



装配式建筑法律问题初探.....	1
《建工司法解释二》第十条解读：中标通知书的法律价值.....	8
建设工程勘察合同纠纷的诉讼管辖问题.....	12
何谓可以合并计算的合同价款.....	17
房地产项目国有建设用地使用权取得概述.....	21
建设工程质量缺陷责任期与工程保修期辨析.....	32
关于建工分包合同中“背靠背”条款的实证分析.....	36
建设城乡统筹的物业服务体系，促进农业转移人口市民化.....	41
未经招投标的商住宅施工合同，效力瑕疵能否补正？.....	51
承包人阻却发包人以“工期延误”为由反索赔的实务路径.....	61
民法典视角下建工挂靠合同效力再探.....	68
工程价款债权转让的，债权受让方是否享有建设工程价款优先受偿权？.....	75
浅析建设工程价款优先受偿权.....	81
欠付工程款，施工单位能否拒绝交付竣工资料.....	89
承包人破产，实际施工人如何最大化争取权益.....	96
建筑装饰装修工程价款优先受偿权实现路径分析.....	104
案例解读——建设工程施工合同解除和无效的法律后果.....	115

装配式建筑法律问题初探

向芳 发现律师事务所高级合伙人

发表于 2019 年 10 月

关键词：装配式建筑、法律体系、无强制性、招投标、监管、融合

装配式建筑是用预制部品部件在工地装配而成的建筑，它具备卓越的保温、隔音、防火、防虫、节能、抗震、防潮等功能，有利于节约资源和能源、减少施工污染、提升劳动生产效率和质量安全水平，有利于促进建筑业与信息化工业化深度融合、培育新产业新动能、推动化解过剩产能。

欧洲是装配式建筑的发源地，最早可以追溯到 17 世纪。在 20 世纪初，美国和加拿大等一些北美国家就开始研究和应用装配式建筑了，并成立了预制/预应力混凝土协会（PCI）长期研究和推广装配式建筑。日本将装配式建筑应用到地震区的高层和超高层建筑中，发挥了装配式建筑的抗震性能优势。我国从 20 世纪 50 年代开始逐渐认识和了解装配式建筑，60 年代开始初步研究装配式建筑的施工方法，并形成了一种新兴的建筑体系。但是因为建筑设计、施工管理研究上的局限性，装配式建筑在我国的推广应用发展较为缓慢，甚至在 20 世纪 90 年代中期装配式混凝土建筑逐渐被全现浇混凝土建筑体系取代。但是随着全现浇建筑的缺点突显且国家对环保的要求日趋严格，装配式建筑再次被提倡推广。

在近些年装配式建筑的体系建立过程中，我国逐渐形成了一套初步的法律体系。一是制定了一系列技术规范，如《CL 结构设计规程》（2006 年）《预制混凝土外墙挂板》（2008 年）《预制装配整体式钢筋混凝土技术规范》（2009 年）《装配式混凝土结构技术规程》（2010 年）《装配混凝土住宅体系设计规程》（2010 年）《装配整体式混凝土结构技术规程》（2011 年）《装配式混凝土结构技术规程》

(2014年)等。二是制定了行政法规和地方性法规：2016年2月6日，中共中央、国务院发布了《关于进一步加强城市规划建设管理工作的若干意见》，提出大力推广装配式建筑，减少建筑垃圾和扬尘污染，缩短建造工期，提升工程质量。制定装配式建筑设计、施工和验收规范。完善部品部件标准，实现建筑部品部件工厂化生产。鼓励建筑企业装配式施工，现场装配。建设国家级装配式建筑生产基地。加大政策支持力度，力争用10年左右时间，使装配式建筑占新建建筑的比例达到30%。为贯彻落实上述意见，各个地方也行动起来，制定了自己的实施细则。如2016年3月23日四川省人民政府发布的《关于推进建筑产业现代化发展的指导意见》（川府发〔2016〕12号）等。三是制定了一系列部门规章：与上述关于装配式建筑的规定相配套，住房和城乡建设部发布第1773号公告，批准《装配式建筑评价标准》为国家标准（GB/T51129-2017），自2018年2月1日起实施。2017年03月23日住房和城乡建设部关于印发《“十三五”装配式建筑行动方案》《装配式建筑示范城市管理办法》《装配式建筑产业基地管理办法》的通知（建科〔2017〕77号）等。四是其他规范性文件相继出台，如国务院办公厅于2016年09月27日发布《关于大力发展装配式建筑的指导意见》（国办发〔2016〕71号）；2017年6月13日四川省人民政府办公厅发布《关于大力发展装配式建筑的实施意见》（川办发〔2017〕56号）；2016年5月25日，成都市人民政府发布《关于加快推进装配式建设工程发展的意见》（成府发〔2016〕16号）；2016年11月4日成都市城乡建设委员会发布《装配式建设工程管理实施方案》（成建委〔2016〕474号）等等。

综观上述关于装配式建筑的规定，笔者初步探讨其存在的法律问题，并作如下分享。

一、迄今为止，我国关于装配式建筑的法律体系并不完善

对装配式建筑来说，其最高级别的上位法应当是《建筑法》，但建筑法并未对装配式建筑作出明确规定，只规定“国家扶持建筑业的发展，支持建筑科学技术研究，提高房屋建筑设计水平，鼓励节约能源和保护环境，提倡采用先进技术、先进设备、先进工艺、新型建筑材料和现代管理方式”，下位法关于装配式建筑的定义为：装配式建筑是用预制部品部件在工地装配而成的建筑。但是用预制部品部件在工地装配而成是不是一定就是先进的呢？而且先进总是相对的，技术、设备、工艺、材料等都在不断地迭代，现在是先进的，不等于几年以后依然是先进的，现在被界定为装配式建筑要大力发展的产业，以后不一定依然被鼓励、被保护。依据现有的法律，投资人有理由用怀疑和不确定的眼光去评判这个行业，这显然是行业发展的阻碍并可能导致风险。

同时，现有的规定并没有覆盖到装配式建筑的所有环节，因此并不是一个完整的法律体系，对装配式建筑行业的发展不能起到全方位的保障作用。比如，预制件在运输的过程中容易受损，但是对预制件的运输并没有相关规范，相关责任主体及其权责不清楚，容易扯皮甚至可能导致在质量验收中也蒙混过关，埋下安全隐患。

二、我国关于装配式建筑的法律规定不具有强制性，不利于行业的发展

我国对于装配式建筑的具体规定包括行政法规，部门规章、地方性规章、其他规范性文件等。但这些规定都是倡导性的，并不具有强制性。比如《装配式建筑示范城市管理办法》规定“各地在制定实施相关优惠支持政策时，应向示范城市倾斜。示范城市应加强经验交流与宣传推广，积极配合其他城市参观学习，发挥示范引领作用。同时主管部门定期组织检查和考核”。但是很多地区经济捉襟见肘甚至债台高筑，实在没有能力来支持，如果政策支持不向示范城市倾斜，会

有什么后果呢？如果被评为示范性城市，需要应对各种交流、推广、学习以及检查、考察。没有任何的政策支持和优惠，示范性城市也很快就会没有动力，宁愿自己落选，这实质上是在挫伤示范性城市的积极性。所以没有强制性，这些规定都可能只是一纸空文。

三、装配式建筑的招投标特点

《国务院办公厅关于大力发展装配式建筑的指导意见》规定对装配式建筑原则上应采用工程总承包模式，可按照技术复杂类工程项目招投标。在这个总的原则下，结合我国招投标法、招投标法实施条例等相关规定，在国有资金占控股或者主导地位依法必须进行招标的情况下，装配式建筑可以邀请招标，同时作为技术复杂特殊招标项目可以由招标人直接确定专家开展评标工作。

另外，装配式建筑的招标可以分两阶段进行：第一阶段，投标人按照招标公告或者投标邀请书的要求提交不带报价的技术建议，招标人根据投标人提交的技术建议确定技术标准和要求，编制招标文件。第二阶段，招标人向在第一阶段提交技术建议的投标人提供招标文件，投标人按照招标文件的要求提交包括最终技术方案和投标报价的投标文件。

同时，鼓励设计、施工、开发、生产企业单独或组成联合体承接装配式建筑工程总承包项目。即在装配式建筑项目上，国家是鼓励联合体投标的，不禁止联合体投标。

四、我省装配式建筑招投标政策中的问题

《四川省人民政府关于推进建筑产业现代化发展的指导意见》第（七）条规定：省发展改革委要研究制定有利于推进建筑产业现代化发展的招投标政策。在政府投资项目中率先推广建筑产业现代化试点示范项目，在同等情况下可以优先选择我省具有综合甲级设计资质的企业和特级资质的施工总承包企业。我省的这

个指导意见的初衷是为了推进装配式建筑的快速发展,但是笔者认为这个规定明显有违招标投标法第十八条第二款的规定:招标人不得以不合理的条件限制或者排斥潜在投标人,不得对潜在投标人实行歧视待遇。

2019年8月20日八部委联合印发了《工程项目招投标领域营商环境专项整治工作方案》(发改办法规〔2019〕862号),对工程项目招投标领域营商环境进行专项整治。整治的范围包括:各地区、各部门现行涉及工程项目招投标的部门规章、地方性法规、地方政府规章、规范性文件及其他政策文件以及没有体现到制度文件中的实践做法。根据该方案中的第4条“设定明显超出招标项目具体特点和实际需要的过高的资质资格、技术、商务条件或者业绩、奖项要求”、第6条“将特定行政区域、特定行业的业绩、奖项作为投标条件、加分条件、中标条件”的规定,我省的上述指导意见需要调整。

五、装配式建筑项目的监管问题

施工地点不定,项目地点多变、从业者不够固定等造成建筑行业普遍监管力度不够,而在装配式建筑项目上,这种矛盾更加突出。

首先,对装配式建筑项目来说,存在设计施工监测体系不同步的问题,针对不同类型的装配式建筑结构和造型,大部分设计单位和施工单位同样没有充足的经验,设计不断调整,多次优化仍旧可能达不到施工标准。在这个过程中,一方面要面对现实情况,另一方面必须加强监管,防范腐败和质量事故。

其次,预制构件本身易出现开裂、透风、冷桥等现象,构件节点之间连接要求高,起重机械安全要求高,运输过程中容易发生损坏等,为了防范风险,必须加强全过程监管。

再次,在进行质量检测时,迄今为止行业内并没有制定统一的检测标准,施工检测缺少依据,甚至检测过程形同虚设。确定一个良好的质量检测评估体系,

对于我国装配式建筑的发展来说刻不容缓，从装配式的各相关阶段（设计、预制件制作、施工、验收等）进行质量考核，并符合系统性、客观性、全面性的原则。而这样一个质量检测评估体系，也是装配式建筑进行有效监管的依据。

六、完成装配式建筑规范与我国建筑体系的融合

完善的建筑体系对于一个国家建筑行业的发展，以及建筑行业的协调、统一、可持续发展有着重要的作用。我国的装配式建筑领域，陆续出台各种规范，在实践中还不断地修改，令这些规范与我国现有的建筑体系相融合至关重要。这就要求建设单位、设计单位、勘察单位、施工单位、监理单位以及政府部门在实际操作过程中不断思考并提出意见和建议，除了保证相关法律法规规范不冲突以外，还要考虑与我国发展阶段的相关政策及国情的协调统一，不断的修正与改进，达到“随国情变、促进发展”的结果。

国务院规定力争用 10 年左右的时间，使装配式建筑占新建建筑面积的比例达到 30%。四川省规定到 2025 年，全省范围推广应用装配式建造方式，装配率达到 50% 以上的建筑，占新建建筑的 40%，新建住宅全装修达到 70%。成都市也确定了自己的装配式建筑发展目标，并制定了一系列支持政策，如对装配式建筑优先安排年度建设用地计划指标，土地出让价款可分期缴纳；属于国家需要重点扶持的高新技术企业，对符合政策规定的减按 15% 的税率征收企业所得税；新型墙体材料专项基金返退等等。从上到下，政府发展装配式建筑的态度是积极的，但是加快各层级立法的步伐、迅速完善法律法规、技术标准和监管体系，提高立法的水平、强化各种规定之间的衔接是保障这一产业健康发展的前提。现在我国在这个领域还有很长的路要走，需要整个行业和政府部门的不懈努力，才能实现装配式建筑的飞跃，为人们提供更多更好的舒适安全、绿色环保的居住空间，促进现代建筑业的发展。

参考文献

- [1] 宁尚,李元.浅谈装配式建筑的发展.《房地产导刊》.2013年10期
- [2] 蒋勤俭.国内外装配式混凝土建筑发展综述.建筑技术[J].2010,12(41)
- [3] 张驰,李晓林.浅谈装配式建筑的推广与发展.辽宁建筑[J].2011,5
- [4] 韩如波.装配式建筑招投标的相关法律问题浅析
- [5] 朱孟洋.装配式建筑相关法律法规的研究.《中国市场》.2016年38期

《建工司法解释二》第十条解读：中标通知书的法律价值

王维新 发现律师事务所高级合伙人

发表于 2019 年 10 月

摘要：建筑业是国民经济的支柱产业之一，其对吸纳农村转移劳动力、带动关联产业、促进经济发展的作用不言而喻。最高人民法院发布的《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“《建工司法解释（二）》”）已于 2019 年 2 月 1 日正式施行，该解释对招投标文件的地位尤其是对中标通知书的效力作出更为规范的说明，将对建设工程结算纠纷的解决产生重要的影响。本文笔者将结合《建工司法解释（二）》第十条的规定，从中标通知书的法律性质入手，以中标通知书的法律效力为研究对象，据此提出相应的法律风险提示，希冀对建设工程纠纷中结算纠纷的处理有所裨益。

关键词：建工司法解释（二）、中标通知书、法律性质、法律效力、法律风险

一、中标通知书的法律性质

中标通知书指的是招标人在确定中标人后向中标人发出的、通知其中标的书面凭证，主要内容包括中标工程名称、中标价格、工程范围、工期要求、合同签订的时间、地点等。

关于中标通知书的性质，理论界主要存在两种争议：一种观点认为，根据《招标投标法》第 46 条规定，招标人和中标人应当订立书面合同；且《合同法》第 32 条规定，当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或盖章时合同成立。因此，中标通知书仅是一种预约合同。另一种观点认为，招投标行为属于合同法上的要约邀请行为，招标文件属于要约邀请，中标通知书属于承诺，根据《合同法》第 13 条和第 25 条规定，承诺生效时合同成立，因此成立本约合同。

从司法实践的应用来看，目前主要有准法律行为说、预约承诺说、本约承诺

书等观点，通过裁判文书网的检索，其中采用准法律行为说的案例有 25 个，采用预约承诺说的案例有 24 个，采用本约承诺说的案例有 55 个，从法院级别与所采取观点上看，统计情况如下表1：

法院级别 学说观点	最高院	高院	中院	基层法院	合计
准法律行为说	0	2	11	12	25
预约承诺说	0	3	13	8	24
本约定承诺书	1	8	23	23	55
合计	1	13	47	43	104

表 1：中标通知书法律性质和争议案件数量与受理法院级别表

由此可见，尽管司法实务中对中标通知书性质的认定仍不统一，但从法院层级和案件数量来看，百分之五十以上的法院均认为中标通知书属于本约承诺的一种。

再者，根据《招标投标法》第 46 条规定，招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。最新出台的《建工司法解释（二）》第一条同时规定，招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。

因此，中标通知书的主要内容既已在中标通知书中体现，为保证正式合同与招投标文件统一，同时出于权利对等的角度考虑，我们认为中标通知书的生效，即可视为本约的成立。

二、中标通知书的法律效力

¹ 见何红锋、郭光坤：《中标通知书法律性质的实证研究》，载《招标采购管理》2019 年第 7 期。

中标通知书的法律性质决定其法律地位及法律效力。在《建工司法解释二》出台前，中标通知书的主要作用在于确定招投标活动的结果，是竞标结果的重要凭证。但《建工司法解释二》出台后，中标通知书的法律效力大大增强。

根据《建工司法解释（二）》第十条的规定，当事人签订的建设工程施工合同与招标文件、投标文件、中标通知书载明的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款不一致，一方当事人请求将招标文件、投标文件、中标通知书作为结算工程价款的依据的，人民法院应予支持。

由此可知，在中标合同有效的前提下，当施工合同与招投标文件的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款不一致时，应将招标、投标文件、中标通知书作为结算依据，也因此确立了招投标文件在结算依据中的优先性。换句话说，如正式合同与招投标文件及中标通知书的实质内容不一致时，即可能被认定为是一种“黑合同”，从而否定合同效力。

最后，结合《建工司法解释二》第一条的规定，当以下三类文件中就工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容存在不一致的情况时，结算时的优先顺序为：①发承包双方之间的招标文件、投标文件、中标通知书；②中标合同；③另行签署的施工合同。¹

三、中标通知书的法律意义

根据《招标投标法》第四十五条、第四十六条的规定，中标人确定后，招标人应向中标人发出中标通知书，同时通知其余未中标的人选，并退还保证金。中标通知书发出后，招标人和中标人应当自自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。《招标投标法》第五十九条的规定，招标人与中标人不按照招投标文件订立合同的，或者招标人、中标人订立背

¹ 见郝利、王威：《从〈建设工程司法解释(二)〉浅析工程中标效力及黑白合同结算规则》，载《招标采购管理》2019年第4期。

离合同实质性内容的协议的，责令改正；可以处中标项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款。

因此，中标通知书的法律意义在于：如中标通知书发出后未按约定时间签订合同或所签订的合同的实质内容背离招投标文件及中标通知书，则可能受到较重的行政处罚。我们建议：

1、为保证招投标文件的统一，保证正式合同与招投标文件不产生歧义，对各个文件中实质内容的审查应更为重要。

2、《建工司法解释（二）》的出台后，今后的争议将不再仅依赖合同约定处理，招投标文件，尤其是中标通知的法律效力大大增强，其内容设计今后将会更为精妙。

四、结语

《建工司法解释（二）》的出台，无论是对中标通知书的重要性，抑或是招投标文件的地位都给予明确的肯定，招投标文件及中标通知书作为结算依据的优先性毋需多言，尤其是对发包商而言，应当更为慎重对待招投标文件，重视其法律价值，今后仅依靠合同约定解决纠纷将不再可行。

参考文献

[1]毛亚敏.论中标通知书的法律效力及毁标行为的法律责任—兼论我国《招标投标法》及《合同法》的完善[J].政法论坛(中国政法大学学报),2002(4).

[2]杜江波.中标通知书与合同成立、合同效力关系分析[J].石油化工管理干部学院学报, 2008(3).

[3]郝利、王威.从《建设工程司法解释(二)》浅析工程中标效力及黑白合同结算规则[J].招标采购管理,2019(4).

[4]何红锋、郭光坤.中标通知书法律性质的实证研究[J].招标采购管理,2019(7).

建设工程勘察合同纠纷的诉讼管辖问题

邓林 发现律师事务所专职律师

发表于 2019 年 10 月

摘要：对于为客户提供法律服务的律师来说，再小的问题也需要专业的对待。建设工程勘察合同纠纷的诉讼管辖问题，正是这样的小问题。在实践中建设工程勘察合同纠纷的诉讼管辖的确定存在不确定性，本文希望通过探讨这个不确定性，能够在为客户提供相关法律服务时，将不确定性的风险降到最低。

关键词：建设工程勘察合同、诉讼管辖、建设工程

一、引言

一般来说，建设工程建设周期长，专业性强，涉及到方方面面的事务庞杂，所以与建设工程相关的法律事务，也具有纷繁复杂的特点。见微知著，从勘察合同纠纷的诉讼管辖这个小小的问题，就能看出与建设工程相关的法律事务的复杂性了。

同时，也正是因为建设工程合同的专业性和复杂性，相关法律对建设工程合同的定义和范围进行了专门的规定，对与建设工程相关的不动产纠纷的诉讼管辖规定了专属管辖，这样就引发一个问题，即建设工程勘察合同纠纷的诉讼管辖，是按照一般的合同纠纷来确定还是按照不动产的专属管辖来确定。

二、相关法律规定

在讨论这个问题之前，有必要研究相关法律法规对于不动产、建筑工程、建设工程、建设工程合同、建设工程勘察合同的定义和范围。首先，对于建设工程的定义，《建设工程质量管理条例》第二条规定“本条例所称建设工程，是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程。”；《建筑法》第二

条规定：“本法所称建筑活动，是指各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动。”；《不动产登记暂行条例》第二条规定：“本条例所称不动产，是指土地、海域以及房屋、林木等定着物。”从上述法律法规的规定可以看出，建筑工程主要是各类房屋建筑及其附属设施和与其配套的线路、管道、设备工程；而建设工程是包含了建筑工程在内的工程，尤其是还包括了土木工程，线路管道工程，设备安装工程，装修工程，范围是非常广泛的，几乎覆盖了所有建设领域的各类工程，也涵盖了建筑工程，所以建筑工程是建设工程的一部分。不动产所指的范围就更加广泛了。

而对于建设工程合同，《合同法》的分则有专门的章节即第十六章——建设工程合同来进行规范。其中第二百六十九条规定：“建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。”；第二百八十七条规定：“本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定。”上述规定非常明确的定义了建设工程合同的定义以及包括的合同类型，勘察合同毫无疑问是属于建设工程合同的；同时，建设工程合同又属于加工承揽合同的范畴，对于《合同法》第十六章没有规定的，就适用承揽合同的有关规定。此外，上述概念厘清后，再来看法律是如何规定建设工程勘察合同纠纷的诉讼管辖的。《民事诉讼法》第二十三条规定：“因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。”；第三十三条规定：“下列案件，由本条规定的人民法院专属管辖：（一）因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖；”；《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二十八条规定：“《民事诉讼法》第三十三条第一项规定的不动产纠纷是指因不动产的权利确认、分割、相邻关系等引起的物权纠纷。农村土地承包经营合同纠纷、房屋租赁合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、政策性房屋买卖合同纠纷，按照不动产纠纷确定管辖。”

三、实践中对于建设工程勘察合同纠纷的诉讼管辖的不同理解

正是由于上述的法律及司法解释的规定，将建设工程施工合同纠纷按照不动产纠纷来确定管辖，引出了文章开始提出的问题，即建设工程勘察合同纠纷的诉讼管辖，是按照一般的合同纠纷的诉讼管辖来确定还是按照不动产专属管辖来确定。按照本文前述的法律及司法解释，这一问题似乎比较明确了，即只有建设工程施工合同纠纷按照不动产纠纷确定管辖，也就是说只有建设工程合同中的一种即建设工程施工合同适用不动产专属管辖，但是在司法实践中，对于建设工程施工合同纠纷的理解存在不同：

有一种理解是对于建设工程施工合同纠纷进行扩大解释，将包括建设工程勘察合同在内的其他建设工程合同种类，都等同于建设工程施工合同，认为建设工程勘察合同纠纷也适用不动产纠纷专属管辖。比如《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》第一条规定：“《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 28 条规定的建设工程施工合同案件按照不动产专属管辖确定受诉法院，即建设工程施工合同纠纷一律由建设工程所在地人民法院管辖。“建设工程施工合同纠纷”还包括建设工程价款优先受偿权纠纷、建设工程分包合同纠纷、建设工程监理合同纠纷、装饰装修合同纠纷、建设工程勘察合同纠纷、建设工程设计合同纠纷。”这个规定就是将包括建设工程勘察合同在内的其他类型的建设工程合同纠纷几乎都纳入了建设工程施工合同纠纷的范围内，从而都适用不动产专属管辖

还有一种理解就是将建设工程施工合同视为建设工程合同中的一种，严格按照《民事案件案由规定》第 100 个三级案由“建设工程合同纠纷”项下的第三个第四级案由，即“（3）建设工程施工合同”才适用不动产专属管辖。而建设工程合同纠纷这个三级案由项下的全部第四级案由为：（1）建设工程勘察合同纠

纷，（2）建设工程设计合同纠纷，（3）建设工程施工合同纠纷，（4）建设工程价款优先受偿权纠纷，（5）建设工程分包合同纠纷，（6）建设工程监理合同纠纷，（7）装饰装修合同纠纷，（8）铁路修建合同纠纷，（9）农村建房施工合同纠纷。

对于这样的不同理解，最高人民法院在 2015 年发布的《关于民诉法解释中有关管辖若干问题的理解与适用》文件中认为，“应当按照不动产纠纷由不动产所在地法院专属管辖的建设工程施工合同纠纷，不限于《民事案件案由规定》的建设工程施工合同纠纷项下的第三个第四级案由‘建设工程施工合同纠纷’，应当包括该项下的建设工程施工相关的案件：（3）建设工程施工合同纠纷，（4）建设工程价款优先受偿权纠纷，（5）建设工程分包合同纠纷，（6）建设工程监理合同纠纷，（7）装饰装修合同纠纷，（8）铁路修建合同纠纷，（9）农村建房施工合同纠纷”；且最高人民法院拟通过正在修改的《民事案件案由规定》予以进一步明确。由此可见，最高人民法院支持对于建设工程施工合同纠纷做扩大的解释，但是从上述文件中似乎这种扩大并没有将第 100 个三级案由项下的全部四级案由包括在内，即（1）建设工程勘察合同纠纷和（2）建设工程设计合同纠纷没有包含在内，对于本文讨论的勘察合同纠纷的诉讼管辖还是处于不确定状态中，而且至本文写作的时间，现行的《民事案件案由规定》仍然是 2011 年发布的，最高人民法院似乎并没有通过修改这一案由规定，来进一步的明确上述的不同理解。因此，在实践中，对于建设工程勘察合同纠纷的诉讼管辖仍然处在一种不确定中。

由此可见，建设工程勘察合同纠纷的诉讼管辖是按照一般的合同纠纷来确定，还是按照不动产专属管辖来确定，相关法律和司法解释存在模糊，而在司法实践中各地法院也没有形成共识，有按照一般合同纠纷确定管辖法院的判决，也有按照不动产专属管辖来确定管辖法院的判决。

四、结论

鉴于这种不确定性情况的存在,对于为客户提供法律服务的律师来说要引起重视,不能因为勘察合同在一个建设项目中的标的不大而忽视,应该以专业态度对这个问题进行全面的研究和准备,以便在合同审查阶段以及在合同纠纷进入诉讼阶段提前做好充分的准备和应对。

但是,要从根本上解决这种不确定性,还要健全建设工程相关法律制度,我国建设工程方面的法律比较分散,主要的法律就是《建筑法》,而建筑法只调整建筑工程,但建筑工程只是建设工程的一部分,所以需要完善制度建设,同时在制定相关法律时,对于不动产,建筑工程,建设工程,建设工程合同等分布在不同法律部门中的概念,注意其定义和内涵的一致性,尤其要关注相关实体法与诉讼法在用词和定义的一致性上,以免在司法实践中造成模糊从而在执行上产生不确定性。而要达到这一目标,还是要提高立法质量,这就是立法技术的问题了,这不是本文讨论的重点了,本文讨论的是通过建设工程勘察合同纠纷的诉讼管辖问题。不过通过这个问题的讨论,也可以看出建设工程相关的法律服务不但专业复杂,而且牵涉的范围和深度也是很广泛的。

参考文献

- [1]国务院.《建设工程质量管理条例》
- [2]全国人大常委会.《中华人民共和国合同法》
- [3]全国人大常委会.《中华人民共和国民事诉讼法》
- [4]最高人民法院.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》
- [5]江苏省高级人民法院.《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》
- [6]最高人民法院.《关于民诉法解释中有关管辖若干问题的解释》

何谓可以合并计算的合同价款——《必须招标的工程项目规定》第五条第二款的理解

向芳 发现律师事务所高级合伙人

发表于 2019 年 10 月

关键词：工程项目、必须招标、可以合并、同类合并

2018 年 3 月 8 日国务院批准了《必须招标的工程项目规定》（以下简称《规定》），《规定》从 2018 年 6 月 1 日起施行。《规定》施行之日，原国家发展计划委员会发布的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》（国家发展计划委员会令第 3 号，以下简称“原规定”）同时废止。《规定》第五条规定：本规定第二条至第四条规定范围内的项目，其勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购达到下列标准之一的，必须招标：（一）施工单项合同估算价在 400 万元人民币以上；（二）重要设备、材料等货物的采购，单项合同估算价在 200 万元人民币以上；（三）勘察、设计、监理等服务的采购，单项合同估算价在 100 万元人民币以上。同一项目中可以合并进行的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，合同估算价合计达到前款规定标准的，必须招标。

大家普遍认为，上述规定在原规定的基础上提高了必须招标的金额，缩小了必须招标项目的范围。原规定第七条规定：本规定第二条至第六条规定范围内的各类工程建设项目，包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，达到下列标准之一的，必须进行招标：（一）施工单项合同估算价的 200 万元人民币以上的；（二）重要设备、材料等货物的采购，单项合同估算价在 100 万元人民币以上的；（三）勘察、设计、监理等服务的采购，单项合同估算价在 50 万元人民币以上的；（四）单项合同估算价低于第（一）、（二）、（三）项规定的标准，但项目总投资额在 3000 万元人民币以上的。

事实上，从2014年3月起，原规定的修改稿就向社会公开征求意见，并对修订的必要性进行了说明：国家发展计划委员会令第3号的招标规模和范围是依据当时的经济社会发展水平和物价水平确定的，随着我国经济社会的不断发展，上述情况已发生了变化，原规定设置的强制招标范围、标准限额显得过宽、过低，有些情况下增加了市场主体的负担，在当前招投标市场体系不断健全，建筑行业利润水平普遍较低的情况下，有必要对原规定加以修改。

因此，征求意见完成4年之后，新的《规定》出台，在规模问题上，限额标准翻了一倍，同时第五条第二款增加了“同一项目中可以合并进行的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，合同估算价合计达到前款规定标准的，必须招标”。这个规定跟原规定第七条第（四）款“单项合同估算价低于第（一）、（二）、（三）项规定的标准，但项目总投资额在3000万元人民币以上的”必须招标的规定完全不同，而对于新规定第五条第二款的理解也是仁者见仁、智者见智。

笔者在工作中遇到一个典型案例，一个国有控股公司的工程项目，单纯的施工（劳务）不到400万元，设备材料不到200万元，设计监理等不到100万元。如果采用包工包料的形式合同金额超过400万，如果采用工程总承包（epc）的方式金额超过600万，如果施工、设备材料、服务全部分开则每一项都达不到《规定》第五条的要求。按照《规定》的要求到底属不属于必须招标的工程项目范围呢？公司内部基本上认为这么大的金额必须进行招标，但有人提出这个新的《规定》大胆提出不招标。不进行招标不符合既往的工作纪律，担心出问题，于是多方咨询专业人士，没想到得到的答案并不相同，有人认为必须招标，有人认为不用招标，理由都是《规定》第五条第二款。

认为必须招标的观点理由如下：原规定第七条第（四）款规定“单项合同估算价低于第（一）、（二）、（三）项规定的标准，但项目总投资额在3000万

元人民币以上的”必须招标。2014年03月24日，国务院法制办公室关于《工程建设项目招标范围和规模标准规定（修订）（送审稿）》公开征求意见，其中第九条规定：同一工程建设项目12个月内发生的同类勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，总估算价达到第八条规定标准的，必须进行招标。因此从必须招标的限额的发展历史来看，同一项目的总估算价遵循总额累加的原则，从原规定的3000万元变成征求意见稿的在12个月的时间内累加，虽然最后新的《规定》并没有规定具体的累加金额限制或时间限制，但同一项目中合同估算价合计达到标准的必须招标，这也体现了累加的原则，所以勘察、设计、施工、监理以及设备、材料采购累加起来达到第一款的标准就应该招标。如果不能累加计算，那么同一个项目发包人进行精巧的拆分，岂不是可能700万的国有投资都不需要招标？如何保证投资的效益？国有资产投资如何监控？如何保护国家利益、社会公共利益？这种可能出现的失控是不符合国家的利益和招标投标法的精神的。因此这个项目属于必须招标的项目。

认为不需要招标的观点理由如下：“同一项目中可以合并进行的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购”中“可以合并”的含义是解决这个问题的关键。“可以合并”并不是所有的勘察、设计、施工、监理、设备材料采购都合并在一起，如果是全部合并在一起就不需要把施工、服务、设备材料分成三个类型来制定标准了。这里的“可以合并”指的是同类项合并，即同一个项目中施工和施工合并计算、货物和货物合并计算、服务和服务合并计算。如果可以跨类别合并计算，比如设计可以和施工合并，那就和原《规定》第七条第四款规定的法律精神一样，只是更严格了，原来需要达到3000万才必须招投标，现在只需要达到700万就必须招投标了。而2018年新《规定》是在国家“放管服”改革的前提下出台的，目的是为了“提高工作效率、降低企业成本、预防腐败”，归根到底是要缩小依法必须招标项目范围的，所以不可能是跨类合

并。另外更重要的是：跨类别合并应当按什么标准计算招标的限额？在原规定中还有总额 3000 万元的限额，而新的规定没有同一项目总估算价的规定，那么是按施工单项合同估算价的 400 万元还是货物采购单项合同估算价的 200 万元还是按服务的采购单项合同估算价的 100 万元？显然不管哪个金额都会导致逻辑上的混乱，都是不正确的。理解了什么是“可以合并”及怎么合并，问题就迎刃而解了。因此这个项目不属于必须招标的项目。

虽然经查询公开的裁判文书，迄今为止没有发现有类似的司法裁判，但是笔者更倾向于第二种观点，即：同一项目中可以合并进行的施工合同合计估算价在 400 万元人民币以下、同一项目中可以合并进行的重要设备、材料等货物的采购合同合计估算价在 200 万元人民币以下、同一项目中可以合并进行的设计等服务的采购合同合计估算价在 100 万元人民币以下的可以不进行公开招标。

房地产项目国有建设用地使用权取得概述

王维新 发现律师事务所高级合伙人

伍陈凯 发现律师事务所专职律师

发表于 2020 年 6 月

土地市场是我国市场体系的重要组成部分,是资源要素市场的重要内容。改革开放以来,通过大力推行国有建设用地有偿使用制度,我国基本形成了以政府供应为主的土地一级市场和以市场主体之间转让、出租、抵押为主的土地二级市场,对建立和完善社会主义市场经济体制、促进土地资源的优化配置和节约集约利用、加快工业化和城镇化进程起到了重要作用。在本系列第一篇文章中,作者将根据有关土地的法律、法规及政策性文件,简述国有建设用地使用权一级市场出让概念及方式。希望对各读者有所裨益,因篇幅有限多有不妥之处,亦望读者给予批评指正。

一、国有建设用地使用权一级市场、二级市场基本概念

(一) 国有建设用地使用权一级市场

国有建设用地使用权一级市场,即国家通过其指定的有权机关将国有土地或将农村集体土地征收为国有土地后出让给使用者的市场。

(二) 国有建设用地使用权二级市场

国有建设用地使用权二级市场,根据《国务院办公厅关于完善建设用地使用权转让、出租、抵押二级市场的指导意见》,即以市场主体之间转让、出租、抵押为主的土地二级市场。

二、国有建设用地使用权一级市场出让概念及方式

(一) 国有建设用地使用权出让概念

建设用地使用权出让，是指国家以土地所有者的身份将一定年限内的建设用地使用权让与土地使用者，并由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。

（二） 国有建设用地使用权出让方式

1. 协议出让国有建设用地使用权

指市、县人民政府国土资源行政主管部门以协议方式将一定年限内的建设用地使用权出让给土地使用者，由土地使用者支付土地使用权出让金的行为。

让国有土地使用权，除依照法律、法规和规章的规定应当采用招标、拍卖或者挂牌方式外，方可采取协议出让方式。

2. 招标出让国有建设用地使用权

指市、县人民政府国土资源行政主管部门发布招标公告，邀请特定或者不特定的自然人、法人和其他组织参加建设用地使用权投标，根据投标结果确定建设用地使用权人的行为。

3. 拍卖出让国有建设用地使用权

指市、县人民政府国土资源行政主管部门发布拍卖公告，由竞买人在指定时间、指定地点进行公开竞价，根据出价结果确定建设用地使用权人的行为。

4. 挂牌出让国有建设用地使用权

是指市、县人民政府国土资源行政主管部门发布挂牌公告，按公告规定的期限将拟出让宗地的交易条件在指定的土地交易场所挂牌公布，接受竞买人的报价申请并更新挂牌价格，根据挂牌期限截止时的出价结果或者现场竞价结果确定建设用地使用权人的行为。

5. 用地预申请

用地预申请是指单位和个人对列入招标采购挂牌出让计划内的具体地块有使用意向的，可以向相关部门提出用地预申请，并承诺愿意支付的土地价格。

(1) 2006年，国土资源部发布的国土资发[2006]114号文《招标采购挂牌出让国有土地使用权规范（试行）》中5.4款：为充分了解市场需求情况，科学合理安排供地规模和进度，有条件的地方，可以建立用地预申请制度。单位和个人对列入招标采购挂牌出让计划内的具体地块有使用意向的，可以提出用地预申请，并承诺愿意支付的土地价格。市、县国土资源管理部门认为其承诺的土地价格和条件可以接受的，应当根据土地出让计划和土地市场情况，适时组织实施招标采购挂牌出让活动，并通知提出该宗地用地预申请的单位或个人参加。提出用地预申请的单位、个人，应当参加该宗地竞投或竞买，且报价不得低于其承诺的土地价格。

(2) 2007年，国土资源部、监察部发布的国土资发（2007）78号文《国土资源部、监察部关于落实工业用地招标采购挂牌出让制度有关问题的通知》再次明确要求：建立用地预申请制度，及时了解工业用地的需求情况，科学合理安排工业用地出让的规模、结构、布局、进度和宗地规模、产业类别、土地使用条件等，保证工业用地招标采购挂牌制度的有效落实。

（三）国有建设用地使用权出让规定主要内容

1. 《中华人民共和国民法典》

第三百四十七条 设立建设用地使用权，可以采取出让或者划拨等方式。

工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一土地有两个以上意向用地者的，应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让。

严格限制以划拨方式设立建设用地使用权。

2. 《中华人民共和国土地管理法》

第五十四条 建设单位使用国有土地,应当以出让等有偿使用方式取得。

第五十五条 以出让等有偿使用方式取得国有土地使用权的建设单位,按照国务院规定的标准和办法,缴纳土地使用权出让金等土地有偿使用费和其他费用后,方可使用土地。

3. 《中华人民共和国城市房地产管理法》

第十三条 土地使用权出让,可以采取拍卖、招标或者双方协议的方式。商业、旅游、娱乐和豪华住宅用地,有条件的,必须采取拍卖、招标方式;没有条件,不能采取拍卖、招标方式的,可以采取双方协议的方式。采取双方协议方式出让土地使用权的出让金不得低于按国家规定所确定的最低价。

4. 《中华人民共和国城乡规划法》

第三十八条 在城市、镇规划区内以出让方式提供国有土地使用权的,在国有土地使用权出让前,城市、县人民政府城乡规划主管部门应当依据控制性详细规划,提出出让地块的位置、使用性质、开发强度等规划条件,作为国有土地使用权出让合同的组成部分。未确定规划条件的地块,不得出让国有土地使用权。

以出让方式取得国有土地使用权的建设项目,建设单位在取得建设项目的批准、核准、备案文件和签订国有土地使用权出让合同后,向城市、县人民政府城乡规划主管部门领取建设用地规划许可证。

5. 《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》

第八条 土地使用权出让是指国家以土地所有者的身份将土地使用权在一定年限内让与土地使用者,并由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。土地使用权出让应当签订出让合同。

6. 《招标投标挂牌出让国有土地使用权规范（试行）》

4.3 招标投标挂牌出让国有土地使用权范围

（1）供应商业、旅游、娱乐和商品住宅等各类经营性用地以及有竞争要求的工业用地；

（2）其他土地供地计划公布后同一宗地有两个或者两个以上意向用地者的；

（3）划拨土地使用权改变用途，《国有土地划拨决定书》或法律、法规、行政规定等明确应当收回土地使用权，实行招标投标挂牌出让的；

（4）划拨土地使用权转让，《国有土地划拨决定书》或法律、法规、行政规定等明确应当收回土地使用权，实行招标投标挂牌出让的；

（5）出让土地使用权改变用途，《国有土地使用权出让合同》约定或法律、法规、行政规定等明确应当收回土地使用权，实行招标投标挂牌出让的；

（6）法律、法规、行政规定明确应当招标投标挂牌出让的其他情形。

7. 《招标投标挂牌出让国有建设用地使用权规定》

第四条 工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一宗地有两个以上意向用地者的，应当以招标、拍卖或者挂牌方式出让。

前款规定的工业用地包括仓储用地，但不包括采矿用地。

8. 《国务院关于加强土地调控有关问题的通知》

五、建立工业用地出让最低价标准统一公布制度

……工业用地必须采用招标投标挂牌方式出让，其出让价格不得低于公布的最低价标准。低于最低价标准出让土地，或以各种形式给予补贴或返还的，属非法低价出让国有土地使用权的行为，要依法追究有关人员的法律责任。

《国土资源部、监察部关于继续开展经营性土地使用权招标拍卖挂牌出让情况执法监察工作的通知》

二、明确政策，严格和规范执行经营性土地使用权招标拍卖挂牌出让制度

各地要严格执行经营性土地使用权招标拍卖挂牌出让制度。2002年7月1日《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》实施后，除原划拨土地使用权人不改变原土地用途申请补办出让手续和按国家有关政策规定属于历史遗留问题之外，商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地供应必须严格按照规定采用招标拍卖挂牌方式，其他土地的供地计划公布后，同一宗地有两个或两个以上意向用地者的，也应当采用招标拍卖挂牌方式供应。各地要严格按照国家有关政策规定界定《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》实施前的历史遗留问题，不得擅自扩大范围，也不得弄虚作假，变相搭车。要加快工作进度，在2004年8月31日前将历史遗留问题界定并处理完毕。8月31日后，不得再以历史遗留问题为由采用协议方式出让经营性土地使用权。

（四） 建设用地使用权出让的相关法律规定

1. 《中华人民共和国民法典》
2. 《中华人民共和国土地管理法》
3. 《中华人民共和国土地管理法实施条例》
4. 《中华人民共和国城乡规划法》
5. 《中华人民共和国城市房地产管理法》
6. 《中华人民共和国行政许可法》
7. 《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》
8. 《国务院关于加强国有土地资产管理的通知》

9. 《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》
10. 《国务院关于促进节约集约用地的通知》
11. 《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》
12. 《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规范（试行）》
13. 《协议出让国有土地使用权规定》
14. 《协议出让国有土地使用权规范（试行）》
15. 《国务院关于加强土地调控有关问题的通知》
16. 《国土资源部、监察部关于继续开展经营性土地使用权招标拍卖挂牌出让情况执法监察工作的通知》

三、国有建设用地使用权二级市场转让概念

根据《国务院办公厅关于完善建设用地使用权转让、出租、抵押二级市场的指导意见》，即以市场主体之间转让、出租、抵押为主的土地二级市场。

四、国有建设用地使用权二级市场所涉房地产转让方式及其操作模式

（一）房地产项目转让的基本条件

- 1、按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金,并取得土地使用权证书;
- 2、按照出让合同约定进行投资开发,属于房屋建设工程的,完成开发投资总额的 25%以上,属于成片开发土地的,形成工业用地或者其他建设用地条件;
- 3、转让房地产项目时部分房屋已经建成的,还应当持有房屋所有权证书。

（二）限制转让情形

1、以出让方式取得土地使用权的，不符合《中华人民共和国城市房地产管理法》第三十九条规定的条件的；

2、司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的；

3、依法收回土地使用权的；

4、共有房地产，未经其他共有人书面同意的；

5、权属有争议的；

6、未依法登记领取权属证书的；

7、法律、行政法规规定禁止转让的其他情形。

（三）办证机关操作方式（四川地区）

转让双方可持转让合同依法申报不动产转移登记，登记机构应当依法查验，对相关法律法规禁止交易、不符合有偿使用合同约定、未达到交易条件的，不予办理转移登记手续。作价出资（入股）土地转让后可保留为作价出资（入股）方式，也可直接变更为出让方式。

闲置土地处置涉及建设用地使用权转让的，可重新约定开竣工时间。土地转让后，划拨决定书或有偿使用合同、相关登记文件等载明的权利义务随之转移，受让人应依法履约。

转让中涉及原土地与房屋产权证书记载用途不一致的，原则上应依据国土空间规划统一用途，在完善相关手续后予以办理不动产登记；确实无法统一的，在办理不动产登记时，可按照原证书登记用途分别注明，但未经批准不得改变已批准用途。

（四）实践交易操作方式

1. 直接转让：房地产项目的整体转让

根据《城市房地产开发经营管理条例》第十九条、第二十条之规定，转让房地产开发项目，应当符合《中华人民共和国城市房地产管理法》第三十九条、第四十条之规定条件。转让房地产开发项目，转让人和受让人应当自土地使用权变更登记手续办理完毕之日起 30 日内，持房地产开发项目转让合同到房地产开发主管部门备案。

2. 间接转让：以受让项目公司股权方式实现项目转让

股权转让，包括全部股权转让和部分股权转让，指房地产开发项目主体通过转让其持有房地产项目公司股权，受让人通过受让该股权来实现对该房地产开发项目的控制。

根据《中华人民共和国公司法》关于公司股权转让的相关规定，只要转让方与受让方签订《股权转让协议》，办理工商变更登记后，受让人即取得了房地产项目公司的股权，成为房地产项目公司的股东，受让人通过行使股东权利的方式掌控了房地产开发项目，从而实现了间接受让国有建设用地使用权。

3. 以司法程序实现项目转让

司法拍卖是一种特殊的资产转让形式，此种方式在清扫城市烂尾楼时运用较多。受让人以参与司法拍卖的方式竞买获得某一烂尾楼的土地使用权，并同时获得对该烂尾楼项目进一步开发的权利。

五、以股权转让方式取得国有建设用地使用权所涉合同注意事项

（一）除在项目转让合同草拟过程中应注意的基本事项外，对相应合同基本

条款问题做如下提示：

1、股权转让合同的基本条款

- (1) 交易前提；
- (2) 目标公司及项目土地的基本情况；
- (3) 转让标的；
- (4) 股权转让价款及支付时间和方式；
- (5) 股权的交割时间及方式；
- (6) 股权转让过渡期间的权利行使及责任；
- (7) 股权转让的其他权利义务；
- (8) 股权转让方的单方承诺、合同的变更与解除；
- (9) 违约责任；
- (10) 争议解决方式。

2、需要特别提示的条款

- (1) 公司信息的披露义务及责任；
 - (2) 股权转让方对违约责任的担保方式；
 - (3) 公司印章的移交以及移交前后的界限划分；
 - (4) 股权转让生效前后债务的承担；
 - (5) 合同的生效及公司股权转让的生效；
 - (6) 工商变更登记手续的办理主体及时间。
- (二) 以股权受让方式取得土地所涉及的刑事风险的提示

股权受让是合作开发房地产项目中较为常见的合作模式,但应注意若采取以100%股权受让的方式取得项目用地,则有可能涉嫌【非法转让、倒卖土地使用权罪】。

根据《中华人民共和国刑法》第二百二十八条【非法转让、倒卖土地使用权罪】以牟利为目的,违反土地管理法规,非法转让、倒卖土地使用权,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处非法转让、倒卖土地使用权价额百分之五以上百分之二十以下罚金;情节特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处非法转让、倒卖土地使用权价额百分之五以上百分之二十以下罚金。

如浙江省绍兴市越城区人民法院审理的单某、余某犯非法转让、倒卖土地使用权罪一案【(2015)绍越刑初字第24号】,浙江省永嘉县人民法院审理的杨成美非法转让、倒卖土地使用权罪【(2016)浙0324刑初578号】,皆因股权转让取得项目用地而被认为是倒卖土地行为。

故特别建议,在进行100%股权交易时,尽量在政府有权部门的组织下进行,有条件的股权转让应取得政府有权部门的同意。

六、结语

本文所称建设用地均为国有建设用地,相关内容系依据《中华人民共和国城市房地产管理法》、《城市房地产开发经营管理条例》、《国务院办公厅关于完善建设用地使用权转让、出租、抵押二级市场的指导意见》、《四川省人民政府办公厅关于完善建设用地使用权转让、出租、抵押二级市场的实施意见》等相关法律、法规及规范性文件并结合作者执业经历所作出,仅供参考,不作为法律意见或任何建议使用。

建设工程质量缺陷责任期与工程保修期辨析

马福顺 发现律师事务所专职律师

发表于 2020 年 8 月

我国建设工程领域，一直注重建设工程质量的管理，从建设工程的勘察、设计、施工、监理、竣工验收、建设工程质量监督等不同的环节和主体，都提出了相应的质量管理要求，建立了相应的质量管理制度。施工单位实行的建设工程保修制度和建设工程质量保证金管理办法所涉及的工程保修期与缺陷责任期，很不好理解和区分，本文就此进行辨析探讨。

一、工程保修期的由来

建设工程保修期是建设工程保修制度的一个重要方面的内容。建设工程保修制度是我国 1997 年公布《建筑法》就已经确立，《建筑法》虽经 2011 年、2019 年修改，但建设工程保修制度及相关条款并未变化。与《建筑法》配套的建设工程质量管理的行政法规《建设工程质量管理条例》（2000 年国务院公布），对建设工程保修制度进行细化，规定施工单位出具质量保修书、对建设工程保修范围、工程各部分项目最低保修年限、保修期内施工单位的保修责任和赔偿责任等进行规定、细化。《建设工程质量管理条例》虽然 2017 年、2019 年进行过两次修订，但对建设工程保修制度的前述基本规定，未进行实质性修改。《建筑法》第六十二条规定：建筑工程实行质量保修制度，《建设工程质量管理条例》第四十一条规定：“建设工程在保修范围和保修期限内发生质量问题的，施工单位应当履行保修义务，并对造成的损失承担赔偿责任”，这些是关于工程保修期的基本规定。

二、缺陷责任期是随着落实工程质量管理、工程质量保证金管理办法出现的概念

工程保修责任落实在我国也是一个渐进的过程。《建筑法》公布后，我国《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—1999—0201）对承包人的工程保修责任在“通用条款”只进行了原则规定：“承包人应按法律、行政法规或国家关于工程保修的有关规定，对交付发包人使用的工程在质量保修期内承担质量保修责任”，并要求“承包人应在工程竣工验收之前，与发包人签订质量保修书”。对承包人履行保修责任并无专门的担保条款约定，只是规定了为履行整个施工合同义务，发包方和承包人双方均应向对方提供担保。

为了规范建设工程质量保证金管理，落实工程在缺陷责任期内的维修、维护责任，2005 建设部、财政部制定了《建设工程质量保证金管理暂行办法》（建质【2005】7号，已失效），规定“建设工程质量保证金（保修金）（以下简称保证金）是指发包人与承包人在建设工程承包合同中约定，从应付的工程款中预留，用以保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的缺陷进行维修的资金。缺陷是指建设工程质量不符合工程建设强制性标准、设计文件，以及承包合同的约定。缺陷责任期一般为六个月、十二个月或二十四个月，具体可由发、承包双方在合同中约定”，并规定“缺陷责任期内，承包人认真履行合同约定的责任，到期后，承包人向发包人申请返还保证金”。当时的“建设工程质量保证金”还是实践中大家所指的“保修金”，也因此，人们容易将责任缺陷期和保修期混淆。

建设行政主管部门对《建设工程质量保证金的管理办法》于2016年、2017年进行修订，对“建设工程质量保证金”（未再使用“保修金”这一说法）、“缺陷”的含义规定并无变化，“缺陷责任期”则修改为“缺陷责任期一般为1年，最长不超过2年，由发、承包双方在合同中约定”。但缺陷责任期满退还质量保证金这一规定并无变化。

根据《建设工程质量保证金管理办法》的变化，我国《建设工程施工合同（示范文本）》2013年版、2017年版专设了“缺陷责任与保修”条款，对工程质量

缺陷和工程保修问题进行专门规定，供合同方选择约定。

三、缺陷责任期和工程保修期是紧密关联的

由《建设工程质量保证金管理办法》和《建设工程施工合同（示范文本）》的规定可见，“缺陷”实质是建设工程质量不符合工程建设强制性标准、设计文件，以及承包合同的约定的一种建设工程质量问题，这种质量问题大小、轻重不同，而建设工程质量保证金则是发包人和承包人在合同所约定的，发包人在工程款支付时所扣留的为保证承包人在缺陷责任期内履行维修义务的资金，是承包人向发包人提供的一种承担质量责任的担保。承包人在缺陷责任期内履行了义务，则该部分被扣留的担保资金，在约定的缺陷责任期满，发包人就应当退还承包人。

从前述保修期制度和建设工程质量保证金管理规定本身及其规定的变化，我们可以认为，工程保修期是发包人和承包人约定的不低于法律、行政法规规定的最低保修期限的履行保修责任的期限；缺陷责任期是发包人和承包人在建设行政主管部门规定的最长不超过2年的期限内约定的发包人预留建设工程质量保证金的期限。缺陷责任期期限和工程（各分部分项工程）的最低保修期限比较，是低于最低保修期限的（如主体结构需终身质保）。缺陷责任期可以说是工程保修期限刚刚开始的一个阶段。承包人在缺陷责任期内履行的维修义务，实质上也是履行的工程保修义务。

四、工程保修期和缺陷责任期的起算时间略有不同

建设工程的保修期的起算时间，《建设工程质量管理条例》规定“自竣工验收合格之日起计算”，《建设工程施工合同（示范文本）》（（GF—2017—0201））遵循了“自竣工验收合格之日起计算”这一原则，但同时在“通用条款”部分还规定了“具体分部分项工程的保修期由合同当事人在专用合同条款中约定，但不得低于法定最低保修年限……发包人未经竣工验收擅自使用工程的，保修期自转

移占有之日起算”。

缺陷责任期的起算，在《建设工程质量保证金管理办法》（2017年修订）中规定“缺陷责任期从工程通过竣工验收之日起计。由于承包人原因导致工程无法按规定期限进行竣工验收的，缺陷责任期从实际通过竣工验收之日起计。由于发包人原因导致工程无法按规定期限进行竣工验收的，在承包人提交竣工验收报告90天后，工程自动进入缺陷责任期。”《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—0201）“通用条款”对“缺陷责任期”的定义中规定“自工程实际竣工日期起计算”，在“缺陷责任期”部分，则根据不同情况作了与《建设工程质量管理条例》基本相同的规定，并规定“发包人未经竣工验收擅自使用工程的，缺陷责任期自工程转移占有之日起开始计算”，在附件《工程保修书》部分，则规定为“缺陷责任期自工程通过竣工验收之日起计算。单位工程先于全部工程进行验收，单位工程缺陷责任期自单位工程验收合格之日起算”。《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）则根据《建设工程质量保证金管理办法》关于缺陷责任期起算规定的原则对工程质量保证金的返还期限问题作了与《建设工程质量保证金管理办法》基本相同的规定。

由此，在处理工程保修期、工程质量保证金、缺陷责任期等涉及工程保修责任、质量保证金退还等事务时，要正确区分工程保修期和缺陷责任期，厘清二者不同的起算时间，在合同签订过程中，对属于可以由双方自行约定的内容，协商约定。

关于建工分包合同中“背靠背”条款的实证分析

罗毅 发现律师事务所主任

李将军 发现律师事务所合伙人律师

发表于 2020 年 9 月

引言：“背靠背”条款，即总承包方在分包合同中约定，其在收到业主方支付的工程款后再向分包方支付相应工程款的付款约定，总承包方通过该条款可分散业主方不支付工程款的风险。鉴于该条款属于附条件条款，业主是否付款以及支付的金额将决定分包人能否取得工程款，分包人为维护自身权益，应依法积极搜集证据，包括采用申请法院调查取证或运用“书证提出命令制度”，将业主方实际支付的工程款的进度与金额予以固定，以证明付款条件成就。

2020 年 3 月 1 日，住房和城乡建设部和国家发展改革委联合制定的《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》正式施行。可以肯定地说，工程总承包将成为建设工程承包的主流模式。在该模式下，总承包方能够实现勘察、设计、采购、施工等全过程的高效管理，有效节约成本，对建筑市场的健康持续发展有积极意义。但在该模式下，对总承包方资金要求也较高，需要承担垫资和配资的风险较施工总承包更大。因此，总承包方必然会对建设资金的配置及使用进行更加科学的配置，例如通过“背靠背”条款将建设所需资金压力部分转移给分包方。因此，笔者将结合相关案例，尝试对“背靠背”条款的性质、效力及行使进行分析，以期为从事分包的企业提供合理化建议。

一、“背靠背”条款性质：附条件 or 附期限？

关于“背靠背”条款是属于附条件条款还是附期限条款，曾有过较大争议。附条件是指当事人以将来客观上不确定事实的发生或不发生，作为法律行为效力发生或消灭的依据；附期限则是指当事人以将来确定事实，作为法律行为效力发

生或消灭的依据。二者在性质上是有所差异，法律行为所附期限可以是明确的期限，也可以是不确定的期限，但都必须是一定会发生的。而附条件法律行为所附条件是否成立则必须是不确定的。以未来必然发生之事项（包括确定的日期）为条件的法律行为，不能构成附条件的法律行为。

主流观点认为“背靠背”条款属于附条件条款，原因在于总承包方之所以与分包方约定按照业主方支付工程款为付款前提，其主要目的在于控制工程款支付成本，分散业主方不支付工程款的风险。一旦业主方未按照约定支付工程款，总承包方就可依据该条款将风险部分转移给分包方。因此，“背靠背”条款属于附条件条款。就目前司法实务来看，人民法院也基本上认为“背靠背”条款属于附条件条款。参考案例如（2018）新 23 民初 134 号、（2015）黄浦民四（民）初字第 2244 号、（2019）苏 01 民终 3257 号。

二、“背靠背”条款的效力：有效 or 无效？

对“背靠背”条款效力进行分析，具有重要的实践意义：若肯定该条款的效力，总承包方以业主方未付款为由拒绝向分包人支付工程款的抗辩能够得到法院的支持；若否定其效力，则总承包方不能以业主方未付款为由拒绝向分包人支付工程款。目前，人民法院评判该条款的效力主要有如下几个观点：

笔者观点：结合相关实务经验，笔者倾向于有效说，原因在于该条款并不违反法律、行政法规的强制性规定，也不违反公序良俗原则。同时，该条款也不属于格式条款，不能援引免除己方责任，加重对方义务无效的法律规则。即使按照（2020）新民终 45 号建设工程施工合同纠纷案中人民法院的观点，“背靠背”条款存在显失公平的情形，那么根据合同法第五十四条及民法总则第一百五十一条的规定，当事人有权申请予以撤销，而非由人民法院认定为无效。需要特别说明的是，“背靠背”条款作为分包合同中支付条款的组成部分，如果分包合同无

效，该条款当然无效。

三、“背靠背”条款中付款条件成就的判断标准

就检索的案例来看，总承包方可能通过积极行为阻止条件成就，也存在以消极行为阻却条件成就的情形。前者如发包方与总承包方恶意串通，后者如在结算条件具备时，总承包人不提交结算资料；发包方逾期支付工程款，总承包人不催告也不及时提起诉讼主张权利。

例如（2016）沪 02 民终 6833 号建设工程合同纠纷案中，上海市第二中级人民法院对总承包人与分包人之间的付款条件是否成就进行了论述。该院认为，“涉案工程已经完工，且美和公司已出具《工程审价审定单》确认结算总造价，美和公司与立瞩公司理应就涉案工程款进行结算。立瞩公司因美和公司长期未支付工程欠款，而提起本案诉讼，美和公司辩称双方合同约定有背靠背条款，其与业主间因决算审价没有结束而尚未结算，故不同意全额支付工程欠款。由于涉案工程已于 2013 年 10 月完工，至今合同约定的 2 年工程保质期都已届满，美和公司在工程完工多年之后仍主张工程审价尚未结束，其与业主尚未结算，不具有合理性。虽然合同约定有美和公司根据业主付款比例支付立瞩公司工程款的意思表示，但美和公司始终负有积极向业主主张支付工程款的义务，现美和公司既无证据证明其曾向业主催款，亦未通过诉讼方式主张工程款，鉴于美和公司在合理期间内怠于主张自己权利，在此情况下，美和公司上诉仅同意支付 80% 工程款，理由不能成立，本院不予支持。立瞩公司上诉要求美和公司支付全额工程欠款，理由成立，本院予以支持”。

经笔者进一步检索，发现即使总承包人提起诉讼后，若长时间未成功主张该笔工程款，也有可能被人民法院认定为怠于行使相关权利。

如（2016）浙 0212 民初 3432 号建设工程分包合同纠纷中，宁波市鄞州区人

民法院认定而被告宁波建工虽曾两次起诉被告鑫义公司，但在涉案工程竣工验收合格已达6年半之久（被告鑫义公司与被告宁波建工约定的最后一笔质保金支付时间为竣工验收合格后5年），仍未成功主张该笔工程价款，怠于行使相关权利，应视为付款条件已成就。又如（2019）苏03民终25号建设工程施工合同纠纷中，江苏省徐州市中级人民法院认定涉案工程竣工、结算至今已过数年时间，徐州宜丰公司仍未付款。徐州宜丰公司、汉皇公司拖延付款的时间已超过双方《结算协议》中约定的最晚付款时间节点。考量双方当事人在订立《结算协议》时的真实意思表示，考虑到业主方徐州宜丰公司目前支付能力较差，考虑到汉皇公司就其向徐州宜丰公司主张的工程款已进入法院强制执行环节、且双方执行中存在协商和解行为等情形，本案应综合认定为基桩公司向汉皇公司主张工程款的条件视为已经成就。

综上，笔者认为对总承包方向分包方付款条件成就的判断可以从以下方面进行考虑：

第一，总承包人以作为或不作为的方式阻却条件成就，即存在总承包方在付款期限成就后与发包方达成延期支付的行为、在结算条件具备时总承包方不提交结算资料、在付款条件具备时总承包方不催告付款等行为时，均可能被认定为阻却条件成就。

第二，总承包人的行为具有不正当性，例如在出现其他分包方施工的工程质量不合格导致总承包人无法提供结算资料或发包方拒绝付款的情形，不应视为总承包人的行为具有不正当性。

第三，考虑总承包人向分包方维权的效果，即使总承包人已经提起诉讼，但长时间没有实质进展无法收回工程款，也有可能被认定为总承包方存在怠于履行其权利，向分包人支付工程款的条件已经成就。

四、结语

“背靠背”条款系当事人真实意思表示，不违反法律、行政法规规定，是双方自愿作出的权利义务安排，应属合法有效。鉴于该条款属于附条件条款，业主是否付款以及支付的金额将决定分包人能否取得工程款及其金额，如果分包方认为发包方已向总承包方支付了工程款，总承包人的付款条件已经具备，应承担举证责任。若因分包方难以掌握发包方与总承包方之间的付款凭证等资料，笔者建议分包人依法积极搜集证据，包括采用申请法院调查取证或运用“书证提出命令制度”，将业主方实际支付的工程款的进度与金额予以固定，以证明付款条件成就。

建设城乡统筹的物业服务体系，促进农业转移人口市民化

向 芳 发现律师事务所高级合伙人
陈玉民 成都市青羊区文家街道办事处
发表于 2020 年 10 月

改革开放特别是党的十八大以来，我国在统筹城乡发展、推进新型城镇化方面取得了显著进展。但城乡公共资源配置不合理等问题依然突出，影响城乡融合发展的体制机制障碍尚未根本消除。2019 年 4 月 15 日，《中共中央 国务院关于建立健全城乡融合发展体制机制和政策体系的意见》出台，其中指出：建立健全城乡融合发展体制机制和政策体系，是党的十九大作出的重大决策部署。为重塑新型城乡关系，走城乡融合发展之路，促进乡村振兴和农业农村现代化，提出了共计 36 条意见。意见第（四）条规定：健全农业转移人口市民化机制。建立健全由政府、企业、个人共同参与的农业转移人口市民化成本分担机制，提升城市包容性，推动农民工特别是新生代农民工融入城市。

基于我们在工作中了解的农业转移人口市民在居住方面的问题，本文将从安置小区的物业管理角度入手，对农业转移人口市民化机制建设进行浅显的探讨，希望能为城乡融合发展贡献一份智慧和力量。

一、安置小区物业管理的现状

随着城市的发展，城市周边的部分土地被征用，农民的房屋被拆迁，并统一安置到城市小区；随着城乡一体化的不断推进，部分农村居民宅基地被集中流转，农民的自建房被置换成社区产权房、农村集体资产所有权和土地的承包经营权被置换成城镇保障和社区合作社的股权，农民不再种自己的承包地、住上了高楼、领了安置费、年底还可以拿分红，已经成为了城市的新市民，脱离了传统的农民生活。

但是，突然从独门独户的生活搬迁进小区物业，开始过群居生活；从在土地上耕作的农民转变为城市的工人还是很难的，尤其对于年纪大的人来说。他们所受的教育水平普遍较低甚至还有文盲，失去土地后，很多人就处于失业状态，只有政府给予的拆迁安置补偿费，购买了社保的到退休年龄可以领取社保，生活基本稳定；而一些农民有一定文化、技术或手艺，可以找到工作，收入有高有低，事实上找不到更好工作的人是多数。

所以在他们搬入安置小区住上新房后，大多数住户对小区统一的物业管理不能适应，甚至完全置若罔闻。小区物业管理本来就是我国社会管理的痛点，而农民安置小区的物业管理问题更是十分突出，主要表现为：

1. 物业费收取困难

安置小区内居民在文化层次、综合素质、经济收入等方面都处于偏低水平，多数人理解社区建设、物业管理跟他们利益的关系是很困难的。尤其是年龄较大的一些居民更是没有物业管理的概念，相反他们会觉得住自己的房子为什么还要交费？

所以部分安置的农民作为业主在房屋交付使用时签署了《前期物业服务合同》，里面也约定了该怎么缴纳物管费，他们依然会拒绝缴纳物业管理费；一些年轻的业主即便能理解物业管理的作用，但是让他们自己掏钱交物业管理费，还是有很多人不愿意；一些人即便愿意缴纳物业管理费，能承受的标准也是非常低的，他们的理由是：自己是农民，没有什么文化，没有什么好的工作，收入低，跟城里的买商品房的人没办法比。

所以我们调研到的成都市的拆迁安置小区的物管费标准，收取安置对象的金额是 0.3 元/月/M²，即便一套 100M² 房屋一个月才 30 块钱。而这个收费标准物管公司显然是要亏损的，所以目前当地的做法是由政府或国有平台公司给物管公

司进行补贴，从 0.5 元/月/M² 到 1.0 元/月/M² 不等。

2. 一些传统的生活习惯改变难度大，给物业管理带来巨大的困难。

绿化被肆意破坏。农民被居民化后发现什么都得花钱，包括蔬菜。所以在安置小区的空地上“见缝插针”地种菜的现象非常普遍，甚至有人直接将小区的部分绿化带铲除种蔬菜。

小区环境脏、乱、差。很多人在农村养成的随地乱扔垃圾的习惯很难改变，甚至部分人直接将垃圾从楼上往下扔，不仅导致脏、乱、差，而且带来巨大的安全隐患。

住改商问题严重。很多业主作为安置户，在一个小区有多套安置房。除了自主之外，很多业主会把房屋出租出去，为了更高的租金，他们可能不管安置小区居住的功能，而直接出租做为商用，根本无法阻止。

无法理解邻居间的相邻关系。比如有的业主随意往下水道倾倒垃圾，堵塞下水道，物业公司要求其配合进行疏通，其会以没有堵自己家，其他住户的堵塞与自己无关等理由拒绝配合。

3. 物业公司参与管理率低。

安置小区的居民由于传统的生活习惯和文化水平等因素，物业管理的难度很大。同时由于物业费收费低、缴费率低（我们调研的安置小区中最高的缴费率不超过 40%）、政府补贴到位慢等导致物业管理资金紧张，非常容易亏损，物业服务企业多数不愿意介入，安置小区的物业管理进入恶性循环。

4. 安置小区维修资金收缴困难，小区维修维护不到位。

部分小区当初负责进行安置的企业甚至政府平台公司就没有按照规定缴纳维修资金，要收到安置户的维修资金更是比登天还难。而业主对小区内部环境的

破坏（如草坪践踏、围墙护栏被撬等）又较商品房小区更严重，需要修理和维护的费用更多。无钱可支配，要修的地方又多，安置小区的物业管理不到位、维修不及时，业主和物管公司的矛盾升级进入恶性循环是十分普遍的。

二、安置小区物业服务难题的原因探究

产生上述问题的原因，经过我们的调研，总结起来有如下几点：

1. 农民本身的传统习惯、生活观念、文化素养等导致，这是个不争的事实，完全不存在贬低农民的任何偏见。

2. 在农民安置的过程中，部分工作人员为了尽快完成安置任务，对农民不按政策进行宣传和承诺，出现诸如“你签字同意嘛，以后住高楼，又不要你交一分钱”等等。真正等安置对象住进小区后，要找他们收物管费甚至维修资金就麻烦了。他们最厉害的一招就是：把我的房子还给我，我不住这里了”。显然收费就成了泡影。

3. 安置房在修建的过程中，部分房屋质量瑕疵明显，维修整改工作量大，费用也大幅增加，导致物业服务难度更大。

4. 安置房的产权证办理时间漫长，导致无法成立业主委员会，业主权利长期悬空。

我们调研到的部分安置小区，从2008年入住，到现在都没有办理分户产权证或不动产登记证。《物权法》第70条规定：业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利。因此《物权法》第六章所言的业主特指建筑物区分所有权人，而非一般意义上的房屋所有权人。要成为业主则必须对专有部分享有所有权，专有部分的其他权利人包括用益物权人、担保物权人、承租人等都应被排除在“业主”范畴之外。我国的不动产物权变动，采取登记生效要件主义，经依法登记，不动产物权

变动发生效力，未经登记，不发生所有权转移的效力。仅仅订立了买卖合同或者安置协议但没有依法登记的，仍然不是专有部分的所有权人，因此，不能认定为业主。被安置对象没有拿到不动产权登记证，就无法依法成立业主委员会，无法按照物权法的规定决定小区内的重大事项，也无法以业主委员会的方式维护业主的权利。

三、构建安置小区物业管理合理机制的路径设计

经过研究和思考，我们特提出如下解决途径，并设计具体的实现路途，似乎可以管中窥豹，构建一个安宁和谐的安置小区样本。

1. 加强拆迁安置过程的管理，保证被安置农户对安置房屋的情况充分完整理解。

亚当·斯密在《国富论》中提出“土地是财富之母”。众所周知，在我国土地征用、转用的过程中，大量存在腐败案件。涉案人员不仅仅局限于公职人员，还有非公职人员。政府征地拆迁部门的工作人员组成结构复杂，很多是临时性工作组织、机动性强；人员素质参差不齐，在受到外界诱惑时存在侥幸心理；许多工作人员学历不高，法律意识淡薄，依法行政观念浅薄，为民服务意识淡化；还有人私心杂念太重，私欲膨胀，存在着“有机会自己捞一把”和送人情的心理；还存在为完成拆迁进度不善监督、不愿监督、不敢监督，甚至与不法人员沆瀣一气等等问题。另一类是农村基层组织中协助政府从事征地拆迁补偿等事务的人员，如村党支部书记、村民委员会主任、村会计等人员，他们在征地拆迁补偿工作中拥有一定权力，具有承上启下的作用，其利用协助从事征地拆迁补偿工作的职务便利，虚报冒领征地拆迁补偿款、贪污、侵占征地拆迁补偿款均不罕见，全国每年因此被送进监狱的人何止万千。

而对这些违法乱纪的操作，被安置对象一般是不清楚内幕的，但是一定是有

所察觉的。这些人要顺利完成拆迁安置任务，一方面要掩盖其违法行为，另一方面又要让被安置对象签字同意搬家，就编造一些说辞，反正不写在拆迁协议中，只等你签字画押腾房，他的任务就完成了，以后履行合同该怎么办已经找不到他了。所有就出现了文章前述的在拆迁过程中乱承诺、甚至虚假宣传的情况。这些行为，使得人民群众对政府工作人员履职的廉洁性产生怀疑，进而对党和政府管理国家和社会的信任度下降，导致政府公信力下降。

《土地管理法》第四十八条规定：对农村村民住宅，应当按照先补偿后搬迁、居住条件有改善的原则，尊重农村村民意愿，采取重新安排宅基地建房、提供安置房或者货币补偿等方式给予公平、合理的补偿，并对因征收造成的搬迁、临时安置等费用予以补偿，保障农村村民居住的权利和合法的住房财产权益。对于选择安置房的被安置农户来说，对安置房屋的情况享有知情权，政府对安置房的财产权益应充分地告知，他有哪些权利、哪些义务，所有的权益内容均应予以充分披露。只有让其明白了全部的权利义务，并作出真实的意思表示，才不会为后来的管理留下麻烦和隐患。

所以我认为：在土地征用、转用过程中，应健全建立各项规章制度，堵住管理制度的漏洞；制定长效工作机制和科学健全的操作规程；应组织业务强、素质高、会协调、会做群众工作、德才兼备、一心为公、为民办事的人员到征地拆迁的岗位上；应加强对征地拆迁工作政治理论和政策法规学习，认真贯彻《土地管理法》等相关法律法规和征地政策及操作程序，提高队伍执法能力；应加强业务培训，帮助工作人员树立正确的价值观、权力观，提升其拒腐防变的能力；应加强征地拆迁事务的审计和监察。只有从制度上让工作人员不敢、从主观上让工作人员不愿，拆迁安置过程中的违法犯罪才会慢慢减少，安置小区管理的基础性难题也才会慢慢减少。

2. 提前规划，加强监督，建造质量优良符合实际需要的安置小区。

目前我们了解到的农村拆迁安置小区存在修建方面的不足，主要如下：拆迁安置小区规划设计时未考虑农民生活习惯及需求，农民的知情权与参与权不足，导致房屋布局不合理，所需功能不完善，严重影响了农民的生活水平；部分拆迁安置小区缺乏科学设计，照搬城市居住区设计风格，不适宜农民居住；部分开发商的工程被层层分包，建造质量低下，后期维护投入不足，严重影响居住质量。

而具体到设计上面，现有的安置小区设计的储藏空间没有考虑储藏粮食、农机具的需求；没有考虑菜地与养殖地；旧时村庄设有村支部办公地点，定时召开会议裁决村内大小事务，而拆迁安置小区基本未考虑村支部办公及会议召开地点；拆迁安置小区较少规划广场、运动场地及景观花园，缺乏公共交往空间；交通组织存在缺陷，较多拆迁安置小区未规划足量的机动车停车位，未考虑小区的长期发展，导致机动车和非机动车停车位紧缺、乱停乱放情况严重，新能源车辆停车和充电需求更是不能满足；养老设备不足等等。

所以我认为：对安置小区的规划、设计、施工全过程应提前介入，加强监督。首先，保障农民参与权，充分考虑农民生活需求，设计出适合农民居住的拆迁安置小区。其次，在各种功能满足上，提出如下建议：（1）小区主入口可以设置固定场所或停留性较好的广场，作为老人集会、孩童玩耍、村民休闲娱乐的主要场所，与运动器械、景观绿化结合设计，形成良好的交往空间。（2）适当建设适合老年人活动的场地和运动设备。在小区电梯、无障碍设施、公共厕所和户型设计上也应考虑老年人的需求。（3）减少公共绿化，直接修建菜地。人行道不占用阳光地带，保证菜地空间阳光充足。菜地平均分配到户，农民可自行选择种植。（4）可在拆迁安置小区边缘下风向位置规划养殖场，农户自家圈养的零散家禽、家畜、土狗、家猫等集中规划于养殖地点，便于管理也保证小区的安静和整洁。（5）预留村支部会议室，当然可以多种功能兼备，如麻将室、棋牌室等。最后，在设计图纸落实到实物的过程中，应加强工程监督，对一切不

良行为或不道德、违法、违规行为“零容忍”，保证房屋修建质量优良，否则再好的蓝图都只是废纸。同时可以制定特殊的政策，比如如果修建安置小区获得鲁班奖，可以比其他建筑获得更多的奖励，或者在以后的招投标中可以作为加分条件等等，鼓励安置小区的开发商、施工方建设出高品质的房屋，从而减少以后物业管理的困难。

3. 完善安置小区物业自治制度，倡导以村民自身的服务保障安置小区的物业管理。

《物权法》第八十一条规定：业主可以自行管理建筑物及其附属设施，也可以委托物业服务企业或者其他管理人管理。即将于 2020 年 1 月 1 日生效的《民法典》第二百八十四条也做了与该条相同的规定。因此业主自行对安置小区进行物业管理有充分的法律依据。

而根据前述的调研，业主自行进行物业管理也有其现实需要，如前所述大多数物业管理公司不愿介入安置小区的物业服务，所以如果组织得力，业主自治是可行的。

我们建议：（1）可以依托已有的村民委员会，临时肩负业主委员会的职能。（2）在拆迁安置签署协议的过程中，对所有的安置对象进行宣传。在搬入新房后将进行物业自治。对小区物管需要配备哪些方面的人员，需要什么样的技术，需要多少人员等均进行公告，优先在本小区安置对象范围内进行聘用。这样既方便后面的物业管理，也给安置对象提供了就业机会，一举多得。（3）充分发挥村民自治组织中的监督机制，督促物业自治的公平、公开、财务透明。（4）加强政府的引导和监督作用，让村民的物业自治能始终正常运行。

4. 加强对拆迁安置单位的管理和监督，防止开发义务悬空，产权证久拖不办的情况继续存在。

如前所述，安置小区物业管理的难题部分是因为拆迁安置单位未完全履行开发义务造成的，尤其是办产权证（不动产登记证）的问题。跟普通的商品房买卖合同不同，拆迁安置协议一般都没有约定房屋产权证的办理时间和违约责任。所以普通的商品房如果未按期办理产权证开发商可能被起诉，赔偿违约金，但是安置房的开发商多数没有这种约束，所以资金经常挪作他用、能拖就拖。

所以我们认为：（1）规范拆迁安置合同，对安置房的补偿做详尽的规定，如办证期限、违约责任等均予以完善。（2）对开发商应缴纳的相关费用如维修资金等予以监督，收缴到位。（3）建立黑名单制度，对拆迁安置单位的违法违规行为予以曝光，限缩其市场空间，帮助良性市场的形成。

5. 加强市民化学习培训，加快安置对象的市民化进程。

《民法典》第二百八十六条规定：业主应当遵守法律、法规以及管理规约，相关行为应当符合节约资源、保护生态环境的要求。对于物业服务企业或者其他管理人执行政府依法实施的应急处置措施和其他管理措施，业主应当依法予以配合。业主大会或者业主委员会，对任意弃置垃圾、排放污染物或者噪声、违反规定饲养动物、违章搭建、侵占通道、拒付物业费等损害他人合法权益的行为，有权依照法律、法规以及管理规约，请求行为人停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔偿损失。对于这些在城市生活的规则，安置对象不一定知道；知道的，不一定理解；理解的，不一定知道该怎么做；也不一定知道违法的后果。这些都需要向他们作深入的宣传讲解，只有他们了解、理解了，才能自觉遵守，才能真正融入城市生活，成为新市民。

所以我们建议：（1）加强对安置对象的市民化学习培训。（2）培训形式可以多种多样，比如观摩法庭审理就是一种很好的培训形式。完全可以将物业服务合同纠纷案件的庭审现场搬到安置小区里面，通知小区业主参与旁听。通过旁听

庭审，一方面让大家了解了诉讼程序，更重要的是让大家知道物业服务的相关法律规定及可能的后果，对其市民化进程有很大的促进。（3）我们还特别建议在培训中要推动对安置对象的财商教育。我们在调研中发现，对很多安置对象来说，一次性获得的安置补偿款是一笔从未见过的巨款，拿到这么多钱不知道该怎么管理。很多人是先享受，买车、旅游等等，天天休闲娱乐不工作。等到把安置补偿款花完了，才又想起去挣钱。找不到工作、挣不到钱的人生活都陷入困难，更不可能交物管费了，反过来还要找到政府兜底。所以我们认为，安置对象在市民化的过程中，学会理财是很重要的一环。

总之，在安置小区物业管理的过程中，应当有建设城乡统筹的物业服务体系和坚持农民主体、共享发展的理念。发挥农民在乡村振兴中的主体作用，充分尊重农民意愿，调动他们的积极性、主动性、创造性，才能加快农民的市民化进程，提升他们的获得感、幸福感、安全感。

参考文献

- [1] 廖晓明、罗文剑.“零容忍”反腐败:内涵、特征与进路 [J]. 中国行政管理, 2012(1)
- [2] 李成言.廉政工程:制度、政策与技术
- [3] 刘少文.征地拆迁领域职务犯罪探究法制与社会 201712 (中)
- [4] 纪明媚、丁炜 集中居住背景下农民拆迁安置住房精细化与适应性设计策略 研究进展/乡村振兴

未经招投标的商住宅施工合同，效力瑕疵能否补正？

罗毅 发现律师事务所主任

张洁 发现律师事务所专职律师

发表于 2020 年 12 月

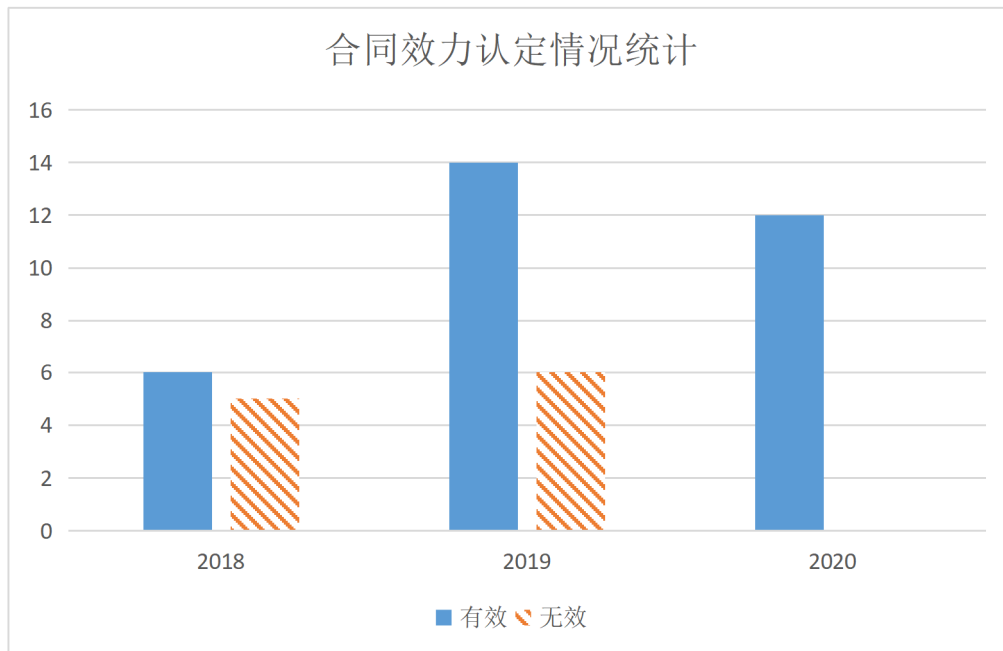
问题的提出：笔者去年办理了一起建设工程施工合同纠纷案件，案涉工程属于民营企业投资的商品住宅工程，双方于 2014 年在未经招投标程序情况下便签订了《施工合同》，施工过程中不间断的停工，到 2017 年 8 月案涉工程修建至正负零节点后停工至今，关于案涉工程的相关争议双方于 2019 年 5 月诉至法院。

本案中，因双方未经过招投标程序便签订《施工合同》，根据《招标投标法》第三条，及 2000 年 5 月 1 日国家发改委发布的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第三条第五项的规定，案涉工程应属于必须招标的项目，但根据 2018 年 3 月 27 日国家发改委发布的《必须招标的工程项目规定》（2018 年 6 月 1 日起生效），民营投资的商品住宅项目不再纳入强制招标范围，因此，案涉项目是否属于“应招标而未招标”的建设项目？未经招投标程序签订的《施工合同》是否为无效合同？新颁布的《必须招标的工程项目规定》是否能补正该《施工合同》的效力瑕疵？此问题为本案争议焦点。

一、司法裁判的认定情况

2018 年 6 月 1 日前未经招投标程序签订的关于商品住宅项目的《施工合同》，《必须招标的工程项目规定》是否具有溯及力，补正施工合同效力瑕疵的问题，笔者在“北大法宝”“威科先行”检索系统上，将关键词选定为“工程建设项目招标范围和规模标准规定”、“必须招标的工程项目规定”、“商品住宅”，时

间范围选定为 2018 年 6 月 1 日—2020 年 12 月 20 日，最高院出具的判决书共 43 份，合同效力的认定情况如下图。



2018 年 6 月 1 日—2019 年 12 月 31 日出具的判决书共 31 份，认为《必须招标的工程项目规定》具有溯及力，从而认定施工合同有效的判决共 20 份，不认可《必须招标的工程项目规定》具有溯及力的判决共 11 份，而 2020 年 12 份判决中，均认可了《必须招标的工程项目规定》可适用于该规定生效前签订的施工合同。

二、2018. 6. 1—2019. 12. 31 司法裁判的情况

通过对最高院裁判观点的梳理，笔者选取了部分案例详细论述《必须招标的工程项目规定》是否具有溯及力，补正施工合同的效力瑕疵。

（一）裁判观点存在分歧

1. 案号：(2018)最高法民终 475 号，裁判时间：2018. 08. 22

裁判观点：施工合同有效。

案涉项目虽属商品房项目，但《必须招标的工程项目规定》中并未明确规定商品房项目属于关系社会公共利益、公众安全的项目，且行政主管部门对《必须招标的工程项目规定》第四条项下必须进行招标的项目所确立的原则是“确有必要、严格限定”。因此，一审法院对 2014 年《建设工程施工合同》效力予以认定并无不妥。虽然《必须招标的工程项目规定》系自 2018 年 6 月 1 日起实施，但将该原则适用于既往签订的合同，有利于最大限度尊重当事人的真实意思，且并无证据证明适用的结果将损害公共利益和公众安全。

2. 案号：(2018)最高法民终 922 号， 裁判时间：2018.11.27

裁判观点：施工合同无效。

案涉工程系面向社会销售的大型商品住宅小区，关系到社会公共利益、公共安全的建设工程项目，根据法律规定应进行招投标程序。双方虽分别于 2012 年、2013 年经招投标程序，签订了三份《建设工程施工合同》，并报相关行政部门备案。但中建二局实际已于 2011 年 10 月进场施工，于 2011 年 12 月与日出康城公司签订了双方合意真实且实际履行的《工程施工合同》，双方当事人先签订合同后招标的行为违反了法定招标程序，且双方当事人在履行法定招标程序之前，已经达成合意并实际履行《工程施工合同》，实质上是先行确定了工程承包人，违反法律、行政法规效力性强制性规定，故一审法院认定案涉《工程施工合同》、备案合同及与施工相关的补充协议等为无效合同并无不当。

类似案例：（2018）最高法民终 821 号

3. 案号：(2018)最高法民终 696 号， 裁判时间：2018.12.24

裁判观点：施工合同无效。

本案中，东阳建工与中南置业公司于 2011 年 1 月 10 日和 11 月 20 日签订两份《建设工程施工合同》……均已超出《工程建设项目招标范围和规模标准规

定》第七条规定的合同预估价范围，属于必须招投标的大型建设工程项目。东阳建工主张案涉项目系非国有投资，不属于必须招投标的项目，但 2018 年 6 月 1 日生效实施的《必须招标的工程项目规定》中虽未明确以自有资金进行大型基础设施建设的工程项目需要招投标，亦规定“关系社会公共利益、公众安全的大型基础设施、公用事业项目，其招标范围由国务院发展改革部门会同国务院有关部门按照确有必要、严格限定的原则制订并报国务院批准”。因案涉工程早于该规定颁布实施即建设完工，目前是否属于无需招标项目尚无明确规定，故东阳建工关于案涉工程不属于必须招投标项目的主张不能成立，本院不予采信。

4. 案号：(2019)最高法民终 44 号，裁判时间：2019.04.04

裁判观点：施工合同有效。

《工程建设项目招标范围和规模标准规定》第三条第五项规定，商品住宅包括经济适用住房属于必须招投标的范围……但被 2018 年 3 月 8 日《必须招标的工程项目规定》明文废止，该规定自 2018 年 6 月 1 日起施行。案涉工程不再属于必须招标的项目。

类似案例：(2018)最高法民终 475 号、(2018)最高法民再 163 号、(2018)最高法民终 620 号

因此，在 2018 年 6 月 1 日《必须招标的工程项目规定》生效后，进入诉讼程序审理的案件，从以上选取的最高院的裁判案例可见，认定《必须招标的工程项目规定》是否具有溯及力，能否补正民间资本投资的商住宅项目在未经招投标程序签订《施工合同》的效力瑕疵，裁判观点上存在分歧。

（二）裁判分歧的原因分析

法院在认定施工合同无效的观点中，主要理由有以下两方面。

第一，根据“法不溯及既往”的原则，判断项目是否属于必须招标的项目应当根据当时的相关规定来认定，《必须招标的工程项目规定》虽然缩小了必须招标的范围，但是该规定在施工合同签订后颁布，施工合同签订时《工程建设项目招标范围和规模标准规定》仍有效并未被废止，因此，商住宅仍属于必须招标的建设项目。

第二，根据《必须招标的工程项目规定》第四条“不属于本规定第二条、第三条规定情形的大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目，必须招标的具体范围由国务院发展改革部门会同国务院有关部门按照确有必要、严格限定的原则制订，报国务院批准”的规定，对于必须招标的关系社会公共利益、公共安全的公用事业项目的具体范围尚未确定，因此，应依据合同签订时的法律法规认定该施工合同无效。

法院认定合同有效的观点，主要在于认为《必须招标的工程项目规定》适用于既往签订的合同，有利于最大限度尊重当事人的真实意思，遵循合同法鼓励交易、信守合同的精神，且无证据证明适用的结果将损害公共利益和公众安全。

三、2020年司法裁判的情况

目前检索出2020年最高院的判决书共12份，均认可《必须招标的工程项目规定》能适用于该规定生效前的商住宅建设项目，并认可未经招投标程序签订的施工合同有效。

（一）司法裁判趋于统一

2020年伊始，最高院对此问题的裁判观点趋于统一，主要裁判理由如下。

第一，无效合同的本质特征在于其违法性。《必须招标的工程项目规定》已不再将民营投资的商品住宅列入必须强制招标的范围，即相关法律法规发生了符合当事人合同预期的变化，案涉施工合同不再具有违法性，据此认定合同合法有

效，既符合当事人签订合同的目的，又符合现行法律法规对情形下合同的评价，具有法律适用的正当性、妥当性。

参考案例：（2020）最高法民终 236 号、（2020）最高法民终 846 号

第二，民事法律关系而言，所调整的是平等主体之间的身份关系和财产关系，一般是秉承“法不溯及既往”原则，但在合同效力的认定上，特别在适用新法更符合双方当时签订合同的预期，且不违背公序良俗，国家公共利益及社会利益的情况下，可以适用新法。

参考案例：（2020）最高法民终 305 号、（2020）最高法民终 481 号、（2020）最高法民终 496 号

第三，《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》已将民营企业投资的商品住宅工程列为非必须进行招标的项目。因此，根据“从旧兼从轻”的法律适用原则，且施工合同中有关建设工程施工方面的内容系双方真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，应认定为合法有效。

参考案例：（2019）最高法民终 438 号、（2019）最高法民终 1779 号、（2019）最高法民终 1668 号

（二）司法裁判统一的原因

原则上法律没有溯及力，只能适用于实行后发生的法律事实，但对于合同效力的评价上，我国法律法规及司法裁判中，倾向于遵循《合同法》鼓励交易、意思自治原则，尽量减少合同无效化的价值取向。2019 年 11 月 8 日发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》中（以下简称：《九民纪要》），也涉及到了合同效力补正的规定。

1、减少合同无效化的审判价值取向

《合同法》的根本目标是鼓励交易，促进市场经济的发展。《合同法》第52条针对原来《民法通则》关于无效民事法律行为的要件作了严格的限制，将无效合同的范围予以限定，不同于《民法通则》原则化地规定为违反“法律”的合同，《合同法》严格限制为“违反法律、行政法规”，且特别增加限定词：“强制性规定”。合同法司法解释二又将《合同法》第五十二条“强制性规定”明确限制为效力性强制性规定。《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》进一步提出：正确理解、识别和适用合同法第五十二条第（五）项中的“违反法律、行政法规的强制性规定”，关系到民商事合同的效力维护以及市场交易的安全和稳定，并提出“管理性强制性规定”的概念，违反“管理性强制性规定”不必然导致合同无效。

从《合同法》严格限制无效合同的范围、最高院司法解释、最高院审理指导意见来看，并结合上述最高院判决中，认为施工合同有效“适用新法更符合双方当时签订合同的预期”“符合当事人签订合同的目的”等裁判理由，均表明了司法审判中对合同效力的评价上，基本原则是鼓励合同自由和意思自治，推定当事人的真实意图不是去从事无效的交易行为，而是去从事一个合法的行为，不轻易否定合同效力的裁判倾向。

2、《九民纪要》关于合同效力补正的规范精神

《九民纪要》“4.【民法总则的时间效力】”载明，民法总则实行前发生的法律事实，适用于当时的法律...但是注意例外情形，民法总则实行前成立的合同，根据当时的法律应当认定无效，而根据民法总则应当认定有效或者可撤销，应当适用民法总则的规定。

上述《九民纪要》的规范内容表明，合同根据成立时的法律认定无效，表明当时法律对该合同持否定性评价，无效合同主要是因违法法律、行政法规的效力

性强制性规定，或违反公序良俗原则，而不发生法律效力。如王利明教授在《合同法研究（第一卷）》中所言：“无效合同的本质特征在于其违法性”。但是在裁判时，现行的新法不再认为该合同无效，并不具有违法性，认定合同有效符合当事人签订合同的目的，又符合现行法律对此问题的评价，符合法律适用的正当性、妥当性。

因此，《九民纪要》的发布，对该问题上基本统一了裁判思路，避免在该问题上“类案异判”的现象，且判决的说理部分，亦参考纪要的裁判精神。

四、笔者观点

（一）司法解释对施工合同效力瑕疵的补正

《建设工程司法解释（一）》（法释〔2004〕14号）中明确规定，承包人超越资质承揽工程，双方订立的施工合同本应无效，但在建设工程竣工前，承包人取得相应资质等级，施工合同则不作无效的认定。《建设工程司法解释（二）》（法释〔2018〕20号）进一步规定，未取得建设工程规划许可证等规划审批手续的，若在起诉前取得相关审批手续，或发包人能办理审批手续而未办理的，则不认定合同无效。

最高院在（2008）民提字第61号公报案例中提出：“原则上应适用行为之时的法律和行政法规的规定认定合同效力，但如果在终审判决作出之前，根据新颁布的法律、行政法规的规定认定合同有效而根据原有法律、行政法规认定无效的，根据从宽例外、持续性行为例外的基本法理，应适用新颁布的法律、行政法规的规定认定合同效力。”

结合最高院公报案例，及建工司法解释的相关规定，对于合同效力瑕疵的补正，我国司法审判正在进行有益地探索。特别是建工司法解释（一）（二）关于施工合同效力瑕疵补正的相关规定，对保证和促进建筑市场和合同的稳定性有重

要意义。

（二）“法不溯及既往”原则的灵活认识

我国建筑行业市场竞争无序、主体违法违规等现象广泛存在，按照现行建筑法律制度，从合同签订到履行全流程，做到合法合规的施工合同屈指可数。在诉讼中，原被告双方对合同效力的问题各执一词，特别是主张合同无效的一方，主要目的是避免施工合同中违约责任的承担等不利于自身的合同约定，若认定合同无效后，所承担的责任远小于合同有效的责任。因此，若轻易否定施工合同效力，将会使违法行为一方变相获益。换言之，若当事人根据意思自治成立的合同，仅因违反相关强制性法律规定而过于轻易被认定为无效，此类强制性法律规定便可能成为恶意当事人背信弃义的借口，客观上助长众多违反合同约定的不正当行为，无异于是对违法行为的纵容。因此，笔者支持最高院目前司法裁判中认定施工合同有效的观点。

在国家对建筑行业高度管控的历史背景下，我国建筑立法设置了诸多强制性规定，一方面，强化了对建筑活动的监督管理，保障建设工程质量和施工安全，维护建筑市场秩序等发挥了重要作用。另一方面，法律对建设工程领域的严格规制，极大限制了当事人在施工合同中的意思自治，产生了一系列不良反应，对建筑市场的健康发展造成阻碍。近年来，我国在施工企业资质和招投标程序管理方面的产业政策逐渐呈现放宽的趋势，表明了国家对建筑行业的发展需求，在立法政策上的松绑及回应。

综上，我国《立法法》第93条“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往”确立了“法不溯及既往”的基本原则，但同时也规定“但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外”。因此，在司法审判中，灵活地排除“法不溯及既往”原则的适用，认定《必

须招标的工程项目规定》具有溯及力，符合《立法法》第 93 条“有利追溯”的精神，亦与建筑行业法律政策的改革一脉相承。

承包人阻却发包人以“工期延误”为由反索赔的实务路径

田佳灵 发现律师事务所合伙人律师

周玉富 发现律师事务所专职律师

发表于 2020 年 3 月，2021 年 1 月修订

引言：根据我国建筑市场特点，在施工实践中，除非涉及重点目标节点的施工项目，工期顺延实为常态，少则一两月，多则两三年。工期延误对发包人和承包人双方来说必然又为一个矛盾焦点，在司法实践中当承包人向发包人主张工程款时，往往又会被发包人以工期延误为由进行反索赔，此时当发包人拿出施工合同、开工报告、竣工验收报告时，工期已逾期多日，而承包人又大多不注重施工过程中对于“工期延误”的索赔风险，最终导致应得的工程款被冲抵甚至倒欠的情况。《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，以下简称“《建工司法解释》”）第十条（原《建工司法解释（二）》第六条）关于工期顺延的规定，从某种程度改变了承包人在工期索赔环节中弱势地位，使得承包人主张顺延工期有了充分的法律依据。针对承包人，本文将简析如何利用《建工司法解释》中关于工期的规定来化解发包人的索赔风险。

一、关于“工期延误”条款具体规定的理解

《建工司法解释》第十条规定，当事人约定顺延工期应当经发包人或者监理人签证等方式确认，承包人虽未取得工期顺延的确认，但能够证明在合同约定的期限内向发包人或者监理人申请过工期顺延且顺延事由符合合同约定，承包人以此为由主张工期顺延的，人民法院应予支持。

当事人约定承包人未在约定期限内提出工期顺延申请视为工期不顺延的，按照约定处理，但发包人在约定期限后同意工期顺延或者承包人提出合理抗辩的除

外。

上述关于“工期顺延”的法条规定分为两款，第一款是对发承包人之间约定了需要确认工期顺延，但实际未确认情形下的规定；第二款是对发承包人之间约定工期索赔期限，实际未及时索赔情形下工期顺延的规定。

对《建工司法解释》第十条的规定进一步探析，我们可以清楚的看到承包人在施工过程中想要向发包人主张“工期顺延”需具备以下三个条件：

1. 承包人在索赔期限内向发包人或监理人提出过工期顺延事由；
2. 工期顺延事由符合合同约定；
3. 承包人超过索赔期限后，发包人事后同意或承包人提出合理抗辩的。

二、司法实践中对于原《建工司法解释二》第六条的适用标准

1、中交一航局第三工程有限公司与大连福佳·大化石油化工船坞、码头建造合同纠纷（大连海事法院（2016）辽72民初461号）

大连海事法院认为：施工合同还约定了工期顺延需经甲方和监理共同签字确认，需将延误的内容向甲方提出书面报告，未按期提出报告的视为对工期无影响或虽有影响但乙方愿免费采取必要措施补救而无需延长工期。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（二）》第六条第一款规定，在本案审理期间，航三公司未举证证明其在合同约定的期限内向福佳大化码头公司提出过工期顺延申请，且在申请事由符合合同约定的情况下，福佳大化码头公司对其合理申请未给予确认；亦未举证证明双方对工期顺延进行过协商。虽然航三公司辩称福佳大化码头公司拖欠工程款，其有权停工，但其亦未举证证明因此停工的事实以及停工的天数。综上，航三公司主张工期顺延的理由不充分，

本院无法支持，其应当承担码头上部结构及 5000 吨码头工程没有按照合同工期竣工的违约责任。

2、广州永龙建设投资有限公司与金中天水利建设有限公司建设工程施工合同纠纷（广州市黄埔区人民法院（2019）粤 0112 民初 139 号）

广州市黄埔区人民法院认为：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（二）》第六条规定，结合本案施工过程中双方的往来函件、会议纪要、施工工作联系单等证据中载明的事实，本院酌定设计变更和天气原因顺延工期 60 天，废水引入原因顺延工期 444 天（施工工作联系单中载明的 330 天和 114 天），一共顺延工期 504 天。扣除工期顺延的天数，金中天公司逾期完工 799 天（1303 天-504 天）。

3、宁波康尔房地产开发有限公司与宁波华鼎建设有限公司建设工程施工合同纠纷（宁波市中级人民法院（2018）浙 02 民初 1437 号）

宁波市中级人民法院认为：关于工期顺延签证。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（二）》第六条第二款的规定，当事人约定承包人未在约定期限内提出工期顺延申请视为工期不顺延，按照约定处理，但承包人提出合理抗辩的除外。本案中，华鼎公司确未在约定期限内、以约定形式和程序提出工期顺延申请，但其在 2014 年 3 月 29 日的会议中明确提出由于业主方原因导致其工期延误四个月并要求业主方在五天内回复，但康尔公司未对此作出回应，且现有证据可以证明涉案工程施工过程中确实存在图纸多次修改、施工方案未能及时确定等情形，故可视为华鼎公司已作出合理抗辩，本院采信鉴定报告中的意见和理由，对该四个月工期予以扣除。

为了探寻在司法实践中，法院就工期顺延如何适用《建工司法解释二》第六条之规定，笔者在裁判文书网上查考了近八十份相关的判例，现摘录以上三份供

大家参考。通过判例查考发现，大部分承包人在庭审中就工期顺延这个争议焦点提出的抗辩理由并未完全得到法院的支持，原因主要如下：

1. 没有在规定时间内向发包人或者监理人提出工期延期的申请或者说明；
2. 承包人就工期延期提出的抗辩理由并未在合同中有约定。

三、承包人如何利用《建工司法解释》第十条合理阻却“工期延误”带来的损失

在当前的建筑行业市场中，大多的土建项目平均利润率就在 10%左右，工程竣工后一般发包人还扣留 3-5%质保金，如果发包人付款不及时，工程竣工时承包人在成本还未收回情况下，如因“工期延误”被承包人反索赔，亏损是大概率事件。在笔者进行案例检索时发现具有代表意义案件：在丽水市安居房建设有限公司诉浙江同心建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷（（2019）浙 1102 民初 3050 号）中，发包人起诉承包人就要求对工期延误进行违约赔偿，案涉工程总造价 2 亿元，最终一审法院判决承包人向发包人支付违约金 3200 余元。这样的赔偿金额，对于承包人来说已经不是项目是否还盈利的问题，而是很可能让承包人自此一蹶不振。

在《建工司法解释》第十条中就已经体现最高院根据国内建筑行业特点及审判实务中出现的问题，就工期顺延如何来确定，对承包人的利益有了倾斜性保护，在尊重合同意思自治的基础上也从公平的角度做出了一定的突破。以往承包人在施工中就工期延误向发包人提出索赔时往往得不到认可，但现在即便发包人不予以书面确认，承包人只要有证据证明在合同约定的时间和按约定的事由提起了工期顺延申请，法院也会支持承包人的工期顺延申请，从而达到维护相对弱势的承包人合法权益。

四、承包人以后在合同签订及施工过程中面对“工期顺延”反索赔应该从以下几个方面加强：

（一）承包人在合同签订时，着重注意工期索赔事由及期限的约定，合理约定逾期违约金

鉴于“工期顺延”是否能够得到支持，核心的两点在于索赔提出的时限和索赔事由是否满足施工合同要求。承包人在与发包人谈判时尽可能对于这两点进行明确的约定，可以参考《建设工程施工合同（示范文本）》中关于“工期延误”相关条款规定。如果发包人过于强势，最基本的几个“工期顺延”情形必须包含：1、发包人未能按合同约定支付工程款的；2、发包人未能及时提供施工现场条件、图纸的；3、发包人提出设计变更的；同时，对于施工合同约定的工期及逾期违约金承包人必须要做到合理的评估，建议设定违约金的上限，不超过合同总金额的一个百分比。

（二）项目经理应强化依据合同开展履约管理的意识

项目经理作为施工项目的核心管理人员，对于施工过程中各类索赔、签证的发起必须要做到及时与准确。这就要求项目经理对于施工合同的条款必须要做到熟悉理解，对于项目经理部所有管理人员做到宣贯，但实践中大多数的项目管理还是传统的施工现场管理为重，对于履约过程中的施工合同管理是滞后的。一个项目能否盈利关键在于项目经理的整体经营能力，现有项目早已不能只靠管控成本来实现盈利，而要从施工合同、政策法规中通过科学管理在保证施工质量的情况下缩短工期来寻找盈利点。

“工期延误”的索赔表面上看不能带来直接利润增加，但现在绝大多数项目均存在逾期完工的情况，不能指望办理结算时与发包人协商打包解决。届时，双方因结算发生争议，发包人主张承包人逾期竣工违约，要求按照合同计算违约金

的时，承包人拿不出充足的阻却反索赔证据会相当被动。故，对于项目经理管理团队的要求必须非常熟悉施工合同中关于各类索赔、签证发起的时间和条件，在施工过程中完成所有的索赔、签证手续，必要时承包人可以引入第三方进行全过程法律服务，协助完成施工过程的合同履行管理工作。

（三）承包人充分理解《建工司法解释》第十条的规定，运用各种形式及时开展工期索赔

我们结合司法解释的内涵以及相关判例研究，对于工期延误事件发生后，只要承包人按照合同约定的时间内向发包人或监理人提出过工期索赔的申请，无论该申请是否得到了发包人或监理人的确定性答复，只要该工期延误的事实符合施工合同中约定的工期顺延事由或者法定事由，工期就可以顺延。因此，建议承包人出现工期延误事件后一定要及时索赔、勤索赔，以最大限度地维护自身合法权益。

同时，承包人需要规范索赔文件的制作，索赔事件发生的说明，责任的划分，合同或法规的依据等一一列明，向发包人或监理人发函须做好签收工作，必要的时候以 EMS 的形式快递至发包人或监理人的公司地址，并及时打印快递详单、邮寄面单等证据保存。

在施工过程中，承包人往往处于相对弱势地位，天然认为避免直接以索赔形式“刺激”发包人，那么除了直接提出索赔意向书、索赔报告等形式，承包人还可以以其他书面文件进行证据的固化，如会议纪要、工作联系函、进度计划报审表、施工日志等。实践中，监理人对于涉及经济类的签证、索赔一般不会直接确定，但是对于“工期延误”此类事实性的索赔事项一般会予以认可，从监理人的角度加强工作也是一个很好的固证途径。

结语：长期来看，承包人与发包人地位不对等是常态，加之“工期顺延”

索赔的专业性、复杂性、动态性等因素，这都造成固定工期顺延合理事由的困难性。承包人应当注重培养合同管理意识，遇到需要工期延误的情况时，在合同约定期限内及时提出，并且注意在日常施工中做好资料收集，以便在诉讼过程中进行有效举证。

民法典视角下建工挂靠合同效力再探

李建军 发现律师事务所高级合伙人

王明成 发现律师事务所兼职律师

发表于 2021 年 1 月

摘要：剖析无效合同的效力，应当进行动态分析，深入、分别考量国家意志、当事人各自意思及其后果。挂靠协议和挂靠施工合同原则上是无效的，但一方面这不影响其某些条款的效力，另一方面也存在“相当于有效”的例外。

关键词：民事行为无效、挂靠合同、挂靠施工合同

笔者在众多场合问及建筑工程领域中“挂靠合同”的效力如何，无论是大学教授、法院法官还是资深律师，十之八九的回答是：无效！果真如此？必然如此？谈及合同无效不影响独立条款时，则称与合同无效“无关，难道独立条款不是合同内容？

鉴于《民法典》施行在即，本文目的不在于回顾昨天，而在乎将来，故文中用《民法典》条款取代过去民事单行法中的相关条款。依据《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 1”）第 1 条第 2 款的规定，本文所谓“挂靠建工合同”包括挂靠合同和挂靠的建筑施工合同（以下简称“挂靠施工合同”）。

一、合同无效的真实含义

1. 外观意义

《民法典》第 155 条规定，无效的民事法律行为自始没有法律约束力，故合同无效的法律意义是“没有法律约束力”，本质上是缺乏国家强制保护的拘束力。但这并非合同无效的全部含义，因为其仅仅是从国家保护层面论及的法律后果。从当事人角度看，除非存在国家主动介入民事案件的情况，如检察院提起公益诉讼，否则第 155 条对于自愿的当事人而言，无讨论“没有法律约束力”的前提。

合同一般是双方行为（以下所谓合同均限于相向合同或者说对立合同，不包括同向合同如合伙协议、投资人协议），合同意思实际上是各方当事人的意思，而这些意思是被独立考察的，否则就不可能有“要约”、“承诺”制度。换言之，合同无效的进一步的考察应当是一方当事人的意思、对方当事人的意思，以及效力如何的问题，这在可撤销行为（相对无效民事行为）中表现突出：对无撤销权人，其意思是绝对有效的；对有撤销权人，其意思是相对有效的。概言之，讨论合同无效，不能够简单、粗暴、囫囵吞枣地认为所有当事人意思、所有合同条款无效。

2. 实质意义

《民法典》规定违反法律、行政法规的强制性规定的、违背公序良俗的、行为人与相对人恶意串通损害他人合法权益的（第 153. 154 条）无效。无论是通过法律、行政法规条款化强制保护的公共秩序、公共利益，还是没有规范化的公序良俗，抑或害及他人利益的行为，本质上均属于害及广义的公序良俗，体现的是国家意志。从当事人意思看，合同无效是当事人意思与国家意志不一致，但两种意思并非简单的完全冲突关系，即当事人意思可能是多维的，而国家意志可能仅仅针对当事人的某一个维度的意思予以否定，并不否定当事人其他意思。由于合同是一个“从生到死”的动态过程，可能合同成立之时，当事人的某一意思有悖国家意志，但当需要讨论合同效力之时，即需要国家强制保护合同权利之时，当事人原初违背国家意志的意思在客观上已经不存在，此时当事人意思并无违背国家意志的后果，不影响合同的效力（此种情形，在最高院司法解释中比比皆是）。

基于前述，讨论合同无效应当考察违背国家何种意志，害及何种具体保护的利益，此种违背在主张合同救济时是否仍旧存在，并且需要深入考察当事人各方在合同的意思以及彼此意思的关系是同一的，还是可以分离的。故《民法典》第 507 条规定，合同无效的，不影响合同中有关解决争议方法的条款的效力；第 567

条规定，合同的权利义务关系终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。顺便指出，按照这一思考逻辑，《民法典》第 155 条规定无效的民事法律行为自始没有法律约束力，显然在表述上存在歧义，可能与实践背离，除非“无效的民事法律行为”与“民事法律行为无效”两个概念是全同关系，但《民法典》的相关术语表达似乎难以支持该前提。

二、挂靠合同的效力

通说认为挂靠合同是无建筑资质的单位或者个人（以下简称“挂靠人”）与有建筑资质的单位（以下简称“被挂靠人”）签订的，挂靠人以被挂靠人名义承揽工程，被挂靠人予以协助并以管理费等名义，向挂靠人收取固定或者一定比例金额的合同。

挂靠合同即为“建工解释 1”第 1 条所谓的“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义”所达成的协议，但其本质究竟为何？或者是当事人通过合同形式规避建筑法关于施工人建筑资质的强制性规定，依据《民法典》第 153 条“违反法律、行政法规的强制性规定”而无效，此时无效出发点是害及公共利益理论。或者本质上是挂靠人与被挂靠人恶意串通，骗取发包人信任，将工程交给其施工，依据《民法典》第 154 条“行为人与相对人恶意串通”而无效，此时无效的出发点是害及发包人私人利益。尽管只要不损害他人利益，私人利益可以任意处分，但公共利益不具有任意处分性，故挂靠合同无效的确切性与发包人自由意志无关。尽管如此，发包人仍可以依法主张挂靠人与被挂靠人恶意串通。

如前所述，挂靠合同无效自然不是绝对的，依据《民法典》第 507 条的规定，当事人有关解决争议方法的当事人意思仍旧可能有效；依据《民法典》第 567 条的规定，合同中结算和清理的当事人意思仍旧可能有效——本条“终止”一词似乎暗示合同终止前有效，故不能够适用于无效合同，但包括最高院的案例显示，

实践中仍旧援用此条处理挂靠施工合同。不唯如此，挂靠协议可能是指向未来不确定的项目挂靠，即所谓挂靠“框架协议”，也可能指向具体的、明确的要通过挂靠获得交易机会的工程。就后者，可能有效的系前述有关争议、清理条款；就前者，从意思构成看，包括挂靠获取工程、挂靠管理费、挂靠中行为约束以及责任承担等条款，这些条款是否全部无效或者全部有效？我们认为，挂靠合同无效系协助他人冒用资质违反法律强制而无效，故协助获取工程约定无效，管理费与协助获得工程具有行为同一性，也当无效；但其他约束及责任条款，通过《民法典》第 507、567 条的适用，可以使之有效。有意思的是，有法院在认定挂靠框架协议时，一概认定其有效，其逻辑是没有针对具体项目实施挂靠，还没有违反法律强制！

三、挂靠施工合同的效力

挂靠施工合同无效，系通说，但不影响其他独立、清理条款的效力，自无疑问。结合实践争议，此处只对竣工验收合格和违约金条款的效力予以探讨。

1. 竣工验收合格的，挂靠施工合同“相当于有效”

如前所述，合同无效制度是动态的，一方面，行为成立时有效的，发生纠纷起诉时，如果没有履行完毕，且依据新法，行为有害国家、社会公共利益无效的，未履行部分无效；另一方面，行为成立时有害国家、社会公共利益无效的，在发生纠纷起诉时，无效情形因为私人的行为已经消灭的，该行为有效。

挂靠所涉工程因为工程已经竣工验收合格，则禁止挂靠施工的原因：保障施工生产安全、保障建筑物安全、避免公共资源浪费，客观上已经不存在。此时，就施工合同权利义务而言，待履行的不包括施工本身，仅仅从仍需履行的义务类型看，与建筑资质无关（维修除外），对这种类型的义务履行，并不违反法律强制。于此，类似于施工合同的无效已经被补正，故参照合同有效进行处理，有其

合理性。

《建工解释 1》第 2 条规定“建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持”，其所谓“参照合同约定”，本质上赋予了“合同约定”的拘束力，之所以如此，根本原因在于“建设工程经竣工验收合格”消除了施工行为无效的原因，不违背民事行为无效的法律精神和理论。对此，学理上认为：施工合同无效后，因为不可能适用返还财产的规定，故施工人获得工程款在理论上被认为是不当得利返还。但最高院实际上没有遵循这一理论，在工程竣工验收合格条件下，施工合同中非施工行为的其他约定“相当于有效”被适用。因为“合同约定”的工程款系当事人主观确定的数额，而不当得利之“利”系客观价值，应该按照相关计价清单结算，而不是当事人的约定。可见，该司法解释不是按照不当得利，而是按照合同约定处理的。需要说明的是，《民法典》第 793 条与前述司法解释比较，补偿承包人增加了按照约定“折价”，但该“折价”只是《民法典》第 157 条在建工合同中的应用，没有实质性改变。

2. 违约金条款不因挂靠施工合同无效而当然无效

逻辑上，违约金以合同有效，存在有效合同义务为前提，没有具有约束力的合同义务，违约金就没有存在的客观基础。如此，合同无效后违约金条款是否可以适用，在理论上产生了重大分歧。最高院只是就一方过错导致解除合同时，承认对方主张违约金条款的效力，但这得不出反向解释的后果，即其他合同无效，不能够主张违约金。

如前所述，合同条款是多维度的：挂靠建工合同涉及三方二种法律关系，违约金条款可能就某一义务设立，而这一义务可能并不违反法律强制，况且在工程竣工条件下，恶意挂靠的施工人还可以获得价款条款“相对于有效”的保护。一

概否定挂靠施工合同违约金条款，没有正当性、公平性依据，应当综合考虑工程是否竣工验收合同、发包人主观心态、违约金指向的义务类型、法律适用对建筑行业的导向效果等因素，具体问题，具体分析，赋予违约金条款不同的效力。

发包人善意的，违约金条款有效。2019年9月27日的（2019）最高法民终1350号判决书称：“在处理无资质的企业或个人挂靠有资质的建筑企业承揽工程时，应进一步审查合同相对人是否善意、在签订协议时是否知道挂靠事实来作出相应认定。如果相对人不知晓挂靠事实，有理由相信承包人就是被挂靠人，则应优先保护善意相对人，双方所签订协议直接约束善意相对人和被挂靠人，此时挂靠人和被挂靠人之间可能形成违法转包关系”。即如果发包人善意，有理由相信承包人是被挂靠人，那么，挂靠人和被挂靠人之间是“违法转包关系”，按照“违法转包”的术语含义，其隐含的前提是发包人与名义承包人的施工合同有效，违约金条款自然有效。

工程竣工验收合格后，针对后续的维修业务的违反，因为资质原因本就不能够履行，故违约金条款无效；针对施工中的施工质量、进度、管理等的违约金，同样因为资质原因，违约金条款无效，但鉴于施工人获得了价款条款“相对于有效”的保护，按照对等原则，违约金条款当参照适用。2019年10月23日（2019）最高法民再166号，在认定临峰公司与中业公司所签《补充协议》及《施工合同》无效后，仍旧认定《补充协议》及《施工合同》系双方在签订合同时的真实意思表示；就“关于临峰公司主张中业公司应承担逾期交工违约金的上诉理由能否成立的问题”，青海省高级人民法院称：《中华人民共和国合同法》第九十八条规定：合同权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。最高院称：案涉《施工合同》《补充协议》属无效合同，但其中涉及工程结算的条款可参照适用。此案违约金没有被支持是因为法院认为中业公司不构成违约，而不是违约金条款无效，不能够适用。2019年9月2日（2019）最高法民终589号，最高院称：

“按照合同约定，工期延误违约金应计算为 3288339.5 元（31317519 元×0.5%/天×210 天）。因《桩基工程施工合同》无效，该违约金不能当然被采纳。但因苏南公司施工质量存在问题，导致案涉工程工期延误并造成损失，苏南公司应向新城公司支付适当的工期延误损失。由于新城公司在苏南公司开始施工时未取得施工许可证，对案涉工程肢解发包，存在过错，本院参照工期延误违约金的数额，酌定苏南公司、新城公司各承担百分之五十的工期延误损失责任，苏南公司应向新城公司支付工期延误损失 1644169.7 元”。可见，最高院在确认施工合同无效后，实际上仍旧适用了违约金条款，只是依法按过错予以分担。

挂靠工程没有验收合格或者中途协议终止的，就工程施工相关事项约定的违约金，由于施工人没有获得价款“相当于有效”的保护，发包人同等不获得违约金保护，但可以主张损失；就工程款支付相关的违约金，由于工程款支付系当事人意思的一致，且施工人基于法定补偿请求权也能够获得该款项。故，此类违约金不违反国家强制，当属有效。

当然，挂靠施工合同涉及的意思约定复杂，施工、付款等相关情形多样，本文只是粗略地进行了“想当然”的分析，具体案件中，还需进一步结合案件事实、现行法规范和法理进行深入考量，方才有针对性。无论观点恰当与否，作为一种思考路径，期待能够有益相关司法活动。

工程价款债权转让的，债权受让方是否享有建设工程价款优先受偿权？——关于建设工程价款优先受偿权是否在主债权转让时一并转移问题的探讨

杨书刚 发现律师事务所专职律师

陈琼 发现律师事务所专职律师

发表于 2021 年 3 月

关键词：建设工程价款优先受偿权、债权转让、从权利、人身依附性、人身专属性

一、问题的提出

我国《民法典》第八百零七条（原《合同法》第二百八十六条）明确赋予承包人建设工程价款优先受偿权，最高人民法院又出台《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（一）》（法释〔2020〕25号）等文件，对工程价款优先权的适用细节做了进一步的规范。相应立法和司法解释逐步完善，使工程价款优先权获得了优先于抵押权和一般债权的权利位阶，对于保障项目施工承包人及背后建筑工人的合法权利意义重大，但司法实践中仍有大量问题无法找到直接依据，甚至有较大争议，本文探讨的问题便是其中之一——建设工程价款债权转让时，工程款优先权是否随之转让，即并非工程承包人的债权受让方是否也能享有工程款优先权呢？

二、实践中的两种观点

实践中，对上述问题有肯定和否定两种意见。

（一）肯定意见：可以一并转让

1. 最高人民法院—（2007）民一终字第 10 号判决书（公报案例）

本案判决书载明，“建设工程款具有优先受偿性质。建发公司基于受让债权取得此项权利……对涉案工程享有优先受偿权”。

2. 江苏省高级人民法院-指导文件

《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》（2008）第二十条载明：“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”。

3. 广东省高级人民法院-《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）

该文件第十五条规定：“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。”

（二）否定意见：不能一并转让

1. 深圳市中级人民法院-《关于建设工程合同若干问题的指导意见（2010修订）》

该文件第31条规定：“承包人将其对发包人的工程款债权转让给第三人的，建设工程价款优先受偿权不能随之转让”。该文件并未对“不能随之转让”的理由予以说明。

2. 河北省高级人民法院-《建设工程施工合同案件审理指南》（冀高法〔2018〕44号）

该文件第37条规定：“建设工程价款优先受偿权与建设工程价款请求权具有人身依附性，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消灭。”该文件未对工程价款优先权的“人身依附性”予以说明。

三、争议焦点：工程价款优先权的人身依附性

可以看到，上述两种观点的分歧主要是围绕债权及其从权利转让的规定展开的。《民法典》第五百四十七条第一款规定“债权人转让债权的，受让人取得与

债权有关的从权利，但是该从权利专属于债权人自身的除外。”因此，解答本文问题的关键在于回答工程价款优先权是否专属于债权人（即承包人）自身。

（一）关于“专属于债权人自身”的相关法律规定

根据《民法典》第五百四十七条第一款（原《合同法》第八十一条），专属于债权人自身的从权利不随主债权转让，但对“专属于债权人自身的从权利”未做解释。而债权人代位权制度中对代位权的行使有债务人的债权及从权利不能“专属于债务人自身”的限制，因此我们可以将关于代位权相关法律及司法解释的规定类推适用于债权转让中。

《民法典》第五百三十五条第一款（原为《合同法》第七十三条）规定“因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利，但是该权利专属于债务人自身的除外”，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（法释〔1999〕19号）十二条规定“合同法第七十三条第一款规定的专属于债务人自身的债权，是指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身损害赔偿请求权等权利”。应注意，虽然上述《合同法司法解释（一）》（法释〔1999〕19号）已于2021年1月1日废止，但笔者认为在关于《民法典》合同编的司法解释出台前，上述规定没有与《民法典》存在明显冲突的情况，因此仍可被参照用于确定“专属于债权人的债权及从权利”的范围。

可以看到，上述“专属于债权人自身”的债权，工程价款优先权不在其中，亦无相关法律法规规定工程价款优先权的“人身依附性”，然则司法实践中“人身依附性”的结论从何得出？笔者揣测推理逻辑大概是这样：首先是一般观点上

看，我国立法规定建设工程承包人的优先权的重要目的之一是保障农民工工资；其次是依据《合同法司法解释（一）》（法释〔1999〕19号）第十二条，劳动报酬的请求权专属于债权人自身；因此，得出结论的就是——具有保障工人工资目的的工程款优先权也专属于债权人自身。除此以外，没有其他逻辑解释得通。然而细心的读者肯定能发现，这一推理是有问题的，笔者试列否定理由。

（二）对“人身依附性”推理逻辑的否定

1. 工程款优先权的权利主体决定其是否不具有人身依附性

从《民法典》第八百零七条、《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（一）》（法释〔2020〕25号）第三十五条等条文来看，工程款优先权是和发包人有直接合同关系的工程承包人，优先受偿权能担保的只能是承包人的债权，而不能是和项目业主（建设方）无直接合同关系的个体，无论是劳动个体还是分包单位、实际施工人都不行。而实际上我国《建筑法》《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》等法律法规不允许项目发包方将施工工程发包给个人，作为个体的劳动者尚不存在以其劳动直接针对建筑工程优先受偿的法律依据。从我国立法上看，工程款优先权的权利主体只能为承包人。

因此，工程款优先权是否具有“人身依附性”，取决于工程款债权及其优先权对承包人是否具有“人身依附性”，而非取决于其间接保障的劳动报酬请求权对劳动者是否具有“人身依附性”。很明显，以承包人作为权利主体，工程款债权及其优先权并不具备“专属于债权人自身”的特性。

2. 作为建设工程价款组成部分的劳动报酬不能改变工程款整体的性质

住建部、财政部印发的《建筑安装工程费用项目组成》第1条第1款规定：“建筑安装工程费用项目按费用构成要素组成划分为人工费、材料费、施工机具使用费、企业管理费、利润、规费和税金。”因此，就算将其中的“人工费”等

同于劳动报酬，其也只是工程价款的一部分，工程价款作为一个整体而言不等于建筑工人的劳动报酬，劳动报酬请求权的“人身依附性”不能决定工程价款请求权的依附性。

3. 承包人的工程价款债权具有享有优先权的独立价值，不必假之于工人劳动报酬请求权

工程价款优先权作为对工程款债权的担保，担保物是承包人施工的工程，原因之一是该工程是承包人组织生产，进行人力、物力各种投入的成果（工人劳动仅是其中一个因素），工程因承包人的施工工作而获得增值，承包人因其整体的承包工作（而非仅仅是受其组织的工人的劳动）取得工程价款债权，进而取得优先权。

从众多大陆法系国家关于不动产优先权的立法看，承包人与工人个体是并列的权利主体，也说明其具有作为不动产优先权权利主体的独立价值。如，法国《民法典》第 2103 条规定：建筑人、承揽人、泥水工、其他建筑、重建或修缮建筑物、沟渠或其他工程的工人，对不动产享有优先权；日本《民法典》第三百二十七条规定：不动产工事的先取特权，就工匠、工程师及承揽人对债务人不动产所进行的工事的费用，存在于该不动产上。

综上，相关法律也并未直接规定工程价款优先权具有“人身依附性”，亦无法推论出具有“人身依附性”的结论。所以，认为工程价款优先权具有“人身依附性”的观点显然是站不住脚的，建设工程价款优先受偿权应在主债权转让时一并转让给债权受让方。

四、结语

实践中，承包人进行工程款债权转让的目的一般是为了资金融通。有优先权担保的工程价款债权显然更具有流通价值，此时承包人的工程款债权更容易变现，

工人工资也就更有可能得到及时支付。因此，从法律逻辑和社会效果两方面看，我们都可以对题设问题做出肯定的回答。

浅析建设工程价款优先受偿权

向芳 发现律师事务所高级合伙人

杨华 发现律师事务所合伙人律师

发表于 2021 年 4 月

建设工程价款优先受偿权在理论和实践中存在诸多争议,《合同法》第 286 条规定设立了建设工程价款优先受偿权,《民法典》在第 807 条仍延续了该条款的内容(未作修改或新增加的条款),《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》《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》(以下简称“司法解释一”)《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“司法解释二”)《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)》(2021.1.1)》(以下简称“解释一”)等进行了补充,尽管建筑工程款优先权制度从确立至今已经近 20 年,但学术界和司法实务界对该制度的性质等一直存在争议。围绕着建设工程价款优先受偿权实现过程中存在的疑难问题,我们再次进行研究和探讨,以为此文。

一、建设工程价款优先受偿权范围的沿革

建设工程价款优先受偿权的立法本意是解决发包人拖欠工程款的问题,保护劳动者的劳动报酬,该优先权的设立影响了建筑工人、承包人、发包人、抵押权人以及第三人的权利平衡。优先权范围的演化过程也体现了立法者对建设工程价款优先受偿权的态度以及各方主体之间的权利平衡的变动过程。

(一) 以当事人意思自治确定优先权范围的初始阶段

我国建设工程价款优先受偿权始于《合同法》第 286 条,“发包人逾期不支付的……建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”全国人大法

工委对本条解释为“发包人不支付价款的，承包人不能立即将该工程折价、拍卖，而是应当催告发包人在合理期限内支付价款。如果在该期限内，发包人已经支付了价款，承包人只能要求发包人承担支付约定的违约金或者支付逾期的利息、赔偿其他损失等违约责任。如果在催告后的合理期限内，发包人仍不能支付价款的，承包人才能将该工程折价或者拍卖以优先受偿。”

从上述规定可以看出当时立法者更多考虑到该权利的设立可能给抵押权人以及其他第三人权利造成的巨大负面影响，而倾向于谨慎适用建设工程价款优先受偿权，因此严格限定了权利行使的时间及程序要求，同时也倾向于尊重双方的意思自治，按照双方的合同约定履行，但立法者将违约及赔偿部分排除在优先权的受偿范围之外。该阶段为建设工程价款优先受偿权范围规定的初始阶段。

（二）以实际支出费用确定优先受偿权范围的细化阶段

2002年6月11日，为进一步明确建设工程价款优先权如何适用的问题，最高人民法院颁布了《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（以下简称“批复”），其中批复第三款对于“建设工程价款”的构成要件采取了列举加排除的方式进行解释，承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用属于可优先受偿的范围，仍然将发包人违约造成的损失部分排除在建设工程价款之外。

最高人民法院的批复将优先权的受偿范围由“意思自治”调整为“实际支出费用”，使建设工程价款优先权的规定更加具体明确、具有操作性，解决了合同法规定无法落地的难题。不过该批复也将承包人的利润排除在“建设工程价款”之外，无法在建设工程价款中优先受偿。

（三）建设工程价款的解构与重构阶段

在《建设工程价款优先受偿权审判疑难问题研究》一文中，作者李后龙法官

及潘军峰法官将最高人民法院批复后的这个期间称为“建设工程价款优先受偿权的规则解构期和规则重构期”。2005年1月1日施行的司法解释一中并未制定涉及建设工程价款优先受偿权的审判指导，因此各地方高院在《合同法》以及最高院批复的基础上，对建设工程价款优先受偿权的性质、适用范围、适用规则各自进行解读，完成了对建设工程价款优先受偿权的解构。各地法院也通过大量诉讼案件，逐步完成对建设工程价款优先受偿权的重构。

例如：江苏省高院在《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》中，将承包人应当支付的工作人员报酬、材料款、用于建设工程的垫资等实际支出的费用列入优先受偿的范围，将未用于建设工程的借款以及发包人应当支付的违约金或者因为发包人违约所造成的损失不列入建设工程价款优先受偿权的受偿范围；浙江省高院则在《执行中处理建设工程价款优先受偿权有关问题的解答》中规定工程价款的利息不在优先受偿范围内等。

（四）以国务院有关行政主管部门关于建设工程价款的规定确定优先权受偿权范围的阶段

2019年2月1日施行的司法解释二和2021年施行的解释一对于建设工程价款优先受偿权的范围进行了进一步的明确。司法解释二对建设工程价款优先受偿权的范围采用了引用加排除的方法，引用“国务院有关行政主管部门的规定”作为界定建设工程价款优先受偿权范围的基础，同时将“利息、违约金、损害赔偿金等”排除在建设工程价款的范围之外。

司法解释二和解释一考虑到建设工程价款往往通过司法造价鉴定确定的实际情况，转变为直接引用国务院有关行政主管部门关于建设工程价款的规定确定优先权的受偿范围，直接由造价鉴定机构按照鉴定规范予以认定，从而将承包人的利润列入优先权受偿范围，是在一定程度上对承包人权益的倾斜，但也明确将

欠付工程价款的利息排除在优先受偿权的范围之外，其目的也是尽量平衡农民工、承包人、发包人、抵押权人、其他第三人等各方主体的利益。

二、建设工程价款优先受偿权范围的部分争议

建设工程价款优先受偿权的范围，具体到案件而言，不外乎人工费、材料费、利润、垫资等各种费用的构成问题。对于大部分问题而言，司法实践中已经不具有争议，我们仅就部分争议问题进行研究和探讨。

（一）承包人的可预期利润

按合同法理论，承包人的可预期利润应当属于“预期利益”，属于承包人履行完合同后可以获得的收益，并非承包人物化到建筑物中的人力和财物。承包人的利润与抵押权人及第三人所享有的债权在本质上并无区别，因此即便到现在，依然有一部分观点认为将承包人的利润列入建设工程价款优先受偿权的范围不符合建设工程价款优先受偿权的立法目的。

按照解释一第40条“承包人建设工程价款优先受偿的范围依照国务院有关行政主管部门关于建设工程价款范围的规定确定”，而国务院有关行政主管部门已经将“利润”列入了建设工程价款的组成范围。从立法本意看，建设工程价款优先受偿权是通过保护承包人达到保护建筑工人的目的，如果对承包人应得的全部工程造价不予以优先保护，则可能导致建筑工人的权益无法保障。因此，笔者认为承包人的预期利益即利润应当列入优先受偿权的范围。

（二）预扣的质量保证金

合同履行过程中，发包人通常会扣留承包人工程质量保证金（虽然现在要求不能扣现金，但实践中并不是百分之百地执行）。对于该质量保证金是否属于优先权范围，有的观点认为，质量保证金是发包人与承包人之间就合同履行所约定的担保措施，质量保证金原则上应当由承包人于建设工程价款之外另行支付给发

包人，不会涉及建筑工人的利益；若该笔款项自建设工程价款中扣除，则该款项也属于发包人预先支付并转为承包人的工程质量保证金，该款项的性质已经转变，不再属于建设工程价款，故不应列入优先受偿权的范围。

笔者认为对此情况应当区别对待：（1）如果质量保证金从建设工程款中预扣，本质上该款项仍属于建设工程价款的一部分。它是为了让承包人确保质量，从建设工程价款中扣除的，可视为附期限及附条件的工程价款，质保期结束且承包人完成质保义务后，发包人应当支付给承包人。因此对于发包人从建设工程价款中预扣的质量保证金，可就建设工程折价或拍卖的价款优先受偿。（2）如果不是从建设工程价款中预扣的质量保证金，笔者认为不属于建设工程价款的优先权范围，不能优先受偿。

（三）建设工程价款优先受偿权是否及于建筑物所占用的建设用地使用权

关于建设工程价款优先受偿权是否及于建筑物所占用的建设用地使用权，目前法律没有明确规定。

建设工程价款优先受偿权是法定优先权，《民法典》第 807 条规定建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。建设工程合同的标的是建设工程，建设用地与建设工程虽因建设而物理结合，但建设工程是建设的产物，建设用地则先于建设工程而存在，建设用地只是建设工程的载体，两者在法律上属于可分的不同财产。建设工程本身并不包括建设用地，建设工程承包人基于建设工程合同而享有的优先受偿权的范围仅限于该建设工程本身的价款范围，并不及于该建设工程之外的财产如建设用地的处理价款。故笔者认为建设用地使用权不应作为建设工程价款优先受偿权的客体。

虽然建设工程价款优先受偿权并不及于建筑物所占用的建设用地使用权，但在将建筑物变现时，需根据“房地一体”原则进行处分，同时要区分开建筑物的

价值和建设用地使用权的价值，建设工程价款优先受偿权只对建筑物的价值部分享有优先受偿的效力。

（四）承包人垫资及垫资利息

关于承包人垫资及垫资是否属于建设工程价款优先权范围之内的问题，在解释一中没有明确规定，目前尚存在争议。有观点认为，工程垫资违反了建设部、国家计委、财政部 1996 年所发布的《关于严格禁止在工程中带资承包的通知》，认为工程垫资是违法行为故不应当属于优先受偿权范围。有的观点认为，建设工程价款优先权的立法目的是保护承包人已经物化到建设工程中资金、劳动力，而工程垫资本质上已经物化到建筑物中，应当属于优先受偿权范围。

2006 年 01 月 04 日，建设部、国家发展和改革委员会、财政部、中国人民银行发出《关于严禁政府投资项目使用带资承包方式进行建设的通知》，将 1996 年发布的《关于严格禁止在工程中带资承包的通知》废止，故工程垫资是违法行为没有法律依据。2021 年 1 月 1 日施行的解释一中最高人民法院对垫资款作了规定，认为该款项是合法款项，当事人对垫资和垫资利息有约定，承包人请求按照约定返还垫资及其利息的，人民法院应予支持，当事人对垫资没有约定的，按照工程欠款处理。

但解释一第 40 条规定“承包人就逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等主张优先受偿的，人民法院不予支持”，故笔者认为对垫资利息法律是不支持其优先受偿权的。即：（1）如果发包人和承包人对垫资没有约定的，则该垫款按工程欠款处理，该垫资款被列入优先受偿的范围；（2）如果发包人和承包人对垫资和垫资利息有约定的，则该垫资利息不属于建设工程价款的优先权范围，不能优先受偿，但该垫资款可以列入建设工程价款优先受偿的范围。

三、建设工程价款优先受偿权行使的主体

建设过程中所涉及到的勘察人、设计人、实际施工人等众多主体是否都享有相应的优先受偿权呢？

根据解释一第 35 条的规定“与发包人订立建设工程施工合同的承包人, 依据民法典第八百零七条的规定请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的, 人民法院应予支持”, 即享有优先受偿权的主体只有与发包人订立建设工程施工合同的承包人, 笔者认为享有优先受偿权的主体不包括勘察人、设计人、实际施工人以及次承包人和合法的分包人。

根据解释一第 37 条的规定“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”, 解释一修改了司法解释二中“如果装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人, 则不能认定承包人对装饰装修工程的价款享有优先受偿权”的规定。可以看出, 装饰装修工程的承包人也是享有优先受偿权的主体, 但是增加了装饰装修工程具备折价或者拍卖的条件, 即如果装饰装修工程不能折价或者拍卖, 装饰装修工程的承包人就不是优先受偿权的主体。

四、建设工程价款优先受偿权行使期限

根据解释一第 41 条的规定“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”, 建设工程价款优先受偿权的行使须遵循以下期限限制:

(一) 该十八个月在法律上属于除斥期间, 不会因其他原因而中止或者中断。因此, 享有优先受偿权的承包人应当及时行权。

(二) 该十八个月的起算点为发包人应当给付建设工程价款之日。怎样理解发包人应当给付建设工程价款之日呢? 解释一第 27 条规定“当事人对付款时间没有约定或者约定不明的, 下列时间视为应付款时间: (1) 建设工程已实际交付的,

为交付之日；(2) 建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；(3) 建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。

五、建设工程价款优先受偿权行使的前提条件

未竣工的建设工程承包人是否享有建设工程价款优先受偿权呢？解释一第 38 条规定“建设工程质量合格，承包人请求其承建工程的价款就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 39 条规定“未竣工的建设工程质量合格，承包人请求其承建工程的价款就其承建工程部分折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持”，故，建设工程质量合格是承包人行使建设工程价款优先受偿权的前提条件，而不是工程是否已经竣工。

六、放弃或限制行使建设工程价款优先受偿权

承包人是否可以放弃建设工程价款优先受偿权呢？解释一第 42 条规定的“发包人与承包人约定放弃或者限制建设工程价款优先受偿权，损害建筑工人利益，发包人根据该约定主张承包人不享有建设工程价款优先受偿权的，人民法院不予支持”，可见承包人有权放弃或者限制优先受偿权的行使，但是不得损害建筑工人利益，否则，该放弃或者限制无效。司法实践中，如何判断优先受偿权的放弃或者限制是否损害建筑工人利益是个难题，一般需要结合承包人的资产负债表、承包人支付能力、是否实际拖欠工人工资、工人工资是否存在其他有效保障措施等因素综合判断，单纯的拖欠一个或者几个工人工资并不能证明该放弃或者限制已经损害建筑工人利益。

欠付工程款，施工单位能否拒绝交付竣工资料

李俊 发现律师事务所高级合伙人

张洁 发现律师事务所专职律师

发表于 2021 年 5 月

问题的提出：建设工程实践中，建设单位拖欠工程款或拖延结算的现象屡见不鲜，给施工单位造成巨大的资金压力，施工单位又处于相对弱势和被动的地位，为改变被动局面，在竣工验收阶段，施工单位往往以建设单位欠付工程款或逾期未结算进行抗辩，拒绝交付竣工资料、协助建设单位完成竣工验收及备案。施工单位能否拒绝交付竣工资料？若因此给建设单位造成损失，该损失由谁承担？

一、竣工验收及备案中施工单位的作用

（一）相关法律规定

《建设工程质量管理条例》第十六条¹、《房屋建筑和市政基础设施工程竣工验收规定》第五条²规定了工程竣工验收应当具备的条件，其中包括“有完整

¹ 《建设工程质量管理条例》第十六条：“建设单位收到建设工程竣工报告后，应当组织设计、施工、工程监理等有关单位进行竣工验收。建设工程竣工验收应当具备下列条件：（一）完成建设工程设计和合同约定的各项内容；（二）有完整的技术档案和施工管理资料；（三）有工程使用的主要建筑材料、建筑构配件和设备的进场试验报告；（四）有勘察、设计、施工、工程监理等单位分别签署的质量合格文件；（五）有施工单位签署的工程保修书。建设工程经验收合格的，方可交付使用。”

² 《房屋建筑和市政基础设施工程竣工验收规定》第五条：“工程符合下列要求方可进行竣工验收：（一）完成工程设计和合同约定的各项内容。（二）施工单位在工程完工后对工程质量进行了检查，确认工程质量符合有关法律、法规和工程建设强制性标准，符合设计文件及合同要求，并提出工程竣工报告。工程竣工报告应经项目经理和施工单位有关负责人审核签字。（三）对于委托监理的工程项目，监理单位对工程进行了质量评估，具有完整的监理资料，并提出工程质量评估报告。工程质量评估报告应经总监理工程师和监理单位有关负责人审核签字。（四）勘察、设计单位对勘察、设计文件及施工过程中由设计单位签署的设计变更通知书进行了检查，并提出质量检查报告。质量检查报告应经该项目勘察、设计负责人和勘察、设计单位有关负责人审核签字。（五）有完整的技术档案和施工管理资料。（六）有工程使用的主要建筑材料、建筑构配件和设备的进场试验报告，以及工程质量检测和功能性试验资料。（七）建设单位已按合同约定支

的技术档案和施工管理资料”“有工程使用的主要建筑材料、建筑构配件和设备的进场试验报告”两项工程资料，该资料由施工单位所掌握。

《建设工程质量管理条例》第十六条、《房屋建筑和市政基础设施工程竣工验收规定》第五条还规定了“工程竣工报告应经项目经理和施工单位有关负责人审核签字”“有施工单位签署的工程质量保修书”等施工单位在竣工验收阶段的配合义务。

《城市建设档案管理规定》第六条¹规定了，竣工验收备案应提交工程竣工验收报告。因此，竣工验收是竣工验收备案的前置条件，未竣工验收则无法办理竣工验收备案。

（二）未竣工验收备案的后果

根据上述法律规定可见，施工单位是否移交相关竣工资料，是否协助配合建设单位进行竣工验收，直接决定了建设工程能否通过竣工验收及备案。若未能竣工验收备案，最为常见的问题便是商住宅项目的建设单位，可能面临向商品房买受人承担逾期交房及逾期办证的违约责任，并面临集体诉讼的风险。

二、司法审判情况

关于施工单位拒绝交付相关竣工资料，并协助配合建设单位进行竣工验收及备案的问题，建设单位诉至法院的主张一般为要求施工单位交付竣工资料，及赔偿逾期交付竣工资料所造成的经济损失。

笔者在“alpha”“北大法宝”检索平台上，以“未移交竣工验收资料”“竣

付工程款。（八）有施工单位签署的工程质量保修书。（九）对于住宅工程，进行分户验收并验收合格，建设单位按户出具《住宅工程质量分户验收表》。（十）建设主管部门及工程质量监督机构责令整改的问题全部整改完毕。（十一）法律、法规规定的其他条件。”

¹ 《城市建设档案管理规定》第六条第一款：“建设单位应当在工程竣工验收后三个月内，向城建档案馆报送一套符合规定的建设工程档案。凡建设工程档案不齐全的，应当限期补充。”

工验收备案”“《房屋建筑和市政基础设施工程竣工验收规定》第五条”“《城市建设档案管理规定》第六条”为关键词，共检索判决书 69 份，法院基本支持了建设单位诉请，判令施工单位限期交付竣工资料，对法院的主要裁判观点分述如下。

（一）施工单位应履行交付竣工资料的义务

法院认为交付竣工资料及协助办理竣工验收及备案手续，是施工单位应尽的法定责任和合同义务。

第一，根据《建筑法》第六十一条¹，《建设工程质量管理条例》第十六条二款，《房屋建筑和市政基础设施工程竣工验收备案管理办法》第五条，以及《建设工程文件归档管理办法》（GB/T50328-2014）之规定，尽管建设单位系组织竣工验收、办理竣工验收备案的责任主体，但竣工验收及备案应当提交的文件中，部分文件需施工单位提供或签署，如技术档案和施工管理资料、工程使用的主要建筑材料、建筑构配件和设备的进场试验报告、施工单位签署的质量合格文件和工程保修书等。

第二，根据《合同法》第六十条第二款的规定：“当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”因此，施工单位除了交付质量合格的工程外，还应履行按照相关法律法规和建设行政主管部门的要求，提交相应的竣工验收资料，配合建设单位竣工验收及备案手续的协助义务²。（注：上述判决均在《民法典》生效前作出，故其依据均为《合同法》）。

¹ 《建筑法》第六十一条：“交付竣工验收的建筑工程，必须符合规定的建筑工程质量标准，有完整的工程技术经济资料 and 经签署的工程保修书，并具备国家规定的其他竣工条件。建筑工程竣工验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。”

² 参考案例：（2019）赣民终 654 号、（2018）湘民终 914 号、（2018）浙 06 民终 2754 号等。

（二）施工单位拒绝提交竣工资料构成违约

在诉讼中，施工单位一般会主张因建设单位欠付工程款或逾期未结算，因此行使先履行抗辩权¹，其行为不构成违约。法院认为施工合同中施工单位按时完成质量合格的工程、建设单位按时支付工程款是主给付义务；施工单位交付竣工资料属于从给付义务；主给付义务与主给付义务、从给付义务与从给付义务可以构成合同履行抗辩权中的对抗，主给付义务与从给付义务除当事人有特别约定的情形外，一般不能构成合同履行抗辩权中的对抗。因此，施工单位主张的先履行抗辩权不成立，拒绝履行交付竣工资料的从给付义务构成违约²。

三、法理分析

（一）先履行抗辩权适用条件的分析

实际上，笔者认为根据法律法规规范性文件规定，交付竣工资料为施工单位法定义务及合同义务，自不待言。而问题的关键点在于施工单位是否享有先履行抗辩权？

我国《民法典》第五百二十五条、第五百二十六条、第五百二十七条分别规定了同时履行抗辩权、先履行抗辩权、不安抗辩权。学界通说观点认为，行使三大抗辩权均需确定合同双方互负对待给付义务，二者具有牵连性，形成对价关系。同时，关于牵连关系的表现形式上，双方当事人互负的债务在履行上存在依赖关系，一方给付义务的履行障碍影响着对待给付义务³，而合同的从给付义务不能

¹ 先履行抗辩权，又称后履行抗辩权，根据全国人大法工委《合同法释义》的解释，是指在双务合同中先履行的一方当事人未履行或者不适当履行，到履行期限的对方当事人享有不履行、部分履行的权利，以免对方无法履约或者不适当履约情况时合同目的落空。

² 参考案例：(2018)最高法民再 326 号、(2019)皖民申 2353 号、(2014)锡民二终字第 31 号等。

³ 崔建远：《履行抗辩权探微》，《法学研究》2007 年第 3 期，第 50 页。

与主给付义务产生对价关系及牵连关系¹。典型的例子如买卖合同中提供发票的从给付义务不能与货款支付的主给付义务构成抗辩。

（二）先履行抗辩权行使合法性的分析

如何区分主给付义务和从给付义务，主给付义务决定着债的类型，从给付义务具有补助主给付义务的功能，不决定债之关系的类型，乃在于确保债权人利益能够获得最大的满足²。

建设工程施工合同的主给付义务为工程款的结算与支付、按期完工、保证工程质量合格等，而提交竣工验收相关资料、配合竣工验收及备案为从给付义务，这与建设单位欠付工程进度款，施工单位缺乏资金因此停工不同，施工单位交付竣工资料与建设单位支付工程款的主给付义务不具有牵连性，不构成对价关系。故，笔者赞同上述司法裁判观点，即使建设单位迟延支付工程款，施工单位不能适用先履行抗辩权，也应及时交付施工资料。

四、实务建议

笔者结合自身的办案经验，及相关案例的裁判情况，提出如下建议。

（一）对施工单位的建议

从司法审判情况看，交付竣工资料为施工单位的法定责任和合同义务，交付竣工资料与拒付工程款不构成对价关系，因此，即使建设单位拒付工程款，施工单位仍应及时交付施工资料，避免自己陷入违约状态，否则，若因此给建设单位造成损失，如建设单位向购房者承担逾期办证违约金等，施工单位将承担赔偿责任。

¹ 王利明：《合同法研究》（第二卷），中国人民大学出版社 2011 年版，第 70 页。

² 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社 2013 年版，第 81 页。

第一，建议施工单位在面此情形下，应当采取正确的措施维护自身权利。如施工单位可以向发包人发函催告并给予合理期限，且告知未履行支付义务的不利法律后果，发包人仍拒绝履行付款义务的，则以诉讼方式要求建设单位支付工程款。

第二，施工单位可利用建设单位希望尽快完成竣工验收及备案的心理，促成双方的商务谈判并签订补充协议。施工单位可在谈判中明确交付竣工资料的时限、配合办理竣工验收及备案的手续，及未履行该等义务的违约责任，给建设单位吃下“定心丸”，从而促使建设单位在谈判中承诺支付工程款或审定工程总造价的期限，当然，最好尽力能在谈判中以补充协议方式，一致达成建设单位先支付工程款或先支付部分工程款，施工单位才履行交付竣工资料的义务。

（二）对建设单位的建议

第一，建议建设单位提出诉请时尽量具体明确，以避免被法院判驳的风险¹，如要求施工单位在判决生效后限期提交符合相关部门要求的竣工验收资料，并配合办理竣工验收及备案的相关手续，必要时建议再根据项目具体特征以列举方式进行兜底²，如在诉状的附件中列明交付竣工资料的清单。

第二，建议建设单位可在招标文件中明确施工单位应配合协助的事项，并要求施工单位在投标时对该等事项进行实质性响应，及施工合同中明确约定施工单位提交竣工资料的时间、内容，配合办理竣工验收及备案的义务，及未履行该等义务的违约责任。

五、结语

¹ 如在（2016）浙 0103 民初 00722 号案件中，法院认为“原告要求被告立即配合原告启动工程竣工验收工作，但对于如何启动竣工验收，被告应如何配合 0，原告并未提出具体的诉求....原告的该项诉求不符合起诉的条件，故本院不予支持。”

² 参考案例：（2013）杭余民初字第 1961 号

不管是建设单位欠付工程款或拖延结算，还是施工单位拒绝交付竣工资料，双方对争议的发生均存在过错，都非信义至上的为商之道，双方应秉承诚信原则切实履行合同义务。若一方欠付工程款，另一方拒接交付竣工资料，导致项目无法办理产权证，最终容易导致购房者集体诉讼，更甚者导致群体性上访事件，造成不良的社会影响。发承包单位不仅以赚取利润为目的，更应具备社会责任感，树立正确的社会价值导向。

承包人破产，实际施工人如何最大化争取权益

罗毅 发现律师事务所主任

于诗佳 发现律师事务所专职律师

发表于 2021 年 6 月

承包人进入破产程序后，其主要偿债来源是应收工程款，不仅包括自行施工产生的工程款，还涉及转包、违法分包和实际施工人借用资质产生的工程款。承包人的破产财产将直接决定其债权人的清偿率，但后者是否属于破产财产，管理人与实际施工人争议巨大，司法实践处理各异。本文略探一二，以期在实际施工人最大化争取权益提供有益参考。

一、关于转包、违法分包和实际施工人借用资质产生的工程款是否为承包人破产财产的司法观点

（一）一种观点认为，在承包人破产的情形下，应严格遵循合同相对性，从而限制实际施工人主张权益。管理人清收后，该部分款项纳入承包人的破产财产，由全体债权人公平受偿，实际施工人只能以普通债权人的身份申报债权参与受偿，否则构成承包人对债权人的个别清偿，管理人依法应予撤销¹。

案例：（2016）苏 1281 民初 1727 号【转包】

案情简介：2013 年 4 月 15 日，淮安金帝亚机械制造有限公司（以下简称金帝亚公司）与江苏新兴建设工程有限公司（以下简称新兴公司）淮安分公司签订建设工程施工合同一份，约定金帝亚公司将该公司室外道路及给排水工程发包给新兴公司淮安分公司。合同签订后当日，新兴公司淮安分公司将上述工程转包给

¹根据《中华人民共和国企业破产法》第十六条规定，人民法院受理破产申请后，债务人对个别债权人的债务清偿无效。在第一种观点下，若承包人破产后，发包人在欠付工程款范围内向实际施工人直接支付工程款，变相将属于总包单位的债权向个别债权人单独清偿，侵害了其他债权人的合法权益，实际施工人应当将工程款返还给管理人。

陈中兴，双方签订经济责任承包合同一份，约定收取管理费 3%。新兴公司已申请破产重整，陈中兴起诉发包人金帝亚公司和承包人新兴公司要求支付工程款。

裁判结果：1. 判决确认实际施工人陈中兴对承包人新兴公司享有工程款债权；2. 判决驳回实际施工人陈中兴要求发包人金帝亚公司支付欠付工程款的诉讼请求。

裁判理由：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》第二十六条的规定，发包方应当在未付工程款范围内承担责任。但该规定应当理解为总包单位未进入破产清算的情形，在此情况下，发包方不论是否向实际施工人履行工程款给付义务均不侵害总包单位或其他人的合法权益。但总包单位进入破产程序后，根据《中华人民共和国企业破产法》第十六条的规定，债务人不能向任何个别债权人单独清偿债务，发包方与总包单位签订有施工合同的，发包方欠付的工程款应当认定为总包单位的债权，由管理人予以清收，总包单位与实际施工人之间的债务应当由实际施工人依法申报债权。如果仍然适用上述司法解释的规定，则变相将属于总包单位的债权向个别债权人单独清偿，侵害了其他债权人的合法权益，也不符合法律的规定。

（二）另一种观点认为实际施工人向发包人主张工程款的请求权是司法解释基于保护农民工合法权益作出的特别规定，不受承包人破产的限制。

案例：（2020）苏 09 民终 1490 号【挂靠】

案情简介：2013 年 5 月，江苏世纪新城投资控股集团有限公司（以下简称新城公司）作为发包人与承包人江苏盐城二建集团有限公司（以下简称二建公司）签订《建设工程施工合同》，约定由二建公司进行世纪花园小区地下室等工程的施工。2015 年 12 月 21 日，二建公司与陈汉忠签订《确认书》一份，双方确认二建公司承建由新城公司发包的世纪花园小区工程，该工程的投资与施工均为陈

汉忠个人，其为实际施工人，双方仅为挂靠关系。2018年9月26日，人民法院受理对二建公司的破产清算申请。就新城公司应支付的工程款是否属于破产财产，陈汉忠认为不属于破产财产，不应纳入破产清算的范围。而二建公司管理人认为上述财产属于破产财产，应按照法律规定进行处置，而不能将该工程款向实际施工人单独清偿。

裁判结果：判决发包人新城公司向实际施工人陈汉忠支付欠付工程款。

裁判理由：新城公司在项目开工后，明知陈汉忠挂靠二建公司实际承建案涉工程，未采取其他积极措施予以制止，说明发包人对陈汉忠实际施工行为明知且放任，故参照《中华人民共和国合同法》第四百零二条，认定案涉《建设工程施工合同》直接约束新城公司与陈汉忠。实际施工人陈汉忠起诉发包人新城公司主张工程价款，符合法律规定。二建公司对案涉工程款并不享有实体上的权利，该公司认为案涉工程款应列入破产财产、发包人不能直接向实际施工人直接支付的理由于法无据，不予采信。

案例：（2019）苏01民终10467号【转包】

案情简介：2017年9月29日，南京江星园置业有限公司（以下简称江星园公司）作为发包人与南京王者之风建筑装饰股份有限公司（以下简称王者之风公司）《分包合同协议书》，约定王者之风公司承建南京市江心洲NO.2015G06地块项目住宅外立面工程。王者之风公司与邵长德签订《装饰工程内部承包责任协议》，约定邵长德为项目住宅外立面工程项目的负责人，并对项目施工采取内部承包的方式进行管理。王者之风公司进入破产程序后，邵长德向江星园公司主张欠付的工程款。

裁判结果：判决发包人江星园公司向实际施工人邵长德支付欠付工程款。

裁判理由：因邵长德不具备承包资质，其与王者之风公司系非法转包关系，

邵长德为案涉工程的实际施工人，有权突破合同相对性直接向发包人主张相应工程款，其向发包人即江星园公司主张权利，符合法律规定。王者之风公司认为涉案工程款系其破产财产、邵长德无权越过王者之风公司向江星园公司主张缺乏法律依据，不予采信。

案例：（2018）浙 01 民终 6721 号【违法分包】

案情简介：2011 年 11 月 20 日，杭州市萧山区人民政府蜀山街道办事处（以下简称蜀山街道办）与浙江得力建设工程有限公司（以下简称得力公司）签订建设工程协议一份，约定蜀山街道办将蜀山街道湖山社区城乡一体化安置小区工程北区发包给得力公司承建。2012 年 7 月 10 日，汪完治与得力公司签订协议书一份，约定汪完治承包北区工程外墙架、安全防护棚等施工。2016 年 7 月 21 日，人民法院受理得力公司的破产清算申请。汪完治向人民法院提起诉讼要求支付工程款。

裁判结果：判决发包人蜀山街道办向实际施工人汪完治支付欠付工程款。

裁判理由：蜀山街道办就案涉总工程尚有部分工程款未向得力公司支付，汪完治作为实际施工人，要求蜀山街道办在未付工程款范围内直接向其承担付款责任，符合《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》第二十六条规定，该司法解释之所以规定实际施工人向发包人主张工程款的权利，其目的即在于实际施工人的合同相对方出现破产、履行不能等严重影响实际施工人权利实现的情形下，对于实际施工人权益予以特别保护，汪完治的诉讼请求符合法律规定，系合理诉求，故予以支持。

（三）小结

根据笔者检索的前述案例，不论是在转包、违法分包或发包人知晓的挂靠情形下，大部分人民法院均认为实际施工人有权向发包人主张，该权利不受承包人

破产的限制。仅有个别法院认为实际施工人所主张的工程款属于承包人的破产财产，应由全体债权人公平受偿，否则构成承包人对债权人的个别清偿。此时，实际施工人只能以普通债权人的身份申报债权。

二、实际施工人如何最大化争取权益

（一）欠付工程款是否当然为承包人的破产财产

承包人根据与发包人签订的建设工程施工合同，享有请求发包人支付欠付工程款的权利，但此时承包人仅享有合同履行请求权，实际施工人首先应明确该部分款项尚不属于承包人的破产财产。

（二）转包、违法分包模式下实际施工人的权利是否应受限

在转包、违法分包承包人和实际施工人均有权主张欠付工程款时，有管理人认为从公平正义的角度，实际施工人的权利因承包人破产而受限。笔者认为该观点有待斟酌，理由在于：

第一，建工司法解释（一）第二十六条和建工司法解释（二）第二十四条明确，在转包、违法分包时，实际施工人有权向发包人主张欠付工程款。根据最高人民法院民一庭编纂的《建设工程施工合同司法解释的理解与适用》的观点，建工司法解释（一）第二十六条制定的背景就在于转包人和违法分包人在取得转包利润后，往往对发包人是否支付或是否按时工程款并不关注，为保护处于弱势地位的农民工而专门规定。故最高人民法院民一庭强调在承包人资信状态恶化、破产、法人主体资格消灭、超过诉讼时效等情形下，应当赋予实际施工人以诉权，拓展其权益保护的渠道。那么在承包人破产时，实际施工人向发包人主张权利恰好符合前述规定的适用条件。

第二，建设工程的价值中有相当部分本来就是实际施工人劳务的物化，是其财产利益。如果允许承包人未对建设工程作任何创造性付出，却能以破产优先之

名限制实际施工人的权利,不仅会导致司法解释给予实际施工人特别保护的目落空,反而有损实质正义。故相较转包人或违法分包人凭借一份其并未实际履行的合同而言,笔者认为实际施工人有更充分的工程款取得依据,其权益应优于承包人得到保障,更合乎情理。

第三,从另一个角度看,如果将工程款纳入债务人破产财产,而实际施工人只能作为普通债权人参与分配,那么在增加债务人财产的同时也增加了债权人数量和债权数额,不一定有利于清偿率的提升。同时,实际施工人身后是大量农民工,这样处理反而可能引起更大的群体性纠纷,给破产案件的审理造成严重障碍,以至引发不同利益集团之间的激烈冲突,管理人亦应慎重考虑。

(三) 挂靠模式下的实际施工人主张权利的依据

在挂靠情形下,实际施工人能否直接向发包人主张权利一直在实务中争议颇多。在建工司法解释(一)理解与适用中,最高人民法院认为借用资质的挂靠人也属于实际施工人,可以突破合同性相对性起诉发包人。但在建工司法解释(二)理解与适用中明确建工司法解释(一)第二十六条和建工司法解释(二)第二十四条不适用于借用资质的实际施工人。但最高院同时指出,借用资质的实际施工人即使不能依据前述规定主张权益,但因其为真实缔约人,在发包人知悉的情形,其与发包人之间就建设工程施工合同之标的产生了实质性法律关系,案涉建设工程施工合同虽然无效,不产生合同效力,但能产生合同法上的效力,即在建设工程质量合格的情况下,实际施工人有权根据民法典第157条向发包人主张工程价款。因此,在挂靠模式下,发包人支付工程款的对象本就应当是实际施工人,承包人对案涉工程款不享有实体上的权利,更不应纳入其破产财产的范畴。

(四) 实际施工人主张权利的注意事项

第一,建工司法解释(一)第二十六条和建工司法解释(二)第二十四条虽

赋予转包、违法分包模式下实际施工人突破合同相对性向发包人提起诉讼的权利，但该规定并没有排除或限制承包人向发包人主张工程款的权利。因此，在承包人破产且实际施工人知悉发包人存在欠付的情形下，笔者建议实际施工人尽快向人民法院提起诉讼，并申请保全发包人的应付工程款，否则一旦破产管理人通过清收收回发包人欠付的工程款，该款项便成为承包人的破产财产，实际施工人此时将难以主张该部分权益。

第二，转包、违法分包模式下实际施工人不应将其请求发包人支付欠付工程款的权利理解为代位权。因为根据民法典第 537 条和破产法司法解释（二）第二十一条，在承包人破产后，代位权适用入库规则¹，实际施工人若以此为由主张权益，可能会导致其追回的财产被归入破产财产而无法单独受偿。

第三，在发包人明知的情形下，挂靠模式下实际施工人可直接向发包人主张工程款。除最高院提出的权利主张依据外，上文所提及的（2020）苏 09 民终 1490 号的裁判思路也可供实际施工人参考，即在建设工程质量合格的前提下，虽从形式上看挂靠模式下存在两个合同关系，但在发包人知晓并认可时，实际施工人以承包人的名义与发包人签订合同，可参照适用合同法第 402 条显明委托的规则，建设工程施工合同实际约束发包人和实际施工人，那么实际施工人也有权向发包人主张欠付工程款。

三、结语

人民法院受理承包人破产案件越来越多，因建筑市场不规范和社会信用机制的缺失，转包、违法分包、借用资质目前仍然成为建筑业普遍经营模式，但我国破产法及相关法律法规在如何处理承包人破产程序中的疑难问题尚有待完善。根

¹ 在一般情形下，债权人提起代位权诉讼胜诉的，由次债务人直接向债权人履行清偿义务，此乃代位权之诉的“直接受偿原则”。但在债务人破产情形下，债权人提起代位权诉讼胜诉的，所得财产归属于债务人，由全体债权人进行受偿，此乃代位权之诉的“入库原则”

据本文梳理，笔者认为，发包人欠付工程款尚不属于承包人的破产财产，转包、违法分包模式下的实际施工人和承包人均有权向发包人主张，但此时实际施工人的权益应优先于承包人；而在发包人明知的挂靠模式下，承包人无权主张工程款，实际施工人应直接、尽快向发包人主张权益。

建筑装饰装修工程价款优先受偿权实现路径分析

袁文波 发现律师事务所专职律师

发表于 2020 年 9 月

摘要：装饰装修行为是为了充分发挥建筑物的功能而不可缺少的建设活动，故装饰装修工程不能脱离其所依附的建筑物。因装饰装修工程具有附属性、差异性、专业性等特征，装饰装修工程承包人行使装饰装修工程价款优先受偿权时，在诉请主体、范围、期限等方面均与建设工程价款优先受偿权存在差异。本文旨在通过对装饰装修工程进行分析，以便洞悉装饰装修工程价款优先受偿权实现路径的内在逻辑，维护装饰装修工程承包人合法权益。

关键词：装饰装修工程、优先受偿权、受偿范围、实现路径

一、装饰装修工程价款优先受偿权运行现状

建筑装饰装修（building decoration），为保护建筑物的主体结构、完善建筑物的使用功能和美化建筑物，采用装饰装修材料或饰物，对建筑物的内外表面及空间进行的各种处理过程。通常包含抹灰、外墙防水、门窗、吊顶、轻质隔墙、饰面板、饰面砖、幕墙、涂饰、裱糊与软包、细部等内容。装饰装修工程承包人凭借装饰装修行为在满足条件前提下排他性享有装饰装修工程价款优先受偿权。装饰装修工程价款优先受偿权是建设工程价款优先受偿权在制度构架方面的延伸和细化。因《中华人民共和国合同法》第二百八十六条关于建设工程优先受偿权制度设计原则化，建设工程优先受偿权制度通过司法实践反馈到具体的案件时，呈现法官裁量权自由度高、同案不同判的现状。为全面依法治国，提升司法权威，统一各级法院意见，最高人民法院以司法解释、批复等形式对工程价款优先受偿权进行适用性方面的规定，目的在于正确理解与适用建设工程价款优先受偿权制度，保护工程承包人，特别是农民工的合法权益。建设工程价款优先受偿权制度的价值在于突破债权平等原则，赋予建设工程承包人以优先于其他债权人受偿的权利，最终实现债权人之间实质性平等。装饰装修工程属于建设工程，

装饰装修工程承包人可通过装饰装修工程价款优先受偿权制度维护自身合法权益，向发包人或对建筑物享有权处分人追偿其欠付的装饰装修工程款。

虽然装饰装修工程依托建筑物存在，具有附属性特征，但装饰装修工程本身也具有独立性，涉及到装饰装修工程设计、施工、监理（如有）、检测等环节。装饰装修工程涉及到建工、房产、环保、安全生产监督、公安消防、工商行政、规划、劳动、市容、质量技术监督等有关部门的职责。根据装饰装修行为针对的客体不同，可将装饰装修工程分为家庭居家装饰装修和工业装饰装修。家庭居家装饰装修由《建设工程质量管理条例》《住宅室内装饰装修管理办法》进行规制，因家庭居家装饰装修工程引发的纠纷参照承揽合同的方式方法进行解决，不适用装饰装修工程价款优先受偿权制度。工业装饰装修与家庭居家装饰装修调整的主体与对象均存在差异性，依据《建筑法》《建设工程质量管理条例》等法律、行政法规进行调整，适用装饰装修工程价款优先受偿权制度。本文主要是对工业装饰装修工程价款优先受偿权制度进行阐述。

二、装饰装修工程价款优先受偿性质

国内建设工程价款优先受偿权肇始《合同法》第二百八十六条的规定，装饰装修工程适用优先受偿权以最高人民法院通过批复的形式进行明确，故可按承包人不同，建筑物优先权可分为建设工程价款优先受偿权和装饰装修工程价款优先受偿权。因两者同宗同源，权利性质趋同。依据优先权的性质，理论界提出不同的观点。有学者认为装饰装修属于特殊的加工承揽行为，承揽人与装饰装修工程承包人保护模式应当呈现出统一性，由此提出装饰装修工程价款优先受偿权为留置权的观点。此种观点的弊端显而易见，留置权的客体必须为动产，留置权人对物排他性的占有。通过装饰、装修以及劳动物化等行为使建筑物增值，仅针对不动产而言，故装饰装修工程价款优先受偿权属于留置权的观点与现行法律规定及

民法理论不符。有学者认为装饰装修工程价款优先受偿权属于法定抵押权，法定抵押权是指由法律直接规定当事人享有抵押权，制度目的是保护老弱妇孺等社会弱势群体。此种观点的缺陷在于权利优先性被模糊在抵押权权利框架下，不能解释价款优先受偿的特性。最高人民法院的观点认为装饰装修工程价款优先受偿权属于建筑物优先权，如船舶优先权、航空器优先权一样，别无二致。总体而言，目前我国建筑行业还处于发包方市场，市场资源集中在发包一方。依据我国现行法律规定，相比于“留置权说”、“法定抵押权说”，“建筑物优先权”更加符合建筑市场需要，更能体现建筑市场中承包人迫切需要特殊保护的行业现状，有利于促进建筑行业的发展。

三、装饰装修工程价款优先受偿权效力

装饰装修工程价款优先受偿权展现出两种特性。一方面呈现出物权属性。当存在多个债权人时，装饰装修工程承包人对抵押权人、普通债权人等优先受偿；另一方面展现出债权属性。装饰装修工程价款优先受偿权基于合同关系产生，是双方基于意思表示一致的产物。虽然装饰装修工程价款优先受偿权属性难以形成统一共识，但从功能上看，装饰装修工程价款优先受偿权具有保障人权、实现公平和对经济弱者（装饰装修工程承包人）以特别保护、保护公共利益或共同利益、保护经济秩序和实现某些社会观念等功能。

（一）权利优先性的具体表达

装饰装修工程价款优先受偿权效力集中体现在优先于其他权利受偿。不同类别的权利在适用时存在冲突，且这种冲突具有不可避免性和经常性的特点。科斯认为这是“权利的相互性”所致，“依法界定一个人的权利时，就是界定和保护了他人的权利，两个权利之间无法找到一个互不侵犯的界限。”装饰装修工程价款优先受偿权的优先性表现在：（1）装饰装修工程价款优先受偿权优先于普通

债权。债权的请求权性质和相对性是债权平等的理论基础。债权的平等性是数个债权共存在同一标的物之上，从而引发人们对债权实现产生担忧。债权人享有平等受偿的权利，这是理论层面探讨的问题，但债权人能否实际受偿或优先受偿则是司法实践应当处理的问题，两者之间存在本质区别。装饰装修工程价款优先受偿权通过法律赋予的优先受偿性，享有比普通债权人优先受偿的权利。这看似对债权平等的突破，实则对不同债权人区分对待，实现实质意义上的平等求偿权利。

(2) 装饰装修工程价款优先受偿权优先于设立担保的债权。通常装饰装修工程价款优先受偿权以不动产作为载体（排除留置权存在的可能），由法律直接赋予优先于抵押权受偿，展现出绝对优先性的特征。装饰装修工程价款优先受偿权的优先性由法律直接规定，旨在保护装饰装修工人的劳动工资，确保优先受偿。在当债务人不能清偿债务人，装饰装修工程承包人可就发包人所有的标的物折价、拍卖的价款优先于特殊和一般债权人受偿，从而排除时间以及标的物价值因素对债权实现的影响。

(二) 装饰装修工程价款优先受偿权与建设工程价款优先受偿权之间对抗可能性

工程价款优先受偿权制度构建初衷是保护建筑工人或装饰装修施工人的合法权益，但是因合同相对性原则，此项保护并不能直接指向项目一线工人的工资权益，而是以保护承包人的工程价款债权为媒介，间接保护其合法权益。最高人民法院将人工费、材料费、施工机具使用费、企业管理费、利润、规费和税金纳入优先受偿的范围，排除工程价款的利息、违约金、损害赔偿金。从优先受偿的范围角度分析，同一建筑物下装饰装修工程价款优先受偿权与建设工程优先受偿权依照前述范围分别受偿。但是从权利能否完全实现的角度考虑，则需要进一步思考。

装饰装修工程承包人以该装饰装修工程折价或拍卖的价款优先受偿，而建设

工程承包人以该工程折价或拍卖的价款优先受偿。考虑到在同一项目中装饰装修成果与建设项目具有不可分割性的特征,装饰装修工程承包人与建设工程承包人在行使工程价款优先受偿权时,出现冲突概率较高。该冲突主要表现在:

(1) 装饰装修工程承包人与建设工程承包人都享有工程价款优先受偿权,除了权利享有主体不一致外,优先权形式方式、期限等基本保持一致。因两者享有的工程价款优先受偿权并无优先效力之分,在行使优先权时,易出现冲突。

(2) 客观上,建筑物主体工程与装饰装修工程施工存在先后之别,该两部分项目履约所需资质、专业人员不尽相同。除施工总承包外,通常由不同的承包人来完成。承担主体结构工程的承包人履约在前,在竣工验收合格后办理相关退场手续,随后再由负责装饰装修工程的承包人进场施工。考虑到建设工程价款优先受偿权行使存在期限限制,行使期限为自发包人应当给付建设工程价款之日起算六个月。此时建设工程承包人已经行使建设工程价款优先受偿权,而装饰装修工程仍处于履约阶段,装饰装修工程价款优先受偿权行使条件尚不成就。若发包人存在资金短缺情况,采取以物抵债的方式履行债务,则装饰装修工程承包人的优先受偿权将岌岌可危。

四、装饰装修工程价款优先受偿权适用方式

(一) 装饰装修工程价款优先受偿权主体要件

建设工程涉及勘察、设计、施工、监理等建设活动,在项目实施过程中涵盖分包商、材料和设备供应商、劳务派遣公司及其派遣劳工(或农民工)等,所牵涉的交易对象复杂且多样,涉及多重法律关系。同时,因国内现代建设工程制度起步晚,配套制度供给不足,导致建筑市场存在违规行为,实际中充斥大量“包工头”等用工形式,进一步使整个建设工程领域复杂化。虽然涉及的交易对象众多且复杂,但工程价款优先受偿权享有主体却是唯一的、明确的。依法享有工程

价款优先受偿权的人必须与发包人存在直接的施工合同关系，建设工程的勘察人、设计人、分包人、实际施工人、监理人以及与发包人无合同关系的装饰装修工程的施工人均不应享有此项权利。按照《建工司法解释（二）》第十八条约定，装饰装修工程承包人在满足条件后可以实行工程价款优先受偿权。首先，根据建设工程的施工范围可将承包人分为总承包人、分包人与实际施工人，当然该分类模式也同样适用建筑物装饰装修工程承包人的分类。但并非所有承包人都享有工程价款优先受偿权，只有与装饰装修工程发包人签订装饰装修合同，存在直接装饰装修法律关系的承包人才享有工程价款优先受偿权，其他参与主体均被排除在装饰装修工程价款优先受偿权之外。其次，装饰装修工程价款优先受偿权的行使对象只能是对建筑物享有所有权或具备处分权能的发包人。原因在于只有发包人对建筑物享有所有权或具备处分权能，当装饰装修工程承包人主张工程价款优先受偿时，才存在合法有效的标的物承载建筑物优先权，才能确保在不侵害第三人合法权益的基础上实现优先受偿的权益。若因建设工程承包人在装饰装修工程承包人履约期间向发包人行使工程价款优先受偿权，且发包人采取以物抵债的方式偿还债务，此时，对装饰装修工程承包人而言，因装饰装修工程价款优先受偿权所凭借的标的物已经转移至非发包人名下，丧失优先权请求的基础，装饰装修工程价款优先受偿权对于装饰装修工程承包人已无意义。

（二）装饰装修工程价款优先受偿权行使范围

权利行使范围牵涉装饰装修工程承包人能够优先受偿的范围。关于装饰装修工程价款优先受偿权行使范围的问题，最高人民法院认为装饰装修工程价款的优先受偿权仅限于因装饰装修而使该建筑物增加的价值范围之内，即装饰装修工程承包人通过装饰装修行为在建筑物上使用草、木、石、砂、砖、瓦、水泥、石膏、石棉、石灰、玻璃、马赛克、软瓷、陶瓷、油漆涂料、纸、生态木、金属、塑料、织物以及各种复合制品以提高建筑物的使用功能和美观，保护主体结构在

各种环境因素下的稳定性和耐久性，从而最终达到增加其效用的目的。建筑物在装饰装修工程中，因装修材料添付及装饰装修工程承包人的劳动行为，使建筑物的价值在原有基础上发生增益，但其增加的范围并非材料价值与劳动力简单相加，最终建筑物增加的价值必须依靠市场进行判别。在社会发展的平稳时期，装饰装修行为及结果使建筑物增加的市场价值通常要高于装饰装修工程的价款数额。整个建筑物的价值或者市场价格，包括土地使用权的价值、建筑物主体的价值和装饰装修增加的价值。但因市场变化，也存在装饰装修使建筑物增加的市场价值等于或低于装饰装修工程的价款数额的可能性。鉴于此，装饰装修工程折价或者拍卖的价款可能等于或低于建筑物装饰装修工程承包人的装饰装修成本，按照《建设工程司法解释（二）》第十八条规定范围行使请求权，装饰装修工程承包人的装饰装修工程款将得不到保障。从风险分配的角度分析，风险承担应当保持一致性，不能因盈利与否而改变风险承受者。当装饰装修工程价款就该装饰装修工程不能全部清偿时，将装饰装修工程承包人优先受偿权转化为普通债权，对装饰装修承包人不公平。基于此，笔者认为装饰装修工程价款是由市场供需决定，为切实保护装饰装修工程承包人权益，不应从装饰装修工程价款角度对装饰装修承包人的价款受偿进行描述，而应当从装饰装修工程承包人是否完全受偿的维度进行判别，即不考虑其他因素，而直接以装饰装修工程的实际投入（成本+工资+合理利润）为受偿界限进行确定，由此才能保护装饰装修工程承包人的优先受偿权。

（三）装饰装修工程价款优先受偿权行使

1. 装饰装修工程价款优先受偿权行使程序

装饰装修工程价款优先受偿权作为保护装饰装修工程承包人的制度架构，有效平衡发包人与承包人之间利益关系。装饰装修工程承包人承接发包人的装饰装修工程，通过劳动物化使建筑物符合用途、美感等，从而增加建筑物价值。内在逻辑关系为装饰装修工程承包人先履行合同义务，此时发包人以支付装饰装修工

程款方式对承包人履约进行制约，装饰装修工程承包人按照发包人要求完成全部装饰装修工程时，因发包人尚未完全支付工程款，装饰装修工程承包人处于被动局面，此时装饰装修工程价款优先受偿权便能控制发包人与承包人权利失衡的局面。由于装饰装修工程价款优先受偿权具备担保物权不能比拟的优势，一旦滥用，也将损害发包人一方的利益，所以，装饰装修工程价款优先受偿权在适用方面也存在诸多限制。

（1）催告

《合同法》第二百八十六条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，……承包人可以……。”从文义解释角度分析，催告是装饰装修工程承包人行使装饰装修工程价款优先受偿的前置程序。催告是对迟延履行提醒，具有中断诉讼时效、确定履行期限、加速债务履行等法律效果。催告作为装饰装修工程价款优先受偿权行使的程序要件，其作用是督促发包人及时履约，却并不能实质性影响装饰装修工程价款优先受偿权的优先受偿效果。催告的司法意义在于通过法律规定督促装饰装修工程承包人主动完善履行催告程序，完成前置性程序要件，但并不能彻底阻碍装饰装修工程价款优先受偿权的实现。同时，行使装饰装修工程价款优先受偿权需要的是催告的过程，并非催告的结果。即只要装饰装修工程承包人履行了催告程序，无论该种催告是否被发包人知悉在所不论，例如发包人拒绝签收催告通知，或发包人下落不明而采用登报催告的方式均产生催告意义上的法律效果。

（2）折价

折价是发包人与装饰装修工程承包人达成新的合意，以终结基于装饰装修工程而产生的债权债务关系。折价的前提为双方对建设工程进行合理的价值评估。折价的法律效果为：一是发包人与承包人形成新的合同关系；二是折价标的物所

有权发生转移。装饰装修工程价款占比较小，在折价过程中，装饰装修工程承包人将承担较重的支付义务，通过折价途径实现装饰装修工程价款优先受偿权难度增大。另外，从建筑市场操作惯例考量，建设单位提供项目资本金，在建设期间，以建成建筑作为抵押向金融机构融资贷款，因在建项目通常存在权利负担，增加了装饰装修工程承包人通过折价方式现实优先受偿权的难度。所以，通过折价方式履行装饰装修工程款的交付义务，并非是装饰装修工程承包人实现债权的最佳方式。

（3）拍卖

拍卖是实现装饰装修工程价款优先受偿权的重要途径，此处所指拍卖主要针对司法拍卖。司法拍卖的形式层出不穷，从最开始的现场拍卖到委托拍卖，再到基于网络发展的网络拍卖。伴随执行程序与拍卖流程逐渐完善，拍卖形式的多样化能满足装饰装修工程承包人对实现债权的需求。因此，向人民法院申请拍卖其承建的装饰装修工程是实现装饰装修工程价款优先受偿权的一种重要的方式。

2. 装饰装修工程价款优先受偿权行使例外

（1）违章建筑

所谓违章建筑，我国法律并未对其进行明确界定，通说是指建造人违反国家法律、行政法规关于建筑行为的相关规定所建造的各种建筑物及其附属设施。违章建筑有两个鲜明的特征。一是违章建筑违反了法律、行政法规的规定而建造形成的一种状态；二是违章建筑不仅包括各种建筑物，还囊括其附属设施。按照违反的规定性质不同，可将违章建筑区分为“程序性违建”和“实质性违建”。程序违建是指建筑物并未违反土地规划和城乡规划，仅是建造人未履行审批手续，未能及时取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证。实质性违建是指违反土地规划或城乡规划管理制度，抑或侵害公共利益，导致违反法律、行政法规的

强制性规定。

另外，违章建筑是否对装饰装修工程价款优先受偿权行使造成限制与违章建筑能否作为被执行的标的是两个截然不同的问题。违章建筑能否作为折价或拍卖的客体，是装饰装修工程价款优先受偿权行使构成要件问题，属于实体性权利；而违章建筑能否作为被执行的标的，属于诉讼案件执行问题，两者属于不同范畴。对违章建筑的类型进行细化会发现，并非所有的违章建筑都属于按照建设工程的性质不宜折价或拍卖的客体。程序性违章建筑因其能够通过完善行政审批手续对权利瑕疵进行补正而成为合法建筑，符合装饰装修工程价款优先受偿权的行使构成要件。实质性违章建筑因其权利基础存在致命缺陷，导致不能通过补正手段使权利合法化，最终致使装饰装修工程承包人对实质性违章建筑不享有装饰装修工程价款优先受偿权。

（2）工程质量不合格且难以修复的建筑

建筑工程质量合格是《建筑法》《建设工程质量管理条例》等法律、行政法规最基本的要求，同时也是承包人行使建设工程价款优先受偿权的前提性要件。工程质量不合格且难以修复的建筑不能竣工验收、交付使用、完成备案，亦不能在市场上交易流转，所以建筑物优先权制度针对性将质量不合格且难以修复的建筑排除在外。需特别说明的是，此处工程质量合格与否是按照建筑行业标准进行判断，而非基于司法推定。《建设工程司法解释（一）》第十三条规定：“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分不符合约定为由主张权利的，不予支持；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。”司法实践中，对建筑物质量合格与否产生疑问时，通常采用司法鉴定或司法推定的方式对建筑物质量进行确定。若因发包人擅自使用而推定已完工工程质量合格的建筑物本身存在质量缺陷且难以修复的，则不能作为建设工程价款优先受偿权的客体。

（3）法律、行政法规规定的其他情形

《物权法》第一百八十四条对禁止抵押的财产范围进行了规定，根据该规定，学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施属于不得抵押的财产。对上述财产进行抵押限制，主要是基于公共利益的角度考虑。设定抵押权的目的是为了担保特定债权人债权的实现，若以学校、幼儿园、医院等社会公共利益设施设定抵押，将会损害国家、集体和他人的利益。若建筑物用于学校、幼儿园、医院等为公益目的需要，此时装饰装修工程承包人在行使装饰装修工程价款优先受偿权将面临障碍。尽管从制度层面装饰装修工程价款优先受偿权优先于抵押权受偿，但是其优先性仍不能对抗或超越基于公共利益的需要。

五、结语

装饰装修行为的功能价值在于通过劳动物化使建筑物满足不同角色主体对使用的需求，它是建筑物产生价值中至关重要的一环。客观上，装饰装修工程的附属性决定了其受关注度低于主体结构工程。因此，社会对装饰装修工程承包人合法权益并未出现过多关注。加之，装饰装修工程款占比整个工程价款份额小，且装饰装修工程承包人主张工程价款优先受偿权而引起的纠纷案件并不多，权益保护更易被忽视。装饰装修工程价款优先受偿权制度使权利保护归位，赋予装饰装修工程承包人优先受偿权。但是，以装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先支付装饰装修工程承包人债权的立法模式，仍然存在保护漏洞，需进一步研讨并完善。

案例解读——建设工程施工合同解除和无效的法律后果

杨华 发现律师事务所合伙人律师

发表于 2019 年 10 月

北京燕京汽车厂与北京贝伦钢结构有限责任公司建设工程施工合同纠纷

【基本案情】

2006 年 4 月 10 日。燕京厂（发包人）与湖北三建（承包方）签订《建设工程施工合同》。该合同约定工程名称：燕京厂污染扰民搬迁改造项目。工程地点：北京房山区阎村镇燕房工业园区。工程内容：燕京厂污染扰民搬迁改造项目焊装车间、涂装车间、冲压车间及附属设施工程。承包范围：燕京厂污染扰民搬迁改造项目二期工程全部的土建、钢结构和安装工程及附属设施工程。合同价款：约 6000 万元整。开工日期：2006 年 4 月 10 日，竣工日期：2007 年 4 月 30 日，合同工期总日历天数 385 天。

2006 年 5 月 19 日，燕京厂与贝伦公司签订了《工程承揽合同》，该合同约定的工程名称：燕京厂污染扰民搬迁改造项目。工程地点：北京房山区燕房科技工业园区。工程内容：燕京厂污染扰民搬迁改造项目焊装车间、涂装车间、冲压车间及其后续工程。承包范围：钢结构及围护工程。开工日期：2006 年 6 月，竣工日期：2006 年 12 月 30 日竣工。合同价款：按乙方报价乘以竣工工程量确定。工程单价见附件一。工程不能按合同工期竣工，乙方每延期竣工一天，应交付的违约金：按工程承包造价的千分之一/天计算，但最高金额不超过合同总价款的 3%。在合同签订后 2 个工作日内，乙方将工程保证金共计 300 万元以支票形式划至甲方指定账户。工程保证金共计 300 万元人民币亦具有定金性质，乙方不履行或者擅自解除本合同，无权要求返还；甲方不履行或者擅自解除本合同，则应双倍返还。主钢构运到施工现场经验收合格后，甲方 7 日内支付一方进场材

料总造价 50% 的工程款；钢结构安装完工后支付已完工程量 75% 的工程进度款，竣工验收合格后支付已完工程量 80% 的工程款。……甲方不按时付工程款，乙方在约定预付时间 10 天内向甲方发出要求付款的通知，甲方收到通知后仍不能按要求支付，甲方从应付之日起按应付款的每日 2% 向乙方计付的利息，并承担违约责任。甲方违约责任：甲方不按时支付工程款（进度款），乙方在约定支付时间 10 天后向甲方发出要求付款的通知，甲方收到乙方通知后仍不能按要求付款，经乙方同意并签订协议，甲方可延期支付工程款（进度款）。协议须明确约定付款日期和从甲方计量签字后第 11 天起计算应付工程款（进度款）的利息；若甲方未与达成延期支付工程款（进度款）的，从第 11 日其按应付款的每日 2% 向乙方计付的利息，应承担违约责任。竣工结算：甲乙双方办理竣工验收手续后，应按照施工合同签订承包方式，及约定的工程价款变更方式，由双方进行工程竣工结算。工程分包：乙方可按投标书约定分包部分工程。

2006 年 7 月 26 日，燕京厂作为见证方（甲方）、湖北三建作为委托方（乙方）、贝伦公司（合同封面是中国贝伦，最后一页盖章是贝伦公司）作为承包方（丙方），三方签订《工程分包合同书》：该合同约定的工程名称仍为北京燕京汽车厂污染扰民搬迁项目冲压、焊压、焊装、涂装车间钢结构。承包方式：包工包料，一次性包干。承包范围：见冲压车间、焊装车间、涂装车间钢结构施工合同。工程造价及结算

：工程造价见合同，待工程完工后，按实际发生工程量结算。甲方按工程总价的 3% 作为工程管理费支付乙方，待工程款甲方支付完后支付，同时由丙方向乙方支付资料配合费，金额由三方商定。甲方的工作：负责协调乙丙方的工作，除乙方 3% 的管理费外，根据合同代乙方付款于丙方。

在《工程承揽合同》签订后，贝伦公司于 2006 年 5 月 23 日向燕京厂交付定金 300 万元，并于 2006 年 7 月 25 日进场，2006 年 8 月 5 日进行主体结构安装，

2006年9月25日安装完毕，2006年10月10日主结构验收完毕。2007年5月24日，贝伦公司致函燕京厂要求其给付工程款，燕京厂未予支付。同时，贝伦公司向其原材料供货商要求退货造拒。2007年6月15日、9月7日，贝伦公司两次致函燕京厂解除《工程承揽合同》并要求其支付工程款，燕京厂未予答复。虽经贝伦公司多次催讨上述工程款项，但至今燕京厂分文未付。为此，贝伦公司已依法解除该合同。故请求判令：

- 1、判令燕京厂向贝伦公司双倍返还定金 600 万元；
- 2、燕京厂向贝伦公司支付焊装车间工程款 4959580.40 元，并且分别按应付款 2200165.11 元、1397209 元和 239824 元，每日按 2% 的利息支付；
- 3、判令燕京厂赔偿贝伦公司已完工但未安装了加工、制作构件损失 2481468 元；
- 4、燕京厂赔偿贝伦公司原材料损失 718 万元，并且分别按保证金 100 万元和 200 万元和原材料损失以银行贷款利率 7.344%，计付从 2006 年 8 月 4 日、2007 年 6 月 15 日起至实际给付之日止的利息；
- 5、燕京厂赔偿贝伦公司窝工、停工损失；
- 6、燕京厂赔偿贝伦公司可得利益损失 3203083 元。

【要点评析】

一、关于本案施工合同效力问题

法院在审理合同纠纷时，必须要确定诉争的合同效力问题。关于本案贝伦公司与燕京厂签订的《工程承揽合同》未履行正式招、投标手续，涉案工程属于必须进行招投标的《工程承揽合同》而未履行正式招投标手续，故贝伦公司与燕京厂签订的《工程承揽合同》应为无效合同。认定合同无效依据的实体法条文有：

《合同法》第 52 条第 5 项、《最高院施工合同司法解释（一）》第 1 套规定“建设工程施工合同有下列情形之一的，应根据合同法第 52 条第 5 项的规定，认定无效：……（三）建设工程必须进行招投标而未进行招投标或中标无效的。”。本案中，因双方签订的施工合同未履行正式的招投标手续，涉案工程确属于必须进行招投标的工程，则双方签订的施工合同属无效。

虽然承包人在起诉前书面通知发包人解除涉案施工合同，但由于

涉案工程属于必须进行招标的工程，双方未履行正式的招、投标手续，故双方所签订的施工合同应确认无效。

二、施工合同无效的法律后果

施工合同被确认为无效，则除了法律规定仍然有效的条款（如《合同法》第 57 条规定：“合同无效、被撤销或终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款效力。”）外，其他条款均无效，对当事人自始不具有约束力，当事人不得依据施工合同约定向对方追加相应责任；且施工合同被认定为无效，则根据《合同法》第 58 条规定：“合同无效或被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”。

施工合同被确认无效，《最高人民法院建设工程施工合同司法解释》第三条规定：“建设工程施工合同无效，一方当事人请求对方赔偿损失的，应当就对方过错、损失大小、过错与损失之间的因果关系承担举证责任……”。

合同无效情形下产生的是缔约过失责任（恢复到合同订立前的状态），而非违约责任，这是因为在合同不能达成或无效的情况下，合同参与方应本着“诚实信用”和“公平”原则，忠实于在自己缔约过程中产生的义务，合同无效造成的不利后果，双方应该按照过错分担。

建设工程施工合同无效，未必一定是双方原因造成，比如因为招标程序问题合同无效-根据《招标投标法》和《建筑法》等认定《建设工程合同施工合同》无效，但合同双方之间还应该遵守合同约定吗？笔者认为，虽然建设工程施工合同无效，但双方已经形成、并实际履行的约定仍然对双方具有法律约束力，并据此承担相应义务。按照《最高人民法院建设工程施工合同司法解释》第十一条规定：“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，一方当事人请求参照实际履行的合同结算建设工程价款的，人民法院应予支持。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。”

本案中因施工合同无效，贝伦公司在起诉前书面通知燕京公司解除施工合同的行为并不发生依法解除合同的效力，因此施工合同中的定金条款、违约责任条款对双方当事人不具有约束力，贝伦公司要求燕京公司双倍返还定金、按日千分之二的利率支付尚欠工程款的利息等缺乏合同依据，故其相应的诉讼请求未能得到二审法院的支持。

因此，我们应提醒当事人准确分析施工合同的效力、重视施工合同的效力。