

# 法律知识学习园地



——工程疑难法律问题各地高院观点汇总与评析（上）

2015年第7期

主 编： 盛惊宇

编 辑： 李 沛

局（沪）法律事务部 主办



正文

## 疑难法律问题点之一：“三无”合同效力及其补正条件

### 【争议问题描述】

根据《城乡规划法》和《土地管理法》等有关法律规定，建设工程应当取得建设用地规划许可证、国有建设用地土地使用证、建设工程规划许可证这三个证照，通称“三证”。未取得“三证”的建设工程，通称“三无工程”。“三无”合同，就是指建设单位与施工单位就“三无工程”所签订的施工合同。

因“三无工程”违反了《城乡规划法》和《土地管理法》等有关法律规定，对于当事人所签订的施工合同是否有效、效力能否补正等问题，司法实践中存在争议。

《最高院司法解释》并未涉及“三无”合同的效力问题，对此各地高院的规定也不尽相同。

### 【各地高院观点】

《北京高院解答》规定：发包人就尚未取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证等行政审批手续的工程，与承包人签订的建设工程施工合同无效。但在—

审法庭辩论终结前发包人取得相应审批手续或者经主管部门批准建设的,应当认定合同有效。发包人未取得建筑工程施工许可证的,不影响施工合同的效力。

《浙江高院解答》规定:发包人未取得建设用地规划许可证或建设工程规划许可证,与承包人签订建设工程施工合同的,应认定合同无效;但在一审庭审辩论终结前取得建设用地规划许可证和建设工程规划许可证或者经主管部门予以竣工核实的,可认定有效。发包人未取得建设用地使用权证或建筑工程施工许可证的,不影响建设工程施工合同的效力。

《广东高院暂行规定》规定:发包人与承包人签订无取得土地使用权证、无取得建设工程规划许可证、无办理报建手续的"三无"工程建设施工合同,应确认无效;但在审理期间已补办手续的,应确认合同有效。发包人经审查被批准用地,并已取得《建设用地规划许可证》,只是用地手续尚未办理而未能取得土地使用权证的,不宜将因发包人的用地手续在形式上存在欠缺而认定所签订的建设施工合同无效。

《江苏高院指南》规定:建设工程施工合同的无效情形:……4、发包人在一审庭审结束前未取得土地使用权证、建设工程规划许可证的。

《安徽高院指导意见》规定:发包人未取得建设工程规划许可证,与承包人签订建设工程施工合同的,应认定合同无效,但起诉前取得规划许可证的,应认定合同有效。

### 【归纳与评析】

关于“三无”合同的效力问题。各地高院基本形成共识的是:建设工程未取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证这两个规划许可的,应当认定施工合同无效。可见,各地高院基本认为《城乡规划法》关于建设工程应当取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证的规定属于效力性强制性规定,违反了效力性强制性规定的合同应当认定无效。

对于已取得前述两个规划许可但尚未取得土地使用权证的，浙江高院和广东高院认为不影响施工合同的效力，而江苏高院明确规定施工合同无效，其他高院未作明确规定。可见，对此问题各地高院仍存在较大争议。我们认为，《土地管理法》关于使用国有土地应当登记造册、核发证书、确认使用权的规定，属于管理性强制性规定。根据《最高人民法院关于适用若干问题的解释（二）》第十四条“合同法第五十二条第（五）项规定的‘强制性规定’，是指效力性强制性规定”的规定，违反管理性强制性规定的合同不应认定无效。

尽管对于“效力性强制性规定”和“管理性强制性规定”的区别存在争议，但从《物权法》第一百三十九条“设立建设用地使用权的，应当向登记机构申请建设用地使用权登记。建设用地使用权自登记时设立。登记机构应当向建设用地使用权人发放建设用地使用权证书。”的规定，可以看出颁发建设用地土地使用证的行为是一种物权的确权登记行为，其目的是为了明确土地使用权的权属及其变动情况，是一种国家行政管理手段。因此，对于建设工程已经取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证，仅因行政审批程序等原因尚未取得土地使用证的，不应认定施工合同无效。

关于“三无”合同效力补正的问题。各地高院基本都认可合同效力可以补正，即当事人已经补办相应许可手续的，应当认定合同有效；但是在具体的补正期限上存在不同的表述，有“一审法庭辩论终结前”、“庭审结束前”、“审理期间”、“在起诉前”等不同期限的规定。我们认为，根据《最高院暂行意见》第10条规定“发包人与承包人签订无取得土地使用权证、无取得建筑工程规划许可证、无办理报建手续的“三无”工程建设施工合同，应确认无效；但在审理期间已补办手续的，应确认合同有效。”的精神，应以在“审理期间”补办相应手续为宜。

## **疑难法律问题点之二：内部承包合同的认定及其效力**

### **【争议问题描述】**

《最高院司法解释》规定“挂靠”（借用资质）合同无效，但对实践中大量存在的建筑企业“内部承包”合同的效力问题没有作出明确规定。“内部承包”是建

筑施工企业的重要经营方式，内部承包合同通常会设定项目经理应当达到的绩效指标，按绩效指标的完成情况，给予项目经理一定比例的提成，或规定项目经理上缴利润，现行法律、行政法规对此并不禁止。但是实践中大量存在借内部承包之名行挂靠或转包之实的现象，因此如何界定合法的内部承包成为问题的关键。对此各地高院的规定也不尽相同。

### 【各地高院观点】

《北京高院解答》规定：建设工程施工合同的承包人将其承包的全部或部分工程交由其下属的分支机构或在册的项目经理等企业职工个人承包施工，承包人对工程施工过程及质量进行管理，对外承担施工合同权利义务的，属于企业内部承包行为；发包人以内包人缺乏施工资质为由主张施工合同无效的，不予支持。

《浙江高院解答》规定：建设工程施工合同的承包人与其下属分支机构或在册职工签订合同，将其承包的全部或部分工程承包给其下属分支机构或职工施工，并在资金、技术、设备、人力等方面给予支持的，可认定为企业内部承包合同；当事人以内包合同的承包方无施工资质为由，主张该内部承包合同无效的，不予支持。

《福建高院解答》规定：建设工程施工合同的承包人与其下属分支机构或职工就所承包的全部或部分工程施工所签订的承包合同为企业内部承包合同，属建筑施工企业的一种内部经营方式，法律和行政法规对此并不禁止，承包人仍应对工程施工过程及质量等进行管理，对外承担施工合同的权利义务。当事人以内包合同的承包方无施工资质为由主张合同无效的，不予支持。

### 【归纳与评析】

从各地高院的规定看，主要是从主体身份上进行认定，即从劳动关系或隶属关系上来认定内部承包，承包人与其“下属分支机构”或“在册职工”签订的内部承包合同有效。“下属分支机构”通常认为是经注册登记领取营业执照的分公司。但对于“在册职工”的具体认定标准，司法实践中仍存在争议。从司法判例来看，

基本倾向于以书面劳动合同、社保缴纳凭证、工资发放证明中的一个或几个作为认定“在册职工”的依据。

除劳动关系或隶属关系外，部分高院特别强调了一些管理性的认定标准，如：承包人对内要进行工程施工及质量的管理，对外要承担施工合同的权利和义务；或承包人应在资金、技术、设备、人力等方面给予支持。但这些管理性的认定标准规定较为原则且主观性较强，可操作性不强，导致司法实践中多数法院侧重于从主体身份上来进行认定。

例如，在“陈成才与浙江仁龙建设有限公司、杭州海诚房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷”一案的二审民事判决书“（2013）浙杭民终字第2371号”中，浙江省高级人民法院认为：“王国华无建筑施工企业资质，二审期间仁龙公司与王国华均确认王国华并非仁龙公司员工，故仁龙公司与王国华签订的《工程内部承包合同》应认定为无效。”

### **疑难法律问题点之三：劳务分包合同的认定及其效力**

#### **【争议问题描述】**

《最高院司法解释》第七条规定，具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人签订的劳务分包合同，当事人以转包建设工程违反法律规定为由请求确认无效的，不予支持。即符合规定的劳务分包合同不能定性为转包合同从而认定无效。但在审判实务中，大量存在施工企业将转包、违法分包等违法行为包装为劳务分包，借劳务分包之名行转包或违法分包之实，意图使违法行为合法化的现象。因此如何具体界定合法的劳务分包成为问题的关键。对此问题，各地高院的规定也不尽相同。

#### **【各地高院观点】**

《北京高院解答》规定：同时符合下列情形的，所签订的劳务分包合同有效：（1）劳务作业承包人取得相应的劳务分包企业资质等级标准；（2）分包作业的范围是建设工程中的劳务作业（包括木工、砌筑、抹灰、石制作、油漆、钢筋、混凝

土、脚手架、模板、焊接、水暖、钣金、架线)；(3)承包方式为提供劳务及小型机具和辅料。合同约定劳务作业承包人负责与工程有关的大型机械、周转性材料租赁和主要材料、设备采购等内容的，不属于劳务分包。

《福建高院解答》规定：劳务分包是指建设工程的总承包人或者专业承包人将所承包的建设工程中的劳务作业（包括木工、砌筑、抹灰、石制作、油漆、钢筋、混凝土、脚手架、模板、焊接、水暖、钣金、架线等）发包给劳务作业承包人完成的活动。

《安徽高院指导意见》规定：同时符合下列情形的，应认定为劳务分包，所签订的合同有效：（1）实际施工人具备劳务分包企业资质等级标准规定的一种或几种项目的施工资质，承包的施工任务仅是整个工程的一道或几道工序，而不是工程的整套工序；（2）承包的方式为提供劳务，而非包工包料。

#### 【归纳与评析】

《最高法院司法解释》第七条规定强调劳务分包的承包人应当具有劳务作业的法定资质。根据该规定，各地法院在审判实践中基本侧重于从合同当事人是否具有劳务分包资质的角度来认定劳务分包合同是否有效。例如，在“张建华与浙江省山水建设有限公司建设工程施工合同纠纷”一案的再审民事裁定书“（2013）浙民申字第1269号”中，浙江省高级人民法院认为：“本案双方当事人所订立的《工程项目劳务承包协议书》因违反法律禁止性规定而无效。”正是基于实际施工人“张建华”作为自然人并不具有劳务分包的法定资质进而认定合同无效。

从各地高院的规定看，福建高院更关注劳务分包的劳务作业应当在其劳务资质许可的种类和范围内；安徽高院更强调劳务分包的承包方式应当是提供劳务而非包工包料；而北京高院的意见则更为全面，不仅从正面规定了合法劳务分包要同时符合承包人取得相应劳务资质、分包作业范围是劳务作业、承包方式为提供劳务及小型机具和辅料这三个条件，而且从反面规定了劳务作业承包人负责大型机械、周转性材料租赁和主要材料、设备采购等内容的，不属于劳务分包。总体而言，北京高院的意见更加符合劳务分包的本质特征，且可操作性更强，具有重要的借鉴意义。

此外，需要说明的是，自2015年1月1日起，住建部新版《建筑业企业资质标准》正式施行，其中劳务资质不再区分资质类别，即取消了旧标准中的木工、砌筑、抹灰、石制作、油漆、钢筋、混凝土、脚手架、模板、焊接、水暖、钣金、架线等13种分类，同时也不再划分等级。取得施工劳务资质的企业可承担各类施工劳务作业。由此可以预见，在往后的审判实践中，认定合法的劳务分包，不能仅以承包人是否具备施工劳务资质，而是更多的从劳务分包的作业对象是否为施工劳务，以及承包方式是否包括主材、设备和大型机械等方面来进行认定。

#### **疑难法律问题点之四：如何具体认定借用资质（“挂靠”）行为？**

##### **【争议问题描述】**

我国对建筑行业实行严格的资质许可制度，《建筑法》明令禁止借用资质承揽工程的违法行为。借用资质，即通常所称的“挂靠”。对此，《最高院司法解释》也明确规定：“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。”但实践中，借用资质（“挂靠”）行为的表现形式各异，不仅仅表现为“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义”，且往往表现得较为隐蔽。因此如何具体认定借用资质（“挂靠”）行为，对审判实践具有重要作用。对此问题，各地高院的规定不尽相同。

##### **【各地高院观点】**

《北京高院解答》规定：具有下列情形之一的，应当认定为“挂靠”行为：（1）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施工企业的名义承揽工程；（2）资质等级低的建筑施工企业以资质等级高的建筑施工企业的名义承揽工程；（3）不具有施工总承包资质的建筑施工企业以具有施工总承包资质的建筑施工企业的名义承揽工程；（4）有资质的建筑施工企业通过名义上的联营、合作、内部承包等其他方式变相允许他人以本企业的名义承揽工程。

《广东高院暂行规定》规定：有下列情形之一，并以被挂靠建筑企业名义签订的建筑工程合同无效：（1）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的名义承揽工程；（2）资质等级低的建筑企业以资质等级高的建筑企业的名义承揽工程；（3）不具有工程总包资格的建筑企业以具有总包资格的建筑企业的名义承揽工程。

《江苏高院意见》第四条规定：有以下情形之一的，应当认定为没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义承揽建设工程（即通常所称的“挂靠”）：

（一）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的名义承揽工程；（二）资质等级低的建筑企业以资质等级高的建筑企业的名义承揽工程；（三）不具有工程总包资格的建筑企业以具有总包资格的建筑企业的名义承揽工程；（四）有资质的建筑企业通过其他违法方式允许他人以本企业的名义承揽工程的情形。

第五条规定：承包人之间具有下列情形之一的，可以认定为本意见第四条规定的“挂靠”：（一）相互间无资产产权联系，即没有以股份等方式划转资产的；（二）无统一的财务管理，各自实行或者变相实行独立核算的；（三）无符合规定要求的人事任免、调动和聘用手续的；（四）法律、行政法规规定的其他情形。

《安徽高院指导意见》规定：同时符合下列情形的，应认定为挂靠经营，所签订的建设工程施工合同无效：（1）实际施工人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级；（2）实际施工人以建筑施工企业的分支机构、施工队或者项目部等形式对外开展经营活动，但与建筑施工企业之间没有产权联系，没有统一的财务管理，没有规范的人事任免、调动或聘用手续；（3）实际施工人自筹资金，自行组织施工，建筑施工企业只收取管理费，不参与工程施工、管理，不承担技术、质量和经济责任。

### 【归纳与评析】

从各地高院的规定看，都是以《最高院暂行意见》第9条“有下列情形之一的，并以被挂靠建筑企业名义签订的建筑工程合同无效：（1）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的名



义承揽工程；（2）资质等级低的建筑企业以资质等级高的建筑企业的名义承揽工程；（3）不具有工程总包资格的建筑企业以具有总包资格的建筑企业的名义承揽工程。”的规定作为基础（广东高院例外，《广东高院暂行规定》的发布时间早于《最高院暂行意见》）。

在此基础上，江苏高院增加了兜底条款：“有资质的建筑企业通过其他违法方式允许他人以本企业的名义承揽工程的情形”，并规定符合“三无”情形（无资产产权联系、无统一财务管理、无规范人事聘用手续）的，可以认定为“挂靠”行为；安徽高院规定除了符合“三无”情形外，还应同时满足“建筑施工企业只收取管理费，不参与工程施工、管理，不承担技术、质量和经济责任”的要件，才可认定为“挂靠”行为；而北京高院则指出“有资质的建筑施工企业通过名义上的联营、合作、内部承包等其他方式变相允许他人以本企业的名义承揽工程”也应认定为“挂靠”行为。

尽管各地高院认定“挂靠”行为的规定不尽相同，但其主要特征可归纳总结为以下两个核心要素：一是，挂靠人没有资质或者超越资质，且与被挂靠单位没有劳动或隶属关系；二是，挂靠人为了规避资质许可限制而以具有相应资质的被挂靠单位的名义承揽工程。至于被挂靠单位是否收取“管理费”、“挂靠费”等费用，我们认为不宜成为认定“挂靠”行为的要素之一。一则是因为实践中被挂靠单位通过出借资质获得利益的途径和表现形式各异，以列举方式作出规定难免存在遗漏；二则是因为在某些特殊情况下被挂靠单位为了满足其资质延续审核对于业绩的考核要求而出借资质时，不一定收取该等费用。

值得关注的是，自2014年10月1日起施行的住建部《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》（建市[2014]118号），从建设行政主管部门的角度对如何具体认定“挂靠”行为作出了规定，具有一定的参考意义。该办法第十一条规定：“存在下列情形之一的，属于挂靠：（一）没有资质的单位或个人借用其他施工单位的资质承揽工程的；（二）有资质的施工单位相互借用资质承揽工程的，包括资质等级低的借用资质等级高的，资质等级高的借用资质等级低的，相同资质等级相互借用的；（三）专业分包的发包单位不是该工程的施工总承包或专业承包单位的，但建设单位依约作为发包单位的除外；（四）

劳务分包的发包单位不是该工程的施工总承包、专业承包单位或专业分包单位的；

（五）施工单位在施工现场派驻的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人中一人以上与施工单位没有订立劳动合同，或没有建立劳动工资或社会养老保险关系的；（六）实际施工总承包单位或专业承包单位与建设单位之间没有工程款收付关系，或者工程款支付凭证上载明的单位与施工合同中载明的承包单位不一致，又不能进行合理解释并提供材料证明的；（七）合同约定由施工总承包单位或专业承包单位负责采购或租赁的主要建筑材料、构配件及工程设备或租赁的施工机械设备，由其他单位或个人采购、租赁，或者施工单位不能提供有关采购、租赁合同及发票等证明，又不能进行合理解释并提供材料证明的；（八）法律法规规定的其他挂靠行为。”

需要特别指出的是，根据《最高院司法解释》规定，“挂靠”与转包、违法分包相比，法律后果更为严重，“挂靠”不仅会导致承包人与挂靠人之间的挂靠合同无效，还会导致承包人与发包人之间的施工合同无效。而实践中，大部分发包人对于承包人与挂靠人之间的“挂靠”行为根本无从知晓，难以举证证明“挂靠”行为的存在，但是却不得不面临承包人随时可能举证（如挂靠合同）证明“挂靠”行为存在进而主张施工合同无效的风险。对此，我们认为，不应一刀切地认定存在“挂靠”行为的工程中承包人与发包人之间的施工合同无效。对于有证据证明发包人明知或默认“挂靠”行为的，则可认定施工合同无效；对于发包人是善意无过错的，则应当根据《合同法》第五十四条之规定，认定该施工合同为可变更或撤销的合同，并赋予发包人根据案件情况自主决定是否行使请求变更或者撤销该施工合同的权利。

## **疑难法律问题点之五：“联营”承包工程是否构成借用资质（“挂靠”）？**

### **【争议问题描述】**

建设工程领域中大量存在着没有相应资质的单位或个人以“联营”的方式与承包人签订协议并借此承揽工程的现象，但是对于“联营”承包工程是否构成借用资质（“挂靠”），司法实践中存在较大争议。《最高院司法解释》2003年12月2日征求意见稿中第一条曾规定：“发包方与承包方签订的建设工程施工合同具

有下列情形之一的，应当认定无效：……（二）不具有法定资质的单位和个人以挂靠、联营、内部承包等转包形式使用具有法定资质的建筑施工企业名义与建设单位签订的建设工程施工合同……”。即该征求意见稿认为，“联营”承包工程构成借用资质（“挂靠”）行为。但是在最终颁布施行的《最高院司法解释》中删除了该条关于“联营”的表述。由此引发了司法实践中的争议，即“联营”承包工程究竟是否构成借用资质（“挂靠”）。对此问题，不妨先看看各地高院作何规定。

### 【各地高院观点】

《北京高院解答》规定：具有下列情形之一的，应当认定为“挂靠”行为：（1）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施工企业的名义承揽工程；（2）资质等级低的建筑施工企业以资质等级高的建筑施工企业的名义承揽工程；（3）不具有施工总承包资质的建筑施工企业以具有施工总承包资质的建筑施工企业的名义承揽工程；（4）有资质的建筑施工企业通过名义上的联营、合作、内部承包等其他方式变相允许他人以本企业的名义承揽工程。

《山东高院 2005 年纪要》规定：承包人将其承包的全部工程转包给第三人，或者以内部联营、挂靠等方式承包给第三人，或者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，或者将工程分包给不具备相应资质条件的单位，以及分包单位将承包的工程再分包的，应依法认定为无效。

### 【归纳与评析】

各地高院的规定中，仅北京高院、山东高院明确指出以“联营”方式变相允许他人以本企业的名义承揽工程的应当认定为“挂靠”行为，其他高院对此未作规定。对此问题，目前司法实践中仍存在较大争议，但我们倾向于认为，没有相应资质的单位或个人以“联营”的方式与承包人签订协议并借此实现其承揽工程之目的，应当认定为借用资质即“挂靠”行为。理由有如下三点：

其一，没有相应资质的单位或个人通过联营方式承包工程违反法律规定。《建筑法》明令禁止没有相应资质的单位或个人承包工程，若允许其通过联营方式承包工程，则明显规避了《建筑法》关于资质许可的规定以及禁止借用资质的规定。

《建筑法》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。”

其二，国家建设行政主管部门明令查处承包人通过采取“联营”等形式或名义变相将承包工程转给其他单位或个人施工的违法行为。住房和城乡建设部《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法》（建市[2014]118号）第七条规定：“存在下列情形之一的，属于转包：……（六）施工总承包单位或专业承包单位通过采取合作、联营、个人承包等形式或名义，直接或变相的将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的。”

其三，最高人民法院冯小光法官在2008年发表的《回顾与展望——写在颁布实施三周年之际》（载于《民事审判指导与参考》总第33期）中明确指出，建筑业仍然存在“以挂靠、联营、内部承包等形式借用有资质的建筑施工企业的名义承揽建筑工程的情况更加普遍，转包和违反分包现象没有明显减少。”的问题，可见最高人民法院对于以“联营”形式借用资质承揽工程的行为是持否定态度的。

需要说明的是，尽管“联营”是借用资质（“挂靠”）行为的一种常用形式，但在具体的个案当中，“联营”究竟是构成借用资质（“挂靠”），还是构成转包或违法分包，还需根据具体案情进行分析，不能一概而论。