

法律知识学习园地



——建设工程“黑白合同”法律实务研究

2015年第4期

主编：盛惊宇

编辑：兰腾

局（沪）法律事务部 主办



正文

一、概念的厘清：黑白合同的定义

建设工程领域的“黑白合同”又称“阴阳合同”，相信大家都耳熟能详，其实“黑白合同”并不是法律术语，目前我国法律也未对其特点进行描述。2003年《全国人大常委会执法检查组关于实施情况的报告》中，首次在正式文件中使用“黑白合同”的概念，但该报告没有对黑白合同进行定义。

因黑白合同的出现，将导致工程款结算不以双方实际履行的合同为准，对合同双方特别是承包方存在较大风险，同时也会损害其他人利益、扰乱市场秩序，因此自黑白合同自出现就备受政府监管部门及承、发包方的重视。

目前实践中黑白合同进行的表述，多是对社会现象的概括。但我们发现，因为种种原因黑白合同的外延被扩大，将违法招投标和黑白合同混为一谈，因此对黑白合同概念的准确把握，是对其进一步研究和风险防范的前提。

（一）产生的前提

黑白合同产生，必须同时具备以下三个条件：

1. 黑白合同只在经过依法招投标程序并且将中标合同备案的建设工程施工合同履行过程中产生，未经过招投标或违法招投标导致中标无效，均不会产生黑白合同。

2. 白合同合法有效，且黑合同在确定中标人之后形成，才产生黑白合同。

3. 黑合同对经过备案中标合同进行实质性变更才能产生黑白合同。

（二）定义的解释

1. 黑白合同是指建设工程施工合同的当事人，经过依法招投标程序，在确定中标人之后，另行签订了与中标的备案合同实质性内容相异的合同。中标的备案合同称之为白合同，对白合同进行实质性变更的合同称之为黑合同。

对黑合同进行否定性评价的法律依据是《招标投标法》第四十六条第一款“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议”。

那么，对于非必须招标的工程，当事人也没有自主招标，而是依据政府部门的要求将建设工程施工合同备案，实际履行了与备案合同实质性内容相异的合同，也不会形成黑白合同；当事人经过自主招标程序，在确定中标人后另行签订了与中标的备案合同实质性内容相异的合同，是否形成黑白合同，各地处理意见不同。

在确定中标人之前形成实质性协议，实际上违反《招标投标法》第四十三条“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”，该行为自然影响到中标结果，根据《招标投标法》第五十五条中标无效，协议以及中标备案的合同均无效。

2. 白合同是指经过招标投标程序，招标人和中标人按照招标文件和投标文件订立并经过备案的合同。

备案合同不一定是白合同。首先，如前所述非必须招标、也没有自主招投标，仅应政府部门要求备案的合同，不存在黑白合同；其次，经过招投标程序，订立并且备案的合同对招标文件、投标文件内容进行实质性变更的，该备案合同也不是白合同。

3. 黑合同是指经过招标投标程序，形成于确定中标人之后，对中标的备案合同进行实质性变更的合同。

对白合同的变更，并不一定形成黑合同。根据《合同法》第七十七条的规定，“当事人协商一致可以变更合同”，《招标投标法》第四十六条实际是对合同变更的限制，在其限制范围之外，双方协商一致对白合同的变更属于合法变更。

二、问题的展开：黑白合同的认定

（一）关于非必须招标工程的黑白合同认定问题

1. 经过自主招投标程序的黑白合同问题。

北京、江苏、山东等多省市高院意见均认为，经自主招标工程确定中标人后另行签订与中标备案合同实质性内容不同的合同的，该合同为黑合同。但安徽高院和绍兴中院持不同意见，《安徽高院审理施工合同纠纷指导意见（二）》第七条“不属于依法必须招投标的建设工程，发包人与承包人另行签订并实际履行了与备案中标合同不一致的合同，当事人请求按照实际履行的合同确定双方权利义务，应予支持”；绍兴市中级人民法院民事审判庭《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见（实行）》第十条“……法律、行政法规未规定必须进行招投标的建设工程，当事人实际履行的建设工程施工合同与备案的中标合同实质性内容不一致的，可结合案件实际、衡平当事人利益予以认定”。该两种意见的依据可能是自主招标，在备案合同之外另行实质性内容不同的合同并不违反法律禁止性规定，属于当事人意思自治的范畴，只不过绍兴中院对该行为进行了模棱两可的认定。

《招标投标法》第二条规定“在中华人民共和国境内进行招标投标活动，适用本法。”，我们认为，既然进行自主招标，便受该法第四十六条的约束，招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。同时，《招标投标法》的目的在于规范招标投标活动，保护国家利益、社会利益和招标投标活动当事人的合法权益，其保护的不仅是当事人自身的利益，更是对社会招标投标市场的规范，关系到不特定投标人的利益，涉及市场竞争秩序的维护。因此，非必须招标工程进行自主招标的，确定中标人后另行签订了与中标的备案合同实质性内容相异的合同，该合同为黑合同。

2. 未经招投标程序自主将施工合同备案的黑白合同认定问题。

当事人没有自主招投标，而是应主管部门的要求为办理施工手续（如取得建设工程施工许可证）等将施工合同备案，在备案合同之外当事人还签订了其他实际履行的合同，该行为不受《招标投标法》约束，而受《合同法》及《民法通则》调整。

无论必须招标工程还是非必须招标工程，备案并不是施工合同生效的条件。对于非必须招标自主备案后另行签订合同，该两份合同的效力、合同的变更及履行等应由《合同法》及《民法通则》认定，不会产生黑白合同问题。

（二）关于协议签订时间的黑白合同认定问题

1. 以“签订中标合同”还是“确定中标人”为分界线。

完整的招投标程序主要由招标、投标、评标、确定中标人并发送中标通知书、签订合同几个阶段组成。实践中，一般以签订合同为分界线作为讨论协议在合同签订前后的黑白合同问题，姑且不论合同签订前的形成协议是否是黑合同问题，我们认为应当以确定中标人为分界线来讨论协议的形成时间。

中标人确定后，招标人应当向中标人发出中标通知书，招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。也就是说，在确定中标人到签订合同起码有三十天法律允许的时间，以确定中标人为分界线，可以理清两个问题：其一，在合同签订之前，但在确定中标人后形成协议，不属于虚假招投标。因为这个时间段形成协议，不会影响中标结果，不能依据《招标投标法》第五十五条认定中标无效；其二，备案的合同并非一定是白合同。确定中标人到签订合同之间还会存在变数，法律规定应当“按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同”，如果当事人订立并备案的合同对招标文件和投标文件进行了实质性变更，备案合同不能认定为白合同。

2. 以确定中标人为分界线，前后签订协议的黑白合同问题。

如前所述，在确定中标人之前签订协议，实际上是“招标人违反本法规定，与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判的”的最直接表现，自然会影响到中标结果，应当依据《招标投标法》第五十五条认定中标无效，则签订的协议以及依据招投标文件订立的合同均无效，不存在所谓黑白合同。

在确定中标人后，当事人签订的协议对招投标文件或备案合同进行实质性变更的，应当认定为黑合同。

（三）关于实质性内容变更与合法变更的黑白合同认定问题

合同变更，是合同主体之间协商一致，对合同内容予以改变的行为。《合同法》第七十七条规定“当事人协商一致，可以变更合同。法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定”，可见变更合同是法律赋予合同主体的一项基本权利。但《招标投标法》对于经过招投标程序的合同变更进行了限制，即不得变更合同的实质性内容，认定“实质性内容”变更的传统方法无法适应实际发展，准确界定实质性变更和合法变更应当从变更主体、变更目的、

变更的表现形式等方面出发：

1. “实质性内容”变更认定的传统方法。

何为实质性变更？传统的界定方法一般从范围和标准两个维度出发，只要同时符合这两个维度即可认定为实质性变更。范围即涉及工程价款、工程质量、工程工期三方面的变更，标准即工程价款的变化达到一定的幅度，具体幅度多少没有统一的标准，需要根据各地的情况、司法实践和个案加以认定。江苏省一般参照是否超过备案合同的1/3以上。

我们认为这种认定方法的出发点在于建设工程合同当事人权利义务的核心条款是工程价款，而工程量、建设工期、施工质量的变化均会导致工程价款的变更，且工程建设是一个复杂并且漫长的过程，合同履行过程中有诸多的不确定性均会引发合同范围、履约方式的变化从而导致工程价款波动，但因工程招投标前已进行勘查、设计、招标文件编制等，工程量相对确定，变化幅度以合同总价1/3为限。但该方法已经难以应对迅速变化的建筑市场，为了更全面有效的遏制黑白合同，应对传统方法进行发展。

2. 对传统“实质性变更”认定方法的发展。

认定是实质性变更，不能仅仅以变更结果为导向，同时要综合考虑到主导变更的主体、变更目的、变更的时间段等，还要注意实践中不断涌现的新型表现形式：

一般来讲合同变更是双方协商一致的结果，但实践中往往由强势方主导。强势方地位并非自始至终稳固，建设工程施工合同签订直至承包方进场施工前，发包人有着绝对的强势地位，但承包方进场后，随着施工的进展，双方的地位慢慢平衡，甚至双方地位反转。因此，“黑合同”的主导方并非都是发包人，承包人也是不可忽视的一方。如果合同变更发生在中标合同订立前或者履行（施工）前期，主导方往往是发包人；如果发生在合同履行（施工）的中后期，主导方可能是承包人。

合同变更的目的，对招标人而言有三个方面的：其一，减少工程价款支付。最直接的表现形式为变更中标备案合同约定的工程价款、计价方式、施工工期、工程质量等。但随着国家对黑白合同打压力度的加大，规避审查的变相变更方式应运而生，主要变为不直接变更中标备案合同条款，而是另行签订协议约定中标

人以明显高于市场价格购买承建房产、捐建建设住房配套设施、让利、向建设方捐款等，实质上也是减少工程价款支付；其二，减少税费承担。为了少交税费，故意压低中标备案工程价款；其三，套取银行贷款。与少交税费压低白合同价款不同的是，为获取更多的银行贷款故意抬高白合同中约定的工程价款。对于承包人而言，变更合同主要为了获取更高价款或者减免责任承担，主要表现为变更工程价款、计价方式、施工工期、工程质量等。

3. 合法变更的认定。

当事人协商一致，对备案的中标合同实质性内容之外的条款和约定进行变更的，只要不违反法律、行政法规的强制性规定，应当属于合法的变更。那么，除此之外，任何对实质性内容的变更均是违法呢？其实不然，满足以下条件，对实质性内容进行变更也是合法有效的：

首先，合同履行的客观情况发生了合理的重大变化。建设工程施工具有参与主体多、施工周期长、政府监管严等特点，受自然因素、市场因素、政策因素等影响较大，施工过程中往往会发生客观情况的根本性改变。比如施工过程中因设计变更、规划调整、不可抗力等客观原因都可能导致工程量增减、质量标准或者施工工期发生较大变化。其次，当事人协商一致。变更并非因为某一方处于强势主导发生，是双方当事人协议一致的真实意思表示。只有同时具备以上两个条件，对实质性内容的变更才是合法的变更。

对于客观情况发生重大变化的是否合理的甄别，可以从可预测性和变更的时间两方面来考虑。如果客观情况发生变化是难以预测的，则变更的合理性大；对于变更的时间，比如设计变更问题，一般应当发生在施工过程中，因为地质、市场变化等因素导致施工条件无法满足原有设计或者原有设计建造成本较高等需要进行变更。如果设计变更发生在施工方进场之前或者施工前阶段，则可能存在黑白合同嫌疑。

（四）关于违法招投标导致中标无效和黑白合同的区别

中标无效和黑白合同，均是违反《招标投标法》的结果。黑白合同不会导致中标合同无效，而中标无效会导致中标合同无效。

黑白合同，是因当事人违反《招标投标法》第四十六条的规定即招标人和中标人订立背离中标合同实质性内容的其他协议，但该种违法行为不会导致中标无

效，因此不会影响中标合同的效力。根据《招标投标法》的规定，有六种违法情形会导致中标无效，其中在确定中标人前，招标人与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判是实践中被认定中标无效较为常见的情形。中标无效的，根据最高院《施工合同司法解释》第一条规定，应当认定建设工程施工合同无效。

三、法律后果：黑白合同的处理

前面对黑白合同概念的厘清是为了认定黑白合同，认定黑白合同后最终也是最重要的就是如何处理黑白合同。

（一）黑白合同的结算

1. 一般的结算规则。

结算是处理黑白合同的核心问题。只要黑白合同经过准确认定后，即可按照最高院《施工合同司法解释》第二十一条的规定，以备案的中标合同作为结算工程价款的依据，对此全国各高院意见并没有不同意见。浙江省高院进一步规定，“不论该中标合同是否经过备案登记，均应按照最高院《施工合同司法解释》第二十一条规定，以中标合同作为工程价款的结算依据。”

2. 例外情形。

需要特别注意两点例外的情形：其一，是司法解释第二十一条适用的例外情形，如果确定中标人后，当事人订立并备案的合同对招标文件和投标文件进行了实质性变更，则该备案合同不应当被认定为白合同，更不能作为结算工程价款的依据。对此，深圳中院《关于审理建设工程施工合同若干问题的意见》第17条明确规定“当事人就同一工程签订的建设工程施工合同的实际内容与招标文件不一致发生争议的，应当以招标文件规定的计价方法或计价标准结算工程价款。”；其二，有观点认为司法解释第二十条只适用于双方因为黑白合同发生争议时以哪一份合同为结算依据，解决的是双方工程结算未达成一致且未结算完毕的情形，如果双方在结算确认书上签字，尤其是结算完毕的情况下，不再适用，司法实践中有相应的判例，如（2010）沪一中民二（民）终字第2617号民事判决。

（二）黑合同效力认定

在司法实践中，当案件涉及黑白合同问题时，往往会认为黑合同无效，黑合同是否必然无效？

1. 认定无效的法律依据。

《合同法》第五十二条第五项规定“违反法律、行政法规的强制性规定”的合同无效。《合同法司法解释二》第十四条规定合同法第五十二条第（五）项规定的“强制性规定”，是指效力性强制性规定。

黑白合同，违反的是《招标投标法》第四十六条第一款“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离实质性内容的其他协议”，而对于违法本条款的法律后果按《招标投标法》第五十九条规定，仅承担“责令改正”或者“罚款”的行政责任。因此不能认定该条款是效力性强制性规定，应当认定为管理性强制性规范。

2. 《施工合同司法解释》没有认定黑合同无效。

《施工合同司法解释》第一条对同样违反《招标投标法》即“建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的”明确规定中标无效，而第二十一条规定“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依据”是对黑白合同的认定，该条文并没有涉及哪一份合同的效力，仅明确了以哪一份合同作为结算工程款的依据。

3. 黑合同非结算条款的效力。

司法解释第二十条的规定，排除了黑合同中结算工程款条款的适用，对于黑合同的其他条款，特别是对白合同的约定进行明确或者解释的条款，只要不违反法律、行政法规的强制性规定，就应当认定有效。

四、律师支招：黑白合同的风险防范

（一）实践中黑合同形成背景

实践中黑合同的形成基于建筑市场不规范以及“僧多粥少”发包人的强势地位，以至于签订黑合同成为行业潜规则。我们观察承包人签订黑合同签订的背景不尽相同，但可以归纳为两类：

1. “默契配合型”。

双方认为白合同是为政府监管需要而走的形式，并不实际履行。中标后，双方会就黑合同进行协商并实际履行，这已是双方合作的惯例。而且相当一部分承包人按照此“惯例”行走江湖数年或者数十年并无闪失，尽管他们对于黑白合同

产生的纠纷有所耳闻，但均会认为这是合同的“商业风险”，只要双方不产生“意外”，黑合同履行结束双方也会相安无事。

该种类型常见于承包人和发包人存在长期的合同，已经形成了合作默契，而且工程的招标形式也多为邀请招标。

2. “被逼无奈型”。

承包人中标后，迫于发包人的甲方地位，承包人往往敢怒而不敢言，与之签订损害己方权益的黑合同。

该种类型一般是承包人和发包人之前没有合作，没有形成信任基础，工程的招标形式多为公开招标。

（二）黑白合同风险防范

黑白合同对于合同双方影响最大的无非是工程款结算，建设工程一旦出现黑白合同，则最终工程款的结算将以备案的白合同为依据。承包人可能误认为，既然按照白合同结算工程款，岂不是对于承包人非常有利。事实上并非如此，如果发包人为减少规费而在备案合同中压低价格，这样按照备案合同结算是对于承包人非常不利的。因此，对于黑白合同法律风险防范，应当着力于纠纷发生后作为工程款结算依据的白合同签订过程中的风险防范。

1. 转变观念，注重白合同签订。

如上所述，黑白合同在建设工程领域普遍存在，实践中承包人往往对白合同（行业内也称之为“大合同”）不够重视，反而对补充协议的签订更加用心。对于默契配合型承包人而言，因为双方一般的惯例履行黑合同，因此黑合同是其关注的焦点；对于被逼无奈型承包人而言，因双方最终履行的将是黑合同，为了避免利益的再次受损，承包人对黑合同的签订也格外重视，对维护己方利益做最后的努力。

承包人对黑合同条款的严防死守，往往起不到实际作用，因为一旦发生纠纷将按照白合同结算，因此承包方要转变观念，在订立白合同时合同条款的约定一定要对自己有利。

2. 厘清概念，区分违法招投标和黑白合同。

确定中标人前签订协议的，属于违反《招标投标法》第五十五条规定属于违法招标，影响中标结果的应当认定中标无效。这时候，不存在黑白合同问题，双

方签订的协议以及之后备案的中标合同都是无效的，尽管承包人在协议或者备案合同订立时全力维护了己方的合法权益，最终随着合同的无效全部成为无用功。

实践中还可能发生的问题是，尽管协议签订是在确定中标人之后，但是协议没有写明日期，发包人拿到协议后倒签日期至确定中标人之前，从而导致中标无效。因此，承包方如果要保证备案合同有效，签订协议或者出具承诺书时一定要写明日期，防止日期倒签。

3. 维护权益，合同变更后及时备案。

合同备案不是合同生效的条件，合法的变更即便没有进过备案也具有法律效力，经过备案的合同一般可以认定属于双方真实意思表示，所以经过备案后能够在一定程度上避免双方后续的争议。

当然，并不是所有的变更都需要备案。例如工程施工过程中的一些变更、签证，形式上来讲也是对合同的变更，这些小的变更在施工过程中司空见惯，属于极为正常的变更，经过建设、设计、监理、施工单位签署即可。但对于合同实质性的变更，或者施工过程中不寻常的较大的变更，建议承包人积极办理备案手续，以免工程完工结算时双方产生争议。

4. 入乡随俗，了解当地司法实践。

建设工程领域法律问题的处理地域性色彩较浓，各省市高级人民法院基本都有建设工程施工合同纠纷审理的指导意见，甚至很多地方中级人民法院也有指导意见，各地指导意见以及司法实践对相同的法律问题可能会有不同的认定和审理思路。特别是《民诉法司法解释》确定建设工程施工合同适用专属管辖，因此承包人要入乡随俗，充分了解工程所在地的司法实践。

以非必须招标工程经过自主招投标后的黑白合同认定问题为例，北京、江苏、山东等多省市高院意见均认为，经自主招标工程确定中标人后另行签订与中标备案合同实质性内容不同的合同的，该合同为黑合同，但安徽省高院指导意见持相反意见。

五、小结

黑白合同是建设工程领域较为普遍的实际问题，因其具有复杂性和隐蔽性对于如何认定以及处理实践中存在不同观点。正确的认定和处理黑白合同，应当准黑白合同概念有准确的界定，区分其与违法招投标的差异；同时对其认定要结合

市场发展变化的实际，如对于实质性变更问题的认定；另外，特别是施工合同纠纷专属管辖后，要准确把握各地司法实践的差异。