



- [案例分析](#)
- [论文精选](#)
- [贸仲出版物](#)

论文精选

仲裁采用FIDIC合同文本的涉外工程索赔案件需注意

朱树英*

一、采用FIDIC文本在国内引起争议的情况及趋势

1、1998年11月发生在上海的由贸仲仲裁的某广场工程索赔案。

案件涉及的文本由香港律师参照FIDIC起草,全文用英文,约定仲裁语为法国某国际承包公司,被申请人泰国某投资集团。因上海某广场工程1未支付,引起工程停工并解除合同,申请人提出19项工程索赔计2,543.43万,支持申请人742.67万美元。本案系贸仲至受理案件时标的最大的采用FIDIC文

2、2000年11月发生在江苏常州的约定由英国商会仲裁的热电厂工程索

案件涉及的合同文本采用FIDIC1995版橘皮书《设计——建造总承包与包方系美国某著名的电力集团与国内某企业投资的合资公司,总承包商为设计、采购和施工总承包,合同总价为1,516万美元。履约过程中发生争议,万美元,发包方则提出反索赔500多万美元。合同约定争议解决适用美国纽约商会仲裁。在提起仲裁之前双方达成和解,最终以发包方一次支付50万美

3、2002年7月由武汉仲裁委仲裁的某广场工程索赔案

案件涉及的合同文本采用FIDIC1987版红皮书《土木工程施工合同案件司,被申请人为台湾客商投资的某房地产开发公司。申请人仲裁请求为支付二次装修工程款5,619,198元,并要求确认优先受偿权。被申请人反请求索11,386,000元,质量缺陷索赔715675元。经审理最终裁决申请人获工程款1人获赔工期逾期10,180,000元。此案为武汉仲裁委受理的首例同类案件。

上述三个处理方式不同的仲裁案例说明:随着外商投资的增加和国内文本在国内的不断适用,因FIDIC文本引起的争议呈增多趋势。熟悉和研究FIDIC法律的相关规定作比较,探索在处理涉外工程索赔仲裁案件应注意的法律仲裁的重要课题。

二、最高院《司法解释》对工程合同签证和索赔的有关规定

1、司法解释第6条规定:“当事人对垫资和垫资利息有约定,承包人请求支付利息的,应予支持,但是约定的利息计算标准高于中国人民银行发布的同期同类贷款利率的,按照工程欠款处理。当事人对垫资利息没有约定,不予支持。”

2、司法解释第16条规定:“当事人对建设工程的计价标准或者计价方

工程价款。因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人事先没有约定，按照合同形成时的市场价格计价。工程价款结算与审计无关。建设工程价款结算与审计无关。当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款。建设工程施工合同有效，但建设工程经竣工验收不合格的，工程价款按照合同约定处理。”

3、司法解释第19条规定：“当事人对工程量有争议的，按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。承包人能够证明发包人同意其施工，但未能提供签证文件证明工程量价款的其他证据确认实际发生的工程量。”

4、司法解释第20条规定：“当事人约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的，按照约定处理。承包人请求按照竣工结算文件结算工程价款的，应予支持。”

三、处理采用FIDIC合同文本的涉外工程索赔仲裁案件应注意的法律问题

1、FIDIC文本的许多约定反映了各国共同遵循的国际惯例，并符合工程实践，不少国内难以适用的约定只说明中国立法不健全。

2、当事人选用或者变更适用FIDIC文本有其选择权，并不违反中国法律。

3、FIDIC文本如下不同于但不违背中国法律的特殊约定，均应认定有效。

(1) 不同于我国监理制度的FIDIC文本中的工程师的地位、任命及其权限；

(2) 不同于我国现状的FIDIC文本中的预付款机制中材料和动员预付款扣还等相关约定；

(3) 不同于我国保修制度的FIDIC文本中的工程质量缺陷通知期、履行期限；

(4) 不同于我国法律的履约保证金规定的FIDIC文本中的承包商履约担保；

(5) 不同于我国建设工程施工合同示范文本约定的FIDIC文本中的索赔程序。

4、FIDIC文本的某些条款不符合中国法律，违反中国法律法规强制性规定，应当无效。

(1) 中国的法律、法规已形成关于建设工程的法律体系；

(2) 中国建设工程法律体系的强制性规定；

(3) 境外承包商未取得中国从业资质承包工程，其签订的FIDIC合同无效；

(4) 发包商未取得施工许可证而先行开工，不必然导致无效，但因此政府批准的施工许可证载明的时间为准；

(5) FIDIC文本约定未经工程师同意不得分包以外的三种分包（总承包人资质的单位、地基和主体结构分包、分包单位的再分包）为中国法律所禁止，同样导致分包无效。

5、关于争端解决的前置程序约定不能成为起诉的先决条件。

6、当事人有权约定仲裁机构，但不得约定不适用中国法律。

正确理解是充分运用的前提

——《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》

朱树英*

问题一：根据《司法解释》第4条的规定，我们是否可以这样理解：施法院可以凭职权收缴当事人已经取得的非法所得。而如果是仲裁案件，仲裁机构也可以凭职权收缴当事人已经取得的非法所得。

答：我个人认为仲裁处理该类案件是同样应当把《司法解释》第四条和《合同法》《民法通则》都有对无效合同当事人非法所得进行收缴的相关规定在法院处理时可行，在仲裁时不处理，在理论上是讲是不通的，在实践中这个问题与法院和仲裁在处理优先受偿权时碰到的问题有些相似。当时司法解释规定优先受偿权的司法解释后，也有人提过相同的问题，即该司法解释规定行

由法院处理，那么仲裁案件时能否判优先受偿权？当时有人说仲裁不能判是“人民法院依法拍卖”。而实际上，仲裁庭还是可以裁决的，只是裁决完对收缴非法所得做出裁决后由法院去执行，和仲裁裁决本来就由人民法院

问题二：施工合同签订后，双方以补充协议的方式对中标的合同价款进行变更，补充协议确未违反双方的真实意思表示。而过后承包人又以补充协议违反法律强制性规定无效，这时如何确定合同价款？

答：这本身就是黑白合同的认定问题。《司法解释》规定，中标合同实质性内容另行约定，应以中标合同为准。当然，这并不是说合同签订后另行约定的规定，合同签订后当然可以变更，只是补充协议对实质性内容进行变更属于重新备案后才能作为依据。这个问题就像是夫妻结婚后可以离婚可以再婚是每次都要去履行登记手续，未履行这个手续就是非法的。当然，黑白合同相题并论，在实践中，有的黑合同并非当事人的真实意思表示，是承包人在工程上不得已而为之的。我认为《司法解释》第21条规定的本意是限制当事人和政府的相关规定，这是法律对当事人的不正确的“真实意思”的干预。因此实质性内容发生变更的补充的关键是要有法定的变更事由并同样办理备案手续

问题三：建设工程《示范合同》中关于确定变更价款的31.2款中约定：变更后的14天内，不向工程师提出变更工程价款报告时，视为该项变更不涉及价款。下问题：承包人在14天内没有变更价款的专项报告，但有双方签字确认的变更报告中包括了该月发生的变更工程价款金额，这是否可视为承包方未违反

答：这涉及到变更的签证确认及具体操作问题。有的变更签证只是确认属实“甚至”收到”，这和确定合同变更的具体金额价款是不同的概念。因此签证手续应该如何规范操作。如果对签证具体价款变更已经作了明确约定的，去就是了；如果签证只是确定了具体事实而未确定变更价款的，那么就应当按照《司法解释》第16条和第19条来操作，也即当事人对变更的价款不能确定。这里要注意的是，有些合同约定要在7天内提出变更的价款，但还要有明确约定。如果没有，则可以看合同是否有默示条款。如果没有合同约定期限就不应成为限制当事人即便过了7天期限，仍可继续提出变更价款请求不超过二年。

问题四：依据解释第20条规定的内容，如果当事人仅仅约定了竣工结算提交决算报告后，发包人“在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件答复”如何理解？

答：《司法解释》第20条的立法用意是有效制约逾期不结算工程价款，法律后果作明确约定，以体现“过期视为认可”这样一种原则，这对制约某是很有重要意义的。但如果合同仅仅约定了期限而没有约定逾期后的法律后果上等于没有充分利用“司法解释”这一精神，自然视为没有约定。关于“不发包人对承包人申报的结算价款的同意与否是否作了答复。而且，如果发包制条件是“没有正当理由”。如果发包人有正当的理由没有同意承包人的“答复”。

问题五：签订合同时无设计图纸，是边设计边施工的合同，但合同又约定工程款发生争议时，是依据解释第22条，不予对工程造价进行鉴定，还是依据重新审价？

答：这种既没有设计图纸，也没有计价的设计依据，却又以固定价格

问题九：只要建筑质量合格，合同无效，按《司法解释》第2条的规定支付工程价款的，应予支持。是否可以类推，不管施工企业有没有资质，承揽工程，这是否在客观上鼓励违法？这一规定是否与《建筑法》相抵触？

答：《司法解释》第2条规定得出这种结论，更没有暗示说你没有资质如果发生了《司法解释》第2条规定的这种情况，应该按已完工程质量是否处理。《司法解释》留了一个空间，《司法解释》第5条有一个配套的规定，质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同，在建设工程竣工前取得相应无效合同处理的，不予支持。”这条规定所谓的没有资质的当事人事实上这叫资质处于浮动情况。如本来是三级企业现在已转为两级企业，在没有工程，虽然没有资质，但是质量是完全合格的，司法解释针对的是这种特殊条件的意思。

这个问题不能反推结论。与此相似的问题是总分包之间是否可以适用个人认为转包或违法分包造成合同无效，其处理的原则仍看已完工程的质量。《司法解释》是说承包人如果认为工程质量合格，可以要求发包人按照合同约定支付或违法分包造成合同无效，承包人仍可以以工程质量合格为由要求按合同支付，不论是何种原因导致工程合同无效，其处理原则都是与已完工程的质量

问题十：请问招投标完成后，确定了固定价，但签订合同时又改为可调价，此时备案与不备案是否有什么不同？

答：这个问题提得非常内行，虽然问题只有几句话。我认为这个问题即白合同以那一个计价方式为准的界限，这是一个很重要的问题。

首先，要看固定价和可调价哪一个规定在合同中并经过了备案。通常即固定价才能获得备案。如果是这样，那么答案是以备案的固定价为结算价。中标时约定了固定计价方式而后来又改为可调价方式，备案单位没有发现并备案了一个非中标合同的情况。备案了，但不是中标合同，则不属于司法解释司法解释为黑白合同的区别界限要求既中标又备案，如果备案的不是中标合同，按第21条规定处理。据我所知在中标后签约前改变中标计价方式，通常在行政主管部门备案，这一问题中备案不备案是否有不同，其答案是肯定不同的。

此外，招标完成时如果已确定了固定价，又改变为可调价的，这是违反《招标投标法》第46条规定：“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。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。招标文件中中标人的报价不得作为合同履行的计价依据。计价方式属于实质性内容，因此，中标的实质性内容被改变，违反了法律的规定，得不到法律保护。我理解司法解释第21条黑白合同的处理依据，正是这一条法律

问题十一：施工单位在未取得开工许可证的情况下进行施工，并已完工，那么双方的责任如何认定？对违章建筑的工程款，施工单位能否要求支付？

答：首先这个问题的命题本身是不成立的。没有法律依据说没有施工许可证就违章建筑。《建筑法》第8条，此条规定使用的法律词语是“应当”，属于强制性规定，因此，没有施工许可证开工只涉及行政处罚，并不必然导致合同无效。在行政责任方面，可能受到行政部门的处罚，其责任应由承发包双方分担，是承发包双方共同应当明知的。其次，施工许可证在认定工程开工时，如办理了施工许可证，那么在当事人对开工日期发生争议时，可以施工许可证作为依据。另外，没有办理施工许可证，工程并不就是违章建筑了。即使工程是违章建筑，只要工程质量合格，不存在发包人因此免除工程价款的承担问题，工程款还是应当支付的。

问题十二：甲方未按照合同约定支付形象进度款，乙方是否可在竣工后依据《合同法》66条行使后履行抗辩权？如果可以，在发生纠纷时，甲方反诉乙方承担责任？若发包人在诉讼期间，已向承包人支付全部工程款，那么，实际施工过程中发生诉讼案件，发包人能否免责？

答：工程合同是有履行顺序的，《合同法》第269号规定：“建设工程合同，是发包人支付价款的合同。”因此，承包人应先履行完工义务，发包人在支付形象进度款方面，当承包人完成了一个阶段形象进度，发包人应当支付相应工程款，发包人未支付的是进度款，则承包人就享有抗辩权，可以不履行继续施工的义务。

至于发包人是否履行抗辩权及如何行使应该看合同约定，示范文本对这个问题在第4款规定：“发包人不按合同约定支付工程进度款的，双方又未达成延期付款协议，导致工程停工，由发包人承担违约责任。”该条约定是参照了国际承包工程的FIDIC条款，就是承包人行使中止或解除合同的抗辩权，有一条合同约定的附随义务，就是承包人在行使抗辩权前，应当书面通知发包人，发包人仍不履行，然后有权行使抗辩权，可以进一步解除合同。

因此，这个问题的答案是乙方如果依约行使抗辩权，就不应当承担违约责任。如果甲方未按期支付进度款导致乙方停工，则乙方没有工期延误的责任。至于如果确有证据证明发包人在诉讼期间已经支付了全部工程款。这只能说发包人采取了补救措施，但不因此可以免除之前的违约责任；如果甲方在诉讼期间已经支付了全部工程款，违约责任可以免责，但违约责任仍不能因此免除。

问题十三：依据《司法解释》第15条规定，工程质量鉴定合格的，施工工期可以顺延，发包人主张以向发包人主张？

答：这个问题也是一个提得很好的操作问题。《司法解释》第15条是规定，当事人对工程质量发生争议，工程质量经鉴定合格的，鉴定期间为顺延工期。但常识告诉我们，施工方停工就会造成损失，那么这部分损失如何处理呢？施工合同在示范文本中对这个问题其实是有明确规定的。我现在的第18条“重新检验”约定：“无论工程师是否进行验收，当其要求对已经竣工验收的工程重新检验时，承包人应按要求进行剥离或开孔，并在检验后重新覆盖或修复。检验合格，发包人应追加合同价款，赔偿承包人损失，并相应顺延工期。检验不合格，承包人承担重新检验的费用，工期不顺延。”我理解，这就是《司法解释》第15条的制定依据。至于示范文本成为《司法解释》的制定依据，我在这里集中谈一下我的观点。

我们知道，《司法解释》中有不少规定，要从法律法规中找依据，确定顺延工期。第18条：“利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或约定不明的，按下列规定处理：（一）建设工程已实际交付的，为交付之日；（二）建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；（三）建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。”在的这些具体问题又客观要求有统一的答案，其答案在示范文本通用条款中符合行业的操作习惯。示范文本的全称应是“建设工程施工合同示范文本”由三部分组成，现在业内正在使用的是于1999年12月24日由国家工商总局号文件公布施行的。示范文本中通用条款的法律地位属于行业交易习惯，具有一定的权威性。我国《合同法》第62条规定：“质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。”在制订过程中有不少具体问题的处理标准和原则采纳了示范文本的通用条款。答案也就十分清楚，如果施工过程中因质量问题引起停工，看鉴定结果而定，引起的所有损失由发包人承担，工期相应顺延；而如质量不合格，则作相反处理。

问题十四：依据《司法解释》第24条，施工行为地与不动产所在地的法律适用问题？

答：这是一个应引起重视的理解问题，其准确理解影响案件的顺利进展。内容只有一句话：“建设工程施工合同纠纷以施工行为地为合同履行地。”在的相关规定的话，其理解就比较困难，而准确理解正好涉及到了问题的要害。首先，不动产纠纷属于专属管辖纠纷，必须到不动产所在地的法院去打官司。商品房，由于商品房属于不动产。因此，万一打官司就只能到上海打，建设工程施工合同，按《司法解释》第24条的规定，不适用专属管辖，也就是最高院不动产，那就只适用一般管辖，不必到工程所在地打官司。我的理解，施工行为是比较特殊的加工合同而已。如果这样理解的话，许多问题都迎刃而解了。在《规定》中规定：“垫资原则按有效处理”，这是因为在加工合同种类中，有一类叫备料和加工费加工的，这就相当于承包人的垫资施工。

其次，建筑物的所在地是特定的、唯一的，而施工行为并不是特定的、唯一的一个过程，包括勘察、设计和施工。如果采取设计、采购、施工总承包方式，很可能不在建筑物所在地，又例如承包人的垫资施工，他的垫资资金的来源地是承包人的银行，这样，施工行为地和工程地就不在同一地。因此，《司法解释》赋予了当事人选择起诉地的选择权，当施工行为地和工程所在地不一致时，当事人可以选择起诉地。

问题十五：工程竣工结算完毕，发包方也已支付完工程款，工期延误行为，事后发包方能否再追究承包方工期违约责任？

答：这个问题涉及到工程款结算后的索赔问题，关键是看工程款结算时是否已经包含了工期违约责任。对这个问题的答案，在所谓的“书面同意”中，如果承包方在工程款结算时明确表示，是工程款结算后能否继续索赔的主要依据。

在实践中，工期在施工过程中的延误有多种情形，有发包人的责任，也有承包双方的责任，以及承发包双方中的任何一方与第三方例如分包、材料供应等。在此，在工程最终结算时，当事人会对上述各种责任进行综合评估、协调，并在调解意见中要明确对各方的工期延误责任的处理，当事人往往在文件中叫做“双方其它无争议”。如这样做，则当事人任何一方事后就不能再提出工期延误的情况，最终结算协议中没有涉及到工期违约责任，这就不能推断出当事人对工期延误承担责任，因为没有对工期违约责任作出处分，并不消灭当事人的追究工期违约责任的权利。在《规定》协议签署后的两年时效内当事人均有权行使。贸仲（指中国国际经济贸易仲裁委员会）案件，当事人的最终结算后的索赔，最终是部分得到支持的。

问题十六：对照司法解释第26条规定，司法实践中，实际施工人可能以谁为诉讼主体如何确定？如果是共同诉讼的话，实际施工人的个人和违法分包人，是否意味着劳动债权无须经过劳动仲裁即可进入诉讼程序？

答：这个问题提得很细、很具体。我的理解，最高院在制订这个《司法解释》时是难以这么具体的。当然这个问题是一个有实际意义的执行司法解释的问题。实际施工人包括成建制的劳务企业即法人，非法人团体的民工队或称小包队伍，以及自然人。实际施工人既然包含着这三种情况，就不属于一般的劳动争议；而且，实际施工人价款中的直接费中的人工费的一部分，要解决这部分特殊的劳务报酬争议，应当同步解决。我认为实际施工人追索的不是简单的劳动债权，而是工程款的支付。按《司法解释》第26条规定，可以直接进入诉讼程序。

至于诉讼主体如何确定，这指的应该是不同的实际施工人的起诉主体，直接以法人名义起诉；如果是民工队，则以其它经济组织形态，由包工头或包工头个人或群体个人的，以自然人或群体派代表方式起诉。针对提起共同诉讼的，均可按《司法解释》第26条之程序规定起诉，实际施工人的合法权益得到保护。

问题十七：总包方和分包方的合同有约定，待建设方付工程款后总包方再支付分包方工程款，总包方以建设方未支付工程款为由不支付分包方款项，这条理由是否成立？

答：这个问题不同于前面已讨论过的劳务分包以及实际施工人的劳务分包。《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26条规定的实际施工人的受特殊保护的情形。《司法解释》总共28条，因此只能谈谈个人的观点。我认为，这个问题首先要看当事人在总分包合同中的约定。

提问者称，总分包合同有“待建设方支付工程款后，总包方再支付分包方工程款”的约定，约定本身是合法的，总分包双方理应信守这个约定。此外，我国《建筑法》第29条规定总分包就分包工程对建设单位承担连带责任；总包应当对分包工程的质量承担连带责任。连带责任的内容应包含权利和义务，保证分包工程质量是总分包双方的共同义务，而收取建设单位的工程款是总包方的义务。如果总包方已约定待收到建设单位工程款再支付分包方工程款，体现的是对总包的约定，此约定符合《建筑法》的相关规定。据我所知，在司法实践中，如果发生分包工程质量问题，法官一般都会按总分包合同的这个约定来处理案件。

问题十八：双方签订合同后，由于甲方原因并未实际履行，承包方如何索赔？有百分比吗？如果提出利润索赔，法院会支持吗？

答：对于因甲方的原因迟延开工，承包方是有权提出索赔的。首先，根据《合同法》第113条规定：一方当事人不履行合同给对方造成损失，其赔偿数额应相当于因违约后可以获得的利益。因此，如果确因发包方的原因不实际履行承包合同，承包方可以提出违约索赔，包括可得利益的索赔，这是这种索赔的法律依据。其次，根据《建设工程施工合同（示范文本）》通用条款部分第11.2款有相应约定，该条款约定：“因发包人原因不能按时开工，工程师应以书面形式通知承包人，推迟开工日期。发包人赔偿承包人由此造成的损失，并相应顺延工期。”这一条款针对承包合同因甲方原因延迟开工，其违约责任由甲方承担，即因此造成的工期损失也由甲方承担。这是这个问题答案的肯定部分。如果承包双方已实际适用了示范文本；如果未适用该文本，我们仍可以依据《合同法》第113条的规定，因为示范文本通用条款作为交易习惯的这一约定条款正是根据合同法律原则确定的。

这个问题的后半部分的答案，我认为也是肯定的，即依法可以索赔预期可得利益。至于百分比，就有点复杂了，其处理原则是有约定从约定，没有约定参照《司法解释》第16条的规定参照定额费率计取，即当地建设主管部门核准，定额标准中有利润的规定取费，根据不同的工程类别或规模，其费率不同。

我认为，按所提问题的情形，承包人也是基于以上理由进行索赔的话，为承包方当事人至少是可以据理力争的。

问题十九：现在有一种情况，在施工当中，发包人经常避开监理，设计变更或施工标准变更，承包人要求发包人补充书面变更单，但发包人又不敢不执行。在执行过程中承包人提出的价款追加，监理和发包人均不认可，这部分变更工程价款，但拖到后来时效已过，这种情况在法律上有没有对承包人的保护？

答：这是指监理或发包人对承包人提出的设计变更或施工变更加价的情况。该条司法解释规定，当事人对工程量有争议的按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。该条后半句的意思是只要承包人能证明发包人同意其施工，即使没有书面签证，也可以根据实际发生的工程量来计算工程价款。

我认为19条是非常好的法条，它把履行工程合同实践中工程签证和工程变更

问题二十三：依据《司法解释》第20条规定的内容，如果当事人仅仅约定“在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件”的如何处理？

答：这个问题在司法实践中具有典型意义，现在有的承包人向发包人发包人没有答复，便以《司法解释》第20条的规定起诉，要求法院按提交的结算书理解是不正确的。《司法解释》第20条的立法用意是预防发包人迟迟拖延结算期限，并同时约定超过期限视为认可承包人提交的结算。这其中关键就是“逾期视为认可”的约定，也就是通常所说的“过期作废”的默示推定条款。如果合同没有约定，仅仅约定了期限而没有约定逾期后的法律后果，自然视为没有《司法解释》第20条的规定。至于如何处理，在司法实践中，一般的处理是：如果发包人不予答复，则可以提交鉴定单位鉴定，以鉴定结论作为判案依据。关于“不予答复视为认可”的本意是有答复，没有说认可，如果发包人复函指出所送结算中的高价款，发包人已经作了答复。

问题二十四：甲乙双方是两个独立的施工法人公司，因乙方无进京（持进京证）资质，甲方工程投标前，双方达成合作协议，协议约定，乙方协助甲方投标，一旦工程交由乙方施工（按区域划分，含主体结构），但甲方不收任何费用。请问：（1）乙方施工，是否属于主体工程分包，双方签订的合作协议是否有效？（2）乙方施工，是否属于主体工程分包，双方签订的合作协议是否有效？（3）施工期间，乙方已取得在京投标资质，结论

答：针对第一问，如果双方在合同中明确约定中标后将部分工程含主体结构交由乙方施工，肯定属于违法分包，该协议无效。因为这一协议明显违反了《建筑法》第24条规定：“施工总承包的，建筑工程主体结构的施工必须由总承包单位自行完成，不得分包。对这一问，国务院的《建设工程质量管理条例》第78条规定：违法分包是指：（一）总承包单位将工程分包给不具备相应资质条件的单位；（二）总承包单位将主体结构工程分包给其他单位；（三）分包单位将其承包的工程再分包。违法分包行为，违反法律、行政法规强制性规定的，应当认定无效。查一下就明确了。

关于第二问，即便乙方是甲方的参股单位也并不影响违法分包行为的认定，并不论是否是参股单位，因此参股单位当然也不影响协议因此无效。

关于第三问，我认为，进京资质和施工企业资质是两个概念，对进京资质的认定，因为进京投标资质不是法定资质，只是地方政府的行政性限制措施，且这种限制措施，或者很快就会被取消，这在司法实践中已有判例。但是这里要注意一点，如果某一单位原来无施工资质，但是在施工过程中取得了资质的，那么根据《建筑法》第26条规定，可认定合同有效。

问题二十五：（1）司法解释第一条第一款规定了合同无效的两种情况，均为不具有从事该合同工程的能力。然而，第五条仅认可了第二种情况，即未取得相应资质，这是否是不公平，若其在竣工前取得了资质，我认为合同也应该认为有效，在最高人民法院黄松有院长及朱老师，还有很多文件都提到对农民工工资问题，适用保护性规定？为何在主体方面作限制性的描述？劳动者取得报酬的权利，您如何理解？

答：这一问题的两问都很有意思。第一个问题应该问起草《司法解释》的人，到了我面前，我就说说我的认识。我也认为《司法解释》第一条规定的合同无效的情形，是针对不具备相应资质的施工企业而言的，如果企业在竣工前（准确地说是签订合同之前）已经取得了相应的资质，根据合同效力补正的原则，是可以认定为有效。因为针对承包工程的资质条件而言，没有资质或超越资质的，都属于《司法解释》第五条的适用范围，从该条所确定的效力补正的范围来看，仅明确为“未取得相应资质”，我认为根据最高院在《关于审理房地产管理法施行前房地产开发经营案件若干问题的解答》两个司法解释中，已经明确了“在竣工前取得相应资质”的，可以认定为有效。

定，我个人认为《司法解释》第5条规定可适用于第一条第一款中的前一种。至于说到农民工的特殊保护问题，事实上《司法解释》第26条使用的词语是用“农民工”这个词语。我的观点在上课时已反复说了。农民工包含在实利益指的是劳务报酬。因为《民事诉讼法》第97条规定的可以“先予执行”的民工和城市工都是工人，甚至公司的职员，重要职员包括经理，都是提供质，都是一样的。《司法解释》第26条选用的词语是“实际施工人”，只上承担劳务的企业、包工头，或者工人个人，其中包括农民工。因此，我体的报道，只是强调了问题比较突出的农民工，在主体方面，《司法解释》并不局限于农民工。

问题二十六：案情简介：北京一无法定资质的A公司借用一有资质的江的工程，约定A向B缴纳百分之五的管理费，余额归A公司。现工程已验收合工程款，A多次要求结算，B公司以双方借用资金违法为由不结算。问：（1）权？（2）A要求B支付百分之五以外的工程款是否有充分的依据？应注意哪的实际施工人？请对实际施工人概念展开阐述一下。

答：提这个问题的不知和上一个问题是否是同一人，这个问题与上一我的观点：1、天津法院当然有管辖权，因为A完全可以施工行为地发管辖权的法院起诉，法院受理当无障碍。

2、A要求B支付合同约定的5%以外部分的价款，存在两方面的问题，因的，无效的合同，A不能要求享有利润，而利润是多少，要查定额标准。同公司的管理费不应计取，而A公司的实际施工管理的费用，要结合A公司的用，不能享有全部的管理费，给不给，给多少，由法官根据案情自由裁量。问题涉及《司法解释》第4条的规定，A公司借用B公司的资质，属于无效行人非法所得的情形。

3、A公司正属于实际施工人。我理解《司法解释》中对合法的工程分作违法分包情况下的真正从事施工的单位或个人才称其实际施工人，那么问题的实际施工人。至于实际施工人的概念，法律和《司法解释》中均无相应共同无效前提下的转包或违法分包的或者借用资质的实际从事施工的分包人，

问题二十七：在拖欠工程款之诉中，发包人主张因工程质量问题请求初反诉还是通过本诉抗辩主张？能否结合你的实践经验谈一谈发包人在依解释证责任承担的重点是什么？在工程经竣工验收的情况下，怎么证明承包人的

答：这一位提问涉及到三个问题，个个都有水平。

第一个问题涉及对诉的认识和诉讼技巧。我认为应该提出反诉来解决。支付价款，涉及到一个相对于本诉要求付款的独立的诉讼请求即质量缺陷责任的鉴定以及承担责任的具体钱款，这些钱款被同一合议庭认定后，才款中进行互相抵扣。而如果仅仅进行反驳抗辩而没有提出反诉请求的话，发包人的要求减付工程款的主张的，因为你没有请求，而《司法解释》第1而言的。当然如果过了提出反诉的时效，发包人也可以另案起诉，提出请来解决。司法实践中，一般都会合并审理。当然这里有一个前提，即《司人拒绝修理、返工或者改建的”，如果承包人已将质量缺陷整改至合同约定

第二个问题涉及到法官的自由裁量权，有质量缺陷是否应减付工程款，和《司法解释》并无具体规定，都只能由法官根据案情来决定。而作为发款责任时，如果合同有特别约定，只要证明质量未达合同约定标准即可；而则只能通过质量缺陷责任鉴定（包括缺陷整改需要的费用）来证明，否则款款项。

第三个问题有点悬。因为工程竣工验收，一般已经证明承包人的质量。发包人已经认为工程竣工的质量已符合要求或符合合同约定，否则就不会通过规定，如果工程未经验收，发包人已经使用的，视为验收已经通过，承包人不修责任。至于说怎么证明，有效的办法是发包人先行委托有资质的鉴定单位存在缺陷，这鉴定报告就是证据。

问题二十八：对甩项验收工程，竣工时间如何确定？

答：通俗地说，甩项是部分通过验收先行交付使用，未通过验收的部分再验收。甩项也即部分交工。甩项在示范合同文本第32条第7项有规定，我发包人要求部分单位工程或工程部位甩项竣工的，双方另行签订甩项竣工款的支付方法。”

至于在甩项交工时，其竣工时间如何确定，我认为，既然是部分竣工或部分工程竣工，能够确定竣工交工的部分工程，以甩项协议签署的时间来确定。对于整个工程而言，其全部竣工时间，应以甩项的工程另行通过办理竣工如何认定具体竣工日期，前者已有同样的问题，也已作答复，不再赘述。

问题二十九：工程由于承包人的原因发生延误，承包人向发包人索要工程款是从合同约定的竣工时间起计算还是从实际竣工之日起计算？

答：我认为承包人的追索工程款的时效与工期违约并无直接关系。承包是针对发包人未及时结算并支付工程款的行为而言，涉及本问题承包人的诉讼时效从合同约定完成结算期限之日起计算。

承包人的合同约定或实际竣工时间，均不能作为索要工程款的时效起算的起算时间，应当是发包人应当支付而没有支付工程款。工程已经竣工，发包人未付款。而根据《示范文本》第33条第1款的规定，承包人应在通过验收后的28天内结算，根据第33条第3款的规定，发包人应在收到承包人的结算书后的28天内向承包人实际竣工后的约定完成结算的期限，为发包人收到结算书后的28天以内。诉讼时效，应从发包人收到竣工结算的第29天起计算。《司法解释》规定的发包人指“发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复”的情形，而这一答复。

问题三十：（1）施工合同被发包人终止后（过错不能确定）承包人可包括合同约定的不到付款期限的部分？承包人是否承担保修责任，质保金又如包人有无优先权？

答：对第一个问题，准确的答案只能在过错责任已经确定之后。承包人的责任。现在在没有确定过错的前提下，建议承包人先分析已有的材料和当然即便承包人有过错，发包人所拖欠的工程款，一般情况下（排除质量不应当偿付的，也就是说，承包人还是可以主张权利的。

具体地说，施工合同被发包人提出而终止（终止仅指合同无效后的不到承包人支付全部的已完工程价款，包括合同约定的不到付款期限的部分，例如50%，另50%待竣工时支付，但合同被终止后，承包人有权要求发包人支付且被终止，原合同约定的未到期债务已因此转变为到期债务。承包人应承担保修责任本身是自工程竣工后起算的，合同被终止，已完部分工程即视为已完的部分工程负有保修义务是法律明确规定的。至于质保金，也因合同终止而一个前提，已完工程的质量是合格的。至于工期如何计算，要看合同中有无约定，可据此判断承包人有否逾期的责任，如没有则只能结合双方的过错大小。

第二个问题似乎和上一个问题并无直接关系。这是一个比较复杂的问题。

的规定，分包人并无工程价款优先受偿权。因为286条规定的优先受偿的权利不是承包人。但是在实践中的工程发包和分包情况比较复杂，有的分包合同是与发包人签订的，此时分包人的地位与承包人相同，我认为三方签订分包合同享有工程价款优先受偿权。而如果分包合同是由总包和分包两方签订的，分包人不享有工程价款优先受偿权。

问题三十一：（1）房屋装饰，装修（改造）工程是否属于建设工程？现在的14号司法解释？（2）下面的情况，应如何理解：房屋产权人将房屋据约定对该房屋进行装修改造（房屋面积15000平方米），承租人通过招标投标施工合同，并约定由装修公司垫资施工。在装修中，因承租人违约被房屋出租人未支付装修费并人间蒸发。请问：装修公司能否以对装修物享有物权？能否参照司法解释第26条的规定执行？或者该案有其它的处理思路，请详述。可以是对欠付工程款要求计息，冯法官说除此之外还可以主张违约责任，以逾期贷款利率（日万分之二点一）支付违约金？该规定是否突破了我国民事（不包括《消费者保护法》）的旧规？（4）建筑房屋消防设施不符合标准，地方未发现该情形而验收，之后又租给其他人使用，此租赁合同是否无效，并

答：这一位提出的问题包括有4个问题，而且互不关联。我现在一个一个来答。第一个问题涉及《司法解释》中建设工程施工合同的定义。对此，《合同法》第269条有明确规定：建设工程合同是承包人进行工程建设。建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。《司法解释》特别强调施工合同。我理解房屋的装饰、装修（改造）合同都属于施工的范畴，应当适用该司法解释。但是在司法实践中，房屋装饰、装修（改造）合同的情况比较复杂，有的由发包人委托的，而是承租人甚至是转租人委托人的；有的家庭装饰、装修合同，最高人民法院曾就同样的问题函商建设部，建设部的答复正是这样两类：其工程项目所有权不明确的或家庭装饰、装修合同，不属于建设工程合同，也不适用该司法解释。

第二个问题，在司法实践中已出现多起类似案件，各地法院处理不尽相同，针对性解释。我认为这问题也与《司法解释》第26条的规定内容不尽相同。装修公司在签订装修合同时房屋产权人是否明知，以及产权人与承租人的租赁合同约定的，如果产权人同意装修合同，则装修人可以要求以《司法解释》第26条规定，产权人是真正的发包人；而如产权人不知道或不同意装修合同，根据合同起诉产权人。如果产权人与承租人的租赁合同对添附的装修物归属未作约定，按照物权法的原则向产权人主张权利，由于我国《物权法》尚未生效，能否成功，有待于产权人与承租人的租赁合同对添附的装修物约定在承租人违约时作为损失赔偿（或作如此约定），则装修公司则难以向产权人主张权利。

第三个问题，对《司法解释》第17条规定的利息，我没有当面听到冯法官的意见。我认为，发包人欠付工程价款应承担违约责任，而支付利息正是承担违约责任的方法。如果合同约定在承担利息之外还应赔偿损失或其它的违约责任，冯法官的本来意见。

对第四个问题，我国《消防法》第10条明确规定，消防未通过验收不得交付使用。而且消防的强制性标准，我认为属于效力性标准且涉及公共安全，不得交付使用，如果交付使用是无效的，因此又发生租赁行为，这租赁行为应予以禁止履行，看消防问题能否整改作不同的处理。我的观点消防缺陷也是质量问题的三条之规定进行处理。

问题三十二：司法解释第21条，白合同不是双方的真实意思表示，为

无效?白合同如无效,为何还依白合同结算工程款?如依白合同结算工程款(真实)。相比,一方会获得不当得利,法律是否不应该保护该不当得利?

答:针对这个提问,我要说的是:现在已经不是征求对《司法解释》的正确贯彻执行《司法解释》,因此,这样的提问是不可讨论的。此外,提问为:黑白两份合同,不论是否出自何种原因,从形式上看,由于都有签约(真实)。而且,《司法解释》本身并没有说白合同有效,黑合同无效,只是在情况下的结算依据。而所谓的不当得利,指的是没有法律上或合同上的充分得利益。依照经中标备案的合同即白合同的约定结算工程价款,正是保护承包人的合法权益。因此,本人认为《司法解释》第21条规定是完全正确的,而全国人大在《建筑法》执法检查中发现的四大问题之一的黑白合同问题的重

问题三十三:关于黑白合同问题,按照第21条之规定,在招投标后,双方是否能够修改中标合同的实质性内容,另外订立补充协议?例如,改变原否还需要备案,如果不能是否违反合同法有关经双方协商同意,可以变更后履行过程中,施工量减少,双方变更合同,减少价款,能否成立?

答:这个问题相对《司法解释》第21条规定来说,就提得很有水平。

我认为,这一问题涉及到了一个关键的界限区别,即中标后改变合同变更的区别。这里涉及到两条不同的法律规定,《招标投标法》第46条规定:“招标人应当与中标人按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同,不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。”而《合同法》第77条则规定:“当事人协商一致,可以变更合同。法律、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。”即符合法定事由,即符合法定事由的,可以把合同有关造价、工期或质量过程中正常的变更,包括重大的设计变更或建筑面积等的变化,则完全可以进行。《司法解释》第19条明确规定:“当事人对工程量有争议的,按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。承包人能够证明发包人同意其施工,但未能提供签证文件证明发包人提供的其他证据确认实际发生的工程量。”我认为第19条规定完全可以

从理论上说重大的涉及中标合同的实质性内容的变更签证,仍应进行备案,如何备案,目前并无行政管理规定,这有待建设主管部门的新规定这一新规定。

*中国国际经济贸易仲裁委员会建设专业仲裁员、上海市建纬律师事务所主

*中国国际经济贸易仲裁委员会建设专业仲裁员、上海市建纬律师事务所主



中国国际经济贸易仲裁委员会 2004-2009版权所有 电话:010-82217788 传真:010-82217789
地址:北京市西城区桦皮厂胡同2号国际商会大厦6层 邮编:100035 电子信箱:info@ci