

君合专题研究报告

2018年4月4日

中国建设工程争议解决年度观察系列（三）

——热点法律问题分析

一、热点问题观察

（一） 常规建设工程领域

1、 合同约定行政审计作为结算依据

2017年2月22日，全国人大法工委印发的《对地方性法规中以审计结果作为政府投资建设项目竣工结算依据有关规定的研究意见》（法工委函[2017]2号）（以下简称“《研究意见》”），及2017年6月5日，全国人大法工委法规备案审查室向中国建筑业协会的复函，即《关于对地方性法规中以审计结果作为政府投资建设项目竣工结算依据有关规定提出的审查建议的复函》（法工委函[2017]22号），对于纠正地方性法规超越立法权限，强制以行政审计结果作为建设工程价款结算依据具有积极意义。但是，这并不意味着行政审计与价款结算之间的“纠缠”就此终结，因为对于当事人在合同中约定以行政审计结果作为价款结算依据的情形，无论是《研究意见》还是最高人民法院和地方高院的司法指导意见，均是予以支持的。

对此，随着《研究意见》对地方立法的纠正，预计政府投资项目建设单位会更加注意在建设工程合同的结算条款中，特别注意增加以行政审计结论为准的内容。对此，我们认为¹：

首先，当事人关于以行政审计结论作为结算依据的约定，应当是具体明确的。例如，根据最高人民法院公报案例“重庆建工集团股份有限公司与中铁十九局集团有限公司建设工程合同纠纷再审”一案²，结算条款中“审计”主体不明确时，不能推定为由国家审计机关作为实施审计的主体。又如，根据“珠海机场集团公司、珠海万里路企业有限公司建设工程施工合同纠纷”一案中³，双方虽然约定结算价款要提交政府审核，但未明确约定该审核结果即为工程结算依据的，不能简单断定双方同意接受该审核结果作为结算金额。

其次，即使双方明确约定以行政审计作为结算依据，审计机关也应以合同约定的计价标准和方法作为审计依据。例如，在“重庆勇创实业有限公司与重庆市同兴工业园区开发建设有限公司合同纠纷”一案中⁴，最高人民法院认为：虽然合同约定投资金额以经法定审计部门审计的金额为准，但审计机关《审计报告》均是以2008年《重庆市建设工程费用定额》为依据作出，与当事人在协议中约定的计价标准不符；在乙方当事人对审计结果不予认可

吗？》，2017年6月29日发表于《建纬律师》微信公众号，访问时间：2018年1月30日。

² 《中华人民共和国最高人民法院公报》，2014年第4期（总第210期）（2012）民提字第205号。

³ （2016）最高法民申1198号。

⁴ （2016）最高法民终269号。

¹ 参见韩如波 郑冠红：《政府投资工程的结算还能以“审计”为准

的情形下，不能将之作为确定投资金额的依据；当事人可申请审计部门按照协议约定另行审计，或者委托工程造价咨询机构按照协议约定予以造价鉴定，以确定投资金额。

2、 实际施工人直接起诉发包人的权利限制

《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**》”）第26条第2款规定：“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。”该款规定虽然对于在特定时期解决农民工工资拖欠问题起到一定积极作用，但由于突破合同相对性，导致争议不断，也给司法实践带来不少困惑⁵。

在此背景下，2017年7月，最高人民法院发布《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（二）》（征求意见稿）。该征求意见稿第24条试图对此问题进行调整和规范。其中，第一种意见是完全回归合同相对性，不支持实际施工人以与其没有合同关系的发包人为被告主张工程款权利；第二种意见是将《施工合同司法解释》第26条第2款限定为下列条件：“实际施工人有证据证明与其具有合同关系的缔约人丧失履约能力或者具有下落不明等情形，导致其劳务分包工程款债权无法实现。”

目前，为进一步限制《施工合同司法解释》第26条的适用范围，实现合同相对性的理性回归，最高人民法院在司法实践中对挂靠与转包、违法分包下的实际施工人权利进行了区别处理。例如，在“天津建邦地基基础工程有限公司与中冶建工集团有限公司等建设工程施工合同纠纷案”中⁶，最高人民法院认为：《施工合同司法解释》第26条适用于建设工程非法转包和违法分包情况，不适用于挂靠情

形⁷。在上述案例中，最高人民法院还认为，在挂靠情形下，实际施工人如果不能证明其与发包人形成了事实上的建设工程施工合同关系，那么无权突破合同相对性，直接向非合同相对方主张建设工程合同权利——这一观点在“曾贵龙、贵阳荣达房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案”⁸中得到进一步体现。

3、 建材价格大幅上涨

“环保”是2017年的重要标签之一，中央与地方政府采取了一系列史无前例的环保措施，对钢铁、水泥等传统污染企业的产能构成重大限制。例如，2017年8月21日《京津冀及周边地区2017-2018年秋冬季大气污染综合治理攻坚行动方案》（环大气[2017]110号）规定在2017年10月至2018年3月采暖季，唐山等重点城市钢铁产能限产50%，而水泥等建材行业全部实施停产。建材市场供需关系变化，导致建筑主材价格出现大幅上涨。

以北京市场为例，主要钢材、商品混凝土的全年价格走势如下图所示，均在2017年12月出现大幅上涨⁹。

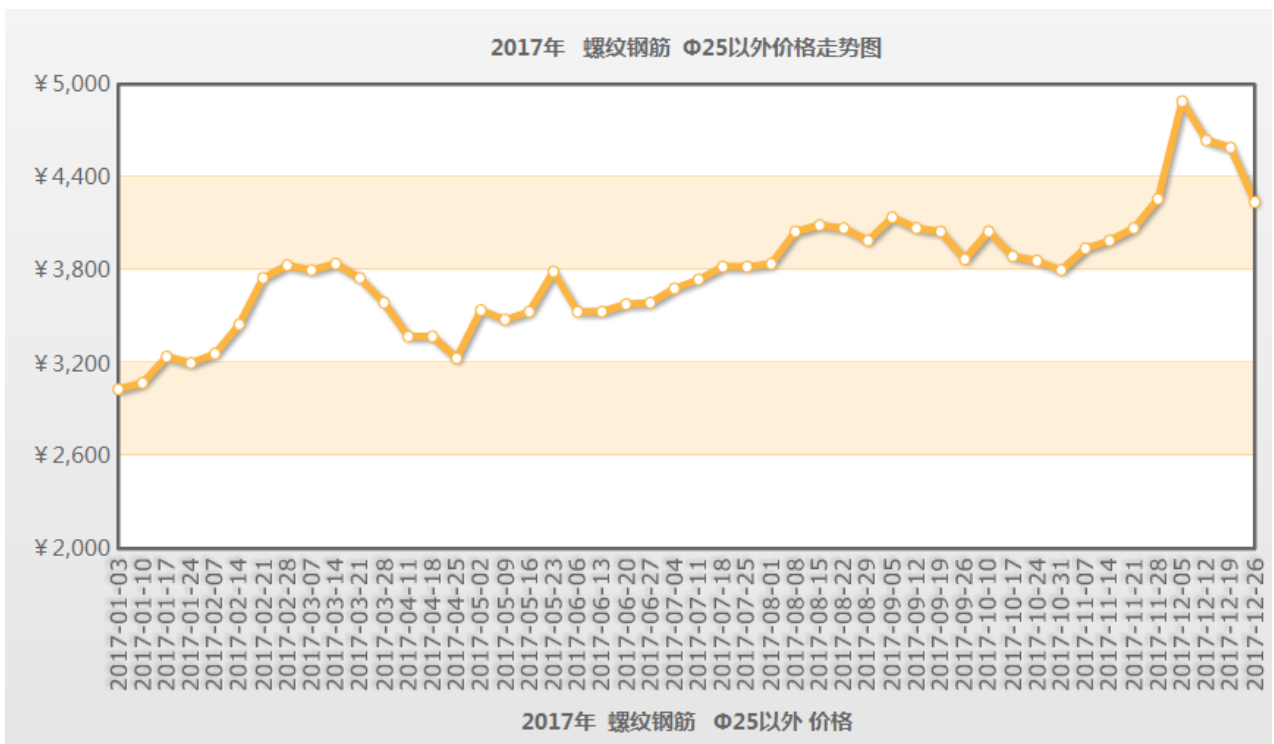
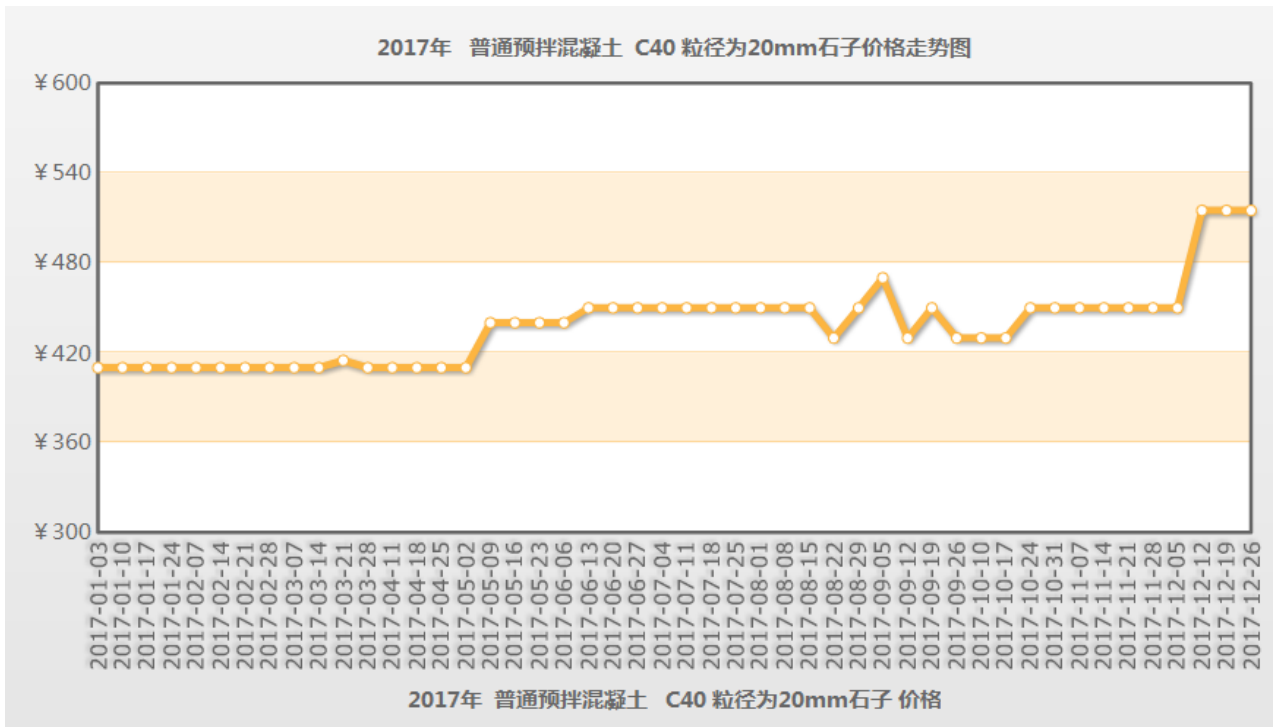
⁵ 王政勇：“实际施工人直接以发包人为被告主张权利应限制条件”，载《人民司法·案例》2016年第29期，第57页。

⁶ （2017）最高法民申3613号民事裁定书。

⁷ 此裁判观点亦见李春艳：“挂靠与转包对实际施工人工程款请求权的影响”，载《人民司法·案例》2016年第35期，第55页。

⁸ （2017）最高法民终377号民事裁定书。

⁹ 分别引自中国建材在线：
<http://www.jc.net.cn/net/eprice/material/MaterialAction.do?method=gotoMaterialChart&page=1&mid=51191281&years=2017&area=20935>；
<http://www.jc.net.cn/net/eprice/material/MaterialAction.do?method=gotoMaterialChart&page=1&mid=51191316&years=2018&area=20935>，访问时间：2018年1月29日。



建材价格暴涨势必对建设工程合同的履行构成实质性影响。2017年12月27日《华夏时报》一篇题为“建材价格上涨，施工单位60亿亏损压身建筑

大省安徽政府工程的停工危机”的报道¹⁰，已经引起业界广泛关注。我们预测在2018年因建材价差可

¹⁰<http://m.chinatimes.cc/article/73497.html?from=singlemessage&isappinstalled=0>，访问时间：2018年2月22日。

能引发的纠纷将持续发酵，而关于本轮建材价格暴涨是否应当适用“情势变更”原则，换言之在满足何种条件下可以适用“情势变更”原则进行价格调整，可能将再次成为热点问题。

对于类似问题，最高人民法院曾于2009年集中发布《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题

的解释（二）》（法释[2009]5号）、《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）服务党和国家工作大局的通知》（法〔2009〕165号）、《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》（法发〔2009〕40号），山东、广东、北京、四川等地高级法院相继出台了指导意见（如下表所示）。

地区	文号	内容
山东省	《全省民事审判工作会议纪要》（2011年11月30日鲁高法[2011]297号）	（五）关于固定价格合同在履行中能否适用情势变更原则的问题 建设工程施工合同约定工程价款实行固定价格结算，在合同履行中，发生建筑材料价格或者人工费用过快上涨，当事人能否请求适用情势变更原则变更合同价款或者解除合同。如果建筑材料价格或者人工费用的上涨没有超出固定价格合同约定的风险范围，当事人请求适用情势变更原则调整合同价款的，不予支持；如果建筑材料价格或者人工费用的上涨超出了固定价格合同约定的风险范围，发生异常变动的情形，如继续履行固定价格合同将导致当事人双方权利义务严重失衡或者显失公平的，则属于发生了当事人双方签约时无法预见的客观情况，当事人请求适用情势变更原则调整合同价款或者解除合同的，可以依照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第二十六条和最高人民法院《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》的相关规定，予以支持。
广东省	《全省民事审判工作会议纪要》（2012年6月26日粤高法[2012]240号）	26. 当事人在合同中对建筑材料价格变动的风险有约定的，按约定处理。没有约定的，约定工期内的建筑材料价格变动的风险由承包人承担；逾期竣工的，延误工期期间的建筑材料价格变动的风险，由对工期延误有过错的一方承担；双方均有过错的，按过错大小分担损失。建筑材料价格大幅变动，当事人以情势变更为由请求调整工程价款的，应从严把握。
北京市	《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》（2012年8月6日京高法发[2012]245号）	12. 固定价合同履行过程中，主要建筑材料价格发生重大变化，当事人要求对工程价款予以调整的，如何处理？ 建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算，在实际履行过程中，钢材、木材、水泥、混凝土等对工程造价影响较大的主要建筑材料价格发生重大变化，超出了正常市场风险的范围，合同对建材价格变动风险负担有约定的，原则上依照其约定处理；没有约定或约定不明，该当事人要求调整工程价款的，可在市场风险范围和幅度之外酌情予以支持；具体数额可以委托鉴定机构参照施工地建设行政主管部门关于处理建材差价问题的意见予以确定。
四川省	《四川省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》（2015年3月16日川高法民一[2015]3号）	24. 约定工程价款实行固定总价结算的施工合同在履行过程中材料价格发生重大变化如何处理？ 约定工程价款实行固定总价结算的施工合同履行过程中，主要建筑材料价格发生重大变化，超出了正常市场风险范围，合同对建材价格变动风险负担有约定的，依照其约定处理；没有约定或约定不明的，当事人要求调整工程价款，如不调整显失公平的，可在市场风险范围和幅度之外酌情予以支持，具体数额可以委托鉴定机构参照工程所在地建设行政主管部门关于处理建材差价问题的意见予以确定。

对上述指导意见进行分析，可能的司法实践主流发展趋势是：合同中对于建材价格变动风险负担有明确约定的，则按约定处理；如果没有约定或约定不明（例如概括性的约定总价闭口，但未约定具体的风险幅度和范围），那么当建材价格发生重大变化，“情势变更”原则得以适用时，工程所在地建设行政主管部门的建材价差调整意见，将可能构成裁判机构如何界定正常市场风险范围的重要依据。

（二）工程总承包领域

1、EPC合同的性质与管辖

在工程总承包合同类型中，EPC（设计-采购-施工）占主导地位，特别是在工业工程领域。EPC合同包括了设计、设备采购、施工等环节，而每个环节如果独立出来，从争议解决角度，又有各自具体案由，即建设工程设计合同纠纷、买卖合同纠纷或承揽合同纠纷、建设工程施工合同纠纷。这样，在EPC合同争议解决司法实践中，首要的问题就是如何确定EPC合同的案由，而这又直接关系到EPC合同纠纷是否适用工程所在地法院专属管辖，乃至能否适用《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》等问题。迄今，中国法院对EPC合同的案由认定并不统一，概括起来主要有三种情形：

（1）建设工程施工合同纠纷。例如：在经最高人民法院终审的“中利腾晖光伏科技有限公司与青海世纪能源科技发展有限公司纠纷”一案¹¹中，一审青海省高院认为：发、承包双方在《光伏发电项目总承包合同》中约定总承包范围为光伏发电项目工程的设计、建筑工程、安装工程等全过程的EPC总承包，属于合同法所规定的承包人进行工程建设，发包人支付价款的建设工程合同性质，且合同最终目的是要实现该光伏发电项目竣工并网发电，因此，本案应为建设工程施工合同纠纷，而非加工承揽合同纠纷。

（2）承揽合同纠纷。例如：在“上海申川环

保科技有限公司、河南申川环保科技有限公司等与东方希望包头稀土铝业有限责任公司承揽合同纠纷”一案中¹²，最高人民法院认为：“本案当事人诉争法律关系具有复杂性，且原判决并未援引《合同法》承揽合同章的规定，主要是根据《承揽合同》的约定确定本案当事人的权利义务，亦未违反有关建筑法律法规的规定。故原判决以承揽合同纠纷作为本案案由并无不当，适用法律也不属于确有错误。”

（3）建设工程合同纠纷。例如：在经最高人民法院终审判决的“云南省设计院集团与贵州博宏实业有限责任公司建设工程合同纠纷”一案中¹³，案涉工程承包范围为“新型干法回转窑生产线工程的设计、设备（材料）采购、工程施工、设备安装、调试、试生产、人员培训、相关技术服务、工程检测、质量保修等（即EPC交钥匙工程方式）”。对此，一审云南省高院认为：根据《合同法》第269条第2款“建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同”之规定，本案属于建设工程合同纠纷。

目前，将EPC合同纠纷的案由认定为“建设工程施工合同纠纷”是主流实践做法，因此适用工程所在地法院专属管辖。

我们认为，在EPC合同纠纷适用工程所在地法院专属管辖的情形下，基于此类纠纷的专业性和复杂性，当事人约定由高水平的仲裁机构进行仲裁，应当是更适宜的争议解决方式。

2、与工程总承包合同及相关分包合同效力有关的特殊问题

首先，关于工程承包商的资质问题，已在本系列（二）——典型案例分析【案例2】中进行了简要分析，不再赘述。

其次，另一个可能影响工程总承包招投标及合同效力的问题，是项目前期咨询单位能否进行工程总承包投标。对此，国家九部委发布的《中华人民共和国标准设计施工总承包招标文件》（2012年版）投标须知1.4.3规定，为招标项目前期工作提供咨

¹¹ 最高人民法院（2015）民一终字第144号。

¹² 最高人民法院（2015）民申字第185号。

¹³ 最高人民法院（2014）民一终字第256号。

询服务的机构不得作为投标人。但是，住建部建筑市场监管司于2017年12月28日发布的《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》（征求意见稿）（以下简称“《工程总承包征求意见稿》”）第11条第3款目前作出相反规定：“招标人公开发包前完成的可行性研究报告、勘察设计文件的，发包前的可行性研究报告编制单位、勘察设计文件编制单位可以参与工程总承包项目的投标。”在各地工程总承包管理实践中，北京、上海等对此持否定态度，而浙江、湖南等则持肯定态度，但更多省份对此未作明确规定。我们认为，在招标能够满足公开、公平、公正的前提下，从有利于实现招标人采用工程总承包模式的合理利益的角度，不宜限制项目前期咨询机构参与投标；如果已经签订工程总承包合同，那么裁判机构应依法维护合同效力。

再次，针对实践中长期困扰工程总承包单位再发包工作是否仍需招标问题，2017年2月21日，国务院办公厅下发的《关于促进建筑业持续健康发展的意见》（国办发〔2017〕19号）明确规定：“除以暂估价形式包括在工程总承包范围内且依法必须进行招标的项目外，工程总承包单位可以直接发包总承包合同中涵盖的其他专业业务。”

最后，关于工程总承包单位将设计或施工进行再发包后，设计或施工承包单位还能否再分包问题，尽管在吸收上海等地创造性引入工程总承包单位“再发包”概念基础上，《工程总承包征求意见稿》第24条规定设计或施工承包单位可以将非主体部分进行分包，但这能否突破《建筑法》第29条关于“禁止分包单位将其承包的工程再分包”的禁止性规定，目前还存在较大的不确定性。但是，无论如何，从工程总承包的本质特征和客观规律出发，“再分包”应当获得合法地位。

3、工程总承包合同的计价与风险分配及责任限制

与施工合同相比，工程总承包在合同架构、计价和风险分配等方面更加复杂，特别是因设计引发的一系列问题，势必给争议解决实践带来大量新的课题和挑战。而在工程总承包模式已长期实践的工

业工程领域，缺陷责任以及违约责任限制等，也与常规建设工程合同的主要纠纷存在较大差异。

（三）境外工程领域

境外工程的争议虽然主要通过国际仲裁、项目所在国仲裁或诉讼解决，但是，与境外工程密切相关的独立保函欺诈纠纷、分包合同纠纷等，日益成为中国法院、仲裁机构所共同面临的新领域、新课题和新挑战。

目前，境外工程合同纠纷主要表现为中国企业之间的总分包合同纠纷。但是，随着近年来中国民营企业开始大量进入非洲以及“一带一路”基础设施项目投资领域，并扮演业主角，预计各种类型的总承包合同约定由中国境内裁判机构作为争议解决机构的比例也会日益增多。

除境外建设工程合同纠纷的境内管辖问题外，无论对于中国法院还是仲裁机构，境外工程合同纠纷的裁判特点和难点，主要集中体现在如下几方面¹⁴：

1、关于境外工程合同的效力问题

在本系列（二）——典型案例分析【案例4】中，裁判机构根据中国法，以承包人不具备资质为由，认定合同无效。但是，随着对外承包工程资格制度的取消，境外工程合同不应再因承包人未取得相应资质而无效。

但是，如果境外建设工程合同构成转包或违法分包，那么，在司法实践中，中国境内裁判机构仍可能以涉案合同构成转包、违法分包为由，认定合同无效。例如，在“江河创建集团股份有限公司与中国建设银行股份有限公司徐州城中支行、鑫宏达集团有限公司建设工程施工合同纠纷”一案中¹⁵，一审法院以案涉合同构成再分包为由，依据国务院《对外承包工程管理条例》第14条（笔者注：2017年修订后为第10条）第4款规定“分包单位不得将

¹⁴ 潘军锋：“一带一路”背景下国际工程审判疑难问题研究，载《中国建设工程法律评论》第七辑，法律出版社2018年1月第1版，第145-146页。

¹⁵ 江河创建集团股份有限公司与中国建设银行股份有限公司徐州城中支行、鑫宏达集团有限公司建设工程施工合同纠纷案（2015）苏民终字第00384号民事判决书。笔者注：该案已经由最高人民法院根据（2016）最高法民申3260号民事裁定书裁定提审。

工程项目转包或再分包”，认定合同无效。但是，二审法院认定案涉合同并不构成再分包。

考虑到与境内建设工程相比，境外工程的总分包合同架构更加复杂和多样，我们认为，从维护境外工程合同当事人交易稳定性的角度，中国境内裁判机构不宜机械适用中国关于转包、违法分包的禁止性法律规定，认定境外工程合同无效。

2、 关于外国法的查明问题

查明外国准据法是境外工程案件裁判的先决条件，也是境外工程案件审理的疑难问题之一。特别是中国企业境外工程所在国涉及不同法系，各国法律规定及官方语言之间差异性很大，这不仅对当事人的相应举证义务提出很高要求，也使得中国境内裁判机构在审理境外工程纠纷时，面临很大挑战。

例如，在上述“江河创建集团股份有限公司与中国建设银行股份有限公司徐州城中支行、鑫宏达集团有限公司建设工程施工合同纠纷”一案中，涉及原告在海外（沙特）设立分公司，而分公司以自己名义与被告签订分包合同，总公司是否具备起诉主体资格？在境外工程中，《涉外民事关系法律适用法》第14条规定，法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项，适用登记地法律。据此，分公司的权利能力应适用其在工程所在国登记地法律。在该案中，一审法院认为，签约的主体Branch of Beijing Jangho Curtain Wall Co., Ltd.独立登记，故总公司无原告主体资格。二审法院则认为，沙特分公司的民事权利能力及行为能力应适用沙特法律，但沙特分公司的登记文件译本并未载明分公司在沙特享有不受限制的权利，也无法查明沙特的法律，此时应适用《中华人民共和国公司法》第14条的规定“分公司不具有法人资格，其民事权利由总公司承担”，总公司具备原告主体资格。

又如，在最高人民法院2015年7月发布的第一批“人民法院为‘一带一路’建设提供司法服务和保障的典型案例”中，第7号案例为“江苏太湖锅炉公司与印尼卡拉卡托工程公司、无锡中行保函欺

诈纠纷案”¹⁶。在该案中，印尼公司工作人员签署《6.15会议纪要》是否对印尼公司具有约束力的法律适用问题，一审法院认为涉及公司职员行为能力的确定，依照《涉外民事关系法律适用法》第14条规定，适用法人及其分支机构的登记地法律即印尼公司登记地印度尼西亚共和国法律。二审法院则认为，工作人员以公司名义签署法律文件，涉及到工作人员是否在授权范围内履行职责，该行为的性质属于代理法律关系，因此应当依照《涉外民事关系法律适用法》第16条规定适用代理行为地法律。本案《6.15会议纪要》的签署地在中国境内，即代理行为地在中国，故该代理行为效力的认定依法应当适用中华人民共和国法律。

3、 关于域外取证问题

境外工程纠纷中较为复杂的是事实认定，如何认定各方之间的法律关系，如何确定工程价款，如何认定工期违约，如何判断质量缺陷，如何把握工程签证等，都需要证据予以证明。

但是，由于工程在境外，需要当事人补充提交和调查取证的情形较多，有些域外证据还需要公证、使领馆认证，大大增加境外工程争议事实认定的审理期限和成本。在此背景下，涉外工程争议当事人或参与方均为中方的情况下，约定在中国境内进行仲裁，应当是减轻讼累的有效途径。

二、 结语与展望

2017年我国建筑业采取的一系列简政放权措施，在减轻行政监管对建设工程交易的影响方面的效果已经开始显现。

与此同时，我国建筑业史无前例地在2017年一年里集中发布了一系列有较大影响力的征求意见稿，涵盖了PPP、招投标、工程总承包、施工合同司法解释等多个建设工程核心领域。其中任何一个征求意见稿按计划在2018年正式发布实施，都将给建筑业带来新一轮深远影响，进而对建设工程争议的解决甚至发展趋势产生重要影响。

在此趋势的长期作用下，我们预测我国建设工

¹⁶ （2013）苏商外终字第0006号民事判决书。

程争议解决的裁判重点，将可能逐渐从黑白合同、挂靠及违法分包、实际施工人等具有中国特色的争议领域，向与国际工程争议解决接轨的方向发展。

对此，我们欣喜地注意到：以北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心（以下简称“北仲”）为代表的

中国领先仲裁机构，已经走在了这一发展趋势的前沿。2017 年，北仲通过持续引入国际工程争议解决最佳实践——如英国建筑法学会《延误与干扰分析准则（2017 版）》，不断在建设工程合同争议解决的精细化方面砥砺前行。

声明：本文是作者执笔的《中国建设工程年度观察（2018）》的部分研究成果，全部研究成果收录于北京仲裁委员会主编的《中国商事争议解决年度观察（2018）》，该年度观察将于近期在中国法制出版社正式出版，欢迎关注。

周显峰	合伙人	电话：86 10 8519 1768	邮箱地址：zhouxf@junhe.com
郑艳丽	合伙人	电话：86 10 8553 7670	邮箱地址：zhengyl@junhe.com
罗 策	律 师	电话：86 10 8540 8625	邮箱地址：luoc@junhe.com
杨天博伦	实习生		邮箱地址：yangtbl@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

