

审理建设工程施工合同纠纷案应注意的若干法律问题 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_AE_A1_E7_90_86_E5_BB_BA_E8_c122_483808.htm

《中华人民共和国建筑法》实施至今已为时五年多，但在审理建设工程施工合同纠纷案中，注意到《建筑法》的并不多，直接适用《建筑法》的有关规定进行裁判的更为少见。我认为这是审判中的一个误区，导致出现这一误区的原因在于法院在民事审判工作中，法官们比较熟识、惯用《合同法》与《民法通则》，对《建筑法》及其相关法律法规有所忽视，以致出现不公的判决。下面就审理建设工程施工合同纠纷案件应注意的若干法律问题谈谈个人的肤浅看法，以期抛砖引玉。

一、对合同的有效性审查。对合同的有效性审查，我们的习惯作法是从以下三个方面审查：1、当事人是否具有相应的民事行为能力；2、意思表示是否真实；3、合同内容是否违法。从这三个方面来审查合同是否有效并没有什么错误，问题的关键在于审查当事人是否具有相应的民事行为能力时，有的审判人员往往只是审查承包方的工商营业执照是否有建筑施工的经营范围。有则认为当事人具有相应的民事行为能力，合同有效；否则认为当事人不具有相应的民事行为能力，合同即为无效。不审查承包方是否具有施工资质。对合同内容是否违法的审查，往往只注意到是否违背公共利益，忽视《建筑法》及其相关法律法规对建筑行为的强制性规定。我国对建筑行为从建设用地、城市规划、招标投标管理等方面均实行政府管制，对建筑市场的管理是采取资格准入审查制度，不具备从事建筑活动主体资格的单位和个人不得进入建筑市场。因此

，我认为以下几种情况所签订的施工合同是无效的：1、应当招标而未经招标所签订的合同。《中华人民共和国招标投标法》第三条规定：（一）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；（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目进行工程建设必须进行招标。广东省人大常委会根据《招标投标法》制定了《广东省建设工程招标投标管理条例》，《条例》第十条规定：“（一）需要统筹安排的基础设施的项目总承包；（二）国家和地方的重点建设工程；（三）城市主干道、广场、交叉路周边的二级以上建筑物，城市大中型公共建筑，超高层建筑，用地面积二万平方米以上的居住小区和工业小区，城市主要街道的景观和广场，以及重点建设工程的设计；（四）建筑面积一千平方米以上或者工程发包价一百万元以上的单体房屋建筑和居住小区，以及工程发包价三百万元以上的工业、能源、交通、水利、市政等建设工程的施工等工程必须进行招标发包。凡是应当招标而未经招标所签订的合同违反《招标投标法》的规定，因而所签订的合同是无效的。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15条规定：“对应当实行公开招标的建设工程，发包人直接发包后，具备相应资质的承包人已开始履行合同的，不宜以建设工程未实行公开招标为由，认定所签订的建设工程施工合同无效。”笔者对此观点不敢苟同。2、未取得施工许可证而签订的施工合同。实行建筑许可制度，旨在有计划地进行基本建设投资、合法使用土地、合理布置城市规划与有效地保障建设工程质量和安全，这也是国际上的通行做法。

实行施工许可既可以监督建设单位尽快建成拟建项目，防止闲置土地，影响公共利益，又能保证建设项目开工后能够顺利进行，避免由于不具备条件盲目上马，给参与建设的各方造成不必要的损失。同时也有助于建设行政主管部门对在建项目实施有效的监督管理。《建筑法》第七条规定：“建筑工程开工前，建设单位应当按照国家有关规定向工程所在地县级以上人民政府建设行政主管部门申请领取施工许可证。

”第六十四条规定：“违反本法规定，未取得施工许可证或者开工报告未经批准擅自施工的，责令改正，对不符合开工条件的责令停止施工，可以处以罚款。”不取得施工许可证而签订的施工合同，违反以上法律规定，所签订的合同是无效的。

3、没有施工资质证书与超越资质等级承包工程所签订的施工合同。建筑市场实行严格的准入制度，国家对建筑市场的管理也主要是从从业资格许可方面加以管理。《建筑法》第十三条规定：“从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位，按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件，划分为不同的资质等级，经资质审查合格，取得相应等级的资质证书后，方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。”第十四条规定：“从事建筑活动的专业技术人员，应当依法取得相应的执业资格证书，并在执业资格证书许可的范围内从事建筑活动。”第二十六条规定：“承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。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。”第六十五条规定：“发包单位将工程发包给不具有相应资质条件的承包单位的，或者违反本法规定将建筑工程肢解发包的，责令改正，处以罚款。/超越本单位资质等级承揽工程的，责令停止违法行为，处以罚款，可以责令停业整顿，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书；有违法所得的，予以没收。/未取得资质证书承揽工程的，予以取缔，并处罚款；有违法所得的，予以没收。”

4、挂靠建筑施工企业所签订的施工合同。建筑施工业近年主要是挂靠经营，名为建筑施工企业与建设方签订合同，实际经营者是包工头。建筑施工企业只是收取包工头的管理费。因而一方面造成建筑施工企业下岗人数多，度日艰难；另一方面是建筑施工企业不参与工程的管理，造成工程质量低劣。挂靠经营主要表现为，一是包工头个人挂靠建筑施工企业，以企业的名义签订建筑工程施工合同；二是有施工资质的建筑施工企业办分公司，而分公司没有施工资质，分公司以总公司的施工资质承包工程，尤以第一种情况较为突出。《建筑法》第二十六条规定：“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。”第六十六条规定：“建筑施工企业转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本企业的名义承揽工程的，责令改正，没收违法所得，并处罚款，可以责令停业整顿，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书。”

挂靠经营违反法律规定，所签订的合同应为无效。

5、肢解分包工程所签订的合同。挂靠经营与肢解分包工程是孪生兄弟，包工头本身并没有施工队伍，揽到工程即临时雇用民

工施工。在实际施工中往往是把砌体、铁工、木工、门窗等工程肢解分包给闲散民工施工，不是一个固定施工队伍的内部专业分工。这种行为违反《建筑法》第二十八条“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。”的规定，应为无效。我国在基本建设方面是实行计划投资，对投资计划进行管制。要进行基本建设，必须资金落实与取得国家批准的投资计划。但由于目前在投资计划方面未有法律规定，只有行政规章规定。因而以下两种情况所签订的施工合同不宜认定无效。

一、未有取得国家批准的投资计划而签订的合同。基本建设投资应取得国家批准计划立项，这已是常识。在向建设行政主管部门申领施工许可证时就应当具备该建筑工程的土地使用证、规划许可证、投资许可证等“三证”。正常情况下，如果取得施工许可证就代表着已经有“三证”，因而《建筑法》只规定签订建设施工合同应当取得施工许可证，而不规定应当取得其他“三证”。由于行政收费的作怪，行政机关在审批有收费的事项时，为了单位的创收，往往审查不严，甚至违法审批，在未有取得投资许可证的情况下也给建设方颁发施工许可证。这种情况如何认定施工合同的效力。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8条规定：没有按国家规定的程序和国家批准的投资计划所签订的施工合同无效。笔者不敢苟同此观点。《基本建设程序》是国家计委、国家建委、财政部所颁发的行政规章，至今未有法律规定基本建设程序。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（一）第四条规定：“合同法实施以后，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。”也即是只能以合同违反法律与国务院的行政法规来认定合同无效，不得以合同违反地方性法规与行政规章来认定合同无效。未取得国家批准的投资计划而签订的合同所违反的是行政规章，而不是法律法规，因此不能认定合同无效。

、合同中带资、垫资条款。建设部、国家计委、财政部1996年6月4日颁发了《关于严格禁止在工程建设中带资承包的通知》，严禁带资、垫资承包工程，广东省政府对带资、垫资承包工程也有禁止性规定。《建筑法》也规定建设单位在向建设行政主管部门申领施工许可证时，必须建设资金已经落实。正常情况下如果取得施工许可证也就代表着建设资金已经落实，但近年建设行政主管部门对建设资金是否落实并不进行严格的审查，仍然出现大部分工程是以带资、垫资的形式承包，甚至是政府投资的工程也是以带资、垫资的形式承包，因而才出现拖欠工程款成为比较突出的社会问题。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16条规定，建设工程合同中带资、垫资的条款无效。笔者认为，带资、垫资的条款所违反的是行政规章与地方性规定，不是违反法律法规，因此不能认定合同中的带资、垫资条款无效。

二、对承包方的履约义务审查。近年法院受理的建设工程施工合同纠纷案大部分是发包方拖欠承包方的工程款，极少数为承包方拖延工期，如承包方拖延工期往往也是由于发包方不依时付款造成；个别案件是由于工程质量问题。因而大部分是承包方起诉，很少有发包方起诉。工程竣工交付使用后，由于发包方拖欠工程款而被起诉，因而法院审理的重点也放在工程总造价是多少，

已付工程款是多少，尚欠工程款是多少。一个建设工程施工合同纠纷案被简单地作为拖欠工程款来审理，很少注意承包方的其他义务，总误认为工程已交付使用，承包方的义务已经履行完毕。忽视《建筑法》及其相关法律法规。承包方除了交付合格的工程外，尚有如下义务：1、交付完整技术资料。《建筑法》第六十一条规定：交付竣工验收的建筑工程，必须有完整的工程技术经济资料。由于建筑工程施工大部分是挂靠经营，包工头没有专业的技术队伍，因而并不重视技术资料的整理与保管。虽然工程已经竣工交付使用，但并没有完整的技术资料随之交付给发包方。法院在审理建设工程施工合同纠纷案时也忽视承包方这方面的义务。2、签署工程保修书的义务。这是《建筑法》规定承包方的义务，如果是使用格式合同，合同条款中也有签署工程保修书的条款。3、开具建筑发票的义务。工程在建时，承包方往往是以借款的方式领取工程款，工程竣工后，承包方应该开具建筑发票给发包方入帐，冲抵借款，付款不足部分挂为应付款，这才能说发包方欠承包方的工程款。但往往在工程款未付足时承包方都不给发包方开具建筑发票。有的案件就因开票问题出现纠纷，而法院在审理中往往是不理睬发包方要求承包方开具建筑发票的要求。认为这是税务问题与建设工程施工合同纠纷案无关。笔者认为，这种理解并不正确。《中华人民共和国发票管理办法》第二十条规定：“销售商品、提供服务以及从事其他经营活动的单位和个人，对外发生经营业务收取款项，收款方应当向付款方开具发票；特殊情况下，由付款方向收款方开具发票。”第二十一条规定：“所有单位和从事生产、经营活动的个人在购买商品、接受服务以及

从事其他经营活动支付款项，应当向收款方取得发票。取得发票时，不得要求变更品名和金额。”由于承包方没有履行其开具建筑发票的法定义务，发包方有权拒绝付款。三、对无效合同的处理。由于工程已经竣工交付使用，无法恢复到合同前的状态，无法适用无效返还原则。因而法院对无效合同的处理，往往是一方面认定合同无效，另一方面却按有效合同处理。这种作法是一个误区。对无效合同应区别情况，分别作如下处理：1、个人挂靠施工企业签订的合同被确认无效后，不应收取综合管理费与法定利润。工程造价中，综合管理费是国家核定给建筑施工企业的管理费用，是施工企业的成本费用，法定利润是能使施工企业足以生存、发展的费用。个人挂靠建筑施工企业的名义签订建筑工程施工合同，实际经营者是包工头本人，并不发生施工企业的管理费用与成本费用，其取得的利益也并不是为了施工企业的生存与发展。因而在工程造价中应剔除综合管理费与法定利润，这才符合“没收违法所得”的立法意图。2、没有施工资质的企业以其他企业的资质承包工程造成合同无效，应按非等级企业结算工程造价。3、不能计算逾期付款违约金或利息。本人对“违约金”的理解是违约方给付守约方的惩罚性赔偿金。只有在合同有效的情况下才能论及违约问题，合同无效，因为双方的“约”不受法律保护，所以不能谈论违约问题。有时法院对个案的处理不是以违约金进行判决，而是以发包方给付承包方利息进行判决，虽然概念不同，但效果一样。本人认为判决利息没有法律依据。总之，审理建设工程施工合同纠纷案首先应适用《建筑法》，丢开《建筑法》及其相关法律法规来审理建设工程施工合同纠纷，是不可能作出

公正判决的。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