



地产与工程 争议解决观察

Real Estate And Construction Dispute
Resolution Observation

贺倩明 主编



目录

一、法律适用.....	1
1. 最高法出台《关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》.....	1
2. 最高法修改《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》.....	2
3. 最高法出台《关于审理涉执行司法赔偿案件适用法律若干问题的解释》.....	2
4. 最高法出台《关于内地与澳门特别行政区就仲裁程序相互协助保全的安排》.....	2
5. 最高检印发《关于加强国有财产保护、国有土地使用权出让领域公益诉讼检察工作的通知》	3
6. 深圳中院发布 2021 年度深圳破产审判典型案例.....	3
7. 深圳中院起草深化破产制度改革实施方案.....	4
二、典型案例.....	5
1. 邱某光与董某军居住权执行案.....	5
2. 苏华建设集团有限公司、黑龙江鸿基米兰热力有限责任公司等建设工程施工合同纠纷.....	5
3. 国家开发银行、张旭等案外人执行异议之诉.....	6
4. 恒丰银行股份有限公司福州分行、莆田市涵江区海川实业投资有限公司等执行异议之诉.....	7
5. 江西百城房地产开发有限公司、南昌三建建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷.....	8
6. 新疆百富房地产开发有限公司、中兴建设有限公司建设工程施工合同纠纷.....	9
三、动态事件.....	10
1. 深圳豪宅 581 名业主联名签拒收房声明，求处罚开发商 2.27 亿元.....	10
2. 雪松控股总部被围攻，涉 200 亿理财产品爆雷.....	10
3. 广州白云区一“使用权公寓”被住建局点名发布《风险提示》.....	11

4. 施工标杆企业江苏南通六建破产重整.....	12
四、实务处理.....	13
房企频繁暴雷，一次性建设单位如何应对施工单位及其他参建单位涉及相关房企的债务而经营恶化的风险.....	13
购买带租约的法拍房，是否必然受租约约束（一）.....	20
——拍卖公告披露带有租约，参加竞拍是否代表认可租约.....	20
施工挂靠关系下，承包人已收取的挂靠工程款是否应认定为承包人的破产财产？.....	26
建纬争议解决业务中心	36

一、法律适用

1. 最高法出台《关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》

为指导各级人民法院贯彻实施好民法典，充分发挥总则编在民法典中统领全局的作用，依法保护民事主体的合法权益，大力弘扬社会主义核心价值观，最高人民法院制定了《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》（以下简称总则编司法解释），由院审判委员会第1861次全体会议通过，2022年2月25日正式对外发布，自2022年3月1日起施行。总则编司法解释共39条，分为一般规定、民事权利能力和民事行为能力、监护、宣告失踪和宣告死亡、民事法律行为、代理、民事责任、诉讼时效和附则9个部分。总则编司法解释主要有三个突出特点。

一是理念上大力弘扬社会主义核心价值观。通过细化习惯的适用规则、监护制度、民事法律行为、民事责任、诉讼时效等制度规则，将社会主义核心价值观贯穿始终，彰显民法典强调公平正义、倡导诚实守信的价值导向。值得一提的是，司法解释特别细化了正当防卫、紧急避险、见义勇为的制度规则，进一步在“扶不扶”“劝不劝”“追不追”“救不救”“为不为”“管不管”等问题上亮明态度，坚决防止“和稀泥”，让司法有力量、有是非、有温度，让群众有温暖、有遵循、有保障。

二是内容上突出强调权利保护。贯彻以人民为中心的发展思想，将自然人的权利保护置于中心位置，从保护未成年人、胎儿利益，规范权利的行使，平衡失踪人与利害关系人利益等方面作出系统规定，体现了人民至上的司法立场。

三是形式上体现小而精的起草思路。始终坚持以问题为导向、以审判执行需求为出发点、以准确理解和适用民法典为原则，不追求大而全的体系，不追求一揽子解决所有问题，聚焦总则编适用中审判实践亟待解决、有较为丰富的实践基础，且能够最大限度凝聚共识的问题，明确相应的法律适用规则。

2. 最高法修改《关于审理非法集资刑事案件具体适用法律若干问题的解释》

最高人民法院发布《关于修改〈最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体适用法律若干问题的解释〉的决定》（以下简称《决定》），自2022年3月1日起施行。《决定》共十五条，不仅增加了网络借贷、虚拟币交易、融资租赁等新型非法吸收资金的行为方式。而且，随着近年来养老领域非法集资犯罪频发，犯罪分子打着“养老服务”“养老项目”“老年产品”以及“以房养老”等旗号进行非法集资活动，严重损害广大老年人合法权益，严重破坏金融管理秩序，危害国家金融安全和社会稳定，因此《决定》将此类问题纳入严惩范畴，增加“以提供‘养老服务’、投资‘养老项目’、销售‘老年产品’等方式非法吸收资金”的情形。

3. 最高法出台《关于审理涉执行司法赔偿案件适用法律若干问题的解释》

2022年2月8日，最高人民法院发布了《最高人民法院关于审理涉执行司法赔偿案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2022〕3号，以下简称《解释》），该解释自2022年3月1日起施行。《解释》共二十个条文，主要内容包括涉执行司法赔偿立案审查的条件，赔偿程序与执行救济、监督程序的衔接，赔偿责任的认定，损害赔偿的范围和标准等，针对审理涉执行司法赔偿案件中的若干法律适用问题作出统一规范。《解释》的出台，对于公正及时审理涉执行司法赔偿案件、充分保障赔偿请求人合法权益、促进人民法院规范有序开展执行工作将发挥重要作用。

4. 最高法出台《关于内地与澳门特别行政区就仲裁程序相互协助保全的安排》

2022年2月25日，最高人民法院常务副院长贺荣和澳门特别行政区政府行政法务司司长张永春分别代表两地签署《关于内地与澳门特别行政区就仲裁程序相互协助保全的安排》（以下简称《仲裁保全安排》）。《仲裁保全安排》自2022年3月25日起施行。《仲裁保全安排》的出台，有利于内地和澳门创新和完善跨境商事争议多元化解决机制，推进法律规则深度衔接，为粤港澳大湾区建

设和横琴粤澳深度合作区建设提供高效便捷的法律服务和保障。《仲裁保全安排》有十二个条文，涉及保全的内涵、向内地法院以及向澳门法院申请保全的管辖确定、申请保全材料、保全申请书载明事项等事项。

5. 最高检印发《关于加强国有财产保护、国有土地使用权出让领域公益诉讼检察工作的通知》

近日，最高人民检察院第八检察厅印发《关于加强国有财产保护、国有土地使用权出让领域公益诉讼检察工作的通知》（下称《通知》），要求实现“国财国土”领域市级院层面办案全覆盖，以更好发挥公益诉讼检察职能作用，保护国有财产，服务保障经济社会发展大局。

《通知》指出，要聚焦党和国家工作大局和民生热点问题，加大办案力度，实现市级院层面办案全覆盖。国有财产保护领域，包括重大项目建设资金、惠民惠农财政补贴资金、养老基金、医保基金、科研经费等被骗取、冒领，以及群众反映强烈的一些企业和个人偷逃税款，侵占国有财产的案件。国有土地使用权出让领域，重点加强对恶意拖欠土地出让金、长期闲置土地、未批先建等违法行为怠于监管情形的监督。各地要主动出击、深入摸排、积极应对、力求突破，确保办案规模稳中有升，可结合本地区实际，针对问题突出的相关行业、事项开展专项监督活动，推动系统治理和溯源治理。今年，全国每一个市级检察院在这两个领域都要至少各直接立案办理一起，领办、督办几起典型“国财国土”领域公益诉讼案件。各省级院要加大指导力度，统筹组织指挥。

6. 深圳中院发布 2021 年度深圳破产审判典型案例

2022 年 2 月 25-27 日，深圳中院 2021 年度深圳破产审判典型案例（一）、（二）、（三），共九个典型案例，包括全国首例个人破产重整案、全国首宗个人破产和解案、全国首宗个人破产清算案、陈某个人破产重整案、闫某个人破产重整案、魏某个人破产和解案、瞿某、祁某夫妻合并重整案、不

予受理李某个人破产申请案、不予受理徐某个人破产申请案，均属于个人及夫妻的破产案件，进一步明确了个人破产裁判规则，积累了具有参考价值的示范案例，为全国范围内个人破产立法探索提供了有益的实践经验。

7. 深圳中院起草深化破产制度改革实施方案

2022年2月15日，深圳市委召开了政法工作会议指出，深圳市中级人民法院将全面深化破产制度改革，为此深圳中院起草了深化破产制度改革实施方案，实施方案正文除规定深圳全面深化破产制度改革指导思想、工作原则、主要目标和组织保障外，主要明确了8大改革任务举措及其牵头责任单位。同时，对具体任务做了细化分工，分解33项具体举措，明确牵头、协办单位和任务完成时限，把握好改革推进的时、效、度，坚持先立后破，稳扎稳打。今年将迫切落实以下四项重点任务：首先，加快健全现代化办理破产体系。目前深圳办理破产体系基本成型，但诸多重要配套机制有待完善，例如破产事务一体化办理平台、庭外重组机制规则、破产管理人履职保障、反破产欺诈机制等。其次，精准赋能破产事务管理机构。实施方案在营商环境创新试点城市改革要求的基础上，进一步明确了市破产署牵头协调企业破产事务办理、优化营商环境的改革职能，加大破产事务管理改革力度，有效填补当前企业破产制度空白。再次，建立申请辅导和多元化解机制。法院将配合破产管理署积极完善破产申请辅导机制，协助困境企业和个人整理财产债务、纾困需求，匹配债务处置方案。最后，探索健全反破产欺诈机制。破产制度彻底清理债权债务的功能，将使得逃废债以及各种欺诈行为在程序中暴露。下一步将推动公、检、法、司联动，加快完善反欺诈规制和监管惩戒举措，一旦发现违法犯罪线索，通过移交-查处机制，健全破产刑事责任。

二、典型案例

1. 邱某光与董某军居住权执行案

案例来源：最高人民法院发布人民法院贯彻实施民法典典型案例(第一批) (2022年2月25日发布)

基本案情：邱某光与董某峰于2006年登记结婚，双方均系再婚，婚后未生育子女，董某军系董某峰之弟。董某峰于2016年3月去世，生前写下遗嘱，其内容为：“我名下位于洪山区珞狮路某房遗赠给我弟弟董某军，在我丈夫邱某光没再婚前拥有居住权，此房是我毕生心血，不许分割、不许转让、不许卖出……”董某峰离世后，董某军等人与邱某光发生遗嘱继承纠纷并诉至法院。法院判决被继承人董某峰名下位于武汉市洪山区珞狮路某房所有权归董某军享有，邱某光在其再婚前享有该房屋的居住使用权。判决生效后，邱某光一直居住在该房屋内。2021年初，邱某光发现所住房屋被董某军挂在某房产中介出售，其担心房屋出售后自己被赶出家门，遂向法院申请居住权强制执行。

争议焦点：邱某能否请求房屋所有权人办理居住权登记

裁判要旨：生效裁判认为，案涉房屋虽为董某军所有，但是董某峰通过遗嘱方式使得邱某光享有案涉房屋的居住使用权。执行法院遂依照民法典第三百六十八条等关于居住权的规定，裁定将董某军所有的案涉房屋的居住权登记在邱某光名下。

2. 苏华建设集团有限公司、黑龙江鸿基米兰热力有限责任公司等建设工程施工合同纠纷

发布日期：2022年2月24日

审理法院：最高人民法院

案号：(2021)最高法民终1075号

争议焦点：集中供热工程未进行招投标程序即签订施工合同，合同效力如何认定

裁判理由：虽然《必须招标的工程项目规定》及《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》比照《中华人民共和国招标投标法》，有条件地放宽了必须招投标文件的工程项目范围，但从其规定的具体内容可以看出，我国对于关系社会公共利益的基础设施建设项目，仍然要求经过招投标程序。案涉工程为集中供热工程，虽然未明确列入《必须招标的工程项目规定》及《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》中的“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”，但是，集中供热工程属于关系社会公共利益的基础设施，是涉及基本民生的工程项目。一审判决依据《中华人民共和国招标投标法》第三条及《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》第一条第三项规定，认定案涉《建设工程施工合同》因违反法律强制性规定而无效，并无明显不当。

3. 国家开发银行、张旭等案外人执行异议之诉

发布日期：2022年2月24日

审理法院：最高人民法院

案号：（2021）最高法民终1221号

争议焦点：房屋买受人能否依据《执行异议和复议规定》第二十九条之规定，排除人民法院的强制执行

裁判理由：据《执行异议和复议规定》第二十九条之规定，张旭对案涉房屋的权利能够排除强制执行，应当同时符合在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同、所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋、已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十等条件。对于合法有效书面买卖合同的认定，《中华人民共和国城市房地产管理法》第四十一条及《城市房地产转让管理规定》第七条、第八条明确规定，房地产转让应当签订书面转让合同，转让合同还应载明房地产权属证书名称和编号、房地产四至界限、土地宗地号、土地使用权取得的方式及年限、违约责任等事

项。据此，房地产转让作为法定要式法律行为，应当签订具备物权变动内容或合意的书面合同，一般应当具有房产管理部门发放的制式商品房买卖合同。或是签订商品房认购、订购、预订等协议且符合《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2003〕7号）第五条规定的情形。现张旭提供的《预收款专用票据》虽载明案涉房屋座落位置、建筑面积、价款等内容，但作为一般财务信息载体尚不具备前述书面合同法定要件。一审法院仅凭《预收款专用票据》认定张旭符合查封前签订合法有效的书面买卖合同于法无据，予以纠正。张旭的请求不符合《执行异议和复议规定》第二十九条第（一）项规定的情形，其对案涉房屋不享有足以排除强制执行的民事权益。

4. 恒丰银行股份有限公司福州分行、莆田市涵江区海川实业投资有限公司等执行异议之诉

发布日期：2022年2月21日

审理法院：最高人民法院

案号：（2021）最高法民再313号

争议焦点：如何认定房屋买受人是否在法院查封之前已合法占有房屋

裁判理由：海川公司主张，在未办理过户情况下将案涉不动产回租给华昌公司使用，租金有实际交付，说明案涉不动产被一审法院查封前已转由海川公司实际控制和占有使用。本院认为，上述法律规定的“占有”是指对不动产事实上的管理和支配，系买受人为取得物权对外所进行的一种公示。本案中，《回租、回购协议书》约定，“在海川公司经公证取得所收购资产的产权后，海川公司把收购标的物转租给华昌公司，转租租金由海川公司收取，……由于收购之前，本协议房地产由华昌公司实际占有和使用，所以在华昌公司租用本协议房地产时，视为海川公司已实际取得该房地产产权并已将本协议房地产移交给华昌公司实际使用。”实际上，案涉协议书签订后，双方亦按照上述约定履行，即案

涉不动产仍由华昌公司实际占有和使用，并向海川公司支付租金。此外，根据已查明的事实，海川公司与华昌公司在协议履行过程中未办理案涉不动产交接手续，亦未通过留存案涉房屋钥匙等方式对案涉不动产进行管理。可见，在外在表现形式上华昌公司仍是案涉不动产的所有权人和实际占有、使用人，海川公司并未对案涉不动产形成事实上的管理、控制，故不足以认定其已构成实际占有。海川公司再审中所提交的证据虽然能够证明，案涉不动产拟用于北京理工大学东南信息技术研究院建设以及出借给博雅学校，但上述事实均发生于案涉不动产 2019 年 5 月被人民法院依法查封之后，故亦未满足在人民法院查封前合法占有案涉不动产的条件，本院对其证明目的，不予认可。故原审法院以海川公司已收取租金为由，认定其已占有案涉不动产，认定事实错误。

5. 江西百城房地产开发有限公司、南昌三建建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷

发布日期：2022 年 2 月 24 日

审理法院：最高人民法院

案号：（2021）最高法民再 297 号

争议焦点：施工合同无效时质保金是否仍应予以预留

裁判理由： 质保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，是一种法定义务，故不应以合同效力为认定前提。二审判决对质保金未予保留不当，本院予以纠正。案涉合同签订于 2013 年，现南昌三建主张按照住房和城乡建设部、财政部于 2017 年发布的《建设工程质量保证金管理办法》调整质保金保留比例，本院不予支持。关于质保金的返还期限及相应利息计算。依照补充合同“5%的质量保证金按国家规定要求退还，于竣工验收第一年期满后一周内退还工程的 3%，第二年期满后一周内退还工程的 1.5%，所有保修期满后一周内退还工程的 0.5%（免息，无质量问题）”“屋面防水工

程、有防水要求的卫生间、房间和外墙的防渗漏为 5 年”“工程取得竣工验收合格后.....开始计算保修期”的约定，百城公司应分别于 2016 年 10 月 5 日前返还 3%的质保金 2769740.97 元、2017 年 10 月 5 日前返还 1.5%的质保金 1384870.48 元、2020 年 10 月 5 日前返还 0.5%的质保金 461623.49 元。鉴于质保金的返还期限已全部届满，而百城公司未按期返还，故其还应按月利率 1.5%分段支付质保金利息。

6. 新疆百富房地产开发有限公司、中兴建设有限公司建设工程施工合同纠纷

发布日期：2022 年 2 月 24 日

审理法院：最高人民法院

案号：（2021）最高法民终 841 号

争议焦点：非必须招标工程，在招标前进场施工，对合同效力认定的影响

裁判理由：百富房产公司上诉主张该工程不属于必须招标的工程，故相应承包合同依法有效。《中华人民共和国招标投标法》（2017 年修订）第五十三条规定：“投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的，投标人以向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标的，中标无效.....”《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》第一条规定：“建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效：.....（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。”本案中，双方当事人于 2011 年 9 月 20 日通过招投标程序签订《建设工程施工合同》，中兴建设公司在履行法定招标投标程序之前已就案涉工程进场施工，此行为属于串通投标的行为，依据上述法律及司法解释的规定，中兴建设公司关于案涉 7 号楼工程的中标无效，7 号楼《建设工程施工合同》亦因中标无效属无效合同。百富房产公司虽主张该工程不是必须招标的工程，但既然双方通过招投标程序签订合同，就应当遵守招投标的相关法律规定，违反法律规定导致本案中标无效，进而导致 7 号楼《建设工程施工合同》无效，一审对此认定并无不妥。

三、动态事件

1. 深圳豪宅 581 名业主联名签拒收房声明，求处罚开发商 2.27 亿元

近日，曾因维权引热议的深圳宝安尖岗山花园再次出圈，581 名业主联名签署的拒收房声明书，并请求对尖岗山置业进行 2.27 亿处罚。

2020 年 11 月，“尖岗山壹号花园”推出 914 套住宅入市，销售均价约 8.8 万元/㎡，总价约 679 万元至 2075 万元/套；开盘吸引 2120 批买家参与，历经 8 个小时后售空。而在随后楼盘开发过程中，尖岗山花园多次被曝出楼体外墙脱落、鼓包等质量问题，引发业主担忧。为进一步看清情况，有业主曾选择无人机方式取证，但无人机在外围公园取证时便被开发商击落。

随后深圳市宝安区住房和建设局以及开发商均回应称会加强检查，对于不符合要求的会进行重新施工。但似乎这个结果并没有让业主满意。该小区业主称，在提出建设实物和规划方案不一致的投诉后，规自局宝安局仍然避重就轻，对明显不符合图纸设计要求的违规备案行为避而不谈，对自身存在的工作失职、渎职行为进行狡辩，对开发商的违法违规建设行为进行包庇。对此，业主请求深圳市规划和自然资源局对尖岗山壹号花园行政处罚 2.27 亿元，对深圳市尖岗山置业有限公司、深圳恒丰房地产有限公司处罚 4700 万元，拆除瓷砖外墙以及金属铝板，并对深圳规自局进行调查。

来源：<https://new.qq.com/rain/a/20220215A05RJ300>，腾讯网，2022 年 2 月 28 日访问

2. 雪松控股总部被围攻，涉 200 亿理财产品爆雷

2022 年 2 月 10 日，雪松控股广州总部楼下聚集了一批投资者进行维权。据说，今日赶到现场维权的投资者们，基本平均投资都在百万以上。雪松控股此番爆雷，始于除夕前。2022 年 1 月 30 日，雪松控股发了一封致歉信，告诉投资者，兑付无法完成。按照此前方案，月底应兑付 2021 年 8 月前到期产品本金的 10%。这意味着，众多投资人度过了一个可能是最痛苦的春节。

雪松方面宣布理财产品兑付无法落实后，各地的理财产品销售经理承担巨大压力，在 2022 年 2 月 9 日下午的公司会议中途，理财经理聚集到会议室，要求开员工大会，张劲同意。会上，理财经理们把矛头对准张劲，要求张劲个人为雪松逾期的理财产品承担连带责任。张劲断然拒绝，会议陷入僵局。于是在 2022 年 2 月 10 日，便出现了开篇的一幕，雪松控股广州总部被围攻。

500 强雪松控股曾是广州最大民企之一，2020 年即被曝光 42 只信托产品风控全线裸奔，220 亿底层资产尽数虚无，借道假央企转移百亿巨资。2021 年 4 月至今理财产品发生大面积逾期，已经构成事实违约。

来源：<https://www.caitongnews.com/article/1416577.html>，财通社，2022 年 2 月 28 日访问

3. 广州白云区一“使用权公寓”被住建局点名发布《风险提示》

近日，白云区金沙洲一个商业项目被官方点名。据广州市白云区住房和城乡建设局发布的《关于租赁“金沙洲一号商业楼”的风险提示》（以下简称《风险提示》），“金沙洲一号商业楼”（项目公司自命名为滨江壹号）土地权属人为广州市白云区金沙街沙凤经济联合社（以下简称沙凤村）。广州利都投资有限公司（后更名为广州市盈升泰商业管理有限公司）承租获得该土地开发运营权，后与广州昊天置业有限公司签订《合作协议》共同运营管理。《风险提示》显示，该项目规划设计无独立双层结构内容，土地和后期建成的物业权属人为沙凤村，合作期满后归还沙凤村。目前，该项目还处于基坑施工阶段，未取得竣工验收手续。简单来说，“金沙洲一号商业楼”项目的开发运营商并不是土地权属人，而“购房者”在这里花钱“购买”的公寓实质上只是向土地承租方（即目前的开发运营商）支付租金获得使用权，该项目的公寓是妥妥的“使用权公寓”。

与周边其他的项目对比来看，广州城投·保利金沙大都汇公寓均价约 2.2 万元/平方米，而周边二手住宅单价为 2.8 万-4.8 万元不等，金沙洲目前的一手住宅项目单价则要 4 万元以上，可见该项目价格较为诱人。上述销售人员还表示：“该项目使用权为 30 年，承租人没有独立房产证，但合同都是有

法律效应的。“该项目产品之所以便宜，还与其实质为租赁使用有关。《风险提示》提到，广州昊天置业有限公司对外签订物业使用权转让合同的行为实质为租赁行为。《民法典》第七百零五条规定，“租赁期限不得超过二十年。超过二十年的，超过部分无效。”需谨慎签订租期超过 20 年的租赁合同，超过法定年限的相关权益将不受法律保护，其他提醒还包括无法按时交付的风险、慎防“长收短付”风险、注意识别“租金贷”“现金贷”、核查租赁用途是否与产权证一致等。

来源：<https://www.163.com/dy/article/H0M2HIV10550AXYG.html>，网易，2022 年 2 月 28 日访问

4. 施工标杆企业江苏南通六建破产重整

如皋市人民法院于 2022 年 2 月 12 日受理了江苏南通六建建设集团有限公司（下称“南通六建”）破产重整一案。法院公告显示，江苏南通六建建设集团有限公司的债权人应当于 4 月 26 日前，通过“优破案”微信公众平台线上向管理人申报债权。如皋法院经办的南通六建公司作为被执行人的案件合计 172 件，其中尚有 116 件未能执行到位。根据中国执行信息公开网的信息显示，目前南通六建公司作为被执行人的在执案件为 34 件，被执行标的额为 2.67 亿元左右。此外，南通六建公司的多个银行账户被冻结，严重影响该公司的正常经营，对于包括申请人在内的众多到期债权缺乏清偿能力。如皋法院认为，南通六建公司具有较为完备的各类建筑资质，通过引入重整投资人的投资用于化解债务、重新经营，存在挽救的余地，具有一定的重整价值和可能。

来源：https://www.cs.com.cn/ssgs/gsxw/202202/t20220213_6241868.html，中国证券报·中证网，2022 年 2 月 28 日访问

四、实务处理

房企频繁暴雷，一次性建设单位¹如何应对施工单位及其他参建单位涉及相关房企的债务而经营恶化的风险²

自 2020 年 6 月，部分持票人称其持有的恒大商票未能如期兑付，恒大债务危机初现；2021 年 6 月初，恒大河南许昌的“悦龙台”项目停工出现工人讨薪，施工单位对外宣称恒大拖欠工程款其无力支付工人工资，2021 年 6 月、7 月，恒大长期合作的三棵树涂料公司、中山郎斯家居公司等供应商纷纷披露恒大提供的票据存在逾期，多个地方法院接受债权人申请对恒大财产采取保全措施，恒大债务危机全面显现；2021 年 8 月 5 日，为防止诉讼瓜分资产、保全资产，最高人民法院通知所有涉及恒大集团及其关联企业的案件统一移交至广州中院受理，截止 12 月，广州中院公布受理恒大案件的情况表明已有债权人起诉恒大相关案件 367 件。

恒大并非特例，受房企“三道红线”限制、房地产贷款集中度的融资要求及小业主按揭贷款的严控等监管政策的影响，房地产企业资金链断裂甚至破产越发增多。与其具有合作关系的施工单位/供应商因房企资金链断裂而遭受工程款/供应款无法收回的损失，一家大型房企的债务危机可能导致多家施工单位/供应商受到损失，例如因恒大债务危机，与其具有长期合作关系的中建集团各公司、南通二建、金螳螂建筑装饰、广田建设、亚夏装饰、达实智能、三棵树涂料等施工单位/供应商巨额工程款无法收回，在广州中院公布的受理恒大相关案件中，中建集团各公司起诉恒大的案件超过 50 件。

受到房企债务的影响，与其相关施工单位/供应商的财务状况也可能因此恶化，进而影响其经营状况、履约能力，导致在其他项目履约困难。如施工单位/供应商本身资金压力大，未及时回收资金可能导致资金链断裂，进而破产、彻底丧失履行能力；即使没有破产，因未从房企取得工程款该施工

¹ 一次性建设单位，也称一次性业主是指金融企业、科技企业等主营业务不是房地产开发，为了建设企业总部大楼、产业用房、产业物流园区等组建基建办公室进行项目开发建设的企业。

² 本文由建纬大湾区建设工程业务中心章德奎、周乐撰稿。

单位/供应商极有可能拖欠原材料供应商的款项，原材料供应商行使抗辩权拒绝继续供货，该施工单位/供应商其他项目的原材料也无法获得供应，导致其他项目进度缓慢。在大量施工单位/供应商因卷入其他房企债务危机而财务状况、履约能力下降的环境下，建设单位如何应对是一个紧迫的问题。笔者提出以下建议措施，供读者参考。

一、如施工单位/供应商财务状况已经严重恶化，发生资金链断裂、被法院采取协助执行措施不能解决或者存在破产风险的情况下，建议解除合同，并做好合同解除后的工程界面划分、撤场等事宜

施工单位/供应商的资金链断裂，往往伴随大量诉讼、保全以及法院协助执行措施，该单位无法维持经营，基本上已丧失继续履行的能力，为避免对工程进度、造价等造成更为不利影响，一旦发现这种情形建设单位最好是及时解除合同。

解除合同的方式分为双方协商解除和建设单位单方解除。施工合同的解除，通常会面临新旧施工单位工程界面划分及相应已完工程量难以确定的风险、难以重新报批报建的风险（如重新办理施工许可证时，主管部门要求提供合同解除的协议或者合同解除的裁判文书）、非自愿撤场时可能导致群体事件的风险以及建设主管部门对由新单位进行工程验收不认可的风险。而在双方协商解除合同的情况下，可通过约定的方式对上述事项达成一致，解除后上述风险较小，因此首先考虑协商解除合同，但协商解除时施工单位通常会提出补偿要求以及放弃追究违约责任等要求，公司内部决策时需要综合权衡利弊。不能协商解除的情况下，只能采取单方解除合同，需具备解除合同的依据，发出解除通知，以及做好合同解除后的证据收集、与主管部门协调沟通等事宜。

如双方协商解除合同，协商的内容包括但不限于已完工程量及已完工程合同价款的确定、工地遗留材料设备的处理、清点与移交、后续施工报批报建及竣工验收配合等。应在合同终止协议中对以下事项做出安排：已完工程量以及结算支付事宜、报批报建及工程竣工验收配合、工程维保及质量保证金的预留事宜、工程质量缺陷整改事宜、现场材料的处理等。

建设单位单方解除合同需具有单方解除权。《民法典》第五百六十二条第二款规定：“当事人可以约定一方解除合同的事由。解除合同的事由发生时，解除权人可以解除合同。”即如果施工单位/供应商资金链断裂已经构成施工合同约定的建设单位有权单方解除合同情形，建设单位有权根据合同约定要求单方解除；《民法典》第五百六十三条第一款中规定：“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：……（二）在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；……”虽施工合同未作约定，但施工单位/供应商因缺乏履行能力其行为已经构成本条规定的情形，建设单位可根据本条规定单方解除合同。此外，《民法典》第五百二十七条第一款规定：“应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：（一）经营状况严重恶化；（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（三）丧失商业信誉；（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。”第五百二十八条规定：“当事人依据前条规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保的，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的，视为以自己的行为表明不履行主要债务，中止履行的一方可以解除合同并可以请求对方承担违约责任。”如有确切证据证明施工单位/供应商存在经营状况严重恶化或丧失履行债务能力的其他情形，建设单位也可以在履行义务前中止履行并通知对方，对方未提供担保且合理期限内未恢复履行能力的情况下，建设单位也可主张解除合同。

单方解除合同需要建设单位向施工单位/供应商发出解约函，保留送达函件的记录。施工单位/供应商退场前应注意收集已完工程量、工程界面的证据，并注意检查已完工部分是否存在质量缺陷，如施工单位/供应商不配合划分工作界面和检查工程质量，建设单位在发函催告其配合仍未配合后，可以委托有资质的第三方造价鉴定机构并会同监理单位、新施工单位对已完工程量、工程界面及工程质量进行清点、审核、确认，同时委托公证机构对该过程进行公证，保留相关视频、图片证据；如存在工程质量缺陷，则委托第三方质量鉴定机构进行鉴定。第三方鉴定机构优先选择施工合同争议解决管

辖机构或其上级法院建立的鉴定目录中的鉴定单位，先由造价鉴定机构提出一个公证方案，委托公证机构按照该方案进行公证，最后由造价鉴定机构依照公证材料计算出工程量和工程款。第三方鉴定机构核定审核的结果需由建设单位、监理单位与新施工单位签署确认，确保新施工单位认可第三方机构核定的工程界面划分与工程质量责任的认定，防止其今后推诿责任。

合同解除后报批报建手续的办理可能是面临的障碍，一旦决定解除合同，建设单位应及时与建设主管部门进行沟通，了解更换施工单位后变更施工许可证的条件以及已完工程分部分项/专业工程的验收安排。建设主管部门在施工合同解除后重新办理施工许可证时，为避免纠纷通常会要求建设单位提供终止协议或者提供法院关于解除合同的生效判决，因此，在未能协商解除合同的情况下，建议事先取得建设主管部门谅解，尽量说服主管部门同意在建设单位出具承诺后先同意办理报建手续，若不能取得主管部门认可，则只能诉请法院裁决确认合同解除，并请求法院对合同解除做出先行判决。对于已完工程的分部分项/专业工程的验收安排，如原施工单位完成的工程量不大，则考虑与建设主管部门沟通，直接由新施工单位负责办理专项验收/分部工程验收；如原施工单位完成的工程量比较大要求由新单位办理验收的可能性小的情况下，建议与主管部门充分沟通，由第三方检测单位进行质量检测，确定已完成施工部分质量合格的前提下，由新施工单位负责分部分项工程的验收是否可行。如可行，由新施工单位验收，方便后续单位履行质量保修义务。

二、鉴于解除合同存在的种种风险，如施工单位/供应商的经营状况未完全恶化，可以考虑采取措施确保施工单位/供应商继续履行完毕

施工单位/供应商被其他房企拖欠工程款而资金困难，因此也未支付原材料供应商和分包商的款项，这种情况下原材料供应商和分包商可能选择行使抗辩权拒绝再向施工单位/供应商继续供货或履行，导致施工单位/供应商在其他项目上履行困难。如前所述，施工合同解除面临新旧施工单位工程界面划分及相应已完工程量难以确定、重新报批报建困难、对方非自愿时难以撤场等诸多困难。因此，如施工单位/供应商没有发生资金链断裂，经营状况未完全恶化的情况下，还可以考虑采取措施确保

施工单位/供应商继续履行完合同，帮助措施主要是给与资金支持，但需注意支持的款项是否用于本项目建设，避免发生挪用。

出现施工单位/供应商资金周转困难情形，建设单位可以考虑在未超出该单位已完工程造价的范围内通过适当调节付款比例提前支付部分款项，因没有超过其已完工程造价，工程款超付的风险较小。但若建设单位拟超过工程造价预先支付部分款项，则存在更大的风险，首先，为避免性质上被直接当作工程进度款进而在合同解除情况下对已完工程量产生争议，应该明确超付款项的性质是预付款或者借款，明确预付款/借款的扣回/返还方式；其次，存在预付款无法收回的风险，为了控制该项风险，最好要求该单位提供等额的履约担保或者预付款担保；还存在预付款被挪用的风险，建设单位可以考虑控制款项的流向，通过委托付款或者共管账户的方式直接向该单位的原材料供应商、分包商支付，需签订三方委托付款协议或者对共管账户的支付细节明确约定。

在施工单位/供应商因原材料供应商拒绝供货而无法履行情况下，施工单位/供应商因拖欠款项而失去信誉，即便向原材料供应商支付等额款项，该供应商仍可能拒绝供货。为重建信任，建设单位也可以出面与原材料供应商沟通，向其保证为本项目供应的材料不会被拖欠款项，尽量说服原材料供应商继续为本项目供货，如确无法说服还可尽量协调其他原材料供应商供货。建设单位可与施工单位/供应商、原材料供应商签订三方委托付款协议，达到原材料付款节点后施工单位/供应商委托建设单位直接向原材料供应商支付，三方协议中应载明请款流程、付款方式、发票开具、供货承诺及付款承诺等内容。

三、对施工单位/供应商经营状况恶化的应对不应局限于合同履行过程中，采购过程更需提前预防

合同履行过程中再对施工单位/供应商经营状况恶化进行处理难有万全之策，任何一种方式都存在一定风险，在采购过程中加大对施工单位/供应商资信状况的关注，避免资信存在问题的施工单位/供应商中标可以很大程度避免风险。可考虑采取以下措施：

1. **资格审查阶段严格审查投标人的财务状况**，可以在招标文件中要求投标人提供近几年经审计的财务报表，由财务部门参与审查投标人的企业财务状况，对于财务状况不佳的投标人，取消其入围资格。

2. **定标前对拟中标单位的财务状况及履约能力进行考察**，可选择以下方式：（1）通过网络搜索引擎以中标单位名称+拖欠工资（或欠薪）为关键词检索，如检索到该单位拖欠工人工资的新闻，可向当地人社部门或者住建部门进一步核实，经核实存在该项事实，应重点防范履约能力不足风险。（2）通过天眼查、企查查等第三方工具查询该单位风险，发现履约能力不足风险的线索。（3）通过信用中国、中国执行信息公开网查询拟中标单位的信用信息，必要时要求该单位提供中国人民银行征信中心出具的《企业信用报告》。根据查询结果，拟中标单位有无失信被执行人信息、被采取限制消费措施、企业经营异常信息、重大税收违法案件当事人名单、政府采购失信名单等信用不良信息，判断该单位的财务状况及履约能力。（4）通过中国裁判文书网、中国庭审公开网查询拟中标单位近年的诉讼信息。对涉诉信息进行分析，判断拟中标单位的经营活动是否陷入异常。

3. **在对本单位供应商库、材料品牌库进行年度检查时，加大对财务状况的考察力度**。可通过网络、天眼查、企查查、信用中国、中国执行信息公开网、中国裁判文书网、中国庭审公开网等途径查询该单位的资信状况，根据实际需要，要求重点考察单位提供中国人民银行征信中心出具的《企业信用报告》、近几年经审计的财务报表。及时将财务状况恶化、资信较差的单位清理出库。综上，在经济下行房企频繁暴雷的大环境下，施工单位等参建单位因涉及其他房企债务而经营恶化的风险需得到重视，一次性建设单位更需特别关注。采购过程中、定标前应加强对投标人财务状况、资信的审核，避免采购到资信不佳的单位；风险在合同履行过程中方暴露出，建设单位应对施工单位/供应商继续履行的能力做出判断，如经营状况未完全恶化，可以考虑采取提前支付部分款项、对其增信等措施确保施工单位/供应商继续履行完毕，若施工单位/供应商已丧失继续履行能力，需及时解除合同，为避免后续纠纷并做好相应措施。

购买带租约的法拍房，是否必然受租约约束（一）

——拍卖公告披露带有租约，参加竞拍是否代表认可租约³

法拍房带有租约，是阻碍购买法拍房的拦路虎之一。不少人忌惮购买法拍房的原因就是担心法拍房上带有租约，受限于买卖不破租赁的规则，一旦在先租约合法有效，租约对买受人仍具有约束力，买受人需将所购买的法拍房继续出租给承租人，出现购买法拍房后无法入住的尴尬局面。正因如此，不少人一看到法拍房拍卖公告上披露带有租约，就望而却步。然而实务中，购买带租约的法拍房是否必然受租约约束，需视不同情形而定。本期以案说法聚焦拍卖公告已披露法拍房带有租约时，买受人参加竞拍是否代表认可租约的问题。厘清法院对此问题的裁判倾向和态度，对于决定是否购买法拍房有重要的参考意义。

【精选案例】

【裁判要旨】 拍卖公告披露法拍房的租赁现状，仅是告知瑕疵风险，对租约是否约束买受人仍需经实体审查

【案例一】 广州市正家商贸发展有限公司、于科鹏等返还原物纠纷

【审理法院】 广东省广州市中级人民法院

【案号】 (2021) 粤 01 民终 8094 号

【案情简介】 信达资产公司通过债权转让方式取得工行广州大道支行依据生效判决对益彬公司等债务人的债权，并查封了广州市天河区黄埔大道中路 166 号 1601 房及 1602 房。拍卖时，正家公司就海珠法院拟拍卖案涉房屋向海珠法院提交《异议书》，认为益彬公司已将案涉房屋出租给正家公司，正家公司是案涉房屋的合法承租人，正家公司对案涉房屋享有使用权，不同意迁出并腾空案涉房屋。后海珠法院告知信达资产公司拟将案涉房屋按现状不交吉拍卖等。信达资产公司的代理人表示清楚上

³ 本文由建纬大湾区争议解决业务中心廖创造撰稿。

述告知内容，并表示同意海珠法院将案涉房屋按现状不交吉拍卖。后于科鹏以成交价 4433056 元竞拍取得涉案房屋。海珠法院发布拍卖结果，载明“委托法院对拍卖标的的竞买条件及情况说明为委托法院不负责移交场地，承租人正家公司在同等条件下享有优先购买权；买受人一旦买受案涉房屋，即表明买受人接受案涉房屋的现状，并承担由此产生的一切后果”。现于科鹏以益彬公司、正家公司与金诚公司串通签订租赁合同，且相关租赁合同实际是在海珠法院 2012 年 10 月 30 日查封案涉房屋之后签订等为由提起本案诉讼，要求益彬公司、正家公司与金诚公司交还案涉房屋并支付占用费。

【裁判理由】正家公司未能提供充分证据证明其在案涉房屋被法院查封前既已承租案涉房屋，其应承担举证不能的不利后果。关于于科鹏是否因海珠法院对案涉房屋进行不交吉拍卖而必须继续履行租赁合同，一审法院对此分析如下。第一，海珠法院在拍卖案涉房屋时表明案涉房屋带租约为依法说明案涉房屋的现状，海珠法院并非以此限制买受人行使其所有权。第二，海珠法院作出的执行裁定，裁定：案涉房屋的所有权及相应的其他权利归买受人于科鹏所有，上述裁定明确于科鹏享有案涉房屋的所有权及相应的其他权利，并无限制于科鹏对案涉房屋享有的所有权。第三，海珠法院在向于科鹏的代理人送达执行裁定时再次告知案涉房屋的瑕疵、费用及风险，海珠法院并未在此要求于科鹏必须继续履行相关租赁合同，于科鹏的代理人表示清楚海珠法院上述告知事项亦不能证明于科鹏同意继续履行相关租赁合同。二审法院认为，因海珠法院在拍卖案涉房屋时表明案涉房屋带租约仅系依法说明案涉房屋的现状，执行裁定的告知也仅是关于案涉房屋的瑕疵、费用及风险，关于案涉房屋上租赁合同是否约束买受人于科鹏，仍应经实体审查，正家公司以拍卖公告说明案涉房屋的现状应当约束买受人，于法无据。

【裁判要旨】拍卖公告明确按现状拍卖，买受人拍卖竞得法拍房，实际是对法拍房存在租赁事实及交付瑕疵事实的确认，在执行法院未涤除租赁关系及租约效力未确认无效的情况下，买受人无权要求占用人交还房屋

【案例二】赵展锋与广州羊城水泥有限公司、广州市新鸿益混凝土有限公司返还原物纠纷

【审理法院】广州市中级人民法院

【案号】（2014）穗中法民五终字第 189 号

【案情简介】因羊城水泥公司未履行生效法律文书义务，申请执行人向广州市天河区人民法院申请强制执行。2002 年 4 月 23 日，广州市天河区人民法院作出裁定查封羊城水泥厂位于广州市花都区新华镇五和城西四宗地块和巴江河边七宗地块的土地使用权。2009 年 10 月 15 日，广州市天河区人民法院委托广东博晟拍卖行有限公司对包括涉案土地在内的位于广州市花都区炭步镇五和路和新华镇巴江河边的土地及地上建筑物作交吉整体拍卖，拍卖结论（价值）及拍卖保留价均为 72201900 元，并注明该院不承担标的产权转移产生的风险。2010 年 6 月 21 日，广东博晟拍卖行有限公司发布拍卖公告，内容为对上述土地使用权及地上建筑物按现状、整体拍卖，参考价为 5254 万元。2010 年 7 月 8 日，赵展锋以 5254 万元竞拍买得上述两宗土地使用权及地上建筑物。经查，新鸿益公司于 2007 年 4 月 18 日成立，并于 2007 年 10 月 10 日与羊城水泥厂签订租赁合同，租用涉案场地。由于羊城水泥公司、新鸿益公司至今不同意向赵展锋移交涉案土地，赵展锋遂诉至法院，请求法院判令羊城水泥公司、新鸿益公司立即停止侵占并迁出赵展锋所有的位于广州市花都区炭步镇五和的土地，并将上述场地交还给赵展锋。

【裁判理由】一审法院认为，如拍卖财产上原有的租赁权不影响在先的担保物权或其他权利的实现，法院可以不除去租赁权进行拍卖，在未除去租赁权拍卖的情况下，租赁权不因拍卖而消灭。赵展锋经拍卖取得讼争土地使用权及地上建筑物，拍卖公司在拍卖公告中已披露对拍卖标的是“按现状、整体拍卖”，赵展锋在诉讼期间亦表示其在竞拍前已清楚讼争标的物是“按现状（含瑕疵）拍卖”，即“不交吉”；且赵展锋亦是按照“含瑕疵（不交吉）”的价格拍得了讼争标的物，因此存在于拍卖财产上租赁关系的权利和义务赵展锋亦应承受，在涉案土地、建筑物租赁合同期限尚未届满的情况下，赵展锋以侵权为由诉请羊城水泥公司、新鸿益公司停止侵占并迁出讼争土地、建筑物，并将讼争场地交还给赵展锋，依据不足。

二审法院认为，上诉人赵展锋通过司法拍卖竞得涉案房地产，相关权益应依法保护。执行法院通过公告等方式，已明确该次拍卖为按现状拍卖，且上诉人赵展锋以不交吉价竞得涉案房地产，实质上是对拍卖标的物存在租赁事实及交付瑕疵事实的确认。在执行法院未将该租赁关系予以解除，涉案房地产租赁合同效力亦未依法确认无效的情况下，上诉人仅以实现充分物权为由向法院诉请交付的主张依据不足，原审法院不予支持，并无不当。

【实务点评】

从上述案例可以看出，对于拍卖公告已披露法拍房带有租约时，买受人参加竞拍是否代表认可租约的问题，司法实务中存在不同的观点。有的观点认为，法拍房拍卖公告虽然披露带租约的瑕疵风险，但只是执行法院在进行形式审查后的特别风险提示，法院并未进行实质审查和实体认定，不代表执行法院已经确认该租约的真实性，买受人参与竞拍只是对真实租赁关系的认可，租赁关系是否真实仍需经法院实体审查，如租赁关系不真实，自然不应约束买受人。大多数法院均持此观点，例如湖北省武汉市中级人民法院审理的（2019）鄂01民终8895号刘富维与武汉市青山区玉军兰州拉面馆排除妨害纠纷，江苏省常州市中级人民法院审理的（2021）苏04民终964号郑时贤、李娟华与常州格特拉克轴承有限公司占有物返还纠纷等等。然而，也有法院认为在执行法院已经通过拍卖公告等方式告知按现状拍卖的情况下，买受人竞得法拍房实质上对法拍房存在租赁事实及交付瑕疵事实的确认，法拍房上租约对买受人具有约束力。

实务中对此问题为何呈现不同观点，原因在于法院是否适用《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第二十条之规定，对案件是否适用“买卖不破租赁”规则进行实质审查。案例二中法院并未对是否适用“买卖不破租赁”规则进行实质审查，而是简单依据《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第二十八条第二款之规定，以执行法院未涤除租赁关系为由推定租赁关系合法真实，因此该观点值得商榷。通常情况下，如果法院经实体审查认为法拍房上租赁关系缺乏真实性或真实租赁关系设立在抵押或查封之后，该租约不能约束买受

人，自然承租人也不得以拍卖公告已披露租赁事实为由主张买受人认可租约；相反，如果法院审查认为租赁关系真实并设立在抵押或查封之前，则受“买卖不破租赁”规则限制，此时拍卖公告上已披露法拍房上带有租约的瑕疵风险，往往成为法院裁决分析的理由，因此在判断和认定买受人是否受租约约束的问题上，关键在于租约是否真实以及是否在法拍房抵押和查封前合法设立。

【实务建议】

综上，对于意向购买法拍房的买受人，不要一见到法拍房上带有租约，就望而却步，而是需要进一步查看法拍房的拍卖公告、拍卖须知等拍卖文件，是否载明须受租赁关系约束等不利表述，以及是否有披露租赁合同、租金支付凭证等证明租赁关系存在的文件，并结合该等文件核实法拍房上所带租约的签订时间、租金支付情况等情况是否属实，同时实地核实法拍房现场情况，确定法拍房是否实际被第三人占用等状况，再综合判断是否购买法拍房。

附：关联法条

1. 《中华人民共和国民法典》

第四百零五条 抵押权设立前，抵押财产已经出租并转移占有的，原租赁关系不受该抵押权的影响。

第七百二十五条 租赁物在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。

第七百二十六条 出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利；但是，房屋按份共有人行使优先购买权或者出租人将房屋出卖给近亲属的除外。

出租人履行通知义务后，承租人在十五日内未明确表示购买的，视为承租人放弃优先购买权。

第七百二十七条 出租人委托拍卖人拍卖租赁房屋的，应当在拍卖五日前通知承租人。承租人未参加拍卖的，视为放弃优先购买权。

2. 《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》

第十四条 租赁房屋在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动，承租人请求房屋受让人继续履行原租赁合同的，人民法院应予支持。但租赁房屋具有下列情形或者当事人另有约定的除外：

- (一) 房屋在出租前已设立抵押权，因抵押权人实现抵押权发生所有权变动的；
- (二) 房屋在出租前已被人民法院依法查封的。

3. 《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》

第七条 执行人员应当对拍卖财产的权属状况、占有使用情况等进行必要的调查，制作拍卖财产现状的调查笔录或者收集其他有关资料。

第二十八条第二款 拍卖财产上原有的租赁权及其他用益物权，不因拍卖而消灭，但该权利继续存在于拍卖财产上，对在先的担保物权或者其他优先受偿权的实现有影响的，人民法院应当依法将其除去后进行拍卖。

施工挂靠关系下，承包人已收取的挂靠工程款是否应认定为承包人的破产财产？⁴

近年来，随着政府对房地产的调控力度愈加严厉，大量房企面临现金流紧张、债务违约、融资难等现实困境，因房企资金链断裂，导致上下游企业尤其是施工企业同样面临巨大的经营压力，大量施工企业可能因此无法收回工程款，面临破产清算风险，导致工地停工、农民工及购房人的权益无法得到保障。尤其在挂靠施工关系下，挂靠人借用承包人的名义进行投标及工程建设，工程款一般由承包人收取并扣除一定的“管理费”后再支付给挂靠人，通常情况下，承包人不参与工程的实际施工和管理，因此，承包人收取的工程款（扣除管理费）从实质意义上来讲应归属于挂靠人。但在承包人进入破产清算的情况下，管理人接管承包人后，承包人已收取的挂靠工程款往往成为承包人名下的主要资产，挂靠人作为隐名的实际施工人，将面临很多现实风险。对挂靠工程款的性质的认定，不仅关系到承包人的债权人权利实现可能性，更关系到挂靠人能否取得工程款、在建工程能否继续施工以及农民工权益能否得到切实保障，这其中存在着不同利益主体之间实质公平的价值衡量，因此，承包人已收取的挂靠工程款能否认定为承包人的破产财产具有现实的研究意义。本期破立新生专栏聚焦于承包人收取的挂靠工程款的性质，从法律规定及司法实践的角度探析该问题的处理思路，以期共同探讨、提供借鉴。

【司法观点】

对于挂靠施工关系下承包人已收取的挂靠工程款是属于承包人的破产财产，还是归属于挂靠人（实际施工人），司法实践中存在截然不同的观点：

一种观点认为挂靠施工关系下承包人收取的挂靠工程款属于破产财产。理由在于挂靠人和承包人之间系建立挂靠经营合同关系而不是建设工程施工合同关系，挂靠人对承包人享有的工程款债权之性质为普通债权，不具有优先受偿的权利⁵，亦有认为在挂靠关系下，挂靠人以承包人的名义处理对外

⁴ 本文由建纬大湾区争议解决业务中心黎智勇撰稿。

⁵ 毛强、旭东电力集团有限公司普通破产债权确认纠纷，华蓥市人民法院，（2019）川1681民初1366号

法律关系，承包人可能因挂靠人的行为承担责任，若认定承包人应收取的工程款属于挂靠人，有违不得个别清偿原则，可能会侵害其他债权人的利益，故应将工程款认定为承包人的破产财产⁶。

另一种观点认为挂靠施工关系下承包人对自己未参与实际施工的项目涉及的相关工程款不具有所有权及债权，其收取挂靠工程款实际上是基于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》第二条所规定的“仓储、保管、承揽、代销、借用、寄存、租赁等合同或者其他法律关系”⁷，挂靠工程款能够与承包人其他财产相区分，已特定化⁸，不应纳入承包人的破产财产，挂靠人（实际施工人）享有取回权，否则既不利于保障挂靠人（实际施工人）的合法权益，也对工程建设供应材料材料商和提供劳务的劳动者不公平，与公平正义、安定有序的法律价值相悖⁹。

从各地法院的不同观点可以看出，认定挂靠施工关系下承包人已收取的挂靠工程款是否属于承包人的破产财产，表面上是对债务人财产归属的认定，实际上是对优先保护其他债权人利益还是优先保护挂靠人（实际施工人）利益的平衡和考量。

【律师评析】

一、从挂靠关系本质及公平原则的角度考虑，不宜将承包人已收取的挂靠工程款认定为承包人的破产财产

（一）挂靠施工关系中，本质上的合同双方是挂靠人与发包人，被挂靠人仅为挂靠人代领工程款。在挂靠关系中，挂靠人借用承包人的资质，以承包人的名义与发包人签订《建设工程分包合同》。合同签订后，发包人按照合同约定向承包人支付工程价款，承包人扣除一定比例的“管理费”后将工程

⁶ 李建康与苏州工业园区科技发展有限公司、苏州市凤凰建筑安装工程有限公司建设工程施工合同纠纷，江苏省苏州市中级人民法院，（2020）苏05民终8007号。

⁷ 浙江大地交通工程有限公司、中诚鸿泰集团公路工程有限公司建设工程施工合同纠纷，河北省承德市中级人民法院，（2020）冀08民终262号。

⁸ 李静松与四川省广安市广安区建筑工程总公司、四川省广安市广安区建筑工程总公司管理人取回权纠纷，广安市广安区人民法院，（2019）川1602民初5637号。

⁹ 温龙权与重庆市鑫格建筑工程有限公司挂靠经营合同纠纷，重庆市巴南区人民法院，（2020）渝0113民初2459号。

款转交挂靠人，由挂靠人开展实际施工作业，因此，《建设工程分包合同》本质上履行合同的双方当事人是发包人与挂靠人，承包人在其中仅发挥类似于“中介”的作用。

通常情况下，承包人不参与工程的实际施工和管理，故承包人领取工程款的行为性质应为“代领”，即工程款的所有权应归属于挂靠人，不属于承包人的责任财产。在承包人进入破产清算程序的情况下，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》第 2 条的规定：“下列财产不应认定为债务人财产：（一）债务人基于仓储、保管、承揽、代销、借用、寄存、租赁等合同或者其他法律关系占有、使用的他人财产；……（四）其他依照法律、行政法规不属于债务人的财产”，承包人代领的工程款可以解释为该条所规定的“债务人保管或寄存的他人财产”，故承包人代领的工程款不应列为破产财产。

（二）挂靠人通过实际施工的行为，已将劳务、技术、材料等物化为建设工程，从实质公平的角度考虑也不应将工程款认定为破产财产

虽挂靠施工合同因违反《中华人民共和国建筑法》第二十六条、《建设工程质量管理条例》第二十五条等法律、行政法规的强制性规定而无效，但在工程质量验收合格的情况下，依据《中华人民共和国民法典》第七百九十三条第一款的规定：“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”以及《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）》第四十三条的规定：“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”，挂靠人可以实际施工人的地位向承包人及发包人主张工程款。

但在承包人收取工程款后进入破产清算程序的情况下，若工程款被认定为承包人的破产财产，挂靠人仅存两条实现权利的路径：（1）向管理人申报债权；（2）起诉发包人要求其在欠付工程款范围内承担责任。对于第一条路径，如无特殊情况，挂靠人申报的债权不属于《中华人民共和国企业破产

法》第四十一条及四十二条所规定的破产费用及共益债务，无法取得优先债权的地位，仅能认定为普通债权，而破产程序（尤其是清算程序）中普通债权的清偿率非常低，挂靠人通过该途径能够实现债权数额非常有限。对于第二条路径，因发包人已向承包人支付工程款，故对于该笔工程款，实际上挂靠人已无法依据《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）》第四十三条的规定获得胜诉判决。因此若工程款被认定为承包人的破产财产，挂靠人的工程款债权将很难实现。

综上，挂靠人通过实际施工的行为，已将劳务、技术、材料等物化为建设工程，而承包人对建设工程的投入十分有限，若将工程款认定为承包人的破产财产，将不利于实现实质公平。

（三）承包人已收取相应比例的“管理费”，对其他债权人利益的保护应以承包人所应收取的管理费为限，不应无限扩大到挂靠人应得工程款

从挂靠关系的本质来看，承包人提供资质及名义，挂靠人向承包人支付一定比例的“管理费”，也即，“管理费”是承包人提供资质及名义的对价，承包人在参与到挂靠关系之前就已了解提供资质及名义的全部风险，并将相关风险物化为“管理费”，且在已认定挂靠人为实际施工人的情况下，工程质量等相关责任也是由挂靠人承担，承包人可能承担的风险有限，故不能以此为由将“管理费”以外的工程款纳为破产财产。

（四）挂靠人的工程款关系到农民工权益是否能得到保障，从保护弱势群体的利益角度考虑，也不宜认定为破产财产

挂靠人作为建设工程实际施工人，其雇佣的农民工人数众多，挂靠人能否取得工程款关系到农民工工资能否得到保障。如前所述，在承包人收取的工程款被认定为破产财产的情况下，挂靠人将很难实现工程款债权，进而可能引发农民工集体性维权事件。故从保护农民工等弱势群体的角度考虑，也不宜将工程款认定为承包人破产财产。

二、将挂靠工程款排除在破产财产之外，管理人在实践操作中存在困难

从相关法律法规、司法解释、规范性文件的规定以及我们承办工程类案件、破产案件的经验来看，将承包人已收取的工程款排除在承包人的破产财产范围之外，在破产实务操作中存在诸多难点，主要有以下几点：

（一）实践中挂靠关系错综复杂，对挂靠关系的认定较为谨慎

近年来，行政机关加大工程违法挂靠行为的清理力度，一经查实，挂靠人及承包人将会面临较为严重的行政处罚，故挂靠往往以较为隐蔽的方式。在承包人进入破产清算程序的情况下，管理人作为第三方主体接管承包人，往往很难全面、细致、准确地了解承包工程中各类主体之间错综复杂的关系，管理人为避免履职过失，除非有生效裁判文书已确认挂靠人为实际施工人地位的情况下，在这类较为复杂、容易引起权利义务变动的关系认定方面，管理人一般采取较为谨慎的态度，故较难认定存在挂靠关系。

（二）将债务人名下的财产排除在破产财产之外，有严格的程序限制

因发包人已将工程款汇入承包人银行账户内，故依据《中华人民共和国企业破产法》第三十条的规定，该笔款项将被默认为债务人破产财产，由所有债权人进行分配。但在挂靠关系下，如前所属，该笔工程款应归属于挂靠人，此时管理人将该笔工程款从承包人破产财产内独立出来，单独支付至挂靠人，将受到严格的程序限制。以深圳市为例，主要有以下程序限制：

1.依据《中华人民共和国企业破产法》第六十九条的规定，管理人将账户内的工程款排除在破产财产之外，应当报告债权人委员会，没有债权人委员会的，应当及时报告人民法院；

2.依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》第十五条的规定，在挂靠人没有申报取回权的情况下，管理人将承包人账户内的工程款划扣至挂靠人名下，应当事先制作财产管理方案交债权人会议表决通过，并在处分前十日书面报告债权人委员会或人民法院；

3.依据《深圳市中级人民法院破产案件审理规程》第十七条的规定，挂靠人申报取回权的，管理人确认取回权前，应当报人民法院合议庭审查，由合议庭报庭长批准。

因此，在破产程序中，管理人处分承包人已收取的工程款将面临较为繁琐的程序限制，挂靠人的权利往往很难实现。

【实务建议】

对挂靠人而言，在施工过程中，应及时了解承包人的经营状况，在承包人有可能进入破产清算程序的情况下，尽早联系发包人、承包人，通过签订三方协议等方式，确认自身作为工程实际施工人的地位，并就后续工程施工及工程款支付事宜作出安排，同时，挂靠人应妥善保存施工过程中的资料，以备后续取回权申报及诉讼使用。在发包人已将工程款支付至承包人管理人账户内的情况下，挂靠人应尽快向管理人说明挂靠的情况，并就该笔工程款申报取回权，协助管理人调查工程施工的具体情况。若管理人拒绝确认取回权，挂靠人应尽快提起取回权确认诉讼，防止管理人将工程款列为承包人破产财产进而分配给全体债权人的情况。

对于工程发包人，为防止工程停工，在了解承包人可能进入破产清算程序的情况下，可先暂停支付工程款，及时联系承包人及相关方了解工程施工进度，并要求承包人如实披露工程是否存在挂靠、违法分包及转包的情况，通过重新招投标、诉讼或其他方式妥善处理工程后续施工工作。

对于承包人管理人，从从业风险的角度考虑，尽量不要采取将工程款直接排除在破产财产范围外的方式，而应如实向债权人会议及法院披露工程款金额及相关背景情况，我们建议可通过确认挂靠人取回权的方式确认挂靠人对该笔工程款的权利，同时，在认定挂靠关系时，考虑到工程施工主体关系的复杂性，尽量以生效裁判已认定的事实为准，在挂靠人没有生效裁判文书的情况下，建议挂靠人尽快提起诉讼，最终根据法院裁判结果认定取回权。

附：关联法条

1. 《中华人民共和国民法典》

第七百九十三条第一款 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。

2. 《中华人民共和国企业破产法》

第三十条 破产申请受理时属于债务人的全部财产，以及破产申请受理后至破产程序终结前债务人取得的财产，为债务人财产。

第三十八条 人民法院受理破产申请后，债务人占有的不属于债务人的财产，该财产的权利人可以通过管理人取回。但是，本法另有规定的除外。

第四十一条 人民法院受理破产申请后发生的下列费用，为破产费用：（一）破产案件的诉讼费用；（二）管理、变价和分配债务人财产的费用；（三）管理人执行职务的费用、报酬和聘用工作人员的费用。

第四十二条 人民法院受理破产申请后发生的下列债务，为共益债务：（一）因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债；（二）债务人财产受无因管理所产生的债务；（三）因债务人不当得利所产生的债务；（四）为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务；（五）管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务；（六）债务人财产致人损害所产生的债务。

第六十九条 管理人实施下列行为，应当及时报告债权人委员会：（八）放弃权利；（十）对债权人利益有重大影响的其他财产处分行为。

未设立债权人委员会的，管理人实施前款规定的行为应当及时报告人民法院。

3. 《中华人民共和国建筑法》

第二十六条第二款 禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽工程。

4. 《建设工程质量管理条例》

第二十五条第二款 禁止施工单位超越本单位资质等级许可的业务范围或者以其他施工单位的名义承揽工程。禁止施工单位允许其他单位或者个人以本单位的名义承揽工程。

5. 《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）》

第四十三条第二款 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。

6. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》

第二条 下列财产不应认定为债务人财产：（一）债务人基于仓储、保管、承揽、代销、借用、寄存、租赁等合同或者其他法律关系占有、使用的他人财产；……（四）其他依照法律、行政法规不属于债务人的财产。

第二十六条 权利人依据企业破产法第三十八条的规定行使取回权，应当在破产财产变价方案或者和解协议、重整计划草案提交债权人会议表决前向管理人提出。权利人在上述期限后主张取回相关财产的，应当承担延迟行使取回权增加的相关费用。

第二十七条第一款 权利人依据企业破产法第三十八条的规定向管理人主张取回相关财产，管理人不予认可，权利人以债务人为被告向人民法院提起诉讼请求行使取回权的，人民法院应予受理。

7. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》

第十五条 管理人处分企业破产法第六十九条规定的债务人重大财产的，应当事先制作财产管理或者变价方案并提交债权人会议进行表决，债权人会议表决未通过的，管理人不得处分。

管理人实施处分前，应当根据企业破产法第六十九条的规定，提前十日书面报告债权人委员会或者人民法院。债权人委员会可以依照企业破产法第六十八条第二款的规定，要求管理人对处分行为作出相应说明或者提供有关文件依据。

债权人委员会认为管理人实施的处分行为不符合债权人会议通过的财产管理或变价方案的，有权要求管理人纠正。管理人拒绝纠正的，债权人委员会可以请求人民法院作出决定。

人民法院认为管理人实施的处分行为不符合债权人会议通过的财产管理或变价方案的，应当责令管理人停止处分行为。管理人应当予以纠正，或者提交债权人会议重新表决通过后实施。

8. 《深圳市中级人民法院破产案件审理规程》

第十七条 管理人确认取回权、抵销权、法定优先权成立的，应当报合议庭审查。合议庭同意管理人意见的，应当制作《批复》，报庭长批准；合议庭不同意的，应通知管理人进行复核。

管理人对上述权利不予确认的，应当报合议庭备案。合议庭有不同意见的，应通知管理人复议。

声明:

1. 本刊所载观点、数据系建纬大湾区法律服务平台原创，如需转载，请与我们联系。
2. 本刊所载观点、数据仅供参考使用，不代表任何正式法律意见。
3. 如对本刊所涉内容有任何意见或者建议，欢迎探讨交流。

建纬争议解决业务中心

建纬所是全国知名品牌律师事务所，建纬争议解决业务中心由高级合伙人贺倩明律师牵头，在地产工程争议解决领域长期砥砺、精耕细作，深谙行业规律，持续专注处理各类地产工程争议纠纷。业务中心秉承超越极致的理念，凭借对地产工程行业的深刻理解，借助标准化办案流程及技术工具，打造了众多经典案例，是值得客户信赖的地产工程争议解决专家。此外本中心具备具有深圳中院承认并注册的破产管理人资质，立足于地产与工程的丰富经验和深厚根基，秉承全方位、高效、优质的服务理念，承办多起破产重整与清算案件，全面参与破产与重组法律服务领域，助力客户进行债务重组和资产盘活。

服务优势



根植18年地产工程专业
法律服务经验



承办超过3000件地产工程
争议案件



案件类型涵盖地产工程全
链条、各环节



办案团队有资深仲裁员、调
解专家坐镇



善用大数据、可视化、模拟法庭等技术



「地产与工程法律观察」



「建纬广东法律服务平台」

建纬(深圳)律师事务所

CITY DEVELOPMENT LAW FIRM SHENZHEN OFFICE

深圳市福田区深南大道4011号港中旅大厦9楼

电话:0755 2266 1566 传真:0755 2266 1599

建纬(广州)律师事务所

CITY DEVELOPMENT LAW FIRM GUANGZHOU OFFICE

广州市海珠区广州大道南788号广一电子商务产业园21号楼

电话:020 3195 5660

建纬(东莞)律师事务所

CITY DEVELOPMENT LAW FIRM DONGGUAN OFFICE

东莞市南城街道宏六路国金大厦21楼2102室

电话:0769 2302 7526

www.jianweishenzhen.com

上海 北京 深圳 昆明 武汉 长沙 杭州 天津 福州 南昌 南京 郑州 包头 西安 重庆 合肥
乌鲁木齐 成都 太原 济南 东莞 广州 青岛 大连 西宁 海口 兰州 贵阳 南宁 银川 哈尔滨