国务院令！违者追责！9 月 1 日起施行

近年来，拖欠中小企业款项问题较为突出，党中央、国务院高度
重视。为了促进机关、事业单位和大型企业及时支付中小企业款项，
维护中小企业合法权益，优化营商环境，国务院制定了《保障中小企
业款项支付条例》（以下简称《条例》），自 2020 年 9 月 1 日起施行。

《条例》共 29 条，主要包括三个方面内容：一是规范合同订立
及资金保障，加强账款支付源头治理。《条例》规定，机关、事业单位
和大型企业不得要求中小企业接受不合理的付款期限、方式、条件和
违约责任等交易条件，不得违约拖欠中小企业的货物、工程、服务款
项。同时，强化财政资金保障约束，机关、事业单位使用财政资金从
中小企业采购货物、工程、服务，应当严格按照批准的预算执行，不
得无预算、超预算开展采购，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，不得由施工单位垫资建设。
二是规范支付行为，防范账款拖欠。《条例》对付款期限和检验
验收提出了要求。明确禁止机关、事业单位和大型企业变相延长付款
期限。规范了保证金的收取和结算。明确机关、事业单位和大型企业
迟延支付中小企业款项应当支付逾期利息，并对机关、事业单位在公
务消费、办公用房、经费安排等方面采取必要限制措施。
三是加强信用监督和服务保障。明确建立支付信息披露制度、投
诉处理和失信惩戒制度以及监督评价机制，以维护中小企业合法权益，
营造良好营商环境。
垫资施工屡禁不止 各方观点分歧较大
垫资施工，是长期以来在我国建设工程施工领域存在的一种承包
方式。目前，我国的垫资施工主要有四种形式：一是全额垫资施工，
主要是指在工程建设过程中发包人不向承包人支付任何工程价款，而
要等待工程项目建设完毕经竣工验收合格后，方按照约定支付工程价
款；二是利用工程进度款的不足额支付，造成部分垫资施工；三是要

求承包人向发包人支付保证金作为工程项目启动资金，保证金在施工
过程中根据工程进度返还，造成部分垫资施工；四是约定按照工程进
度付款，比如约定基础完成开始支付进度款，或结构封顶付至工程价
款的一定比例，等等。
对于垫资施工的问题，建筑业界及法律界有较大的分歧，支持者
的观点是，垫资施工屡禁不止，充分说明其符合市场经济规律，并且
也符合国际惯例，应当从立法层面给予肯定。反对者则认为，垫资施
工是导致建筑行业工程拖欠款、农民工工资拖欠款等众多问题产生的
重要根源，垫资施工扰乱了市场秩序，应当大力禁止。
垫资施工在我国目前法律架构下，经历了几个不同的发展阶段，
每个阶段都呈现出相应的法律特征。
以时间进行划分，在 1999 年 10 月 1 日合同法实施之前，可称之
为“绝对无效论阶段”，主要依据就是《通知》规定，“任何建设单位
都不得以要求施工单位带资承包作为招标投标条件，更不得强行要求
施工单位将此类内容写入工程承包合同”。
《通知》是国务院相关部门就垫资问题联合下发的首个规范性文
件，除了明令禁止垫资施工，还规定了相关的行政处罚。这一阶段，
调整建设工程施工合同法律关系的主要有 1983 年 8 月 8 日由国务院
发布实施的《建设安装工程承包合同条例》、1986 年 4 月 30 日发布
实施的《建筑安装工程总分包实施办法》以及 1998 年 3 月 1 日实施
的建筑法，但对于垫资施工的问题均未涉及。
这一阶段，法院审理类似案件的主要观点，可从与建筑工程施工

合同纠纷案件中得到充分反映。
1996 年 6 月 28 日，合肥金菱里克塑料有限公司(以下简称金菱
里克公司)与中国建筑第八工程局第三建筑公司(以下简称八局三公
司)签订《中外合资 BOPP 工程施工合同》，约定八局三公司承包金菱
里克公司中外合资 BOPP 工程土建、安装工程。同日，又另行签订了
协议，约定 BOPP 工程由八局三公司带资施工，金菱里克公司不预付
备料款。
之后，双方因支付工程款的数额、工程质量、违约责任等协商不
成，八局三公司于 1999 年 1 月 6 日向安徽省高级人民法院提出诉讼，
请求判决金菱里克公司支付尚欠工程款、逾期付款违约金等。
经审理，法院认为“除垫资 400 万元条款违反《通知》的规定，
应认定无效，其他内容不违反法律，应认定有效。”本案一审判决后，
金菱里克公司不服一审判决，向最高法提出上诉，后经最高法主持调
解结案。
采访中，北京律师肖东平认为，上述案件中，安徽高院对于垫资
施工无效的观点，代表了这一时期在司法实践中各级法院的主流观点，
案件具有标本意义。
司法解释应运而生 确认垫资合同有效
霈着国内外建筑市场竞争日趋加剧，同时建筑市场中不规范的运
作行为和供过于求的局面，造成建筑企业垫资施工成为建筑市场的普
遍现象。建筑企业能否垫资施工，已经成为能否获得工程项目的关键。
对此，北京律师肖东平认为，第一，垫资是当事人的自愿行为。

工程垫资实际上是承发包双方在承认现实的基础上，确定合作对象的
一种方式。第二，所垫资金系用于工程施工合同所指向的工程建设。
如果垫付的资金不是用于工程建设本身，其性质就不是工程垫资，而
是企业之间的借贷关系。第三，垫资是一种业务承揽的手段。但对于
部分施工单位而言，垫资是承揽工程、展示实力、在合同洽谈中加重
自身法码的一个有利条件。第四，垫资是履行合同的一种方式。施工
单位履行合同的过程，就是将劳动和建筑材料物化于建筑产品，向发
包人交付合格的建设工程的过程，工程建设包含人工、材料等在内的
投入可由发包人预支，也可由施工单位垫付。
1999 年 10 月 1 日实施的合同法第四十四条明确规定，“依法成
立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记
等手续生效的，依照其规定”。霈后，最高法在 1999 年 12 月 1 日通
过的《关于适用若干问题的解释(一)》中明确规定：“合同法实施后，
人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国
务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。”
在这一阶段，对于垫资施工的建设工程施工合同纠纷的处理，出
现了两种观点。而这一阶段人民法院审理类似案件的主要观点，从昆
明官房建筑经营公司(以下简称官房公司)与昆明柏联房地产开发有
限公司(以下简称柏联公司)的建筑工程施工合同纠纷案件中得到了
充分反映。
1996 年 12 月，官房公司与柏联公司签订了一份《工程协议书》。
双方约定由官房公司承建滇池路开发区金碧路拆迁安置房工程，其中

协议第四条第二款约定，“本工程柏联公司要求官房公司全过程垫资
施工，施工过程中发生的所有贷款利息由官房公司承担”。一天以后，
双方又签订了《建设工程施工合同》，除了将工程每平方米造价改为
500 元，以及未约定垫资外，其余主要条款均与协议基本一致。
昆明中院经调查认为，官房公司与柏联公司虽然分别签订了《工
程协议书》和《建设工程施工合同》，但双方实际履行的是《工程协
议书》。由于双方在《工程协议书》中有约定官房公司垫资施工的条
款，违反了《通知》，法院据此判定双方执行的《工程协议书》为无效
协议。
一审判决下达后，官房公司不服并上诉至云南省高级人民法院。
云南高院审理后也认为，原审法院依据《通知》确认《工程协议书》
无效并无不当。同时考虑到柏联公司对协议无效也有过错，应对官房
公司垫资产生的利息承担赔偿责任。因此云南高院判决，维持昆明市
中级法院的一审判决，柏联公司赔偿官房公司部分损失。
之后，官房公司又向最高法提出申诉，最高法研究后发函要求云
南高院对此案进行复查。
复查时，云南高院聚焦“国务院各部委的规范性文件能否作为审
判民事经济案件依据”，形成了两种意见：一种意见认为，《通知》是
国务院部委的规范性文件，不属于法律规定的行政法规范畴，不能作
为人民法院审判案件的依据；另一种意见认为，《通知》是针对各行
业在实际经济生活中出现的问题而制发的，原判决确认合同无效有利
于避免建设单位在资金不实的情况下盲目上新的建设项目，预防和减

少纠纷。
云南高院就这两种意见，向最高法请示。2000 年 10 月，最高法
经研究对该请示作出如下答复：人民法院在审理民事、经济纠纷案件
时，应当以法律和行政法规为依据。《通知》不属于行政法规，也不
是部门规章。从《通知》内容看，主要以行政管理手段对建筑工程合
同当事人带资承包进行限制，并给予行政处罚，而对于当事人之间的
债权债务关系，仍应按照合同承担责任。因此，不应以当事人约定了
带资承包条款，违反《通知》而认定合同无效。
据北京市人大常委会立法咨询专家胡功群介绍，在这一阶段的司
法实践中，反映两种观点的判决均不同程度存在，甚至同一个法院在
审理不同案件时，对于类似问题也会出现相左的判决，造成了对于垫
资施工问题处理的标准不一，结果不同。直到 2004 年，最高法发布
《解释》后，确立了垫资合同有效的处理原则。《解释》第六条第一款
规定，“当事人对垫资和垫资利息有约定，承包人请求按照约定返还
#C
<“C¾@Oô•\Cº D; ú¶)ÎîF;®

订立时 1 年期贷款市场报价利率；未作约定的，按照每日利率万分之
五支付逾期利息。要求施工单位对政府投资项目垫资的，将对机关、
事业单位追究责任。
因此，《支付条例》一经发布，就在企业中引起强烈反响，备受
好评。
中南财经政法大学教授郭泽强表示，《投资条例》正式施行之后，
《投资条例》明确禁止了政府投资项目中的垫资行为，基于其行政法
规的法律层级，其将导致今后出现的政府投资项目中的垫资条款无效，
甚至可能会危及整个施工合同的效力。但在目前的司法解释和司法政
策保持不变的情况下，这种否定性的评价对于垫资现象的遏制效果可
能未必明显。
“根据既有的司法政策，即使可以将垫资条款认定为无效，但相
应的司法后果在既有的司法解释框架下根本无法得到调整和改变。结
算时依然会参照处理，更为重要的是，垫资款项利息仍然会按照《解
释》规定的贷款利率计算。因此，政府投资领域要想彻底禁止垫资施
工，还需要行政法规和司法解释有机衔接。”郭泽强说。

【来源：中国经济网综合中国政府网、新华社、法治日报，
仅供分享交流不作任何商业用途，版权归原作者和原作者出处。
若有侵权，请联系删除。】