

建筑房地产实务指导丛书

建设工程合同纠纷

邬 砚 著

254个裁判规则深度解析

CONTRACT DISPUTES IN CONSTRUCTION ENGINEERING

71 个典型案例 | 52 个关联案例 | 13 个专题

坚持问题导向·立足实务操作·注重司法政策讨论
提供建设工程合同纠纷实务解决路径



法律出版社 | LAW PRESS

建筑房地产实务指导丛书

建设工程合同纠纷

254个裁判规则深度解析

CONTRACT DISPUTES IN CONSTRUCTION ENGINEERING

郭 砚 著



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

建设工程合同纠纷：254个裁判规则深度解析 / 邬
砚著. -- 北京：法律出版社，2017
ISBN 978 - 7 - 5197 - 1837 - 4

I. ①建… II. ①邬… III. ①建筑工程—经济合同—
经济纠纷—案例—中国 IV. ①D923.65

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第324389号

建设工程合同纠纷：

254个裁判规则深度解析

JIANSHE GONGCHENG HETONG JIUFEN:

254 GE CAIPAN GUIZE SHENDU JIEXI

邬 砚 著

策划编辑 李 群

责任编辑 李 群 李 璐

装帧设计 鲍龙卉

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 三河市龙大印装有限公司
责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社

开本 710毫米×1000毫米 1/16

印张 26.5

字数 369千

版本 2018年1月第1版

印次 2018年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话：

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796



书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1837 - 4

定价:68.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

自序

自进入 21 世纪以来,我国的工业化、城镇化进程驶入快车道,在经济社会发展中,固定资产投资所占的比重越来越大,把固定资产投资转变为实体财富的建筑业也随之进入快速发展时期。尤其是 2002 年以后,我国进入了基础设施和基础产业建设新的高峰期,并拉动了诸多相关行业的发展,成为我国国民经济的重要支柱产业,2010 年建筑业总产值已高达 95,206 亿元。但是,在建筑业快速发展的同时,一直伴随着秩序混乱的现象,如招投标程序中弄虚作假,串通投标、明招暗定,签订“黑白合同”;承包人转包、违法分包,实际施工人挂靠、越权承接工程等。这些问题屡禁不止,既扰乱了建筑市场的竞争秩序,又在相关民事主体之间引发了权利义务之争。

“据统计,全国每年建设工程合同纠纷案件 10 万件左右,虽然数量不大,但因其专业性、复杂性特点,向来是民事审判工作的难点。”^①从司法实务的角度看,建筑业与其他行业相比较而言,违法、违规的现象更普遍、更严重。主要表现为:建筑市场上大量存在拖欠工程款(包括专业分包、劳务分包工程款、材料供应款)、转包、违法分包、借用有资质的单位名义承揽工程、擅自使用未经验收的建筑工程、违反《招标投标法》的规定从事不正当竞争、违反国家标准化法律的强制性规定,以次充好,降低建材质量标准等。这些行为严重扰乱了建筑市场的经营秩序,破坏了市场主体的公平竞争秩序,阻碍了建筑业的持续健康发展,同时,也连带影响了其他行业的正常健康发展。^②

然而,就建筑市场上亟待规范的种种乱象,现行裁判规则并不明朗。其一,

^① 程新文:《关于当前民事审判工作中的若干具体问题(2015 年 12 月 24 日)》,载《民事审判指导与参考》2015 年第 4 辑(总第 64 辑),第 63 页。

^② 冯小光:《回顾与展望——写在〈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〉颁布实施三周年之际》,载《民事审判指导与参考》2008 年第 1 辑(总第 33 辑),第 74 ~ 75 页。

2 || 建设工程合同纠纷:254 个裁判规则深度解析

由于长期奉行“宜粗不宜细”的立法指导思想,相关法律规定较为原则,导致法院在审理建设工程合同纠纷案件时,对某些争议问题的法律适用认识不统一,如哪些建设审批手续会影响合同效力、无效合同的发包人是否有权预留质保金、建设工程价款优先受偿权的行使期限、挂靠施工中的工程款债权主体等,均存在不同认识,影响了司法的公正性、统一性和审判的效率。其二,建设工程涉及法律规范较多,不同法律规范出台的时间相隔较长,其间由于法律理念的变化、法律制度的革新,导致不同法律规范之间相互冲突、抵牾。如《建设工程施工合同解释》第6条第1款对垫资款利率的限定,就与《民间借贷规定》第26条存在冲突。其三,虽然最高人民法院针对建设工程合同纠纷具体案件陆续发布了诸多裁判意见,天同律师事务所也通过“天同码”的形式进行了部分汇总,但认真梳理这些裁判意见可以发现,最高人民法院的裁判意见既有相互冲突之处,又存在旧判不符合新法的问题,个别判决还存在明显不合理的地方。例如,如发包人要求承包人就收取的工程款开具发票,既有认为应当予以支持的裁判意见,^①又有认为不属于民事审判解决范围的裁判结论,^②就构成裁判意见的相互冲突;又如,关于强制招投标范围界定的裁判意见,^③已经不符合住房和城乡建设部《关于推进建筑业发展和改革的若干意见》(建市[2014]92号)第5条所倡导的改革趋势,就属于旧判不符合新法;还如,“新安县人民政府与中国水利水电第十一工程局建设工程施工合同纠纷案”。该案中,第十一工程局为新安县政府建设新峪公路部分路段,双方先后针对不同工作内容签订了五份施工合同。第一份合同约定,“以小浪底移民局批准下达的建安工程费总价承包”,最终确定的金额为28,301,516.4元;其余四份均采用固定价格结算方式,分别为1,922,262元、9万元、150万元、350万元,五份合同的总价为35,313,778.45元。第十一工程局完成了约定的施工内容,新安县政府已付款35,596,522.21元。一审法院委托鉴定机构对已施工完毕的工程(按照定额)进行造价鉴定,结论为工程造价58,748,817元。诉讼中,第十一工程局在网上发布信息称,新安县政府欠付工程款1324万元。最高人民法院在二审中认为:“新安县政府已付第十一工程局的工程款超出了合同约定的建安工程费承包总价。但鉴于本案

① 王毓莹:《如何认定书面合同的变更——华太建设集团有限公司与浙江福得电器有限公司建设工程施工合同纠纷案》,载《民事审判指导与参考》2011年第3辑(总第47辑),第175~191页。

② 最高人民法院(2014)民一终字第4号民事判决。

③ 贵州省高级人民法院(2015)黔高民初字第1号民事判决、最高人民法院(2016)民终字第106号民事判决。

合同履行过程中的具体情况,且工程已交付使用多年,本院根据公平原则,对于第十一工程局在网上公布的欠款数额 1324 万元,由新安县政府给予第十一工程局一半的补偿。”^①在认定合同有效、根据合同可以确定工程价款的情况下,径行以公平原则为据,采信原告在网上公布的欠款金额,要求被告承担一半的支付责任,这样的判决难以让人信服。因此,虽然最高人民法院发布的裁判意见以及天同律师事务所的“天同码”具有相当的价值,但也存在需要梳理与反思的地方,且不足以澄清实践中的争议问题。

鉴于建筑市场的现状亟待规范,而相关裁判规则又有待厘清,本书根据笔者从事多年建设工程纠纷审判的自身经历,对建设工程纠纷在民事审判中存在的主要争议问题进行讨论。在写作上,本书具有如下特点:

一是坚持问题导向。建筑业涉及的法律制度相对庞杂,本书不求(事实上也不可能)面面俱到,仅针对笔者发现的争议问题进行讨论。根据《案由规定》,建设工程合同纠纷作为三级案由,下设建设工程勘察合同纠纷、建设工程设计合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、建设工程价款优先受偿权纠纷、建设工程分包合同纠纷、建设工程监理合同纠纷、装饰装修合同纠纷、铁路修建合同纠纷、农村建房施工合同纠纷,共计 9 个四级案由。因实务中建设工程勘察合同、建设工程设计合同、建设工程监理合同、铁路修建合同较少引发纠纷,本书未作讨论。对其余 5 类纠纷,因实践中的争议主要集中于建设工程施工合同纠纷、建设工程价款优先受偿权纠纷、建设工程分包合同纠纷,所以本书在这三类纠纷上着墨较多,对装饰装修合同纠纷、农村建房施工合同纠纷只有少量笔墨。

二是偏重实践路径。具体体现在三个方面:第一,由于本书主要针对实务工作者,所以在讨论问题时,注重问题的实务解决路径,尽量避免过于学术化的概念、术语以及长篇大论的理论阐释,即使遭遇基础性的理论问题(如建设工程价款优先受偿权的性质、效力、权利基础等),也是能简则简,更不追求所谓的理论深度。第二,注重实务中的司法政策。“实践出真知”,对纠纷比较集中的相关问题,以最高人民法院的相关裁判意见为基础,辅之以各地高级人民法院的裁判规则展开讨论。但鉴于这些裁判规则不尽统一,且部分裁判意见并非最好的选择,所以对这些实务中的司法政策进行了检讨。需要说明的是,本书收集

^① 吴晓芳:《按照合同约定总价承包还是按照鉴定结论据实结算的问题——新安县人民政府与中国水利水电第十一工程局建设工程施工合同纠纷上诉案》,载《民事审判指导与参考》2007年第1辑(总第29辑),第215~224页。

4 || 建设工程合同纠纷:254 个裁判规则深度解析

的最高人民法院判决与裁定,主要来源于《民事审判指导与参考》《中华人民共和国最高人民法院公报》。由于《建设工程施工合同解释》的施行时间为 2005 年 1 月 1 日,故上述资料的起始时间,亦定格为 2005 年 1 月。本书使用的各地高级人民法院的指导意见,主要来源于上海市律师协会建设工程业务研究委员会的《各地法院审理建设工程合同纠纷指导意见汇编(第六版)》(以下简称《汇编》),因《汇编》系网络版,故正文中未标明出处。第三,本书立足于实务操作,站在解释论层面讨论裁判规则的具体适用,除余论部分对现行法律制度进行了检讨与反思以外,基本不涉及立法论层面的讨论。

三是实体法与程序法交织。任何一个实务问题的解决,都是实体法与程序法共同作用的结果,而且“它们必须在彼此的相互关系中才能得到理解”^①,如实际施工人向发包人追索工程款的纠纷,就因为实际施工人权利的特殊性导致相应的程序规则较为特殊,所以本书的讨论,不拘泥于实体法与程序法的分野,而是对问题面临的实体法规则与程序法规则一并予以讨论。

本书的出发点是针对实务中存在的问题,尝试进行操作层面的解答,希望本书能对法官、律师以及建筑业的从业人士有所裨益。由于笔者才疏学浅,错漏之处在所难免,而且争议之所以成为争议,往往潜藏着“公说公有理,婆说婆有理”的视角问题,所以书中有些观点还值得进一步斟酌。以上问题,还请读者诸君批评、见谅。

是为序。

郭砚

^① [美] 罗纳德·J. 艾伦:《证据法、诉讼法和实体法的关系?》,载《证据科学》2010 年第 6 期,第 768 页。

缩略语表

一、本书中,法律、法规等规范性文件名称一律使用简称,如《中华人民共和国合同法》,简称为《合同法》。

二、其他规范性文件简称如下:

序号	文件全称	文件简称	文号
1	最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》	《民法通则意见》	法(办)发[1988]6号
2	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)》	《合同法解释(一)》	法释[1999]19号
3	最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》	《证据规定》	法释[2001]33号
4	最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》	《建设工程价款优先受偿权的批复》	法释[2002]16号
5	最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》	《商品房买卖合同解释》	法释[2003]7号
6	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》	《建设工程施工合同解释》	法释[2004]14号
7	最高人民法院《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》	《国有土地使用权合同解释》	法释[2005]5号
8	最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》	《诉讼时效规定》	法释[2008]11号
9	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(二)》	《合同法解释(二)》	法释[2009]5号

续表

序号	文件全称	文件简称	文号
10	最高人民法院《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》	《房屋租赁合同解释》	法释[2009]11号
11	最高人民法院《民事案件案由规定》	《案由规定》	法[2011]41号
12	最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》	《买卖合同解释》	法释[2012]8号
13	最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》	《民事诉讼法解释》	法释[2015]5号
14	最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》	《民间借贷规定》	法释[2015]18号

目 录

1. 建设工程合同效力的判断规则	1
1.1 承包人资质对施工合同效力的影响	1
1.1.1 建设工程施工合同、分包合同对承包人资质的要求	1
1.1.2 农村建房施工合同对承包人资质的要求	3
1.1.3 装饰装修合同对承包人资质的要求	6
1.2 招投标程序对施工合同效力的影响	10
1.2.1 必须招标而未经招标签订的施工合同的效力	10
1.2.2 依据无效中标签订的施工合同的效力	16
1.2.3 背离招投标实质性内容的施工合同的效力	24
1.3 不同经营模式对施工合同效力的影响	26
1.3.1 基于挂靠签订的施工合同效力	26
1.3.2 基于肢解发包签订的施工合同效力	29
1.3.3 基于转包签订的施工合同效力	29
1.3.4 基于分包签订的施工合同效力	33
1.3.5 基于内部承包签订的施工合同效力	36
1.4 不同经营模式对“背靠背”条款效力的影响	40
1.5 建设审批手续对施工合同效力的影响	46
1.6 施工合同无效对其他协议效力的影响	52
2. 建设工程质量的裁判规则	58
2.1 建设工程质量的确定	58
2.1.1 发包人组织竣工验收确认工程质量	58
2.1.2 未完工程或未经竣工验收工程的质量确认	60
2.1.3 发包人擅自使用工程的质量确认	61

2 || 建设工程合同纠纷:254个裁判规则深度解析

2.2	发包人对工程质量的异议	62
2.3	承包人在工程竣工后的保修责任	66
2.4	承包人对地基基础和主体结构工程的质量责任	77
2.5	无效施工合同承包人的质量保证责任	80
3.	建设工程施工工期的认定规则	83
3.1	开工日期的认定	83
3.2	竣工日期的认定	88
3.3	工期顺延的认定	90
4.	建设工程价款的结算规则	96
4.1	承发包双方的自行结算规则	96
4.2	工程价款结算中的第三方审计规则	108
4.3	工程结算中的逾期答复视为认可规则	123
4.4	无效施工合同的工程款结算规则	132
4.5	施工合同中的工程款鉴定	141
4.5.1	不应通过鉴定确定工程款的情形	141
4.5.2	可以通过鉴定确定工程款的情形	143
4.6	工程价款结算应当遵循的计价规则	144
4.7	通过“比例法”求得约定计价标准	154
4.7.1	通过“价款比例法”求得约定计价标准	154
4.7.2	通过“工程量比例法”求得约定计价标准	155
4.7.3	通过“工期比例法”求得约定计价标准	157
5.	建设工程施工合同的利息计算规则	159
5.1	利息的法律属性	159
5.2	工程款利息的标准	163
5.3	工程款利息的计算期间	165
5.4	垫资款利息的标准	169

6. 建设工程施工合同的损失赔偿规则	171
6.1 发包人对承包人的损失赔偿责任	171
6.2 承包人对发包人的损失赔偿责任	175
6.3 无效施工合同的损失赔偿责任	179
6.4 施工合同解除导致的赔偿责任	180
6.5 施工合同约定的违约金责任	182
6.6 损失赔偿的程序性要求	190
7. 建设工程施工合同中从合同义务的履行规则	194
7.1 承包人开具发票的义务	194
7.2 承包人提交工程竣工资料的义务	200
7.3 发包人的协助义务	202
7.3.1 发包人协助义务的主要类型	203
7.3.2 发包人的协助义务不能强制履行	204
8. 建设工程价款优先受偿权的行使规则	205
8.1 建设工程价款优先受偿权的界定	205
8.1.1 建设工程价款优先受偿权的性质	205
8.1.2 建设工程价款优先受偿权的理论基础	207
8.2 建设工程价款优先受偿权的效力	210
8.3 建设工程价款优先受偿权的权利主体	215
8.4 施工合同的效力、履行与优先受偿权的关系	220
8.5 受建设工程价款优先受偿权约束的工程范围	226
8.6 建设工程价款优先受偿权担保的权利范围	229
8.7 不得行使优先受偿权的建设工程	238
8.8 建设工程价款优先受偿权蕴藏的权利冲突	244
8.8.1 承包人与次承包人之间的优先受偿权冲突	244
8.8.2 承包人的优先受偿权与消费者的返还购房款请求权	246
8.8.3 承包人、消费者与银行之间的权利循环关系	247
8.8.4 发包人破产时优先受偿权与工资债权的冲突	248
8.8.5 前手设定的他物权与后手享有的优先受偿权之间的冲突	249

4 || 建设工程合同纠纷:254个裁判规则深度解析

8.8.6	优先受偿权与抵押权在权利实现时的范围冲突	250
8.9	建设工程价款优先受偿权的预先放弃	250
8.10	建设工程价款优先受偿权的行使期限	254
8.11	优先受偿权行使期间的起算点	258
8.12	建设工程价款优先受偿权的行使与实现	267
8.12.1	优先受偿权的行使方式	267
8.12.2	除斥期间过短导致协议折价不具可操作性	268
8.12.3	优先受偿权只宜在审判(或仲裁)程序中确认	268
9.	建设工程挂靠经营的裁判规则	272
9.1	挂靠的认定	272
9.1.1	关于挂靠认定的法律规范	273
9.1.2	挂靠关系的构成要件	275
9.1.3	不影响挂靠构成的其他表征	277
9.1.4	挂靠关系的法律性质	278
9.2	挂靠人与被挂靠人之间的挂靠关系	280
9.2.1	挂靠的类型	280
9.2.2	挂靠人与被挂靠人之间的纠纷性质	281
9.2.3	挂靠协议的效力	282
9.2.4	对挂靠费的处理	283
9.3	与发包人之间的建设工程施工合同的效力	284
9.3.1	观点一:根据挂靠人自身资质认定合同效力	284
9.3.2	观点二:区分发包人对挂靠是否知情,分别确定合同效力	285
9.3.3	观点三:挂靠签订的施工合同一律无效	287
9.4	挂靠人与发包人之间的事实施工合同关系	287
9.4.1	否定的观点:挂靠人与发包人之间不存在施工合同关系	287
9.4.2	肯定的观点:挂靠人与发包人之间存在事实施工合同关系	289
9.5	挂靠经营中的工程款债权	290
9.5.1	被挂靠人向发包人主张工程款债权	290
9.5.2	挂靠人以合同相对人名义向发包人主张工程款债权	292
9.5.3	挂靠人以实际施工人名义向发包人主张工程款债权	294

9.5.4	挂靠人向被挂靠人主张工程款债权	296
9.5.5	被挂靠人与挂靠人作为共同原告,向发包人主张工程款债权	297
9.6	挂靠人与被挂靠人应承担的法律责任	299
9.6.1	对施工合同的发包人,挂靠双方应承担连带责任	299
9.6.2	对施工合同以外的第三人,应区分情况确定责任主体	303
9.6.3	在挂靠人与被挂靠人之间,应由挂靠人承担最终责任	308
10.	“黑白合同”的裁判规则	310
10.1	“黑白合同”规则的适用范围	310
10.2	黑白合同“实质性内容不一致”的判断	316
10.3	“黑白合同”规则之例外情形:订约后客观形势发生根本变化	325
10.4	黑、白合同签订顺序对“黑白合同”规则的影响	331
10.5	“黑白合同”规则之法律后果	332
11.	实际施工人向发包人追索工程款的裁判规则	339
11.1	最高人民法院的倾向性意见	340
11.2	权利主体:实际施工人的界定	342
11.3	权利定性:实际施工人权利的性质	343
11.4	债务主体:“发包人”的界定	345
11.5	责任范围:“欠付工程价款”的确定	348
11.6	对实际施工人承担工程款支付责任的责任形态	349
11.7	实际施工人权利与施工合同效力的关系	350
11.8	仲裁条款对实际施工人向发包人追索工程款的程序限制	351
12.	工程价款诉讼时效的起算规则	354
12.1	工程价款未确定的,不应起算诉讼时效	354
12.2	工程价款已确定的,诉讼时效的起算取决于支付期限是否明确	358
12.3	施工合同被确认为无效或被撤销、解除的,工程款债权的诉讼时效从合同效力确定之日起算	361
12.4	进度款的诉讼时效,适用“同一债务分期履行”规则	363

13. 实际施工人对外实施法律行为的责任承担规则	365
13.1 实际施工人以本人名义对外实施法律行为的责任承担	365
13.2 实际施工人以项目经理部或项目经理名义对外实施法律行为的责任承担	366
13.3 实际施工人以承包人名义对外实施法律行为的责任承担	383
13.4 实际施工人对外雇佣劳动者的责任承担	393
13.4.1 实际施工人具备用工主体资格的责任承担	393
13.4.2 实际施工人不具备用工主体资格的责任承担	394
余论 现行法对施工合同的管制是否过于严苛	405
一、无效合同“参照合同约定折价补偿”,无异于掩耳盗铃	405
二、合同无效后的工期延误损失分担,有悖合同法的基本理论	406
三、因资质原因确认合同无效,无助于保障工程质量	407
四、因“中标价低于成本价”确认合同无效,只能是事与愿违	408
五、意图通过确认合同无效来规范建筑市场,理想色彩过于浓厚	408
六、放开效力管制、加强质量管控,也许是更为理性的选择	409

1. 建设工程合同效力的判断规则

我国法律对建设工程施工活动加以严格管制。《合同法》中,建设工程合同的法定无效事由最多。^①除《民法通则》《合同法》等基本法律以外,《建设工程施工合同解释》第1条与第4条还规定了五种施工合同的无效情形。但法律的严格管控并未使得建筑行业规范有序,相反,从最高人民法院审判委员会掌握的情况来看,“在建设工程施工合同纠纷案件审理中,由于建筑市场违法违规行为的普遍,建设工程施工合同被认定无效占有很大比例”。^②实践中较为常见的影响建设工程合同效力的因素,主要包括如下类型:

1.1 承包人资质对施工合同效力的影响

“由于建筑产品是涉及公共安全的特殊产品,为保证建筑产品质量,法律、法规对建筑市场主体规定了较为严格的准入条件”,^③也就是实行资质许可制度。如果施工合同的承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的,根据《建设工程施工合同解释》第1条第(1)项的规定,建设工程施工合同无效。需要注意的是,《案由规定》将施工合同区分为建设工程施工合同、建设工程分包合同、装饰装修合同、农村建房施工合同等,不同类型合同对承包人资质的要求也有所不同。

1.1.1 建设工程施工合同、分包合同对承包人资质的要求

《建筑法》第13条规定:“从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单

① 孟勤国、余卫:《“一带一路”与建设工程合同国际化》,载《江西社会科学》2016年第2期,第145页。

② 关丽:《就同一建设工程分别签订的多份施工合同均被认定无效后,应当参照双方当事人达成合意并实际履行的合同结算工程价款——汕头市建安(集团)公司与北京秦浪屿工艺品有限公司建设工程施工合同纠纷上诉案》,载《民事审判指导与参考》2013年第3辑(总第55辑),第135页。

③ 最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2004年版,第20页。

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。”针对其中的建筑施工企业,《建筑业企业资质管理规定》(2015 年住建部令第 22 号)第 5 条进一步规定:“建筑业企业资质分为施工总承包资质、专业承包资质、施工劳务资质三个序列。施工总承包资质、专业承包资质按照工程性质和技术特点分别划分为若干资质类别,各资质类别按照规定的条件划分为若干资质等级。施工劳务资质不分类别与等级。”据此,建筑企业应当在资质类别与等级许可的范围内从事建筑施工活动,超越其资质类别或等级的建设工程施工合同、建设工程分包合同为无效合同。

裁判规则 1

施工总承包与专业承包的承包人,既需符合资质类别也需符合资质等级,否则施工合同无效。

对施工总承包资质与专业承包资质,《建筑业企业资质管理规定》按照工程性质和技术特点,进一步划分为若干资质类别,各资质类别又按照规定的条件划分为若干资质等级。因此,施工总承包或专业承包的承包人,不但要取得建筑业企业资质,而且只能从事符合自身资质类别与资质等级的建筑活动。如果承包人未取得建筑施工企业资质、工程规模超越了资质等级或工程内容与资质类别不符的,建设工程施工合同无效。

裁判规则 2

施工劳务承包的承包人只需具备劳务资质,不区分类别与等级。

原《建筑业企业资质管理规定》(2007 年建设部令第 159 号)对施工劳务资质,也按照工程性质和技术特点,分别划分为木工作业、砌筑作业、抹灰作业、石制作、油漆作业、钢筋作业等 13 个类别,且部分类别还划分为一级、二级两个等级。而新《建筑业企业资质管理规定》(2015 年住建部令第 22 号)对施工劳务资质不再区分类别与等级,只要承包人具备施工劳务资质,就可以从事所有的