

建设工程施工合同若干问题探讨 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/455/2021\\_2022\\_\\_E5\\_BB\\_BA\\_E8\\_AE\\_BE\\_E5\\_B7\\_A5\\_E7\\_c59\\_455076.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/455/2021_2022__E5_BB_BA_E8_AE_BE_E5_B7_A5_E7_c59_455076.htm) 根据我国合同法第二百六十九条的规定，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。建设工程施工合同与勘察、设计合同并列为建设工程合同的主要种类之一，属于承揽完成不动产工程项目的合同。考虑建设工程本身的复杂性，实践中施工合同的签订问题层出不穷，而建设工程合同相当部分内容具有通用性，国家建设部、工商行政管理局于1999年制订了目前正在适用的建设工程施工合同示范文本。该文本分为协议书、通用条款、专用条款三个大的部分，通用条款的设计考虑比较全面且其在设计时没有设定双方协商的条款，因此对于当事人双方应该主要考虑协议书和专用条款的内容，而协议书和专用条款特别是补充协议的签订可能对合同的效力及履行产生巨大的影响。笔者通过为客户提供与建设工程施工合同相关的一系列法律服务过程，认为施工合同有很多法律问题值得进一步思考。本文作者拟结合实践中的出现的几个问题重点从当事人签订建设工程施工合同时应当考虑的若干问题的角度作一些归纳总结，并提出初步探讨意见。

一、违法工程与建设工程施工合同的效力 某些工程在进行建设施工发包时，其工程没有取得建设用地规划许可、工程规划许可、建设工程施工许可甚至土地使用权也不在发包方名下，该工程可能并不合法，那么在此情形下承、发包双方签订的建设工程施工合同的法律效力如何？一种意见认为，违法工程所签订的施工合同应当属于无效。理由是：任何一个建

设项目都要经历从立项、规划、用地、施工、销售直到竣工验收的审批登记手续。这些审批程序既相互独立又相互联系，而且有着严格的先后顺序，未办理前一审批手续，则后续的审批手续一般无法完成，而任何一个程序的审批手续没有完成之前，当事人就进行了实际的开发建设，致使工程项目处于违法状态，并使施工合同的标的物违法，其建设行为都可能被认定为违法，所建建筑则是违法建筑。对于以这样的建设内容为标的的建设工程施工合同，应当是合同内容违法，当然也是违法的，无效的。就像买卖双方签订合同买卖国家文物一样，因为合同标的物是国家禁止的，所以合同无效。虽然施工合同是双方当事人的真实意思表示，但这种真实意思表示所指向的内容或标的应当合法，否则便无效。不完全同意这种意见，施工合同是指发包人与承包人就工程的建筑施工签订的明确双方权利、义务的合同，其标的物是经过有关政府部门批准的准备建设的工程项目。一方面，施工合同的内容是合同双方对项目施工中权利义务的约定，并不是对项目本身进行约定，项目是否违法与合同本身是否有效没有必然联系，即使工程违法并不影响合同本身的法律效力，当事人约定的标的违法并不等于建设工程施工合同的内容违法，因而不能作为认定为合同无效的依据。另一方面，施工合同的履行结果如何和合同本身的效力没有任何联系，合同的效力只能以合同签订时是否违反法律规定为依据来判断其法律效力，不能因为合同履行过程而导致合同的效力发生变化。在我们的现实生活中，有很多房地产开发项目是采取合作开发，委托开发的名义进行，项目的相关手续包括土地使用权甚至可能根本就不在发包方名下，有些建设项目在没有

取得政府相关许可的情况下就签订了建设工程施工合同，或者甚至在取得土地使用权时就签订了建设工程施工合同然后再边施工边审批，更何况建设工程施工许可证须在建设工程施工合同签订后才可能办理，而没有施工许可的情况下进行的施工同样的违法的。笔者认为，上述情形都有可能导致工程违法，但不能仅因此而认定双方签订的建设工程施工合同是无效合同。存在上述情形时导致工程违法时，一方有过错的，应当根据其过错程度承担其相应的违约责任，并受到相应的行政处罚。

二、关于合同价款结算的约定在实践中的认定 按照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二十条的规定，当事人约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的，按照约定处理。笔者在实践中遇到下列情形，其竣工结算文件的效力有待探讨：在发包方和承包方的建设工程施工合同中，双方约定，承包方应当按照××定额计算工程价款，发包方应当在收到竣工结算文件后28天内答复，否则视为认可该结算文件。在该合同履行过程中，承包方未按双方约定按××定额计算工程价款，而是按照其他定额计算工程款，发包方收到该结算文件后，认为该文件不是按双方约定的标准计算，未予答复。为此，承包方以发包方在收到结算报告后在约定期限内未提出异议为由要求发包方按该结算报告付款。对于此案，一种意见认为，结算报告中的结算依据不符合双方约定，即应当认定该结算报告不是双方约定的竣工结算文件，因此发包方没有义务对该文件进行回复，因此承包方以此要求付款没有法律依据；另一种意见认为，基于建设工程施工合同履行的特殊性，双方约定该条款的目

的是要求发包人在合理期限内结束审价，履行合同约定的支付工程款的义务，平衡双方利益。在承包人提供的结算报告结算依据不符合双方约定的情况下，作为发包方更应该及时提出异议，否则应当视为发包方同意结算报告的标准和结果，放弃提出异议的权利。笔者同意后一种意见。

### 三、施工合同的签订与招投标的关系及其效力

根据我国建筑法、招标投标法及国有计委颁发的工程建设项目招标范围和规模标准规定，商品住宅项目属于关系社会公共利益、公众安全的公用事业项目的范围，依法应该采取公开招标的方式确定施工企业。按照上述法律规定，在招投标前发包方不得与施工方进行任何有关实质内容的谈判，在通过招投标后不得改变合同的实质内容。在笔者参与某商品房开发的建设工程施工合同签订中，发生如下情形，其效力值得探讨：在进行招投标前，施工方已经按照其与发包方的口头约定进行了实际施工。为满足行政机关的要求和法律的形式要求，发包方随后进行了公开招标、投标、开标、评标和中标一系列的程序，实际施工方成为本项目的中标人，并与发包方签订了建设工程施工合同。签订合同以后，双方又对工程量等进行了补充约定，相应的对工程价款进行了调整。那么这个案例中的建设工程施工合同和补充协议的效力如何，笔者认为，虽然本案发包方、施工方在招投标前进行了实质性的沟通，违反了法律的强制性规定，但由于后来双方通过招标投标方式进行招标后中标者即为实际施工人，根据我国理论界中合同效力补正的理论，该施工合同应为有效合同。在补充协议中双方对工程量和相应的工程款进行调整，并没有损害其他投标人的合法权益，应认定为有效。

### 四、施工合同签订主体及其效力

在

目前建设工程承发包活动中，作为发包方有可能存在多种形式，如委托开发、合作开发等情形，作为承包方有的资质不够而采用授权等方式来借用资质。那么如何来确定在这些情况下签订的建设工程施工合同的法律效力呢，笔者认为：签订建设工程施工合同时，与承包方签订合同的发包方可能并不是真正的项目所有人，如在委托开发房地产时，发包人可能就是受托房地产开发企业，而真正的项目所有人却是委托人；在合作开发房地产时，发包人可能只是负责项目开发的房地产开发企业，而另一方可能是出地方。对于这两种合同的效力，笔者认为根据合同相对性原理，合同只对签订合同的发包人有效，对另外的委托方或合作方是没有法律效力的。对于承包方没有资质时借用有资质的企业名称来承包企业，我们国家已经明令禁止，且在建设工程施工合同纠纷的司法解释中明确这种情况属于无效合同。笔者认为，不同情况下应该分别对待，不能一律认定为无效合同。如有些个体施工队没有资质，但他们可能会成为一个某有资质单位的项目部，成为该单位的一个分支机构，并接受该有资质的企业的统一指挥，统一管理，利用公司的设备等，在该单位的授权下签订建设工程施工合同并履行义务，至于其内部如何进行利益分配是其企业内部的管理问题，与合同效力没有关系。所以此种情形应当认定为合同有效。

### 五、建设工程施工合同书面形式的效力

合同法第270号规定：“建设工程合同应当采用书面形式。”尽管绝大多数建设工程施工合同都会采取书面形式订立，但有个别情况或个别时段承发包双方实际履行合同但没有采取书面形式的情形是经常存在的。关于书面形式的效力问题，目前有三种不同的观点。第一种认为书面形

式实际上是一个生效要件，不管法律规定还是当事人约定，书面形式都是一个生效要件，没有符合书面形式要求的合同就是无效的。第二种就是说成立要件，如果不符合书面形式要求的话，没有订立书面合同，合同是不成立的。第三种看法就是它是一个证据。笔者认为，建设工程施工合同是一种法律关系，它可以以多种形式表现出来，它可以以书面的形式表现，也可以以口头的形式表现。如果承发包双方在合同里明确要求必须采取书面形式，那么如果没有按照书面形式订立合同，可以看成合同不成立。合同法并未规定书面形式是合同的成立和生效要件，因此建设工程施工合同要求的书面形式仅只是一个证据效力问题。没有书面合同只能是表明可能没有足够的证据来证明合同关系是否成立或者合同的内容，使得证据效力受到影响，但是并不意味着合同关系不存在。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)