

解析建设工程结算条款处理规则之“背靠背”条款

□李思余 曹菁菁

转包、分包、挂靠是建设工程领域常见之情形,承包人对下手承包人(包含转承包人、分包人、违法分包人、挂靠人)付款的资金通常来源于发包人向承包人支付的工程款。若发包人迟延履行或付款不能,而承包人对下手承包人负有工程款直接支付义务的,则承包人需另行垫付相应资金,发包人未按期付款的风险将由承包人承担。鉴于此,承包人为规避资金垫付风险,经常在与下手承包人订立的合同中将承包人收到发包人支付工程款作为承包人向下手承包人付款的前提。此类条款被称为“背靠背”条款,与“以政府审计为准”条款均属于建设工程结算的特别条款。

虽然“背靠背”条款在工程实践中应用广泛,但司法实践对“背靠背”条款的性质、效力等尚未形成定论,且个案对“背靠背”条款处理的路径及结论仍有诸多不明甚至矛盾之处。因此,本文试对“背靠背”条款的性质进行界定,并尝试对相关争议问题给出解释路径。

一、“背靠背”条款的性质

既有研究对“背靠背”条款的定性主要分为附条件条款、附期限条款和既非附条件又非附期限条款三种观点。由于“背靠背”条款所设定的附款有不能成就之可能,因此不可单纯理解为付款期限安排,更为重要的是,《民法典》第一百五十八条、第一百六十条及学界研究通常界定的附条件、附期限条款均指影响法律行为的效力的附款,在条件不成就或期限尚未届至时法律行为尚不会生效或因而失效,而“背靠背”条款约定的条件不成就时承包人的付款义务业已存在,只是暂无需履行,并非未生效。据此,当事人设置“背靠背”条款并不会控制法律行为的效力,因而与一般学理意义上的法律行为附条件或附期限相去甚远。

实际上,除对法律行为直接附条件或期限外,合同条款亦可附款,进而构成某一合同义务的履行条件或期限。合同条款附款(或称义务履行附款)在商事领域并不鲜见,如股权转让合同中约定,受让方付款的条件为出让方办理完工商变更登记。再如对赌协议中约定的股权回购或差额补足条款亦属义务履行附条件。“背靠背”条款即属于此类附款,可以理解为关于承包人履行付款义务的“条件”。双方设置此附款的法律效果在于——在“背靠背”条款所约定的事项成就之前,承包人仅被赋予拒绝履行付款义务的一时性抗辩,其得依此条款对抗承包人的付款请求权,但并不会导致承包人付款义务消灭、亦不会导致下游承包人付款请求权消灭。由此,实践中有判决认为“买方的付款义

务是确定的,应属于不得附条件的民事法律行为”系对合同义务附条件的误解,即使是对待给付,双方亦可合同约定一方当事人履行义务的条件。

二、“背靠背”条款的合意构造

(一)付款期限安排

如前所述,“背靠背”条款的典型约定为承包人收到发包人工程款后再向下手承包人付款。从文义角度来说,该条款包含了双方对付款期限的约定,发包人向承包人付款即为承包人向下手承包人付款的期限里程碑。

(二)风险负担安排

双方对付款期限的合意隐含着付款条件必定成就这一前提,而“背靠背”条款还包含了当事人关于付款条件不成就时对风险作出分担安排的意愿,即发包人不能按约付款,但不可归责于承包人及下手承包人,而下手承包人已履行合同约定义务,此时下手承包人能否要求承包人支付工程款?部分情况下,如承包人与下手承包人存在长期合作关系,或下手承包人在对发包人资信和前手合同履行风险的评估后为获得交易机会而自甘风险,承包人与下手承包人可能会明确约定下手承包人完全或部分承担因发包人不能付款而造成的损失。不过,此类条款毕竟属于下手承包人对自身主要权利的放弃,在解释时宜尤为审慎。

而在双方对风险负担结果不存在明确约定的情形下,则需要对“背靠背”条款进一步解释。

1.解释路径一:合同漏洞

该条款系承包人与其下手承包人之间关于工程款付款、结算的理想状态下的约定,但仅通过文义,并无法直接回答发包人不能付款时,下手承包人的权利处于何种状态的问题——可以直接主张予以消灭还是权利不确定?由此,双方当事人虽然具有风险安排的意愿,但是对于发包人不能付款这一情形出现后的结果处理方式却欠缺明确约定,因而可以确认该条款存在合同漏洞并需进入漏洞填补作业。

2.解释路径二:双方不存在风险负担安排

现有裁判中不乏为实现保护下手承包人结果正义的目的,直接忽略双方当事人对风险负担安排的合意,从而作出“背靠背”条款系单纯的合同期限约定的认定,并以发包人不能付款这一情形属于合同期限约定不明为由适用《民法典》第五百一十一条之规定,要求承包人向下手分包人在合理期限内付款。出于双务合同给付义务之间的交换关系和交换正义的法理,在下手承包人已实际投入

成本并完全或部分建造完工程后,承包人向其支付相应的对价符合“双务合同上给付义务之间的交换关系和交换正义”,具有“合乎法理的正当性”。但是“背靠背”条款毕竟蕴含双方当事人对建筑市场资金风险判断的共识,忽略承包人对风险安排的意思表示在解释路径上存在疏漏。

三、“背靠背”条款的效力

(一)“背靠背”条款自身不具备无效、失效的原因

“背靠背”条款本身不存在违反禁止性规定导致无效之事由,现主要疑问在于该条款是否会因违反民法原则而导致无效。确定合同效力主要原则系公序良俗原则而非公平原则和诚信原则。以公序良俗原则观之,“背靠背”条款作为平等主体意思自治的体现,并未损害国家利益、社会公益和社会道德秩序,本身应为有效,仅在合同整体无效的情形下其效力可能受到影响。

直观感受上“背靠背”条款可能违背公平原则和诚信原则,但公平原则和诚信原则适用的目的主要为“衡平当事人各方的利益,调整各方之权利义务”,如公平原则和诚信原则常作用于确定可变更、可撤销事宜,不会直接对条款效力进行评价。由此,司法实践以违背公平、诚信原则对“背靠背”条款的效力乃至其他合同条款附款作出否定性评价、或是在认定“背靠背”条款违背公平、诚信原则后直接不予适用并不妥当,部分裁判者援引该等原则径行绕开双方当事人合意属于对前述原则的误读以及法律适用错误。

(二)转分包合同无效情形下“背靠背”条款能否参照适用

“背靠背”条款自身不具备无效、失效的原因,仅在合同无效情形下方有重新审视无效事由之必要。一个争议较大的问题是,若承包人与下手承包人之间的合同因非法转包、违法分包、挂靠而无效,承包人是否仍可参照“背靠背”条款的约定对抗下手承包人的付款请求?

司法实践对此观点不一。有法院认为,原《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》(下称原《建工司法解释》)第二条所规定的承包人“参照合同约定支付工程款”主要指参照合同有关工程款计价方式和计价标准的约定,“背靠背”条款所约定的付款条件并不属于可参照适用的范围,若承包人与下手承包人之间的合同整体无效,则背靠背条款亦应无效。若合同无效,下手承包人即有权要求承包人立即支付全部工程款而无需等待

条件成就,下手承包人将因合同无效获得比合同有效更多的利益。亦有法院认为,施工合同无效后,根据原《建工司法解释》之规定,下手承包人仍可参照合同约定要求承包人支付工程款,此处参照适用的范围不仅包括计价条款,亦包括付款条件及时间。《安徽省高级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指导意见(二)》第十一条即规定了“背靠背”条款在转包、违法分包合同中可参照适用。

形式上看,该问题系双方对原《建工司法解释》第二条所规定的施工合同无效,双方约定的支付时间、条件是否需要适用的争议,但该问题的解读实则需要率先分析合同无效的法律后果。根据《民法典》第一百五十七条的规定,合同无效后发生双方互相返还的法律后果,不能返还或没必要返还的应折价补偿。据此,施工合同无效,但建设工程质量合格,因承包入付出的人力、材料和机械已物化到工程之中,客观上已不能返还或无返还之必要性,应适用折价补偿规则。故原《建工司法解释》规定的“参照合同结算”实际上给出的即为折价补偿的计算标准,而非意味着无效合同的清算事宜皆参照原合同约定作有效化处理。立法对原《建工司法解释》第二条的修改变化亦可印证此点。《民法典》第七百九十三条在对原司法解释吸收合并后,将建设工程施工合同无效的法律后果由“参照合同约定支付工程款”明确为“参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人”。因此,参照结算价款在性质上属于对已履行部分折价补偿的计算方式,可参照原意为计价条款。“合同无效”作为法律对合同效力的否定性评价,“不保护当事人按照其原本预期实现各自的权利。”即使认为折价补偿的期限亦可参照合同履行期限,但如前文已所述,“背靠背”条款实际系当事人对履行期限和风险负担的双重合意,在法律已对合同效力作出否定评价的情形下,依然要求当事人按约定期限及条件履行,缺乏依据。而就相关判决所提出的“当事人不得因无效合同而获益”的质疑,事实上,我国合同法所规定的“合同违法无效后相互返还规则”本身即难以避免造成合同当事人因合同无效而得利的后果,因而合同无效处理规则下,此等因合同无效而造成的双方利益错配实难避免。

四、承包人以“背靠背”条款抗辩付款义务的限制

转包、分包、违法分包情形下,承包人与下游承包人之间系施工发承包关系,承包人对下游承包人负有付款义务,

但该等付款义务是否会因“背靠背”条款而免除,是否需要对该“背靠背”条款予以限制,需要结合具体情况进行分析,详述如下:

(一)承包人恶意阻却或拖延付款条件成就时的处理路径

虽然法律行为附款与“背靠背”条款这类合同条款附款存在差异,但二者均属于意思表示附条件,且均属于任意条件,同时均符合“法律及法理认可的规格”,因而具有一定类似性,具有适用类推适用方法的基础。由此,“背靠背”条款仍可参照适用《民法典》一百五十九条之规定,对于当事人不正当阻止付款条件成就的情形,法律将拟制条件成就,以制裁违背诚实信用原则的当事人。

承包人不正当阻止“背靠背”条款所约定的付款条件成就主要包括两种情形:其一,在发包人付款期限届满后,承包人怠于向发包人主张应付款项;其二,承包人恶意阻止发包人付款。此处的付款既包含工程进度款,亦包含工程结算款、质保金等。司法实践中,即便发包人未按约付款,裁判者基于保护实际投入的施工主体的立场,倾向于认定承包人直接履行付款义务。在结果导向的裁判思维下,拟制付款条件成就成为裁判者的主要论证路径。然而拟制条件成就,至少应当论证承包人的行为达到了阻止条件成就的结果,且与结果之间存在因果关系。“即如果没有当事人的行为改变条件发展的自然轨道,现在表面上不成就的条件本会成就。”论证的关键在于明确,如果没有当事人的行为,则付款条件本应成就的时间。如可根据发包人与承包人合同约定的付款时间推知承包人应向下手承包人付款的时间,但承包人怠于向发包人主张款项导致发包人未付款,承包人以“背靠背”条款抗辩的,应拟制为付款条件成就,承包人拒绝付款的抗辩不成立。

(二)发包人付款不能时的解释路径如前所述,除另有约定外,发包人付款不能可以解释为“背靠背”条款出现合同漏洞,如双方当事人在合同履行过程中或嗣后可就此特殊情形达成补充协议的,自然应当遵循。而更多情况下,需要裁判者以当事人与合同上所做的价值判断及利益衡量为出发点,依诚实信用原则并斟酌交易惯例“假设当事人意思,最终对合同空白内容予以填补。

1.解释结论一:承包人承担风险

下手承包人可以论证发包人付款不能的后果由经济实力更强的承包人承担系惯常做法,进而要求参照分配发包人付款不能而带来的损失。在建设工领域

可作为通用标准的FIDIC合同条件亦作出了类似安排,根据(FIDIC分包合同条件)第16.3条,如果“承包商已按照主合同将分包商报表中所列的款额包括在承包商的报表中,且工程师已为此开具了证书,但雇主尚未向承包商支付上述全部金额,而这不是由承包商的行为或违约引起的”,“承包商应有权扣发或缓发根据上述规定本应支付的全部或部分金额”。同时,下手承包人可以参照风险的近因负担原则,主张风险应当由更方便防范和处理风险的主体承担。由于承包人与发包人的关系更为紧密,其对发包人的资信状况和财务状况了解更为清楚,应当承担发包人不能付款的风险。

2.解释结论二:下手承包人风险自担

“某些情况下,债务人给付义务的履行须以合同外第三人的行为或者配合为前提,而债权人在尚不完全确定能否取得该第三人的充分协助或者同意提供配合行为的情况下,即已提前与债务人缔结交易关系。从该行为模式中,往往可以解释或者推断出债权人承受了相应的获取风险。”通过对交易背景的解释,承包人可以主张其通过转包或分包的模式将承接工程的全部或部分转移给本不能参与工程的下手承包人是双方的交易安排,下手承包人享受承接工程利益之同时,承担发包人付款不能的风险是下游承包人承接工程的机会成本,亦与权利义务对等原则相符。因此,该等情形下,导致合同义务履行不能的因素系作为合同第三方的发包人所造成,但下手承包人在明知付款义务与不确定第三方因素相关联,依然选择进入合同关系,可推知下手承包人愿意承担承包人转移的发包人迟延履行或付款不能的风险。

需要特别注意的是,“背靠背”条款常见于转包、分包、违法分包及挂靠情形。但与转包、分包、违法分包不同,挂靠人与承包人(被挂靠人)不存在施工合作关系。实践中,挂靠人与发包人之间较承包人与发包人的关系更为紧密,工程款的申请支付、催收由挂靠人实质负责,特别是当发包人明知挂靠的情形下,挂靠人与发包人可形成事实上的合同权利义务关系,挂靠人可直接向发包人主张权利,工程款的付款义务主体确定为发包人。因此,挂靠情形下的“背靠背”条款本质仅系对承包人(被挂靠人)转付义务的约定,除特别约定,承包人(被挂靠人)对挂靠人并不负有超出已收工程款的付款义务,承包人(被挂靠人)以“背靠背”条款进行抗辩具有正当性。

(作者单位:天同律师事务所)

承包人积极履行保修义务的是否应启动工程质量鉴定程序

□李高来

工程竣工投入使用后,承包人对索要工程款,发包人通常以质量问题为由反诉,并申请工程质量及修复费用鉴定。此时法院是否必须启动质量鉴定?

案情简介

2007年,昆山纯高公司作为发包人,将联邦国际昆山现代产业服务园(一期)工程交给锦浩公司,工程于2010年11月15日工程全部通过竣工验收备案。后双方因工程结算及工程质量问题产生争议,诉至江苏省高级人民法院,锦浩公司请求法院判令昆山纯高公司支付拖欠工程款1.7亿元及利息、停工损失;昆山纯高公司反诉请求法院判令锦浩公司赔偿因工程质量问题导致的返工费及修复费用2600万元及其他损失。

昆山纯高公司向法院提交了墙面渗水、真石漆脱落照片等证明工程质量问题,提供了未按图施工的清单及照片以证明锦浩公司存在未按图施工情形,还提供了2011年6月23日、7月4日、7月21日邮寄给锦浩公司的保修函及快递凭证,证明锦浩公司拒绝维修。同时,昆山纯高公司申请对涉案工程存在的质量问题及质量问题产生的原因、修复方案、修复费用进行鉴定;对未按图施工工程以及返工方案、返工费用进行鉴定。

锦浩公司对于照片的真实性、合法性、关联性不认可,也不同意上述两项鉴定,认为已经竣工验收合格的工程不能进行质量鉴定,只存在维修问题,锦浩公司同意维修,现场也有维修人员,通知保修的快递已收到,并及时派出工作人员予以维修。

争议焦点

处于保修期的工程存在质量问题,承包人愿意维修的,发包人请求工程质量鉴定应否得到支持?

裁判结果

江苏省高院认为:涉案工程在竣工验收时,昆山纯高公司应就未按图施工、有质量问题之处提出异议,要求整改,但现有证据表明昆山纯高公司在竣工验收时,并未提出上述异议,而是同意通过验收。现涉案工程已通过竣工验收备案,表明工程质量合格,即使存在不按图施工处,昆山纯高公司也认为不影响工程质量,予以认可和接受的,故即使有不按图施工处影响的也是工程造价问题。

昆山纯高公司在房屋已经竣工验收并全部交付,一部分房屋已经出售,部分

业主已经进行了装修的情况下提出工程质量有问题,但其并未提供充分证据证明涉案工程质量存在问题;同时,结合昆山纯高公司就质量问题提交的照片等证据以及3次现场勘验情况看,目前房屋存在的诸如一些墙面渗水等问题,属于保修范围,昆山纯高公司可按照保修的约定要求锦浩公司维修。

昆山纯高公司提交的其邮寄给锦浩公司的要求维修的函件,均发生在本案诉讼后,且其并未提供证据证明锦浩公司拒绝维修。综合上述情况,昆山纯高公司的鉴定申请,本院不予准许,对其该项诉讼请求,本院不予支持。

案例评析

司法实践中,对处于工程保修期的质量争议,若可以通过合同约定的保修条款解决,法院一般不会就质量问题启动工程质量鉴定。

例如《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》(2012)》第二十八条的规定:“承包人要支付工程款,发包人主张工程质量不符合合同约定给其造成损害的,应按以下情形分别处理:建设工程已经竣工验收合格,或虽未经竣工验收,但发包人已实际使用,工程存在的质量问题一般应属于工程质量保修的范围,发包人以此为由要求拒付或减付工程款的,对其质量抗辩不予支持,但确因承包人原因导致工程的地基基础工程或主体结构质量不合格除外;发包人反诉或另行起诉要求承包人承担保修责任或者赔偿修复费用等实际损失的,按建设工程保修的相关规定处理。”

因此,对于发包人提起的工程质量鉴定,人民法院应当首先考虑是否属于质量保修问题以及能否通过保修方式解决争议,不宜轻易启动质量鉴定程序,否则对承包人是极不公平的。

特殊情况下,人民法院也可考虑启动质量鉴定程序,比如:承包双方就是否存在质量问题、或者质量保修责任存在重大分歧;

工程出现严重质量问题,且存在重大安全隐患的;

承包人在收到发包人维修通知后,拒绝维修的;

承包双方关系极度恶化,难以通过维修解决质量问题的。

(作者单位:隆安律师事务所)

司法实践中,签证往往是发承包双方争议的焦点之一,发包人一个常见的抗辩理由就是,签证人非施工合同载明的有授权的现场代表,因此签证无效。该观点从法律上到底应该如何进行分析?笔者认为:签证应当根据其记载的内容加以区分,仅记载工程量的签证应为报道性书证,其性质只是一般性证据,不存在有效无效之说,只需要判断其证据能力和证明力,而签署了费用的签证因直接导致合同之债的发生或变更,属于处所性书证,即补充协议,非合同授权人所做出的此类签证属无权代理,对发包人不产生约束力,其中关于工程量的部分应单独根据证据规则判断。

一、签证的定义

签证并非一个法律术语,且就其性质目前并没有统一的定论。在《建设工程工程量清单计价规范》(GB50500-2013)的术语部分的2.0.24,对现场签订的定义为:“发包人现场代表(或其授权的监理人、工程造价咨询人)与承包人现场代表就施工过程中涉及的责任事件所做的签字证明。”

目前,对于签证主要存在补充协议说和证据说两种不同的观点。一种观点认为,签证是发承包人或其代理人就施工过程中涉及的影响双方当事人权利义务的责任事件所做的补充协议。另一种观点则认为:“工程实务界甚至司法实务界流行着这样一种错误的观点,……许多人认为,从法律意义上讲,该合意是原施工合同的补充协议。……但是,该定义最主要的问题是只注重签证的最终法律效力结果,未注重签证的多样形式,难以解释和掌控清单计价方式……‘签证只不过是一种证据而已’。”

笔者认为,基于签证本身并无准确内涵,因此只能从其外延来认定到底哪些文件属于签证。在实践中,工程施工过程中,只要有发包人相关人员签字盖章的、涉及工程量及费用等方面的文件,一般均视为签证,并不会认为有授权的现场代表所做出的才叫做签证。因此,对于签证还应该为,不论是发包人的有授权人员还是无授权人员,在施工过程中形成的涉及工程量及费用的确性书面文件均应该视为签证。

从民事诉讼的角度而言,补充协议自然也属于证据的一种,因此,签证当然是一种证据,但到底是否补充协议,笔者认为应当从签证本身的内容进行区分。

二、补充协议与一般性证据的区别

所谓补充协议,当然其属性是合同,《民法典》第四百六十四条第一款规

非合同授权人所做出的签证是否有效

□吴成亮

定:“合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。”因此,合同是一种民事法律行为,可以发生当事人所预期的法律效果,当事人订立合同旨在形成某种法律关系,从而具体的享有民事权利,承担民事义务。而要产生法律效果,当事人的行为必须意思表示为要素,即当事人的行为必须企图发生私法上的效果。因此,如果我们认为签证属于补充协议,则签证中必须含有设立、变更、终止民事法律关系的意思表示。而民事法律行为则需考虑其效力问题,如果行为人没有授权,则属无权代理,其意思表示存在瑕疵,除非经权利人追认,否则不能认为是权利人的意思表示。因此,只有签证属于补充协议时,才会有效力之说。

而民事诉讼中的证据,是指在民事诉讼中能够证明案件真实情况的各种资料,是裁判机构认定事实做出裁判的依据。签证如果认为是证据,在证据分类中当然属于书证,书证是以文字、符号、图形等形式所记载的内容或表达的思想来证明案件事实的证据。书证可以分为处分性文书和报道性文书。处分性文书是指记载以设立、变更或终止一定民事法律关系为目的的文书,如合同文本、变更合同的协议书、遗嘱、授权委托书等。报道性文书是指记载某事实,而无产生一定民事法律关系目的的文书,如记载有能够反映案件事实的信件、日记等。关于证据的属性,有三性说(客观性、关联性、合法性),两性说(客观性、关联性)等学说,但无论依据那种学说,对证据本身都不存在效力上的判断。因此,只有处分性的书证才会有意思表示,存在有效无效之说;而报道性的书证因为不含有发生法律效力效果的意思表示,不存在有效无效之说。

三、签证应根据其具体内容确定属于补充协议还是一般性证据

根据上述分析,只有含有设立、变更或终止民事法律关系的意思表示的签证才能够称之为补充协议,而不含有上述意思表示的签证只是一般性证据,而是否含有设立、变更或终止民事法律关系,则当然要从签证的具体内容进行判断。一般而言,工程施工中的签证主要是对工程量和费用的认可,如果仅仅是记载发生的工程量,则只能认为是对客观事实的一种记载,属于报道性书证。

而如果签证中涉及工程费用,因费用的签署会直接导致合同之债的发生,或者是改变原合同约定的债权金额,所以当然是一种设立或变更民事法律关系的意思表示。因此,笔者认为,一般只签署工程量的签证,应当认定为一般性证据;而签署了费用的签证,则应当认定为补充协议。

四、非合同授权人所做出的不同性质的签证在裁判中应当采用不同的认定规则

1.只记载工程量的签证仅仅记载工程量的签证,因其属于报道性书证,因此在诉讼中对其只能以证据的规则来进行判断。而证据,其作用是对客观事实的证明。书证的签署人是否具有授权,并不关乎证据的证据能力或证明力,至多只可能对证据的证明力大小构成影响。例如,在工程中,现场监理正常都不会有可签证的授权,但监理所做出的关于工程量的记录,正常都会作为证明工程量的证据。因此,对于仅记载工程量的签证,其是否可以证明工程量,并不在于签署人是否具有相应的授权,而在裁判者认为签署人是否能够有证明工程量的可能,如果签署人具有授权,则一般可以直接认为其做出的签证能够证明客观事实,而如果签署人没有授权,则需要具体判断该签证是否能够证明客观事实。比如发包人的财务人员,如果做出一个关于现场工程量的签证,则该签证的证明力显然难以得到裁判人员的认可;而发包人的项目部现场管理人员,即便其没有签证的授权,但其所做的工程量的签证中所记载的内容,一般应当认定为具有证明力,而不能仅仅以其没有授权而否定其证明力。

2.记载了费用的签证

如果签证中记载了费用,则其并非一般性的证据,而是具有意思表示的处分性书证,即补充协议。对于补充协议,除了用一般性的证据规则判断其证据能力及证明力之外,还需要判断其效力。因此,签署人是否具有授权,会直接影响该费用是否可以得到确认。如果签署人非施工合同中授权的签证人,则构成无权代理,除非得到权利人的追认,否则该签证中的费用对发包人不发生约束力,但其中关于工程量的部分应当单独考虑其证明力。

当然,凡原则必有例外,实践中的情形不会如此简单,有一些特殊的情况

是需要予以特别考虑的:

(1)未记载工程量仅记载费用的签证。

一般的签证或是仅签署工程量,或是签署工程量的同时签署相应的费用,但实践中会存在仅记载费用而不记载工程量的签证,比较典型的如一些零星工程或点工单,很可能只记载零星工程单项多少钱,或几个工人共多少钱,而没有详细的记载零星工程的内容,或点工的工作内容和时长。在这种情况下,如果按照签署人没有授权的原则来考虑,则会造成该部分工程量无法确定,金额无法计算。因此,在此种情况下,如果零星工程或点工单的金额不大,金额较小,也难以事后证明,即便签署人没有授权,也应当根据签证单认定为宜,除非有明确证据证明该签证存在不真实的情况。而如果金额较大,则还需考虑承包人是否有进一步的对工程量的佐证。

(2)有授权的签署人签署费用也可能无效。

虽然得到发包人授权的签证人通常可以以签署费用,但这并不意味着其可以随意签署费用,如果属于招投标工程,则根据《招标投标法》第四十六条第一款之规定:“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。”有授权的签证人签署的签证,如果其费用的约定与招标文件及合同发生实质性背离的,则该签证中关于费用的约定仍然会被认定为无效。

(作者单位:上海至合律师事务所)

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