

论建筑工程领域下“阴阳合同”的效力认定

——兼议《招标投标法》第46条

胡 创

天津大学法学院，天津

收稿日期：2023年12月7日；录用日期：2024年1月10日；发布日期：2024年1月23日

摘 要

“阴阳合同”的现象在建筑工程领域屡见不鲜，屡禁不止，已经成为国家经济、文化乃至政治发展的“毒瘤”。然司法实践中，法院对于“阴阳合同”的效力认定举棋不定，甚至出现“同案不同判”的司法乱象，即使最新出台的司法解释(一)第一条第三项对“阴阳合同”效力认定给出了裁判规则，但其涵摄内容有限，并未从根本上发挥定纷止争的功能。此外，《招标投标法》第46条的性质和该条中实质性背离的认定仍然不够明确，亟待解决。基于此，文章以“阴阳合同”的成因为问题导向，明确第46条的性质认定，明晰实质性背离的正向认定和反向排除，最后以“阴阳合同”成立时间为依据，将建筑工程领域下“阴阳合同”划分为“先阴后阳”和“先阳后阴”两种类型，对各自类型下的合同效力给出认定，以推动司法裁判统一和维护司法公正之良象。

关键词

阴阳合同，合同效力，招标投标法第46条，实质性背离

On the Validity of “Yin-Yang Contract” in the Field of Construction Engineering

—Discussing Article 46 of the *Tendering and Bidding Law*

Chuang Hu

School of Law, Tianjin University, Tianjin

Received: Dec. 7th, 2023; accepted: Jan. 10th, 2024; published: Jan. 23rd, 2024

Abstract

The phenomenon of “yin-yang contract” is common in the field of construction engineering, and it

has become a “cancer” in the national economic, cultural and even political development. However, in judicial practice, the court is uncertain about the validity determination of “yin-yang contract”, and even appears the judicial chaos of “different judgments in the same case”. Even though the third item of Article 1 of the latest judicial interpretation (I) gives the judgment rules for the validity determination of “yin-yang contract”, its content is limited, and it does not fundamentally play the function of settling disputes. In addition, the nature of Article 46 of the *Tendering and Bidding Law* and the identification of material deviation in that article are still unclear and need to be resolved. Based on this, this paper focuses on the cause of “yin-yang contract”, clarifies the identification of the nature of Article 46, and clarifies the positive identification and reverses exclusion of substantive deviation. Finally, based on the establishment time of “yin-yang contract”, the “yin-yang contract” in the field of construction engineering is divided into two types: “first Yin and then Yang” and “first Yang and then Yin”, and the validity of the contract under each type is confirmed. To promote the unity of judicial adjudication and safeguard the good image of judicial justice.

Keywords

Yin-Yang Contract, Validity of the Contract, Article 46 of the Tendering and Bidding Law, Material Deviation

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的引出

“阴阳合同”，又称“黑白合同”系指双方当事人基于某种利益的考量，对于同一合同标的物签订了价款存在明显差额或者履行方式存在差异的二份及以上的合同，其中一份作了登记、备案等公示，名为阳合同；另外一份及以上合同仅为双方当事人所知晓并持有，名为阴合同^[1]。“阴阳合同”在建筑工程领域下则表现为建设单位与施工单位就同一标的工程签订了两份及以上内容具有实质性差异的建设工程合同，其中一份完全履行了招投标的流程，并进行了行政备案登记，称为“阳合同”；另外一份及以上则是双方当事人私下签订的与中标内容存在实质性变化的“阴合同”，表现在工程项目的工程造价、建设工期、工程质量、竣工验收的履行期限和方式等方面与中标合同大有径庭。“阴阳合同”的效力认定在司法实践中常常出现举棋不定的现象，其原因在于司法实务对于《招标投标法》第46条¹的性质认定不明，从而导致“阴阳合同”效力认定举步维艰。例如：在淮北双林工贸与河南三建买卖合同纠纷案中²，法院认定《招标投标法》第46条属于效力性强制规定，违之无效，认为双方当事人在补充协议中关于原告向需方返还货款额的10%的约定，变相降低了招标价格，背离合同实质性内容，属于无效条款。而在山东民生建设与林芝华庭房地产公司建设工程施工合同纠纷中³，法院则认定依据《招标投标法》第46条属于管理性强制规定，其认定理由在于，既然《招标投标法》第59条⁴对于禁止事后实质性背离的违反，仅仅给予行政处罚，并非正向否认合同效力，据此推导出第46条为管理性强制规定。其二原

¹《招标投标法》第46条中规定，“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”。

²淮北市双林工贸有限公司与被告河南三建建设集团有限公司买卖合同纠纷民事一审民事(2021)皖0604民初1803号。

³山东民生建设有限公司与林芝华庭房地产开发有限责任公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书[(2018)藏民终6号]。

⁴《招标投标法》第59条中规定：“招标人与中标人不按照招标文件和中标人的投标文件订立合同的，或者招标人、中标人订立背离合同实质性内容的协议的，责令改正；可以处中标项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款”。

因在于对《招标投标法》第 46 条中的实质性变化的认定标准莫衷一是，认定结果盖然性地取决于法官的自由裁量，从而极易产生同案不同判的风险，因此本文针对上述争议、从“阴阳合同”的成因、表现类型为出发点，以《招标投标法》第 46 条性质认定和“实质性背离”认定为着重点，对“阴阳合同”的效力展开论证。

2. 建筑工程领域下“阴阳合同”的成因分析

阴阳合同在建筑工程领域屡见不鲜，屡禁不止，笔者分析从立法角度、执法角度和社会心理学角度三个方面展开分析。

2.1. 法律规定的缺憾

从立法角度，自改革开放以来，国家经济发展较为迅速，经济活动较为活跃，但法律为符合公民的可预见性，表现较为稳定性，导致经济活动的灵活性与法律的稳定性存在一定的矛盾，经济基础和法律制度不相匹配，从而出现立法漏洞，市场行为缺乏法律规范，投机行为便见缝插针并在市场经济活动中蔓延开来，损害市场的健康运行。从法律规范本身角度，《招标投标法》第 59 条仅仅规定禁止事后实质性背离的行政处罚措施，并未对违反该行为产生的合同效力予以说明，导致很多学者和法官认为《招标投标法》第 46 条仅仅是一种管理性强制规定，而有些学者从该法第 46 条的所内涵的公平、公正和公开的原则为出发点，结合《招标投标法》的立法宗旨，认定该条之规定实属一种效力性强制规定，从而导致依据《招标投标法》第 46 条和 59 条，可以推导出不同的结论，这是立法层面的缺憾[2]。

从司法解释角度，《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)》(以下简称解释一)第 2 条规定：“招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。”对于该司法解释，一方面仅仅规定了当两份合同不一致时，两份合同适用优先力的问题，回避了两份合同效力认定之关键问题；另一方面，当实质性背离是基于某种合理理由，为了平衡双方利益而不得已作出调整时，是否仍然以中标合同所规定的权利义务为准；此外，该条对《招标投标法》第 46 条规定的实质性内容作出了解释，但该解释仅仅规定了要素的“质变”范围，对于是否将“量变”程度也作为一种考量因素纳入实质性背离认定标准中无具体说明，导致司法实务中对实质性背离的认定标准出现了歧义。

2.2. 行政监管不力

从执法角度，《招标投标法》第 3 条⁵将一些公益性民生工程、国家融资项目等纳入强制性招标范围，其目的是合理地配置资源、保证标的工程质量以及保障公民安全。《招标投标法》第 46 条，实际上是对民商主体私法自治的一种行政干预，通过适当地限制私权利，从而更好地维护国家利益和公共利益。然则当前的行政监管仅仅是一种形式监管，并没有在实质上发挥行政监管的作用。行政监管的功能仅限于合同源头，也即虽然法律规定了相关标的工程必须通过招标形式承包，并且需要对中标合同进行行政备案，但是对于中标合同的实际履行过程却存在行政监管的缺失，尤其是审计监督方面的缺失。正是由于合同履行过程中，缺乏行政监管或者第三方中立机构的监管，导致当事主体通过采取订立阴合同的方式来架空阳合同，使得“招标”流程流于形式，无法发挥监督作用。

⁵《招标投标法》第 3 条中规定：“在中华人民共和国境内进行下列建设工程项目包括项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：(一)大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；(二)全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；(三)使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。”

2.3. “目标置换效应”的内化

从社会心理学角度，“阴阳合同”的出现可能源于招投标人的目标置换效应的内化。目标置换效应系美国管理学家约翰·卡那提出，系指人们在目标追逐的过程中，渐渐迷失了本性，丧失了初衷(追逐目标)，而让方法、技巧、程序的问题占据了一个人的心思[3]。也即投标人或者招标人受利益驱使，一位追求利益最大化，放弃了建筑行业的超功利性，渐渐遗忘了其追逐的目标是如何高质量、高水平、高标准、合法且合规地完成标的工程，促进民生发展。对于有些发包方而言，将建筑工程当作其追求利益最大化的“摇钱树”，违规发包、肢解发包，非法转包，置民生工程之质量和安全于不顾。对于有些承包方而言，在自身无资质的情况下借用他人资质承包项目，或者低资质的承包人借用高资质进而承接高资质标的工程，从而导致“豆腐渣工程”现象频发，一方面导致资源严重浪费，另一方面严重危害社会公共安全。

3. 《招标投标法》第46条的理解与适用

3.1. 第46条效力性与管理性强制规定之辩

在认定“阴阳合同”效力的过程中，不可避免地会涉及到该条的性质认定，也即其属于管理性强制性规定抑或效力性强制规定。按照《九民纪要》的观点，当强制性规定涉及到市场秩序等公序良俗，例如违反招投标等竞争性缔约方式订立的合同时，该强制规定应当认定为效力性强制规定。《招标投标法》第46条旨在规范招投标活动，保护招投标当事人的利益，保障标的工程质量，如果任由当事人随意更改合同，则会架空招投标流程，使招投标流程流于形式，导致“阴合同”的订立时仅通过双方主体的意思表示订立，规避了招投标流程竞争形式，剥夺了其他投标人的竞争机会，损害了投标人的合法权益，违反了公平、公正、公开原则，同时威胁到民生工程的质量。据此，《招标投标法》第46条应当认定为效力性强制规定。

3.2. 第46条之限制变更义务与《民法典》第543条之合同变更权利的关系梳理

《民法典》第543条⁶规定赋予了民商事主体合同变更权，但是《招标投标法》第46条则施加给当事人合同变更的限制义务，有观点认为《招标投标法》第46条在一定程度上剥夺了当事人的合同变更权。笔者认为《招标投标法》第46条与《民法典》第543条不是彼此限制而是二元并存、相辅相成的关系，并从以下三个方面展开论述：

1) 从法律文件的效力等级角度考量。首先，《民法典》和《招标投标法》皆是由全国人大及其常委会制定的法律，效力等级一致，不存在上下之分。其次，《民法典》第11条⁷规定了特别法优于一般法的适用原则，即使当《招标投标法》与《民法典》对同一权利义务规定不一致时，《招标投标法》第46条对《民法典》543条合同变更权的施加了限制，这也是特别法优于一般法的适用原则的合法表现。

2) 从合同变更的实质角度考量。合同变更在理论上具有广义(主体和内容皆变化)和狭义(仅内容变化)之分，我国法律采取的是狭义合同变更主义，也即合同变更系指权利主体不变，仅合同中的权利义务发生变化。在明晰合同变更的内涵后，还需要对合同变更和合同更改进行区分。周林彬教授在《比较合同法》中提出，合同的变更必须是非要素变更，这是区分合同变更和合同更改的关键。合同更改，又称为合同债务的更替，它不是使债权债务发生转移，而是消灭旧的债权债务，设定新的债权债务。通俗而言，合同更改就是以新合同代替旧合同[4]。韩世远教授进一步指出当合同内容中的债的要素发生了变化，给付关系之重要部分随之发生了变化，则合同关系失去了同一性，此为合同更改；当合同内容中的非要素

⁶《民法典》第543条中规定：“当事人协商一致，可以变更合同”。

⁷《民法典》第11条中规定：“‘其他法律对民事关系有特别规定的，依照其规定。’本条是关于本法与民事关系特别法规定之间关系的处理原则，即民法典的法律适用原则，也就是特别法优于普通法”。

发生了变化,给付关系之非重要部分随之发生了变化,合同并未失去同一性,此为合同变更[5]。对于要素变化与非要素变化应当作何解释?史尚宽教授指明,认定合同是否失去同一性时,应当结合当事人的意思表示和一般交易观念加以区分。王利明教授指出,如按照合同当事人的意愿以及交易观念认为给付的变更已使合同关系失去同一性的,即为债的要素变更,如合同标的的改变、履行数量的巨大变化、价款的重大变化、合同性质的变化等;反之,非要素的变更未使合同关系失去同一性,如标的物数量的少量增减、履行地点的改变、履行期限的顺延等均属此类[6]。

综上所述,对于《民法典》543条规定的合同变更权,应解释为对合同内容中的非要素变更,采取反向解释论,对于543条也可理解为禁止合同内容的要素变更,否则为合同更改,而《招标投标法》第46条禁止的是实质性内容背离,这是否与《民法典》第543条的禁止要素变更的内涵不谋而合?从质变角度分析,按照王利明教授的观点,合同标的的改变、履行数量的巨大变化、价款的重大变化属于要素变更,按照解释一第2条的规定要义,工程范围、建设工期、工程价款和工程质量属于实质性变化,对比可知,对合同变更权进行反向解释推导出来的禁止要素变更和第46条禁止实质性变化范围在质变范围上基本保持一致。从量表角度分析,《民法典》第543条对履行数量、价款等方面存在量变要求,然而第46条中实质性变化中认定中是否考虑量变幅度在司法实务中存在争议,如果认为在实质性变化中考虑量变要求,则与《民法典》543条中禁止非要素变更内涵基本保持一致;如果认为在实质性变化中不考虑量变因素,则仅与《民法典》543条中禁止非要素变更内涵存在量变幅度要求的细微区别。因此,从整体论角度,可以认为《招标投标法》第46条与《民法典》543条规定不存在限制关系而是内涵呼应的关系。

3.3. 第46条中实质性背离的正向认定

《招标投标法》第46条的实质性背离应当作何解释对于司法实务中“阴阳合同”效力认定中发挥着关键性的作用。笔者从实质性变化是否兼采质变范围和量变范围,并从质变和量变两个维度去具体分析。

从质变范围角度考量,解释一第2条对实质性背离的范围给予了初步解释,该条规定了实质性背离范围涉及工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等等。此外,最高人民法院关于建筑工程领域黑白合同的实务分析之一⁸,对实质性条款变更也作出了阐释,认为在通常情况下指工程价款、工程质量、工程工期三方面的变更。江苏省高级人民法院《建设工程施工合同案件审理指南(2010)》认为实质性内容涵摄工程质量、工程期限和计价方式。《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第十六条规定,基于客观原因导致的设计变更属于正常的合同变更,不属于实质性内容变更。概括言之,实质性内容变更辐射工程价款、计价方式、工程质量、工程工期四个方面。

从量变范围角度考量,这主要是基于工程价款的变化而言,也即工程价款的变化达到多大的幅度视为实质性变更。在北京中铁兴都建筑工程有限公司与三河华远房地产开发有限公司、三河市建华建筑工程有限公司建设工程施工合同纠纷案中⁹,二审最高院认为中铁兴都公司向华远公司让利结算工程款2%的约定,在中标文件以及中标通知中均没有关于让利的内容,《建设工程施工合同》中约定的让利条款实际上改变了中标文件对工程价款的约定,构成了对中标文件内容的实质性改变。而在四川尚高建设有限公司与北川羌族自治县城乡规划建设局建设工程施工合同纠纷案中¹⁰,二审最高院《建筑工程合同》确实属于变更了《比选文件》确定的固定总价方式,但是两种方式得出的工程款差额仅为11万元,没有达到法律所禁止的“实质性变更”的严重程度,也不会导致合同当事人之间权利义务关系的

⁸最高人民法院关于建筑工程领域黑白合同的实务分析之一((2014)民申字第842号)。

⁹最高人民法院(2014)民一终字第259号民事判决书。

¹⁰最高人民法院(2014)民申字第842号民事裁定书。

失衡，故不认为《建筑工程合同》是对《比选文件》的实质性变更。也即，工程价款的变化幅度是否作为实质性变化的要素，在司法实务中存在争议，裁判不一。

笔者认为，在当前社会“阴阳合同”乱象丛生，屡禁不止的社会背景下，应当采取“乱世用重典”的态度，在“实质性背离”的考量中，仅仅以质变范围作为考量要素更有利于营造公平竞争的环境、保护招投标当事人的合法权益。一方面，任何量变幅度都是建立在质变变化的前提之下，质变变化的判断更加直观，容易把握，符合法律规范的可预见性要义；此外，工程价款、计价方式、工程质量、工程工期这四个方面的变更，是对合同要素的变更，这些要素的变更在中标结果衡量中，发挥着决定性的作用。如果将这些要素更改前置置于招投标流程的时空下，任何一些细微的要素变化都可能影响中标结果，如果允许合同要素的事后更改，将严重损害其他竞争人的权益，以及产生架空招投标流程的风险。另一方面，在经济活动纷繁复杂的背景下，量变幅度设置在何种阈值符合公平、公正的理念难度较大，并且社会经济处在一个动态发展下，阈值也会随着经济的发展而出现相应的变化，这种阈值设置如果经常调整，则不符合法律规范的稳定性和可预见性的特征。综合分析，在实质性背离认定中，理应以质变范围作为唯一的考量要素。

3.4. 第 46 条中实质性背离的反向排除——引入介入因素修正规则

在实质性背离的认定下，采取质变范围作为唯一的考量要素，优势在于较为直观，更容易为司法人员所把握，不容易产生分歧，但是仍然面临着一些棘手问题。当合同的客观环境发生了变化，不得已的情况下需要对“阳合同”进行相适应地调整，从而更好地平衡当事人的利益，如果严格机械地认定为符合实质性背离，从而否认合同效力，则有害于当事人的权益保护，也有悖于公平、公正的理念。例如：承包方施工后，由于地质条件、市场变化、政策调整等因素导致无法满足原有设计条件等需要进行设计变更，从而影响工程工期的，按照严格的质变范围认定标准时，则此种情况也属于实质性背离。为了更好的横平当事人的利益，笔者认为对实质性背离进行正向认定的同时，还需要对其进行反向排除，为此引入介入因素修正规则。所谓介入因素修正规则系指，当“阴合同”形式上构成对“阳合同”的实质性背离时，还需要看是否存在介入因素，导致这种背离是合法且合理的，从而将实质性背离修正为“非实质性背离”。

既然介入因素能够修正实质性背离，那么明晰介入因素的范围则尤为重要，笔者基于《民法典》的法律框架下，深溯《招标投标法》的立法宗旨，总结出介入因素应当不以当事人主观意志为转移，涵盖情势变更、不可抗力两大类。此外，若当事人事先在招标公告中有所规定，此变更乃为正当变更，不应认定为实质性背离，此为存在合法的原因行为。

3.4.1. 情势变更

情势变更规定在《民法典》第 533 条¹¹，其要义为合同成立后，合同的基础条件发生了无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商变更合同，协商不成的，不利的一方可以请求法院变更或者解除合同。情势变更之所以能够作为介入因素修正实质性背离在于该实质性背离并非完全受当事人的自主的意思表示的影响，在当事人意思表示的背后还存在合同基础条件发生变化的这一影响因子，且该影响因子占主导地位。如果去掉该影响因子，则该实质性变化则不复存在。情势变更在客观上主要变现为物价的飞涨、金融危机或者国家政策的转变等导致了合同基础发生了动摇。《浙江省高级人民法院民事审判第一庭关于审理建设工程

¹¹ 《民法典》第 533 条中规定：“合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。”

施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第十五条规定：在施工过程中，因设计变更、建设工程规划指标调整等客观原因，承、发包双方以补充协议、会谈纪要、往来函件、签证等洽商纪录形式，变更工期、工程价款、工程项目性质的书面文件，不应认定为《中华人民共和国招标投标法》第46条规定的“招标人和中标人再行订立背离合同实质性内容的其他协议。”便体现出通过合同基础的客观变化对实质性背离予以修正。

情势变更虽然能够作为实质性背离的排除要件，但仍然需要保持一种审慎的态度。因为情势变更情形会容易和正常的商业风险混淆，导致行为人通过合法形式掩盖非法目的。情势变更条款将商业风险排除在外，也即如果仅仅是市场经济的正常波动，或者小幅震荡，实属正常的商业风险，当事人是不能依据情势变更原则进行合同的变更，而应当秉承风险与效益共存的原则，由当事人自担风险。

3.4.2. 不可抗力

不可抗力规定在《民法典》第180条¹²，其核心要义体现为因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。虽然该条规定的是民事责任的免责条件，但其内涵可以外延为：因不可抗力仅导致合同部分内容不能履行的，双方当事人可就其不能履行的部分变更合同；至不可抗力导致合同义务不能履行的，当事人可以解除合同。不可抗力既可以表现为自然事件，例如：台风、冰雹、地震；也包括社会事件，例如：战争、武装冲突、罢工、暴动、重大卫生安全事件等等。不可抗力作为介入因素修正要素也是在于体现出了客观环境的变化，实质性背离并非当事人的自主意愿。例如，由于新冠肺炎疫情的蔓延，政府行使行政应急权对涉疫地区行业停工停产，这不可避免会影响到工程价款以及工程工期，此种变更则不应认定为实质性背离。

3.4.3. 原因行为

所谓原因行为系指，“阴合同”对“阳合同”的存在一个原因行为，使得该变更是基于原因行为的指令下进行，此时不应认定为实质性背离。此处的原因行为应当理解为招标人事先在招标公告中就已经明确了可变更的范围以及可变更的幅度，当事人通过意思自治赋予了当事主体的合同事后变更权。之所以对该事后变更权予以认可，在于招标公告是公开透明的、所有参与竞标的主体皆知晓，因此这种事后变更权符合公平、公开、公正的原则，不损害任何一方的利益。因此，招标人通过招标公告的事先说明这一原因行为可以作为实质性背离的反向排除条件。但这并不代表，只要招标人在招标公告中事前规定，就一定构成合法的原因行为，还需要同时满足《民法典》第543条规定的非要素变化的内涵。

4. 建筑工程领域下“阴阳合同”的表现类型及其效力分析

依据是否以招标为取得条件，可将建筑工程合同分为依法必须进行招投标的合同和非必须进行招投标的合同。毫无疑问，对于依法必须进行招标的合同适用《招标投标法》，但是对于非必须进行招投标的合同，如果履行了招标程序，进行了行政备案，也理应受《招标投标法》的调整，本文主要是围绕适用《招标投标法》调整的必须进行招投标的合同以及履行了招投标流程的非必须招投标合同展开论述。依据“阴阳合同”的成立时间，可将“阴阳合同”分为“先阴后阳”和“先阳后阴”两种表现形式。本部分则依据不同的类型，进行各自类型的效力分析。

4.1. “先阴后阳”效力分析

所谓“先阴后阳”系指招标人与投标人在中标结果公示之前，双方主体便就标的工程的实质性内容进行了协商，并签订了一份《建设工程合同》，此为“阴合同”；在招标人发布招标公告后，投标人通

¹²《民法典》第180条中规定：“因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任”。

过招标流程中标后，招标人与投标人又依据招标公告签订了一份中标合同，并进行了行政备案，此为“阳合同”。

对于“阴合同”的效力，笔者从实体违法和程序违反两个方面证成该合同无效。1) 实体违法。依据《招标投标法》第43条规定：“在确定中标人之前，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。”该条的性质按照《九民纪要》的观点：对于违反招投标等竞争性缔约方式订立的合同的强制性规定为效力性强制规定，理应认定效力性强制规定¹³。据此，“阴合同”的签订，违反了事先不得进行实质性协商的强制规定，在实体上违反了该法第43条规定。2) 程序违法。依据《招标投标法》第4条规定：“任何单位和个人不得将依法必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标。”和解释一第1条规定：“建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的，应当依据民法典第153条第1款规定¹⁴，认定无效。”可知，“阴合同”本应需通过履行招投标流程方可签订，然则当事人以非法手段规避了招投标流程，在程序上违反了该法第4条规定。因此“阴合同”既实体违法又程序违法，当然无效。

对于“阳合同”的效力认定，笔者认为属于《民法典》第146条规定¹⁵的通谋虚伪表示，可认定其无效。具体而言，“阳合同”是双方主体以通谋虚伪表示的意思签订的，双方主体均不以实际履行中标合同的权利义务为意思表示，缺乏效果意思，因此“阳合同”也系无效的。若认定“阳合同”也无效，一方面该如何衔接解释一第2条的中标合同优先适用规定？另一方面如何解决当事人无合同可依的情形？为应对这两个问题，笔者认为，解释一第2条的适用以存在真实有效的“阳合同”为前提，在“先阴后阳”情形下，“阴合同”和“阳合同”均无效，不应适用司法解释一第2条之规定；既然“阴合同”和“阳合同”均无效，当事人应当按照实际履行的建设工程合同结算工程价款进行结算。

4.2. “先阳后阴”效力分析

所谓“先阳后阴”系指招标人发布招标公告后，投标人依法履行了招投标流程，中标后投标人与招标人依法签订了《建设工程合同》并进行了行政备案，此为“阳合同”；此后，双方主体又就同一标的工程签订了与“阳合同”内容存在“实质性背离”的另外一份合同，此为“阴合同”。对于“阳合同”的效力，该情形下的“阳合同”是基于双方真实意思表示下签订的、并且依法履行了招投标程序、不违反《民法典》第144条¹⁶、第146条¹⁵、第153条¹⁷、第154条¹⁸之规定关于合同效力的规定，理应认定合法有效。

对于“阴合同”的效力，笔者认为不能一概而论，需要具体情况具体分析。首先从《民法典》视域下去审视该合同效力，如果“阴合同”违反了《民法典》关于合同效力的有关规定，则该“阴合同”当然无效，例如：“阴合同”中当事人恶意串通，损害他人利益或者“阴合同”的签订违反了公序良俗等等。其次，从《招标投标法》及相关的司法解释视域下去审视该合同效力。依据《招标投标法》第46条：“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”。因此如果“阴合同”仅仅是对

¹³《全国法院民事审判工作会议纪要》第30条：下列强制性规定，应当认定为“效力性强制性规定”：强制性规定涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的；交易标的禁止买卖的，如禁止人体器官、毒品、枪支等买卖；违反特许经营规定的，如场外配资合同；交易方式严重违法的，如违反招投标等竞争性缔约方式订立的合同；交易场所违法的，如在批准的交易场所之外进行期货交易。关于经营范围、交易时间、交易数量等行政管理性质的强制性规定，一般应当认定为“管理性强制性规定”。

¹⁴《中华人民共和国民法典》第153条第1款规定：“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外”。

¹⁵《中华人民共和国民法典》第146条规定：“合同双方以通谋虚伪意思表示签订的合同无效”。

¹⁶《中华人民共和国民法典》第144条：“无民事行为能力人实施的民事法律行为无效”。

¹⁷《中华人民共和国民法典》第153条：“违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效；违背公序良俗的合同无效”。

¹⁸《中华人民共和国民法典》第154条：“恶意串通，损害他人合法权益的合同无效”。

“阳合同”的非实质性内容变更，并且也符合《民法典》关于合同效力的相关规定，则可以认定“阴合同”是合法有效的，是《民法典》第 543 条赋予当事人合同变更权的合法产物。如果“阴合同”是对“阳合同”实质性内容的背离，则“阴合同”因为违反了《招标投标法》第 4 条，第 46 条，第 59 条之规定，属于无效的合同，此时应当适用解释一第 2 条的规定，应当按照“阳合同”权利义务进行相关的工程结算。

5. 结语

“阴阳合同”效力认定的核心在于正确并准确地理解并适用《招标投标法》第 46 条，尤其第 46 条的性质认定与实质性背离的认定。笔者基于《九民纪要》关于强制性规定的认定标准，结合《招标投标法》的立法宗旨，认定《招标投标法》第 46 条实属效力性强制规定；基于《民法典》的视域下，对《招标投标法》第 46 条与《民法典》543 条进行了比较分析，再以整体论为出发点，认为《招标投标法》第 46 条与《民法典》543 条规定不存在限制关系而是内涵呼应的关系；最后，通过基于当前建筑工程，“阴阳合同”屡禁不止的社会背景，采取“乱世用重典”的思想，结合公平、公正的价值理念，对“实质性背离”作出了正向认定和反向排除，以期能够在统一司法裁判思路，维护司法公正上起到事半功倍的功效。

参考文献

- [1] 如何正确认定建筑工程“黑白合同”的效力[J]. 中国招标, 2012(32): 36-39.
- [2] 孙杰, 何佰洲, 黄金芳, 赵雪凌. 解读《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 21 条规定——兼议建筑工程“阴阳合同”[J]. 建筑经济, 2009(9): 53-55.
- [3] 周宁. “目标置换效应”下的“阴阳合同”探究[N]. 经济参考报, 2021-05-11(008).
- [4] 周林彬, 主编. 比较合同法[M]. 兰州: 兰州大学出版社, 1993: 311.
- [5] 韩世远. 合同法总论[M]. 第三版. 北京: 法律出版社, 2011: 452.
- [6] 王利明. 合同法研究(第二卷)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2011: 178-179.