

无效建设工程施工合同的认定类型化研究

赵雅楠

(长沙理工大学 410004)

摘要: 无效建设工程施工合同的认定问题, 产生在理论研究层面和司法实务层面。在理论研究层面产生的问题主要集中在关于效力性强制规定和管理性强制规定的区分问题, 在司法实务层面上的问题主要集中在本文主要探讨的无效施工合同的类型化认定上。本文在对无效施工合同的基本理论做出简单阐述的基础之上, 分析其在实践中存在的主要问题, 进而对司法实践中存在的无效施工合同的类型做出总结和分析。

关键词: 建设工程施工合同; 无效合同; 主体资质; 转包; 违法分包

一、无效施工合同的基本理论

统计近些年的建筑合同纠纷, 关于判断合同是否有效的问题占大多数, 人民法院在审理有关于建设工程合同纠纷时, 首先对合同的性质进行确定, 然后就是对其效力做出判断, 合同效力的认定, 大致包括三个阶段: 合同成立; 合同有效; 合同生效。^[1]合同成立是事实判断, 有效是法律判断, 而生效既是事实判断也是法律判断。^[2]合同成立是当事人意思表示一致的结果, 一方当事人发出要约, 另一方当事人做出承诺, 合同即可成立。合同有效是指法律层面的判断, 根据《民法典》第 143 条的规定, 合同有效的要件主要包括: 具备民事法律行为; 意思表示一致; 不违背法律、行政法规的强制性规定; 不违背公序良俗。如果成立的合同中, 有任何一个要件不符合, 这个合同就会被认定为无效。合同的生效是指价值层面的判断, 合同合法成立并生效存续是双方当事人按照合同约定享有合同权利、履行合同义务的开始时间。^[3]根据《民法典》第 502 条的规定, 可以发现, 一般情况下是合同成立时就生效了, 但是如果具有具体的特殊情况, 合同也有可能是满足一定的条件才会生效, 比如: 附生效条件的合同等。

二、无效施工合同的类型

(一) 主体资质影响施工合同的效力

《民法典》在民事法律行为有效的构成要件中明确规定了, 行为主体需要具备相应的民事行为能力, 施工合同作为民事法律行为中比较特殊的一种, 依然需要合同当事人(发包方和承包方)具备相应的民事行为能力, 根据《中华人民共和国建筑法》(以下简称“建筑法”)第 26 条的规定和《建筑业企业资质标准》中的有关规定, 发包方和承包方进行建设工程活动必须具备相应的资质, 同时《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)》以下简称“新建工司法解释一”第一条中就明确规定了建设工程施工合同无效的四种情形, 此款条文规定资质条件致使合同无效的理由是基于哪个无效理论? 关于主体资质影响合同效力的情形有哪些? 值得我们进行探讨。

1、资质条件影响施工合同的理论依据

对于因为违反建筑企业资质管理制度而造成所签署的建设工程施工合同无效, 其是属于哪种类型的无效事由, 属于何种性质的无效合同, 学界存在不同的看法。^[1]

应当运用关于民事行为能力的理论来认定其为无效合同。建筑施工承包企业属于民法意义上的法人, 其签订合同时应该具备相应的民事权利能力和民事行为能力。在施工合同中承包人具备相应的建筑资质, 是法律、行政法规对承包企业的民事行为能力做出的特殊规定。^[4](2)应当运用法律的效力性强制规定的理论来认定其为无效合同。

建筑企业的资质管理制度属于效力性强制规定, 在建筑企业不具备相应资质的情况下承揽建设项目, 属于违反法律的效力性强制

规定。^[5](3)应当从法律规定背后的目的即维护社会公共利益来认定其为无效合同。法律法规之所以对建设工程企业的资质管理做出特殊的要求, 究其根本, 是为了对社会公共利益的维护。无论施工安全或是建筑物完成后其使用者的生命财产利益, 都是需要特别重视与维护的社会公共利益。^[6]

笔者更倾向于第三种观点, 主体资质影响合同效力的理论基础是“社会公共利益”的合理性:《建筑法》和《建筑业企业资质标准》中关于资质的有关规定, 究其立法目的, 主要是为了建筑行业的严格资格准入, 因为建设工程涉及社会公共利益, 稍有不慎, 就会造成“楼歪歪、楼倒塌”的事故, 损害无数民众的财产甚至是生命, 因此认定其无效的理论基础是危及社会公共利益的理由是合理的。

2、主体不符合资质条件的情形

《建筑法》及相关法律中均对承包人从事施工活动的资质条件做出严格限制, 这是因为在施工合同中, 发包人的主要义务是支付工程款, 承包人的主要义务是进行施工活动, 承包人是否具备相应的资质条件对建设工程的质量有着十分重要的作用。但是由于获取相关建筑资质程序繁琐、维护相关资质的成本较高, 为降低成本规避建筑企业资质管理制度, 建筑行业中承包人超越自身建筑资质从事建设活动、人证分离的现象大量存在, 在实践中存在的情形主要有以下两种:

(1) 承包人没有资质或者超越资质: 第一种为虽有企业法人资格, 但是不符合申领资质的条件, 属于没有资质。第二, 由于资质等级划分和种类划分比较细, 导致已经取得一项或者是几项资质的施工企业, 但是其取得的资质与其正在施工的资质要求不符。第三, 既没有取得法人资格, 也没有取得资质, 比如包工头个人或者是几个人组成的合伙。承包人未取得资质或者是超越资质对于建设工程的质量是没有保障的, 也违背了关于《建筑法》关于资质的管理规定, 从影响社会利益的角度来看, 合同也应当认定为无效。

(2) 承包人借用资质: 俗称“挂靠”, 在《建市规〔2019〕1号》^[7]中对挂靠行为做出了定义“挂靠, 是指单位或个人以其他有资质的施工单位的名义承揽工程的行为。”并且对挂靠的情形做出了分类, 包括: 无资质的借用有资质的情况、有资质的相互之间借用的情况, 但是在《新建工司法解释一》中对建设工程的承包人没有获得相应的资质导致合同无效, 仅规定了“挂靠”即无资质的借有资质的企业进行施工的情形, 所以对有资质的企业互相借用资质是否导致合同无效并没有做出明确的规定。建筑行业实行资质管理的最终目的就是为了保障工程的质量, 无资质的人借用有资质的行为, 使不具备某一技能和条件的承包人有可能会去承包力所不能的工程, 在这种情形下, 建设工程的质量无法保证, 也严重违反了资质管理的有关规定, 但是如果是具有资质的企业之间相互借用资质, 则不会导致工程质量的问题, 因为其本具有相应的能力和资质, 只是为了某种特殊的目的去借用资质, 所以该种情形导致合同无效并不合适。^[8]

(二) 主体意思表示不真实

施工合同中的主体意思表示不真实主要体现在“黑白合同”的问题上。对于黑白合同在《新建工司法解释一》中有规定：“黑白合同有冲突时，按照白合同来进行工程价款的结算。”但是最高法在司法解释中只规定了按照白合同结算价款，并没有对黑白合同的效力做出明确表述，所以对黑白合同效力的认定在实践中产生了多种观点，笔者认为，对于黑白合同效力的认定，不可一概而论，应该以黑白合同产生的时间点为界限来认定其效力：

(1) 当事人在招投标程序前，对于招投标的实质性内容进行磋商，事先签订施工合同，这个称为“黑合同”是当事人在履行合同的过程中实际按照履行的合同，之后为了使该合同具备合法性，进行形式上的招投标程序，签订“白合同”。对这一情形的认定《招标投标法》在第43条中做出了规定“在确定中标人前，招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判。”因此在该情形下，黑合同因为当事人对于应当进行招投标的项目没有进行招投标就签订了施工合同，合同无效；对于白合同，因为当事人在确定中标人之前就招投标实质性的内容进行磋商所以也无效。

(2) 当事人在签订中标合同后，就实质性的内容进行变更，又重新签订了施工合同。对于这一情形的认定，《招标投标法》第46条^[9]中也作出了相应的规定。但是在此情形下认定黑合同无效的仅限于黑合同对白合同的实质性内容做出了改变，所谓实质性的内容包括：工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等，^[10]如果没有对实质性的内容做出变更则不可认定为无效。

(三) 转包、违法分包的合同无效

在建设工程招投标和施工活动的过程中，转包和违法分包的情形层出不穷，究其原因是因为我国建筑工程领域的资源分配不均，通常在某个城市中，该城市的所有建设项目均被一些实力较强的企业所把控，其他实力较弱的施工人根本没有机会也没有实力去与其竞争，所以在其获得中标后，经过层层分包，转包的形式收取“管理费”，赚取差价。

1、转包的类型

在《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》中对转包的认定做出了比较细致的规定，主要包括九种情形。转包的实质是对于合同权利义务的概括转让，虽然《民法典》中明确合同当事人可以对债权债务进行转让，但是鉴于施工合同主体的特殊性，施工人需要具备相应的技能和资质才可进行施工活动，且招投标程序的意义就是公平竞争，转包的行为不仅使建设工程的质量没有保障，而且使招投标程序形同虚设，更是对发包人信赖利益的侵害。

2、违法分包的类型

分包有合法分包和违法分包之分，合法分包须满足以下几个条件：(1) 分包需取得建设工程发包人的同意；(2) 分包只可以进行一次分包即总承包人在从发包人处获得项目后，只可以对该项目的部分进行一次分包；(3) 必须是将该工程项目分包给具有相应资质的施工单位，不可分包给无资质的单位，这样可能构成“挂靠”关系；(4) 总承包人可以将承包工程中的部分工程发包给具有相应资质条件的分包单位，但不得将主体工程分包出去即不可“转包”。反之不具备上述四个条件之一的就属于违法分包，违法分包是指建设工程承包单位承包该项工程后违反法律法规的规定，将该单位工程的主体或部分分项工程再次分包给其他单位或个人进行施工的行为，《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》中规定了违法分包的六种情形。对于转包，不论发包人是否知情，该合同均属于无效合同；违法分包只是在合同中对于项目的部分进行转让，但是并不禁止劳务分包情形。

3、转包和分包对合同效力的影响

对于转包和违法分包的行为，均形成了两个合同，对于承包人和分包人/转包人之间的合同效力，在《新建工司法解释一》中均有规定，但是对于发包人和承包人之间的合同效力没有明确的规定。

实践中产生了两种观点：(1) 发包人和承包人之间的合同有效，理由是：承包人和发包人之间的合同不符合无效的情形，承包人经过招投标的程序，获得了中标的资格，具备相应的资质，并且和发包人也签订了施工合同，因此承包人和发包人之间不存在合同无效的情形。(2) 承包人和发包人之间的合同无效，理由是：虽然承包人和发包人之间签订了施工合同，但是因为存在转包/违法分包的情形，所以实际施工人并不是承包人，损害了发包人的信赖利益，并且对建设工程的质量造成很大的隐患，因此该合同违背社会公共利益，属于无效合同。

笔者认为，发包人和承包人之间的合同效力应当分情况讨论：

(1) 如果发包人明知承包人转包或者违法分包，还与承包人签订施工合同；或者是发包人先就与实际施工人约定好的情形，该合同应当属于无效合同，根据《民法典》的规定，发包人和承包人恶意串通损害国家利益、社会公共利益的，该合同无效。(2) 如果发包人不知情，则发包人和承包人之间签订的合同是有效的，因为不存在合同无效的情形，其次如果是违法分包的情形中，承包人还存在没有转让出去的部分工程，如果主张合同无效，不利于发包人利益的保护，发包人就失去了对承包人主张违约责任的权利。

三、结语

合同的效力是指合同的法律约束力，体现为合同的履行力，它涉及合同的有效和生效问题，其实质是合同是否受法律保护的问题。在建筑业不断发展的同时，在法院处理施工合同纠纷中，合同无效的情形仍然占据大多数，主要包括：当事人主体资质对合同效力的影响；转包、违法分包对合同效力的影响；当事人意思表示不真实对合同效力的影响等。虽然《建筑法》及其相关的司法解释中均规定了合同无效的情形，但是在实践中，合同无效的认定仍然存在很大的不确定性和模糊性，其主要的原因是对施工合同无效的情形没有进行清楚的认定，并且对导致其无效的原因没有进行分析，再加上对效力性强制规定和管理性强制规定的区分不清，更加导致了在纠纷解决过程中，认定施工合同无效的不确定性和随意性。

参考文献：

- [1] 张黎. 建设工程合同效力的研究[D]. 长春工业大学, 2020.000271.
 - [2] 宋宗宇. 建设工程合同效力研究[J]. 重庆建筑大学学报, 2005(02): 100-104.
 - [3] 金可为. 建设工程施工合同效力与工程质量对工程款结算的影响[J]. 人民司法, 2008(03): 53-58.
 - [4] 王丽雯. 建设工程施工合同无效问题研究[D]. 湖南工业大学, 2021. DOI: 10.27730/d.cnki.ghngy.2021.000184.
 - [5] 王建东, 毛亚敏. 建设工程合同的主体资格[J]. 政法论坛, 2007(04): 171-177.
 - [6] 李有星. 高效. 主体资质影响合同效力之理论探析——以建设工程合同为例[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2015, 45(05): 70-80.
 - [7] 《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》建市规[2019]1号。
 - [8] 唐倩. 挂靠施工合同的效力分析[J]. 法律适用, 2019(05): 82-90.
 - [9] 《招标投标法》第46条 招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。
 - [10] 《建设工程司法解释一》第二条规定：招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。
- 作者简介：赵雅楠，山西运城人，现就读于长沙理工大学法学专业，硕士研究生，研究方向民商法学。