

■典型案例

# 未取得建设工程规划许可证,工程总承包合同有效吗?

文/韩如波 郑冠红

《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(二)》(以下简称解释二)第二条第一款规定:“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。”这一规定是否同样适用于工程总承包合同?笔者结合建设工程规划许可证办理的相应规定及一起案例对此予以分析。

本案例为上诉人上海B集团有限公司与被上诉人泰州A工业废渣综合利用有限责任公司、上海C金属资源集团有限公司建设工程合同纠纷;二审案号:(2017)苏民终371号;审理法院:江苏省高级人民法院。

【案情简介】

2013年1月泰州A公司与上海B集团签订《泰州A公司65万吨金属铁深加工生产线工程EPC总承包合同》,约定泰州A公司将其在上海某地建设的65万吨金属铁深加工生产线工程交由上海B集团组织实施。合同签订后,上海B集团于2013年3月16日开始组织施工,工程于2013年12月30日竣工验收合格。经审查,该建设工程未取得建设用地规划许可证和建设工程规划许可证,且在一审辩论终结前未补办手续。

在法院审理期间,各方当事人对该EPC总承包合同的效力各执一词。

上海B集团认为:涉案EPC总承包合同合法有效。本案EPC合同是建设工程合同,不是建设工程施工合同,法律、行政法规没有规定签订建设工程合同必须取得建设工程规划许可证;EPC总承包合同的承包内容包括设计、采购、施工,合同签订后才能出设计图纸,办理建设工程规划许可证,以取得建设工程规划许可证判断施工合同效力的规定不适用于EPC总承包合同。

泰州A公司、上海C公司认为:涉案EPC总承包合同无效。该工程项目至今未取得建设工程规划许可证,违反了《中华人民共和国城乡规划法》的强制性规定。

【法院观点】

就涉案EPC总承包合同效力问题,法院认为,该合同系泰州A公司将65万吨金属铁深加工生产线工程设计、采购、施工整体发包给上海B集团的总承包合同,性质上属于建设工程合同。EPC总承包合同与建设工程施工合同相比,增加了设计、采购等内容,有其特点,但现行法律并无有关EPC总承包合同效力认定的特别规定,对EPC总承包合同效力的认定,应当以《合同法》《城乡规划法》作为依据。《城乡规划法》第四十条规定,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申请建设工程规划许可证。就尚未取得建设工程规划许可证审批手续的工程,发包人与承包人签订的建设工程施工合同应属无效。涉案工程未取得用地规划许可证、建设工程规划许可证,且在一审法庭辩论终结前也未取得相应审批手续或者经主管部门批准,涉案EPC总承包合同应当认定为无效。上海B集团主张该EPC总承包合同有效,缺乏事实和法律依据,法院不予支持。

【案情分析】

《城乡规划法》中设立的建设工程规划许可制度是国家进行城乡规划管理的重要手段之一,尚未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定进行建设的,将由县级以上地方人民政府城乡规划主管部门责令停止建设、限期改正、处以罚款等行政处罚;《城乡规划法》第四十条规定的建设工程规划许可制度司法审判实践中通常将其作为效力强制性规定,解释二从司法审判实务层面进一步确认:“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。”

案例中一审、二审法院判决合同无效的关键依据也在于此,但值得讨论的是,根据住房和城乡建设部《关于进一步推进工程总承包发展的若干意见》(建市[2016]93号)规定:建设单位可以根据项目特点,在可行性研究、方

案设计或者初步设计完成后,按照确定的建设规模、建设标准、投资限额、工程质量和进度要求进行工程总承包项目发包。也就是说工程总承包商将承担部分设计工作,而申请办理建设工程规划许可证需要先行完成部分或全部的设计工作,由此产生的问题是工程总承包项目发包时是否需要办理建设工程规划许可证?工程总承包项目发包时客观上是否具备办理建设工程规划许可证的条件?工程总承包合同是否因未办理建设工程规划许可证而无效?本文从建设工程规划许可证的办理条件流程及对应的工程总承包项目发包阶段进行梳理,以分析未取得建设工程规划许可证时工程总承包合同的效力。

一、按照《城乡规划法》规定,申请办理建设工程规划许可证,应当提交建设工程设计方案等基本资料,但对“设计方案”的具体内涵并无明确规定。

按照《城乡规划法》第四十条第二款规定:“申请办理建设工程规划许可证,应当提交使用土地的有关证明文件、建设工程设计方案等材料……”

《建筑工程设计文件编制深度规定(2016版)》的规定:建筑工程一般应分为方案设计、初步设计和施工图设计三个阶段。《城乡规划法》并未对“设计方案”“修建性详细规划”等文件所对应的具体内容作出进一步详细规定,也未明确有关文件所对应的建设工程设计阶段和设计深度。经查《建设部关于统一实行建设用地规划许可证和建设工程规划许可证的通知》(经规科先行法律信息库查询,该文件生效日期为1990年2月23日,现行有效)规定:

“一、申请建设工程规划许可证的一般程序:……3.城市规划行政主管部门征求并综合协调有关行政主管部门对建设工程设计方案的意见,审定建设工程初步设计方案;4.城市规划行政主管部门审核建设单位或个人提供的工程施工图后,核发建设工程规划许可证。”此外,江苏省、浙江省、江西省、深圳市等地的规划条例也有类似规定,要求办理建设工程规划许可证时提交建设工程施工图设计文件。

但也有部分地方延续了《城乡规划

法》的表述,仅提到申请办理建设工程规划许可证应当提交“设计方案”等材料,未对该“设计方案”所包含的设计文件类型和设计阶段做出明确规定,例如北京、甘肃、广东等地。

结合上面各地规定,《城乡规划法》中规定申请办理建设工程规划许可证应当提交的“设计方案”在实践中大致分为以下两类情形:

情形一:《城乡规划法》中规定的“设计方案”对应《建筑工程设计文件编制深度规定(2016版)》规定的“方案设计”(如《上海市建设工程设计文件编制改革实施办法》的规定[该办法有效期至2017年11月30日]),重大项目可能需要详细至初步设计(如《北京市城乡规划条例》的规定)。在工程设计方案经审定后,可以申领建设工程规划许可证,不得进行施工图设计(例如北京市、广西壮族自治区等)。

情形二:《城乡规划法》中规定的“设计方案”包括施工图设计文件,审定的施工图设计文件是申领建设工程规划许可证的必要前提条件(例如江苏省、浙江省、深圳市、南宁市等)。

考虑到地方行政管理实践上可能存在的差异以及笔者查询范围有限,尚不足以论定申请建设工程规划许可证对“设计方案”的理解及操作在实践中是否存在其他特殊情形,为便于研究,我们仅从上述梳理的主要情形讨论建设工程规划许可证对工程总承包合同的效力。

二、按照“情形一”,如将《城乡规划法》中的“设计方案”解释为方案设计或初步设计文件的,那么在施工图设计开始之前就应当申请办理建设工程规划许可证,没有办理建设工程规划许可证的不得进行施工图设计,此时工程总承包合同的效力需区分工程总承包项目的发包阶段分别考虑:

1.工程总承包项目在初步设计文件完成后发包,工程总承包工作内容中仅包含施工图设计和建筑安装施工等内容,此时应当取得建设工程规划许可证而未取得的,违反《城乡规划法》第四十条的强制性规定,工程总承包合同可

能涉嫌无效。同时,这一违法建设行为还将受到《城乡规划法》第六十四条规定的责令停止建设、限期改正、罚款、限期拆除、没收等行政处罚。

2.工程总承包项目在可行性研究完成后发包,工程总承包工作内容中涵盖了方案设计、初步设计和施工图设计,此时工程总承包项目发包时不具备办理建设工程规划许可证的条件,需工程总承包商依约完成方案设计或初步设计后,才能依法依规办理建设工程规划许可证,因此并不能认定此情形下的工程总承包项目的发包行为违反《城乡规划法》第四十条的规定,也不能据此认定发包时不具备建设工程规划许可证而工程总承包合同无效。

三、按照“情况二”,如将《城乡规划法》中的“设计方案”解释为施工图设计文件,即在施工图设计完成后才能申请办理建设工程规划许可证,则工程总承包项目无论在哪个阶段发包,发包时都不具备申请办理建设工程规划许可证的客观条件,工程总承包合同效力不宜受之后需办理的建设工程施工规划许可证的影响。

工程总承包模式的特性之一在于促进设计施工的深度融合,提高建设效率,其承包范围至少包括施工图设计和施工阶段,再结合建市[2016]93号文件规定的工程总承包发包阶段,如果申请办理建设工程规划许可证需要在施工图设计完成后,那么工程总承包项目无论在哪个阶段发包都将不具备申请办理建设工程规划许可证的客观条件,从另一角度也可以理解为,在施工图设计完成之后,法律法规和行政监管机关才为建设主体设定了办理建设工程规划许可证审批流程和程序,此时工程总承包项目的发包和合同的签约不违反《城乡规划法》第四十条的规定,也不能据此认定此情形下发包时不具备建设工程规划许可证而工程总承包合同无效。

四、关于本案工程总承包合同的有效性

通过以上梳理与分析,《城乡规划法》中规定的办理建设工程规划许可证所需要的“方案设计”,在相应法律、行政法规、立法解释、司法解释中尚未

查到有明确解释,且在实践中的具体体现有所差异,但显然建设工程规划许可证审批手续的强制性规定对施工合同和工程总承包合同效力影响应有所差异和区分,应考虑当前工程总承包项目发包阶段的特殊情形区别适用。

具体到本文前面的(2017)苏民终371号案件,仅通过法院公开裁判文书所查明的案件事实中,并没有明确泰州A公司工程总承包项目的发包阶段和合同所包含的设计内容,也未明确案涉工程办理建设工程规划许可证的条件具备或义务产生是在工程总承包项目发包合同签订前还是合同履行过程中。根据案涉工程所在地《上海市城乡规划条例》第三十五条第二款规定:“建设单位或者个人应当根据经审定的建设工程设计文件编制建设项目施工图设计文件,并在建设工程设计文件规划部分后的二十个工作日内,核发建设工程规划许可证”可知,上海市办理建设工程规划许可证应当提交符合设计方案的施工图设计文件规划部分,如此,结合前面的分析,案涉工程总承包项目发包时,如项目建设流程尚未到办理建设工程规划许可证审批手续的阶段,此时不宜以合同履行过程应办理的建设工程施工规划许可证审批手续来认定之前依法依规发包的行为违法,不认定之前发包行为签订的工程总承包合同无效。如未取得建设工程规划许可证对工程总承包合同效力的判定完全按照施工合同的裁判规则,将导致当前阶段国家推行的工程总承包模式发包的合同大量无效,这显然背离了国务院促进建筑业持续健康发展的顶层设计,将极大程度地阻碍工程总承包模式健康的发展,也令工程总承包各参建方的权利义务无法得到应有的保障。

五、建议

鉴于目前法律行政法层面对于工程总承包模式、工程总承包合同与施工合同关系等尚缺乏具体规定,最高法院的建设工程合同纠纷案件审理的相关司法解释是否适用于工程总承包合同也未明确,现阶段工程总承包合同受建设工程规划许可证的影响,仍可能出现各地司法审判认识不统一、裁判结果不统一,从积极回应《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》提出的“加快推行工程总承包”,保护市场主体权利和市场秩序稳定角度而言,笔者建议:

1.国家主管部门应从立法层面对建设工程规划许可证审批手续的办理阶段、“设计方案”具体指向如何认定等进行明确定义,营造公开、公平、统一的行政审批流程和良好的营商环境,保障交易秩序,增强建设工程市场主体的信心与积极性;

2.司法审判机关应对建设工程施工合同纠纷案件审理的相关司法解释是否适用于工程总承包合同纠纷的案件审理予以释明,并对建设工程规划许可证办理与工程总承包合同效力的关系做出规定。建议明确,在依法尚不需办理建设工程规划许可证审批手续阶段发包工程总承包项目的,不应以发包时未办理建设工程规划许可证审批手续或合同履行过程中未依法办理建设工程规划许可证审批手续来认定之前发包行为签订的工程总承包合同无效;

3.当前阶段规定不明确的情况下,发包人在依法尚不需办理建设工程规划许可证审批手续阶段发包工程总承包项目的,应同时将可审批文件或发包行为向建设工程规划许可证审批部门报备,避免后期受到发包合同签订时未取得建设工程规划许可证的不利影响;

4.对工程总承包项目发包时依法及地方相应规定应当办理建设工程规划许可证审批手续或者工程总承包合同履行过程中应当办理规划许可证审批手续而未办理的,应当及时采取整改措施,积极补办;

5.工程总承包商在进行施工分包时,施工分包的合同效力受《城乡规划法》和最高法院审理建设工程施工合同纠纷案件审理司法解释的约束,无论业主、总包还是施工分包,都应在签约前关注建设工程规划许可证的办理情况,避免施工分包合同无效及相应法律后果和责任。

(作者单位:上海市建纬律师事务所)

■建领域达律师事务所《施工合同司法解释(二)》解读专栏

## 针对《解释二》中优先受偿权相关条款的解读和探索(一)

文/李瑞升

优先受偿权是承包人将建设工程变现所得价款用以优先清偿自身建设工程价款债权的权利。在发包人占据主导地位的房地产市场,优先受偿权已成为承包人实现自身债权的“防底线”。在《合同法》第286条对该权利作出原则性规定后,最高法院发布了《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》等四件司法解释,细化了具体规则,但仍有大量问题未被解决。

随着《解释二》的出台,“立法”空白的局面得到一定改善,但也有些问题未被解答。对此,我们将通过解读与拓展的形式进行逐条分析,本文为优先受偿权系列第一篇,主要分析《解释二》第17条规定的权利主体问题。

一、条文解读

解释二第17条规定:“与发包人订立建设工程施工合同的承包人,根据合同法第二百八十六条规定请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的,人民法院应予支持。”

该条规定了优先受偿权的权利主体,要点在于“与发包人存在合同关系”及“施工合同的承包人”。首先,由于优先受偿权以建筑工程作为客体,在“发包人”通常是建设单位、建设单位通常是建设工程所有权人的情况下,为避免因行使优先受偿权(处分建设工程)而影响物权人的合法权益,《解释二》将权利主体限定为“与发包人(通常情况下的建设工程所有权人)存在合同关系”的承包人,通过合同相对性避免影响无过错物权人的合法权益。

其次,《合同法》第286条规定优先受偿权的初衷在于解决长期存在的拖欠工程款问题,并最终着眼于保护建筑工人的劳动报酬。在与发包人存在建设工程合同关系的承包人中,勘察人和设计人的报酬并不涉及建筑工人工资,但施工人工程款债权的实现则与工人报酬紧密相关,故本条将权利主体限定为施工人。

二、条文拓展

本条采用了准许型规范形式,是否可以通过反对解释,认定“与发包人签署施工合同的承包人”以外的其他主体均不享有优先受偿权?对于任意性规范为主、法无禁止则自由的民法而言,这至少在逻辑层面不能成立。因此,仍需对“其他承包人是否能享有优先受偿权”

进行漏洞补充。

(一) 勘察人和设计人是否能享有优先受偿权

基于上文已经提及的理由,勘察人和设计人不享有优先受偿权。

(二) 分包人是否能享有优先受偿权

施工人可以将专业工作和劳务工作分包给专业分包、劳务分包,以总承包人的身份负责主体结构施工和分包管理,此时的常见签约模式包括:①发包人、总承包人和分包人三方签订分包合同;②总承包人与发包人签订施工总承包合同后,再与分包人签订分包合同。

第一种分包模式中,分包人与发包人直接建立合同关系,符合第17条,分包人当然可以享有优先受偿权。第二种分包模式中,发包人、总承包人和分包人形成权利义务的传递关系,但分包人并未与发包人成立合同关系。根据合同相对性原则,在分包工程价款未获清偿的情况下,分包人应当向总承包人主张权利,而不应直接向发包人行使优先受偿权,故不宜对第二类分包人赋予优先受偿权。

值得检讨的是,分包工程款同样涉及建筑工人工资,且分包人的市场地位甚至低于总承包人,仅因“未与发包人建立合同关系”而剥夺分包人的优先受偿权,过于严苛。对此,我们认为存在如下补救路径,并同时希望立法者、最高法院作出一定回应:

第一,如果由于发包人未向总承包人支付工程款,导致分包工程价款未被清偿,则应扩大解释《合同法》第73条及《合同法解释(一)》第13条第1款,允许将优先受偿权作为代位权的客体,并允许分包人通过代位权诉讼的方式向发包人行使该权利。根据最高人民法院王毓莹法官对《解释二》第25条的解读,实际施工人可根据第25条,在转包人或违法分包人怠于行使权利的情况下,代位行使优先受偿权。

第二,如果发包人已经向总承包人支付了工程款,但总承包人未向分包人支付,分包人则不应向发包人主张权利。但在总承包人债务较多,影响分包工程价款实现的情况下,是否可以未付分包工程款的范围内和一定期限内,允许分包人就总承包人的财产优先受偿?这固然符合《合同法》第286条的立法目的,但对对总承包人的其他债

权人利益造成严重影响,需要由立法者或最高法院专门作出规定。

应当说明的是,上述分析仅针对“总-分包”关系。如果专业工程系由发包人直接发包(平行发包),承包单位直接构成承包人,可依法享有优先受偿权。

(三) 工程总承包人是否能享有优先受偿权

工程总承包模式中,发包人可将与工程建设相关的大部分甚至全部工作授予同一承包人并与其签订建设工程合同。工程总承包合同中,承包人的工作范围覆盖设计、施工、采购甚至试车等与建设工程有关的大部分事项,这已经完全覆盖了施工合同的承包范围。赋予施工合同承包人优先受偿权的理由(增值理论、保障建筑工人工资),对于工程总承包人同样成立:因承包人投入人力、技术、材料,形成或增加不动产的价值,且涉及务工人员工资保障问题,该等劳动价值应当获得法律的优先保护。即使两类合同因承包范围差异而有所不同,也至多仅影响优先受偿权的担保范围(将在下文分析),而不应影响工程总承包人享有该项权利。最高法院一庭在《最高人民法院建设工程应用合同司法解释(二)理解与适用》(“《理解与适用》”)表达了同样的观点。

(四) 实际施工人是否能享有优先受偿权

最高法院一庭在《理解与适用》中认为《解释二》明确了实际施工人不享有优先受偿权。但基于对《解释二》的理解,作者倾向于认为:未与发包人建立合同关系的实际施工人不享有优先受偿权,与发包人建立了合同关系(包括签订书面施工合同和形成事实合同关系两种情形)的挂靠人享有优先受偿权,但应以被挂靠人的名义向发包人行使。

为区分合法与违法的承包关系,《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》(下称“《解释一》”)创设了“实际施工人”的概念,用以指代无效合同的承包人,如转承包人、违法分包合同的承包人、没有资质借用有资质的建筑施工企业的名义与他人签订建设工程施工合同的承包人。

由于《解释二》将“与发包人建立

合同关系”作为享有优先受偿权的前提,转承包人、违法分包合同的承包人、未与发包人签订施工合同的挂靠人,显然均不享有优先受偿权。但对于已与发包人签订施工合同的挂靠人,基于以下三点理由,我们倾向于认为应当赋予其优先受偿权。

第一,《解释一》虽然创设了“实际施工人”的概念,但并未严格区分使用“承包人”和“实际施工人”的表述,没有把“承包人”的概念限定为“有效施工合同的承包人”。在该解释的第2、3条中,“承包人”显然包括了违法承包关系中的“实际施工人”。基于同样的逻辑,不能认为《解释二》第17条中的“承包人”仅指合法承包关系中的承包人。因此,不能从文义解释的角度,得出“所有实际施工人均不享有优先受偿权”的结论。

第二,《解释二》不再将合同有效作为享有优先受偿权的条件。《理解与适用》在论述“实际施工人均不享有优先受偿权”时,其所援引的《2011年全国民事审判工作会议纪要》系将“建设工程合同有效”作为享有优先受偿权的条件,这显然与《解释二》不符。因此,不能以该会议纪要否定“与发包人签订施工合同的挂靠人”享有优先受偿权。

第三,尽管挂靠、出借资质属于违法行为,但实际施工人的工程款同样涉及建筑工人工资。在《解释一》有条件地允许实际施工人参照无效合同进行结算、对发包人主张权利的情况下,最高法院已经在“保护实际施工人权利可能会变相鼓励挂靠或出借资质”与“不保护实际施工人权利则可能损害建筑工人合法权益”之间表明了立场。在对《解释二》进行解释时,应当坚持同样的立场,允许“与发包人签订施工合同的挂靠人”以被挂靠人名义行使优先受偿权。这没有违反合同相对性原则,也符合《合同法》第286条保护建筑工人工资的立法目的,且并不存在《理解与适用》中所称的“行使优先受偿权的障碍问题”。

应当说明的是,《理解与适用》在一定程度上代表了最高法院的观点,具有一定权威性,以上论述仅代表作者的个人观点。但是,正因为《理解与适用》并非司法解释,也不属于对裁判者具有约束力的法源,对于《解释二》规定不

明或未予规定的事项,仍应从文义、体系、历史、目的等多个纬度进行解释,而不应拘泥于《理解与适用》的观点。

(五) 建设工程价款债权让与时的受让人是否能享有优先受偿权

对于优先受偿权是否跟随工程款债权一同转移的问题,《解释二》并未作出规定,最高法院也未在《理解与适用》中给出明确结论。在我们看来,不论将优先受偿权定性为法定抵押权或是法定优先权,因其效力在于担保某一债权(即工程价款债权)的优先受偿,且权利客体直接指向物,对其适用担保物权的一般规则应不存在问题。由于“从属性”是担保物权的重要特征,担保物权原则上应当与主债权一并转让,优先受偿权也不能例外。因此,建设工程价款债权发生转让时,优先受偿权当然随之转让,受让人可以因此享有优先受偿权。

承包人转让工程价款债权一般是有偿的,承包人从受让人处获得转让对价,与从发包人处获得工程款不存在实质性差异,两类款项均可用于支付建筑工人工资,也都存在被承包人挪用的风险。允许优先受偿权跟随主债权一并转让,并不实质性增加“建筑工人工资无法及时、足额支付”的风险。

在承包人无偿或以不合理低价转让工程价款债权的情况下,建筑工人可以通过行使债权人撤销权的方式撤销债权转让行为,且该等债权转让行为一般会因为涉及“通谋虚伪”和“恶意串通损害第三人利益”而被认定为无效。债权转让协议被认定为无效或被撤销后,优先受偿权仍由承包人享有,不影响建筑工人工资的实现。

可见,不论何种情形,允许优先受偿权与工程款债权一并转让,均不违背优先受偿权“保护建筑工人劳动报酬”的立法目的。因此,建设工程价款债权让与时,应当肯定债权人作为优先受偿权权利主体的资格。

(六) 建设工程被转让时,承包人是否能享有优先受偿权

由于优先受偿权具有担保物权的特性,应按照担保物权的追及力特性,认定优先受偿权不因建设工程的转让受到影响。当然,如果受让方是支付了全部或大部分对价的消费者,则优先受偿权不可对抗该类主体。

**主编:孙贤程**  
**本报建设法律**  
**咨询服务工作室**

联系电话:021-63212799  
 传真:021-63210873  
 地址:上海营口路588号18楼  
 邮编:200433  
 E-mail:sunxiancheng@sina.com  
 联系人:孙贤程  
 手机:13817068164