

# “请求权基础”在工程总承包风险代理中的应用

——以一起高院二审改判“本反诉”完全“逆转”胜诉案件为例

□马明杰 赵林黛

我国建筑业正处于转型升级和快速变革的关键时期，投资方式、发包模式、政府监管和审计政策正发生深刻变化，财税等各项新政层出不穷，工程总承包模式和装配式建筑大力推进，建设工程领域法律、法规、示范文本等日益规范。对各市场主体而言，在新的产业、行业、法规、政策背景下，合同管理和造价结算等面临诸多疑难、复杂的实务问题，成为各主体在工程诉讼、仲裁中博弈的焦点。

## 【案情简介】

2017年2月4日，乐光光伏能源有限公司与湖南六建机电安装有限责任公司签订《香河建材城分布式电站项目合作框架协议》，约定乐光光伏公司或其关联公司设立项目公司建设香河建材城30MWp屋顶分布式电站项目，六建公司或其指定的具备电力工程施工总承包或机电工程总承包三级及以上资质，或设计院拥有电力行业新能源设计乙级及以上资质的第三方作为本项目EPC工程总承包方。

2017年3月，乐光光伏能源有限公司全资子公司山东乐光光伏能源有限公司设立了项目公司即香河乐光光伏能源有限公司与六建公司签订《香河建材城30MWp分布式光伏发电项目EPC总承包合同》，约定：案涉分布式光伏发电项目采用EPC总承包，六建公司为总承包方，总承包合同总价为8190万元，总承包方负责项目勘察、设计、采购、施工、协调、试运行工作，提供一个设施配套和工程完整，可以正式投产运行的项目，并对工程的手续、资料、安全、工期、造价等全面负责，案涉项目于2017年3月15日前开工，于2017年6月20日前并网发电。合同约定争议解决方式为：西安仲裁委员会仲裁。

2017年10月，乐光公司与六建公司签订《香河建材城30MWp分布式光伏发电项目EPC总承包合同之补充协议》，约定合同暂定总价为6600万元，并网发电日期调整为2017年12月30日前完成并网发电，双方各自订购的设备、物资交货进度必须满足整个工期的进度要求。

《EPC总承包合同》签订后，乐光公司向六建公司支付进度款3003.285万元。

2018年初，六建公司撤场，乐光公司在进度款支付过程中确认已完成的装机容量为2MWp、设备材料费累计到货量为26045161.6元、建筑安装费累计完工量为5109350元、设计咨询费280万元。

鉴于EPC工程总承包合同下完成的与约定的装机容量差距，双方对应付结算款的数额发生争议。

## 【审理情况】

【仲裁】2018年8月，乐光公司向西安仲裁委员会申请仲裁，并提出仲裁请求：1.解除《EPC总承包合同》；2.六建公司返还工程款3003.285元并支付利息；3.六建公司支付电价损失违约金；4.六建公司支付迟延取得电力接入批复的违约金282.24万元；5.六建公司赔偿租金损失620万元；6.六建公司赔偿监理费损失22.6848万元；7.六建公司赔偿

组件价格损失525万元；8.六建公司承担撤场时拆除、搬迁、运输责任及费用；9.六建公司赔偿律师代理费445.22万元；10.仲裁受理费、代理费由六建公司承担。

六建公司提出反请求：1.确认《EPC总承包合同》《补充协议》有效；2.乐光公司向六建公司支付工程款364.591554万元；3.乐光公司赔偿建设工程一切险损失5.733万元；4.乐光公司赔偿停工、窝工损失100万元；5.乐光公司赔偿人工、差旅费用损失207.366379万元；6.乐光公司赔偿可预期所得损失1335万元；7.乐光公司赔偿律师费60万元；8.仲裁费、反请求仲裁费由乐光公司承担。

西安仲裁委员会于2019年10月25日作出西仲裁字(2018)第2502号裁决书，裁决：1.《EPC总承包合同》基于双方合意，于本裁决生效之日解除；2.六建公司返还工程款3003.285万元；3.六建公司向乐光公司支付律师费30万元；4.驳回乐光公司的其他仲裁请求；5.《EPC工程总承包合同》《补充协议》合法有效；6.乐光公司向六建公司支付工程款546万元；7.乐光公司向六建公司支付30万元律师费；8.驳回六建公司其他仲裁反请求。

【申请不予执行】2019年11月12日，乐光公司向长沙市中级人民法院申请强制执行，长沙市中级人民法院指定长沙市天心区人民法院执行。

六建公司向长沙市中级人民法院申请不予执行仲裁裁决，长沙市中级人民法院于2019年10月25日裁定西安仲裁委员会的西仲裁字(2018)第2502号裁决书不予执行。

【一审】2021年3月10日，乐光公司向廊坊市中级人民法院提起诉讼，请求：1.解除《EPC总承包合同》《补充协议》；2.六建公司赔偿工程款3003.285万元及利息；3.六建公司支付未按约定完成并网违约金；4.六建公司支付迟延取得电力接入批复违约金282.24万元；5.六建公司赔偿组件损失525万元；6.六建公司赔偿租金损失1240万元；7.六建公司承担本案诉讼费。

六建公司提出反诉，请求：1.解除《EPC总承包合同》《补充协议》；2.乐光公司结算款392.1226万元；3.乐光公司赔偿建设工程一切险损失5.733万元，开具保函费用损失2.9484万元；4.乐光公司赔偿停工、窝工损失100万元；5.乐光公司赔偿人工、差旅费损失207.366379万元；6.乐光公司赔偿可预期利益损失1335万元；7.本诉、反诉案件受理费由乐光公司承担。

2021年12月21日，廊坊市中级人民法院作出(2021)冀10民初25号民事判决书，判决：一、乐光公司与六建公司签订的《香河建材城30MWp分布式光伏发电项目EPC总承包合同》及《香河建材城30MWp分布式光伏发电项目EPC总承包合同之补充协议》无效；二、六建公司于本判决生效后十日内返还乐光公司工程款2452850元；三、驳回乐光公司其他的诉讼请求；四、驳回六建公司其他的反诉请求。

六建公司、乐光公司均不服廊坊市中级人民法院作出的一审判决，向河北省高级人民法院提起上诉。

六建公司提交上诉状后，委托笔者作为二审阶段特别授权委托诉讼代理人，笔者认为上诉状中的“事实和理由”未将“事实认定和法律适用”剖析和阐述清楚，接受委托后，笔者从“请求权基础”的角度厘清代理思路，向二审法院提交六建公司的《上诉状补充意见》、针对乐光公司的上诉状提交了六建公司的《答辩意见》，并出庭应诉。

## 【代理思路】

一、本案法律关系的性质为建设工程施工合同，既非承揽合同，也非建设工程施工合同。

二、案涉项目属于依法应当履行招投标手续的项目，但“应招未招”而签订合同，违反法律的强制性规定，合同无效，违约金条款也无效，乐光公司无权主张违约金。

三、根据《中华人民共和国合同法》第五十八条之规定，案涉合同无效，乐光公司应向六建公司支付折价补偿款，即支付采购设备材料、建筑安装和设计的折价补偿款，折价补偿对应的款项，以应折价补偿物的实际价值确定。折价补偿款的确定不通过过错，是折价补偿物的实际价值，既然双方在合同履行过程中已确定为33954511.6元，这是双方真实的意思表示，不受案涉合同效力的影响，法院应当尊重当事人的意思表示，以此作为折价补偿款认定依据。

四、乐光公司为过错方，应赔偿机

电公司的损失。

## 【高院二审改判理由】

一、根据双方签订的《EPC工程总承包合同》的内容，案涉合同符合发包人乐光公司与总承包人六建公司之间订立的建设工程合同特征，本案属于建设工程合同纠纷。

二、根据《中华人民共和国招标投标法》第三条规定，案涉工程为光伏发电项目，属于关系社会公共利益的依法必须招标的能源基础设施项目，双方签订的合同因未履行招投标程序，因违反法律、行政法规的强制性规定而无效。

三、发包人乐光公司对案涉合同未履行招投标程序而无效存在过错，对六建公司的工程损失应予赔偿，乐光公司无权要求返还已付款并赔偿利息。乐光公司原审提交的2017年11月7日《付款申请表》“备注”载明设备材料费、建筑安装费、设计咨询费合计为33954511.6元。六建公司有权依据上述《付款申请表》主张乐光公司赔偿扣除已付款后的剩余工程损失3921661.6元。

四、双方均无意继续案涉项目建设，乐光公司对案涉合同无效存在过错，对其自身损失应承担相应责任，对乐光公司主张的损失不予支持，违约金因合同无效，不予支持。

## 【案件评析】

本案一审并非笔者代理，六建公司

败诉后以“固定+风险”的付费方式进行委托，笔者条分缕析了“请求权基础”在工程总承包“本反诉”代理中的应用：

## 一、请求权基础：法律关系性质、效力

案涉《EPC工程总承包合同》为无效的建设工程合同，而非有效的承揽合同。

建设工程合同和承揽合同均为有名合同，二者为特别与一般的关系。建设工程合同的特殊性有二：一、建设工程合同的承包方式远超一般的设备承揽，包含了大规模的施工建设，且工程规模巨大，明确约定质量管理和竣工验收均按照国家有关建设工程的技术规范进行；二、承揽合同对主体没有资质要求，但建设工程合同的承包人则要求必须具有一定资质的法人。案涉《EPC总承包合同》明确的工程规模大，工程价款高，要求承包人具有相应资质，明确竣工验收的标准，满足建设工程合同的特殊性，其性质为建设工程施工合同。

根据《中华人民共和国招标投标法》第三条以及签订合同时适用的《工程建设项目建设范围和规模标准规定》第二条、第七条的规定，案涉工程为依法应当履行招投标手续的项目，乐光公司与六建公司未经过招投标手续所签订的合同，因违反法律的效力性强制性规定而无效，乐光公司作为发包人，为过错方。

根据《中华人民共和国合同法》第五十八条之规定，民事法律行为无效后，当事人承担缔约过失责任，具体有二：返还原物或折价补偿、过错方赔偿损失。折价补偿款的确定可依据双方当事人履行过程中认可的工程价值来确定，双方履行过程中确定的工程价值为双方真实意思表示，不因《EPC总承包合同》无效而无效，在无其他无效事由时，应当认定为有效。乐光公司在履行中确认六建公司已完成的工程价值为33954511.6元，减去已付的30032850元，还应支付3921661.6元。另，合同无效违约金条款亦无效，任何一方无权根据合同约定主张违约金。乐光公司为主要过错方，六建公司亦有过错，双方损失各自承担。

## 二、揭开公司面纱：法人人格否认

六建公司除基于建设工程合同要求乐光公司承担责任外，还可要求其股东乐光公司承担连带责任，依据为《中华人民共和国公司法》第六十三条所规定的一人有限责任公司的法人人格否认制度，一人有限责任公司的股东无法证明其财产独立于一人有限责任公司的，承担连带责任。

通过查询工商登记信息，乐光公司的股东有且仅有一个，即山东乐光光伏能源有限公司。该案中根据乐光公司提供拨付工程款的证据，拨付工程款需经过其股东的同意，乐光公司不享有资产处置权，其股东实际控制乐光公司名下的财产或财务源自股东拨款，不具备自主经营、自负盈亏的条件，乐光公司与股东的财产混同，二者应承担连带责任。

乐光光伏的股东公司同样为一公司，能否再次刺破公司面纱，要求乐光

公司股东之股东承担责任？笔者认为，为避免当事人诉累，方便当事人诉讼，提高诉讼效率，应当允许债权人在一次诉讼中将一人有限公司的股东、实际控制人作为共同被告，即：六建公司可通过诉讼要求乐光公司拟股东之股东承担连带责任。

《中华人民共和国公司法》第六十三条所规定的“股东”应扩张解释为“股东及实际控制人”，通过多次设立一人有限责任公司，实际控制乐光公司，属于乐光公司的“实际控制人”。

从法人人格否认制度规范的目的来看，法人人格否认制度设立是为了防止有限责任制度的滥用，维护债权人利益，股东为规避投资风险，往往利用有限责任，“金蝉脱壳”，注册多家“糖葫芦公司”，上下其手滥用公司法人独立人格。若法人人格否认仅可适用一次，则变相鼓励公司多次成立一人有限责任公司规避风险，不利于债权人利益的保护，该规范的目的难以实现。

## 三、反诉的限制

在乐光公司已提起诉讼，要求六建公司返还超付工程价款的情况下，六建公司提起反诉时能否在反诉乐光公司的同时，反诉其股东、实际控制人？

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百三十二条第一款“反诉的当事人应当限于本诉的当事人的范围。”之规定，六建公司提起反诉，仅限于本诉的当事人，即六建公司仅可将乐光公司作为反诉被告，而不能将其股东作为被告。如六建公司同时将乐光公司股东作为共同被告，法院应当对该反诉，裁定不予受理。

## 四、进路选择：殊途同归

六建公司可单独提起诉讼，并申请法院根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二百二十一条“基于同一事实发生的纠纷，当事人分别向同一人民法院起诉，人民法院可以合并审理。”之规定，将两案合并审理。

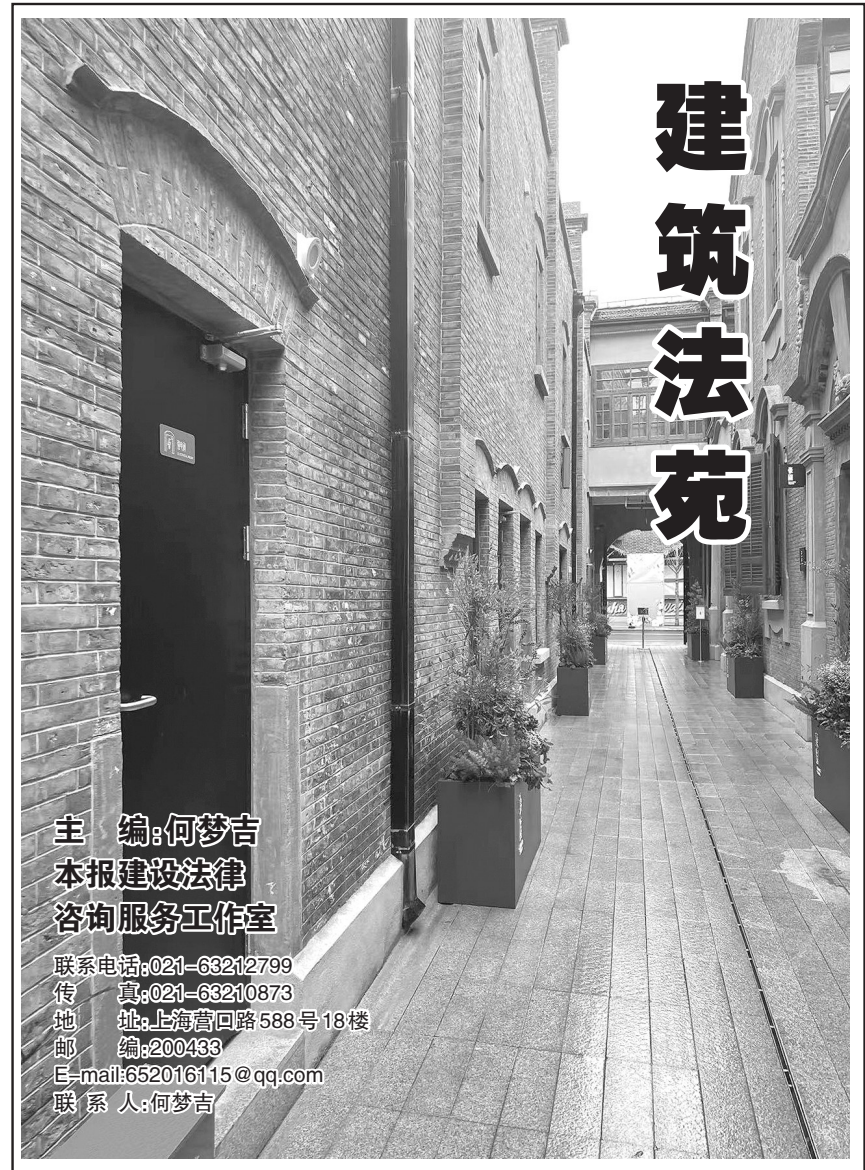
## 五、跟进措施：变更、追加被执行人

限于反诉范围，六建公司仅能乐光公司，但法院作出生效判决，依据该判决是否仅能向乐光公司主张呢？

《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第二十条规定，作为被执行人的一人有限责任公司，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，股东不能证明公司财产独立于自己的财产，申请执行人申请变更、追加该股东为被执行人，对公司债务承担连带责任的，人民法院应予支持。即在执行过程中，六建公司仍有机会申请追加其股东为被执行人。但该救济措施的涵摄有限，六建公司仅能追加乐光公司的股东作为被执行人，但不能对该条扩大解释或类推适用，即，无法将乐光公司股东的股东作为被执行人，将本应经过审理认定的责任，未经审理而由执行“僭越”，构成“以执代审”。

综上，同样的案件事实，经由不同代理视角对“请求权基础”的剖析、阐述，实现“本反诉”裁判结果完全“逆转”。

(作者单位：河北冀华律师事务所)



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：上海静安路588号18楼  
邮编：200433  
E-mail: 652016115@qq.com  
联系人：何梦吉

2022年12月28日，重庆高院和四川高院签发《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解答》(以下简称《解答》)，其中问题12是“非必须招标工程项目进行了招标程序，但在招标开始前，双方进行了实质性谈判并订立合同的效力如何认定？”《解答》载明“在非必须招标项目中，当事人选择通过招标投标程序订立建设工程施工合同，应当受《招标投标法》的约束和调整，中

标前进行实质性谈判并签订合同，属于‘先定后招’实质性谈判的行为，违反了《招标投标法》第43条的强制性规定，应属无效。”笔者对该条款存有异议，认为非必须招标项目的标前施工合同有效。

## 一、最高人民法院司法判例对“标前合同”的效力认定观点不一致

认为非必须招标项目“标前合同”无效的判例有(2021)最高法民终425号民事判决书、(2019)最高法民终1788号民事判决书、(2019)最高法民申4527号民事判决书与川渝高院解答内容基本一致。《招标投标法》第43条规定，在确定中标人前，招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判。判例认为，既然进行了招投标活动，那么招标人和投标人在项目招标前不能进行实质性接触，“标前合同”的签订显然属于实质性内容谈判，因此“标前合同”无效。

认为非必须招标项目“标前合同”有效的判例有(2020)最高法民申3231号、(2019)最高法民终314号民事判决书、(2019)最高法民申3724号、(2015)民申字第280号、(2015)民申字第11号。

# 非必须招标项目“标前合同”的效力

□孙玉军

笔者参与处理的浙江高院、广西高院处理的几个诉讼案件中，法院也认为有效。认定合同有效理由主要包括：《招标投标法》第43条是针对必须招标项目的，不适用非必须招标项目；《招标投标法》第43条是管理性强制性规范而非效力性强制性规范；“标前合同”符合法律规定的生效要件。

## 二、“标前合同”的分类

按照当事人是否串通投标以及串通投标的合意时间，非必须招标项目“标前合同”可分为三种情形：

一是“标前合同”签订后，发包人根据自身意志发起招标，原承包人为了获得项目承包权而投标，并再次中标(以下简称“一类标前合同”)。此情况下当事人没有串通投标。

二是发包人双方自始即商定先签订“标前合同”，嗣后补办招投标手续(以下简称“二类标前合同”)。此情况下，当事人对招投标前的建设工程施工合同内容以及招投标手续都进行协商，属于串通投标，但由于建设工程施工合同签订在前，虚假招投标行为在后，因此“标前合同”并非串通投标的结果。

三是发承包双方签订“标前合同”后又协商补办招投标手续(以下简称“三类标前合同”)。

## 三、三种情形下的“标前合同”的效力

(一)“一类标前合同”有效  
《民法典》第143条规定：“具备下列条件的民事法律行为有效：(一)行为人具有相应的民事行为能力；(二)意思表示真实；(三)不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。”

因为项目不是必须招标项目，且签订合同是当事人的真实意思表示，所以“标前合同”符合所有的合同生效法定要件，除非施工项目不满足规划要求，或者施工合同约定附条件或附期限生效，否则“标前合同”自签订之日起生效，且合同在已经生效的情况下不会因任何原因归于无效。发包人在与承包人签订施工合同后再次发起招标实质为对“标前合同”的违反，是一种以行为表示将不履行“标前合同”的预期违约行为，尽管承包人中标且双方再次签订了施工合同，但是并不能否认“标前合同”的效力。

(二)“二类标前合同”有效  
虽然签订“标前合同”和补办招投标手续是承发包双方在标前协商的两个内容，但是“标前合同”却并非虚假招投标的后果，反而虚假招投标是“标前合同”的附属行为，即“标前合同”的签

订与招投标行为无关。此情况下，应当认定“标前合同”有效。而虚假的招投标行为，从《招标投标法》的角度看是招标无效、投标无效且中标无效，当事人应按照《招标投标法》及《招标投标法实施条例》等法律文件接受行政机关处罚；从《刑法》的角度看，“串通投标行为”情节严重的构成犯罪。

(三)“三类标前合同”有效  
显然先签订的施工合同在没有约定生效时间或生效条件的情况下，在合同签订时就已经生效的。如上所述，已经生效的合同不应因任何其他原因而归于无效，显然施工合同有效。而双方协商进行招投标的行为应接受其他行政处罚或刑事处罚。

## 四、《解答》第十二条规定有误的原因分析

(一)没有识别隐蔽行为与虚假行为

当事人意思表示真实是民事法律行为有效的重点。对于非必须招标项目当事人为什么还要进行招标呢？主要原因是招标人要对必须招标项目范围把握不准，为了顺利推进项目进行、快速取得建设工程施工许可证，便进行虚假招标。在非必须招标项目的标前合意中，发包人以一定条件将建设工程发包给承包人

标文件内容签订施工合同；如果招投标行为违法，因为项目本身并非必须招标所以应认定“标前合同”有效，至于违法的招投标行为由其他法律规范调整与处罚。

假设当事人标前合意先签订合同后虚假招标，但是在实际履行中只签订了施工合同没有做虚假招标，那么这份施工合同到底有效还是无效呢？可能很多人都会认为是有效的。但是若此后再进行招投标呢？不是又要认定为无效？一份已经存在的合同又可能因为后面的行为而不改变其效力状态呢？

(三)价值取向错误  
从价值判断的角度看，合同能够认定为有效的不宜认定无效。本条解答条文是在《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)》的基础上，扩大了非招标项目进行招标导致合同无效的范围。现实的经济生活远比法律拟制的场景丰富多彩，处理合同纠纷案件首先应当尊重当事人的选择，对“当事人意思自治”的合同原则有敬畏之心。如果一定要认定合同无效的，首先要搞清楚无效合同到底侵犯了谁的利益？是国家利益还是公共利益，或者是他人利益？解答第12条没有做进一步说明，但笔者认为“标前合同”没有侵犯任何国家利益、公共利益或者他人利益。法律规定部分建设工程必须招标，主要是保证建设工程交易价格合理，非必须招标项目的建设资金本身就不是国有资金或国有资金占主导，法院不宜对当事人的交易方式做过多干涉。

(作者单位：国浩律师(上海)事务所)