

学校编码: 10384

分类号 _____ 密级 _____

学号: X2010120042

UDC _____

建设工程合同无效认定及其法律后果研究

厦门大学

硕士学位论文

黄雪

建设工程合同无效认定及其法律后果研究

Invalidity of Construction Contracts Identification and
legal consequences

指导教师
黄健雄教授

黄雪

指导教师姓名: 黄健雄教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2013年11月

论文答辩时间: 2013年 月

学位授予日期: 2013年 月

厦门大学

答辩委员会主席: _____

评阅人: _____

2013年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学博硕

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1.经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2.不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

随着中国社会转型和经济快速发展，城市化进程步伐不断加快，建设项目数量持续增长。与此同时，建设工程合同法律问题也日益受到关注。

文章从建设工程合同的性质和效力认定入手，分析建设工程合同在法律规定中的归类和定位，文章认为，国家法律法规对建设工程合同的主体有严格的条件限制，合同的标的被限定在一定的范围内，合同的订立需要经过法律法规规定的特别程序，没有达到这些要求，合同就无法成立和生效。而面对建设工程合同纠纷，合同效力的认定是解决纠纷的基础，合同有效或者无效，对纠纷的处理结果起着重大影响，效力的认定不正确，纠纷处理就有可能出现不公平甚至错误的结果。而这也是建设工程合同纠纷解决的难点问题。尽管，《合同法》中对合同无效的规定都是从理论和原则的角度较为宏观的规定，司法实践中更多的是依据法律和司法解释中列出的具体情形来判定建设工程合同效力的认定。

文章选取建设工程合同无效认定及法律后果研究为论题，通过对导致合同无效的各种情形进行归纳梳理，阐述合同无效的一般处理原则、过错责任分配、赔偿责任的承担方式等，总结司法实践中对建设工程合同认定无效的具体做法，以及有哪些救济手段可以弥补合同无效对当事人和社会公众利益的损失，对已竣工验收合格的工程利润提出了，由指定法院或者相关行政监管机构提存的处理办法。

关键词：建设工程合同；合同无效；法律后果

ABSTRACT

With China's rapid economic development and social transformation, accelerating the pace of urbanization, the number of construction projects continued growth. Meanwhile, the construction contract legal issues are gaining attention.

Article from the construction contract of the nature and effectiveness of identification, analyzes the construction contract in the legal provisions of the classification and localization, the article that national laws and regulations on the subject construction contract has strict conditions, is limited to the subject of the contract within a certain range, of contracts need to go through special procedures, laws and regulations, does not meet these requirements, the contract can not be established and effective. In the face of construction contract disputes the validity of contracts identified as the basis for resolving disputes, the contract valid or invalid on the outcome of the disputes plays a significant impact on the effectiveness of identification is not correct, there may be disputes unfair and wrong results. This is also the construction contract dispute resolution and difficult problems. Although, the "Contract Law" provisions of the contract are invalid theories and principles from the perspective of more macroscopic regulations, judicial practice is more in accordance with law and judicial interpretation to determine the specific circumstances listed building works contracts binding identified.

Article selected construction contract invalid identification research topics and legal consequences, lead to avoidance of the contract by summing combing various scenarios to explain the general principles of contract is invalid, assign fault liability, liability commitments methods, summarized judicial practice the construction contract to be invalid for the specific practices and remedies which the parties can make the contract void and the loss of public interest, for the final acceptance of the project has been profits made by the designated court or administrative regulatory agencies withhold relevant approach.

Keywords: Contract For Construction Project; The Contract Is Invalid; Legal Consequences.

目 录

前 言	1
第一章 建设工程合同的性质和效力认定	2
第一节 建设工程合同的性质	2
一、建设工程合同在合同法中的归类.....	2
二、区分建设工程合同与承揽合同的意义.....	3
第二节 建设工程合同的效力认定	3
一、合同无效认定是法院审理建设工程合同案件的难点.....	3
二、认定建设工程合同无效的法律依据.....	4
第二章 建设工程合同无效常见情形分析	6
第一节 建设主体资质缺失或超越资质	6
一、未取得任何资质证书直接承揽建设工程导致合同无效.....	6
二、超越资质订立建设工程合同导致合同无效.....	6
三、施工单位借用其他有资质或资质高建筑施工企业名义承揽工程.....	8
第二节 转包的建设工程合同	9
一、转包合同无效不当然影响原合同的效力.....	9
二、劳务分包不属于建设工程转包.....	10
第三节 违法分包的建设工程合同	11
一、违法分包合同无效并不当然影响原合同效力.....	11
二、适度限制工程分包是对建设行业发展和建设单位利益的保护.....	12
第四节 违反招标强制规定或者中标无效订立的建设工程合同	13
一、法律规定强制招标范围的建设工程没有进行招标即签订合同.....	13
二、必须招标的建设工程项目因违规行为中标无效导致建设工程合同.....	14
第三章 建设工程合同无效的法律后果及其处理原则	15
第一节 合同订立后尚未开始履行被确认无效	15

一、无效建设工程施工合同赔偿责任的确认标准.....	15
二、合同订立后尚未开始履行被确认无效的处理原则.....	15
第二节 合同已开始履行被确认无效	16
一、工程价款、工程验收不合格的返还财产.....	16
二、折价补偿的计算方式选择.....	17
三、赔偿损失的范围以及过错的认定.....	18
四、追缴非法取得的财产.....	19
第三节 司法实践中建设工程合同无效的处理	20
一、发包人明知或故意追求实际施工人借用资质订立的合同无效.....	20
二、无效建设工程合同工程造价的结算方式与利润分配.....	20
三、无效建设工程合同当事人对损害赔偿责任的承担.....	22
结 语	24
参考文献	25

厦门大学博硕

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 Construction contract of the nature and effect of identified	2
Subchapter 1 The nature of construction contract	2
section 1 Construction contract are classified in the Contract Law.....	2
section 2 Distinction between construction contract with the meaning of Contracts	3
Subchapter 2 Recognized the validity of the Construction Contract	3
section 1 The contract is considered invalid court cases difficult construction contract.....	3
section 2 Identified construction contract invalid legal basis	4
Chapter 2 Common scenario construction contract is invalid	6
Subchapter 1 Construction of the main qualifications are missing or beyond qualification	6
section 1 Construction contract without qualification	6
section 2 Entered into a construction contract beyond its qualification	6
section 3 Contractor borrow other qualification or higher notional contract construction enterprises Construction.....	8
Subchapter 2 Subcontract construction contract	9
section 1 Invalid subcontract does not affect the validity of the original contract	9
section 2 Subcontract labor construction subcontract does not belong	10
Subchapter 3 Illegal subcontracting construction contract	11
section 1 Illegal subcontracting contract is invalid does not affect the validity of the original contract.....	11
section 2 Restrictions subcontract construction industry will help protect the interests of development and construction unit	12
Subchapter 4 Violation of mandatory tender bid invalid or construction	

	contract entered into.....	13
section 1	Mandatory tender construction contracts without tenders being.....	13
section 2	Construction mandatory tender bid was invalid because of irregularities in Construction Contracts.....	14
Chapter 3	Construction contract invalid and principles of the legal consequences	15
Subchapter 1	Not yet begun to fulfill the contract is confirmed as invalid	15
section 1	Construction contract invalid standard of liability	15
section 2	Principles of avoidance.....	15
Subchapter 2	The contract has begun to perform is confirmed as invalid.....	16
section 1	Project cost , project acceptance unqualified return of property	16
section 2	Discount calculation of compensation.....	17
section 3	The scope of damages and fault identification	18
section 4	The property of the recovered illegally obtained.....	19
Subchapter 3	Judicial practice construction contract ineffective treatment	20
section 1	The employer knowingly or intentionally pursue actual construction loan quality contract invalid.....	20
section 2	Invalid construction contract settlement project cost and profit distribution	20
section 3	Invalid construction contract parties to bear liability for damages	22
Conclusion	24
Bibliography	25

前 言

伴随城市建设发展而来的是大量的建设工程合同纠纷，特别是一些大型的建筑企业，其承揽的建设工程遍布全国，在法院起诉的建设工程纠纷也遍布全国。每个建设工程都是由具体的环节组成，这些环节涉及到人、财、物等方面，而且建设工程通常都有工期较长的特点，可能产生问题的地方也是非常多，所以订立严谨、规范、有效的建设工程施工合同，对当事人的利益、建筑市场的有序发展都是一种很重要的保护。在司法实践中，较多纠纷都是因为施工单位欠缺资质、垫资进场、非法分包转包、对工程价款的计算方式等原因引起。多数合同当事人对证据的收集和保护都很不重视，提交给法庭的证据无法支持自己的诉讼请求，合同约定的东西是很多，不过到了现实操作的时候，为了规避法律规定又越过正式合同，私下签订所谓的“补充协议”，架空正规合同。本篇论文选取建设工程合同无效认定及法律后果研究为论题，分析哪些况将导致合同无效，一旦合同无效将会产生何种法律后果，总结司法实践中对建设工程合同认定无效的具体做法，以及有哪些救济手段可以弥补合同无效所带来的，对当事人和社会公众利益的损失，以期进一步规范建设工程市场。

第一章 建设工程合同的性质和效力认定

第一节 建设工程合同的性质

一、建设工程合同在合同法中的归类

对建设工程合同的定性和定位，在当今时代世界各国都有一些不同的观点和做法，一部分国家将建设合同在“承揽合同”中加以规定，归属于承揽合同的一种，如英国，西方大陆法系国家；一部分国家则将建设工程合同与承揽合同分离，作为单独的合同种类来规定，例如我国。我国受到苏俄民法的影响，从1955年开始确认了勘察设计合同、建筑工程合同，1979年第一次提出“基本建设合同”的概念，在1982年实施的《经济合同法》中规定“建设工程承包合同”包括勘察、设计、建筑、安装合同。^①在1999年《合同法》中将建设工程合同单列为一章，明确使用了“建设工程合同”的概念，在立法形式上是想完全把两者分开，但是《合同法》第287条规定：“本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定。”说明两者之间的联系性和共性还是很明显的，仍然肯定了建设工程合同是承揽合同的特殊种类，没有隔断两者之间的联系。我国《合同法》第269条对建设工程合同定义为：“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。建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。”语言很简洁易懂，很短的语句总结概括了建设工程合同，但实际操作中，建设工程合同其实是非常复杂繁琐的，由很多不同的部分和项目组成，会涉及方方面面的法律问题，产生多条法律关系路线，交错编织而成，“一个旨在实现正义的法律制度，会试图在自由、平等和安全方面创设一种切实可行的综合体和协和体”^②。另外，在广义上建设工程监理合同也是建设工程合同之一，并且在法院司法统计报表中纳入建设工程合同的案由下予以归类。

^① 李刚. 建设工程合同若干问题研究(硕士学位论文) [D]. 长沙: 湖南大学, 2006. 5.

^② [美]E 博登海默. 法理学——法律哲学与法律方法 [M]. 邓正来译, 北京: 中国政法大学出版社, 2004年1月修订版. 323.

二、区分建设工程合同与承揽合同的意义

我国在立法中将建设工程合同单独列为一个种类是有其独特意义的，但是在合同法中对建设工程合同的描述和定义有些模糊，使其与承揽合同的界限划分得不是十分明确，在理论上和实际适用上都带来了一些不便之处。两者最根本的区别就是标的物的性质，前者是不动产的建设，后者是动产的制造加工。英国建设工程权威著作将建设工程合同定义为：“房屋建筑或工程合同可以定义为一项协议，某人（泛指建筑商或承包商）为了报酬为另一人（泛指业主或雇主）履行建筑或土木工程性质的工作。^①承揽人利用自己的技术、经验、设备等提供劳务的结果是工作成果，这种结果原则上为物化劳务成果。^②立法在定义建设工程合同时，使用的是与承揽合同一样的语言结构模式，既然要把两者划分开，就应当根据各自自身的特性来定义，不宜把两种合同作为相似类型的合同模式进行规定，给适用带来不必要的麻烦。由于建设工程本身的特殊性和复杂程度，决定了建设工程合同与其他日常生活中常见种类的合同相比较起来，有很多独特的方面。比如，合同履行地点相对固定，标的物建造具有“单件性”并非批量生产、使用期限的长期性，建造过程周期长、工序技术要求复杂，而且国家法律法规对合同各方主体有严格的条件限制，合同的标的被限定在一定的范围内，合同的订立需要经过法律法规规定的特别程序，具有较强的计划性、阶段性等等。从法律法规的限定来说，建设工程合同受到的限制和规制很多，大部分是很严格的否定性的限制，甚至是没有达到这些要求，合同就无法成立和生效。明确区分建设工程合同与承揽合同对适用法律的准确性有一定的实践意义。

第二节 建设工程合同的效力认定

一、合同无效认定是法院审理建设工程合同案件的难点

法院在审理合同纠纷案件时，通常都会把对合同效力的认定作为其他

^① 王秉乾. 英国建设工程合同概论 [M]. 北京: 对外经济贸易大学出版社, 2010. 4-5.

^② 隋彭生. 合同法要义 (第二版) [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2005. 513.

工作的基础，合同有效或者无效，对纠纷的处理结果起着重大影响，效力的认定不正确案件审理就有可能出现错误的结果。同时，这也是建设工程合同纠纷案件审理的难点问题，这是由于国家处于控制和监管的目的，除了法律法规对合同效力的一般规定外，还对建设工程合同设置了特殊的约束，将其效力的有无圈定在一定的范围之内。对在审判实践中，如果很严苛的按照法律规定认定建设工程合同的效力，那么会有更多的合同都有可能被认定为无效合同。合同效力该怎么认定，认定以后会产生什么样的影响，当事人的意愿是怎么样很多因素都要考虑，很难单纯地直接按照法律规定办。只有在正确地认识和综合分析、判定各种因素对合同效力的影响。

二、认定建设工程合同无效的法律依据

依据《合同法》第 52 条第五项规定：“违反法律、行政法规的强制性规定。”很坚决地规定了只有违反了法律、行政法规的强制性规定的合同才无效，是一个很严格的硬性规定，可以看出立法者对合同无效是持谨慎的、不提倡的态度，秉承着尽量保护交易成功的民事法治理念。法律、行政法规被划分为强制性规定和任意性规定，强制性规定是规定人们不得为某些行为或者必须为某些行为，直接切断合同当事人的意思自由，当事人不得经过合意而不适用法律、行政法规强制性规定，即使约定了也是不起作用的。违背强行法规之行为，原则上全部为无效，然亦仅有仅一部为无效或仅为得撤销或加以别种制裁者，稀有不完全之规定，其违反亦无制裁者。^①正是出于对这种严厉程度的考虑，所以本项特别规定只限于法律和行政法规，不能任意扩大范围，不是所有位阶的法律规范都可以设置这种规定。《合同法》解释二第 14 条中将“强制性规定”明确为“效力性强制规定”。2004 年《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》（以下简称《解释》）第一条就规定了三种根据合同法第 52 条第（五）项的规定，认定建设工程施工合同无效的情形：（一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；（二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；（三）建设工程必须进行招标而未招标或者

^① 史尚宽. 民法总论 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000. 13.

中标无效的。另外，该《解释》第四条还规定了两种与他人签订建设工程施工合同行为无效的情形：1.承包人非法转包、违法分包建设工程；2.没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的。依据法律及司法解释来看，建设工程合同是否有效可以从合同主体的资质、是否符合必须具备的强制性条件、是否存在禁止性规定的情形等方面进行综合认定。《民法通则》第58条是对无效民事法律行为的规定是合同无效的基础法律依据，《合同法》中对合同无效的规定都是从理论和原则的角度较为宏观的规定，司法实践中更多的是依据法律和司法解释中列出的具体情形来判定建设工程合同效力的认定，有具体情形对应以后，较为总体性、原则性的条款在实践中很少会被直接适用。

厦门大学博硕

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

廈門大學博碩