



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 4 期**  
**张晓峰律师团队友情呈送**

本期责任编辑：刘泽仁

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

## 新法速递 What's New

- 📖 最高人民法院发布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》，主要涉及习惯适用、民事法律行为效力、代理和诉讼时效等方面内容。
- 📖 吉林省住房和城乡建设厅发布《吉林省房屋建筑和市政基础设施工程质量监督管理规定》。
- 📖 北京市东城区人民政府与北京市地方金融监督管理局发布《关于支持建设基础设施领域不动产投资信托基金(REITs)集聚区的若干措施》。
- 📖 生态环境部发布《关于宣传贯彻〈中华人民共和国噪声污染防治法〉的通知》，就建筑施工噪声专章做出具体规定。
- 📖 住房和城乡建设部标准定额司发布关于征求《房屋建筑与装饰工程特征分类与描述标准》(征求意见稿)等意见的函，就《房屋建筑与装饰工程特征分类与描述标准》《通用安装工程特征分类与描述标准》《市政工程特征分类与描述标准》《城市轨道交通工程特征分类与描述标准》等4本标准征求意见稿向社会各界公开征求意见。
- 📖 广东省人民代表大会常务委员会法制工作委员会就《广东省司法鉴定管理条例(草案修改二稿征求意见稿)》向社会各界公开征求意见。
- 📖 浙江省水利厅，浙江省发展和改革委员会就《浙江省水利水电工程工程量清单计价办法(征求意见稿)》向社会各界公开征求意见。
- 📖 北京市生态环境局就《北京市产业园区规划环境影响评价与建设项目环境影响评价联动实施办法(试行)》(征求意见稿)向社会各界公开征求意见。

## 案例聚焦 Case Study

- 📖 施工合同无效，发包人就未施工部分工程造价上涨主张损失赔偿的，不予支持。  
「(2021)新民申 2823 号」
- 📖 约定审计完成后支付工程价款或盈利，总包长期未对分包完成工作进行审计的，应视为不正当阻止付款条件成就。  
「(2021)新民申 2934 号」

## 实务课堂 Q&A

- 📖 关于签证的法律效力？答复：签证性质上为施工合同的补充协议，经承发包双方签字盖章确认后具备法律效力。
- 📖 以审计结论作为结算依据的约定中应注意的事项有哪些？答复：以审计部门作出的审计结论作为结算依据需要在合同中明确约定，若政府审计结论长期无法形成，对当事人有失公允的，人民法院可判决一次性支付剩余欠付工程款。

## 他山之石 Insights

- 📖 违反规章的合同效力：人民法院不得以违反“法律、行政法规的强制性规定”为由认定违反规章的合同无效，但若该合同违反规章的内容涉及违反公序良俗的，应认定为无效。
- 📖 行政协议实质标准的判断方式：界定行政协议有以下四个方面要素：一是主体要素；二是目的要素；三是内容要素；四是意思要素。在此基础上，行政协议的识别可以从以下两方面标准进行：一是形式标准；二是实质标准。
- 📖 合同无效时对背靠背条款效力的影响：合同无效时，背靠背条款原则上应属无效，倘若背靠背条款与无效合同具有可分割性和独立性，比如清算类的补充协议或者承诺书中的背靠背条款，则不宜认定为无效。

## 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。

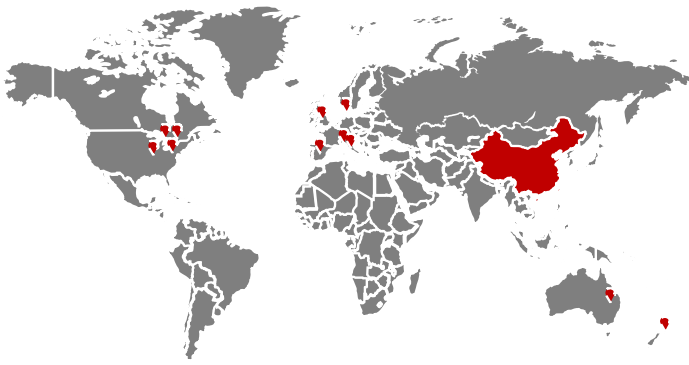
本刊根据当期实际，选择刊载部分或全部栏目。

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](mailto:zhangxiaofeng@vtlaw.cn)

万商云集 天道酬勤



# 目 录

<b>1. 新法速递 What's New</b>	<b>- 5 -</b>
『《民法典》总则编』	- 5 -
《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》	- 5 -
『《工程质量监督》』	- 6 -
《吉林省房屋建筑和市政基础设施工程质量监督管理规定》	- 6 -
『REITs』	- 6 -
《关于支持建设基础设施领域不动产投资信托基金(REITs)集聚区的若干措施》	- 6 -
『贯彻落实《噪声法》』	- 7 -
《关于宣传贯彻〈中华人民共和国噪声污染防治法〉的通知》	- 7 -
『征求意见』	- 7 -
《住房和城乡建设部标准定额司关于征求〈房屋建筑与装饰工程特征分类与描述标准〉(征求意见稿)等意见的函》	- 7 -
《广东省司法鉴定管理条例(草案修改二稿征求意见稿)》	- 8 -
《浙江省水利厅浙江省发展和改革委员会关于征求〈浙江省水利水电工程工程量清单计价办法(征求意见稿)〉意见的函》	- 8 -
关于对《北京市产业园区规划环境影响评价与建设项目环境影响评价联动实施办法(试行)》(征求意见稿)征求意见的公告	- 8 -
<b>2. 案例聚焦 Case Study</b>	<b>- 10 -</b>
『损失赔偿』	- 10 -
施工合同无效, 发包人就未施工部分工程造价上涨主张损失赔偿的, 不予支持。	- 10 -
『以审计为付款条件』	- 10 -
约定审计完成后支付工程价款或盈利, 总包长期未对分包完成工作进行审计的, 应视为不正当阻止付款条件成就。	- 10 -
<b>3. 实务课堂 Q&amp;A</b>	<b>- 12 -</b>
关于签证的法律效力?	- 12 -
以审计结论作为结算依据的约定中应注意的事项有哪些?	- 12 -
<b>4. 他山之石 Insights</b>	<b>- 13 -</b>
违反规章的合同效力	- 13 -
行政协议实质标准的判断方式	- 13 -
合同无效时对背靠背条款效力的影响	- 15 -

## 1. 新法速递 What's New

### 『《民法典》总则编』

#### 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》

**发文字号：法释〔2022〕6号**

**实施日期：2022年3月1日**

#### 【主要内容】

总则编司法解释共39条，涉及一般规定、民事权利能力和民事行为能力、监护等八个方面。主要内容如下：

（一）一般规定。明确同一民事法律行为的法律适用，明确民法基本原则的适用情形，确定适用习惯的相关要求和滥用民事权利的判断标准。

（二）民事权利能力和民事行为能力。明确胎儿利益的保护，限制民事行为能力人实施的民事行为能力效力判断标准。

（三）监护。明确未成年人遗嘱监护和法定监护发生冲突时监护人的确定原则，规定了有监护能力的父母不得通过协议免除自身对未成年人的监护职责、被监护人真实意愿与最有利于被监护人的判断标准等。

（四）宣告失踪和宣告死亡。规定了申请宣告失踪的利害关系人情形，以及失踪人的债务处理方式。

（五）民事法律行为。规定了民事法律行为的成立、重大误解、欺诈、胁迫的认定，以及民事法律行为不成立或所附条件不可能发生的处理。

（六）代理。规定了共同代理中擅自行使代理权的认定、转委托代理的紧急情况、无权代理未被追认的处理、表见代理的认定以及被追认后的生效认定。

（七）民事责任。就正当防卫认定及限度、紧急避险的认定与限度以及见义勇为的补偿。

（八）诉讼时效。规定了诉讼时效中止、中断和延长的适用，无民事行为能力人和限制民事行为能力人权利受损的诉讼时效起算等。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》全文

链接：<https://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-347221.html>

## **『工程质量监督』**

### **《吉林省房屋建筑和市政基础设施工程质量监督管理规定》**

**发文字号：吉建质〔2022〕1号**

**实施日期：2022年2月17日**

#### **【主要内容】**

本规定主要涉及工程质量监督机构的监督实施、监督准备工作、施工阶段的监督、竣工阶段的监督、监督的次数与流程等作出了规定。

《吉林省房屋建筑和市政基础设施工程质量监督管理规定》全文链接：  
[http://jst.jl.gov.cn/zcfg/gfxwj/jzy/202202/t20220221\\_8398513.html](http://jst.jl.gov.cn/zcfg/gfxwj/jzy/202202/t20220221_8398513.html)

## **『REITs』**

### **《关于支持建设基础设施领域不动产投资信托基金(REITs)集聚区的若干措施》**

**发文字号：东政发〔2022〕4号**

**实施日期：2022年3月22日**

#### **【主要内容】**

本措施规定共十六条，内容主要包括：

- (一) 支持对象为基础设施 REITs 产业相关机构和专业服务机构。
- (二) 给予原始权益人、公募基金和子基金、REITs 项目运营管理机构、专业服务企业及个人相关的产品发行奖励、房租补贴、人才奖励等资金补贴。
- (三) 搭建基础设施 REITs 对接平台，鼓励专业机构投资者及社会保障、养老保险、年金等基金、合格境外投资者参与 REITs 产品投资。
- (四) 搭建基础设施 REITs 资产交易平台，推动 Pre-REITs 产业发展。鼓励在集聚区设立以基础设施 REITs 行业研究、估值定价、REITs 指数等为研究方向的专业化研究机构或金融科技企业。
- (五) 完善集聚区基础设施 REITs 发展协调推进机制，建立基础设施 REITs 项目储备库，提供人才全方位服务等。



(六) 加强与上级部门沟通对接, 积极争取创新性试点在集聚区先行先试。

《中华人民共和国噪声污染防治法》全文链接:

<http://www.bjdch.gov.cn/n3952/n3970/n3974/c11623388/content.html>

## **『贯彻落实《噪声法》』**

### **《关于宣传贯彻〈中华人民共和国噪声污染防治法〉的通知》**

**发文字号: 环法规〔2022〕13号**

**实施日期: 2022年2月19日**

#### **【主要内容】**

对建筑施工噪声, 要求在噪声敏感建筑物集中区域施工的优先使用低噪声施工工艺和设备, 并实施噪声自动监测。对交通运输噪声, 加严新、改、扩建经过噪声敏感建筑物集中区域的交通项目的达标控制要求; 增加交通项目运营、养护机构对车辆、线路等和减振降噪设施的维护要求。

《关于宣传贯彻〈中华人民共和国噪声污染防治法〉的通知》全文链接:

[https://www.mee.gov.cn/xxgk/xxgk/xxgk03/202202/t20220222\\_969609.html](https://www.mee.gov.cn/xxgk/xxgk/xxgk03/202202/t20220222_969609.html)

## **『征求意见』**

### **《住房和城乡建设部标准定额司关于征求〈房屋建筑与装饰工程特征分类与描述标准〉(征求意见稿)等意见的函》**

**发文字号: 建司局函标〔2022〕16号**

**征求期限: 2022年3月15日前**

#### **【主要内容】**

住房和城乡建设部就《房屋建筑与装饰工程特征分类与描述标准》《通用安装工程特征分类与描述标准》《市政工程特征分类与描述标准》《城市轨道交通工程特征分类与描述标准》等4本标准征求意见稿向社会各界公开征求意见。

全文链接:

[https://www.mohurd.gov.cn/gongkai/fdzdgnr/zqyj/202202/20220216\\_764510.html](https://www.mohurd.gov.cn/gongkai/fdzdgnr/zqyj/202202/20220216_764510.html)

《广东省司法鉴定管理条例（草案修改二稿征求意见稿）》

发文字号：无

征求期限：2022年3月18日前

【主要内容】

广东省人民代表大会常务委员会法制工作委员会就《广东省司法鉴定管理条例（草案修改二稿征求意见稿）》向社会各界公开征求意见

全文链接：

[http://www.gdrd.cn/zyfb/fgyjzj/202202/t20220218\\_185904.html](http://www.gdrd.cn/zyfb/fgyjzj/202202/t20220218_185904.html)

《浙江省水利厅 浙江省发展和改革委员会关于征求〈浙江省水利水电工程工程量清单计价办法（征求意见稿）〉意见的函》

发文字号：浙水函〔2022〕57号

征求期限：2022年3月21日前

【主要内容】

浙江省水利厅,浙江省发展和改革委员会就《浙江省水利水电工程工程量清单计价办法（征求意见稿）》向社会各界公开征求意见。

全文链接：[http://slt.zj.gov.cn/art/2022/2/18/art\\_1229229426\\_4880862.html](http://slt.zj.gov.cn/art/2022/2/18/art_1229229426_4880862.html)

关于对《北京市产业园区规划环境影响评价与建设项目环境影响评价联动实施办法（试行）》（征求意见稿）征求意见的公告

发文字号：无

征求期限：2022年2月28日前

【主要内容】

北京市生态环境局就《北京市产业园区规划环境影响评价与建设项目环境影响评价联动实施办法(试行)》(征求意见稿)向社会各界公开征求意见。

全文链接：

<http://sthjj.beijing.gov.cn/bjhrb/index/xxgk69/sthjlyzgw/dcjg/21229803/index.html>





## 2. 案例聚焦 Case Study

### 『损失赔偿』

施工合同无效, 发包人就未施工部分工程造价上涨主张损失赔偿的, 不予支持。

新疆云鼎建筑安装有限责任公司、新疆盛世龙洋房地产开发有限公司等建设工程施工合同纠纷民事审判监督民事裁定书〔(2021)新民申 2823 号〕

再审中争议焦点之一为关于工期延误损失及未施工部分的工程造价上浮损失是否予以支持的问题。

再审法院认为, 原审法院考虑盛世龙洋公司作为发包方, 在未办理建设工程规划审批手续的情况下同意云鼎公司进场施工, 云鼎公司作为施工方, 在明知盛世龙洋公司未取得建设工程规划审批手续的情况下, 仍然违规施工等情形, 认定双方在履行过程中均存在过错, 对施工期间造成的损失按照过错比例承担并无不当。盛世龙洋公司未办理建设工程规划审批手续, 按照法律规定, 涉案工程本身不符合继续施工的条件, 原审法院不予支持盛世龙洋公司要求云鼎公司赔偿其未施工部分的工程造价上浮损失及利息亦无不当。

### 『以审计为付款条件』

约定审计完成后支付工程价款或盈利, 总包长期未对分包完成工作进行审计的, 应视为不正当阻止付款条件成就。

喀什广建集团有限公司、陈胜利等建设工程施工合同纠纷民事审判监督民事裁定书〔(2021)新民申 2934 号〕

总包单位与实际施工人陈胜利签订《工程项目施工承包合同》, 约定: “承包兑现以由广建公司财务审计部对陈胜利所承包项目的责任成本、上缴管理费、税金、劳保统筹等国家规定上交的费用, 以及所有债权债务进行审计, 工程款全部到广建公司账户后, 对陈胜利盈余部分予以兑现。”截至起诉之日仍未完成审计。

再审中争议焦点为关于广建公司支付陈胜利工程款的付款条件是否成就的问题。

再审法院认为, 首先, 案涉工程于 2019 年 1 月 1 日前就已交付使用, 而广建公司是否及时与塔县住建局就案涉工程及时决算, 敦促塔县住建局支付工程款, 取决于广建公

司的主观意愿，现案涉工程交付使用三年之久，广建公司未提交其向塔县住建局主张支付案涉工程款的相关证据之情况下，仍以塔县住建局未支付工程款为由，拒绝向陈胜利支付剩余工程款的行为，损害了陈胜利工程款债权的实现，亦有违诚实信用原则。其次，根据原审查明的事实，至2018年12月31日，塔县住建局已向广建公司支付的一、二标段工程款为41,554,533.58元，已远超于陈胜利所施工部分工程的工程款11,868,312.91元，而广建公司在陈胜利完成工程施工，且塔县住建局已向广建公司支付90%工程款共计41,554,533.58元的情况下，未及时进行审计，应当视为广建公司不正当阻止付款条件成就，故原审法院认定广建公司向陈胜利支付剩余工程款的条件成就，并无不当。

### 3. 实务课堂 Q&A

#### 关于签证的法律效力？

签证时工程承发包双方在合同履行过程中，对确认工程量、调整合同价款、顺延工期、承担违约责任、赔偿损失等达成一致的意思表示，性质上为施工合同的补充协议，经承发包双方签字盖章确认后具备法律效力，同时可作为证据使用。一般而言，通过合同约定的变更、索赔程序，得到的结果就是形成双方签署的签证单。

——摘自书籍《建设工程争议解决 100 讲》第 43.4.1 节

#### 以审计结论作为结算依据的约定中应注意的事项有哪些？

第一，只有在施工合同中明确约定以审计部门作出的审计结论作为结算依据时，才能将审计结论作为判决的依据。如最高人民法院（2018）最高法民终 651 号案件中，双方在合同中并没有明确约定，将审计结果作为案涉工程款结算依据，合同中有关审计的约定不明确、不具体。因该项目属国有资金投资的重点建设项目，审计机关对建设工程项目进行审计是一种监督行为。因此对该约定的解释，应解释为工程最终结算价需要通过专业的审计途径或方式确定结算工程的真实合理性，而不应理解为须在业接受国家审计机关审计后，依审计结果进行结算。

第二，即使约定以审计结论为结算依据，当事人已经对工程款进行结算的，应以双方结算的工程款为准，审计结论不再当然成为结算的依据。如最高院（2019）最高法民申 1218 号判决中，法院认为案涉工程款的确定应按照双方当事人之间的约定和履行情况加以确定，在审计报告正式出具之前，双方当事人已在《竣工结算审定签署表》上签字，对工程结算达成一致意见，可以作为确定涉案工程价款的依据。

第三，若政府审计结论长期无法形成，对当事人有失公允的，法院可以判决一次性全部支付剩余尚欠工程款。如最高院（2019）最高法民申 136 号判决中，截至本案诉讼发生时，已历经两年多的时间审计结论一直无法形成，如果采信发包人关于支付款项必须严格按照合同约定以审计结论形成后才能确定时间节点的抗辩主张，在本案审计结论长期无法形成的特殊情况下，对承包人明显有失公允。

——摘自书籍《建设工程争议解决 100 讲》第 57.4.1 节

## 4.他山之石 Insights

### 违反规章的合同效力

主要观点：

将导致合同无效的强制性规定严格限制在“法律、行政法规的强制性规定”仅仅是限制人民法院以合同违法为由认定合同无效，并不意味着违反地方性法规或者行政规章的合同必然有效。尤其应该看到，《合同法》第52条在规定合同因违法无效的同时，还规定合同因损害社会公共利益而无效，而《民法典》第153条在规定民事法律行为因违法无效的同时，亦规定民事法律行为因违反公序良俗而无效。据此，不少人认为，如果当事人的行为违反地方性法规或者行政规章的强制性规定，虽然不能以违法无效为由认定合同无效，但却可以损害社会公共利益或者违反公序良俗为由认定合同无效。笔者认为，这一观点虽然不无道理，但在以损害社会公共利益或者违反公序良俗为由认定合同无效时，仍应十分谨慎，否则，就可能变相扩大违法无效的范围，从而导致民事立法以及相关司法解释严格限制违法无效范围的目的落空。

全文详见：最高人民法院司法案例研究院《刘贵祥、吴光荣|关于合同效力的几个问题》作者：刘贵祥、吴光荣

### 行政协议实质标准的判断方式

主要观点：

#### （一）实质标准（协议标的）判断方式的提出

行政协议案件典型案例第一号大英县永佳纸业有限公司案对行政协议实质标准提出了新的判断方式。最高院认为，界定行政协议有以下四个方面要素：一是主体要素，即必须一方当事人为行政机关，另一方为行政相对人；二是目的要素，即必须是为了实现行政管理或者公共服务目标；三是内容要素，协议内容必须具有行政法上的权利义务内容；四是意思要素，即协议双方当事人必须协商一致。在此基础上，行政协议的识别可以从以下两方面标准进行：一是形式标准，即是否发生于履职的行政机关与行政相对人之间的协商一致；二是实质标准，即协议的标的及内容有行政法上的权利义务，该权利义务取决于是否行使行政职权、履行行政职责；是否为实现行政管理目标和公共服务；

行政机关是否具有优益权。

在再审裁定书中，最高院提出了判断行政协议的形式和实质标准，并具体表述了实质标准的判断方式。首先，最高院根据《若干问题的解释》中行政协议的定义，推论出行政协议五个方面的要素：主体要素、目的要素、职责要素、内容要素、意思要素，并提出形式标准即主体要素，实质标准即内容要素。

最高院认为，实质标准即协议的标的及内容为行政法上的权利义务。这种行政法上权利义务要从三项条件进行判断：①是否行使行政职权、履行行政职责；②是否为实现行政管理目标和公共服务；③行政机关是否具有优益权。尽管在典型案例公布中未写明，但在再审裁定中，最高院提出了这三项条件的判断方式和结构，即主要是通过①和③来进行判断，在仍无法判断时，还可以结合②目的要素进行判断。实质标准判断中，是否行使行政职权、履行行政职责是本质要素，只要符合该要素，所涉协议即为行政协议，②和③这两项条件是判断①是否行使行政职权的辅助要素。

可见，在未进入具体个案事实判断前，最高院已经根据司法解释对行政协议的定义，抽象地提出了行政协议的判断标准。尤其是，针对“行政法上的权利义务”这一协议标的内容，最高院提出了应采取以“行使行政职权、履行行政职责”这一本质要素为核心、“是否为实现行政管理目标和公共服务、行政机关是否具有优益权”为辅的判断方式。

## （二）本质要素和辅助要素的具体展开

最高院结合本案事实，依据以上的判断方式，进行了以下分析和判断。

首先，最高院肯定，本案中的《资产转让协议书》在形式标准上符合行政协议的主体要素。尽管大英县政府提出其不是缔约当事方，即书面协议的一方为回马镇政府，但是再审裁定认为，“应视为大英县政府委托回马镇政府与永佳公司订立了相应的权利义务关系”。可见，最高院认为这是大英县政府通过《会议纪要》将履行环境保护治理的职责、对永佳公司进行关停征收，并签订《资产转让协议书》的职权“委托”给了回马镇政府。因此，尽管《资产转让协议书》的一方是回马镇政府，但该协议书的法律责任的归属者是委托职权的大英县政府。

其次，在实质标准上，再审裁定认为，“本案案涉《资产转让协议书》系大英县政府为履行环境保护治理法定职责，由大英县政府通过回马镇政府与永佳公司订立协议替代行政决定，其意在通过受让涉污企业永佳公司资产，让永佳公司退出造纸行业，以实



现节能减排和环境保护的行政管理目标，维护公共利益，符合上述行政协议的四个要素和两个标准，系行政协议。”从而，最高院对实质标准的认定与前述的判断方式一致，大英县政府履行环境保护治理法定职责，符合条件①，就满足了判定行政协议的本质要素，条件②《资产转让协议书》实现了节能减排和环境保护的行政管理目标，维护了公共利益则是认定行政协议的辅助条件。其中，本质要素判断的核心是订立协议书该行为具有其所替代的行政决定的“法定职责或行政职权”。

全文详见：法律适用《凌维慈：行政协议实质标准的判断方式——最高人民法院行政协议典型案例第1号评析》 作者：凌维慈

### 合同无效时对背靠背条款效力的影响

主要观点：

（一）合同无效时，背靠背条款原则上应属无效

根据《民法典》第155条之规定可知，无效合同的法律后果是合同条款自始无效、当然无效和绝对无效，除非相关条款具有独立存在性，才不会因合同的整体无效而无效。而纵观整个《民法典》，具有独立存在性的条款仅限报批义务条款、争议解决条款和清理结算条款。很显然，背靠背条款与前两款无涉，那是否属于清理结算条款呢？

笔者认为，根据清理和结算的释义可知，清理系指对债权债务进行清点、估价和处理，而结算是经济活动中的货币给付行为，一般指结算方式，背靠背条款难以认定为清理结算条款，故在合同无效时而当然无效，这也是司法实务中常见的裁判理由。

比如最高院在（2017）最高法民申4349号、上饶中院在（2019）赣11民终547号、衡阳中院在（2018）湘04民终2105号、成都中院在（2020）川01民终7194号等裁判中均支持此观点。

当然，笔者认为，合同无效时背靠背条款亦无效并非放之四海而皆准，这个结论适用的前提条件，是背靠背条款系无效合同的组成部分，与无效合同具有从属性或不可分割性。倘若背靠背条款与无效合同具有可分割性和独立性，比如清算类的补充协议或者承诺书中的背靠背条款，则不宜认定为无效。

（二）合同无效时，背靠背条款参照适用的空间

《民法典》第793条沿袭了原《建工司解》第2条的规定，即可以参照无效合同关

于工程价款的约定进行折价补偿。关于背靠背条款是否属于可以参照适用的问题，司法实务并没有形成统一意见。比如广东高院的（2020）粤民再66号、青岛中院的（2019）鲁02民终8059号等裁判均认为背靠背条款属于工程款的支付条款，属于可以参照适用的范围。

不过，最高法院对此持限缩解释的观点，在最高法（2013）民一终字第93号、（2019）最高法民申1218号裁判中均认为：参照适用的范围主要指工程款的计价方法和计价标准，而背靠背条款属于对支付条件的约定，合同无效时不应参照适用。

笔者认为，参照适用的范围如果仅限于工程款的计价方法和计价标准太过于狭窄，关于结算程序、付款时间和支付比例，系双方签约时对合同最核心内容慎重考虑后做出的决定，不应该因合同无效而全部不予适用。并且，结合江苏高院于2018年6月发布的《建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》第5条，背靠背条款应属于可参照适用的范围。但另一方面，可参照适用也并不意味着法院会采信背靠背条款的抗辩，是否采纳仍需结合总包单位是否及时履行告知义务、是否积极主张权利等证据来综合认定。

**全文详见：审判研究《浅析合同效力对背靠背条款效力的影响》 作者：张艳**

## 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.

连获多年获评 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

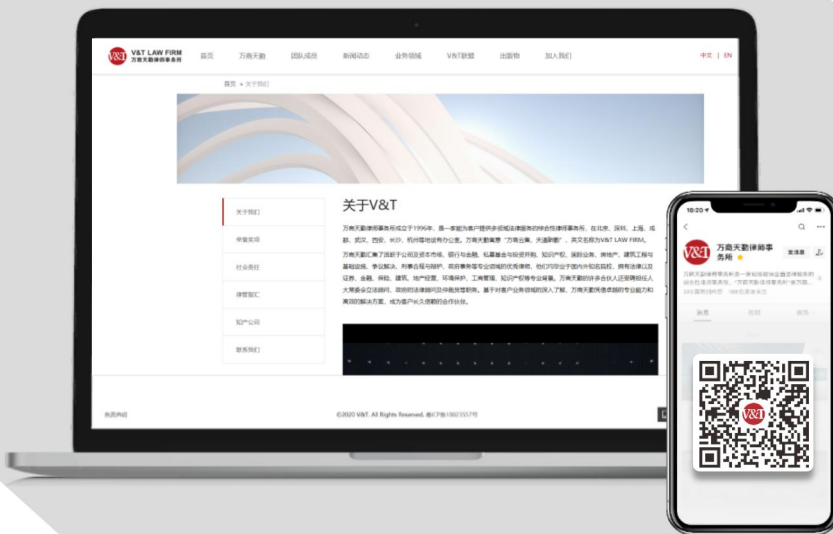


**张晓峰 合伙人**

**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