

如何约定垫资施工与避免黑白合同 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/205/2021\\_2022\\_\\_E5\\_A6\\_82\\_E4\\_BD\\_95\\_E7\\_BA\\_A6\\_E5\\_c41\\_205470.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/205/2021_2022__E5_A6_82_E4_BD_95_E7_BA_A6_E5_c41_205470.htm) 「基本案情」 2003年10月乙建筑公司在甲宾馆举行的酒店项目施工招标中一举中标。乙公司中标的工程承包造价为4673万余元，但双方签约时，甲宾馆要求乙公司前期垫资2000万元施工，乙公司考虑到这是一个工程总额近5000万元的大合同，能拿到手不容易，于是就同意了甲宾馆的要求。2003年10月12日双方签署了《建设工程施工合同》，该合同约定甲宾馆在合同签订后10日内支付工程总价款的15%，即700万余元作为预付工程款，工程进度款在工程达到正负零后10日内支付工程总价款的30%、工程封顶后10日内支付工程总价款的35%（扣除预付工程款部分）、竣工验收后10日支付工程总价款的30%，余款5%作为质量保证金，待工程交付使用一年质保期到期后清算。同日，甲乙双方又签订了一份补充协议，约定由乙公司为甲宾馆提供前期工程垫资2000万元，该款项在工程竣工后90日内由甲方一次性付清，该协议还约定考虑到乙公司承受的垫资压力，甲宾馆同意将工程价款增加150万元，增加的该笔工程款在甲方向乙方偿还2000万元垫资款时一并支付给乙方。之后，施工合同报送当地建委进行了备案，但补充协议未履行备案手续。2003年12月18日在工程出地面达到正负零时，甲宾馆支付了扣除2000万元后的工程应付款的余额部分102万余元。之后，甲宾馆按照施工合同的约定支付了其余工程进度款。2004年10月

11日工程按期竣工，但甲宾馆对乙公司的2000万元垫资款和在协议中增加的150万元工程款一直以资金紧张为由拖欠未付。2005年3月23日乙公司无奈诉至法院，要求甲宾馆支付垫资工程款2000万元和增加的工程价款150万元，并按银行计收逾期贷款利率请求支付相应利息216万余元。「审理结果」一审法院经审理支持了乙公司要求甲宾馆支付工程款2000万元的主张，并依据双方签署的施工合同判决甲宾馆向乙公司支付工程欠款利息90余万元。但法院以双方签署的补充协议没有备案，因此不能作为双方工程价款结算的依据为由，驳回了乙公司要求甲宾馆支付增加的工程价款150万元。同时，法院还以甲乙双方签署的补充协议中没有约定垫资利息为由，判决驳回了乙公司要求甲宾馆对2000万元垫资款按银行计收逾期贷款利率的标准支付利息的诉讼请求。一审宣判后，乙公司不服而上诉，后经咨询律师意见，又主动撤回了上诉，一审判决遂发生法律效力。「分析与提示」垫资施工条款是有效合同条款。认定合同及合同条款是否有效应当以我国合同法的规定为依据。1999年10月1日起施行的我国《合同法》第52条规定，有下列情形之一的，合同无效：一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；以合法形式掩盖非法目的；损害社会公共利益；违反法律、行政法规的强制性规定。最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释中再次明确：“合同法实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。”那么，

垫资施工是否违反了法律、行政法规呢？答案是否定的。禁止垫资施工主要是依据1996年6月原国家计划委员会、建设部、财政部联合下发的《关于严格禁止在工程建设中带资承包的通知》（以下简称《通知》），从行政管理的角度说，这一《通知》是建设行政主管部门依法对工程合同进行管理的重要依据。但是一些法院据此认为施工合同中垫资施工的条款，违反了该强制性规定而属于无效条款却是不当的。因为该通知从法律上来说，至多属于规章的范畴，并不属于我国《合同法》第52条所规定的法律和行政法规。承发包双方违反了该规定，应当接受有关行政主管部门的相应处罚，但不应当因此影响民事合同的效力。而且目前我国建筑市场垫资施工的现象相当普遍，一概认定垫资合同或垫资条款无效既不利于承包商利益的保护也不符合国际惯例。考虑到上述原因，《解释》明确了垫资条款不作无效处理，明确规定：“当事人对垫资和垫资利息有约定，承包人请求按照约定返还垫资及其利息的，应予支持，但是约定的利息计算标准高于中国人民银行发布的同期同类贷款利率的部分除外。当事人对垫资没有约定的，按照工程欠款处理。当事人对垫资利息没有约定，承包人请求支付利息的，不予支持。”

在案例中，虽然甲乙双方签署的补充协议约定了工程垫资，但却没有对是否支付垫资利息做出明确约定，这正是乙公司请求支付垫资款利息得不到支持的原因。出现黑白合同应以白合同为准。在建设工程招投标过程中，一些当事人为了获取其他利益，往往在签订中标合同前后，就同一工程项目再签订一份或者多份与中标合同的工程价款等主要内容不一致的合同。实践中，一般将备案的中标合同称为“白合同”，

将另一份与中标合同不一致且未备案的合同称为“黑合同”。一些建筑企业屈从于发包人的压力而签订“黑合同”的情形较为常见。“黑白合同”的出现直接造成招投标流于形式，为了维护中标合同的严肃性，我国《招标投标法》及相关行政法规规定了，招标人与中标人必须按照招标文件和中标人的投标文件订立合同，否则要给予相应处罚，同时中标合同的变更必须经过法定程序。因此，“黑合同”虽然也可能是当事人的真实意思表示，但由于合同形式不合法，不产生变更“白合同”的法律效力。因此，《解释》第21条明确规定：“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。”也就是明确了在出现“黑白合同”时，应以白合同为准。在案例中，甲乙双方虽然通过补充协议将工程价款增加了150万元，但该补充协议并没有报送当地建设行政主管部门备案。因此，法院认定以备案的《建设工程施工合同》而不是《补充协议》作为双方对工程价款结算的依据是正确的。本案对施工企业的警示意义。从案例可以看出，《解释》为施工企业维护承包人的合法权益提供了有力的法律武器。但是，如果施工企业不具备应有的法律意识，不知道或者不领会司法解释的相关规定，缺乏纠纷发生前的事前防范和纠纷发生后的及时救济措施，就会给自己造成了不应有的损失。为此，建议施工企业在签署《建设工程施工合同》时，如果接受发包方提出的垫资要求，则要将垫资条款写进施工合同中，如果另行签订垫资合同或补充协议，则应及时报送备案。同时，如果施工企业坚持发包方支付垫资利息，则一定要在合同中对利息标准

做出详细约定。当然，施工企业还要注意约定的利息计算标准不要高于中国人民银行发布的同期同类贷款利率，否则超过部分无效。还要提醒施工企业注意的是，签订中标合同后，如果出现了变更合同的法定事由，承发包双方可以协商一致变更合同，但要使变更后的合同发生法律效力，必须及时就合同变更的内容到建设行政主管部门备案。只有这样，才不会发生黑白合同的尴尬，施工企业的合法权益才能通过备案后的合同得到有效保护。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)