先行判决在拖欠工程款案件中的运用

□郑 克

《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条规定，人民法院审理案件，其中一部分事实已经查清，可以就该部分先行判决。该条所规定的先行判决，又称部分判决，是指法院在审理民事案件过程中，基于已经查清的部分事实，针对当事人的一部分诉讼请求或者一部分当事人的诉讼请求所作的判决。在承包人提起的拖欠工程款诉讼中，先行判决既有利于保障承包人包括农民工的合法利益，也有利于诉源治理和社会维稳，能够实现良好的法律效果和社会效果。

一、先行判决在拖欠工程款案件中运用的必要性

拖欠工程款案件中运用先行判决十分有必要，主要有以下理由：首先，拖欠工程款案件审理期限长，先行判决有利于减轻承包人工程款债权实现的负担。建设工程施工合同案件审理周期长，尤其是一审审理周期长，已成审理中长期存在的普遍问题，颇受诟病。

其次，漫长的审限造成承包人不能及时支付工程材料款、分包工程款，容易引发次生案件和农民工讨薪事件，先行判决有利于抑制次生案件，也有利于诉源治理和社会维稳。发包人拖欠承包人工程款，通常情况下承包人也会相应拖欠下游分包队伍的工程款，分包队伍又拖欠农民工工资，造成链条性纠纷，既容易引发次生案件，浪费司法资源，加剧法院案多人少的紧张局面，也容易成为农民工春节前、开学季闹事的原因之一。

再次，先行判决有利于打击恶意拖欠工程款和拖延诉讼行为，有助于建立社会诚信体系。从拖欠工程款案件判决书表述的内容看，有的发包人在收到承包人竣工结算报告，不按约定期限完成审核或不及时审核，故意制造付款节点未到的障碍；进入诉讼后又采取提起管辖权异议，申请延长举证期限，申请给予新的答辩期，竣工结算未完成应付款金额不明，甚至以已超付工程款为由阻挠法庭查明欠付工程款事实，拖延诉讼。先行判决会使得发包人恶意拖欠工程款和拖延诉讼的目的落空，有助于建立社会诚信体系。

最后，先行判决在拖欠工程款案件具有比先予执行更为明显的优势，防止损失因诉讼的延长而扩大。为及时保护施工人的合法权益，各级法院应当积极落实《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条规定，对于各方无异议以及其他符合先行判决条件的，应及时先行判决；必须发回重审的，也要慎用全案发回。应当及时回应施工人的合法诉求，维护下游农民工的合法权益，防止损失因诉讼拖延而扩大。

二、拖欠工程款案件中先行判决存在的问题

当前拖欠工程款案件中先行判决面临的困境，是承包人对先行判决的渴求与法院对先行判决顾虑之间的冲突。拖欠工程款案件中，承包人通常面临下游分包工程款和材料款催款，而上游发包人又不拨付工程款的困境，承受较大的资金支付压力，因此承包人对以先行判决方式，解决部分工程款，缓解资金压力的愿望，是十分强烈的。但是，从拖欠工程款案件先行判决司法实践看，法院对先行判决较为谨慎，存在顾虑，二者之间形成冲突。法院对先行判决的谨慎与顾虑，主要有三个方面的原因，一是“一部分事实已经查清”标准不明确，二是法官担心先行判决造成发包人超付，三是先行判决增加工作量。下面具体分析：

（一）先行判决中“一部分事实已经查清”的标准。何谓“一部分事实已经查清”？是仅指承包人、发包人对部分事实一致认可，均无异议这种情形，还是除承包人、发包人对部分事实一致认可，均无异议这种情形外，也包括虽然承包人、发包人对部分事实不能形成一致意见，存在争议，但法庭认为部分事实已经查清这种情形。从司法实践来看，“一部分事实已经查清”应该指的是第二种情形。

第一种情形，承包人、发包人对部分事实一致认可，均无异议，属于“一部分事实已经查清”。例如浙江省宁波市中级人民法院一审判决的“宁波丰谷置业有限公司与中国建筑第五工程局有限公司建设工程施工合同纠纷案”【案号：（2018）浙02民初1665号民事判决书】，发包人宁波丰谷置业有限公司与承包人中国建筑第五工程局有限公司对已付工程款13421176.00元无争议，工程造价司法鉴定后无争议工程款为31895722.00元。据此法院认为，“为防止损失继续扩大，及时妥善处理纠纷，本院依法决定就已经查明的合同解除、无争议工程款及交付资料等事项先行判决”，判决宁波丰谷置业有限公司于判决生效之日起七日内支付中国建筑第五工程局有限公司工程价款18474546.00元。再以江苏省镇江市中级人民法院一审判决的“中铁建工集团有限公司与镇江万隆投资管理有限公司建设工程施工合同纠纷案”为例【案号：（2014）镇民初字第69号】，法院认为“本案中，双方对于被告万隆公司欠付涉案工程地上15层工程进度款4880161.00元的事实，均无争议；本院对于被告万隆欠付涉案工程中28号楼和31号楼地上20层的部分工程进度款3431487.00元的事实，业已查清。考虑到涉案工程施工、垫资的具体情况和本案审理、保全的实际情况，故决定对上述事实所涉及的工程进度款先行判决”，判决镇江万隆投资管理有限公司向中铁建工集团有限公司给付工程进度款8311648元。

第二种情形，虽然承包人、发包人对部分事实不能形成一致意见，各执己见，但法庭认为部分事实已经查清的，也属于“一部分事实已经查清”。此种情形也是先行判决争议中较为常见的类型。以最高院终审的“安阳广发汇成置业有限公司、杭州建工集团有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”为例【案号：（2019）最高法民终275号】，虽然发包人安阳广发汇成置业有限公司主张、承包人杭州建工集团有限责任公司对无争议已付工程款、无争议应付工程款均存在争议，且发包人安阳广发汇成置业有限公司认为“按照约定的工程进度款支付比例，其已经超付了工程进度款”。但是，一、二审法院没有受制于争议，而是在工程造价司法鉴定未完成情况下，对无争议已付工程款采纳承包人杭州建工集团有限责任公司认可的14193.00万元，对无争议应付工程款采纳发包人安阳广发汇成置业有限公司认可的19777.65万元，先行判决发包人安阳广发汇成置业有限公司支付承包人杭州建工集团有限责任公司工程款5585.65万元。

（二）法官担心先行判决造成发包人超付。在需要通过司法鉴定程序确定工程造价的工程款案件中，在工程造价司法鉴定程序未完成前，先行判决带给承办法官较大的压力，原因是法官担心先行判决造成发包人超付工程款，并由此带来发包人的投诉，乃至追责。特别是有的发包人，在诉讼中故意否定自己在施工过程中审批的已完工程量，甚至辩解工程款已经超付，这更增加法官先行判决的顾虑。

（三）先行判决增加工作量。有的法官认为，先行判决是将一个案件分二次判决，增加起草判决书、移送上诉案卷的工作量。

三、先行判决在拖欠工程款案件中的具体运用

《建设工程价款结算暂行办法》第三条规定，本办法所称建设工程价款结算，是指对建设工程的发承包合同价款进行约定和依据合同约定进行工程预付款、工程进度款、工程竣工价款结算的活动。根据上述规定，工程款包括工程预付款、工程进度款和竣工结算款。承包人向发包人主张上述三种工程款，均可以运用先行判决的法律规定。但因发承包双方在发生诉讼时，发包人仍没有付清工程预付款的纠纷比较少，大多为发包人拖欠工程进度款和竣工结算款，因此本文重点讨论先行判决的法律规定在发包人拖欠工程进度款纠纷和拖欠竣工结算款纠纷中的运用。

1.先行判决在发包人拖欠工程进度款纠纷中的运用。《建设工程施工合同（示范文本）》（GF-2017-0201）第二部分通用合同条款12.4.4进度款审核和支付。

（1）除专用合同条款另有约定外，监理人应在收到承包人进度付款申请单以及相关资料后7天内完成审查并报送发包人，发包人应在收到后7天内完成审批并签发进度款支付证书。发包人逾期未完成审批且未提出异议的，视为已签发进度款支付证书。

发包人和监理人对承包人的进度付款申请单有异议的，有权要求承包人修正和提供补充资料，承包人应提交修正后的进度付款申请单。监理人应在收到承包人修正后的进度付款申请单及相关资料后7天内完成审查并报送发包人，发包人应在收到监理人报送的进度付款申请单及相关资料后7天内，向承包人签发无异议部分的临时进度款支付证书。存在争议的部分，按照第20条〔争议解决〕的约定处理。

（2）除专用合同条款另有约定外，发包人应在进度款支付证书或临时进度款支付证书签发后14天内完成支付，发包人逾期支付进度款的，应按照中国人民银行发布的同期同类贷款基准利率支付违约金。

根据上述建设工程施工合同示范文本的内容，发包人签发的进度款支付证书或发包人逾期未完成审批且未提出异议的，视为签发的进度款支付证书，是发包人应当支付工程进度款的根据。由此也可以看出，认定发包人是否拖欠工程进度款和拖欠工程进度款数额，与发包人签发的工程进度款支付证书（包括视为发包人签发的工程进度款支付证书）有关，与工程造价司法鉴定无关，无需以工程造价司法鉴定报告为根据，自然不需要等待工程造价司法鉴定报告的形成。司法实践中，当承包人要求发包人支付拖欠的工程进度款时，发包人抗辩不再支付进度款的理由主要有，施工过程中签发的进度款支付证书在工程竣工后失效，双方应按工程造价司法鉴定报告进行结算，或工程竣工后进度款已转为竣工结算款，发包人拖欠的工程款数额应以工程造价司法鉴定报告为准。发包人两点抗辩理由实质都是涉及一个争议，即发包人本应承担的工程进度款支付义务，在工程竣工后是否得以免除。这显然是不成立的。因为对于工程竣工前发包人拖欠工程进度款，发包人应承担继续支付和承担违约责任，应当是无争议的；如果工程竣工后发包人可以不承担工程进度支付义务，那么意味着发包人也可以不承担逾期支付工程进度款违约责任，违约时间长反而有利，违约者还可以从其违约行为中获利，这等于是助长违约。因此，发包人拖欠工程进度款拖延到工程竣工之后的，在工程竣工后仍应继续支付拖欠的工程进度款并应从逾期支付工程进度款之日起按照约定承担违约责任。

诉讼中，承包人主张发包人拖欠工程进度款的，应当提供发包人应付工程进度款总额的根据和已付工程进度款总额的凭证，证明发包人拖欠工程进度款事实和拖欠工程款进度款具体金额，并将请求发包人支付拖欠的工程进度款的主张作为一项独立的诉讼请求，与请求发包人支付工程竣工结算款的诉讼请求分列，同时请求法院就发包人拖欠工程进度款诉讼请求先行判决。

以浙江某中级人民法院受理的某建设有限公司诉某置业有限公司建设工程施工合同为例，施工合同第三部分专用合同条款约定，发包人书面确认的已完工程量作为支付钢材进度款的依据，每月支付70%工程进度款，竣工验收后14天内支付已完工程量的90%。承包人提供施工过程中某置业有限公司审核确认的27份已完工程量清单，金额为54485.63万元，工程于2019年11月22日竣工验收合格，截至竣工验收合格后14天即2019年12月7日发包人支付工程进度款49037.067万元，拖欠工程进度款6477.067万元。承包人于2020年3月22日提起诉讼，其中第一项诉讼请求为请求发包人支付拖欠的工程进度款6477.067万元和利息，并请求法院就第一项诉讼请求先行判决。发包人对承包人提供的27份已完工程量审批确认单无异议，但抗辩认为施工过程中审核确认的已完工程量有虚报，不是真实的实际完成工程量，工程进度款支付比例为70%，竣工后没有工程进度款，合同约定竣工验收后14天内应支付到90%的款项不是工程进度款，工程造价有争议，司法鉴定意见尚未形成，承包人要求就第一项诉讼请求先行判决的主张不成立。虽然发包人对承包人请求法院就拖欠工程进度款的第一项诉讼请求提出异议，但发包人认可承包人提供的施工过程形成的，作为工程进度款支付依据的27份已完工程量清单的真实性。根据作为工程进度款支付依据的27份已完工程量审核确认单，发包人在施工过程中审核确认的已完工程量为54485.63万元。施工合同约定发包人应在竣工验收合格后14天内支付到已完工程量的90%，该“已完工程量”与作为进度款支付依据的“已完工程量”表述一致，而且从竣工结算金额形成时间看，在竣工验收后14天内形成竣工结算金额有违常理，因此发包人在竣工验收合格后14天支付到工程进度款90%的事实是清楚的，符合先行判决的条件。

2.先行判决在发包人拖欠竣工结算款纠纷中的运用。承包人提起诉讼要求发包人支付竣工结算款，并要求就事实清楚部分先行判决时，发包人通常以工程造价司法鉴定意见尚未形成，发包人欠付竣工结算款不清楚为由反对先行判决。对此，从司法判例看，法院可以根据承包人主张的事实和发包人认可的事实，从保守角度作出先行判决。再以最高院(2019)最高法民终275号为例，最高院认为，本案中，对于无争议已付工程的数额和无争议应付工程款的数额已经查明，前者采纳杭建工公司认可的数额，后者采纳中广发公司所提举证据中显示的数额。在上述两个数额确定的基础上，人民法院委托的司法鉴定机关未作出鉴定意见之前，中广发公司应当向杭建工公司支付的工程款数额事实清楚。因此，一审法院在本案一部分事实已经清楚的基础上作出先行判决，符合法律规定。

3.先行判决并不局限于一审，二审中也可运用。以长春信诚房地产开发有限责任公司、长春建设股份有限公司与长春信诚房地产开发有限责任公司、长春建设股份有限公司建设工程施工合同纠纷为例，吉林省长春市中级人民法院作出（2011）长民一初字第25号民事判决，案件上诉至吉林省高级人民法院。二审就事实清楚部分和事实不清楚部分，分别作出(2015)吉民一终字第14号判决和(2015)吉民一终字第14号裁定。对于事实清楚部分，二审法院判决长春信诚房地产开发有限责任公司于本判决生效后十日内给付申请执行人工程款34575444.00元及利息（自2010年4月23日起至实际履行之日止，按中国银行同期同类贷款利率给付）；对于事实不清楚部分，二审判决裁定撤销吉林省长春市中级人民法院（2011）长民一初字第25号民事判决，将长春信诚房地产开发有限责任公司所诉工程质量部分，要求长春建设股份有限公司交付竣工验收资料部分发回吉林省长春市中级人民法院重审。长春信诚房地产开发有限责任公司申请再审，本案二审判决就本案已经查清的部分事实先行作出判决，而有关“二期地下室是否存在质量问题”“18#地下室工程是否存在质量问题”“16#人防工程及18#地下室未改造部分的质量问题”“配合办理具有验收备案手续”等问题因一审判决存在部分基本事实认定不清，而将上述部分问题发回一审重审。对于一审法院的此种处理方式，尽管《中华人民共和国民事诉讼法》对于在第二审民事程序中人民法院可否就部分案件事实作出先行判决并未作出明确规定，但参照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十四条“第二审人民法院审理上诉案件，除依照本章规定外，适用第一审普通程序”以及《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条“人民法院审理案件，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行判决”的规定，二审法院就已经查清的部分事实先行判决的方式并不违反法律规定，不属于适用法律错误的情形。但对于二审就事实清楚部分作出先行判决，是否影响一方当事人的上诉权，存在争议。

作者单位：北京大成（宁波）律师事务所律师

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

低于成本价中标，建设工程施工合同无效

□庄林冲

案件名称

江西建工建筑安装有限责任公司、淮矿地产淮南东方蓝海置业有限责任公司建设工程施工合同纠纷一案（二审）

案号(2021)皖民终477号

争议焦点

案涉建设工程施工合同的效力如何认定？

裁判要旨

承包人江西建工主张案涉建设工程施工合同无效。其理由在于：案涉工程，发包人蓝海公司发布的招标控制价约1.2亿元，江西建工委托编制的工程量清单控制价为1.4亿元，工程差量为0.7亿元，合计约1.5亿元，而其投标报价仅为1亿元，投标报价(中标价)低于实际控制价达33.67%，已远超相关规范认定中标价低于成本价的最低标准，故案涉工程低于成本价中标，合同无效。

一审淮南中院认为合同不因低于成本价中标而无效。其理由在于：《招标投标法》第33条及41条第2项及《招标投标法实施条例》第51条第5项，虽然都规定了投标人不得以低于成本价竞标，但对法律、行政法规中的强制性规定应区分管理性强制性规定和效力性强制性规定，只有后者才影响合同的效力。第一，对于《招标投标法》第33条，其前半部分规定“投标人不得以低于成本的报价竞标”，后半部分规定投标人“不得以他人名义或者其他方式弄虚作假，骗取中标”。对这两部分内容，《招标投标法》规定了不同的法律后果。投标人以低于成本的报价竞标的，《招标投标法》并未规定任何法律责任；但对于后一部分，该法却在第五十四条中明确规定“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”。因“中标”即表明当事人双方的要约、承诺达成一致，是合同成立的表征，故如果法律明确指出“中标无效”即可认定是对合同效力的否定性评价。这一差异表明招标投标法对该条的两种情形的法律评价是不同的，否则不会对同一条文在法律责任上进行刻意区分。而是否明确规定违反某类规定将导致合同无效的后果是区分管理性规范和效力性规范的标准之一，故依此标准来判断，“投标人不得以低于成本的报价竞标”不属于效力性规定。第二，《招标投标法》禁止投标人以低于成本的价格竞标，其目的是规范招投标市场，防止投标人间产生不正当竞争的情形，对于招标人公布自己期望招标的招标控制价，是招标人公布底价的要约行为，还须合意才能约束双方。江西建工作为独立的民事主体，应当能够理性地评判自己的民事行为及其后果，可以根据自身的实际情况考虑是否竞标，如其认为蓝海公司的招标控制价过低无法盈利，可以选择不参与竞标，其并没有处于一种无可选择的境地，其中标后又以诉讼的形式改变结算价款，脱离了当初达成合意的初衷，违背诚实信用原则。

安徽省高院则认为合同因低于成本价中标而无效。其理由在于：从《招标投标法》第33条、第41条第2项，以及《招标投标法实施条例》第51条第5项的规定来看，中标人低于成本价中标，属于违反法律法规的强制性规定，中标应属无效，并无争议，依据招标文件、投标文件和中标通知书签订的建设工程施工合同也应无效。但江西建工作为施工总承包壹级资质，对蓝海公司发布的招标控制价是否过低且可能致使其低于成本价投标，应具备有较于一般主体更强判断能力，其不能在案涉工程已竣工验收，再以招标控制价错误致使其低于成本价中标要求调差明显有违契约精神、有失诚信，因此虽然合同无效，但其要求调差的主张不能得到支持。

律师评析

对于涉案施工合同的效力，依据相同的法律规定，淮南中院与安徽高院作出了截然不同的两种结论，这反映出，对于低于成本价中标，是否会导致合同无效这一问题，实践中存在较大的争议。

支持合同有效。侧重点在于《招标投标法》第50、52-55、57、58条对于中标无效的情形均作出了明确的规定，但《招标投标法》第33条虽然规定了不得低于成本价竞标，但该条并未明确低于成本价就一定导致中标无效，合同亦无效，因此第33条属于管理性规定，对于合同效力应持审慎态度，在法律未明确的情况下，不能以低于成本价为由否定中标行为及施工合同的效力。

支持合同无效。侧重点在于《招标投标法》第33条，其立法目的在于保证招投标竞争秩序和确保工程质量，在于维护经济秩序和社会公共利益。而一旦对于低于成本价竞标持宽松态度，那么势必导致招投标秩序遭到破坏，并且当承包人低于成本价中标后，其逐利特性，必然会导致建筑工程质量难以保证，从而损害社会公共利益。从这个角度分析，第33条属于效力性强制性规定，低于成本价中标的，中标无效，合同也应当被认定无效。

结合本案，以及实践中主流观点，我们倾向于：低于成本价中标的，合同无效。

本案一审淮南中院明确法律强制性规定应区分管理性强制性规定和效力性强制性规定，这是完全正确的，管理性强制性规定目的在于引导、规范民事主体的行为，并不具有强制性效力，违反这类规定，并不影响民事法律行为的效力。而效力性强制性规定则侧重于对国家利益、社会公共利益等的考量，对私人意思自治领域所施加的一种限制，民事主体在实施民事法律行为时，必须服从这种限制，否则会因对国家或社会公共利益等的侵害而被判断无效。

区分管理性强制性规定和效力性强制性规定，往往从以下两个方面判定：一是看法律是否明确规定违反某条款的民事法律行为无效，如明确规定，该条款就属于效力性强制性规定。二是看条款的立法意旨是否在于保护国家或社会公共利益，对该条款的违反将导致国家或社会公共利益受损的，那么该条款为效力性强制性规定。

《招投投标法》第33条从其立法意旨看，一是维护正常招投标秩序，防止不正当竞争，从而损害其他合理报价的投标人的利益；二是防止承包人低于成本价中标后，再通过粗制滥造、偷工减料等手段降低成本，达到盈利目的，从而影响工程质量，为群众正常生产生活埋下安全隐患。所以第33条本质上是为维护公共秩序和保护社会公共利益，而一旦违反该条款，势必造成公共秩序和社会公共利益受损，因此该条款属于效力性强制性规定，对该条款的违反，将导致中标无效，所签订的建设工程施工合同亦无效。这也是本案中，安徽高院所作出合同无效这一结论的理论依据。

裁判摘要

本院认为，《招标投标法》第三十三条规定：“投标人不得以低于成本的报价竞标，也不得以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标”；第四十一条第二项规定：“中标人的投标应当符合下列条件之一：……(二)能够满足招标文件的实质性要求，并且经评审的投标价格最低；但是投标价格低于成本的除外”。《招标投标法实施条例》第五十一条第五项规定：“有下列情形之一的，评标委员会应当否决其投标：……（五）投标报价低于成本或者高于招标文件设定的最高投标限价；……”。从上述规定看，中标人低于成本价中标，属于违反法律法规的强制性规定，中标应属无效。依据招标文件、投标文件和中标通知书签订的建设工程施工合同也应无效。故，一审关于“是否低于成本价中标，不影响双方签订的建设工程施工合同效力”的认定不当，本院予以纠正。

本案中，江西建工主张蓝海公司发布的招标控制价错误致使其低于成本价中标。其主张蓝海公司发布的招标控制价错误的依据是其单方委托第三方机构编制的招标控制价。案涉招标控制价系蓝海公司委托第三方机构依据有关计价规定编制得出的最高投标限价，仅供投标人作为报价参考，并非要求投标人必须依此报价。江西建工作为建筑工程施工总承包壹级资质，对蓝海公司发布的招标控制价是否过低且可能致使其低于成本价投标，应具备有较于一般主体更强判断能力。如其认为东方蓝海公司发布的招标控制价过低，可能造成其低于成本价投标，其可以在投标前向招标人提出异议或不参与竞标。但江西建工不仅没有提供证据证明其曾就招标控制价过低向蓝海公司提出异议，还依招标控制价进行下浮投标。且在标后核量以及在案涉工程施工过程中，江西建工也未提供证据证明其曾就招标控制价及案涉工程的工程量问题向蓝海公司提出异议。现案涉工程已竣工验收，江西建工再以招标控制价错误致使其低于成本价中标要求调差明显有违契约精神、有失诚信。此外，江西建工主张招标控制价错误的依据是其单方委托第三方机构编制的招标控制价，蓝海公司不予认可，仅凭该证据不足以证明案涉招标控制价错误致使其低于成本价中标。因此，江西建工主张招标控制价错误及其低于成本价中标依据不足，其围绕招标控制价错误、低于成本价中标提及的诉讼请求亦依据不足，本院不予支持。

作者单位：上海建纬（南京）律师事务所