

优秀论文:论建设工程质量合格但施工合同无效或被撤销时工程价款的确定 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文 https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_E6_c122_484475.htm 兼评《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》第二条 提要：平衡工程发、承包双方利益关系并能保证工程质量的是工程成本，而非合同约定。结合法律规定的原则，确定施工合同无效或被撤销但工程质量合格情形下工程价款的处理方式应是：补偿成本 过错赔偿。因此，笔者认为：法释[2004]14号司法解释第二条规定合同无效一律参照合同约定计付工程价款存在明显缺陷，应予修正。 关键词：工程承包 缔约过失 工程成本 过错赔偿 一、法释[2004]14号司法解释第二条质疑 建设工程质量合格但施工合同无效或者被撤销后工程价款如何确定，一直是司法实践中颇有争议的问题。对此，司法实践中主要有四种处理方式：一是以工程定额为标准，通过鉴定确定建设工程价款；[1]二是参照合同约定结算工程价款；[2]三是按实际完成的工程量套用国家定额标准计算工程直接费；[3]四是套用工程定额扣除计划利润。[4] 2004年10月25日最高人民法院公布的《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》（简称法释[2004]14号司法解释）第二条规定：“建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。”这一规定，解决了施工合同无效时工程价款的确定问题。法释[2004]14号司法解释在确立“工程质量标准也可以高于合同的效力”[5]这一原则方面具有开创精神和积极意义。但是，该“解释”第二条规定施工合同无效但工

程质量合格一概参照合同约定确定工程价款，在法理和实践层面存在许多问题，值得商榷。（一）从法理层面看，法释[2004]14号司法解释第二条有悖法律精神

- 1、合同无效与价款约定 《中华人民共和国合同法》第五十六条规定：“无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。”也就是说，一旦施工合同无效，其工程价款的约定就归于无效。“所谓无效就是说不能按照行为人意思表示的内容发生民事法律效果，但并不是不产生任何法律后果，它还要产生一定的无效法律后果。这种法律后果不是当事人意思表示所追求的，而是由法律规定的。”[6]“无效是指法律行为当然、自始、确定不发生的效力。”[7]据此，法释[2004]14号司法解释第二条规定工程施工合同无效参照合同约定结算工程价款并不符合法律规定。
- 2、合同无效与工程成本 《中华人民共和国合同法》第五十八条规定：“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。”建设工程施工合同具有特殊性，合同履行的过程，就是将劳动和建筑材料物化在建筑产品的过程。合同被确认无效后，已经履行的内容不能适用返还的方式使合同恢复至签约前的状态，而只能按照折价补偿的方式处理。[8]据此，施工合同无效，发包人折价补偿承包人财产的，应当是承包人“将劳动和建筑材料物化在建筑产品”的价值，即工程的施工成本。工程发、承包双方当事人在合同中约定的工程价款不可能就是工程成本。因此，法释[2004]14号司法解释第二条规定施工合同无效参照合同约定结算工程价款也不符合合同法规定的返还财产或者折价补偿的处理原则。
- 3、合同无效与过错赔偿 《中华人民共和国合同法》第

五十八条规定：“合同无效或者被撤销后，……有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”根据这一规定，对施工合同无效负有过错的当事人，应赔偿对方因此所受的损失，双方都有过错的，依各自过错大小相抵后赔偿对方损失。法释[2004]14号司法解释不考虑无效施工合同当事人的过错及合同当事人的损失，规定一概参照合同约定支付工程价款，也有违合同无效须依过错承担赔偿责任的法定原则。（二）从实践层面看，法释[2004]14号司法解释第二条无法科学、公正地解决施工合同纠纷案件的复杂、专业问题

- 1、有损合同价款低于工程成本的承包人或者实际施工人的权益 众所周知，目前我国建筑市场属于发包人的市场。发包人在签订合同时往往把工程价款压得很低。工程承包后，有的承包人又常常以分包的名义把工程转包或者肢解分包，从中赚取差价。工程一旦转包或者分包，甚至层层转包或者层层分包，工程价款就必然层层相应降低，实际施工人约定取得的价款低于工程成本的情形就在所难免。笔者曾经代理过两起隧道施工工程案件，这两起案件承包人转包的价款还达不到工程定额预算甚至发包价款的一半，显然大大低于工程成本。[9]在此情形下，法释[2004]14号司法解释要求实际施工人一方面要保证工程质量，按合格的工程施工，另一方面又只能取得合同约定的价款，即取得低于工程成本的工程价款，这对承包人实际施工人来说，明显显失公平。
- 2、不能体现工程施工合同纠纷案件的专业性与科学性 工程施工合同纠纷案件是专业性很强的民商案件，许多专业问题都离不开鉴定。但法释[2004]14号司法解释却一味排斥鉴定。“解释”的制定者认为，“如果按照

工程定额或者建设行政主管部门发布的市场价格信息作为计价标准计算工程的造价成本，都需要委托鉴定。势必增加当事人的诉讼成本，扩大当事人的损失，案件审理期限延长，不能及时审结案件”；“参照合同约定确定工程款额符合签约时当事人的真实意思，且有利于保证工程质量，平衡双方之间的利益关系，便于人民法院掌握施行，对一部分案件而言，可适当简化程序，减少当事人诉累。”[10]这种为简化程序而排斥鉴定的观点，甚至置具有科学性、法规性、时效性等特点的工程定额[11]和建设行政主管部门发布的确定工程价款所必需的市场价格信息于不顾的做法，无异于是把高度专业、复杂的工程施工合同案件当作简单、普通的借贷案件处理，不能不说是以效率牺牲公正，以简单代替科学。这对解决工程合同纠纷案件的专业、复杂问题十分不利。

3、没有解决施工合同被撤销时的工程价款确定问题 现实生活中，不能排除发包人以欺诈、胁迫、乘人之危等手段与承包人签订合同，或者承包人因重大误解与发包人签订合同，导致合同约定的工程价款低于工程成本、承包人或者实际施工人请求撤销合同约定计价方式的情形。法释[2004]14号司法解释对此没有作出规定，无法解决司法实践中合同被撤销后工程价款如何确定的问题。

二、平衡工程发、承包双方利益关系又能保证工程质量的关键在于工程价款不能低于工程成本 在工程发、承包活动中，工程价款不得低于工程成本，这既是保证工程质量的需要，也是平衡工程发、承包双方权益关系的支点。即无论施工合同是否有效，既能保证工程质量，又能合理兼顾工程发、承包双方权益的在于工程成本，而非合同约定。这正是法释[2004]司法解释第二条所忽略的。（一

）工程价款不能低于工程成本的法律依据 《中华人民共和国招标投标法》第二十三条规定：“ 投标人不得以低于成本的报价竞标 ”。 《中华人民共和国建筑法》第十八条第一款规定：“ 建筑工程造价应当按照国家有关规定，由发包单位与承包单位在合同中约定。公开招标投标的，其造价的确定，须遵守招标投标法律的规定。 ” 国务院《建设工程质量管理条例》第十条第一款规定：“ 建设单位不得迫使承包方以低于成本的价格竞标 ”。 建设部、国家工商行政管理局《建筑市场管理规定》（1991年11月21日）第二十二条规定：“ 承发包合同的签订，必须严格执行国家和地方的价格政策、计价方法和取费标准。任何单位和个人都不得随意扩大计价的各项标准，不得任意压价、抬价或附加不合理条件 ”。 因此，不能低于工程成本承、发包工程，这是工程承、发包双方必须遵循的基本原则，也应是处理工程施工合同纠纷案件的一项基本原则。

（二）确定工程成本的理论及实证简述

1、国外或其他地区的工程成本确定方法

在英国，贸工部的建筑市场情报局和国家统计办公室共同负责收集整理并定期出版发行有关建筑相关信息和统计资料。工程造价信息的发布往往采取价格指数（ price indices ）、成本指数（ cost indices ）的形式。估价师根据价格指数或成本指数可以估算工程成本。

[12]在美国，“ 承包商的报价由工程成本和利润两部分组成 ”。美国的工程估价体系中，有一个非常重要的组成要件，即工程成本编码，由美国建筑标准协会（ CSI ）发布。

[13]在香港，“ 大部分投标者都是根据自己的造价成本加上利润作为投标价，在很多情况下，不同的投标者的造价成本有可能很接近，甚至一样，但是利润的估计不同 ”。香港

地区也发布工程成本指数和价格指数，分别依据建造成本和建造价格的变化趋势编制。其中最有影响的成本指数要属建筑署发布的建筑工料综合成本指数、劳工指数和建材价格指数。[14]也就是说，从国外或者其他地区的工程造价管理可以看出，工程成本的确定均有据可循。

2、我国工程成本的确定方法

建设部、财政部印发的《建筑安装工程费用项目组成》（建标[2003]206号）规定：建筑安装工程费由直接费、间接费、利润和税金组成。直接费由直接工程费和措施费组成：直接工程费是指施工过程中耗费的构成工程实体的各项费用，包括人工费、材料费、施工机械使用费；措施费是指为完成工程项目施工，发生于该工程施工前和施工过程中非工程实体项目的费用，包括环境保护费、文明施工费、安全施工费、临时设施费、夜间施工费、二次搬运费、大型机械设备进出场及安拆费、混凝土、钢筋混凝土模板及支架费、脚手架费、已完工程及设备保护费、施工排水、降水费等10项费用。间接费由规费和企业管理费组成：规费是指政府和有关权力部门规定必须缴纳的费用，包括工程排污费、工程定额测定费、社会保障费、住房公积金、危险作业意外伤害保险费；企业管理费指建筑安装企业组织施工生产和经营所需费用，包括管理人员工资、办公费、差旅交通费、固定资产使用费、工具用具使用费、劳动保险费、工会经费、职工教育经费、财产保险费、财务费、税金及其他等12项费用。利润是指施工企业完成所承包工程获得的盈利。税金是指国家税法规定的应计入建筑安装工程造价内的营业税、城市维护建设税及教育费附加等。建设部《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》（2001年11月5日）第五条规定：“施工图

预算、招投标底和投标报价由成本（直接费、间接费）、利润和税金构成。其编制可以采用以下计价方法：（一）工料单价法。分部分项工程量的单价为直接费。直接费以人工、材料、机械的消耗量及其相应价格确定。间接费、利润、税金按照有关规定另行计算。（二）综合单价法。分部分项工程量的单价为全费用单价。全费用单价综合计算完成分部分项工程所发生的直接费、间接费、利润、税金”。第十条规定：“对是否低于成本报价的异议，计标委员会可以参照建设行政主管部门发布的计价办法和有关规定进行评审。”第十二条规定：“合同价可以采用以下方式：……（三）成本加酬金”。根据建设部、财政部的上述规定，工程成本的构成及其确定十分具体、明确。也就是说，在施工合同纠纷案件中，工程施工成本的确定不仅有据可循，而且已经法定化。

3、司法实践中对工程造价成本认识的观点及误区 第一种观点认为，造价成本按照当年适用的工程定额标准由鉴定机构计算。理由是，国家没有对建筑工程的造价成本规定计算标准的情况下，建设部及各地建筑主管部门颁发的建筑工程定额标准，属于行业标准，应当参照执行。[15] 这种观点的误区在于：一是把国家颁发的工程定额标准和工程成本标准混为一谈。二者的区别在于，工程定额包含工程利润，工程成本不应包含利润；二是错误认为“国家没有对建筑工程的造价成本规定计算标准”。实际上国家对建筑工程的造价成本已经规定了计算标准，那就是工程成本包括工程直接费、间接费。第二种观点认为，造价成本按照建设行业主管部门发布的市场价格信息计算。理由是建设行政主管部门就计算工程造价成本制定的定额标准往往跟不上市场价格的变化，

而建设行政主管部门发布的市场价格信息，更贴近市场，更接近建筑工程的实际造价成本，有利于保护当事人利益

。[16] 这种观点的误区是把工程定额和市场价格信息相对立。实际上，工程定额“直接表现为完成每一单位建筑安装项目所消耗的人工、材料、施工机械台班数量及其基价的标准数值”，是一种“计价的依据”。[17]根据工程定额计算工程造价，必然需要根据当地市场价格信息，如地材价格信息。这一观点还有一个错误，就是只说明计算工程成本的价格依据，没有说明工程成本的计算范围。第三种观点认为，造价成本为合同约定的工程款中的直接费与间接费，不包括利润和税金，利润和税金为损失。理由是，因合同中对于工程款项的支付标准约定明确，便于人民法院对案件的审理，同时由于是当事人自行约定，利于当事人接受。但是，合同无效，承包方不应依据无效合同取得利益，故而不取得合同约定工程款中的利润。税金是履行合同应当缴纳的，无效合同的不得履行性，导致承包人不取得发包人支付的税金

。[18] 这种观点认为工程成本包括直接费和间接费是符合建设部规定的，但按照合同约定确定直接费、间接费的观点又有不妥。因为，如果合同约定后工程量发生变更，其中直接费、间接费也就相应变更；既然合同无效，其对直接费、间接费的约定也归于无效，直接费、间接费的数额就应根据有关规定据实确定。同时，这种观点认为“无效合同的不可履行性，导致承包人不取得发包人支付的税金”也有不当。既然合同已经履行，且发包人已经取得履行利益，再以“无效合同的不可履行性”作为发包人不支付承包人税金的依据难免强词夺理。至于发包人是否应向承包人支付税金，关键

是看承包人是否需要缴纳税金：对于建设单位向承包人发包的工程，不管合同是否有效，只要承包人取得工程款，就应向国家缴纳税金（即营业税及其附加），即使合同无效，发包人也应向承包人支付税金；对于分包或者转包的工程，由于承包人已经缴纳了税金，按税法规定，分承包人或者转承包人无需再缴纳税金，则分承包人或转承包人也就不存在取得税金问题。

三、施工合同无效或者被撤销但工程质量合格的工程价款确定应遵循的原则：补偿成本 过错赔偿

1、补偿成本 如前所述，能够确保工程质量并且平衡发、承包双方利益关系的是工程成本。施工合同无效或者被撤销后，由于承包人在施工过程中已将劳动和建筑材料物化到建筑产品中，返还财产已不可能，只能折价补偿已物化到建筑产品中的劳动和建筑材料价值，这一价值即施工成本。根据建设部《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》第五条的规定，施工成本应为工程直接费、间接费，其数额的确定可以根据《建筑安装工程费用项目组成》的规定，按照工程定额和相应的取费标准计取。

2、赔偿损失 合同无效或者被撤销，有过错的当事人应当承担缔约过失责任，赔偿对方的信赖利益损失。

[19]信赖利益损失的赔偿范围包括三个方面：

- 缔约费用。如为订约而赴实地考察的费用，为订约而支付的往来函电的费用；
- 履行费用。这又包括准备履行支出的费用和实际履行支出的费用，如为运送标的物或受领对方给付所支出的费用。
- 合理的间接损失。如由于信赖合同将要成立而与对方订立无效合同，从而丧失与第三人订立有效合同的机会而产生的损失。

需要指出的是：缔约过失的赔偿范围不同于违约损害赔偿的范围。缔约过失赔偿的范围仅限于信赖利益的

损失，即当事人因信赖合同有效和对方将履行而支付的费用和代价；违约赔偿的是期待利益的损失，即当事人通过合同履行所获得的利益（如履行利益和利润收入）。也就是说，在合同被确认无效或者被撤销以后，当事人所应获得的信赖利益的赔偿数额不应超过有效且得到实际履行的情况下所应获得的全部利益[20]。如果双方都有过错，应适用过错相抵原则，即根据双方的过错程度来确定其相应的赔偿责任。就工程施工合同而言，如果合同无效但工程质量合格，则承包人的信赖利益损失的赔偿范围应包括： 签订合同的费用； 工程施工的费用。其中应包括承包人收取工程款后向国家缴纳的税金； 间接损失。经鉴定确定合同约定的价款高于工程成本，即工程承包产生利润的情形下，该利润可视为承包人的信赖利益所得，由发包方赔偿。但根据无效合同的信赖利益赔偿范围不应超过有效合同期待利益赔偿范围的法理，承包人的间接损失仅限于工程成本和合同约定之间的差价；如果合同约定低于工程成本的，则不赔偿其利润损失。

3、适用规则 实务操作中，对“补偿成本 过错赔偿”的适用规则可由承包人通过诉讼请求确定，并进行选择： 如果承包人认为合同约定的价款高于工程成本和信赖利益损失，则可以直接请求发包人按照合同约定的数额或者计价方式支付工程价款，该价款直接视为成本补偿和过错赔偿数额； 如果承包人认为合同约定的价款低于工程成本和其信赖利益损失数额，则可以既请求补偿成本，又请求赔偿其信赖利益损失，但应当举证证明工程成本和信赖利益损失数额。

四、结语：法释[2004]14号司法解释第二条的修正 综上所述，鉴于法释[2004]14号司法解释第二条存在法理及实证上的缺陷，笔者

认为该条内容应作如下修正：工程建设施工合同无效，但工程经竣工验收合格或依法视为合格的，发包人应当参照合同约定向承包人或者实际施工人计付工程价款；承包人或者实际施工人举证证明参照合同约定计取的工程价款低于工程成本，发包人应当补偿承包人或者实际施工人工程成本；对承包人或者实际施工人在工程成本之外的其他损失，由双方当事人按过错承担责任。注释：[1][2]参见孙小光：《的理解与适用》，最高人民法院研究室等编：《公检法办案指南》，2004年第12辑（总第60辑）。[3]福建省高级人民法院《关于审理城市房地产管理法施行后房地产开发经营案件若干问题的意见》（闽高法[2000]361号）第22条。[4]最高人民法院审理上诉人贵州黔民水泥厂与被上诉人中国航空港建设总公司衡阳建设公司、中国航空港建设总公司工程施工合同纠纷一案，认为黔民水泥厂在与衡阳公司订立《建设工程施工合同》时尚未取得用地规划许可证和建设工程规划许可证，并在合同中设立垫资条款，合同无效，判决黔民水泥厂支付衡阳公司的工程款中扣除了定额利润。该案例详见王元翔编著：《建筑法案例精析》，人民法院出版社2003年7月第2版第1次印刷，第6～11页。[5]黄松有主编：《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》，人民法院出版社2004年11月第1版，第42页。[6]江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社2000年1月第1版，第221页。[7]王泽鉴：《民法总则（增订版）》，中国政法大学出版社2001年7月第1版，第479页。[8]《依法保护当事人权益 促进建筑市场健康发展——最高人民法院副院长黄松有就答记者问》，载2004年10月27日《人民法院报》。[9]这两起案件分别是福建省漳

州市中级人民法院终审的[2000]漳民终字第419号案、广州铁路运输中级人民法院审理的[2004]广铁中法民初字第10号案。

[10]黄松有主编：《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》，人民法院出版社2004年11月第1版，第37～38页。

[11]工程定额是国家根据各时期工程建设的实践，经测定、调查、测算确定的生产单位建设工程产品所消耗的人工、材料、机械台班以及有关费用的社会平均水平标准。定额由国家建设主管部门发布，具有法律性质。它以实物量和计算规则为主，具体由省、直辖市、自治区和国家有关部门结合本地区、本部门的实际和特点制定实施办法，各地区、各部门据以制定工程单位估价表、取费标准、概算定额等，并依此来编制确定工程造价。这就是我国长期以来实行的“定额计价”的工程造价管理制度。因此，工程定额具有科学性、实践性、法规性、系统性、统一性、稳定性和时效性。参见张月明等编：《清单计价及招投标660问》，中国市场出版社2005年1月第1版，第13～14页；张国珍主编：《建筑安装工程概预算》，化学工业出版社2004年7月第1版，第8～9页。

[12]参见郝建新：《工程造价管理的国际惯例》，天津大学出版社2005年1月第1版，第40～53页。

[13]同[12]，郝建新：《工程造价管理的国际惯例》，第82～93页。

[14]同[12]，郝建新：《工程造价管理的国际惯例》，第110～120页。

[15][16]同[10]，黄松有主编：《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》，第36页。

[17]张国珍主编：《建筑安装工程概预算》，化学工业出版社2004年7月第1版，第8页。

[18]同[10]，黄松有主编：《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》，第36～37页。

[19]有

关缔约过失责任及信赖利益损失的概念、适用规则等问题，参见王利明：《违约责任论》第十五章“缔约过失责任”，中国政法大学出版社1996年3月第1版、1997年8月第2次印刷，第594页以下。[20]参见李国光主编：《合同法释解与适用》（上册），新华出版社1999年4月第1版，第247页。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