协议就可能不被法院认定为有效行使了优先受偿权。

7、双重陷阱

把这些线索串起来，承包人面对的是一个**双重陷阱**：

第一层：签了以物抵债协议后，工程款债权的性质可能已经转化——你可能已经不能以「工程款」名义主张优先受偿权了。这不是18个月过期的问题，而是债权性质变化的问题。

第二层：如果折价协议本身不满足第18条的4个条件（比如折价金额不合理），法院不认可你行使了优先受偿权。那债权性质是否「回转」为工程款？如果回转，18个月期限可能已经过了；如果不回转，你的债权就彻底变成了以物抵债合同项下的一般债权。

建工解释一第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。该期限为除斥期间，不适用中止、中断。

无论哪一层，结果都一样：**两头落空**——房子没拿到（没过户），优先权也没了。

8、怎么应对？

第一，签了工抵房协议不等于万事大吉。 协议签了，房子没过户，什么都还没落定。最稳妥的做法是：签协议的同时，向法院起诉——既主张优先受偿权（确认之诉），又请求判令发包人配合办理房屋过户登记（给付之诉）。这样即使折价协议被认定不满足第18条条件，你的优先权在18个月期限内得到了司法确认；同时过户请求也在诉讼中推进。

第二，工抵房的定价要合理。 第18条要求的是「基本相当」，不是「完全一致」，合理浮动空间是允许的。但如果明显偏离市场价（比如超出20%以上），风险就很大。建议留存市场价值评估报告或周边楼盘成交价格记录，证明定价的合理性。

第三，催告程序不能省。 第18条第三项要求「经承包人催告后在合理期限内仍未支付」。催告是行使优先受偿权的前置程序，没有催告记录，这一项条件就不满足。**一封书面催告函，就是一份证据。**

四、第21条：18个月期限不是铁板一块

优先受偿权的行使期限是18个月，从「发包人应当给付工程价款之日」起算。这个期限是除斥期间，不中止、不中断——过了就彻底丧失。

但「应当给付之日」到底怎么定？实践中，这个问题争议极大。

1、法条原文

建工解释二第21条：

「建设工程施工合同约定了发包人应当给付工程价款日期，当事人因工期顺延等客观原因协商变更给付日期，承包人主张自变更后的应当给付工程价款之日起算建设工程价款优先受偿权行使期限的，人民法院应予支持。

建设工程施工合同未约定发包人应当给付工程价款日期或者约定不明，但是当事人在结算协议中明确约定了应当给付工程价款日期，承包人主张自该日起算建设工程价款优先受偿权行使期限的，人民法院应予支持。」

来源：最高人民法院，法释〔2026〕12号第二十一条。

2、第一款：协商变更从变更后起算

看似对承包人有利——工期顺延了，付款日期推迟了，优先权期限也跟着推迟。但这不是「随便改改就行」。

关键词是「**因工期顺延等客观原因**」。变更必须有客观事由支撑。如果发包人和承包人纯粹为了延长优先权期限而倒签变更协议——法院不会支持。这实际上是一项防范双方串通损害其他债权人利益的制度安排。

实务操作：如果工期确实顺延了，双方协商变更付款日期时，一定要把顺延的客观原因写入变更协议（如设计变更通知、监理工程师签发的工期顺延单、不可抗力证明等）。空口无凭，书面为据。

3、第二款：结算协议约定日期可作起算点

这条更实用。很多施工合同的付款条款写得含糊（「工程竣工验收合格后支付」、「结算完成后支付」——什么算「合格」？什么算「结算完成」？）。第21条第二款告诉你：**签结算协议时，一定要写清楚付款日期**。这个日期就是优先权期限的起算点。

实务操作： 结算协议不仅要写金额，还要写明确的付款日期（精确到年月日）。如果付款日期模糊，18个月期限的起算点就不确定——你可能以为还没起算，实际上法院可能认定早就起算了。

五、第19条：债权转让后，优先权不当然跟着走

1、法条原文

建工解释二第19条：

「建设工程价款债权的受让人就建设工程折价或者拍卖的价款主张优先受偿的，人民法院应当综合建设工程是否竣工验收合格、工程价款是否结算、债权转让合同是否有效、受让人是否已经支付了合理转让款等因素作出裁判。」

来源：最高人民法院，法释〔2026〕12号第十九条。

2、争议的核心

很多承包人通过应收账款保理融资——把工程款债权转让给保理公司，提前拿钱。但转让后，保理公司能不能享有优先受偿权？

这个问题，在解释二出台之前，是司法实践中争议最大的问题之一。争议的核心在于：优先受偿权到底是「从权利」（具有担保性质，随主债权一并转移），还是具有「人身专属性」（不可单独转让）？

3、最高法裁判前后矛盾

支持转让的一方认为： 优先受偿权是担保性质的从权利，应当随主债权一并转移。

(2021) 最高法民再18号、(2021) 最高法民终958号均持这一立场——其中(2021) 最高法民再18号再审改判，明确认定工程款债权转让后优先受偿权一并转移，受让人就3600余万元工程款享有优先受偿权。

反对转让的一方认为： 该权利基于特定合同关系产生，具有人身专属性。(2019) 最高法民申3349号持这一立场，直接使用了「人身专属性」的表述。

4、地方阵营分裂

支持转让的阵营阵容强大、条文具体。 《上海法院类案办案要件指南》第6册第291页明确指出：「建设工程价款优先受偿权作为具有担保工程债权优先实现功能的财产性从权利，不具有人身专属性，可以随工程款债权一并转让。」江苏高院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》(苏高法审委〔2008〕26号，2020年12月31日废止)第二十条规定：「承包人将建设工程价款债权转让的，建设工程价款的优先受偿权随之转让。」广东高院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的指导意见》(粤高法发〔2011〕37号，2021年1月1日废止)第十五条规定：「承包人将建设工程施工合同约定的工程款债权依法转让，债权受让方主张其对建设工程享有优先受偿权的，可予支持。」深圳中院《关于建设工程施工合同纠纷案件的裁判指引》第二十四条、湖南高院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》(湘高法〔2022〕102号)第二十条，均持相同立场——后者的说理尤为透彻：「建设工程价款优先受偿权……具有从属性，不具有人身属性，故承包人将建设工程价款债权转让的，建设工程价款优先受偿权随之转让。」河北高院《建设工程施工合同案件审理指南》(2023年5月10日审判委员会总第十八次会议讨论通过)第27条规定：「建设工程价款优先受偿权系法定优先权，承包人将建设工程价款债权转让，建设工程价款的优先受偿权随之转让。」

反对转让的阵营同样有明确的条文依据。 四川、重庆两地高院2022年12月联合发布的《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》第十七条规定：「行使主体应限定为与发包人形成建设工程施工合同关系的承包人，建设工程价款债权转让后，受让人主张对建设工程享有优先受偿权的，人民法院不予支持。」安徽高院在(2020)皖民申4235号裁定中亦认定：优先受偿权「系专属于建设工程承包人的法定权利」，受让人非承包人，不能取得该权利。

这种「同案不同判」的严重程度，远超其他几个条文涉及的问题。同一个保理公司，在上海买到的债权可以享有优先受偿权，在成都买到就不行——这不是法律风险，是法律赌博。

5、第19条的价值：统一裁判尺度

第19条的核心价值正在于此——**统一裁判尺度**。它没有简单地回答「可以」或「不可以」，而是给出了4个综合判断因素，实质上是将优先受偿权的转让条件予以明确化：只要工程竣工验收合格、价款已结算、转让合同有效、受让人支付了合理转让款，优先受偿权即可随债权转让。

6、对承包人的影响

如果保理公司不符合这4个条件（比如工程还没验收、工程款还没结算、受让价格明显偏低），保理公司花钱买了债权但拿不到优先受偿权。这可能影响保理公司收债权的意愿和价格——最终影响的是你的融资渠道。

六、第20条：工程没了，钱还能优先拿——被忽视的「救命钱」

1、法条原文

建工解释二第20条：

「建设工程毁损、灭失或者被征收，承包人就获得的保险金、赔偿金或者补偿金主张优先受偿的，人民法院应予支持。」

来源：最高人民法院，法释〔2026〕12号第二十条。

这是5个条文中被低估的一条。 大多数分析一笔带过——「物上代位，工程没了可以就替代价值优先受偿」。但实务中，这条可能价值百万。

2、三个典型场景

场景一：工程火灾或坍塌。 工程发生事故毁损，如果有工程保险，保险金赔付给发包人（被保险人）。第20条规定：承包人可以就这笔保险金主张优先受偿。但问题是——保险金直接

付给发包人，发包人可能挪用。承包人怎么知道有保险金？怎么主张？**建议：在施工合同中约定工程保险的相关信息（保险公司、保单号、赔付方式），一旦发生事故，第一时间了解保险理赔情况。**

场景二：工程被政府征收。城市更新、旧改拆迁中，在建工程或已完工工程被政府征收，政府向发包人支付补偿款。第20条规定：承包人可以就补偿款主张优先受偿。**建议：关注项目所在地的征收公告，一旦项目被纳入征收范围，立即主张优先受偿权。**

场景三：发包人故意损毁工程。极端情况下，发包人为了逃避优先受偿权，可能故意损毁工程或转移工程对应财产。第20条赋予了承包人就赔偿金优先受偿的权利——即使工程物理形态消灭，优先权不消灭。

3、资金流向的致命风险

但要注意：第20条的保险金、赔偿金、补偿金通常直接支付给发包人（工程所有权人）。承包人如果不主动追踪这些资金的流向，很可能等钱被发包人转移后才发现——那时候再主张，为时已晚。

4、实务建议：保全+通知同步

一旦发现工程毁损或被征收，第一时间申请财产保全。具体操作：向法院申请冻结发包人应收的保险金、赔偿金或补偿金，确保优先权有实际可执行标的。财产保全可以阻止保险人/征收方向发包人付款，从根本上防止资金被转移。同时，尽快向保险公司或征收部门送达债权主张通知，告知该笔款项上存在承包人的优先受偿权，要求其暂停向发包人支付。**保全申请和债权通知同步进行，才能确保第20条不变成一纸空文。**

七、结语

建工解释二第17-21条，5个条文，核心只说了一件事：

优先受偿权从「等来的权利」变成了「经营出来的权利」。

以前，你只要在18个月内主张优先受偿权，基本就行。现在，每一条都在要求你主动做点什么——

第17条：你的停窝工损失不再优先，把工程款和损失分开管理。 第18条：你签的工抵房协议要满足4个条件，别让「安全感」变成「陷阱」。 第19条：你转让债权时，受让人的资格影响优先权是否跟着走。 第20条：工程没了你不一定就没办法，但得主动追踪替代资金。 第21条：18个月期限可以协商延长，但必须有客观事由支撑。

一句话：优先受偿权这张牌，以前打出去就行，现在每打一张都要验明正身。 不知道规矩变了的人，可能拿着牌却打不出去。

法条来源： - 《中华人民共和国民法典》第八百零七条，来源：全国人民代表大会 - 《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）》（法释〔2020〕25号）第三十六条、第四十一条，来源：最高人民法院官网 - 《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〔2026〕12号）第十七条至第二十一条，来源：最高人民法院官网（2026年6月29日发布） - 《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）第44条，来源：最高人民法院 - 裁判案例：（2022）最高法民终24号（2022年12月14日判决，支持停窝工损失享有优先受偿权）、（2024）最高法民再173号（2025年6月30日判决，否定停窝工损失享有优先受偿权），来源：中国裁判文书网 - 《上海法院类案办案要件指南》第6册第291页，来源：上海市高级人民法院 - 第19条相关裁判案例：（2021）最高法民再18号（支持优先受偿权随债权转让）、（2021）最高法民终958号（同上）、（2019）最高法民申3349号（反对转让，认为具有人身专属性）、（2020）皖民申4235号（同上），来源：中国裁判文书网 - 第19条相关地方法院指导意见：江苏高院苏高法审委〔2008〕26号（2020年12月31日废止）、广东高院粤高法发〔2011〕37号（2021年1月1日废止）、深圳中院裁判指引、湖南高院湘高法〔2022〕102号、河北高院2023年审判委员会讨论通过版（以上支持转让）；四川重庆高院2022年联合解答（以上反对转让），来源：各地高级人民法院

固定总价解除后，换个算法差了 210 万

第9/10条

一、固定总价的「铁笼子」

你签了一份固定总价合同——3000万，包死。

施工到一半，钢材涨了40%，人工涨了25%。按现在的成本干下去，不赚反亏200万。你去找发包人谈调价，对方一句话堵回来：「签的是固定总价，市场风险你承担。」

这个场景在建工领域每天都在发生。但2026年6月30日施行的建工解释二，在第9条和第10条里做了两件事：一条管「合同还在，价格能不能调」，一条管「合同没了，钱怎么算」。

大多数解读文章把这两条拆成两个独立问题来讲——第9条说「基本不能调，除非情势变更」，第10条说「解除后按比例算」。结论都正确，但都停在表面。**真正值得说的不是这两道门各自开了多宽，而是它们背后藏着的三个问题：第9条到底改变了什么？「另有约定的除外」到底能除外到什么程度？第10条的「计价标准」到底用什么标准？**

本文把这三个问题掰开来看。

二、第一道门：第9条——情势变更调价

1、法条原文

建工解释二第9条：

建设工程施工合同约定按照固定价格结算工程价款，当事人以约定的建设工期内人工费、主要建筑材料价格发生重大变化为由请求调整工程价款的，人民法院不予支持，但是当事人另有约定或者符合民法典第五百三十三条关于情势变更规定的除外。

来源：最高人民法院，法释〔2026〕12号第九条。

2、第9条到底改变了什么？

表面上看，第9条的规则很简单——**固定价格不调，除非情势变更**。很多人据此认为第9条「确认了固定价格不能调」。

但这个读法搞反了重点。

民法典第533条的情势变更制度，在2021年民法典施行时就已适用于所有合同，包括固定价格的建工合同。从法律上讲，承包人以前也可以主张情势变更。**但在司法实践中，这条路走通的概率极低。**

原因在于建工解释一第21条：「当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，不予支持。」这条规定的本意是防止一方当事人在约定固定价后又反悔申请造价鉴定，但很多法院在实践中把它理解得更宽——既然固定价格不允许鉴定，那承包人主张情势变更时连「继续履行是否显失公平」都难以举证证明，法院自然也难以支持。

效果就是：情势变更在固定价格合同中名义上可用，实际上几乎走不通。

第9条的改变不在于「创造了」情势变更这个权利——这个权利民法典已经给了。它的真正作用是：**在司法解释层面，把情势变更明确列为固定价格合同的法定例外，告诉下级法院不能因为合同是固定价格就一刀切驳回调价请求。**虽然建工解释一第21条仍然有效（它限制的是造价鉴定，不是情势变更），但第9条的出台至少给了承包人一个明确的条文依据来主张：我的案件不是在请求造价鉴定，我是在主张情势变更，法院应当审查是否满足533条的要件。

这个变化是方向性的，不是条文性的。

3、情势变更的三个门槛——建工领域有什么特殊？

民法典第533条的三个核心要件，用建工语境翻译过来：

第一，不可预见。 签合同时，一个理性的承包人无法预见到这种幅度的价格变化。钢材一周涨10%可能属于商业风险，三个月翻一倍就可能是不可预见。关键区别在于：市场正常波动是商业风险，突发事件驱动的暴涨是不可预见。

第二，不属于商业风险。 这是法院审查最严格的一关，也是建工领域最特殊的地方——**固定总价本身就是一种风险分配安排。** 你签了固定总价，等于默认你愿意承担一定程度的价格波动风险。法院在审查「不属于商业风险」时，会考虑这个背景：既然你选择了固定总价而非可调价格，说明你自愿承担了部分市场风险。因此，固定总价合同中情势变更的门槛，客观上可能比其他类型合同更高。

目前没有统一的百分比标准来界定「商业风险」与「情势变更」的边界。法院会结合价格变化的幅度、速度、原因、持续时间来综合判断。

第三，继续履行显失公平。 不能只是「亏了一点」，必须是「明显不公平」。如果承包人按原合同价格继续履行，出现了远超正常利润水平的亏损——比如原本预计利润300万，现在预计亏损200万——这种级别的反转才算「显失公平」。

三个条件必须同时满足。**这不是一个随随便便就能撬动的杠杆，但第9条至少确保了：你的主张会被法院实质审查，而不是被「固定价格」四个字挡在门外。**

4、「另有约定的除外」：一把双刃剑

大多数人看到第9条的「当事人另有约定的除外」，第一反应是：「如果在合同里约定了调价机制，第9条就不限制我了。」这没错。但这只是这把剑的一面。

另一面是：如果合同明确约定「无论市场价格如何波动，承包人不得以任何理由要求调整工程价款」，这个约定是否有效？

这个问题在法理上有真正的争议。

一种观点认为：情势变更是民法典第533条的法定制度，是公平原则的体现，属于强制性规定，当事人不能通过约定排除。如果允许约定排除，发包人完全可以在格式合同中加入「不得以任何理由调价」的条款，情势变更制度在固定价格合同中就名存实亡了。

另一种观点认为：第9条明确写了「当事人另有约定的除外」——如果最高法院认为情势变更不可排除，为什么要加这句话？「另有约定」当然包括「约定不调」的约定。而且，固定总价本身就是当事人对风险分配的约定，法律应当尊重当事人的意思自治。

第9条的条文表述，对后一种观点更为有利。 但这个问题目前没有定论——第9条没有明确「另有约定」的范围是否包括排除情势变更的约定，这个问题最终要靠后续裁判来回答。

对承包人来说，这个争议的实务意义在于：**签合同时要警惕「不得以任何理由调价」的条款。** 如果你的合同里有这句话，将来想主张情势变更，对方一定会拿第9条的「另有约定的除外」来抗辩。你能不能反驳掉，取决于法院对「另有约定」的理解。这个风险，签合同时就应该知道。

5、第9条最大的价值在哪里？

不在法庭上，在谈判桌上。

「当事人另有约定的除外」——这句话给了承包人一个谈判的抓手。在发包人强势的建工市场，承包人往往不敢提调价条款。但第9条出台后，你可以跟发包人说：「最高法院已经给调价留了口子，我们不约定清楚，将来极端情况下双方都得打官司。不如在合同里写一个调价机制——比如主要建材价格波动超过 $\pm 10\%$ 时启动调价——对双方都好。」

这不是法律建议，是谈判策略。 第9条给了你一个「最高法院说可以约定」的背书，让你在谈判桌上多了一张牌。至于能不能谈下来，取决于你的议价能力——但至少，你现在有牌可打了。

三、第二道门：第10条——未完工程按比例结算

1、法条原文

建工解释二第10条：

采用固定总价的建设工程施工合同解除后，当事人就质量合格的已施工部分工程价款没有约定且不能协商一致的，人民法院可以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标准、计价方法或者工程建设领域相关规范，确定承包人已施工部分工程价款占全部工程价款的比例，并以该比例乘以合同约定的固定总价确定承包人已施工部分工程价款。

来源：最高人民法院，法释〔2026〕12号第十条。

2、计价公式：两步走

场景：你签了3000万的固定总价合同，干到一半，合同解除。发包人说：「按你实际花的钱算。」你说：「按工程量算，我该拿更多。」双方扯皮。

第10条给出了一个两步走的计算公式：

第一步：参照建设行政主管部门发布的计价标准，测算已施工部分占全部工程的**比例**。

第二步：用这个比例，乘以合同约定的固定总价。

公式：**（按计价标准测算的比例）×（合同固定总价）= 应得工程款。**

这里有一个关键点：**比例用的是外部计价标准来测算，而不是你实际花了多少钱。**也就是说，第10条不是「你花了多少赔多少」，而是「你干的活按计价标准值多大比例，就按那个比例从固定总价里切」。

3、最核心的争议：计价标准怎么选？

第10条说的是「建设行政主管部门发布的计价标准、计价方法或者工程建设领域相关规范」。但这句话落到实务中，第一个问题就是：**用哪个标准？**

建设行政主管部门发布的计价标准，通常包括几种：

一是定额。 各省市住建厅/局定期发布建设工程计价定额，按分部分项工程给出人工、材料、机械的消耗量和单价。定额的特点是相对稳定，但可能滞后于市场实际价格。

二是造价信息价。 各地造价管理部门定期发布建筑材料市场信息价，反映的是当地市场的实际价格水平。信息价的特点是贴近市场，但不同时期波动较大。

三是工程量清单计价规范。 即《建设工程工程量清单计价规范》（GB50500），按清单项目综合单价计算。

用哪个标准算比例，结果可能差很多。 同一个已施工部分，用定额算出来的比例可能是35%，用信息价算出来可能是42%——因为定额中的人工、材料单价往往低于市场信息价，导致已施工部分的「价值」在定额体系下偏低，比例也偏低。

对承包人来说，比例越低越不利： $35\% \times 3000\text{万} = 1050\text{万}$ ； $42\% \times 3000\text{万} = 1260\text{万}$ 。差了210万。

第10条没有指定具体用哪种标准，只给了「计价标准、计价方法或者工程建设领域相关规范」三个选项。这意味着，在具体案件中，选择哪种计价标准将成为双方争夺的第一个战场。 承包人倾向于选择使比例偏高的标准，发包人则相反。法院最终选哪个，可能取决于合同订立时当地实际采用的计价体系——如果合同是按清单计价的，法院可能倾向于用清单规范；如果合同参照了定额，法院可能倾向于用定额。

这个选择问题，大多数解读文章完全没有提到。但它是第10条在实务中最核心的争议点。

4、第10条没解决的问题：未完工部分的利润怎么办？

第10条只解决了「已施工部分值多少钱」的问题，但合同解除还有一个后果没有回答：**未完工部分的利润损失，承包人能不能主张？**

固定总价合同里包含了承包人的预期利润。合同正常履行完毕，承包人能拿到3000万，其中包含比如200万的预期利润。现在合同解除，承包人只干了1/3，按第10条拿到1000万——但这1000万只是已施工部分的工程款，未完工部分那部分预期利润呢？

民法典第566条规定，合同解除后，尚未履行的部分终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失。第584条规定了可得利益损失（预期利润）的赔偿。

问题是：第10条的计算公式和民法典第584条的可得利益赔偿是什么关系？ 承包人能否在按第10条拿到已施工部分工程款的同时，另行主张未完工部分的利润损失？还是说第10条的计价方式已经「吸收」了利润问题？

第10条没有回答这个问题。**这可能是后续实务中最大的争议之一。**如果法院认为第10条已经「包干」了所有工程款问题，承包人就不能再主张利润损失；如果法院认为第10条只管已施工部分的工程款，承包人就还有空间另行主张。

四、两道门背后的「逻辑切换」

大多数解读文章说第9条和第10条是「组合拳」——用第9条撬开合同解除的门，再用第10条算钱。这个说法听起来有道理，但经不起推敲：民法典第533条本身就允许情势变更时请求解除合同，这个路径在建工解释二出台之前就存在了。第10条只是补充了解除后的计算方法，谈不上「组合拳」。

真正的变化不在于两条能不能配合用，而在于它们背后的计价逻辑不同。

第9条的底层逻辑是：**合同有效，继续履行，固定价格仍然约束双方。**你能做的只是在固定价格的框架内争取调整——要么通过合同约定的调价条款，要么通过情势变更请求法院变更价格。无论哪种方式，你都没有跳出固定总价的框架。

第10条的底层逻辑是：**合同解除，固定总价不再约束已施工部分的计价。**法院用外部计价标准来测算比例，再用这个比例去切固定总价——**比例是市场逻辑，基数是合同逻辑，两者混在一起。**

这就是「逻辑切换」：合同存续时，你受固定价格约束；合同解除后，计价比例变成了市场参照。对承包人来说，这意味着：如果固定总价低于市场价（低价中标），合同解除后按市场标准算出来的比例可能高于你的实际投入比例——你拿到的钱可能比你预期的多。反过来也一样。

但要注意：基数仍然是固定总价，不是市场总价。所以第10条并没有让承包人「逃出」固定总价——它只是换了一种切蛋糕的方式。**蛋糕的大小没变（还是固定总价），但切的比例变了（从合同逻辑变成了市场逻辑）。**

理解了這個「逻辑切换」，承包人的策略选择就清晰了：

- 如果固定总价高于市场价（高报价），尽量保住合同，走第9条在框架内调整。

- 如果固定总价低于市场价（低报价），合同解除后走第10条反而可能更有利——因为市场标准算出来的比例会偏高。

当然，这只是一个方向性判断。具体结果取决于计价标准的选择、已施工部分的结构、以及法院的自由裁量。

五、承包人该怎么做？

1、价格异常波动时，第一时间书面发函

不要口头沟通，不要等。一封正式的书函，说明价格变化的具体数据、幅度，提出调价协商请求。这封函有多重功能：既是情势变更主张的起点（民法典第533条要求「先协商」），也固定了你「已提出协商」的证据，还为将来的诉讼提供了时间节点。

2、签合同时埋好两颗「种子」

第一颗：调价条款。第9条的「当事人另有约定的除外」不是摆设。在固定总价合同中写入调价条款——比如约定主要建材价格波动超过 $\pm 10\%$ 时启动调价机制——就等于给自己买了一份保险。发包人不愿意写？拿出第9条给他看。

第二颗：警惕「不得调价」条款。如前所述，如果合同里有「无论市场价格如何波动，承包人不得以任何理由要求调整工程价款」这样的条款，将来你主张情势变更时对方一定会拿第9条的「另有约定的除外」来抗辩。签合同时看到了这句话，就要知道风险所在。

3、被迫退场时，做好三件事

第一，确保质量合格。第10条明确写了「质量合格的已施工部分」——有质量问题不适用。

第二，退场前申请证据保全。对已施工部分的工程量、质量状况进行证据保全。现场照片、监理日志、施工记录——在算比例的时候就是金子。没有这些证据，你连「干了多少」都说不清，更别说算比例了。

第三，关注计价标准的选择。 如前所述，用不同的计价标准算出来的比例可能差很多。退场后如果进入诉讼，第一时间和你的律师讨论：用哪种计价标准对你最有利？合同订立时当地实际用的是哪种体系？

六、结语

固定总价的「固定」二字，在建工解释二出台之后，含义正在发生变化。

第9条告诉你：极端情况下，价格可以调——法院不能因为「固定」两个字就一刀切拒绝。

第10条告诉你：合同解除后，钱可以按市场标准算比例——不再完全被固定总价锁死。

但这两道门都不会自己打开。情势变更要靠你举证，计价标准要靠你争取，证据要靠你保全。**第9条和第10条给的不是结果，是可能性。能不能把可能性变成结果，取决于你从签合同那一刻起就在不在守。**

法条来源： - 《中华人民共和国民法典》第五百三十三条、第五百六十六条、第五百八十四条、第七百九十五条，来源：全国人民代表大会 - 《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）》（法释〔2020〕25号）第二十一条，来源：最高人民法院 - 《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〔2026〕12号）第九条、第十条，来源：最高人民法院官网（2026年6月29日发布）

出借资质，从稳赚不赔到两头亏

第3/5/22条

挂靠——借用资质承揽工程，是建工领域最普遍的「潜规则」。

你借用别人的资质接了活，干完了，工程款找谁要？别人借你的牌子接了活，欠了材料款供应商找谁要？这两个问题，建工解释二第3条和第5条分别作了回答。

但大多数解读文章只看到这两条表面的规则——「挂靠人可以要折价补偿」和「出借人可能担表见代理责任」——却忽略了三个更深层的问题：第3条的「参照约定」参照的到底是什么？资质使用费已经收了的部分怎么办？以及，所有人都没注意到的第22条——法院「应当」移送行政处罚。

本文把这三个问题掰开来看。

一、第3条：合同无效，但钱还得算

1、法条原文

建工解释二第3条：

建筑施工企业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，人民法院应当认定出借资质、允许使用本企业名义的合同无效。建筑施工企业主张约定的资质借用费、使用费的，人民法院不予支持。建设工程质量合格，借用资质的单位或者个人参照其与建筑施工企业就支付工程款项的约定请求建筑施工企业支付折价补偿款的，人民法院依法予以支持。

来源：最高人民法院，法释〔2026〕12号第三条。

三句话，三层意思：第一，挂靠合同无效；第二，出借人收不到资质使用费；第三，挂靠人可以参照约定要折价补偿。

这三层意思，每一层都有值得深挖的问题。

2、折价补偿权：质量合格是唯一前提

第3条第三款给挂靠人开了要钱的路——但有一个硬性前提：**建设工程质量合格**。

这与民法典第793条一脉相承：「建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。」合同无效不等于白干，但工程质量必须过关。

实务中需要注意的是：这里的「质量合格」通常以验收为标准。如果工程未完工、双方未验收，挂靠人需要通过司法鉴定等方式证明已施工部分质量合格。这个举证责任在挂靠人一方——你主张折价补偿，你得先证明你的活没问题。

3、「参照约定」：参照什么？——与第11条的互文

这是第3条最值得深挖、也是大多数解读完全忽略的问题。

第3条说挂靠人「参照其与建筑施工企业就支付工程款项的约定」请求折价补偿。注意，参照的对象是**挂靠人与出借人之间的内部约定**——也就是挂靠协议中关于工程款支付的条款，不是出借人与发包人之间的施工合同。

这个区别很关键。挂靠协议中通常会约定：管理费（资质使用费）按几个点扣、工程款按什么方式结算、下浮率是多少。这些条款在合同无效后还能不能「参照」？

第3条没有回答这个问题。

对比第11条——同样是「参照」无效合同的约定折价补偿，第11条明确列出了参照的范围：「包括参照建设工程施工合同约定的工程价款金额、计价方式、支付时间、调整方法和结算方法等相关内容。」五个维度，清清楚楚。

第3条呢？只说了一句「就支付工程款项的约定」，没有列举，没有细化。

这意味着什么？

假设挂靠协议约定「按发包人审定造价下浮8%结算」。合同无效后，这个「下浮8%」能否被参照适用？

这个问题与第二章讨论的第11条下浮率问题高度相关。第11条至少列出了「调整方法」和「结算方法」两个维度，下浮率可以往里套。但第3条连这样的维度都没有——它只说「支付工程款项的约定」，范围更模糊。

更深层的问题是：第3条参照的是挂靠协议，挂靠协议中的管理费扣除条款（「出借人扣3%管理费后支付挂靠人」）能否参照？如果参照，等于变相认可了管理费——但第3条第二款又明确说「资质借用费、使用费不予支持」。这就产生了一个矛盾：**你参照的「约定」里包含管理费扣除，但管理费本身又不被支持。参照到什么程度？扣除还是不扣除？**

第3条没有解决这个问题。这是实务中真实的灰色地带，需要后续司法实践进一步明确。

4、资质使用费：收不到，已收的怎么办？

第3条第二款：「建筑施工企业主张约定的资质借用费、使用费的，人民法院不予支持。」

翻译成大白话：出借人以后别想再收管理费了。已经约定但还没收的，法院不支持。

但第3条没有回答一个更现实的问题：已经收了的怎么办？

实务中，很多出借企业在工程进行中已经按月或按节点扣了管理费。合同被认定无效后，这部分已收费用怎么处理？存在三种观点：

第一种观点：应当返还。理由是民法典第157条规定，合同无效后，因该合同取得的财产应当予以返还。管理费是出借人基于无效合同收取的，应当返还给挂靠人。

第二种观点：应当没收。理由是建筑法第66条规定，出借资质的，没收违法所得。管理费属于违法所得，应由行政机关没收，不属于民事返还范围。

第三种观点：不返还也不没收。理由是挂靠行为本身具有不法性，双方均有过错，基于「不法原因给付不得请求返还」的法理，已支付的管理费不予返还，未支付的无须再付。

三种观点各有法理依据，第3条没有表态。这意味着同一个案件，在不同法院可能得到完全不同的结果——出借人可能被判决返还管理费，也可能不用返还。**这不是法律风险，是法律赌博。**

对挂靠人来说，如果你已经付了管理费，可以尝试主张返还——但能不能成功，取决于法院采哪种观点。对出借人来说，已收的管理费也不是「落袋为安」——可能被判返还，也可能被行政机关没收。

二、第5条：出借人的「隐形炸弹」

1、法条原文

建工解释二第5条：

借用资质的单位或者个人以出借资质的建筑施工企业名义购买建筑材料、建筑构配件和设备，租赁设备等，相对人请求该建筑施工企业承担民事责任，符合民法典第一百七十二条关于表见代理规定的，人民法院应予支持。

来源：最高人民法院，法释〔2026〕12号第五条。

2、表见代理的两个要件

民法典第172条：「行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。」

在挂靠场景下，表见代理的认定需要同时满足两个要件：

第一，代理权的外观。 挂靠人以出借人名义与供应商签约，供应商需要证明「有理由相信」挂靠人有代理权。实务中，以下因素可以构成代理权外观：挂靠人持有出借人的合同章或项目部章、出借人出具过授权委托书、挂靠人以出借人项目部的名义对外经营、交易场所就在出借人项目部等。

第二，相对人善意且无过失。 供应商不仅需要「相信」，还需要这种相信是合理的——即供应商不知道也不应当知道挂靠人没有代理权。如果供应商在签约时明知对方是挂靠，或者对明显的异常信号（如签约主体与付款主体不一致、合同章可疑等）视而不见，可能被认定为有过失，表见代理不成立。

3、举证责任：对出借人极为不利

这是第5条最容易被忽略、但对出借人影响最大的问题。

举证责任的分配是：

- 供应商（相对人）承担初步举证责任——证明代理权外观存在（合同章、授权书、交易习惯等）。
- 出借人（被代理人）承担反证责任——证明供应商知道挂靠人没有代理权，或者供应商存在过失。

这个分配对出借人极为不利。原因在于：

出借人很难证明供应商「知道」。 挂靠人对外签约时用的往往是出借人的名义和印章，从外部来看，交易对手就是出借企业本身。出借人要证明供应商「知道」挂靠人没有代理权，等于要证明供应商看穿了挂靠的伪装——但大多数供应商并不关心你内部是不是挂靠，他们只看合同上的章和名字。

出借人更难证明供应商「有过失」。 供应商与挂靠人签约，只要合同形式上没有明显异常（盖章齐全、授权书有效），供应商的审查义务就基本完成了。出借人要证明供应商「应当发现」挂靠事实，门槛非常高。

实务结果： 只要在签约时挂靠人使用了出借人的印章或名义，且供应商没有明显的过失，表见代理大概率成立。出借人就要为挂靠人的材料款、设备租赁费买单。

4、清偿后能否追偿？

第5条没有规定出借人承担表见代理责任后能否向挂靠人追偿。

从法理上讲，出借人代挂靠人向供应商付款后，可以依据挂靠协议（虽然无效）或不当得利向挂靠人追偿。但实务中面临两个现实困难：

第一，挂靠人可能已经「跑路」。 很多挂靠人在工程亏损后直接消失，出借人连人都找不到，追偿无从谈起。

第二，挂靠人可能没有偿付能力。 挂靠人之所以借用资质，往往是因为自身资金实力有限。即使找到人，判决了，执行也可能落空。

这意味着出借人的表见代理责任很可能变成实际损失，而非垫付。出借人以为自己只是「借个名字」，结果变成了「替人还债」。

三、第22条：所有人都忽略的「第三层风险」

1、法条原文

建工解释二第22条：

人民法院审理建设工程合同纠纷案件中发现违法发包、转包、违法分包及资质借用等违法行为或者建设工程存在严重质量问题的，应当及时将相关情况、问题线索、证据等通报、移送有关建设行政主管部门；涉嫌犯罪的，应当将涉嫌犯罪线索移送侦查机关。

来源：最高人民法院，法释〔2026〕12号第二十二條。

2、「应当」移送 = 法院的法定义务

注意第22条的措辞——不是「可以」移送，是「**应当**」移送。

「可以」意味着法院有裁量权，移送不是必须的。「应当」意味着移送是法定义务——只要在审理中发现了挂靠等违法行为，法院就必须移送，没有选择余地。

这对挂靠人和出借人都意味着什么？

一个挂靠人起诉出借人要折价补偿（第3条），法院在审理过程中必然要查明挂靠事实。查明之后，法院不仅要判决折价补偿，还「应当」将挂靠线索移送住建部门。

一个供应商起诉出借人要求承担表见代理责任（第5条），法院同样会查明挂靠事实。查明之后，同样「应当」移送。

换句话说，你在法庭上主张挂靠权利的同时，就可能在给自己挖行政处罚的坑。

3、行政处罚后果

根据建筑法及《建设工程质量管理条例》的相关规定，挂靠行为可能面临以下行政处罚：

对出借人（建筑施工企业）： 责令改正，没收违法所得，处以罚款；可以责令停业整顿，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书。

对挂靠人（借用资质的单位或个人）： 予以取缔，处以罚款，没收违法所得。

对单位直接负责的主管人员和直接责任人员： 可处单位罚款数额5%以上10%以下的个人罚款。

这意味着，一个挂靠人通过诉讼拿到100万折价补偿的同时，可能被住建部门处以数万元甚至更高的罚款，甚至被取缔。出借人在被判决支付折价补偿的同时，可能面临停业整顿甚至吊销资质。

4、「寒蝉效应」

第22条制造的「寒蝉效应」是：**挂靠双方都知道打官司可能触发行政处罚，因此在是否诉讼的问题上会产生犹豫。**

挂靠人可能想：我告出借人要工程款，结果法院把我也移送了，罚款可能比工程款还多。

出借人可能想：供应商告我表见代理，我抗辩说对方是挂靠不是我的人，结果法院移送了，我的资质可能被吊销。

这种「寒蝉效应」客观上可能抑制挂靠纠纷进入司法程序的数量。但从另一个角度看，也意味着——一旦进入诉讼，双方都已经在行政处罚的风险下「裸奔」了。诉讼策略必须把行政处罚后果纳入考量，而不仅仅是工程款的得失。

四、风险全景：挂靠链条上谁的风险最大？

把第3条、第5条、第22条放在一起，加上第三章已讨论的第4条，可以看到一幅完整的挂靠风险全景图：

主体	权利	风险
挂靠人	① 第3条：可向出借人主张折价补偿（质量合格前提） ② 第4条：发包人知情时可直接向发包人主张（详见第三章） ③ 第7条：代位权（详见第三章）	① 第22条：行政罚款、取缔、没收违法所得 ② 折价补偿「参照约定」范围不确定 ③ 举证责任重（需证明质量合格、发包人知情等）
出借人	① 收取的资质使用费无需主动返还（部分法院观点）	① 第3条：资质使用费不予支持（未收的收不到） ② 第3条：要向挂靠人支付折价补偿 ③ 第5条：可能被供应商追表见代理责任 ④ 第22条：罚款、停业整顿、降低资质、吊销资质 ⑤ 第8条：挂靠引发欠薪，出借企业全额清偿
发包人	① 不知情时可拒绝挂靠人直接主张	① 知情时可能要直接向挂靠人付款（第4条） ② 第22条：如存在违法发包，同样面临行政移送

结论很清楚：出借企业的风险最大。

以前出借资质的逻辑是：借个牌子收2-3%管理费，不参与实际施工，零成本稳赚。现在：

- 管理费收不到了（第3条不予支持）
- 已收的可能要返还或被没收（第3条灰色地带）
- 要向挂靠人支付折价补偿（第3条）
- 可能被供应商追表见代理责任（第5条）
- 可能被行政罚款甚至吊销资质（第22条）
- 挂靠引发欠薪还要全额清偿（第8条）

从「稳赚不赔」到「两头亏」——出借资质已经从一门「生意」变成了一颗「定时炸弹」。

五、实务建议

1、对挂靠人

第一，证据意识。 你要主张折价补偿，需要证明：工程质量合格、你与出借人之间的付款约定、出借人欠付金额。施工过程中的签证、验收记录、付款凭证、往来函件，都是关键证据。

第二，路径选择。 如果发包人知情，优先走第4条直接向发包人主张（第三章已详述）；如果发包人不知情，走第3条向出借人主张，或走第7条代位权。三条路径不是非此即彼——可以先走第4条，不够的再走第3条，但不能重复主张。

第三，行政处罚预判。 起诉前评估第22条行政移送的风险。如果工程款金额远大于可能的罚款金额，诉讼仍值得打；但如果罚款可能超过工程款，需要谨慎决策。

2、对出借人

第一，停止出借。 这是最彻底的建议。第3条+第5条+第22条+第8条的组合已经让出借资质无利可图且风险极高。如果有在进行的挂靠项目，尽快收尾。

第二，印章管控。 如果暂时无法完全停止出借，至少要严格管控印章。第5条表见代理的认定很大程度上取决于印章——挂靠人持有出借人的合同章、项目部章，表见代理几乎必然成立。收回印章、限制使用范围、留存用印记录，是降低表见代理风险的关键措施。

第三，已收管理费的处理。 如果已收取管理费，不要以为「收了就收了」。评估项目所在地的裁判倾向——当地法院采哪种观点（返还/没收/不返还），直接影响你的风险敞口。

第四，行政处罚预判。 与挂靠人一样，出借人也需要评估第22条的行政移送风险。特别是资质等级较高的企业——吊销资质的后果远比个案中的折价补偿严重。

3、对发包人

第一，签约审查。 签约前核查承包人的资质、现场管理人员社保关系，避免「知道或应当知道」挂靠事实。一旦被认定为知情，可能要直接向挂靠人付款（第4条）。

第二，付款控制。 如果在履约过程中发现挂靠事实，及时固定证据，明确付款对象。不要在知情的情况下继续向出借人付款后又面临挂靠人的直接主张。

六、结语

建工解释二对挂靠规则的重构，可以用一句话概括：**让出借资质从一门生意，变成了一颗炸弹。**

第3条砍掉了管理费这条收入，第5条接上了表见代理这根引线，第22条埋下了行政移送这颗雷。三条叠加，出借企业的风险从「零成本收管理费」变成了「收不到费、要赔钱、可能被罚、甚至吊销资质」。

对挂靠人来说，权利路径反而更清晰了——第3条给你找出借人要钱的路，第4条给你找发包人要钱的路（需知情），第7条给你代位权的路。但第22条的行政移送风险同样悬在头顶。

以前的挂靠是「一个愿打一个愿挨」，现在是「两头都有风险，出借人风险更大」。

如果你正在出借资质，认真想想：那2-3%的管理费，够赔吗？

建工解释二专论系列： - 第二章：合同无效，下浮率还能用吗？（第11条） - 第三章：不能直接告发包人了，但很多人不知道还有路（第4/6/7/12条） - 第四章：优先受偿权这张王牌，5条新规全变了（第17-21条） - 第五章：固定总价解除后，换个算法差了210万（第9/10条） - **第六章：出借资质，从稳赚不赔到两头亏（第3/5/22条）**

法条来源： - 《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〔2026〕12号）第三条、第五条、第二十二條，来源：最高人民法院官网（2026年6月29日发布） - 《中华人民共和国民法典》第一百七十二条（表见代理）、第一百五十七条（合同无效后果）、第七百九十三条（建设工程合同无效折价补偿），来源：全

国人民代表大会 - 《中华人民共和国建筑法》第六十六条（出借资质的法律责任），来源：
全国人民代表大会常务委员会 - 第4条相关内容详见第三章专论，此处不再重复

退场那天起，四条新规帮你算清账

第13-16条

工程干完（或者没干完合同就解了），你把结算资料交了，然后——就没有然后了。

甲方说：「审计还没出来，等审计结果吧。」

一年过去了。两年过去了。三年过去了。你每次催，都是同一句话。你欠着材料款，工人等着发工资，设备租金天天在滚，而审计报告像永远不会来。

或者另一种场景：合同解除了，你被要求退场。甲方扣着质保金不给，说「质保期没到」。你走的时候想留证据，甲方不让。后来甲方说你干的活有质量问题，找了别人修，把账算你头上。

这四个问题——审计拖多久、质保金怎么算、退场怎么走、质量问题怎么处理——建工解释二第13条到第16条分别作了回答。

但大多数解读文章只看到表面的规则——「审计一年大限」「质保金从退场起算」——却忽略了更深层的问题：一年的起算点到底是什么时候？质保金的基数是合同总价还是已完工程价款？退场前能不能做证据保全？甲方发现质量问题，能不能不通知你直接找人修？

本文把这四个问题掰开来看。

一、第13条：审计结算——一年红线不是万能的

1、法条原文

建工解释二第13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，但是审计结果或者评审结论非因承包人原因未在合理期限内出具，或者承包人有证据证明审计结果或者评审结论与施工合同约定明显不符，承包人申请对工程造价进行司法鉴定的，人民法院应予准许。

前款规定的合理期限，当事人有约定的，按照约定；没有约定的，人民法院综合工程规模和工程造价金额、复杂程度等因素确定，但是该期限不得超过承包人提交竣工结算文件之日起一年。

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，发包人请求以审计结果或者评审结论确定工程价款的，人民法院不予支持。

来源：最高人民法院，法释〔2026〕12号第十三条。

三款，三层过滤。每一层的适用条件不同，搞混了就用错。

2、第一层：没约定审计——甲方不能拿审计压你

第13条第三款说得最直白：**合同没约定以审计结果作为结算依据的，甲方不能要求以审计结果确定工程价款。**

这一款解决的是最基础的问题：很多政府投资项目，合同里压根没写「以审计结果为准」，但甲方习惯了拿审计当挡箭牌——「我们政府项目都要审计」「审计没出我们不能付」。第13条第三款把这条路堵死了：没约定就是没约定，不能单方面加条件。

这与2025年修订的《保障中小企业款项支付条例》一脉相承。该条例规定，除法律、行政法规另有规定，机关、事业单位和国有大型企业不得强制要求以审计机关的审计结果作为结算依据。第13条第三款在司法层面确认了这一规则——行政规章说不许强制，司法解释说法院不支持。

实务要点：翻翻你的合同，看看有没有「以审计结果为准」的条款。如果没有，甲方再拿审计压你，你可以直接起诉要求按合同约定结算，不需要等审计。

3、第二层：约定了审计——一年是底线

第13条第一款和第二款是重头戏。

合同约定了以审计结果作为结算依据，但审计迟迟不出——这种情况太常见了。第13条第一款给了承包人一条出路：**非因承包人原因，审计未在合理期限内出具，承包人可以申请司法鉴定。**

关键在第二款——「合理期限」怎么定：

- 当事人有约定的，按约定（比如合同写了「审计应在提交结算资料后六个月内完成」）；
- 没有约定的，法院综合工程规模、造价金额、复杂程度等因素确定；
- **但无论如何，不得超过承包人提交竣工结算文件之日起一年。**

一年，是法定上限。

这条规则的杀伤力在于：以前审计可以拖三年、五年，承包人毫无办法。现在，从你提交竣工结算文件那天起，最多一年。一年到了审计还没出，你可以直接向法院申请司法鉴定，绕过审计。

最高法在发布建工解释二时配套发布的典型案例四明确了这一规则的适用：非因承包人原因审计机关未出具审计报告，法院可以通过司法鉴定方式确定工程价款。来源：最高人民法院2026年6月29日发布的建工解释二典型案例。

4、一年的起算点——「提交竣工结算文件之日」

这里有一个极其重要的细节：**一年的起算点是「承包人提交竣工结算文件之日」，不是竣工验收之日，不是合同解除之日，也不是工程实际完工之日。**

这意味着什么？

你必须有证据证明你提交了竣工结算文件。

实务中很多承包人的做法是：把结算资料交给甲方的项目经理或造价工程师，没有签收单，没有快递记录，没有邮件留痕。过了一年，你说「我早就交了」，甲方说「我没收到」。你说怎么办？

实务建议：提交竣工结算文件时，必须做到以下三点之一： - 甲方签收，签收单上注明收到日期和文件清单； - 邮寄送达，保留快递单号和签收记录； - 电子邮件发送，保留发送记录

和甲方回复。

没有这三样之一，你的「一年」可能根本没开始起算。

5、第三层：审计结果出来了但明显不合理——也可以申请鉴定

第13条第一款给了两条路：

第一条：审计未在合理期限内出具（非因承包人原因）→ 可以申请鉴定。

第二条：**审计结果出来了，但与施工合同约定明显不符→ 也可以申请鉴定。**

第二条路被大多数解读忽略了。

什么叫「与施工合同约定明显不符」？条文没有细化。但从字面理解，至少包括以下情形：

- 合同约定固定总价1000万，审计结果只认了600万，差额40%；
- 合同约定按定额结算，审计却按信息价结算，且两种标准差异显著；
- 合同约定了具体的取费标准和下浮率，审计结果完全没按这些标准来。

这条路的实务价值在于：即使审计结果出来了，你也不必被动接受。如果你有证据证明审计结果与合同约定明显不符，你可以向法院申请司法鉴定，用鉴定意见替代审计结果。

这实际上给了承包人一个「审计结果异议权」——以前审计结果出来了就是板上钉钉，现在你可以挑战它。

6、第13条没解决的问题

第13条有三个留白：

第一，「非因承包人原因」怎么认定？如果承包人提交的结算资料不完整导致审计延迟，算不算承包人的原因？如果甲方故意不配合审计（不提供资料、不确认工程量），导致审计无法进行，算不算「非因承包人原因」？条文没有明确。但从立法本意看，「非因承包人原因」应作限缩解释——只有承包人自身的过错导致的延迟才不算数，甲方和审计机关的原因不能算在承包人头上。

第二，如果甲方根本没把结算资料报送审计呢？ 实务中有些甲方收到承包人的结算资料后，既不审核也不报送审计，就拖着。第13条说的是「审计未在合理期限内出具」，但如果压根没报送，审计程序都没启动，算不算「未在合理期限内出具」？这个问题需要后续司法实践明确，但从第13条的立法目的看，甲方的拖延应当视为审计延迟的一种情形。

第三，承包人提交结算文件后甲方不签收怎么办？ 可以通过公证送达、律师函等方式固定提交行为。

二、第14条：质保金——从退场那天起算

1、法条原文

建工解释二第14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。工程质量保证金返还期限从承包人退场之日起算；施工合同在承包人退场后解除的，从解除之日起算。

建设工程施工合同无效且工程未完工，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。工程质量保证金返还期限从承包人退场之日起算。

来源：最高人民法院，法释〔2026〕12号第十四条。

两款，分别处理合同解除和合同无效两种情形。核心变化有两个：**基数**和**起算日**。

2、基数变了——按应得价款，不是合同总价

第14条第一款明确：质保金以**承包人应得工程价款**为基数计算。

这个「应得」二字很关键。如果合同履行到一半解除了，承包人只完成了60%的工程，那么质保金应该按这60%对应的工程价款来算，而不是按合同总价。

举例：合同总价1000万，质保金比例3%。如果工程全部完工，质保金是30万。但如果合同解除时只完成了60%，应得工程价款是600万，那么质保金应该是18万（600万×3%），不

是30万。

实务中的问题：很多甲方在合同解除后仍按合同总价扣质保金，这是不对的。第14条明确给了承包人主张按应得价款计算质保金的权利。

对于合同无效且工程未完工的情形，第二款规定质保金以**应得折价补偿款**为基数——这与第3条（挂靠人折价补偿）和第11条（参照约定折价补偿）形成衔接。合同无效不等于质保金规则不适用，只是基数从「工程价款」变成了「折价补偿款」。

3、起算日变了——退场之日，不是竣工验收之日

这是第14条影响最大的变化。

质保金返还期限从承包人退场之日起算。

很多人的传统认知是：质保金返还期限从竣工验收之日起算，或者从保修期开始之日起算。第14条改变了这个认知——**从退场之日起算**。

为什么这个变化重要？

假设一个场景：合同约定质保金在工程竣工验收合格后满两年返还。工程干到一半，合同解除了，承包人退场。工程根本没有竣工验收——那质保金什么时候返还？

按传统认知，工程没竣工验收，质保金返还期限不起算，甲方可以无限期扣着。第14条堵死了这条路：**从退场之日起算**。即使工程没竣工验收，只要承包人退场了，质保金返还期限就开始走了。

最高法典型案例五也确认了这一规则：施工合同解除后承包人退场，已施工部分质量合格，质量保证金返还期限应当从退场之日起算。来源：最高人民法院2026年6月29日发布的建工解释二典型案例。

另一个细节：「施工合同在承包人退场后解除的，从解除之日起算。」这种情况比较少见——承包人已经退场了，合同才解除。第14条做了兜底：以解除之日为起算点。

4、返还期限是多久？

第14条只说了「从退场之日起算」，但没说返还期限是多久。

返还期限需要结合其他规定确定。根据《建设工程质量保证金管理办法》，缺陷责任期一般为1至2年，最长不超过24个月。如果合同没有特别约定，通常以2年计算。

也就是说，承包人退场后2年，甲方应当返还质保金（扣除已发生的修复费用）。

但注意：第14条说的是「返还期限从退场之日起算」，不是说「保修责任从退场之日起算」。返还质保金不等于免除保修义务。承包人退场后，对其施工部分仍然依法承担保修责任。质保金返还与保修义务是两件事——质保金到期要还，但保修期内出了质量问题，甲方仍然可以追偿。

5、合同无效也适用——容易被忽略的第二款

第14条第二款专门规定了合同无效且工程未完工的情形：质保金以应得折价补偿款为基数，返还期限从退场之日起算。

这款的意义在于：**很多人以为合同无效了，质保金规则就不适用了。错了。**

即使合同被认定无效（比如挂靠、转包、违法分包导致的无效），承包人退场后，质保金仍然要按规则预留、按规则返还。只是基数从「工程价款」变成了「折价补偿款」。

这与第二章讨论的第11条（合同无效下「参照约定」的范围）和第三章讨论的第12条（合同无效后的折价补偿协议）形成体系化衔接——合同无效不等于什么规则都没有了，折价补偿、质保金预留等善后规则仍然适用。

三、第15条：退场——走之前留一手

1、法条原文

建工解释二第15条：

建设工程施工合同解除后，发包人请求承包人移交施工现场、施工资料等的，人民法院依法予以支持。

承包人退场前，当事人申请证据保全的，人民法院应当依照民事诉讼法第八十四条的规定处理。

来源：最高人民法院，法释〔2026〕12号第十五条。

两款，一款给发包人权利，一款给承包人保护。

2、退场不只是人走——还要交资料

第15条第一款明确：合同解除后，发包人有权请求承包人移交**施工现场**和**施工资料**。

注意「施工资料」四个字。退场不只是工人撤离、设备拉走，还包括移交施工日志、验收记录、设计变更文件、竣工图纸、材料进场记录等。

实务中的问题：很多承包人在合同解除后拒绝移交施工资料，以此作为要求甲方付款的筹码——「你不给钱，我不给资料。」第15条明确支持发包人请求承包人移交资料的诉请，这意味着承包人不能以资料作为谈判筹码。

但反过来，发包人也不能以「承包人不交资料」为由拒绝结算工程款。退场义务和付款义务是两条线，不能互相绑架。

3、退场前的证据保全——承包人最该做的一件事

第15条第二款是给承包人的保护：**退场前，当事人可以申请证据保全。**

这是第15条最被低估的一款。

为什么证据保全如此重要？

合同解除后，承包人退场。一旦你离开了施工现场，你对现场状况的掌控就归零了。甲方可能说你的工程质量不合格，可能说你只完成了50%而不是你主张的70%，可能说你留下的材料值10万而不是你说的50万。你怎么证明？

退场前的证据保全就是解决这个问题的。

民事诉讼法第84条规定了证据保全制度。承包人可以在退场前向法院申请对以下内容进行保全：

- 已完工程的施工界面和工程量（拍照、录像、测量）；
- 已完工程的质量状况（必要时申请专业机构检测）；
- 现场留存的建筑材料、设备；
- 施工记录、验收记录等资料。

最高法典型案例六展示了这一规则的实践适用：在施工合同履行陷入僵局时，法院组织发包人和承包人对施工界面进行确定并固定相关证据后，依法就解除合同及承包人退场等先行处理。来源：最高人民法院2026年6月29日发布的建工解释二典型案例。

这个案例的启示是：**证据保全不必等到诉讼阶段，退场前就可以做。**如果双方对施工界面有争议，可以申请法院组织双方现场确认并固定证据，然后再处理退场。这样避免了退场后「说不清楚」的困境。

4、甲方欠钱能不能不退场？

第15条没有直接回答这个问题，但从条文逻辑可以推导出答案。

第15条第一款给了发包人请求承包人退场的权利，没有设置任何前提条件——不需要「甲方已付清工程款」或「双方已达成结算」作为退场的前提。

法律逻辑是：退场义务和付款请求权是两个独立的法律关系。你不能因为甲方欠你钱就拒绝退场，就像甲方不能因为你还没退场就拒绝结算。

但这并不意味着承包人没有筹码。第15条第二款就是筹码——证据保全。在退场前把证据固定好，退场后通过诉讼追讨工程款，证据在手，主动权就在你这边。

实务中最坏的做法：既不申请证据保全，又拒绝退场。最后被法院强制退场，退场时什么证据都没留，事后追讨工程款时什么都证明不了。

四、第16条：修复——先通知再赔

1、法条原文

建工解释二第16条：

因承包人原因致使建设工程质量不符合约定，发包人未通知承包人修复而请求判令承包人先行支付修复费用的，人民法院不予支持。

承包人拒绝修复或者在合理期限内未修复至符合约定，发包人修复后请求承包人承担合理修复费用的，人民法院应予支持。

来源：最高人民法院，法释〔2026〕12号第十六条。

两款，确立了一个原则：**先修后赔**。

2、发包人不能跳过修复直接要钱

第16条第一款说得非常明确：因承包人原因导致质量不合格，**发包人必须先通知承包人修复**。未通知而直接要求承包人支付修复费用的，法院不予支持。

这条规则的适用有一个前提——「因承包人原因」。也就是说，质量问题的责任在承包人。但即使责任在承包人，发包人也不能跳过修复环节直接要钱。

为什么？ 因为修复权和赔偿权是两个不同的权利。承包人有修复自己施工工程的权利和义务，发包人有要求承包人修复的权利。只有承包人拒绝修复或修复不合格后，发包人才有自行修复并索赔的权利。

这个逻辑类似承揽合同中的「修理、重作」规则——定作人发现工作成果不符合约定，应当先要求承揽人修理或重作，而不是直接扣钱。

实务中的典型错误： 甲方发现质量问题后，不通知承包人，直接找第三方修复，然后把修复费用从工程款里扣。这种做法在第16条之后明确不被支持——法院会驳回发包人直接索赔修复费用的请求。

3、「合理期限」怎么认定

第16条第二款规定了发包人自行修复的前提条件：承包人**拒绝修复**或者**在合理期限内未修复至符合约定**。

「拒绝修复」好理解——承包人明确表示不修。

「合理期限内未修复至符合约定」则需要判断什么是「合理期限」。第16条没有给出具体时间，需要根据以下因素综合判断：

- 质量缺陷的性质和严重程度（裂缝修补 vs 结构加固，工期完全不同）；
- 修复工程的规模（局部修复 vs 大面积返工）；
- 行业惯例和施工规范要求的修复周期；
- 承包人是否及时响应（收到通知后是否派员查看、是否提出修复方案）。

实务建议：发包人在通知承包人修复时，应当书面指定一个合理的修复期限，并列明质量缺陷的具体位置和修复要求。承包人收到通知后，即使认为不是自己的责任，也应当书面回复并提出自己的意见——沉默可能被认定为「未在合理期限内修复」。

4、只有「合理修复费用」才能主张

第16条第二款最后一个关键词：**合理修复费用**。

发包人修复后可以请求承包人承担的，不是「实际发生的修复费用」，而是「合理修复费用」。这两个词的差别很大。

实际发生的费用可能包含不合理部分： - 过度修复（小问题大修大补）； - 高价委托（不必要地选择最贵的修复单位）； - 与质量缺陷无关的改造费用。

合理修复费用应当是与修复质量缺陷直接相关的、必要的、符合市场价格的费用。

承包人在面对甲方的修复费用索赔时，有权要求甲方提供： - 修复工程的施工合同和结算资料； - 修复范围的确认记录（证明只修了缺陷部分，没有扩大范围）； - 修复费用的市场比价（证明价格合理）。

如果甲方拿出不出这些证据，承包人可以主张修复费用不合理，要求法院酌减。

五、四条规则的底层逻辑

第13条到第16条，表面上看是四个独立的问题——审计、质保金、退场、修复。但仔细看，它们有一条共同的主线：

合同结束后的程序公平。

每一条都在解决一个「强者通吃」的问题：

- 第13条：甲方不能让审计无限期拖延——给了承包人一年红线和司法鉴定申请权；
- 第14条：甲方不能随意扣质保金——明确了基数和起算日；
- 第15条：甲方可以要求退场，但承包人退场前可以保全证据——保护了承包人的举证权；
- 第16条：甲方不能跳过修复直接扣钱——给了承包人修复的机会。

但同时，每一条也给了甲方相应的保护：

- 第13条：如果审计拖延是承包人自己的原因，承包人不能援引一年红线；
- 第14条：质保金可以预留，承包人退场后仍承担保修责任；
- 第15条：承包人不能拒绝退场，不能扣留施工资料；
- 第16条：承包人拒绝修复或修复不合格，甲方可自行修复并索赔。

四条规则的核心不是偏向谁，而是给「合同结束后怎么办」画了清晰的线。 以前这个领域规则模糊，谁强势谁说了算。现在规则明确了，双方都有了可预期的行为准则。

六、实务建议

1、对承包人

第一，提交结算文件必须留痕。 第13条的一年红线从「提交竣工结算文件之日」起算。没有签收记录，一年就没开始走。签收单、快递单、邮件记录，三样至少有一样。

第二，审计拖到一年，果断申请鉴定。 不要无限期等下去。一年到期审计还没出，直接向法院申请司法鉴定。如果审计结果出来了但明显不合理，也可以申请鉴定——第13条给了两条路，不是只有「审计拖延」一条。

第三，退场前申请证据保全。 这是最关键的一步。退场前固定施工界面、工程量、质量状况、现场材料。如果不做，退场后就是「说不清楚」。

第四，质保金按应得价款算。 合同解除后，质保金基数是已完工程的应得价款，不是合同总价。如果甲方按合同总价扣，提出异议。

第五，收到修复通知要回复。 即使认为不是自己的责任，也要书面回复。沉默可能被认定为「未在合理期限内修复」。回复时说明自己的意见，必要时派人查看。

2、对发包人

第一，不要拿审计当挡箭牌。 如果合同没约定审计结算，不能单方面要求审计。如果约定了审计，要注意一年期限——超过一年，承包人可以申请司法鉴定，审计结果可能被架空。

第二，发现质量问题先通知。 不要直接找第三方修复然后扣钱。第16条要求先通知承包人修复，给合理期限。通知要书面化，列明缺陷位置和修复要求。

第三，质保金按规则算。 合同解除后，质保金基数是承包人应得价款，返还期限从退场之日起算。不要按合同总价扣，也不要「未竣工验收」为由拒绝起算返还期限。

第四，退场要依法走。 承包人拒绝退场的，可以请求法院支持。但不能以「承包人不交资料」为由拒绝结算——两条线不能互相绑架。

七、结语

建工解释二第13条到第16条，可以用一句话概括：**合同结束了，规矩才开始。**

以前合同解除后的善后是「谁嗓门大谁说了算」——甲方拖审计、扣质保金、不让你保全证据、直接找人修然后扣你钱。现在四条规则画了四条线：审计最多一年、质保金从退场算、退场前可以保全、修复要先通知。

对承包人来说，这四条线都是保护——但保护的前提是你知道这些规则，并且会用。最怕的是：规则给了你一年红线，你不知道；给了你证据保全权，你不用；给了你修复机会，你沉默。

权利不会自动实现。知道规则，是保护自己的第一步。

建工解释二专论系列： - 第二章：合同无效，下浮率还能用吗？（第11条） - 第三章：不能直接告发包人，但很多人不知道还有路（第4/6/7/12条） - 第四章：优先受偿权这张王牌，5条新规全变了（第17-21条） - 第五章：固定总价解除后，换个算法差了210万（第9/10条） - 第六章：出借资质，从稳赚不赔到两头亏（第3/5/22条） - **第七章：审计最多等一年，质保金从退场那天算（第13-16条）**

法条来源： - 《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〔2026〕12号）第十三条、第十四条、第十五条、第十六条，来源：最高人民法院官网（2026年6月29日发布） - 《保障中小企业款项支付条例》（2025年修订），来源：国务院 - 《中华人民共和国民事诉讼法》第八十四条（证据保全），来源：全国人民代表大会 - 《建设工程质量保证金管理办法》，来源：住房和城乡建设部、财政部 - 建工解释二典型案例（案例四、案例五、案例六），来源：最高人民法院2026年6月29日发布

招投标别演戏，农民工工资别拖欠

第1/2/8条

建工解释二全部23条，前面六章专论已覆盖19条。这是最后一章——讲剩下的三条实质性条文：第1条、第2条、第8条。第23条是施行时间，不展开。

三条条文看似各说各的。两条讲招投标与合同效力，一条讲农民工工资。但它们共同指向建工链条的两端：一端是**合同是怎么签的**——招标是真的还是走形式；另一端是**工资能不能拿到**——最底层的人能不能直接要钱。

本文把这三个问题掰开来看。

一、第2条：招投标「走形式」，中标合同无效

1、法条原文

建工解释二第2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范围、工程价款等实质性内容进行谈判并且该投标人中标，或者发包人与承包人协商订立建设工程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，人民法院应当依照招标投标法关于禁止串通投标、禁止先行就实质性内容谈判的规定认定中标合同无效。

来源：最高人民法院，法释〔2026〕12号第二条。

2、两种「演戏」形式

这一条规定了两种最常见也最典型的招投标「走形式」：

第一种：「先谈后招」。 在确定中标人之前，招标人和投标人已经通过意向书、会议纪要或者补充协议，就工程范围、工程价款等实质性内容进行了谈判。然后这个投标人中标了——把私下谈好的结果，走了一遍招标程序。

招标投标法第43条明确规定：「在确定中标人前，招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判。」第2条把这个禁止性规定直接转化为效力性规定：中标合同无效。

第二种：「先签后招」。 发包人和承包人先签了施工合同，然后又通过招标投标程序再签一份中标合同——把已经敲定的交易，补了一遍招标手续。

招标投标法第32条禁止串通投标。先签了合同再来招标，本质上就是「指定中标人」，属于招标人与投标人的串通。第2条明确：这种情况，中标合同同样无效。

3、「实质性内容」的判断边界

第2条条文列举了「工程范围、工程价款」两项，末尾以「等」字兜底。这个「等」指向什么？答案在建工解释一第二条。

「实质性内容」并非新概念。建工解释一第二条已经明确列举了四个维度：工程范围、建设工期、工程质量、工程价款。该条规定：招标人和中标人另行签订的合同，在这四项实质性内容上与中标合同不一致的，应当按照中标合同确定权利义务。建工解释二第2条沿用了同一框架，将其从「另行签订合同」的场景延伸到「中标前谈判」和「先签后招」的场景——本质上，只要在招投标程序之外就这四项内容达成了共识，就构成了对招投标制度的架空。

凡是直接影响投标人之间的竞争关系、决定了谁中标的协商，都属于「实质性谈判」。

实操中三种常见踩雷情形：

情形一：签了「意向协议」。 招标前双方签了合作意向书，约定了暂估价和大致范围。意向书用词很「软」——「拟委托」「暂定」「以正式合同为准」。但只要涉及了工程范围和价格，就可能被认定为实质性谈判。法院不会只看文件名称，「意向协议」四个字不等于安全牌。

情形二：开了「标前会」。 招标前组织投标人现场踏勘、开技术交底会，会议纪要中记录了甲方对特定投标人的承诺或安排。这份会议纪要如果被对方掌握，就是「实质性谈判」的铁证。

情形三：先签了「框架协议」。 发包人和承包人以「框架协议」「战略合作协议」的名义签了合同，随后招标。框架协议中如果有了工程范围、计价方式，就走入了第2条的射程。

4、「先签后招」的后果：不只是合同无效

这是第2条最需要警惕的地方。实践中，有些发包人出于审批要求或贷款条件，需要一份「中标通知书」来完善手续。他们和承包人商量好：先把合同签了，再补一套招标程序。

第2条明确：这种情况下，中标合同无效。

不止于此。 先签的那份合同呢？因为「先签后招」属于串通投标行为，先签的合同也违反了招标投标法的强制性规定，同样面临无效风险。两份合同都可能站不住脚。

这意味着什么？发包人和承包人以为「补手续」是在保证安全——实际上是在给自己挖坑。一旦工程出现纠纷，对方随时可以拿这一点来否定合同的效力。

5、谁可以利用第2条

对于发包人： 如果承包人主张工程款，发包人可以援引第2条主张中标合同无效，进而主张不按中标合同价格结算。但同时要注意，合同无效不等于不用给钱——工程质量合格的情况下，承包人仍然可以要求折价补偿。

对于承包人： 如果发包人欠付工程款，而招标程序确实存在瑕疵，承包人可以主动援引第2条。但同时也要谨慎——合同无效后，约定的违约责任条款也随之失效，承包人失去了一条重要的救济途径。

对于其他投标人（未中标方）： 如果他们能证明招标人和中标人之间存在先行实质性谈判，可以依据第2条主张中标合同无效，进而要求重新招标或索赔。这是第2条赋予未中标方的武器。

二、第1条：不再必须招标的，合同效力自动「补正」

1、法条原文

建工解释二第1条：

建设工程施工合同订立时属于必须招标的工程项目，当事人未经招标订立合同，起诉时该工程项目不再属于必须招标的，人民法院不应仅以未招标而认定合同无效。

来源：最高人民法院，法释〔2026〕12号第一条。

2、一条看似简单的条文，背后是七年政策变迁

要理解第1条，必须知道一个背景。

招标投标法第3条规定了必须招标的工程项目类型。但哪些项目属于「必须招标」的范围和规模，是由配套规定来确定的。

2018年，国家发改委发布了《必须招标的工程项目规定》，大幅缩小了必须招标的范围。施工单项合同估算价门槛从200万元提高到400万元。许多原先必须招标的项目——比如300万的小型工程——在新的规定下不再属于必须招标项目。

问题来了：2017年签的合同，当时按规定是必须招标的，但没有招标，合同有效还是无效？

按照《建工解释一》第一条的规定，答案是无效。但到了2024年起诉时，这个项目按现行规定已经不再属于必须招标项目了。再认定合同无效，既不符合政策调整方向，也不利于维护交易安全，还容易给一方当事人滥用无效规则逃避合同义务的机会。

第1条就是为了解决这个时间差问题。

3、「起诉时」是关键节点

注意条文中的时间点：「起诉时该工程项目不再属于必须招标的。」判断是否必须招标，不是看合同订立的那个时刻，而是看起诉的时刻。

这是一个重大变化。在此之前，合同效力的判断通常以合同订立时的法律状态为准，「无效事由消除不等于效力补正」。第1条突破了这一传统规则——因为招投标政策的调整是宏观

的、制度性的，不是个案的，所以在这个特定问题上允许「向后看」。

实务意义非常直接：如果你手头有一个因为没招标而存在效力争议的老合同，现在可以去起诉了。只要起诉时项目不再属于必须招标——很可能确实不再属于了——法院不能仅以未招标为由认定合同无效。

4、第1条和第2条的关系：一松一紧

两条放在一起看，会发现一个很有意思的对比：

- **第1条：松。** 对于因政策变化而「不再必须招标」的项目，法院不能一刀切否定合同效力。尊重市场实践，维护交易稳定。
- **第2条：紧。** 对于串通投标、走形式的招标程序，法院坚决否定中标合同效力。维护公平竞争，打击暗箱操作。

这不是自相矛盾。第1条保护的是「当时合规但现在政策变了」的善意行为人，第2条打击的是「明知违法还要演戏」的恶意行为人。两条规则合在一起，传递的信号很清楚：**真正的公平竞争秩序要维护，但历史上的政策变更账不算旧账。**

这也给承包人一个提醒：如果你手头有合同效力争议，先搞清楚是哪种情况——是第1条的「政策变化型」还是第2条的「串通演戏型」。两种类型的法律后果完全不同。

三、第8条：农民工工资的「直达通道」

1、法条原文

建工解释二第8条：

参与工程建设的农民工依据《保障农民工工资支付条例》第二十九条、第三十条、第三十六条、第三十七条关于保障农民工工资支付的规定，请求建设单位和施工总承包单位、分包单位等施工单位先行垫付、先行清偿或者清偿拖欠工资的，人民法院依法予以支持。

来源：最高人民法院，法释〔2026〕12号第八条。

2、这条在说什么

一句话概括：**农民工可以越过包工头，直接向建设单位、施工总承包单位和分包单位要工资。**

第8条本身条文很短，但它援引了《保障农民工工资支付条例》四条规定——这四条规定各自对应一种追讨路径。

3、四条追讨路径

路径一：建设单位没给钱→先行垫付（条例第29条）。 建设单位没有按合同约定及时拨付工程款，导致农民工工资被拖欠。建设单位的责任：以未结清的工程款为上限，先行垫付被拖欠的农民工工资。

这里的逻辑很简单：你没给包工头钱，包工头才没钱发工资。那你先把工资垫了，工程款的事你和包工头自己去算。

路径二：分包/转包欠薪→总包先行清偿（条例第30条）。 第一种情况，分包单位拖欠农民工工资——施工总承包单位先行清偿，再向分包单位追偿。第二种情况，工程被转包导致欠薪——施工总承包单位同样先行清偿，再向转承包人追偿。

总包的责任在这里很重——不管是谁欠的，你先垫上。当然你可以再去找分包或转包人要回来，但农民工不需要等你找人。

路径三：违法发包/挂靠→建设单位或总包清偿（条例第36条）。 建设单位违法发包，或者施工总承包单位违法分包、出借资质，导致拖欠农民工工资——建设单位或者施工总承包单位承担清偿责任。

这里的逻辑也很清晰：你违法在先，责任就甩不掉。农民工工资因为你前面的违法行为被拖欠了，你先赔。

路径四：违规建设→建设单位清偿（条例第37条）。 工程建设项目违反国土空间规划、工程建设等法律法规，导致拖欠农民工工资——建设单位承担清偿责任。

4、「直达通道」的实务意义

第8条的核心价值不在于创设新义务——《保障农民工工资支付条例》第29、30、36、37条本身就规定了这些垫付和清偿义务。第8条的价值在于**明确了诉权**——农民工可以直接依据条例在法院起诉，要求建设单位、总包单位、分包单位先行垫付或清偿。

在此之前，农民工要工资，通常只能告自己的直接雇主——包工头或者小劳务公司。包工头没钱、跑路了，农民工就得一层层往上追，技术难度大、时间成本高。

第8条让这个路径变短了：**建设单位没钱→告建设单位；总包没管好→告总包；发包违法→告发包人**。不用层层追索，直达责任主体。

5、对三个主体的影响

对农民工：这是最直接的利好。你需要知道的是：如果你干活的工程存在违法发包、转包、挂靠或者建设单位没按时拨付工程款，你可以直接去法院起诉建设单位或者总包单位。不需要等到包工头破产跑路再想办法。

对建设单位和总包单位：第8条意味着你的用工合规压力更大了。即便你和农民工之间没有直接合同关系，只要你的项目存在条例规定的情形，你就可能被农民工直接起诉。这不是「别人欠的工资不关我事」——是法律告诉你「你必须管」。

对违法发包人和出借资质企业：第8条和第22条（移送行政处罚）形成了呼应——第22条从行政监管层面施加压力，第8条从民事赔偿层面兜底。出借资质不是「收2-3%管理费」就完了——农民工工资可能直接算到你头上。

四、收官：建工解释二23条，一文一图看完

最后做一个完整覆盖表。建工解释二共23条，全书八章覆盖如下：

条文	主题	对应章节
第1条	必须招标项目效力补正	第八章（本篇）
第2条	串通投标/先签后招无效	第八章（本篇）
第3条	挂靠合同无效+折价补偿	第六章 出借资质，从稳赚不赔到两头亏
第4条	挂靠人诉发包人条件	第三章 不能直接告发包人了，但还有路
第5条	挂靠人表见代理	第六章 出借资质，从稳赚不赔到两头亏
第6条	转包/违法分包折价补偿	第三章 不能直接告发包人了，但还有路
第7条	代位权	第三章 不能直接告发包人了，但还有路
第8条	农民工工资直达通道	第八章（本篇）
第9条	固定总价情势变更调价	第五章 固定总价解除后，换个算法差了210万
第10条	未完工程按比例结算	第五章 固定总价解除后，换个算法差了210万
第11条	无效合同参照约定范围	第二章 合同无效，下浮率还能用吗
第12条	无效合同折价补偿协议	第三章 不能直接告发包人了，但还有路
第13条	审计结算一年红线	第七章 退场那天起，四条新规帮你算清账
第14条	质保金基数和起算日	第七章 退场那天起，四条新规帮你算清账
第15条	退场与证据保全	第七章 退场那天起，四条新规帮你算清账
第16条	质量修复先通知后赔偿	第七章 退场那天起，四条新规帮你算清账
第17条	优先受偿权范围和判决	第四章 优先受偿权这张王牌，5条新规全变了
第18条	折价行使优先受偿权	第四章 优先受偿权这张王牌，5条新规全变了
第19条	优先受偿权转让	第四章 优先受偿权这张王牌，5条新规全变了

条文	主题	对应章节
第20条	优先受偿权物上代位	第四章 优先受偿权这张王牌，5条新规全变了
第21条	优先受偿权行使期限	第四章 优先受偿权这张王牌，5条新规全变了
第22条	移送行政处罚	第六章 出借资质，从稳赚不赔到两头亏
第23条	施行时间	(未展开)

23条，八章解读，从合同效力到结算付款，从资质挂靠到优先受偿，从退场善后到农民工工资保护——建工解释二的体系化解读到此收官。

读到这里，如果你有一份建工合同在手，三条建议：

第一，回去查你的招标程序。 是先签的合同再招标，还是招标前有过实质性谈判？第2条不是摆设。合同一旦被认定无效，约定的违约条款就失效了——你损失的不仅是面子，是真金白银的救济途径。

第二，如果你是农民工或者有农民工兄弟，记住第8条。 包工头跑路了不代表工资就没着落。建设单位、总包单位都可能先行垫付——不需要等，不需要层层追。

第三，建工解释二不只是律师的工具箱，也是合同谈判的筹码。 你比对方多知道一条规则，就多一个谈判的抓手。23条、八章解读，都在你手上了。

附录·建工解释二 23 条覆盖总表

23 条全部覆盖：第八章收官的完整对照表，一表查清每条条文对应的主题与章节。

王永令律师 · 建设工程实务研究院 | wangyongling-law.com

条文	主题	对应章节
第1条	必须招标项目效力补正	第八章
第2条	串通投标 / 先签后招无效	第八章
第3条	挂靠合同无效 + 折价补偿	第六章
第4条	挂靠人诉发包人条件	第三章
第5条	挂靠人表见代理	第六章
第6条	转包 / 违法分包折价补偿	第三章
第7条	代位权	第三章
第8条	农民工工资直达通道	第八章
第9条	固定总价情势变更调价	第五章
第10条	未完工程按比例结算	第五章
第11条	无效合同参照约定范围	第二章
第12条	无效合同折价补偿协议	第三章
第13条	审计结算一年红线	第七章
第14条	质保金基数和起算日	第七章
第15条	退场与证据保全	第七章
第16条	质量修复先通知后赔偿	第七章
第17条	优先受偿权范围和判决	第四章
第18条	折价行使优先受偿权	第四章
第19条	优先受偿权转让	第四章

条文	主题	对应章节
第20条	优先受偿权物上代位	第四章
第21条	优先受偿权行使期限	第四章
第22条	移送行政处罚	第六章
第23条	施行时间	—

关于作者

王永令·北京大成（上海）律师事务所 律师·合伙人

专注建设工程合同纠纷：工程款追讨与结算、优先受偿权、挂靠转包责任、质保金返还，兼理劳动人事争议。执业证号 13101201510301676。

著有《建工解释二逐条解读电子书》（法释〔2026〕12号·89页·23条实务手册），公众号「建设工程实务研究院」持续输出建设工程实务文章。

王永令 律师

遇到同类问题？加微信 wangyonglinglawyer

咨询：021-38722312 / 15618154966（电话 / 微信）



扫码随时查全文 · 领取完整电子书

建设工程实务研究院 · 王永令律师

wangyongling-law.com/ebook/