

# 最高院民一庭关于建工类案件 11 个问题的实务解答(上)

## 【实务问题 1】

承包双方签订的建设工程施工合同因违反招标投标法规定而无效,合同履行过程中,双方签订的补充协议是否必然无效?

甲乙双方未经法定招标投标程序签订《建设工程施工合同》约定乙公司承建涉案工程,甲公司未按约支付工程款,合同履行过程中,双方签订《补充协议》,载明乙公司完成工程量价款 2000 万元,甲公司应于 3 个月内支付价款并支付利息至实际支付价款之日。后甲公司未支付款项导致本案诉讼。甲公司抗辩因主合同无效,补充协议也应无效。

有一种观点认为,依据最高人民法院《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(一)》第一条,建设工程施工合同具有下列情形之一的,应当依据《民法典》第一百五十三条第一款的规定,认定无效:(1)承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级的;(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招标或者中标无效的。因为承包双方签订的《建设工程施工合同》因违反招标投标法的强制性规定而无效,当事人在施工合同履行过程中作为主合同的补充协议当然无效。

我们认为,应该综合分析协议内容所反映出来的当事人之间权利义务关系性质及与施工合同之间的法律关系,并不应以是否冠以“补充协议”称谓而简单认定二者主从关系。

如果协议内容属于承包双方对既存债权债务关系清理,则具有独立性,根据为《民法典》第五百六十七条的规定“合同的权利义务终止,不影响合同

中结算和清理条款的效力。”且从诚实信用原则出发,不当扩大合同无效后果边界亦易导致当事人利益失衡。因此,《补充协议》不因《建设工程施工合同》无效而必然无效。

## 【实务问题 2】

建设施工合同的发包方能否以承包方未开具发票作为拒绝支付工程款的事由?

我国《民法典》第五百二十六条对先行抗辩权的规定为:“当事人互负债务,有先后履行顺序,应当先履行债务一方未履行的后履行一方有权拒绝其履行请求。后履行一方有权拒绝其相应的履行请求。”先行抗辩权,是指依照合同约定或法律规定负有先履行义务的一方当事人,届期未履行义务或者履行义务严重不符合约定条件时,相对方为保护自己的期限利益或为保证自己履行合同的条件而中止履行合同的权利。先行抗辩权本质上是对违约的抗辩,在这个意义上,先行抗辩权可以成为违约救济权。

审判实务中,发包方通常以承包方未开具发票作为拒付工程款的抗辩事由。建设工程施工合同作为一种双务合同,依据其合同的本质,合同抗辩的范围仅限于对价义务,也就是说,一方不履行对价义务的,相对方才享有抗辩权。支付工程款义务与开具发票义务是两种不同性质的义务,前者是合同的主要义务,后者并非合同的主要义务,二者不具有对等关系。

只有对等关系的义务才存在先行抗辩权的适用条件。如果不是对等关系的义务,就不能适用先行抗辩权。

《民法典》第四百九十条第二款规定,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,该合同成立。第五百六十三条第一款第三项还规定,“当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行”,当事人可以解除合同。《民法典》这些规定中都提及了“主要义务”“主要债务”的概念,所谓主要义务,一教是指根据合同性质决定的直接影响合同的成立及当事人订约目的的义务。例如,在买卖合同中,主要义务是一方交付标的物,另一方支付价款。合同中主要义务的特点在于,主要义务与合同的成或当事人的缔约目的紧密相连,对主要义务的不履行将会导致债权人订立合同目的无法实现,债务人的违约行为构成根本违约,债权人有权解除合同;在双务合同中如果一方不履行其依据合同所负有的主要义务,另一方有权行使抗辩权。《民法典》第七百八十八条第一款规定:“建设工程合同是承包人进行工程建设,发包人支付价款的合同。”由此可知,建设工程施工合同中的主要义务就是一方完成合同项下的建设工程,另一方依约支付工程款。而开具发票的义务显然不属于建设工程施工合同中的主要义务,一方当事人违反该义务并不构成根本违约,另一方当事人不能仅仅因为未及时出具相应发票而主张解除合同,也不能因此先行行使抗辩权。

综上所述,在一方违反约定没有开具发票的情况下,另一方不能以此为由拒绝履行施工合同主要义务即支付价款。除非当事人明确约定:一方不及时

开具发票,另一方有权拒绝支付工程款。这种情况就意味着双方将开具发票视为与支付工程款同等的义务。

## 【实务问题 3】

建设工程施工过程中,发包人进行了工程的重大变更,导致工程量发生了重大变化,当事人对该部分工程款结算达不成一致的,是否应当参照签订原合同时建设行政主管部门发布的工程定额标准或工程量清单计价方法结算工程款?

实践中,因设计变更、进度计划变更、施工条件变更或者发包方提出“新增工程”等工程变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化的情况非常普遍。此时,如果发包人和承包人就如如何结算工程款达不成一致,根据最高人民法院《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(一)》第十九条第二款的规定,“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款不能协商一致,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款。”注意此处的用词是“可以”而非“应当”。依据《解释(一)》第十九条第一款的规定,“当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的,按照约定结算工程款。”

由此可知,建设工程结算工程款的基本原则是尊重当事人之间的约定,只要合同对工程增加如何结算的约定是明确的、具体的,根据增减工程的性质、标准可以适用原合同约定的计价方法和计价标准结算工程款,并不会因此而导致当事人之间利益的显失公平,那么,原则

上仍应参照合同约定结算工程款。而在因增减工程的性质、标准不宜适用原合同约定的计价方法和计价标准结算工程款,或者原合同约定不明无法适用的情况下,则可根据《解释(一)》第十九条第二款的规定,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款。

## 【实务问题 4】

工程造价鉴定取费标准变化时,是否仍按原约定下浮率对工程造价鉴定结果进行下浮?

天娱公司(甲方)与飞翔公司(乙方)签订《建设工程合同》约定由飞翔公司投资承建天娱公司所开发的房地产项目;同时约定,案涉工程取费标准为按二类工程取费,按不含税总造价(安装主材除外)对商铺、住宅分别下浮 2.29%和 1.44%。后因工程款给付问题,飞翔公司将天娱公司诉至法院。经查,鉴定机构对案涉工程进行鉴定时并未采用合同约定的二类工程取费标准,而是采用当地最新实施的建筑工程综合定额标准。庭审中,双方对工程造价鉴定结果是否下浮问题发生争议。飞翔公司认为鉴定机构鉴定时的取费标准已与原合同约定不符,故不应按鉴定结果再按约定下浮,该观点能否得到支持?

关于案涉工程款是否计算下浮率的问题。根据双方签订的《建筑工程合同》约定,案涉工程取费标准为按二类工程取费,按不含税总造价(安装主材除外)下浮 2.29%(商铺)和 1.44%(住宅)。一般而言,工程取费标准越高,工程款结算金额就越多,施工方最终可得利益也就越大。因此,在建设工程施工合同法律关系中,施工方往往倾向约定较高

的取费标准。对此,建设方则通过与施工方约定一个工程价款的下浮率来降低应付工程款的数额。

可见,在同一份建设工程施工合同中,下浮率多少与取费标准高低直接相关。一般来说,取费标准越高,下浮率就越高。而案涉工程造价鉴定是按新执行的建筑工程综合定额取费,而没有按合同约定的二类工程取费。从本案情况来看,与二类工程取费相比,按照建筑工程综合定额取费,工程造价已经大幅下降,故不存在让利的问题。由于下浮率与工程取费标准直接相关,如果改变二类工程取费的标准,则之前约定的下浮率就失去了计价基础。进而,原合同中关于下浮率的约定已不再适用。

另外,建设工程造价下浮率的确定,需要施工方明确表示同意。对建设方而言,下浮率意味着施工方在工程造价基础上少收建设方一定比例的工程款。既然按约定下浮率计算工程款将使施工方可得收入减少,那么工程款是否下浮以及下浮多少比例都因与施工方切身利益相关而必须经施工方明确同意。此外,依据最高人民法院《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(一)》第二条第一款,当事人对于工程范围、建设工期、工程质量、工程造价的约定属于建设工程施工合同的实质性内容,而工程造价下浮率关系到工程价款的结算,也属于合同的实质性内容。在案涉工程造价鉴定不按二类工程标准取费后,原合同中约定的下浮率已失去计价基础。此时,如果还要对工程造价进行下浮,则应由当事人另行约定下浮率标准且该标准须取得各方一致同意。(最高法院)

# 工程质量保证金的双重优先性

□陈现安 蒋怡凡

## 量保修金。

其次,工程质量保证金和工程质量保修金的重要区别是前者对应的是缺陷责任期、后者对应的是保修期,但承包方人完全可以在施工合同中将缺陷责任期的时长约定为保修期的时长,因此强行区分两者的概念也无现实意义。这是因为《建设工程质量保证金管理办法》并非强制适用的规范性文件,从保护当事人意思自治的原则出发,目前的司法判例大多认为当事人约定工程质量保证金的返还期限超过《建设工程质量保证金管理办法》规定的最长期限的,该约定有效。

## 二、缺陷责任期届满前,工程质量保证金的优先性

《建设工程质量保证金管理办法》第 9 条规定,“缺陷责任期内,由承包人原因造成的缺陷,承包人应负责维修,并承担鉴定及维修费用。如承包人不维修也不承担费用,发包人可按合同约定从保证金或银行保函中扣除,费用超出保证金额的,发包人可按合同约定向承包人进行索赔。承包人维修并承担相应费用后,不免除对工程的损失赔偿责任。”由此可见,缺陷责任期内,质保金的功能是保证承包人对建设工程缺陷进行维修。

### (一) 司法判例观点

黔东南苗族侗族自治州中级人民法院(2020)黔 26 执复 16 号武汉广益交通科技股份有限公司、四川武通路桥工程局建设工程施工合同纠纷执行审查类执行裁定书中,法院认为,“建设工程质量保证金是发包人与承包人在建设工程合同中约定,用以保证承包人在缺陷责任期内对建设工程出现的缺陷进行维护的资金,是为了保证能够切实履行义务而移交给他人在占有一定的数量的金钱,故该特定化金钱的所有权应属于交纳质保金一方所有,并不属于到期债权。”

兰州市安宁区人民法院(2019)甘 0105 民初 1313 号江苏南通二建集团有限公司与兰州高阳房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷一审民事判决书中,法院认为,“因建设工程保修金是合同双方当事人作为承包人在一定期间内承担保修责任而提供的担保,性质上属于一种特殊的金钱质押,其设立目的是为了保障承包人在质量缺陷责任期内履行保修义务而设定的担保物权,是承包人人承担保修义务或支付维修费用的担保,故双方当事人约定的质量缺陷责任期届满,发包人应予以返还。”

### (二) 法理分析

1. 质保金与债的担保  
债的担保,是促使债务人履行其债务,保障债权人的债权切实得以实现的法律措施,其具有从属性、补充性和保障债权切实实现性的特性。(参见崔建远:“担保”辨——基于担保泛化弊端严重的思考[J],政治与法律,2015(12): 109-123) 因此,判断质保金是否属于债的担保,可从判断其是否具有债的担保的特性出发。

首先,债的从属性方面。从属性是指担保从属于主债,以主债的存在或将来存在为前提,随着主债的消灭而消灭。对于质保金,其从属于缺陷责任期内承包人的维修责任,缺陷责任期届满后承包人的维修义务消灭,发包人需返还质保金,故其具有从属性。

其次,债的补充性方面。补充性是指担保一经有效成立,就在主债关系的基础上补充了某种权利义务关系。对于质保金,其是在承包人在缺陷责任期内的维修义务的基础上补充的权利义务关系,只有在承包人不维修也不承担维修费用时,发包人才可按合同约定在质保金中扣除维修费用,故其具有补充性。

最后,债的保障债权切实实现特性方面。保障债权切实实现性,在金钱担保的情况下,通过特定数额的金钱得失的规则效力使当事人产生心理压力,为避免自己的金钱损失而积极履行债务,保障债权切实实现。对于质保金,承包人若在缺陷责任期内不履行维修义务,发包人将有权将维修资金在质保金中扣除,从而使承包人人产生履行维修义务的心理压力,故其具有保障债权切实实现性。

由此可见,质保金满足债的担保的特性,属于债的担保的一种,且因质保金的担保物为金钱,因此质保金是一种金钱担保。

### 2. 质保金与金钱质押

关于金钱质押,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》第 70 条规定,“债务人或者第三人担保债务的履行,设立专门的保证金账户并由债权人实际控制,或者将其资金存入债权人设立的保证金账户,债权人主张就账户内的款项优先受偿的,人民法院应予支持。当事人以保证金账户内的款项浮动为由,主张实际控制该账户的债权人对账户内的款项不享有优先受偿权的,人民法院不予支持。在银行账户下设立的保证金分户,参照前款规定处理。当事人约定的保证金并非为担保债务的履行设立,或者不符合前款规定的情形,债权人主张就保证金账户内款项优先受偿的,人民法院不予支持,但是不影响当事人依照法律的规定或者按照当事人的约定主张权利。”

因此,金钱质押中的质押物是特定化的,区别于债务人或者第三人其他财产的金钱,其所有权属于债务人或第三人。从质保金的运行模式来看,发包人并不会设立专门的保证金账户,发包人从应付价款中预留的款项与发包人的财产并不进行严格区分,由于货币一般等物物的特点,发包人对于质保金具有所有权,因此质保金并不满足金钱质押的定义,故不能将质保金简单地归类于金钱质押。

### 3. 质保金与流质

流质,是指双方当事人约定在债务人未履行到期债务时,质押财产归债权人所有。在《民法典》出台之前,基于公平角度的考虑,流质条款被法律所禁止,当事人之间约定流质条款的,为无效约定。目前《民法典》中已适当开禁流

质契约,第 428 条规定“质权人在债务履行期限届满前,与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有的,只能依法就质押财产优先受偿。”

《民法典》第 428 条表明,双方约定流质条款的,债务人到期不履行债务后,质权人虽不能取得该标的物的所有权,但其可从实现债权的角度获得满足,也就是从质权作为担保物权的功能价值上予以定位,质权人得以就该标的物在其担保范围内的债权优先受偿。至于优先受偿的方式和程序,应当同于担保物权实现的一般程序。在后果上,标的物价值不足以偿还所担保债权范围的,债务人应当继续承担剩余债务的清偿责任;如果该标的物价值超过所担保债权范围,则超过部分应当返还出质人。(参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组:《中华人民共和国民法典物权编理解与适用(下)》,人民法院出版社,2020 年版,第 1183-1184 页)

《民法典》中适当开禁流质条款,承认流质条款效力,但通过强制清算规则对其进行限制,从而保护债务人的权益。类比流质和质保金,可以发现两者非常相似,但因质保金担保中质押的财产是金钱,其一般等物物的特点使得质保金与流质在表现形式上有些许不同。对于质保金而言,其已先天地设置限制条款,即只有在承包人不履行维修义务也拒绝承担维修金额后,发包人才有权从质保金中扣除维修金额。易言之,缺陷责任期届满后,承包双方也需要对质保金进行“强制清算”。因此,对于缺陷责任期届满前的质保金,应当类比流质条款进行处理,认定发包人对于质保金中的维修金额具有优先性。

### (三) 小结

由上述分析可见,缺陷责任期内的质保金在法律性质上属于债的担保,是金钱担保的一种,但不属于金钱质押,与《民法典》中的流质非常类似。

因此,在缺陷责任期内,质保金因属于债的担保,此时质保金的债权不能进行债权转让。同时,因质保金与流质的相似性,因此其法律后果上可以类似处理,认定发包人相对于其他债权人对于质保金中的维修金额具有优先性。

## 三、缺陷责任期届满后,工程质量保证金的优先性

《建设工程质量保证金管理办法》第 10 条,“缺陷责任期内,承包人认真履行合同约定的责任,到期后,承包人向发包人申请退还保证金。”第 11 条,“发包人在接到承包人返还保证金申请后,应于 14 天内会同承包人按照合同约定的内容进行核实。如无异议,发包人应当按照约定将保证金退还给承包人。”

由此可见,缺陷责任期届满后,质保金的担保功能结束,承包人有权向发包人主张返还质保金,质保金的法律性质转化为承包人对发包人的债权。

### (一) 司法判例观点

重庆市高级人民法院(2016)渝民终 616 号重庆明珠建设(集团)有限公司重庆双湖机电设备有限公司等与建设工程

施工合同纠纷二审民事判决书中,法院认为,“本案工程在一审宣判后已验收合格满两年,渝凤建设公司起诉时的请求金额中也包含了质保金。为减少当事人诉累,双湖机电公司应将质保金 1362306.51 元支付给渝凤建设公司,并从 2016 年 10 月 25 日起按中国人民银行同期同类贷款利率计算资金占用利息。同时,因质保金属于工程款的一部分,渝凤建设公司享有优先受偿权的金额相应增加。”

成都市中级人民法院(2020)川 01 民终 5135 号成都建工第三建筑工程有限公司、成都强讯新和房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书中,法院认为,“强讯新和公司三建公司在《建设工程施工合同》第三部分专用合同条款第十条的 3.1.1 亦约定‘……在工程竣工验收合格具备审价条件后四个月内办理完成审计结算并同时办理完工程整体结算和财务结算后,以部分银行承兑汇票的形式支付至审定结算价的 97%,余 3%作为工程质量保证金’。故本案中诉争的质保金本质上仍属于工程款的一部分,可就建设工程折价或者拍卖的价款优先受偿。根据《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若干问题的解释(二)》第十二条‘承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月,自发包人应当给付建设工程价款之日起算’之规定应认定,本案中诉争质保金的优先受偿权应自质保期满起算。”

### (二) 法理分析

关于质保金是否属于工程款优先受偿权的范围,实务中素有争议。支持者认为质保金属于工程款,故应属于工程款优先受偿权的范围;反对者认为质保金的性质已经转化,不属于建设工程优先受偿权的范围。通过上述司法判例,可知司法审判实践中倾向于认为质保金属于工程款优先受偿权的范围。事实上,将质保金纳入工程款优先受偿权的范围,也更加合理。

首先,质保金符合工程款优先受偿权的定义范围。《民法典》第 807 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,除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外,承包人可以与发包人协议将该工程折价,也可以请求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。”就质保金而言,其为承包发包人约定的缺陷责任期届满后支付的预留款项,应属于“价款”的一部分,因此质保金应符合工程款优先受偿权的定义范围。

其次,质保金纳入工程款优先受偿权的范围,更符合建设工程价款优先受偿权制度的立法本意。就设立建设工程价款优先受偿权的初衷而言,是为了保护承包人的利益,因为建设工程是靠承包人付出劳动和甚至垫付资金完成的,如果允许约定抵押权优先行使,则无

异于以承包人的资金清偿发包人的债务,这将有悖于公平及诚实信用原则。更重要的是从法律政策上考虑,保护承包人背后的众多建筑劳动者的劳动报酬权益。(参见梁慧星:《合同法第二百八十六条的权利性质及其适用[J],山东大学学报(哲学社会科学版),2001(03):5-7.) 对于质保金而言,其本身属于发包人从工程款中暂扣的款项,若其在建设工程优先受偿权的范围内排除,将不利于对承包人的保护,也不利于对承包人背后的众多建筑劳动者的保护。

最后,质保金纳入建设工程价款优先受偿权的范围,更符合公平原则。质保金的表现形式与定金类似,但是法律效力完全不同。质保金属于单向担保,即承包人对工程质量缺陷的维修责任进行担保,但发包人没有相应的担保责任。而定金属于双向担保,交付定金的一方不履行义务的,无权主张返还定金,收取定金的一方不履行义务的,应双倍返还定金。因此,从法律效力上来看,交付质保金的承包人明显处于弱势的地位,因此将质保金纳入建设工程价款优先受偿权的范围,能重新使承包双方的权利义务达到平衡,更加符合公平原则。

### (三) 小结

由上述分析可见,缺陷责任期届满后的质保金属于工程款债权,具有建设工程价款优先受偿性。

因此,在缺陷责任期届满后,质保金因具有工程款优先受偿性,故承包人相对于发包人的其他债权人,对于扣除维修金额后的质保金具有优先性。

## 四、结语

根据《民法典》第 807 条规定,建设工程价款优先受偿权行使的前提是价款支付期限届满。承包双方约定的缺陷责任期届满之前,质保金支付期限并未届满,甚至金额并不确定。因此,质保金在以缺陷责任期届满之日为界,发包人和承包人基于不同的法律原因而分别具有优先性,且该两种优先性不同并存也并无顺位冲突。对质保金在不同阶段的功能属性和法律性质进行分析后,其双重优先性的原理逐渐清晰。

具体而言,缺陷责任期届满前,质保金是债的担保,因此发包人相对于承包人的其他债权人对于质保金中的维修金额优先受偿。缺陷责任期届满后,质保金属于建设工程价款优先受偿权的范围,因此承包人相对于发包人其他债权人对于扣除维修金额(如有)后的质保金优先受偿。

(作者单位:江苏良翰律师事务所)

# 建筑法苑

主 编:何梦吉  
本报建设法律  
咨询服务工作室

联系电话:021-63212799  
传 真:021-63210873  
地 址:上海营口路 588 号 18 楼  
邮 编:200433  
E-mail:652016115@qq.com  
联 系 人:何梦吉