

科技部補助專題研究計畫成果報告 期末報告

近十年中國大陸工程判決分析與我國實務判決比較(第3年)

計畫類別：個別型計畫
計畫編號：NSC 100-2410-H-004-035-MY3
執行期間：102年08月01日至103年07月31日
執行單位：國立政治大學法律科際整合研究所

計畫主持人：顏玉明

計畫參與人員：碩士班研究生-兼任助理人員：李淑琄
碩士班研究生-兼任助理人員：許哲瑋
碩士班研究生-兼任助理人員：李秉昊
碩士班研究生-兼任助理人員：楊哲瑋
碩士班研究生-兼任助理人員：黃逸昕
碩士班研究生-兼任助理人員：李岳珊

處理方式：

1. 公開資訊：本計畫可公開查詢
2. 「本研究」是否已有嚴重損及公共利益之發現：否
3. 「本報告」是否建議提供政府單位施政參考：否

中華民國 103 年 10 月 31 日

中文摘要： 隨著兩岸間之經貿合作逐漸蓬勃發展，中國大陸廣大建築市場已漸開放，台商投資進入大陸市場之意願攀升，因此對於建設工程領域之法令及司法見解，更有深入瞭解之必要。

本研究為三年期計畫，第一年為蒐集中國大陸建設工程相關法令，及各級人民法院之判決。第二年的研究重心包括建構大陸地區工程相關法規體系，及法院判決之類型化研究。第三年則就建設工程施工合同糾紛之態樣深入研究，就相關判決之事實及法院見解歸整綜覽，並與我國法規之分析與判決之比較，並藉由我國實務判決之見解歸納，與對岸實務之發展相比分析。期盼藉由各級人民法院判決之類型化分析，使學界及業界對於中國大陸建設工程施工合同之工程款爭議案件執行時之法律依據及司法實踐狀況有更多瞭解。

中文關鍵詞： 中國大陸工程判決、工程法律、建設工程施工合同、人民法院、工程款爭議、兩岸工程法制比較

英文摘要： With the promising development of the cooperation across the Taiwan Strait, the booming construction market of Mainland China has increased the participating awareness to Taiwan investors in recent years. It motivates the Taiwanese investment on the one hand, and on the other hand the needs of understanding the laws and the legal practices in construction industry are raised. This research is conducted within three years. In the first year, the research team collect the judgments of various levels of courts in different districts of Mainland China, and volumes of references. In the second year, it focus on the analyzing and building the structure of the construction legislation. The categorization of the judgments of construction cases is conducted too. In the third year, the comparison of the legal views of the courts across the straits is conducted, to obtain more knowledge of the application of the laws and regulations in construction contracts. It is hoped that the categorization and analysis of leading disputing cases will provide the knowledge of this jurisdiction to the academy and industry communities.

英文關鍵詞： Construction Judgments of Mainland China, Construction Law, Construction Contracts, the Supreme People' s Court of the People' s Republic of China,

Payment Disputes, Comparison of Legal System in
Construction Disputes between Taiwan and Mainland
China.

科技部補助專題研究計畫成果報告

(期中進度報告/期末報告)

近十年中國大陸工程判決分析與我國實務判決比較

計畫類別：個別型計畫 整合型計畫

計畫編號：MOST 100—2410—H—004—035—MY3

執行期間：2011年8月1日至2014年7月31日

執行機構及系所：國立政治大學法律科際整合研究所

計畫主持人：顏玉明

共同主持人：

計畫參與人員：

本計畫除繳交成果報告外，另含下列出國報告，共 ____ 份：

執行國際合作與移地研究心得報告

出席國際學術會議心得報告

期末報告處理方式：

1. 公開方式：

非列管計畫亦不具下列情形，立即公開查詢

涉及專利或其他智慧財產權，一年二年後可公開查詢

2. 「本研究」是否已有嚴重損及公共利益之發現：否 是

3. 「本報告」是否建議提供政府單位施政參考 否 是，____（請列舉提供之單位；本部不經審議，依勾選逕予轉送）

中 華 民 國 103 年 10 月 30 日

近十年中國大陸工程判決分析與我國實務判決比較

摘要

隨著兩岸間之經貿合作逐漸蓬勃發展，中國大陸廣大建築市場已漸開放，台商投資進入大陸市場之意願攀升，因此對於建設工程領域之法令及司法見解，更有深入瞭解之必要。

本研究為三年期計畫，第一年為蒐集中國大陸建設工程相關法令，及各級人民法院之判決。第二年的研究重心包括建構大陸地區工程相關法規體系，及法院判決之類型化研究。第三年則就建設工程施工合同糾紛之態樣深入研究，就相關判決之事實及法院見解歸整綜覽，並與我國法規之分析與判決之比較，並藉由我國實務判決之見解歸納，與對岸實務之發展相比分析。期盼藉由各級人民法院判決之類型化分析，使學界及業界對於中國大陸建設工程施工合同之工程款爭議案件執行時之法律依據及司法實踐狀況有更多瞭解。

關鍵詞：中國大陸工程判決、工程法律、建設工程施工合同、人民法院、工程款爭議、兩岸工程法制比較

Abstract

With the promising development of the cooperation across the Taiwan Strait, the booming construction market of Mainland China has increased the participating awareness to Taiwan investors in recent years. It motivates the Taiwanese investment on the one hand, and on the other hand the needs of understanding the laws and the legal practices in construction industry are raised.

This research is conducted within three years. In the first year, the research team collect the judgments of various levels of courts in different districts of Mainland China, and volumes of references. In the second year, it focus on the analyzing and building the structure of the construction legislation. The categorization of the judgments of construction cases is conducted too. In the third year, the comparison of the legal views of the courts across the straits is conducted, to obtain more knowledge of the application of the laws and regulations in construction contracts. It is hoped that the categorization and analysis of leading disputing cases will provide the knowledge of this jurisdiction to the academy and industry communities.

Keywords: Construction Judgments of Mainland China, Construction Law, Construction Contracts, the Supreme People's Court of the People's Republic of China, Payment Disputes, Comparison of Legal System in Construction Disputes between Taiwan and Mainland China.

1. 前言

隨著海峽兩岸經濟合作架構協議(Economic Cooperation Framework Agreement, ECFA)於2010年9月12日起生效，我國與中國大陸（下稱大陸）之經貿合作將可預見之蓬勃發展。大陸亦於西元2010年10月拍板定案第十二個五年計畫(十二五計畫)，計畫內容中關於西部城市化與節能環保綠能經濟，皆涉及我國企業西進大陸投資重大工程之重大誘因與商機，於此就大陸工程法律之認知，實為重要。

大陸改革開放十餘年來，在法制上藉由大量外國法令及外文法學名著之翻譯，引入世界各大法系立法例於國內，並致力於法典之修正、制訂與現代化，自此開啟大陸國內各級人民法院判決見解結合國外先進立法內容之判決時期。面對大陸廣大建築市場之開放，台商投資進入大陸市場之意願攀升，因此對於此領域之法令及司法見解，更有深入研究之必要。本研究著眼於我國與大陸於地緣、文化與經濟之緊密關係，並有感於對法令規範及法院判決之類型化分析，將有助於對大陸建設工程法制規範，及對其適用狀況之瞭解，故積極投入對於大陸地區建設工程法制規範及各級法院工程判決之彙整與研究。

2. 研究目的

我國學術界對於中國大陸工程判決之研究不多，僅得見其散於數碩士論文，關於法制面之匯整梳理則無所見，故希望能透過此計劃對中國大陸各級人民法院之判決進行具系統性之蒐集、整理、分類與評估、建立建設工程法制規範及判決之類型化索引，並與本地承攬爭議(含政府採購契約)精選裁判資料研究比較分析，藉由工程與法律科際整合之方式撰寫判決解析，能提供實務界提供不同法領域參考，以及對企業界提供投資法律風險評估，使學術、司法實務及企業三大目標使用者，皆能獲得兩岸工程與法律二大科學學門結合之專業知識與審酌標準。

本研究為三年期計畫，第一年為蒐集中國大陸建設工程相關法令，及各級人民法院之判決。由於過去中國大陸各級人民法院之判決並未建置網路資料庫，故外部研究人員無法利用遠距方法蒐尋獲得判決全文，或即使經由網路獲得亦僅係零星片段之判決，無法窺其全貌，因此本研究第一年執行時，乃藉助中國大陸法律學者之協助，請託由內部方式或書面紙本取得判決以建置計畫資料庫。並經由與大陸工程法律專業學者綜合討論後，確定後續進行判決分析之範圍、年限與關鍵字。第二年的研究重心包括建構大陸地區工程相關法規體系，及法院判決之類型化研究。第三年則就建設工程施工合同糾紛之態樣深入研究，就相關判決之事實及法院見解歸整綜覽，並與我國法規之分析與判決之比較，並藉由我國實務判決之見解歸納，與對岸實務之發展相比分析。

3. 文獻探討-大陸學界研究概況

我國學術界曾有【東吳大學法律學系中國大陸法律碩士在職專班論文，兩岸工程施工契約之比較研究——以竣工義務及協力行為為中心，余文恭，邱聰智指導】、【國立高雄大學法律研究所碩士論文，工程契約訂作人義務之研究，劉芮圻，姚志明指導】，至於全盤之研究無所見。

中國大陸法制，與工程判決最為密切者為「建設工程合同」，亦即，中國大陸針對工程契約，單獨於合同法設有「建設工程合同」專章，與一般承攬合同有別。依據中華人民共和國合同法第 269 條規定，「所謂建設工程合同，是指承包人進行工程勘查、設計、施工等建設，由發包人支付相應價款之合同。」。因此，工程契約係為承攬人與定作人雙方約定，一方為他方完成並交付工程；他方應給付工程款之契約。由合同法第 287 條規定觀之，建設工程合同性質上屬承攬，然因其特殊性為區別起見，於合同法中以有名契約形式來展現。建設工程合同中的工程主要是指土木工程和建築業範圍的線路、管道、設備安裝工程的新建、擴建、改建及大型的建築裝修裝飾活動等。

由上述介紹可知，中國大陸就工程領域之研究，從實體法上觀之，必須對其合同中建設合同之規範先加以研究，由其對於兩岸工程名詞應如何統整、類比，為本研究之重點之一；從判決面觀之，最高人民法院既已建立指導案例制度，從而對於整體判決之類型化、精選裁判之篩選以及指導案例之內容撰寫，關乎實體法上法條之解釋、發展，以及審判上下級審法官之依循與審判獨立問題。故本研究計畫鎖定此而研究範圍，進行具體而微之研究。

4. 研究方法

第一年度本研究就我國學界與大陸學界研究概況做相關之調查，並對於大陸之「中華人民共和國合同法（下稱「合同法」）」及相關最高人民法院的法律問題解釋做相關的文獻探討。第二本年度更著重於大陸地區的相關文獻解釋，就學術面，探討當地對於工程案例的類型分類和法律適用的學說做相關研究；法規方面，銜接第一年度的法規概述，本年度更擴張相關的法規範綜覽。實務面，復以所蒐集之工程判決進行篩選分析，並試為類型化及挑出典型判決，以具體瞭解大陸的工程判決認定標準，輔以學術和實務的交流編織成一個通盤的面向。第三年度則為對比我國的工程判決學說見解，以瞭解海峽兩岸工程法律實務應用上的異同。

為完成本研究，計畫主持人及黃立教授亦曾於 101 年 4 月藉由親至大陸向大陸工程法律專業學者之拜會，包括清華大學法學院副院長申衛星教授、王洪亮教授，清華大學土木水利學院建設管理系方東平主任、廖彬超教授，北京航空航天大學法學院龍衛球院長、付翠英副院長，中國人民大學公共政策與公共安全研究所劉偉教授及北京建築工程學院蔡宗翰教授等學者取得第一手資料，並後續進行隨時諮詢。

5. 結果與討論

5.1 中國大陸建設工程相關法規簡介

在司法實務，最高人民法院為加強審判指導及統一司法標準，則以「最高人民法院司法解釋」，透過制定司法解釋及設定司法解釋在整體司法實踐中的普遍約束力的方式，達到實現法制統一之目的。另因中國大陸建設工程相關法律規範相當廣泛，包括法律位階之合同法、建築法等，亦包括法規命令如建築工程質量管理條例、建築工程造價管理法規、建築業企業資質管理規定等。在主管機關，如建設部、財政部、國家發展計畫委員會定有行政規章，各地方政府並定有單行規定。

甲. 統一司法見解之方式

中國大陸幅員遼闊、各地經濟社會發展不平衡、訴訟糾紛複雜多樣、個別地方人民法院存在"同案不同判"等現象。這些客觀情況影響了人民法院的判案質量，更要求及時總結審判工作經驗、統一司法尺度和裁判標準、規範法官自由裁量權。

為加強審判指導，統一司法標準，最高人民法院幾年來做出了大量努力和嘗試，並逐漸總結出司法解釋、通過對地方各級法院和專門法院的審判監督來確保法制統一、案例指導、司法政策、領導講話來影響及召開會議和公佈會議紀要六種較為有效的方式，分述如下：

(1) 司法解釋

即通過制定司法解釋及設定司法解釋在整體司法實踐中的普遍約束力的方式來實現法制統一。

(2) 通過對地方各級法院和專門法院的審判監督來確保法制統一。具體包括三個途徑：

A. 審判監督程式，即主動或被動地對地方各級法院或專門法院已經生效的判決提起再審；

B. 通過審級，即對上訴到最高人民法院的案件進行審理，通過上訴案件的審理對下級法院的審判進行監督；

C. 通過指定管轄，即對某些不適宜由原具有管轄權的法院審判的案件，指定由其認為適宜審判的法院管轄。

(3) 案例指導

建立和完善案例指導制度，重視指導性案例在統一法律適用標準、指導下級法院審判工作、豐富和發展法學理論等方面的作用。最高人民法院制定關於案例指導制度的規範性檔，規定指導性案例的編選標準、編選程式、發佈方式、指導規則等。

(4) 司法政策

司法政策是商人民法院根據國家的政策，結合法院工作實際制定的工作方

針、工作重點及一個時期的審判工作方向，是國家政策在司法領域的具體體現。例如，最高人民法院在黨的十五屆四中全會和中央經濟工作會議召開後發佈的《關於充分發揮審判職能作用 為經濟發展提供司法保障和法律服務的意見》。

(5) 領導講話來影響

例如 2003 年 8 月 23 日肖揚院長在全國高級法院院長座談會上發表的《全面落實司法為民的思想和要求，紮紮實實為人民群眾辦實事》。

(6) 召開會議和公佈會議紀要

例如 1999 年 6 月 7 日最高人民法院、最高人民檢察院、公安部印發的《辦理騙匯、逃匯犯罪案件聯繫會議紀要》。

乙. 建設工程合同示範文本

中國在工程合同的標準化方面做了許多工作，頒布了一些合同範本。其中最重要，也最典型的事 1991 年頒布的《建設工程施工合同(示範文本 GF--1999--0201)》。它是中國工程中使用最廣的施工合同標準文本。經過 10 年的使用後，在累積豐富的經驗的基礎上，於 1999 年做修改。到目前為止中國陸續頒布了如下工程合同範本：

1. 建設工程施工合同(示範文本 GF--1999--0201)
2. 建設工程施工專業分包合同(示範文本 GF--2003--0213)
3. 建設工程施工勞務分包合同(示範文本 GF--2003--0214)
4. 建設工程委託監理合同(示範文本 GF--2000--0202)
5. 建設工程造價諮詢合同(示範文本 GF--2002--0212)
6. 建設工程招標代理合同(示範文本 GF--2005--0215)
7. 建設工程勘察合同(示範文本 GF--2000--0203)
8. 建設工程設計合同(示範文本 GF--2000--0209)
9. 其他類型示範文本可參考 <http://www.110.com/>

這些文本反映了中國建設工程合同的法律制度和工程慣例。

以下將與建設工程相關之法律規範概分為八類簡介。

5.1.1 通則類

(1) 法律

中華人民共和國民法通則¹

中華人民共和國合同法²

¹ 1986 年 4 月 12 日第六屆全國人民代表大會第四次會議通過；1986 年 4 月 12 日中華人民共和國主席令第 37 號公佈；自 1987 年 1 月 1 日起施行。至中華人民共和國第十一屆全國人民代表大會常務委員會第十次會議於 2009 年 8 月 27 日通過「全國人民代表大會常務委員會關於修改部分法律的決定」，自公佈之日起施行。

² 1999 年 3 月 15 日第九屆全國人民代表大會第二次會議通過，自 1999 年 10 月 1 日起施行。

中華人民共和國建築法³

(2) 法規命令

實施工程建設強制性標準監督規定⁴

(3) 行政規章

工程建設項目報建管理辦法⁵

工程建設項目實施階段程式管理暫行規定⁶

建築工程施工許可管理辦法⁷

建設工程項目管理試行辦法⁸

(4) 司法解釋

最高人民法院關於貫徹執行「中華人民共和國民法通則」若干問題的意見⁹

最高人民法院關於適用「中華人民共和國合同法」若干問題的解釋(一)¹⁰

最高人民法院關於適用「中華人民共和國合同法」若干問題的解釋(二)¹¹

由總則、分則和附則三編組成，共 428 條，23 章。

³ 據 2011 年 4 月 22 日第十一屆全國人民代表大會常務委員會第二十次會議「關於修改『中華人民共和國建築法』的決定」修正。

⁴ 建設部令第 81 號，2000 年 8 月 25 日發布。為加強工程建設強制性標準實施的監督工作，保證建設工程質量，保障人民的生命、財產安全，維護社會公共利益，根據「中華人民共和國標準化法」、「中華人民共和國標準化法實施條例」和「建設工程質量管制條例」，所制定。

⁵ 建設部建建字第 482 號，1994 年 8 月 13 日頒布。建設部為有效掌握建設規模，規範工程建設實施階段程式管理，統一工程項目報建的有關規定，達到加強建築市場管理的目的，根據國家有關規定所制定。工程建設項目是指各類房屋建築、土木工程、設備安裝、管道線路敷設、裝飾裝修等固定資產投資的新建、擴建、改建以及技改等建設項目，通稱為工程建設項目。

⁶ 建設部建建[1995]第 494 號，1995 年 7 月 29 日實施。工程建設項目實施階段程式，是指土木工程、線路、管道及設備安裝工程，建築裝修裝飾工程等新建、擴建、改建活動的施工準備階段、施工階段、竣工階段應遵循的有關工作步驟。施工準備階段分為工程建設項目報建、委託建設監理、招標投標、施工合同簽訂；施工階段分為建設工程施工許可證領取、施工；竣工階段分為竣工驗收及期內保修。工程建設項目報建表示項目前期工作結束，施工準備階段開始；取得工程建設項目施工許可證表示施工準備階段結束，施工階段開始；竣工驗收表示施工階段結束，竣工階段開始；保修期限屆滿，全部工程建設項目實施階段程式結束。

⁷ 建設部令第 91 號，2001 年 7 月 4 日修正。原於 1999 年 10 月 15 日建設部令第 71 號發布，根據 2001 年 7 月 4 日「建設部發佈關於修改『建築工程施工許可管理辦法』的決定」修正。在中華人民共和國境內從事各類房屋建築及其附屬設施的建造、裝修裝飾和與其配套的線路、管道、設備的安裝，以及城鎮市政基礎設施工程的施工，建設單位在開工前應當依照本辦法的規定，向工程所在地的縣級以上人民政府建設行政主管部門申請領取施工許可證。

⁸ 建市[2004]200 號，2004 年 11 月 16 日。建設工程項目管理，是指從事工程項目管理的企業，受工程項目業主方委託，對工程建設全過程或分階段進行專業化管理和服務活動。項目管理企業應當具有工程勘察、設計、施工、監理、造價諮詢、招標代理等一項或多項資質。從事工程項目管理的專業技術人員，應當具有城市規劃師、建築師、工程師、建造師、監理工程師、造價工程師等一項或者多項執業資格。

⁹ 最高人民法院 1988 年 4 月 2 日頒布。「中華人民共和國民法通則」於 1987 年 1 月 1 日起施行，最高人民法院係就民法通則在貫徹執行中遇到的問題提出意見。

¹⁰ 最高人民法院法釋[1999]19 號，1999 年 12 月 29 日起施行。根據「中華人民共和國合同法」的規定，對人民法院適用合同法的有關問題作出解釋。

¹¹ 最高人民法院法釋[2009]5 號，2009 年 4 月 24 日公佈，自 2009 年 5 月 13 日起施行。解釋包括六個部分，共 30 條，主要內容有：明確締約過失責任的相關範圍、維護合同效力、規範裁量權的行使。

最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋¹²

5.1.2. 企業資質與管理類

(1) 法規命令

建築業企業資質管理規定¹³

對外承包工程資格管理辦法¹⁴

(2) 行政規章

工程造價諮詢企業管理辦法¹⁵

工程建設項目招標代理機構資格認定辦法¹⁶

建築業企業資質管理規定實施意見¹⁷

工程建設項目招標代理機構資格認定辦法實施意見¹⁸

公安部、建設部關於消防設施工程專業承包企業資質管理工作若干問題的通知

¹² 最高人民法院法釋[2004]14號，2004年10月25日公佈，自2005年1月1日起施行。根據「中華人民共和國民法通則」、「中華人民共和國合同法」、「中華人民共和國招標投標法」、「中華人民共和國民事訴訟法」等法律規定，結合民事審判實際，就審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律的問題所制定。

¹³ 建設部令第159號，2007年6月26日發布，自2007年9月1日起施行。為了加強對建築活動的監督管理，維護公共利益和建築市場秩序，保證建設工程質量安全，根據「中華人民共和國建築法」、「中華人民共和國行政許可法」、「建設工程質量管制條例」、「建設工程安全生產管理條例」等法律、行政法規所制定。所稱建築業企業，是指從事土木工程、建築工程、線路管道設備安裝工程、裝修工程的新建、擴建、改建等活動的企業。建築業企業應當按照其擁有的註冊資本、專業技術人員、技術裝備和已完成的建築工程業績等條件申請資質，經審查合格，取得建築業企業資質證書後，方可在資質許可的範圍內從事建築施工活動。

¹⁴ 商務部第9號令，2009年5月5日商務部第23次部務會議審議通過，並經住房和城鄉建設部同意，2009年9月28日發布，2009年11月1日起施行。為規範和加強對外承包工程管理，促進對外承包工程健康發展，根據「中華人民共和國對外貿易法」和「對外承包工程管理條例」所制定。所稱對外承包工程，是指中國的企業或者其他單位承包境外建設工程項目，包括諮詢、勘察、設計、監理、招標、造價、採購、施工、安裝、調試、運營、管理等活動。對外承包工程的單位依據本辦法取得對外承包工程資格，領取「中華人民共和國對外承包工程資格證書」後，方可在許可範圍內從事對外承包工程。

¹⁵ 建設部令第149號，2006年3月22日發布，2006年7月1日起施行。為了加強對工程造價諮詢企業的管理，提高工程造價諮詢工作質量，維護建設市場秩序和社會公共利益，根據「中華人民共和國行政許可法」、「國務院對確需保留的行政審批項目設定行政許可的決定」所制定。所稱工程造價諮詢企業，是指接受委託，對建設項目投資、工程造價的確定與控制提供專業諮詢服務的企業。

¹⁶ 建設部令第154號，2007年1月11日發布，2007年3月1日起施行。為了加強對工程建設項目招標代理機構的資格管理，維護工程建設項目招標投標活動當事人的合法權益，根據「中華人民共和國招標投標法」、「中華人民共和國行政許可法」等有關法律和行政法規所制定。所稱工程建設項目招標代理，是指工程招標代理機構接受招標人的委託，從事工程的勘察、設計、施工、監理以及與工程建設有關的重要設備（進口機電設備除外）、材料採購招標的代理業務。

¹⁷ 建市[2007]241號，2007年6月26日發布，2007年9月1日實施。根據「建築業企業資質管理規定」（建設部令第159號）、「建築業企業資質等級標準」（建建[2001]82號）和「施工總承包企業特級資質標準」（建市[2007]72號），為規範建築業企業資質管理所制定。

¹⁸ 建市[2007]230號，2007年9月21日發佈，根據「工程建設項目招標代理機構資格認定辦法」（建設部令第154號），為規範工程建設項目招標代理機構資格認定管理所制定。

建設部辦公廳關於工程造價諮詢單位及造價工程師經營和執業範圍問題的復函²⁰

建設部關於培育發展工程總承包和工程項目管理企業的指導意見²¹

建設部關於工程總承包市場准入問題說明的函²²

建設部辦公廳關於工程勘察、設計、施工、監理企業及招標代理機構資質申請及年檢有關問題的通知²³

建設部關於建設工程企業發生改制、重組、分立等情況資質核定有關問題的通知²⁴

住房和城鄉建設部關於加強建築市場資質資格動態監管完善企業和人員准入清出制度的指導意見²⁵

5.1.3. 工程招投標類

(1) 法律

中華人民共和國招標投標法²⁶

(2) 法規命令

中華人民共和國招標投標法實施條例²⁷

招標公告發佈暫行辦法²⁸

¹⁹ 公通字[2001]67號，2001年8月16日發佈、生效。為了加強對消防設施工程施工企業的監督管理，維護消防工程市場秩序，保障消防設施工程質量，根據「中華人民共和國建築法」和建設部「建築業企業資質管理規定」，就消防設施工程專業承包企業資質管理問題所為通知。

²⁰ 建辦法函[2003]47號，2003年2月12日頒布。

²¹ 建市[2003]30號，2003年2月13日，為了深化工程建設項目組織實施方式改革，培育發展專業化的工程總承包和工程項目管理企業所提出。

²² 建市函[2003]161號，2003年7月13日發布。

²³ 建辦市函[2005]456號，2005年8月9日。為貫徹落實行政許可法，規範建設工程企業資質管理工作，就工程勘察、設計、施工、監理企業及招標代理機構資質申請及年檢的有關問題所為通知。

²⁴ 建市[2007]229號，2007年9月21日，為了進一步明確工程勘察設計、施工、監理企業及招標代理機構改制、重組、分立後涉及資質重新審核辦理的有關要求，簡化審核辦理程式，方便和服務企業，就建設工程企業改制、重組、分立後涉及資質辦理的有關事項所為通知。

²⁵ 建市[2010]128號，2010年8月13日。為貫徹落實住房城鄉建設系統開展建設領域突出問題專項治理工作要求，引導、規範、監督建築市場主體行為，建立和維護公平競爭、規範有序的建築市場秩序而制定。

²⁶ 1999年8月30日中華人民共和國第九屆全國人民代表大會常務委員會第十一次會議通過，1999年8月30日9屆第21號主席令公佈，自2000年1月1日起施行。分為「總則」、「招標」、「投標」、「開標、評標和中標」、「法律責任」、「附則」六章，共68條。

²⁷ 中華人民共和國國務院第613號令，2011年11月30日國務院第183次常務會議通過，2011年12月20日公佈，自2012年2月1日起施行。為了規範招標投標活動，根據「中華人民共和國招標投標法」所制定。

²⁸ 國家發展計畫委員會第4號令，自2000年7月1日起執行。為了規範招標公告發佈行為，保證潛在投標人平等、便捷、準確地獲取招標資訊，根據中華人民共和國招標投標法所制定。國家發展計畫委員會根據國務院授權，按照相對集中、適度競爭、受眾分佈合理的原則，指定發佈依法必須招標項目招標公告的報紙、資訊網路等媒介，並對招標公告發佈活動進行監督。

工程建設項目自行招標試行辦法²⁹
工程建設項目施工招標投標辦法³⁰
工程建設項目貨物招標投標辦法³¹
招標代理服務收費管理暫行辦法³²
工程建設項目招標投標活動投訴處理辦法³³
招標投標違法行為記錄公告暫行辦法³⁴
房屋建築和市政基礎設施工程施工招標投標管理辦法³⁵
工程建設項目招標範圍和規模標準規定³⁶

指定媒介發佈依法必須招標項目的招標公告，不得收取費用，但發佈國際招標公告的除外。

²⁹ 中華人民共和國國家發展計畫委員會第 5 號令，2000 年 7 月 1 日發佈、施行。根據中華人民共和國招標投標法和「國務院辦公廳印發國務院有關部門實施招標投標活動行政監督的職責分工意見的通知」（國辦發[2000]34 號）所制定。適用於經國家計委審批（含經國家計委初審後報國務院審批）的工程建設項目的自行招標活動。

³⁰ 中華人民共和國國家發展計畫委員會、建設部、鐵道部、交通部、信息產業部、水利部、中國民用航空總局 30 號令，2003 年 3 月 8 日發佈，自 2003 年 5 月 1 日起施行，2013 年 4 月修訂。工程施工招標區分為公開招標和邀請招標。依法必須招標的工程建設項目，應當具備條件才能進行施工招標。

³¹ 中華人民共和國國家發展和改革委員會、中華人民共和國建設部、中華人民共和國鐵道部、中華人民共和國交通部、中華人民共和國資訊產業部、中華人民共和國水利部、中國民用航空總局第 27 號令，2005 年 1 月 18 日發佈，自 2005 年 3 月 1 日起施行。貨物，是指與工程建設項目有關的重要設備、材料等。

³² 國家計畫委員會計價格[2002]1980 號，根據「中華人民共和國價格法」、「中華人民共和國招標投標法」及有關法律、行政法規所制定，2002 年 10 月 15 日發布，2003 年 1 月 1 日起執行。適用於中華人民共和國境內發生的各類招標代理服務的收費行為，規定招標代理服務收費實行政府指導價，並以中標金額多少分別明確了貨物、服務、工程的招標代理服務收費標準。招標代理服務收費，是指招標代理機構接受招標人委託，從事編制招標文件（包括編制資格預審文件和標底）、審查投標人資格，組織投標人踏勘現場並答疑，組織開標、評標、定標，以及提供招標前期諮詢、協調合同的簽訂等業務所收取的費用。2013 年 7 月，國家發展改革委員會基於「不適應經濟社會發展需要」理由，擬廢止「國家計委關於印發招標代理服務收費管理暫行辦法的通知」（計價格[2002]1980 號）。

³³ 中華人民共和國國家發展和改革委員會、中華人民共和國建設部、中華人民共和國鐵道部、中華人民共和國交通部、中華人民共和國資訊產業部、中華人民共和國水利部、中國民用航空總局第 11 號令，2004 年 7 月 6 日公佈，自 2004 年 8 月 1 日起施行。招標投標活動，包括招標、投標、開標、評標、中標以及簽訂合同等各階段。

³⁴ 發改法規[2008]1531 號，2008 年 6 月 18 日發布，自 2009 年 1 月 1 日起施行。為貫徹「國務院辦公廳關於進一步規範招投標活動的若干意見」（國辦發[2004]56 號），根據「招標投標法」等相關法律規定所制定。招標投標違法行為記錄，是指有關行政主管部門在依法履行職責過程中，對招標投標當事人違法行為所作行政處理決定的記錄。

³⁵ 建設部令第 89 號，2001 年 6 月 1 日發佈、施行。為了規範房屋建築和市政基礎設施工程施工招標投標活動，維護招標投標當事人的合法權益，依據「中華人民共和國建築法」、「中華人民共和國招標投標法」等法律、行政法規所制定。房屋建築工程，是指各類房屋建築及其附屬設施和與其配套的線路、管道、設備安裝工程及室內外裝修工程。市政基礎設施工程，是指城市道路、公共交通、供水、排水、燃氣、熱力、園林、環衛、污水處理、垃圾處理、防洪、地下公共設施及附屬設施的土建、管道、設備安裝工程。房屋建築和市政基礎設施工程的施工單項合同估算價在 200 萬元人民幣以上，或者項目總投資在 3000 萬元人民幣以上的，必須進行招標。

³⁶ 國家發展計畫委員會令第 3 號，2000 年 4 月 4 日國務院批准，2000 年 5 月 1 日國家發展計畫委員會發佈。至 2013 年 10 月 30 日止就修訂向社會公開徵求意見，徵求意見稿對關係社會公共利益、公眾安全的公用事業項目、使用國有資金投資的項目、國家

工程建設項目可行性研究報告增加招標內容和核准招標事項暫行規定³⁷

關於禁止串通招標投標行為的暫行規定³⁸

評標委員會和評標方法暫行規定³⁹

(3) 行政規章

國務院辦公廳關於進一步規範招投標活動的若干意見⁴⁰

建設部關於進一步加強工程招標投標管理的規定⁴¹

建設部關於加強房屋建築和市政基礎設施工程項目施工招標投標行政監督工作的若干意見⁴²

5.1.4. 工程承包類

(1) 法規命令

房屋建築和市政基礎設施工程施工分包管理辦法⁴³

對外承包工程管理條例⁴⁴

(2) 行政規章

建設部、國家工商行政管理局關於禁止在工程建設中壟斷市場和肢解發包工程的通知⁴⁵

融資項目及使用國際組織或外國政府資金等項目的招標範圍進行了調整，同時提高了工程建設項目的招標限額標準；總估算價達到規定標準的，每次採購須招標；指出工程建設項目可以不進行招標的情況。

³⁷ 中華人民共和國國家發展計畫委員會令第9號，依據「中華人民共和國招標投標法」，為了規範必須進行招標的建設項目的招標活動，2001年6月18日發佈施行。適用於「工程建設項目招標範圍和規模標準規定」(國家發展計畫委員會令第3號)中規定的依法必須進行招標的各類工程建設項目。

³⁸ 1998年1月16日國家工商行政管理局令第60號公佈，為了禁止串通招標投標行為，維護公平競爭，保護社會公共利益和經營者的合法權益，依據「中華人民共和國反不正當競爭法」的有關規定制定。適用於建設工程承包、成套設備或者其他商品的購買、企業承包經營和租賃經營、土地使用權出讓、經營場所出租等領域進行招標投標中的串通招標投標行為。

³⁹ 中華人民共和國國家發展計畫委員會、中華人民共和國國家經濟貿易委員會、中華人民共和國建設部、中華人民共和國鐵道部、中華人民共和國交通部、中華人民共和國資訊產業部、中華人民共和國水利部第12號令，2001年7月5日頒布。

⁴⁰ 國辦發[2004]56號，2004年7月12日。

⁴¹ 建建[1998]162號，1998年8月6日頒布。

⁴² 建市[2005]208號，2005年10月10日，根據「國務院辦公廳關於進一步規範招投標活動的若干意見」(國辦發[2004]56號)精神提出。

⁴³ 建設部令第124號，2004年2月3日發布，自2004年4月1日起施行。為了規範房屋建築和市政基礎設施工程施工分包活動，維護建築市場秩序，保證工程質量和施工安全，根據「中華人民共和國建築法」、「中華人民共和國招標投標法」、「建設工程質量管制條例」等有關法律、法規所制定。施工分包，是指建築業企業將其所承包的房屋建築和市政基礎設施工程中的專業工程或者勞務作業發包給其他建築業企業完成的活動。房屋建築和市政基礎設施工程施工分包分為專業工程分包和勞務作業分包。專業工程分包除在施工總承包合同中有約定外，必須經建設單位認可。勞務作業分包由勞務作業發包人與勞務作業承包人通過勞務合同約定。

⁴⁴ 中華人民共和國國務院令第527號，2008年5月7日國務院第8次常務會議通過，2008年7月21日公佈，自2008年9月1日起施行。

⁴⁵ 建建[1996]240號，1996年04月22日頒布。一些地方和行業中，不同程度地存在著依賴行

建設部辦公廳關於監理單位審核工程預算資格和建設工程項目承包發包有關問題的覆函⁴⁶

建設部等關於嚴禁政府投資項目使用帶資承包方式進行建設的通知⁴⁷

商務部、住房城鄉建設部關於加強對外承包工程外派人員管理工作的緊急通知⁴⁸

5.1.5. 施工安全類

(1) 法規命令

建設工程安全生產管理條例⁴⁹

危險性較大的分部分項工程安全管理辦法⁵⁰

建築工程安全防護、文明施工措施費用及使用管理規定⁵¹

建築施工人員個人勞動保護用品使用管理暫行規定⁵²

業特權壟斷市場、肢解工程發包等不正當行為。主要表現為：在工程承包中，有關單位強行壟斷本專業的建設項目，要求承包單位和建設單位必須採購其指定廠家生產的材料、設備，否則不予驗收工程，不供水、供氣、供熱、供電等。這種做法，不符合建立社會主義市場經濟體制的要求和「反不正當競爭法」的有關規定。

⁴⁶ 建辦法函[2003]7號，2003年1月9日發布。

⁴⁷ 建設部、國家發改委、財政部、中國人民銀行建市[2006]6號，2006年1月4日。一些地方政府和部門要求建築業企業以帶資承包的方式建設新的工程項目；同時也有一些建築業企業以承諾帶資承包作為競爭手段，承攬政府投資項目。上述行為嚴重干擾了國家對固定資產投資的宏觀調控，擾亂了建築市場秩序，同時由於超概算資金落實難度大，造成了拖欠工程款和農民工工資。為貫徹落實「國務院關於投資體制改革的決定」和「國務院辦公廳轉發建設部等部門關於進一步解決建設領域拖欠工程款問題意見的通知」精神，加強政府投資項目管理，完善宏觀調控，防止政府投資項目超概算，維護建築市場秩序，防止拖欠工程款和農民工工資而為此通知。

⁴⁸ 商合函[2011]201號，2011年4月11日。主要是對外承包工程企業和分包單位違反「對外承包工程管理條例」，不與外派人員簽訂勞動合同，擅自將人員招聘委託給其他單位甚至個人，收取仲介費和押金，不及時結付工資，監管不到位等，不僅影響了人員撤離工作，還引發了勞資糾紛。為規範市場秩序，保護外派人員合法權益，維護社會穩定，而為此通知。

⁴⁹ 中華人民共和國國務院第393號令，2003年11月12日國務院第28次常務會議通過，2003年11月24日公佈，自2004年2月1日起施行。為了加強建設工程安全生產監督管理，保障人民群眾生命和財產安全，根據「中華人民共和國建築法」、「中華人民共和國安全生產法」，所制定。

⁵⁰ 建設部建質[2009]87號，2009年5月13日發布。為加強對危險性較大的分部分項工程安全管理，明確安全專項施工方案編制內容，規範專家論證程式，確保安全專項施工方案實施，積極防範和遏制建築施工生產安全事件的發生，依據「建設工程安全生產管理條例」及相關安全生產法律法規所制定。

⁵¹ 建設部建辦[2005]89號，2005年6月7日發布，為加強建築工程安全生產、文明施工管理，保障施工從業人員的作業條件和生活環境，防止施工安全事故發生，根據「中華人民共和國安全生產法」、「中華人民共和國建築法」、「建設工程安全生產管理條例」、「安全生產許可證條例」等法律法規所制定。

⁵² 建設部建質[2007]255號，2007年11月5日頒布、實施。為加強對建築施工人員個人勞動保護用品的使用管理，保障施工作業人員安全與健康，根據「中華人民共和國建築法」、「建設工程安全生產管理條例」、「安全生產許可證條例」等法律法規所制定。

建築施工企業安全生產許可證動態監管暫行辦法⁵³

建築工程預防高處墜落事故若干規定⁵⁴

建築工程預防坍塌事故若干規定⁵⁵

建築施工企業安全生產許可證管理規定⁵⁶

(2) 行政規章

建築工程安全生產監督管理工作導則⁵⁷

建築施工企業安全生產許可證管理規定實施意見⁵⁸

建設部安全生產管理委員會辦公室關於加強既有建築裝修、改擴建質量安全監督管理的通知⁵⁹

建設部關於進一步規範房屋建築和市政工程生產安全事故報告和調查處理工作的若干意見⁶⁰

住房和城鄉建設部關於進一步加強建築施工消防安全工作的通知⁶¹

5.1.6. 工程質量類

(1) 法規命令建設工程質量管制條例⁶²

建設工程質量檢測管理辦法⁶³

建設工程質量投訴處理暫行規定⁶⁴

⁵³ 建設部建質[2008]121號，2008年6月30日發布。為強化建築施工企業安全生產許可證動態監管，促進施工企業保持和改善安全生產條件，控制和減少生產安全事故所制定。

⁵⁴ 建設部建質[2003]82號，2003年4月17日頒布、執行。為預防高處墜落事故發生，保證施工安全，依據「建築法」和「安全生產法」對施工企業提出的有關要求所制定。

⁵⁵ 建設部建質[2003]82號，2003年4月17日實施。為預防坍塌事故發生，保證施工安全，依據「建築法」和「安全生產法」對施工企業提出的有關要求所制定。

⁵⁶ 建設部令第128號，2004年7月5日發佈，自公佈之日起施行。為了嚴格規範建築施工企業安全生產條件，進一步加強安全生產監督管理，防止和減少生產安全事故，根據「安全生產許可證條例」、「建設工程安全生產管理條例」等有關行政法規所制定。

⁵⁷ 建設部建質[2005]184號，2005年10月13日發佈，為完善建築工程安全生產管理制度，規範建築工程安全生產監管行為，根據有關法律法規，借鑒部分地區經驗所制定。

⁵⁸ 建設部建質[2004]148號，2004年8月27日發佈。為了貫徹落實「建築施工企業安全生產授權管理規定」（建設部令第128號）所制定

⁵⁹ 建安辦函[2007]4號，2007年4月16日。為進一步加強對既有建築裝修、改擴建工程的質量安全監管，切實保障既有建築的使用安全，就有關問題所為通知。

⁶⁰ 建質[2007]257號，2007年11月9日。為貫徹落實「生產安全事故報告和調查處理條例」（國務院令第493號），規範房屋建築和市政工程生產安全事故報告和調查處理工作所制定。

⁶¹ 建質電[2010]53號，2010年11月18日。為認真貫徹落實國務院辦公廳「關於進一步做好消防工作堅決遏制重特大火災事故的通知」（國辦發明電[2010]35號）精神，積極預防和有效遏制建築施工消防事故的發生，就有關事項所為通知

⁶² 2000年1月30日國務院令第279號，2000年1月10日國務院第25次常務會議通過，2000年1月30日公佈，自公佈之日起施行

⁶³ 建設部第141號令，2005年8月23日經第71次常務會議討論通過，2005年9月28日公佈，自2005年11月1日施行。全部條文共36條，係依據「中華人民共和國建築法」、「建設工程質量管制條例」制定。

⁶⁴ 1997年4月2日由建設部公佈，目的為確保建設工程質量，維護建設工程各方當事人的合法權益，兼顧工程質量投訴的處理工作。

建設工程質量保證金管理暫行辦法⁶⁵

房屋建築和市政基礎設施工程質量監督管理規定⁶⁶

(2) 行政規章

建設工程質量責任主體和有關機構不良記錄管理辦法(試行)⁶⁷

建設部關於加強住宅工程質量管制的若干意見⁶⁸

建設部關於加強村鎮建設工程質量安全管理的若干意見⁶⁹

建設部、中國保險監督管理委員會關於推進建設工程質量保險工作的意見⁷⁰

房屋建築工程和市政基礎設施工程實行見證取樣和送檢的規定⁷¹

建設部關於運用「建設工程質量管制條例」第六十七條、第三十一條的覆函⁷²

建設部關於適用「建設工程質量管制條例」第58條有關問題的覆函⁷³

住房和城鄉建設部關於進一步加強建築工程質量監督管理的通知⁷⁴

住房和城鄉建設部關於進一步強化住宅工程質量管制和責任的通知⁷⁵

住房和城鄉建設部關於做好房屋建築和市政基礎設施工程質量事故報告和調查處理工作的通知⁷⁶

⁶⁵ 建設部建質字第7號令，2005年1月12日公佈，為規範建設工程質量保證金（保修金）管理，落實工程在缺陷責任期內的維修責任，本辦法係依據「中華人民共和國建築法」、「建設工程質量管制條例」、「建設工程價款結算暫行辦法」和「基本建設財務管理規定」等相關規定制定。

⁶⁶ 建設部第5號令，2010年8月1日公佈，2010年9月1日施行，為了加強房屋建築和市政基礎設施工程質量的監督，保護人民生命和財產安全，規範住房和城鄉建設主管部門及工程質量監督機構的質量監督行為，係根據「中華人民共和國建築法」、「建設工程質量管制條例」等有關法律、行政法規而制定。

⁶⁷ 建設部建質字第113號令，2003年6月4日公佈，2003年7月1日施行，為規範建設工程質量責任主體和有關機構從事工程建設活動的行為，強化建設行政主管部門對其履行質量責任的監督管理而制定。

⁶⁸ 建設部建質字第18號令，係於2004年1月30日針對工程質量安全所作的函令。

⁶⁹ 建設部第216號令，係於2004年12月6日針對村鎮建設工程質量安全所作的函令。

⁷⁰ 建設部第133號令，係於2005年8月5日針對中國保險監督管理委員會就推進建設工程質量保險所做的函令。

⁷¹ 建設部建建字第211號令，係於2000年9月26日為規範房屋建築工程和市政基礎設施工程中涉及結構安全的試塊、試件和材料的見證取樣和送檢工作，保證工程質量，而根據「建設工程質量管制條例」制定。

⁷² 建設部於2002年4月24日針對福建省建設廳「關於如何具體運用『建設工程質量管制條例』第67條、第31條」所為的答覆。

⁷³ 建設部於2006年1月20日對「關於適用『建設工程質量管制條例』第58條有關問題的請示」（冀建字第535號令）作出答覆。

⁷⁴ 建設部建質字第55號令，係於2009年4月13日為加強建設工程質量監督管理而制定。

⁷⁵ 建設部建市字第68號令，係於2010年5月4日為進一步加強質量管制，強化質量責任，切實保證住宅工程質量而制定。

⁷⁶ 建設部建質字第111號令，係於2010年7月20日為維護國家財產和人民生命財產安全，落實工程質量事故責任追究制度，根據「生產安全事故報告和調查處理條例」和「建設工程質量管制條例」而制定。

5.1.7. 工程驗收類

(1) 法規命令

房屋建築和市政基礎設施工程竣工驗收備案管理辦法⁷⁷

城市住宅社區竣工綜合驗收管理辦法⁷⁸

建設項目竣工環境保護驗收管理辦法⁷⁹

建築工程施工質量驗收統一標準⁸⁰

(2) 行政規章

建設部關於貫徹執行建築工程勘察設計及施工質量驗收規範若干問題的通知⁸¹

住房和城鄉建設部關於做好住宅工程質量分戶驗收工作的通知⁸²

5.1.8. 工程價款類

(1) 法規命令

建築工程施工發包與承包計價管理辦法⁸³

建設工程施工發包與承包價格管理暫行規定⁸⁴

建設工程價款結算暫行辦法⁸⁵

⁷⁷ 建設部第2號令，係住房和城鄉建設部於2009年10月19日決定對「房屋建築工程和市政基礎設施工程竣工驗收備案管理暫行辦法」(建設部第78號令)作修改。

⁷⁸ 建設部於1993年12月1日公佈，並自公佈時起施行，全辦法共15條，係為加強城市新建住宅社區竣工綜合驗收和交接管理，提高住宅社區的綜合效益而制定。

⁷⁹ 國家環保總局第13號令，係於2001年12月11日經國家環境保護總局第12次局務會議通過，並自2002年2月1日起施行，為加強建設項目竣工環境保護驗收管理，監督落實環境保護設施與建設項目主體工程同時投產或者使用，以及落實其他需配套採取的環境保護措施，防治環境污染和生態破壞，而根據「建設項目環境保護管理條例」和其他有關法律、法規規定制定。並於2010年12月22日以環境保護部令第16號根據「國務院辦公廳關於做好規章清理工作有關問題的通知」(國辦發[2010]28號)修訂。

⁸⁰ 建設部建標字第157號令，係於2001年7月20日公佈，於2002年1月1日施行，為加強建築工程質量管制，統一建築工程施工質量的驗收，保證工程質量而制定。

⁸¹ 建設部建標字第212號令，係建設部於2002年8月12日為了貫徹執行「建設工程質量管制條例」，加強工程建設標準化工作，並確保「建築結構可靠度設計統一標準」等7項建築工程勘察設計規範和「建築工程施工質量驗收統一標準」等14項建築工程施工質量驗收規範的貫徹施行，強化建築工程管理和技術人員的標準化意識而制定。

⁸² 建設部建質字第291號令，係建設部於2009年12月22日為進一步加強住宅工程質量管制，落實住宅工程參建各方主體質量責任，提高住宅工程質量水準而制定。

⁸³ 建設部第107號令，係建設部於2001年11月5日公佈，2001年12月1日施行，為了規範建築工程施工發包與承包計價行為，維護建築工程發包與承包雙方的合法權益，促進建築市場的健康發展而制定。

⁸⁴ 建設部建標字第1號令，係建設部於1999年1月5日為了加強建設工程施工發包與承包價格的管理，保障工程發包單位與承包單位的合法權益，促進建築市場的健康發展而制定施行。

⁸⁵ 財政部建設部財建字第369號令，係財政部建設部於2004年10月20日為加強和規範建設工程價款結算，維護建設市場正常秩序，根據「中華人民共和國合同法」、「中華人民共和國建築法」、「中華人民共和國招標投標法」、「中華人民共和國預演算法」、「中華人民共和國政府採購法」、「中華人民共和國預演算法實施條例」等有關法律、行政法規制定施行。

(2) 行政規章

建設部等關於進一步解決建設領域拖欠工程款問題的意見⁸⁶

建設部等關於貫徹「國務院辦公廳關於切實解決建設領域拖欠工程款問題的通知」的實施意見⁸⁷

國務院辦公廳關於切實解決建設領域拖欠工程款問題的通知⁸⁸

(3) 司法解釋

最高人民法院關於建設工程價款優先受償權問題的批覆⁸⁹

最高人民法院關於建設工程承包合同案件中雙方當事人已確認的工程決算價款與審計部門審計的工程決算價款不一致時應如何適用法律問題的電話答覆意見⁹⁰

最高人民法院關於裝修裝飾工程款是否享有合同法第286條規定的優先受償權的函覆⁹¹

5.1.9. 其他相關法律文件

(1) 法律

中華人民共和國城市房地產管理法⁹²

中華人民共和國消防法⁹³

(2) 法規命令

建設項目環境保護管理條例⁹⁴

⁸⁶ 建設部等部會應國務院國辦發字第 94 號令「國務院辦公廳關於切實解決建設領域拖欠工程款問題的通知」之要求，於 2004 年 10 月 12 日提出，以求解決建設領域拖欠工程款和農民工資問題，並促使國民經濟的健康發展和社會穩定。

⁸⁷ 建設部建市字第 1 號令，係建設部為認真貫徹「國務院辦公廳關於切實解決建設領域拖欠工程款問題的通知」(國務院國辦發字第 94 號令)，解決建設領域拖欠工程款以及拖欠農民工資問題，經國務院同意而於 2004 年 1 月 3 日所作成。

⁸⁸ 國務院國辦發字第 94 號令，係為瞭解解決建設領域信用體系不健全，法制不完備和執法不嚴，建築市場供求失衡，市場主體行為不規範，以至於在建築規模不斷擴大的同時存在大量拖欠工程款問題，而於 2003 年 11 月 22 日所提出。

⁸⁹ 法釋字第 16 號司法解釋，2002 年 6 月 11 日由最高人民法院審判委員會第 1225 次會議通過，答覆了上海市高級人民法院「關於合同法第 286 條理解與適用問題的請示」，對採用司法途徑解決拖欠工程款問題提供了司法支持，並進而增強建築市場各方主體的法制意識，積極引導建築業企業用法律手段解決拖欠工程款問題，維護自身合法權益。

⁹⁰ 民一他字第 2 號函，係 2001 年 4 月 2 日由最高人民法院作出的決定。

⁹¹ 民一他字第 14 號函，係 2004 年 12 月 8 日最高人民法院針對閩高法字第 143 號函所為的答覆。

⁹² 中華人民共和國第十一屆全國人民代表大會常務委員會第十次會議於 2009 年 8 月 27 日通過，加強對城市房地產的管理，維護房地產市場秩序，保障房地產權利人的合法權益，促進房地產產業的健康發展而制定。

⁹³ 1998 年 4 月 29 日第九屆全國人民代表大會常務委員會第二次會議通過 2008 年 10 月 28 日第十一屆全國人民代表大會常務委員會第五次會議修訂。目的係為了預防火災和減少火災危害，加強應急救援工作，保護人身、財產安全，維護公共安全。

⁹⁴ 1998 年 11 月 18 日國務院第 10 次常務會議通過，1998 年 11 月 29 日國務院令第 253 號發佈施行。目的係為了防止建設項目產生新的污染、破壞生態環境。

建設工程勘察設計管理條例⁹⁵

建設領域違法違規行為稽查工作管理辦法⁹⁶

(3) 行政規章

工程建設監理規定⁹⁷

建設領域農民工工資支付管理暫行辦法⁹⁸

政府投資文案審計規定⁹⁹

(4) 司法解釋

最高人民法院關於當前形勢下進一步做好房地產糾紛案件審判工作的指導意見

¹⁰⁰

最高人民法院關於審理聯營合同糾紛案件若干問題的解答¹⁰¹

5.2. 建設工程合同重點法令概述

建築建設工程用的不只有建築建設法規，還包含各種相關的法律，例如：合同法、民法通則、建築法、資質管理規定、資質等級標準、建築市場管理法規，如招標投標法、建築工程質量法規，如建築工程質量管理條例、中華人民共和國標準化法、建築工程造價管理法規、仲裁法、訴訟法等，以下將建設工程合同上常適用的相關法律整理成以下八大類，分述如下：

- (1) 合同法、民法通則。
- (2) 建築法：施工許可、施工企業資質等級審查、工程發包、建設工程監理制度。
- (3) 資質管理規定、資質等級標準。
- (4) 築市場管理法規，如招標投標法。

⁹⁵ 2000年9月20日國務院第31次常務會議通過，2000年9月25日國務院令第293號公佈施行。目的係為了加強對建設工程勘察、設計活動的管理，保證建設工程勘察、設計質量，保護人民生命和財產安全。

⁹⁶ 建設部建稽字第4號令，係建設部於2010年1月7日為加強對建設領域的法律、法規和規章等執行情況的監督檢查，有效查處違法違規行為，規範住房和城鄉建設部稽查工作而制定。

⁹⁷ 建設部建監字第737號令，係建設部於1995年12月15日為確保工程建設質量，提高工程建設水準，充分發揮投資效益，促進工程建設監理事業的健康發展而制定，並於1996年1月1日施行。

⁹⁸ 建設部勞社部發字第22號令，係建設部於2004年9月10日為規範建設領域農民工工資支付行為，預防和解決建築業企業拖欠或剋扣農民工工資問題，根據「中華人民共和國勞動法」、「工資支付暫行規定」等有關規定，制定施行。

⁹⁹ 中華人民共和國審計署2011年1月14日公佈，要求全國審計機關遵照執行，規定自公佈之日起施行。目的係為進一步加強政府投資項目審計工作，規範政府投資項目審計行為，提升政府投資審計質量和成效，充分發揮審計保障國家經濟社會，根據「中華人民共和國審計法」、「中華人民共和國審計法實施條例」和「中華人民共和國國家審計準則」等有關法律法規制定。

¹⁰⁰ 法發字第42號，最高人民法院於2009年7月9日針對房地產糾紛案件審判工作做了指導，以穩定房地產市場，維護房地產市場的穩健發展。

¹⁰¹ 法經發字第27號，最高人民法院於1990年11月12日針對審理聯營合同糾紛案件問題作出回應。

- (5) 建築工程質量法規，如建築工程質量管理條例、中華人民共和國標準化法。
- (6) 建築工程造價管理法規。
- (7) 仲裁法、訴訟法。
- (8) 其他：城市規劃法、稅法、勞動保護法、環境保護法、保險法、擔保法、土地管理法、文物保護法、安全生產方面之法規。

5.2 大陸相關法規範概述

(1) 合同法（下稱合同法）

甲、承攬合同

根據「合同法」第 251 條的規定，承攬合同是承攬人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人給付報酬的合同。

- a. 承攬人對在完成承攬工作中發生的事故或損害自己承擔責任。
- b. 未經定作人同意，承攬人不得將承攬的主要工作交由第三人完成，擅自將主要工作交給第三人完成的，定作人可以解除合同。經過定作人同意交給第三人完成的，承攬人仍應就該第三人完成的工作成果向定作人負責。輔助工作未經定作人同意，承攬人也可以交由第三人完成，並就該第三人完成的工作成果向定作人負責。
- c. 定作人可以隨時解除承攬合同。因承攬合同是為滿足定作人的特殊需要而訂立的，如訂立合同後其需要改變，應允許定作人解除合同，以免給其造成更大的經濟損失。但定作人因此造成承攬人損失的，應賠償損失。需要注意的是，只有定作人有任意解除權，承攬人並不想有這樣的權利。

乙、建設工程合同

根據「合同法」第 269 條的規定，建設工程合同是指承包人進行工程建設，發包人支付價款的合同。建設工程合同包括工程勘察、設計、施工合同。建設工程合同實際上是承攬合同的一種，因此，「合同法」第 287 條規定：「本章沒有規定的，適用承攬合同的有關規定。」但與一般承攬合同相比較，建設工程合同仍有特殊之處，表現在：第一，合同的標的物一般僅限於基本建設工程；第二，合同的主體應具備相應的條件；第三，建設工程合同具有較強的國家管理性；第四，建設工程合同的要式性。

(2) 中華人民共和國建築法（下稱建築法）

就建築法的研究，聚焦於建築法規範的範圍調整問題、建築許可問題、建設工程發包與承包問題、建設工程監理問題和建設工程質量和安全問題五部分。

(3) 中華人民共和國招標投標法（下稱招標投標法）

就以下四個立法精神開展，作為相關法規範的研究：（一）規範招標投標活動；（二）保護國家利益、社會公共利益和招標投標活動當事人的合法權益；（三）提高經濟效益；（四）提高項目品質。

(4) 中華人民共和國相關資質管理規定

投標人應當具備法律法規規定的資質等級。對於建設工程施工企業，這種能力體現在不同資質等級的認定上，其法律依據為「建築業企業資格管理規定」（2007年6月26日建設部發佈），根據該規定，建築業企業資質分為施工總承包、專業承包和勞務分包三個序列，每個序列各有其相應的等級規定。對於建設工程勘察設計企業，其法律依據為「建設工程勘察設計企業資質管理規定」（2001年7月25日建設部發佈），工程勘察資質分為工程勘察綜合資質、工程勘察專業資質、工程勘察勞務資質；工程設計資質分為工程設計綜合資質、工程設計行業資質、工程設計專項資質。新設立的建築業企業或建設工程勘察設計企業，到工商行政管理部門辦理登記註冊手續並取得企業法人營業執照後，方可到建設行政主管部門辦理資質申請手續，實際上就把建設工程施工和勘察、設計投標人的資格限定在企業法人上。

此外，根據「國家基本建設大中型項目實行招標投標的暫行規定」，參加建設項目主體工程的設計、建築安裝和監理以及主要設備、材料供應等投標單位，必須具備下列條件：

- A. 具有招標條件要求的資質證書，併為獨立的法人實體；
- B. 承擔過類似建設項目的相關工作，並有良好的工作業績和履約記錄；
- C. 財產狀況良好，沒有財產被接管、破產或者其他關、停、並、轉狀態；
- D. 在最近三年沒有參與騙取合同以及其他經濟方面的嚴重違法行為；
- E. 近幾年好的安全記錄，投標當年內未發生重大質量、特大安全事故。

(5) 最高人民法院司法解釋「關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋」

西元2004年9月29日，大陸最高人民法院審判委員會第1327次會議通過，根據《中華人民共和國民法通則》、《中華人民共和國合同法》、《中華人民共和國招標投標法》、《中華人民共和國民事訴訟法》等法律規定，結合民事審判實際，就審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律的問題，制定本解釋。

5.3 兩岸工程法律名詞分析對照

本計畫對所蒐集的經初步檢視，初列與台灣用詞不同的名詞作比較對照，如表 1 所示。

表 1 名詞對照表

大陸用語	台灣用語
項目	專案
項目經理	專案經理
建築企業	營造業
建設單位、開發商	開發商
質檢站	建管局、建管處
潛規則	陋習、行規
合同	合約
項目工作說明書	專案工作說明書
費用估算	成本估算
核准	批准
變更請求	變更申請
制約因素	限制條件
糾正措施	矯正措施
缺陷維修(修理)	缺失改正
掛靠	租牌
工程諮詢公司	工程顧問公司
工程質量	工程品質
商品混凝土	預拌混凝土
合資企業	中外合資企業
工程監理	工程監督管理(台灣監造方)
重工返工	重新施工或拆除重做
設計院	建築師事務所
標準定額	完成一定計量單位元所必需之人工、材料及資金等需消耗標準數量
施工資質	企業設立或經營須具備之資金與相關條件及經營實績
三角債	中國大陸三角債的形成是由於工廠欠原料供應商錢，商業公司欠工廠的錢，零售商欠批發商的錢，外地商欠本地商的錢，形成三角錯綜複雜的債權債務關係

5.4 建設工程合同糾紛案件類型

就廣義面而言，建設工程合同包括建設工程勘察合同、建設工程設計合同、建設工程施工合同、建設工程監理合同等，狹義的建設工程合同僅指建設工程施工合同。「合同法」中規定了建設工程勘察合同、建設工程設計合同、建設工程施工合同三種類型。在目前實務中，建設工程設計合同和建設工程施工合同糾紛案件居多，建設工程勘察合同、建設工程監理合同糾紛案件較少發生。以下就各紛爭類型的特點為一概述。

(1) 建設工程勘察合同糾紛類型

建設工程勘察合同是指承包接受發包人的委託，完成建設工程地理、地質等情況的調查工作研究，發包人支付相應價款的合同。所謂工程勘察，是指為工程建設的規劃、設計、施工、運管及綜合治理等，對地形、地質及水文等要素進行測繪、勘探、測試以及綜合評定，並提供可行性評價與建設所需的勘察成果資料，以及進行岩土工程勘察、設計、處理、監測的活動。按規定，從事勘察工作的勘察單位必須具備工程勘察證書、工程勘察收費資格證書合工商登記手續。沒有資質的勘察單位不得超越資質從事勘察工作。

在大陸的司法實務上，建設工程勘察合同糾紛案件較不常見，一般由發包人以勘察成果不符合發包人的要求為由拒付勘察費而引起。此類案件審理中的法律要點大多圍繞在合同效力的認定、無效的後果處理和違約金的承擔等。

(2) 建設工程設計合同糾紛類型

大陸司法實務關於建設工程設計合同之糾紛型態，大多以「發包人與設計人間之設計成果與設計費糾紛」為主，發包人多半會以「設計成果未達要求」為由而拒絕支付設計費。然而另一方面，設計人對此亦會提出抗辯，主張發包人於設計任務完成時已就設計成果予以簽收，且未就設計內容提出異議，故該設計任務應屬完成。

(3) 建設工程施工合同糾紛類型

大陸司法實務上有關建設工程施工合同之糾紛型態，主要為「發包人拖欠工程款」、「承包人逾期竣工」、「承包人建設工程品質缺陷」等，訴訟上常涉及合同效力認定、訴訟參加人確定、舉證責任分配之判斷，皆富具探討實益。

(4) 建設工程監理合同糾紛類型

大陸司法實務上有關建設工程監理合同之糾紛，主要涉及之爭點在於：1. 合同效力認定；2. 當事人間法律關係之釐清；3. 監理人所需擔負之法律責任等等，蓋因建設工程之監理，多半涉及「建設方—監理方—施工方」之三邊關係，在法律關係複雜化之情況底下，上述爭點皆為案件審理上有待釐清之法律

要點。

5.5 建設工程施工合同糾紛案件綜覽

糾紛類型	主要類型
合同訂立糾紛	合作投標協議書之性質及其法律效果
	黑白合同之評定標準
	以房抵款合同之效力
合同主體糾紛	建設工程轉讓後當事人之權利義務承擔
	委託代建項目中各主體間之法律關係
	法人聯合開發房地產項目之連帶責任
合同轉包糾紛	名為分包實為轉包之合同效力
	非法轉包、違法轉包、掛靠施工合同中管理費之處理原則
合同違約金、利息糾紛	工程欠款違約金與利息之法律性質及適用
	違約金數額之合理調整
	工程欠款之利息起算時間及計付標準
	合同違約責任糾紛
合同工程價款優先權糾紛	建設施工合同履行中債權轉讓及受讓方工程價款優先受償權
合同工程款糾紛	先履行抗辯權的成立條件
	保修金返還期限約定不明時之處理
	工程讓利承諾的法律效力
	違約時點起算糾紛
合同質量糾紛	承發包雙方對工程質量責任的承擔
	施工單位元應承擔的工程質量責任
合同工期糾紛	承發包雙方各自應承擔的工期責任
	承發包雙方協議變更竣工日期的效力判定
合同簽證、索賠糾紛	工程簽證形式不符合合同要求時的認定
	工程施工合同中簽證與索賠期限的性質界定
	工程索賠時限的法律性質
合同造價、結算糾紛	固定總價和同投標漏報工程項目的造價認定與承擔
	合同約定固定價包乾的，不再進行審價
	定額計演算法在造價結算中的適用問題
	墊付工程保證金應否返還
建設工程施工合同變更、解除糾紛	合同變更權在招投標工程中的行使
	建設工程合同解除，承包人應退還多付的工程價款
	正確適用合同解釋規則確定工程欠款協議的預期違約
	固定總價施工合同中訂定工程價款可以調整的約款

建設工程施工合同其他糾紛	讓與擔保的認定及其效力
	項目負責人的行為是否構成表見代理

5.6 大陸工程判決分析與我國實務判決比較:以中華人民共和國最高人民法院(1999)經終字第338號為例

事實簡述

- ▶ 案號：中華人民共和國最高人民法院【(1999)經終字第338號】
- ▶ 前審：江蘇省高級人民法院【(1997)蘇經初字第62號民事判決】
- ▶ 總共涉及張家港市港務局（建設方，以下稱「港務局」），「張家港市長江城市建設綜合開發公司」（設計方，下稱「開發公司」），與「交通部第二航務工程局第四工程公司」（承包方，以下稱「二航四」）之間所簽訂之七項合同。

(1)【化工碼頭，雜貨碼頭及駁岸工程合同】

日期：1992-6-13

締約方：【開發公司】—【二航四】

工程內容：

- (1)一座5千噸級化工碼頭
- (2)一座2萬噸級雜貨碼頭及駁岸工程(防汛牆、塊石護坡、塊石棧體)
- (3)承包範圍指水工工程施工，不包括洪水期施工需增加的拋石費、備樁、水泵房、值班房和管道支架的施工。

(1)化工、雜貨碼頭大包幹合同

- ▶ 總造價為16,950,000元，在承保範圍包乾使用，承包方式為包工包料，一次包定，並約定按時或提早竣工的獎勵，以及延後竣工之處罰。
- ▶ 合同並約定施工中如遇實際情況與設計不符，二航四公司應以「工程事項聯繫單」的形式及時通知開發公司和設計單位，開發公司應及時批復。
- ▶ 約定二航四公司在工程竣工後三日內提出竣工報告，半個月內提出竣工驗收資料及工程結算資料。開發公司在收到竣工資料半個月內組織有關單位和部門進行驗收，按交通部頒發的《水運工程品質檢驗評定標準》評定工程品質，並辦理工程結算。
- ▶ 施工圖上駁岸工程防汛牆全長600多米，設計當時只是考慮了化工、雜貨碼頭的後方區域防汛的要求，但「開發公司」當時擬建集裝箱碼頭及其後方陸域工程，須整體考慮，故設計單位「交通部第三航務勘察設計院」發出修改通知書，建議將其中120米防汛牆取消。該部分防汛牆工程價款為155,487元。

(2)【標外增加項目】

- ▶ 日期：1992年10月8日、10月9日
- ▶ 締約方：【港務局】—【二航四】，【長江開發】參加會議，由建設方、設

計方、承包方所組成之指揮部蓋章，但開發公司沒有列為參加方，亦未在會議紀要上簽章。

- ▶ 工程內容：管道支架、化工雜貨碼頭值班平臺以及圍堰工程。
- ▶ 約定工程於1993年5月28日竣工。1994年3月，經工程決算並經審核，標外工程造價為2,665,688元。
- ▶ 開發公司在工程決算審查定案書上建設單位審核意見一欄簽字同意建行審核意見，但始終未支付款項。

(3) 【化工碼頭取水泵房】

- ▶ 日期：1992年11月1日
- ▶ 締約方：【長江開發】－【二航四下屬四〇三施工處】
- ▶ 施工及付款情況：約定工程預算造價為46,600元，1992年11月5日開工，1992年11月30日竣工。工程竣工後，二航四公司提交的取水泵房工程決算書總造價為64,448.48元，開發公司並無異議只在11月9日支付35,000元，餘款29,448.48元未付。

(4) 【內河小碼頭】

- ▶ 日期：1992年12月
- ▶ 締約方：【開發公司】－【二航四下屬四〇三施工處】
- ▶ 施工及付款狀況：預算總造價為898,800元，1992年12月15日開工，1993年5月31日竣工。該工程竣工後，雙方未進行工程決算。一審期間，江蘇省高級人民法院委託江蘇省蘇亞審計事務所審計，該工程造價為877,600元，扣除開發公司先後支付的工程款384,410元。開發公司尚欠四〇三施工處該工程款493,190元。對該份合同雙方無異議。

(5) 【雜貨碼頭後方工程】

- ▶ 日期：1993年2月27日
- ▶ 締約方：【港務局】－【二航四】
- ▶ 工程造價未確定具體金額，而是約定由港務局根據二航四公司編制的預算進行審核，確定工程造價。竣工結算按有關文件和取費標準結算。合同訂立後，港務局支付工程款1,653,559.90元。
- ▶ 1993年8月18日，港務局通知二航四公司：“根據保稅區管委會和港區建管會指示精神，你公司承建雜貨碼頭所有在建工程自接到通知之日起，立即停止施工。”接到通知後，二航四公司即停止施工，但未對通知提出異議。
- ▶ 1994年2月，二航四公司就雜貨碼頭後方工程已完工程量，向港務局送審工程結算書，該工程造價4,009,457元。1994年3月14日，雙方對二航四公司已施工的雜貨碼頭後方工程進行了清理，但港務局對二航四公司已施工的工程未予決算。

(6) 【化工碼頭後方道路】

- ▶ 日期：1993年3月16日

- ▶ 締約方：【港務局】－【二航四】
- ▶ 工程內容：張家港化工碼頭後方道路工程
- ▶ 工程總造價 755,070.80 元，一次包死，但不包括排水管道清障、損失處修復、內河碼頭閘門閘向南移 5 米費用及燃油料議價差。
- ▶ 工程開工日期未約定，但約定確保 4 月 8 日竣工。該道路工程竣工後，1993 年 12 月 14 日，經雙方結算，工程總造價為 733,879.56 元。

(7)【港務局 2 號路混凝土道路面層工程】

- ▶ 締約日期：1993 年 6 月 13 日
- ▶ 締約方：【港務局】－【二航四下屬四〇三施工處】
- ▶ 約定由四〇三施工處承包港務局 2 號路 3060 平方米的道路面層施工，工程預算造價為 166 311 元，1993 年 30 日完工。竣工後雙方於 1994 年 2 月 26 日對該工程進行決算，工程造價為 258,096 元。
- ▶ 港務局對化工碼頭後方道路工程及混凝土道路面層工程兩項工程支付工程款 690,027.1 元，尚欠 301,948.46 元。港務局對(6)(7)兩項工程認可。

合同	定作人	核定工程總價	其他費用	總計費用	已支付	未支付
(1)化工碼頭、雜貨碼頭包幹合同	開發公司	16,950,000		16,950,000	14,328,370	2,621,630
(2)標外增加工程	開發公司	2,665,688		2,665,688	0	2,665,688
(3)取水泵房	開發公司	64,448		64,448	35,000	29,448
(4)內河小碼頭	開發公司	877,600		877,600	384 410	493,190
(5)雜貨碼頭後方工程	港務局	4,009,457	停工損失 486,500	3,562,000	1,653,559	1,908,441
(6)化工碼頭後方道路+港務局 2 號路混凝土道路面層工程	港務局	733,879 +258,096		991,975	690,027	301,948

前審：(1997)蘇經初字第 62 號民事判決

- ▶ 1997 年 8 月 15 日，二航四向江蘇省高級人民法院提起訴訟，訴請判令

兩債務人支付工程款。

- ▶ 一審期間，開發公司、港務局向原審法院申請對雜貨碼頭後方工程品質進行檢測，未得到同意。港務局單方委託水利部基本建設工程品質檢測中心進行，檢測結果為雜貨碼頭後方工程品質不合格，港務局據此提出反訴，要求二航四返還港務局已支付的工程款並承擔返工損失。
- ▶ 雜貨碼頭後方工程停工後未清算，原審法院委託江蘇省蘇亞審計事務所對內河小碼頭及雜貨碼頭後方工程造價進行審計鑒定。
- ▶ 江蘇省高級人民法院 1998 年 11 月 2 日作出判決，支持二航四公司的請求。
- ▶ 開發公司、港務局不服判決提起上訴。

開發公司主張：

- ▶ 二航四公司對部分駁岸工程未施工，已施工完成部分經檢測部門檢測為不合格工程，其相應工程款 3,080,000 元應扣減。
- ▶ 雙方只對化工、雜貨碼頭的水工工程進行了「中間交工驗收」，對碼頭和駁岸沒有進行「整體竣工驗收」，因此二航四公司沒有履行完合同。
- ▶ 開發公司未在標外工程的會議紀要上簽字蓋章，該紀要對開發公司沒有約束力。標外項目只包括管道支架、備樁，造價為 251,700 元，其餘均為大包乾工程內的子專案，不應重複計算。
- ▶ 大包乾合同約定工程造價 16,950,000 元，減去不合格的駁岸工程價款 3,080,000 元，加上標外工程價款 251,700 元，即是化工、雜貨碼頭工程實際造價 14,121,700 元。

開發公司主張應付款：

16,950,000 (大包乾合同約定工程造價)
-3,080,000 (不合格的駁岸工程價款)
251,700 (標外工程，只含管道支架、備樁)
65,000 (取水泵房)
877,000 (內河小碼頭)
-15,247,700 (已付款)
184,000 二航四應返還餘款

港務局主張：

- ▶ 雜貨碼頭後方工程因停工造成損失費 486,500 元，及二航四公司為該工程購置的材料剩餘價值 538,600 萬元的認定沒有依據，且不應由港務局負擔。
- ▶ 港務局提供的工程用料和墊付的搬運費 30 余萬元，應由二航四公司返還。
- ▶ 一審期間，港務局委託鑒定部門對雜貨碼頭後方工程品質進行檢測，檢測結果認定為不合格工程，港務局不應支付工程款。
- ▶ 港務局發現工程有品質問題的時間是 1998 年 4 月份，提起反訴的時間是

同年8月份，未超過1年的訴訟時效。

二航四公司主張

- ▶ 在施工過程中，二航四公司、開發公司和設計單位對駁岸工程的長度進行了修改，駁岸工程長度減少為設計變更，不得因此認定工程品質瑕疵。
- ▶ 化工、雜貨碼頭及其附屬實施的竣工報告，包括駁岸工程設計修改在內的標外增加專案工程決算審查定案書，以及開發公司向管委會申請按合同支付二航四公司提前竣工獎的事實，都說明碼頭和駁岸工程已經進行竣工驗收，而不只是中間交工驗收。
- ▶ 開發公司作為會議參加單位列在了標外項目的會議紀要的落款處，該會議紀要經指揮部蓋章認可。並且在確定標外專案工作量的決算審核書中開發公司蓋章並簽署審核同意意見，因此，開發公司不能否認標外項目的事實。
- ▶ 雜貨碼頭後方工程被港務局通知停工後，雙方曾對已完工程的工程量進行了清理，該工程屬未完工程，不可能交付使用，也不存在合格與否的問題。

爭點一：

- ▶ 未施工之防汛牆部份，得否認認為工程瑕疵，或應認定為設計變更？應如何計價？化工、雜貨碼頭未為完工驗收，即表示未完工？

依大陸法律評析

- ▶ 按合同法第二百八十四條 因發包人的原因致使工程中途停建、緩建的，發包人應當採取措施彌補或者減少損失，賠償承包人因此造成的停工、窩工、倒運、機械設備調遷、材料和構件積壓等損失和實際費用。
- ▶ 《建設工程價款結算暫行辦法》第十條工程設計變更價款調整第二項第一款規定「合同中已有適用於變更工程的價格，按合同已有的價格變更合同價款」(2004年10月20日)
- ▶ 在本案情形，駁岸工程的長度係由發包人的原因(設計變更)予以減少施作長度，按照合同法第二百八十四條，發包人須賠償承包人之損失，施作長度之減少與工程瑕疵之有無並無關連。
- ▶ 至於駁岸工程長度減少應屬《建設工程價款結算暫行辦法》第十條所規定之情形，按合同已有的價格變更合同價款(原有單價乘以實際施作數量)辦理。
- ▶ 《施工合同司法解釋》第13條前段:建設工程未經竣工驗收，發包人擅自使用後，又以使用部分品質不符合同定為由主張權利的，不予支持。20條規定了發包人收到竣工結算文件，逾期不予答覆則視為認可，這無疑賦予承包人一把尚方寶劍，可以有效遏制某些發包人以拖延決算為手段達到拖延工程款之目的。承包人欲充分利用，應當在施工合同中明確約定答覆期限和逾期答覆的法律後果--過期視作認可。提起訴訟時，法

院可以依據送審價為準判決工程款。

- ▶ 在本案情形，依照雙方合同約定竣工驗收及竣工資料：乙方在工程竣工後三日內提出竣工報告，半個月內提出竣工驗收資料及工程結算資料。甲方在收到竣工資料半個月內組織有關單位和部門進行驗收，按交通部頒發的《水運工程品質檢驗評定標準》評定工程品質。甲方在收到竣工決算資料後，應在 15 天內審核，辦理工程結算。1992 年 11 月 20 日化工碼頭施工完畢，二航四公司分別向開發公司和港務局提交竣工報告；雜貨碼頭於 1993 年 5 月 28 日竣工。二航四公司 1993 年 5 月 29 日提交竣工報告，開發公司 6 月 4 日在竣工報告上簽章。
- ▶ 綜上所述，化工、雜貨碼頭已經竣工並提出相關檔，即便發包方主張雙方只有“中間交工驗收”，依照雙方合同仍無礙承包人請求工程款。如果按照現行《施工合同司法解釋》，本案因發包人先行使用亦無法以品質不符約定為由主張權利。

依臺灣法律評析

- ▶ 按工程承包契約在契約簽訂時，可能因工地條件異常、設計不當等因素，導致契約內容有必要調整或修正，因而在工程承包契約常見有「契約變更條款」。如定作人與承攬人雙方於契約中訂有「契約變更條款」時，定作人固然可以於有變更的必要時，要求承包辦理契約變更，但必須於契約約定的範圍內進行變更。如果屬於上述情形，承攬人原則上不得拒絕契約變更的要求。
- ▶ 在本案情形，駁岸工程的長度明確顯示於最初化工與雜貨碼頭之大包幹合同的圖說中，並如判決書所言，未另定竣工日期，且為防洪所必須，應可認為構成該合同應施工項目之一。
- ▶ 且合同中約定有變更條款（「施工中如遇實際情況與設計不符，二航四公司應以「工程事項聯繫單」的形式及時通知開發公司和設計單位，開發公司應及時批復。」）且為此設計單位「交通部第三航務勘察設計院」還發出修改通知書，建議取消其中 120 米防汛牆。因此防汛牆長度減少為單純的數量減少，乃業主方面在設計上所作的修改，並非工作瑕疵，因此當然更不能因此認定駁岸工程或碼頭工程未完工。且完工應以實質完工認定，未完成驗收並不等於未完工。
- ▶ 計價部份，大陸之「包幹使用」契約應類似臺灣的「總價承攬契約」，承包商依業主提供之設計圖說與規範完成工程，業主則按契約約定總價支付報酬。
- ▶ 「工程採購契約範本」第三條（一）：依契約價金總額結算。因契約變更致履約目標專案或數量有增減時，就變更部分予以加減價結算。（二）採契約價金總額結算給付之部分：1. 工程之個別專案實作數量較契約所定數量增減達 5% 以上時，其逾 5% 之部分，依原契約單價以契約變更增減契約價金。未達 5% 者，契約價金不予增減。

- ▶ 「臺灣採購契約要項」對契約價金調整亦有相似規定。
- ▶ 本案中減少之120米駁岸乃為設計變更所致，而原設計為500多米，減少程度已經達24%以上，變更幅度甚大，即使為總價承攬，仍應扣減計算較為合理。

**爭點二：標外工程的認定與計算？本案中標外工程之合同締約方為何？
依大陸法律評析**

- ▶ 合同法第二百七十條 建設工程合同應當採用書面形式。
- ▶ 建設工程價款結算暫行辦法—財建[2004]369號：
第十四條工程完工後，雙方應按照約定的合同價款及合同價款調整內容以及索賠事項，進行工程竣工結算。

(六) 合同以外零星專案工程價款結算

發包人要求承包人完成合同以外零星專案，承包人應在接受發包人要求的7天內就用工數量和單價、機械台班數量和單價、使用材料和金額等向發包人提出施工簽證，發包人簽證後施工，如發包人未簽證，承包人施工後發生爭議的，責任由承包人自負。

第十六條發包人收到竣工結算報告及完整的結算資料後，在本辦法規定或合同約定期限內，對結算報告及資料沒有提出意見，則視同認可。

- ▶ 在本案中，最高人民法院認定1992年10月8、9日的會議紀要，對標外工程界定為管道支架、化工雜貨碼頭值班平臺以及圍堰工程等。開發公司雖未在會議紀要上簽章，但由於建設方、施工方和設計方組成的指揮部加蓋了公章。同時因開發公司對同樣是指揮部蓋章的有關延長雜貨碼頭工程工期的會議紀要予以認可，應認定開發公司對確定標外工程的會議紀要是認可的。惟指揮部非法人組織之公章是否足以代替開發公司之意思表示雖有爭執，但另以他份工期會議紀要亦有指揮部公章，法院認定開發公司對標外工程會議紀要是認可的，符合工程慣例之判定法則。

依臺灣法律評析

- ▶ 按工程承攬契約，在實務上通常均會訂定詳細書面契約，但學理上以及臺灣相關法律規定上，只要承攬人與定作人約定一方為他方完成一定工作，他方俟工作完成，給付報酬，即可認為承攬契約成立。
- ▶ 本案之會議紀要裡，開發公司雖未列為參加方，但實際上有參與會議，並且實際監督工程進行，施行竣工後的驗收，且在訴訟中並未主張完全不須負擔二航四主張之標外工程工程款，僅對應付範圍有所爭執，可見該會議記錄可證明二航四與開發公司之間有成立另一標外工程之合同。
- ▶ 解釋合同應探究當事人之真意，不應拘泥於文字。又判決中稱從雜貨化工碼頭之包幹合同難以確認最初包幹之範圍，因此何者應包含在包幹合同內，何者應排除，應就工程慣例實務與雙方當事人真意加以解釋認定。
- ▶ 該會議衍生自原包幹合同之變更，如所為變更是「額外工作」，即雖然非

原契約中所提及，但其實按工程施作必要，已包含在原契約中承攬人工作義務內，則不應算標外工作。

- ▶ 相反的，當工作變更的規模或性質，使契約內容已經超出定作人與承攬人在訂約時合理預期之範圍，使其工作實質同一性被變更，或使其預期施工的方法或方式大幅地被變更時，則應等於「新的契約」。
- ▶ 圍堰指在水利工程建設中，為建造永久性水利設施，修建的臨時性圍護結構。其作用是防止水和土進入建築物的修建位置，以便在圍堰內排水，開挖基坑，修築建築物。一般主要用於水工建築中，除作為正式建築物的一部分外，圍堰一般在用完後拆除。又依行政院勞工局之安全，圍堰工程系於河海工程施作沉箱、基礎等作業，而施設之築堤、擋土設施並填土以形成水中作業場所，常需配合實行河渠改道、人工築島等作業。
- ▶ 就定義來看，圍堰應該是假設工程，但是不是建造碼頭過程中所必須進行的工作，則必須看合同所約定的施工方法而定。若是施工方法中所必須，且未于合同中約定由第三人施作，則即使沒有明定於契約中，仍應該視為承攬人義務範圍內，而非標外工程，不應另外計價。
- ▶ 就值班房而言，若為碼頭辦公人員工作地點，應該亦可在碼頭完工後另外興建，並非碼頭工程所應當然包含。若當初發包設計中並沒有包含，則應可列為標外工程，另予計價。

爭點三：就雜貨碼頭後方工程，港務局（業主）單方要求二航四（承包）停工，二航四公司當時未提出異議，停工損失應該由哪一方負擔？

依大陸法律評析

- ▶ 按合同法第二百八十四條 因發包人的原因致使工程中途停建、緩建的，發包人應當採取措施彌補或者減少損失，賠償承包人因此造成的停工、窩工、倒運、機械設備調遷、材料和構件積壓等損失和實際費用。
- ▶ 同法第二百六十五條 承攬人應當妥善保管定作人提供的材料以及完成的工作成果，因保管不善造成毀損、滅失的，應當承擔損害賠償責任。
- ▶ 本案法院認為雜貨碼頭後方工程雖是港務局單方通知停工，但二航四公司對港務局的停工通知事實上予以認可(未提出異議)。根據建設部《建設工程施工合同》的有關規定，工程停工後，雙方應及時對庫存材料、設備進行盤點清理，並辦理工程移交手續。雙方未做此項工作均有責任，對庫存材料損失應各自承擔。
- ▶ 本案承攬人可以依照合同法第二百八十四條向發包人請求停工損失。惟法院卻以二航四公司機械、人工停工損失費 48.65 萬元，因其未對停工提出異議及該項工程存在品質問題，故不應再由港務局承擔。

依臺灣法律評析

- ▶ 依民法第 507 條規定，工作需定作人之行為始能完成者，而定作人不為其行為時，承攬人得定相當期限，催告定作人為之。定作人不於前項期

限內為其行為者，承攬人得解除契約，並得請求賠償因契約解除而生之損害。又依民法第 514 條第 2 項規定，該損害賠償請求權及契約解除權，因其原因發生後一年間不行使而消滅。

- ▶ 公共工程委員會於民國八十八年十月頒佈之「工程契約範本」第二十條第四項：「因非可歸責于廠商之情形，機關通知廠商部份或全部暫停執行，得補償廠商因此而增加之必要費用。但暫停執行期間累計逾六個月（機關得于招標時載明其他期間）者，廠商得通知機關終止或解除部份或全部契約。」採購契約要項第六十九條第一項亦有相同規定。亦即依工程契約範本規定，停工達六個月後，廠商即得通知機關終止或解除契約。
- ▶ 本案中停工是定作人單方面指示，且定作人未於訴訟中爭執停工系可歸責於承攬人，因此可確認非可歸責於承攬人。因此若以臺灣之規定而言，二航四公司應可按民法規定或按契約規定，在停工後請求補償停工損失，並於停工後六個月後，通知港務局解除契約。
- ▶ 但是二航四公司於 1993 年 8 月 18 日收到停工通知後，未曾催告定作人指示是否能夠繼續工程，未得指示後又不行使其解約請求權，始於 1997 年八月始起訴請求該部份之停工損失，則期間已經過四年，因此承攬人之契約解除權以及停工損失之賠償請求權皆已因時效經過而消滅。
- ▶ 但即使請求權未因時效而消滅，其補償範圍亦限於「必要費用」，而非一般損失（可能包括民法第 216 條所失利益），而實務上對於必要費用之定義甚為嚴格。法院往往認定，停工之後，人工與機械可移作他用，因此非在必要費用內，當然亦不可請求管理費等，承攬人往往在數月內無法確定契約是否繼續執行，而使人工機械等閒置蒙受損失，對承攬人甚為不利。

爭點四：港務局主張雜貨碼頭後方工程品質有問題，其工程問題（瑕疵）的發現時效為何？提起損害賠償的消滅時效為何？若時效未經過，則停工當時未進行竣工驗收，港務局得否於之後主張工程品質問題？

- ▶ 依大陸法律評析（一）：時效問題
- ▶ 合同法第二百八十一條 因施工人的原因致使建設工程品質不符合同定的，發包人有權要求施工人在合理期限內無償修理或者返工、改建。經過修理或者返工、改建後，造成逾期交付的，施工人應當承擔違約責任。
- ▶ 訴訟時效制度也稱“消滅時效”，是指民事權利受到侵害的權利人在法定的時效期間內不行使權利，當時效期間屆滿時，即喪失了請求人民法院依訴訟程式強制義務人履行義務權利的制度。
- ▶ 訴訟時效依據時間的長短和適用範圍分為一般訴訟時效和特殊訴訟時效。一般訴訟時效。指在一般情況下普遍適用的時效，這類時效不是針對某一特殊情況規定的，而是普遍適用的，如大陸《民法通則》第 135

條規定的：“向人民法院請求保護民事權利的訴訟時效期間為二年，法律另有規定的除外。”這表明，大陸一般民事訴訟的一般訴訟時效為二年。特殊時效優於普通時效，凡有特殊時效規定的，適用特殊時效，大陸《民法通則》141條規定：“法律對時效另有規定的，依照法律規定。”

- ▶ 依照中華人民共和國建設部 29 號令 45 條規定，因工程品質存在缺陷或損害要求賠償的訴訟時效期限為一年。（第四十五條 因建設工程品質存在缺陷造成損害要求賠償的訴訟時效期限為一年，自當事人知道或應當知道權益受到損害時起計算。）
- ▶ 在本案中，最高人民法院依照前述建設部 29 號令，認為如有品質缺陷應適用特殊訴訟時效即一年之規定，且起算時點自當事人知道或應當知道權益受到損害時起計算。關於雜貨碼頭後方工程品質的問題。1993 年 8 月 18 日，港務局通知二航四公司停工後，雜貨碼頭後方工程是一個未完工工程，雙方只進行了清理交接。即便如此，交接後當時當事人應可發現品質缺陷，故起算時點應為 1993 年 8 月 18 日。港務局主張發現工程有品質問題的時間是 1998 年 4 月份，提起反訴的時間是同年 8 月份，未超過 1 年的訴訟時效，並不足採。
- ▶ **依大陸法律評析（二）工程品質問題**
- ▶ 根據建設工程價款結算暫行辦法(財建[2004]369 號)第十九條發包人對工程品質有異議，已竣工驗收或已竣工未驗收但實際投入使用的工程，其品質爭議按該工程保修合同執行；已竣工未驗收且未實際投入使用的工程以及停工、停建工程的品質爭議，應當就有爭議部分的竣工結算暫緩辦理，雙方可就有爭議的工程委託有資質的的檢測鑒定機構進行檢測，根據檢測結果確定解決方案，或按工程品質監督機構的處理決定執行，其餘部分的竣工結算依照約定辦理。
- ▶ 本案 1993 年 2 月 27 日，港務局和二航四公司簽訂張家港市雜貨碼頭後方工程施工合同，工程造價未確定具體金額，而是約定由港務局根據二航四公司編制的預算進行審核確定工程造價，竣工結算按有關檔和取費標準結算。1994 年 2 月，二航四公司就雜貨碼頭後方工程已完工程量，向港務局送審工程結算書，該工程造價 4,009,457 元。1994 年 3 月 14 日，雙方對二航四公司已施工的雜貨碼頭後方工程的工程進行了清理，但港務局對二航四公司已施工的工程未予決算。
- ▶ 在本案中，碼頭後方工程由於定作人單方指示停工，承攬人亦未行使解約權，而使該工程陷於無法完工，契約無法履行之給付不能狀態。此時已經部份完成之工程以及準備之材料因為歷經多年風吹日曬而老舊毀損，此工作物滅失應由何方負擔損失，屬危險負擔問題，而非工作已經完成之後發現瑕疵之問題。
- ▶ 按照合同法第二百八十四條 因發包人的原因致使工程中途停建、緩建

的，發包人應當採取措施彌補或者減少損失，賠償承包人因此造成的停工、窩工、倒運、機械設備調遷、材料和構件積壓等損失和實際費用。

- ▶ 第二百六十二條 承攬人交付的工作成果不符合品質要求的，定作人可以要求承攬人承擔修理、重作、減少報酬、賠償損失等違約責任。
- ▶ 第二百六十五條 承攬人應當妥善保管定作人提供的材料以及完成的工作成果，因保管不善造成毀損、滅失的，應當承擔損害賠償責任。
- ▶ 《施工合同司法解釋》第 13 條前段：建設工程未經竣工驗收，發包人擅自使用後，又以使用部分品質不符合同定為由主張權利的，不予支持。
- ▶ 本案若以前揭解釋規定，由於未經驗收即已先行使用，則港務局即便在時效未經過之情形下，仍無法以工程品質問題拒絕決算付款。

▶ 依臺灣法律評析（一）：時效問題

- ▶ 原則上，工作尚未完成前已發生瑕疵者，承攬人仍有為瑕疵修補之權利，故定作人應不得按照民法規定，行使瑕疵擔保權利。雙方若未解除或終止契約，則仍有履行契約之義務。
- ▶ 但就本案而言，碼頭後方工程合同最終雖未完成，但承攬人曾於停工後就已完工部份送交決算書，雙方於停工後亦對已完工部份進行清理交接，因此應可視為部份工作已完成，而適用瑕疵擔保責任。
- ▶ 民法第 498 條規定，瑕疵自工作交付後經過一年始發見者，定作人不得主張 439 至 495 條規定之瑕疵修補請求權等權利，但港口工程為大型工作物，應依 499 條規定，瑕疵發現的期限延長至五年。
- ▶ 該五年時間依 498 第二項以及 510 條規定，依交付時間起算，若依其性質無須交付，則自工作完成時起算。該工作既然未完成，則瑕疵發現期間似乎應自交付時起算。此處所指之「交付」應與民法第 373 條之「交付」作同樣解釋，即以被交付者取得實質上之管領力而言。
- ▶ 按裁判書所載，雙方在 1993 年 8 月 18 日停工後進行了清理交接，且該部份工程亦由開發公司移交港務局使用和享受收益，可見該部份工作之事實上管領力已經由承攬人移轉至定作人身上，瑕疵發現的時效應自此時起算。
- ▶ 因此若港務局瑕疵發現之時點在 1998 年 8 月 18 日之前，並在 1999 年 8 月 18 日前提出請求，則仍應認未超過瑕疵發現的五年期限，而得依民法第 514 條第一項行使瑕疵修補請求權、修補費用償還請求權、減少報酬請求權、損害賠償請求權或契約解除權。
- ▶ 另，依臺灣民法，承攬人之損害賠償請求權或契約解除權，因其原因發生後，一年間不行使而消滅。而其報酬請求權也因罹于兩年時效而消滅（民法 127 條）。所以承攬人僅能以不當得利相關規定，請求定作人返還相當於所受利益之金額。

依臺灣法律評析（二）工程品質問題

- ▶ 在本案中，碼頭後方工程由於定作人指示停工，承攬人亦未行使解約

權，而使該工程部份工作已經給付不能，承攬人不必給付。而就已經完工部份，則定作人得主張瑕疵擔保權利。

- ▶ 港務局是以停工四年多後的工程品質檢測報告認定工程問題，包括堆場表面雜草叢生；各種管道都埋於地下，管道配套的部件，如窰井蓋、雨水口等蓋板殘缺不全；電纜溝支架及照明鐵塔都已氧化生鏽等。這些問題雖然可能非承攬人可歸責之瑕疵，但瑕疵擔保責任為無過失責任，因此若在法定瑕疵發見期內，定作人原則上仍得請求修補瑕疵或減少價金。
- ▶ 不過，本案中，定作人就完工部份取得實質管領力甚至使用，卻遲不驗收計價付款，在工作物因使用或自然風化而出現瑕疵時，再以此減少價金，使雙方權利義務負擔並不公平，似乎應參考大陸《施工合同司法解釋》，認建設工程未經竣工驗收，發包人擅自使用後，不得以使用部分品質不符合同定為由主張權利，較為妥當。
- ▶ 但庫存材料之損失，則非為完工部份之瑕疵，那麼似乎應以危險分擔理論決定由哪一方負擔。但民法第 508 條所謂危險的範圍是否包含庫存材料？
- ▶ 根據民法第 508 條：「工作毀損、滅失之危險，於定作人受領前，由承攬人負擔，如定作人受領遲延者，其危險由定作人負擔。」但「受領」有多種解釋可能，包括「竣工時」、「全部驗收合格時」、「點交時」，甚至「業主先行使用時」。
- ▶ 法院大部分以完成驗收為受領時點的認定，但亦認定，定作人怠於驗收應該「視同」驗收，符合 508 第二項之受領遲延，危險負擔應該由定作人負擔。
- ▶ 但亦有認為「受領」應同於民法第 373 條之交付，也就是具有「事實上管領力」，以免實質上佔有工作物但不為受領意思表示的定作人取得佔有，卻仍由承攬人負擔危險，顯失公平。
- ▶ 亦有仲裁判斷認為，應視實際情況，由定作人與承攬人分擔其危險。
- ▶ 工程採購契約範本第 9 條第 7 項第 2 款：1. 履約目標未經驗收移交接管單位接收前，所有已完成之工程及到場之材料、機具、設備，包括機關供給及廠商自備者，均由廠商負責保管。如有損壞缺少，概由廠商負責賠償。其經機關驗收付款者，所有權屬機關，禁止轉讓、抵押或任意更換、拆換。2. 工程未經驗收前，機關因需要使用時，廠商不得拒絕。但應由雙方會同使用單位協商認定權利與義務。使用期間因非可歸責于廠商之事由，致遺失或損壞者，應由機關負責。
- ▶ 就本案而言，已經完成工作物之風化鏽蝕之部份或許仍可認定在瑕疵擔保責任範圍內，由承攬人負責維修。
- ▶ 但在材料方面，在定作人指示停工且辦理交接後，承攬人無法再進場維護管理，則庫存材料已經脫離承攬人之掌控，其損壞價值減少等風險應

由定作人負擔。

6. 結論與建議

中國大陸針對工程契約，單獨於合同法設有「建設工程合同」專章，與一般承攬合同有別；最高人民法院亦已建立指導案例制度，對於整體判決之類型化、精選裁判之篩選以及指導案例之內容撰寫，關乎實體法上法條之解釋、發展，以及審判上下級審法官之依循與審判獨立問題。期盼藉由本研究各級人民法院判決之類型化分析，有助於法院資源使用者對於中國大陸建設工程施工合同執行時之法條適用及司法實踐狀況有更多瞭解。

7. 參考文獻

- (1) 何伯森主編，工程項目管理的國際慣例，中國建築工業出版社，2007年10月。
- (2) 何紅鋒，工程建設中的合同法與招標投標法，中國計劃出版社，2008年6月第二版
- (3) 施建輝等編，工程法上的民法問題研究-第一屆海峽兩岸工程法學研討會實錄論文集，東南大學出版社，2010年4月第一版
- (4) 張水波、何伯森編著，FIDIC新版合同條件導讀與解析，中國建築工業出版社，2003年2月第一版。
- (5) 何伯洲，建設工程合同實務指南，北京知識產權出版社，2002年1月。
- (6) 邱闖，國際工程合同原理與實務，中國建築工業出版社，2002年3月。
- (7) 丁曉欣等，建設工程合同管理，北京化學工業出版，2005年6月。
- (8) 黃松有主編，最高人民法院民事審判第一庭編著，最高人民法院解釋建設工程施工合同司法解釋的理解與適用，人民法院出版社，2004年11月。
- (9) 人民法院案例與評注 民事四卷：建設工程 房產開發 房屋拆遷，中國法制出版社，2006年2月。
- (10) 人民法院案例與評注 民事四卷：建設工程 房產開發 房屋拆遷，中國法制出版社，2006年2月。
- (11) 丁曉欣等，建設工程合同管理，北京化學工業出版，2005年6月。
- (12) 王利明、王軼、房紹坤，《合同法》，北京：中國人民大學出版社，2009年。
- (13) 王振民、吳革，《建設工程：指導案例與審判依據》，北京：法律出版社，2011年。
- (14) 江傳勤、陳寬山，《建設工程施工合同：糾紛判解》，北京：法律出版社，2010年。

- (15)何伯洲，建設工程合同實務指南，北京知識產權出版社，2002年1月。
- (16)何伯森主編，工程項目管理的國際慣例，中國建築工業出版社，2007年10月。
- (17)何紅鋒，工程建設中的合同法與招標投標法，中國計劃出版社，2008年6月第二版
- (18)施建輝等編，工程法上的民法問題研究-第一屆海峽兩岸工程法學研討會實錄論文集，東南大學出版社，2010年4月第一版
- (19)張水波、何伯森編著，FIDIC新版合同條件導讀與解析，中國建築工業出版社，2003年2月第一版。
- (20)孫巍，《中國建設工程：法律業務報告(009-2010)》，北京：法律出版社，2011年。
- (21)張戢，《工程合同法律全書：招標、承包、施工、驗收》，北京：法律出版社，2012年。
- (22)黃松有主編，最高人民法院民事審判第一庭編著，最高人民法院解釋建設工程施工合同司法解釋的理解與適用，人民法院出版社，2004年11月。
- (23)溪曉明，《建設工程合同糾紛》，北京：法律出版社，2011年。
- (24)上海市建緯律師事務所編，建設工程法律操作實務，2013年。
- (25)王利明、崔建遠，合同法新論-總則，2000年。
- (26)王利明、房紹坤、王軼，合同法，三版，2009年。
- (27)王振民、吳革編，建設工程指導案例與審判依據，2011年。
- (28)邱元撥編，工程造價概論，2002年。
- (29)法律出版社法規中心編，工程合同法律全書，2012年。
- (30)施建輝，建設工程合同中「黑白合同」的法律適用研究，載：工程上的民法問題研究，頁88-98，2010年4月。
- (31)孫森焱，民法債編總論，修訂版，2001年。
- (32)孫巍編，中國建設工程法律業務報告(2009-2010)，2011年。
- (33)陳寬山、江傳勤編，建設工程施工合同糾紛判解，2010年。
- (34)張正勤，建設工程造價相關法律條款解讀，2011年。
- (35)潘福仁編，建設工程合同糾紛，二版，2011年。
- (36)廖正江，建設工程合同條款精析及實務風險案解，2011年。
- (37)鄭玉波，民法債編總論，二版，2002年。
- (38)最高人民法院民一庭編，最高人民法院建設工程施工合同司法解釋的理解與適用，2004年。
- (39)最高人民法院民一庭編，民事審判指導與參考(總第34集)，2008年。
- (40)最高人民法院民事審判第一庭編，最高人民法院民事案件解析，2011

年。

8. 附件:已發表論文

中國大陸建設工程施工合同常見工程款爭議及案例探討 (科際整合法學研究-以生醫法及工程法為中心，頁 235-336，2014 年 5 月，元照出版公司)

中國大陸建設工程施工 合同常見工程款爭議及 案例探討

顏玉明*

摘 要

隨著兩岸間之經貿合作逐漸蓬勃發展，中國大陸廣大建築市場已漸開放，台商投資進入大陸市場之意願攀升，因此對於建設工程領域之法令及司法見解，更有深入瞭解之心要。

有感於法院判決之類型化分析，將有助於法院資源使用者對於法條適用及實踐狀況之瞭解，本文乃針對建設工程施工合同常見之工程款爭議相關法律規範及司法實務案例為探討，分析工程價款之約定、結算及支付方式，與工程變更、情事變更、黑白合同、墊資合同、合同無效時工程款支付的法律問題及逾期不結算不支付之違約責任等。期盼藉由各級人民法院判決之類型化分析，使學界及業界對於中國大陸建設工程施工合同之工程款爭議案件執行時之法律依據及司法實踐狀況有更多瞭解。

* 國立政治大學法律系暨法律科際整合研究所合聘副教授，英國曼徹斯特大學營建工程法律博士。本文係國科會專題研究計畫（NSC 100-2410-H-004-035-MY3）之部分研究成果，作者特此感謝國科會的研究經費補助，並感謝兩位匿名審稿委員之寶貴意見。

關鍵詞：建設工程施工合同、工程款爭議、最高人民法院、工程價款、工程變更、情事變更、黑白合同、墊資合同、無效合同

壹、前 言

隨著海峽兩岸經濟合作架構協議（Economic Cooperation Framework Agreement, ECFA）自2010年9月12日起生效，兩岸間之經貿合作逐漸蓬勃發展。2013年6月台灣與大陸完成簽署海峽兩岸服務貿易協議，協議關於逐步減少或消除雙方之間涵蓋眾多部門的服務貿易限制性措施、繼續擴展服務貿易的廣度與深度及增進雙方在服務貿易領域的合作；其中關於大陸對台灣開放工程專業服務、建築和相關的工程服務部分，因涉及大陸廣大建築市場開放，確實引起工程技術顧問業及營造業之關注。且大陸自2010年10月拍板定案第十二個五年計畫（十二五計畫）以來，計畫內容中關於西部城市化與節能環保綠能經濟，皆涉及台商西進中國投資重大工程之重大誘因與商機，於此就中國工程法律之認知，實為重要。

大陸改革開放十餘年來，在法制上藉由大量外國法令及外文法學名著之翻譯，引入世界各大法系立法例於國內，並致力於法典之修正、制訂與現代化，自此開啓大陸國內各級人民法院判決見解結合國外先進立法內容之判決時期。面對大陸廣大建築市場之開放，台商投資進入大陸市場之意願攀升，因此對於此領域之法令及司法見解，更有深入研究之必要。

任何一項工程建設項目往往都需要經過勘察、設計、施工（土建、安裝）等環節，而其中的每一個環節建設方均須與他人簽訂合同予以完成，此類合同統稱為建設工程合同。就廣義面而

言，建設工程合同包括建設工程勘察合同、建設工程設計合同、建設工程施工合同、建設工程監理合同等，狹義的建設工程合同僅指建設工程施工合同。在目前可蒐集到的大陸法院判決中，以建設工程施工合同糾紛案件居多，因此本文乃以中國大陸建設工程施工合同常見工程款爭議相關法律規範為中心，並佐以司法實務案例為探討。

貳、中國大陸建設工程相關法律規範

一、中國大陸建設工程相關法律規範

中國大陸建設工程相關法律規範相當廣泛，包括法律位階之合同法、建築法等，亦包括法規命令如建築工程質量管理條例、建築工程造價管理法規、建築業企業資質管理規定等。在主管機關，如建設部、財政部、國家發展計畫委員會定有行政規章，各地方政府並定有單行規定。另在司法實務，最高人民法院為加強審判指導及統一司法標準，則以「最高人民法院司法解釋」，透過制定司法解釋及設定司法解釋在整體司法實踐中的普遍約束力的方式，達到實現法制統一之目的。以下將與建設工程相關之法律規範概分為八類簡介。

(一)通則類

1. 法律

中華人民共和國民法通則¹

¹ 1986年4月12日第六屆全國人民代表大會第4次會議通過；1986年4月12日中華人民共和國主席令第37號公布；自1987年1月1日起施行。至中華人民共和國第十一屆全國人民代表大會常務委員會第10次會議於2009年8月27日通過「全國人民代表大會常務委員會關於修改部分法律的決定」，自公布之日起施行。

中華人民共和國合同法²

中華人民共和國建築法³

2. 法規命令

實施工程建設強制性標準監督規定⁴

3. 行政規章

工程建設項目報建管理辦法⁵

工程建設項目實施階段程式管理暫行規定⁶

建築工程施工許可管理辦法⁷

-
- ² 1999年3月15日第九屆全國人民代表大會第2次會議通過，自1999年10月1日起施行。由總則、分則和附則三編組成，23章，共428條。
- ³ 根據2011年4月22日第十一屆全國人民代表大會常務委員會第20次會議「關於修改『中華人民共和國建築法』的決定」修正。
- ⁴ 建設部令第81號，2000年8月25日發布。為加強工程建設強制性標準實施的監督工作，保證建設工程質量，保障人民的生命、財產安全，維護社會公共利益，根據「中華人民共和國標準化法」、「中華人民共和國標準化法實施條例」和「建設工程質量管制條例」所制定。
- ⁵ 建建[1994]482號，1994年8月13日頒布。建設部為有效掌握建設規模，規範工程建設實施階段程序管理，統一工程項目報建的有關規定，達到加強建築市場管理的目的，根據國家有關規定所制定。工程建設項目是指各類房屋建築、土木工程、設備安裝、管道線路敷設、裝飾裝修等固定資產投資的新建、擴建、改建以及技改等建設項目，通稱為工程建設項目。
- ⁶ 建建[1995]494號，1995年7月29日實施。工程建設項目實施階段程序，是指土木建築工程，線路、管道及設備安裝工程，建築裝修裝飾工程等新建、擴建、改建活動的施工準備階段、施工階段、竣工階段應遵循的有關工作步驟。施工準備階段分為工程建設項目報建、委託建設監理、招標投標、施工合同簽訂；施工階段分為建設工程施工許可證領取、施工；竣工階段分為竣工驗收及期內保修。工程建設項目報建表示項目前期工作結束，施工準備階段開始；取得工程建設項目施工許可證表示施工準備階段結束，施工階段開始；竣工驗收表示施工階段結束，竣工階段開始；保修期限屆滿，全部工程建設項目實施階段程序結束。

建設工程項目管理試行辦法⁸

4. 司法解釋

最高人民法院關於貫徹執行「中華人民共和國民法通則」若干問題的意見⁹

最高人民法院關於適用「中華人民共和國合同法」若干問題的解釋(一)¹⁰

最高人民法院關於適用「中華人民共和國合同法」若干問題的解釋(二)¹¹

最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律

⁷ 建設部令第91號，2001年7月4日修正。原於1999年10月15日建設部令第71號發布，根據2001年7月4日「建設部發布關於修改『建築工程施工許可管理辦法』的決定」修正。在中華人民共和國境內從事各類房屋建築及其附屬設施的建造、裝修裝飾和與其配套的線路、管道、設備的安裝，以及城鎮市政基礎設施工程的施工，建設單位在開工前應當依照本辦法的規定，向工程所在地的縣級以上人民政府建設行政主管部門申請領取施工許可證。

⁸ 建市[2004]200號，2004年11月16日。建設工程項目管理，是指從事工程項目管理的企業，受工程項目業主方委託，對工程建設全過程或分階段進行專業化管理和服務活動。項目管理企業應當具有工程勘察、設計、施工、監理、造價諮詢、招標代理等一項或多項資質。從事工程項目管理的專業技術人員，應當具有城市規劃師、建築師、工程師、建造師、監理工程師、造價工程師等一項或者多項執業資格。

⁹ 最高人民法院1988年4月2日頒布。「中華人民共和國民法通則」於1987年1月1日起施行，最高人民法院係就民法通則在貫徹執行中遇到的問題提出意見。

¹⁰ 最高人民法院法釋[1999]19號，1999年12月29日起施行。根據「中華人民共和國合同法」的規定，對人民法院適用合同法的有關問題作出解釋。

¹¹ 最高人民法院法釋[2009]5號，2009年4月24日公布，自2009年5月13日起施行。解釋包括6個部分共30條，主要內容有：明確締約過失責任的相關範圍；維護合同效力；規範裁量權的行使。

問題的解釋¹²

(二)企業資質與管理類

1. 法規命令

建築業企業資質管理規定¹³

對外承包工程資格管理辦法¹⁴

2. 行政規章

工程造價諮詢企業管理辦法¹⁵

¹² 最高人民法院法釋[2004]14號，2004年10月25日公布，自2005年1月1日起施行。根據「中華人民共和國民法通則」、「中華人民共和國合同法」、「中華人民共和國招標投標法」、「中華人民共和國民事訴訟法」等法律規定，結合民事審判實際，就審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律的問題所制定。

¹³ 建設部令第159號，2007年6月26日發布，自2007年9月1日起施行。為了加強對建築活動的監督管理，維護公共利益和建築市場秩序，保證建設工程質量安全，根據「中華人民共和國建築法」、「中華人民共和國行政許可法」、「建設工程質量管制條例」、「建設工程安全生產管理條例」等法律、行政法規所制定。所稱建築業企業，是指從事土木工程、建築工程、線路管道設備安裝工程、裝修工程的新建、擴建、改建等活動的企業。建築業企業應當按照其擁有的註冊資本、專業技術人員、技術裝備和已完成的建築工程業績等條件申請資質，經審查合格，取得建築業企業資質證書後，方可在資質許可的範圍內從事建築施工活動。

¹⁴ 商務部第9號令，2009年5月5日商務部第23次部務會議審議通過，並經住房和城鄉建設部同意，2009年9月28日發布，2009年11月1日起施行。為規範和加強對外承包工程管理，促進對外承包工程健康發展，根據「中華人民共和國對外貿易法」和「對外承包工程管理條例」所制定。所稱對外承包工程，是指中國的企業或者其他單位承包境外建設工程项目，包括諮詢、勘察、設計、監理、招標、造價、採購、施工、安裝、調試、運營、管理等活動。對外承包工程的單位依據本辦法取得對外承包工程資格，領取「中華人民共和國對外承包工程資格證書」後，方可在許可範圍內從事對外承包工程。

工程建設項目招標代理機構資格認定辦法¹⁶

建築業企業資質管理規定實施意見¹⁷

工程建設項目招標代理機構資格認定辦法實施意見¹⁸

關於消防設施工程專業承包企業資質管理工作若干問題的通
知¹⁹

關於工程造價諮詢單位及造價工程師經營和執業範圍問題的
復函²⁰

¹⁵ 建設部令第149號，2006年3月22日發布，2006年7月1日起施行。為了加強對工程造價諮詢企業的管理，提高工程造價諮詢工作質量，維護建設市場秩序和社會公共利益，根據「中華人民共和國行政許可法」、「國務院對確需保留的行政審批項目設定行政許可的決定」所制定。所稱工程造價諮詢企業，是指接受委託，對建設項目投資、工程造價的確定與控制提供專業諮詢服務的企業。

¹⁶ 建設部令第154號，2007年1月11日發布，2007年3月1日起施行。為了加強對工程建設項目招標代理機構的資格管理，維護工程建設項目招標投標活動當事人的合法權益，根據「中華人民共和國招標投標法」、「中華人民共和國行政許可法」等有關法律和行政法規所制定。所稱工程建設項目招標代理，是指工程招標代理機構接受招標人的委託，從事工程的勘察、設計、施工、監理以及與工程建設有關的重要設備（進口機電設備除外）、材料採購招標的代理業務。

¹⁷ 建市[2007]241號，2007年6月26日發布，2007年9月1日實施。根據「建築業企業資質管理規定」（建設部令第159號）、「建築業企業資質等級標準」（建建[2001]82號）和「施工總承包企業特級資質標準」（建市[2007]72號），為規範建築業企業資質管理所制定。

¹⁸ 建市[2007]230號，2007年9月21日發布，根據「工程建設項目招標代理機構資格認定辦法」（建設部令第154號），為規範工程建設項目招標代理機構資格認定管理制定。

¹⁹ 公通字[2001]67號，2001年8月16日發布、生效。為了加強對消防設施工程施工企業的監督管理，維護消防工程市場秩序，保障消防設施工程質量，根據「中華人民共和國建築法」和建設部「建築業企業資質管理規定」，就消防設施工程專業承包企業資質管理若干問題所為通知。

²⁰ 建辦法函[2003]47號，2003年2月12日頒布。

關於培育發展工程總承包和工程項目管理企業的指導意見²¹

關於工程總承包市場准入問題說明的函²²

關於工程勘察、設計、施工、監理企業及招標代理機構資質申請及年檢有關問題的通知²³

關於建設工程企業發生改制、重組、分立等情況資質核定有關問題的通知²⁴

住房和城鄉建設部關於加強建築市場資質資格動態監管完善企業和人員准入清出制度的指導意見²⁵

(三)工程招投標類

1. 法律

中華人民共和國招標投標法²⁶

²¹ 建市[2003]30號，2003年2月13日，為了深化工程建設項目組織實施方式改革，培育發展專業化的工程總承包和工程項目管理企業所提出指導意見。

²² 建市函[2003]161號，2003年7月13日發布。

²³ 建辦市函[2005]456號，2005年8月9日。為貫徹落實行政許可法，規範建設工程企業資質管理工作，就工程勘察、設計、施工、監理企業及招標代理機構資質申請及年檢的有關問題所為通知。

²⁴ 建市[2007]229號，2007年9月21日，為了進一步明確工程勘察設計、施工、監理企業及招標代理機構改制、重組、分立後涉及資質重新審核辦理的有關要求，簡化審核辦理程序，方便和服務企業，就建設工程企業改制、重組、分立後涉及資質辦理的有關事項所為通知。

²⁵ 建市[2010]128號，2010年8月13日。為貫徹落實住房城鄉建設系統開展建設領域突出問題專項治理工作要求，引導、規範、監督建築市場主體行為，建立和維護公平競爭、規範有序的建築市場秩序而制定。

²⁶ 1999年8月30日中華人民共和國第九屆全國人民代表大會常務委員會第11次會議通過，1999年8月30日9屆第21號主席令公布，自2000年1月1日起施行。分為「總則」、「招標」、「投標」、「開標、評標和中標」、「法律責任」、「附則」6章，共68條。

2. 法規命令

中華人民共和國招標投標法實施條例²⁷

招標公告發布暫行辦法²⁸

工程建設項目自行招標試行辦法²⁹

工程建設項目施工招標投標辦法³⁰

工程建設項目貨物招標投標辦法³¹

招標代理服務收費管理暫行辦法³²

²⁷ 中華人民共和國國務院第613號令，2011年11月30日國務院第183次常務會議通過，2011年12月20日公布，自2012年2月1日起施行。為了規範招標投標活動，根據「中華人民共和國招標投標法」制定本條例。

²⁸ 國家發展計畫委員會第4號令，自2000年7月1日起執行。為了規範招標公告發布行為，保證潛在投標人平等、便捷、準確地獲取招標資訊，根據中華人民共和國招標投標法所制定。國家發展計畫委員會根據國務院授權，按照相對集中、適度競爭、受眾分布合理的原則，指定發布依法必須招標項目招標公告的報紙、資訊網路等媒介（以下簡稱指定媒介），並對招標公告發布活動進行監督。指定媒介發布依法必須招標項目的招標公告，不得收取費用，但發布國際招標公告的除外。

²⁹ 國家發展計畫委員會第5號令，2000年7月1日發布、施行。根據「中華人民共和國招標投標法」和「國務院辦公廳印發國務院有關部門實施招標投標活動行政監督的職責分工意見的通知」（國辦發[2000]34號）所制定。適用於經國家計委審批（含經國家計委初審後報國務院審批）的工程建設項目的自行招標活動。

³⁰ 國家發展計畫委員會、建設部、鐵道部、交通部、信息產業部、水利部、民用航空總局30號令，2003年3月8日發布，自2003年5月1日起施行，2013年4月修訂。工程施工招標區分為公開招標和邀請招標。依法必須招標的工程建設項目，應當具備條件才能進行施工招標。

³¹ 國家發展和改革委員會、建設部、鐵道部、交通部、資訊產業部、水利部、民用航空總局第27號令，2005年1月18日發布，自2005年3月1日起施行。貨物，是指與工程建設項目有關的重要設備、材料等。

³² 國家計畫委員會計價格[2002]1980號，根據「中華人民共和國價格法」、「中華人民共和國招標投標法」及有關法律、行政法規所制定，2002年10月15日發布，2003年1月1日起執行。適用於中華人民共和國

工程建設項目招標投標活動投訴處理辦法³³

招標投標違法行為記錄公告暫行辦法³⁴

房屋建築和市政基礎設施工程施工招標投標管理辦法³⁵

境內發生的各類招標代理服務的收費行為，規定招標代理服務收費實行政府指導價，並以中標金額多少分別明確了貨物、服務、工程的招標代理服務收費標準。招標代理服務收費，是指招標代理機構接受招標人委託，從事編制招標文件（包括編制資格預審文件和標底）、審查投標人資格，組織投標人踏勘現場並答疑，組織開標、評標、定標，以及提供招標前期諮詢、協調合同的簽訂等業務所收取的費用。2013年7月，國家發展改革委基於「不適應經濟社會發展需要」理由，擬廢止「國家計委關於印發招標代理服務收費管理暫行辦法的通知」（計價格[2002]1980號）。

³³ 國家發展和改革委員會、建設部、鐵道部、交通部、資訊產業部、水利部、民用航空總局第11號令，2004年7月6日公布，自2004年8月1日起施行。招標投標活動，包括招標、投標、開標、評標、中標以及簽訂合同等各階段。

³⁴ 發改法規[2008]1531號，2008年6月18日發布，自2009年1月1日起施行。為貫徹「國務院辦公廳關於進一步規範招投標活動的若干意見」（國辦發[2004]56號），根據「招標投標法」等相關法律規定所制定。招標投標違法行為記錄，是指有關行政主管部門在依法履行職責過程中，對招標投標當事人違法行為所作行政處理決定的記錄。

³⁵ 建設部令第89號，2001年6月1日發布、施行。為了規範房屋建築和市政基礎設施工程施工招標投標活動，維護招標投標當事人的合法權益，依據「中華人民共和國建築法」、「中華人民共和國招標投標法」等法律、行政法規所制定。房屋建築工程，是指各類房屋建築及其附屬設施和與其配套的線路、管道、設備安裝工程及室內外裝修工程。市政基礎設施工程，是指城市道路、公共交通、供水、排水、燃氣、熱力、園林、環衛、污水處理、垃圾處理、防洪、地下公共設施及附屬設施的土建、管道、設備安裝工程。房屋建築和市政基礎設施工程的施工單項合同估算價在200萬元人民幣以上，或者項目總投資在3,000萬元人民幣以上的，必須進行招標。

工程建設項目招標範圍和規模標準規定³⁶

工程建設項目可行性研究報告增加招標內容和核准招標事項
暫行規定³⁷

關於禁止串通招標投標行為的暫行規定³⁸

評標委員會和評標方法暫行規定³⁹

3. 行政規章

關於進一步規範招投標活動的若干意見⁴⁰

關於進一步加強工程招標投標管理的規定⁴¹

關於加強房屋建築和市政基礎設施工程項目施工招標投標行

³⁶ 國家發展計畫委員會令第3號，2000年4月4日國務院批准，2000年5月1日國家發展計畫委員會發布。至2013年10月30日止向社會公開徵求意見，徵求意見稿對關係社會公共利益、公眾安全的基礎設施項目，關係社會公共利益、公眾安全的公用事業項目，使用國有資金投資的項目，國家融資項目及使用國際組織或外國政府資金等5類項目的招標範圍進行了調整，同時提高了工程建設項目的招標限額標準；總估算價達到規定標準的，每次採購須招標；指出工程建設項目可以不進行招標的4種情況。

³⁷ 國家發展計畫委員會令第9號，依據「中華人民共和國招標投標法」，為了規範必須進行招標的建設項目的招標活動，2001年6月18日發布施行。適用於「工程建設項目招標範圍和規模標準規定」（國家發展計畫委員會令第3號）中規定的依法必須進行招標的各類工程建設項目。

³⁸ 1998年1月16日國家工商行政管理局令第60號公布，為了禁止串通招標投標行為，維護公平競爭，保護社會公共利益和經營者的合法權益，依據「中華人民共和國反不正當競爭法」的有關規定制定。適用於建設工程承包、成套設備或者其他商品的購買、企業承包經營和租賃經營、土地使用權出讓、經營場所出租等領域進行招標投標中的串通招標投標行為。

³⁹ 國家發展計畫委員會、國家經濟貿易委員會、建設部、鐵道部、交通部、資訊產業部、水利部第12號令，2001年7月5日頒布。

⁴⁰ 國辦發[2004]56號，2004年7月12日。

⁴¹ 建建[1998]162號，1998年8月6日頒布。

政監督工作的若干意見⁴²

(四)工程承包類

1. 法規命令

房屋建築和市政基礎設施工程施工分包管理辦法⁴³
對外承包工程管理條例⁴⁴

2. 行政規章

關於禁止在工程建設中壟斷市場和肢解發包工程的通知⁴⁵
關於監理單位審核工程預算資格和建設工程項目承包發包有關問題的覆函⁴⁶

⁴² 建市[2005]208號，2005年10月10日，根據「國務院辦公廳關於進一步規範招投標活動的若干意見」（國辦發[2004]56號）精神提出。

⁴³ 建設部令第124號，2004年2月3日發布，自2004年4月1日起施行。為了規範房屋建築和市政基礎設施工程施工分包活動，維護建築市場秩序，保證工程質量和施工安全，根據「中華人民共和國建築法」、「中華人民共和國招標投標法」、「建設工程質量管制條例」等有關法律、法規所制定。施工分包，是指建築業企業將其所承包的房屋建築和市政基礎設施工程中的專業工程或者勞務作業發包給其他建築業企業完成的活動。房屋建築和市政基礎設施工程施工分包分為專業工程分包和勞務作業分包。專業工程分包除在施工總承包合同中有約定外，必須經建設單位認可。勞務作業分包由勞務作業發包人與勞務作業承包人通過勞務合同約定。

⁴⁴ 國務院令第527號，2008年5月7日國務院第8次常務會議通過，2008年7月21日公布，自2008年9月1日起施行。

⁴⁵ 建建[1996]240號，1996年4月22日頒布。一些地方和行業中，不同程度地存在著依賴行業特權壟斷市場、肢解工程發包等不正當行為。主要表現為：在工程承包中，有關單位強行壟斷本專業的建設項目，要求承包單位和建設單位必須採購其指定廠家生產的材料、設備，否則不予驗收工程，不予供水、供氣、供熱、供電等。這種作法，不符合建立社會主義市場經濟體制的要求和「反不正當競爭法」的有關規定。

⁴⁶ 建辦法函[2003]7號，2003年1月9日發布。

關於嚴禁政府投資項目使用帶資承包方式進行建設的通知⁴⁷

關於加強對外承包工程外派人員管理工作的緊急通知⁴⁸

(五) 施工安全類

1. 法規命令

建設工程安全生產管理條例⁴⁹

危險性較大的分部分項工程安全管理辦法⁵⁰

⁴⁷ 建市[2006]6號，2006年1月4日 建設部、國家發改委、財政部、中國人民銀行聯合下發。一些地方政府和部門要求建築業企業以帶資承包的方式建設新的工程項目；同時也有一些建築業企業以承諾帶資承包作為競爭手段，承攬政府投資項目。上述行為嚴重干擾了國家對固定資產投資的宏觀調控，擾亂了建築市場秩序，同時由於超概算資金落實難度大，造成了拖欠工程款和農民工工資。為貫徹落實「國務院關於投資體制改革的決定」和「國務院辦公廳轉發建設部等部門關於進一步解決建設領域拖欠工程款問題意見的通知」精神，加強政府投資項目管理，完善宏觀調控，防止政府投資項目超概算，維護建築市場秩序，防止拖欠工程款和農民工工資而為通知。

⁴⁸ 商合函[2011]201號，2011年4月11日。主要是對外承包工程企業和分包單位違反「對外承包工程管理條例」，不與外派人員簽訂勞動合同，擅自將人員招聘委託給其他單位甚至個人，收取仲介費和押金，不及時結付工資，監管不到位等，不僅影響了人員撤離工作，還引發了勞資糾紛。為規範市場秩序，保護外派人員合法權益，維護社會穩定，而為此通知。

⁴⁹ 國務院第393號令，2003年11月12日國務院第28次常務會議通過，2003年11月24日公布，自2004年2月1日起施行。為了加強建設工程安全生產監督管理，保障人民群眾生命和財產安全，根據「中華人民共和國建築法」、「中華人民共和國安全生產法」所制定。

⁵⁰ 建質[2009]87號，2009年5月13日。為加強對危險性較大的分部分項工程安全管理，明確安全專項施工方案編制內容，規範專家論證程序，確保安全專項施工方案實施，積極防範和遏制建築施工生產安全事故的發生，依據「建設工程安全生產管理條例」及相關安全生產法律法規所制定。

建築工程安全防護、文明施工措施費用及使用管理規定⁵¹

建築施工人員個人勞動保護用品使用管理暫行規定⁵²

建築施工企業安全生產許可證動態監管暫行辦法⁵³

建築工程預防高處墜落事故若干規定⁵⁴

建築工程預防坍塌事故若干規定⁵⁵

建築施工企業安全生產許可證管理規定⁵⁶

2. 行政規章

建築工程安全生產監督管理工作導則⁵⁷

⁵¹ 建辦[2005]89號，2005年6月7日，為加強建築工程安全生產、文明施工管理，保障施工從業人員的作業條件和生活環境，防止施工安全事故發生，根據「中華人民共和國安全生產法」、「中華人民共和國建築法」、「建設工程安全生產管理條例」、「安全生產許可證條例」等法律法規所制定。

⁵² 建質[2007]255號，2007年11月5日頒布、實施。為加強對建築施工人員個人勞動保護用品的使用管理，保障施工作業人員安全與健康，根據「中華人民共和國建築法」、「建設工程安全生產管理條例」、「安全生產許可證條例」等法律法規所制定。

⁵³ 建質[2008]121號，2008年6月30日。為強化建築施工企業安全生產許可證動態監管，促進施工企業保持和改善安全生產條件，控制和減少生產安全事故所制定。

⁵⁴ 建質[2003]82號，2003年4月17日頒布、執行。為預防高處墜落事故發生，保證施工安全，依據「建築法」和「安全生產法」對施工企業提出的有關要求所制定。

⁵⁵ 建質[2003]82號，2003年4月17日實施。為預防坍塌事故發生，保證施工安全，依據「建築法」和「安全生產法」對施工企業提出的有關要求所制定。

⁵⁶ 建設部令第128號，2004年7月5日發布，自公布之日起施行。為了嚴格規範建築施工企業安全生產條件，進一步加強安全生產監督管理，防止和減少生產安全事故，根據「安全生產許可證條例」、「建設工程安全生產管理條例」等有關行政法規所制定。

⁵⁷ 建質[2005]184號，2005年10月13日，為完善建築工程安全生產管理制度，規範建築工程安全生產監管行為，根據有關法律法規，借鑑部分地

建築施工企業安全生產許可證管理規定實施意見⁵⁸

關於加強既有建築裝修、改擴建質量安全監督管理的通知⁵⁹

關於進一步規範房屋建築和市政工程生產安全事故報告和調查處理工作的若干意見⁶⁰

關於進一步加強建築施工消防安全工作的通知⁶¹

(六)工程質量類

1. 法規命令建設工程質量管制條例⁶²

建設工程質量檢測管理辦法⁶³

建設工程質量投訴處理暫行規定⁶⁴

建設工程質量保證金管理暫行辦法⁶⁵

區經驗所制定。

⁵⁸ 建設部建質[2004]148號，2004年8月27日發布。為了貫徹落實「建築施工企業安全生產授權管理規定」（建設部令第128號）所制定。

⁵⁹ 建安辦函[2007]4號，2007年4月16日。為進一步加強對既有建築裝修、改擴建工程的質量安全監管，切實保障既有建築的使用安全，就有關問題所為通知。

⁶⁰ 建質[2007]257號，2007年11月9日。為貫徹落實「生產安全事故報告和調查處理條例」（國務院令第493號），規範房屋建築和市政工程生產安全事故報告和調查處理工作所制定。

⁶¹ 建質電[2010]53號，2010年11月18日。為認真貫徹落實國務院辦公廳「關於進一步做好消防工作堅決遏制重特大火災事故的通知」（國辦發明電[2010]35號）精神，積極預防和有效遏制建築施工消防事故的發生就有關事項所為通知。

⁶² 2000年1月30日國務院令第279號，2000年1月10日國務院第25次常務會議通過，2000年1月30日公布，自公布之日起施行。

⁶³ 建設部第141號令，2005年8月23日經第71次常務會議討論通過，2005年9月28日公布，自2005年11月1日施行。全部條文共36條，係依據「中華人民共和國建築法」、「建設工程質量管制條例」制定。

⁶⁴ 1997年4月2日由建設部公布，目的為確保建設工程質量，維護建設工程各方當事人的合法權益，兼顧工程質量投訴的處理工作。

房屋建築和市政基礎設施工程質量監督管理規定⁶⁶

2. 行政規章

建設工程質量責任主體和有關機構不良記錄管理辦法（試行）⁶⁷

關於加強住宅工程質量管制的若干意見⁶⁸

關於加強村鎮建設工程質量安全管理的若干意見⁶⁹

關於推進建設工程質量保險工作的意見⁷⁰

房屋建築工程和市政基礎設施工程實行見證取樣和送檢的規定⁷¹

關於運用「建設工程質量管制條例」第67條、第31條的

⁶⁵ 建質[2005]7號，2005年1月12日公布，為規範建設工程質量保證金（保修金）管理，落實工程在缺陷責任期內的維修責任，本辦法係依據「中華人民共和國建築法」、「建設工程質量管制條例」、「建設工程價款結算暫行辦法」和「基本建設財務管理規定」等相關規定制定。

⁶⁶ 建設部第5號令，2010年8月1日公布，2010年9月1日施行，為了加強房屋建築和市政基礎設施工程質量的監督，保護人民生命和財產安全，規範住房和城鄉建設主管部門及工程質量監督機構的質量監督行為，係根據「中華人民共和國建築法」、「建設工程質量管制條例」等有關法律、行政法規而制定。

⁶⁷ 建質[2003]113號，2003年6月4日公布，2003年7月1日施行，為規範建設工程質量責任主體和有關機構從事工程建設活動的行為，強化建設行政主管部門對其履行質量責任的監督管理而制定。

⁶⁸ 建質[2004]18號，係於2004年1月30日針對工程質量安全所作的函令。

⁶⁹ 建設部第216號令，係於2004年12月6日針對村鎮建設工程質量安全所作的函令。

⁷⁰ 建設部第133號令，係於2005年8月5日針對中國保險監督管理委員會就推進建設工程質量保險所做的函令。

⁷¹ 建建[2000]211號，係於2000年9月26日為規範房屋建築工程和市政基礎設施工程中涉及結構安全的試塊、試件和材料的見證取樣和送檢工作，保證工程質量，而根據「建設工程質量管制條例」制定。

覆函⁷²

關於適用「建設工程質量管制條例」第58條有關問題的覆函⁷³

關於進一步加強建築工程質量監督管理的通知⁷⁴

關於進一步強化住宅工程質量管制和責任的通知⁷⁵

關於做好房屋建築和市政基礎設施工程質量事故報告和調查處理工作的通知⁷⁶

(七)工程驗收類

1. 法規命令

房屋建築和市政基礎設施工程竣工驗收備案管理辦法⁷⁷

城市住宅社區竣工綜合驗收管理辦法⁷⁸

建設專案竣工環境保護驗收管理辦法⁷⁹

⁷² 建設部於2002年4月24日針對福建省建設廳「關於如何具體運用「建設工程質量管制條例」第67條、第31條」所為的答覆。

⁷³ 建設部於2006年1月20日對「關於適用〈建設工程質量管制條例〉第58條有關問題的請示」（冀建字第535號令）作出答覆。

⁷⁴ 建質[2009]55號，係於2009年4月13日為加強建設工程質量監督管理而制定。

⁷⁵ 建市[2010]68號，係於2010年5月4日為進一步加強質量管制，強化質量責任，切實保證住宅工程質量而制定。

⁷⁶ 建質[2010]111號，係於2010年7月20日為維護國家財產和人民生命財產安全，落實工程質量事故責任追究制度，根據「生產安全事故報告和調查處理條例」和「建設工程質量管制條例」而制定。

⁷⁷ 建設部第2號令，係住房和城鄉建設部於2009年10月19日決定對「房屋建築工程和市政基礎設施工程竣工驗收備案管理暫行辦法」（建設部第78號令）作修改。

⁷⁸ 建設部於1993年12月1日公布，並自公布時起施行，全辦法共15條，係為加強城市新建住宅社區竣工綜合驗收和交接管理，提高住宅社區的綜合效益而制定。

⁷⁹ 國家環保總局第13號令，係於2001年12月11日經國家環境保護總局第12

建築工程施工質量驗收統一標準⁸⁰

2. 行政規章

關於貫徹執行建築工程勘察設計及施工質量驗收規範若干問題的通知⁸¹

關於做好住宅工程質量分戶驗收工作的通知⁸²

(八) 工程價款類

1. 法規命令

建築工程施工發包與承包計價管理辦法⁸³

次局務會議通過，並自2002年2月1日起施行，為加強建設項目竣工環境保護驗收管理，監督落實環境保護設施與建設項目主體工程同時投產或者使用，以及落實其他需配套採取的環境保護措施，防治環境污染和生態破壞，而根據「建設項目環境保護管理條例」和其他有關法律、法規規定制定。環境保護部令第16號修訂；根據「國務院辦公廳關於做好規章清理工作有關問題的通知」（國辦發[2010]28號），公布「關於廢止、修改部分環保部門規章和規範性文件的決定」，修改第23條關於違反本辦法規定，建設項目需要配套建設的環境保護設施未建成，未經建設項目竣工環境保護驗收或者驗收不合格，主體工程正式投入生產或者使用的法律效果，自2010年12月22日公布、施行。

⁸⁰ 建標[2001]157號，係於2001年7月20日公布，於2002年1月1日施行，為加強建築工程質量管制，統一建築工程施工質量的驗收，保證工程質量而制定。

⁸¹ 建標[2002]212號，係建設部於2002年8月12日為了貫徹執行「建設工程質量管制條例」，加強工程建設標準化工作，並確保「建築結構可靠度設計統一標準」等7項建築工程勘察設計規範和「建築工程施工質量驗收統一標準」等14項建築工程施工質量驗收規範的貫徹施行、強化建築工程管理和技術人員的標準化意識而制定。

⁸² 建質[2009]291號，係建設部於2009年12月22日為進一步加強住宅工程質量管制，落實住宅工程參建各方主體質量責任，提高住宅工程質量水準而制定。

⁸³ 建設部第107號令，係建設部於2001年11月5日公布，2001年12月1日施

建設工程施工發包與承包價格管理暫行規定⁸⁴

建設工程價款結算暫行辦法⁸⁵

2. 行政規章

關於進一步解決建設領域拖欠工程款問題的意見⁸⁶

關於貫徹「國務院辦公廳關於切實解決建設領域拖欠工程款問題的通知」的實施意見⁸⁷

關於切實解決建設領域拖欠工程款問題的通知⁸⁸

行，為了規範建築工程施工發包與承包計價行為，維護建築工程發包與承包雙方的合法權益，促進建築市場的健康發展而制定。

⁸⁴ 建標[1999]1號，係建設部於1999年1月5日為了加強建設工程施工發包與承包價格的管理，保障工程發包單位與承包單位的合法權益，促進建築市場的健康發展而制定施行。

⁸⁵ 財政部建設部財建字第369號令，係財政部建設部於2004年10月20日為加強和規範建設工程價款結算，維護建設市場正常秩序，根據「中華人民共和國合同法」、「中華人民共和國建築法」、「中華人民共和國招標投標法」、「中華人民共和國預演算法」、「中華人民共和國政府採購法」、「中華人民共和國預演算法實施條例」等有關法律、行政法規制定施行。

⁸⁶ 建設部等部會應國務院國辦發字第94號令「國務院辦公廳關於切實解決建設領域拖欠工程款問題的通知」之要求，於2004年10月12日提出本意見，以求解決建設領域拖欠工程款和農民工工資問題，並促使國民經濟的健康發展和社會穩定。

⁸⁷ 建市[2004]第1號令，係建設部為認真貫徹「國務院辦公廳關於切實解決建設領域拖欠工程款問題的通知」（國務院國辦發字第94號令），解決建設領域拖欠工程款以及拖欠農民工工資問題，經國務院同意而於2004年1月3日所作成。

⁸⁸ 國務院國辦發字第94號令，係國務院為瞭解決建設領域信用體系不健全，法制不完備和執法不嚴，建築市場供求失衡，市場主體行為不規範，以至於在建築規模不斷擴大的同時存在大量拖欠工程款問題，而於2003年11月22日所提出。

3. 司法解釋

最高人民法院關於建設工程價款優先受償權問題的批覆⁸⁹

最高人民法院關於建設工程承包合同案件中雙方當事人已確認的工程決算價款與審計部門審計的工程決算價款不一致時應如何適用法律問題的電話答覆意見⁹⁰

最高人民法院關於裝修裝飾工程款是否享有合同法第286條規定的優先受償權的函覆⁹¹

(九)其他相關法律文件

1. 法律

中華人民共和國城市房地產管理法⁹²

中華人民共和國消防法⁹³

2. 法規命令

建設項目環境保護管理條例⁹⁴

⁸⁹ 法釋字第16號司法解釋，2002年6月11日由最高人民法院審判委員會第1225次會議通過的「最高人民法院關於建設工程價款優先受償權問題的批復」，答覆了上海市高級人民法院「關於合同法第286條理解與適用問題的請示」，對採用司法途徑解決拖欠工程款問題提供了司法支持，並進而增強建築市場各方主體的法制意識，積極引導建築業企業用法律手段解決拖欠工程款問題，維護自身合法權益。

⁹⁰ 民一他字第2號函，係2001年4月2日由最高人民法院作出的決定。

⁹¹ 民一他字第14號函，係2004年12月8日最高人民法院針對閩高法字第143號函所為的答覆。

⁹² 中華人民共和國第十一屆全國人民代表大會常務委員會第10次會議於2009年8月27日通過，加強對城市房地產的管理，維護房地產市場秩序，保障房地產權利人的合法權益，促進房地產業的健康發展而制定。

⁹³ 1998年4月29日第九屆全國人民代表大會常務委員會第2次會議通過，2008年10月28日第十一屆全國人民代表大會常務委員會第5次會議修訂。目的係為了預防火災和減少火災危害，加強應急救援工作，保護人身、財產安全，維護公共安全。

建設工程勘察設計管理條例⁹⁵

建設領域違法違規行為稽查工作管理辦法⁹⁶

3. 行政規章

工程建設監理規定⁹⁷

建設領域農民工工資支付管理暫行辦法⁹⁸

政府投資文案審計規定⁹⁹

4. 司法解釋

最高人民法院關於當前形勢下進一步做好房地產糾紛案件審

⁹⁴ 1998年11月18日國務院第10次常務會議通過，1998年11月29日國務院令第253號發布施行。目的係為了防止建設項目產生新的污染、破壞生態環境。

⁹⁵ 2000年9月20日國務院第31次常務會議通過，2000年9月25日國務院令第293號公布施行。目的係為了加強對建設工程勘察、設計活動的管理，保證建設工程勘察、設計質量，保護人民生命和財產安全。

⁹⁶ 建稽[2010]4號，係建設部於2010年1月7日為加強對建設領域的法律、法規和規章等執行情況的監督檢查，有效查處違法違規行為，規範住房和城鄉建設部稽查工作而制定。

⁹⁷ 建監[1995]737號，係建設部於1995年12月15日為確保工程建設質量，提高工程建設水準，充分發揮投資效益，促進工程建設監理事業的健康發展而制定，並於1996年1月1日施行。

⁹⁸ 勞社部發[2004]22號，係建設部於2004年9月10日為規範建設領域農民工工資支付行為，預防和解決建築業企業拖欠或剋扣農民工工資問題，根據「中華人民共和國勞動法」、「工資支付暫行規定」等有關規定，制定施行。

⁹⁹ 中華人民共和國審計署2011年1月14日公布，要求全國審計機關遵照執行，規定自公布之日起施行。目的係為進一步加強政府投資項目審計工作，規範政府投資項目審計行為，提升政府投資審計質量和成效，充分發揮審計保障國家經濟社會，根據「中華人民共和國審計法」、「中華人民共和國審計法實施條例」和「中華人民共和國國家審計準則」等有關法律法規制定。

判工作的指導意見¹⁰⁰

最高人民法院關於審理聯營合同糾紛案件若干問題的解答¹⁰¹

二、建設工程合同的概念和特點

根據合同法第269條的規定：「建設工程合同是指承包人進行工程建設，發包人支付價款的合同。建設工程合同包括工程勘察、設計、施工合同。」建設工程品質管制條例第2條規定：「……本條例所稱建設工程，是指土木工程、建築工程、線路管道和設備安裝工程及裝修工程。」

承攬合同與建設工程合同分別定於合同法第15章及第16章，惟合同法第287條規定：「本章沒有規定的，適用承攬合同的有關規定。」顯示建設工程合同為承攬合同之特別規定。具體而言建設工程合同的特點為¹⁰²：

(一) 合同的標的物僅限於基本建設工程

建設工程合同中的工程主要是指土木建築工程和建築業範圍內的線路、管道、設備安裝工程的新建、擴建、改建及大型的建築裝修裝飾活動，主要包括房屋、鐵路、公路、機場、港口、橋樑、礦井、水庫、電站、通訊線路等。

(二) 合同的主體應具備相應的條件

建設工程具有投資大、週期長、品質要求高、技術力量要求全面等特點，一般的民事主體不易完成。因此，建設工程合同的

¹⁰⁰ 法發字第42號，最高人民法院於2009年7月9日針對房地產糾紛案件審判工作做了指導，以穩定房地產市場，維護房地產市場的穩健發展。

¹⁰¹ 法經發字第27號，最高人民法院於1990年11月12日針對審理聯營合同糾紛案件問題作出回應。

¹⁰² 王利明、房紹坤、王軼，合同法，頁372-380，2009年3版。

雙方當事人的主體資格是有限制的，比如承包人只能是具有從事勘察、設計、建築、安裝資格的民事主體。根據最高人民法院「關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋」第1條的規定，承包人未取得建築施工企業資質或者超越資質等級的，或者沒有資質的實際施工人借用有資質的建築施工企業名義的，建設工程施工合同無效。

(三)建設工程合同具有較強的國家管理性

由於建設工程的標的物為不動產，工程建設對國家和社會生活的各方面影響較大，在建設工程合同的訂立和履行上，具有強烈的國家干預的色彩。

(四)建設工程合同的要式性

根據合同法第270條的規定，建設工程合同應當採用書面形式。因此，建設工程合同為要式合同。

建設工程合同的訂立主要採取兩種形式：1.發包人與承包人就整個建設工程從勘察、設計到施工簽訂總承包協議，由承包方對整個建設工程負責。2.由發包人分別與勘察人、設計人、施工人簽訂勘察、設計、施工合同，實行平行發包。各承包人分別對建設工程的勘察、設計、建築、安裝階段的品質、工期、工程造價等與發包人產生債權、債務關係。在目前實務中，建設工程設計合同和建設工程施工合同糾紛案件居多，建設工程勘察合同、建設工程監理合同糾紛案件較少發生；而工程款給付問題更是發包人與承包人間爭議的主要事項。因此本文集中對於建設工程糾紛類型的主要爭議——施工合同工程款爭議，為進一步的分類與探討。

參、工程價款之約定、結算及支付方式

就發包人而言，其在建設工程合同中的主要義務是對竣工驗收合格的工程按合同約定的條款進行決算，並支付價款，在向承包人支付價款後接收工程¹⁰³。在目前實務中，建設工程竣工後，承包人應當按照雙方合同中的約定和工程竣工驗收的有關法律規定，向發包人提供完整的竣工資料和竣工驗收報告；發包人收到竣工驗收報告後，應當根據施工圖紙及說明書、國家頒發的施工驗收規範和品質檢驗標準及時組織有關部門對工程進行驗收。竣工報告被批准後，承包人應當按照國家有關規定或合同約定的時間、方式向發包人提出結算報告，辦理竣工結算；發包人在收到結算報告後，應當及時作出批准或者修改的意見，雙方達成一致意見後，發包人應在合同約定的時間內支付工程款。承包人在收到工程款後應將工程交付發包人，發包人應當接收該工程。發包人未按照約定支付價款的，承包人可以催告發包人在合理期限內支付價款並要求其承擔逾期付款的違約責任。

一、工程價款約定方式

合同價款的約定是工程價款結算與支付的基礎與前提。建築法第18條規定：「建築工程造價應當按照國家有關規定，由發包單位與承包單位在合同中約定。公開招標發包的，其造價的約定，須遵守招標投標法律的規定。發包單位應當按照合同的約定，及時撥付工程款項。」根據是否為招投標工程¹⁰⁴，工程合同

¹⁰³ 潘福仁編，建設工程合同糾紛，2011年3月2版。

¹⁰⁴ 中華人民共和國招標投標法第3條：「在中華人民共和國境內進行下列工程建設項目包括項目的勘察、設計、施工、監理以及與工程建設有關的重要設備、材料等的採購，必須進行招標：
(一)大型基礎設施、公用事業等關係社會公共利益、公眾安全的項目；

價款的約定方式分爲兩種：倘爲招標工程的合同價款，由發包人與承包人根據招投標文件訂立書面合同約定；招標投標法第46條：「招標人和中標人應當自中標通知書發出之日起三十日內，按照招標文件和中標人的投標文件訂立書面合同。招標人和中標人不得再行訂立背離合同實質性內容的其他協定。」倘爲非招標工程的合同，價款依據審定的預（概）算書，由發包人與承包人在書面合同中約定¹⁰⁵。

二、備 案

行政機關以備案之監督機制，審查當事人行爲的合法性，並對違法招投標行爲進行一定的制裁。建設工程招投標行爲中一般有四個備案機制：(一)招標人自行辦理施工招標¹⁰⁶，(二)招標文件及澄清修改備案，(三)招投標情況的書面報告備案，(四)施工合同備案¹⁰⁷。這些備案制度大多是由地方法規或行政規章規定的，因此

(二)全部或者部分使用國有資金投資或者國家融資的項目；

(三)使用國際組織或者外國政府貸款、援助資金的項目。

前款所列項目的具體範圍和規模標準，由國務院發展計畫部門會同國務院有關部門制訂，報國務院批准。

法律或者國務院對必須進行招標的其他項目的範圍有規定的，依照其規定。」

¹⁰⁵ 建設工程價款結算暫行辦法第6條規定：「招標工程的合同價款應當在規定時間內，依據招標文件、中標人的投標文件，由發包人與承包人訂立書面合同約定。

非招標工程的合同價款依據審定的工程預（概）算書由發、承包人在合同中約定。

合同價款在合同中約定後，任何一方不得擅自改變。」

¹⁰⁶ 例如上海市「關於改進招投標管理流程的通知」對備案程序規定有發招標文件、組成評標委員會、定標及簽訂合同四步驟。詳滬建建管[2002]095號通知。

¹⁰⁷ 例如「深圳經濟特區建設工程施工招標投標條例」第57條規定：「自訂

如有違反，應受到行政處罰¹⁰⁸。

在西安市臨潼區建築工程公司（下稱臨潼公司）與陝西恒升房地產開發有限公司（下稱恒升公司）建設工程施工合同糾紛上訴案¹⁰⁹中，恒升公司與臨潼公司於2003年9月10日簽訂建設工程施工合同，2004年4月5日西安市城鄉建設監察大隊對未經招標的恒升大廈綜合樓工程進行了處罰，恒升公司即委託臨潼公司張安明在西安市招投標辦公室補辦了工程報建手續，雙方所簽合同已經備案。嗣後當事人對工程價款產生爭議。訴訟中恒升公司提交法院的存檔合同文件，增列有第29條之3，其內容為：本工程為乙方墊資工程，以實結算，實做實收，按工程總價優惠8個點，工程結算以本合同為準；此為備案合同所無。因此本案所涉工程應以何件合同文本作為結算依據，為本案爭點之一。最高人民法院見解為，依據最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋第21條：「當事人就同一建設工程另行訂立的建設工程施工合同與經過備案的中標合同實質性內容不一致的，應當以備案的中標合同作為結算工程價款的根據」的規定，是指當事人就同一建設工程簽訂兩份不同版本的合同，發生爭議時應當以備案的中標合同作為結算工程價款的根據。

三、工程價款之組成

建設工程合同中的工程款，隨著履約進度分為工程預付款、

立書面合同之日起7日內，招標人應當將合同送建設行政主管部門或者有關行政主管部門備案。中標人將工程分包的，應當自訂立合同之日起7日內，將分包合同送建設行政主管部門或者有關行政主管部門備案。」

¹⁰⁸ 陳寬山、江傳勤主編，建設工程施工合同糾紛判解，頁28，2010年10月。

¹⁰⁹ 最高人民法院（2007）民一終字第74號民事判決書。

工程進度款、竣工價款結算等類型。建設工程價款結算暫行辦法第3條規定：「本辦法所稱建設工程價款結算，是指對建設工程的發承包合同價款進行約定和依據合同約定進行工程預付款、工程進度款、工程竣工價款結算的活動。」所謂工程價款結算，是指對建設工程的發承包合同價款進行約定，和依據合同約定進行工程預付款、工程進度款、工程竣工價款的計算、確認行為。工程價款支付是依據約定對工程預付款、工程進度款、工程竣工價款的付款行為¹¹⁰。發包人應當嚴格按照合同的約定向承包人支付應付工程款，承包人有權依據合同的約定要求發包人支付預付款、進度款、結算款等工程款，如發包人拒不按約支付，承包人有權要求發包人承擔約定或法定的違約責任。

依據建設工程價款結算暫行辦法第8條，約定建設工程施工合同工程價款有3種方式，當事人得自行選擇以下計價方式中的一種在合同中作出約定：

「發、承包人在簽訂合同時對於工程價款的約定，可選用下列一種約定方式：

(一)固定總價。合同工期較短且工程合同總價較低的工程，可以採用固定總價合同方式。

(二)固定單價。雙方在合同中約定綜合單價包含的風險範圍和風險費用的計算方法，在約定的風險範圍內綜合單價不再調整。風險範圍以外的綜合單價調整方法，應當在合同中約定。

(三)可調價格。可調價格包括可調綜合單價和措施費等，雙方應在合同中約定綜合單價和措施費的調整方法，調整因素包括：

1. 法律、行政法規和國家有關政策變化影響合同價款；
2. 工程造價管理機構的價格調整；
3. 經批准的設計變更；

¹¹⁰ 廖正江，建設工程合同條款精析及實務風險案解，頁265，2011年8月。

4. 發包人更改經審定批准的施工組織設計（修正錯誤除外）造成費用增加；

5. 雙方約定的其他因素。」

另建築工程施工發包與承包計價管理辦法第5條規定：「施工圖預算、招標標底和投標報價由成本（直接費、間接費）、利潤和稅金構成。其編制可以採用以下計價方法：

(一)工料單價法。分部分項工程量的單價為直接費。直接費以人工、材料、機械的消耗量及其相應價格確定。間接費、利潤、稅金按照有關規定另行計算。

(二)綜合單價法。分部分項工程量的單價為全費用單價。全費用單價綜合計算完成分部分項工程所發生的直接費、間接費、利潤、稅金。」

及2013版「建設工程工程量清單計價規範」¹¹¹第4節規定：

「工程量清單應作為招標文件的組成部分。

工程量清單應由分部分項工程量清單、措施項目清單、其他項目清單組成。

分部分項工程量清單應包括項目編碼、項目名稱、計量單位和工程數量。

工程量清單計價應包括按招標文件規定，完成工程量清單所列項目的全部費用，包括分部分項工程費、措施項目費、其他項目清單費和規費、稅金。」

¹¹¹ 建設工程工程量清單計價規範由計價規範與計量規範兩部分組成。2003版規範條文數量為45條，2008版規範增為136條，至2013版規範又增為328條。2013版規範的目的為解決工程項目中實際存在的問題，如：對項目特徵描述不符、清單缺項、承包人報價浮動率、提前竣工（趕工補償）、誤期補償等工程項目等。

四、約定工程價款結算應含事項

建設工程價款結算暫行辦法第7條規定：

「發包人、承包人應當在合同條款中對涉及工程價款結算的下列事項進行約定：

- (一)預付工程款的數額、支付時限及抵扣方式；
- (二)工程進度款的支付方式、數額及時限；
- (三)工程施工中發生變更時，工程價款的調整方法、索賠方式、時限要求及金額支付方式；
- (四)發生工程價款糾紛的解決方法；
- (五)約定承擔風險的範圍及幅度以及超出約定範圍和幅度的調整辦法；
- (六)工程竣工價款的結算與支付方式、數額及時限；
- (七)工程品質保證（保修）金的數額、預扣方式及時限；
- (八)安全措施和意外傷害保險費用；
- (九)工期及工期提前或延後的獎懲辦法；
- (十)與履行合同、支付價款相關的擔保事項。」

五、案例：固定總價合同投標漏報工程項目的造價認定與承擔¹¹²

(一)案例事實

四川盛世神州物流有限公司（下稱盛世公司）於2005年5月發出一招標文件，由四川省第二建築工程公司（下稱二建司）得標，內容明載：投標報價應嚴格按「施工圖設計文件」中所確定的全部招標範圍內的全部工程內容的價格計算（固定總價合同）。

¹¹² 四川省高級人民法院（2009）川民終字第145號民事判決書。

嗣後雙方當事人就一筆於投標範圍內，但承包人於投標時未報價部分的工程造價1,790,054.61元由何方承擔存在爭議。

(二) 裁判要旨

本案爭點在於固定總價合同中屬於投標範圍但投標中未報價部分的工程造價的認定與承擔。對此一審法院認為，雖二建司未就雙方約定的「施工圖設計文件」中所約定的方式報價，致生損害，其本身違反誠實信用與公平公正的商業交易道德，自應承擔相應的責任。但是盛世公司仍應享有二建司所實際進行施工的利益，因此酌情認定由盛世公司給付682,879.72元予二建司。

二審法院對此，撤銷原審判決，認為原審法院在確認招投標行為和合同有效的前提下，盛世神州公司提交給二建司的招標文件、施工圖設計文件等資料，要求投標人應嚴格按確定的全部招標範圍內的全部施工內容進行投標報價，明確了所報價格是固定總價，投標人未填寫單價和合價的項目，在實施後，招標人將不予支付，如有遺漏，由投標人自行負責，招標人將不予支付報價以外的任何費用等內容，而二建司作為有行業經驗的大型建設企業，其收到招標文件後，為增大中標機會，以7,582,546.29元工程造價投標報價，並未按施工圖設計文件的全部工程項目進行投標報價，其漏報行為違背誠實信用的民法基本原則和公平交易的商業道德，不利於建築行業的正常有序發展，對雙方因結算爭議釀成本案糾紛負主要責任。雙方當事人對工程結算價款已在招投標文件和合同中作出固定價的約定，該約定作為有效條款，對當事人具有法律約束力。對履行該約定可能產生的後果，二建司在簽約時理應明知，並應依約承受。因此判決認為，盛世公司僅須就雙方沒有爭議的部分給付予二建司，故依照最高人民法院「關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋」第22條

規定¹¹³，撤銷原審判決，並於判決生效後十五日命盛世公司給付工程餘款281,086.88元予二建司。

(三) 解 析

系爭案件之招投標行為合法，合同合法有效，雙方當事人對工程結算價款已在招投標文件和合同中作出固定價的約定，對當事人具有法律約束力，應對當事人的該約定予以尊重，應當按合同約定的固定價確定工程造價。根據招標投標法第5條規定：「招投標活動應當遵循公開、公平、公正和誠實信用的原則。」該法第27條同時規定：「投標人應當按照招標文件的要求編制投標文件。投標文件應當對招標文件提出的實質性要求和條件作出回應。」法院認為，投標漏報項目行為過錯在於二建司，其主張計價的該部分工程造價，也非工程設計變更、工程量變更等所致，不符價款調整之事由，故合同固定總價不得再為調整。

在合同有效情況下，應嚴格依據當事人間的合同約定認定工程價款。一般來說，當事人對於工程價款有兩種約定方式：一是約定固定價，俗稱「閉口價」，近似於台灣所稱的總價結算方式，一般是按施工圖預算包幹，即以經審查後的施工圖總概算或者綜合預算為準，有的採用固定總價格包幹方式，有的採用面積包幹方式。固定總價合同，是指發包人與承包人在承包合同中將工程總價款確定為一個固定數額，並以此為依據進行工程款結算的建築工程合同。固定總價合同具有結算方便的優點，是國際標準「土木工程施工合同」中廣泛適用的一種報價形式具有不可更改的特點，合同一旦簽訂，總價就確定下來了，任何合同總價的錯誤，無論是計算上的錯誤，還是其他錯誤，皆視為已獲雙方認

¹¹³ 最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋第22條：「當事人約定按照固定價結算工程價款，一方當事人請求對建設工程造價進行鑑定的，不予支持。」

可。但合同中相關內容無約定或約定不明時，往往會產生合同糾紛。

二是約定工程價款按實結算或通過審計確定，俗稱「開口價」，近似於台灣所稱的實作實算結算方式，即對於合同中約定範圍的工程量不約定固定價格，或者僅約定暫定價，最終須通過審計確定工程造价。

對於開口價合同，原則上應按照當事人間的約定進行按實結算。最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋第16條規定：「當事人對建設工程的計價標準或者計價方法有約定的，按照約定結算工程價款。因設計變更導致建設工程的工程量或者品質標準發生變化，當事人對該部分工程價款不能協商一致的，可以參照簽訂建設工程施工合同時當地建設行政主管部門發布的計價方法或者計價標準結算工程價款。」結算的方式既可以由當事人協商委託審價單位進行審價，也可以由法院根據當事人的申請委託審價。審價的依據是當事人間的工程承包合同、國家定額、市場價格以及當事人在施工過程中形成的有關文件。具體來說，審價首先必須嚴格依據當事人之間的合同約定。合同是當事人間的法律，體現了當事人的真實意思表示，因此審價不能背離其間的約定而另尋其他標準。當事人之間的約定既包括合同中的約定，也包括在施工過程中形成的補充協議、會議紀要等約定。其次，當事人在合同中無約定或約定不明的，審價可以以國家定額或市場價格為依據。此外當事人在施工過程中形成的施工文件，包括工程量變化資料、技術變更、核定資料和施工圖紙等資料，也是審價單位計算工程量和工程價款的重要依據。

對於閉口價合同，應當以當事人間約定的固定價格作為認定工程價款的依據，即如果當事人約定的是固定總價，則按該價格結算；如果當事人約定的是單位面積包幹、單價固定，則按此約

定進行計算，無須委託專門機構進行審價鑑定。此時，若當事人請求對建設工程總造價進行鑑定的，法院不予支持。但是工程量有增加或減少時，可以對增加或減少部分的工程量按合同約定的結算方法和結算標準進行造價鑑定。

固定總價合同約定合同價款包含的風險範圍和風險費用的計算方法，在約定的風險範圍內合同價款不再調整，但並不排除在工程設計變更、工程量變更等情況下的價款調整。如發包人的設計變更，發包人的設計變更其實是對合同的變更，惟是否有工程變更增加項目，首先要確認變更的真實性；以變更通知為依據，審查變更程序和手續是否符合相關規定；以施工合同為準繩，判斷是否屬於合同承包範圍以外的新增項目；以責任承擔為歸屬，確認產生工程變更的原因，判斷應由誰承擔變更費用。對變更增加項目，若缺乏變更通知等書面材料，如承包人能證明承建的工程量不屬於施工承包合同中的承包範圍、該額外工程量是發包人指令或同意施工的、承包人確實按照要求實施過施工行為，即應支持承包人主張該部分增加的工程款¹¹⁴。最高人民法院「關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋」第16條規定：「當事人對建設工程的計價標準或者計價方法有約定的，按照約定結算工程價款。因設計變更導致建設工程的工程量或品質標準發生變化，當事人對該部分工程價款不能協商一致的，可以參照簽訂建設工程施工合同時當地建設行政主管部門發布的計價方式或者計價標準結算工程價款。」所以，在合同履行過程中因設計變更導致工程價款的增減，如果仍按合同原定價格進行結算，則顯失公平，應從實際情況處罰，用公平原則來調整雙方當事人的利益，對因設計變更而導致增減的部分工程造價進行鑑定，並按合同約定的結算方法和結算標準進行結算。

¹¹⁴ 陳寬山、江傳勤主編，同註108，頁345-350。

於河南許昌市晶業建設工程有限公司（下稱晶業公司）與許昌市宇寶科技有限公司（下稱宇寶公司）建設工程施工合同糾紛案¹¹⁵，晶業公司承建宇寶公司辦公樓和宿舍樓各一棟，工程已全部完工，宇寶公司也已實際占有使用。晶業公司訴請宇寶公司結付工程增漏項欠款時，法院認為儘管施工合同約定「合同價款採固定」方式，即合同總價或單價在合同約定的風險範圍內不可調整，但該約定並不排斥因工程設計變更所產生的工程量上的增減，對於該風險範圍以外合同價款的調整，可以依據合同約定以變更加簽證的方式處理。因此，雙方於履約期間簽認的「欠款項目單」，其工程「增項、漏項」欠款內容與合同約定固定價款方式並不矛盾。

在穗曄（上海）電子應用材料有限公司（下稱穗曄公司）與江蘇中興建設有限公司（下稱中興公司）建設工程施工合同糾紛案¹¹⁶中，穗曄公司、中興公司簽訂建設工程施工合同及多份補充協定，多次約定工程採取閉口價，中興公司上訴要求確認合同關

¹¹⁵ 河南省高級人民法院2008年豫法民三終字第64號民事判決書。關於工程增漏項結算問題，晶業公司經與宇寶公司原董事長張全喜協商，雙方於2004年11月25日形成「欠款專案單」，張全喜簽字同意「將欠晶業公司預算價九十五萬五千元減少為七十九萬五千元整，按期（兩月）還清」。儘管此時張全喜已將其在宇寶公司的全部股權轉讓於張全才並辦理了公司財務交接手續，許昌市商務局也於2004年10月27日作出商務字[2004]40號文件，批准宇寶公司董事會「張全喜不再擔任公司董事長職務」之決議，但宇寶公司由於內部股權紛爭，直至2005年11月才在工商部門辦理了工商變更登記，而張全喜自晶業公司與宇寶公司簽訂「建設工程施工合同」以來直至工程全部完工期間，擔任宇寶公司的董事長和法定代表人。因此法院認為，晶業公司有理由認為張全喜可以代表宇寶公司結算工程欠款，張全喜在宇寶公司未變更工商登記之前對外民事行為的法律後果仍應由宇寶公司承擔。

¹¹⁶ 上海市第二中級人民法院2010年滬二中民二（民）終字第25號民事判決書。

於工程價款的約定無效，並要求工程打開審價。法院認定：依合同約定，工程範圍應當是經審圖公司審定的紙以及合同所附工程量清單，上述範圍之外的工程應以當事人雙方工程簽證單或雙方協定為準。經審圖公司審定的圖紙或合同所附工程量清單中已有體現的簽證，應包含於雙方約定閉口價的工程量內。對於審定的圖紙和合同所附工程量清單中未體現的內容，評估公司已另行予以計價，並計入最終審價結論。穗擘公司、中興公司簽訂的建設工程施工合同及多份補充協定係雙方真實意思表示，未違反國家法律、行政法規的強制性規定，合法有效，雙方均應恪守履行。關於工程計價方法應當採用開口價還是閉口價問題，雙方在建設工程施工合同及補充協定中多次約定工程採取閉口價，該約定並未違反國家法律、行政法規的強制性規定，應屬有效。中興公司上訴要求確認合同關於工程價款的約定無效，並要求工程打開審價，缺乏法律依據，本院不予支持。最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋第22條規定：「當事人約定按照固定價結算工程價款，一方當事人請求對建設工程造價進行鑑定的，不予支持。」因此，對於合同中約定範圍的工程量確定固定價格，在約定的風險範圍內合同價款不作調整，亦即風險由承包人承擔；在風險範圍外，則按約定調整。倘合同中約定工程價款的確定形式是採固定價，但當事人要求對承包範圍內的固定價進行鑑定者，法院不應予以支持。

另在認定閉口價合同的工程價款時應注意，必須是當事人在合同中約定固定價格、不變價格或不作調整等內容，方可認定為閉口價；若在價格前面有「暫定」字樣或按實結算等內容，則將被認定為開口價。例如在上海市松江第五建築工程公司（下稱松江五建）與上海康尼文具用品有限公司（下稱康尼公司）建設工

程施工合同糾紛案¹¹⁷中，康尼公司就其位於本市浦東新區高南工業區的廠區內1-5#樓工程進行招標，招標書中稱投標報價的原則為「工程總造價包含暫定工程量清單報價加指定分包暫定造價加開辦費之和；暫定工程量清單報價指投標人依據本招標文件提供的暫定工程量清單所自報的工程造價，投標人無須校對工程量正確與否，應嚴格按照招標文件提供的暫定工程量清單和招標圖紙，結合本單位擬定的施工組織設計，實行金額報價；本次招標提供的暫定工程量清單僅供招標用，暫定工程量清單以外的分項工程量，待竣工時按實結算，並按投標人所報的取費標準及雙方確認的材料價格計取造價」。2004年12月14日，松江五建向康尼公司投標，投標總價為6,622,645元。2004年12月28日，康尼公司向松江五建發出中標通知，並在上海市浦東新區建設工程招投標辦公室備案。2005年1月26日，松江五建、康尼公司簽訂建設工程施工合同一份，約定康尼公司為發包人，松江五建為承包人，合同價款為6,622,645元（以固定合同算）；組成合同的文件為本合同協議書、中標通知書、投標書及其附件、圖紙、工程量清單、工程報價單及預算書。該合同專用條款部分約定，「發包人委託承包人辦理的工作為本工程『三通一平¹¹⁸』及地下障礙物由承包人實施；合同價款採用固定價格合同方式確定；工程款支付金額及時間為當月25日已完成的實物工程量，按構成合同價款相應項目的單價和取費標準計算出工程價款，發包人在其後7天內向承包人支付工程價款。」法院對於本案應採閉口價或是開口價之爭議，見解為：由於投標圖紙中許多施工內容不在招標書的暫定工程量清單內，故承包人的投標價並不能包括全部的工程量，

¹¹⁷ 上海市第一中級人民法院2009年滬一中民二（民）終字第1884號民事判決書。

¹¹⁸ 指基本建設項目開工的前提條件，包括：水通、電通、路通和場地平整。

投標人根據暫定工程量清單的投標價並不構成合同閉口價，對於暫定工程量清單以外的工程量應當據實結算。

肆、工程變更

一、工程變更類型

建築法第58條規定：「建築施工企業必須按照工程設計圖紙和施工技術標準施工，不得偷工減料。工程設計的修改由原設計單位負責，建築施工企業不得擅自修改工程設計。」建設工程品質管制條例第28條規定：「施工單位必須按照工程設計圖紙和施工技術標準施工，不得擅自修改工程設計，不得偷工減料。」因此合同當事人不得擅自變更原工程設計之內容。然而建設工程施工期間具有許多不確定因素，因此需藉由工程變更之方式將發包方與承包方的權利義務重新分配。因此合同法第77條規定：「當事人協商一致，可以變更合同。」第78條規定：「當事人對合同變更的內容約定不明確的，推定為未變更。」

根據工程變更的具體內容，工程變更之發生事由可分為以下四種¹¹⁹：(一)因設計改變；(二)因工程進度改變；(三)因施工現場條件改變；(四)因工程項目增減改變。

根據工程變更的性質和對工程造价的影響程度，工程變更一般可分為以下三種¹²⁰：(一)改變技術標準和設計方案的重大變更，例如結構形式的變更；(二)改變工程尺寸或工程質量的重要變更，例如改變標高、位置等；(三)變更原設計圖紙中明顯的差錯或遺漏，常見於不降低原設計標準之材料代換和依據現場的局部修改等一般變更。因此建設工程價款結算暫行辦法第9條規定：「承

¹¹⁹ 邱元撥主編，*工程造价概論*，頁355，2002年。

¹²⁰ 張正勤，*建設工程造价相關法律條款解讀*，2011年11月。

包人應當在合同規定的調整情況發生後14天內，將調整原因、金額以書面形式通知發包人，發包人確認調整金額後將其作為追加合同價款，與工程進度款同期支付。發包人收到承包人通知後14天內不予確認也不提出修改意見，視為已經同意該項調整。當合同規定的調整合同價款的調整情況發生後，承包人未在規定時間內通知發包人，或者未在規定時間內提出調整報告，發包人可以根據有關資料，決定是否調整和調整的金額，並書面通知承包人。」

建設工程價款結算暫行辦法第10條「工程設計變更價款調整」規定：

「(一)施工中發生工程變更，承包人按照經發包人認可的變更設計文件，進行變更施工，其中，政府投資項目重大變更，需按基本建設程式報批後方可施工。

(二)在工程設計變更確定後14天內，設計變更涉及工程價款調整的，由承包人向發包人提出，經發包人審核同意後調整合同價款。變更合同價款按下列方法進行：

1. 合同中已有適用於變更工程的價格，按合同已有的價格變更合同價款；

2. 合同中只有類似於變更工程的價格，可以參照類似價格變更合同價款；

3. 合同中沒有適用或類似於變更工程的價格，由承包人或發包人提出適當的變更價格，經對方確認後執行。如雙方不能達成一致的，雙方可提請工程所在地工程造價管理機構進行諮詢或按合同約定的爭議或糾紛解決程式辦理。

(三)工程設計變更確定後14天內，如承包人未提出變更工程價款報告，則發包人可根據所掌握的資料決定是否調整合同價款和調整的具體金額。重大工程變更涉及工程價款變更報告和確認的時限由發、承包雙方協商確定。

收到變更工程價款報告一方，應在收到之日起14天內予以確認或提出協商意見，自變更工程價款報告送達之日起14天內，對方未確認也未提出協商意見時，視為變更工程價款報告已被確認。

確認增（減）的工程變更價款作為追加（減）合同價款與工程進度款同期支付。」

最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋第16條規定：「當事人對建設工程的計價標準或者計價方法有約定的，按照約定結算工程價款。因設計變更導致建設工程的工程量或品質標準發生變化，當事人對該部分工程價款不能協商一致的，可以參照簽訂建設工程施工合同時當地建設行政主管部門發布的計價方式或者計價標準結算工程價款。」第19條規定：「當事人對工程量有爭議的，按照施工過程中形成的簽證等書面文件確認。承包人能夠證明發包人同意其施工，但未能提供簽證文件證明工程量發生的，可以按照當事人提供的其他證據確認實際發生的工程量。」

二、案例：合同變更的方式必須透過當事人雙方協商一致而實現¹²¹

（一）案例事實

1998年，國務院決定在全國範圍內改造、擴建大型國家糧食儲備庫，其投資全部由中央財政即國債資金撥款建設。內蒙古自治區糧食局（下稱內蒙糧食局）、內蒙古自治區發展和改革委員會（下稱內蒙發改委）、內蒙財政廳、內蒙監察廳、內蒙建設廳、內蒙審計廳組成「內蒙古自治區中央直屬儲備糧庫建設工作協調領導小組並下設聯合辦公室」委託招標代理機構辦理招標。

¹²¹ 最高人民法院2006年11月29日（2006）民一終字第54號民事判決書。

招標文件規定：「投標報價應考慮一定的風險係數，投標人除合同專用條款規定的調整價格外，不能以任何理由追加任何費用或提出要求」。嗣後，包頭市第二建築工程有限責任公司（下稱包頭二建公司）以9,256,592元的固定總報價取得「呼盟拉布大林糧食儲備庫建設項目」中標資格，並在投標書中保證：「如一旦由於我方發生預算漏項、計算錯誤等所形成的風險，在不改變包括投標報價在內的所有投標承諾的前提下由我方承擔。2001年9月，包頭二建公司與內蒙古拉布大林國家糧食儲備庫（下稱拉布大林儲備庫）簽訂的「施工合同」約定採用固定總價9,256,592元。「施工合同」第23條第2款、第3款約定：合同價款採用固定價格方式確定，經內蒙建庫辦批准的工程變更可以調整。

由於該工程招標概算與預算費用相差懸殊，包頭二建公司提出增加概算資金，監理單位也提出其承包的主體工程預算費用不足的意見。內蒙糧食局、內蒙發改委也多次向國家糧食局上報，但追加資金一直未到位。該公司為保證按時完工，進行了墊資。工程竣工驗收後，該公司承建工程總價為16,029,192元，已付9,801,450元，尚欠6,737,742元。拉布大林儲備庫等均以國家未撥付為由拒付。包頭二建公司遂請求判令拉布大林儲備庫支付尚欠工程款6,737,742元，逾期付款違約金2,065,791.70元，賠償經濟損失1,096,509.30元、差旅費100,000元，並承擔本案全部訴訟費用。

（二）法院見解

本案一審法院認為，本案是經由國家招投標確定的合同價款，合同約定按固定價格結算工程款。包頭二建公司稱在合同專用條款中約定了其他調整因素，即「經自治區建庫辦批准的工程變更」時合同價款可以調整，因此提出鑑定申請及增加工程款的請求。然而，拉布大林儲備庫向上級單位要求增加概算的報告，

不是對「施工合同」的修改和變更，內蒙建庫辦向國家糧食局的請示也不是對工程變更的批准，因此該「施工合同」不存在工程變更和修改的情形，故包頭二建公司鑑定申請應予駁回。包頭二建公司則認為，承建工程超出概算的原因是國家批復時是按15米直徑計算的，實際是按照16米直徑施工的，並提供工程預算書以此證明已超概算。惟法院認為，該工程是國家統一設計的圖紙，招投標文件及合同約定均是16米直徑；施工中，並無因工程設計變更等導致工程款數額發生變化。另國家投資拉布大林儲備庫1400萬元，土建為965萬元，包頭二建投標9,256,592元，中標及合同約定的工程款額在概算之內，不存在概算不足的問題。且招標文件中規定：「投標報價應考慮一定的風險係數，投標人除合同專用條款規定的調整價格外，不能以任何理由追加任何費用或提出要求」。包頭二建在投標書中保證：「由於我方發生預算漏項、計算錯誤等所形成的風險，在不改變包括投標報價在內的所有投標承諾的前提下由我方承擔」。故雙方依據招投標文件、中標通知書及合同約定固定價格9,256,592元，應認定為已結算全部工程費用。包頭二建主張由於被告不及時給付工程款，應支付違約金並賠償經濟損失的請求無據，不予支持。

二審法院依「合同法」第77條、第78條規定表明，在合同成立尚未履行或尚未完全履行前，當事人雙方可以就合同的內容進行修改和補充，並在原合同內容的基礎上達成新的變更協議。但合同變更的方式必須透過當事人雙方協商一致而實現，任何一方未經對方同意，不能擅自變更合同內容。雙方簽訂的「施工合同」第23條第2款、第3款雖約定「經自治區建庫辦批准的工程變更」的內容，但雙方在履行施工合同過程中，建庫辦並未批准工程變更，包頭二建未能舉證證明該項目已獲建庫辦批准變更，或雙方協商一致而變更「施工合同」的事實存在。且本合同價款採用固定價格方式。合同總價在合同履行過程中不再因市場因素、

工程造價部門發布的調價因素進行調整。故，二審法院認為一審判決認定事實清楚，適用法律正確。包頭二建的上訴理由不能成立，二審法院不予支持。

(三)解 析

包頭二建認為，招投標文件及施工合同均規範可調整變更合同的內容，乃基於其完成之工程量及工程成本已超過工程價款之事實，申請鑑定據以追加工程款。然該主張須舉證經自治區建庫辦批准的工程變更佐證，以證明該施工合同已經變更的事實。且合同的變更必須經過當事人協商一致。民法通則第85條規定：「合同是當事人之間設立、變更、終止民事關係的協議。依法成立的合同，受法律保護。」合同法第13條規定：「當事人簽訂合同，採取要約、承諾的方式。」該法律規定表明，合同本質上是當事人透過自由協商，決定其相互權利義務關係，並根據自由意志調整他們相互間的關係。為使當事人的意思表示能夠產生法律上的約束力，當事人應當依法享有自由決定締約、締約夥伴和合同內容，決定合同變更和解除等的權利，當事人在法律規定的範圍內享有的這種自由都是合同自由原則的體現¹²²。

該固定價款的性質屬於合同總價在合同約定的風險範圍內不可調整的價格，屬於市場經濟條件下的正常商業風險。雙方當事人透過合同約定了工程價款的確定形式為固定價格，表明雙方對建設工程的風險是預知的，並考慮到合同履行過程中可能引起價格變動的諸多因素，應當尊重當事人的意思自治。因此，對建設工程施工合同間，當事人雙方完全可以自主選擇建設工程價款結算暫行辦法規定的某種價格方式，並預見選擇確定價格應當承擔的風險。如果承包人與發包人履行建設工程施工合同過程中，沒

¹²² 王利明、崔建遠，*合同法新論——總則*，頁100，2000年。

有發生合同法第117條規定的不可抗力因素或沒有發生合同修改、變更等導致工程量發生變化，就應當按照合同約定的固定價款或約定之總包價結算工程款¹²³。

最高人民法院認為，依據最高人民法院「審建設工程施工合同的解釋」第22條規定：「當事人約定按照固定價結算工程價款，一方當事人請求對工程造價進行鑑定的，不予支持。」本案「呼盟拉布大林糧食儲備庫建設項目」是國家透過招投標的方式確定的建設承包方。招投標文件公開了承建該項目的一切前提和全部資訊。「投標須知」特別提醒投標人：「投標人可以自行或與招標人聯繫對工程施工現場和周圍環境進行勘察，以獲取須投標人自己負責的有關編制投標文件和簽署合同所需的所有材料。招標人和招標代理機構對投標人未踏勘現場而使其投標發生偏離不負任何責任；本合同價款採用固定價格方式。合同總價在合同履行過程中不再因市場因素、工程造價部門發布的調價因素進行調整。」對此，包頭二建有條件決定是否參與競標，並清楚簽訂「施工合同」的法律後果。因此，在當事人雙方簽訂的「施工合同」固定價格沒有變更仍然有效，拉布大林儲備庫已依約付清合同價款的情況下，包頭二建申請對其承包的土建工程造價進行鑑定，依據不足。

三、案例：合同變更權在招投標工程中的行使¹²⁴

(一) 案例事實

2000年9月26日，欽洲市港口（集團）有限責任公司（下稱

¹²³ 最高人民法院民一庭編，最高人民法院建設工程施工合同司法解釋的理解與適用，頁196，2004年。

¹²⁴ 廣西自治區高級人民法院2006年11月14日（2006）桂民四終字第19號民事判決書。

港口公司)與中交廣州航道局有限公司(下稱航道局)簽訂廣西欽洲港進港航道擴建工程施工合同書:「本合同總價款為116,231,498元,採用工程總量及單價承包,即整個航道的開挖總量按設計斷面計算的淨工程量包幹,不因地質等原因改變,要求投標人進行詳細的現場考察,對有可能出現的變更風險考慮在投標報價中」。在施工過程中,航道局發現K9+300-K9+800段有大量石塊,無法挖至設計標高,與原設計資料為細砂和淤泥、淤泥質粘土、局部夾砂不符,據此,港口公司與航道局於2003年5月16日簽訂「欽州港航道擴建工程備忘錄」,確認挖不動的礁石部分工程量為40,814.38立方米,單價由每立方米9.76元提高到每立方米57.56元;該段工程由於個別區域存在堅硬礁石,須爆破才能清挖,與原設計資料不符,為此港口公司與航道局確認超挖工程量為1,007.38立方米,單價由每立方米9.76元提高到每立方米121元。全部工程於2003年12月28日竣工。2004年5月底,航道局提交竣工結算報告,其工程款總額為102,529,843.62元。欽州市工程造價審計中心根據港口公司委託對該工程的款項進行審計,12月16日、17日,港口公司和航道局分別在工程造價中心工程審計核對表上簽字同意該審計結果。為此,工程造價中心於12月20日出具了竣工結算審計結果的報告,該報告審計結果工程造價為101,837,239元,其中K9+300-K9+800、K9+800-K14+300、K25+100-K25+500三段工程款為6,140,518元。在施工過程中,港口公司支付了5,665萬元,尚欠45,187,000元。因港口公司延遲付款,航道局向一審法院提起訴訟,要求港口公司支付拖欠的工程款。

(二) 裁判要旨

本案爭點在於增加三段工程是否符合招標投標法第46條¹²⁵規定。對此一審法院認為，提高三段工程並不違反招標投標法第46條和最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋第21條的規定。首先，提高該三段工程之工程款，並未超過原施工合同之總價款；其次，招標投標法第46條是規定須爲了獲取不當利益，然而本案提高單價之原因是因發現實際施工之情況與原來港口公司所提的地質資料明顯不符。因此認為港口公司簽訂的施工合同與補充協議，係雙方在平等自願基礎下的真實意思表示，其內容不違反國家法律、法規的禁止性規定，也不損害他人的合法權益，故合法有效。

二審法院對此認為，本案爭點在於：即使當事人協商一致，該三段工程價款增加是否合法。變更是在雙方認可施工狀況發生重大變化、施工難度明顯增加的情況下，協商一致對工程價款稍作調整以保持雙方利益的平衡。此乃當事人依法行使其變更合同權利的結果。

(三) 解 析

本案港口公司與航道局簽訂的施工合同係雙方當事人真實意思表示且未違反任何法律、行政法規的禁止性規定，屬合法有效；施工过程中因施工地質環境原因，港口公司與航道局協商一致，增加部分工程價款，對合同內容進行了變更；對於施工合同變更沒有法律、行政法規規定必須經批准或登記方能生效，因此，本案雙方當事人協商一致進行的合同變更符合一般合同變更

¹²⁵ 招標投標法第46條：「招標人和中標人應當自中標通知書發出之日起三十日內，按照招標文件和中標人的投標文件訂立書面合同。招標人和中標人不得再行訂立背離合同實質性內容的其他協議。招標文件要求中標人提交履約保證金的，中標人應當提交」。

的法定條件。

四、一般合同變更的法定條件

廣義上的合同變更，是指在合同有效成立後，合同主體或者各主體間權利義務發生變化。狹義上的合同變更則不包括合同主體的變更，它僅是指合同各主體間權利義務的合同的變更。無論是廣義上還是狹義上的合同變更均應滿足以下三個基本條件：第一，原合同合法有效；第二，合同內容發生變化。合同內容的變化包括：合同主體的變更、標的的變更、標的物數量的增減、標的物品質的改變、價款或酬金的增減等；第三，必須遵循法定的程序和方式。「合同法」第77條規定：「法律、行政法規規定變更合同應當辦理批准、登記等手續的，依照其規定」。因此，對於法律、行政法規規定應當辦理批准、登記等手續才能生效的合同，其變更也要按其規定辦理批准、登記手續。除上述三個基本條件外，下述兩類合同的變更須經法院裁決：一是意思表示不真實的合同，如因重大誤解而成立的合同，不論是撤銷還是變更，均須經過法院裁決；二是適用情事變更原則（大陸用語為「情勢變更」，下同），無論是解除合同還是變更合同，均須法院裁決。

五、經過招投標的施工合同變更的特殊要求

(一)主體變更的特殊要求

最高人民法院「關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋」第1條規定：「建設工程施工合同具有下列情形之一的，應當根據合同法第52條第(五)項的規定，認定無效：……(三)建設工程必須進行招標而未招標或者中標無效的」。因此，對於必須進行招標項目的，招投標雙方簽訂施工合同後，如要更換

中標單位，必須重新進行招標，招標方與中標方直接協商確定變更中標單位，招標方與新的單位簽訂的施工合同將因違反上述司法解釋規定而無效。

(二)合同權利義務變更的特殊要求

招標投標法第46條規定，經過招投標程序的工程項目，當事人不得對中標隨意進行變更，否則，變更後的施工合同將可能因違反法律的強制性規定而無效。但不能隨意進行變更並不等於不能進行變更。合同變更是法律賦予合同雙方當事人的法定權利，因此，即使是經過招投標程序的施工合同當事人也可以進行變更，但對此類合同變更具有特殊要求，即除需經當事人協商一致外，還需要有正當的理由，怎麼樣才能算是正當理由呢？通常情況下，下列事由應視為變更合同的正當理由：

1. 因不可抗力使合同不能履行而變更

所謂不可抗力，是指當事人在訂立合同時不能預見，對其發生的後果不能避免並不可克服或者非人力所能控制的客觀情況。合同成立後，如果發生了當事人所不能預見和無法控制的不測事件，使任何一方當事人無法履行合同時，當事人不按照合同原內容履行是可以原諒的，否則，不僅仍不能履行合同，而且將會損害當事人利益。

2. 情事變更致使合同履行顯失公平

所謂情事，是指當事人在訂立合同時不能預見並且不能克服，致使履行合同將對一方當事人沒有意義或者造成重大損害的客觀情事。情事變更與上述不可抗力變更相似，但情事不包括不可抗力，情事變更與不可抗力的主要區別在於，不可抗力是致使合同不能履行，情事變更是致使履行合同顯失公平。此處所謂情事，不包括商業風險在內。

3. 因當事人違約而變更合同

因當事人違約而變更合同的，實際上是賦予了無過錯的一方當事人以變更合同的請求權。這裡所說的違約，是指當事人不按合同約定履行合同義務。合同一方當事人在合同約定的時間內不履行合同，這不僅會損害對方當事人可得的合同利益，而且，因逾期履行往往使合同履行失去原來的意義。因此，賦予無過錯方當事人以變更合同的請求權是應該的。

本案合同雙方當事人之所以對合同造價進行變更，係因為工程地質情況與簽訂合同時所瞭解的情況出現了巨大差異，屬於情勢變化致使合同履行顯失公平，因此變更具有正當理由，符合經過招投標的施工合同變更的特殊要求。

綜上，本案港口公司與航道局簽訂的施工合同，係雙方在平等自願基礎上的真實意思表示，其內容不違反國家法律、法規的禁止性規定，故合法有效；港口公司與航道局以書面補充協定的方式對增加工程造價達成一致，故應視為對原合同內容的變更；本案合同雙方當事人之所以對合同造價進行變更，係因為工程地質情況與簽訂合同時所瞭解的情況出現了巨大差異，因此變更具有「正當理由」。鑑於上述事實，本案雖經招投標程序且中標合同已經備案，但合同履行過程中，出現了簽訂合同時沒有預料到的情況，港口公司同意補償增加費用不存在損害國家、集體或者第三人合法利益的情況，不屬於規避招投標的行為，因此，本案當事人雙方協定增加工程款的行為合法有效。

伍、情事變更

一、法院實務適用情事變更原則之見解

(一) 最高人民法院見解

1992年，最高人民法院在「最高人民法院關於武漢市煤氣公司訴重慶檢測儀錶廠煤氣表裝配線技術轉讓合同購銷煤氣表散件合同糾紛一案適用法律問題的函」¹²⁶中以覆函的形式確立了情事變更原則。在該覆函中，最高人民法院認為在合同履行過程中，由於發生了當事人無法預見和防止的情事變更，導致顯失公平的情況下人民法院可以對合同關係進行調整，並將1981年中華人民共和國經濟合同法（下稱經濟合同法）第27條第1款第4項¹²⁷作為應對情事變更的處理原則。

關於情事變更原則的適用，最高人民法院關於適用「中華人民共和國合同法若干問題的解釋(二)」第26條規定：「合同成立以後客觀情況發生了當事人在訂立合同時無法預見的、非不可抗力造成的不屬於商業風險的重大變化，繼續履行合同對於一方當事人明顯不公平或者不能實現合同目的，當事人請求人民法院變更或者解除合同的，人民法院應當根據公平原則，並結合案件的實

¹²⁶ 最高人民法院法函[1992]27號。最高人民法院認為：在合同履行過程中，由於發生了當事人無法預見和防止的情事變更，即生產煤氣表散件的主要原材料鋁錠的價格，由簽訂合同時國家定價為每噸4,400元至4,600元，上調每噸1,600元，鋁外殼的售價也相應由每套23.085元上調到41元，如要求重慶檢測儀錶廠仍按原合同約定的價格供給煤氣表散件，顯失公平。對於雙方由此而產生的糾紛，可依照中華人民共和國經濟合同法第27條第1款第4項之規定，根據本案實際情況，酌情予以公平合理地解決。

¹²⁷ 經濟合同法第27條第1款第4項：「由於不可抗力或由於一方當事人雖無過失但無法防止的外因，致使經濟合同無法履行。」根據該條規定，可以解除或變更合同。1993年該條被刪除。

際情況確定是否變更或者解除。」由此可見，如遇因不可歸責於雙方當事人的原因發生了不可預見的情勢，致使合同的基礎喪失或動搖，如果繼續維護合同原有效力則顯失公平，合同當事人可向法院聲請變更原約定的固定價結算方式。

最高人民法院對於是否適用情事變更原則採嚴格見解，體現在以下幾個方面：

1. 嚴格審查「無法預見」

「無法預見」是適用情事變更原則的必要條件之一。根據2009年7月7日最高人民法院發布的「關於當前形勢下審理民商事合同糾紛案件若干問題的指導意見」¹²⁸即明揭「慎重適用情事變更原則，合理調整雙方利益關係」之原則，第1條第2項規定：「人民法院在適用情事變更原則時，應當充分注意到全球性金融危機和國內宏觀經濟形勢變化並非完全是一個令所有市場主體猝不及防的突變過程，而是一個逐步演變的過程。在演變過程中，市場主體應當對於市場風險存在一定程度的預見和判斷。人民法院應當依法把握情事變更原則的適用條件，嚴格審查當事人提出的『無法預見』的主張，對於涉及石油、焦炭、有色金屬等市場屬性活潑、長期以來價格波動較大的大宗商品標的物以及股票、期貨等風險投資型金融產品標的物的合同，更要慎重適用情事變更原則」。據此，基本上排除了合同標的為長期價格波動大的商品以及投機性交易適用情事變更原則的情形。

2. 嚴格審查是否屬於商業風險

情事變更事由不屬於商業風險也是適用情事變更原則的必要條件。根據關於當前形勢下審理民商事合同糾紛案件若干問題的指導意見第1條第3項的規定：「人民法院要合理區分情事變更與

¹²⁸ 最高人民法院2009年7月7日法發[2009]40號。

商業風險。商業風險屬於從事商業活動的固有風險，諸如尚未達到異常變動程度的供求關係變化、價格漲跌等。情事變更是當事人在締約時無法預見的非市場系統固有的風險。人民法院在判斷某種重大客觀變化是否屬於情事變更時，應當注意衡量風險類型是否屬於社會一般觀念上的事先無法預見、風險程度是否遠遠超出正常人的合理預期、風險是否可以防範和控制、交易性質是否屬於通常的『高風險高收益』範圍等因素，並結合市場的具體情況，在個案中識別情事變更和商業風險。」

3. 適用程序嚴格，須高院審核

在適用程序上，法院不能依職權直接適用，當事人的請求是前提。最高人民法院關於當前形勢下審理民商事合同糾紛案件若干問題的指導意見第1條第4項的規定：「在調整尺度的價值取向把握上，人民法院仍應遵循側重於保護守約方的原則。適用情事變更原則並非簡單地豁免債務人的義務而使債權人承受不利後果，而是要充分注意利益均衡，公平合理地調整雙方利益關係。在訴訟過程中，人民法院要積極引導當事人重新協商，改訂合同；重新協商不成的，爭取調解解決。為防止情事變更原則被濫用而影響市場正常的交易秩序，人民法院決定適用情事變更原則作出判決的，應當按照最高人民法院『關於正確適用中華人民共和國合同法若干問題的解釋(二)服務黨和國家的工作大局的通知』(法[2009]165號)的要求，嚴格履行適用情事變更的相關審核程式。」如果根據案件的特殊情況，確需在個案中適用的，應當由高級人民法院審核。必要時應報請最高人民法院審核。

(二)其他人民法院見解

陝西省勉縣人民法院認為¹²⁹，建設工程施工合同根據計價方

¹²⁹ 區海濤、周安吉，在建設工程施工合同中情事變更原則的合理適用，陝

式不同分爲：固定價格合同、可調價格合同、成本加酬金合同等三種。成本加酬金合同模式是當客觀環境發生變化時成本隨即變化，工程結算款也發生變化，承包方穩賺不賠，沒有適用情事變更的必要；可調價合同已將法律、行政法規、國家政策影響、造價部門公佈的價格調整等因素規定爲可調整因素，適用情事變更的意義也不大；而固定價格合同分爲固定單價合同和固定總價合同，合同約定的總價或單價往往不能改變。因此，在建設施工合同中，情事變更只適用於固定價格合同。在固定價格合同履行過程中通常有以下幾種情形可認爲適用情事變更原則：1. 物價大幅度上升（或下降）；2. 國家經濟政策的變化和對經濟的調整；3. 各種經濟行政管理措施；4. 國際市場發生大的變化；5. 外國貨幣大幅度貶值或升值。

二、工程材料等價格波動能否辦理合同變更

就材料價格波動能否導致合同條款變更以及多大的波動幅度能夠導致合同條款變更等問題，廈門市建設與管理局曾於2004年4月1日頒布實施「關於進一步完善建設工程最低投標價中標辦法的若干規定的通知」，該通知第4條第(一)款規定：「對鋼材、水泥以及特殊貴重材料價格由於情事變更異常大幅度上漲或下降，在風險包幹範圍內上漲或下降幅度在10%以內（含10%）的，其價差由承包人承擔或受益。上漲幅度在10%以外又沒有預付工程備料款的或下降幅度在10%以外的，超過10%部分的價差由發包人承擔或受益。發生的價差只計取差價和稅金，不計取其他費用」。

在2013版建設工程工程量清單計價規範中，列有計價風險的

西省勉縣人民法院，2012年5月。<http://sxmxfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=557>，最後瀏覽日：2013年12月10日。

規範，明確計價風險內容、影響風險因素、波動幅度、責任承擔：

「1. 建設工程發承包，必須在招標文件、合同中明確計價中的風險內容及其範圍，不得採用無限風險、所有風險或類似語句規定計價中的風險內容及其範圍。

2. 國家法律、法規、規章和政策變化；省級或行業建設主管部門發布的人工費調整，但承包人對人工費或人工單價的報價高於發布的除外；由政府定價或政府指導價管理的原材料等價格進行了調整的，發包人應承擔影響合同價款的風險。

3. 由於市場物價波動影響合同價款，應由發承包雙方合理分攤並在合同中約定。合同中沒有約定，發、承包雙方發生爭議時，按下列規定實施：

(1) 材料、工程設備的漲幅超過招標時基準價格5%以上由發包人承擔；

(2) 施工機械使用費漲幅超過招標時的基準價格10%以上由發包人承擔。」

三、情事變更與不可抗力及商業風險的區別

(一) 情事變更和不可抗力的區別¹³⁰

不可抗力是指不能預見、不能避免並不能克服的客觀情況。情事變更與不可抗力存在差異，具體表現在：不可抗力發生後，導致合同全部或部分不能履行是絕對的，如地震、水災等。情事變更所造成的後果不是不能履行，而是履行艱難或代價昂貴，且當事人若不再履行或遲延履行合同不能免責。

¹³⁰ 同前註。

(二)情事變更和商業風險的區別¹³¹

商業風險具有一般性的預見，是經營者在商業交易中因經營失利所應當承擔的正當損失，有交易就有風險，這應是當事人預料之中的事，何況當事人冒風險是爲了營利，其對風險應有承受能力。在實際情況中，從商業風險到情事變更實際上是一個由量變到質變的過程。某一風險雖然會給當事人的經濟狀況造成一定影響，但尚未嚴重損害當事人的經濟利益，也沒有妨礙合同的正常履行，則屬商業風險範疇；如果某一風險，超出了一定範圍，則可能演變成情事變更。例如，貨幣大幅度貶值、材料非理性大幅上漲、國家政策法規重大變更等，變更的程度應結合實際情況綜合考慮，如變化的程度是否超出了普通經營者所能預料的範圍、風險導致的損失和另一方獲得的盈利之間是否嚴重失調。

四、案例：施工期間材料價格上漲導致的價差損失是否達於情事變更程度¹³²

(一)案例事實

2002年11月25日，武漢繞城公路建設指揮部（下稱指揮部）對武漢繞城公路東北段一期工程的第15、16合同段進行公開招標。招標文件第2篇投標須知資料表和修改表中載明「本合同在施施工工期內不進行價格調整，投標人在報價時應將此因素考慮在內」；「對於其他需要投標人自己購買的材料，所發生的一切費用均應包括在投標人的報價之中」；「投標人應考慮自備電源，以便急用。此項費用應已包括在投標人的投標報價之中，業主將不另行支付」。2003年4月4日，指揮部（發包人）與中鐵十八局

¹³¹ 同前註。

¹³² 案例來源：黃松有主編，最高人民法院民一庭編，民事審判指導與參考（總第34集），2008年。

集團第二工程有限公司（下稱二公司，承包人）簽訂「國道主幹線武漢繞城公路東北段項目一期工程合同（土建第15合同段）」，施工承包合同約定：「下列文件視為構成並作為閱讀和理解本合同的組成部分，即(a)工程承包合同文本……(c)評標期間的澄清、承諾文件；(e)所有的補遺、答疑、授權文件；(f)合同專用條款及資料表；(g)合同通用條款；(h)技術規範專用本（含）招標文件補遺書中與此有關的部分……」。在「所有的答疑、補遺、授權文件」中約定：「施工用電投標人自行考慮，但一定要自備發電機，以便急用。」在「合同專用條款及資料表」的合同專用條款第70.1款中約定：「本合同在施工期間不進行價格調整。承包人應在投標時考慮這一因素。」

在工程施工期間，湖北省建設廳於2004年2月25日下發鄂建文（2004）23號「關於鋼材、水泥結算價格調整的指導性意見」。該意見載明：「去年七月以來，我省鋼材、水泥價格持續大幅度上漲」，並對鋼材和水泥的價格調整提出指導意見：「合同明確不能調整鋼材、水泥價格的，其價差不予計算。」2004年7月15日，湖北省交通廳下發了鄂交基（2004）314號「關於對在建高速公路項目主要材料漲價實施價格補貼的意見」，該意見針對2002年末以來全國建材價格持續大幅度上漲的情況，要求各有關單位根據風險共擔、合理補償的原則，對2002年10月至2003年12月在建的高速公路土建主體工程的水泥、鋼筋、鋼絞線等主要材料漲價幅度大於5%的實施補貼，由建設單位和施工單位（供應商）根據項目實際情況，確定各自分擔比例適當補貼。2005年4月29日，指揮部與二公司、監理單位共同在中期支付證書和工程結算清單上簽字或蓋章，確認工程總額為107,041,953元。

2005年12月10日，審計署駐武漢特派員辦事處作出2005年第16號審計報告。該報告載明：第15合同段的審定金額為101,048,652.65元，指揮部實際支付104,061,474元，超付金額

3,012,821.35元。武漢特派辦據此於2006年3月8日要求指揮部追回超付的工程款。此後，二公司與指揮部為工程價款產生爭議。

(二) 裁判要旨

一審法院委託中國建設銀行湖北省分行造價諮詢中心依鄂交基(314)號文對工程材料差價進行鑑定，鑑定結論為工程材料差價10,370,846.10元。施工承包合同的合同通用條款第70.1條規定：「除非合同專用條款另有規定，凡是合同預期工期在24個月以上者，在合同執行期間，由於……材料的價格漲落因素應對合同價格進行調整……。」而在系爭工程武漢繞城公路東北段施工(第15、16合同段)招標文件項目專用本「投標須知修改表」第11.6款約定：「本合同在施工期內不進行價格調整，投標人在報價時應將此因素考慮在內。」從以上條款內容可以得出以下結論：公路建設工程工期在24個月以上的，由於材料價格漲落因素應對合同價格進行調整，但合同專用條款另有規定的除外。據此應當認定本案當事人在合同中已經明確排除了因材料上漲而進行合同價款調整的可能。此外，情事變更原則的功能主要是為了消除由於訂立合同時的基礎情勢發生重大變更所導致的當事人權利義務的顯失平衡。而從本案案情看，經一審法院委託鑑定，二公司因材料價格上漲導致的差價損失幅度尚難達到情事變更原則所要消除的當事人之間權利義務顯失平衡的嚴重程度。因此二公司有關補償其材料差價損失的訴訟請求不成立。

(三) 解 析

指揮部與二公司簽訂「國道主幹武漢繞城公路東北段項目一期工程合同(土建第15合同段)」的時間是2003年4月4日。而從2004年7月15日，湖北省交通廳下發的鄂交基(2004)314號「關於對在建高速公路項目主要材料漲價實施價格補貼的意見」內容

看，係針對2002年末以來全國建材價格持續大幅度上漲的情況，要求各有關單位根據風險共擔、合理補償的原則，對2002年10月至2003年12月在建的高速公路土建主體工程的水泥、鋼筋、鋼絞線等主要材料漲價幅度大於5%的實施補貼。因此本案履約期間不符合適用鄂交基（2004）314號的時間要件。

情事變更原則是指在合同有效成立後，合同賴以成立的基礎或環境發生不能歸責於當事人的異常變動，致使合同無法繼續履行或者繼續履行合同變得異常艱難並導致當事人利益關係的顯失平衡，根據誠實信用原則，當事人可以請求變更或者解除合同的法律制度。在大陸法系，情事變更原則是誠實信用原則在債法中的具體體現，其基本功能主要是為了消除由於訂立合同時的基礎情事發生重大變更所導致的當事人權利義務的顯失平衡。

情事變更原則的適用條件為¹³³：1. 須存在情事的變更。「情事」包括構成法律行為成立當時之環境或者基礎的一切客觀情況；2. 情事之變更，須在法律行為成立後，債之關係消滅之前；3. 情事之變更，須為當事人未能預料並且無法預料；4. 情事之變更，須不可歸責於當事人；5. 情事變更後，維持原有法律行為之效力須構成當事人間利益的顯失平衡。

法院認定之關鍵在於如何理解「不可預見」，原因在於其係適用情事變更原則的主觀要件，其中：預見的主體為因情事變更而遭受不利的一方當事人；預見的內容為情事變更發生的可能性；預見的時間為合同締結之時；預見的標準應採取主客觀相統一的標準，即一個普通人在正常條件下是否能夠預見。如果當事人在訂立合同時已經預見或者應當預見，則不能產生情事變更的法律效果。確定「預見」的界限應結合具體法律關係的特徵。就

¹³³ 奚曉明主編，最高人民法院民事審判第一庭編，最高人民法院民事案件解析，2011年10月。

本案涉及的建設工程施工合同法律關係而言，建材價格的起伏漲落無疑應當是一個普通的建設工程施工合同承包方在確定投標價格時首先應當考慮到的重要因素。而從建築市場實踐看，材料價格隨著市場變化出現漲落殊為正常，將其認定為非當事人所能預見之情勢有違一般行業判斷標準。否則，以此為依據對合同價款動輒進行調整將成為常態，這不僅會嚴重損害法律關係的穩定性，更有可能使當事人（尤其是建設方）確定合同權利義務的預判基礎大大削弱。因此有必要將其納入當事人應當預見的範圍。而根據系爭工程的招標文件以及作為當事人施工承包合同組成部分的一系列文件的相關內容看，可以認定建設方已經明確地預先排除了因材料上漲等原因而進行合同價款調整的可能。對此，作為「預見」主體的二公司，不僅是「應當預見」，而且其據此主張調整合同價款的主張也是有違誠信的。

陸、黑白合同：同一建設工程另行簽訂與中標合同的工程價款等主要內容不一致之合同時之工程價款爭議

最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋第21條規定：「當事人就同一建設工程另行訂立的建設工程施工合同與經過備案的中標合同實質性內容不一致的，應當以備案的中標合同作為結算工程價款的根據。」由於備案為建設行政主管部門採取的行政管理措施（詳本文參、二），因此司法實務見解係以備案的中標合同作為結算工程價款的依據。然倘當事人於簽訂備案中標合同之前、之後或同時，另行訂立未經備案、且變更原合同實質性條款（例如合同價款、工期、質量標準）之補充協議，此種情形通稱為黑白合同，以備案合同為白合

同，補充協議為黑合同。此時非屬合同法有關合同變更之情形，最高人民法院之統一見解認定該另行訂立之合同為無效。

一、案例：黑白合同之評定標準¹³⁴

(一) 案例事實

1996年11月20日，上海太平洋俱樂部有限公司（下稱俱樂部公司）太平洋俱樂部致江蘇南通市第七建築安裝公司（下稱南通建築公司）「上海太平洋俱樂部建築、結構、鋁窗及機電設備安裝總承包——中標通知書」，雙方並於該通知書上簽字蓋章；其後，雙方便於同年12月6日簽訂「建設工程施工合同協議條款」，其中對於總承包金額部分，雙方合意為10,688萬元港幣（下稱10688合同）。惟，雙方卻另於同年12月13日以同一工作範圍簽訂「建築安裝工程承包合同」，其中關於工程總造價估計為4,688萬元港幣（下稱4688合同）。

事後俱樂部公司主張，因4688合同已經有效成立，故前一份10688合同便受取代，因此拒付其餘工程款；南通建築公司即向法院起訴，依10688合同主張俱樂部公司拖欠工程款，請求法院判令支付欠款，並同時支付逾期付款之違約金。

(二) 裁判要旨

法院判決認為，10688合同與4688合同既已客觀存在，其對於工程款之認定究竟應以何為準，不得單憑有無登記備案而為認定，而應以實際履約之雙方當事人真意為斷。10688合同和4688合同是兩個相互獨立的合同，兩個合同均是當事人的真實意思表示，均為客觀存在的有效合同。本案的關鍵是雙方實際履行的是10688合同還是4688合同的問題，從1997年4月至1998年8月之間

¹³⁴ 最高人民法院2002年5月17日（2002）民一終字第12號民事判決書。

雙方的來往函件看，雙方在付款期限、工程量的計算方法、單價折扣優惠率、做二付一的付款原則、太平洋俱樂部法定代表人李崇民1997年8月19日函中對10688合同的確認等，都證明了雙方實際履行的是10688合同。綜觀本案雙方之履約狀況，於履行過程中雙方皆係以10688合同作為依據，從而可知，10688合同是雙方真實之意思表示；反之，事後所訂之4688合同並未替代前10688合同，縱然10688合同未如4688合同有為「備案登記」行為，其效力亦不因此受有影響，蓋因合同有無向政府部門登記備案，並非合同成立、生效之法定要件，從而「未為登記」亦非合同之無效事由。

(三) 解 析

最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋第21條規定：「當事人就同一建設工程另行訂立的建設工程施工合同與經過備案的中標合同實質性內容不一致的，應當以備案的中標合同作為結算工程價款的根據。」本案判決係發生在1996年，並無上揭規定適用¹³⁵，故法院認為10688合同未備案登記仍不影響其效力。

法院於審理時檢視10688合同與4688合同之異同：兩合同之工程名稱、工程地點、承包範圍等均相同，但約定價金不同。在大陸建築行業，通常對建設工程施工合同的當事人就同一建設工程簽訂兩份或兩份以上在價款或者履行方式等方面存在實質性差異的合同稱為「黑白合同」（也稱陰陽合同）；亦即，發包方與承包方就同一建設工程簽訂兩份不同版本的合同，其中一份是決標合同，另一份是內容與決標合同不一致的合同，前者稱為白合同，後者稱為黑合同。目前立法中並無黑白合同或陰陽合同這一

¹³⁵ 法釋[2004]14號，2004年9月29日最高人民法院審判委員會第1327次會議通過。

術語，但在建築市場上卻普遍存在，也是法院審判實踐中經常遇到的問題¹³⁶。因此所謂的黑白合同，已不再是指稱某具體的合同，而是一種合同形態，是一種普遍的交易現象，主要有如下特徵：1. 合同當事人對同一合同標的物簽訂了價款存在明顯差額或者履行方式存在差異的兩份合同；2. 當事人簽訂的兩份合同，一份進行登記、備案等公示，即所謂「白合同」，一份沒有進行登記、備案等公示卻實際履行的合同，即所謂「黑合同」；3. 當事人簽訂「白合同」並進行虛假招投標等行爲，是爲了規避政府部門的監管；4. 當事人透過承諾書等形式明確與虛假招投標等行爲伴生的「白合同」不作實際履行¹³⁷。

觀諸黑白合同之形成原因是多方面的¹³⁸：一是目前建築市場競爭激烈，建設方處於優勢地位，不少建設方利用自身的地位優勢，對施工方提出種種苛刻的要求，而施工方爲了生存競爭而簽訂補充協定，接受不平等的條件。典型的如要求須帶墊資條款（詳以下柒說明）。二是發包方和承包方爲了共同利益串通，規避招投標及行政監管的原因。如建設方和施工方在相關條款協商好後，爲了少繳相關規費而進行虛假招投標，並壓低合同總價。三是發包方爲了後期抬高商品房銷售價而在備案合同中抬高價格。從法律上言之，黑白合同根源在於建設工程合同中複合了民事法律關係和行政法律關係，除當事人合意外，尚引入行政監管，行政監管的目的是要求合同體現社會公共利益，而當事人則追求自身利益最大化，兩者矛盾的產生，必然產生當事人爲規避

¹³⁶ 楊鵬、劉尊知，建設工程「黑白合同」的認定和處理，人民司法，14期，2009年。轉引自：施建輝，建設工程合同中「黑白合同」的法律適用研究，載：工程上的民法問題研究，2010年4月。

¹³⁷ 周澤，建設工程「黑白合同」法律問題研究，中國青年政治學院學報，1期，2006年。轉引施建輝，同前註。

¹³⁸ 施建輝，同註136。

政府監管，黑白合同應運而生¹³⁹。

2003年10月27日，在第十屆全國人民代表大會常務委員會第五次會議上，「全國人大常委會執法檢查組關於檢查中華人民共和國建築法實施情況的報告」中明確提出了「黑合同」的概念及其嚴重的違法性與社會危害性。在立法中直接宣布「黑合同」無效，可以極大的方便以後的行政執法與司法審判，因為目前不論是行政機關還是法院審判，透過舉證是非常容易識別是「實質性條款的變更」還是「合同的重大變更」，可以有力地打擊「黑合同」現象。

另在天成潤華集團有限公司（下稱天成公司）及中國核工業華興建設有限公司（下稱華興公司）建設工程施工合同糾紛¹⁴⁰中，天成公司與華興公司於2004年6月16日簽訂「1.47億元施工合同」，合同約定：由華興公司承包「天成國貿中心」（曼哈頓廣場），工程內容為施工圖紙全部內容，工程承包範圍「天成國貿中心」土建及安裝工程，承包方式為包工包料，開工日期以發包人書面通知並經承包人認可的日期，合同工期總日曆天850天。同日，天成公司與華興公司另簽訂了一份「5947.6萬元施工合同」，由華興公司承包「天成國貿中心」，工程內容為施工圖紙全部內容，工程承包範圍「天成國貿中心」土建及安裝過程，承包方式為包工包料，開工日期以發包人書面通知並經承包人認可的日期，合同工期總日曆天850天。合同約定的其他條款與「1.47億元施工合同」相同，在該合同招投標管理部門審查意見欄目簽有中標價5,947.6萬元，加蓋徐州市建設局行政審批專用章。

華興公司起訴稱，2004年6月16日，華興公司與天成公司簽

¹³⁹ 劉麗華，建築工程「陰陽合同」法律適用研究，網路財富，6期，2009年。轉引同前註。

¹⁴⁰ 最高人民法院2012年民一終字第41號民事判決書。

訂了「1.47億元施工合同」和「天成國貿中心工程施工補充協定」（下稱「補充協議」），該施工合同經過招標投標程序，並於2004年8月25日經徐州市工程建設招標投標辦公室備案。合同簽訂後，華興公司即按天成公司要求組織施工。在施工過程中，由於天成公司一開始未能提供完整的施工圖紙，不斷發放階段性施工圖並進行增量變更，同時又不能按約定支付工程進度款，造成工程停窩工情況相當嚴重，華興公司經過大量墊資，於2008年1月16日完成了天成國貿中心8-24軸之間裙樓工程的施工任務，並於2008年1月30日通過了天成公司組織的竣工驗收，隨後交付天成公司使用。法院認為，華興公司與天成公司簽訂的「1.47億元施工合同」、「補充協議」等，是雙方當事人的真實意思表示，不違反法律、法規及有關規定，應當確認有效。天成公司認為天成國貿中心工程雙方實際履行的是「5947.6萬元施工合同」的理由不能成立，因「5947.6萬元施工合同」與「1.47億元施工合同」除合同價款不同外，其餘條款基本相同，如果實際履行的是「5947.6萬元施工合同」，那麼2007年9月18日雙方簽訂的工程結算說明確認，當時已完工的結算造價應小於5,947.6萬元，而「工程結算說明」雙方確認的結算造價卻是7,772.53萬元，已超過「5947.6萬元施工合同」約定的工程價款；如再加上「工程結算說明」之後完成的工程量，並經金永誠公司鑑定確認的工程造價，已超過「工程結算說明」上的7,772.53萬元，因此，應當確認雙方實際履行的是「1.47億元施工合同」，天成公司的主張與事實不符，不能成立。

柒、墊資合同

在上述最高人民法院2002年5月17日（2002）民一終字第12號案例（10688合同與4688合同），法院認定以雙方實際履行過

程中真正的意思表示為準，且即使10688合同中含有墊資內容的條款，違反了有關建設工程法規對墊資的限制性規定，但並不影響整個合同的效力。

此案例反映出在建築業中經常出現工程款墊資現象，亦稱為帶資承包¹⁴¹，是指承包方與發包方合意由承包方利用自有資金或融資資金先進場進行施工，待工程施工到一定階段或全部完成後，由發包方再支付墊付的工程款。該墊資款屬承包人自願所為，是承包人與發包人合意的結果，此與工程欠款是發包人未按時足額支付工程款，屬違約性質有所不同。

◎墊資條款是否影響合同效力

1996年由國家計畫委員會、建設部和財政部聯合發布的「關於嚴格禁止在工程建設中帶資承包的通知」¹⁴²，通知規定禁止建築施工企業墊資或者帶資施工，不論是開發商還是施工單位，均不能以墊資為條件參與招投標。惟最高人民法院1999年12月「關於適用合同法若干問題的司法解釋」規定：「合同法實施以後，人民法院確認合同無效，應當以全國人大及其常委會制定的法律和國務院制定的行政法規為依據，不得以地方性法規、行政規章為依據」；由於上述「通知」屬於部門規章的下位規範，不能成為否定合同效力的依據。10688合同與4688合同一案在2002年5月17日判決，法院確已受到該解釋之影響，未以墊資規定認定契約無效。惟前揭1996年「關於嚴格禁止在工程建設中帶資承包的通知」於2006年經建設部、發展改革委、財政部、中國人民銀行以

¹⁴¹ 關於嚴禁政府投資項目使用帶資承包方式進行建設的通知第1條第3項規定：「帶資承包是指建設單位未全額支付工程預付款或未按工程進度按月支付工程款（不含合同約定的品質保證金），由建築業企業墊款施工。」

¹⁴² 建建[1996]347文。

建市[2006]6號「關於嚴禁政府投資項目使用帶資承包方式進行建設的通知」廢止，另行要求「政府投資項目一律不得以建築業企業帶資承包的方式進行建設，不得將建築業企業帶資承包作為招投標條件；嚴禁將此類內容寫入工程承包合同及補充條款，同時要對政府投資項目實行告知性合同備案制度，防止政府投資項目超概算，維護建築市場秩序，防止拖欠工程款和農民工工資」。該通知之法位階仍屬部門規章。

另觀諸2004年10月25日頒布的「最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋」中的第1條和第4條所規定應被認定為無效合同者，包括：(一) 承包人未取得建築施工企業資質或者超越資質等級的；(二) 沒有資質的實際施工人借用有資質的建築施工企業名義的；(三) 建設工程必須進行招標而未招標或者中標無效的；(四) 承包人非法轉包、違法分包建設工程；(五) 沒有資質的實際施工人借用有資質的建築施工企業名義與他人簽訂建設工程施工合同的行為。並未包括墊資合同在內。

復查，「最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋」第6條第1款規定：「當事人對墊資及其利息有約定，請求按照合同約定返還墊資款和利息的，應當予以支持，但是約定的利息計算標準高於中國人民銀行發布的同期同類貸款利率的部分除外。」該解釋確立了墊資條款有效的基本原則，但同時對墊資利息的計算設置了限制條件，即不得超過國家規定的貸款利率。此外，施工單位如果墊資承包工程，一定要在施工合同中對墊資和墊資利息作出明確約定，否則人民法院對墊資將按工程欠款處理，對墊資利息將不予以保護。

最高人民法院2009年7月7日在「關於當前形勢下審理民商事合同糾紛案件若干問題的指導意見」中又要求「人民法院應當注意區分效力性強制規定和管理性強制規定，違反效力性強制規定的，人民法院應當認定合同無效；違反管理性強制規定的，人民

法院應當根據具體情形認定其效力。」因此墊資合同倘其條款並無違反效力性強制規定者，法院仍尊重當事人之合意。

捌、合同無效時工程款支付的法律問題

合同法第58條規定：「合同無效或者被撤銷後，因該合同取得的財產，應當予以返還；不能返還或者沒有必要返還的，應當折價補償。有過錯的一方應當賠償對方因此所受到的損失。雙方都有過錯的，應當各自承擔相應的責任」。惟最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋第2條規定：「建設工程施工合同無效，但建設工程經竣工驗收合格，承包人請求參照合同約定支付工程價款的，應予支持。」第3條規定：「建設工程施工合同無效，且建設工程經竣工驗收不合格的，按照以下情形分別處理：(一)修復後的建設工程經竣工驗收合格，發包人請求承擔修復費用的，應予支持；(二)修復後的建設工程經竣工驗收不合格，承包人不支付工程價款的，不予支持。因建設工程不合格造成的損失，發包人有過錯的，也應承擔相應的民事責任。」根據以上司法解釋，合同之效力與請求工程款支付之依據從此脫勾，亦即，即便建設工程施工合同經確認無效，工程款的支付仍可能參照有效合同的法律後果辦理。因此，建設工程能否經過竣工驗收合格成爲工程款支付與否的法定要件；此解釋無疑是對合同法第58條關於合同無效法律效果相關規定的突破。最高人民法院的上述司法解釋強調，在法律原則相一致的前提下，本司法解釋更著重於保護合同雙方的實際財產權利，進一步強調了公平、誠信、等價有償的法律精神。

一、招標投標法之效力性強制規定

根據所簽訂的建設工程施工合同是否必須經過招標程序，將

建設工程項目分為兩類：一類是依據招標投標法必須經過招標投標程序的建設工程項目，即強制性招標工程項目。一類是並非必須經過招標投標程序的建設工程項目，即非強制性招標工程項目。

(一)強制性招標工程項目

以下四類建設工程項目屬於強制性招投標工程項目：

1. 大型基礎設施、公共事業等關係社會公共利益、公共安全的項目¹⁴³

所謂基礎設施是指為國民經濟生產過程提供的基本條件，它可分為生產性基礎設施和社會性基礎設施。具體包括：(1)能源項目；(2)交通運輸項目；(3)郵政通信項目；(4)水利項目；(5)城市設施項目；(6)生態環境保護項目；(7)其他基礎設施項目¹⁴⁴。

所謂公共事業是指為適應生產和生活需要而提供的具有公共用途的服務。具體包括：(1)市政工程項目；(2)科技、教育、文化等項目；(3)體育、旅遊等項目；(4)衛生、社會福利等項目；(5)商品住宅，包括經濟適用住房；(6)其他公用事業項目¹⁴⁵。

¹⁴³ 招標投標法第3條第1項第1款。

¹⁴⁴ 工程建設項目招標範圍和規模標準規定第2條規定：「關係社會公共利益、公眾安全的基礎設施項目的範圍包括：(一)煤炭、石油、天然氣、電力、新能源等能源項目；(二)鐵路、公路、管道、水運、航空以及其他交通運輸業等交通運輸項目；(三)郵政、電信樞紐、通信、資訊網路等郵電通訊項目；(四)防洪、灌溉、排澇、引(供)水、灘塗治理、水土保持、水利樞紐等水利項目；(五)道路、橋樑、地鐵和輕軌交通、污水排放及處理、垃圾處理、地下管道、公共停車場等城市設施項目；(六)生態環境保護項目；(七)其他基礎設施項目。」

¹⁴⁵ 工程建設項目招標範圍和規模標準規定第3條規定：「關係社會公共利益、公眾安全的公用事業項目的範圍包括：(一)供水、供電、供氣、供熱等市政工程項目；(二)科技、教育、文化等項目；(三)體育、旅遊等項目；

2. 全部或部分使用國有資金投資或者國家融資項目¹⁴⁶

所謂使用國有資金投資項目是指建設工程項目所使用的資金來源其所有權是國家所有的投資項目。具體包括：(1)使用各級財政預算資金的項目；(2)使用納入財政管理的各種政府性專項建設基金的項目；(3)使用國有企業、事業單位自有資金，並且國有資產投資者實際擁有控制權的項目¹⁴⁷。

所謂使用國家融資項目是指建設工程項目所使用融資貸款項目的貸款人是國家的投資項目。具體包括：(1)使用國家發行債券所籌資金的項目；(2)使用國家對外借款或者擔保所籌資金的項目；(3)使用國家政策性貸款的項目；(4)國家授權投資主體融資的項目；(5)國家特許的融資項目¹⁴⁸。

3. 使用國際組織或者外國政府貸款、援助資金的項目¹⁴⁹

所謂使用國際組織或者外國政府貸款、援助資金的項目是指建設工程項目所使用的貸款資金的出貸人是國際組織或外國政府及其機構，或者所使用的資金是由國際組織或者外國政府援助的投資項目。具體包括：(1)使用世界銀行、亞洲開發銀行等國際組織貸款資金的項目；(2)使用外國政府及其機構貸款資金的項目；

(四)衛生、社會福利等項目；(五)商品住宅，包括經濟適用住房；(六)其他公用事業項目。」

¹⁴⁶ 招標投標法第3條第1項第2款。

¹⁴⁷ 工程建設項目招標範圍和規模標準規定第4條規定：「使用國有資金投資項目的範圍包括：(一)使用各級財政預算資金的項目；(二)使用納入財政管理的各種政府性專項建設基金的項目；(三)使用國有企業事業單位自有資金，並且國有資產投資者實際擁有控制權的項目。」

¹⁴⁸ 工程建設項目招標範圍和規模標準規定第5條規定：「國家融資項目的範圍包括：(一)使用國家發行債券所籌資金的項目；(二)使用國家對外借款或者擔保所籌資金的項目；(三)使用國家政策性貸款的項目；(四)國家授權投資主體融資的項目；(五)國家特許的融資項目。」

¹⁴⁹ 招標投標法第3條第1項第3款。

(3)使用國際組織或者外國政府援助資金的項目¹⁵⁰。

4. 法律或國務院規定必須進行招投標的項目¹⁵¹

法律規定，國家發展計畫委員會可以根據實際需要，會同國務院有關部門對必須進行招標的具體範圍和規模標準進行部分調整。

(二)違反招標投標法而無效的建設工程施工合同

違反招標投標法而無效的建設工程施工合同包括：

1. 需招標而未招標所簽的施工承包合同
2. 洩露保密資訊影響中標所簽的施工承包合同
3. 招標機構參與串通影響中標所簽的施工承包合同
4. 需招標項目而透露標底影響中標所簽的施工承包合同
5. 串標或行賄而中標所簽的施工承包合同
6. 弄虛作假方式騙取中標所簽的施工承包合同
7. 違反實質性談判規定影響中標所簽的施工承包合同
8. 與推薦的中標候選人以外所簽的施工承包合同

投標人串標行為主要表現為¹⁵²：(1)投標人之間約定，一致抬高或者壓低報價；(2)投標人之間約定，在招標項目中輪流以高價位或者低價位中標；(3)投標人之間先進行內部競價，內定中標人，然後再參加投標；(4)投標人之間的其他串通投標的行為。

¹⁵⁰ 工程建設項目招標範圍和規模標準規定第6條規定：「使用國際組織或者外國政府資金的項目的範圍包括：(一)使用世界銀行、亞洲開發銀行等國際組織貸款資金的項目；(二)使用外國政府及其機構貸款資金的項目；(三)使用國際組織或者外國政府援助資金的項目。」

¹⁵¹ 招標投標法第3條第3項。

¹⁵² 國家工商行政管理局第82號令，關於禁止串通招標投標行為的暫行規定第2條規定。

投標人與招標人串標行為主要表現為¹⁵³：(1)招標人在公開開標前，開啓標書，並將投標情況告知其他投標人；(2)招標人向投標人洩露標底；(3)投標人與招標人商定，在招標投標時壓低或者抬高標價，中標後再給投標者或者招標人額外補償；(4)招標人預先內定中標人；(5)招標人和投標人之間其他串通招標投標的行為。

二、建築法與相關法規中的效力性強制規定

(一)建築法中的效力性強制規定

1. 企業資質和執業資格的強制性規定

從事建築活動的企業必須具有相應的資質，方可在其資質等級許可的範圍內從事建築活動¹⁵⁴；而從事建築活動的專業技術人員必須具有相應的執業資格，方可在其資格許可的範圍內從事建築活動¹⁵⁵。

2. 禁止未經發包人同意進行工程分包的強制性規定

爲了保證建設工程品質，法律規定：總承包人合法取得的承包權，必須在發包人同意的前提下才可進行分包¹⁵⁶。

¹⁵³ 國家工商行政管理局第82號令，關於禁止串通招標投標行為的暫行規定第3條規定。

¹⁵⁴ 建築法第13條規定：「從事建築活動的建築施工企業、勘察單位、設計單位和工程監理單位，按照其擁有的註冊資本、專業技術人員、技術裝備和已完成的建築工程業績等資質條件，劃分為不同的資質等級，經資質審查合格，取得相應等級的資質證書後，方可在其資質等級許可的範圍內從事建築活動。」

¹⁵⁵ 建築法第14條規定：「從事建築活動的專業技術人員，應當依法取得相應的執業資格證書，並在執業資格證書許可的範圍內從事建築活動。」

¹⁵⁶ 建築法第29條第1款規定：「建築工程總承包單位可以將承包工程中的部分工程發包給具有相應資質條件的分包單位；但是，除總承包合同中

3. 禁止肢解發包的強制性規定

不僅禁止發包人將建設工程肢解發包¹⁵⁷，而且，也禁止總承包人將承包的全部工程肢解後轉包¹⁵⁸。

4. 禁止分包給無資質單位的強制性規定

禁止總承包人將其承包的工程分包給無資質的單位¹⁵⁹。

5. 禁止非法轉包的強制性規定

非法轉包是指總承包人將其承包的全部工程轉包給他人或肢解後轉包給他人。法律禁止非法轉包行為¹⁶⁰。

(二) 相關法規及司法解釋中的效力性強制規定

1. 禁止主體結構的施工分包的強制性規定

主體結構是用以承受建築物上的各種荷載的，其品質是建設工程安全使用的重要基礎，因此，合同法禁止施工總承包人將主體結構進行分包¹⁶¹。

約定的分包外，必須經建設單位認可。」

¹⁵⁷ 建築法第24條第1款規定：「提倡對建築工程實行總承包，禁止將建築工程肢解發包。」

¹⁵⁸ 建築法第28條規定：「禁止承包單位將其承包的全部建築工程轉包給他人，禁止承包單位將其承包的全部建築工程肢解以後以分包的名義分別轉包給他人。」

¹⁵⁹ 建築法第29條第3款規定：「禁止總承包單位將工程分包給不具備相應資質條件的單位。禁止分包單位將其承包的工程再分包。」

¹⁶⁰ 建築法第28條規定：「禁止承包單位將其承包的全部建築工程轉包給他人，禁止承包單位將其承包的全部建築工程肢解以後以分包的名義分別轉包給他人。」

¹⁶¹ 合同法第272條第2款規定：「禁止承包人將工程分包給不具備相應資質條件的單位，禁止分包單位將其承包的工程再分包。建設工程主體結構的施工必須由承包人自行完成。」

2. 禁止提供不真實資料的強制性規定

勘察單位提供的地質、測量等勘察成果必須是真實的、準確的，而設計單位必須按照勘察成果文件和工程建設強制性標準進行設計¹⁶²。

3. 最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋第1條規定：「建設工程施工合同具有下列情形之一的，應當根據合同法第52條第(四)項的規定，認定無效：(一)承包人未取得建築施工企業資質或者超越資質等級的；(二)沒有資質的實際施工人借用有資質的建築施工企業名義的；(三)建設工程必須進行招標而未招標或者中標無效的。」

三、資質問題

上述建築法及相關法規之效力性強制規定，呈現在目前實務中常見的資質問題，包括：

(一) 承人包未取得建築施工企業資質而簽訂的施工承包合同。

以建築法要求從事建築活動的建築企業必須取得相應等級的資質證書後，方可從事建築活動的規定為依據。

(二) 承包人承接的建設工程項目超越其資質等級所簽訂的施工承包合同。

以建築法要求有資質的建築企業從事的建築活動應在其資質等級許可範圍內進行的法律規定為依據。這種超越資質等級所簽訂的施工承包合同，也包括聯合體投標而簽訂的施工承包合同，倘聯合體中某一承包人的資質存在超越範圍的情形。

¹⁶² 建設工程品質管制條例第19條第1款規定：「勘察、設計單位必須按照工程建設強制性標準進行勘察、設計，並對其勘察、設計的品質負責。」

(三)沒有資質的實際施工人借用有資質的建設施工企業名義所簽訂的施工承包合同。

是以建築法要求從事建築活動的建築企業必須取得相應等級的資質證書後，方可從事建築活動的規定為依據。通說對於沒有資質或較低資質等級的實際施工人借用有資質的建築施工企業名義承攬建設工程的狀態，稱為「掛靠」。其具體表現形式有長期掛靠一家企業，也有同時掛靠多家企業；大工程掛靠大企業，小工程掛靠小企業；有地方保護政策的地區掛靠當地企業，有行業壟斷的掛靠指定企業；為了圍標，在招投標期間同時掛靠多家企業；財務制度嚴格的既掛靠大企業同時也掛靠小企業；集體企業掛靠國有企業，當地企業掛靠外地企業等¹⁶³。常見有兩類，一類是掛靠人或掛靠企業帶著工程資訊與被掛靠企業商談承包條件，一般以繳納少量管理費達成協議，然後由掛靠人攜帶被掛靠單位公章、資質證書、營業執照等有關證件與建設單位簽訂工程承包合同；另一類是掛靠人攜帶一定管理人員、機具設備、資金和隊伍投靠被掛靠單位，並交付較高管理費用後以被掛靠單位名義承接工程。掛靠經營的基本特點為：

1. 掛靠人沒有從事建築活動的主體資格，或者雖有從事建築活動的資格，但沒有具備與建設項目的要求相適應的資質等級；

2. 被掛靠的施工企業具有與建設項目的要求相適應的資質等級證書，但缺乏承攬該工程項目的實際運作能力；

3. 掛靠人向被掛靠的施工企業繳納一定數額的「管理費」，而該被掛靠的施工企業也只是以企業的名義代為簽訂合同及辦理各項手續，被掛靠的企業收取「管理費」而不實施管理，或者所謂「管理」僅僅停留在形式上，不承擔技術、品質、經濟責任等

¹⁶³ 鹽城仲裁委員會，建築業掛靠經營風險分析及其防範，2012年11月。
http://www.yancheng.gov.cn/yczcw/xwzx/tzgg/201211/t20121107_289766.html，瀏覽日期：2013年12月20日。

的管理、控制職能；

4. 經常以勞務分包或項目施工目標管理內部承包等形式來規避、掩蓋掛靠行爲。

建設部「關於若干違法違規行爲的判定」¹⁶⁴對掛靠的認定提出了具體的標準，其規定爲：根據建築法第26條的規定，凡轉讓、出借資質證書或者以其他方式允許他人以本單位名義承接工程任務的，均屬掛靠承接工程任務，包括無資質證書的單位、個人或低資質等級的單位，透過種種途徑和方式，利用有資質證書或高資質等級的單位名義承接工程任務。其判定條件是：

1. 有無資產的產權（包括所有權、使用權、處分權、受益權等）關係，即其資產是否以股份等方式劃轉現單位，並經公證；

2. 有無統一的財務管理，不能以「承包」等名義搞變相的獨立核算；

3. 有無嚴格、規範的人事任免和調動、聘用手續。

凡不具備上述條件之一的，定爲掛靠行爲。

(一) 案例：掛靠的認定標準及法律後果¹⁶⁵

1. 案例事實

1997年2月21日，佛山市第三建築工程公司（下稱三建公司）與港星鞋業有限公司（下稱港星公司）簽訂高明市建築工程施工承包合同及「補充意見」，合同約定建設單位爲港星公司，施工單位爲三建公司，三建公司爲港星公司承建A、B、C座廠

¹⁶⁴ 爲「關於印發『1999年整頓和規範建設市場的意見』的通知」的附件，1999年3月4日建設部印發，建建[1999]53號。對違反工程招標投標管理的規定的行爲、轉包行爲、違法分包行爲、掛靠行爲等判定條件加以規定。

¹⁶⁵ 廣東省佛山市中級人民法院2003年佛中法民一終字第2567號民事判決書。

房、宿舍樓工程；「補充意見」約定，工程按1992年省定額規定的四級收費，按工程總造價的95%結算；三建公司先墊資三座樁基礎，從樁承台開始B座及宿舍樓到竣工為止；港星公司按工程進度分批支付工程款，最少不低於150萬元，餘下部分的工程款，在竣工驗收後2年內分批付清，超過2年後未付清的，按銀行正常利率計息。合同及補充意見施工單位的經辦人為羅浩生。合同簽訂後，羅某即組織人員、物料進場按圖紙施工。其後羅某應港星公司的要求，涉及單位高明市建築設計院對原設計的圖紙進行了修改或補充。A、B、C座工程於1999年12月竣工。港星公司於2000年1月在工程未經綜合驗收合格的情況下便進行使用。經結算總工程價款為5,494,668.09元。港星公司先後共支付了3,742,390元，其中三建公司經收了30萬元，羅某經收了34,423,990元，港星尚欠工程款1,752,278.09元。港星公司於2002年4月22日出具了工程款結算情況函給三建公司。另查，上述工程在開工前未取得規劃許可證，未取得土地使用權證，未辦理報建手續。

在三建公司收取的港星公司支付的30萬元工程款中，有的在收據中註明「代羅浩生收港星鞋廠工程預付款」，有的在付款申請中註明「三建公司代收」，而其中的一些款項羅某還出具了委託三建公司向港星公司收工程款的委託書。

2. 裁判要旨

本案所涉的建築工程施工承包合同，形式上是由三建公司與港星公司簽訂的，實際的履行過程中主要收取工程款的是羅浩生，其個人所收取的款項達300多萬元。在合同的履行過程中，沒有統一的財務管理，參照建設部「關於若干違法違規行為的判定」標準之判定條件：「(二)有無統一的財務管理……，凡不具備上述條件之一的，定為掛靠行為。」據此，應認定羅浩生與三建

公司存在掛靠與被掛靠關係。

復按，羅浩生是不具有從事建築活動主體資格的個人，但其以具備從事建築活動資格的三建公司的名義承攬工程，參照廣東省高級人民法院關於審理建設工程合同糾紛案件的暫行規定¹⁶⁶第9條¹⁶⁷第1款第1項之規定，以三建公司的名義與港星公司所簽訂的建築工程合同無效，主合同無效，補充意見也無效。

港星公司應當知道羅某掛靠三建公司承攬工程，港星公司仍與三建公司簽訂建設工程施工合同，港星公司應對無效合同承擔相應的過錯責任。無效合同從簽訂時起便不具有法律約束力。因合同無效造成的損失，各自承擔。

關於上述合同的效力。因港星公司作為建設單位已確認其發包的工程的實際施工方為羅某，且有關工程款亦由羅某收取，部分由三建公司收取的工程款也由其在此所出具的收據上或付款申請中註明代羅某收取；而三建公司主張羅某為其職員，除了提供羅某擔任項目經理的證據外，未能就用人單位與勞動者之間的權利義務關係舉證，既沒有證實羅某在三建公司領取何種薪酬，也沒有證實三建公司如何安排、指揮羅某的工作以及二者在辦理社會保險、工傷保險手續方面的證據；並且，三建公司也未能舉證其在本案所涉工程的施工過程中，就羅某負責的項目進行了財務方面的管理，故結合本案當事人的陳述、各自提供的證據，應當確

¹⁶⁶ 廣東省高級人民法院2000年7月28日發布執行，粵高法[2000]31號。內容包括訴訟主體、合同效力及民事責任等共33條。

¹⁶⁷ 「有下列情形之一，並以被掛靠建築企業名義簽訂的建築工程合同無效：

- (1) 不具有從事建築活動主體資格的個人、合夥組織或企業以具備從事建築活動資格的建築企業的名義承攬工程；
- (2) 資質等級低的建築企業以資質等級高的建築企業的名義承攬工程；
- (3) 不具有工程總包資格的建築企業以具有總包資格的建築企業的名義承攬工程。」

認羅某係以三建公司的名義與港星公司從事建設工程活動。因羅某並無從事建設工程活動的資質，上述建設工程合同違反了禁止無建築企業資質的單位和個人承攬建設工程的相關規定，屬無效的民事行爲。因此，判決認定羅某與三建公司之間爲掛靠關係。

3. 解 析

所謂掛靠，是指被掛靠企業允許他人在一定期間內使用自己的名義從事經營活動的行爲。當事人爲規避市場准入問題，借用他人建築資質進行工程施工者，在借用人與出借人之間形成掛靠關係。掛靠關係有兩方當事人，主要解決的是掛靠人與被掛靠企業之間的權利義務關係。該權利義務關係的實質是一種借權（從掛靠人的角度），或授權（從被掛靠企業的角度）。根據建築法第26條的規定，凡轉讓、出借資質證書或者以其他方式允許他人以本單位名義承接工程任務的，均屬掛靠承接工程，包括無資質證書的單位、個人或低資質等級的單位，透過種種途徑和方式，利用有資質證書或高資質等級的單位名義承接工程。

建築業掛靠經營行爲雖不被建築法等法律法規所接受，但是，因簽訂掛靠協定、實施掛靠經營行爲所產生的民事法律後果，仍應按照合同法等相關法律法規和司法解釋的規定進行調整、處理，掛靠當事人亦應依法對其行爲所造成的法律後果承擔民事法律責任。

(二) 掛靠經營之法律責任

掛靠經營之法律責任概可分析如下：

1. 在項目施工過程中，若掛靠者以被掛靠企業名義對外負債，應由被掛靠企業承擔直接的給付責任；若掛靠者以自己名義對外簽訂合同而所負債務，債權人極有可能以掛靠者與被掛靠企業爲共同被告而使掛靠者與被掛靠企業承擔連帶責任。

2. 若掛靠當事人之間所訂立的掛靠協議被確認為無效，則掛靠雙方應按各自的過錯程度分別承擔相應的過錯責任。

3. 根據建築法及有關司法解釋的規定，若被掛靠企業與建設單位所訂立的施工合同無效並使建設單位造成了損失，該被掛靠企業與使用其名義承攬工程的單位或個人對建設單位因此而遭受的損失承擔連帶賠償責任。如果建設單位在知情的情況下仍與該被掛靠的施工企業簽訂合同，則建設單位也有過錯，亦應當承擔相應的過錯責任。

4. 施工企業具備相應的資質是承攬工程和簽訂施工承包合同的法定先決條件。因此，對於建設工程竣工前施工方未取得相應資質的，由於承包合同違法性的瑕疵不能彌補，施工合同應確認為無效，合同的簽訂各方應承擔過錯責任。

5. 以被掛靠單位名義與建設單位簽訂的建設工程施工合同被確認為無效後，工程款如何結算及其所應承擔的法律責任取決於工程是否竣工驗收合格。根據「最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋」第2條和第3條規定：「建設工程施工合同無效，但建設工程經竣工驗收合格，承包人可以請求參照合同約定支付工程價款。建設工程施工合同無效，且建設工程經竣工驗收不合格的，按照以下情形分別處理：(一)修復後的建設工程經竣工驗收合格，發包人請求承包人承擔修復費用的，應予支持；(二)修復後的建設工程經竣工驗收不合格，承包人請求支付工程價款的，不予支持。因建設工程不合格造成的損失，發包人有過錯的，也應承擔相應的民事責任。」

四、合作投標協議書之性質及其法律效果¹⁶⁸

(一) 案例事實

遼寧省高等級公路建設局（下稱遼寧公路建設局）就高速公路項目進行公開招標，招標文件規定：投標人應獨家參與投標、拒絕聯合體投標、禁止轉包和違規分包等。之後，遼寧交通建設集團有限公司（下稱遼建集團）與中交第四公路工程局有限公司（下稱中交四局）於2007年4月19日簽訂「合作投標協議書」，其中約定雙方共同投標遼寧中部環線高速公路路面部分工程，並合意以遼建集團之名義參與投標；若成功得標，則由遼建集團向業主締約。此外該協議書中亦提到，遼建集團須將得標工程之49%交由中交四局實施，中交四局應向遼建集團繳納管理費。簽訂此「合作投標協議書」後，中交四局將1,400萬元匯予遼建集團以作為投標保證金；同時並約定，若事後遼建集團順利得標，應再與中交四局續簽「聯合施工協議書」，否則應支付得標有效清單總金額10%之違約金。

之後，遼建集團順利得標，得標金額為210,817,704元，並與業主順利締約。惟遼建集團卻僅將當初中交四局所提供之1,400萬元保證金匯還，但卻拒與中交四局續簽「聯合施工協議書」，亦未將前開工程之49%交由中交四局實施。據此，中交四局向法院起訴，認為遼建集團違約，應支付未續簽約之違約金。

(二) 裁判要旨

遼寧省高級人民法院認為，遼寧公路建設局招標在前，遼建集團和中交四局投標在後，其對招標文件規定的「通過多個合同段資格預審的投標人最多只允許中1個標；投標人應獨家參與投標；本項目拒絕聯合體投標；及本項目禁止轉包和違規分包」規

¹⁶⁸ 遼寧省高級人民法院（2009）遼民一終字第70號判決書。

定明確知曉。合作投標協議書的形式為合作，實際為工程分包，有欲損害遼寧公路建設局合法利益的主觀故意，是惡意串通行為，屬違反合同法第52條行為¹⁶⁹，亦違反了關於肢解分包、違法分包等禁止性規定，且該協議未經建設主管機關認可，故該「合作投標協議書」之性質應屬「工程分包協議」，屬違法分包，據此，中交四局和遼建集團簽訂的合作投標協議書無效。中交四局在明知不得違法分包之情況下，仍與遼建集團訂定協議，故在該協議無效之情況底下，其不得以遼建集團違反該協議為由，向對造請求支付違約金。遼建集團於得標後，既已將當初中交四局所提供之1,400萬元保證金匯還，此時中交四局僅可請求遼建集團償還投標期間所生之利息。

(三) 解 析

招標投標法第48條規定：「中標人應當按照合同約定履行義務，完成中標項目。中標人不得向他人轉讓中標項目，也不得將中標項目肢解後分別向他人轉讓。」

中標人按照合同約定或者經招標人同意，可以將中標項目的部分非主體、非關鍵性工作分包給他人完成。接受分包的人應當具備相應的資格條件，並不得再次分包。

中標人應當就分包項目向招標人負責，接受分包的人就分包項目承擔連帶責任。」

¹⁶⁹ 合同法第52條：「有下列情形之一的，合同無效：
(一) 一方以欺詐、脅迫的手段訂立合同，損害國家利益；
(二) 惡意串通，損害國家、集體或者第三人利益；
(三) 以合法形式掩蓋非法目的；
(四) 損害社會公共利益；
(五) 違反法律、行政法規的強制性規定。」

建築法第28條：「禁止承包單位將其承包的全部建築工程轉包給他人，禁止承包單位將其承包的全部建築工程肢解以後以分包的名義分別轉包給他人。」

建設工程品質管制條例第78條：「本條例所稱肢解發包，是指建設單位將應當由一個承包單位完成的建設工程分解成若干部分發包給不同的承包單位的行爲。

本條例所稱違法分包，是指下列行爲：

1. 總承包單位將建設工程分包給不具備相應資質條件的單位的；
2. 建設工程總承包合同中未有約定，又未經建設單位認可，承包單位將其承包的部分建設工程交由其他單位完成的；
3. 施工總承包單位將建設工程主體結構的施工分包給其他單位的；
4. 分包單位將其承包的建設工程再分包的。

本條例所稱轉包，是指承包單位承包建設工程後，不履行合同約定的責任和義務，將其承包的全部建設工程轉給他人或者將其承包的全部建設工程肢解以後以分包的名義分別轉給其他單位承包的行爲。」

最高人民法院「關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋」第4條：「承包人非法轉包、違法分包建設工程或者沒有資質的實際施工人借用有資質的建築施工企業名義與他人簽訂建設工程施工合同的行爲無效。人民法院可以根據民法通則第134條規定，收繳當事人已經取得的非法所得。」

於建設工程領域因廣泛存在「合作投標」¹⁷⁰，從而分析其法律意涵及特定當事人間之權義關係乃富具實益。在國際間常見擬

¹⁷⁰ 孫巍主編，中國建設工程法律業務報告（2009-2010），頁3-11，2011年。

投標的廠商與供應商或分包商間做成標前協議，先就倘能得標後之分工及價格預先協議，以求能精確評估工程成本及投標價格¹⁷¹。惟人民法院多數裁判見解認為：合作投標於形式上雖稱為合作，但本質上已屬工程分包，此等工程分包乃雙方主觀故意下之串通行為，已違反相關肢解分包、違法分包等規定，從而該合作投標協議應屬無效。

五、案例：名為分包實為轉包的合同效力¹⁷²

(一) 案例事實

1998年12月30日，青島建設集團公司（下稱建設集團）與青島弘信國際會展有限公司（下稱弘信公司）簽訂建設工程施工合同，約定由建設集團承包工程，合同價款為人民幣1.2億元。1999年6月2日，江蘇南通三建集團有限公司（下稱南通三建）與建設集團001工程公司（下稱001公司）簽訂建設工程施工合同，其施工內容與建設集團和弘信公司的合同內容均相同，惟其合同價款為4千萬元。

2003年10月31日，青島建設集團置業有限公司（下稱置業公司）與南通三建進行工程價款財務結算。2004年8月18日，南通三建提起訴訟，請求法院判令建設集團支付工程款19,305,275.04元及遲延付款利息4,174,981.26元，窩工損失3,423,149元，料具損失6,700,000元，扣罰款301,500元，鋼管租賃費74,130.7元。置業公司對以上債務承擔連帶清償責任。

二審法院並查明事實，南通三建為主營房屋建築工程施工總承包的專業施工企業，資質等級為一級，其所自建設集團所承包

¹⁷¹ 例如美國聯邦採購規則Federal Acquisition Regulation (FAR) Subpart 9.6 Contractor Team Arrangements之規定。

¹⁷² 陳寬山、江傳勤，同註108，頁117-122。

之工程超越其資質等級。並查，鋼支撐費用31,134,896元，弘信公司已向建設集團付清。

(二) 裁判要旨

本案爭點主要關於涉案合同性質和效力。本案一審法院認為建設集團與南通三建簽訂的建設工程勞務施工合同係雙方當事人的真實意思表示，雙方均應按合同約定履行各自的權利義務。二審法院認為，依照「房屋建築和市政基礎設施工程施工分包管理辦法」第5條第3款以及「建設工程質量管理條例」第78條第3款之規定，本案中001公司與南通三建簽訂的合同行為並非將其母公司建設集團承包的訟爭工程中的勞務作業部分分包給南通三建，而是將承包的全部工程轉包給南通三建，從中牟取暴利。依據合同法、建築法等相關法律的規定，建設集團與南通三建簽訂的建設工程勞務施工合同的性質為轉包合同而非勞務分包合同，依據「合同法」第52條第5項及最高人民法院「關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋」第1條¹⁷³之規定，因違反法律、行政法規的強制性規定而無效，並認為南通三建作為專業施工企業，明知工程轉包為違法，應負與有過失責任。惟按最高人民法院「關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋」第2條規定，沒有資質的實際施工人借用有資質的建築施工企業名義簽定的建設工程合同是無效的，但建設工程經竣工驗收合格，承包人請求參照合同約定支付工程價款的，應予支持¹⁷⁴。因此判建設集團應付南通三建17,368,267.6元，並駁回南

¹⁷³ 最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋第1條：「建設工程施工合同具有下列情形之一的，應當根據合同法第五十二條第(四)項的規定，認定無效：(二)沒有資質的實際施工人借用有資質的建築施工企業名義的。」

¹⁷⁴ 最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋

通三建其他訴訟上請求。

(三)解 析

2005年1月1日起開始施行的最高人民法院「關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋」第4條規定：「承包人非法轉包、違法分包建設工程或者沒有資質的實際施工人借用有資質的建築施工企業名義與他人簽訂建設工程施工合同的行爲無效。……」可見法律上對於建設施工過程中的非法轉包、違法分包的行爲是禁止的。

1. 分 包

建設工程的分包和轉包是兩個既有密切聯繫，又有明顯區別的概念。建設工程分包是指工程的承包人（含勘察人、設計人、施工人）經發包人同意後，依法將其承包的部分工程交給第三人完成的行爲。發包人與總包人簽訂的建設工程施工合同稱爲總包合同，總包人與分包人簽訂的合同爲分包合同。分包分爲專業工程分包和勞務分包，專業分包是施工總承包企業將其承包工程的特殊工程部分發包給具有相應資質的其他建築企業即專業分包工程承包人完成的活動。依據建設部「專業承包企業資質等級標準」的規定，有60多種形式的專業工程分包。勞務分包是施工總承包企業或者專業承包企業即勞務作業發包人將其承包工程中的勞務作業發包給勞務承包企業完成的活動¹⁷⁵。

(1)工程分包須經過發包人的同意

建築法第29條第1項前段規定：「建築工程總承包單位可以

第2條：「建設工程施工合同無效，但建設工程經竣工驗收合格，承包人請求參照合同約定支付工程價款的，應予支持。」

¹⁷⁵ 房屋建築和市政基礎設施工程施工分包管理辦法第5條第3款：「本辦法所稱勞務作業分包，是指施工總承包企業或者專業承包企業將其承包工程中的勞務作業發包給勞務分包企業完成的活動。」

將承包工程中的部分工程發包給具有相應資質條件的分包單位；但是，除總承包合同中約定的分包外，必須經建設單位認可。」第2項規定：「建築工程總承包單位按照總承包合同的約定對建設單位負責；分包單位按照分包合同的約定對總承包單位負責。總承包單位和分包單位就分包工程對建設單位承擔連帶責任。」承包人將自己承包的部分工作交由第三人完成，第三人就其完成的工作成果與總承包人或者勘察、設計、施工承包人向發包人承擔連帶責任。

(2)建設工程主體結構的施工必須由承包人自行完成

建築法第29條第1項後段規定：「施工總承包的，建築工程主體結構的施工必須由總承包單位自行完成。」

(3)分包人須具備相應建設資質條件，且禁止再分包

建築法第29條第3項規定：「禁止總承包單位將工程分包給不具備相應資質條件的單位。禁止分包單位將其承包的工程再分包。」最高人民法院「關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋」第4條規定：「承包人非法轉包、違法分包建設工程或者沒有資質的實際施工人借用有資質的建築施工企業名義與他人簽訂建設工程施工合同的行為無效。人民法院可以根據民法通則第134條的規定，收繳當事人已經取得的非法所得。」該司法解釋第8條並規定，承包人將承包的建設工程違法分包的，發包人有權請求解除建設工程施工合同。

「建設工程品質管制條例」第78條第2款亦規定了違法分包，具體為：①總承包單位將建設工程分包給不具備相應資質條件的單位的；②建設工程總承包合同中未有約定，又未經建設單位認可，承包單位將其承包的部分建設工程交由其他單位完成的；③施工總承包單位將建設工程主體結構的施工分包給其他單位的；④分包單位將其承包的建設工程再分包的。

另商務部國際經濟合作事務局於2013年3月18日發布「商務

部國際經濟合作事務局關於進一步排查在建援外成套項目轉包和違法違規分包的通知」，臚列認定違法違規分包原則如下：「施工任務總承包企業存在以下行爲的，涉嫌違法或違規分包：

1. 分包給不具備相應技術資質的企業。
2. 未經我局批准，擅自變更施工任務資格預審或施工任務內部總承包合同約定的分包企業，或擅自增加分包企業。
3. 將主體結構工程分包。
4. 分包企業將工程再次分包。
5. 勞務分包企業未報我局核准，或勞務分包合同未報我局備案。」

2. 轉 包

建設工程質量管理條例第78條第3款：「本條例所稱轉包，是指承包單位承包建設工程後，不履行合同約定的責任和義務，將其承包的全部建設工程轉給他人或者將其承包的全部建設工程肢解以後以分包的名義分別轉給其他單位承包的行爲。」建築法第28條規定：「禁止承包單位將其承包的全部建築工程轉包給他人，禁止承包單位將其承包的全部建築工程肢解以後以分包的名義分別轉包給他人。」該定義說明了轉包的兩種形式：一種是承包單位將其承包的全部建設工程轉包給第三人；另一種是承包單位將其承包的全部建設工程肢解以後以分包的名義分別轉包給其他人，即變相的轉包。

商務部國際經濟合作事務局於2013年3月18日發布「商務部國際經濟合作事務局關於進一步排查在建援外成套項目轉包和違法違規分包的通知」規定：「施工任務總承包企業存在以下行爲的，涉嫌轉包：

1. 施工現場無總承包企業派出的管理人員，僅有分包人的管理人員；或總承包企業派出的項目管理班子或技術人員數量明顯

低於正常水準。

2. 項目所需的主要設備材料或大宗材料由分包企業提供。

3. 總承包企業以勞務合作、合作承包或其他合作方式實施項目或以其他名義收取管理費，將項目全部轉給個人（包括本企業職工，如技術組組長等）或其他企業承包，或肢解後以分包名義分別轉給其他企業或個人承包。」

爲此，最高人民法院「關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋」第4條規定，承包人非法轉包建設工程的行爲無效。該司法解釋第8條並規定，承包人將承包的建設工程非法轉包，發包人請求解除建設工程施工合同的，應予支持。

玖、逾期不結算不支付之違約責任

一、逾期不結算即視為發包人認可

建設工程價款結算暫行辦法¹⁷⁶第16條規定：「發包人收到竣工結算報告及完整的結算資料後，在本辦法規定或合同約定期限內，對結算報告及資料沒有提出意見，則視同認可。

承包人如未在規定時間內提供完整的工程竣工結算資料，經發包人催促後14天內仍未提供或沒有明確答覆，發包人有權根據已有資料進行審查，責任由承包人自負。

根據確認的竣工結算報告，承包人向發包人申請支付工程竣工結算款。發包人應在收到申請後15天內支付結算款，到期沒有支付的應承擔違約責任。」

建築工程施工發包與承包計價管理辦法¹⁷⁷第16條規定：「工程竣工驗收合格，應當按照下列規定進行竣工結算：

¹⁷⁶ 財政部和建設部發布財建[2004]369號。

¹⁷⁷ 建設部發布建設部第107號令。

(一)承包方應當在工程竣工驗收合格後的約定期限內提交竣工結算文件。

(二)發包方應當在收到竣工結算文件後的約定期限內予以答覆。逾期未答覆的，竣工結算文件視為已被認可。……

發承包雙方在合同中對上述事項的期限沒有明確約定的，可認為其約定期限均為28日。」

因此「最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋」第20條規定：「當事人約定，發包人收到竣工結算文件後，在約定期限內不予答覆，視為認可竣工結算文件的，按照約定處理。承包人請求按照竣工結算文件結算工程價款的，應予支持。」該規定包含三項條件¹⁷⁸：

(一)以「約定」為內容的前提條件

約定必須明確兩方面的內容：1.所附條件的內容（主要是約定答覆的期限）；2.所附條件成就與否的法律後果。

(二)以「遞交」為內容的必要條件

遞交應當注意兩個問題：1.應迅速遞交，因為遞交時間不僅是約定期限的起始點，且在大多數施工合同中雙方約定工程價款應付時間為工程竣工決算成就時。此時，遞交時間即決定了工程價款計息時間；2.承包人遞交結算文件應為書面。

(三)「逾期」為充分條件

1.發包人逾期答覆不影響已結算文件作為決算依據的法律後果，2.發包人在約定的期限內對竣工結算文件的答覆應是書面。

僅有同時滿足上述前提條件、必要條件、充分條件，才能導致以承包人遞交的結算文件作為工程結算餘款的依據。惟，倘若

¹⁷⁸ 張正勤，同註120。

竣工驗收不合格，依據「最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋」第16條第3款規定：「建設工程施工合同有效，但建設工程經竣工驗收不合格的，工程價款結算參照本解釋第3條規定處理。」該司法解釋第3條規定：「建設工程施工合同無效，且建設工程經竣工驗收不合格的，按照以下情形分別處理：(一)修復後的建設工程經竣工驗收合格，發包人請求承擔修復費用的，應予支持；(二)修復後的建設工程經竣工驗收不合格，承包人不支付工程價款的，不予支持。因建設工程不合格造成的損失，發包人有過錯的，也應承擔相應的民事責任。」

二、案例：先履行抗辯權的成立條件¹⁷⁹

(一) 案例事實

浙江第二建築工程公司海南公司（下稱海南公司）與海口晚報社，於1997年5月18日簽訂「建設工程承包合同」，約定於工程竣工驗收結算後15日內，海口晚報社應支付所欠工程款之累積總造價之99%，其餘1%留作為工程保修金，若其未能按時支付工程餘款，應按月息1%支付違約金予海南公司。其後，海南公司依約完成施工，並將建物交付海口晚報社使用；海口晚報社雖已先後支付海南公司印刷廠宿舍樓及新聞樓之工程款，但仍欠付工程款本金4,599,067.81元，經海南公司向法院起訴後，海口晚報社則以該工程未「竣工驗收」為由，拒付該工程款。

(二) 裁判要旨

本案爭點在於「工程款支付條件是否已成就？」、「海口晚報社須否支付逾期付款之違約金？」兩點，對此一審法院認為，

¹⁷⁹ 海南省高級人民法院2007年6月8日（2007）瓊民一終字第13號民事判決書。

雙方既已約定「於工程竣工驗收結算後15日內支付工程款」，故海口晚報社在接收、使用該工程標的，且雙方亦對該工程進行結算以後，支付工程款之條件遂已成就，海口晚報社未依約支付工程款予海南公司，已構成違約，應支付其違約金。

二審法院對此，亦支持一審法院之見解，並補充說明提到：所謂工程之「組織驗收」，其乃建設單位所負有之義務，對於施工單位而言，則僅負有協助辦理之義務；從而，本案系爭工程「新聞樓之部分」，其未及時辦理驗收之責任，在不可歸責於海南公司之情況下，海口晚報社所為「尚未驗收故不構成違約」之主張並不足採。此外，就「印刷廠職員宿舍之部分」，雙方既已完成「結算」且「交付」，且海口晚報社亦使用該建物多年，其未驗收之責任亦不可歸責於海南公司。綜上，一審判決之認事用法均無違誤，應予維持。

三、案例：工程欠款違約金與利息的法律性質及適用¹⁸⁰

(一) 案例事實

2001年1月，浙江省東陽市建築總公司（下稱東陽建築公司）與永康市紅十字會醫院（下稱紅十字會醫院）簽訂「建設工程施工合同」，雙方約定：倘若紅十字會醫院於收到決算資料後28日內，未有正當理由而不付工程價款，應從第29日起支付拖欠工程款之利息及違約金。其後，東陽公司於2004年5月10日將工程竣工決算資料送至紅十字會醫院，惟院方卻未於28日內提出異議抑或確認，因此原告東陽公司遂以被告違約為由，向法院起訴請求紅十字會醫院支付工程款、利息及違約金。

¹⁸⁰ 浙江省高級人民法院2006年12月6日（2006）浙民一終字第299號民事判決書。

(二) 裁判要旨

本案爭點主要在於，原告東陽公司是否可同時請求被告支付「利息」及「違約金」？對此一審法院乃認為：儘管紅十字會醫院確實因遲延給付工程款而造成東陽公司損失，但由於本案東陽公司之損失毋寧僅是「利息損失」，從而若契約雙方已就「違約金」加以約定，此時鑑於違約金本身已具有損失補償性，故若被告已支付違約金，該利息之損失即可受到填補，從而原告東陽公司不得同時請求「利息」及「違約金」之支付。對此，二審法院亦與一審法院採相同見解並表示：東陽公司同時主張利息損失之補償及違約金賠償，如此將導致重複計算且有失公平，故一審法院之判決洵屬正確，東陽公司求償利息之部分乃無理由敗訴。

(三) 解 析

違約金乃以確保債務之履行為目的，由當事人約定債務人於債務不履行時所應支付之金錢¹⁸¹。債務不履行即需支付違約金，故違約金有強制履行債務之作用，亦即其目的係確保債務之履行¹⁸²。「合同法」第114條第1項：「當事人可以約定一方違約時應當根據違約情況向對方支付一定數額的違約金，也可以約定因違約產生的損失賠償額的計算方法」。最高人民法院關於當前形勢下審理民商事合同糾紛案件若干問題的指導意見¹⁸³表示：「在當前市場主體違約情形比較突出的情況下，違約行為通常導致可得利益損失。根據交易的性質、合同的目的等因素，可得利益損失主要分為生產利潤損失、經營利潤損失和轉售利潤損失等類

¹⁸¹ 鄭玉波，民法債編總論，頁413，2002年2版。

¹⁸² 孫森焱，民法債編總論，頁722，2001年10月修訂版。

¹⁸³ 2009年7月7日法發[2009]40號。

型。生產設備和原材料等買賣合同違約中，因出賣人違約而造成買受人的可得利益損失通常屬於生產利潤損失。承包經營、租賃經營合同以及提供服務或勞務的合同中，因一方違約造成的可得利益損失通常屬於經營利潤損失。先後系列買賣合同中，因原合同出賣方違約而造成其後的轉售合同出售方的可得利益損失通常屬於轉售利潤損失。

人民法院在計算和認定可得利益損失時，應當綜合運用可預見規則、減損規則、損益相抵規則以及過失相抵規則等，從非違約方主張的可得利益賠償總額中扣除違約方不可預見的損失、非違約方不當擴大的損失、非違約方因違約獲得的利益、非違約方亦有過失所造成的損失以及必要的交易成本。存在合同法第113條第2款規定的欺詐經營、合同法第114條第1款規定的當事人約定損害賠償的計算方法以及因違約導致人身傷亡、精神損害等情形的，不宜適用可得利益損失賠償規則。

人民法院認定可得利益損失時應當合理分配舉證責任。違約方一般應當承擔非違約方沒有採取合理減損措施而導致損失擴大、非違約方因違約而獲得利益以及非違約方亦有過失的舉證責任；非違約方應當承擔其遭受的可得利益損失總額、必要的交易成本的舉證責任。對於可以預見的損失，既可以由非違約方舉證，也可以由人民法院根據具體情況予以裁量。」

最高人民法院「關於合同法司法解釋(二)理解與適用」認為違約金是當事人通過約定而預先確認，在違約後生效的獨立於履行行為之外的給付。基於這一認識，違約金條款在性質上屬於「合同中結算和清理條款」。依照合同法第98條，因違約解除合同的，合同中的違約金條款繼續有效，並不因合同的權利義務終止而影響其效力。但在河南裕華建設安裝工程有限公司與鄭州中亞

皮革有限公司建設工程施工合同糾紛案¹⁸⁴中，沒有資質的實際施工人借用有資質的建築施工企業名義簽訂的建設工程施工合同導致合同無效。法院繼而認定：在建設工程施工合同無效，名義承包人就工程又沒有施工的情況下，名義承包人與發包人所簽訂的「施工協議書」並未實際履行。因此，名義承包人不具有「施工協議書」所約定的權利和義務，名義承包人訴請發包人支付工程進度款及違約金缺乏相應依據。

¹⁸⁴ 河南省鄭州市中級人民法院2010年4月6日（2010）鄭民四終字第520號民事判決書。本案當事人包括上訴人河南裕華建設安裝工程有限公司（下稱裕華公司）、被上訴人鄭州中亞皮革有限公司（下稱中亞公司）及原審第三人申景建。2007年2月14日，申景建與中亞公司簽訂建築施工合同，合同約定：「簽訂合同時申景建應向中亞公司提供資質證書及相關資料，中亞公司應將發包于申景建的車間圖紙及相關資料提供給申景建，申景建承建中亞公司車間的土建及水電安裝」。2007年4月16日，裕華公司透過招投標方式與中亞公司簽訂施工協議書，該協議書約定：裕華公司承建中亞公司皮革車間施工圖紙內所包含的土建、安裝工程。依據相關建築行業法律法規及中華人民共和國招標投標法的相關規定，個人沒有建築施工企業資質，投標建築工程施工必需具有建築施工企業資質。申景建作為個人是沒有資格參加招投標的。裕華公司雖然於2007年4月16日透過招投標的方式與中亞公司簽訂了一份施工合同，但該工程的實際施工人是申景建，僅是在開工報告、驗收記錄等資料上顯示施工單位是裕華公司，申景建又陳述就涉案工程他本人與中亞公司簽訂合同後，為了招投標的需要，裕華公司才與中亞公司簽了一份合同，兩份合同約定的工程是同一工程。綜合分析裕華公司、中亞公司簽訂該施工合同的原因，可以認定申景建是借用裕華公司的資質透過招投標的方式於2007年4月16日與中亞公司簽訂了該合同。依照最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋第1條的規定，沒有資質的實際施工人借用有資質的建築施工企業名義簽訂的建設工程施工合同是無效合同，故2007年4月16日河南裕華建設安裝工程有限公司與鄭州中亞皮革有限公司簽訂的協議書應認定為無效，在該協議書無效，裕華公司就該工程又沒有施工的情況下，裕華公司訴請中亞公司支付工程進度款及違約金缺乏相應依據，依法不予支持。

四、案例：違約金數額的合理調整¹⁸⁵

(一) 案例事實

2002年7月8日，浙江長興博濟醫院（下稱博濟醫院）與浙江銀建裝飾工程有限責任公司（下稱銀建公司）簽訂施工合同，並於第14條中明定違約及違約責任之內容。其後，於同年11月27日雙方另外簽訂一「補充協議」，當中提到：工程應於2002年12月17日完工，並且竣工驗收交付使用，若工程延期，則拖延第一天罰款5,000元；拖延第二天罰款15,000元；拖延第三天罰款30,000元以此推算。反之，若提前完工，提前一天獎勵5,000元，獎罰同等。雙方並約定其後乃以「補充協議」為準，原合同第14條(1)(2)點之獎罰辦法取消。事後，由於銀建公司未按雙方約定之時日完工，實際完工之日期為2003年1月20日，已超出原訂2002年12月17日之完工日期，故博濟醫院遂向法院起訴請求被告支付履行遲延之違約金。

(二) 裁判要旨

一審法院經審理後認定：依當事人所為「補充協議」觀之，銀建公司未於雙方約定時間完工，故須承擔違約責任。但由於雙方「補充協議」中所約定之違約金計算方法，其標準尚非明確，故經考量銀建公司所為「補充協議違約金顯失公平」之主張後，法院酌情予以調整，改以每延期一日支付10,000元違約金為計算。至於違約金給付之起算時點，究竟應以「工程完成日」抑或「驗收合格日」為起算？法院對此認為，由於「補充協議」乃係針對「提前完工與延後完工」所為之「獎罰方法」，故應以「完工之日」為計算，而非以最終「驗收合格日」為計。

¹⁸⁵ 浙江省高級人民法院2006年12月18日（2006）浙民一終字第343號民事判決書。

二審法院之見解則與一審法院稍有不同，認為：違約金之認定究竟需否調整，乃屬當事人自主決定範圍，法院不得主動予以審查調整，因此，原審法院於裁判上竟將銀建公司所為「補充協議違約金顯失公平」之主張作為調整違約金之理由之一，確實不妥。但由於另一方面，本案之違約金計算方式尚不明確，對此法院則確實有理由介入調整。因此就結論上，二審法院仍維持一審法院之判決結果，僅於說理上加以修正其理由。

(三) 解 析

本案中，雙方以補充協議約定，「若工程延期，則拖延第一天罰款5,000元；拖延第二天罰款15,000元；拖延第三天罰款30,000元以此推算。」故承商除須支付逾期罰款外，其完成全部工作之義務並未因而免除，此違約金預定之本質即有強制債務人履行義務之目的性。

合同法第8條：「依法成立的合同，對當事人具有法律約束力。當事人應當按照約定履行自己的義務，不得擅自變更或者解除合同」。合同法第107條：「當事人一方不履行合同義務或者履行合同義務不符合約定的，應當承擔繼續履行、採取補救措施或者賠償損失等違約責任」。合同法第114條：「當事人可以約定一方違約時應當根據違約情況向對方支付一定數額的違約金，也可以約定因違約產生的損失賠償額的計算方法（第1項）。約定的違約金低於造成的損失的，當事人可以請求人民法院或者仲裁機構予以增加；約定的違約金過分高於造成的損失的，當事人可以請求人民法院或者仲裁機構予以適當減少（第2項）。當事人就遲延履行約定違約金的，違約方支付違約金後，還應當履行債務（第3項）」。在「適用中華人民共和國合同法若干問題的解釋(二)」第29條規定：人民法院在判斷違約金是否過高時，應當以實際損失為基礎，兼顧合同的履行情況、當事人的過錯程度以

及預期利益等綜合因素，根據公平原則和誠實信用原則予以衡量。同時，在第29條第2款規定：「當事人約定的違約金超過造成損失的百分之30的，一般可以認定為合同法第114條第2款規定的『過分高於造成的損失』」。另最高人民法院在2009年7月7日發布的「關於當前形勢下審理民商事合同糾紛案件若干問題的指導意見」中進一步表達以下三點意見：「在當前企業經營狀況普遍較為困難的情況下，對於違約金數額過分高於違約造成損失的，應當根據合同法規定的誠實信用原則、公平原則，堅持以補償性為主、以懲罰性為輔的違約金性質，合理調整裁量幅度，切實防止以意思自治為由而完全放任當事人約定過高的違約金。

人民法院根據合同法第114條第2款調整過高違約金時，應當根據案件的具體情形，以違約造成的損失為基準，綜合衡量合同履行程度、當事人的過錯、預期利益、當事人締約地位強弱、是否適用格式合同或條款等多項因素，根據公平原則和誠實信用原則予以綜合權衡，避免簡單地採用固定比例等『一刀切』的做法，防止機械司法而可能造成的實質不公平。

為減輕當事人訴累，妥當解決違約金糾紛，違約方以合同不成立、合同未生效、合同無效或者不構成違約進行免責抗辯而未提出違約金調整請求的，人民法院可以就當事人是否需要主張違約金過高問題進行釋明。人民法院要正確確定舉證責任，違約方對於違約金約定過高的主張承擔舉證責任，非違約方主張違約金約定合理的，亦應提供相應的證據。合同解除後，當事人主張違約金條款繼續有效的，人民法院可以根據合同法第98條的規定進行處理。」

在瀋陽北方建設股份有限公司與瀋陽凱達房地產開發有限公司建設工程施工合同糾紛案¹⁸⁶中，合同約定因承包商原因導致工

¹⁸⁶ 遼寧省高級人民法院2009年10月12日（2008）遼民一終字第91號民事判

期延誤的，承包商賠償因工期延誤造成的損失，但賠償最高額為合同總額的5%。現因承包方原因已造成工期延誤，業主因工期延誤已向協力廠商進行了賠償，且賠償額超出約定限額。遼寧省高級人民法院認為：承包商未按期竣工承擔的違約賠償責任不應超過訂立合同時當事人可以預見的損失範圍，雖然業主因工期延誤向協力廠商賠償的金額已超出約定限額，但該等損失並非承包商在訂立合同時預見或者應當預見的損失，故超出約定限額部分法院不予支持。

違約方在簽署合同時能夠或應當能夠預見的損失是限縮違約金範圍和金額的重要考量因素。在布爾津縣融和民俗風情園旅遊開發有限公司等與珠海市建安建築裝飾工程有限公司建設工程施工合同糾紛上訴案¹⁸⁷中，施工合同中約定了逾期交工的違約金計算標準；之後，發包人又另與承租人在租賃合同中約定了發包人逾期交房的違約金計算標準。嗣後工程因承包人原因延誤，且發包人向承租人支付了逾期交房違約金。法院認為，發包人與承租人約定的逾期交房違約金，屬租賃雙方的約定，對承包人沒有約束力。施工合同簽署在前，租賃合同簽署在後，發包人向承租人承擔的違約罰則，不屬於承包人在簽署施工合同時能夠預見或者應當預見的損失範圍，故對於發包人向承租人主張的其向承租人承擔的違約金，法院不予支持。

決書。

¹⁸⁷ 新疆維吾爾自治區烏魯木齊市中級人民法院2010年3月5日（2010）烏中民四終字第40號民事判決書。

拾、小 結

中國大陸針對工程契約，單獨於合同法設有「建設工程合同」專章，與一般承攬合同有別；最高人民法院亦已建立指導案例制度，對於整體判決之類型化、精選裁判之篩選以及指導案例之內容撰寫，關乎實體法上法條之解釋、發展，以及審判上下級審法官之依循與審判獨立問題。本文乃針對建設工程施工合同常見工程款爭議相關法律規範及司法實務案例為探討，分析工程價款之約定、結算及支付方式，與工程變更、情事變更、黑白合同、墊資合同、合同無效時工程款支付的法律問題及逾期不結算不支付之違約責任等。期盼藉由各級人民法院判決之類型化分析，有助於法院資源使用者對於中國大陸建設工程施工合同執行時之法條適用及司法實踐狀況有更多瞭解。

參考文獻

一、中 文

- 王利明、房紹坤、王軼，合同法，3版，2009年。
- 王利明、崔建遠，合同法新論——總則，2000年。
- 周澤，建設工程「黑白合同」法律問題研究，中國青年政治學院學報，1期，2006年。
- 邱元撥編，工程造價概論，2002年。
- 施建輝，建設工程合同中「黑白合同」的法律適用研究，載：工程上的民法問題研究，頁88-98，2010年4月。
- 孫森焱，民法債編總論，修訂版，2001年10月。
- 孫巍主編，中國建設工程法律業務報告（2009-2010），2011年。
- 張正勤，建設工程造價相關法律條款解讀，2011年11月。
- 陳寬山、江傳勤編，建設工程施工合同糾紛判解，2010年10月。
- 最高人民法院民一庭編，最高人民法院建設工程施工合同司法解釋的理解與適用，2004年。
- 最高人民法院民一庭編，民事審判指導與參考（總第34集），2008年。
- 最高人民法院民事審判第一庭編，最高人民法院民事案件解析，2011年10月。
- 楊鵬、劉尊知，建設工程「黑白合同」的認定和處理，人民司法，14期，2009年。
- 廖正江，建設工程合同條款精析及實務風險案解，2011年8月。
- 劉麗華，建築工程「陰陽合同」法律適用研究，網路財富，6期，2009年。
- 潘福仁編，建設工程合同糾紛，2版，2011年3月。
- 鄭玉波，民法債編總論，2版，2002年。

The Analysis of Common Payment Disputes of Construction Contracts in Mainland China

Anna Yuh-Ming Yan*

Abstract

With the promising development of the cooperation across the Taiwan Strait, the booming construction market of Mainland China has increased the participating awareness to Taiwan investors in recent years. It motivates the Taiwanese investment on the one hand, and on the other hand the needs of understanding the laws and the legal practices in construction industry are raised.

Owing to the acknowledgement of the categorization and analysis of leading disputing cases is with great help to the users of the courts in obtaining more knowledge of the application of the laws and regulations in construction contracts. This paper focuses on the legal norms and judicial practice of common payment disputes of construction contracts, in the topics of determining

* Associate Professor, College of Law, National Chengchi University; Ph.D., in Construction Engineering and Law, University of Manchester, the United Kindom.

contract price, variations, circumstances changes, “black-white” contracts, deferred payment contracts, the payment of invalid contracts and the breach of the duty of payment. It is hoped that the categorization and analysis of leading judicial cases will provide the knowledge of this jurisdiction to the academy and industry communities.

Keywords: Construction Contracts, Payment Disputes, the Supreme People’s Court of the People’s Republic of China, Contract Price, Variations, Circumstances Changes, “Black-White” Contracts, Deferred Payment Contracts, Invalid Contracts

科技部補助計畫衍生研發成果推廣資料表

日期:2014/10/27

科技部補助計畫	計畫名稱: 近十年中國大陸工程判決分析與我國實務判決比較
	計畫主持人: 顏玉明
	計畫編號: 100-2410-H-004-035-MY3 學門領域: 民事法
無研發成果推廣資料	

100 年度專題研究計畫研究成果彙整表

計畫主持人：顏玉明		計畫編號：100-2410-H-004-035-MY3				計畫名稱：近十年中國大陸工程判決分析與我國實務判決比較	
成果項目		量化			單位	備註（質化說明：如數個計畫共同成果、成果列為該期刊之封面故事...等）	
		實際已達成數（被接受或已發表）	預期總達成數（含實際已達成數）	本計畫實際貢獻百分比			
國內	論文著作	期刊論文	0	0	100%	篇	
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	0	100%		
		專書	1	1	100%		約 70,000 字之專書論文
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力（本國籍）	碩士生	6	6	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
博士後研究員		0	0	100%			
專任助理		0	0	100%			
國外	論文著作	期刊論文	0	0	100%	篇	
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	0	100%		
		專書	0	0	100%	章/本	
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力（外國籍）	碩士生	0	0	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
博士後研究員		0	0	100%			
專任助理		0	0	100%			

<p style="text-align: center;">其他成果</p> <p>(無法以量化表達之成果如辦理學術活動、獲得獎項、重要國際合作、研究成果國際影響力及其他協助產業技術發展之具體效益事項等，請以文字敘述填列。)</p>	<p style="text-align: center;">無</p>
---	--------------------------------------

	成果項目	量化	名稱或內容性質簡述
科 教 處 計 畫 加 填 項 目	測驗工具(含質性與量性)	0	
	課程/模組	0	
	電腦及網路系統或工具	0	
	教材	0	
	舉辦之活動/競賽	0	
	研討會/工作坊	0	
	電子報、網站	0	
	計畫成果推廣之參與(閱聽)人數	0	

科技部補助專題研究計畫成果報告自評表

請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況、研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）、是否適合在學術期刊發表或申請專利、主要發現或其他有關價值等，作一綜合評估。

1. 請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況作一綜合評估

達成目標

未達成目標（請說明，以 100 字為限）

實驗失敗

因故實驗中斷

其他原因

說明：

2. 研究成果在學術期刊發表或申請專利等情形：

論文： 已發表 未發表之文稿 撰寫中 無

專利： 已獲得 申請中 無

技轉： 已技轉 洽談中 無

其他：（以 100 字為限）

3. 請依學術成就、技術創新、社會影響等方面，評估研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）（以 500 字為限）

本研究就相關判決之事實及法院見解歸整綜覽，並與我國法規之分析與判決之比較，並藉由我國實務判決之見解歸納，與對岸實務之發展相比分析。期盼藉由各級人民法院判決之類型化分析，使學界及業界對於中國大陸建設工程施工合同之工程款爭議案件執行時之法律依據及司法實踐狀況有更多瞭解。