# 合同审查要点及其注意事项

来源：网络 作者：独影花开 更新时间：2025-04-15

*合同审查要点及其注意事项对企业而言，合同行为是公司存续期间重要的商事活动。合同审查应尽量做到“绝事于未萌，防患于未然”，应树立以下立约观念：“事先防范、过程跟踪、事后补救”。技术创新是企业发展的动力，通过法律来规范企业经营行为同样也能赢得可...*

合同审查要点及其注意事项

对企业而言，合同行为是公司存续期间重要的商事活动。合同审查应尽量做到“绝事于未萌，防患于未然”，应树立以下立约观念：“事先防范、过程跟踪、事后补救”。技术创新是企业发展的动力，通过法律来规范企业经营行为同样也能赢得可观的效益。

本人总结审查合同工作中的常见问题和注意事项如下，和大家一同交流学习。第一节、第二节简单引出合同审查目的和合同文本通用条款，第三节重点阐述合同的形式审查与实质审查。我司为房地产开发企业，因此在第四节单独列出建筑工程施工合同审查要点，并在第五节中结合实践，对建筑工程施工合同签订过程中的几个问题做一些归纳总结，并提出初步探讨意见。

第一节

合同审查的目的一、达到交易目的二、有效保障当事人的权益

第二节

合同文本通用条款

一、鉴于条款

二、合同目的和范围

三、合同各方权利义务及保证履约条款

四、结算、支付条款

五、知识产权条款

六、保密条款

七、违约责任条款

八、不可抗力条款、免责条款

九、争议解决条款

十、法律适用条款

十一、合同期限条款

十二、合同的变更、解除条款

十三、通知送达条款

十四、合同附件条款

十五、生效条款

十六、合同文本条款

第三节

合同的形式审查与实质审查要点

一、形式审查要点

1、形式及审批流程是否符合公司规定

常见问题：

（1）

会签表基本信息填写不完整、不规范、不清楚、与合同内容不一致。

（2）

未按公司要求使用公司制定的范本。

（3）

缺乏立项审批、超标审批；合同内容超出所依据文件的内容范围。

（4）

合同相对方的选择方式不符合规定（如：应当招投标的项目，没有进行招投标）。

（5）

流程选择不符合权限分工的要求。

（6）

缺乏合法有效的授权委托书。

（提示：审查授权委托书，可尽量避免与无权代理、越权代理、无权处分的主体签订合同，避免可能导致的合同被变更、被撤销或无效的后果。）

2、报审资料完整性、一致性

常见问题：

（1）

审查报审资料不完整，缺少合同附件、立项审批文件、招投标评审结果文件、对方资质证明等。

（2）

合同的标的种类、数量与审批文件有偏差；中标单位与合同相对方主体不一致等。

（3）未按要求提供资料原件；合同相对方营业执照复印件未加盖公章等。

3、合同文本形式要文字准确；表述严谨；格式规范；前后逻辑一致。

常见问题：

（1）合同结构不完整（如缺少开头、正文、结尾）；

（2）合同各方当事人信息不正确（如当事人名称与营业执照上的名称不一致；当事人银行账号、联系地址、联系电话等信息缺漏等。

（3）合同名称与内容不符（如：把租赁写成承包；把借款写成投资）。

（4）法律用语不准确（如“定金”错写成“订金”，“权利”写成“权力”，使用“大约”、“相当”等模糊词。）

（5）前后逻辑不一致

①称谓前后不一致（如：甲方乙方、买方卖方均出现，且没有指代关系）；

②金额大小写不一致、分期付款总额与合同总金额不一致等；

③期限表述不一（如：“期限一年”与“2024年3月至2024年4月”）；

④序号、附件指代矛盾；

⑤签订日期前后不一致；

⑥印章上的公司名称与合同中书写的单位名称不一致；

⑦所盖章非公章或合同专用章（如：合同上盖财务专用章）。

二、实质审查要点

1、审查合同主体资格、履约能力

常见问题:

合同主体不具备签约、履行合同的权力能力和行为能力。

如：

（1）不具备营业执照的法人分支机构且未经法人授权；

（2）未成年人、精神病人；

（3）营业执照过期或未通过年检；

（4）连续两年未年检被工商吊销营业执照；

（5）对于特殊行业的主体，不具有从事合同项下行为的资格，（建筑承包资质共四级，只能承包与其级别相符的工程，通信类、供电类还要经过特定审批）

展开说明企业分支机构对外签约问题：

由于法人分支机构并不具备完备的合同签署权限，因此与其签约可能存在一定法律风险。

如果法人的分支机构依法设立并已领取营业执照，则属于《民事诉讼法意见》中规定的“其他组织”范畴，具有缔约能力，可作为合同主体。但应结合该分支机构规模衡量其履约能力，对于金额特别巨大或存在较大法律风险的合同，从安全考虑，最好要求该分支机构提供相应法人对其签署合同的授权文件。

如果是法人非依法设立的分支机构，或者虽依法设立但没有领取营业执照的分支机构，且未经法人授权，则其不具有民事主体资格，其对外签订的合同一般会被确认无效。如其事后经法人追认，可视为法人行为。因此，尽量避免同此类分支机构签订合同。

2、审查合同效力、合同条款效力

常见问题：

（1）存在《合同法》第52条规定的5种导致合同无效的情形；

①一方以欺诈、胁迫的手段订立的合同，损害国家利益的；

②恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；

③以合法形式掩盖非法目的的；

④损害社会公共利益的；

⑤违反法律、行政法规的强制性规定的。

（2）存在《合同法》第53条规定的无效免责条款。

①造成对方人身损害的②因故意或重大过失造成对方财产损失的（3）需要依法办理批准、登记手续的或约定办理批准、登记手续后合同才生效的，未跟踪了解合同是否向有关机关办理批准或登记备案

（4）涉外合同约定公证生效的，没有实际办理公证。

（5）约定的生效条件、期限不合法。

提示：需审查合同所附条件或期限的必要性、合理性、合法性，并审查条件是否成就、期限是否届至等。

3、审查合同条款是否完备

常见问题：

（1）

缺少《合同法》要求的基本条款；

①当事人的名称或姓名和住所，②标的，③数量，④质量，⑤价款或者报酬，⑥履行期限、地点和方式，⑦违约责任，⑧解决争议的方法。

（2）缺少依合同特点须具备的条款

如：①知识产权条款，②保密条款，③对方使用我方商标的合同，没有明确限制商标的使用方式及范围。

4、合同付款条款

（1）原则：把价款的支付和合同履行过程中对方合同义务的履行和防控对方违约风险结合起来，把价款的支付条件和对方在各阶段应履行的合同义务密切联系，通过设定价款支付的时间点和付款比例来促使合同对方如约履行合同义务，最大限度发挥付款条款的风险控制作用。

付款条款通常与合同权利义务的平衡具有密切关系，对于保证合同的履行质量、实现合同的目的具有重要意义。

（2）

常见问题：

①不应一次性付款的合同选择了一次性付款；

②分期付款的合同，付款比例不恰当，首付款比例过高；

③付款条件未与制约对方履行相应合同义务相结合等。

（3）不同的合同应采用不同的付款方式：

一次性付款：通常用于合同期限较短且对方没有后续合同义务履行问题的合同（如：礼品、宣传品或其他低值易耗品采购合同等），可约定到货验收合格后一次性付款。但一般设备或中小型的采购合同，应留有一定比例的质量保证金，待保修期满后支付。

分期付款：对于设备采购（涉及安装、调试、试运行、初检终检等）、技术开发类、租赁类、广告发布类合同、维护服务类或合作类的合同，由于合同期限有较长的持续性，合同对方有需要后续履行的合同义务，常采用分期付款的方式。

（4）付款节点：①合同生效时间；

②合同经相关管理部门批准、登记、备案的时间（如有）；

③交付时间；

④验收合格时间；

⑤质量保证期届满时间。

（5）注意：补签合同情况下，分期付款期限早已构成迟延，应根据实际情况调整付款条件和期限，以免因约定不当导致迟延支付的违约风险。

5、审查违约责任

尽量穷尽各种可能的违约假设并设立违约处理方式。

约定违约情形、违约责任，违约所产生的损失范围及补偿（如对于可预期利益的范围的界定）。

（1）违约责任的承担方式：继续履行、赔偿损失、采取补救措施、违约金责任、定金责任。

（2）如果合同对公司具有特殊的商业价值或利益，而存在对方单方违约解除合同的可能时，可视情况采用加重对方的违约成本，制约对方的违约行为。如在约定违约金、赔偿损失之外，约定守约方还有权要求违约方继续履行合同，保护守约方缔约目的的实现。

（3）对违约责任约定要明确，避免出现如下情况：

如：①约定“按照《合同法》解决争议”，②约定“按照《合同法》有关条款承担违约责任”。

（4）最好明确约定违约金数额、数额计算方式，如以合同总金额的一定比例计算违约金，或按中国人民银行同期贷款利息、逾期贷款罚息等标准能计算日违约金。如未实现约定具体计算方法，守约方须举证实际损失的多少，而损失计算通常复杂且争议较多，不利于损失的及时弥补、纠纷的顺利化解。

（5）如何判断违约金过高的问题。《合同法》第114条第2款规定了“当事人约定违约金数额低于或过分高于实际损失的，经当事人请求，人民法院或仲裁机构予以增加或适当减少。”《合同法解释二》第29条第2款规定了“当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的过分高于造成的损失”。

6、审查管辖约定

常见问题：对管辖权的选择不符合专属管辖、级别管辖的规定，仲裁条款无效。

如：①不动产合同纠纷，约定了不动产所在地以外的法院管辖；

②知识产权纠纷合同，约定了没有管辖权的基层人民法院管辖；

③约定的仲裁机构名称错误；

④同时约定仲裁和法院管辖；

⑤同时约定了两个以上仲裁机构。

7、审查合同条款是否明确具有可操作性

常见问题：

（1）引用已失效的法律法规（如：“本合同依据《中华人民共和国经济合同法》的有关规定签订”）

（2）约定一方严重违约时对方可以解除合同，但没有明确什么样的情况属于严重违约。

（3）约定了构成违约的条件，但没有相应明确违约责任追究的具体方式。

（4）约定的检验、考核周期过短，实际不可能做到。

（5）标的条款缺少名称、规格、型号、性能等信息。

（6）未对可能发生的情况进行约定，造成权利义务不明确（如：广告发布合同中，未对广告牌坠落致人损害的赔偿责任等可能发生的问题明确约定）。

8、知识产权条款

（1）应当设置知识产权条款的合同：广告类合同、技术类合同、委托设计制作类合同。

视具体情况设置知识产权条款的合同：采购类合同、咨询服务类合同、委托筹办类合同、施工类合同。

无须设置知识产权条款的合同：租赁合同。

（2）对于设计制作合同，委托方企业可能采取的条款模式：

①完全归属本公司，非经事先书面同意，受托方不得以任何方式使用或向第三方披露；

②完全归属本公司，但在本合同履行完毕后，受托方为介绍其自身业绩需要可以引用相关的内容；

③归双方共有，除本合同已有约定之外，任何一方拟使用或处置该作品必须事先取得对方同意；

④归受托方所有，但受托方对该作品的任何使用或处置均不得侵害本公司的合法权益。

9、不可抗力条款

（1）对于不可抗力条款的具体设置，应根据公司在具体合同种的不同地位来具体分析。

如合同中的主要义务由相对方履行，则此条可原则性规定，列举的不可抗力事件则尽可能少。例如：施工类合同中，公司主要义务为支付工程价款，而相对方的主要义务为工程施工，受到不可抗力影响的可能性显然更高，故此时合同不可抗力条款设置宜较为原则，列举情况较少，则相对方援引不可抗力条款免除责任的可能性就较低，更有利于公司权益的保护。

但如公司需承担具体合同的主要义务的，则建议对不可抗力条款的约定应尽可能细化，采取列举的方式，尽最大可能将可能对公司履行合同造成影响的情形都约定为不可抗力事件，以便发生此类情况时，可援引不可抗力条款避免相关法律风险的发生。

(2)援引不可抗力条款的程序。

如公司义务相对较轻的，可规定较为严格的援引程序和要求，例如发生不可抗力后应提交当地政府或者公证机构出具的关于发生不可抗力的证明文件，以及主张不可抗力的期限等，以便从程序上尽可能地避免相对方主张不可抗力。反之，可规定较为宽松的程序和要求。

（3）另外，建议在合同中明确将因政府政策、命令、指示或其他行使行政权力的行为，致合同完全或部分不能履行的，视为不可抗力。

第四节

建设工程施工合同审查

建设工程施工合同是公司日常合同管理工作中常见的合同类型，数量多、金额巨大、涉及专业问题较多。

一、合同主体的审查

需具备相应的资质。审核资质时应注意审核其资质证书的资质等级、有效期限等是否符合工程建设项目的要求，持证单位名称是否与承包单位名称一致等。

相关法条：《建筑法》第13条“从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、涉及单位和工程监理单位，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。”第26条“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。

二、合同效力审查

2024第14号《关于审理建筑工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》：将五种合同依法认定为无效：

1、承包人未取得建设施工企业资质或超越资质等级的；

2、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；

3、建设工程必须进行招标而未进行招标或者中标无效的；

4、承包人非法转包建设工程的；

5、承包人违法分包建设工程的。

三、施工合同第一部分协议书的内容审查

施工合同第一部分为协议书，概括约定施工合同的主要内容如工程概况（工程名称、地点、内容）、承包范围、工期、质量标准、合同价款，该部分属于合同实质内容的主要内容，审查时应注意核对是否与项目审批文件一致（如属招投标项目应核对承包人名称、承包条件是否与中标结果一致），约定内容是否具体、准确，如有不一致应进行修改。

1、审查工程承包范围，包括土建工程、给排水工程、电气工程、消火栓工程、消防喷淋工程、暖通工程、弱电工程（包括智能化系统预埋管、盒、箱壳部分）等等。注意与招投标文件、发包图纸、工程量清单内容一致。

2、开工日期的审查，项目开工日期的明确对工期的认定，具有重要意义。一般标明：开工日期以发包方和监理方、或监理出具的开工通知日期为准。实际开工日期与约定日期不一致，以实际开工日期为准（开工通知书等证实）。施工许可证日期和实际施工日期不一致，以施工许可证日期为准。

四、合同内容合法性的审查

根据《合同法》、《建筑法》等相关法律规定，工程合同不得有违反法律、行政法规强制性规定的内容，审查时如有违反内容应进行删改。

常见问题：

1、将应当由一个承包人完成的建设工程直接成若干部分发包给几个承包人；

2、同意承包人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肢解后以分包的名义分别转包给第三人；

3、同意承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位；

4、同意分包单位将其承包的工程再分包；

5、同意建设工程主体结构的施工非由承包人自行完成；

6、合同约定建筑材料、建筑构配件和设备由工程承包单位采购的，发包单位制定承包单位购入用于工程的建筑材料、建筑构配件和设备或者制定生产厂、供应商；

7、将必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标的；

8、与非中标人签订合同（也包括中标人向他人转让中标项目的情况）；

9、不按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同，或再行订立背离合同实质性内容的其他协议；

10、其他违反法律、行政法规强制性规定的内容。

五、合同价款、计价方式

计价方式一般有三种：

1、采用固定价格合同。（如：合同约定工程总价款包含全部工程量内容，承包人无论何种原因没有列入单价或总价款中的工程，发包人都没有增加支付的义务，并认为该项目已包含在总承包价款中。本工程竣工结算时，只计算变更部分和材料价差调整部分，不再对报价书、标底价及中标价进行重新核对。）

2、采用可调价格合同。（如：合同价款调整方法，招标范围以内的工程量按实计算，定额计价，税前总价下浮。设计变更及现场签证由总监、发包人现场工程师共同认可，施工期间工程变更或签证调整单项

元以内不予计取，元以上单项的变更或签证于竣工决算时调整，签证、变更的工程量按专项条款所规定的相应下浮率下浮。）

3、采用成本加酬金合同。（此种方式采用不多。）

应当约定：

1、预付工程款的数额、支付时限及抵扣方式；

2、工程进度款的支付方式、数额及时限；

3、工程施工中发生变更时，工程价款的调整方法、索赔方式、时限要求及金额支付方式；

4、发生工程价款纠纷的解决方法；

5、约定承担风险的范围及幅度以及超出约定范围和幅度的调整办法；

6、工程竣工价款的结算与支付方式、数额及时限；

7、工程质量保证（保修）金的数额、预扣方式及时限；

8、安全措施和意外伤害保险费用；

9、工期及工期提前或延后的奖惩办法；

10、与履行合同、支付价款相关的担保事项。

提示：审核计价方式的约定内容应注意审核是否清楚明确地约定了计价方式及价格调整的风险范围和调整方法、上下文约定的计价方式是否一致等（常见问题如:前面约定“包干造价，固定不变价”，后面又约定“按实结算”）。

六、关于合同价款支付条件、期限的约定

1、方式：节点形象进度，按比例；或工程量，按比例。除了需注意根据工程进度约定相应价款支付比例外，还需视公司审批流程所需期限等相关因素约定合理的付款期限。

如：“合同生效后”、“工程竣工并经验收合格后”补充具体期限“XX个工作日内”，以便安排付款事宜，避免迟延支付。

2、通用条款中关于合同价款变更、工程量确认、竣工验收报告、索赔报告等均约定了确认期限，如超过约定期限未予答复将被视为认可。因此如果通用条款约定的各个确认期限根据各公司实际履行需要不够长，应在专用条款中进行变更，延长相应期限，以免因公司审核流程较长在未答复前已被视为认可的情况发生。提示注意：

常有承包方要求发包方将其应收的合同款支付给其自行制定的分包单位或包工头，发票的开具也由分包单位或包工头自己解决。承包人试图通过转让债权这一形式将合同履行过程中存在的转包或违法分包行为合法化，甚至连发票开具的合同义务也同时进行转让。对于承包人的这种要求应予拒绝，并应注意在施工合同中明确约定工程款的收款账户、发票开具的方式等。

七、审查对监理工程师、发包人派驻工程师权限的设置

1、明确工程师授权范围；

2、对于超越工程师授权范围的，由发包方确认。

提示注意：对于可能引起工期顺延、工程质量、合同效力等重大变更的工程师指令，可以约定需要经过发包人或承包人认可后生效。

八、审查对于工期顺延的约定

1、工期顺延的原因，除规定不可抗力外，对于因工程内容变更、工期增加、设计变更、工程款支付、政府指令（停水停电）、地下物等因素造成的工期顺延，最好约定标准作为认定是否构成工期顺延的依据；

2、工期顺延的程序性约定：承包方在一定时间内，书面报发包方认可、监理认可。可以增加“视为”条款。（视为条款：发包方在约定期限内不予答复的，视为认可。）

九、对于隐蔽工程和中间验收的条件和程序的审查

1、程序：“按照国家、省、市、县有关规定执行。承包人自检、并在隐蔽或中间验收前

小时，以书面形式通知监理工程师和发包人代表。防水及室外装修等重要部位的施工先做样板，经发包人和现场监理验收后方可进行施工。”等。

2、通用条款内有具体约定，也可在合同中明确“正负零、封顶”等主要节点的验收要求。

十、审查关于工程变更的约定

未经过规划的批准、设计的批准的规划设计变更；承包方原则不作变更；但实务上需做变更。

（此类约定

举例如：由于工程变更使得工程量或工作内容增减的，变更发生后

日内，承包人须向工程师提交书面报告，工程师审批通过书面报告后报发包人核准，书面报告经发包人确认并加盖公章后,方可作为调整合同价款的有效签证,在工程结算时支付。承包人逾期不报，视为不涉及工程造价增加。设计变更必须提供由发包人发出的或发包人委托设计单位经发包人审批后发出的工程变更通知书，否则不视为设计变更。施工期间变更调整单项

元以内不予计取，元以上单项的变更于竣工决算时调整。）

十一、审查关于竣工验收和结算的约定

重点注意：验收过程、工程交付、资料交付、竣工结算等方面的约定；关于验收的主体资格、质量不合格情况下的整改措施和责任承担、结算资料的提交时间和补充要求。

提示注意“视为条款“的约定：作为发包方，可约定“承包方不按时与发包方共同结算的，已发包方审定的结算金额为准；作为承包方可约定“结算文件提交后，在约定时间内发包方不予以审计的，视为认可结算资料”。

十二、农民工工资问题的约定

实践中曾发生此类纠纷：公司将工程施工任务承包给某施工单位进行，由于施工单位拖欠农民工工资，导致农民工向建设单位讨薪或向建设行政部门上访，很多地方政府要求建设单位承担垫付责任。

为解决此问题，可在施工合同中增加关于对方不按时发放农民工工资导致农民工到公司或有关部门上访给公司造成影响及算是的违约责任承担问题的约定，以约束对方合法用工并及时支付农民工工资。也可要求施工方提供银行出具的支付农民工工资的保函。

十三、违约责任

通用条款中的违约责任约定比较泛泛。

详细的约定可参照如下条款：

1、对于履约保证金（或保函）的具体内涵加以明确：何种情况下扣除、保函生效失效时间、保证金退还的时间及利息约定；

2、对于工期拖延的罚则：扣保证金、违约金及抵工程款、总价款的违约金。

3、对于逾期支付工程款的罚则：发包人不能按时支付工程款的，自逾期之日起按照中国人民银行规定的贷款利率承担迟延履行期间的利息。

4、对于工程及资料交付的约定：发包人与承包人工程结算发生的任何异议，应当通过仲裁或者诉讼解决，但是无论是否发生或者争议责任如何，都不能成为承包人行使工程移交、工程验收、配合工程备案以及移交工程资料的抗辩理由。上述争议被确认属于发包人过错的，发包人承担相应责任。（留置权）

5、对于质量争议的约定：质量问题认定的中间机构设置和认定。证明责任的承担和程序。可约定第三方：区所在地的质量部门。

6、对于质保金的约定：质保期的长短，质保金返还的方式和利息支付问题。7、于安全文明施工过程中的责任承担和处罚方式的约定。

8、关于工程违法转分包、挂靠的约定：主要是罚则。工程不允许转包或者违法分包，发包人发现承包人违反本条规定转包或者违法分包的，有权立即解除合同。承包人除比照本协议质量、工期相应处罚条款承担全部责任外，应当承担工程总标价10%的违约金。造成发包人损失的，承包人还应承担由于解除合同迫使发包人重新招标引起的房屋销售信誉受损带来的直接、间接经济、名誉赔偿责任。但本协议约定发包人分包的除外。

9、对于工程保修责任的认定：承包方不保修情况下的处理和费用承担。（如：“承包方应在规定时限内通过修理、重作等补救措施使工程质量合格，并应支付工程总价款

%的违约金，如超过规定改正期限工程质量仍未验收合格的，发包方有权单方解除本合同，并要求承包方赔偿相应的损失。承包方违约除应按照上述约定支付违约金外，当约定的违约金不足以弥补发包方所受到的损失时，还应赔偿发包方损失”。）

十四、安全责任

1、通用条款中有约定“承包方承担施工生产过程中发生的安全责任”。

实践中，常有受害人将建设单位一并作为共同被告起诉，导致建设单位花费大量人力物力处理纠纷。

为有效约束承包方严格履行安全施工责任，避免发包方因安全事故等原因而使受害人通过投诉、起诉、信访等方式向发包人主张权利，承包方应承担发包方因此支出的调查费、律师费等合理费用，并可约定每发生一起安全事故，发包方有权要求承包方支付合同总价款

%的违约金，可在工程款中直接扣除。”

2、实践中，建筑工地发生人身伤亡事故后，有些地方行政管理部门或受害人要求公司作为业主单位承担连带责任。对于该问题，分析如下：

一般情况下，建设单位对承包方在施工过程中造成他人损害是不应承担责任的，更无法律依据承担连带赔偿责任。（《建筑法》第45条规定：“施工现场安全由建筑施工企业负责。实行施工总承包的，由总承包单位负责。分包单位向总承包单位负责，服从总承包单位对施工现场的安全生产管理。”）

关于连带赔偿责任，根据《民法通则》第130条、《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第3条，承担连带赔偿责任的依据是建设单位与加害行为人构成共同侵权，如没有共同侵权，无须因是业主单位即承担连带赔偿责任。

特殊情况下，依据《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第10条，承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任。此种情况下，如果建设单位发出错误甚至违法违规的只是，或选择没有资质的施工企业承包建设工程的，则可能因此过错责任而承担相应的赔偿责任。

为减少此类争议，可采用的做法是：除要求承包方投保意外伤害保险外，同时要求承包方为职工、农民工投保工伤保险，一定程度上减少了建设单位的风险。

十五、保修责任条款

建设工程承包单位在向建设单位提交工程竣工验收报告时，应当向建设单位出具质量保修书。质量保修书中应明确建设工程的质量保修项目内容及范围、质量保修期限、质量保修责任、质量保修金的支付方法等。此外，还需明确工程质量出现问题时对方的反应机制问题，反映时限问题，工程维修的费用承担问题等。

第五节

建设工程施工合同相关问题分析

选择以下几个问题探讨：

一、施工合同的签订与招投标的关系及效力

根据我国《建筑法》、《招标投标标法》及国有计委颁发的《工程建设项目招标范围和规模标准规定，国家大型基础设施建设、公用事业、国有资金投资、政府投资项目、国际组织如世行贷款项目，必须通过招投标。商品住宅项目属于关系社会公共利益、公众安全的公共事业项目的范围，应该依法采取公开招标的方式确定施工企业。按照上述法律规定，在招投标前发包方不得与施工方进行任何有关实质内容的谈判，在通过招投标后不得改变合同的实质内容。

例:在进行招投标前,施工方已经按照其与发包方的口头约定进行了实际施工。为满足行政机关的要求和法律的形式要求，发包方随后进行了公开招标、投标、开标、评标和中标一系列的程序，实际施工方成为本项目的中标人，并与发包方签订了建设工程施工合同。签订合同以后，双方又对工程量等进行了补充约定，相应的对工程价款进行了调整。

此例中的建设工程合同和补充协议的效力如何？

虽然本案发包方、施工方在招投标前进行了实质性的沟通，违反了法律的强制性规定，但由于后来双方通过招投标方式进行招标后中标者即为实际施工人，根据我国理论界中合同效力补正的理论，该施工合同应为有效合同。在补充协议中双方对工程量和相应的工程款进行调整，应认定为有效。

二、施工合同签订主体及其效力

目前，建设工程承包活动中，作为发包方有可能存在多种形式，如委托开发、合作开发等情形，作为承包方有的资质不够而采用授权等方式来借用资质。那么如何来确定在这些情况下签订的建设工程施工合同的法律效力呢？

签订建设工程施工合同时，与承包方签订合同的发包方可能并不是真正的项目所有人，如在委托开发房地产时，发包人可能就是受托房地产开发企业，而真正的项目所有人却时委托人；在合作开发房地产时，发包人可能只是负责项目开发的房地产开发企业，而另一方可能时出地方。根据合同相对性原理，合同只对签订合同的发包人有效，对另外的委托方或合作方是没有法律效力的。

对于承包方没有资质时借用有资质的企业名称来承包企业，我们国家已明令禁止，且在建设工程施工合同纠纷的司法解释中明确这种情况属于无效合同。但有些个体施工队没有资质，但他们可能会成为某一个有资质单位的项目部，成为该单位的一个分支机构，并接受该有资质企业的统一指挥、统一管理，利用公司的设备等，在该单位的授权下签订建设工程施工合同并履行义务，至于其内部如何进行利益分配是其企业内部的管理问题，与合同效力没有关系。此种情形应认定为合同有效。

三、违法工程与建设工程施工合同的效力

某些工程在进行建设施工发包时，其工程没有取得建设用地规划许可、工程规划许可、建设工程施工许可甚至土地使用权也不在发包方名下，该工程可能并不合法，那么在此情形下承、发包双方签订的建设工程施工合同的法律效力如何？

一种意见认为，违反工程所签订的施工合同应属无效。理由：任何一个建设项目都要经历从立项、规划、用地、施工、销售指导竣工验收的审批登记手续。这些审批程序既相互独立又相互联系，而且有着严格的先后顺序，未办理前一审批手续，则后续的审批手续一般无法完成，而任何一个程序的审批手续没有完成之前，当事人就进行了实际的开发建设，致使工程项目处于违法状态，并使施工合同的标的物违法，其建设行为有可能被认定违法，所建建筑物则是违法建筑。对于以这样的建设内容为标的的建设工程施工合同，应当是合同内容违法，当然也是违法的，无效的。就像买卖双方签订合同买卖国家文物一样，因为合同标的物是国家禁止的，所以合同无效。虽然施工合同是双方当事人的真实意思表示，但这种真实意思表示所指向的内容或标的应当合法，否则便无效。

另一种意见认为，施工合同是发包人与承包人就工程的建筑施工签订的明确双方权利、义务的合同，其标的物是经过有关政法部门批准的准备建设的工程项目。一方面，施工合同的内容是合同双方对项目施工中权利义务的约定，并不是对项目本身进行约定，项目是否违法与合同本身是否有效没有必然联系，即使工程违法并不影响合同本身的法律效力，当事人约定的标的违法并不等于建设工程施工合同的内容违法，因而不能作为认定合同无效的依据。另一方面，施工合同的履行结果如何和合同本身的效力没有任何联系，合同的效力只能以合同签订时是否违反法律规定为依据来判断其法律效力，不能因为合同履行过程而导致合同的效力发生变化。现实生活中，有很多房地产开发项目是采取合作开发，委托开发的名义进行，项目的相关手续包括土地使用权甚至可能根本就不在发包方名下，有些建设项目在没有取得政府相关许可的情况下就签订了建设工程施工合同，或者甚至在取得土地使用权时就签订了建设工程施工合同然后再边施工边审批，更何况建设工程施工许可证须在建设工程施工合同签订后才可能办理，而没有施工许可的情况下进行的施工同样是违法的。本人认为，上述情形都有可能导致工程违法，但不能仅因此而认定双方签订的建设工程施工合同是无效合同。存在上述情形时导致工程违法的，一方有过错的，应当根据其过错程度承担其相应的违约责任，并受到相应的行政处罚。

四、建设工程优先受偿权放弃的法律效力问题

为解决工程欠款问题，保障社会稳定，维护农民工的合法权益，合同法第286条确定了工程价款的优先受偿权的法律地位，2024年6月27日，又出台了最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复，对建筑工程的承包人的优先受偿权的性质、效力等级及范围、行使条件及期限等作出了进一步的规定。为了保障资金安全，各大银行随即针对法律规定采取措施，即在对开发商贷款时要求承包人承诺放弃建设工程的优先受偿权。为取得贷款，在建设工程施工合同的补充协议中，开发商作为发包人就会设立要求承包人承诺放弃优先权的约定。对于采取该约定的做法，该约定有效吗？

从我国合同法的起草过程分析，合同法第286条规定的优先受偿权从设计、起草、讨论、修改、审议直至正式通过，始终是指法定抵押权。而法定抵押权具有不同于一般抵押权的特点：首先，它是依法律规定而产生的，不需要当事人事先约定，因此通常不需要进行登记，符合法律规定的条件即成立；其次，它的受偿顺序及受偿范围也依法律规定，当事人不能自行变更。有人认为，我国的合同法主要是任意性规定，当事人可以通过约定来变更或放弃该法律赋予给当事人的权利，这恰恰是合同自由的最好体现。本人认为，法律作出的这条规定更多的是从保护承包人的利益，最终保障民工等承包人的雇员的生存利益考虑，而生存利益优先的原则应当是人权原则的最基本要求，对其的保护应当是最大限度的，应当大于其他权利，因此该权利不容许放弃，放弃也是无效的。从另一个角度分析，根据最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复，建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。从物权的角度看，约定的抵押权在经过登记后不会因一方承诺放弃抵押权就会使抵押不存在，至少需要到登记部门解除抵押登记才能使该工程上的抵押权真正归于消灭，相比之下，承包人的优先受偿权属于法定抵押权，不需要进行登记即存在，那么其更不可能由于一方承诺放弃而归于消灭。综上所述，笔者认为在建设工程施工合同中承包人放弃对工程的优先受偿权是无效条款，得不到法律支持。

在司法实践中，为避免承包人放弃对工程的优先受偿权成为无效条款，有的约定附条件的放弃优先受偿权条款，即在发包人在已经支付给承包人建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用后，承包人放弃对工程的优先受偿权。由此一来，这种条件下的放弃即可能已经符合立法原意，达到了立法目的，应当认定为有效。一方面，这个条款即使有这种设计依然是变更法律规定的法定抵押权，依然是无效条款。另一方面，即使有效，这个条款操作性不强，所附条件实际已涵盖了法律规定优先受偿建筑工程价款的全部内容，其所谓的放弃的条件中本身就已经确认了承包人的优先权，没有实际意义。

五、关于合同价款结算的约定

按照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二十条的规定，当事人约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的，按照约定处理。实践中下列情形，其竣工结算文件的效力有待探讨：

在发包方和承包方的建设工程施工合同中，双方约定，承包方应按照合同约定标准计算工程价款，发包方应当在收到竣工结算文件后28天内答复，否则视为认可该结算文件。在该合同履行过程中，承包方未按双方约定标准计算工程价款，而是按照其他方法计算工程款，发包方收到该结算文件后，认为该文件不是按双方约定的标准计算，未予答复。为此，承包方以发包方在收到结算报告后在约定期限内未提出异议为由要求发包方按该结算报告付款。

对于此案，一种意见认为，结算报告中的结算依据不符合双方约定，即应当认定该结算报告不是双方约定的竣工结算文件，因此发包方没有义务对该文件进行回复，因此承包方以此要求付款没有法律依据；另一种意见认为，基于建设工程施工合同履行的特殊性，双方约定该条款的目的是要求发包人在合理期限内结束审价，履行合同约定的支付工程款的义务，平衡双方利益。在承包人提供的结算报告结算依据不符合双方约定的情况下，作为发包方更应该及时提出异议，否则应当视为发包方同意结算报告的标准和结果，放弃提出异议的权利。本人同意后一种意见。

结语：

以上问题与大家共同讨论交流，希望能够抛砖引玉，引发大家更多的思考、更深的分析，促进我公司法律团队的共同成长。谢谢。

仅供参考

本DOCX文档由 www.zciku.com/中词库网 生成，海量范文文档任你选，，为你的工作锦上添花,祝你一臂之力！