

建设工程合同效力研究*

宋宗宇^{1,2}

(1. 重庆大学 建筑法研究所, 重庆 400045; 2. 西南政法大学 研究生部, 重庆 400031)

摘要: 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。工程分包与工程总包、承揽分包、联合承包有密切联系, 但与工程转包有本质不同。建设工程合同无效的原因表现形式多样, 在处理无效建设工程合同时, 应根据具体情况, 除要求当事人以恢复原状、折价补偿、赔偿损失、收缴财产等方式承担责任外, 还要承担相应的行政责任。

关键词: 合同成立; 分包与转包; 合同无效; 法律后果

中图分类号: TU723.1 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-7329(2005)02-0100-05

Study on the Effect of Construction Contract

SONG Zhong-yu^{1,2}

(1. Research Institute of Construction Regulations, Chongqing University, Chongqing 400045, P. R. China; 2. Southwest University of Politic Science and Law, Chongqing 400031, P. R. China)

Abstract: In dealing with the construction contract, to establish a contract is a result of judgment of facts, to be valid is a result of judgment of law and to come into force includes both above two. There is some close relation between subcontracting construction partly and general contracting, contract subcontracting, joint contract, but is different from subcontracting construction wholly in nature. The reasons, causing construction contract to be null and void, are various. In dealing with invalid ones, the clients should be claimed to undertake some responsibilities according to different conditions. These responsibilities involve relevant administrative responsibility in addition to civil responsibility such as reimbursement, compensation at a discount, restitution of damages and taking over the property.

Keywords: contract being tenable; subcontracting partly and subcontracting wholly; invalid contract; legal consequence

1 建设工程合同效力的法理分析

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。合同的法律约束力包括三个方面: 一是履行合同约定义务(又称“实际履行义务”); 二是不得擅自变更或解除合同; 三是履行合同隐含义务(又称“随附义务”)。合同的效力以合同成立为前提, 一般产生于合同成立之时。

就合同成立和有效而言, 成立是一种事实判断, 成立规则是一套关于合同关系的法律事实构成规则, 它只能作成立和不成立两种事实判断, 而有效是一种法律判断, 其目的在于识别某一合同是否符合法律精神和规定, 能否取得法律认可的效力。合同一旦成立, 就宣示合同订立阶段的完成, 它是判断合

* 收稿日期: 2005-01-04

基金项目: 重庆市高等学校优秀中青年骨干教师资助计划子项目(2005[2]); 重庆市建筑业协会(21273)

作者简介: 宋宗宇(1968-), 男, 四川达州人, 副教授, 博士生, 主要从事房地产法和建筑法研究。

同是否有效和生效的前提。成立仅要求合同双方或多方当事人就合同的主要条款达成意思表示一致即可,体现了当事人的意愿,强调在合同成立过程中当事人的合意。合同有效则应具备行为人具有相应的民事行为能力、意思表示真实、不违反法律和社会公共利益这三个条件,体现国家法律对合同的评价,反映国家对合同的干预。

依据已成立的合同是否符合民事法律行为的有效构成条件,可将合同划分为有效与无效,这是一种法律评价、法律判断。评价为有效则对双方当事人产生预期的法律约束力,评价为无效则不产生预期的法律约束力。但评价为有效的合同“具有法律约束力”并不意味着该合同对当事人具有了完整的、全部的法律约束力。有效合同在何种范围内发生法律约束力,还要视合同是否生效而定。有效但未生效的合同仅具有两个方面的法律约束力,即当事人不得擅自变更或解除合同和须完成合同生效前的通知、协助、报批、登记等合同隐含义务。至于按照合同约定实际履行自己义务这方面的法律约束力,在合同有效但未生效期间并不发生。合同生效与未生效是依据成立且有效的合同是否符合法定或约定的使合同义务得以实际履行的条件而进行的一种划分。成就条件的合同即生效,从而在有效合同已有法律约束力的基础上,又产生了实际履行约定义务的法律约束力。未成就条件的合同不生效,不具有实际履行约定义务的法律约束力。就条件是否成就而言,合同生效是一种事实判断;就是否具有实际履行合同约定义务的法律约束力而言,合同生效又是一种法律评价。

通过招标投标方式订立合同的,中标通知书发出后,即对招标人和中标人双方产生法律上的约束力,合同即告成立。我国合同法第36条规定“依法成立的合同,自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的依照其规定。”这是关于合同生效的一般规定。但是,由于招标投标方式的特殊性,合同生效时间比较特殊,国际上大致有三种不同的做法:一是招标人向中标人发出中标通知书时开始生效,即自合同成立时生效。这种做法符合我国《合同法》的一般规定;二是中标人在符合其投标的书面合同上签字时合同生效,即签订书面合同时合同生效;三是合同报请行政主管部门批准时生效。除第一种做法外,后两种做法都表明,合同成立与合同生效有一定的时间间隔,合同成立并不意味着合同马上生效。

我国《招标投标法》第46条规定,“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起30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。”于2005年1月1日起施行的《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21条规定:“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的,应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。”这些强制性规定表明,对建设工程合同生效问题,我国采取上述第二种做法。值得注意的是,招标人与中标人双方签订的书面合同,仅仅是将招标文件和投标文件的规定、条件和条款以书面形式固定下来,招标文件和投标文件是该合同的依据。因此,订立书面合同不得要求投标人承担招标文件以外的义务或修改投标文件的实质性内容,更不能背离合同实质性内容另外签订协议。

在一般情况下,采取直接发包形式订立建设工程合同时,有效和生效这两个阶段是重合一致的。但在附法定或约定条件的建设工程合同中,这两个阶段是前后相继的。在生效条件成就与否和法律约束力范围大小方面,生效的建设工程合同与有效但未生效的建设工程合同存在差别。但是,凡已产生法律约束力的建设工程合同,无论是已生效还是有效但未生效的建设工程合同,只要当事人违反法律约束力所包含义务都构成违约行为,应承担违约责任。

2 工程分包与工程转包的效力

工程分包与工程转包是在建设工程合同实践中经常出现的经营方式,两者有许多相似的地方,但有本质不同,实践中容易混淆,有必要对二者及其效力予以澄清。

2.1 工程分包的效力

工程分包,是指已经与发包人签订建设工程合同的总包人或勘察人、设计人、施工人与第三人签订

合同,将其承包的工程建设任务的一部分交给第三人完成。

1) 工程总包与工程分包。总包人或者勘察人、设计人、施工人与发包人之间签订的建设工程合同称为总包合同,总包人或者勘察人、设计人、施工人与第三人之间签订的建设工程合同称为分包合同。虽然总包合同与分包合同是两个合同,合同当事人也不一致,但合同标的是有联系的,即分包合同的标的是总包合同标的一部分。在总包人将工程的某一部分交由第三人完成时,总包人仍然是总包合同的当事人,但发包人不是分包合同的当事人。对交由第三人完成的部分工程,总包人应当与第三人共同对发包人承担连带责任。分包合同依附于总包合同而存在,具有从属性,没有总包合同,自然无分包合同可言。总包合同无效,分包合同自然无效,但分包合同的成立和效力却不影响总包合同的效力。分包合同与总包合同的区别还在于,分包合同的生效以发包人同意为条件,未经发包人同意,总包人与分包人订立的分包合同无效。

2) 承揽分包与工程分包。承揽合同是定作人将其部分工作交与第三人完成,具有分包的性质,它与建设工程分包合同类似。不同的是,在当事人无特别约定情况下,承揽合同中的承揽人有权将部分辅助工作交与第三人(也称次承揽人)完成,无须取得定作人的同意。而在建设工程合同中,由于合同标的的特殊性,总包人将其中部分工作交与第三人完成时,须取得发包人同意,即当事人没有特殊约定的,总包人不得将部分建设工程工作交与第三人(分包人)完成。由于存在此差异,导致分包后的法律后果也不同。承揽合同分包后,次承揽人就完成的工作向承揽人负责,而不向定作人负责。就次承揽人完成工作的瑕疵及违约责任,定作人只能向承揽人主张权利,而不能直接向次承揽人主张权利。而建设工程合同分包后,分包人就完成的工作不仅直接向总包人负责,而且直接向发包人负责。发包人就分包人完成工作的瑕疵及违约责任不仅可以向总包人主张权利,也可以直接向分包人主张权利。但是,在承揽人或总包人对次承揽人或分包人的工作瑕疵及违约行为向定作人及发包人承担责任后,承揽人或总包人都无权向次承揽人或分包人追偿。

3) 联合承包与工程分包。联合承包是指在大型建设工程或结构复杂的建设工程中,可以由两个以上的承包商共同联合承包,并且共同承包人对承包合同的履行承担连带责任。大型建设工程的划分是按总造价或建筑面积大小来划分的,而结构复杂的建设工程则是指专业性较强的建设工程。联合承包各方对承包合同的履行承担连带责任,但与工程分包合同中总包人与分包人之间的连带责任并不完全相同。在工程分包合同中,总包人就分包人完成的部分建设工程承担连带责任,而分包人对非由其完成的总包人的其他建设工程不承担连带责任。同时,分包人对其完成的建设工程向发包人承担责任,但分包人并非总包合同的当事人而只是债务承担人。而在联合承包合同中,各个共同承包人均是承包合同的当事人,均直接对发包人享有相应的权利义务。

2.2 工程转包的效力

工程转包是指在承包建设工程以后,承包人以赢利为目的,将其承包的工程建设任务部分或全部转让给第三人,不对转让的工程建设任务承担任何技术、质量和经济责任的行为。在合同理论上,工程转包属合同权利义务的一并转让。合同一经转让,转让人退出原合同关系,受让人取得原合同当事人的地位,由受让人对原合同权利义务承担法律责任,转让人对受让人的一切法律责任不承担连带责任。

工程转包是建筑市场内经常出现的违法现象,也是引起建设工程质量问题的重要原因。一方面,由于我国法律对建设工程承包人有严格的资质要求,不具有相应资质要求的企业不能参与投标,不能承包工程,为此,一些不具备承包资格的企业或个人通过从承包人手中转包工程来达到承包工程的目的。另一方面,有相当部分承包人在承包建设工程以后,纯为“牟利”目的将承包工程转包给他人,从中收取高额的“管理费”,更有甚者层层转包、层层“扒皮”,致使直接完成工程建设任务的承包人不得不偷工减料,粗制滥造,严重影响工程质量和工期。这是造成工程质量低下、建筑市场混乱的一个重要因素。许多工程在出现质量事故后,都会发现有类似的情况。针对建设市场存在的这些问题,为防止承包人通过转包渔利又不承担相应的法律责任,法律已明令禁止工程转包行为。

工程转包和工程分包的相同之处在于,二者都是由第三人完成承包工程的部分工作。但在工程分

包中,承包人与分包人承担连带责任,而在工程转包中,转让人与受让人不承担连带责任。工程分包是在发包人同意的情况下,为法律所允许,而转包为法律所禁止。

3 无效建设工程合同成因分析

无效建设工程合同,是指虽然成立但不具备法定有效条件,不能发生预期法律约束力的建设工程合同。我国《合同法》第52条把五种违法性质比较恶劣、后果比较严重、又在市场交易中出现较多的情形规定为合同无效的原因。结合法律规定和司法实践,引起建设工程合同无效的原因主要包括:

1) 不具有从事建筑活动主体资格的企业或个人签订建设工程合同。从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位和设计单位,在注册资本、专业技术人员、技术装备和完成的建筑工程业绩等方面应当具备相应条件,取得相应的资质等级证书后,方可在其资质许可范围内从事建筑活动。公民个人和未取得建筑业企业资质等级证书的企业是不具有建筑活动主体资格的,不能签订建设工程合同。

2) 超越资质等级签订建设工程合同。订立建设工程合同时,建设工程的承包人(包括勘察人、设计人、施工人)不仅应当具有建设行政主管部门颁发的资质证书,而且应当在其资质等级范围内从事建筑活动。《建筑法》第26条规定,“禁止建筑施工企业超越本企业的资质等级许可的业务范围承揽工程。”

3) 违反招标投标法律规定而订立建设工程合同。违反招标投标强制性规定签订的建设工程合同无效,常见情形主要有:应当招标的工程而不招标;招标人隐瞒工程真实情况,如建设规模、建设条件、投资、材料的保证等;招标人或招标代理机构泄漏应当保密的与招标投标活动有关的情况和资料;招标代理机构与招标人、投标人串通损害国家利益、社会公共利益或者他人的合法权益;依法必须进行招标的项目招标人向他人透露已获取招标文件的潜在投标人的名称、数量或者可能影响公平竞争的有关招标投标的其他情况;依法必须进行招标的项目招标人泄露标底;投标人相互串通投标或者与招标人串通投标;投标人向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标;投标人以他人名义投标或以其他方式弄虚作假,骗取中标;依法必须进行招标的项目,招标人违反招标投标法的规定,与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判;招标人在评标委员会依法推荐的中标候选人以外确定中标人;依法必须进行招标的项目在所有投标被评标委员会否决后,自行确定中标人。

4) 投资计划没有取得国家批准签订建设工程合同。建设工程本身特点决定了计划对建设工程合同仍然具有重要意义。《合同法》第273条规定,国家重大建设工程合同,应当按照国家规定的程序和国家批准的投资计划、可行性研究报告等文件订立。建设工程合同的计划性主要表现在由国家投资兴建的工程,以及国家对一些建设工程如楼堂馆所等方面。这些建设工程合同,如果违反国家计划,属于无效合同。

5) 发包人违反法律规定将建设工程肢解发包。《建筑法》第24条规定,提倡对建筑工程实行总承包,禁止将建筑工程肢解发包。建筑工程的发包单位不得将应当由一个承包人完成的建筑工程肢解成若干部分发包给几个承包单位。

6) 承包人违反法律禁止性规定而签订工程分包合同。我国《建筑法》第29条明确予以了规定,常见情形包括:承包人未经发包人同意,擅自将自己承包的工程分包给他人的行为;承包人将其承包的工程分包给不具备相应资质等级的第三人的行为;承包人将主体结构或关键性部分的施工分包给第三人;承包人将其承包的全部建设工程肢解以后,以分包的名义分别转包给第三人;分包单位将其承包的工程再分包或转包的。

7) 承包人违反法律禁止转包或变相转包规定而签订工程转包合同。《建筑法》第28条规定,“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人,禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解后以分包的名义分别转包给他人。”

8) 挂靠建筑企业签订建设工程合同。主要情形包括不具有从事建筑活动主体资格的个人、合伙组织或企业以具备从事建筑活动资格的建筑企业名义承揽工程;资质等级低的建筑企业以资质等级高的建筑企业名义承揽工程;不具有工程总包资格的建筑企业以具有总承包资格的建筑企业名义承揽工程。

4 无效建设工程合同的处理

《合同法》第58条规定,合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。《合同法》第59条规定,当事人恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的,因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。建设工程合同作为合同的一种,其无效的处理除应遵循合同法的一般原则规定外,又有其自身突出特点,应根据具体情况作具体分析。

1) 勘察设计合同无效的处理。勘察设计合同被确认无效后,合同没有履行的,不得履行。已经履行或者履行完毕但发包人尚未支付报酬的,就勘察人、设计人在勘察、设计中支付的费用,按下列原则处理:合同无效系勘察人、设计人的过错,由勘察人、设计人自行承担;发包人有过错的,由发包人承担;双方都有过错的,按过错程度分担。发包人已经支付报酬的,勘察人、设计人应当返还给发包人,就勘察人、设计人因履行无效合同而花费的支出,仍按上述原则处理。

2) 施工合同订立后尚未履行前被确认无效的处理。施工合同订立后实际履行前被确认无效的,双方当事人均不能继续履行。因无效施工合同致使当事人遭受损失的,由有过错一方负责赔偿。都有过错的,依过错大小承担责任。

3) 施工合同已经履行或履行完毕被确认无效的处理。施工合同已经履行或履行完毕而被确认无效的,处理起来比较复杂。一般而言,在合同被确认无效后,应当立即停止履行,然后按下列规则处理。

(1) 恢复原状。即承包人将完成的工程或部分工程拆除。发包人支付价款的,承包人应当返还,承包人、发包人依所有权取回属于自己所有的财产。这种处理方法一般适用于下列情况:一是工程质量低劣,已无法补救,并对社会公众形成危险的;二是工程严重违反国家有关计划或者规划的。

(2) 折价补偿。折价补偿是将完成的建设工程归发包人所有,对承包人所付出的劳动由发包人按概算方式折价补偿给承包人。一般以承包人的实际支出为限进行折算,但不包括承包人的利润。

(3) 赔偿损失。主要包括订立施工合同的费用(如招标投标费用),以及为履行合同做准备的损失,如原材料购买、设备购买、设备租用、准备期间的工资等。赔偿损失多与返还财产或折价补偿并用。

(4) 收缴财产。对于当事人通过订立无效施工合同,损害国家、集体或者第三人利益的,对当事人因此而取得的利益应当收归国家所有,或者返还集体、第三人。

建设工程合同无效的,除承担上述责任外,还应当承担行政责任。无效建设工程合同当事人承担行政责任的方式主要有:责令改正。如未订立书面形式合同的,如果其他条件合格,可以责令当事人补签书面合同;责令停业整顿,如承包人超越资质等级承包工程的,除责令停止违法行为外,可以责令停业整顿;降低资质等级。如设计单位设计的工程不符合标准,造成工程质量事故的,可以降低其资质等级;吊销资质证书。如承包人将工程转包或非法分包,情节严重的,可以吊销其资质证书;罚款,罚款可以使当事人丧失获得既得利益的可能性,使当事人在订立无效建设工程合同时,就知道自己并不会从无效合同中取得任何利益,而且还要遭受处罚,当事人就不会轻易违法。

参考文献:

- [1] 黄强光. 建设工程合同[M]. 北京:法律出版社,1999.
- [2] 宋宗宇. 建筑合同法原理与实务[M]. 重庆:重庆大学出版社,2001.
- [3] 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意见[J]. 判例与研究,2001,(1):18-20.
- [4] 国家发展计划委员会. 招标投标法操作实务[M]. 北京:法律出版社,2000.
- [5] 宋宗宇. 建设工程合同溯源及特点研究[J]. 重庆建筑大学学报,2003,25(5):87-92.
- [6] 宋宗宇. 建设工程合同成立程序研究[J]. 重庆建筑大学学报,2004,26(3):93-98.