



第 14 期

总 14 期

政策法规信息简报

2018 年 11 月

主办：法务部

编辑/校对：郭伟萍

审核：石琳

目 录：

《住房城乡建设部办公厅关于在江西等 4 省推行建筑业企业资质审批告知承诺制的通知》（建办市函〔2018〕575 号）.....P1-P5

《律师：合同中“定金”条款的 10 个大坑》（来源：法务之家）.....P5-P9

《【实务交流】四个案例详解：劳务分包、转包、内包、挂靠，效力各不同！》（来源：法务之家）.....P9-P13

《建设工程施工纠纷的法律问题之合同效力的认定》（来源：法律讲坛）.....P13-P15

住房和城乡建设部办公厅关于在江西等4省 推行建筑业企业资质审批告知承诺制的通知

建办市函〔2018〕575号

江西、河南、四川、陕西省住房和城乡建设厅：

为深入推进建筑业“放管服”改革，决定在江西省、河南省、四川省、陕西省推行建筑业企业资质审批告知承诺制。现将《建筑业企业资质告知承诺审批制实施方案》印发给你们，请认真贯彻执行。执行中有何问题，请及时函告我部建筑市场监管司。

附件：建筑业企业资质告知承诺审批制实施方案

中华人民共和国住房和城乡建设部办公厅

2018年10月15日

■ 附件

扩大建筑业企业资质告知承诺审批试点地区方案

为贯彻落实《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》（国办发〔2017〕19号），进一步深化建筑业简政放权改革，提高建设工程企业资质行政审批效率，完善建筑市场监管体系，探索推行“互联网+政务服务”，在总结已开展建筑业企业资质告知承诺审批试点经验基础上，制定本试点方案。

本方案所称告知承诺审批，是指对提出资质行政审批申请的申请人，由行政审批机关一次性告知其审批条件，申请人以书面形式承诺

符合审批条件，行政审批机关根据申请人承诺直接作出行政审批决定的制度。

一、总体要求

（一）指导思想。按照国办发〔2017〕19号文件部署，准确把握建筑业“放管服”改革方向，不断创新和改进政府对建筑市场的监管机制，围绕“减少审批环节、提高审批效能、服务企业发展”的总体思路，探索建立“诚信规范、审批高效、监管完善”的告知承诺资质审批新模式，推动资质管理向“宽准入、严监管、强服务”转变，激发建设工程企业发展活力，完善建筑市场信用体系，助推建筑业更好更快发展。

（二）基本原则

简化审批流程。行政审批部门一次性告知企业办理资质审批事项所应满足的审批条件，企业作出满足审批条件的承诺，行政审批部门依据企业承诺直接办理相关资质审批手续。

加强事后监管。加强信息互联互通，依托建筑市场监管公共服务平台，在对企业承诺内容进行重点比对核验的同时，着力强化审批事中事后监管力度，实现对承诺内容现场核查全覆盖。

完善诚信建设。强化企业诚信监督机制，对以虚构、造假等欺骗手段取得资质的企业，依法撤销其相应资质，并列入建筑市场主体“黑名单”。

提升服务效能。落实“放管服”改革要求，最大限度减少企业申报材料，最大限度提高审批效率，最大程度方便企业办事，逐步实现服务标准化和智能化。

（三）实施范围。按照地方自愿原则，确定江西、河南、四川、陕西 4 省实行建筑业企业资质告知承诺审批。对工商注册地为上述 4 省的企业申报建筑工程、市政公用工程施工总承包一级资质开展告知承诺审批。

二、工作流程

（一）申请。申请人可通过建设工程企业资质申报软件或登录本省住房城乡建设厅门户网站政务服务系统，以告知承诺方式申请资质，按相关提示在网上提交申报材料，并完成《行政审批告知承诺书》签名。

（二）受理。住房城乡建设部行政审批集中受理办公室接收申请人告知承诺申请，并出具受理单。

（三）审批。住房城乡建设部依据申请人提交的告知承诺申请材料及全国建筑市场监管公共服务平台有关信息直接办理资质审批手续，提出审批意见。

（四）公示。审批意见通过住房城乡建设部和省级住房城乡建设主管部门门户网站政务服务系统等渠道公示，公示期 10 个工作日，接受社会监督。

(五)公告。对公示期间未收到举报的，住房城乡建设部在门户网站向社会公告，颁发资质证书。

(六)核查。在作出准予行政审批决定后的6个月内，由住房城乡建设部建筑市场监管司及相关专家组成核查组，对涉及的企业业绩全部实地核查，重点是对被审批人承诺的关于企业业绩指标是否符合标准要求进行检查。

三、监督管理

(一)核查中发现被审批人实际情况与承诺内容不相符的(除企业技术负责人发生变更)，住房城乡建设部将依法撤销其相应资质，并列入建筑市场主体“黑名单”。被撤销资质企业自资质被撤销之日起3年内不得申请该项资质。

(二)在实地核查完成之前，对采用告知承诺方式取得资质的被审批人，如发生重组、合并、分立等情况涉及资质办理的，不适用《住房城乡建设部关于建设工程企业发生重组、合并、分立等情况资质核定有关问题的通知》(建市〔2014〕79号)第一款的规定，按照企业资质重新核定有关要求办理。

(三)省级住房城乡建设主管部门应健全和完善全国建筑市场监管公共服务平台企业信息数据库，确保相关信息公开、完整、准确，以便于正常开展企业业绩指标核对工作。

四、工作安排

（一）江西、河南、四川、陕西省住房城乡建设厅应于 2018 年 10 月底前编制完成本省《建设工程企业资质告知承诺审批试点方案》及操作规程，完成企业资质告知承诺审批系统相应模块开发，完成《告知承诺书》、《实地核查表》、办事指南等告知承诺审批配套材料，并选择申请单位进行测试。

（二）2018 年 11 月 1 日起，申请建筑工程、市政公用工程施工总承包一级资质实行告知承诺审批。

五、有关要求

（一）加强组织管理。江西、河南、四川、陕西省住房城乡建设厅要结合本地实际，制定细化、可操作性强的工作方案和操作规程，做好涉及资质审批各部门组织协调，确定目标和分工任务，组织落实好有关企业的培训、教育等工作。

（二）做好舆论引导。加强告知承诺审批试点宣传工作，使企业充分了解告知承诺审批工作内容，正确引导社会舆论，及时回复舆情，保持社会稳定。实行情况应及时反馈至住房城乡建设部建筑市场监管司。

律师：合同中“定金”条款的 10 个大坑

“定金”作为担保的一种形式，在日常生意经营中被广泛运用。我国《担保法》第 89 条规定：当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。

给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。“定金”罚则被运用广泛，但法律误区仍旧不能避免。

■ 一、违约方不能以定金罚则超过实际损失为由，要求对定金予以调整。

裁判要旨：定金虽然属违约责任的承担方式，但与违约金并不属同一概念，违约方要求对定金予以调整，不符合定金的性质及适用规则，不予支持。律师提示定金属于担保方式，而违约金属于违约责任。

案件来源：《重庆中渝燃气有限公司与重庆市人人乐商业有限公司房屋租赁合同纠纷案》二审法院为重庆市高级人民法院，案号为(2014)渝高法民终字第 00356 号。

■ 二、当事人约定及实际供货结算中将定金折抵货款，并不改变定金的性质。

裁判要旨：当事人约定将定金折抵货款，符合《中华人民共和国合同法》第一百一十五条、《中华人民共和国担保法》第八十九条的规定，并不因定金折抵货款而改变双方约定的定金的性质。定金作为合同债务履行之担保，其作用应贯穿合同履行的全部阶段，在合同履行完毕之前均可适用。

案件来源：最高人民法院，天津天铁冶金集团有限公司与沙河市恒远矿业有限公司、河北恒利集团有限公司定金合同纠纷二审民事判决书[(2014)民二终字第 197 号]。

■ 三、合同约定了定金条款但不履行的，不适用强制执行。

《担保法》第 90 条规定：定金合同从实际交付定金之日起生效；《担保法司法解释》第 119 条的规定，实际交付的定金数额多于或者少于约定数额，视为变更定金合同；收受定金一方提出异议并拒绝接受定金的，定金合同不生效。

从上述规定来看，由于定金合同的实践性特点，定金条款尽管依附于主合同存在，但不宜适用强制履行，因当事人无法依据一份尚未生效的定金合同而要求另一方履行给付定金的义务。

■ 四、原告不能同时主张定金罚则与继续履行合同。

定金罚则适用的前提是根本违约，不适用于合同主要目的未受影响的一般违约情形。如果买卖合同的一方当事人未按合同约定支付价款或者交付标的物，相对方主张继续履行，说明合同暂时处于迟延履行状态而合同目的仍然可能实现，尚未达到履行不能之程度。此时守约方可就其所受损失要求违约方予以赔偿，但不宜适用定金罚则。如果当事人对继续履行和定金罚则同时提出主张，人民法院应告知其选择其一，并且在当事人拒绝选择时根据案件具体情况作出判断。

■ 五、违约方可以主动适用解约定金。

在明确约定解约定金之场合，违约方可以主动适用定金罚则，无须对方同意即可解除合同。

对于解约定金而言，定金本身就是合同所附之解除条件，当事人以抛弃定金或双倍返还定金来达到解除合同之结果，此时适用的是约

定解除的规则；而违约金适用于一方不履行合同义务的情形，其违约行为通常导致合同目的不能实现，从而令守约方不得不主张解除合同，此时适用的是合同法定解除的规则。

■ 六、定金与违约金不能同时主张。

《合同法》第 116 条规定：既约定定金又约定违约金的，一方违约时，对方可以选择适用定金或者违约金条款。

■ 七、一般迟延履行合同的行为，若不构成根本性违约，不可适用定金罚则。

对于不完全履行行为来说，只有在这些违约行为构成根本违约，使当事人缔约目的不能实现的情况下才能运用定金罚则。由于定金罚则体现了对违约一方当事人的制裁，运用这种制裁会给违约一方经济上带来极为不利的后果，特别是这种制裁也可以与违约金、实际履行等补救方式并用，因此必须将定金罚则的运用限定在特定的范围。如果认为任何违约，哪怕是轻微的违约都要运用定金罚则，那么将会导致定金罚则的滥用。一方出现轻微违约就运用定金罚则，给违约一方强加极为沉重的经济负担，也不利于其继续履行合同，并且与法律上的诚实信用原则相悖。

■ 八、因不可抗力、意外事件致使主合同不能履行的，不适用定金罚则。

合同完全因不可归责双方当事人之事由的不可抗力或意外事件致使合同不能履行时，定金应当返还。既然双方皆无过错，均应免责，

互不赔偿亦不需惩罚，故定金应予返还。如果是不可抗力或意外事件部分影响合同的履行时，应对其作部分免责，其余则按一方过错未履行合同的规则处理。当事人迟延履行后发生不可抗力或意外事件的，不能免除责任。

■ 九、第三人的过错导致合同不能履行的,适用定金罚则。

凡当事人在合同中明确约定给付定金的，在实际交付定金后，如一方不履行合同除有关法定免责的情况外，即应对其适用定金罚则。因合同关系以外第三人的过错导致合同不能履行的，除该合同另有约定外，仍应对违约方适用定金罚则，合同当事人一方在接受定金处罚后，可依法向第三人追偿。

■ 十、定金的数额必须在主合同标的额的 20%以内约定。

《担保法》第二十条规定定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同总额的 20%。超过部分不具有定金罚则。

综上，定金条款属于实践性合同，仅仅约定并未履行，该条款没有生效。（来源：法务之家）

【实务交流】四个案例详解：劳务分包、转包、内包、挂靠，效力各不同！

在农民工劳动争议案件中，建筑业农民工劳动纠纷数量占多，这很多是因建筑工程中存在劳务分包、转包、内包、挂靠等情况，为此编者以实例方式进行了归纳，仅供参考。

劳务分包：合同效力应视情况而定

【案例】

一家公司通过招标方式从一家建设单位承包到楼房建筑工程后，将面积约为 150 m²的清除基础淤泥的劳务分包给了邱日萍等 12 名农民工。

可当邱日萍等完成工作任务后，公司起初借口尚未从建设单位获取工程款而一再拖延工资，后来干脆以其分包劳务未获得建设单位同意，属于违法分包、不具有法律效力为由拒绝支付。

【点评】

劳务分包并非必然无效。就承建单位与建筑单位在建筑合同中沒有劳务分包的约定或劳务分包没有得到建设单位认可时，是否属于违法分包问题，应当区别对待：如果将劳务作业分包给具备资质且在资质条件允许范围内的分包，不属于违法分包；如果将劳务作业分包给无资质或虽然有资质但不在资质许可条件范围内的分包，属于违法分包。

与之对应，本案所涉清除基础淤泥的劳务，并没有什么技术含量，只需通过简单的体力劳动就能完成，根本不存在必须具备相应资质的问题，因而公司不能拿无效说事儿。

劳务转包：任何形式均被法律禁止

【案例】

2017年8月，一家公司承包到一项劳务工程后不久便当起了“甩手掌柜”：将之转包给包工头李某。李某则雇请肖丽玉等17人施工。

任务完成后，李某却携带公司给付的工资逃之夭夭了。面对肖丽玉等索要工资的请求，公司认为其已经付过，且其与李某之间的转包因违反法律规定而无效，肖丽玉等自然无权向其索要。

【点评】

的确，本案所涉转包合同无效。转包是指承包人将承包的劳务转让给第三人，使第三人实际成为合同的另一方当事人，而分包中的承包人并不退出承包关系。虽然转包都被法律所禁止，但劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条规定：“建筑施工、矿山企业等用人单位工程(业务)或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。”即尽管本案所涉转包合同无效，但公司却必须向肖丽玉等人支付工资。

劳务内包：劳动者权益受法律保护

【案例】

2017年9月，一家建筑公司承包一项劳务工程后，以“内部承包”方式交由其内设机构基建部完成。基建部随之招募了邓晓菲等20名农民工施工。期间，邓晓菲在劳动期间不慎受伤。当邓晓菲要求给予工伤赔偿时，却遭到公司拒绝，理由是其与基建部的“内部承包”协议无效，其自然无需对基建部的雇佣行为担责。

【点评】

公司必须承担工伤赔偿责任。“内部承包”又叫“内包”，是承包人承接劳务工程之后，交由其内部职能机构或者部门负责完成的一种经营行为。根据《公司法》的规定，法人的内设机构和分支机构不具有独立人格，属于法人的一个部分，法人对内设机构或分支机构的行为负责。即内设机构或分支机构和法人属于同一主体，内设机构或分支机构的行为视为法人的行为，内设机构或分支机构不属于法律意义上的“他人”或“第三人”，故内包不属于转包。

与之对应，公司自然应当对邓晓菲的工伤承担赔偿责任。

劳务挂靠：所有方式都属无效行为

【案例】

包工头朱某拉起建筑队后，鉴于难于接到活干，遂挂靠到一家建筑公司。2017年11月，朱某以该公司名义与一家单位签订了劳务合同。一个月后，朱某雇请的员工邱庚秀因脚手架脱落而受伤。鉴于朱某拒绝赔偿，邱庚秀曾要求公司担责。但公司认为，朱某与其系挂靠关系，而挂靠不受法律保护，故邱庚秀只能要求朱某担责。

【点评】

本案所涉劳务挂靠关系无效。劳务挂靠主要是指没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义从事劳务活动的行为。虽然这种行为被法律明令禁止，但并不等于本案所涉建筑公司便无需对邱庚秀所受伤害承担工伤赔偿责任，因为《最高人民法院关于审理工伤保

险行政案件若干问题的规定》第三条规定：“社会保险行政部门认定下列单位为承担工伤保险责任单位的，人民法院应予支持：……（五）个人挂靠其他单位对外经营，其聘用的人员因工伤亡的，被挂靠单位为承担工伤保险责任的单位。”由此可知，邱庚秀有权要求本案中被挂靠的这家建筑公司担责。（来源：法务之家）

建设工程施工合同纠纷的法律问题之合同效力的认定

一、未取得建设审批手续的施工合同的效力如何认定？

发包人就尚未取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证等行政审批手续的工程，与承包人签订的建设工程施工合同无效。但在一审法庭辩论终结前发包人取得相应审批手续或者经主管部门批准建设的，应当认定合同有效。

发包人未取得建筑工程施工许可证的，不影响施工合同的效力。

二、《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《解释》）第一条第（二）项规定的“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义”承揽建设工程（即“挂靠”）具体包括哪些情形？

具有下列情形之一的，应当认定为《解释》规定的“挂靠”行为：

（1）不具有从事建筑活动主体资格的个人、合伙组织或企业以具备从事建筑活动资格的建筑施工企业的名义承揽工程；

(2) 资质等级低的建筑施工企业以资质等级高的建筑施工企业的名义承揽工程;

(3) 不具有施工总承包资质的建筑施工企业以具有施工总承包资质的建筑施工企业的名义承揽工程;

(4) 有资质的建筑施工企业通过名义上的联营、合作、内部承包等其他方式变相允许他人以本企业的名义承揽工程。

三、如何认定是否属于必须招标的建设工程?

《解释》第一条第(三)项规定的“必须进行招标”的建设工程的认定应当依据《中华人民共和国招标投标法》第三条的规定、《中华人民共和国招标投标法实施条例》和原国家发展计划委员会《工程建设项目招标范围和规模标准规定》的相关规定予以确定。法律、行政法规有新规定的,适用其新规定。

四、劳务分包合同的效力如何认定?

同时符合下列情形的,所签订的劳务分包合同有效:

(1) 劳务作业承包人取得相应的劳务分包企业资质等级标准;

(2) 分包作业的范围是建设工程中的劳务作业(包括木工、砌筑、抹灰、石制作、油漆、钢筋、混凝土、脚手架、模板、焊接、水暖、钣金、架线);

(3) 承包方式为提供劳务及小型机具和辅料。

合同约定劳务作业承包人负责与工程有关的大型机械、周转性材料租赁和主要材料、设备采购等内容的,不属于劳务分包。

五、如何认定建筑企业的内部承包行为？

建设工程施工合同的承包人将其承包的全部或部分工程交由其下属的分支机构或在册的项目经理等企业职工个人承包施工，承包人对工程施工过程及质量进行管理，对外承担施工合同权利义务的，属于企业内部承包行为；发包人以内包人缺乏施工资质为由主张施工合同无效的，不予支持。

六、小型建筑工程及农民低层住宅施工合同、家庭住宅室内装饰装修合同的效力如何认定？

施工人签订合同承建小型建筑工程或两层以下（含两层）农民住宅，或者进行家庭住宅室内装饰装修，当事人仅以施工人缺乏相应资质为由，主张合同无效的，一般不予支持。对于当事人确实违反企业资质管理规定承揽工程的，可以建议有关行政主管部门予以处理。

前述合同对质量标准有约定的，依照其约定，没有约定的，依照通常标准或符合合同目的的特定标准予以确定。当事人有其他争议的，原则上可以参照本解答的相关内容处理。（来源：法律讲坛）