**施工合同官司都吵些啥**

**一、《建设工程司法解释》既有规定面临的挑战**

**（一）关于合同无效的效果问题**

《建设工程司法解释》第2条规定了建设工程施工合同无效的后果，即建设工程经竣工验收合格的，参照合同约定支付工程价款。由于国家对建筑市场实行高度管制，建设工程施工合同因违反资质、招投标等规定无效的情形较为普遍，该条规定解决了无效合同的工程价款结算问题。实践中的问题有如下方面。

**1．参照合同约定的范围问题**

建设工程施工合同无效，建设工程经竣工验收合格的，合同中的哪些条款可以参照合同约定？

对此存在两种观点：一种观点认为，合同中的所有约定均可参照适用：另一种观点认为，仅工程价款约定可以参照适用，其他条款不能参照适用。笔者认为，对照《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第275条施工合同主要条款的规定和2013年《建设工程施工合同示范文本》的规定，违约责任系建立在合同有效的基础上，故在合同无效的情形下，违约条款不应继续适用。对于工程造价、工期和进度、工程质量、竣工验收、质量保修等约定，因与工程结算直接关联，故可以参照合同约定处理。

**2．关于“三无工程”的结算问题**

建设工程施工合同因“三无工程”导致无效后，工程价款如何结算？

所谓“三无工程”指未取得建设用地规划许可证、国有土地使用权证和建设工程规划许可证的工程。《中华人民共和国城乡规划法》（以下简称《城乡规划法》）第38条和第40条分别规定了工程建设应当取得建设用地规划许可证和建设工程规划许可证。第39条规定，规划条件未纳入国有土地使用权出让合同，该国有土地使用权出让合同无效；对未取得建设用地规划许可证的建设单位批准用地的，由县级以上人民政府撤销有关批准文件；占用土地的，应当及时退回：给当事人造成损失的，应当依法给予赔偿。该法第64条同时规定，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，责令停止建设，限期改正。无法采取改正措施消除影响的，限期拆除，不能拆除的，没收实物或者违法收入。

《建设工程司法解释》虽然没有明确规定“三无工程”的合同效力，根据前述《城乡规划法》的规定，未取得建设用地规划许可证和建设工程规划许可证所签订的建设工程施工合同，应认定为无效。建设工程施工合同因“三无工程”导致无效后，工程价款如何结算？对此存在两种观点：一种观点认为，应当参照《建设工程司法解释》第2条和第3条的规定处理，即工程经竣工验收合格或者修复后经验收合格的，参照合同约定处理。验收不合格的，按照过错比例对实际损失予以承担。

第二种观点认为，“三无工程”无论质量是否合格，合同约定均不作为支付工程价款的依据，应立即拆除和返还所支付的工程款，根据各自的过错，赔偿人工费、材料费、机械费等实际损失。笔者同意第一种观点，对于“三无工程”应当区分是否竣工验收合格。如果工程已经竣工验收合格或者修复后竣工验收合格，工程质量不存在问题，可以参照合同约定支付工程价款。如果工程未经竣工验收合格，应当对承包方投入人工费、机械费、材料费等实际损失进行分担，考虑发包人的过错较大，其应分担较多比例的损失。

**3．关于低于成本价中标合同的效力问题**

对于投标人中标后，又以低于成本价为由主张合同无效的，应否支持？

《建设工程司法解释》对此没有明确，《中华人民共和国招标投标法》（以下简称《招标投标法》）第33条规定：投标人不得以低于成本的报价竞标。实践中对于投标人中标后，又以低于成本价为由主张合同无效的，应否支持？对此存在两种观点：一种观点认为，《招标投标法》第33条的规定属于效力性强制性法律规定，违反该规定的合同无效。另一种观点认为，《招标投标法》第33条的规定属于管理性强制性规定，违反该规定需要承担相应的行政责任，但并不影响合同的效力。

笔者认为，《招标投标法》第33条禁止投标人以低于成本的报价竞标，其目的在于保证招投标竞争秩序和确保工程质量，目的在于维护经济公序和社会公共利益，《中华人民共和国招标投标法实施条例》（以下简称《招标投标法实施条例》）第51条第（五）项也将投标报价低于成本作为评标委员会否决其投标的情形，故低于成本价中标的合同无效。至于低于成本价的判断标准应以企业个别成本为依据，综合建筑市场社会平均成本予以判断。

**（二）关于收缴管理费问题**

《建设工程司法解释》第4条规定：承包人非法转包、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。人民法院可以根据《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第134条的规定，收缴当事人已经取得的非法所得。实践中对于是否收缴管理费存在3种做法：第1种做法是按照《建设工程司法解释》的规定，将实际收取的管理费作为违法所得予以收缴；第2种做法是对管理费不予收缴，出借资质的一方或者转包人要求按照合同约定支付管理费的，予以支持；第3种做法是对管理费不予收缴，出借资质的一方或者转包人要求按照合同约定支付管理费的，不予支持。

笔者认为，对于已经实际收取的管理费，根据住房和城乡建设部《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）》第13条的规定，属于违法所得，不应予以保护，应当按照《建设工程司法解释》第4条的规定予以收缴。对于约定的管理费，因尚未实际发生，对此不属于收缴的对象。出借资质的一方或者转包人要求按照合同约定支付管理费的，应根据其实际参与管理情况而作不同对待：出借资质的一方对于借用资质的一方，或者转包人对于分包人实际提供管理服务的，应综合考虑合同履行情况、缔约过错、工程质量等因素，根据公平原则予以衡量，原则上管理费比例在工程价款的50%-10%之间。未实际提供管理服务的，对该请求不予支持。

**（三）关于黑白合同问题**

《建设工程司法解释》第21条规定：“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的依据。”对此是否因强制招标或自愿招标而有不同？自主备案中是否存在黑白合同？施工合同在中标前签约是否影响其效力？《建设工程司法解释》对此没有明确，需要予以补充。

**1．强制招标工程中黑白合同效力的认定**

所谓强制招标工程是指根据法律或行政法规规定必须通过招标投标形式签署合同的建设工程，《招标投标法》第3条对此有明确规定。强制招标工程若未通过招标程序签订工程合同的，则无论黑白合同，根据《合同法》第52条的规定，该合同均因违反法律的强制性规定而无效。若强制招标工程虽然通过招标程序，但是双方签订了黑白合同，则无论黑合同签署在白合同之前还是之后都属无效。

**2．自主招标中的黑白合同问题**

如果在备案合同之外，当事人又签订实质性内容不同的合同且未备案，是否存在黑合同？

实践中存在强制招标范围以外的一些项目，建设单位根据主管部门要求或者自愿进行招投标并根据招投标结果签订施工合同，将合同进行备案。如果在备案合同之外，当事人又签订实质性内容不同的合同且未备案，是否存在黑合同？

对此问题实务中存在两种意见：一种意见认为，当事人自愿进行招投标的项目，在备案的合同之外，如果又另行签订的合同并不违反法律禁止性规定，则不存在黑白合同的问题，根据合同是否体现当事人真实意思表示对其效力予以认定。另一种意见认为，虽然工程项目非强制招投标范围，但当事人自愿进行招投标，应当受《招标投标法》的约束，同样也存在黑白合同问题。笔者赞同此说，因为《招标投标法》所保护的不仅是当事人自身的利益，更是对社会招投标市场的规范，事关不特定投标人利益的保护，涉及市场竞争秩序的维护，因此，只要根据《招标投标法》进行的招投标并因此签订的合同均应受该法约束，当事人不得在此之外签订黑合同。

**3．自主备案中的黑白合同问题**

当事人在备案合同之外，另行签订实质性内容不同的合同且未备案的，是否属于黑合同？

实践中存在既非强制招投标项目，当事人又未自愿进行招投标，但根据当地行政主管部门的要求，承、发包双方签订的施工合同必须备案。当事人在备案合同之外，另行签订实质性内容不同的合同且未备案的，是否属于黑合同？

笔者认为，未备案的合同不应认定为黑合同。因为备案与否并非合同生效的条件，当事人签订的合同尽管与备案的合同有实质性内容的不同，但并非不能作为结算的依据。此处对合同的认定，应以该合同是否违反法律禁止性规定，是否体现当事人真实意思表示进行判断。

**4．未按中标通知书订立施工合同，在先签订的施工合同的效力**

建设单位和施工单位签订施工合同后，承、发包双方当事人就同一工程部分履行了招投标手续，但未按《中标通知书》记载的内容签订施工合同，此时如何认定招标之前签订的施工合同的效力？笔者认为，在非必须招标的项目，在先签订合同被事后的招投标合同所取代，在先签订的合同发生了变更。

**5．未按中标通知书订立施工合同，在后签订的施工合同的效力**

在非必须招投标的项目，未按中标通知书订立施工合同的，在后签订的施工合同仍为有效，招标人和中标人应就未按中标通知书签约承担行政责任。

**（四）关于实际施工人问题**

《建设工程司法解释》第26条规定了实际施工人制度，由于实际施工人并非法律概念，实践中引发了较多问题。

**1．关于实际施工人界定问题**

《建设工程司法解释》第26条规定实际施工人可以向发包人主张权利，实践中首要问题是如何界定实际施工人？《建设工程司法解释》对此没有明确规定，导致实际中认识不一致。

笔者认为，对实际施工人的认定应当主要考察三个方面：一是应审查是否存在实际施工行为，包括是否有在施工过程中购买材料、支付工人工资、支付水电费等行为：二是应审查是否参与合同的签订与履行；三是应审查是否存在投资或收款行为。对于垫资工程应审查其是否实际投入了资金。

**2．关于合同相对性的突破问题**

《合同法》第8条规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。”该条规定了合同的相对性原则，而《建设工程司法解释》第26条规定实际施工人可以突破了合同的相对性，司法实践中大量的案例直接判决发包人对实际施工人承担责任，合同的对外拘束力被过度扩大。

笔者认为，该条规定应当予以修改，运用《合同法》第73条合同代位的规定保障实际施工人的权利，即实际施工人提起诉讼，应当以转包人、违法分包人怠于向发包人、总承包人行使工程款债权损害其利益为要件。因为《建设工程司法解释》第26条意在保护农民工权益，而目前地方政府为解决农民工工资问题，大多要求施工企业提供工资保证金，已经通过行政手段治理农民工欠新问题，作为司法裁判应当回归代位权的基本法理。

**3．关于管辖问题**

《建设工程司法解释》第26条规定了实际施工人可以发包人为被告提起诉讼，该规定经常被当事人利用作为规避管辖约定的理由。实践中主要表现为两类问题。

一是发包人与承包人之间约定仲裁条款，实际施工人起诉发包人是否受仲裁条款的约束？

对此存在两种观点：一种观点认为，实际施工人向发包人主张权利源于对承包人权利的承继，应受承包人与发包人之间仲裁条款的约束；另一种观点认为，《建设工程司法解释》第26条规定发包人只在欠付工程款价款范围内对实际施工人承担责任，目的在于防止无端加重发包人的责任，明确工程价款数额方面，发包人仅在欠付承包人的工程价款数额内承担责任，这不是对实际施工人权利范围的界定，更不是对实际施工人程序性诉讼权利的限制，故不应受承包人和发包人之间仲裁条款的约束。

笔者同意第1种观点，因为实际施工人主张权利本质上属于合同代位，系代承包人之位向发包人主张权利，故应受到发包人与承包人之间仲裁条款的约束。

二是实际施工人向转包人主张权利是否适用专属管辖的规定？

2015年2月4日施行的最高人民法院《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第28条第2款规定，建设工程施工合同纠纷按照不动产纠纷确定管辖。该条规定改变了长期以来建设工程施工合同约定管辖的做法，对于建设工程分包合同纠纷是否适用专属管辖的规定，实践中存在不同看法。

笔者认为，实际施工人向转包人、违法分包人主张权利，虽系独立的合同关系，但仍系围绕所建工程进行结算，故亦应适用专属管辖的规定。

**二、建设工程施工合同审判实践面临的新问题**

**（一）关于建设工程价款优先受偿权的起算点问题**

在实际竣工之日或合同约定竣工之日，工程款债权可能尚未届期，此时建设工程价款优先受偿权如何起算？

建设工程价款优先受偿权是我国合同法的制度创新，《合同法》第286条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协商将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”根据该条规定，建设工程价款优先受偿权的起算点应从债权未受清偿时起算。

而2002年最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（以下简称《批复》）第4条规定：建设工程承包人行使优先权的期限为6个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。

因此，在《批复》出台后，大量的建设工程施工合同案件中，建设工程价款优先受偿权都是从实际竣工之日或者合同约定竣工之日起计算。《建设工程司法解释》第6条肯定了垫资的效力，至此，在实际竣工之日或合同约定竣工之日，工程款债权可能尚未届期，此时建设工程价款优先受偿权如何起算？

对此存在两种观点：一种观点认为，应根据《批复》的规定，从实际竣工之日或合同约定的竣工之日起算：另一种观点认为，应回归《合同法》第286条的规定，从债权应受清偿时起算。实践中，对于已经竣工的，法院一般认定优先受偿权从实际竣工之日起算。对于尚未竣工的，如果合同由于发包人的原因解除或终止履行，法院一般认定优先受偿权的期限自合同解除或终止履行之日起算。

笔者认为，**建设工程价款优先受偿权应从债权应受清偿时起算。**首先，根据《合同法》第286条规定，优先受偿权行使的条件是工程款债权到期，如果工程款债权尚未到期，此时债权无从主张，优先受偿权更无从谈起。其次，从建设工程价款优先受偿权的性质看，其具有担保物权性质，根据担保物权的附从性特点，其成立虽可与债权同步，但其行使应在债权未获满足之时。第三，从法体系而言，《批复》规定的优先受偿权从实际竣工之日或合同约定竣工之日起算，其前提是债权已届清偿期，对于债权未届清偿期的，仍应回归《合同法》第286条的规定，故两者并不存在矛盾。

**（二）关于质量瑕疵违约责任与工程款支付义务的先履行抗辩关系问题**

承包人完成的工程有瑕疵时，发包人可以主张质量瑕疵违约责任，但发包人可否以工程有瑕疵为由拒绝支付工程款报酬，尚存疑义。

对此有两种观点：否定说认为，在承包人未履行维修义务的情况下，发包人并不享有拒付工程款的先履行抗辩权；肯定说主张，在承包人完成的建筑具有瑕疵，而瑕疵可归责于承包人之事由所致者，承包人应负不完全给付的债务不履行的责任，此项责任与发包人的报酬支付义务构成对待给付，发包人得以承包人于瑕疵修理前乃尚未完成给付为由，而拒绝给付报酬。

笔者赞同肯定说，根据我国《合同法》第67条规定：“当事入互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。”行使先履行抗辩权，要符合当事人互负债务，以及有先后履行顺序的条件。而质量瑕疵违约责任与工程款支付义务立于对待给付，符合行使先履行抗辩权的构成要件。

当然，在当事人约定保修条款的情况下，质量瑕疵违约责任的程度应与维修保证金金额相当。实践中存在着大量的发包人出具了验收合格手续，承包人主张工程款的，发包人能否以质量存在瑕疵，主张先履行抗辩权。笔者认为，只要出具了验收合格手续后，应视为发包人已放弃质量抗辩，此时发包人再以工程质量不合格而拒付工程款的不予支持。但是如果建筑工程在合理使用寿命内地基基础工程和主体结构质量出现问题，发包人可以主张质量瑕疵违约责任而抗辩，拒付工程款。对于其他可整改或者外露的质量问题，承包人不承担民事责任，返工和修理费用由发包人自行承担。

**（三）关于施工企业印章的效力问题**

施工企业基于工程实际需要，往往存在多枚印章，包括企业公章、项目部印章、合同专用章、材料收讫章、资料专用章、技术专用章、财务章等。对于企业公章代表企业行为固无争议，有疑问的是其他印章的效力如何认定。

**1．项目部印章**

建筑企业承接工程项目后，依照惯例要成立项目管理公司及各工厂项目部。项目部不同于企业的工程处或其他职能部门，其随项目产生而组建，随项目结束而解散，属于企业的临时机构，不具备法人资格，未办理工商登记。项目部可能与建筑施工单位是上下级行政隶属关系，也可能是挂靠关系。工程项目部印章用于在开户行预留印签章和所承建的建设工程项目的资料报验，供项目部与业主、建设单位、施工配合单位联系工作所用。

在使用项目部印章且建筑企业不予认可的场合，如何认定项目部印章的法律效力及其相关合同的效力，实践中存在不同意见：一种意见认为，施工负责人以项目部的名义对外实施交易行为的，一般应当得到建筑企业的特别授权，项目部印章不能作为单独认定合同效力的证据；另一种意见认为，项目部归属于建筑企业，其签约的合同效力归属于企业。因此只要项目部印章为企业刻制持有，就应当确认合同的责任主体为建筑企业。

笔者认为，对项目部印章的效力认定不能绝对化，而应根据其授权情况。**建筑企业认可项目部印章对外订立合同的，项目部印章的效力按企业公章或合同专用章的效力处理。建筑企业对项目部印章不予认可的，权利人应举证证明该枚印章由该单位持有并在其他具有公示效力的场合使用过，该枚印章具有缔约或结算效力。**

**2．技术章、材料收讫章和资料专用章**

工程项目部除项目部章外，通常还有材料收讫章和资料专用章等，主要用于工程建设材料收取、资料审阅和报送等用途。就项目部技术章、材料收讫章、资料专用章的效力认定问题，存在两种意见：一种意见认为这些印章不具有对外签订合同的效力；另一种意见认为应当认可这些印章的对外效力。公司项目材料采购负责人持有资料专用章签订合同，而未使用合同专用章，如果以此认定项目资料专用章不能代表公司签订合同，显然不利于保护合同相对人的信赖利益。

笔者认为，对外发生效力的印章具有特定性，相对人依表见代理主张权利的，应当举证证明其依一般交易习惯有理由相信该枚印章有超出其表面记载的实际功能，或结合其他证据证明存在使其相信行为人与企业之间存在某种事实上或者法律上关联的事实和理由。

**3．私刻、盗用的印章**

在有些建设工程中，项目挂靠人出于某种特殊目的，往往私自刻制项目部印章。行为人虽然私刻印章，但不具有诈骗等故意，只是由于建筑工地离企业距离较远、盖章不便等原因，自行刻制印章的，此时情节轻微，不构成犯罪，可继续按照民事程序处理。法院可宣告书面合同无效，按照口头合同处理，企业不能证明确有伪造、变造事实的，构成表见代理。行为人使用盗用的印章签订合同的，一般不认定为表见代理，企业不能证明确有盗用事实的，构成表见代理。

**（四）关于以房抵工程款问题**

在建设工程施工合同领域，发包人与承包人在工程款到期后约定以房抵工程款，对该抵债协议如何认定其效力？对此存在两种观点：一种观点认为以房抵工程款，属于以物抵债，性质上属于实践性行为，未办理过户的尚未发生法律效力；第二种观点认为，以房抵工程款属于双方意思表示一致，应承认其效力。

笔者同意第二种观点，因为《合同法》第286条规定：发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价。承包人对工程款债权享有法定优先受偿权，其与发包人协议以房抵工程款，属于优先受偿权实现的方式，故应认可其效力。但对此需要符合两个条件：一是承包人的优先受偿权能够行使，即不存在优先受偿权消灭的情形；二是所抵房屋应包括在所建工程范围之内。

**（五）关于基于工程款转化的欠款处理问题**

在建设工程施工过程中，承发包双方结算，出具书面借据确认欠付债务，借据确认的债务与实际的债务往往存在一定的差别，有的甚至包括高额利息，事后债权人依据欠条起诉，债务人或担保人以基础关系提出抗辩，对此是否应按工程款法律关系审理？

有两种意见：一种意见认为，双方作为理性人自愿达成新借据，属于债的更改，一般应认定借据的效力，除非债务人能够反证推翻；另一种意见认为，双方真实存在的是基础法律关系，在借款人存在异议的情况下，应审查基础法律关系，否则会剥夺当事人的抗辩权，如建设工程领域的质量抗辩、同时履行抗辩、违约抗辩等。

笔者认为，双方达成的欠条系双方意思表示一致的体现，一般应认可其效力。如果原告能够提供证据足以对欠款关系真实性产生合理怀疑的，则应由原告进一步举证欠款形成的合意及合理性，原告无法举证的，应按基础的工程款法律关系审理。