

中国建设工程争议解决年度观察（2013）

谭敬慧*

● 内容摘要

随着中国近年来基本建设与投资领域的持续高速发展，工程建设项目的管理模式和行业发展发生着一定的变化，市场处于非常活跃的状态，围绕投资人和承包人之间的法律关系日趋复杂，其利益冲突也与市场经济发展中的矛盾紧密联系着。同时，当纷争的解决超出了当事方的掌控时，和解、争端评审、调解及至仲裁与诉讼，都是正确解决经济社会利益冲突的有效路径，且诉诸法律必然是其终极选择。

与国外工程纠纷有所不同的是，我国建设工程领域的法律问题因其法律体系的特殊性，也因其经济法的属性，呈现出问题的层次性和特殊性，因此尽管我国建设工程法律体系的立法历程不长，但是对于我国在相当一个时期的工程建设发展起到了非常积极的指引作用。基于新时期建设工程纠纷的复杂性，为更好地了解 and 解决该类问题，2013年之初，对过往工程法律与纠纷的发展进行了回顾，以期更好地为工程建设提供法律支持。

* 谭敬慧，建纬（北京）律师事务所主任。

● 关键词

2012 建设工程 争议解决 法律动向 案件动向

一、工程法律发展动向

(一) 招标投标法律发展动向

1. 《招标投标法实施条例》的颁布实施对工程建设发包与承包活动产生重要影响

2012年工程相关法律法规最大的变化当属《中华人民共和国招标投标法实施条例》(以下简称《实施条例》)的实施。

与西方国家招标采购法律规范不同,我国调整工程建设领域招标采购活动的法律包括《招标投标法》、《政府采购法》以及相关的法律规范文件等。其中《招标投标法》的调整范围为中国境内的所有招标投标活动,且对于程序规定较为明确和细致,因此国内的工程建设活动极大地受到了《招标投标法》的影响。但随着工程实践的快速发展,《招标投标法》中的部分规定较为原则,缺乏可操作性。因此,《实施条例》的颁布,对于《招标投标法》中存在的不足和缺陷,进行了最大限度地细化和补充,同时充分考虑了新型招标采购业务的特点,对招标投标法律制度进行了探索与创新,如对不同项目招标方式的不同要求、两阶段招标、异议前置等进行了详细的规定。具体包括:

(1) 进一步区分不同项目进行招标活动规制,实现效率和秩序的双重价值追求。对于应当适用《招标投标法》的招标投标活动,该法分三类项目进行规制,其中最严格的为国有资金占控股或者主导地位的依法必须进行招标的项目,如要求应当公开招标、选择排名第一等规定的作为中标人等;第二类为非国有资金控股或占主导地位的依法必须招标项目;第三类为自愿招标项目。

同时为了强调特殊项目在推进过程中的效率,兼顾公平公正原则,《实施条例》还规定了可以不进行招标的快速路径,亦即俗称“快速通道”,主要包括需要采用不可替代的专利或者专有技术的、采购人能够自行建设的、通过招标确定的具有建设资质的特许经营投资人等情形。

(2) 对于行政职能的冲突进行了协调规范。《实施条例》强化了国家发展改革部门指导和协调监督职能,科学合理地规范了包括地方人民政府、财政

部门和监察部门在内的各监督部门的监督职责，厘清了财政部门与招标投标活动的行业主管部门之间的监督职能。

(3) 明确两阶段招标制度。为了解决技术复杂项目的招标问题，通过借鉴《联合国国际贸易法委员会货物、工程和服务采购示范法》以及其他国家的招标采购模式，同时参考了我国《科技项目招标投标管理暂行办法》，《实施条例》明确了两阶段招标制度。该制度是针对高新技术和专业领域采购活动提出的一种灵活招标方式，其意义直指效率。对于前期无法确定具体拟定技术标准或规格的复杂项目，基本上无法确定招标条件，对此招标人可以分两阶段进行招标，第一阶段通过评价投标人的不带报价的技术建议，招标人确定项目的技术标准和要求，以达到能够编制招标文件的目的；第二阶段则解决技术实施方案和投标报价问题。

(4) 完善了异议与投诉的具体条件和程序。作为可能演变成争议的异议，立法者通过《实施条例》明确了异议与投诉成立的条件和程序，并提出了重要事件实行异议前置的制度，对于减少招标瑕疵与违法，提高招标工作效率，减少重大纠纷，起到了非常好的补充作用。这也是对投标人及其利害关系人的正当权利的多种救济途径的体现，为及时快速解决招标活动瑕疵缺陷和减少各方损失提供了制度保障。

(5) 明确招标投标的效力，为招标投标争议的裁判提供了明确有效的法律依据。根据《实施条例》第 82 条规定：“依法必须进行招标项目的招标投标活动违反招标投标法和本条例的规定，对中标结果造成实质性影响，且不能采取补救措施予以纠正的，招标、投标、中标无效，应当依法重新招标或者评标。”该条文具有非常重要的价值和意义，最重要的体现就是直接作出了效力性的规定，并指出了处理方案。条文在设计相应法律后果的承担时，提出了三个递进条件，第一是必须招标项目有违法行为，第二是该种违法对中标结果造成了实质性影响，即对中标人、中标价格、工期等实质性内容有影响，第三是在前述违法情形下，无法采取补救措施予以纠正，该三者具备，方可致于招标、投标、中标无效的法律后果。最后，处理方案即为重新招标或者评标。

(6) 对《招标投标法》中的其他问题进行细化。为确保《招标投标法》顺利实施，《实施条例》对于经济发展中出现的其他众多问题进行了细化，如资格预审文件或招标文件的澄清修改的截止日期、投标保证金的最高额度与

有效期、暂估价项目招标、否决投标的情形、法律责任等。^①

2. 《电子招标投标办法》的研讨与发布,极大地改变了招标投标的形式,为根治违法招标投标活动提供了重要的手段和平台

电子招标投标活动是以数据电文形式,依托电子招标投标系统完成的全部或者部分招标投标交易、公共服务和行政监督活动。国家发展改革委联合八部委于2013年2月4日共同发布了《电子招标投标办法》及相关附件,自2013年5月1日起施行。

电子招标投标的推行,将成为招标投标领域的一场无形的变革,用信息化的先进手段,实现最彻底的公开、公平、公正与诚实信用。同时,《电子招标投标办法》的施行将促使信息完全公开,解决因“信息源”不对称造成围标串标问题;取消投标报名环节,打断招标人与投标人之间的信息联系;运用电子系统自动抽选通知评标专家,实现评标专家与投标人之间真正的“背靠背”关系。实行电子招标投标能够最大限度限制违规操作,最大限度防范各种串通、不合理的评标等,因为一切都在互联网上,一切行为均有痕迹,一切事项均可追索,当然就是形式和实质的变革。

(二) 工程造价类法律发展

1. 开展《建设工程造价管理条例》前期立法论证,为工程造价以及造价管理合法定位

对于工程造价的确定与控制问题,国内有相当的学者和专家认为,造价问题涉及到工程合同当事人的对价与经济利益,在市场经济时代,应当属于意思自治的范畴,行政机关不应予以干预,否则有过度行政之嫌。

与西方国家的工程法律理念不同的是,我国的建设工程法律体系整体上是建立在一定的行政监督管理的基础之上的,且与我国的政治经济整体发展的体制相适应,而非孤立和单一的造价管理,因此,我国的工程法律,包括房地产开发领域的经济法部门法,更多地体现了运用适当的行政监管保障国家利益和社会公共利益的目的。此亦中国国情,当然政策法规务必须做到“适当”,方可规避“大行政过度”,影响市场主体的自主性和经济活动的自由性。

另外,由于工程造价领域存在诸多问题,特别是无序竞争与拖欠款项两

^① 参见谭敬慧:《建设工程疑难法律问题与实务》,法律出版社2012年版,第12-13页。

大恶疾，亟需建立法律法规予以规范，从根本上解决工程建设领域的市场有序性和利益分配的合理性。

鉴于此，2012 年国家住房和城乡建设部（以下简称“住建部”）委托中国工程造价管理协会组织社会各界的专家学者成立课题组，先行论证行政法规层级的《建设工程造价管理条例》的立法必要性。从目前的初步结论看，作为由国务院立法的行政法规，《建设工程造价管理条例》将顺应工程建设市场的长远发展，填补工程造价领域法律体系的不完整，统一各地方规定，且未来将成为我国工程造价领域发展的里程碑。

目前研究的《建设工程造价管理条例》需要达到的目标包括：

(1) 健全工程造价法律体系，以高效力的法规解决工程造价管理中的恶疾。现行的工程造价法律体系中，法律层面主要包括《价格法》、《招标投标法》、《审计法》等；行政法规则仅在《招标投标法实施条例》的部分条款中涉及，没有专门规范；其他大都为部门规章或规范性文件，如《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》、《建设工程价款结算暂行办法》等。可见直接制约和影响工程造价的最高级别的法律规范为部门规章，效力较低，各地的立法虽然紧跟实践，但由于上位法依据欠缺，大大影响了地方立法和工程建设实践工作的开展。

(2) 防止工程造价管理受行政不当影响。与契约经济思想观点相左的是，部分地方政府还没有建立适度调节市场的经济观念和手段，对于工程造价的管理有过宽或过窄的两级倾向，导致市场行为与管理行为权利失衡，一定程度上既影响管理活动的权威性，又影响了市场调节手段的正确性。

(3) 规避发包人盲目压价，控制质量安全风险。发包人为节约成本，过度追求低价中标，导致大量项目的工程造价最终失衡，部分业主甚至为减少建设投资，利用建筑市场“僧多粥少”的局面，故意压价与要求垫资，致使不合理的甚至低于成本的投标亦可以中标，埋下了工程质量安全事故的巨大隐患。

(4) 促进承包人完善工程造价管理，提高项目管理收益。熟悉工程造价的人都知道，工程造价不仅仅是估算工作，其高低与技术方案的实施条件、客观气候、配套资源等多方面因素有关，是一个比较复杂的综合性管理问题。大部分企业由于自身造价管理和施工技术力量的薄弱，难以建立系统完善的企业内部估算与成本体系。同时，由于建设工程市场发展迅速，新材料新工

艺层出不穷,不能做到与时俱进,不能做到系统改进,则工程造价失于掌控。加之施工企业普遍存在“重施工、轻造价”观念,对工程造价管理活动的投入过低,导致企业很难比较全面地管理造价和维护造价信息,最终无法正确识别工程造价风险。

2. 《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》的修订将顺应工程计价领域法律发展,使工程计价活动更加科学合理

现行《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》于2001年开始施行,随着计价实践的发展以及工程类法律与合同文本的更新,该办法已出现不合时宜的规定(如办法中关于计价方法和合同价格形式的规定)和法律空白(实践中已经出现的最高投标限价、预付款和进度款的支付、合同价格调整、质量鉴定等问题均没有规定)。因此,近两年住建部展开全面修订工作,公布征求意见稿广泛征求社会各界意见。《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》的修订将适应施工发承包计价活动发展需求,使得该办法更加实用。与此同时,该办法是专门规定工程造价活动的部门规章,在专项造价领域实践中效力层级较高,其修订将对各地方专项立法具有很好的示范和指导意义。

3. 2013年版《工程量清单计价规范》的发布,将从国家标准角度进一步规范工程计价行为,减少合同履行的冲突和争议

鉴于工程造价的确定和管理对于工程合同履行的重要意义,住建部于2012年12月25日发布了第1567号公告,新版《工程量清单计价规范》(GB50500-2013)于2013年4月1日起正式施行。该规范为国家标准,其中部分条款为强制性条文,对于国有资金投资的建设项目必须严格执行。

2013年版《工程量清单计价规范》是工程量清单计价的第四次革新。2013年版计价规范将2008年版的诸多条文由适用性改为强制性规定,而且新增了责任划分说明,这表明清单规范对责任划分原则更加清晰明确,对发承包双方应承担的责任尽可能地明确,以减少后期出现的争议。这就要求发承包双方必须在各自的责任范围内认真做好工作,尤其是可能引起争议的地方,避免错误的发生。

2013年版计价规范对工程造价管理的专业性要求越来越高,同时对争议的处理也越来越明确,可执行性更强。2013年版清单计价规范不仅是快速实现与国际惯例接轨的重要手段,更是政府加强宏观管理转变职能的有效途径,同时可以更好地营造公开、公平、公正的市场竞争环境,这将会促进工程造

价领域迈上一个新台阶。

4. 《建设工程造价鉴定规程》的颁布,将对工程纠纷的鉴定程序发挥巨大的规范作用,对于参与鉴定的各方均产生重要影响

鉴于工程建设纠纷在处理过程中经常遇到需要进行造价鉴定的情形,也经常遇到鉴定漫长、鉴定手段、鉴定程序问题。2012年《民事诉讼法》修订公布之前,中国建设工程造价管理协会于2012年7月19日发布了《建设工程造价鉴定规程》(CECA/GC 8-2012),于2012年12月1日起施行。

《建设工程造价鉴定规程》虽然是行业自律性文件,但是其制定及开展鉴定活动的依据均为法律法规的强制性规定,因此违反规程从事鉴定活动应承担法律后果。该规程的施行将规范工程造价咨询企业及其咨询人员的建设工程造价鉴定活动,规范鉴定程序,保障鉴定成果的质量。

(三) 工程质量法律发展动向

《屋面工程质量验收规范》的颁布为屋面工程质量的规范提供了严格的国家标准。鉴于屋面工程项目极易出现因质量缺陷引发的工程合同与侵权争议,如因防水缺陷、不均匀沉降缺陷等原因引发争议,同时为了统一屋面工程质量的评价标准,《屋面工程质量验收规范》(GB 50207-2012)为国家标准,自2012年10月1日起实施。其中部分条文为强制性规定,必须严格执行。该规范强调了施工质量验收的程序和组织、工程验收文件和记录、隐蔽工程验收等重要内容。其中强制性条文主要是对防水、保温材料等作出了更加严格的要求,且对防水工程完工后的观感质量检查、特殊情况下固定加强措施等工作进行了强制要求。因此,执行该国家标准必然可以保障屋面工程的质量,进而对人民的人身财产安全提供重要保障。

(四) 工程合同文本发展动向

1. 标准文本的连续发布,实现了中国工程合同整体水平质的飞跃

中国最早的施工合同示范文本(以下称“99版合同”)颁布于1999年12月,由原建设部和原国家工商行政管理局发布,迄今已有13年多了。在此期间我国的项目管理、市场环境、资源条件和合同理念等方面发生了重大的变化,原有的合同文本显然不能适应新时期的工程项目建设需要,也无法防范工程合同订立与履行的风险,鉴于此,国家发改委等九部委调动众多专家学者,集中编制了一系列的标准文本。截至2012年,国家发改委等九部委共发布了四个标准文本,即《标准施工招标资格预审文件》(2007年)、《标准施

工招标文件》(2007年)、《简明标准施工招标文件》(2012年)和《标准设计施工总承包招标文件》(2012年)。此外,许多部委均出台了其行业版标准文本,如住建部的《房屋建筑和市政工程标准施工招标文件》等,对标准文本进行了细化和补充,这些标准文本基本形成了具有中国特色的工程招标文件标准文本体系。这些招标文件的编制,借鉴了国际通行的FIDIC合同、JCT合同、AIA合同等类似范本,但是由于中国的建设工程法律体系与国外不同,合同履行的法律基础也不同,因此其合同管理理念与权利义务的安排当然不同,故标准文本意义重大。

特别要指出的是,鉴于我国设计施工总承包模式尚处于起步阶段,尤其在房屋建筑领域,仅限于少数项目的尝试性运作,为了提升工程招标合同的编制水平,避免工程建设领域长期以来的管理缺陷,同时为了推进设计施工总承包模式的进一步规范发展,国家发改委等九部委于2012年2月1日共同颁布了《标准设计施工总承包招标文件》,自2012年5月1日开始施行。《标准设计施工总承包招标文件》的颁布实施将对设计施工总承包活动起到规范和指引的作用,并帮助发包人和承包人理解其核心的项目管理理念,促进该种承包模式的健康发展。

2. 新版《建设工程施工合同范本》修订稿的拟定,将更好地促进工程建设领域合同管理的提升

随着市场的发展和变化,原建设部和原国家工商行政管理局1999年联合颁布的《建设工程施工合同(示范文本)》(即“99版合同”)在实际运用中逐渐暴露出很多问题,影响其在工程建设领域的进一步使用。因此,近几年来,住建部组织众多政府、专家、学者等多方资源力量启动了新版施工合同的修订完善工作。

本次修订,从建设工程一般规律出发,对项目管理模式、合同管理理念等进行了完善,尤其是关于合同文件构成、承包人人员管理、监理人权限、分包管理与变更、合同价格、计量与支付、竣工验收、竣工结算、争议评审、合同备案等条款进行了重点修订,以期解决长期以来建设工程领域中的焦点问题,如转包挂靠、违法分包、拖欠工程款、实际履行合同与备案合同不一致问题等。因此,本次修订将对规范建设工程施工承包合同管理,从制度上指导合同当事人防范合同纠纷产生重大意义。

此外,对于合同修订争议较大的是否引入发包人聘请的“造价咨询人”

的问题,从目前我国工程管理的实际情况出发,按照合同的相对性要求,为了避免履行合同过程中产生因造价咨询人产生的代理权限问题、表见代理问题,兼顾工程合同履行的时间性和资源组合的复杂性,新版建设工程施工合同示范文本最终没有引入造价咨询人。

另外,与前述标准文本不同的是,此次住建部施工合同文本的修订,针对的项目适用范围,不限于法定必须招标的项目,而可以适用于所有的建设工程项目。应当说,该合同文本的修订将对推进全行业建设工程项目的合同理念和合同内容的完善做出巨大的贡献。

3. 2012 年版《建设工程监理合同(示范文本)》的发布对发挥投资效益和促进监理行业健康发展意义重大

2012 年版《建设工程监理合同(示范文本)》是在 2000 年发布的《建设工程监理委托合同(示范文本)》的基础上修订完善而成的。新版监理合同严格依据现行法律法规和标准规范进行修订,借鉴了国际工程合同管理的经验。新版监理合同明确指出其适用范围包括房屋建筑、市政工程等 14 个专业工程类别的建设工程项目,在通用条件中明确了工程监理基本工作内容,对于规范当事人的签约、履约行为,防止合同主体利益失衡,避免或减少合同纠纷,保障合同当事人的合法权益,维护工程监理市场秩序都将发挥积极作用。^①

(五) 其他工程法律发展动向

1. 新《民事诉讼法》对工程案件造价鉴定证据文件的定位更趋客观真实

鉴于工程案件审理过程中经常遇到争议双方向人民法院和仲裁庭申请进行工程造价鉴定,对于工程造价鉴定机构出具的结果文件的证据性质和特点,新《民事诉讼法》对其作出了更趋合理的规定。

根据 2012 年 8 月 31 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》第二次修正,新《民事诉讼法》自 2013 年 1 月 1 日开始施行。

对于工程建设领域而言,新《民事诉讼法》最直接的影响在于将“鉴定结论”改为“鉴定意见”。该修订不仅是一种证据称谓的变化,而是诉讼观念、证据理念的变化。根据新《民事诉讼法》的规定,当事人对鉴定意见有

^① 汪汀:《全国建设工程监理合同宣贯会召开》,载《中国建设报》2012 年 4 月 24 日,第 1 版。

异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的, 鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知, 鉴定人拒不出庭作证的, 鉴定意见不得作为认定事实的根据; 支付鉴定费用的当事人可以要求返还鉴定费用。此外, 当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭, 就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。因此, 新《民事诉讼法》将原作为结论性证据使用的“鉴定结论”改变为目前作为参考性意见的“鉴定意见”, 澄清了鉴定机构的独立第三方专家机构意见的证据地位, 使得法院和仲裁机构合理适用证据更加客观真实。

2. 最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》的颁布, 对于规范工程采购合同相关问题起到有效引导作用

最高人民法院于2012年5月10日发布了《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》, 自2012年7月1日起施行。

建设工程发承包活动中的物资采购合同, 从性质上看属于典型的买卖合同, 但是也有其自身特点, 如钢材买卖合同中的价格约定条款、违约金条款、框架协议与订单条款、分批交付条款等。前述司法解释对于其中的部分问题进行了一定的司法规范, 对于市场的工程采购活动具有规范、指导意义。

3. 北京市高级人民法院出台的《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干疑难问题的解答》为工程纠纷案件疑难问题的解决提供了重要的裁判依据

北京市高级人民法院于2012年8月6日出台了《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适用法律若干疑难问题的解答》(以下简称《施工合同解答》)。

针对实践中出现的建设工程领域各种疑难问题与新问题, 2004年《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》(以下简称《施工合同司法解释》)中的规定较为笼统, 且有些内容没有规定, 此后频繁出现问题, 而且大有“道高一尺, 魔高一丈”的趋势。在这种情况下, 北京市以及其他许多省市高级人民法院均制订了各自的司法文件。北京市高级人民法院的该解答在总结相关工程疑难判例的基础上, 对实践中常见的如施工合同效力的认定、建设工程价款的确定与支付、工期和质量责任的认定、造价鉴定与民事责任的承担等诸多疑难问题进行了详细的规定, 对实践操作具有很强的指导意义。

二、工程纠纷案件发展动态

(一) 劳务分包人申请的工程类纠纷标的金额骤然上升

根据北京仲裁委员会提供的统计数据显示, 2010 年全年北京仲裁委员会立案劳务分包人申请的工程类纠纷仲裁案件 12 件, 标的金额共 18975629.12 元; 2011 年全年立案 14 件, 标的金额共 14640611.27 元; 2012 年全年立案 17 件, 标的金额共 111888782.34 元。由此看出, 2012 年劳务分包纠纷案件数量稳步增长, 且涉案金额急剧增大。究其根本原因, 是实践中以劳务分包形式掩盖非法转包分包目的的现象在逐渐增多, 在这种情况下, 合同结算依据是总包合同价格或者专业分包合同价格, 因此导致劳务分包合同纠纷标的金额骤然上升。

与此同时, 专业分包人申请工程类纠纷仲裁案件数量以及标的金额有所下降。根据北京仲裁委员会提供的统计数据显示, 2010 年全年专业分包人申请工程类纠纷仲裁案件 42 件, 标的额为 47217941.48 元; 2011 年全年 51 件, 标的额为 223890539.83 元; 2012 年全年 37 件, 标的额为 184954074.28 元。

(二) 非法转包、分包类案件法律关系越来越复杂

在建设工程领域, 非法转包与挂靠一直以来都是国家法律法规与行政监督机关坚决打击的行为, 但是仍然屡禁不止。实践中经常出现以联营合作方式掩盖非法转包的做法、以扩大劳务分包方式掩盖非法分包的做法等。

目前实践中出现的疑难问题主要是多重转包, 它引起的不良后果主要体现在当事人众多导致法律关系过于复杂, 引发的社会问题主要表现为中间人消失后农民工讨薪无门、发生责任事故后受害人投诉无门等。

此外, 在多重转包情形下如何确定“实际施工人”的问题, 北京市高级人民法院在《施工合同解答》中作出了规定, 即“最终实际投入资金、材料和劳力进行工程施工的法人、非法人企业、个人合伙人、包工头等民事主体”。^①

^① 《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》：“18. 《解释》中‘实际施工人’的范围如何确定?《解释》中的‘实际施工人’是指无效建设工程施工合同的承包人, 即违法的专业工程分包和劳务作业分包合同的承包人、转承包人、借用资质的施工人(挂靠施工人); 建设工程经数次转包的, 实际施工人应当是最终实际投入资金、材料和劳力进行工程施工的法人、非法人企业、个人合伙、包工头等民事主体。法院应当严格实际施工人的认定标准, 不得随意扩大《解释》第 26 条第 2 款的适用范围。”

但是对于各级转包人如第二转包人、第三转包人等“实际施工人”的认定以及主张工程款权利人的确定没有明确规定，在实践中仍然是个棘手问题。

（三）项目代建制及融资类案件日益增多

过去几年在国务院明文推进非经营性政府投资项目实行代建制的形势下，全国许多省份形成了各地独特的代建模式。随着代建制的广泛运用，其相关问题也随之展现出来，例如委托关系双方的任意解除权问题、诉讼中的当事人追加问题、建设工程质量保修责任主体问题等。

BT 项目在过去的十年也是迅猛发展的十年，基本上国内各地方政府均涉及到了该种城市基础设施建设模式。随着 BT 项目建设期届满后的竣工交付，大部分项目已经进入了还款的中期，迟延还款的，则引发了一系列担保的实现与法律纠纷问题。归纳起来，BT 项目合同有关的纠纷争议主要体现在：BT 项目招标引起的合同效力问题、BT 项目中担保合同效力问题、BT 项目中发生工程变更与担保合同的担保范围问题、BT 项目系列合同中约定的争议解决条款的一致性等问题。

为切实规范地方政府以回购方式举借政府性债务行为，财政部、发展改革委、人民银行和银监会于 2012 年 12 月 24 日联合发布了《关于制止地方政府违法违规融资行为的通知》，根据该通知，除法律和国务院另有规定外，地方各级政府及所属机关事业单位、社会团体等不得以委托单位建设并承担逐年回购（BT）责任等方式举借政府性债务。对符合法律或国务院规定可以举借政府性债务的公共租赁住房、公路等项目，确需采取代建制建设并由财政性资金逐年回购（BT）的，必须根据项目建设规划、偿债能力等，合理确定建设规模，落实分年资金偿还计划。至此，国家对未来政府投资项目代建制与融资模式的运用是持控制态度的。

（四）住宅工程装修质量问题成为“3·15”投诉热点

随着人们生活水平的普遍提高，对家庭装修工程的各方面要求逐渐增多，虽然家装工程在金额、质量等方面没有建设工程涉及到的问题严峻，但是由于其适用主体几乎覆盖家家户户，因此在工程纠纷领域，家装工程纠纷也呈现出日益重要的状态。

随着人民生活生活水平的逐渐提高，住宅业主对于装修工程和装修标准提出了更多地新要求，结合每年“3·15”投诉内容及其发展趋势，家装工程质量问题更多地体现在隐蔽工程、环境保护、噪音污染、辐射污染、安全呼

叫、各类报警系统等方面。

(五) 法院级别管辖已经提高

近年来,随着经济的迅速发展,纠纷涉及的金额不断提升,最高人民法院调整了其审理案件的职能定位,各高级人民法院对其下辖各级法院审理案件的标的也进行了不同程度的调整。以北京和内蒙古为例,北京市基层人民法院审理的案件的标的金额已经升至1亿元以下的案件,曾经有近亿元的工程款纠纷案件在某基层人民法院的派出法庭进行审理;内蒙古高院则于2013年1月调整了自治区法院的级别管辖,诉讼金额超出2亿元的案件方可由内蒙古高院管辖。

级别管辖的调整使得处于最前沿地位的基层法院在社会生活中的重要性越来越凸显,同时对其审理能力也提出了更高的要求。对建设工程纠纷而言,将标的额较大的案件放在基层法院审理,将是对基层法院提出的较大挑战。

建设工程纠纷是一个比较富于挑战性的领域,旧的问题尚未解决,新的问题即层出不穷,要求我们在实践中深刻探寻法律精神,适当运用法理知识,摸索出一条合理合法的解决途径,最大限度维护各方当事人的合法权益。

三、近年工程纠纷案例精选

案例一:因中标人过错导致重新招标的损失承担

【基本案情】

福建某集团公司(原告)于2007年11月3日分别向某建设公司(被告)等三家投标人发出招标邀请及招标文件,被告于2007年11月20日递交《投标函》,2007年11月26日原告向被告发出《工程施工中标通知书》,确定被告为中标单位,中标价格为19866万元,双方签订了《建设工程施工合同》,被告向原告提交了200万元投标保证金。随后被告组织人员进行人工挖孔部分施工。2008年2月原告通知被告解除上述《建设工程施工合同》,次日被告接到解除通知后,陆续撤出施工现场。原告于2008年2月18日重新进行招标,最终确定另外某公司为中标单位,中标价为20286万元,同时双方签订了《建设工程施工合同》。该后中标人公司于2008年2月28日进场施工,距离被告离场13天。原告认为,因被告拒不履行施工合同,致使原告重新招标直接增

加了工程价款 420 万元，并导致工期延期 43 天，其工期延误的时间计算为，按后施工合同的竣工时间比前施工合同的竣工时间迟延 43 天。最终原告诉至法院。

【法院观点】

1. 原被告双方于 2007 年 12 月 5 日签订的《建设工程施工合同》合法有效

根据最高人民法院《施工合同司法解释》关于合同效力的规定^①，本案被告具有相应施工企业资质，且双方主体适格，意思表示真实，合同内容合法，所以该合同有效。

2. 原告有权解除合同

根据专家论证等文件资料记载，被告施工的人工挖孔部分工程确实存在质量问题，且该文件资料具有被告签名且被告未提出异议。因此，有证据证明因工程存在质量问题导致原告通知被告解除合同。

3. 原告重新招标及工期延误的实际损失承担

因被告履行合同不符合约定导致原告重新招标，重新招标后的中标合同价格超出本案原中标价 420 万元，且工程最终竣工时间延迟 43 天。根据《合同法》第 107 条规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。因此，被告应承担前后中标价的差额 420 万元以赔偿原告的损失，因原告已经扣留被告提交的投标保证金，因此最终法院裁判的损失扣除了已经扣留的投标保证金。

对于原告主张由被告承担工期延误 43 天的责任赔偿，法院以缺乏依据不予支持，其理由是原告主张的工期延误在计算方法上存在错误。但对于被告撤离现场至后续施工单位进场时间间隔的 13 天，法院认定为因被告违约解除合同造成，因此裁判按照延迟进场开工的天数计算损失。

【纠纷观察】

2012 年以来，因各种违法原因导致重新招标并转而主张中标合同无效的纠纷日趋增多，因此引发了两次中标价格差额的损失承担问题。实践中主要

^① 《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 1 条：“建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第 52 条第（五）项的规定，认定无效：（一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；（二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。”

考虑造成中标无效的过错以及损失的构成等方面,如果因招标人违法造成招标无效或中标无效,例如招标人违反招标程序在中标结果确定前谈判价格的,则中标价格差额应由招标人自己承担;如果因中标人造成的,例如中标后要求修改招标合同或不提交履约保证金的,则应由中标人承担损害赔偿。

案例二:名义分包合同引起的责任承担

【基本案情】

2009年12月8日,某工程公司(申请人)与某分包公司(被申请人)就某公路土建施工项目(以下简称本项目)签订了《分包合同》。分包合同约定,合同工期应当按照监理人指示开工,合同工期总日历天数为910天;工程质量应当符合优良标准;签约合同价为1亿元。本项目工程开工后,申请人按照分包合同约定履行了合同义务。而被申请人未能按照本案合同约定完成本项目工程相应的工程量,仅完成了部分合同约定的工程量。截止到申请仲裁之日,申请人已按合同约定向被申请人支付所有款项,超付2000万元。被申请人多次擅自停工,施工过程中质量管理松懈,多次被监理下令重做,造成了申请人巨大的经济损失和恶劣的社会影响,经过多次协商未果,至今本项目仍未继续施工。因此,申请人主张被申请人应承担工期延误的全部违约责任,并承担工期违约金及赶工措施费1000万元。

因本案尚未审结,以下仅就双方争议焦点进行分析。

【争议焦点】

1. 本案《分包合同》是否有效

根据《合同法》中关于“承包人不得将其承包的全部建设工程转给他人或者将其承包的全部建设工程肢解后以分包名义分别转包给第三人。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成”的规定,以及《建筑法》和《建

设工程质量管理条例》中的相关规定^①，本案工程的分包合同，根据其约定内容和实际履行情况，虽然名为分包合同，实质上总包商对于联营的项目没有实施总承包项目管理活动，也没有证据证明其管理痕迹，因此应被认定为转包合同，根据前述法律和行政法规的强制性规定，该分包合同为无效合同。

2. 《分包合同》无效后的结算依据

《分包合同》无效后的结算，根据最高人民法院《施工合同司法解释》相关规定^②，亦应参照《分包合同》进行，毋须进行工程造价鉴定。此“参照”与“按照”亦应有所不同，但如何不同，则有待于法院或仲裁庭在审理过程中按照双方的过错进行分担。

3. 尚未交付质量处罚的责任承担

被申请人作为实际施工人，完全了解甚至直接签收了业主或监理作出的关于工程质量缺陷的处罚决定，并作了应对方案，应当承担由其导致的工程质量缺陷责任，有义务按照业主及监理的要求进行施工。由于其人员不到位及未按业主及监理指令行事而导致的罚款应当由被申请人承担。因此，被申请人应承担尚未缴付的处罚责任。

【纠纷观察】

近年来，通过签订名义上的《分包合同》规避非法转包挂靠的做法越来越常见，其引发的纠纷通常称之为联营项目纠纷。在联营项目纠纷中主要涉及的问题是合同无效后的责任划分问题，最高人民法院资深法官冯小光先生的观点是：总承包人明知其所承建的工程不允许整体转包给他人承包，应承担主要责任；分包人作为专业性施工企业，应当知道工程转包为法律、法规之强制性规定所不容许，应承担部分（次要）过错责任。

① 《建筑法》第28条：“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。”

② 《建设工程质量管理条例》第25条：“施工单位应当依法取得相应等级的资质证书，并在其资质等级许可的范围内承揽工程。禁止施工单位超越本单位资质等级许可的业务范围或者以其他施工单位的名义承揽工程。禁止施工单位允许其他单位或者个人以本单位的名义承揽工程。施工单位不得转包或者违法分包工程。”

③ 《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2条：“建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。”

案例三：BT 项目中业主与担保人的连带责任承担

【基本案情】

某施工公司（申请人）与某市政府（第一被申请人）于 2005 年签订了《某污水处理厂项目投资建设与移交合同》（以下简称“本案合同”）。本案合同签订后，申请人按照本案合同约定保质按时完成了本案工程，并将本案工程交付给被申请人。申请人与市政府于 2010 年 6 月签订结算单，确定本案合同工程建安费结算价格为人民币 3 亿元。根据本案合同约定，市政府应于 2012 年 6 月 15 日支付回购款人民币 2000 万元。但是经申请人多次催要，市政府未予支付。

某银行（第二被申请人）于 2007 年 3 月与申请人签订了《履约责任保证书》，对第一申请人在本案合同项下的义务向申请人承担连带保证责任。《履约责任保证书》约定：（1）被申请人担保的主债权及担保范围为被申请人依据合同应履行的全部义务，保证金额不超过 2 亿元人民币。（2）保证期间为被申请人依合同应承担全部义务履行期限届满之日起两年。根据《履约责任保证书》的约定，申请人于 2012 年 7 月向被申请人发函要求其承担保证责任，但是直到申请人提起仲裁之日，被申请人仍未履行保证责任。

因本案尚未审结，以下仅就争议焦点进行分析。

【争议焦点】

1. 连带保证中债务清偿数额的确定

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称《担保法司法解释》）第 20 条规定，连带共同保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求任何一个保证人承担全部保证责任^①。因此，本案中申请人可以直接要求某银行承担债务偿还责任。

但是本案投资建设移交合同（即 BUILD AND TRANSFER CONTRACT，简

^① 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第 20 条：“连带共同保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求任何一个保证人承担全部保证责任。连带共同保证的保证人承担保证责任后，向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按其内部约定的比例分担。没有约定的，平均分担。”

称 BT 合同) 标的为工程融资建设项目, 投资建设合同的履行过程中发生变更在所难免, 对于变更是否需要告知保证人成为保证合同履行过程中的重要关注问题, 本案担保合同中对此明确约定了排除变更通知条款, 同时基于变更并未引起主债权增加的客观情况, 其担保范围内的义务亦并未增加, 因此保证人仍然应当在其承诺的担保范围内承担保证担保义务。

2. 本案保证人的诉讼主体地位

根据民事诉讼法相关司法解释以及《中国人民银行关于对商业银行分支机构民事责任问题的复函》(1995年8月7日, 银条法[1995]37号)^①规定, 专业银行(商业银行)、保险公司设在各地的分支机构虽不具备法人资格, 但属于“其他组织”, 具有诉讼主体资格, 可以作为民事诉讼的当事人参加诉讼, 因此本案保证人具有诉讼主体资格。

【纠纷观察】

BT项目经过十年的蓬勃发展, 有众多项目陆续进入还款的高峰期, 若地方政府财政无法筹集到足够资金, 极易引发担保主体的连带责任纠纷。另外, 由于许多BT项目中担保机构均为商业银行分支机构等不具有法人资格的机构, 因此担保主体是否具有诉讼主体资格也是法律纠纷的难点之一。

案例四：项目代建制下的拖欠工程款纠纷

【基本案情】

2006年, 某市城投公司(业主)与某地产公司(发包人)签订了《项目代建合同》, 合同约定, 由某地产公司代表城投公司作为发包人完成某中心工程的发包建设。随后该地产公司以“发包人”的名义与建筑公司签订了《总承包施工合同》(以下简称“施工合同”)。施工合同约定: 建筑公司按合同约定完成该中心工程的建设, 发包人按合同约定向其支付工程价款。支付方

^① 《中国人民银行关于对商业银行分支机构民事责任问题的复函》: “一、根据《中华人民共和国民事诉讼法》第49条和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第40条的规定, 专业银行(商业银行)、保险公司设在各地的分支机构虽不具备法人资格, 但属于‘其他组织’, 具有诉讼主体资格, 可以作为民事诉讼的当事人参加诉讼。商业银行的分支机构在总行授权范围内开展业务时, 与其他公民、法人和其他组织发生纠纷引起民事诉讼的, 应以分支机构作为诉讼主体, 而不应以其总行作为诉讼主体。”

式为：每月支付一次的中期工程款经发包人 or 发包人授权单位审核完成后按实际完成合格标准工程金额支付 70%，竣工验收合格后支付至实际完成合格工程量 80%，完成工程档案资料验收及备案并结算完成后支付到结算价的 95%；待业主正式发出竣工证书之日起满 12 个月及完成结算审计（取较迟者）后支付一半保留金，缺陷保修期满 24 个月且无任何工程缺陷，支付剩余保留。

施工合同签订后，建筑公司按合同约定履行了全部承建义务，工程于 2008 年 9 月竣工验收合格，于 2008 年底取得竣工验收备案表，且合同双方完成了工程结算手续，结算金额为人民币 5 亿元。但截至 2012 年 4 月，业主和发包人仅支付了人民币 3 亿元，尚有人民币 2 亿元一直未予支付。遂发包人对于已经到期的工程款提起仲裁。

【争议焦点】

1. 显名代理中委托人的诉讼地位

根据《合同法》第 402 条关于委托人的介入权规定，受托人以自己的名义，在委托人授权范围内与第三人订立合同，第三人在订立合同时知道受托人和委托人之间的代理关系的，该合同是直接约束委托人和第三人的^①。因此，本案施工合同尽管由代建人与承包商签订，但依据法律规定同样对本案业主具有法律约束力，故建筑公司可以直接以业主为原告并向其主张延迟支付的工程款。

2. 本案仲裁机构的确定

因建筑公司与发包人在《总承包合同》中约定了仲裁条款，具体约定为：若双方同意，将与合同有关的争议提交工程所在地的仲裁委员会仲裁，若双方未能同意选择工程所在地的仲裁委员会，则提交某仲裁委员会仲裁。根据《仲裁法》第 18 条规定：“仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。”由于本案双方在仲裁条款中先约定了工程所在地的仲裁机构，但后又约定，双方未能选择工程所在地的仲裁机构的，则约定由某仲裁委员会仲裁。该约定应当属于有明确的仲裁机构，为有效的仲裁条款。

① 《合同法》第 402 条：“受托人以自己名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人和委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。”

【纠纷观察】

近年来因实行项目代建制引发的拖欠工程款纠纷呈现出日益增多趋势,主要表现为《项目代建合同》与《总承包施工合同》中约定内容的一致性问题的、委托人(业主)对于《总承包施工合同》的介入即突破合同相对性问题等。从国家有效控制地方政府正确使用未来财政资金的角度出发,2012年年底,财政部、发展改革委、人民银行和银监会等四机构已共同出台规定,要求有序控制政府投资项目采取代建制以及其他融资方式举借债务。

案例五: 业主雇用的造价咨询机构确认文件的效力

【基本案情】

某建设公司(原告)通过招标投标承建被告某装修工程项目。2007年8月双方签订了《施工合同协议书》,原告于2007年9月1日正式入驻现场施工,2008年4月8日原告将上述竣工工程交付被告使用。施工合同中约定:工料测量师指雇主委托的负责本工程造价管理的单位。同时还约定,被告现场代表的工程变更及为暂定金额所完成的一切工作应由工料测量师计量和估价,但合同结算条款中并未约定工料测量师编制的结算文件还需要被告确认方能作为结算依据。本案中造价顾问公司通过电子邮件向双方当事人发送了进度付款审核报告。原告诉求被告支付拖欠的已审核的剩余工程款及利息,被告辩称争议工程至今未能获得业主同意并确认,即认为并未完成最终结算,原告主张的工程价款是工料测量师出具的暂时审核文件,其结论不能约束业主,尚需业主确认后方可作为双方结算的依据。

【法院观点】

1. 进度付款审核权力问题

根据九部委2007年颁布的《标准施工招标文件》第17.3.3“进度付款证书和支付时间”规定,“监理人在收到承包人进度付款申请单以及相应的支持性证明文件后的14天内完成核查,提出发包人到期应支付给承包人的金额以及相应的支持性材料,经发包人审查同意后,由监理人向承包人出具经发包人签认的进度付款证书。”以及九部委2012年颁布的《标准设计施工总承包招标文件》第17.3.4“进度付款证书和支付时间”规定,“监理人在收到承包人进度付款申请单以及相应的支持性证明文件后的14天内完成审核,提出

发包人到期应支付给承包人的金额以及相应的支持性材料,经发包人审批同意后,由监理人向承包人出具经发包人签认的进度付款证书。”这两个文件对全国的建设工程均具有标准指导意义,体现了我国工程建设进度款审核的行业惯例。即使咨询机构做出了进度付款的审核确认,在合同条款中有明确约定其审核意见效力时,当然应当按照合同约定执行;合同中没有明确约定时,则应当按照交易习惯执行。

2. 竣工结算需要法定的程序和形式

对于竣工结算的编制与审核,作为工程合同履行中极为重要的内容,住房和城乡建设部联合颁布的《建设工程价款结算暂行办法》(财建[2004]369号)第14条第2款^①明确规定:“1.单位工程竣工结算由承包人编制,发包人审查;实行总承包的工程,由具体承包人编制,在总包人审查的基础上,发包人审查。2.单项工程竣工结算或建设项目竣工总结算由总(承)包人编制……单项竣工结算或建设项目竣工总结算经发、承包人签字盖章后有效……”据此,工程项目竣工结算必须首先由承包人提交由其编制的竣工结算报告,然后由发包人进行审核,最后必须经发包人和承包人签字盖章方有效。因此,只要合同中没有明确约定由业主委托其他方完成结算,或没有其他履行合同的的行为产生前述影响,则业主雇用的造价咨询机构进行的过程审核,包括对结算的审核,不能代替发包人的审核权。

【纠纷观察】

一直以来,工程建设项目中关于合同结算条款不明确引发的纠纷层出不穷。建设工程耗时长、变故多,因工程变更引发的最终结算价格与合同约定价格往往差距很大,因此在最终结算时双方对于合同约定很容易产生严重分歧,进而产生纠纷。本案就是一例,在进行最终结算时双方对于第三方出具的审核报告能否不经过业主确认直接作为结算文件产生不同理解,裁判时多是依据合同范本等行业惯例来判定。

^① 《建设工程价款结算暂行办法》第14条第2款“工程竣工结算编审”：“1.单位工程竣工结算由承包人编制发包人审查；实行总承包的工程，由具体承包人编制，在总包人审查的基础上，发包人审查。2.单项工程竣工结算或建设项目竣工总结算由总（承）包人编制，发可人可直接进行审查，也可以委托具有相应资质的工程造价咨询机构进行审查。政府投资项目，由同级财政部门审查。单项工程竣工结算或建设项目竣工总结算经发、承包人签字盖章后有效。承包人应在合同约定期限内完成项目竣工结算编制工作，未在规定时间内完成的并且提不出正当理由延期的，责任自负。”

案例六：劳务分包合同的结算依据新问题

【基本案情】

2008年11月10日，某建筑劳务公司（申请人）与某建筑工程公司（被申请人）签订了《建设工程劳务分包合同》（以下称“原劳务合同”），由申请人承建某创业中心研发楼工程。涉案工程于2008年10月开工，2009年4月20日双方又签署了《劳务分包合同补充协议》（以下简称“补充协议”）。由于临近工程实际竣工时间2009年7月30日，此时，双方签署补充协议并重新确定结算原则，足以表明双方同意按照补充协议确定的结算原则进行涉案工程的结算工作。申请人称：工程已于2009年7月竣工，被申请人以不结算为手段，以建设方未向其足额付款为借口，拖欠申请人工程款239万元拒不支付。

被申请人反请求：请求申请人返还超额支付的工程款12万元，请求申请人赔偿工期延误损失51万元。

因本案尚未审结，以下仅就双方争议焦点进行分析。

【争议焦点】

1. 2009年4月20日签订的补充协议是否真实存在

原劳务合同约定的分包方式与申请人实际的分包方式不同；而补充协议约定的分包方式与申请人实际的分包方式相同。

申请人实际的分包方式为扩大的劳务分包，即劳务加材料；补充协议约定的分包方式为劳务加材料，原劳务合同约定的承包方式为包清工。

2. 涉案工程的结算依据

涉案工程不是法律、行政法规规定必须进行招标的工程，原劳务合同的签订也没有经过合法的招投标程序。根据最高人民法院《施工合同司法解释》第21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根据。”这里所指的“备案的中标合同”应是经过合法的招标投标程序而签订的中标合同。在本案中，原劳务合同虽然是备案合同，但涉案工程未经过合法的招投标程序，原劳务合同并不是经过合法的招投标程序后的中标合同，所以不能适用《施工合同司法解释》第21条以原劳务合同作为结算依据。

根据北京市高级人民法院《施工合同解答》第15条^①规定,法律、行政法规规定不是必须进行招标的建设工程,实际也未依法进行招投标,当事人将签订的建设工程施工合同在当地建设行政主管部门进行了备案,备案的合同与实际履行的合同实质性内容不一致的,应当以当事人实际履行的合同作为结算工程价款的依据。本案原劳务分包合同属于未进行招投标的备案合同,不能作为结算工程价款的依据,而应以实际履行的补充协议作为结算工程价款的依据。

【纠纷观察】

建设工程劳务分包合同在实践中也出现了备案合同与实际履行合同不一致的现象,因此导致以哪份合同为结算依据的纠纷。由于该类纠纷涉及的不是法定必须进行招标的建设工程,也未经招标投标程序,不能适用最高人民法院《施工合同司法解释》中关于以备案合同作为结算依据的规定,故出现了关于结算合同依据的争议。但随着纠纷形式的发展变化,北京市高级人民法院于2012年出台的《施工合同解答》为解决该类纠纷提供了裁判依据参考。该解答根据备案合同与实际履行合同的作用,区分是否属于法定必须招标项目进行认定,具有非常好的实践意义。

案例七:因建材价格上涨构成情势变更下的结算价格认定问题

【基本案情】

2008年4月,济南某公司(被告)与某建筑公司签订了厂房、办公楼建设施工合同,合同采取固定价格形式,总定价1966万元。随后,该建筑公司将该工程交给李女士(原告)。双方约定共同完成施工任务,“甲方负责工程

^① 《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》:“15. ‘黑白合同’中如何结算工程价款?法律、行政法规规定必须进行招标的建设工程,或者未规定必须进行招标的建设工程,但依法经过招标投标程序并进行了备案,当事人实际履行的施工合同与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。法律、行政法规规定不是必须进行招标的建设工程,实际也未依法进行招投标,当事人将签订的建设工程施工合同在当地建设行政主管部门进行了备案,备案的合同与实际履行的合同实质性内容不一致的,应当以当事人实际履行的合同作为结算工程价款的依据。备案的中标合同与当事人实际履行的施工合同均因违反法律、行政法规的强制性规定被认定为无效的,可以参照当事人实际履行的合同结算工程价款。”

管理,乙方(李女士)负责工程施工与发包人结算、协调关系、资金筹措等,工程盈亏由乙方自负”。

2008年4月,李女士就开始进入工地施工,前几个月进展很顺利。但从2008年7月起,建材价格大幅上涨,比如钢筋,投标价是每吨3000多元,但7月每吨已高达6800元,到2008年12月停工时工程实际造价已达到3000万元左右。虽然发包方一直接工程进度拨款,但已远不够用。不得已,她开始垫款,前后垫了几百万元,一直到2008年12月不得已停工。此时工程已基本完工,只剩下路面、绿化等收尾性工程。

此间,李女士多次找某建筑公司和发包方协商,要求调价。2008年7月16日,某建筑公司发给发包方的一份“工作联系单”中列举了一些主要材料的价格。2008年11月底,施工方对工程造价进行了核算,“本工程的实际成本价为2986万元”。某建筑公司要求,发包方能对原合同中关于材料价格的约定进行变更。

济南市建委[2008]4号文件于2008年4月30日出台,已经考虑到建材价格异常波动的风险。根据该文件,2008年1月1日以后完成的工程,采用固定价格合同形式,未约定钢材等主要建材价格风险包干幅度,钢材等主要建材价格上涨或下降幅度在5%以内的,其价差由承包人承担或受益,价格上涨或下降在5%以外的,其价差(即超过5%的部分)“施工合同没有计取风险包干系数的,其价差由发包人承担或受益……”李女士诉称,济南市建委规定的变动幅度只有5%,而去年下半年的价格变动早超出这个范围了。固定价格合同对施工方风险太大,当时她也考虑过风险问题,提出一旦钢材等涨价,应该按市场价格算,某建筑公司派驻工地的人给她保证,会按实际价格结算,但只是口头保证。后来,发包方也曾同意调价,但一直没有行动。

李女士遂起诉济南某公司要回她垫付的钱以及其施工应得利润。

该案最终调解结案,调解结果符合原告的诉讼请求。

【法院观点】

1. 本案建材价格上涨构成情势变更

商业风险属商业活动固有的风险,行为人能够预见或者应当预见客观情况的变化可能发生且主观上一般均存有过失,但是合同的基础没有发生变化。情势变更属于意外的风险,当事人在签约时无法预见且主观上都没有过错,其后果客观上会使合同的基础和预期的目的发生根本性的动摇。不可抗力是

指合同签订后,不是由于当事人的过失或疏忽,而是由于发生了合同当事人无法预见、无法预防、无法避免和无法控制的事件,以致不能履行或不能如期履行合同,发生意外事件的一方可以免除履行合同的责任或者推迟履行合同。

本案建材价格急剧上涨超过5%是受金融危机、奥运会等的影响,不属于行为人能够预见到的商业固有风险;而不可抗力多为自然灾害或者社会异常变动,本案尚不能构成不可抗力。因此本案情形归于情势变更是相对合理的。

2. 本案工程结算依据应考虑市场实际价格情况

2009年5月13日,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《合同法司法解释二》)开始实施,法理上的“情势变更原则”正式被该解释所承认。根据该解释第26条规定,合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。

该司法解释的出台为情势变更原则的适用提供了法律依据。根据该解释,为确保公平原则,本案工程价款可以根据原告申请予以变更,因此,本案工程结算是可以依据实际市场价格来进行结算的。

【纠纷观察】

情势变更原则对于建设工程结算价款的影响非常巨大,由此产生的纠纷自然也很多。但是在司法实践中如何适用情势变更原则是一个非常棘手的问题。一方面需要维护市场稳定的秩序,尊重合同当事人意思表示;另一方面又要追求实质性的公平正义,防止经济激烈动荡打破合同原有利益平衡。因此,最高人民法院发布了《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)服务党和国家的工作大局的通知》(2009年4月27日,法[2009]165号),该通知明文规定:“要着眼于从根本上化解合同纠纷,多做调解工作,在依法、自愿的前提下,努力争取案结事了,力求从源头上化解矛盾,为促进经济平稳较快发展创造良好司法环境。”对于《合同法司法解释二》具体运用方法,该通知规定:“如果根据案件的特殊情况,确需在个案中适用的,应当由高级人民法院审核。必要时应报请最高人民法院审核。”这表明立法者一方面引入情势变更原则,另一方面又需要防止滥用情势变更原则而架空合同严守这一基本规则。故大多数法官在审理案件过程中会比较保守地运用该原则。

附 录

附录一：中国工程法律与纠纷争议焦点问题摘选

一、中标通知书的生效时间与合同成立生效

关于招标投标过程中，合同的生效时间问题，一直以来存在争议。《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30日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。

通常情况下认为，按照合同法关于要约和承诺的规定，在《招标投标法》没有明确规定经过招标投标订立合同的生效时间时，则应当按照合同法关于合同的成立并生效的原则，即承诺生效合同成立，在具备法定生效条件和约定生效条件的前提下，合同生效。因此推论，中标通知书作为承诺，到达中标人时，合同成立，如果招标投标双方当事人没有特别约定合同的生效条件，则在合同成立时只要具备法定生效条件，合同自成立时生效。

有学者引入“预约合同说”概念，即认为中标通知书为预约，在发出中标通知书之后30日内签订的中标合同方为本约，此时若招标投标双方不在发出中标通知书后履行合同应按合同违约条款追究法律责任。

二、法院或仲裁机构是否有权认定中标无效

招标投标活动从性质上讲属于具有行政监管的民事行为，因其具有一定的公法属性，因此在认定其效力时不能完全参照民事法律行为的认定标准，在判断其效力时，当然需要考虑与《招标投标法》、《建筑法》等法律规定的衔接。但是在当事人双方发生关于招标或中标无效的争议时，法院或仲裁机构是否有权认定中标无效呢？

这个问题一直存在激烈争议。有法官认为，招标无效和中标无效的问题，在有关法律、行政法规以及规章中明确作出了规定，并授权有关行政机关行使其职权进行相应的行政管理，法院或仲裁机构应当无权作出认定和裁判。

但是，更多的人认为，招标投标活动尽管存在行政监管，但从根本上是一种当事人自愿参与的民事订约活动，无论是发布招标公告和发售招标文件，还是投标、中标等，均符合合同法中关于订立合同的特征，因此在当事人依

据合同约定争议解决方式向法院或仲裁机构主张招标无效或中标无效时,法院或仲裁机构依据其职权和双方当事人的仲裁协议,当然有权认定其是否有效,亦即对该种招标投标过程中的民事行为的效力性作出裁判,而非依据法律授予的行政职权作出裁判。

三、未取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证等行政审批手续的工程,建设工程施工合同是否有效

根据最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》规定,违反效力性强制规定的,人民法院应当认定合同无效;违反管理性规定的,人民法院应当根据具体情形认定其效力。

对于这个问题虽然北京市高院的《施工合同解答》已作出明确规定,即认定无效,但是一审法庭辩论终结前发包人取得相应审批手续或者经主管部门批准建设的,应当认定合同有效。但是鉴于北京市司法规范性文件的适用范围有限,在全国范围内仍属于有争议的问题。

四、建设工程领域何种情形构成情势变更

根据最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》规定,在调整情势变更尺度的价值取向把握上,人民法院仍应遵循侧重于保护守约方的原则。适用情势变更原则并非简单地豁免债务人的义务而使债权人承受不利后果,而是要充分注意利益均衡,公平合理地调整双方利益关系。在诉讼过程中,人民法院要积极引导当事人重新协商,改订合同;重新协商不成的,争取调解解决。

建设工程施工合同领域中,适用情势变更原则要具体区分不同情况,例如建材价格上涨对于总承包施工合同构成的影响程度,当然包括了需要考虑的材料涨价本身的幅度与总量,同时还包括该种材料价格上涨对于整体合同的影响与变化,是否构成非商业风险与合同目的不能实现。相反,对于材料采购合同,由于其商业风险因素单一,且判断是否能够实现材料采购合同目的也相对简单,则有可能依据因市场的巨大波动,造成材料单价的涨幅过大的事实,即可直接认定构成情势变更等。也即,对于同一个工程项目,同一种材料价格上涨的因素,对于施工合同和材料采购合同的判断是不同的。

五、扩大劳务分包合同的效力

扩大劳务分包的分包合同方式,在我国使用广泛。但是随着该类劳务分包合同纠纷的逐渐出现,对于扩大劳务分包合同的效力问题也存在一定法律

规定的空白。扩大劳务分包，顾名思义，在原有的纯劳务清包工基础上，增加了很多内容，一般增加的内容包括周转架料、部分辅料、部分施工机具等。但是部分地区行政主管部门则规定，对于劳务分包，不能将周转架料和施工机具由劳务分包提供，否则极易构成非法劳务分包，甚至构成劳务分包合同无效的问题。

通常认为，合法地扩大劳务分包，只是对其合同工作范围进行合理合法地扩大，但不得突破合法劳务分包的界限，例如可以包含一些小型机具和辅助材料等，但不应包括大型机具和主材等，其中纯人工费所占合同价款比例不应低于50%等，当然如果法律或行政法规对于劳务分包中的大型机具和辅料等方面的价格构成能够予以明确和规范，则对于扩大劳务分包问题的合法性认定应当能起到直接的指引作用。

附录二：中国重要工程法律法规名称

一、法律

1. 《中华人民共和国招标投标法》
2. 《中华人民共和国政府采购法》
3. 《中华人民共和国合同法》
4. 《中华人民共和国建筑法》

二、行政法规

1. 《中华人民共和国招标投标法实施条例》
2. 《建设工程质量管理条例》
3. 《建设工程勘察设计管理条例》
4. 《建设工程安全生产管理条例》

三、部门规章

1. 《工程建设项目招标范围和规模标准规定》
2. 《电子招标投标办法》
3. 《评标专家与评标专家库管理暂行办法》
4. 《中央投资项目招标代理资格管理办法》
5. 《〈标准施工招标资格预审文件〉和〈标准施工招标文件〉试行规定》
6. 《建筑业企业资质管理规定》

7. 《建设工程设计招标投标管理办法》
8. 《建设工程监理范围与规模标准规定》(原建设部 2000 年 86 号令)

附录三：中国解决工程纠纷的主要途径和机构

在处理建设工程纠纷的过程中，国家近期发布的各类标准文本和示范合同文本均提到了以下四种争议解决方式：

一、争议评审机制

争议评审机制最大的优势在于全过程控制争议、专家裁判机制、自由灵活的评审方式等三大特点。北京仲裁委员会作为国内建设工程领域较大规模和极富影响的工程仲裁机构，于 2009 年 3 月首次在国内正式颁布了《北京仲裁委员会建设工程争议评审规则》，开始推行争议评审机制并取得了良好的效果，目前共有 77 名评审专家，均具有很强的行业影响能力与专业技能和崇高的职业操守。

随后，中国国际经济贸易仲裁委员会于 2010 年 5 月公布了《建设工程争议评审规则（试行）》与示范争议解决条款等相关规定，力求推行争议评审方式来解决工程纠纷。

此外，在学术研究方面，湘潭大学法学院、美国麻州大学、美国麻州法官协会于 2011 年 10 月联合主办中美 ADR 国际研讨培训班，该培训班将有利于推进中国 ADR 的理论研究与工作实践，有助于建立一支由政府、司法机关和社会力量参与和组成的专业队伍。

二、调 解

目前中国工程纠纷的调解机制主要依托以下几个机构：

1. 北京仲裁委员会调解中心

北京仲裁委员会调解中心成立于 2011 年 8 月，是由北京仲裁委员会设立的提供高端商事调解服务的非营利组织，旨在鼓励民众利用调解解决商事纠纷，促进行业自治及社会和谐，目前共有 129 名调解员。平等主体的自然人、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可提交北京仲裁委员会调解中心调解。截至 2012 年底，调解中心已经受理了 9 件调解案件，争议标的达 2 亿多元。

通过北京仲裁委员会调解中心解决争议，签订合同争议解决条款时，可

用如下表述：“双方就本合同所发生的及/或与本合同相关的争议，均提交北京仲裁委员会调解中心按照其调解规则进行调解。不愿调解或者调解不成时，均提交北京仲裁委员会依据其现行有效的仲裁规则进行仲裁。”

2. 中国国际商会调解中心（原名北京调解中心）

中国国际商会调解中心是由中国国际贸易促进委员会和国际商会共同设立的专门从事调解工作的机构。它的受理范围包括房地产领域的纠纷，具体包括：（1）国际的或涉外的争议案件；（2）涉及香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区的争议案件；（3）国内争议案件。

3. 中国建筑业协会调解中心

中国建筑业协会 2012 年工作重点之一就是要争取行业主管部门支持，成立全国建设工程合同纠纷调解中心，并且已在其网站上建立了“调解中心”、“专家推荐”等专项板块。拟充分发挥调解在解决建设工程施工合同纠纷中的“第一道防线”作用，更好地支持建筑企业健康发展。

三、仲 裁

我国的仲裁方式目前仅限于机构仲裁。当前，在建设工程领域发展相对成熟的仲裁机构包括北京仲裁委员会、中国国际经济贸易仲裁委员会、上海仲裁委员会、武汉仲裁委员会等。

四、诉 讼

建设工程纠纷一般标的金额大、社会影响大，因此有管辖权的法院多为级别较高的法院，但是近年来，一些地方基层人民法院也提高了审理案件的金额标准，因此工程纠纷案件也经常在基层人民法院进行审理。