

# 建设工程合同中常见付款方式的约定和效力

曹卜予

上海建工一建集团有限公司 上海 201100

**摘要:** 建设工程资金规模大,周期长,在项目运行过程中,资金支付一直是项目运行的重点难点。资金支付管理不良的施工企业,往往存在大量应收账款不能及时收回,同时对下属分包单位也容易垫付较多资金。因此,归纳总结一些建设工程合同中常见的付款方式,分析其效力,由于施工企业防范法律风险。

**关键词:** 建设工程;付款方式;质保金;背靠背条款

Agreement and effectiveness of common payment methods in construction project contracts

Buyu Cao

Shanghai Construction Engineering Group Co. LTD, Shanghai, 201100

**Abstract:** The scale of construction project funds is large and the cycle is long. During the project operation process, fund payment has always been a key and difficult point in project operation. Construction enterprises with poor fund payment management often have a large amount of accounts receivable that cannot be collected in a timely manner, and are also prone to making significant advances to their subordinate subcontractors. Therefore, summarize some common payment methods in construction project contracts, analyze their effectiveness, and prevent legal risks for construction enterprises.

**Keywords:** construction engineering; payment method; Quality assurance deposit; Back-to-back clause

## 一、建设工程合同的基本概念

建筑工程合同是当下建筑工程市场发展中所不可或缺的组成部分,良好的工程合同不仅是工程项目建设质量的保障,更能促进建筑市场良性运转。根据《民法典》第788条的定义,建筑工程合同是承包人进行工程建设,发包人支付价款的合同,包括工程勘察、设计、施工合同。建筑工程合同中综合包含了建筑工程建设前后所需要涉及的各方面人力、物力、财力、时间等各方因素信息,因此建筑工程合同的订立和实施总体具备复杂性高和风险性大的特点,因此在实际的合同订立和实施过程中,如何做好对建筑工程的合同管理就成了重要的工作。

## 二、合同管理在项目运行中的重要性

合同是经济活动参与主体之间达成的规则,当市场环境不断变化时,合同也应当根据实际情况适时调整。合同管理是一项复杂的过程,不但需要合同管理人员具备扎实的建设工程专业知识,还需要法律专业、财务专业等其他专业知识相互配合。从合同的洽谈、签订、到合同履行整个过程,企业的多个职能部门都需要参与进来。只有加强合同管理,才能适应市场的不断变化,规避潜在风险,维护自身利益。

## 三、合同付款方式的常见问题

### 1、付款前开票的前置条件及效力

#### (1) 一般情况

建设工程合同中常见的付款方式如下:“经发包人审核后,于下月20日前,向承包人支付当月已完成工作量的70%,发包人付款前,承包人需向发包人开具等额的增值税专用发票,否则发包人有权延期付款。”

常见的付款方式一般要求收款方先开具发票,待付款方收到发票入账后再行付款。如果遇到发包人现金流短缺时,为了拖延付款,发包人一般不催促承包人提供发票,甚至承包人主动开具发票,发包人也不予接收。承包人如果要求发包人支付工程款,发包人常以未收到发票为由拒付。

#### (2) 开具发票的义务性质

一些观点认为发票属于税务管理范畴,拒开行为应由税务机关负责管理,或应遵照行政法规处理。

还有一些观点认为,开具发票不属于建设工程施工合同中的主要义务,“不能以对方违反开具发票义务而提出拒绝付款。”从目前的法院判例来看,将开具发票义务认定为附随义务的情形最为常见。<sup>[1]</sup>

#### (3) 合同约定的效力

首先,如果合同没有约定开具发票是付款的先决条件,则付款一方的则不能以收款方未开票作为拒付理由。目前法律也没有不开具发票能产生付款抗辩权的规定,因此,一般认为付款方在没收到发票时,不能自然的拥有拒付的权利。

其次,如果合同将开具发票约定为付款的前提条件,只要不存在导致合同无效或可变更可撤销的情形,都应尊重合同双方的意思自治。收款方应按照合同约定,先提供发票,并承担与此对应的风险责任。

#### (4) 相关案例

(2022)苏0303民初9079号案,徐州市云龙区人民法院认为“关于被告以原告未开具发票作为拒绝支付工程款的先履行抗辩的事由是否成立。首先当事人双方并未约定最终付款以开具发票为前提条件,支付工程款和开具发票是两种不同性质的义务,二者不具有对等关系,开具发票作为合同的附随义务,不能对抗被告的付款义务。因此被告抗辩不成立。”

### 2、质保金的约定比例和支付方式

#### (1) 质保金的起源

2002年9月27日财政部发布的《基本建设财务管理规定》34条规定,建设单位按工程结算总额的5%预留工程质量保证金。这是最早规定工程质量保证金的条款。此后,在施工合同的签订过程中,工程质量保证金(保修金)的比例被约定为结算金额的5%。

2017年6月20日,建设部和财政部联合印发《建设工程质量保证金管理办法》,规定“发包人应按照合同约定方式预留保证金,保证金总预留比例不得高于工程价款结算总额的3%。合同约定由

承包人以银行保函替代预留保证金的,保函金额不得高于工程价款结算总额的3%”<sup>[1]</sup>。

但是在实际的施工合同,约定的质量保证金的比例高于3%的情况,比比皆是。

### (2) 质保金的约定比例

《建设工程质量保证金管理办法》由建设部和财政部联合颁布,属于部门规章,在效力上弱于宪法、法律、行政法规。

《立法法》第八十条:国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定规章。部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。因此,《建设工程质量保证金管理办法》作为部门规章具有法律效力。

《民法典》第一百四十三条规定: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。这说明,在民法典实施以后,要确认合同无效,不以地方性法规、行政规章为依据,只以法律和行政法规为准。

因此,在建设工程合同签订过程中,约定质保金的保留比例高于3%并不会导致合同无效,法院应当尊重合同当事人的意思自治。

[1]

### (3) 质保金的支付方式

常见的施工合同中,建设单位退还质保金一般有两个前提:1、双方的结算金额已达成一致;2、建设单位发现的质量问题已全部得到处理。但是质保期内,往往存在施工单位保修不及时,导致建设单位聘请第三方施工单位维修的情况。此时,建设单位在支付质保金时会要求扣除第三方维修费用,而该笔维修费用往往会成为合同双方争论的焦点。

在笔者处理的一个工程纠纷中,施工合同关于保修的要求十分苛刻,一是保修期可以随着缺陷维修结束的时间,向后顺延,条款如下“保修金的支付前提是竣工结算已完成且已发现的全部质量问题均已得到圆满处理,在保修金保留期结束前12个月内仍有缺陷维修的,那么尚未支付的保修金的保留期应延长至最后一次缺陷维修完成后12个月支付”。二是维修不及时则较为严酷,条款如下“承包人应在发包人委托的物管公司通知后12小时内到物管公司前台报告,报道后立即到现场查看,现场查看后8小时内提出书面处理意见.....保修过程出现如下情况之一的,发包人委托的物管公司有权直接进行处理,由此产生的人工费、材料费、发包人索赔和其他必要费用等由承包人按2倍金额进行赔偿。”

根据(2020)苏0591民初12330号民事判决书,法院认为第一项约定合理:“原被告双方关于质保金退还的约定不违反法律的强制性规定,合法有效,对双方有约束力.....被告最后一次缺陷完成时间为2018年12月23日,故被告可延长至2019年12月23日返还原告质保金”。法院为第二项约定不合理“合同双方约定的违约金过高,考虑到被告支出的维修费用损失已在质保金中扣除,维修费用占质保金比例较低,其他损失被告也未证明且显属于轻微,法院酌情确定被告支付违约金20000元”。

从法院的意见来看,关于质保金的保留期限,合同双方可以自

由约定,并无限制性条件。建设单位由于处在优势地位,往往会将质保金的保留时间尽可能的延长,因此施工单位在合同签订前,应充分考虑质保期延长带来的风险,避免因质量问题导致质保期延长而收不到质保金的情况发生。而关于维修不及时导致的建设单位的罚金或违约金,法院还是倾向于考虑建设单位的实际损失,酌情判定合适的金额,这也符合公平合理的原则。

### 3、“背靠背”条款的约定及效力

我国法律法规并没有明确的“背靠背”条款的具体规定,但是在分包工程施工合同的签订过程中,总承包单位经常要求分包单位确认,总承包单位支付分包工程款的前提,是已经收到业主支付的工程款。相似的表述有“以收到业主的工程款为前提”、“总包单位不向分包单位垫付工程款”、“按照业主付款方式同比例支付”。

#### (1) 有效说

合同签订双方均为具有相应民事行为能力的主体,背靠背条款属于合同双方的真实意思表示,根据我国“法无禁止即允许”的民法原则,该约定应当有效。

#### (2) 无效说

一些观点认为,分包合同属于总包单位和分包单位之间约定的合同,与建设单位无关,建设单位不享有分包合同的权利义务,分包单位也不享有总包合同的权利义务。“背靠背”条款将两种不同合同的权利义务串联在一起,违反了合同相对性。

还有观点认为,背靠背条款违反了公平原则。因为一般情况下,签订分包合同时,总包单位是不会向分包出示总包合同的,也不会将总包合同作为分包合同的附件。分包单位对于总包合同中的付款方式,付款比例均不了解,分包单位不能预见或者控制总包单位收款的风险。因此,在该情况下要求分包单位承担总包单位的收款风险属于违反公平原则。

#### (3) 背靠背条款的失效

关于分包合同无效或者总包单位恶意串通建设单位,拖延支付分包工程款的情况,当然会导致背靠背条款无效,本文不予赘述。从许多案例来看,法院对总包单位是否怠于向建设单位行使催讨工程款的权利总是严格审查。例如,总包单位在工程款到期后是否及时履行催告义务、建设单位的工程款是否注明用途,总包单位是否按照建设单位付款比例同比例支付分包工程款等等。<sup>[4]</sup>

### 四、结语

建设工程项目花费高、耗时长,这就要求我们签订合同时保持严谨审慎的态度。合同条款多种多样,付款方式如何约定对合同履行过程的风险控制至关重要。结合项目运行的实际状况,审慎制定合同条款,是施工行业商务管理人员恒久不变的工作重点,也是推进企业高质量发展的必经之路。

### 参考文献:

- [1]胡明明.论开具发票义务与付款抗辩权之间的关系[D].郑州大学.硕士.2020.
- [2]朱文博.土地一级开发项目模式优化研究——以青岛市X片区改造为例[D].青岛大学.硕士.2018.
- [3]刘贵祥.民法典适用的几个重大问题[J].《人民司法》.2021-01-05.
- [4]张海宝,赖箴,张鸣之.建设工程合同中“背靠背条款”的性质与效力[J].《中国律师》.2022(7):72-74.