

# 建设工程法律资讯

2018年3月期（总第八期）

总 编：闵三军

副 总 编：彭 丹 丁义平 林志强 夏世友

本期主编：黄广群

本期编委：林志强 章林喜 曾健明 洪巧君

内部交流文件

深圳市律师协会建设工程法律专业委员会编

# 目录

一、行业动态 .....	4
1. 国务院办公厅印发国务院 2018 年立法工作计划 .....	4
2. 建筑业增值税税率从 11%降至 10% .....	4
3. 住建部办公厅原则同意《广东省建筑业企业资质管理“放管服”改革试点方案》 .....	5
4. 住建部印发《关于 2018 年安全生产工作要点的通知》 .....	5
5. 住建部印发《住房城乡建设部关于开展建筑施工安全专项治理行动的通知》 .....	6
6. 住建部发布《关于开展建筑企业跨省承揽业务监督管理专项检查的通知》 .....	6
7. 住建部 2018 年工程质量安全监管及建筑市场监管工作重点明确 .....	6
8. 住建部下发《关于加强建筑市场监管一体化工作平台工程项目信息监管的通知》 .....	7
9. 深圳住建局制定《深圳市建设工程扬尘污染防治专项方案》 ..	7
10. 深圳住建局发布《关于开展保障农民工工资支付实地核查工作的紧急通知》 .....	8
11. 深圳住建局发布《关于进一步加强建筑工地文明施工的通知》 .....	8

<b>二、新法速递</b> .....	<b>9</b>
1. 住建部公布《建设工程造价鉴定规范》 .....	9
2. 国土资源部发布《不动产登记资料查询暂行办法》 .....	9
3. 住建部发布《危险性较大的分部分项工程安全管理规定》 ....	9
4. 住建部废止《工程建设项目招标代理机构资格认定办法》、《物业服务企业资质管理办法》 .....	10
5. 国土资源部印发《国有建设用地使用权出让地价评估技术规范》 .....	10
6. 国务院批复《必须招标的工程项目规定》 .....	11
7. 国家发改委发布《必须招标的工程项目规定》 .....	11
<b>三、案例研析</b> .....	<b>13</b>
从一起诉讼纠纷看 EPC 工程总承包商的优先受偿权 .....	13
<b>四、理论争鸣</b> .....	<b>20</b>
建材价格暴涨属情势变更还是商业风险 .....	20
<b>五、附件</b> .....	<b>27</b>
附件一：《不动产登记资料查询暂行办法》 .....	27
附件二：《必须招标的工程项目规定》 .....	36

## 一、行业动态

### 1. 国务院办公厅印发国务院 2018 年立法工作计划

3 月 12 日, 国务院办公厅印发国务院 2018 年立法工作计划的通知(国办发〔2018〕14 号), 其中, 住房和城乡建设部将负责: 起草住房销售管理条例、住房租赁条例、城镇住房保障条例、建设工程抗震管理条例、城市公共交通安全管理条例及修订住房公积金管理条例。安全监管总局负责起草: 安全生产法修订草案、安全生产法实施条例、生产安全事故应急条例。此外, 与工程领域密切相关的法律草案及修正案还包括: 外国投资法草案(商务部、发展改革委起草)、政府投资条例(发展改革委起草)、基础设施和公共服务领域政府和社会资本合作条例(法制办、发展改革委、财政部起草)、私募投资基金管理暂行条例(证监会起草)。

### 2. 建筑业增值税税率从 11% 降至 10%

国务院总理李克强 3 月 28 日主持召开国务院常务会议, 会议决定, 从 2018 年 5 月 1 日起, 一是将制造业等行业增值税税率从 17% 降至 16%, 将交通运输、建筑、基础电信服务等行业及农产品等货物的增值税税率从 11% 降至 10%, 预计全年可减税 2400 亿元。二是统一增值税小规模纳税人标准。将工业企业和商业企业小规模纳税人的年销售额标准由 50 万元和 80 万元上调至 500 万元, 并在一定期限内允许已登记为一般纳税人的企业转登记为小规模纳税人, 让更多企业享受按较低征收率计税的优惠。三是对装备制造等先进制造业、研发等

现代服务业符合条件的企业和电网企业在一定时期内未抵扣完的进项税额予以一次性退还。实施上述三项措施，全年将减轻市场主体税负超过 4000 亿元，内外资企业都将同等受益。

### **3.住建部办公厅原则同意《广东省建筑业企业资质管理“放管服”改革试点方案》**

3 月 5 日，住房和城乡建设部办公厅作出《住房和城乡建设部办公厅关于广东省建筑业企业资质管理“放管服”改革试点方案的复函》（建办市函[2018]120 号），原则同意《广东省建筑业企业资质管理“放管服”改革试点方案》。该方案系为了贯彻落实《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》（国办发[2017]19 号）和《住房和城乡建设部关于印发建筑业发展“十三五”规划的通知》（建市[2017]98 号），加快建筑业“放管服”改革而制定。

### **4.住建部印发《关于 2018 年安全生产工作要点的通知》**

3 月 8 日，住房和城乡建设部印发《关于 2018 年安全生产工作要点的通知》（建办质函〔2018〕128 号）。《通知》从开展建筑施工安全专项治理行动、加强市政公用设施运行安全管理、加强城镇房屋安全管理、加强农房建设质量安全管理、加强城市管理监督五个方面对安全生产工作提出加强危大工程管控、强化事故责任追究等 18 点要求。

## **5.住建部印发《住房城乡建设部关于开展建筑施工安全专项治理行动的通知》**

3月13日,住房和城乡建设部印发了《住房城乡建设部关于开展建筑施工安全专项治理行动的通知》(建质〔2018〕31号),决定开展建筑施工安全专项治理行动。建筑施工安全专项治理行动要求:(1)加强危大工程安全管控,要落实安全制度、排查安全隐患、惩处违法行为;(2)强化安全事故责任追究,复核安全生产条件、严格资质资格处罚、公开事故查处情况;(3)构建安全监管长效机制,开展层级考核、创新监管模式、实施信用惩戒。

## **6.住建部发布《关于开展建筑企业跨省承揽业务监督管理专项检查的通知》**

3月20日,为打破行政性垄断,防止市场垄断,严肃查处违规设置市场壁垒、限制建筑企业跨省承揽业务的行为,住房和城乡建设部办公厅下发《关于开展建筑企业跨省承揽业务监督管理专项检查的通知》(建办市函[2018]160号),重点检查当地政府是否取消备案管理制度、实施信息报送制度、是否存在建市[2015]140号文件第八条所列情形等。

## **7.住建部 2018 年工程质量安全监管及建筑市场监管工作重点明确**

3月21日,住房和城乡建设部工程质量安全监管司下发《住房和城乡建设部工程质量安全监管司 2018 年工作要点》的通知,明确工程质量安全监管司 2018 年的工作要点,主要包括:(1)开展工程

质量提升行动，推动建筑业质量变革；(2) 开展建筑施工安全专项治理行动，推动建筑业安全发展；(3) 提升勘察设计质量水平，推动建筑业技术进步；(4) 完善城市轨道交通工程风险防控机制，保障工程质量安全；(5) 加强工程抗震设防制度建设，提高抗震减灾能力；(6) 落实全面从严治党要求，提高队伍素质。

## **8.住建部下发《关于加强建筑市场监管一体化工作平台工程项目信息监管的通知》**

3月22日，为贯彻落实《住房城乡建设部办公厅关于扎实推进建筑市场监管一体化工作平台建设的通知》（建办市函〔2017〕435号），规范工程项目信息采集录入工作，保障全国建筑市场监管公共服务平台工程项目信息的真实性，住房和城乡建设部建筑市场监管司下发《关于加强建筑市场监管一体化工作平台工程项目信息监管的通知》，要求强化平台应用，规范数据来源；加强监督检查，严肃处理弄虚作假行为；推进诚信体系建设，营造诚信守法的市场环境。

## **9.深圳住建局制定《深圳市建设工程扬尘污染防治专项方案》**

3月15日，深圳市住房和建设局制定《深圳市建设工程扬尘污染防治专项方案》（深建质安〔2018〕70号），具体的工作内容包括：落实扬尘防治技术措施、落实属地监管工作、开展联合督查、泥头车全密闭任务。通知要求各方落实工程各方主体责任、落实属地管理责任、加强联动执法。

## **10.深圳住建局发布《关于开展保障农民工工资支付实地核查工作的紧急通知》**

3月16日，深圳住建局官网发布了《关于开展保障农民工工资支付实地核查工作的紧急通知》。《通知》表示，国务院核查组将于2018年3月26日至30日对广东省2017年度保障农民工工资支付工作开展在建工程项目实地核查。本次核查将随机抽取在建工程项目。

## **11.深圳住建局发布《关于进一步加强建筑工地文明施工的通知》**

3月22日，深圳市住房和建设局发布《关于进一步加强建筑工地文明施工的通知》（深建质安〔2018〕72号），《通知》要求做好建筑工地的四害防治、病媒控制和消杀工作，建筑工地现场不乱堆放，坚决杜绝乱搭乱建现象发生，建筑垃圾分类存放，及时集中清运，积极开展健康知识、卫生安全、禁烟控烟等方面的宣传活动等。



## 二、新法速递

### 1.住建部公布《建设工程造价鉴定规范》

近日，住建部发布国家标准《建设工程造价鉴定规范》全文，对工程造价鉴定活动的基本规则、鉴定依据、鉴定步骤及方法等方面做出了详细规范，该规范自3月1日起施行。

### 2.国土资源部发布《不动产登记资料查询暂行办法》

3月2日，国土资源部部长姜大明签署第80号国土资源部令，发布《不动产登记资料查询暂行办法》，自公布之日起实施。这是贯彻落实党的十九大精神，践行以人民为中心的发展思想，深化法治国土实践的又一个重要举措。《办法》坚持以党的十九大精神和全面深化改革的要求为指导，坚持问题导向，在深入总结近年来不动产登记资料查询工作实践经验的基础上，明确了不动产登记资料查询的主体、程序、要件以及登记资料保护等重要措施，为进一步规范不动产登记资料查询工作提供了法律依据，不动产登记各项配套制度进一步健全完善。

### 3.住建部发布《危险性较大的分部分项工程安全管理规定》

3月8日，住房和城乡建设部发布《危险性较大的分部分项工程安全管理规定》，该《规定》自6月1日起施行。《规定》明确，建设单位有下列行为之一的，责令限期改正，并处1万元以上3万元以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处1000元以上

5000 元以下的罚款：（一）未按照本规定提供工程周边环境等资料的；（二）未按照本规定在招标文件中列出危大工程清单的；（三）未按照施工合同约定及时支付危大工程施工技术措施费或者相应的安全防护文明施工措施费的；（四）未按照本规定委托具有相应勘察资质的单位进行第三方监测的；（五）未对第三方监测单位报告的异常情况组织采取处置措施的。

#### **4.住建部废止《工程建设项目招标代理机构资格认定办法》、《物业服务企业资质管理办法》**

3月8日，住房城乡建设部发布《住房城乡建设部关于废止〈工程建设项目招标代理机构资格认定办法〉的决定》和《住房城乡建设部关于废止〈物业服务企业资质管理办法〉的决定》，决定废止《工程建设项目招标代理机构资格认定办法》（建设部令第154号）和《物业服务企业资质管理办法》（建设部令第164号）。两个决定都自发布之日起施行。

#### **5.国土资源部印发《国有建设用地使用权出让地价评估技术规范》**

3月9日，为规范国有建设用地使用权出让地价评估行为，《国土资源部办公厅关于印发〈国有建设用地使用权出让地价评估技术规范〉的通知》（国土资厅发〔2018〕4号）发布，《规范》自2018年4月9日起施行，同时，如2018年4月9日前受理，至4月9日仍未出具土地估价报告的，可按《规范》执行。《规范》适用于境内出让国有建设用地使用权涉及的地价评估，以及因调整土地使用条件、发

生土地增值等情况需补缴地价款的评估。国有建设用地使用权租赁、集体建设用地使用权依法入市、国有农用地使用权出让等涉及的地价评估，可参照《规范》执行。《规范》具体规定了五种评估方法，包括：（1）收益还原法；（2）市场比较法；（3）剩余法；（4）成本逼近法；（5）公示地价系数修正法。同时规定，出让地价评估应至少采用两种评估方法，包括（1）、（2）、（3）之一，以及（4）或（5）。

## **6.国务院批复《必须招标的工程项目规定》**

3月21日，国务院官方网站发布《国务院关于〈必须招标的工程项目规定〉的批复》（国函〔2018〕56号）。批复明确，国务院批准《必须招标的工程项目规定》，由国家发改委公布，公布时注明“经国务院批准”。具体施行日期由国家发改委根据实际情况确定。规定施行之日，2000年4月4日国务院批准、2000年5月1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》同时废止。

## **7.国家发改委发布《必须招标的工程项目规定》**

3月30日，国家发展和改革委员会在其官方网站上正式公布了《必须招标的工程项目规定》（发改委2018年第16号令）全文。该规定自2018年6月1日起施行，《工程建设项目招标范围和规模标准规定》同时废止。《规定》生效后，必须招标的工程项目范围有所缩小，必须招标项目的规模标准有大幅提高。《必须招标的工程项目规定》将“全部或者部分使用国有资金或者国家融资的项目”，明确为使用预算资金200万元人民币以上，并且该资金占投资额10%以上的项

目，以及使用国有企事业单位资金，并且该资金占控股或者主导地位的项目。

### 三、案例研析

#### 从一起诉讼纠纷看 EPC 工程总承包商的优先受偿权

【文章来源:微信公众号「建纬律师」 作者:郑冠红】

##### 案例概括

案件名称:中国电力工程顾问集团东北电力设计院有限公司与牡丹江佳日热电有限公司建设工程施工合同纠纷一案

原告:中国电力工程顾问集团东北电力设计院有限公司

被告:牡丹江佳日热电有限公司

案号:(2012)黑民初字第3号

审理法院:黑龙江省高级人民法院

##### 案情简介

2007年11月29日,原被告双方当事人签订《总承包合同》,该合同的“合同协议书”一项中约定合同总额为:34888万元;……承包方式为:2×25MW机组建设工程地质勘察、设计、设备和材料采购、运输、建筑工程(包括地基处理)、安装工程、技术服务、调试、整套启动试运行、性能指标保证、质量保修等全过程总承包(即为EPC工程);合同价格的约定:勘察设计价格600万元,设备价格15587万元,建筑安装价格18351万元,其他费用350万元,合同总价在合同有效期内为固定不可调整价。

《总承包合同》签订后，电力设计院对诉争工程进行了施工，并按照施工进度采购及安装了部分设备。佳日公司、监理公司共签收图纸 271 册，电力设计院认为其已经完成全部工程勘查工作及大部分设计工作，同时认为其完成建安工程量达 25.56%，并购买和进场 4096.479 万元的设备（其中，未到现场已生产的设备总额合计 632.479 万元）。

此后，由于佳日公司在履行合同过程中资金链中断，导致该工程于 2009 年 11 月 15 日被迫停工。诉争工程停工后，双方当事人两次召开了诉争工程阶段总结会议，并形成《会议纪要》，其主要内容为：诉争工程于 2008 年 4 月 15 日开工，完成了有关工程部分计划节点目标，受 2008 年末国际经济危机的影响，致使佳日公司不能支付工程进度款，诉争工程于 2009 年 11 月停工，至今停工两年。

由此，电力设计院起诉要求佳日公司给付欠付工程款及相应利息，并请求法院确认电力设计院对欠付工程款享有优先受偿权。

经法院审理查明，诉争工程相关费用情况为：

1. 已完成的勘察设计费 523 万元；
2. 已完成的建安工程价款 4690.5 万元；
3. 已发生的其他费用为 89.45 万元；
4. 已到场设备总价款 4068.46 万元；
5. 已支付供应商但未到场的设备价款 28 万元；
6. 停工损失 566,951.52 元。

法院判决认为：

1. 扣除双方无异议的已付工程款 5100 万元及未到现场设备款 632.479 万元后，佳日公司应给付电力设计院：(1) 已完工程款项 3666.931 万元 (523 万元+4690.5 万元+89.45 万+4068.46 万元+28 万元-5100 万元-632.479 万元) 及利息；(2) 停工损失 566,951.52 元。

2. 电力设计院应在佳日公司未支付的已完工程款项 4299.41 元范围内 (3666.931 万元+632.479 万元，未到现场的设备以到现场后的价值为准) 对诉争工程享有承包人的优先受偿权。

## 法律分析

前述案例引出 EPC 工程总承包商关于行使优先受偿权的两个关键性问题，即：

问题一：EPC 总承包商是否具备优先受偿权主体资格？

《合同法》第二百八十六条：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，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

《合同法》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。

《合同法》第二百七十二條規定：發包人可以與總承包人工立建設工程合同，也可以分別與勘察人、設計人、施工人工立勘察、設計、施工承包合同。發包人不得將應當由一個承包人工完成的建設工程肢解成若干部分發包給幾個承包人。

### 小結

根據上述規定理解，優先受償權的主體為“承包人”，而“承包人”是指建設工程合同中提供工程建設服務的一方，包括勘察、設計、施工主體。EPC 工程總承包是發包人將工程的设计、採購和施工一同發包給具備相應資質的總承包商，EPC 工程的總承包人工理論上應屬於《合同法》規定的“承包人”。另，經筆者查詢，《天津仲裁委員會建設工程施工合同纠纷案件仲裁指引》第七條中也提到：“發包人工逾期支付工程款，經承包人工書面催告後在合理期限內仍未支付工程款，承包人工可以主張工程款優先受償。主體方面一般限于與工程範圍內的建設工程勘察、設計、施工承包人工之間，不包括提供技術服務的工程监理和買賣合同的供應商。”可見實踐中並未明確否定設計承包人工的優先受償權主體資格，但值得注意的是，最高人民法院 2017 年 7 月《關於審理建設工程施工合同纠纷案件适用法律若干問題的解釋

（二）》（征求意见稿）第二十五條規定：合同法第二百八十六條規定的承包人工是指建設工程施工合同的承包人工。將優先受償權的主體進一步解釋為建設工程施工合同的承包人工，這從一定程度對合同法規定的優先受償權主體作出了限縮解釋，但是該司法解釋是最高院關於審理建設工程施工合同纠纷所適用的司法解釋，而目前有關 EPC 工程總承



包合同的合同性质仍存在较大争议，且该征求意见稿目前仍在讨论修订中，尚未正式公布生效。因此，仅基于现行有效的法律法规规定，笔者倾向认为 EPC 工程总承包商应当属于优先受偿权的适格主体。

问题二：EPC 总承包商的优先受偿权是否包含设计费？

《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》规定：建设工程价款包括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，不包括承包人因发包人违约所造成的损失。

《浙江省高级人民法院执行局执行中处理建设工程价款优先受偿权有关问题的解答》（浙高法执〔2012〕2号）第六条规定：工程勘察人或设计人就工程勘察或设计费主张优先受偿权的，不予支持。

《安徽省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷意见适用法律问题的指导意见》：工程勘察人或设计人就工程勘察或设计费主张优先受偿权，不予支持。

广东省高级人民法院在《关于在审判工作中如何适用〈合同法〉第 286 条的指导意见》中明确规定：“《合同法》第 286 条所规定的建设工程价款优先受偿权适用于建设工程施工合同。建设工程幕墙装修、装饰合同属于建设工程施工合同。”

小结

EPC 工程优先受偿权的范围主要争议点在于设计费用能否优先受偿。传统的施工总承包模式下，建设工程的勘察、设计、施工分阶段分别进行发包，工程建设最直接的体现为施工单位投入人工、材料、机械设备等一系列措施将施工图纸转化为建筑物或构筑物的行为，此

时的施工承包人也仅对其承建的建筑物或构筑物中投入的工作人员报酬、材料款等实际支出费用享有优先受偿权，因此实践中主流观点认为，对于勘查、设计承包人主张勘察费、设计费主张优先受偿权的，人民法院不予支持。

然而，对于 EPC 工程而言，无论工程总承包商是设计单位或者施工单位，其承包范围都不仅限于其资质范围内的设计或施工业务，EPC 工程总承包商的价值更多体现在对工程的设计、采购和施工的组织实施采用统一策划、统一组织、统一指挥、统一协调的全过程控制和管理，在满足发包人要求的基础上使得发包人投资利益最大化，EPC 工程总承包商的设计、采购、施工是一个紧密联系的整体行为，与传统的先设计、再施工的方式存在显著差别，EPC 模式下，设计行为可能随着施工现场情况不断进行优化、深化而贯穿 EPC 工程始终，设计与施工在工程实施期间相互交叉、密不可分，即使工程设计费用与施工费用从财税角度能够得到相对的分，设计的价值也恐难从整个 EPC 工程中剥离出来精确计算，因此笔者个人倾向认为 EPC 工程总承包中的设计费用应当属于工程款的一部分，且属于《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》中规定的承包人为建设工程投入的“实际支出”，在确认 EPC 工程总承包的优先受偿权时，不宜将设计费单独从 EPC 合同价款中剔除，如同本文开篇引述的案例中，黑龙江省高院在确认优先受偿权时，仅扣除了发包人应当支付的停工损失部分费用，最终确认了 EPC 工程总承包商包含设计费用在内的工程价款优先受偿权。（该案例仅可为 EPC 工程总承包商主张包括设计

费用在内的有限受偿权提供参考，不排除实践中存在相反的裁判观点。)

## 结语

当前，在国家及各地方大力推行工程总承包的行业背景下，工程总承包得到了蓬勃发展，接踵而至的是以往适用于施工总承包有关法律法规及相关司法解释在工程总承包模式下难以为继所导致的系列问题，例如前文所述，关乎工程总承包商能否优先取得工程款的切身利益问题仍存在较大争议，这不仅使得工程总承包各参与主体的合法权益与交易安全处于不稳定状态，也在一定程度上阻碍着施工企业或设计单位积极投身于工程总承包，由此，笔者建议有关部门能尽快通过立法、释法等方式进一步明确工程总承包企业的优先受偿权的主体资格以及其优先受偿权范围等相关法律问题，以统一工程总承包优先权纠纷司法裁判尺度，促进国内工程总承包健康、有序发展。

## 四、理论争鸣

### 建材价格暴涨属情势变更还是商业风险

【文章来源:微信公众号「建纬律师」 作者:雷涛】

2017年12月28日,华夏时报一篇“建筑大省安徽政府工程的停工危机:建材价格上涨,施工单位60亿亏损压身”的报道迅速传遍了大半个施工圈,有同情也有指责,总之议论纷纷。

先看一下报道的主要内容:安徽省政府投资项目采用材料包死合同模式,即固定材料价格。在相隔一年多的时间里,钢材单价由2500元/吨涨到4700元/吨,几乎翻倍;混凝土单价由300元升至450元,涨幅达50%;水泥由220元升至560元左右,涨幅达150%。在主要建筑材料出现大幅涨价后,承担了安徽省主要政府投资项目的企业已经举步维艰,几乎所有项目进展缓慢,甚至出现停工现象。据安徽省几家主要施工单位初步测算,该省仅省会合肥目前正在建设的政府性投资项目工程总造价在400亿元左右,按材料上涨影响合同总价15%估算,施工单位承担的账面“超支负担”保守估算接近60亿元。企业无力承担,在皖施工的16家龙头企业联名盖章的紧急求助信递交政府,希望政府出台政策,帮建筑企业化解生存危机。

面对施工行业的建材价格涨幅动辄一半、翻倍的暴涨情况,施工单位是否可以援引“情势变更原则”来要求进行调价,还是将该情况归入“商业风险”由施工单位自行承担价格变动风险?

本文将结合相关法规、事实进行阐释,以供参考。

## 一、什么是情势变更与商业风险

根据《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（二）》第26条规定，合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。

由此可知，情事变更原则是指合同依法有效成立后，因不可归责于当事人的原因，客观环境发生当事人预料不到的重大变化，若继续维持合同的原有效力则显失公平，受不利影响的一方当事人有权请求法院变更或解除合同的法律制度。情势变更原则的适用应当符合下列条件：

①合同成立后客观环境发生异常变动，继续履行合同将无法实现合同目的或将产生显失公平的结果；

②情势变更须发生在合同成立以后，全部履行完毕前；

③情势变更须是当事人订立合同时根据当时的客观实际情况及商业习惯等所不能预见的，且不属于商业风险。

商业风险在我国法律上并没有明确的规定，根据相关判例对商业风险的认定，商业风险一般是指依法有效成立的合同在履行过程中，由于各种不确定因素导致可能遇到的并应当承担的正常风险。商业风险属于从事商业活动所固有的风险，作为合同基础的客观情况的变化

未达到异常的程度或风险与收益之间未达到严重失调，如：因市场供求关系变化导致的小幅价格涨跌等。

## 二、情势变更与商业风险的区别及适用

根据最高人民法院的相关判例和指导意见，人民法院在判断某种重大客观变化是否属于情势变更还是商业风险时，一般参照合同约定、结合市场的具体情况，并从风险类型的可预见性、风险程度归责性以及产生后果等方面进行分析。

1. 情势变更属于异常风险，是当事人在缔约时无法预见的非市场系统固有的风险，预料不到并不可避免；商业风险是从事商业活动的固有风险，法律推定为当事人是经反复权衡后有所预见、应当预见的正常的市场风险。

2. 发生情势变更时，风险程度远远超出正常人的合理预期，不存在可归责于当事人的主观过错；而商业风险要求市场主体应当对于市场风险存在一定程度的预见和判断，发生商业风险时从法律的观点看一般存在可归责于当事人的责任，如：风险程度考虑不足、投资决策不当等。

3. 情势变更是因当事人双方权利义务发生严重失衡或者显失公平，双方之间订立的合同发生变更或者解除的法律后果；而对于当事人可预见的商业风险，因未超出订立合同时的风险范围，对于请求变更或解除合同的，司法判例中不予支持。

同时，为防止情势变更原则被滥用而影响市场正常的交易秩序，根据最高人民法院《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题

的解释(二)服务党和国家的工作大局的通知》的规定，最高人民法院要求各级人民法院务必正确理解、慎重适用《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第26条，如果根据案件的特殊情况，确需在个案中适用的，应当由高级人民法院审核，必要时应提请最高人民法院审核。由此可见，人民法院对于“情势变更原则”的适用较为严格。

### 三、本次建筑主材价格暴涨，应适用情势变更原则

笔者认为，本次建筑主材价格暴涨，不属于普通的商业风险，应适用情势变更原则进行价格调整，理由如下：

1. 本次建筑主材价格暴涨，已造成合同双方利益的严重失衡，致使建筑企业签订施工合同的目的完全落空：

目前一般的土建项目中材料费占整个工程造价的60%左右，而材料费中的钢筋、商品砼、水泥等主材价格占到整个工程造价的40%左右，如此大的比重就决定了钢筋、商品砼、水泥等主材的价格对施工企业的项目盈亏影响特别巨大。另外需要指出的是，建筑业是一个微利行业，利润只有2-3%左右。所以其合同履行的基础非常脆弱，目的容易落空，这就决定了与其他行业在适应情势变更原则时有着根本的不同。

而本次建筑主材价格的暴涨幅度，保守估计使工程总造价上涨15%左右，远远超正常的2-3%的行业利润费，已完全不是一般的商业风险，此将使施工企业面临严重亏损，使建筑企业签订施工合同的目的

的完全落空。故笔者认为在此情况下，完全应按情势变更原则对建筑主材价格进行调整。

2. 本次建筑主材价格暴涨，远非施工企业按以往经验所能预见与避免：

本次建筑主材价格暴涨，很大程度是因为目前中央的“环保风暴”政策所造成的。2017年是“环保风暴”劲吹的一年，“环保”成了年度热词，各种督查通报、黑名单频现报端网络，环保督察对企业及相关项目关停力度之大前所未有。而钢铁、水泥等生产企业，属于传统的环境污染大户，在本次“环保风暴”首当其冲，许多钢铁、水泥厂都被停产、限产，从而导致建筑主材价格暴涨。

例如环保部、发改委、工信部等多部委及北京、天津、河北等省市共同印发的《京津冀及周边地区 2017-2018 年秋冬季大气污染综合治理攻坚行动方案》中提出：在 2017 年 10 月至 2018 年 3 月，京津冀大气污染传输通道“2+26”城市 PM2.5 平均浓度同比下降 15%以上，重污染天数同比下降 15%以上。同时，钢铁有色水泥行业全面限产停产，采暖季唐山等城市钢铁限产 50%，电解铝和氧化铝企业限产 30%以上，水泥建材全部停产。

以上环保措施，自我国自改革开放以来，可谓史无前例，已完全超出了一个有经验的承包商所能预见的风险范围，而且上述风险施工企业无法避免。所以在此情况下，不应再将本次建筑主材价格暴涨定义为商业风险，而应适用情势变更原则。

四、从司法实践的角度进行分析



在司法实践中，结合相关判例，对于建材价格上涨部分以情势变更为由请求对价格进行变更的，人民法院大多认为建材价格上涨并非签订合同时不可预见的、建材价格上涨部分也并未达到异常波动、风险的发生对合同的继续履行影响不大等为由而认定为商业风险，不作调整；对于个别因建材价格上涨远超正常人的合理预期和防控能力而达到显示公平的案件，也有人民法院本着实事求是、风险共担的原则认定为情势变更，对价格予以调整。

针对建设工程领域中较为常见的建材价格上涨的情形，最高人民法院和部分地方高院也出台了相关的意见、规定、通知等予以指导处理该类纠纷，如：

《山东省高级人民法院关于审理建筑工程承包合同纠纷案件若干问题的意见》第 29 条、《广东省高级人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行规定》第 27 条、《最高人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件的暂行意见》第 27 条、《2011 年山东省高级人民法院关于印发全省民事审判工作会议纪要的通知》第（五）条，及《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》《江苏省高级人民法院民二庭宏观经济形势变化下的商事司法问题研究》等即规定了建设工程合同约定了固定价或建材价格实行固定价，如发生建材价格大幅上涨而明显不利于承包人，承包人可以情势变更原则请求增加工程款，又约定了正常的市场风险范畴内的建材涨价应由承包人承担，并且要求严格慎重适用情势变更原则，保护守约方、合理调整双方利益关系。

结合上述分析，安徽省此次建材价格涨幅动辄一半、翻倍的暴涨情况是异常的价格波动，也是订立合同时双方无法预见的客观情况，是完全超出正常、合理的商业风险的，如果强行要求继续履行固定价格合同将导致双方权利义务严重失衡或者显失公平，甚至可能会出现迫使个别施工单位通过偷工减料的方式降低成本的情况，但这也无疑为工程质量安全埋下隐患。因此，针对此次建材价格异常暴涨的情况，双方可援引情势变更原则并结合《合同法》第五条的公平原则的规定，公平合理的调整材料价格、调整双方利益关系，实现双方的合同目的。

总之，面对严格适用的情势变更原则，施工单位与建设单位在签订固定价格的施工合同时，一定要慎重考虑到较长施工周期所对应的建材价格波动风险，在施工单位不能援引情势变更原则来进行调价的情况下，面对施工单位的将是不可避免的商业风险。

## 五、附件

### 附件一：《不动产登记资料查询暂行办法》

中华人民共和国国土资源部令第 80 号

《不动产登记资料查询暂行办法》已经 2018 年 1 月 26 日国土资源部第 1 次部务会议审议通过，现予公布，自公布之日起施行。

部长 姜大明

2018 年 3 月 2 日

### 不动产登记资料查询暂行办法

(2018 年 1 月 26 日国土资源部第 1 次部务会议通过)

#### 第一章 总则

**第一条** 为了规范不动产登记资料查询活动，加强不动产登记资料管理、保护和利用，维护不动产交易安全，保护不动产权利人的合法权益，根据《中华人民共和国物权法》《不动产登记暂行条例》等法律法规，制定本办法。

**第二条** 本办法所称不动产登记资料，包括：

- (一) 不动产登记簿等不动产登记结果；
- (二) 不动产登记原始资料，包括不动产登记申请书、申请人身份材料、不动产权属来源、登记原因、不动产权籍调查成果等材料以及不动产登记机构审核材料。

不动产登记资料由不动产登记机构负责保存和管理。

**第三条** 县级以上人民政府不动产登记机构负责不动产登记资料查询管理工作。

**第四条** 不动产权利人、利害关系人可以依照本办法的规定，查询、复制不动产登记资料。

不动产权利人、利害关系人可以委托律师或者其他代理人查询、复制不动产登记资料。

**第五条** 不动产登记资料查询，遵循依法、便民、高效的原则。

**第六条** 不动产登记机构应当加强不动产登记信息化建设，以不动产登记信息管理基础平台为基础，通过运用互联网技术、设置自助查询终端、在相关场所设置登记信息查询端口等方式，为查询人提供便利。

## 第二章 一般规定

**第七条** 查询不动产登记资料，应当在不动产所在地的市、县人民政府不动产登记机构进行，但法律法规另有规定的除外。

查询人到非不动产所在地的不动产登记机构申请查询的，该机构应当告知其到相应的机构查询。

不动产登记机构应当提供必要的查询场地，并安排专门人员负责不动产登记资料的查询、复制和出具查询结果证明等工作。

申请查询不动产登记原始资料，应当优先调取数字化成果，确有需求和必要，可以调取纸质不动产登记原始资料。

**第八条** 不动产权利人、利害关系人申请查询不动产登记资料，应当提交查询申请书以及不动产权利人、利害关系人的身份证明材料。

查询申请书应当包括下列内容：

- （一）查询主体；
- （二）查询目的；
- （三）查询内容；
- （四）查询结果要求；
- （五）提交的申请材料清单。

**第九条** 不动产权利人、利害关系人委托代理人代为申请查询不动产登记资料的，被委托人应当提交双方身份证明原件和授权委托书。

授权委托书中应当注明双方姓名或者名称、公民身份号码或者统一社会信用代码、委托事项、委托时限、法律义务、委托日期等内容，双方签字或者盖章。

代理人受委托查询、复制不动产登记资料的，其查询、复制范围由授权委托书确定。

**第十条** 符合查询条件，查询人需要出具不动产登记资料查询结果证明或者复制不动产登记资料的，不动产登记机构应当当场提供。因特殊原因不能当场提供的，应当在5个工作日内向查询人提供。

查询结果证明应当注明出具的时间，并加盖不动产登记机构查询专用章。

**第十一条** 有下列情形之一的，不动产登记机构不予查询，并出具不予查询告知书：

- (一) 查询人提交的申请材料不符合本办法规定的；
- (二) 申请查询的主体或者查询事项不符合本办法规定的；
- (三) 申请查询的目的不符合法律法规规定的；
- (四) 法律、行政法规规定的其他情形。

查询人对不动产登记机构出具的不予查询告知书不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

**第十二条** 申请查询的不动产登记资料涉及国家秘密的，不动产登记机构应当按照保守国家秘密法等有关规定执行。

**第十三条** 不动产登记机构应当建立查询记录簿，做好查询记录工作，记录查询人、查询目的或者用途、查询时间以及复制不动产登记资料的种类、出具的查询结果证明情况等。

### 第三章 权利人查询

**第十四条** 不动产登记簿上记载的权利人可以查询本不动产登记结果和本不动产登记原始资料。

**第十五条** 不动产权利人可以申请以下列索引信息查询不动产登记资料，但法律法规另有规定的除外：

- (一) 权利人的姓名或者名称、公民身份号码或者统一社会信用代码等特定主体身份信息；
- (二) 不动产具体坐落位置信息；
- (三) 不动产权属证书号；
- (四) 不动产单元号。

**第十六条** 不动产登记机构可以设置自助查询终端，为不动产权利人提供不动产登记结果查询服务。

自助查询终端应当具备验证相关身份证明以及出具查询结果证明的功能。

**第十七条** 继承人、受遗赠人因继承和受遗赠取得不动产权利的，适用本章关于不动产权利人查询的规定。

前款规定的继承人、受遗赠人查询不动产登记资料的，除提交本办法第八条规定的材料外，还应当提交被继承人或者遗赠人死亡证明、遗嘱或者遗赠扶养协议等可以证明继承或者遗赠行为发生的材料。

**第十八条** 清算组、破产管理人、财产代管人、监护人等依法有权管理和处分不动产权利的主体，参照本章规定查询相关不动产权利人的不动产登记资料。

依照本条规定查询不动产登记资料的，除提交本办法第八条规定的材料外，还应当提交依法有权处分该不动产的证明材料。

#### **第四章 利害关系人查询**

**第十九条** 符合下列条件的利害关系人可以申请查询有利害关系的不动产登记结果：

- (一) 因买卖、互换、赠与、租赁、抵押不动产构成利害关系的；
- (二) 因不动产存在民事纠纷且已经提起诉讼、仲裁而构成利害关系的；
- (三) 法律法规规定的其他情形。

**第二十条** 不动产的利害关系人申请查询不动产登记结果的,除提交本办法第八条规定的材料外,还应当提交下列利害关系证明材料:

(一)因买卖、互换、赠与、租赁、抵押不动产构成利害关系的,提交买卖合同、互换合同、赠与合同、租赁合同、抵押合同;

(二)因不动产存在相关民事纠纷且已经提起诉讼或者仲裁而构成利害关系的,提交受理案件通知书、仲裁受理通知书。

**第二十一条** 有买卖、租赁、抵押不动产意向,或者拟就不动产提起诉讼或者仲裁等,但不能提供本办法第二十条规定的利害关系证明材料的,可以提交本办法第八条规定材料,查询相关不动产登记簿记载的下列信息:

(一)不动产的自然状况;

(二)不动产是否存在共有情形;

(三)不动产是否存在抵押权登记、预告登记或者异议登记情形;

(四)不动产是否存在查封登记或者其他限制处分的情形。

**第二十二条** 受本办法第二十一条规定的当事人委托的律师,还可以申请查询相关不动产登记簿记载的下列信息:

(一)申请验证所提供的被查询不动产权利主体名称与登记簿的记载是否一致;

(二)不动产的共有形式;

(三)要求办理查封登记或者限制处分机关的名称。



**第二十三条** 律师受当事人委托申请查询不动产登记资料的，除提交本办法第八条、第九条规定的材料外，还应当提交律师证和律师事务所出具的证明材料。

律师持人民法院的调查令申请查询不动产登记资料的，除提交本办法第八条规定的材料外，还应当提交律师证、律师事务所出具的证明材料以及人民法院的调查令。

**第二十四条** 不动产的利害关系人可以申请以下列索引信息查询不动产登记资料：

- （一）不动产具体坐落位置；
- （二）不动产权属证书号；
- （三）不动产单元号。

每份申请书只能申请查询一个不动产登记单元。

**第二十五条** 不动产利害关系人及其委托代理人，按照本办法申请查询的，应当承诺不将查询获得的不动产登记资料、登记信息用于其他目的，不泄露查询获得的不动产登记资料、登记信息，并承担由此产生的法律后果。

## **第五章 登记资料保护**

**第二十六条** 查询人查询、复制不动产登记资料的，不得将不动产登记资料带离指定场所，不得拆散、调换、抽取、撕毁、污损不动产登记资料，也不得损坏查询设备。

查询人有前款行为的，不动产登记机构有权禁止该查询人继续查询不动产登记资料，并可以拒绝为其出具查询结果证明。

**第二十七条** 已有电子介质，且符合下列情形之一的纸质不动产登记原始资料可以销毁：

（一）抵押权登记、地役权登记已经注销且自注销之日起满五年的；

（二）查封登记、预告登记、异议登记已经注销且自注销之日起满五年的。

**第二十八条** 符合本办法第二十七条规定销毁条件的不动产登记资料应当在不动产登记机构指定的场所销毁。

不动产登记机构应当建立纸质不动产登记资料销毁清册，详细记录被销毁的纸质不动产登记资料的名称、数量、时间、地点，负责销毁以及监督销毁的人员应当在清册上签名。

## 第六章 罚则

**第二十九条** 不动产登记机构及其工作人员违反本办法规定，有下列行为之一，对有关责任人员依法给予处分；涉嫌构成犯罪的，移送有关机关依法追究刑事责任：

（一）对符合查询、复制不动产登记资料条件的申请不予查询、复制，对不符合查询、复制不动产登记资料条件的申请予以查询、复制的；

（二）擅自查询、复制不动产登记资料或者出具查询结果证明的；

(三) 泄露不动产登记资料、登记信息的；

(四) 利用不动产登记资料进行不正当活动的；

(五) 未履行对不动产登记资料的安全保护义务，导致不动产登记资料、登记信息毁损、灭失或者被他人篡改，造成严重后果的。

**第三十条** 查询人违反本办法规定，有下列行为之一，构成违反治安管理行为的，移送公安机关依法给予治安管理处罚；涉嫌构成犯罪的，移送有关机关依法追究刑事责任：

(一) 采用提供虚假材料等欺骗手段申请查询、复制不动产登记资料的；

(二) 泄露不动产登记资料、登记信息的；

(三) 遗失、拆散、调换、抽取、污损、撕毁不动产登记资料的；

(四) 擅自将不动产登记资料带离查询场所、损坏查询设备的；

(五) 因扰乱查询、复制秩序导致不动产登记机构受损失的；

(六) 滥用查询结果证明的。

## 第七章 附则

**第三十一条** 有关国家机关查询复制不动产登记资料以及国家机关之间共享不动产登记信息的具体办法另行规定。

**第三十二条** 《不动产登记暂行条例》实施前已经形成的土地、房屋、森林、林木、海域等登记资料，属于不动产登记资料。不动产登记机构应当依照本办法的规定提供查询。

**第三十三条** 公民、法人或者其他组织依据《中华人民共和国政府信息公开条例》，以申请政府信息公开的方式申请查询不动产登记资料的，有关国土资源主管部门应当告知其按照本办法的规定申请不动产登记资料查询。

**第三十四条** 本办法自公布之日起施行。2002年12月4日国土资源部公布的《土地登记资料公开查询办法》(国土资源部令第14号)同时废止。

## 附件二：《必须招标的工程项目规定》

### 必须招标的工程项目规定

**第一条** 为了确定必须招标的工程项目，规范招标投标活动，提高工作效率、降低企业成本、预防腐败，根据《中华人民共和国招标投标法》第三条的规定，制定本规定。

**第二条** 全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目包括：

(一) 使用预算资金200万元人民币以上，并且该资金占投资额10%以上的项目；

(二) 使用国有企业事业单位资金，并且该资金占控股或者主导地位的项目。

**第三条** 使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目包括：

(一) 使用世界银行、亚洲开发银行等国际组织贷款、援助资金的项目；

(二) 使用外国政府及其机构贷款、援助资金的项目。

**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。

**第五条** 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。

**第六条** 本规定自 2018 年 6 月 1 日起施行。



建设工程法律专业委员会

