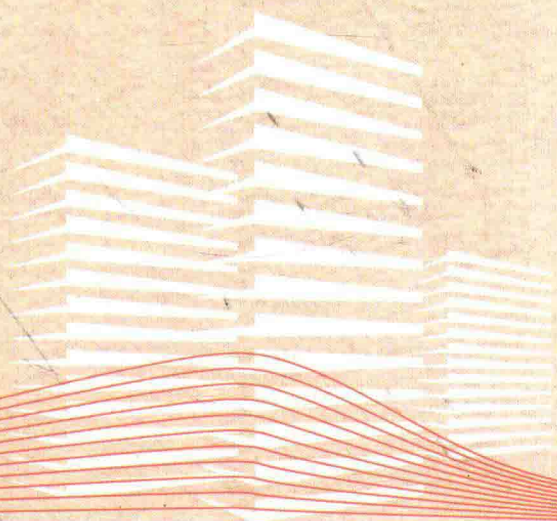


张正勤律师 谈建筑房地产法律事务 1

Lawyer Zhang Zhengqin
on Real Estate Legal Affairs

张正勤 著



中国建筑工业出版社

张正勤律师谈建筑房地产法律事务 1

张正勤 著



中国建筑工业出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

张正勤律师谈建筑房地产法律事务 1/张正勤著. —北京:
中国建筑工业出版社, 2018.1
ISBN 978-7-112-21764-9

I. ①张… II. ①张… III. ①建筑法-中国-文集②房地产
法-中国-文集 IV. ①D922.297.4-53②D922.384-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 004696 号

作为一名长期致力于建设工程领域法律服务的专业律师,本书作者自执业以来,承接了大量建筑行业相关的诉讼及非诉业务,深刻感受到了建筑业相关从业人员对于建筑业法律法规的重视和实践中遇到的困扰及误解。

本书由 41 篇论文组成,文章均是作者在其承接业务、现场授课过程中对建筑业时下行业热点和新法新规的所思所想,并以“专业问题法律化、法律问题专业化”的思维方式进行了汇总,希望能对建筑业及法律界各同仁起到些帮助。

本书适用于从事建筑业、房地产业的管理人员、工程人员及律师,以及相关专业的高校师生。

责任编辑:赵晓菲 朱晓瑜

责任校对:王 瑞

张正勤律师谈建筑房地产法律事务 1

张正勤 著

*

中国建筑工业出版社出版、发行(北京海淀三里河路9号)

各地新华书店、建筑书店经销

北京科地亚盟排版公司制版

北京鹏润伟业印刷有限公司印刷

*

开本:787×1092毫米 1/16 印张:19 字数:468千字

2018年1月第一版 2018年1月第一次印刷

定价:60.00元

ISBN 978-7-112-21764-9

(31605)

版权所有 翻印必究

如有印装质量问题,可寄本社退换

(邮政编码 100037)

前 言

在一个开着鲜花的河边小屋里，
想着美，
梦着歌……
披落日和秋风，
写着诗；
画着画……
迎朝阳听鸟语，
偶尔小酌，也会小聚……
我就想这样生活着！

这是笔者前两天写的一首“儿歌”，描述的是笔者现在的生活和工作状况，写写论文，讲讲课，办办案子……

近几年本人在办案的同时，出版了八本近 600 万字的法律著作，在全国各自进行讲课和演讲几百场，这一切均是建立在办案的实践经验的基础上。从中，笔者得到如下体会：律师必须亲力亲为地办理案件，从接案到法庭辩论，从诉状到代理词。案子宁可少做，绝不可“转包”，至少“主体工程”必须自己完成。这样才有利于贴近实践，才有利于做到“上下、左右、前后”三维的整体思考。而只有这种三维立体思考后得出的理论才会紧扣实务，从而结合深入浅出的说理，从最直观的角度给出实操层面上的建议，才能“生动活泼、实实在在、富有逻辑”。

通过讲课、论文、书稿向大家分享自己的所思所感，再经由大家的反馈修正自己的思维方式和最终结论，最终体现在办案能力和谈判技巧上，这大概是笔者的职业生态循环吧。这一循环不仅有利于自身办案能力的提高，也有利于委托人的利益最大化。同时，也对社会法治意识和社会公正起到一定作用。因此，笔者对自己的讲座努力追求“四不讲”，即学员们知道的不讲；书本上有的不讲；自身没有感受的不讲；讲不清的不讲。

经历多年的工程法律实践，笔者认为建筑行业常见的风险与纠纷，往往归因于市场主体关于“法律”适用与认识的欠缺，包括：

(1) 关注的偏差化——“重实体、轻程序”或“重特别法、轻普通法”，即侧重实体法而轻视程序法，或偏重建筑法律体系而疏忽一般民事规范；

(2) 应用的片面化——“重上位法、轻下位法”或“重立法、轻司法”，即倚重高层级法律法规但忽视低位阶规章文件，或看重立法行政机关的依据但忽略法院系统的司法解释与指导意见；

(3) 理解的单一化——“重规定、轻规则”，即着重单独条文的内容知晓，怠于组合法条的规则掌握；

(4) 阶段的局限化——“重争议解决、轻风险防范”，即注重事后纠纷解决而非事前风险防控的法律运用。

鉴于上述问题在工程领域的普遍存在，以防止或减少法律风险与合同纠纷的发生，本书将笔者近几年写的论文精选了41篇进行整理汇编。希望借本书关于法条“全面化”、“层次感”、“逻辑性”与“穿插度”的归纳及解读，引导建筑活动中行为依据的准确适用与正确理解。

受限于时间仓促与学识浅薄，本书难免存疏漏乃至谬误之处，敬请广大读者及业界同仁不吝赐教、批评指正。本书的出版得到了李可雪女士、张姝律师的大力支持，在此一并表示感谢！

Preface

In a river-side cottage surrounded with blossoming flowers,
Thinking of beauty,
Dreaming of melodies.....
Cloaking the sunset and feeling the autumn wind,
Writing poems;
Drawing paintings.....
Embracing the morning sun and hearing birds chirping,
Grabbing a drink, and occasionally have gatherings.....
C'est La Vie!

These are the lyrics the author wrote the other day, describing the author's current life status and work conditions, which is to write essays, deliver lectures, and handle legal cases, to name just a few.....

While handling legal cases in recent years, I've published eight books totaling nearly 6 million Chinese characters and delivered hundreds of lectures and speeches across the country. All these are based on the practical experience of handling legal cases. I have the feeling that lawyers must personally handle cases, from taking brief to court debate, from drafting plaintiff to writing legal statements. Lawyers should not "subcontract" their work to other party; at least, the "main project" must be done on their own. This is helpful to get close to practice, and conducive to achieving a holistic and three-dimensional way of thinking. However, only the theory derived from the three-dimensional way of thinking can be closely linked with practice, so as to combine with profound theories in simple terms and give suggestions on practical aspects from the most intuitive point of view. In that way, the legal advice can be "lively, tangible and full of logic".

Lectures, essays, and manuscripts to share my thoughts and feelings, then, absorbing everyone's feedback to amend my own way of thinking and draw the final conclusion, and ultimately getting reflected in the case handling skills and negotiation skills has composited my career cycle. This cycle is not only valuable to improve our ability to

handle cases, but also to maximize the interests of our clients. At the same time, it plays a certain role in social rule of law and social justice. Therefore, the author always avoid the four topics in my lectures, which are, those students already known; those written in the book; those we don't have feelings; and those we can't explicitly express.

After many years of construction and engineering legal practice, the author believes that the common risks and disputes in the construction industry are often attributed to the lack of application and understanding of "law" by market players, including:

(1) Deviation of concern- "Emphasize substance, but devalue procedure" or "Emphasize special act, but devalue ordinary law", which focuses on the substantive law but neglects the procedural law or on the construction of the legal system but neglects the general civil code;

(2) The one-sidedness of application-"Emphasize upper-level legislation, but devalue lower-level legislation" or "Emphasize legislation, but devalue justice", which is to rely on high-level laws and codes but neglect the lower-level rules and regulations, or to value the basis of the legislature, but ignore the judicial interpretation and guidance of the Court system;

(3) The simplification of understanding-"Emphasize regulations, but devalue rules", which is to focus on individual article contents understanding, but laggard in mastering the rules of the combined terms;

(4) The limitation of the stages-"Emphasize controversial solution, but devalue risk prevention", which is to pay attention to the resolution of disputes afterwards, rather than the legal application of risk prevention and control in advance.

In view of the above problems in the construction and engineering fields, and in order to prevent or reduce legal risks and contract disputes, the author selected 42 papers written in recent years in the book. I hope that this book can guide the accurate application and correct understanding of the behavior basis in construction activities through the induction and interpretation of the "comprehensiveness", "hierarchy", "logic" and "penetration" of legal articles.

Due to time constraint and my shallow knowledge, there might be some omission-sand even fallacious points in this book; I greatly appreciate your comments, criticism and correction. Meanwhile I'd like to express my gratitude to Mrs. Li Kexue, lawyer Zhang Shu for their strong support in the publication process.

目 录

以建设工程专业律师视角谈建筑业深化改革	
——解读《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》	1
施工承包合同纠纷中应明确的十个主要法律问题	
——《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》 实施六年后的再思考	9
“假章”变真，到底为什么呢？	
——评析（2016）最高法民申××号民事裁定书	20
公章真实≠协议真实，到底为什么呢？	
——评析（2014）最高人民法院民提字第××号民事判决书	26
不付价款≠违约行为，到底为什么呢？	
——从一起“欠款”被诉后“逆袭”成功的案件谈“抗辩权”	31
三方确认≠免除责任，到底为什么呢？	
——从一起“三方确认”后要求退还“工程价款”案件谈“免责事由”	38
2017 版施工承包合同十五个要点解读及建议（上篇）	
——解读《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—0201）	44
2017 版施工承包合同十五个要点解读及建议（中篇）	
——解读《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—0201）	55
2017 版施工承包合同十五个要点解读及建议（下篇）	
——解读《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—0201）	67
逃避招标合意行为探研及规制策略	
——兼论如何正确理解“阴阳合同”	78
刍议施工承包合同中的工程造价属性	85
从造价属性来理解“营改增”对承包人的影响	90
公式剖析承包人利润最大化秘诀	
——兼议施工承包企业管理重点的分析	97
正确理解“固定价不予鉴定”的法律规定	
——浅议《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》第二十二条的规定	103
浅议建设工期与工程造价的关系	108
不同主体签署的工程签证的法律效力及应对策略	114
关于“没有完成结算，不予产权登记”规定的评析	
——解读《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》	119
“将审计结论作为竣工结算依据”值得商榷	
——浅评《上海市审计条例（草案）》第十二条第三款	124
若表决，会通过；若通过，难撤销	
——再评《上海市审计条例（草案）》第十二条第三款	129
造价鉴定干涉诉讼权利的情形分析	
——工程造价司法鉴定问题论文系列之一	133
应当鉴定“发包人应付”的“合同造价”，而非鉴定“承包人已完”的	
“成本造价”	
——工程造价司法鉴定问题论文系列之二	140
论造价司法鉴定非诉法律服务的必要性	
——工程造价司法鉴定问题论文系列之三	147
浅析当代中国建筑法体系中的几个问题	152
2013 版《建设工程施工合同（示范文本）》八项新制度初探	158
理解“顶层设计”，适应“深化改革”	166
浅析“缩小必须招标的范围”的客观必要性	
——兼论正确理解“阴阳”合同及减少“逃标”合意的几个建议	176
按最低价格评标的动因及评标方式的选择分析	183
聚焦建设工程纠纷主要问题（一）	188
聚焦建设工程纠纷主要问题（二）	200
施工合同无效处理不应违背基本法理	210
关于工程质量的主要法律条款的诠释	215
刍议 EPC 项目的风险及应对	
——以××××轻轨项目为向度	230
加快推行工程总承包，到底为什么呢	
——兼论工程总承包与施工总承包在法律责任上的区别	237
障碍先扫，方可力推	

——关于力推建设工程总承包存在的六大障碍及解决方案的浅析	244
上海市商品房预售的几个法律（实务）问题	250
房东“跳价”行为的应对策略分析	255
对工程造价咨询行业发展的八个建议	260
全过程全方位工程项目咨询服务简介	269
五张图介绍《民法总则》	275
基于《民法总则》视角谈工程索赔法律本质	282
律师通过谈判解决纠纷大有可为	287

以建设工程专业律师视角谈建筑业深化改革

——解读《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》

【摘要】 本文主要在学习了《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，以下简称《建筑业发展意见》）后，对优化资质管理、完善招标投标制度、加快推行工程总承包模式、培育全过程工程咨询和建立统一开放市场等五个方面，从一个建筑业专业律师的角度提出了自己的观点。

笔者首先分别归纳了这五个方面在《建筑业发展意见》中的要点和亮点，并对这五个方面的现状进行了简要概述，然后，解读了《建筑业发展意见》中的相关观点，最后，对这五个方面的改革提出了自己的专业建议。

【关键词】 建筑业；深化改革；法律责任

The Deepened Reform in Architecture and Construction Industry, from the Prospective of an Architecture and Construction Industry Lawyer

——An Interpretation of *Opinions of the General Office of the State Council on Promoting the Sustained and Sound Development of Construction Industry*

【Abstract】 After learning the *Advice on the construction industry to promote sustained and healthy development* (hereinafter referred to as *Construction Industry Development Views*) issued by the General Administration of the State Council, this article mainly proposes views on optimizing qualification management, improving the tender and bidding system, speeding up the implementation of the project general contracting model, cultivating engineering consulting in the overall process and setting up a unified open market, from the perspective of a professional lawyer specialized in construction field. The author firstly summarizes the key points and highlights in the *Construction Industry Development Views* from the above mentioned five aspects, briefly summarizes the current status of the five aspects, and then reads the related views on *The Construction Industry Development Views*. Finally, the author puts forward the professional advice on the reform accordingly.

【Keywords】 Architecture Industry; Deepened Reform; Legal Responsibility

【前言】

市场决定资源配置是市场经济的一般规律，健全社会主义市场经济体制必须遵循这条规律，当前应当着力解决市场体系不完善、政府干预过多和监管不到位问题。因此，2013年11月12日，十八届三中全会作出的《全面深化改革若干重大问题的决定》中认为：经济体制改革是全面深化改革的重点，核心问题是处理好政府和市场的关系，因此，确立市场在资源配置中起决定性作用，从广度和深度上推进市场化改革的同时，明确政府在保持宏观经济稳定方面的主要职责和作用，加强和优化公共服务，保障公平竞争，加强市场监管，维护市场秩序，从而大幅度减少政府对资源的直接配置。

正确处理改革发展稳定关系，应当加强“顶层设计”和“摸着石头过河”相结合，“坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设”。为此，中央决定在2014年10月召开十八届四中全会，研究“全面推进依法治国重大问题”，从而到2020年，在重要领域和关键环节改革上取得决定性成果，完成十八届三中全会提出的改革任务，形成系统完备、科学规范、运行有效的制度体系，使各方面制度更加成熟、更加定型。

为了深入贯彻落实十八届三中全会精神，推进建筑业发展和改革，针对当前建筑市场和工程建设管理中存在的突出问题，2017年2月8日，在李克强主持召开的国务院常务会议上部署如何“深化建筑业‘放管服’改革，推动产业升级发展”的工作，为此，国务院办公厅2017年2月21日出台了《建筑业发展意见》。该《建筑业发展意见》主要涉及7个方面的改革，包含20个具体问题，这些问题涉及建筑业的全方位全过程。因此，《建筑业发展意见》具有“顶层设计”的性质，是今后建筑业改革的纲领性文件。

笔者学习《建筑业发展意见》后，结合实务，就以下几点特别重要的亮点，从一个建筑业律师的角度提出如下观点，供大家参考，以期达到抛砖引玉的作用。

一、优化资质资格管理

（一）要点亮点

- （1）简化资质，在一定条件下，在其资质类别内可放宽承揽业务范围限制；
- （2）强调资格，有序发展个人执业事务所。

（二）现状概述

过分强调企业资质，对资质类别的设置过于细化。同时，专注强调资质标准而不注重过程监督。注重企业资质管理而忽视个人资格，且对执业责任追究力度不足。以上均使得市场优胜劣汰的竞争机制未能得以充分发挥。

（三）简要解读

首先，过于强调企业资质而淡化个人资格容易造成不注重工作质量而只关心企业业绩

的不良现象。尤其是设计、造价等专业企业，其提供的是个人的专业成果，则更应注重人身性的个人资格问题。

其次，过于强调企业资质而淡化个人资格会使专业人员游离于整个企业，且出现所得收益与付出不相匹配的情况。这并不利于工作成果质量的保证和提高，同时，让对工作成果具有直接影响的个人承担由此带来的责任，可能比由承担有限责任的企业来承担更为可靠。

再次，在建立“淡化资质强化资格”的理念下，有必要对原资质设置的必要性和资质范围的合理性进行考量。此时，合并业务范围相近的企业资质类别，甚至取消部分类别的设置，是淡化企业资质的必然举措。

最后，应淡化准入机制、强化过程监管、加大事后处罚。同时，对于一部分信用良好、具有相关专业技术能力、能够提供足额担保的企业，可以在其资质类别内放宽承揽业务范围限制。这也符合市场规律。

(四) 律师提醒

(1) 中国《建筑法》设立“建筑许可”制度^①，即：建筑企业要有“资质”，专业人员要有“资格”^②，否则法律将不予正面肯定。**必须明确：优化资质不等于否定资质。**

(2) 法律虽对超越资质给予“补正”的机会，但在相应法律未修改或调整的前提下，“**在一定条件下，在其资质类别内可以放宽承揽业务范围限制**”还需要在立法上予以支撑。

(3) 笔者曾在八年前就提出过工程咨询业应适时推行合伙制事务所。这种从有限责任到无限连带责任的改变，从人合兼资合到完全人合的改变，将有利于提高工作成果的质量^③。故，笔者大胆揣测：不久将来，由执业资格为主的合伙制工程咨询事务所将是行业内的一大亮点。

二、完善招标投标制度

(一) 要点亮点

(1) 修订《工程建设项目招标范围和规模标准规定》（以下简称《招标规模标准》），缩小必须招标的范围；

(2) 尽快实现招标投标交易全过程电子化，推行网上异地评标，简化招标投标程序。

(二) 现状概述

现阶段法律规定的必须招标发包的范围过于宽泛，这使得双方的合意受到严重限制。故，实践中，招投标参与者在招投标各阶段常常通过不同形式达成直接合意从而逃避行政

^① 《中华人民共和国建筑法》第十三条规定：

“从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计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。”

^② 《中华人民共和国建筑法》第十四条规定：

“从事建筑活动的专业技术人员，应当依法取得相应的执业资格证书，并在执业资格证书许可的范围内从事建筑活动。”

^③ 张正勤著．建设工程造价相关法律条款解读．北京：中国建筑工业出版社，2009年9月版，第269页．

监督和刑事处罚^①。

(三) 简要解读

首先，工程发包的本质是双方的合意过程，本应明确体现意思自治原则，但《招标投标法》第三条规定的三类必须招标发包的工程项目和《招标投标法》对这三类工程项目的宽泛定义，这一系列规定甚至将必须发包的范围扩大到分包，几乎囊括了建设工程的所有项目。这显然是意思自治原则的反向体现，也可能正因如此，才导致现今串标行为泛滥。

其次，《招标投标法》作为一个更偏向程序的法律，有关实体的条款好像偏多，而实体条款越多，则与其他法律的衔接越容易存在问题。同时，招标投标法颁布施行已有 15 年，虽在此过程中制定了招标投标法实施细则等一系列行政法规和规章，但其本身存在的问题尚未解决，现今，随着中国经济的迅速发展，其中的规定更会显得僵硬迟滞，加上执法不足的缺陷，势必在实践中造成大量问题。

最后，招标制度设置的合理性及招标手段的单一性而使招标活动的公开性等方面仍需提高，故更需要加快推进电子招标投标，健全中标候选人公示制度，促进招标投标活动公开透明，加大社会监督力度。同时，应总结招标投标经验，探索开展标后评估，完善招标制度。

(四) 律师提醒

(1) 《招标投标法》是国家发展改革委出台的部门规章，故就法律阶位而言不及法律和行政法规，且修改程序相对简单。但是，缩小招标发包的根本应在于修改《招标投标法》第三条之规定，而修改作为狭义法的《招标投标法》则需要一定时间。

(2) 根据《建筑法》的宗旨和《招标投标法》的规定，必须招标发包应当仅限于第一手发包，即建设单位的发包，而不应当包括第二手发包，即取得承包权的总承包人的分包。

(3) 规定必须招标发包的工程项目是应该的，也是必须的，因此，缩小必须招标项目的范围不等于对必须招标的项目存在的否定。同时，在相应法律法规尚未修改或制定之前，现行规定仍是有效的。不仅如此，还应注意：法律原则上无溯及既往的效力。

三、加快推行工程总承包模式

(一) 要点亮点

(1) 加快完善工程总承包模式相关的制度规定；

(2) 除以暂估价形式且属必须招标范围的项目外，工程总承包单位可直接发包其他专业工程。

^① 《中华人民共和国招标投标法》第五十九条规定：

“招标人与中标人不按照招标文件和中标人的投标文件订立合同的，或者招标人、中标人订立背离合同实质性内容的协议的，责令改正；可以处中标项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款。”

（二）现状概述

虽然当代中国《建筑法》倡导工程总承包模式，但其主要还是根据发包人分别将勘察、设计、施工发包给各自承包人的模式为基础而制定的。这使得下位法、相应的行政管理也主要是以这一模式制定和设置的。故就现今国内而言，无论是勘察设计的承包人还是施工的承包人，无论从理念上还是从人员配置上，其均主要以这种模式为基础。而由于按工程总承包模式进行发包在国外建筑业比较普遍，故若国内承包人多有机会承接国外工程，则接触工程总承包模式的机会相对较多。

（三）简要诠释

首先，工程总承包模式是工程发包的主要发包模式，有利于避免将勘察设计、施工设备采购分别发包而导致的沟通问题、效率问题及技术风险和责任承担等问题。因此，其被中国法律所肯定和提倡，也被政府所鼓励。同时，其还以国标形式确立明确的法律地位。

其次，勘察、设计、施工之间存在的内部联系，工程总承包模式能够将之集成化从而统揽全局，即在勘察、设计时就能考虑施工工艺的合理性、工期的有效性和价款的最低化；在施工过程中就能考虑设备和建材的采购；甚至可以在勘察设计阶段考虑上述问题。同时，工程总承包模式还有利于统一管理。其具有统一的管理目标、统一的组织体系、统一的管理思想、统一的管理语言、统一的管理规则、统一的信息化处理，从而提高管理效率和效益。特别是对承包人而言，工程总承包模式将实施阶段的三个主要工作“集成化、统一化”，降低了工作成本，提高了工作效率，保证了工作质量，能够真正地做到“多快好省”，即：多方得利、性能最好、工期最少、造价最少。

再次，从社会角度而言，工程总承包模式更能保证公共安全，降低社会公共资源的浪费，有利于整个社会财富最大化。工程总承包的发包模式更符合建筑业固有的客观规律，故当代建筑法也明确倡导这一发包模式。

由于我国现今《建筑法》的主要规定均以施工总承包模式为主，且其为国内主流发包方式。故，无论在理念上，还是法律规定，抑或是行政管理配套上，推广工程总承包模式还“道阻且长”，但其应当是大势所趋。

（四）律师提醒

（1）《建筑法》主要以施工总承包模式为前提设立，其对工程总承包仅提出了“倡导”这一理念。因此，尽快建立并完善与工程总承包模式相适应的法律法规和行政管理体系，同时尽快设立相对应的工程总承包资质规定是当务之急。

（2）承包人应改变以工程施工总承包理念理解工程总承包模式的习惯思维。切实理解工程总承包模式的风险分配，尤其对“业主要求”、“业主审批”免责的前提条件要有充分的认识。同时，还应对工程总承包模式的技术风险有理性且正确的认识。

（3）在培养一批懂技术、通法律的复合型人才的前提下，还应建立科学理性的评价体系 and 独立于决策层的评估队伍。真正把握工程总承包模式的本质，在于既重视对其商业风险的评估，也重视对其技术风险的评估。

四、培育全过程工程咨询

(一) 要点亮点

- (1) 鼓励联合经营、政府投资工程应带头推行全过程工程咨询；
- (2) 在民用建筑项目中，推行建筑师为主导作用的全过程工程咨询服务。

(二) 现状概述

工程建设咨询主要包括：工程招标代理、工程建设监理和工程造价咨询。其中，工程招标代理，在服务内容上，通常存在专业与法律的双重脱节；在服务时间上，通常不参与履约阶段和结算阶段。工程建设监理，在服务内容上，通常与法律联系不强，从专业层面而言，往往无法提供涉及工程造价的专业服务；在服务时间上，通常很少提供涉及发包阶段和结算阶段的专业服务。而工程造价咨询，在服务内容上，同样存在专业与法律脱节的问题；在服务时间上，若是仅提供竣工结算服务，则不涉及发包阶段和履约阶段，若是提供全过程造价咨询服务，亦与发包阶段相脱节。

(三) 简要解读

首先，现有的工程咨询业常常存在以下几个问题：(1) 不具备贯穿整个施工过程各阶段的全过程服务（例如：工程招标代理仅停留在发包阶段；工程造价咨询通常不参与发包；工程建设监理通常不参与工程造价结算等），即便贯穿也彼此平行独立（例如：专项法律服务与工程项目管理）；(2) 不具备提供集金融、管理和法律于一体的全方位咨询意见；(3) 迫于上述情形，发包人往往不得不委托多家工程咨询单位，而导致各单位出现权责交叉等管理监督问题；(4) 强化对发包人行为的监管，导致将发包人只承担商业风险的情况转变为其可能承担技术风险。综上，全方位工程咨询服务的设立是有其必要性的^①。

其次，由于工程咨询在服务的各单位各自为政，各行其是，往往会出现不一致的内容，对发包人而言，则需要与各工程咨询单位签订合同，往往有些工作是重叠的，而有些工程会出现真空，而将投资咨询、勘察、设计、监理、招标代理、造价等企业采取联合经营则应当完全避免这种情况的出现，因此，通过兼并或重组等方式发展全过程工程咨询，培育一批具有国际水平的全过程工程咨询企业是非常有必要的。

再次，建筑业深化改革“顶层设计”意义的《建筑业发展意见》为全方位工程咨询服务的设立提供了可行性：(1) 政府将简政放权，切实转变政府职能，从而充分发挥市场在

^① 《建设工程监理范围和规模标准规定》第二条规定：

“下列建设工程**必须实行监理**：

- (一) **国家重点建设工程**；
- (二) **大中型公用事业工程**；
- (三) **成片开发建设的住宅小区工程**；
- (四) **利用外国政府或者国际组织贷款、援助资金的工程**；
- (五) **国家规定必须实行监理的其他工程**。”

资源配置中的决定性作用，从而使行政限制减少；(2) 淡化单位资质而强调个人资格，合并或取消部分资质、简化或下放审批权制，从而使资质的限制减少；(3) 缩小强制招标范围，使发标人选择工程咨询单位的自由度变大，且必须按政府指导价支付监理费的负担不存在了；(4) 明确工程造价属于市场价，发标人能根据供求关系确定价格，且双方对工程造价的合意得到尊重，少受行政干涉。综上，全方位工程咨询服务的设立有其可行性。

(四) 律师提醒

(1) 尽快制定全过程工程咨询服务技术标准和合同范本，使之与全方位工程咨询服务的工作内容与法律责任相匹配。

(2) 改革可能会影响到建筑业企业的管理模式以及人员流动，故应当在深刻领会《建筑业发展意见》的基础上，对人员培训、内部结构、经营战略等各方面作出积极改革的准备，适应“深化改革”。

(3) 应当尽快出台相应的管理制度和收费参考标准以及相应的资质，并培育一批具有国际水平的全过程工程咨询企业。在采取联合经营、并购重组等方式发展全过程工程咨询过程中，应当注意专业的互补和责任分配的问题。

五、建立统一开放市场

(一) 要点亮点

(1) 打破区域市场准入壁垒，实现全国信用信息共享平台和国家企业信用信息公示系统的数据共享交换；

(2) 完善全国建筑市场监管公共服务平台，建立建筑市场主体黑名单制度，公开企业和个人信用记录，接受社会监督。

(二) 现状概述

部分省市就其他省市企业进入本省市的建筑业市场设置了不合理的准入条件，例如：规定其他省市企业进入本省市的建筑业市场必须在当地设立子公司；对异地业务管理办法不公开或不完全公开等。其主要目的在于帮助当地企业在市场竞争中处于有利地位。除此之外，异地违规的处罚中往往存在违规行为地与资质、资格注册地未能形成联动的情形，这使违规处罚不能达到其真正目的。不仅如此，现今对建筑市场与工程监管基本是静态且分离的，对其监管后的信息公开力度也存在问题，尚未形成真正有效的社会监督机制。可以说，现今对建筑市场和质量安全行为的评价办法还需完善，社会信用评价体系还未完全建立，建筑市场信用环境还未完全树立。

(三) 简要解读

首先，不合理的准入条件不利于整个全国建筑市场的统一开放，不利于市场经济的充分发挥。要求一个合法有效存在的中国法人在进入中国境内其他省市建筑市场开展业务时需设立子公司的做法欠缺法律依据。住房和城乡建设部颁发的资质和资格原则上应在全国

有效，无需在另一省市重新注册。而子公司的法人资格的获得必须以工商登记为前提，这就存在成本无谓增加的问题，因此，要求其他省市企业进入本地市场需要设立子公司，不仅存在法律依据欠缺的问题，而且还存在必要性、合理性及可行性不妥的问题。

其次，通过排斥外地企业从而保护本地企业的做法是短视的，从长远而言，对本地企业并非必然能够起到其预想的保护作用。不同地区有不同的特点，原则上应当允许其结合自身情况设置准入条件，但前提是该准入条件须为合理，而判断准入条件是否“合理”的标准即看其是否旨在排斥外省市建筑企业进入本地建筑市场，是否具有地方保护的作用。

再次，通过全国统一信息平台发布建筑市场和质量安全监管信息，及时向社会公布行政审批、工程建设过程监管、执法处罚等信息才能更有效地对建筑市场和工程监管动态联动的监督，因此，建立动态联动的监管一体化工作平台显得很有必要；及时将监管中发现的各种不良行为及时公开曝光，有利于形成有效的社会监督机制。

最后，在建立对工程建设企业和从业人员的建筑市场和质量安全行为评价办法的基础上，逐步建立“守信激励、失信惩戒”的建筑市场信用环境是很有必要的；再次，通过开展社会信用评价，可以将信用评价结果公平化，从而使市场各方主体自觉提高守法诚信的理念。

(四) 律师提醒

(1) 妥善处理好“改革试点和法律完善”的关系，对重大事项，可以先进行试点，后总结经验，再完善制度，最后全面改革。有一定实力的企业要调整战略方向，从人员、组织结构等方面做好“跳出”相对饱和的市场，“挺进”竞争相对不太激烈的地区。

(2) 若只涉及管理规定，则各地行政单位应当根据《建筑业发展意见》废除不利于全国建筑市场统一开放、妨碍企业公平竞争的各种规定和做法。重新制定有利于建立统一开放的建筑市场体系规定和程序。

(3) 原存在妨碍企业公平竞争所在地的建筑业企业，应当充分认识到建立全国建筑业统一市场是时间问题，应当及时练好内功，做足准备，扬长避短，建成特色。

施工承包合同纠纷中应明确的十个主要法律问题

——《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》
实施六年后的再思考

【摘要】《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《司法解释》)实施六年以来,笔者一直以具体案例为基础,从建筑法律体系的脉络出发,对其进行逻辑性思考。本文主要观点如下:

- (1) 对施工分包合同的无效认定可分为两个层面。
- (2) 在合同无效但工程合格的情况下,支持“承包人请求参照合同约定计价”的规定值得商榷。
- (3) 对“工程合格是计价前提”这一原则的理解应有层次感。
- (4) 对“工程质量”由承发包双方共同承担责任的具体情形必须结合《建筑法》的其他相关规定予以正确理解。
- (5) 将工程造价分为契约性和成本性两种类型有助理解“逾期不结算视为认为”“固定价不予认可”“按招标合意计价”等规定。
- (6) “按招标合意计价”比“按中标备案合同计价”的表述更能反映处理“阴阳合同”立法本意。
- (7) 《司法解释》以罗列的形式肯定了发包人的解除权,其本质是其具有任意单方解除权的否定。
- (8) 从施工承包合同的特点来区分合法“中止(或终止)”和“违约停工”,无论在理论上,还是实务上均很有必要。

【关键词】 司法解释; 施工承包合同

Ten Major Legal Issues Which Needs Clarifications in Construction Subcontracting Contracts Disputes

——Reconsiderations after six Years since the Implementation of the
*Interpretation of the legal issues by the Supreme People's Court on
Undertaking Legal Issues Concerning Construction and Engineering Projects*

【Abstract】 During Six years after the *Interpretation of the Supreme People's Court on Issues Concerning the Applicable Law in the Trial of Disputes for Construction Pro-*

jects (hereinafter referred to as the *Judicial Interpretation*) has been enforced, the author, based on specific cases, has always been considering about it logically from the sequence of the construction laws system. The main points of this article are listed as follows:

(1) The affirmation of the invalidity of the sub-contracts on undertaking construction projects can be divided into two levels.

(2) Where a contract on undertaking a construction project is invalid, but the construction project is qualified, the law which sustains that “the contractor’s request for payment of the construction cost by considering the contractual stipulations for reference” deserves to be discussed.

(3) The principle that “the precondition for pricing a construction project is that the same should be qualified” should be understood at different levels.

(4) The specific situations concerning the joint liabilities of the employer and contractor on the “quality of construction project” shall be understood correctly by a combination of other relevant regulations in the Construction Law.

(5) To divide the types of construction cost into a contractual nature and a cost-based nature is helpful for the understanding of the regulations that “deemed to have rectified if failing to settle within the stipulated period”, “no authentication for fixed-priced construction project” and “pricing a construction project according to the agreement upon tendering”.

(6) Compared with the description that “pricing a construction project according to the archived bid-winning contract”, the description that “pricing a construction project according to the agreement upon tendering” can better reflect the purpose of legislation on handling the “Black and White Contract”.

(7) The *Judicial Interpretation* confirms the employer’s right to terminate construction contract in the form of listing, which in nature negates the discretionary right of unilateral termination.

(8) It is quite necessary to distinguish the legal “suspension (or termination)” from “cease working without the conformity to the contract” both theoretically and practically based on the characteristics of construction contract.

【Keywords】 Judicial Interpretation; Construction Contract

【前言】

2005年1月1日起实施的《司法解释》对建设工程施工承包合同（以下简称“施工承包合同”）特点的明确以及施工承包合同纠纷审判思路的统一起到了良好的积极作用。

但是，《司法解释》也存在一些不足。首先，《司法解释》受其目的限制不能就施工承包合同的特点进行全面的归纳总结；其次，《司法解释》受其形式的限制也不能对施工承包合同纠纷中的问题进行详细的解释；同时，《司法解释》受其制定时间的限制也无法对所有施工承包合同纠纷进行全方位的涵盖。因此，笔者认为，在《司法解释》实施六年之

际，有必要进一步对施工承包合同纠纷处理中的几个主要法律问题进行探讨。

一、施工分包合同无效应当从两个不同层面予以认识——对《司法解释》第一条、第四条的再思考

《司法解释》第一条主要规定了施工总承包合同违背《建筑法》和《招标投标法》相关效力性强制性规定而无效的情形^①。该条第（三）项则规定，“中标无效”所签订的施工承包合同无效。而在《招标投标法》规定的七种中标无效情形中，“实质内容谈判^②”、“自定中标人^③”“招标泄露标底^④”三种情形只适用于强制招标的建设工程项目中，而“代理泄露信息^⑤”、“串通影响中标^⑥”、“串通行贿投标^⑦”、“弄虚作假中标^⑧”四种情形则可适用于所有经过招标发包的建设工程项目。

施工分包合同无效应当从两个不同层面予以认识，由于施工分包合同其本质也属于施工承包合同，无非其发包人是取得承包权的总承包大而已。因此，认定其有效与否的第一层面是按《司法解释》第一条规定进行。但是，由于施工分包同样可以招标发包，并且法律也没有规定强制招标的工程项目其分包必须强制招标。因此，《司法解释》第一条第（三）项中规定的“建设

① 《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》第一条规定：

“建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效：

（一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；

（二）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；

（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。”

② 《中华人民共和国招标投标法》第五十五条规定：

“依法必须进行招标的项目，招标人违反本法规定，与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判的，给予警告，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

前款所列行为影响中标结果的，中标无效。”

③ 《中华人民共和国招标投标法》第五十七条规定：

“招标人在评标委员会依法推荐的中标候选人以外确定中标人的，依法必须进行招标的项目在所有投标被评标委员会否决后自行确定中标人的，中标无效。责令改正，可以处中标项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款；对单位直接负责。”

④ 《中华人民共和国招标投标法》第五十二条规定：

“依法必须进行招标的项目的招标人向他人透露已获取招标文件的潜在投标人的名称、数量或者可能影响公平竞争的有关招标投标的其他情况的，或者泄露标底的，给予警告，可以并处一万元以上十万元以下的罚款；对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。前款所列行为影响中标结果的，中标无效。”

⑤ 《中华人民共和国招标投标法》第五十条规定：

“招标代理机构违反本法规定，泄露应当保密的与招标投标活动有关的情况和资料的，或者与招标人、投标人串通损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的……

前款所列行为影响中标结果的，中标无效。”

⑥ 《中华人民共和国招标投标法》第五十二条规定：

“依法必须进行招标的项目的招标人向他人透露已获取招标文件的潜在投标人的名称、数量或者可能影响公平竞争的有关招标投标的其他情况的，或者泄露标底的，给予警告……

前款所列行为影响中标结果的，中标无效。”

⑦ 《中华人民共和国招标投标法》第五十三条规定：

“投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的，投标人以向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标的，中标无效……”

⑧ 《中华人民共和国招标投标法》第五十四条规定：

“投标人以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标的，中标无效，给招标人造成损失的，依法承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

工程必须进行招标而未招标”的情形不涉及对施工分包合同的效力判断，同时，只针对强制招标的建设工程项目的三种“中标无效”情形也不适用于认定施工分包合同的无效。由于《司法解释》的第四条主要规定了违背《建筑法》中“合法分包”的条件而分包无效的情形^①，因此，认定施工分包合同是否有效的第二个层面才是按《司法解释》第四条的规定进行。

二、合意的工程价款是市场价而且并不适用工程变更——对《司法解释》第十六条的再思考

由于施工承包合同中通过双方合意最终达成工程价款，既不属于政府定价或政府指导价的范畴，也未被列入国家和地方的定价目录^②，故属于市场价。而《司法解释》第十六条第一款是在《建筑法》相应法条^③的基础上将“双方合意的工程价款属于市场价”这一立法意图予以进一步的明确^④。

施工承包合同中关于工程价款的计价方式的约定原则上仅适用于承包范围内的工程，因为承发包双方达成的合意是就承包范围内的工程中的工程价款、工程质量和工程期限等内容的权利和义务达成的平衡。因此，《司法解释》第十九规定了：若没有特别约定，工程变更的计价以签证为准^⑤。如果承发包双方对工程价款（包括工程追加款）未达成合意，应当根据《司法解释》第十六条第二款的规定“参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款”^⑥。

由于施工承包合同中的工程价款属于市场价，因此，“当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准”不可能是政府指导价。而属于市场价性质的价款未约定应按“按照订立合同时履行地的市场价格履行”^⑦，因此，在《司法解释》第十六条第二款所表达的“当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准”应当是政府相关部门所出具的当地当时的市场价。

① 《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》第四条规定：

“**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。**人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。”

② 《中华人民共和国价格法》第十九条第一款规定：

“**政府指导价、政府定价的定价权限和具体适用范围，以中央的和地方的定价目录为依据。**”

③ 《中华人民共和国建筑法》第十八条第一款规定：

“**建筑工程造价应当按照国家有关规定，由发包单位与承包单位在合同中约定。公开招标发包的，其造价的约定，须遵守招标投标法律规定。**”

④ 《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》第十六条第一款规定：

“**当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款。**”

⑤ 《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》第十九条规定：

“**当事人对工程量有争议的，按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。**承包人能够证明发包人同意其施工，但未能提供签证文件证明工程量发生的，可以按照当事人提供的其他证据确认实际发生的工程量。”

⑥ 《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》第十六条第二款规定：

“**因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。**”

⑦ 《中华人民共和国合同法》第六十二条第（二）项规定：

“**当事人就有关合同内容约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定：**

（二）**价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。**”

三、建立成本性造价的理念是理解“固定价不予鉴定”的关键——对《司法解释》第二十二条的再思考

《司法解释》第二十二条明确表示“固定价不予鉴定^①”是基于“契约性造价”与“成本性造价”不可比这一前提，对“契约性造价”所作出的肯定，是对双方合意的尊重，也是诚信原则的具体体现。由于承发包达成的工程价款属于市场价，因此，该价款具有明显的“契约性”特征。而承包人为取得该价款所作的物化劳动而产生的费用则具有“成本性”特征。“契约性造价”的确定主要与供求状态、博弈技巧有关，而“成本性造价”的多少则取决于承包人的管理水平和技术水准。当“契约性造价”>“成本性造价”时，承包人就赢利，反之，则亏本。如果在当初施工承包合同订立时，采用固定价作为合同价款确定形式的条件不充分或者在施工期间，出现建材价格变化较大等情形的，承包人往往会要求通过鉴定来证明其亏本这一“显然公平”的事实，从而达到增加工程款的目的。

对超出“承包范围”的工作内容，该部分的价款是可以通过鉴定的途径来确定的。同样，对因发包人的原因导致“计划工期”延误所增加的成本性造价，承包人也有权要求对此进行鉴定。同时，施工承包合同被解除的，对已完工程造价的鉴定不应脱离双方约定的“固定总价”的框架。因为，“固定价不予鉴定”的适用前提是承包人在“计划工期”内“全部”完成“承包范围内”的工作成果。

另外，应当正确把握“情势变更原则^②”的要点，例如：何为无法预见的、何为不属于商业风险等，从而防止对“固定总价不予鉴定”的错误理解。

四、“按招标合意计价”的表述更能凸显行政备案的本质——对《司法解释》第二十一条的再思考

《司法解释》第二十一条的法理基础源自《招标投标法》第四十六条的规定^③，因此，若将“以备案的中标合同作为结算工程价款的根据”表述为“按招标合意作为结算依据”则直接地反映《招标投标法》的立法本意，也更能凸显施工承包合同的备案仅为行政备案的本质。从理论上说，行政备案部门，对备案的合同具有审查的义务。若发现实质性内容违背“招标合意”，应当责令改正，并可处以行政罚款^④。若没有发现而予以备案了，也绝不可

① 《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》第二十二条规定：

“当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，不予支持。”

② 《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）》第二十六条规定：

“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的，人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际确定是否变更或者解除。”

③ 《中华人民共和国招标投标法》第四十六条第一款规定：

“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。”

④ 《中华人民共和国招标投标法》第五十九条规定：

“招标人与中标人不按照招标文件和中标人的投标文件订立合同的，或者招标人、中标人订立背离合同实质性内容的协议的，责令改正；可以处中标项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款。”

能因为行政部门的这一过失行为而使得与中标合意相悖的计价标准可以作为结算的依据。

《司法解释》第二十条不仅仅适用于强制招标的建设工程项目，而应适用于所有经过招标发包的施工承包合同。因为在中国境内进行招标投标活动均应当受《招标投标法》的调整^①，与该建设工程项目是否适用“强制招标”制度以及是否公开招标无关。所以，一旦当事人选择通过招投标方式建立施工承包合同关系，就应当遵守《招标投标法》第四十六条以及《司法解释》第二十条的规定。如何定义招投标活动则属于另一范畴的问题。

五、“逾期不结算视为认可”仅适用于双方约定——对《司法解释》第二十条的再思考

由于承包人已具有法定的工程价款优先受偿权^②，从而排除了其作为特殊承揽人的法定留置权^③，因此，工程竣工验收合格后，承包人应将工程移交给发包人，否则，将构成违约，至此，承发包双方共同追求的合同目标就不复存在。因此，发包人拖欠工程款最主要的形式是拖欠工程结算余款，最惯用的手段是拖延结算。

《司法解释》第二十条“逾期不结算视为认可”的规定^④是最高院为了阻止发包人拖延结算而制定的，但是，该条款并非是一个确定责任的新条款，仅仅是用司法解释的形式对双方有此约定的法律后果再次予以肯定而已。若没有该条款，只要承发包双方有此约定，从理论上说，法院同样也应予以支持。相反，若没有承发包双方如此的约定，法院不能以该条款为依据支持承包人的主张。笔者认为，如果约定“逾期不结算视为认可”，不仅要明确约定“结算的期限”，同时也应明确约定“逾期的后果”，唯有如此，方构成一个完整的关于“逾期不结算视为认可”的约定。

同时，由于在双方未作特别约定的情况下，不作为的默示只有在法律有明确规定时，才可以视为意思表示^⑤，因此，若承包人仅以部门规章中的“逾期不结算视为认可”的条款作为依据主张结算的，法院原则上不予支持。同时，对示范文本通常条款中有相关约定的，不宜视为是双方对“逾期不结算视为认可”作出约定。

① 《中华人民共和国招标投标法》第二条规定：
“在中华人民共和国境内进行招标投标活动，适用本法。”

② 《中华人民共和国合同法》第二百八十六条规定：
“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议将该工程折价，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。”

③ 《中华人民共和国合同法》第二百六十四条规定：
“定作人未向承揽人支付报酬或者材料费等价款的，承揽人对完成的工作成果享有留置权，但当事人另有约定的除外。”

④ 《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。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的，应予支持。”

⑤ 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第六十六条规定：
“一方当事人向对方当事人提出民事权利的要求，对方未用语言或者文字明确表示意见，但其行为表明已接受的，可以认定为默示。不作为的默示只有在法律有规定或者当事人双方有约定的情况下，才可以视为意思表示。”

六、无效合同工程合格应按成本性造价结算——关于司法解释第二条、第三条的再思考

《司法解释》在第二条中赋予工程验收合格的实际施工人主张参照无效合同中关于工程价款的约定支付工程价款的权利之规定是值得商榷的^①。首先，在《司法解释》第四条中肯定了法院有对实际施工人收缴非法所得权力的同时，却赋予其主张按无效合同结算是不妥当的。其次，如果出现几份无效合同，则如何执行；再次，若按第二条的规定，相同工程，实际施工人可能取得的价款高于承包人，显然是对承包人不公平的，与建筑法立法宗旨不一致，还有，无效合同是自始无效^②，除了独立存在的解决争议的条款有效外均不被法律认可^③，因此，这种定性上认可无效合同条款是与法律规定不相一致的。

施工承包合同无效，但工程合格的，发包人支付给实际施工人的价款应当是其发生的成本性工程造价。因为，无效的合同自始无效，《合同法》对其首选的处理方式是“相互返还”，只有在不易、不能返还或者没有必要返还情况下，才考虑折价补偿的处理方式^④。因此，施工承包无效的，其发包人对承包人的折价补偿理论上应当以返还承包人实际“花费”为根本目的。所以，发包人支付承包人成本性工程价款应当作为无效施工承包合同的处理原则。

七、《司法解释》有关质量问题条款应作整体理解——对《司法解释》第三条第（二）项、第十一条、第十三条的再思考

对《司法解释》第十三条^⑤的正确理解应当是：若发包人擅自使用建设工程，承包人仅对地基基础工程和主体结构部位承担保修义务，即对使用部位不仅不承担返修义务，且不承担保修义务。首先，该条款明确表明“对质量不符合约定”主张权利不予支持，而法律规定明确承包人对“质量不符合约定”责任承担是包括返修责任和保修责任的，因此，若发包人擅自使用建设工程，理所当然，承包人既不承担返修责任，也不承担保修责任。若这种情形仅需要承包人承担返修责任的，则应当表述为“发包人擅自使用后，需要承包人承担除地基基础工程和主体结构的返修义务的，不予支持。”其次，事实上，由于未经过多方的组织竣工验收，而是由一方的发包人擅自使用的，是不能判断是属于“返修责任”范畴，还是属于“保修责任”范畴的。若还需要承包人承担返修责任的，则可能承包人仍需要承担“返修责

① 《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。”

② 《中华人民共和国合同法》第五十六条规定：

“无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。”

③ 《中华人民共和国合同法》第五十七条规定：

“合同无效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。”

④ 《中华人民共和国合同法》第五十八条规定：

“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”

⑤ 《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》第十三条规定：

“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，不予支持；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。”

任”。再次，本条款最后用一个肯定的兜底条款，再次肯定了也不承担“保修责任”，仅承担对“地基基础工程和主体结构质量承担民事责任”。最后，发包人擅自使用的行为与《建筑法》保证公共安全的立法宗旨相违背，所以，以上的理解是符合《建筑法》立法精神的。

对《司法解释》第三条第（二）项^①的理解应当为：地基和主体结构等影响公共安全和使用寿命的部位存在质量问题且无法修复的，发包人可以支付所有的工程款。保证建筑工程质量是《建筑法》的立法宗旨^②，因此，必须保证地基和主体结构的质量^③，否则工程无法通过验收，发包人签订合同的目的不可能实现，因此，发包人不支付所有工程款是合理的。

同时，对《司法解释》第十一条^④的理解应当为：只有不是地基和主体结构等存在不能修复（或拒绝修复）的质量问题，发包人才可扣除相应的工程款，对其他符合质量要求的部门仅应支付工程款^⑤。

八、承发包人共同对工程质量承担责任的三种情形——对《司法解释》第十二条第二款的再思考

即使发包人具有《司法解释》第十二条第二款^⑥规定的情形，承包人也并不当然免除其就建设工程质量缺陷承担责任的可能，具体情形分述如下：

第一，承包人未就其发现的图纸差错向发包人提出合理建议的。虽然承包人应当“按图施工^⑦”，但是承包人也有“发现设计文件和图纸有差错的，应当及时提出意见和建

① 《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》第三条第（二）项规定：

“建设工程施工合同无效，且建设工程竣工验收不合格的，按照以下情形分别处理：（二）修复后的建设工程竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。”

② 《中华人民共和国建筑法》第一条规定：

“为了加强对建筑活动的监督管理，维护建筑市场秩序，保证建筑工程的质量和安全，促进建筑业健康发展，制定本法。”

③ 《中华人民共和国建筑法》第六十条第一款规定：

“建筑物在合理使用寿命内，必须确保地基基础工程和主体结构的质量。”

④ 《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》第十一条规定：

“因承包人的过错造成建设工程质量不符合约定，承包人拒绝修理、返工或者改建，发包人请求减少支付工程价款的，应予支持。”

⑤ 《中华人民共和国合同法》第二百七十九条规定：

“建设工程竣工后，发包人应当根据施工图纸及说明书、国家颁发的施工验收规范和质量检验标准及时进行验收。验收合格的，发包人应当按照约定支付价款，并接收该建设工程。建设工程竣工验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。”

⑥ 《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》第十二条规定：

“发包人具有下列情形之一，造成建设工程质量缺陷，应当承担过错责任：

（一）提供的设计有缺陷；

（二）提供或者指定购买的建筑材料、建筑构配件、设备不符合强制性标准；

（三）直接指定分包人分包专业工程。

承包人有过错的，也应当承担相应的过错责任。”

⑦ 《中华人民共和国建筑法》第五十八条规定：

“建筑施工企业对工程的施工质量负责。

建筑施工企业必须按照工程设计图纸和施工技术标准施工，不得偷工减料。工程设计的修改由原设计单位负责，建筑施工企业不得擅自修改工程设计。”

议^①”的义务。

第二，承包人未检查出“甲供料”不合格的。由于法律并未限制工程施工采用“甲供”建材的承包方式，因此在施工过程中，建材的供应以“乙供”为常态，同时也存在“甲供”的可能。但法律却明确规定了承包人对工程建设中所用的所有建材和设备均应当履行检验的义务^②。

第三，承包人对明知的发包人不适当的“指定分包”未予以提醒的。由于施工总承包人在承包范围内不需要针对专业施工具备相应的专业资质，并且，合法分包的条件之一是取得发包人的同意。因此在实务中，不仅存在常态的分包情况，也会大量出现所谓的“指定分包”的情况。但是，无论是正常的分包还是“指定分包”，法律均明确规定承包人与分包人应共同向发包人承担连带责任^③。鉴于此可以得出：承包人对发包人不适当的指定有义务进行提醒。

虽然《合同法》的归责原则通常采取无过错原则，即只要不履行义务或履行义务不符合要求，其对造成的损失就应当承担违约赔偿责任。但是，《司法解释》第十二条第二款对承包人归责原则却应采取“过错原则”，即只有“承包人有过错”，才约定就该过错承担相应责任，但是该款没有对过错程度进行规定，即无论承包人主观上是一般过失、重大过失还是故意均须承担责任。

九、发包人没有任意单方解除权体现了施工承包合同的特点——对《司法解释》第八、第九条和第十条第二款的再思考

《司法解释》第八条^④和第九条^⑤的规定不仅对施工承包合同一方因对方根本违约而取得解除权的情形进行了具体明确，同时还肯定了“工程质量”、“工程期限”和“工程价款”是施工承包合同的实质性内容，从而否定了其享有任意单方解除权。另外，上述两条

① 《建设工程质量管理条例》第二十八条第二款规定：

“施工单位在施工过程中发现设计文件和图纸有差错的，应当及时提出意见和建议。”

② 《中华人民共和国建筑法》第五十九条规定：

“建筑施工企业必须按照工程设计要求，施工技术标准 and 合同的约定，对建筑材料、建筑构配件和设备进行检验，不合格的不得使用。”

③ 《中华人民共和国建筑法》第二十九条第二款规定：

“建筑工程总承包单位按照总承包合同的约定对建设单位负责；分包单位按照分包合同的约定对总承包单位负责。总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。”

④ 《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》第八条规定：

“承包人具有下列情形之一，发包人请求解除建设工程施工合同的，应予支持：

(一) 明确表示或者以行为表明不履行合同主要义务的；
 (二) 合同约定的期限内没有完工，且在发包人催告的合理期限内仍未完工的；
 (三) 已经完成的建设工程质量不合格，并拒绝修复的；
 (四) 将承包的建设工程非法转包、违法分包的。”

⑤ 《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》第九条规定：

“发包人具有下列情形之一，致使承包人无法施工，且在催告的合理期限内仍未履行相应义务，承包人请求解除建设工程施工合同的，应予支持：

(一) 未按约定支付工程价款的；
 (二) 提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准的；
 (三) 不履行合同约定的协助义务的。”

规定也对施工承包合同以“相互协作”为基础的特征予以反映。根据《司法解释》第九条所规定的承包人取得单方解除权的三种情形，不仅可以得出“工程质量”、“工程期限”、“工程价款”是承包合同实质性内容的结论，而且还明确了“协助义务”是施工承包合同的基础，违反协助义务也构成根本违约^①。

《司法解释》第十条第二款是根本违约解除合同要求对方承担赔偿责任的规定^②。若发包人解除合同的，除可取得已完工程相应工程价款外，承包人还有权要求发包人承担因提前解除合同而实际产生的损失（例如：模具租赁合同提前终止的违约赔偿等）及因提前解除合同而损失的预期利益（例如：以报价中明确的利润率计算未完工程的利润等^③）。若承包人解除合同的，则有权要求承包人承担因提前解除合同而实际产生的损失（例如：重新招标发包未完工程的费用等）及由于因解除合同而致使工程延误使用所损失的预期利益（例如：按施工合同约定明确工程正常使用的合理利用率）。

十、正确区分当事人合法中止（或终止）与违约的区别——对《司法解释》第九条、第十八条的再思考

施工承包合同是先由承包人按时保质完成建设工程，后由发包人按时足额支付工程价款^④的双务合同。而根据行业惯例，这种履行顺序往往通过工程中约定的给付节点来体现（例如：承包人先按约定节点保质完成建设工程后，发包人才支付相应的进度款），最终以竣工时点进行结算，即承包人交付经验收合格的工程，发包人结算后支付相应的结算余款。因此，发包人具有法定的先履行抗辩权^⑤，承包人则具有法定的不安抗辩权^⑥。

就定性的角度而言，发包人行使先履行抗辩权而暂停支付工程进度款的前提是承包人

① 《中华人民共和国合同法》第二百五十九条规定：

“**承揽工作需要定作人协助的，定作人有协助的义务。**定作人不履行协助义务致使承揽工作不能完成的，承揽人可以催告定作人在合理期限内履行义务，并可以顺延履行期限；定作人逾期不履行的，**承揽人可以解除合同。**”

② 《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》第十条第二款规定：

“**因一方违约导致合同解除的，违约方应当赔偿因此而给对方造成的损失。**”

③ 《中华人民共和国合同法》第一百一十三条第一款规定：

“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，**包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。**”

④ 《中华人民共和国合同法》第二百七十九条第一款规定：

“**建设工程竣工后，发包人应当根据施工图纸及说明书、国家颁发的施工验收规范和质量检验标准及时进行验收。验收合格的，发包人应当按照约定支付价款，并接收该建设工程。**”

⑤ 《中华人民共和国合同法》第六十七条规定：

“当事人互负债务，**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。**先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。”

⑥ 《中华人民共和国合同法》第六十八条规定：

“应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，**可以中止履行：**

- （一）经营状况严重恶化；
- （二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；
- （三）丧失商业信誉；
- （四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。”

未按约定的节点保质完成建设工程。该前提存在的情况下，发包人暂停支付工程进度款就是行使抗辩权之行为，反之，则构成违约。前者恢复支付不存在支付利息的问题，后者恢复支付则存在支付利息的问题^①。从定量角度而言，发包人暂停支付工程进度款金额应与承包人未按时保质完成建设工程的工程量相匹配。

由于承包人行使不安抗辩权的要求很高，《司法解释》第九条不仅明确了发包人根本违约的情况，更重要的是赋予了承包人中止履行的权利，如此设定是对承包人行使不安抗辩权的一种补充。

^① 《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》第十八条规定：“利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：

- （一）建设工程已实际交付的，为交付之日；
- （二）建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；
- （三）建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。”

“假章”变真，到底为什么呢？

——评析（2016）最高法民申××号民事裁定书

【摘要】 本文在介绍本案的整体案情的同时，就法院对此案的主要观点及主要理由进行了归纳。在此基础上，笔者对法院的观点进行了全面评析，并提出自己的观点。然后在分析建筑业中“职务行为”、“委托代理”以及“表见代理”可能出现“假章”的法律后果的同时，提出防范的律师建议。

【关键词】 职务行为；表见代理

“Invalid Chop” Became Valid, What exactly is the Reason Why?

——An Analysis on the Civil Ruling Paper No. ×× (2016 Civil Cases) of the Supreme People's Court

【Abstract】 This article introduces the case details, at the same time, summarizes the main points and the main reasons of the court. Based on this, the author has conducted a comprehensive assessment for the views of the court, and puts forward their own point of view. And then the author provides preventive legal advice on the legal consequences in the construction industry, such as “job behavior”, “commission agent” and the fact of “invalid chop” which may appear in “apparent agent”.

【Keywords】 Job Behavior; Apparent Agent

【前言】

这段时间，网上和微信中流传着一篇报道，题为：“最高法此判决一出，全国数万被挂靠的公司都哭了！”在建筑业引起极大反响，仿佛可以听到岳云鹏那熟悉的声音：“这到底为什么呢？”“假的真不了，真的假不了”这句话还对吗？本文在介绍本案的整体案情的同时，就法院对此案的主要观点及主要理由进行了归纳。在此基础上，笔者对法院的观点进行了全面评析，并提出自己的观点。然后在分析建筑业中“职务行为”、“委托代理”以及“表见代理”可能出现“假章”的法律后果的同时，提出防范的律师建议。

一、案例简介

本案生效判决的编号为（2014）赣民一终字第××号的民事判决。2016年03月31日，最高人民法院对该案申请再审作出了编号为（2016）最高法民申××号民事裁定书。根据该裁定书，可以看出案件概况大体如下：通过“挂靠”江×公司，自然人吴某取得了“金×大厦”项目的实际控制人地位。在开发过程中，吴某私刻了江建公司的公章，并在《招标通知书》、《建设工程施工招标备案资料》以及与施工单位订立的《建设工程施工合同》中均使用了该枚私刻的假章。2011年7月19日，吴某与借款人雷某签订《还款协议》，吴某加盖该枚私刻假章以江建公司的名义对该《还款协议》提供担保。现该枚私刻的假章已被生效的刑事判决锁定。现法院生效判决：吴某向雷某还款，江建公司对此承担担保责任。最高院驳回申请人再审申请。

二、法院观点

在开发过程中，当事人在《招标通知书》、《建设工程施工招标备案资料》及与施工单位订立的《建设工程施工合同》中均使用了该枚私刻公章，故法院推定江建公司应当对吴某使用该枚公章知情。

而由于吴某多次使用该枚公章从事一系列经营活动，且该公章已为施工单位和相关政府职能部门确认，故法院认定伪造的公章具有“公示效力”。由于吴某与雷某达成的《还款协议》是双方真实意思表示，应为有效合同，而基于伪造的公章的“公示效力”，雷某对该《还款协议》上作为保证人签章的盖章已形成合理信赖。为保护第三人合理信赖利益，江×公司承担担保责任。

三、笔者评析

笔者认为，本案的判决生效后，至少出现以下两个严峻的问题：第一，“示范效应”。该判决一出，若第三人如法炮制，重复利用私刻公章签订多份合同，则任何合同相对人都可以利用本案关于“合理信赖利益”的判例要求法院予以保护。在这种情况下，被私刻公章的公司只能重复接受判决。行政处罚遵循“一事不再罚”的原则，即便是刑事犯罪，也存在一个“罪罚相适”的问题，固然该类公司可能在案件过程中存在过错，但如此没完没了地被法律判决承担重复的法律责任，不仅违背民法的公平原则，也违背基本的法理精神。第二，“模糊效果”。就现在可以查询的本案法律判决而言，即便是法律工作者，第一反应也会首先得出“假章变真”的结论，更无论非法律工作者了。若没有详细的说明和分析，从结果而言，对通常的“真的就是真的，真的假不了，假的真不了”思绪受到极大的冲击，会忽略种种可能存在的前提而草率地得出“法院认可假章的真实效力”的错误结论。由此，笔者认为有必要对该案件作一个全面理性的分析。故笔者就自身可查询到的本案判决文书中认为值得商榷的四个问题予以整理并评析，供业内同行参考指正。

（一）商榷之一：“挂靠关系”之说

现法院将吴某与江×公司的关系定义为“挂靠”。笔者认为这一点是值得商榷的。“挂靠”一词并非法律概念，而是建筑行业中的一种俗称。通常是指某一行业的准入需要具有一定的资质，没有资质的一方以有资质的一方名义准入该行业，而由没有资质的一方实际操作或控制的一种行为。为了保证公共安全等宗旨，《建筑法》要求从事建筑活动企业要有资质，个人要有资格。没有资质的承包人为了获得资质，就有了行业所称的“挂靠”行为。笔者认为：“挂靠”侵犯的是复杂客体，既侵犯国家关于资质管理的相关规定，也侵犯了其他有资质企业的诚信利益。故挂靠本质可以说是一种违法代理。而江建公司作为发包人，并不符合通常建筑业所称被“挂靠”的主体资格。因此，若是为了确认江×公司存在过错，而将吴某与江×公司关系直接定性为“挂靠关系”，该判断是否妥当，笔者认为存在一定的商榷空间^①。

（二）商榷之二：“公示效力”之说

现生效判决法院以吴某多次使用私刻的公章从事一系列经营活动，且该公章已为施工单位和相关政府职能部门确认为由，认定伪造的公章具有“公示效力”。最高人民法院的裁定书也对于该判断未予以否定。但笔者认为，该判断是值得商榷的。从文意理解看，“公示效力”通常是指官方通过一定的形式向相关人员公开告知某一事件或结果从而公示人应当对其公示的内容真实性和预期性承担相应责任的效果。从而保护外部第三人的信赖利益。例如：工商登记上公示的法定代表人等信息、物权登记公示等。故，“公示”的特点之一在于其具有公开性，即：公示的内容、承载的信息，都是要向一定范围内或特定范围内的人员公开出来，是要让大家知道和了解的，具有较强透明度。但本案中，经营活动不必然具有该公开性，相反，往往更具有商业经营中的秘密性，而政府职能部门的肯定与备案对于不特定人是否一定具有可查询性或公开性也是不能肯定的。故，笔者认为，生效判决仅以此为依据即认定伪造的公章具有“公示效力”是有些欠妥，值得商榷的。

（三）商榷之三：“推定知情”之说

法院以吴某在《招标通知书》和《建设工程施工招标备案资料》以及与施工单位订立的《建设工程施工合同》中均使用了该枚私刻的公章，而由于上述法律行为必须使用公章，故推定江×公司知情吴某使用该枚私刻的公章。笔者认为，该推定是值得商榷的。首先，从现笔者可查询到的裁定书可以看出，江×公司对涉及“金×大厦”项目需要提供的正常手续均予以满足，即该项目开发中的相关法律文件并非均是私刻公章，故仅由该项目部分文件盖有私刻公章推定江×公司应对私刻公章一事知情并不妥当。其次，就常理而言，江×公司若知晓吴某私刻公章应第一时间明确态度并予以收回，甚至不排除报警。再

^① 《中华人民共和国建筑法》第十三条规定：

“从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计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。”

次，法律也没有相关条款作为该推定的依据^①。综上，无论从法律依据，还是从相关证据来看，都无法必然推定江×公司对吴某私刻公章行为知情。

（四）商榷之四：“合理信赖”之说

现法院以吴某与江×公司形成的是违法挂靠关系，并以伪造的公章具有“公示效力”和“推定”江×公司知道该私刻的公章为由，认定雷某对于该公章形成“合理信赖”。笔者认为，这一点更是值得商榷了。该“合理信赖”是建立在吴某与江×公司违法“挂靠关系”成立且盖有公章的合同文本具有“公示效力”的基础上的，且必须“推定”雷某知晓“公示”内容并认定江×公司对于吴某私刻公章知情，方能存在判决所述“合理信赖”的情况。且不论上文中笔者提及的值得商榷之处，但就判决中“合理信赖”最关键的基础，即“公示效力”而言，即便无视上文所述“公示效力”认定的瑕疵，就现可查询的判决书中，并无证据可证明雷某知晓该“公示”。而一个与“金×大厦”项目完全无关的自然人若无明确证据予以证明，只草率推定其必然知晓“公示”内容，是否欠妥？而对其“公示”内容的知情认定存在瑕疵，笔者认为，该“合理信赖”的判断值得商榷的空间是很大的。“合理信赖利益”其实掺杂着一定的道德理念，可以说是一种道德价值的法律化表现，故在法律层面的界定具有一定的模糊性和不确定性，故笔者认为，“合理信赖利益”应当保护，否则可能对第三人（本案中是雷某）造成不公平的后果。但法院若以此为由确定当事人的责任承担应有一个确定清晰的适用前提加以限定，否则可能打破民法的公平原则，反而对被私刻公章的单位（本案中的江建公司）造成不公。如何平衡两者特别重要，也是笔者认为本案不可忽视的重点。

四、作者观点

就现可查询到的法律文书中对于案情的描述来看，笔者认为：对于吴某与江×公司的关系定位是问题的关键。不同关系可能产生不同的后果，而这层关系既要作形式审查，又要作实质判断，不宜一概而论。从吴某是否是江×公司的员工，可以分为两种可能：（1）若吴某是江×公司员工，则吴某与江×公司可能是基于劳动合同关系而建立的内部承包关系。即：由吴某承担相应的开发过程的成本和费用，并向江×公司保证一定利润，而工程由吴某实际操作和控制，并自负盈亏。这种情况下，吴某的行为对外均应属于江×公司的职务行为。（2）而若吴某不是江×公司的员工，则吴某与江×公司之间存在的就是代理关系，或者由于表见代理而引起有权代理的法律后果。

（一）若吴某行为属于职务行为

若吴某的行为属于职务行为，则其私刻公章这一作为显然是超越发包人赋予权限的越权行为。如需判断对合同相对人而言盖该章的合同是否有效，则应根据合同相对人是否知道或

^① 《中华人民共和国合同法》第五十条规定：

“法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。”

是否应当知道吴某行为已超越其权限来予以判断。对此，可分为以下两种情形：（1）如果江×公司有证据证明雷某知道或者应当知道吴某私刻公章，例如：①江×公司已通知该工程开发的相应供应商，包括通知雷某；或②公告吴某私刻公章的行为；或③江×公司与雷某签订有其他合同，而雷某分辨或应当分辨出吴某使用的是私刻公章。此时，笔者认为：吴某盖在《还款协议》中私刻的公章，江×公司不承担保证责任。（2）如果江建公司没有证据证明雷某知道或者应当知道该公章是私刻的，则笔者认为：吴某盖在《还款协议》中私刻的公章，江×公司应当承担保证责任。江×公司在承担的保证责任后可以通过与吴某的内部承包协议或劳动合同等以及江×公司内部管理规定向吴某进行追偿。

（二）若吴某行为属于代理行为

若吴某不是江×公司的员工，故吴某与江×公司的关系可以定义为代理关系。吴某私刻公章这一作为显然是超越代理权的行为。由此，雷某可以基于表见代理要求江×公司承担担保责任。但雷某原则上对表见代理的成立也负有举证责任，即：雷某应对自己为什么有理由相信吴某有权利代表江×公司在该《还款协议》上盖章这一事实进行举证。具体可分为以下两种情形：

（1）如果能有效举证，即：雷某能举证证明其在签订《还款协议》之前已形成“合理信赖”，则吴某的表见代理成立。吴某在《还款协议》上盖章的行为对江×公司产生有权代理的效力。江×公司应受吴某向雷某盖章的《还款协议》所约束从而履行担保义务，不得以无权代理为抗辩，不得以吴某具有故意或过失为理由而拒绝承受表见代理的后果，原则上也不得江×公司自身没有过失作为抗辩。

（2）如果不能有效举证，即：雷某没有证据证明形成“合理信赖”，或有证据证明形成“合理信赖”，但“合理信赖”是签订《还款协议》之后形成的，则雷某主张表见代理不成立。吴某在《还款协议》盖章行为对江×公司不产生有权代理的效力，江×公司不受吴某向雷某签署担保的约束。“表见代表”本质上是无权代理，但为了第三人的“合理信赖”而通过法律赋予有权代理的法律效果。因此，同上文所述，应注意平衡被代理人的合法权益和第三人的“合理信赖”权益，故应谨慎判定“表见代理”的成立。笔者认为表见代理的成立认定应特别注意以下两个条件^①：

1) 表见代理的时点条件。“表见代理”的前提之一在于：在订立合同过程中，相对人有理由相信行为人有代理权，即第三人与无权代理人达成协议时就确信被代理人与无权代理人之间存在依照交易习惯可以认定的事实上或者法律上的联系，并基于这一“合理信赖”方达成合意。若“合理信赖”形成于合意之后则表见代理不成立。

2) 表见代理的举证责任条件。根据法律规定，“表见代理”的举证责任应由主张有代理权一方当事人承担。即应由第三人举证来证明在与无权代理人达成合意之前已具有“合理信赖”，其他当事人或者法院均无权进行举证。

^① 《中华人民共和国合同法》第四十九条规定：

“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”

五、结语

托马斯·福勒曾经说过：“呆板的公平其实是最大的不公平。”随着时代的进步，我们对法律越来越重视，但如何理解法律还“任重而道远”。

现今的法律适用还存在一些瑕疵，例如：对适用前提重视不够，相对定量更注重定性等，因此，理解法律和适用法条切忌教条迂腐，应防止固化呆板，应当从整体上把握精髓，在前提下适用法条，真正做实实在在的公平合理。

公章真实≠协议真实，到底为什么呢？

——评析（2014）最高人民法院民提字第××号民事判决书

【摘要】 本文在简要介绍整体案情的同时，就法院对此案的主要观点及主要理由进行了归纳。

在此基础上，笔者对“真章假章”可能出现的主要疑问予以解答，并就三种不同的情形，即“公章真，合同有效”、“公章假，合同有效”及“公章真，合同无效”予以总结，并从法理层面予以剖析。

最后，就如何将真实意思锁定并避免被误解的问题依据理念、实践和诉讼操作三个层面提出相关建议。

【关键词】 合同有效；公章

Valid Company Chop Doesn't Equal to Valid Contract, What is the Reason Behind?

——Comments and Analysis of the Civil Ruling Paper No. ××
(2014 Escalated Civil Cases) of the Supreme People's Court

【Abstract】 This paper concludes with a brief introduction to the overall views in the case and main reasons.

On this basis, the author answers inquires on the “valid and invalid chop”, and analyzes from legal point of view for three different situations, namely, “valid official chop and valid contract”, “invalid official chop but valid contract” and “valid official chop but invalid contract”.

Finally, the author proposes relevant recommendations on how to lock down the real meaning and avoid misunderstandings from the three aspects: concept, practice and litigation operation.

【Keywords】 Contract Validity; Official Chop

【前言】

2016年上半年，网上和微信中流传过一篇题为“最高法此判决一出，全国数万被挂

靠的公司都哭了！”的报道，曾在社会，尤其建筑业引起极大反响。为此，笔者通过法律思维解释该判决，并撰写题为《“假章”变真，到底为什么呢？——评析（2016）最高法民申××号民事裁定书》的论文，希望达到增强法律意识，降低法律风险的目的。

但这段时间，网上和微信中又出现了一篇题为“公报案例：印章真实不等于协议真实”的报道。若曾经看过2016年上半年的那篇报道或看过笔者论文的朋友，可能会很自然地出现这么一个疑问：“假章”变真，“真章”变假，这是刘谦变魔术吗？实践中，我们应如何认定？

本文在简要介绍整体案情的同时，就法院对此案的主要观点及主要理由进行了归纳。在此基础上，笔者对“真章假章”可能出现的主要疑问予以解答，并就三种不同的情形，即“公章真，合同有效”、“公章假、合同有效”及“公章真、合同无效”予以总结，并从法理层面予以剖析。最后，就如何将真实意思锁定并避免被误解的问题依据理念、实践和诉讼操作三个层面提出相关建议。

一、案例简介

2007年11月，因陈某违约，昌×公司诉至内蒙古自治区和林格尔县人民法院（以下简称“一审法院”），请求解除双方2005年5月1日签订的《协议》。法院经审理后作出判决，解除双方签订的《协议》，陈某不服提起上诉，二审法院维持了一审法院的判决，该判决现已生效。

2011年11月1日，陈某依据双方于2005年5月3日签订的《补充协议》向一审法院提起诉讼，请求昌×公司补偿其在矿山的投入七百余万元。在对《补充协议》上所盖的昌×公司公章进行司法鉴定后得出是真实的情况下，昌×公司认为《补充协议》系陈某用其所持有的加盖公司公章的空白纸编造打印后用于诉讼，要求就《补充协议》打印及盖章时间进行鉴定，一审法院认为，《补充协议》昌×公司印章的真实性已经确定，即使《补充协议》打印时间在盖章之后，昌×公司也应当对其意思表示承担法律后果。陈某根据有效的《补充协议》约定：《协议》解除后，昌宇公司应当对陈某的投入费用进行清算并予以退还的主张，于法有据，法院予以支持。一审宣判后，昌×公司不服，上诉至福建高院。二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

为此，昌×公司向最高院申请再审。最终，最高院作出如下判决：撤销一、二审判决，驳回陈某的诉讼请求，即不支持陈某要求昌×公司支付七百余万元的补偿。

二、法院观点

最高院再审判决：撤销一、二审判决，驳回陈某的诉讼请求的主要观点如下：

首先，公章与文字的前后顺序、文字的形成日期等对认定协议的真实性有着重要影响。

其次，《补充协议》与《协议》的签署时间仅隔一天，却将风险负担进行了根本性变更。在双方缔约地位并未改变的情况下，这种根本性变更的出现是不合常理的，且陈某对此不能作出合理解释。

再次，《补充协议》的基本内容存在矛盾，陈某对此不能合理说明。不仅如此，陈某

在相关诉讼中从未提及该《补充协议》，因此，明显不合常理。

鉴于此，原审法院以公章与文字形成先后不影响协议真实性的判断为由，不支持昌×公司要求鉴定盖章与协议形成的时间的鉴定申请是明确不妥。

结合《补充协议》的内容、形式及形成过程和再庭审审查明陈某在原审中隐瞒重大事实信息的不诚信行为，同时考虑昌×公司一直否认自行加盖公章且不持有该协议之抗辩意见，最终，最高院对《补充协议》相关内容的真实性作出了不予采信结论。

三、笔者评析

本案的判决生效后，法院对于公章对合同有效性的判断出现三种不同的结论：(1) 公章真，合同有效；(2) 公章假，合同有效；(3) 公章真，合同无效。对此，即便是法律工作者，也会产生一系列疑问：以上哪个结论是正确的？上述三种结论存在的前提是什么？其法理根据是什么？若三个结论在一定前提下均可能是正确的，那么如何把握这一前提？如何在意思表示时正确严谨地锁定真实意思？如何在相对方提出异议时，确保己方真实意思被法院采信？

若没有详细的说明和分析，仅从结果而言，是对通常观念中的“真的就是真的，真的假不了，假的真不了”认知是个极大的冲击，往往会导致人们草率地得出“真的可以变假，假的可以变真”的错误结论。

为防止这种情况发生，笔者根据实践经验，就法律思维对上述主要问题进行评析，以供业内同行参考指正。

(一) 第一个问题：上述结论中哪个正确

首先，“谁主张谁举证”一直是举证责任分配的主要原则，即主张方需要对其主张进行举证，反驳方则需要对反驳进行举证，假设主张方和反驳方的证据分别为： Σ 主张证据和 Σ 反驳证据。

由于民法对证据的采信以盖然性为原则，即双方通过己方证据证明力的大小来影响并说服法官进行采信并据此作出裁量。故：

若 Σ 证据 = Σ 主张证据 - Σ 反驳证据 < 0 ，则主张方证据的证明力小于反驳方证据的证明力，则主张方被否定；

若 Σ 证据 = Σ 主张证据 - Σ 反驳证据 > 0 ，则主张方证据证明力大于反驳方证据的证明力，则主张方被支持。

其次，客观事实与法律事实是通过证据来锁定的，而法院是根据（也只能根据）法律事实来判断具体案件的，因此，证据的情况决定了客观事实被还原的程度，具体地说，法院是根据证据来判断具体案情的。故：

若 $|\Sigma$ 证据 $|\uparrow$ ，即 $|\Sigma$ 主张证据 - Σ 反驳证据 $|\uparrow$ 绝对数越大，说明主张证据与反驳证据之间的可信度相差越大，则主张被彻底支持或彻底否定的可能性就越高。

若： $|\Sigma$ 证据 $|\downarrow$ ，即 $|\Sigma$ 主张证据 - Σ 反驳证据 $|\downarrow$ 绝对数越小，说明主张证据与反驳证据之间的可信度相差越小；则主张被彻底支持或彻底否定的可能性越小（图1）。

我们必须明确，虽然我们所追求的理想法律状态是：法律事实 = 客观事实。但由于各

种客观或主观原因，这种状态其实很难实现，相反，实践中更多会出现“不客观”但“正确”的事实，即法院查明的事实会与客观事实不完全相符甚至不符合。此时，法律事实≠客观事实，但这并不意味着这是“错误”的事实。应该说，这其实是法官在有限的条件下能够尽可能还原的“正确”事实。

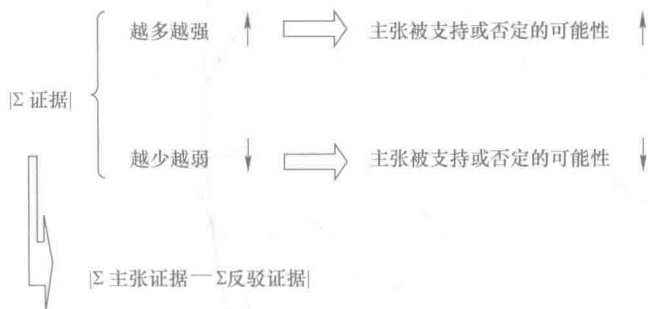


图1 Σ证据与主张被支持或否定的关系

综上所述，上述三种结论均可能是正确的。

(二) 第二个问题：上述结论各自的前提和法理是什么

1. “公章真，合同有效”的情况

合同成立的本质是合意，即：通过要约和承诺的方式双方达成意思一致^①。其中，构成作为民事法律行为的“要约”和“承诺”的要件之一就是“意思表示真实”。通常情况下，意思表示的方式主要有书面、口头和行为三种形式^②，而法人意思表示主要由公章的加盖来体现。

因此，只要没有充分证据或证据链能够证明加盖的公章是伪造的，则通常认为其体现于合同上的意思表示即为真实，即“公章真，合同有效”。

2. “公章假，合同有效”的情况

若公章不具有真实性，则说明合同的意思表达主体并非公章所指向的法人，通常情况下，该合同是不成立的。但是，若合同相对方能证明该法人明知该假章之前已被使用却未明确予以否定其真实性的，法院一般会认定之前的行为是该法人对假章的一种“公示行为”。而基于该“公示行为”产生的效力，合同的相对方对该盖章行为已形成合理信赖。

故，为了保护第三人的合理信赖利益，虽然合同加盖的是假章，法院也有很大程度会判决该合同成立，即“公章假，合同有效”。

3. “公章真，合同无效”的情况

若将一个书面合同形成的过程进行细分，可分为三个行为：第一个行为主要是通过口头形成（或行为）达成合意，即：双方的意思达成一致；第二个行为是通过书面形式将该合意记录锁定下来；第三个行为才是对书面记录与合意一致确认进行盖章认可。

这三行为在性质上是独立的。口头形成的合意并非一定完整正确地通过书面形式记

^① 《中华人民共和国合同法》第十三条规定：

“当事人订立合同，采取要约、承诺方式。”

^② 《中华人民共和国合同法》第十条规定：

“当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。”

法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。”

录，故谈判结束后的书面合同常常会出现来回修改的情况，甚至可能会在合同签署后，发生一方报怨“当时我们双方的意思不是这样”的情形。而盖章行为的本质是双方对合意内容与书面记录一致的确证，故印章真实并不必然等于协议真实。就证据层面而言，印章真实一般可以推定协议真实，但若有证据足以怀疑甚至否定合同内容的真实性，则仅根据印章的真实性并不能直接确认协议的真实性（图2）。

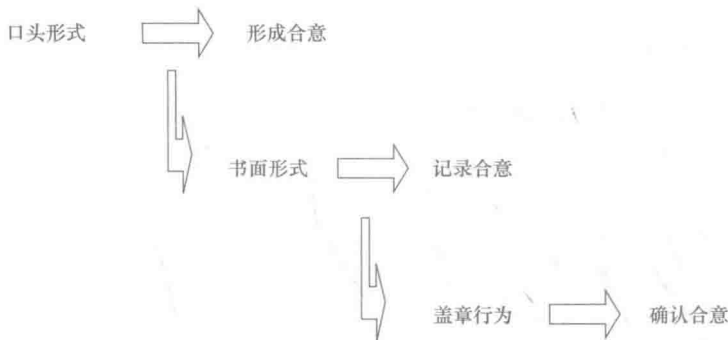


图2 书面合同形成的过程

综上，在有其他证据可以证明合意的真实性的情况下，印章仅属于证明协议真实性的初步证据而非决定性证据。此时，法院可能会综合考虑其他证据来认定合同的真实性。

（三）第三个问题：如何将真实意思锁定并避免被误解

就操作理念而言，合同形成由三阶段的行为组成，该三阶段既独立也联系。故，必须建立“口头合意正确完整记录后及时由双方盖章确认”的操作理念。

就具体操作而言，由于合同合意往往在第一阶段即完成，故为了避免书面记录的不完整或不正确，双方谈判时可同时录制一份音频文件以供备份。在之后的合同修改校对过程中，通过该音频文件有利于双方更便捷无误地还原当时的谈判内容。不仅如此，由于书面形式仅是口头合意的一种记录形式，故无论是起草人还是另一方修改校对者均应曾参与整个谈判过程。

此外，还应重视公章管理制度。公章的保管不应出现“真空状况”；应避免在白纸上盖章；双方合意后应及时盖章；正式盖章时应记得盖骑缝章；如果发现己方公章被盗用，应第一时间予以公告或报案，避免出现“公示”消除第三方“合理信赖”的可能。

从诉讼层面而言，首先应当明确：客观事实通过法律事实还原；法律事实是通过证据来体现；证据的被采信度通过双方提供证据的证明力决定。因此，己方提供的证据应严谨周延，有逻辑性。同时，对于对方的证据也要高度重视，正确理解其意图从而提供有力的反驳证据。最后，应尽可能在合法的范围内向法官积极陈述己方观点，以便对法官的裁量产生积极影响。

四、结语

本着“先行为带来后义务”的原则，笔者认为自己有义务就该“假章真章”的具体情形，在上述两份不同的判例的基础上从法律思维的层面再次作一个理性且相对具体的解释。同时，笔者也希望通过再次“抛砖”起到“引玉”的作用，使大家尤其是建设工程领域的同仁们能够对实践中碰到的该类问题不断总结出更系统、更完备的理论体系。

不付价款≠违约行为，到底为什么呢？

——从一起“欠款”被诉后“逆袭”成功的案件谈“抗辩权”

【摘要】 本文主要对笔者承办的一起看似发包人“违约”实为发包人“抗辩”而“逆袭”成功的案件进行反思，对案件中的主要观点及依据进行了归纳。

在此基础上，笔者对承包人行使不安抗辩权、发包人行使先履行抗辩权以及承发包双方的抗辩权的动态转化进行归纳并提出提醒意见。

最终从理论解释：为何不付价款≠违约行为。

【关键词】 中止履行；先履行抗辩权

Non-Payment Doesn't Equal to Breach of Contract, What exactly is the Reason Why?

——An Analysis of the ‘Counter Argument Right’ by Commenting on a Successful Case from an Accused ‘Debtor’ to a ‘Winner’

【Abstract】 This article mainly reflects on the successful case in which the employer seemingly “breach of contract” while in fact the contractor “defenses” and “counter argues” and summarizes the main points and basis of the induction accordingly.

Based on this, the author summarizes and poses reminder comments on the contractor to exercise the right to apologize, the employer to exercise the right counter argument right of plea against the advance performance and the conversion of both contracting sides.

Finally the author explains theoretically why non-payment doesn't equal to breach of contract.

【Keywords】 Suspend Performance of Obligation; Counter Argument Right of Plea against the Advance Performance

【前言】

如果一个发包人不支付或少付工程价款，人们通常的第一个反应是：“发包人不付钱肯定是不对的。”

如果其是因承包人未按图施工而不付工程款，人们往往会说：“承包人固然不对，应当按图施工。”但是，发包人不付进度款也是不对的。

但事实上，“对与不对的前提是该与不该”。应支付而不支付固然是不对的，是违约。

但不应支付而不支付，尤其在有履行顺序的合同中，是正确无误的。因为，双方的行为其实互为履行的前提，即按约定履行义务的前提是相对方的前义务已履行完毕。因此，此时，发包人的不付款可能是在行使抗辩权。

本文主要对笔者承办的一起看似发包人“违约”实为发包人“抗辩”而“逆袭”成功的案件进行反思，对案件中的主要观点及依据进行了归纳。同时，在此基础上，笔者对承包人行使不安抗辩权、发包人行使先履行抗辩权以及承发包双方的抗辩权的动态转化进行归纳并提出提醒意见，最终从理论解释：为何不付价款≠违约行为。

一、案例简介

2010年1月，发包人与承包人在签订的《施工承包合同》中约定：工程进度款按每月完成工程量的85%支付……

当工程进度款支付到3200万后，由于屋面使用材料与设计不匹配，发包人要求整改，而承包人不予整改，故发包人未支付当月进度款。承包人即催告要求支付，否则将影响继续施工，发包人未予理睬。为此，承包人停止施工并起诉法院，要求解除合同，除要求支付在建工程余款外，并要求发包人赔偿造成损失的400万。而对发包人而言，只要合同被解除，其可能造成损失300万元。

二、大体走势

鉴于若发包人未按约定支付工程款使承包人无法施工，且经催告仍未支付的情况下，承包人具有单方解除权^①。故，现仅根据承包人提供的证据，初步可认定承包人具有单方解除权。

若承包人有单方解除权，则发包人除支付已完工程价款结算余款外，还需赔偿承包人由此造成的损失。根据承包人的诉状，发包人除了支付承包人已完工程价款结算余款564万元（ $3200 \div 0.85 - 3200$ ）以外，还需支付赔偿款400万。此外还需要自行承担自身的300万损失。综上所述：564+400+300=1264万。

笔者接受发包人的委托后，以工程质量瑕疵为由向法院提起反诉，要求解除合同。同时，还提出工程质量并相应价款的鉴定申请（存在质量问题对应的价款为584万）。最后，成功起到了否定承包人单方解除权的作用，即法院最终判决认为发包人有单方解除权，而承包人无单方解除权。故，承包人应返还工程款20万元（ $3200 - (3200 \div 0.85 - 584)$ ）并赔偿发包人300万损失，共计320万元。

一个看似应向承包人支付1264万元的案件，最终却峰回路转地逆袭成功反向承包人索赔320万，这二者的损失差异整整相差1584万元，到底为什么呢？

笔者认为，除了理性评估案件的状况、正确制定诉讼的方案以及全面跟踪鉴定过程外，最为关键的是抗辩权的正确行使。

^① 《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》第九条第（一）项规定：

“发包人具有下列情形之一，致使承包人无法施工，且在催告的合理期限内仍未履行相应义务，承包人请求解除建设工程施工合同的，应予支持：

（一）未按约定支付工程款的；”

三、笔者评析

(一) 履约抗辩权的法律规定

依合同当事人双方是否互负义务，合同可分为单务合同和双务合同。在商务行为中，绝大多数的合同是双务合同，而双务合同存在履行上的牵连性，这种情况下，一方不履行其义务，对方原则上亦可不履行。因为只有如此，才能维持双方当事人之间的利益的动态平衡。这就是双务合同履行中存在的所谓“抗辩权”，它包括同时履行抗辩权、后履行抗辩权和不安抗辩权。

1. 同时履行抗辩权

同时履行抗辩权是指双务合同的当事人应当同时履行义务的，一方在对方未履行前，有拒绝对方请求自己履行合同的权利^①。

同时履行抗辩权的构成要件包括：

- (1) 必须双方互负的债务均已到履行期；
- (2) 必须是对方未履行或不适当履行债务；
- (3) 必须是对方有可能履行的债务。

2. 先履行抗辩权

后履行抗辩权是指双务合同中应当先履行义务的一方当事人未履行时，对方当事人有拒绝对方请求履行的权利^②。

先履行抗辩权的构成要件包括：

- (1) 必须双方当事人互负债务；
- (2) 必须是两个有履行顺序的债务；
- (3) 必须存在先履行一方未履行或履行不符合约定的情形。

3. 不安抗辩权

不安抗辩权是指双务合同中应先履行义务的一方当事人，有证据证明对方当事人不能或可能不能履行合同义务时，在对方当事人未履行合同或就合同履行提供担保之前，有暂时中止履行合同的权利^③。

① 《中华人民共和国合同法》第六十六条规定：

“当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。”

② 《中华人民共和国合同法》第六十七条规定：

“当事人互负债务，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。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。”

③ 《中华人民共和国合同法》第六十八条规定：

“应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：

- (一) 经营状况严重恶化；
- (二) 转移财产、抽逃资金，以逃避债务；
- (三) 丧失商业信誉；
- (四) 有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。”

不安抗辩权的构成要件包括：

- (1) 必须双方当事人互负债务；
- (2) 先履行义务人有确切证据证明对方不可能履行；
- (3) 后履行义务人未提供适当担保且不安抗辩事由在合理期限内未改变，则先履行义务人有权解除合同。

综上所述，双务合同的抗辩权可分两类：一类是双方义务的履行无顺序的同时履行抗辩权，另一类，双方义务的履行是有顺序的，则先履行的一方具有不安抗辩权，而后履行的一方具有先履行抗辩权。

如图 1 所示。

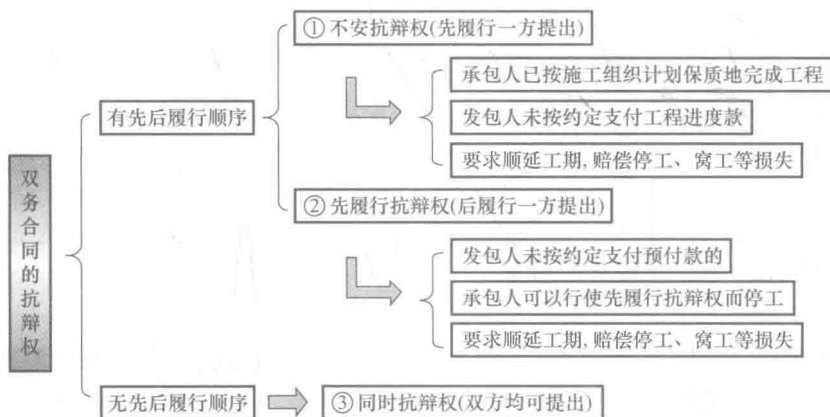


图 1 双务合同的抗辩权

(二) 建设工程合同是有履行顺序的特殊承揽合同

从实务操作而言，建设工程合同的履行节点主要有开工时点、各节点的进度时点和竣工时点，而对应这些时点的价款主要有工程预付款、工程进度款和工程竣工结算余款。它们之间的关系如下：工程竣工结算价款=工程预付款+工程进度款+工程竣工结算余款。

严格来说，对建设工程合同而言，工程预付款是非常态的。通常情况下，工程预付款被定义为借款性质。实务操作中往往会约定在最近几期的进度款予以分批抵扣。而工程进度款往往是承包人完成节点工作，并经审核后按照一定比例予以支付的，即只有在承包人按时保质地完成了某一时点任务后发包人才予以支付。至于工程竣工结算余款，其支付需要承包人全部完成了工程承包范围内的工作并经发包人组织验收合格再按约定的时间予以支付。

从法理角度而言，建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的特殊的承揽合同。承揽合同原则上是先由承揽人先完成工程成果后再由定作人支付报酬，有履行顺序的双务合同。故，若没有特别约定，建设工程合同理论上来说，是应先按时保质地完成建设工程，而后由发包人支付工程价款的合同。

综上，建设工程合同是先由承包人按时保质地完成建设工程，后由发包人按时足额支付工程款的有履行顺序的特殊承揽合同。

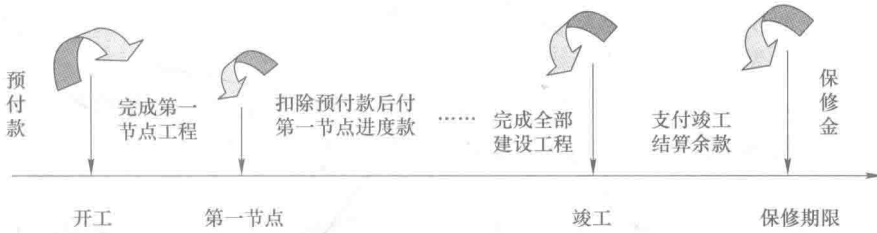


图2 建筑工程各时点对应的价款

(三) 建设工程合同抗辩权操作

由于建设工程合同是先由承包人履行，后由发包人履行的特殊承揽合同。故，原则上不存在同时履行抗辩权，其存在的是承包人的不安抗辩权和发包人的先履行抗辩权。

1. 承包人的不安抗辩权的行使

首先，承包人能够行使不安抗辩权的前提并非发包人的某一行为，而应是发包人的某种状况。而通常情况下，证明状况远比证明行为的举证更为困难。

其次，承包人能够行使不安抗辩权的前提状况是已客观存在的状况，而非主观推测的未来可能发生的状况。

最后，承包人能够行使不安抗辩权的前提状况对于发包人和承包人均应是颠覆性或根本性的。其通常出现的概率并不高。

综上，笔者提醒：

(1) 承包人应有“确切证据证明”这种状况（法律要求在证据之前加“确切”二字是非常少见的）。

(2) 若没有“确切证据证明”而行使不安抗辩权，则其行为就是违约行为。这种情况下，不仅工期得不到顺延，而且可能承担节点工期的违约责任。

(3) 承包人行使不安抗辩权应当以书面形式通知发包人，并同时提出顺延工期及要求赔偿停工、窝工等损失的请求^{①②}。

(4) 即便有“确切证据证明”能够予以证明出现足以行使不安抗辩权的状况，若发包人提供担保时，则承包人应及时终止行使不安抗辩权。

综上所述，承包人行使不安抗辩权的条件可谓苛刻，承包人理应谨慎。

2. 发包人的先履行抗辩权的行使

首先，只要能够证明承包人未履行或未适当地履行其义务，发包人均有权行使法定的先履行抗辩权，即不支付相应的工程进度款或竣工结算余款。此时的“不付”是“不应支付”，是一种权利的行使。

其次，发包人行使先履行抗辩权对抗的违约行为，可能是根本违约行为，也可能是非

① 《中华人民共和国合同法》第六十九条规定：

“当事人依照本法第六十八条的规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。”

② 《中华人民共和国合同法》第二百八十三条规定：

“发包人未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，承包人可以顺延工期日期，并有权要求赔偿停工、窝工等损失。”

根本违约行为。对于前者，发包人可以先行使抗辩权再行使解除权，也可以仅选择抗辩权行使。对于后者，发包人只能选择行使抗辩权。

最后，发包人行使先履行抗辩权应当适当且匹配，即：发包人中止履行的部分与程度应与承包人已违约行为的部分和程度相一致。

笔者提醒：

(1) 发包人行使先履行抗辩权的前提在于先履行方存在违约行为。而判断标准，严格来说，有三个层次：前提是先履行方“应当行为”；必要条件是其“没有行为”或“不当行为”；充分条件是其“没有理由不行为”。若承包人的未履行是行使不安抗辩权的行为，则其并非违约行为，发包人无权行使先履行抗辩权。

(2) 中止履行行为程度应与承包人未适当履行的行为匹配。

(3) 中止履行行为的终止时点应当是在承包人已经履行完毕的时点。

(4) 中止履行至恢复履行之间是权利行使的过程，不应支付相应的利息。

综上所述，发包人应正确使用先履行抗辩权，并将其作为保证自身利益的首要权利，而将解除权和要求赔偿权作为行使先履行抗辩权的辅助权利。

3. 承发包双方的抗辩权是动态转化的

顺序是以时间坐标而确定的，前后行为是通过比较两个行为而存在的。当时间坐标是连续时，第二个行为对于第一个行为即为后行为，但相对于第三个行为就是先行为。

若第一个节点时，承包人已经按约定完全且适当地完成建设工程认为并按程序提交进度款申请时，发包人不履行审核进度款义务或不按时支付进度款的行为相对于承包人完成第二个节点建设工程任务而言，即是前行为。此时，承包人即具有先履行抗辩权，即中止履行第二个节点的建设任务。此时的“停工”是“不应做”而“停工”，是一种权利行使的体现。故，承发包双方的抗辩权是互相动态转化的。图3表示的就是作为先履行义务的承包人不同状态的法律定性图。

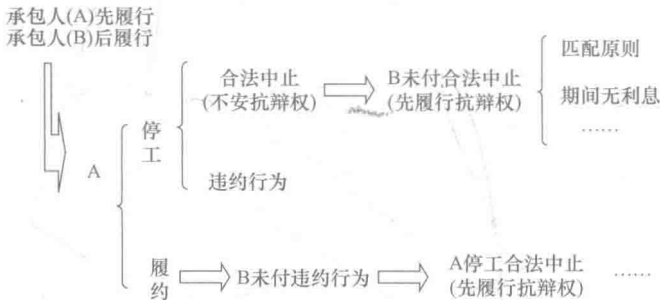


图3 作为先履行义务的承包人不同状态的法律定性图

笔者提醒：

(1) 为了避免不必要的纠缠，应尽可能将这种由于发包人不支付工程进款而赋予承包人的抗辩权在合同中予以明确。

(2) 承包人行使先履行抗辩权而停工的，同样有权要求发包人顺延工期，并要求赔偿停工、窝工等损失。

(3) 如果出现未按约定工期完成承建工程的情况，只有承包人能够证明：Σ顺延工期=

(实际建设工期—约定建设工期)，则不应承担延误工期的违约责任。

综上所述，承包人要善于行使抗辩权，在施工过程中积累“顺延工期”的总额，从而避免承担不应承担的工期延误的违约责任。

四、结语

概念应当清晰，条款应有前提，规律不应绝对，体系应有层次。

在清晰的概念的基础上，结合具体条款的前提，有层次地阐明我们的观点，同时，通过证据和数据来辅助体现。这是律师应该追求的思维模式。

理性决定是否接受委托，科学制定切实的诉讼方案，全面跟踪鉴定过程，形式简洁地阐明观点，这是律师应该遵循的工作程序。

三方确认≠免除责任，到底为什么呢？

——从一起“三方确认”后要求退还“工程价款”案件谈“免责事由”

【摘要】 本文通过笔者承办的一起案件，先剖析了以下问题：竣工结算审定价（以下简称“审定价”）是否具有唯一性？承包人在《工程审定单》上盖章的前提条件是什么？三方在“审定价”上盖章对咨询人是有利还是有弊？最后从理论上解释了为什么三方确认≠免责责任的道理。

【关键词】 竣工结算；免责事由

Third Party Confirmation Doesn't Mean Liability Exemptions, What is the Reason Why?

——An Analysis on ‘Disclaimer Issues’ by Taking the Case as Example, Which Starts from ‘Confirmation from 3 Parties’ to Being Required to Return the ‘Construction Costs’

【Abstract】 This article analyzes below issues through a recently conducted case: firstly, is completion of settlement pricing (hereinafter referred to as “reviewed price”) unique? What are the prerequisites for the contractor’s chop on the “price confirmation sheet”? Are the three parties’ stamp in the “reviewed price” beneficial or disadvantages to the consultants? Finally, the article explains theoretically why the third party confirmation doesn’t equal to disclaimer liabilities.

【Keywords】 Accounts Settlement after Project Completion; Disclaimer Issues

【相关用词解析】

1. 三方盖章的《审定单》

发包人（或与承包人共同）委托进行建设工程竣工结算审价的咨询人，在得到初审结论后，要求发包人、承包人在《工程审价审定单》（简称《审定单》）上盖章的行为。

2. 免责事由

当事人对其违约行为免于承担违约责任的事由。

如果一方根据自己“盖章确认”的文件内容支付了相应款项，但若干年后要求对方予以退还。对此，人们的第一感觉多半是：这个人说话不算数，不讲信用！法院根本不会支持这种不诚信的行为。

但规则需要在具体的法律关系中体现，而不同的法律关系中得出的规则也并不相同。即便是相同的法律关系，不同的行为模式，也可能得到不同的结论。故其实在上述的真实案件中，法院的判决并未如大众所料。其中的奥妙究竟在哪里呢？

一、案例简介

2007年1月，国有性质的发包人按照其委托的咨询人所出具的《建设工程竣工结算审价报告》（以下简称《审价报告》）已支付全部工程结算余款。2009年3月，发包人的上级审计单位在对该工程进行国家审计时认为该工程竣工结算价应当为1.56亿元，少于《审价报告》1300万元……

为此，发包人先与咨询人进行沟通，并共同就1300万元数额进行复核。在确定该误差接近**1300万元**时，立即通知承包人：希望其在核实该误差的基础上予以返还。但承包人以施工承包合同已经履行完毕为由拒绝核实，更不同意退还该1300万元。于是，发包人以承包人和咨询人为被告向法院提起诉讼，**要求承包人退还多支付的1300万元，并要求咨询人承担连带赔偿责任……**

诉讼中，承包人和咨询人主要的抗辩理由如下：

(1) 在出具《审价报告》之前，发包人已在《审定单》上盖章，故无权就自己已确认的结算审定价要求对方承担责任。

(2) 无论从出具报告的时间起算，还是从发包人支付完毕工程结算余款的时间起算，均已超过两年的诉讼时效，故发包人已无胜诉权利。

为了确定是否存在1300万元的误差，法院进行了工程造价司法鉴定，鉴定结果认为：误差为1180万元。最终，**法院判决承包人退还1180万元……**

二、法院观点

工程造价司法鉴定已证明结算审定价应当是**1180万元**，并且，承包人已自认已收到该1180万元，对于承包人和咨询人两被告提出：发包人在《审定单》盖章的行为是对竣工结算审定价的认可，三方盖章的《审定单》属于免责事由，为此，法院未予认可。因此，法院判定：承包人多收取的工程价款1180万元理应以退还给原告发包人。

至于诉讼时效问题，法院认为，原告在发现价款支付存在误差的5个月后提起诉讼，其在法定诉讼时效之内，故两被告就诉讼时效提出的抗辩不成立。

三、笔者评析

(一) 审定价是否具有唯一性？

在实务中，人们常认为，对于同一建设工程的竣工结算，“一百个造价工程师得出一

“审定价具有唯一性”是我们可以继续讨论该案例的前提。

理论上，在一定条件下（即在同一施工承包合同、工程签证和委托合同等法律文件和同一竣工图、工程清单报价单等技术文件的前提下），审定价必定具有唯一性。不同的造价工程师得出不同的审定价只能说明其各自的准确率不同，故距离唯一正确的审定价具有不同的误差。当然，绝对的正确仅是理论层面而言的，但允许误差的前提在于坚信正确的唯一性，故我们不应质疑，更不应否定“审定价”的唯一性。

若某一竣工结算正确的审定价为一恒定值，设为 V_0 ，而不同的造价工程师得出的最终具体审定价设为 V ，则 V_0 与 V 必定存在一个偏差值。设该偏差值为 ΔV ，则存在如下恒等式： $V = V_0 + \Delta V$ 。

若 $\Delta V \geq 0$ ，则审定价越接近该恒定值，正确率越高。

若 $|\Delta V|$ 越大，则审定价离该恒定值越远，正确率低。

若 $\Delta V < 0$ （即偏差值是负值），则审定价存在瑕疵且是少算了工程价款。

若 $\Delta V > 0$ （即偏差值是正值），则审定价存在瑕疵且是多算了工程价款。

构成 $|\Delta V|$ 的主要原因有两种：

其一，对关于发包人与承包人权利与义务定性划分的法律文件存在理解错误而引起的，例如：对于签约前形成的招投标文件理解有误；对签约时的施工合同理解有误；对履约时形成的各种工程签证、委托结算审价合同等理解有误等。

其二，对关于发包人与承包人权利与义务定量计算的技术文件理解错误而引起的，即对各种定额、计算标准、施工工艺、价格信息等取定理解有误所致。例如：对工程量的计算有误；对定额子目的套用有误；对定额含量的调整有误；对建设工程类别的取定有误；对主要材料差价的取定有误；对费率的取定有误等等。

综上，若不存在定性误解和定量错误，原则上 $\Delta V = 0$ ，故 $V = V_0$ ，在一定条件下，审定价应是一个常数。

为了更直观、更明晰地反映上述逻辑关系，笔者以图 1 的形式予以归纳。

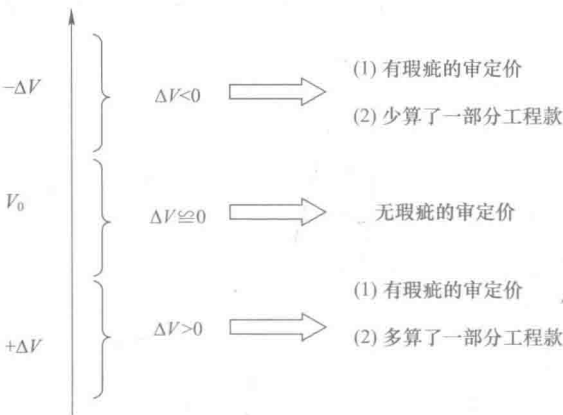


图 1 审定价结果逻辑关系图

（二）承包人在《审定单》上盖章的前提条件是什么？

就专业分类的角度而言，承包人的相关程度最高。仅从其资质序列而言，其施工总承包资质序列就有 12 项，专业承包资质序列 23 项。而不同工程的施工总承包在操作上有很大的区别，例如建筑工程施工总承包与铁路工程施工总承包。而专业承包的区别更可能大南辕北辙，例如电子与智能化工程专业承包与预拌混凝土专业承包。

就对造价敏感度的角度而言，承包人有身临其境的市场经历作为依托，有长期积累的专业经验作为依据，更有货真价实的成本性造价作为基础，其对造价的认知必然更加敏

锐。而咨询人和发包人在通常情况下对于成本造价并不具有切身体会，而仅主要从专业经验和市场感受的角度予以判断。

就商业利润的角度而言，承包人的主要目的在于取得工程价款最大化。而保证工程质量，从狭义角度而言，仅是实现该目的的手段而已，且工程竣工后其成本性造价原则上已然明确，故审定价能更直观反映其利润。反之，咨询人取得咨询费是在出具《审价报告》后，且通常咨询费以核减额的百分率进行计算的，故其并不会如承包人般对所得利润如此直观明确。而对发包人而言，工程价款仅是其商业行为的部分成本。且通常情况下，确定或支付审定价时，发包人的利润尚处预期阶段，并不能直接或直观地予以反映。

一般而言，人们对商业利润的敏锐程度越高，对其工作的重视程度也就越高。而在建设工程中，对造价的敏锐度就直接影响对审定价估算的精准度，而专业分类的细致度也影响到取得最大化价款的能力。综上，从统计学角度而言，整个建设工程项目中对 V_0 把握最精准应当是该项目的承包人。

也正因如此，《审定单》的价款数额对于自身是亏是赚，承包人其实是盖章的三方中最明白、最有底的那位。通常而言，除非为了迅速拿到工程结算余款，即牺牲金额来换取支付速度，否则，承包人愿意在《审定单》盖章即意味着 $\Delta V \geq 0$ ，即 $V \geq V_0$ 。直白得说，就是审定单的数额大于承包人的心理预期利润。

（三）三方盖章的《审定单》是否属于免责事由？

就民法角度而言，仅因三方盖章而免责是违背其公平原则的。出具《审价报告》的前提条件是三方在《审定单》上盖章，这意味着只要有一方未在《审定单》上盖章，《审价报告》就不能出具。此时，也就不存在因《审价报告》的瑕疵而使发包人或承包人遭受损失的情况。没有损失就没有赔偿。若认定三方盖章的《审定单》构成法律意义上的免责事由，就意味着咨询人永远不会因《审价报告》的瑕疵承担任何责任，这显然是与委托合同签订目的和宗旨相违背，与《合同法》中关于有偿委托合同的规定相违背，更何况是《民法》的公平原则了。

就咨询业角度而言，这也违背了其行业原则。咨询业的主要原则有三：独立、科学、公正。其中，独立性原则是首要原则，是科学公正的前提，其体现在咨询人应独立完成咨询工作并独立对其工作成果负责。若认定三方盖章的《审定单》构成免责事由，则咨询行业的独立性荡然无存。不仅如此，也会对咨询人现理应遵循的科学性产生负面作用。最终也会因三方签章的决定性作用而可能导致委托方接受不公正的审定，这显然违背了咨询行业的公正性原则。

就主体资质而言，咨询人是单位有资质、个人有资格的审价单位，即咨询人是由专业人才所组成且在工程造价方面具有专业特长的专门机构。反观发包人，其作为委托方可能是企业、机关和学校等，也可能是房地产开发企业。但无论如何，工程造价控制都不可能是其专业所在。若三方盖章构成免责事由，则意味着发包人或承包人对已收取咨询费的专业人士的过错“买单”，这显然既不合情也不合理^①。

^① 《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》第十八条规定：

“利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：

- （一）建设工程已实际交付的，为交付之日；
- （二）建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；
- （三）建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。”

就表现形式而言，三方签章是因咨询人的要求而进行的，故三方签章的《审定单》具有格式条款之嫌。提供格式条款一方，应以合理的方式提请对方注意免责和限制责任的条款，并按照对方的要求，对该条款予以说明。若违反了提请注意义务，该格式条款不发生效力。退一步说，即便咨询人履行了提请注意义务，若格式条款旨在免除其责任，则该条款也是无效的。故即便认定三方盖章的《审定单》作为约定的免责条款存在，因其格式条款的性质，该约定的免责条款也是无效的^①。

综上，无论从民法和咨询业的基本原则而言，还是从主体资质和表现形式来看，三方签章的《审定单》均不属于免责理由。

（四）三方在《审定价》盖章对咨询人有弊而无利

首先，咨询人设定三方在《审定单》上签章的程序出发点可能是为了规避因《审价报告》出现瑕疵而招受索赔的风险。但事实上，这种一厢情愿的“免责”并不被法律所认可，实有“掩耳盗铃”之嫌。其不仅起不到规避风险的作用，恰恰相反，长此以往的“自欺欺人”会导致咨询人的法律风险意识降低，并最终影响工作成果的质量。

其次，工程竣工移交后，发包人的合同目的原则上已经实现，故此时发包人强势的地位又重新产生。实践中，往往会出现发包人怠于进行竣工结算以拖延支付竣工结算余款的情况。而由于三方在《审定单》上的盖章是出具《审价报告》的前置条件，故发包人往往通过不盖章的行为来拖延结算。当承包人对此无计可施之时，只会通过诉讼途径主张竣工结算余款。而由于诉讼时的工程价款尚未确定，法院往往会对工程造价进行司法鉴定。此时，其实意味着咨询人所有的工作成果有可能付之东流。

再次，若合同未约定支付竣工结算余款以工程竣工结算完毕为前提，且承包人对发包人对于工程价款承担的法律风险知之甚详，则承包人会完全知道其不在《审定单》上盖章，不会影响其取得价款最大化的目的，而由于三方盖章程序在某种程度上使得咨询人的工作节奏被承发包人控制，因此，承发包人完全可以通过把控“盖章与否”来控制节奏，使咨询人遭受的各方压力持续增大，从而迫使咨询人不得不牺牲审定价的准确度以缓解自身压力^②。

另外，要求三方在《审定单》盖章之时，《审价报告》的实质意义理论已不复存在，发包人或承包人需要最终的《审价报告》仅存在形式上或程序上的意义，当发包人或承包人没有这一形式上的要求时，承发包人两者绝对可能也可以“私了”，此时，咨询人尴尬的状态，不仅利益得不到保证，而且连维权都将处于被动境地。

最后，建设工程合同是特殊的承揽合同，具有一定的人身性。同时，因为建设工程项目投资额的庞大及不确定性，发包人和承包人串通侵占国有资产或损害公司利益行为可

^① 《中华人民共和国合同法》第四十条规定：

“格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。”

^② 《中华人民共和国刑法》第二百二十九条第一款、第三款规定：

“承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织的人员故意提供虚假证明文件，情节严重的，处5年以下有期徒刑、并处罚金。

第一款规定的人员，严重不负责任，出具的证明文件有重大失实，造成严重后果的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。”

能性也随之增大。因此，工程建设领域其实是贪污腐败的多发领域。而三方盖章程序，剥夺了咨询人的独立性，给承发包人对工程造价串通造假提供了途径，此时已不仅仅是对咨询人利益的损害，也可能为此触犯刑法。

综上，若《审价报告》确实存在瑕疵，三方盖章的《审定单》并不能起到作为咨询人对抗承发包人的抗辩理由的作用，反而可能造成咨询人不必要的损失，故三方签章的行为对咨询人有弊无利。

四、结语

笔者建议应取消要求发包人和承包人在《审定单》上盖章的行为。

笔者希望通过再次“抛砖”起到“引玉”的作用，引起大家注意：习以为常的事并非一定是正确的事，与时俱进、理性从容，提高自己的法律意识，降低自己在市场竞争中的风险。

2017 版施工承包合同十五个要点解读及建议（上篇）

——解读《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—0201）

【摘要】 本文是笔者对 2017 版施工承包合同示范文本中的十五个相关问题的解读。

限于篇幅，上篇仅涉及了其中前五个问题，分别包括：（1）示范文本（通用条款）法律地位的问题；（2）合同文件组成及解释顺序的问题；（3）默示认可与法律适用的问题；（4）关于价格调整的依据的问题；（5）关于索赔及过期作废的问题。

对于每个问题，笔者都会分别从主要条款的表述开始，从法理层面对条款的制定原理、行业影响、不足与进步等多角度进行解读。同时，笔者还会根据自身的从业经验，提出相应的律师建议供读者参考。在每个问题的最后，笔者还会将与条款相关的法条进行列举，以便于读者更直观地理解条款的法理本质。

【关键词】 条款；制度；法定

The Fifteen Key Points in the Engineering Subcontracting Contract 2017 Version (Part 1)

——An Analysis of the Construction and Engineering Contract (Sample Text) (GF—2017—0201)

【Abstract】 This article is the interpretation of the ten related issues the author made on the *Construction and Engineering Contract (Sample Text) 2017 Version*.

Due to length restriction, the article covers only the first five issues, including: (1) the legal status of the sample text (normal terms); (2) the composition of the contract documents and the order of explanation; (3) the implied endorsement and applicable law; (4) the basis for price adjustment; (5) the compensation claim and overdue issue.

For each issue, the author will start from the perspectives of the main terms of the statement, the jurisprudence of the terms formulation principles, the industry influence, the shortcomings and progress. Meanwhile, the author will put forward the appropriate advice for readers' reference, based on his own industry experience. At the end of each issue, the author will also enumerate the legal terms related to the articles so as to make the readers understand the legal essence of the articles more intuitively.

【Keywords】 Terms; Regulations; Statutory

【前言】

2017年09月22日，住房和城乡建设部发布《住房和城乡建设部 工商总局关于印发建设工程施工合同（示范文本）的通知》（建市〔2017〕214号），其中明确：

2017年10月1日起执行《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—0201）（以下简称《2017版施工承包合同》）。同时，废止《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2013—0201）（以下简称《2013版施工承包合同》）。如何迅速地熟悉和掌握《2017版施工承包合同》是承发包双方的当务之急，为此，笔者归纳总结了《2017版施工承包合同》中的十个法律要点进行解读和建议，从而使承发包双方能迅速掌握其重点和要点，从而减少疑惑和化解纠纷。

笔者试图通过对示范文本十个要点问题的解析解读示范文本的条款，对其在建设行业内的实际运用提出专业的律师建议。本篇仅对上述十个要点问题中的前五个问题进行解读，包括示范文本的法律地位问题、其文件组成及解释顺序、价格调整的依据、索赔问题等。剩余问题的相关论文，笔者将在之后陆续撰写，望各位读者不吝指正。

一、示范文本（通常条款）法律地位的问题

（一）主要条款

（1）《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—0201）说明中第二条对《示范文本》性质和适用范围规定：

“《示范文本》为非强制性使用文本。《示范文本》适用于房屋建筑工程、土木工程、线路管道和设备安装工程……”

（2）《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—0201）说明中第一条第二款对《示范文本》通用合同条款规定：

“通用合同条款是合同当事人根据《中华人民共和国建筑法》、《中华人民共和国合同法》等法律法规的规定，就工程建设的实施及相关事项，对合同当事人的权利义务作出的原则性约定。”

（二）法理分析

通常，合同成立只需要约方和承诺方就标的数量达成合意。但需要强调以下三点：（1）合同只能是两方，即要约方和承诺方。若一份合同中存在第三方签字，即所谓的三方合同。则只有两种情形：该合同是两方作为一方与第三方签订的或该合同其实是由三方中二二互相签订的。（2）不要将标的与标的物混淆。（3）只要具有三要件并形成合意，则合同成立。其他内容均可以通过补充、习惯和法定予以确定。

人类最原始的意思表示方式是行为，然后才是语言，最后才是文字。故，虽然语言具有效力优势，文字具有可记录性，但最终还是需要通过行为来体现。“理论一大套”，但如果“实际做不到”也是没用的。虽然合同可以通过上述三种形式订立，但关键仍在于双方

的合意。即便法律或双方约定必须用文字订立合同，但只要双方通过实际行为反映合意，合同还是成立的。

故，合同成立的关键在于合意，而用什么形式表达合意其实并不重要，用什么版本表达合意则更不重要了。对当事人而言，示范文本可以作为参照使用。因此，在《建设工程施工合同（示范文本）》（GF—2017—0201）说明中明确表达：《示范文本》为非强制性使用文本，通用条款则是对承包发包双方的权利和义务作出原则性约定，专用条款则完全是承包发包就具体工程项目进行协商一致的结果。

由于法律对建设工程承包发的强制性规定较多，再加上建设工程的专业性特点较鲜明。因此，建设工程合同的示范文本在实践中还是很有必要的。不仅如此，示范文本是作为独立第三方秉承公平合法原则对合同当事人的权利义务作出的原则性约定，其不仅有规范市场的作用，也有利于匡扶正义。



图 1 合同成立关键图

（三）律师建议

（1）对《2017 版施工承包合同》通用条款应全面了解，尤其对涉及双方主要权利和义务的内容应配有相应的管理制度，专项专人负责；

（2）如果《2017 版施工承包合同》通用条款中的内容与双方合意不一致，尽可能在通用条款中直接删除或变更；

（3）如果《2017 版施工承包合同》通用条款中不能删除或变更，则必须在专用条款中明确双方真实的合意。

（四）主要法条

（1）《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（一）》（以下简称《〈合同法〉司法解释（一）》）第一条第一款：

“当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名标的和数量的，一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”

（2）《合同法》第十条第一款：

“当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。”

(3)《合同法》第三十六条：

“法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。”

(4)《合同法》第十三条第二款规定：

“当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。”

二、合同文件组成及解释顺序的问题

(一) 主要条款

(1)《2017 版施工承包合同》第一部分合同协议书中第六条规定：

“本协议书与下列文件一起构成合同文件：

①中标通知书（如果有）；②投标函及其附录（如果有）；③专用合同条款及其附件；④通用合同条款；⑤技术标准和规范；⑥图纸；⑦已标价工程量清单或预算书；⑧其他合同文件。

在合同订立及履行过程中形成的与合同有关的文件均构成合同文件组成部分。

上述各项合同文件包括合同当事人就该项合同文件所作出的补充和修改属于同一类内容的文件，应以最新签署的为准。专用合同条款及其附件须经合同当事人签字或盖章。”

(2)《2017 版施工承包合同》第一部分合同协议书中第七条（承诺）第 3 款规定：

“发包人和承包人通过招投标形式签订合同的，双方理解并承诺不再就同一工程另行签订与合同实质性内容相背离的协议。”

(二) 法理分析

“公权利不授权不可为，私权利不禁止即可为”。故，属于处理私权利的民法合同更强调的是“意思自治”，即“有约定从约定，无约定从法定”。

也因此，后合意往往可以改变前合意，但法律对处理私权利并非绝对不干涉。为了保证公序良俗和公共利益，法律对某些私权利的双方合意是不予认可的。因此，“有约定从约定”的前提在于“该约定不得违法的效力性强制性规定”。

同时，若法律有不同的规定，则应遵循“特别法优先于一般法”的原则。《合同法》明确规定：“就合同订立的问题，若其他法律有规定的，按其他法律规定”。就订立合同的问题，合同法就是一般法，而招投标法就是特别法。若同一问题二者不一致的，应遵循招投标法。故，招标发包签订的施工承包合同中实质性约定应按“招标合意”签署且不得随意变更。如图 2 所示。

虽然招标的法律性质是要约邀请，但法律要求招标文件中明确拟订合同的所有实质性内容及主要条款。若是工程项目的招标，还需明确标段的划分、工期的确定。但是，招投标法仅要求对招标文件中的实质性内容不得违背。因此，若不将招标文件作为合同组成，可能会存在难以还原招标合意的问题。

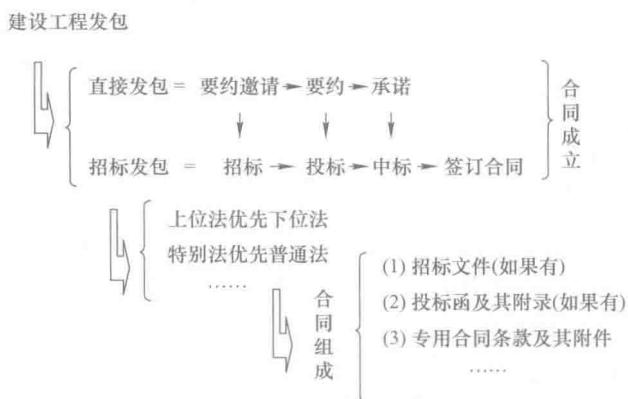


图 2 招标发包合同组成图

(三) 律师建议

(1) 签约时合同文件应包括招投标及中标文件、协议书、通常条款、专用条款、附件等。

(2) 直接发包的合同解释原则上以后合意为准；招标发包的合同解释分为：①实质性内容以招标合意为准，②非实质性内容以后合意为准。

(3) 签约时合同文件应约定盖章即可，并盖骑缝章，成立就生效；后签订的合同可以既包括变更也包括补充。

(四) 主要法条

(1) 《合同法》第七十七条第一款：

“当事人协商一致，可以变更合同。”

(2) 《立法法》第八十三条规定：

“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定；新的规定与旧的规定不一致的，适用新的规定。”

(3) 《招标投标法》第四十六条第一款规定：

“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。”

(4) 《合同法》第十五条第一款规定：

“要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。”

(5) 《招标投标法》第十九条第一款第三款：

“招标人应当根据招标项目的特点和需要编制招标文件。招标文件应当包括招标项目的技术要求、对投标人资格审查的标准、投标报价要求和评标标准等所有实质性要求和条件以及拟签订合同的主要条款。”

招标项目需要划分标段、确定工期的，招标人应当合理划分标段、确定工期，并在招标文件中载明。”

(6)《招标投标法》第二十七条：

“投标人应当按照招标文件的要求编制投标文件。投标文件应当对招标文件提出的实质性要求和条件作出响应。招标项目属于建设施工的，投标文件的内容应当包括拟派出的项目负责人与主要技术人员的简历、业绩和拟用于完成招标项目的机械设备等。”

三、默示认可与法律适用的问题

(一) 主要条款

(1)《2017 版施工承包合同》第二部分通用合同条款中 8.7 材料与工程设备的替代：

“监理人应在收到通知后 14 天内向承包人发出经发包人签认的书面指示，监理人逾期发出书面指示的，视为发包人和监理人同意使用替代品。”

(2)《2017 版施工承包合同》第二部分通用合同条款中 1.3 法律：

“合同所称法律是指中华人民共和国法律、行政法规、部门规章以及工程所在地的地方性法规、自治条例、单行条例和地方政府规章等。”

(二) 法理分析

正如第一个问题所述，民事法律行为可以采用书面、口头及行为三种形式。而行为可分为作为和不作为。所谓不作为就是不积极的行为，即不动不语。法律上，可以也仅可以通过两种方式理解行为人的不动不语：(1) 双方之前已对此有明确；(2) 法律对此已有明确规定。

双方之前已对此有明确的，通常应当具备以下条件：(1) 不动不语的时间；(2) 不动不语所表达的意思；(3) 不动不语应当是双方事前的直接合意，即示范文本通用条款中相应条款可能不被法庭所认可。

法律对此已有明确规定，通常应当注意：该法律为狭义的法律，即全国人大或其常委会制定的法律，而不包括行政法规、部门规章以及工程所在地的地方性法规、自治条例、单行条例和地方政府规章等（图 3）。

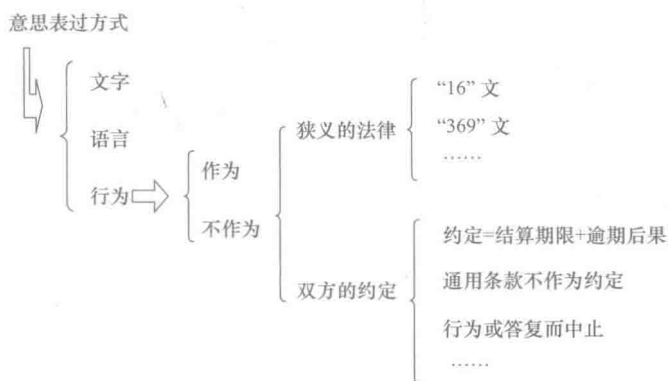


图 3 “默示认为”逻辑分析图

（三）律师建议

（1）在专用条款中对《2017 版施工承包合同》（第二部分 通用合同条款）中的 31 个“默示认可”的相关内容进行重新合意。

（2）若不能在做到对《2017 版施工承包合同》（第二部分 通用合同条款）31 个“默示认可”的条款重新合意的，则应进行归纳，制定作相应的管理规程及警示程序，避免被认可。

（3）对明确不利或不公平的部门规章在专用条款中特别约定，或者对本合同适用的法律的条款在专用条款中重新定义。

（四）主要法条

（1）《民法总则》第一百三十五条：

“民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式；法律、行政法规规定或者当事人约定采用特定形式的，应当采用特定形式。”

（2）《最高人民法院关于发包人收到承包人竣工结算文件后，以约定期限内不予答复，是否视为认可竣工结算文件的复函》

“同意你院审委会的第二意见，即：适用该司法解除第二十条的前提条件是当事人之间约定了发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复则视为认可竣工结算文件。承包人提交的竣工结算文件可以作为工程款结算的依据，建设部制定的建设工程施工合同格式文本中的通用条款第 33 条第 3 款的规定，不能简单地推论出，双方当事人具有发包人收到竣工结算文件一定期限内予答复，则视为认可承包提交的竣工结算文件的一致意见表示，承包人提交的竣工结算文件不能作为工程款结算的依据。”

（3）《山东高院指导意见》第二条第二款规定：

“建设部〈建筑工程施工发包与承包计价管理办法〉第十六条规定发包人应当在收到竣工结算文件后的约定期限内予以答复。逾期未答复的竣工结算文件视为已被认可。合同对答复期限没有明确约定的，可认为约定期限均为 28 天。因建设部的〈建筑工程施工发包与承包计价管理办法〉只是部颁规章且工程结算关系到发包方与承包方重大权益，因此该规定不宜作为人民法院审理建设工程结算纠纷的依据。”

（4）《浙江高院指导意见》第二十四条第三款规定：

“建设工程施工合同约定发包人应在承包人提交结算文件后一定期限内予以答复但未约定逾期不答复视为认可竣工结算文件的承包人请求按结算文件决定工程价款的，不予支持。”

四、关于价格调整的依据的问题

（一）主要条款

（1）《2017 版施工承包合同》第二部分 通用合同条款中 11.1 市场价格波动引起的调整：

“除专用合同条款另有约定外，市场价格波动超过合同当事人约定的范围合同价格应当调整。合同当事人可以在专用合同条款中约定选择以下一种方式对合同价格进行调