中华人民共和国最高人民法院

民 事 判 决 书

（2016）最高法民终484号

上诉人（原审被告、反诉原告）：内蒙古兴华房地产有限责任公司，住所地内蒙古自治区呼和浩特市赛罕区昭乌达南路诚华集团四楼。

法定代表人：陈英，该公司董事长。

委托诉讼代理人：杨晓敏，内蒙古慧灵律师事务所律师。

委托诉讼代理人：苏晓伟，内蒙古慧灵律师事务所实习律师。

被上诉人（原审原告、反诉被告）：通州建总集团有限公司，住所地江苏省南通市通州区金沙镇新金路34号。

法定代表人：张晓华，该公司董事长。

委托诉讼代理人：严锦华，该公司经营部副经理。

委托诉讼代理人：李永，北京盈渊律师事务所律师。

上诉人内蒙古兴华房地产有限责任公司（以下简称兴华公司）因与被上诉人通州建总集团有限公司（以下简称通州建总）建设工程施工合同纠纷一案，不服内蒙古自治区高级人民法院（2012）内民一初字第38号民事判决，向本院提起上诉。本院于2016年7月6日立案后，依法组成合议庭，开庭进行了审理。兴华公司的法定代表人陈英及委托诉讼代理人杨晓敏、苏晓伟，通州建总的委托诉讼代理人严锦华、李永到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

兴华公司上诉请求：1、依法撤销一审判决第一项；2、依法改判兴华公司支付通州建总工程款为13022759元，并且兴华公司不向通州建总支付判决前的利息（二审庭审中，兴华公司明确为，兴华公司不向通州建总支付一审判决作出之前的利息，即应自2015年12月18日起给付利息）；3、一、二审本诉的诉讼费用由通州建总承担。事实和理由：一、一审判决对兴华公司已支付工程款金额的认定遗漏证据。兴华公司在一审开庭时提交了《房屋抵顶工程款协议书》一份，该协议书中明确约定兴华公司以财富大厦A座9层房屋抵顶通州建总工程款1095万元。因在本案一审起诉前，兴华公司与通州建总协商将A座9层变更为10层，通州建总不同意，此后兴华公司不再变更楼层并告知了通州建总。对该《房屋抵顶工程款协议书》，双方既未解除，也未被法院确认无效或撤销，故对双方均有约束力，该房屋已经属于通州建总。因此，该1095万元应当认定为兴华公司已付工程款。一审法院对《房屋抵顶工程款协议书》避而不谈，不将1095万元认定为已付工程款，属于遗漏证据。二、一审判决认定兴华公司自2011年2月20日起支付所欠工程款利息，事实不清，且适用法律错误。第一，双方签订的《建设工程施工合同》对给付工程进度款之后的工程款有明确约定。在本案起诉前，兴华公司已经超付了工程进度款。按照合同约定，剩余工程款的数额需要经过审计才能确定，审计后的30日后才应当给付。但通州建总不同意审计，坚持要求按照其单方制作的《结算书》给付剩余工程款，并拒绝交付工程竣工验收资料，双方对此发生僵持，直至在本案一审中才由法院委托审计，此时才符合合同约定的剩余工程款确定和给付条件。此外，由于是在诉讼中进行的审计，剩余工程款的数额由法院确认，所以剩余工程款的给付时间应当在一审判决后才开始计算。第二，在双方对剩余工程款如何计算、如何给付约定非常明确的情况下，一审法院适用《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》第十八条的规定，明显与事实不符。涉案工程没有交付过，只是兴华公司为了减少下游合同违约损失而不得已逐步入住，双方从来没有签订过工程交付文件，不可能存在“交付之日”。第三，一审法院认定2010年底为工程交付日，但空调机组供电安装工程、机房更改工程、弱电安装工程、A区一层新增钢结构工程等工程，均是在2011年5月或2012年1月才陆续开始施工，部分工程至今尚未竣工。三、一审法院对个别增补项目工程款数额和甲供材料价值认定有误。第一，一审判决对于增补项目中弱电安装工程的人工费525722元的认定有误。该弱电安装工程的全称为“新增监控弱电工程的人工费”，该部分费用已经包含在CCTV监控系统工程中，兴华公司曾向一审法院书面提出《关于恳请法院责令通州建总提供新增工程及相关预决算书的要求》，但一审法院未让通州建总提供依据，导致该笔费用被重复计算。第二，兴华公司虽然在一审法院组织核对的甲供材料价值24568708.65元的统计上签过字，但明确注明该数字属于阶段性对账。仍有部分甲供材料，兴华公司未能与通州建总核对清楚。但一审法院将24568708.65元作为最终认定甲供材料的依据，属于认定事实不清。

通州建总答辩称，第一，兴华公司在一审中出示《房屋抵顶工程款协议书》的目的在于证明其有履行付款义务的意思，而非主张用以抵顶工程款，并且该协议并未履行，不可能抵顶已付工程款。第二，当事人在《建设工程施工合同》专用条款中虽然约定工程款报送双方认可的审计部门审计后30日支付，但双方最终未就审计部门的审计达成一致，对于此时应如何计付工程款，当事人没有约定，故一审判决认定合同对此约定不明，并适用《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》第十八条的规定，是完全正确的。至于机房更改等项目，只是主合同完毕后的增补部分，并且金额总共只有83万元，不应影响工程款利息的支付。第三，增补项目中弱电安装工程人工费525722元与CCTV监控系统安装工程是两个项目，分别独立，而且两个项目费用的确认相差了两年，不可能存在包含关系。第四，一审法院对加工材料金额的认定是根据双方签字确认的付款凭证作出的，兴华公司在一审中没有证据否定双方签订的付款凭证，即便其有新证据，因其在一审诉讼中的三年多时间里不提供，也应视为其放弃相应权利。综上，请求驳回兴华公司的上诉。

通州建总向一审法院起诉请求：1、兴华公司向通州建总支付工程欠款59423053元；2、兴华公司向通州建总支付工程欠款的利息（从2011年2月20日至实际给付之日按照银行同期贷款利率计算）；3、兴华公司向通州建总支付违约金11594336元；4、兴华公司承担本案全部诉讼费用。兴华公司反诉请求：1、通州建总提供涉案工程竣工验收报告和完整的工程竣工资料；2、通州建总返还位于呼和浩特供水财富大厦A座一层350平方米商铺和物业楼一楼30平方米办公室一间，并支付自2011年2月20日至2012年9月20日占用一层商铺租金损失997500元（5元×350平方米×570天=997500元）。如不能立即返还，判令支付租金损失到实际返还时止。

一审法院认定事实：2005年6月28日，兴华公司与通州建总签订《建设工程施工合同》，兴华公司将呼和浩特市供水大厦（此后也被当事人称为“供水财富大厦”或“财富大厦”）工程的施工任务发包给通州建总。约定：一、工程内容：土建与安装工程总承包（双方另有约定及专业设备安装除外）。二、工程承包范围：呼和浩特市供水大厦工程图纸的全部工作量（双方另有约定除外）。三、合同工期：2005年7月8日开工，2006年11月30日竣工。五、合同价款：暂定6000万元（以工程决算为准）。合同专用条款第六条第23项：本工程结算以施工图加工程签证为依据，套用2004年《内蒙古自治区建筑工程消耗量定额及基础价格》、《内蒙古自治区装饰装修工程消耗量定额及基础价格》和2004年《内蒙古自治区安装工程消耗量定额及基础价格》（12册），取费执行2004年《内蒙古自治区建设工程费用计算规则》及配套的相关文件。结算时土建、安装按照国家规定工程取费类别取费，措施项目费、各项规费按规定计取。

2005年7月1日，兴华公司制作《招标文件》，对供水大厦土建工程以邀请招标方式进行招标，《招标文件》第26.5条规定：本次招标只报土建工程费率。2005年7月12日，通州建总制作《投标文件》进行投标，投标报价费率24.56%。2005年7月14日，兴华公司及招标代理机构向通州建总发出《中标通知书》，确定通州建总为中标单位。同日，兴华公司给呼和浩特市建设工程招投标管理办公室及其他投标人分别发出《中标确认书》及《中标结果通知书》。2005年7月18日，呼和浩特市建设工程招投标管理办公室在《建设工程项目招标中标通知书》上签署备案意见。该通知书载明中标内容：见招标文件；中标价格：24.56%。2005年7月28日，双方签订《建设工程施工合同》并在呼和浩特市建设工程招投标管理办公室备案。该合同约定：一、工程名称：呼和浩特市供水大厦；工程内容：土建与安装工程总承包（甲乙双方另有约定及专业设备安装除外）；二、工程承包范围：呼和浩特市供水大厦工程图纸的全部工程量（双方另有约定的除外）；三、合同工期：开工日期2005年7月18日，竣工日期2006年11月20日；五、合同价款：暂定价50400000元，中标费率24.56%。专用条款第23条约定：本工程结算以施工图加工程签证为依据，套用2004年《内蒙古自治区建筑工程消耗量定额及基础价格》、《内蒙古自治区装饰装修工程消耗量定额及基础价格》和2004年《内蒙古自治区安装工程消耗量定额及基础价格》（12册），取费执行2004年《内蒙古自治区建设工程费用计算规则》及配套的相关文件。结算时土建、安装按照国家规定工程取费类别取费，措施项目费、各项规费按规定计取。

合同签订后，通州建总进场施工完毕，涉案工程没有进行竣工验收，兴华公司于2010年底投入使用。

一审法院就涉案土建及安装工程造价（不包括CCTV监控系统、车辆管理系统及新增项目工程）委托鉴定，内蒙古誉博工程项目管理有限责任公司（以下简称誉博公司）于2014年3月10日作出审核鉴定报告（内誉博鉴定字[2013]第02号），鉴定意见为：土建工程造价96477172.76元，安装工程造价8706173元，合计105183345.80元。兴华公司与通州建总均提出异议，一审法院委托誉博公司进行补充鉴定，誉博公司又于2015年10月10日作出《工程造价鉴定意见书》（内誉博鉴定字[2015]第01号），鉴定意见为：（一）按投标文件费率工程造价（含3.5%社会保障费）：土建工程99154997元；安装工程12380189元；合计111535186元，其中社会保障费111535186元÷1.0344÷1.048×3.5%=3601058元。（二）按合同约定工程造价（含3.5%社会保障费）：土建工程101049789元；安装工程12380189元；合计113429978元，其中社会保障费113429978元÷1.0344÷1.048×3.5%=3662234元。

2009年9月21日，双方确定CCTV监控系统按82万元进行结算，车辆管理系统按20万元进行结算，两项合计102万元。

2011年5月至2012年元月，双方就增补项目进行结算，空调机组供电安装工程95000元、机房更改工程150000元、弱电安装人工费525722元、A区一层新增钢结构工程60000元，合计新增项目工程款为830722元。

兴华公司已付工程款数额为59211582元（58511582元+5万元+10万元+55万元），甲供材料价值24568708.65元。

一审法院认为，2005年7月28日，双方签订《建设工程施工合同》并在呼和浩特市建设工程招投标管理办公室备案。该合同内容并不违反法律、行政法规的规定，应为有效。

一、关于通州建总主张兴华公司给付工程款59423053元及相应利息的依据问题。

首先，关于工程造价问题。通州建总承建的工程已经完工，虽未竣工验收，但兴华公司已投入使用，故通州建总主张兴华公司支付欠付工程款，应予支持。誉博公司已就涉案土建及安装工程造价作出补充鉴定结论，土建工程费率分别按投标文件费率及定额费率作出，安装工程费率均按照定额费率作出。双方备案合同专用条款第23条约定费率采用定额费率，与土建工程投标及中标费率24.56%不符。《中华人民共和国招标投标法》第四十六条第一款规定：“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起30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。”而本案土建工程进行了招投标，土建工程应以中标费率24.56%确定工程造价，故誉博公司[2015]第01号《鉴定意见书》第一项鉴定结论应予采信，即涉案土建及安装工程造价为111535186元。兴华公司主张鉴定结论中模板数量未经其核实的问题，誉博公司在鉴定意见中明确，本次报告内所有工程量双方已核对认可，故兴华公司该项主张不能成立。兴华公司主张安装工程的费率也应以投标费率为准，鉴于安装工程并未进行招投标，兴华公司招标文件要求只报土建工程费率，通州建总投标也是土建费率，所以涉案安装工程费率应以双方合同约定的定额费率为准，兴华公司该项主张不能成立。兴华公司主张社会保障费应予扣除问题，《内蒙古自治区建设工程社会保障费筹集管理办法》第四条规定：“在自治区行政区域内从事新建、改建、扩建、维修和技术改造等建设工程项目的建设单位，应当向建设工程社会保障费管理机构缴纳建设工程社会保障费。建设单位应当在建设工程项目办理工程施工许可前，预缴建设工程社会保障费；在建设工程项目竣工备案前，结算建设工程社会保障费。结算手续应当作为办理建设工程项目竣工备案的条件。”据此，社会保障费应由建设单位向社会保障费管理机构缴纳，故本案社会保障费应予扣除，兴华公司该项主张成立。

其次，关于已付工程款数额问题。2015年11月12日，一审法院组织双方就已付工程款进行对账。双方无争议的已付工程款58511582元，有争议的内容是五项，分别为：1、2007年2月12日引黄办代付5万元；2、2007年7月12日引黄办代付10万元；3、2006年6月17日停工费3万元；4、2008年12月12日许贵球顶车款23万元；5、顶房款60万元。针对第1项，通州建总主张2007年2月12日引黄办代付5万元，兴华公司认可，一审法院予以确认。针对第2项，通州建总公司主张2007年7月12日引黄办代付10万元并提交相应证据，兴华公司表示引黄办实际给付数额不清。一审法院认为，引黄办在50万元收据上载明，由于公司分次拨款，本次为10万元可先支付。结合进账单，通州建总实际收到工程款为10万元，一审法院予以确认。针对第3项，因兴华公司没有证据证明其已付停车费3万元，通州建总又不认可，一审法院对该项费用不予确认。针对第4项，兴华公司主张许贵球从通州建总承包装修工程，兴华公司给许贵球车子应抵工程款。通州建总主张兴华公司和第三方的顶车款，与通州建总无关。一审法院认为，因许贵球和兴华公司还有其他工程承包，无法证明兴华公司给车行为与本案存在直接关系，故对兴华公司该项主张不予支持。针对第5项，因双方就占用房屋达成一致，同意按照55万元价格抵顶工程款，一审法院予以确认。

综上，兴华公司已付工程款数额为59211582元（58511582元+5万元+10万元+55万元）。

同日，一审法院组织双方当事人对甲供材料进行了核对。针对甲供材料，通州建总提供一份甲供材料汇总表，证明甲供材料价值24568708.65元，可以折抵工程款。兴华公司质证认为这只是阶段性的对账，不是最终结果，其主张甲供材料价值大约2500多万元。一审法院认为，兴华公司主张甲供材料大约2500多万元，但无充分证据证明。通州建总认可甲供材料价值24568708.65元，该数字已经双方核对，一审法院予以采信。故一审法院认定兴华公司甲供材料价值24568708.65元，该款可以折抵工程款。

因此，兴华公司尚欠通州建总工程价款为26004559.35元【111535186元（土建、安装工程）+1020000元（CCTV监控系统、车辆管理系统）+830722元（新增项目工程款）－3601058元（社会保障费）－59211582元（已付工程款）－24568708.65元（甲供材料价值）】。

最后，关于利息问题。《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》第十七条规定：“当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理；没有约定的，按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息。”第十八条规定：“利息从应付工程款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：（一）建设工程已实际交付的，为交付之日；……”因此，兴华公司应向通州建总支付上述工程欠款的利息。关于利息起算时间，双方约定工程价款报送双方认可的审计部门进行审计，但最终未就审计部门达成一致，应视为付款时间约定不明，故利息起算时间应以工程实际交付之日即2010年底起算为宜。因通州建总起诉主张从2011年2月20日起算，应予支持。通州建总主张利率按照银行同期同类贷款利率计算并不违反法律规定，工程欠款利率应按照银行同期同类贷款利率计算。

二、关于通州建总主张兴华公司给付违约金11594336元的依据问题。

通州建总主张依据双方合同专用条款第35.1条约定，因兴华公司存在迟延付款，故应按照拖欠工程款同期贷款利率2倍支付违约金。通州建总并未提供充分证据证明兴华公司存在迟延付款，兴华公司对此亦不认可，通州建总该项诉讼请求不能成立，一审法院不予支持。

三、关于通州建总应否交付兴华公司工程竣工验收报告和完整的工程竣工资料问题。

《中华人民共和国建筑法》第六十一条第一款规定：“交付竣工验收的建筑工程，必须符合规定的建筑工程质量标准，有完整的工程技术经济资料和经签署的工程保修书，并具备国家规定的其他竣工条件。”《建设工程质量管理条例》第十六条规定：“建设单位在收到建设工程竣工报告后，应当组织设计、施工、工程监理等有关单位进行竣工验收。建设工程竣工验收应当具备下列条件：（一）完成建设工程设计和合同约定的各项内容；（二）有完整的技术档案和施工管理资料；（三）有工程使用的主要建筑材料、建筑构配件和设备的进场试验报告；（四）有勘察、设计、施工、工程监理等单位分别签署的质量合格文件；（五）有施工单位签署的工程保修书。建设工程经验收合格后，方可交付使用。”双方合同通用条款第32.1条约定：“工程具备竣工验收条件，承包人按国家工程竣工验收有关规定，向发包人提供完整竣工资料及竣工验收报告。双方约定由承包人提供竣工图的，应当在专用条款内约定提供的日期及份数。”故提交工程竣工报告和竣工资料是承包方的法定义务及双方合同约定义务，通州建总应交付兴华公司工程竣工报告及竣工资料。兴华公司该项反诉请求成立，应予支持。

四、关于通州建总是否占用供水大厦A座一层350平米商铺以及物业楼一楼30平米办公室一间及应否返还并赔偿商铺相应的租金损失问题。

因兴华公司自认于2010年底使用涉案工程，且其无充分证据证明通州建总占用上述房屋，故兴华公司该项反诉请求不能成立。

综上，通州建总本诉请求及兴华公司反诉请求部分成立。一审法院依照《中华人民共和国合同法》第六十条，《中华人民共和国招标投标法》第四十六条第一款，《中华人民共和国建筑法》第六十一条第一款，《建设工程质量管理条例》第十六条，《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》第十七条、第十八条，《内蒙古自治区建设工程社会保障费筹集管理办法》第四条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十八条第一款、第三款之规定，判决：一、兴华公司于判决生效之日起三十日内给付通州建总工程款26004559.35元及其利息（从2011年2月20日起至付清之日止，按中国人民银行同期同类贷款利率计算）；二、通州建总于判决生效之日起三十日内交付兴华公司涉案工程竣工报告及竣工资料；三、驳回通州建总其他诉讼请求；四、驳回兴华公司其他反诉请求。如未按判决指定期间履行给付金钱义务或者其他义务的，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息或者迟延履行金。本诉案件受理费425873元，由通州建总负担269931元，由兴华公司负担155942元；反诉案件受理费6887.50元，由兴华公司负担；保全费5000元，由通州建总负担；鉴定费473325元，由双方各负担一半。

本院二审期间，兴华公司围绕上诉请求依法提交了新证据：一是通州建总呼市分公司第二工程处2011年5月19日致兴华公司的《报告》一份，载明：“至今尚欠工程款约62218595元（审计后确定）……”。二是《供水财富大厦未完工程电气、给排水及土建各项说明》，兴华公司法定代表人陈英、通州建总经营部副经理翟雪峰均在该说明上签字，落款时间为2013年4月7日。上述两份证据，并结合兴华公司一审中提交的其他相关证据，意在证明当事人对工程款的给付时间有明确约定，而且，截至2013年4月7日，尚有电气、给排水、土建等部分工程尚未完工，故以2010年底作为涉案工程交付时间是错误的。本院组织当事人进行了证据交换和质证。通州建总对于上述两份证据的真实性与合法性不持异议，但认为不能证明兴华公司所要证明的目的。

根据当事人于一审、二审期间提交并经质证的证据，对当事人二审争议的事实，本院认定如下：涉案《建设工程施工合同》专用条款第26条“工程款（进度款）支付条款”约定：“装修、安装工程施工期间发包方按月进度拨付给承包方工程进度款为已完工程量70％，竣工验收后乙方上报工程结算单，报双方认可的审计部门在30个工作日内审计结束，发包方在30个工作日内拨付给承包方工程款至审计后工程总价95％。”

2011年9月17日，通州建总向兴华公司报送了《弱电安装人工费预（决）算书》，报价584135元。兴华公司法定代表人陈英于2011年10月12日批示：“同意下浮10%结算。”此外，对于增补项目中其他项目的工程款结算，兴华公司法定代表人陈英在通州建总报送的《机房更改工程预（决）算书》上签署同意付款150000元的时间是2012年1月12日，在通州建总报送的《A区一层新增钢结构工程预（决）算书》上签署同意付款60000元的时间是2011年6月13日，在通州建总报送的《空调机组供电安装工程预（决）算书》上签署同意付款95000元的时间是2011年5月23日。通州建总于2011年12月16日编制了《增补项目结算汇总表》。

2012年1月13日，兴华公司（甲方）与通州建总呼和浩特分公司第二工程处（乙方）签订《房屋抵顶工程款协议书》一份，约定：“就乙方承揽施工甲方的供水财富大厦工程，将协商用该楼盘A座9层房屋抵顶工程款一事达成协议如下：一、抵顶房屋位置：呼和浩特市新华东街以南/丰州路以西路口转角处，财富大厦A座9层。……双方抵顶房屋协议价为7500元/平方米，计1095万元。二、乙方用通州建总集团有限公司呼和浩特分公司拥有的产权房，坐落在呼和浩特市东洪桥蒙荣中心嘉园2号楼2单元的3套住宅进行置换，……总价合计1527450元，……乙方扣除置换住宅楼价1527450元，抵顶工程款计9422550元，结算时互相补办手续并签订正式合同等。……”二审中，兴华公司认可财富大厦A座9层尚未办理房屋所有权首次登记及任何转移登记。

至于兴华公司于本院二审中提交的前述两份证据，本院认为，其与待证事实之间没有关联性，故不予采信。

本院认为，根据当事人的上诉请求、答辩意见以及有关证据，并经当事人当庭确认，本案二审争议焦点为：一、供水财富大厦A座9层抵顶工程款是否应计入已付工程款中。二、一审判决是否将弱电安装工程人工费525722元作为应付工程款进行了重复计算。三、一审判决认定的甲供材料价值是否正确。四、欠付工程款应自何时起计付利息。

一、关于供水财富大厦A座9层抵顶工程款是否应计入已付工程款中的问题

首先，以物抵债，系债务清偿的方式之一，是当事人之间对于如何清偿债务作出的安排，故对以物抵债协议的效力、履行等问题的认定，应以尊重当事人的意思自治为基本原则。一般而言，除当事人明确约定外，当事人于债务清偿期届满后签订的以物抵债协议，并不以债权人现实地受领抵债物，或取得抵债物所有权、使用权等财产权利，为成立或生效要件。只要双方当事人的意思表示真实，合同内容不违反法律、行政法规的强制性规定，合同即为有效。本案中，兴华公司与通州建总呼和浩特分公司第二工程处2012年1月13日签订的《房屋抵顶工程款协议书》，是双方当事人的真实意思表示，不存在违反法律、行政法规规定的情形，故该协议书有效。

其次，当事人于债务清偿期届满后达成的以物抵债协议，可能构成债的更改，即成立新债务，同时消灭旧债务；亦可能属于新债清偿，即成立新债务，与旧债务并存。基于保护债权的理念，债的更改一般需有当事人明确消灭旧债的合意，否则，当事人于债务清偿期届满后达成的以物抵债协议，性质一般应为新债清偿。换言之，债务清偿期届满后，债权人与债务人所签订的以物抵债协议，如未约定消灭原有的金钱给付债务，应认定系双方当事人另行增加一种清偿债务的履行方式，而非原金钱给付债务的消灭。本案中，双方当事人签订了《房屋抵顶工程款协议书》，但并未约定因此而消灭相应金额的工程款债务，故该协议在性质上应属于新债清偿协议。

再次，所谓清偿，是指依照债之本旨实现债务内容的给付行为，其本意在于按约履行。若债务人未实际履行以物抵债协议，则债权人与债务人之间的旧债务并未消灭。也就是说，在新债清偿，旧债务于新债务履行之前不消灭，旧债务和新债务处于衔接并存的状态；在新债务合法有效并得以履行完毕后，因完成了债务清偿义务，旧债务才归于消灭。据此，本案中，仅凭当事人签订《房屋抵顶工程款协议书》的事实，尚不足以认定该协议书约定的供水财富大厦A座9层房屋抵顶工程款应计入已付工程款，从而消灭相应金额的工程款债务，是否应计为已付工程款并在欠付工程款金额中予以相应扣除，还应根据该协议书的实际履行情况加以判定。对此，一方面，《中华人民共和国物权法》第九条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外”。据此，除法律另有规定的以外，房屋所有权的转移，于依法办理房屋所有权转移登记之日发生效力。而本案中，《房屋抵顶工程款协议书》签订后，供水财富大厦A座9层房屋的所有权并未登记在通州建总名下，故通州建总未取得供水财富大厦A座9层房屋的所有权。另一方面，兴华公司已经于2010年底将涉案房屋投入使用，故通州建总在事实上已交付了包括供水财富大厦A座9层在内的房屋。兴华公司并无充分证据推翻这一事实，也没有证据证明供水财富大厦A座9层目前在通州建总的实际控制或使用中，故亦不能认定供水财富大厦A座9层房屋实际交付给了通州建总。可见，供水财富大厦A座9层房屋既未交付通州建总实际占有使用，亦未办理所有权转移登记于通州建总名下，兴华公司并未履行《房屋抵顶工程款协议书》约定的义务，故通州建总对于该协议书约定的拟以房抵顶的相应工程款债权并未消灭。

最后，当事人应当遵循诚实信用原则，按照约定全面履行自己的义务，这是合同履行所应遵循的基本原则，也是人民法院处理合同履行纠纷时所应秉承的基本理念。据此，债务人于债务已届清偿期时，应依约按时足额清偿债务。在债权人与债务人达成以物抵债协议、新债务与旧债务并存时，确定债权人应通过主张新债务抑或旧债务履行以实现债权，亦应以此作为出发点和立足点。若新债务届期不履行，致使以物抵债协议目的不能实现的，债权人有权请求债务人履行旧债务；而且，该请求权的行使，并不以以物抵债协议无效、被撤销或者被解除为前提。本案中，涉案工程于2010年底已交付，兴华公司即应依约及时结算并支付工程款，但兴华公司却未能依约履行该义务。相反，就其所欠的部分工程款，兴华公司试图通过以部分房屋抵顶的方式加以履行，遂经与通州建总协商后签订了《房屋抵顶工程款协议书》。对此，兴华公司亦应按照该协议书的约定积极履行相应义务。但在《房屋抵顶工程款协议书》签订后，兴华公司就曾欲变更协议约定的抵债房屋的位置，在未得到通州建总同意的情况下，兴华公司既未及时主动向通州建总交付约定的抵债房屋，也未恢复对旧债务的履行即向通州建总支付相应的工程欠款。通州建总提起本案诉讼向兴华公司主张工程款债权后，双方仍就如何履行《房屋抵顶工程款协议书》以抵顶相应工程款进行过协商，但亦未达成一致。而从涉案《房屋抵顶工程款协议书》的约定看，通州建总签订该协议，意为接受兴华公司交付的供水财富大厦A座9层房屋，取得房屋所有权，或者占有使用该房屋，从而实现其相应的工程款债权。虽然该协议书未明确约定履行期限，但自协议签订之日至今已四年多，兴华公司的工程款债务早已届清偿期，兴华公司却仍未向通州建总交付该协议书所约定的房屋，亦无法为其办理房屋所有权登记。综上所述，兴华公司并未履行《房屋抵顶工程款协议书》约定的义务，其行为有违诚实信用原则，通州建总签订《房屋抵顶工程款协议书》的目的无法实现。在这种情况下，通州建总提起本案诉讼，请求兴华公司直接给付工程欠款，符合法律规定的精神以及本案实际，应予支持。

此外，虽然兴华公司在一审中提交了《房屋抵顶工程款协议书》，但其陈述的证明目的是兴华公司有履行给付工程款的意愿，而并未主张以此抵顶工程款，或者作为已付工程款，故一审判决基于此对《房屋抵顶工程款协议书》没有表述，并不构成违反法定程序。

综上，涉案《房屋抵顶工程款协议书》约定的供水财富大厦A座9层房屋抵顶工程款金额不应计入已付工程款金额，一审法院认定并判令兴华公司应向通州建总支付相应的工程欠款，并无不当，兴华公司的该项上诉理由不能成立。

二、关于一审判决是否将弱电安装工程人工费525722元作为应付工程款进行了重复计算的问题

一审中，通州建总提交了关于包含弱电安装工程在内的新增项目结算的证据资料，兴华公司虽然在一审及二审中均提出异议，认为构成了重复计算，但其提交的《供水大厦誉博财富大厦中心工程（新增部分）结算书》、《呼和浩特市供水大厦专业工程造价核定书》等证据，均不足以证明其主张的事实，根据《最高人民法院关于适用的解释》第九十条之规定，兴华公司对此应当承担不利的后果。

而且，从CCTV监控系统工程、弱电安装工程两个工程看，前者属于合同正常履行过程中的专业安装工程，双方结算于2009年9月；后者是在工程已经实际投入使用之后变更而形成的增补项目之一，双方结算于2011年10月。除非有证据证明当事人约定后者不再另行计付工程款，否则，主张CCTV监控系统工程款82万元包含了后者工程款，没有事实和法律依据。此外，在通州建总报送的弱电安装工程人工费的《预（决）算书》上，兴华公司的法定代表人陈英于2011年10月12日批示：“同意下浮10%结算。”可见，兴华公司同意按照通州建总报送的结算价下浮10%支付弱电安装工程人工费，这一金额计算即为525722元。

综上，一审判决将弱电安装工程人工费525722元计入应付工程款并无不当，兴华公司有关构成了重复计算的主张不能成立。

三、关于一审判决认定的甲供材料价值是否正确的问题

针对甲供材料，兴华公司在一审中提交了购销合同、付款凭证等证据，主张甲供材料价值大约2500多万元。对此，通州建总认可甲供材料价值为24568708.65元。兴华公司对于24568708.65元予以认可，同时质证称这只是阶段性的对账，不是最终结果。对于其主张的超出24568708.65元的部分，兴华公司在二审中进一步确定金额为1502077.35元，并提交了购销合同、付款凭证等证据，但其明确表示均不作为二审新证据，而且这些证据也不足以证明相应的材料已提供给通州建总用于涉案工程施工建设，或者与通州建总在一审中已经认可的甲供材料之间不存在任何重复包含关系，通州建总在二审中对此亦均不予认可，故兴华公司应当对此承担相应的不利后果。一审法院以双方核对认可的甲供材料价值24568708.65元，作为认定可以折抵工程款的甲供材料价款，于法有据，兴华公司的该上诉理由不能成立。

四、关于欠付工程款应自何时起计付利息的问题

本院认为，双方在涉案《建设工程施工合同》中虽约定工程价款在报双方认可的审计部门在30个工作日内审计结束后的30个工作日内支付95％，但双方未就审计部门的选定达成一致，故该约定的付款时间实际上无法确定，因此，一审判决认定应视为付款时间约定不明，并无不当。

《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》第十八条规定：“利息从应付工程款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：（一）建设工程已实际交付的，为交付之日；……”故认定涉案工程欠付工程款应以工程实际交付之日起算，于法有据。涉案工程虽然没有经过竣工验收，但于2010年底已经实际交由兴华公司占有使用，故以2010年底作为起算欠付工程款利息的时间符合本案实际。当然，由于通州建总一审起诉主张从2011年2月20日起算，该日期晚于2010年底，当事人有权处分自己的民事权利，故应以2011年2月20日起算欠付工程款利息。

但由于涉案工程在实际交付使用之后，根据双方协商，通州建总又进行了一些增补项目的施工，并于2011年5月至2012年1月进行了相应的结算，共涉及新增项目工程款830722元，对这部分款项也一体自2011年2月20日起起算利息，与《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》第十八条确立的原则相悖。虽然兴华公司的上诉状中有关欠付工程款利息起算不符的理由不能成立，但由于其针对一审判决对欠付工程款利息起算的处理提起了上诉，故对于新增项目工程款830722元的利息起算时间问题，亦应一并处理。考虑到每个增补项目工程款金额均相对不太大，通州建总于2011年12月16日编制了《增补项目结算汇总表》，兴华公司的法定代表人陈英在四个增补项目上的签字不同，但最晚的签字时间是2012年1月12日，故本院酌定于2012年1月13日起计付新增项目工程款830722元的利息。对于其余的欠付工程款25173837.35元（26004559.35元－830722元），则仍应自2011年2月20日起计付利息。

综上所述，兴华公司的上诉理由不能成立，但其关于欠付工程款利息起算时间的上诉请求，部分能够成立；一审判决认定事实清楚，适用法律基本正确，但在部分欠付工程款利息起算时间问题的处理上存在不当，应予纠正。依照《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》第十八条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项规定，判决如下：

一、维持内蒙古自治区高级人民法院（2012）内民一初字第38号民事判决第二项、第三项、第四项；

二、变更内蒙古自治区高级人民法院（2012）内民一初字第38号民事判决第一项为“内蒙古兴华房地产有限责任公司于本判决生效之日起三十日内给付通州建总集团有限公司工程款26004559.35元及其利息（其中25173837.35元自2011年2月20日起至付清之日止，830722元自2012年1月13日起至付清之日止，按中国人民银行同期同类贷款利率计算）”。

一审案件受理费425873元、反诉案件受理费6887.50元、保全费5000元，按一审判决执行。二审案件受理费99690.80元，由内蒙古兴华房地产有限责任公司负担。

本判决为终审判决。

审　判　长　韩　玫

代理审判员　司　伟

代理审判员　沈丹丹

二〇一六年十二月××日

书　记　员　韦　大