试论施工合同法律效力的判断原则（四）

□文/冯小光

其他影响施工合同效力的情形以及施工合同效力的适用规则

一是任意压缩合理工期对施工合同工期约定的效力影响。

最高法院《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》第30条强调，要依法维护通过招投标所签订的中标合同的法律效力。当事人违反工程建设强制性标准，任意压缩合理工期、降低工程质量标准的约定，应认定无效。与之相关的行政法规《建设工程质量管理条例》第十条规定，建设工程发包单位不得强迫承包方以低于成本的价格竞标，不得任意压缩合理工期。

什么是“合理工期”？北京市住房和城乡建设委员会发布的《关于贯彻执行2009年<北京市建设工程工期定额>和2009年<北京市房屋修缮工程工期定额>有关问题的通知》界定，压缩的工期天数超过定额工期的30%，即视为发包人任意压缩合理工期。定额工期是社会平均水平的体现，是各类典型工程经分析整理后截取的数据，而非个体施工企业的施工工期。缩短工期可能包括工期优化和任意压缩合理工期。优化工期是通过压缩关键工作的持续时间而节省出来的时间；任意压缩合理工期是打乱施工节奏，违背工程建设规律，挤占、取消、缩减必要施工流程，违反国家强制性标准，导致工程质量降低。审判实践中，开发商等通过抢工等方式任意压缩合理工期，以达到缩短资本运营周期、降低资金运作成本、提升资本运作效益的目的，因此而导致工程质量缺陷的案例很多，个别案例中造成的质量缺陷很严重，直接危及公共利益和公共安全。《中华人民共和国标准化法》第十四条规定，强制性标准，必须执行。不符合强制性标准的产品，禁止生产、销售和进口。“合理工期”应当界定在包括但不限于维持一个具体工程建设项目正常施工所必需的最短工期。故任意压缩合理工期的违规行为，可以比照违反国家强制性标准的行为适用法律，违背之，有关工期约定无效，应当相应顺延至合理工期范围内。

二是转包、违法分包、肢解发包对施工合同效力的影响。

什么是转包、违法分包、肢解发包？《建设工程质量管理条例》第七十八条有明确规定。2014年8月4日，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)》(即118号文)对转包、违法分包、肢解发包、挂靠等违规行为的内涵、外延等作出详尽规定，也是认定上述违法行为的主要依据。

如何认定转包、违法分包的合同效力呢？《施工合同司法解释》第四条规定，承包人转包、违法分包建设工程或者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。司法解释认定转包和违法分包合同无效，是因为转包、违法分包违反《合同法》第二百七十二条、《建筑法》第二十八条、《建筑工程质量管理条例》等法律、法规、司法解释规定，背离了地基基础工程和主体结构工程应由总包独立完成的基本规则。转包、违法分包的实际施工人多为无资质工头带领的施工队，施工的综合能力明显低于签约的有资质的总承包施工企业，本质上，转包、违法分包与违反建筑市场准入的无施工资质或超越资质等级施工的违法行为之间存在交叉，两者共性为违反建筑市场准入规定，引发的工程质量风险和施工安全风险因此而加大，直接危及公共安全。此外，施工合同为特殊的承揽合同，基于对总承包单位的施工技术、施工资金实力等的信任而签约，转包、违法分包违背发包人对总承包人的履约能力的信赖，对于总包合同而言，总承包单位也是根本性的违约行为。

如何认定肢解发包的合同效力？第一，《建筑法》第二十四条规定，“提倡对建筑工程实行总承包，禁止将建筑工程肢解发包。建筑工程的发包单位可以将建筑工程的勘察、设计、施工、设备采购一并发包给一个工程总承包单位，也可以将建筑工程勘察、设计、施工、设备采购的一项或者多项发包给一个工程总承包单位；但是，不得将应当由一个承包单位完成的建筑工程肢解成若干部分发包给几个承包单位。” 2017年6月，住建部建筑市场监管司复函广东省住建厅《关于基坑工程单独发包问题的复函》称：鉴于基坑工程属于建筑工程单位工程的分项工程，建设单位将非单独立项的基坑工程单独发包属于肢解发包行为。由此看出，肢解发包中的“由一个承包单位完成的建设工程分解成若干部分发包给不同的承包单位” 中的“一个承包单位完成的建设工程”实为“一个单位工程”，该“单位工程”应当是单独立项建设的工程，而不是一个单独立项工程中的一部分。最高院制定《施工合同司法解释》时，住建部建市118号文尚未出台，对肢解发包的具体内涵尚不清晰，故未对肢解发包作出规定。第二，铁路、路桥、码头港口建设工程与《建筑法》调整的房屋建筑及附属设施的建筑安装活动存在很大区别。先说住宅，像住宅房屋的塑钢门窗、保温层工程、房屋外立面装饰工程、屋面钢结构工程、防火防盗门、消防工程、室内采暖系统工程、干挂大理石、屋顶水箱、污水处理池、下水道、小区道路、配电箱、地下式水泵房等，哪些工程可以作为专业分包工程独立发包？哪些属于必须由总包承建的施工范围？作为法官等非建工专业人士而言，很难区分。一般理解，主体结构和地基基础工程应由总包独立完成；其他的如《上海市建设工程承发包管理办法》第十七条有较细致的规定，其大体上给大家一个印象，肢解发包涉及两个概念：大概念是单项工程，小概念是单位工程，逻辑上属种属关系。最小的发包单位为“单独设计、可以独立组织施工”的单位工程；否则，属于肢解发包。再说路桥工程，交通运输部《公路工程施工分包管理办法》第四条规定，鼓励公路工程施工进行专业化分包，但必须依法进行。禁止承包人以劳务合作的名义进行施工分包。规章对转包、违法分包作出细化规定，但未对肢解发包作出规定，想必也是因为情况相对复杂，暂时难以作出统一规定。如前所述，《建筑法》的调整范围包括：各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动，明显不包括路桥工程、水利工程、通讯网络工程等。事实上，路桥工程归交通部门管理，水利工程归水利部门管理等，施工按工程类别分不同行政机关多头管理模式，对此多有诟病。故从法律等规范性文件角度看，对路桥工程等肢解发包法律规定尚不明确。审判实务中，路桥工程施工存在不少发包人将水、电、土方回填、水泥浇筑等工程（工序）分别发包给不同施工单位（施工队）完成，是否属于肢解发包？有观点认为，此行为符合路桥工程施工需多种专业配合施工的内在规律，符合社会分工越来越细致的发展趋势，不影响总包在施工中的地位和统筹指挥作用的发挥，总包应当按照标准流程有序安排不同专业分包和劳务分包入场施工。

至此，笔者认为，路桥工程、水电工程等应当适用法律有关肢解发包的规定，但具体认定标准有待有权部门作出进一步细化规定。现阶段法官裁判应当依据个案情形作出判断，判断时还应当结合工程质量等，力求案件裁判总体效果良好。

三是审判实践中，有关施工合同效力的判断趋势。

近几年最高法院有关司法文件、领导讲话等对施工合同效力的态度。

第一，2015年12月24日，最高法院领导杜万华在第八次全国法院民事商事审判工作会议上强调，“我们要鼓励、包容交易模式和交易结构创新，维护依法成立合同的法律效力，合同只要是依法成立的，效力就应该得到保护，这一点非常重要。”“我们法官有很重要的责任，要维护好契约自由。当事人订立的合同，只要是依法成立，不损害国家利益、社会公共利益和他人合法权利，就要坚守。”民一庭庭长程新文强调，“要严格适用《施工合同司法解释》第一条和第四条关于合同无效情形的规定，对于应当招标而未招标或者中标无效，转包、违法分包、肢解发包，不具备相应资质等级以及未取得建设工程规划许可审批手续等签订技术工程施工合同的，应当依法认定无效。”

第二，2018年4月18日，最高法院第一巡回法庭副庭长张勇健在第一巡回法庭民商事审判工作座谈会上讲到，“要处理好契约自由与契约正义的关系。建设工程施工合同效力的认定既要正确理解和切实贯彻契约自由原则，又要充分认识施工合同的特殊性。要正确适用建设工程司法解释第一条和第四条关于合同无效情形的规定，依法认定合同效力。一般来讲，建设发包人尚未取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证等性质审批手续的工程，与承包人签订的建设工程施工合同无效。发包人未取得施工许可证的，一般认定不影响施工合同效力。对于建设工程施工合同的非实质性条款，应当允许当事人依据具体情况对于合同进行变更，不轻易认定合同无效。要妥善处理黑白合同问题，在裁判结果上，不能使当事人因合同无效获得比合同有效更多的利益。恪守合同的相对性原则，实际施工人向与其没有合同关系的转包人、总承包人、发包人提起诉讼的，要严格依照法律、司法解释的规定进行审查。实际施工人突破合同相对性原则行使诉权的，一般应提供起诉证据证明发包人可能欠付工程款，其合同相对方有破产、下落不明、法人主体资格灭失等严重影响实际施工人权利实现的情形。”

第三，建设工程司法解释二（征求意见稿）对施工合同效力的态度与之前比较，没有发生明显变化。

第四，建筑业改革方案对施工规制方式的变化以及对施工合同效力影响。如国务院办公厅《关于促进建筑业持续健康发展的意见》载明的文件精神，以及国务院办公厅国办发《关于开展工程建设项目审批制度改革试点的通知》明确，“加强事中事后监管。建立与工程建设项目审批制度改革相适应的监管体系。全面推行‘双随机、一公开’监管，加大监管检查力度，严肃查处违法违规行为。”“将企业和从业人员违法违规、不履行承诺的不良行为向社会公开，构建‘一处失信、处处受限’的联合惩戒机制。”据媒体报道，自2017年至2018年5月，住建部已公布8个批次《建筑业企业资质专家评审意见》，共计190项资质申请通过审查，1081项不通过，通过率不足16%。施工企业动态核查常态化，各地持续加大监管力度，因施工业绩、职业资格注册人员（挂证）等被责令整改或者降低资质等级。从建筑业改革文件及行政执法角度看，改革方向为简化现有的复杂的资质管理体制，强化个人执业资格管理；加强事中事后监管；构建诚信体系；加大执法监督力度。建筑业监管的行政执法，也是按照改革要求进一步加大处罚力度。整体评估，改革对建筑业市场准入的方向有所改变，但监管力度进一步加大。相应的，最高法院对施工合同效力认定原则未发生明显变化，总体上评价，与《施工合同司法解释》确定的标准和法律适用原则相当。

四是施工合同效力的法律适用原则。

第一，对合同效力的恶意抗辩行为。当事人签约时明知合同条件及违法违规的情节，依然缔约。“其后，在合同的存续甚至履行阶段，他发现合同有效与己不利，便请求法院或者仲裁机构确认合同无效的，构成恶意之抗辩。对此，法院或者仲裁机构不宜一律支持，而应区分情况确定规则。对于那些严重背离合同制度的目的，必须予以取缔的合同，法院或者仲裁机构一经发现就应当确认其无效，不论当事人是否请求。与此场合，不以恶意抗辩论处。不过，除此而外的合同场合，当事人关于合同无效的主张，则应被定为恶意之抗辩，法院或者仲裁机构不宜支持，以防恶意之人因主张合同无效而获得大于合同有效时所能取得的利益。”

此外，审判实践中还常见承发包双方在工程项目招投标程序中“明招暗定”、轮流坐庄、相互陪标等分别签订两份施工合同：一份是备案的高价合同，另一份是实际履行的低价合同。按照法律规定，两份合同均属中标无效情形而导致合同无效。此情形下，打官司时施工企业常常主张备案合同有效，按照高价合同履行；建设单位主张依照意思自治的合同原则，按照实际履行的低价合同支付工程价款。笔者认为，多数情形下，签约时承发包双方明知违反招标投标法规定可能导致合同无效而为之，主观为故意，诉讼时施工企业企图通过主张备案合同有效、实际履行合同无效的方式，以期达到获得高于实际履行合同工程款（甚至高于实际履行合同价款上亿元工程款）的不正当目的，建设单位也企图达到少付款目的。笔者认为，此时，双方均存在对合同效力的恶意抗辩，不宜采信，法官应当综合导致合同无效的缔约过错、已完工程质量如何、签约时的市场价格信息、双方利益平衡等因素，依裁量权独立作出判断。

第二，施工合同无效后的工程价款认定。如上，“在裁判结果上，不能使当事人因合同无效获得比合同有效更多的利益。”按照合同法规定的合同无效的法定处理原则为：返还；不能返还，或者没有必要返还的，折价补偿；因履行无效合同造成的损失，按照导致合同无效的缔约过错分担。《施工合同司法解释》第二条规定，建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。

审判实务中，很多案件存在设计变更等，无法或者部分无法适用合同约定结算工程款，需要通过司法鉴定方式结算工程款。工程造价鉴定机构应当按照什么标准进行司法鉴定呢？原则应当尊重合同约定的计价方法和计价标准；没有约定或者约定不明的，应当按照《合同法》第六十一条至第六十三条规定的原则确定工程造价鉴定标准。具体说，《合同法》第六十二条规定，价款或者报酬约定不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行。转化为施工合同，即为：按照签约时建筑物所在地的建筑市场价格信息作为工程造价鉴定标准。这一标准，符合建筑市场实际，也符合行业惯例。同时，合同没有约定或者约定不明时，原则上不能适用当期工程造价定额标准作为工程造价鉴定标准，因为建筑市场行情决定了平均签约价格远低于当期工程定额标准，适用定额就可能出现“当事人因合同无效获得比合同有效更多的利益”。实际上，施工合同当事人签订的可调价的施工合同多适用前期（若干年前）定额标准（但也不排除其中某类工程适用当期定额）而不是当期定额标准。若委托鉴定，法院发现鉴定机构适用当期定额标准鉴定，且不下浮到市场正常行情内，背离合同约定和建筑市场实际情况的，应指示纠正。否则，对鉴定结论不予采信。

第三，施工合同无效后的责任承担。实务中，施工合同履行中的违法违规行为查处是交织在一起的，像签约阶段，招投标程序中，“明招暗定”、围标、黑白合同等；履约中，转包、违法分包等；完工阶段，已完工的建筑不进行竣工验收而擅自交付使用等。对于因多个违法违规行为导致施工合同无效的，应当综合分析合同当事人过错，按照不同的过错程度分别承担民事责任。具体讲，第一，签约阶段因违反招标投标法规定，导致施工合同无效的，实务中发包人承担主要责任的情形居多。主要原因是在施工流程中设定招投标程序的主要目的是通过法定的强制的公开竞价的方式为建设单位发包工程建设项目提供平台服务，为发包人的工程建设项目选定施工人。较承包人而言，发包人掌握一定主动权。实务中，违反招投标法规定意图达到的目的多数为发包人节省工程建设费用，故，合同被认定为无效的，发包人承担主要过错情形居多。肢解发包也是如此，在法定必须由总包整体建设施工的工程建设项目，拆分为若干部分以分包名义发包不同的施工主体施工，其中，违法拆分必须整体施工的单位工程，必然是发包人起到了主导和支配作用，否则，依总包意思不能完成违法拆分并发包的系列行为。故，发包人对肢解发包导致施工合同无效承担主要过错责任。第二，履约阶段。转包、违法分包的主体是总承包人，意图达到的目的是自己不干活，将本应由其独立完成的施工义务全部或部分转交他人施工，收取转包费用（行业称管理费），扩大本企业在某地区某专业领域的建筑市场份额，从违法违规行为中收益。故，转包、违法分包不论发包人是否知情均对发包人利益构成绝对损害，发包人未因此取得任何利益，总包人辜负了发包人对本施工企业施工能力的信任，违背承揽合同以信赖为基础订立合同的基本原则，总承包人应当对合同无效承担主要过错责任。第三，对任意压缩合理工期导致工期约定无效的，“任意压缩”的主体主要是发包人，压缩合理工期的目的是为了发包人提高投资效益；抢工，对施工人而言，加大施工强度，增加单位时间的人工费、机械消耗费用等支出；故，发包人对工期约定无效承担主要过错责任，应当顺延工期至合理区间内，以维护施工人利益，确保建筑产品的公共安全。

垫资的界定及其对民事合同法律效力的影响

□文/徐寅哲

《政府投资条例》于2019年5月5日由国务院对外发布。其中第二十二条规定：“政府投资项目所需资金应当按照国家有关规定确保落实到位。政府投资项目不得由施工单位垫资建设。”此项规定引来业界一片叫好，大家苦于垫资久矣，如今国务院正式通过行政法规的形式予以明令禁止，自然是欣喜万分。但在欣喜之余，有关垫资的几个问题，包括如何认定垫资，以及垫资对民事合同法律效力的影响等，还有待进一步探讨。

垫资是否必须明确规定？

结合《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》（以下简称施工合同司法解释一）第六条的规定，有观点认为，垫资首先需要在施工合同中明确约定才行，否则不算。在施工合同司法解释一理解与适用中，最高院民一庭认为，“如果虽有垫资的行为，但合同中没有关于垫资的约定，则发生纠纷后，已经发生的垫资按照一般的工程欠款处理。”

例如：在芷江侗族自治县工业集中区管理委员会、芷江侗族自治县工业园区投资开发有限责任公司建设工程施工合同纠纷再审案件中，案号：（2019）最高法民申291号，最高院即秉持该等观点。该案中，BT合同约定，“建筑安装工程费用：根据实际完成的工程量，按合同约定计价方式计量确认。回购期利息：计息本金为甲方未付款项余额，利息按中国人民银行一年至三年期贷款基准利率上浮30%计算（不计复利）。”至产生纠纷时，对于有关工程款项是否应当照此在中国人民银行一年至三年期贷款基准利率基础上再行上浮30%，各方产生争议。

最高人民法院经再审认为：“本案虽实际有垫资行为发生，但双方并未在合同中对垫资和垫资利息有明确约定，二审法院判决芷江管委会、芷江公司支付的利息是欠付工程款的利息，而非垫资利息，不适用《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》第六条关于垫资利息的规定，并无不当。芷江管委会、芷江公司关于应适用《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》第六条确定利息的申请再审理由不能成立。”

笔者个人的理解：

1.2004年施工合同司法解释一的制订，有当时的具体历史背景，特别是当时仍有观点认为“垫资是不正当竞争的手段或者属于企业之间非法拆借资金的方式，应认定无效”的情况之下。最高人民法院开垫资施工的民事合同法律效力之口，但限缩其利息计算标准，有其合理性。在此明确的司法解释规定之下，具体到对于垫资行为本身的判断来讲，虽然并不一定需要双方当事人有明确的合同约定，但是，如果要想适用施工合同司法解释一的具体规定，则应当有明确的有关垫资的条款约定方可。否则诚如最高院民一庭在理解与适用中所言，“已经发生的垫资按照一般的工程欠款处理”。如此，对于意思自治，以及垫资一方的利益保护来讲，反而有利。

2.对于《政府投资条例》的规定来讲，基于行政监管的角度，显然并非是说政府投资项目的施工合同中，也一定要明确约定有具体的垫资条款，才属于禁止之列。其之评判标准，仍应在垫资行为本身。

如何判断是否属于垫资？

对于发承包双方在施工合同中明确约定有垫资条款的，自不待言。问题是，对于没有明确约定垫资条款的情况下，如何判断垫资行为是否存在？笔者查阅当前有关的法律法规和其他规范性文件，在有限的了解范围内，并无查找到有特别的关于垫资的明确规定。

最高院民一庭在施工合同司法解释一理解与适用一书中曾有过论述，认为“所谓垫资是指，承包方在合同签订后，不要求发包方先支付工程款或者支付部分工程款，而是利用自有资金先进场进行施工，待工程施工到一定阶段或者工程全部完成后，由发包方再支付垫付的工程款。”“垫资施工的方式一般包括：带资施工、形象节点付款、低比例形象进度付款和工程竣工后付款等。”此等概念型阐述，虽有助于宽泛性的了解，但显然无法准确操作。

而在原建设部、国家发展和改革委员会、财政部、中国人民银行于2006年1月4日发布的《关于严禁政府投资项目使用带资承包方式进行建设的通知》中，曾就“带资承包”规定为：“是指建设单位未全额支付工程预付款或未按工程进度按月支付工程款（不含合同约定的质量保证金），由建筑业企业垫款施工。”这里的“带资”基本与当前我们所表述的“垫资”同义。但是，一方面，这里虽将工程预付款与进度款都列为垫资的范畴，而具体的工程预付款与进度款的比例至何，未曾规定；另一方面，所谓进度款存在垫资的认定，也仅是针对按月支付这一种情况而言，并没有涉及其他非按月支付的情形。

实践中，具体如何理解预付款与进度款的合理支付比例区间，显然成为准确判断是否构成垫资的最主要问题。

原建设部、国家计委、财政部于1996年6月4日曾发布《关于严格禁止在工程建设中带资承包的通知》，其中第三条规定：“对于建筑安装施工的年度建设资金到位率不足30%的工程项目，有关部门不得进行招标、议标，不予发放施工许可证。”这里有关年度建设资金到位率不到30%的规定，或可视为认定垫资行为的具体比例标准。只是，何为“年度建设资金到位率”，又是一个需要再定义的概念，我们也未能在有关的法律法规或其他规范性文件中，找到与此相关的准确界定。

在原建设部、财政部于2004年10月20日发布的《建设工程价款结算暂行办法》（即369号文）中，有关工程预付款的结算原则，有明确规定：“包工包料工程的预付款按合同约定拨付，原则上预付比例不低于合同金额的10%，不高于合同金额的30%，对重大工程项目，按年度工程计划逐年预付。”有关工程进度款的支付，按照369号文的规定，工程进度款的结算方式可区分为“按月结算与支付”和“分段结算与支付”，而工程进度款的具体支付则应“根据确定的工程计量结果，承包人向发包人提出支付工程进度款申请，14天内，发包人应按不低于工程价款的60%，不高于工程价款的90%向承包人支付工程进度款。”

简单的来讲，按照369号文的规定，通常情况下，预付款的合理支付比例区间应为10%~30%，进度款的合理支付比例区间应为60%~0%。凡是不符合此等规定情形的，可以考虑认定为属于垫资。

只是，这里进一步需要探讨的是，一方面，369号文的规定基于其自身的法律层级，是否能够被认定为属于评判垫资的标准？另一方面，369号文没有规定到的情形又该如何认定？例如：采用总价合同按形象进度节点付款的情形，并没有过程中的计量，则怎样的支付比例可被视为合理？

笔者个人的理解：

1.369号文第二条规定：“凡在中华人民共和国境内的建设工程价款结算活动，均适用本办法。”虽其法律层级仅属于部门规章，但不影响对于是否属于垫资行为本身的判定。其次，369号文自2004年起实施至今已经15年，且因财政部与原建设部共同颁布的原因，不论对于政府投资项目还是民间投资项目来讲，符合《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）》（以下简称合同法司法解释二）第七条关于“交易习惯”的规定，属于在建设工程领域，“通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法”。行政与司法部门均可据此评判按月进行计量与付款的工程项目是否存在垫资。

2.结合住建部与国家工商总局《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—0201）通用条款中的规定，其中“12.3.2计量周期”规定“除专用合同条款另有约定外，工程量的计量按月进行。”以及“12.4.1付款周期”规定“除专用合同条款另有约定外，付款周期应按照第12.3.2项（计量周期）的约定与计量周期保持一致。”显然，以政府投资项目为例，一般应遵照国家示范文本执行，而非随意在专用条款中进行变动。某种程度上，可以理解为，因国家示范文本规定的工程量计量周期与工程款付款周期都是按月进行的，则除此之外的计量与付款类型，撇开比例不谈，均应属于垫资。

违反政府投资项目不得垫资的规定会影响民事合同法律效力吗？

《政府投资条例》中有关政府投资项目禁止垫资的规定甫一发布，立即就有观点指出其可能对违反此等规定的民事合同的法律效力产生影响。原因在于，《政府投资条例》的法律层级属于行政法规，远非此前的各类政策性文件所可比拟。根据《合同法》第五十二条第（五）款之规定，“违反法律、行政法规的强制性规定”的合同无效。虽然合同法司法解释二第十四条明确规定：“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。”但是对于效力性强制性规定的评判标准仍未有清晰的法律规定，显然这也对于此次《政府投资条例》这一行政法规中有关禁止垫资的规定，所可能对于民事法律行为效力带来的影响，产生了不确定的作用。

而综观此前的诸多文件规定，对于禁止垫资的行为，均未做出民事合同法律效力的负面评判。例如：

1.在建建(1996)第347号通知中规定，对于建设单位要求施工单位带资承包的法律后果，除了行政监管处罚以外，具体到合同的角度是说“由此造成的损失均由建设单位按合同承担责任”。基于施工单位的角度也是一样，除行政监管处罚以外，“由其按合同自行承担有关责任”。既然仍然要按照合同执行，显然，并未对合同效力作任何否定性评价。

2.在建市[2006]6号通知中，同样也是指出，对于政府投资项目出现带资承包行为的，要对发承包双方进行行政处罚，而非涉及民事合同效力本身的评判。

笔者个人的理解：

1.《政府投资条例》第一条立法宗旨中明确，本条例的立法目的之一是为了“规范政府投资行为”，其直接规范的主体对象是政府本身。而针对可能的违反第二十二条禁止垫资规定的后果，在本条例的第六章“法律责任”第三十四条中也是明确规定，存在“要求施工单位对政府投资项目垫资建设”的，“责令改正，根据具体情况，暂停、停止拨付资金或者收回已拨付的资金，暂停或者停止建设活动，对负有责任的领导人员和直接责任人员依法给予处分。”显然，其法律责任后果，既不涉及施工单位，也不涉及民事法律行为本身。从这个意义上来讲，《政府投资条例》中有关禁止垫资的规范性规定，应属管理性而非效力性强制性规定。

2.正所谓“行政的归行政、民事的归民事”，政府投资项目本身签订的施工合同，仍属于平等主体之间的民事法律行为。不应因一方主体的特殊性，以及其自身遭受的行政监管，而导致民事合同法律效力本身存在可能影响相对方合法权益的不当后果。

3.对于政府投资行为，如基于中国当下自身的特殊背景，要加以垫资施工行为的强有力禁止性监管，其出发点应是对于政府主体（特别是主政官员）自身扭曲政绩观的有力惩戒，而非可能伤及无辜民事主体合同效力的否定性评判。否则，无异于本末倒置。

（作者单位：上海市建纬律师事务所）