

# 建设工程合同法律风险防范

|施工合同无效的14种情形|施工合同被认定无效之后的应对措施

主讲人：张炳辉

# 目录页

CONTENTS PAGE

- 01 施工合同无效的14种情形
- 02 施工合同被认定无效之后的应对措施
- 03 项目经理法律责任主体分析

## 一、最新法条背景

2021年《民法典》正式生效，2020年12月29日，最高人民法院发布《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“新解释一”），该解释自2021年1月1日起施行。

# 壹

## 施工合同无效的14种情形

---

- 一、因违反建筑领域资质管理规定而无效的情形；
- 二、因违反招标投标领域相关法律规定而无效的情形；
- 三、因转包或违法分包而无效的情形；
- 四、因违反工程建设审批手续而无效的情形。

## 01

### 承包人未取得建筑业企业资质

#### 【相关规定】

《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。

《建工解释一》第一条规定，建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：（一）承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级的。

### 02

### 承包人超越资质

注：承包人在建设工程竣工前取得相应资质等级，合同有效。

#### 【相关规定】

《建工解释一》第四条规定，承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同，在建设工程竣工前取得相应资质等级，当事人请求按照无效合同处理的，人民法院不予支持。

### 03

### 没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义

#### 【相关规定】

《建筑法》第二十六条规定，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。

《建工解释一》第一条规定，建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：（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。

### 03

### 没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义

【相关案例】 杨某、雷某等建设工程分包合同纠纷民事二审民事判决书

【项目名称】 郴州某大厦工程项目

【基本案情】 2010年12月28日，湖南某有限公司(发包人)与某分公司(承包人)签订《土石方施工合同》，承包方式为综合单价包干，土方24元/m<sup>3</sup>，承包范围为郴州某项目北区范围内的土方，不包括石方。2010年12月31日，杨某、雷某以郴州某第一期北区土石方工程项目部名义(乙方)与一分公司(甲方)签订《某工程有限公司工程项目责任承包合同》(以下简称“2010年承包合同”)，某分公司将承包的郴州某第一期北区土石方工程项目交由杨某、雷某施工管理。



### 没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义

**【裁判要旨】** 杨某、雷某等建设工程分包合同纠纷民事二审民事判决书

1、 杨某、雷某并非某分公司员工，双方签订的两份《工程项目内部承包合同》不属于企业内部承包管理合同。杨某、雷某不具有建设工程施工资质，实质属于没有资质的实际施工人借用某分公司的资质进行施工，杨某、雷某与某分公司签订的两份《工程项目内部承包合同》应当确认为无效。

2、 本案中，依据双方合同约定，杨某、雷某应支付某公司项目信息管理费244,000元、印章管理员费用12,200元，合计256,200元。但由于杨某、雷某不具有建设工程施工资质，其借用某公司资质的行为违反了法律强制性规定，双方约定的信息管理费、印章管理员费用实际系杨某、雷某借用资质所支付的对价。依据前述法律规定，某公司反诉请求杨某、雷某按照工程结算总造价的1%支付信息管理费、印章管理员费用缺乏事实和法律依据，本院不予支持。

### 拓展

**问题：建设工程施工合同被认定为无效，合同中约定的“管理费”如何处理？**

(最高人民法院第二巡回法庭2020年第7次法官会议纪要)

建设工程施工合同因非法转包、违法分包或挂靠行为无效时，对于该合同中约定的由转包方收取“管理费”的处理，应结合个案情形根据合同目的等具体判断。

如该“管理费”属于工程价款的组成部分，而转包方也实际参与了施工组织管理协调的，可参照合同约定处理；对于转包方纯粹通过转包牟利，未实际参与施工组织管理协调，合同无效后主张“管理费”的，应不予支持。

合同当事人以作为合同价款的“管理费”应予收缴为由主张调整工程价款的，不予支持。

基于合同的相对性，非合同当事人不能以转包方与转承包方之间有关“管理费”的约定主张调整应支付的工程款。

### 04

### 建设工程必须进行招标而未招标

#### 【相关规定】

《招标投标法》第三条规定，在境内进行下列工程建设项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：（一）大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；（二）全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；（三）使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。

《建工解释一》第一条规定，建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

### 04

### 建设工程必须进行招标而未招标

【相关案例】张三工程有限公司、李四有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书

【项目名称】长沙国家高新技术产业开发区长延路的某厂建设项目

【基本案情】2011年7月18日，李四公司作为甲方与张三公司作为乙方签订《建筑工程施工合同》，2012年，经招投标程序后，李四公司与张三公司就该工程提供了一份签订日期为2012年2月3日的《湖南省建设工程施工合同》复印件在相关部门进行备案。2014年7月17日，涉案工程进行了竣工验收，验收结论为合格。

### 04

### 建设工程必须进行招标而未招标

**【一审裁判观点】** 本案存在李四公司与张三公司于2012年2月3日签订的《湖南省建设工程施工合同》，该《湖南省建设工程施工合同》系李四公司与张三公司在经过招投标程序后签订并交相关部门进行了备案，但结合2011年7月18日李四公司已与张三公司签订《建筑工程施工合同》、2011年8月16日张三公司向李四公司支付了履约保证金500万元及张三公司于2011年8月就已进场施工的事实，可以认定李四公司与张三公司进行的招投标存在投标人与招标人串通投标、就投标方案进行实质性谈判的违法情节。用以备案的《湖南省建设工程施工合同》应认定为无效合同。故本案应以双方于2011年7月18日签订的《建筑工程施工合同》作为结算工程款的依据。

### 建设工程必须进行招标而未招标

**【二审裁判观点】** 结合本案查明的事实，案涉李四公司某厂建设项目是李四公司建设的自有建筑，不属于《中华人民共和国招标投标法》及其实施条例、《工程建设项目招标范围和规模标准规定》规定的必须进行招投标的范围。故李四公司主张案涉工程属于必须招标的工程，《建筑工程施工合同》、《湖南省建筑工程施工合同》因违反招投标的强制性规定，均为无效合同的主张，没有法律依据。虽李四公司主张双方当事人于2012年2月3日签订了一份《湖南省建筑工程施工合同》，并提交了上级主管备案合同复印件，但《湖南省建筑工程施工合同》并无原件存档，且与李四公司提交的一份《湖南省建筑工程施工合同》原件在版本与内容上均不一致，且该份合同中张三公司与李四公司开户银行、账号相同，明显违背常理。因此，在《湖南省建筑工程施工合同》真实性不予认定的情况下，李四公司主张本案应以备案合同作为结算工程价款的依据没有事实基础。原审法院以建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效为由认定备案的《湖南省建筑工程施工合同》为无效合同，缺乏事实和法律依据，本院予以纠正。

### 05

### 招标代理机构与招标人、投标人串通

#### 【相关规定】

《建工解释一》第一条规定，建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

结合《招标投标法》和《招标投标法实施条例》相关条款规定，中标无效的具体情形如下：招标代理机构违反本法规定，泄露应当保密的与招标投标活动有关的情况和资料的，或者与招标人、投标人串通损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益，并且该行为影响中标结果的，中标无效。

### 06

### 招标人透露招标投标情况，或者泄露标底

#### 【相关规定】

《建工解释一》第一条规定，建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

结合《招标投标法》和《招标投标法实施条例》相关条款规定，中标无效的具体情形如下：依法必须进行招标的项目的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的，或者泄露标底，并且该行为影响中标结果的，中标无效。



### 07

## 投标人相互串通投标或者与招标人串通投标，投标人行贿谋取中标

### 【相关规定】

《建工解释一》第一条规定，建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

结合《招标投标法》和《招标投标法实施条例》相关条款规定，中标无效的具体情形如下：投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的，投标人以向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标的，中标无效。

### 08

### 投标人以他人名义投标或者弄虚作假，骗取中标

#### 【相关规定】

《建工解释一》第一条规定，建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

结合《招标投标法》和《招标投标法实施条例》相关条款规定，中标无效的具体情形如下：投标人以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标的，中标无效。

## 招标人与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判

### 【相关规定】

《建工解释一》第一条规定，建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

结合《招标投标法》和《招标投标法实施条例》相关条款规定，中标无效的具体情形如下：依法必须进行招标的项目，招标人违反本法规定，与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判，并且该行为影响中标结果的，中标无效；

### 招标人与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判

**【分析观点】**工程属于应当进行招投标的项目，张三与李四在招投标之前签订了《某数据城建设工程施工合同书》，双方就施工范围、施工价款、施工期限等实质性内容进行谈判。张三在李四公司未取得施工许可证的情况下进行了施工，一般法院有理由相信张三公司与李四公司在招投标程序完成前的谈判、签约及施工行为对中标结果产生影响，故涉案工程中标结果应属无效，双方签订的《某数据城建设工程施工合同书》违反法律强制性规定，应属无效合同。

### 10

### 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或自行确定中标人

#### 【相关规定】

《建工解释一》第一条规定，建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

结合《招标投标法》和《招标投标法实施条例》相关条款规定，中标无效的具体情形如下：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的，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的，中标无效。

### 11

### 另行变相降低工程价款签订合同

#### 【相关规定】

《建工解释一》第二条第二款规定，招标人和中标人在中标合同之外就明显高于市场价格购买承建房产、无偿建设住房配套设施、让利、向建设单位捐赠财物等另行签订合同，变相降低工程价款，一方当事人以该合同背离中标合同实质性内容为由请求确认无效的，人民法院应予支持。

# 12

## 承包人转包

### 【相关规定】

《民法典》第七百九十一条第二款规定，承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程支解以后以分包的名义分别转包给第三人。

《建筑法》第二十四条和第二十八条规定，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以后以分包的名义分别转包给他人。

# 12

## 承包人转包

### 【相关规定】

《建工解释一》第一条第二款规定，承包人因转包、违法分包建设工程与他人签订的建设工程施工合同，应当依据民法典第一百五十三条第一款及第七百九十一条第二款、第三款的规定，认定无效。

《住房和城乡建设部关于印发建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法的通知》建市规〔2019〕1号第七条规定，本办法所称转包，是指承包单位承包工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部工程或者将其承包的全部工程肢解后以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的行为。



## 12

## 承包人转包

### 【相关规定】

《住房和城乡建设部关于印发建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法的通知》建市规〔2019〕1号第八条规定，存在下列情形之一的，应当认定为转包，但有证据证明属于挂靠或者其他违法行为的除外：

（一）承包单位将其承包的全部工程转给其他单位（包括母公司承接建筑工程后将所承接工程交由具有独立法人资格的子公司施工的情形）或个人施工的；

（二）承包单位将其承包的全部工程肢解以后，以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的；

（三）施工总承包单位或专业承包单位未派驻项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人等主要管理人员，或派驻的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人中一人及以上与施工单位没有订立劳动合同且没有建立劳动工资和社会养老保险关系，或派驻的项目负责人未对该工程的施工活动进行组织管理，又不能进行合理解释并提供相应证明的；

# 12

## 承包人转包

（四）合同约定由承包单位负责采购的主要建筑材料、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相应证明的；

（五）专业作业承包人承包的范围是承包单位承包的全部工程，专业作业承包人计取的是除上缴给承包单位“管理费”之外的全部工程价款的；

（六）承包单位通过采取合作、联营、个人承包等形式或名义，直接或变相将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的；

（七）专业工程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。

# 12

## 承包人转包

**【相关案例】**某工程有限公司等诉某公司建设工程合同纠纷案

**【项目名称】**襄阳市襄城区余家湖襄樊电厂二期（2\*600MW）水处理系统工程

**【基本案情】**2005年7月，华电襄阳公司与某工程公司签订工程分包合同。华电襄阳公司将襄阳市襄城区余家湖襄樊电厂二期（2\*600MW）水处理系统（含锅炉补给水系统、工业废水处理系统、净水站）发包给某工程公司。合同总价款为9761193元。2005年9月10日，某工程公司襄樊电厂项目部与石某签订建设工程施工协议，将某工程公司承接华电襄阳公司襄樊电厂二期（2\*

# 12

## 承包人转包

600MW) 水处理系统中的锅炉补给水系统、工业废水处理、室外构筑物(水池部分) 砟地坪、沟道建筑工程分包给石艳军, 该工程为包工包料。合同价款按工程结算造价的**16%**交管理费, 结算总价以石某实际完成的工程量结算为准。参照某工程公司与华电襄阳公司签订的付款方式, 该工程在实际施工中, 经案外人刘某(石某聘请人员) 介绍, 黄某组织人员进行施工, **2007年7月**, 黄某施工的工程评定为优良。在施工过程中, 石某支付给黄某部分工程款和以车抵款、某工程公司代为黄某支付钢材款等原审认定为**3654650元**, 黄某施工的工程造价经鉴定为**5255531元**。

# 12

## 承包人转包

**【裁判观点】** 石某、黄某不具有建筑施工资质，同时将工程肢解后分包、再转包。上述行为系我国建筑法、合同法所明令禁止，本案中黄某与石某实际形成的建设工程合同为无效。该建设工程已验收且经投入使用，黄某作为实际施工人主张工程款应予支持。对于逾期支付工程款所产生的利息损失，根据最高人民法院《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》的规定，双方约定不明以工程交付之日计算利息损失。本案二期水处理工程于2007年7月28日竣工验收，但工程未签订工程交付单据，对具体交付时间不明，原审以2008年1月10日，二期水处理工程审计造价作出后30日的合理给付期（即2008年2月10日），对双方较为公平。

# 13

## 承包人违法分包

### 【相关规定】

《建设工程质量管理条例》第七十八条第二款规定的违法分包是指下列行为：

- （一）总承包单位将建设工程分包给不具备相应资质条件的单位的；
- （二）建设工程总承包合同中未有约定，又未经建设单位认可，承包单位将其承包的部分建设工程交由其他单位完成的；
- （三）施工总承包单位将建设工程主体结构的施工分包给其他单位的；
- （四）分包单位将其承包的建设工程再分包的。

# 13

## 承包人违法分包

《住房和城乡建设部关于印发建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法的通知》建市规〔2019〕1号第十二条规定，存在下列情形之一的，属于违法分包：

- （一）承包单位将其承包的工程分包给个人的；
- （二）施工总承包单位或专业承包单位将工程分包给不具备相应资质单位；
- （三）施工总承包单位将施工总承包合同范围内工程主体结构的施工分包给其他单位的，钢结构工程除外；
- （四）专业分包单位将其承包的专业工程中非劳务作业部分再分包的；
- （五）专业作业承包人将其承包的劳务再分包的；
- （六）专业作业承包人除计取劳务作业费用外，还计取主要建筑材料款和大中型施工机械设备、主要周转材料费用的

# 13

## 承包人违法分包

注意：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有效。

### 【相关规定】

《建工解释一》第五条规定，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，当事人请求确认无效的，人民法院依法不予支持。

《建筑业企业资质标准》规定，“取得劳务资质的企业可以承接具有施工总承包资质或专业承包资质的企业分包的劳务作业。”因此，劳务分包属于合法分包，本条是对劳务分包合法性的确认。



# 13

## 承包人违法分包

【相关案例】 陈某等人与某建筑公司建设工程施工合同纠纷上诉案

【项目名称】 吉首大学工程实验训练中心建设项目

【基本案情】 吉首大学将“吉首大学工程实验训练中心建设项目”发包给被告某建筑公司承建。2018年5月14日，被告某建筑公司与被告株洲某分公司签订《装饰工程劳务分包合同》，某建筑公司将该建设项目的装饰工程分包给株洲某分公司。2018年5月15日，被告株洲某分公司与原告陈某签订《装饰工程劳务派遣协议》，将案涉工程分包给原告陈某。

### 13

### 承包人违法分包

**【裁判观点】** 上诉人陈某诉请被上诉人某建筑公司对所欠款项承担直接支付义务，人民法院应否支持问题。陈某及其施工队是本案装饰工程中的刷油漆、涂料工程的实际施工人，应予认定。被上诉人将其承包的装饰工程分包给不具有相应建筑资质、也没有实际组织施工能力的株洲某公司，应认定为“违法分包”。一审法院没有考虑到株洲某分公司不具有相应建筑资质、也没有实际组织施工能力的重大因素，认为被上诉人与株洲某分公司的分包行为合法有效，是错误的，应予以纠正。一审法院认为两上诉人所签订《装饰工程劳务派遣协议》不符合劳务派遣性质，实质为劳务分包合同，该合同因陈某不具备劳务资质而归于无效，结论正确。还应该认为，某建筑公司的违法分包行为，至少相当程度上导致株洲某分公司的再次违法分包。

### 拓展

#### 分包合同被认定为无效后，工人出事后的责任划分和赔偿规则。

- 1、责任划分：按照各自过错承担责任，各违法分包方承担连带责任；
- 2、赔偿规则（以适用人身损害赔偿标准为例）：  
主要赔偿项目（1）医疗费；（2）误工费；（3）住院伙食补助费；（4）护理费；（5）交通费；（6）营养费；（7）残疾赔偿金；（8）残疾辅助器具费；（9）丧葬费；（10）死亡赔偿金；（11）被扶养人生活费；（12）精神损害抚慰金。

### 拓展

### 分包合同被认定为无效后，工人出事后的责任划分和赔偿规则。

【相关案例】贺某某、谭某某1等与X X X等提供劳务者受害责任纠纷一审民事判决书

【案号】(2017)湘0111民初7900号

【基本案情】2014年4月1日，被告某公司与原中国电信集团湖南省电信公司（该公司于2016年11月17日更名为被告中国电信湖南分公司）签订一份《湖南省建设工程施工合同》，合同约定由被告中国电信湖南分公司将湖南信息园建安工程项目发包给被告某公司施工，合同签订后，被告某公司依约进场施工。施工期间，被告公司将其中防水工程分包给被告X X X施工。之后，被告X X X雇请谭某2、杨某、周某、谭某1等人从事防水工程施工。2016年7月29日6时40分许，谭某2与杨某一同在湖南信息园附属楼二层屋面东北角进行油粘铺贴施工。当天7时许，杨某去屋面南侧用斗车取水回北侧时，发现谭某2侧卧在屋面上脸朝南侧，头朝东面嘴角并有一点白沫。

### 拓展

### 分包合同被认定为无效后，工人出事后的责任划分和赔偿规则。

**【裁判观点】** 本案中，被告某公司明知被告 X X X 无防水工程施工资质，仍将该防水工程违法分包给被告 X X X；被告 X X X 明知自己无防水工程施工资质仍承接该工程，且在工程施工过程中未对原告等人采取相关安全防范措施，上述行为与谭某2的受伤乃至死亡均存在一定因果关系。但谭某2亦存在自身疾病未及时发现并诊治，亦对其损害结果存在一定过错。被告中国电信湖南分公司将涉案工程发包给被告施工，不存在选任上的过错。因此，本院根据各方当事人的过错程度，酌定由被告公司、X X X 连带承担**50%**的责任，三原告自行承担**50%**的责任。被告中国电信湖南分公司不承担责任。

# 14

## 未取得建设工程规划审批手续

### 【相关规定】

《城乡规划法》第四十条第一款规定，在城市、镇规划区内进行建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程建设的，建设单位或者个人应当向城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府申请办理建设工程规划许可证。

《建工解释一》第三条规定，当事人以发包人未取得建设工程规划许可证等规划审批手续为由，请求确认建设工程施工合同无效的，人民法院应予支持，但发包人在起诉前取得建设工程规划许可证等规划审批手续的除外。

# 总结

- 一、因违反建筑领域资质管理规定而无效的情形；
- 二、因违反招标投标领域相关法律规定而无效的情形；
- 三、因转包或违法分包而无效的情形；
- 四、因违反工程建设审批手续而无效的情形。

# 贰

## 施工合同被认定无效之后的应对措施

---

- 一、折价补偿原则的适用
- 二、损害赔偿原则的适用



### 01

### 经验收合格的

根据《民法典》第 793 条及《建工解释一》第 24 条规定，建设工程施工合同被认定无效后可以按照以下方式折价补偿：

经验收合格的，可以参照实际履行或者最后签订的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。

### 02

### 经验收不合格，但修复后的建设工程经验收合格的。

根据《民法典》第 793 条及《建工解释一》第 24 条规定，建设工程施工合同被认定无效后可以按照以下方式折价补偿：

经验收不合格，但修复后的建设工程经验收合格的，可以参照实际履行或者最后签订的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人，发包人请求承包人承担修复费用。

### 03

### 工程经验收不合格，且修复后仍未验收合格的。

根据《民法典》第 793 条及《建工解释一》第 24 条规定，建设工程施工合同被认定无效后可以按照以下方式折价补偿：

工程经验收不合格，且修复后仍未验收合格的，无权请求参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。

注意

《民法典》将原先“竣工验收后”改为“验收后”，不再以竣工为前提要件。另外，“折价补偿”原则区别于原先的“参照合同约定支付工程价款”。

## 01

### 损害赔偿的举证责任分配

根据《建工解释一》第6条的规定“建设工程施工合同无效，一方当事人请求对方赔偿损失的，应当就对方过错、损失大小、过错与损失之间的因果关系承担举证责任”，即原告方需就对方过错及损害存在及相应的因果关系负举证责任。

## 损害赔偿的举证责任分配

**【相关案例】**湖南省第四工程有限公司、长沙李嘉建筑切割加固工程有限公司建设工程分包合同纠纷二审民事判决书

**【案号】**(2021)湘01民终3587号

**【基本案情】**2017年11月29日，李嘉公司(乙方、劳务分包方)与第四工程公司长沙市轨道交通3号线一期工程6标项目经理部(甲方、工程承包方)签订《钢筋砼支撑及腰梁拆除劳务分包合同》，约定上诉人第四工程公司将其所承包的长沙市轨道交通3号线东塘站主体及附属钢筋砼支撑及腰梁拆除工程劳务分包给李嘉公司。湖南省第四工程有限公司提供了证人证言一份，拟证明被上诉人在进场施工到退场过程中存在多处违约行为，包括不搭设切割架等给上诉人造成了重大损失。且被上诉人多次怠于履行义务，为了避免损失扩大，上诉人只能请第三方代替被上诉人施工作业，该部分的实际损失应当由被上诉人承担。

## 损害赔偿的举证责任分配

**【裁判观点】** 本院认为，该证人证言证人未出庭作证，不能证明其真实性，本院不予采纳。第四工程公司提供的相关单据均为第四工程公司单方面制作，且证人证言不能证明其真实性，因此，对第四工程公司主张上诉人存在合同违约的抗辩意见，本院不予采纳。

### 02

### 关于因合同无效导致的损害赔偿范围的界定

根据《建工解释一》第6条的规定，建设工程施工合同无效，一方当事人可以请求对方赔偿损失。合同无效后的损害赔偿 responsibility 应属于缔约过失责任，而缔约过失责任的损害赔偿范围原则上为实际损失，不包括可得利益损失。因此，建设工程施工合同无效的赔偿责任，应当以实际损失为原则，包括因订立及履行合同支出的费用、停工损失、窝工损失、工期延误损失、工程质量导致的损失等，但不包括可得利益损失。



### 03

### 损害无法确定的参照标准

根据《建工解释一》第6条的规定，损失大小无法确定，一方当事人请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小的，人民法院可以结合双方过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素作出裁判。即合同无效后，承包人与发包人承担损失赔偿责任的前提是有“过错”并且“损失由该过错造成的”。因此，合同无效损失赔偿的认定标准应是一方当事人有过错、另一方当事人受到损害、并且损害与过错之间具有因果关系。同时，在双方当事人都有过错的情况下，还应依据诚实信用原则和公平原则来衡量。

# 总结

总而言之，建设工程施工合同被依法认定为无效合同之后，建设工程质量合格的，实际施工人仍然可以要求发包方参照实际履行或者最后签订的合同关于工程款支付的有关条款，折价支付工程款，但缔约过失方对其因过错造成的损失，应承担损害赔偿责任。

# 叁

## 项目经理法律责任主体分析

---

- 一、项目经理的概念
- 二、项目经理的职责
- 三、项目经理工作范围
- 四、实践中出现的法律风险与纠纷
- 五、规范管理建议

### 概念

《建筑施工企业项目经理资质管理办法》规定，建筑施工企业项目经理（以下简称项目经理），是指受企业法定代表人委托对工程项目施工过程全面负责的项目管理者，是建筑施工企业法定代表人在工程项目上的代表人。而住房和城乡建设部和国家工商总局《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2013-0201）及（GF-2017-0201）通用合同条款第1.1.2.8均规定，项目经理，是指由承包人任命并派驻施工现场，在承包人授权范围内负责合同履行，且按照法律规定具有相应资格的项目负责人。



综上所述，项目经理是由建筑施工企业委派的，经公司授权的，代表公司有范围的在工程项目上履行合同和管理的工作人员。

### 职责

- （一）贯彻执行法律、法规和政策，执行企业的各项管理制度；
- （二）财务管理；
- （三）执行项目承包合同中由项目经理负责履行的各项条款；
- （四）把控工程 项目施工。

## 工作范围

项目经理工作范围主要有以下几点，但均需要建筑施工企业与建设单位签订的工程承包合同，与本企业法定代表人签订项目承包合同，并在企业法定代表人授权范围内行使：

- （一）组织项目管理班子；
- （二）以企业法定代表人的代表身份处理与所承担的工程项目有关的外部关系，受委托签署有关合同；
- （三）指挥工程项目建设的生产经营活动，调配并管理进入工程项目的人力、资金、物资、机械设备等生产要素；
- （四）选择施工作业队伍；
- （五）进行合理的经济分配；
- （六）企业法定代表人授予的其他管理权力。

## 风险与纠纷

在实践中，项目经理被认定成企业的代理人，或是代表人？项目经理签字的合同或其他文件究竟能否约束施工企业？项目经理的行为责任能否归于公司？项目经理的法律性质、法律地位是什么？等等，这一系列的问题通常是案件的争议焦点以及认定难点。



### 风险与纠纷

首先，我们认为项目经理通常会被认定成承包人的代表人并非代理人。

如前所述，根据《建筑施工企业项目经理资质管理办法》及《建设工程施工合同（示范文本）》的规定，项目经理对外代表公司，而代理制与代表制之间的差异在于，代理涉及三方主体而代表从始至终是两方主体，项目经理的行为应当是公司的自身行为，无需转化，且在从事违法行为或者越权行使时，二者差异尤为明显，如果为代理，超越权限属于无权代理，应当适用无权代理的法律规定来认定；如果为代表，则项目经理的行为即为公司的行为。但实践中，由于损害公司利益时常发生，故对此予以调整，会针对项目经理的具体行为判断法律后果，主要分为以下几种：

### 风险与纠纷

- (一) 项目经理行为在授权范围内，法律后果由施工企业承担。项目经理在合同约定及公司授权范围内实施的行为。
- (二) 项目经理的行为构成表见代理，法律后果由施工企业承担。
- (三) 项目经理的行为属于无权代理，法律后果由项目经理自行承担，常见于借贷纠纷。

### 建议

（一）明确项目公章对外签章效力，如刻印公章时，刻印对外签章无效等字样、招投标过程中加入释明承诺文件。要求合同相对方承诺知悉项目部及项目经理等工作人员的授权范围与工作权限以及相关法律后果，能够有效的留存有利证据，避免工作人员无权或越权代理。

（二）明确项目经理职权范围，关注项目对外用章、项目经理对外签署协议动态，规范付款申请及核算流程。公司应当注意审查与复核，因项目对外进行法律行为，通常需要公司进行配合，故公司严格复审，避免案件中被认定成后续的追认行为。

感谢聆听





