



V&T LAW FIRM
万商天勤律师事务所

万商天勤工程法律通讯

诚信铸业 / 专业立身 / 精耕细作 / 工匠精神

2022 年第 8 期
张晓峰律师团队友情呈送

本期责任编辑：魏洁

北京市建国门外大街 8 号北京国际财源中心 A 座 32 层 100022

北京 深圳 上海 成都 武汉 西安 长沙 杭州 海口 南京 广州



三分钟速览 OVERVIEW

- 📖 坚持问题导向，聚焦高危环节，考虑现实危险，住建部印发《房屋市政工程生产安全重大事故隐患判定标准（2022版）》。
- 📖 北京市住建委发布关于进一步落实招标人主体责任加强招标投标服务监管有关工作的通知，强化招标人主体责任。
- 📖 深化放管服，住建部修改房地产开发企业资质管理规定。
- 📖 山东省住建厅发布关于调整工程建设疫情防控相关费用的通知，建立建筑工地疫情防控长效机制，合理解决因疫情防控发生的各项费用，保障建设项目顺利实施。
- 📖 《昆明市物业管理条例》6月1日起实施，将物业管理纳入社会治理体系。

案例聚焦 Case Study

- 📖 工程款利息属于法定孳息，不以当事人约定为前提条件；逾期付款违约金系基于双方当事人的约定，可以同时主张
「（2020）最高法民终1310号」
- 📖 发包人商业承兑汇票支付工程款，逾期未兑付，后续所生纠纷仍可以按基础法律关系处理
「（2021）最高法民申6965号」
- 📖 因业主指定分包（甲指分包）导致的工期延误，业主无权向承包人提出费用和工期索赔
「（2020）最高法民终364号」
- 📖 未取得建设工程规划许可证情形下的工程总承包合同有效
「（2020）鲁08民终2508号」

实务课堂 Q&A

- 📖 区分结算与决算的意义在哪里？未经结算提交竣工决算报告是否有效？答：结算与决算是两个完全不同的程序步骤，会产生不同的法律效力。如果双方合同约定，工程结算应以竣工决算为准的，竣工决算中对工程价款的有关表述可作为结算依据。
- 📖 当事人不主动申请，法院释明后仍不申请，但法院又认为需要鉴定的，法院可否依职权启动鉴定？答：法院依职权启动鉴定仅限于涉及《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96条规定的情形。

---以上摘自张晓峰《建设工程争议解决100讲》，中国法律出版社，2021年6月第1版

他山之石 Insights

- 📖 最高法院民一庭：合同无效，承包人请求实际施工人按照合同约定支付管理费的，不予支持。
- 📖 《民法典》实施背景下海洋建设工程审判疑难问题：海洋建设工程合同既有普通建设工程合同所具有的继续性、组合性、专业性特点，又具有涉航运公共安全和环境保护等社会性契约特征，在遵循私法自治的同时，还需要受到公法的规制。

关于本法律通讯

ABOUT THIS LEGAL NEWSLETTER

新法速递：精炼介绍当期最新发布的法规政策，并附原文链接。

案例聚焦：筛选当期最高院及各地高院代表性案例观点，聚焦司法裁判前沿问题。

实务课堂：针对工程实务中具有较大争议的前沿法律问题进行重点答疑。

他山之石：精选建设工程相关热点法律问题的典型案例、理论和实务研究成果。

本刊根据当期实际，选择刊载部分或全部栏目。

在这个信息错综交织、喷薄爆炸的时代，我们希望通过专业化整理为大家提供持续的知识服务，专注于建设工程领域，为大家提供有营养的内容。

如您对本法律通讯有任何需求或反馈，请联系：

zhangxiaofeng@vtlaw.cn

万商云集 天道酬勤



目 录

1. 新法速递 What's New	6
『生产安全』	6
住房和城乡建设部关于印发《房屋市政工程生产安全重大事故隐患判定标准（2022版）》的通知	6
『招投标监管』	7
北京市住房和城乡建设委员会印发《关于进一步落实招标人主体责任加强招标投标服务监管有关工作的通知》	7
【“放管服”改革】	8
住房和城乡建设部关于修改《房地产开发企业资质管理规定》的决定	8
【疫情防控】	8
山东省住房和城乡建设厅关于调整工程建设疫情防控相关费用的通知	8
【物业管理】	9
《昆明市物业管理条例》	9
2. 案例聚焦 Case Study	11
【工程款利息与逾期付款违约金】	11
工程款利息属于法定孳息，不以当事人约定为前提条件；逾期付款违约金系基于双方当事人的约定，可以同时主张。	11
【商业承兑汇票】	11
发包人商业承兑汇票支付工程款，到期未兑付，后续所生纠纷仍可以按基础法律关系处理。	11
【甲指分包】	12
因业主指定分包（甲指分包）导致的工期延误，业主无权向承包人提出费用和工期索赔	12
【工程总承包】	13
未取得建设工程规划许可证情形下的工程总承包合同有效。	13
3. 实务课堂 Q&A	15
区分结算与决算的意义在哪里？未经结算提交竣工决算报告是否有效？	15
当事人不主动申请，法院释明后仍不申请，但法院又认为需要鉴定的，法院可否依职权启动鉴定？	15
4. 他山之石 Insights	16
最高法院民一庭：合同无效，承包人请求实际施工人按照合同约定支付管理费的，不予支持	16
《民法典》实施背景下海洋建设工程审判疑难问题	16



5.团队介绍 About Us..... - 19 -

1. 新法速递 What's New

『生产安全』

住房和城乡建设部关于印发《房屋市政工程生产安全重大事故隐患判定标准（2022版）》的通知

文号：建质规〔2022〕2号

发布时间：2022-04-19

【主要内容】

针对当前房屋市政工程领域安全生产工作的新情况新问题，住房和城乡建设部对相关法规规定和近年来发生的重特大生产安全事故进行了全面梳理，深刻剖析了群死群伤事故原因，系统归纳了工地现场高度危险施工环节，聚焦项目的安全管理缺失、人的不安全行为和物的不安全状态，明确了重大事故隐患判定情形。《标准》征求了全国31个省级住房和城乡建设部门、社会公众意见，汇集了全国建设、施工、设计、监理等相关单位以及高等院校、研究机构的经验和智慧，凝聚了行业从业人员的安全生产共识。主要内容包括：

一是法律依据、重大事故隐患的涵义、《标准》适用范围（共3条，第一条、二条、三条）。

《标准》主要依据《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国安全生产法》《建设工程安全生产管理条例》和相关部门规章和强制性标准制定。

《标准》所称重大事故隐患，是指在房屋市政工程施工过程中，存在的危害程度较大、可能导致群死群伤或造成重大经济损失的生产安全事故隐患。

《标准》适用于判定新建、扩建、改建、拆除房屋市政工程的生产安全重大事故隐患。

二是管理基础类重大事故隐患判定标准（共2条，第四条、十五条）。

该部分聚焦项目的安全管理缺失、人的不安全行为，明确企业不持安全生产许可证施工，安全管理人员、特种作业人员无证上岗和危大工程施工方案不论证等情形应判定为重大事故隐患。

三是现场实体类重大事故隐患判定标准（共10条，第五条至第十四条）。

该部分聚焦物的不安全状态，在深刻分析近年来群死群伤事故原因的基础上，明确了基坑工程、模板工程、脚手架工程、起重机械及吊装工程、高处作业类、施工临时用电类、有限空间类、拆除工程、暗挖工程及使用危及安全生产的施工工艺10类重大事

故隐患包含的情形。

全 文 链 接 :

https://www.mohurd.gov.cn/gongkai/fdzdgknr/zfhcxjsbwj/202204/20220424_765838.html

『招投标监管』

北京市住房和城乡建设委员会印发《关于进一步落实招标人主体责任加强招标投标服务监管有关工作的通知》

文号：京建发〔2022〕79号

发布时间：2022年03月24日

【主要内容】

《关于进一步落实招标人主体责任加强招标投标服务监管有关工作的通知》明确招标人进场招标时，应提交招标承诺书，承诺在招标计划、招标公告、资格预审文件、招标人代表选派、资格预审评审结果、招标文件、定标等关键事项严格履行“三重一大”决策程序，将承诺书内容报送招标人单位党组织和纪检监察部门确认。

以下几点内容提请关注：

强化招标人主体责任

- ◇ 建设单位应于首次发布招标公告 30 日前登录北京市公共资源交易服务平台建设工程分平台/招标人专区填报招标计划。招标计划应包括建设项目名称、项目概况、投资估算、招标内容或范围、预计开始进行招标的时间等内容。

规范招标投标评审要求

- ◇ 对于依法必须招标的施工总承包及监理项目，招标人在资格预审文件中要求提交类似工程业绩的，应在资格预审文件中明确规定类似工程业绩信息来源渠道以住房和城乡建设部全国建筑市场监管公共服务平台的数据为准。其他来源获取的业绩不作为工程业绩使用。

探索推行评定分离

- ◇ 招标人应通过“三重一大”决策程序确定评标办法和定标办法。定标办法应明确定标委员会组成、定标要素、定标规则等内容。定标要素可包括投标报价、投标文件响应情况、施工组织设计（方案）、科技创新能力、项目管理人员经验与水平、同类工程经验（业绩）、企业资质规模、信用等因素。定标规则由招标人按照充分竞争、优质优价原则确定，但不得采用抽签、摇号等随机方式确定中标人及其他法律法规禁止的方法。

全文链接：<http://z.jw.beijing.gov.cn/bjjs/xxgk/ztzl/yhyshj/zcwj73/gfxwj46/325777933/index.shtml>

【“放管服”改革】

住房和城乡建设部关于修改《房地产开发企业资质管理规定》的决定

文号：中华人民共和国住房和城乡建设部令第54号

发布时间：2022年3月2日

【主要内容】

1、房地产开发企业资质由原来的一、二、三、四，四个资质等级调整为一、二两个资质等级。

2、一级资质和二级资质都不再要求专职会计人员持有资格证书。

一级资质人员要求为：有职称的建筑、结构、财务、房地产及有关经济类的专业管理人员不少于40人，其中具有中级以上职称的管理人员不少于20人，（持有资格证书的专职会计人员）专职会计人员不少于4人。

二级资质与原四级资质（删除）人员数量相同：有职称的建筑、结构、财务、房地产及有关经济类的专业管理人员不少于5人，其中专职会计人员不少于2人。

全文链接：https://www.mohurd.gov.cn/gongkai/zhengce/zhengceguizhang/202203/20220315_765163.html

【疫情防控】

山东省住房和城乡建设厅关于调整工程建设疫情防控相关费用的通知

文号：鲁建标字〔2022〕5号

发布时间：2022年4月22日

【主要内容】

为深入贯彻落实山东省委省政府关于统筹疫情防控和经济社会发展要求，建立建筑工地疫情防控长效机制，合理解决因疫情防控发生的各项费用，保障建设项目顺利实施，山东省住房和城乡建设厅关于调整工程建设疫情防控相关费用的通知：。

一、在《山东省建设工程费用项目组成及计算规则》《山东省建设工程概算费用编

制规定》的总价措施费中增加疫情防控措施费。

疫情防控措施费是指在房屋建筑和市政工程施工现场采取常态化疫情防控措施所发生的直接费用，包括核酸检测、防护用品、消杀用品、测温器具、隔离围挡、宣传展板、专职防控人员等费用。不包括出现疫情事件以及应急处置、封闭管理状态下人员隔离转运、停工等发生的费用。

二、疫情防控措施费不区分专业类别，以分部分项工程费中的省价人工费为计费基数乘以相应费率计算，该费用除税金外不再计取其他费用。建设项目编制概算和最高投标限价时应包括该费用。

三、因疫情防控造成施工降效、窝工，以及施工单位应建设单位要求赶工所发生的费用，应计入工程造价，由发包人承担。发承包双方根据经审定的施工组织方案确定费用。

因人工短缺、交通运输不便等原因造成的人工成本和材料价格上涨，发承包双方根据合同和省住房城乡建设厅《关于加强工程建设人工材料价格风险控制的意见》（鲁建标字〔2019〕21号）相关规定，由发包人承担超出风险幅度的价格风险。

四、因疫情防控造成施工单位人员滞留、隔离、食宿以及机械设备、周转材料停滞等发生的费用，发承包双方根据实际情况测算后，协商合理分担。

五、集中医学观察隔离点、方舱医院等应急抢建项目宜采取成本加酬金模式确定工程造价。使用统一计价依据计价的，人工单价在省市指导价基础上上浮一定比例，材料设备按照实际购买价格计算，同时应计取疫情防控、赶工、降效等费用。

全文链接：http://zjt.shandong.gov.cn/art/2022/4/22/art_102884_10306406.html

【物业管理】

《昆明市物业管理条例》

文号：昆明市人民代表大会常务委员会公告（15届）第2号

发布部门：昆明市人大(含常委会)

发布时间：2022年4月14日

实施日期：2022年6月1日

【主要内容】

针对物业服务监管责任部门职能划分不清、业主委员会治理结构不健全、物业管理服务水平不高、住宅专项维修资金使用不规范等问题，即将实施的《昆明市物业管理条

例》分为总则、业主和业主组织、物业管理区域以及公共设施设备、前期物业、物业管理服务、物业的使用和维护、法律责任及附则，共八章五十六条。

亮点一：保护业主隐私。

《条例》规定，开展物业管理活动，应当依法保护业主、物业使用人的隐私和个人信息。

亮点二：鼓励建立业主组织。

《条例》规定在突发失管状态下，街道办事处、乡镇人民政府应当确定应急物业服务人。此外，《条例》明确了业主组织产生方式、职责等内容，积极推进业主委员会的组建，支持在物业管理区域内成立业主大会，选举产生业委会，来决定物业管理区域内的重大事项。

亮点三：明确业主共有设施设备范围

《条例》对居民小区的配套设施和场所归属有了细致规定，明确了物业服务用房、门卫房、值班室、共用设施设备使用的房屋、共用的架空层、走廊、楼梯间、电梯间、物业管理区域内除城镇公共道路以外的其他道路，除城镇公共绿地或者明示属于个人以外的其他绿地等配套设施和相关场所属于业主共有，在解决小区私搭乱建等问题上也有了依据。

亮点四：不得用停水停电等方式催交物业费。

《条例》规定物业服务人不得采取停止供电、供水、供气等方式催交物业服务费用。但物业服务人已经按照约定和有关规定提供服务的，业主不得以未接受或者无需接受相关物业服务为由拒绝支付物业服务费用。

全文链接：<http://www.kmrd.cn/c/2022-04-14/524111.shtml>

2. 案例聚焦 Case Study

『工程款利息与逾期付款违约金』

工程款利息属于法定孳息，不以当事人约定为前提条件；逾期付款违约金系基于双方当事人的约定，可以同时主张。

宁夏瑞泰房地产开发有限公司、浙江宏成建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案
〔（2020）最高法民终 1310 号〕

双方就案涉瑞泰银都蓝湾工程项目一组团、二组团、三组团、四组团分别签订的《施工协议书》《建设工程施工合同》及四组团《施工补充协议》。案涉四个组团的协议，对违约责任作了明确约定，由于瑞泰公司没有按照协议约定的时间节点支付进度款，也没有完全按照协议履行付款义务，宏成公司依据协议相关条款主张违约金的同时主张工程款利息。

争议焦点为瑞泰公司是否应当支付工程款利息、是否应当承担违约责任以及违约金数额的认定。

最高院认为，工程款利息与逾期付款违约金虽均是因逾期付款行为产生的责任，但两者性质不同。工程款利息属于法定孳息；逾期付款违约金系基于双方当事人的约定，具有补偿性和惩罚性，能督促当事人积极履行合同，保护当事人的合理预期，促进交易安全。瑞泰公司关于工程款利息与违约金不能同时支持的上诉理由不能成立，本院不予支持。

『商业承兑汇票』

发包人商业承兑汇票支付工程款，到期未兑付，后续所生纠纷仍可以按基础法律关系处理。

安徽三建工程有限公司、东至县汉唐置业有限公司建设工程施工合同纠纷案
〔（2021）最高法民申 6965 号〕

最高院认为，东至汉唐公司向安徽三建公司出具四张共计 2800 万商业承兑汇票，目的在于支付工程款，但四张汇票到期后，东至汉唐公司并未实际兑付。双方于 2019 年 9 月 20 日签订的《还款计划书》中亦明确“由于债务人资金回笼困难等原因，未能按期承兑”，截至目前东至汉唐公司并未偿还此款项，因此东至汉唐公司并未实际支付该 2800 万款项。东至汉唐公司支付部分利息，是基于双方之间《商票保贴业务合作协议》的约

定，不能因利息的支付就认定 2800 万元款项已经支付。

该 2800 万元属于工程款的一部分，债权的产生是基于双方之间的建设工程施工合同，商业汇票的出具只是一种支付方式，故在商业汇票没有得到承兑的情形下，不产生偿付 2800 万元工程款的效力，安徽三建公司有权要求东至汉唐公司继续履行支付该 2800 万元工程款的义务。本案中，双方并未约定商业汇票出具后原因债权就消灭，故二审判决认定安徽三建只能依据票据法律关系另行起诉，为适用法律错误。

【甲指分包】

因业主指定分包（甲指分包）导致的工期延误，业主无权向承包人提出费用和工期索赔。

宁波罗蒙环球商业广场有限公司、中国建筑第二工程局有限公司建设工程施工合同纠纷案
〔（2020）最高法民终 364 号〕

本案《施工总包合同》履行中，2016 年 1 月 27 日，中建二局作为承包人向发包人罗蒙公司出具《承诺书》，承诺北区酒店合同内土建、水电安装及暖通工程 2016 年 4 月 15 日前完成，2016 年 5 月 31 日配合业主完成工程竣工验收工作。中建二局并表示，上述保证节点若非中建二局原因导致不能按时完成，其不承担相关责任。

关于土建工程。2016 年 4 月 5 日，中建二局将已完工的土建工程交付罗蒙公司使用，虽然此后鄞州区质监站向罗蒙公司发出限期整改通知书，但限期整改的工程包括对送风井道未粉刷、风管未加固、法兰螺杆间距不规范、支架防腐未到位等均属零星工程，原审判决认定土建工程已完工，有事实依据。关于水电安装及暖通工程问题。根据《施工总包合同》约定，上述两项工程系甲指分包工程，中建二局对两项工程负有管理义务。

原审中，罗蒙公司未提交证据证明中建二局未尽到管理义务。根据上述中建二局出具的《承诺书》，对于非因中建二局原因导致《承诺书》项下工程未按时完工的，中建二局不承担责任。原审判决基于罗蒙公司与甲指分包单位存在纠纷、罗蒙公司未按时支付工程进度款以及更换分包单位且更换分包单位的竣工资料直至 2018 年 9 月 10 日才移交中建二局等情形，认定《承诺书》项下工程未按时完工并非中建二局原因所致，中建二局不应承担罗蒙公司所主张的工期逾期违约责任，并无不当。

【工程总承包】

未取得建设工程规划许可证情形下的工程总承包合同有效。

山东水泊梁山影视基地股份有限公司、深圳文科园林股份有限公司建设工程合同纠纷案
〔(2020)鲁08民终2508号〕

一审法院认为，关于EPC总承包项目合同的效力问题。根据《中华人民共和国城乡规划法》、济宁市城乡规划局《建设用地规划许可证核发（含临时建设用地规划许可证核发）服务指南》规定可知，法律上默许的取得建设工程规划许可证的最晚时间节点是在对建设项目进行正式施工建设前，而工程总承包合同的订立与项目的施工建设属于两个不同的独立阶段，前一阶段应取得建设工程规划许可证，但《中华人民共和国城乡规划法》及地方《城乡规划条例》并未作出强制约束性相关规定。从签订工程总承包合同和取得建设工程规划许可证的逻辑顺序来看，建设工程规划许可证需要提交建设工程设计方案并通过审核后取得。工程总承包的承包范围包括工程勘察、设计、采购、施工等全部环节，其中设计环节包含了工程方案的设计，是工程总承包单位履行工程总承包合同的约定义务之一，因此，在逻辑顺序上，应当是先签订工程总承包合同并完成工程设计方案，再由建设单位申请办理建设工程规划许可证，时间上必定是工程总承包合同签订在前，规划许可证取得在后。如果以工程总承包合同签订时无法取得的规划许可证来否定合同效力，所有工程总承包合同都将有可能归于无效，这有悖于立法本意，也不利于实现合同目的。根据《中华人民共和国城乡规划法》的规定，建设工程规划许可证的取得，是建设单位的法定义务。规划许可证的取得与否，不影响工程总承包合同的效力，而取得规划许可证应作为建设单位的法定义务。综上所述，工程总承包合同具有一定的特殊性，不同于传统的建设工程施工合同，不能以建设工程施工合同的效力规范判断建设工程总承包合同的效力。建设工程总承包合同一般在签订时即成立生效，不以取得规划许可证作为工程总承包合同生效的要件为生效要件，故水泊影视公司与文科园林公司签订的EPC总承包项目合同合法有效。

二审法院认为，因工程总承包合同一般在其签订时即成立生效，不以取得规划许可证为生效要件之一，未取得规划许可证并不当然导致签订的工程总承包合同无效。从合同生效要件的角度分析，未取得规划许可证并不影响工程总承包合同的效力，应当按照《中华人民共和国合同法》的相关规定认定工程总承包合同的效力。根据现行合同法的规定，发包人可以与总承包人订立建设工程合同，建设工程合同，包括工程勘察、设计、施工合同，据此可以看出涵盖了设计、采购、施工等各阶段在内的工程总承包合同与合同法上的建设工程合同在概念上略有差异，两者既有范围上的交叉，又存在各自的内涵。



是否取得规划许可证，并非工程总承包合同生效要件，涉案合同应认定为有效合同。

3. 实务课堂 Q&A

区分结算与决算的意义在哪里？未经结算提交竣工决算报告是否有效？

结算与决算是两个完全不同的程序步骤，会产生不同的法律效力。结算是指发包人与承包人之间就工程价款的计算、调整、确认的一个过程，承包人是资料编撰主体，发包人是资料审核主体；决算目的是为了核定项目建设成本，从而确定项目资产的价值，发包人是资料编撰主体，财政部门和行政主管部门是资料审核主体。混用决算和结算将会造成严重的误解。

竣工决算通常发生在项目结算后，如果发包人在未经结算的情况下要求承包人协助编撰、提交竣工决算报告的，承包人编撰并提交给发包人的竣工决算资料经发包人认可的，承包人申请结算时再次提交该部分资料的，发包人应认可该部分资料真实性。如果双方合同约定，工程结算应以竣工决算为准的，竣工决算中对工程价款的有关表述可作为结算依据。

——以上节选自张晓峰《建设工程争议解决 100 讲》，中国法律出版社，第 48.4.1 节

当事人不主动申请，法院释明后仍不申请，但法院又认为需要鉴定的，法院可否依职权启动鉴定？

法院依职权启动鉴定仅限于涉及《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 96 条规定的情形（人民法院认为审理案件需要的证据包括：（一）涉及可能损害国家利益、社会公共利益的；（二）涉及身份关系的；（三）涉及民事诉讼法第五十八条规定诉讼的；（四）当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的；（五）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。除前款规定外，人民法院调查收集证据，应当依照当事人的申请进行）。如非该条规定情形法院不能依职权启动鉴定，而会根据举证责任分配进行处理。即当事人承担举证责任，应该申请鉴定而不申请鉴定，就须承担不利法律后果。

——以上节选自张晓峰《建设工程争议解决 100 讲》，中国法律出版社，第 62.4.2 节

4.他山之石 Insights

最高法院民一庭:合同无效,承包人请求实际施工人按照合同约定支付管理费的,不予支持

合同无效,承包人请求实际施工人按照合同约定支付管理费的,是否应予支持?

最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 21 次专业法官会议纪要认为:合同无效,承包人请求实际施工人按照合同约定支付管理费的,不予支持。

转包合同、违法分包合同及借用资质合同均违反法律的强制性规定,属于无效合同。前述合同关于实际施工人向承包人或者出借资质的企业支付管理费的约定,应为无效。实践中,有的承包人、出借资质的企业会派出财务人员等个别工作人员从发包人处收取工程款,并向实际施工人支付工程款,但不实际参与工程施工,既不投入资金,也不承担风险。实际施工人自行组织施工,自负盈亏,自担风险。承包人、出借资质的企业只收取一定比例的管理费。该管理费实质上并非承包人、出借资质的企业对建设工程施工进行管理的对价,而是一种通过转包、违法分包和出借资质违法套取利益的行为。此类管理费属于违法收益,不受司法保护。因此,合同无效,承包人或者出借资质的建筑企业请求实际施工人按照合同约定支付管理费的,不予支持。

【法条参考】《中华人民共和国民法典》

第一百五十三条 违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是,该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。

违背公序良俗的民事法律行为无效。

——来源:最高人民法院司法案例研究院 公众号

《民法典》实施背景下海洋建设工程审判疑难问题

观点摘要:

1、海洋建设工程案件的管辖

对于海洋建设工程的界定应当按照住建部《建筑业企业资质标准》中港口与航道工程施工范围确定,即包括码头、防波堤、护岸、围堰、堆场道路和陆域构筑物、筒仓、船坞、船台、滑道、船闸、升船机、水下地基及基础、土石方、海上灯塔、航标、栈桥、人工岛及平台、海上风电、海岸与近海工程、港口装卸设备机电安装、通航建筑设备机电安装、河海航道整治与渠化工程、疏浚与吹填造地、水下开挖与清障以及水下炸礁清

礁工程等，基于前述工程产生的施工合同以及工程总承包合同纠纷属于海洋建设工程案件范围，由工程所在地的海事法院专属管辖。

2、海洋建设工程勘察、设计合同纠纷的管辖

笔者认为，因为海洋建设工程勘察合同、设计合同纠纷争议点主要在于勘察、设计义务有无履行，勘察、设计费用应否支付，主要依据双方的勘察、设计文件进行判断，与工程所在地关联性不大，故无需由工程所在地法院管辖，适用一般合同管辖的原则。

3、关于母子公司承包合同的效力问题

海洋建设工程施工实践中，经常出现母公司将其承包的全部工程交由具有独立法人资格的子公司施工，对于母子公司承包合同的效力如何认定，笔者认为，因为《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》第1条规定其适用范围包括市政基础设施工程，而且该规定源于《全国人大法工委关于对建筑施工企业母公司承接工程后交由子公司实施是否属于转包以及行政处罚两年追诉期认定法律适用问题的意见》（法工办发〔2017〕223号）。2016年水利部《水利工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理暂行办法》第5条第1款第3项将承包人以内部承包合同等形式将全部工程交由未履行合法手续的分公司施工的，认定为转包。《民法典》第791条并未将母子公司承包合同排除在外，本质上应认定为转包，合同效力应为无效。

4、关于挂靠问题

海洋建设工程施工中，由于需要具有航道、港口施工资质，挂靠行为比比皆是，实践中对于存在挂靠情形时海洋建设工程施工合同的效力如何认定往往成为当事人争执的焦点。笔者认为，《德国民法典》第116条规定，意思表示不因表意人在心里做出对所表示的并不意欲的保留而无效。该表示须以他人为相对人而做出，且相对人知道该项保留的，该表示无效。《日本民法典》第93条和我国台湾地区民法第86条作了相同的规定，此项单方的真意保留不导致合同无效。在发包人属于善意不知挂靠的情况下，应保护信任该表示的表意相对人的利益，海洋建设工程施工合同约定发包人与被挂靠人，该合同应认定为有效。在发包人明知挂靠事实的情形下，根据《民法典》第146条的规定，属于通谋虚伪意思表示，真实的法律关系应认定为存在于发包人与挂靠人之间，该合同根据《建设工程司法解释一》第1条的规定，应认定为无效。

5、关于江船入海施工问题

实践中，大量江船超航区入海从事抛石、吹填等施工行为，如何认定海洋建设工程施工合同的效力，笔者认为，江船入海施工属于不具备施工资质条件，合同应认定为无效，同时法院可以根据《长江保护法》第84条第1项等规定，给相关海事行政部门发送司法建议，以规范江船违规入海行为。

6、海洋建设工程存在转包、违法分包、挂靠情形下，法院对于管理费能否予以收缴

笔者认为，因为《建筑法》第 66 条和第 67 条规定的没收违法所得系一种行政处罚，是赋予建设主管部门的权力，并不及于法院的司法处罚。从《民法典》和《建设工程司法解释一》修改的变化看，亦在试图划定行政与司法的边界，对于没收违法所得交由行政部门处理，司法上只处理当事人之间的民事纠纷，形成行政与司法良性配合的局面。

7、关于受疫情影响的工程款调整问题

受新冠疫情影响，海洋建设工程的人工费和材料费增加，承包人能否主张调整工程价款？对此首先应根据双方海洋建设工程合同的约定处理，没有约定的，可以适用《民法典》第 533 条规定的情事变更。2020 年 2 月 26 日住房和城乡建设部办公厅《关于加强新冠肺炎疫情防控有序推动企业开复工工作的通知》（建办市〔2020〕5 号）规定，因疫情造成的人工、建材价格上涨等成本，承发包双方要加强协商沟通，按照合同约定的调价方法调整合同价款。如双方采用住建部 2017 年《建设工程施工合同（示范文本）》的，通用条款对价格调整有明确规定，可以作为案件裁判的依据。如双方对此没有约定或者约定不明的，根据苏建价〔2020〕20 号文规定，由承发包双方根据工程实际情况签订补充协议，合理确定价格调整办法。

8、关于海洋建设工程价款优先受偿权的负面清单

依照《民法典》第 807 条规定，根据建设工程的性质不宜折价、拍卖的，承包人无权主张建设工程价款优先受偿权。在海洋建设工程领域，哪些情形属于不享有建设工程价款优先受偿权的，并不明确。笔者认为，海洋建设工程具有下列情形之一的，应当认定为不宜折价、拍卖：（1）航道、港口疏浚工程；（2）海洋建设工程质量不合格，且无法予以修复的；（3）海洋建设工程属于以公益为目的建设的公共设施的；（4）海洋建设工程属于国家机关的办公用房或军事建筑；（5）无法独立存在或者分割后影响主建筑使用功能的附属工程等工程。由此可见，在海洋建设工程中，享有建设工程价款优先受偿权的工程应属少数，如私人投资的港口、码头工程等。

—来源：《法律适用》（作者：潘军锋，南京海事法院海商庭副庭长，南京大学法学博士）

5. 团队介绍 About Us



张晓峰 合伙人

万商天勤律师事务所管委会成员、北京办公室执委会主任

国家发改委、财政部 PPP 专家库双库专家

中国国际经济贸易仲裁委员会以及天津、青岛等地仲裁机构仲裁员

北京律协业拓委副主任、建设工程法律专业委员会副主任

上市公司独立董事

著有《建设工程争议解决 100 讲》北京: 中国法律出版社, 2021.

连续多年获评 LEGALBAND 房地产与建设工程领域“中国顶级律师”/《商法》杂志 (China Business Law Journal) 中国市场“A-List 法律精英”



段素兰·律师

具备丰富的诉讼与仲裁经验, 执业近二十年, 主办案件三百余件, 同时为多家大中型企业提供法律咨询服务。



田庭港·律师

拥有大型施工企业工作背景, 熟悉法律财务金融, 能够为建设工程进行全方位法律风险控制。



魏洁·律师

曾在某检察院直属事业单位任职, 具备丰富实务经验和深厚法律功底。专注于建设工程的非诉业务以及民商事诉讼。



张少波·律师

咨询工程师(投资), 具有工程和法律专业背景, 擅长投融资及争议解决, 在核心期刊发表多篇论文, 并参与撰写多部专业书籍。



刘泽仁·实习律师

毕业于中国政法大学, 为多家大型央企、国企、政府部门、大型民营企业等提供建筑工程、公司并购、企业法律顾问、争议解决等方面法律服务。



焦力·律师

中国政法大学硕士, 清华-天普美国法项目硕士(L.L.M), 为多家企业提供法律顾问及争议解决服务。

联系我们 Contact Us



张晓峰 合伙人

T: +86 10 82255588

M: +86 13910934602

E: zhangxiaofeng@vtlaw.cn



官方网站

<http://www.vtlaw.cn>



微信公众号

万商天勤律师事务所

声明:

本刊转载内容均注明出处，转载是出于传递更多信息之目的，但本刊不对其全部或部分内容的原创性、真实性、准确性、完整性、及时性做任何保证或承诺。

本刊提供的所有信息仅供参考。所登载的观点并不代表本刊立场，不构成决策的实质性建议。