

汉坤法律评述

2026 年 7 月 24 日

北京 | 上海 | 深圳 | 杭州 | 武汉 | 海口 | 香港 | 新加坡 | 纽约 | 硅谷 | 伦敦

从突破到回归 — 业主视角看最高人民法院关于建设工程司法解释（二）

作者：陈朕 | 冯晨妍 | 王豪英

随着《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）》（以下简称“《2026 建工解释二》”）于 2026 年 6 月 30 日起正式施行，建设工程领域的行为规范和司法裁判规则迎来制度性重塑，一些依附于旧规则滋生的行业乱象受到重点规制。发包人（为统一表述，以下称“业主”）、总承包人、分包单位等各市场主体在新规则下面临不同的适应路径。本文拟从业主视角，选取最新司法解释中与业主利益密切相关的部分条文，解读和探讨其在实务层面的具体影响和启示，为业主的项目管理、风险控制提供参考思路。

一、强调招投标合规红线：“明招暗定”、“先定后招”无效（第二条）

规则解读：

招投标程序的合规性直接决定了建设工程施工合同的法律效力。根据现行《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》”）第一条的规定，凡属于“必须招标而未招标”或“中标无效”的情形，建设工程施工合同将被认定无效。关于“中标无效”，我国《招标投标法》详列了六种法定情形，核心指向通过串通、弄虚作假、泄密或标前违规谈判等手段破坏招标公正性和有效性的行为。而《2026 建工解释二》第二条则通过对实践中常见的“明招暗定”和“先定后招”情形的具体描述，进一步细化和强化了对中标无效的认定。

根据《2026 建工解释二》第二条，“明招暗定”，是指招标人在确定中标人前，与投标人就工程范围、价款等实质性内容进行谈判，且该投标人最终中标的行为。此前，司法实践中对此类行为的效力判定标准存在不确定性，通常将标前谈判行为“影响中标结果”作为认定中标无效的构成要件¹，但何谓影响、如何举证，存在较大的解释空间。《2026 建工解释二》第二条在延续上位法精神的基础上，通过列举“意向书、会议纪要、补充协议”等常见形式，进一步细化了对“实质性谈判”表现形态的审查维度。

“先定后招”，是指业主与承包人先协商订立了施工合同，再通过招标投标程序“补签”中标合同的行为。与“明招暗定”通常只涉及到一份施工合同即中标合同不同，“先定后招”的情形下，实际上可能涉及事先签订的和事后补签的两份施工合同，对于依法强制招标的项目，这两份合同均属无效，在这个问题上司法裁判的口径较为统一。

¹ 例如，在（2019）最高法民终 347 号案中，即使双方在招投标前进行了谈判并达成合作意向，并签订了《建筑施工合作框架协议》，最高院仍然认为该协议内容未能足以左右中标结果，不宜轻易否定施工合同的效力。

而对于非必须招标项目，若存在“明招暗定”“先定后招”等违规行为，所涉施工合同（可能涉及标前合同、中标合同）的效力在司法实践中尚有争议。纵观《建工解释一》第一条“中标无效”和《2026 建工解释二》第二条“中标合同无效”的表述，其均未明确区分强制与自愿招标项目。部分最高院判例显示，对于非必招工程，双方一旦选择了招投标方式确定合同的签署，法院就可能认定其应受制于招投标法的规制，如果存在多份施工合同，可能存在标前合同和中标合同均被认定无效的法律风险。

业主视角的实务启示：

不少业主认为，招投标流程天然更有利于保障业主权益，或是出于文件格式等环节方面的便利，对依法并不属于强制招投标范围的项目，自愿选择套用招标模式。许多工程项目管理公司实践中也大量沿用招标、投标模板文件为业主管理工程项目发包。而实际上不顾项目具体情况，盲目采用招投标程序反而可能在很大程度上限制业主的自主权以及在与承包人谈判环节的变通空间。因此，我们建议：

- (1) 业主在项目初期应首先评估对该项目进行招标（包括公开招标、邀请招标）的必要性，对于非法律强制规定必须招标的项目，可以优先考虑采取竞争性谈判、邀请报价或直接发包等更加灵活的方式，更有利于业主掌握谈判筹码和保留协商改动项目商务条件和合同的空间。
- (2) 对于确定采用招标方式发包的项目，需时刻关注招投标过程中的程序合法性，通过培训等形式加强项目团队的合规意识，落实全流程合规管理与监督机制。
- (3) 针对已识别出可能存在无效风险的存量项目，注意梳理、留存工程质量验收、工程量确认等关键节点证据及沟通记录，考虑达成结算协议的可行性，以应对合同被认定无效后的潜在纠纷。

二、资质挂靠“无处遁形”：挂靠合同无效、挂靠费不予支持（第三条）

规则解读：

尽管多年来法律法规明令禁止施工单位借用资质的行为（俗称挂靠），其违法属性毫无争议，实践中却依然屡禁不止，业主单位也往往防不胜防。挂靠现象在建设工程领域横行的现实原因之一，在于无资质主体却能够接触和掌握可观的项目资源，包括通过价格等方面的优势获取项目机会，甚至可以与有资质主体在利益的驱动下发展出长期稳定、高度绑定的合作模式。

根据《建工解释一》第一条的规定，没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的，建设工程施工合同无效（此处指向的是业主与资质出借方之间的施工合同无效）。在此基础上，《2026 建工解释二》第三条进一步明确：资质出借方（即被挂靠人）与借用方（即挂靠人）之间的挂靠合同无效，资质借用费、使用费不受法律保护。至此，出借施工资质企业的盈利空间从根源上被破坏，有望从源头遏制泛滥的挂靠乱象。

业主视角的实务启示：

实务中许多挂靠关系较为隐蔽、证明难度大，加大对挂靠行为的治理力度有利于保护业主的权益，业主可以考虑通过以下风险防范措施进一步夯实现有法律规定提供的保护：

- (1) 从项目管理角度，严格落实对承包人资质的审查。在承包人遴选阶段（包括资格预审、招投标或邀请报价等系列环节），重点核验承包人的资质类型、等级、有效期以及与项目工程要求的匹配度，并完整留存相关核查记录；考察项目上的关键人员（如项目经理等）是否为承包人的正式员工并接受其管理。
- (2) 从合同条款设置角度，明确承包人对自身及其分包单位均具备履行项目法定资质的陈述保证与相

应赔偿责任。

- (3) 注意辨别实务中挂靠、转包等模式可能采取的多样形态：例如高资质企业借用低等级资质、相同资质等级的企业之间相互借用，均属于法律禁止的挂靠；又例如形式上组建的联合体，在实质分工上一方不参与任何组织管理或实施工作，而是仅收取一定比例的管理费或类似费用，其本质为变相转包（将全部工程转包给联合体的其他成员）。如果项目涉及多个施工单位，需特别关注各施工单位之间的工作分工和权责分配，是否对履约共担风险、共享成果。
- (4) 如果业主发现承包人存在资质挂靠的情况，有权依法要求被挂靠人和挂靠人就因此给业主造成的损失（例如工程质量问题等）承担连带赔偿责任，相关法律依据参见《建工解释（一）》第七条。

三、取消实际施工人直接起诉业主的特权（第六条）；回归合同相对性原则有限的例外（第四条、第七条、第八条）

规则解读：

实际施工人包括转包情形下的转承包人、违法分包情形下的承包人、挂靠人三种情形（俗称“两包一挂”），该概念自诞生起便被赋予可以在一定限度内突破合同相对性、直接起诉业主主张工程价款的特权。这种通过原司法解释创设的对实际施工人的倾斜保护有其特殊的时代背景，但也带来了实务中司法裁判尺度不一、易被恶意滥用等争议，甚至衍生出逻辑悖论——违法分包情形下的分包单位反而可以享受合法分包模式下不存在的特殊救济。

《2026 建工解释二》最为重大的变化之一即为取消了实际施工人可以直接突破合同相对性这一历史悠久的特殊捷径。第四条和第六条分别规定，借用资质的单位或者个人请求发包人支付折价补偿款的（前提是发包人订立合同时不知道且不应当知道资质借用情形），以及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。

在曾经的实际施工人规则框架下，尽管业主已向总包按约付清工程款，仍需时刻提防层层转包或是违法分包等混乱的承包模式下突然冒出实际施工人的风险，可谓是一种“无妄之灾”。随着《2026 建工解释二》的施行，业主现在手持“合同相对性”这一盾牌，足以防御大多数缺乏合同关系的权利主张，而只需要将风险防范重点回归到以下有限的例外情形：

第一类是针对业主订立合同时知悉或应当知悉存在挂靠的，根据《2026 建工解释二》第四条规定，挂靠人可以直接向业主主张工程的折价补偿款（被挂靠人应被追加为第三人参加诉讼）。

第二类是当“两包一挂”主体满足《民法典》规定的行使代位权的条件（即被挂靠人、转包人或违法分包人怠于行使到期债权或有关从权利，从而影响其到期债权实现）时，根据《2026 建工解释二》第七条，该等主体可以突破合同相对性直接向业主主张权利²。

第三类是针对农民工工资设置的特别保护（详见后文关于第八条的分析）。

业主视角的实务启示：

业主应重点关注现行规则下，可能突破合同相对性的上述三类情况。具体而言：

² 注：《建工解释（一）》虽也对实际施工人的代位权进行了强调性规定，但是仅将代位权的行使场景限定在转包、违法分包这两种情形，并未包括资质借用（挂靠）情形下的挂靠人。因此，本次《2026 建工解释二》拓宽了享有代位权的主体范围。

- (1) 在目前建设工程企业资质公开可查的前提下，不排除可以合理推定业主对承包人资质的知悉义务。业主应在承包人遴选阶段通过公开核查、要求承包人提供资质证书核验等方式，充分尽到资质审查、合理排除挂靠可能的责任，避免被推定为“应当知道资质借用”的风险。
- (2) 无论是挂靠人基于业主知情直接起诉，还是“两包一挂”主体行使代位权，法院均会先审查业主支付工程款的情况。因此业主需要清晰把握合同约定的付款节点，及时履行付款义务，避免因自身的迟延支付陷入被动局势。在合同履行过程中，如果业主一旦发现总包有拖欠材料供应商、专业分包商等下游分包单位应付款项的征兆，甚至总包出现资金链断裂或是恶意拒付等明确拒绝履行债务的迹象（如果业主聘请了工程项目管理公司，建议将监督总包向其分包单位的付款也明确纳入项目管理公司的职责范围），需要提高警惕，谨慎考虑后期付款路径。必要的情况下，可以考虑是否主动突破合同相对性向下游分包单位付款，以避免潜在的代位权诉讼风险。相类似的，如果因某种原因已经出现施工合同无效的情况，在建设工程质量合格的前提下，业主也可以考虑主动出击，与承包人达成折价协议，明确折价补偿款的结算（法律依据参见《2026 建工解释二》第十二条）。当然，主动调整付款路径并非一定是最优解，必须结合个案的实际情况和多维度实务因素的考量，进行综合、谨慎的评估和决策。
- (3) 业主可以考虑在总承包合同中约定，承包人收到发包人支付的工程款项后有及时向分包商和供应商支付到期应付款的义务。如果发包人有证据证明承包人违约的，发包人有权直接向有关分包商和供应商付款。
- (4) 实践中不乏有项目从初期开始便直接由无资质主体与业主或业主委托的项目管理公司进行洽谈和对接。如果业主在签订合同时就明知、或是应当知道挂靠关系的，相当于主动放弃了法律对善意第三方的保护。为防范风险，建议业主在资格预审、邀标/邀请报价阶段要求每个投标人或报价人书面承诺没有借用资质、提供挂靠的情形，否则发包人有权立即终止合同。同时，对于自称有资质施工单位项目经理、授权委托人的承包人对接人，要求出具施工单位的法定授权委托书。

四、明确农民工工资穿透追责的司法救济路径（第八条）

规则解读：

《2026 建工解释二》第八条通过衔接《保障农民工工资支付条例》（以下简称“《条例》”）的相关条款，从司法救济角度重申了对农民工工资权益的特殊保护。根据《条例》，可能触发业主被穿透追责、直接承担农民工工资支付责任的情形梳理如下表：

《条例》相关条款	业主责任的触发条件	责任性质
第二十九条	未按合同约定及时拨付工程款导致拖欠农民工工资	以未结工程款为限的先行垫付责任
第三十六条	将工程发包给个人或者不具备合法经营资格的单位（违法发包）导致拖欠农民工工资	直接清偿责任
第三十七条	工程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	直接清偿责任

具体而言，《2026 建工解释二》第八条将对农民工工资的特殊保护从《条例》所涵盖的行政监管逻辑，正式延伸至民事诉讼救济路径。尽管此前已有司法实践援引《条例》进行有利于农民工的裁判，但第八条进

一步以最高人民法院对于生效法律的“有权解释”的形式明确了农民工直接的私法诉权。农民工可越过承包单位和分包单位直接起诉业主，这将阻断业主依据“合同相对性”这一传统抗辩路径的效果。由此，业主除接受行政监督外，还将面临被“穿透”追责的诉讼风险、直接清偿的支付责任。尤其是，一旦项目被定性为违法发包、违章建筑或无证开工等违规建设项目，即便业主已结清工程款，仍将面临被法院判令另行向农民工清偿欠薪的“双重支付”的法律风险。

业主视角的实务启示：

从现实的角度，因承包人资金困难引发的农民工工资拖欠，始终是突出的难题。实践中，即使业主已充分履行其付款义务而享有合法抗辩，如果农民工越过分包、总包单位直接向业主主张薪资（且很多时候往往通过司法途径以外的渠道），特别是对于重视品牌声誉的业主而言，无法忽视随之而来的舆情风险，甚至可能对同一项目的其余标段或业主的其他工程项目造成连锁影响。

此外，业主先行垫付或清偿后，往往会面临涉及欠薪的总包已陷于资金链断裂或深陷多重诉讼之窘境，业主追偿权无法得到有效保障。业主纵使获得追偿权胜诉判决，也极有可能因为被执行人无可供执行之财产，导致债权落空。

为尽可能减少农民工工资穿透追责的风险，建议业主在实务中落实下述措施：

- (1) 一方面如前所述，严格审查承包人资质，避免违法发包；另一方面，在遴选总包时，还需充分考察其履约信用、资金资信情况、劳动用工情况和管理能力，以及对分包商的管控能力，加强对总包履约环节的监督。
- (2) 加强项目全流程合规管理，规范推进各项报批程序、法定手续；若委托专业第三方提供项目管理服务，建议明确和强化其相应管理职责。
- (3) 依法落实农民工工资专用账户制度，每月按时足额将人工费拨付至专用账户并妥善留存拨付记录；从合同条款角度加强对总包用工管理和分包商管理的监督，落实其责任。

五、固定价格合同原则上不因人工、材料市场价格波动而调价（第九条）

规则解读：

《2026 建工解释二》第九条明确了固定价格合同原则上不因工期内人工费、主要建筑材料价格发生重大变化为由予以调整，除非当事人另有约定或符合《民法典》所规定的情势变更情形。

该条规定进一步强化了固定价格（包括固定单价和固定总价）合同的内在逻辑和特点，即施工过程中的人工、材料、机械价格上涨的风险原则上由承包人承担。从业主的角度，固定价格合同，特别是固定总价合同，具有预算和风险更可控的优势，因此成为实践中较为普遍采用的计价模式。在此基础上，该条规定意味着固定价格合同在履行过程中的稳定性和可预见性进一步加强，若承包人欲依据“情势变更”主张变更合同，则需先证明该等重大价格波动的不可预见性、且不属于商业风险的范畴。

业主视角的实务启示：

施工合同的价格调整是业主和承包人都非常关注的核心条款，也是高频出现的争议焦点。值得注意的是，所谓“固定”仍是一个相对的概念，仅在合同约定的风险范围内发挥作用。因此，在合同中清晰界定合同价格所对应的风险范围边界是防范和应对潜在争议的关键：

- (1) 在准备招标文件/邀请比价文件以及施工合同时，需主动明确约定合同价格形式所包含的风险范围和风险费用的计算方法，以及风险范围以外的合同价格调整方法，尽可能扩大固定价格所包含的风险范围（例如仅以情势变更作为例外）。
- (2) 对于承包人要求加入的价格调整相关的安排，业主应谨慎评估触发价格调整的实务可能性，严格限制调价的触发条件和控制价格调整的计算标准，避免因约定过于宽泛等条款设计上的瑕疵而削弱固定价格模式下的风险分配特点。
- (3) 此外，建议在合同中针对可能出现的工期延误期间人工、材料等价格波动的风险归属也作出明确约定，根据工期延误原因（如业主原因、承包人原因或不可抗力等）区分价格波动风险的承担主体，以减少工期变动引发的调价争议。

结语

总体而言，《2026 建工解释二》以规范和维护建设工程领域的良性市场秩序为出发点，回归《民法典》、《建筑法》等上位法的基本原则、关注与现有配套制度的衔接，为业主一方构筑了更清晰的权利边界和更加坚实的风险防线，同时亦对业主在工程项目全周期的综合管理能力和合规执行提出了更高的要求。业主可以充分利用最新规定，将其转化为项目管理的有力工具和隔离风险的有效屏障，贯穿于承包商遴选、合同起草和签约、履约监督等项目的各个环节，助力建设工程项目的有序开展、平稳执行和圆满落地。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

陈朕

电话： +86 21 6080 0303

Email: cody.chen@hankunlaw.com