



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 2 期
张晓峰律师团队友情呈送

本期责任编辑：魏洁

北京市朝阳区建国路 86 号佳兆业广场南塔 T1 座 12 层 100124

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

新法速递 What's New

- 📖 人社部发布《拖欠农民工工资失信联合惩戒对象名单管理暂行办法》，自 2022 年 1 月 1 日施行，细化《保障农民工工资支付条例》操作规程，切实保护农民工合法权益。
- 📖 交通运输部发布《公路养护作业单位资质管理办法》，自 2022 年 1 月 1 日起施行，就公路养护作业单位资质的管理作出具体规定。
- 📖 生态环境部发布《关于进一步加强环境影响评价管理建设绿色机场的通知（征求意见稿）》。
- 📖 湖南省住建厅发布关于《湖北省建筑工程施工现场从业人员配备管理办法（征求意见稿）》公开征求意见的函。
- 📖 山东省住建厅等部门发布《关于进一步优化房屋建筑和市政基础设施工程施工许可办理环节营商环境的通知》，自 2022 年 1 月 1 日起调整施工许可办理限额。
- 📖 海南省人大常委会通过《海南自由贸易港安居房建设和管理若干规定》，自 2022 年 1 月 1 日起施行，填补了海南省住房保障立法方面的空白。

案例聚焦 Case Study

- 📖 PPP 投资合作协议属于民事合同，具有可仲裁性。
「（2020）京 04 民特 677 号」
- 📖 承包人和分包人未结清工程款，承包人对分包人欠付实际施工人的工程款承担连带责任。
「（2021）最高法民申 3670 号」
- 📖 不能以未履行开具发票的附随义务为由对抗其应当履行支付工程款的主合同义务。
「（2021）最高法民申 2714 号」
- 📖 投标人在中标前就建设项目已具体实施施工行为的，依中标签署的施工合同无效。
「（2021）最高法民申 1506 号」

实务课堂 Q&A

- 📖 施工分包（专业工程分包）是否应当招标？答复：施工分包不属于依法必须进行招标的项目范围或者未达到国家规定规模标准的，可不进行招标（暂估价工程的施工分包除外）。
- 📖 房建工程未经发包人同意的分包，是否属于违法分包？是否导致分包合同无效？答复：未经发包人同意的分包属于违法分包，但不必然导致违法分包合同无效。

他山之石 Insights

- 📖 论实际施工人的民法保护—突破合同相对性原则。
民法突破合同相对性原则，对实际施工人权利予以特别保护，既是维护社会公平的需要，也是保护经济发展的要求。
- 📖 最高人民法院民一庭观点：借用资质的实际施工人与发包人形成事实上的建设工程施工合同关系且工程验收合格的，可以请求发包人参照合同约定折价补偿。
- 📖 最高人民法院司法案例研究院：通过补充合同变更中标合同的纠纷解决方式的约定有效。

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。

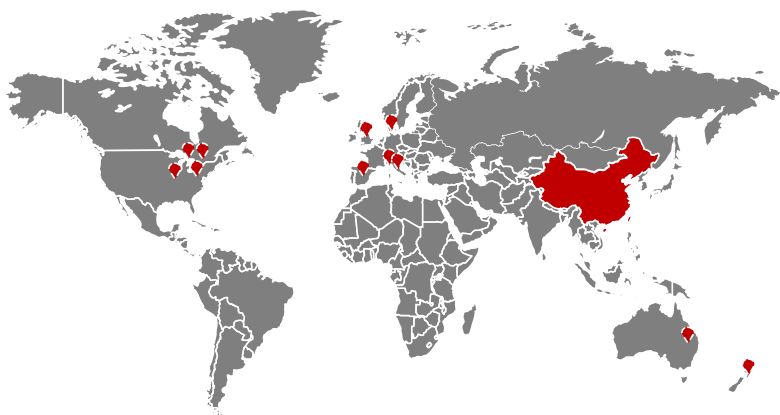
本刊根据当期实际，选择刊载部分或全部栏目。

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
『资质管理』	6
《公路养护作业单位资质管理办法》	6
『深化“放管服”改革』	6
《拖欠农民工工资失信联合惩戒对象名单管理暂行办法》	6
《关于进一步加强环境影响评价管理建设绿色机场的通知（征求意见稿）》	7
『施工许可』	7
山东省住房和城乡建设厅人民防空办公室山东省公共资源交易中心关于进一步优化房屋建筑和市政基础设施工程施工许可办理环节营商环境的通知.....	7
『安全管理』	8
湖北省住房和城乡建设厅关于《湖北省建筑工程施工现场从业人员配备管理办法（征求意见稿）》公开征求意见的函.....	8
『安居房建设管理』	8
《海南自由贸易港安居房建设和管理若干规定》	8
2. 案例聚焦 Case Study	10
『PPP 合同与行政协议』	10
PPP 投资合作协议属于民事合同，具有可仲裁性.....	10
『工程价款结算』	10
转包人和分包人未结清工程款，转包人对分包人欠付实际施工人的工程款承担连带责任.....	10
不能以未履行开具发票的附随义务为由对抗其应当履行支付工程款的主合同义务.....	11
『备案合同效力』	11
投标人在中标前就建设项目已具体实施施工行为的，依中标签署的施工合同无效.....	11
3. 实务课堂 Q&A	13
施工分包（专业工程分包）是否应当招标？	13
房建工程未经发包人同意的分包，是否属于违法分包？是否导致分包合同无效？	13
4. 他山之石 Insights	15
论实际施工人的民法保护--突破合同相对性原则.....	15



借用资质的实际施工人与发包人形成事实上的建设工程施工合同关系且工程验收合格的，可以请求发包人参照合同约定折价补偿.....- 15 -

通过补充合同变更中标合同的纠纷解决方式的约定有效.....- 16 -

5.团队介绍 About Us..... - 17 -

1. 新法速递 What's New

『资质管理』

《公路养护作业单位资质管理办法》

发文字号：交通运输部令 2021 年第 22 号

施行日期：2022 年 1 月 1 日

【主要内容】

本办法设置全国统一的公路养护作业单位资质类别与条件。公路养护作业单位资质分为路基路面、桥梁、隧道、交通安全设施 4 个序列，路基路面、桥梁、隧道养护资质下设甲、乙两个等级，交通安全设施养护资质不分等级。明确各地不得另行设置公路养护作业单位资质，防止出现地域壁垒等问题。

《公路养护作业单位资质管理办法》全文链接：

https://xxgk.mot.gov.cn/2020/jigou/fgs/202109/t20210910_3618350.html

『深化“放管服”改革』

《拖欠农民工工资失信联合惩戒对象名单管理暂行办法》

发文字号：人社部令第 45 号

施行日期：2022 年 1 月 1 日

《管理暂行办法》共 20 条，规定了适用范围、职责分工、列入条件、列入期限、惩戒措施、信用修复和工作程序，为人社部门开展拖欠农民工工资失信惩戒名单管理、实施失信约束提供了法律依据。主要包括：

（一）用人单位拖欠农民工工资，符合法定情形的，将该用人单位及其法定代表人或者主要负责人、直接负责的主管人员和其他直接责任人员列入失信联合惩戒名单。

（二）被列入失信联合惩戒名单的期限为 3 年，自人力资源社会保障行政部门作出列入决定之日起计算。

《拖欠农民工工资失信联合惩戒对象名单管理暂行办法》全文链接：

http://www.mohrss.gov.cn/xxgk2020/fdzdgnr/zcfg/bmgz/202111/t20211119_428250.html

《关于进一步加强环境影响评价管理建设绿色机场的通知（征求意见稿）》

截止日期：2022年2月11日

为贯彻习近平生态文明思想，深入打好污染防治攻坚战，深化环境影响评价“放管服”改革，进一步加强和规范机场建设项目环境影响评价管理，推动在机场建设、运营的全过程实现生态优先、绿色发展，我部组织起草了《关于进一步加强环境影响评价管理建设绿色机场的通知（征求意见稿）》。现公开征求意见，请于2022年2月11日前将有关意见书面反馈我部环评司，电子版材料请同时发至联系人邮箱。

《关于进一步加强环境影响评价管理建设绿色机场的通知（征求意见稿）》全文链接：

https://www.mee.gov.cn/ywgz/hjyxpj/jsxmhjyxpj/jsgldt/202201/t20220110_966570.shtml

『施工许可』

山东省住房和城乡建设厅人民防空办公室山东省公共资源交易中心关于进一步优化房屋建筑和市政基础设施工程施工许可办理环节营商环境的通知

发文字号：鲁建建管函（2021）4号

自2022年1月1日起，全省行政区域内工程投资额在100万元以下（含）或者建筑面积在500平方米以下（含）的房屋建筑和市政基础设施工程，可以不申请办理施工许可证，法规、规章对限额以下乡村建设工程施工许可管理另有规定的，从其规定。任何单位和个人不得将应当申请办理施工许可证的工程项目分解为若干限额以下的工程项目，规避申请办理施工许可证。应当申请领取施工许可证的工程项目未取得施工许可证的，一律不得开工。

《关于进一步优化房屋建筑和市政基础设施工程施工许可办理环节营商环境的通知》全文链接：

http://zjt.shandong.gov.cn/art/2021/7/7/art_122441_10294621.html

『安全管理』

湖北省住房和城乡建设厅关于《湖北省建筑工程施工现场从业人员配备管理办法（征求意见稿）》公开征求意见的函

截止日期：2022年1月31日

主要内容如下：

（一）施工现场关键岗位人员（指项目负责人、项目技术负责人、施工员、专职安全员、质量员）不得同时在其他建筑工程项目中任职。

（二）除不可抗力因素外，中标单位自投标截止之日起至完成合同约定工程量之日止，不得更换和撤离项目负责人。

（三）除规定情形外，中标单位自工程项目开工安全生产条件审查合格之日起至完成合同约定工程量之日止，不得擅自更换和撤离关键岗位人员。

（四）在施工期间，所有岗位人员都应到岗履职，并通过实名制人脸识别考勤设备进行每日考勤。

（五）明确了施工现场专业管理人员配备标准。

《湖北省建筑工程施工现场从业人员配备管理办法（征求意见稿）》全文链接：

http://zjt.hubei.gov.cn/zfxxgk/fdzdgknr/qtzdgknr/jcygk/jcca/202112/t20211230_3941292.shtml

『安居房建设管理』

《海南自由贸易港安居房建设和管理若干规定》

发文机关：海南省人民代表大会常务委员会

发文字号：海南省人民代表大会常务委员会第106号公告

施行时间：2022年1月1日

《若干规定》明确了安居房的保障范围、支持政策、建设基本要求和上市交易等基本制度，加强了对本地居民和引进人才的住房保障。《若干规定》主要有如下亮点：

（一）明确安居房的性质。《若干规定》所称安居房，是指由政府与购房人按份共有产权，面向符合条件的本地居民家庭和引进人才供应的共有产权住房，纳入保障性住房统一管理。

（二）厘清各级政府职责。《若干规定》明确省人民政府负责全省安居房建设和管理的指导、督促和监督检查工作，市县人民政府负责组织实施本行政区域内安居房的建设和管理工作。

（三）规范安居房建设基本要求，如：安居房建设项目的选址应当根据国土空间规划、城市功能定位和产业布局，优先安排在交通便捷、生活和工作便利、配套设施完善的区域；要求安居房建设应当推行绿色建筑、装配式建筑和全装修建设方式，着力提升建设品质。项目配套建设的基础设施和公共服务设施，应当与主体工程同步规划、同步建设、同步交付使用。

（四）加大安居房项目政策支持，如：鼓励开发企业利用存量住宅用地建设安居房，并在项目融资、商品住宅建设计划安排等方面给予政策支持；划拨住宅用地可以依法补办出让手续用于建设安居房；减免行政事业性收费和政府性基金，享受税收优惠政策；按照国家规定取得住房公积金贷款、金融机构开发性、政策性融资支持及贷款利率优惠；优先办理土地、规划、建设和销售等审批手续。

《海南自由贸易港安居房建设和管理若干规定》全文链接：

<https://www.hainan.gov.cn/hainan/dfxfg/202112/3680faea45984d82955658e8cb38a6b6.shtml>

2. 案例聚焦 Case Study

『PPP 合同与行政协议』

PPP 投资合作协议属于民事合同，具有可仲裁性。

申请人峻坤实业与被申请人忠县人民政府、世达投资申请确认仲裁协议效力一审案〔(2020)京 04 民特 677 号〕

本案中，2016 年，为建设某景区工程项目，被申请人忠县人民政府与申请人峻坤实业签订《PPP 协议》，约定“双方均有权将争议提交重庆仲裁委员会仲裁解决”；2017 年，被申请人忠县人民政府与申请人峻坤实业、世达投资签订了《投资合作合同》，约定“三方均有权将争议提交贸仲仲裁解决”。贸仲根据《投资合作合同》中的仲裁条款已受理该案。申请人以本案《投资合作合同》属于行政协议，行政协议约定仲裁条款的，应属无效条款为由，向法院申请确认仲裁协议无效。

诉讼中争议焦点为《投资合作协议》是否属于行政协议，协议约定的仲裁条款是否有效。

法院认为，《投资合作协议》属于民事合同，具有可仲裁性，其中约定的仲裁条款有效。理由如下：

首先，《投资合作合同》是否属于行政协议，涉案争议是否属于行政争议，应当根据协议的具体内容和当事人的争议事项及仲裁请求进行判断。

其次，从《投资合作合同》的内容来看，合同相对人峻坤实业在订立合同及决定合同内容等方面享有充分的意思自治。协议的签订遵循了平等自愿、等价有偿的原则。有关双方的权利义务和违约赔偿等协议约定体现了当事人协商一致的合意，为当事人设定的是民事权利义务，而非行政法上的权利义务。

最后，从忠县人民政府向贸仲提出的仲裁请求和双方争议事项来看，并未针对行政机关的具体行政行为。就本案纠纷而言，双方当事人处于平等的法律地位，可以提起仲裁解决。

『工程价款结算』

转包人和分包人未结清工程款的，转包人对分包人欠付实际施工人的工程款承担

连带责任。

转包人发达公司、实际施工人吴某建设工程施工合同纠纷再审案〔(2021)最高法民申 3670 号〕

再审中争议焦点为转包人发达公司应对分包人欠付实际施工人的债务承担连带责任。

法院认为，司法解释规定：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”本案中，发达公司虽非案涉工程的发包人，但其作为转包人，对分包人尚未支付完毕全部的工程款，原审判令其承担连带责任，并未实际损害其利益。至于其与分包人之间工程款支付及相关债务关系，如其能补充提供证据，亦可通过另诉解决。

不能以未履行开具发票的附随义务为由对抗其应当履行支付工程款的主合同义务。

发包人旅投公司、承包人国资中心等建设工程施工合同纠纷再审案〔(2021)最高法民申 2714 号〕

本案争议焦点之一为未开具发票可否成为旅投公司免除逾期付款责任的正当事由。

旅投公司申请再审认为因华凯公司、中诚公司拖欠已付工程款 3900 余万元发票而有权拒绝继续支付工程款。本院认为，旅投公司不能以华凯公司、中诚公司未履行开具发票的附随义务为由对抗其应当履行支付工程款的主合同义务。旅投公司关于华凯公司、中诚公司未开具发票而主张免除逾期付款责任的申请再审事由于法无据，本院不予支持。

『备案合同效力』

投标人在中标前就建设项目已具体实施施工行为的，依中标签署的施工合同无效。

发包人豫兴公司与承包人恒达公司建设工程施工合同纠纷再审案〔(2021)最高法民申 1506 号〕

恒达公司、豫兴公司于 2014 年 6 月 20 日通过招投标订立《建设工程施工合同》（备案合同）。但双方在 2013 年 11 月 12 日就本项目已达成《长城家园工程预算编制说明》，并签订《建设工程施工合同》，招投标前恒达公司已付工程款 120 万元，招投标时豫兴

公司许昌分公司已基本完成地基基槽部分工程。

审理中争议焦点为备案合同是否有效的问题。

法院认为，恒达公司、豫兴公司于2014年6月20日通过招投标订立《建设工程施工合同》违反了《中华人民共和国招标投标法》的规定。招标投标活动应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则。但本案事实表明，双方当事人在正式招标前已就工程范围、工程价款等实质内容达成合意并已具体实施施工行为，违反了《中华人民共和国招标投标法》的相关规定。故原审法院由此认定双方依中标签订的建设工程施工合同无效，并无不当。

3. 实务课堂 Q&A

施工分包（专业工程分包）是否应当招标？

施工分包不属于依法必须进行招标的项目范围或者未达到国家规定规模标准的，可不进行招标。

施工分包属于依法必须进行招标的项目范围和规模标准的，是否应当招标，法律、行政法规等并无明确规定，实践中存在争议。笔者倾向认为，施工总承包范围内的工作已经经过了竞争性程序，进行分包时，无须招标（暂估价项目除外）。同时，从《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》《上海市建设工程招标投标管理办法》《云南省人民政府办公厅关于促进建筑业持续健康发展的实施意见》等法规、规则和规范性文件的规定也可以看出，我国对于工程总承包下的工程分包发包程序有放宽的趋势，已经不再要求必须要进行招标程序了。

但需要注意的是，上述情形中属于暂估价工程的施工分包除外。根据《招标投标法实施条例》，以暂估价形式包括在总承包范围内的工程、货物、服务属于依法必须进行招标的项目范围且达到国家规定规模标准的，应当依法进行招标。即属于依法必须进行招标的项目范围或者达到国家规定规模标准的暂估价工程施工分包，应当招标。

——摘自书籍《建设工程争议解决 100 讲》第 11.4.4 节

房建工程未经发包人同意的分包，是否属于违法分包？是否导致分包合同无效？

根据《建筑法》第 29 条的规定，违法分包大致可分为以下几种情形：分包再分包；分包人不具有相应资质；主体结构施工分包；未经发包人同意的分包。即根据《建筑法》的规定，未经发包人同意的分包属于违法分包。但该种情形下是否导致分包合同无效，案例中出现不同的裁判意见。经检索，在大部分的案例中，更多的裁判机构倾向于认定未经发包人同意，承包人所签订的分包合同无效。

笔者认为，虽然《建筑法》《建设工程质量管理条例》仍将未经发包人同意的分包情形列为违法分包，但是，从《认定查处管理办法》的变化来看，其将未经发包人同意的分包排除在违法分包范围之外，可以看出目前行政监管的倾向是把未经发包人同意的分包界定为违约而非违法。由此引发的分包合同的效力问题，不宜简单仅以未经发包人同意而否定其效力，而应结合个案的实际情况，综合考量合同履行情况，平衡各方利益



等因素后再作出最终的裁判结果。

—摘自书籍《建设工程争议解决 100 讲》第 19.4.1 节

4.他山之石 Insights

论实际施工人的民法保护--突破合同相对性原则

合同相对性原则的突破体现为转承包人、违法分包人有权请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。发包人欠付转包人、违法分包人的工程款以及转包人、违法分包人欠付转承包人、违法分包人的工程款都应依据各自的基础法律关系认定，这一点并未突破合同相对性原则。借用资质与发包人签订建设工程施工合同的施工人请求发包人支付工程款的法律依据是《民法典》第146条规定，其对发包人享有直接的建设工程价款请求权，无需突破合同相对性原则。转承包人、违法分包人与发包人未订立建设工程施工合同，不享有建设工程价款优先受偿权。发包人在缔约时知道系实际施工人借用有资质的建筑企业名义与其签订建设工程施工合同的，出借资质的建筑企业与发包人签订的建设工程施工合同实际上反映的是借用资质的实际施工人与发包人之间的建设工程施工合同关系。这种情况下，实际施工人实为实际承包人，与发包人签订有建设工程施工合同，可享有建设工程价款优先受偿权。

全文详见：《法律适用》2021年第6期 作者：谢勇、郭培培
借用资质的实际施工人与发包人形成事实上的建设工程施工合同关系且工程验收合格的，可以请求发包人参照合同约定折价补偿

审判实践中，对于借用资质的实际施工人是否有权请求发包人对其施工工程折价补偿存在不同认识。

最高法院民一庭法官会议讨论认为：没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与发包人签订建设工程施工合同，在发包人知道或者应当知道系借用资质的实际施工人进行施工的情况下，发包人与借用资质的实际施工人之间形成事实上的建设工程施工合同关系。

该建设工程施工合同因违反法律的强制性规定而无效。

《中华人民共和国民法典》第七百九十三条第一款规定：“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。”

因此，在借用资质的实际施工人与发包人之间形成事实上的建设工程施工合同关系且建设工程经验收合格的情况下，借用资质的实际施工人有权请求发包人参照合同关于

工程价款的约定折价补偿。

来源：最高人民法院民一庭

通过补充合同变更中标合同的纠纷解决方式的约定是有效的

在建设工程领域，当事人往往就同一建设工程项目签订“黑白合同”以达到逃避各级建设主管部门监管、不缴或者少缴税款、在建设工程招标投标中取得竞争优势等不正当目的。《招标投标法》第四十五条第二款规定：“中标通知书对招标人和中标人具有法律效力。中标通知书发出后，招标人改变中标结果的，或者中标人放弃中标项目的，应当依法承担法律责任。”因此，中标合同不应再进行实质性内容的变更。而何为“实质性变更”？《解释一》第二条第一款规定：“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。”

由此可知，建设工程的工程范围、建设工期、工程质量和工程价款等内容属于建设工程合同的实质性内容，而纠纷解决方式的变更并非内容的实质性变更。此外，《民法典》第五百四十三条规定：“当事人协商一致，可以变更合同。”

因此可知，当事人另行签订补充合同以变更纠纷解决方式属于当事人意思自治的范畴，该变更约定有效。

来源：最高人民法院司法案例研究院

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.

连续多年获评钱伯斯 (Chambers & Partners) 建设工程领域“领先律师”
/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

具有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顾问服务。



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·实习律师

中国政法大学硕士, 清华-天普美国法律项目硕士 (L.L.M), 专注于项目投融资法律服务, 参与多个 PPP 项目、房地产开发项目。

联系我们 Contact Us

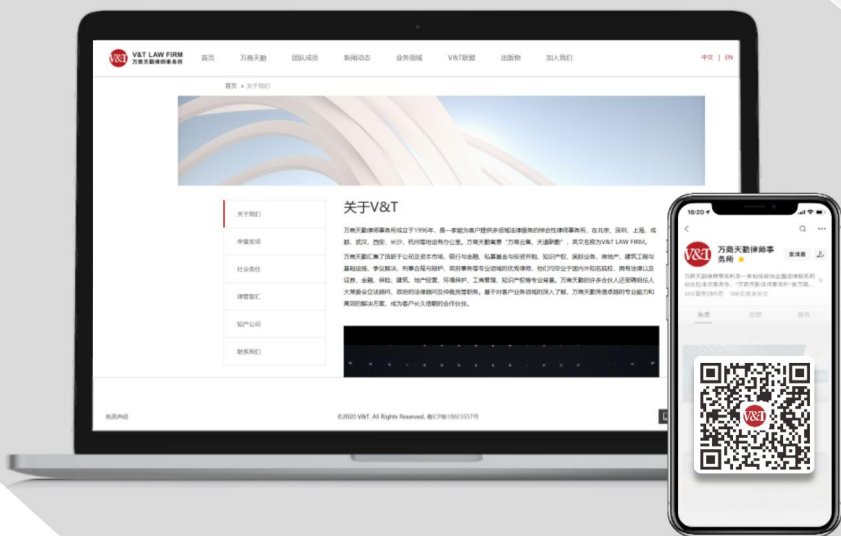


张晓峰 合伙人

T: +86 10 82255588

M: +86 13910934602

E: zhanxiaofeng@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。