

垫资施工法律适用变化及案例评析 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/235/2021\\_2022\\_\\_E5\\_9E\\_AB\\_E8\\_B5\\_84\\_E6\\_96\\_BD\\_E5\\_c41\\_235835.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/235/2021_2022__E5_9E_AB_E8_B5_84_E6_96_BD_E5_c41_235835.htm) 垫资承包施工（又称带资承包施工），是长期以来在我国建设工程施工领域存在的一种承包方式，是指在工程项目建设过程中，承包人利用自有资金为发包人垫资进行工程项目建设，直至工程施工至约定条件或全部工程施工完毕后，再由发包人按照约定支付工程价款的施工承包方式。承包人垫资承包施工的问题，长期以来在建筑业界及法律界均是焦点和核心问题之一，并且在2003年被列为建筑行业八大法律问题之首位，一直受到国家行业行政主管部门的高度重视。建筑业界及法律界对于垫资施工问题的态度也一直存在较大的分歧，支持者的观点是，垫资施工屡禁不止，充分说明其符合市场经济规律，[1]并且也符合国际惯例，应当从立法层面给予解决。反对者则认为，垫资施工是导致建筑行业工程拖欠款、农民工工资拖欠款等众多问题产生的重要根源，垫资施工扰乱了市场秩序，应当强力给予禁绝。

### 垫资施工的三个发展阶段

#### 垫资施工的绝对无效阶段

1999年10月1日《合同法》颁布实施之前的一个阶段，可称之为垫资施工的“绝对无效阶段”。《合同法》颁布实施前，国家行业主管部门对于垫资施工的问题做出过多次规定，其中影响最为广泛和直接的是由建设部、财政部、国家计委在1996年6月4日颁布实施的《关于严格禁止在工程建设中带资承包的通知》（以下简称两部一委《通知》），该《通知》第四条明确规定：“任何建设单位都不得以要求施工单位带资承包作为招标投标条件，更不得强行要求施工

单位将此类内容写入工程承包合同。”第五条规定：“施工单位不得以带资承包作为竞争手段承揽工程，也不得用拖欠建材和设备生产厂家货款的方法转稼由此造成的资金缺口。”这一阶段，调整建设工程施工合同法律关系的法律法规主要有1983年8月8日由国务院颁布实施的《建设安装工程承包合同条例》、1986年4月30日颁布实施的《建筑安装工程总分包实施办法》以及1998年3月1日实施的《建筑法》。但是这些法律法规对于垫资施工均未做出规定。因此，这一时期人民法院对于建设工程施工合同纠纷案件的审理和判决中，也多参照该《通知》的精神，将垫资施工作为无效的民事法律行为进行处理和判决。主要观点认为“凡是关于垫资、带资、垫款等约定的条款，都是无效的；以带资、垫资作为合同生效和履行的先决条件或者要求全部垫资的，合同无效，合同的双方当事人应当根据各自的过错，分别承担相应的民事责任。”「案例一」1996年6月28日，合肥金菱里克塑料有限公司（以下简称“金菱里克公司”）与中国建筑第八工程局第三建筑公司（以下简称“八局三公司”）签订《中外合资BOPP工程施工合同》，约定八局三公司承包金菱里克公司中外合资BOPP工程土建、安装工程，双方在合同中约定了开竣工日期、承包范围、合同价款及质量等级等内容。双方在订立《中外合资BOPP工程施工合同》的同日，又另行签订了《协议》，约定BOPP工程由八局三公司带资施工，金菱里克公司不预付备料款，八局三公司累计施工工程量达到400万元，金菱里克公司开始向八局三公司预付工程进度款，并约定了如金菱里克公司不能按约定付款应当承担银行贷款利息等内容。合同订立后，八局三公司在同年8月31日进场施工，合

同履行至1998年6月26日，该工程经合肥市高新技术开发区工程质量监督站验收，结论为：总体情况一般，质量合格。之后双方因支付工程款的数额、工程质量、违约责任等协商不成，八局三公司于1999年1月6日向安徽省高级人民法院提出诉讼，请求判决金菱里克公司支付尚欠工程款、逾期付款违约金等。本案经法院审理，对于其中的垫资条款，法院认为“除垫资400万元条款违反建设部、国家计委、财政部《关于严格禁止带资承包工程和垫资施工的通知》的规定，应认定无效，其它内容不违反法律，应认定有效。”本案中安徽省高级人民法院对于垫资施工无效的观点，代表了这一时期在司法实践中各级法院的主流观点，案件具有标本意义。

垫资有效与无效各表一枝的阶段 1999年10月1日《合同法》颁布实施后至2004年12月31日最高法院《审理建设工程施工合同纠纷若干问题的司法解释》颁布实施止，可称之为“垫资有效与无效各表一枝的阶段”。《合同法》颁布实施后，最高人民法院在1999年12月1日颁布了《关于适用若干问题的解释（一）》，其中第四条明确规定：“合同法实施后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。”基于此，在这一阶段对于垫资施工的建设工程施工合同纠纷的处理，出现了两种观点，其一是认为确认垫资不违反国家的禁止性法律规定，理由是两部一委《通知》在法律位阶上既非法律也非法规，甚至并非部委规章，而仅属于部委规范性文件的性质，因此，根据《合同法》和最高人民法院的司法解释，《通知》不得引用为确定合同无效的依据。并且在《民法通则》、《合同法》、《建筑法》等法律

法规中对于垫资施工均无禁止性法律规定，因此应当确认该法律行为属于当事人的意思自治的范围，确认有效。而另一种代表性的观点则认为，垫资施工违背国家的反不正当竞争领域的禁止性法律规定，属于变相发放借款，因此应当确认为无效。在这一阶段的司法实践中，反映两种观点的判决均不同程度存在，造成了对于垫资施工问题处理的标准不一，使得建筑市场对于垫资的性质如雾里看花，一定程度上造成了市场混乱并导致不诚信的行为泛滥。「案例二」1994年4月20日，浙江义乌市伟业房地产开发公司（以下简称“伟业公司”）与浙江义乌市建筑工程有限公司（以下简称“建筑公司”）签订《建筑安装工程承包合同》，约定：建筑公司承建位于义乌市城北良种厂内的伟业大厦，双方在合同中具体约定了建筑面积、承包范围、开竣工日期、工程价款及违约金等等。合同签订后，建筑公司即开始施工，工程承包建设过程中，因伟业大厦工程增加建筑面积，经伟业公司与建筑公司协商，双方在合同履行过程中，另行订立了《建筑施工补充协议》，约定：建筑公司垫资40万元，伟业大厦竣工验收合格后一个月归还，不计息。该合同履行过程中，由于双方对于工程价款、工程质量发生争议，伟业公司向浙江省高级人民法院提出诉讼，在浙江省高级人民法院判决后，伟业公司因不服一审判决，向最高人民法院提出上诉，经最高人民法院审理结案。对于其中的垫资部分，最高人民法院认为“伟业公司与建筑公司签订的《建筑安装工程承包合同》有效，《建筑施工补充协议书》中由建筑公司垫资40万元的约定违反了反不正当竞争的法律规定而无效，补充协议的其他部分有效。”该判例经最高人民法院以法公布（2000）

第54号文件予以公布，供全国各地法院在裁判类似案件时参考。我国虽然不是判例法国家，但是最高人民法院审理并判决的典型案件，仍然对于各地法院处理类似案件具有指导意义。同样是在这一阶段，昆明官房建筑经营公司与昆明柏联房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案件也属典型案例，该案历经昆明市中级人民法院一审、云南省高级人民法院二审、最终当事人向最高人民法院提出申诉并重审结案，案件的审理过程更加充分反映了这一时期人民法院对于垫资施工问题的看法和观点。「案例三」1996年12月16日，昆明官房建筑经营公司（简称官房公司）与昆明柏联房地产开发有限公司（简称柏联公司）签订了《工程协议书》，约定由官房公司承建滇池路开发区金碧路拆迁安置房工程，建筑面积约为58724.45平方米，每平方米造价739元，合同总价款为43397368.55元。其中协议第四条第二款约定了工程款的支付：“本工程甲方（柏联公司）要求乙方（官房公司）全过程垫资施工，施工过程中发生的所有贷款利息由甲方承担。”同年12月17日，双方又签订了《建设工程施工合同》，该合同工程造价为500元/平方米，除未约定垫资条款外，其余主要条款均与12月16日签订的协议基本一致。合同履行过程中，因双方对于工程承包范围、工程款支付等问题产生争议，官房公司于1998年向昆明市中级人民法院提起诉讼，请求判令由柏联公司偿还拖欠工程款及违约金。本案经昆明市中级人民法院一审，认为“原被告于1996年12月16日订立的《工程协议书》中约定官房公司垫资的条款，违反了建设部、国家计委、财政部1996你那6月4日下发的建建（1996）347号文件《关于严格禁止在工程建设中带资承包的通知》，因此

双方签订的《工程协议书》无效。”本案一审判决后，官房公司向云南省高级人民法院提出上诉，经云南省高级人民法院二审，认为“原审法院依据两部一委文件确认《工程协议书》无效并无不当。”此后，官房公司对于原审法院确认《工程协议书》无效不服，向最高人民法院提出申诉，最高人民法院发函要求云南省高级人民法院对此案进行复查，云南省高级人民法院在复查期间，就“国务院各部委的规范性文件能否作为审判民事经济案件依据”的问题向最高人民法院请示。最高人民法院经研究，于2000年10月10日以（2000）经它字第5号函对云南省高院请示作出如下答复：人民法院在审理民事、经济纠纷案件时，应以法律和行政法规为依据。建设部、国家计委、财政部《关于严格禁止在工程建设中带资承包的通知》，不属于行政法规，也不是部门规章。从该通知的内容上看，主要以行政管理手段对建筑工程合同当事人带资承包进行限制，并给予行政处罚，对于当事人之间的债权债务关系，仍应按照合同承担责任。因此，不应以当事人约定了带资承包条款，违反法律和行政法规的规定为由，而认定合同无效。需要指出的是，本文引用的“案例二”由最高人民法院作出终审判决的时间是在2000年9月19日，而引用的“案例三”中最高人民法院给云南省高级人民法院答复的时间是2000年10月10日，二个案件处理的时间间隔不过21天，而人民法院在同类问题处理的意见上却相去甚远，对同类案件处理的不同结论，既充分反映了这一阶段法律适用的不统一，就结果而言也是有损司法权威的。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)