

2004年黑龙江建筑房地产论坛朱树英律师问答录(摘要) PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022_2004_E5_B9_B4_E9_BB_91_c122_484159.htm 编者按：中华全国律师协会民事业务委员会与黑龙江省律师协会合作于2004年4月17日、18日在哈尔滨举办“2004年黑龙江建筑房地产论坛暨建筑法修改研讨及切实解决建设领域拖欠工程款问题培训班”，与会律师近300名。此次论坛由安盛律师集团、黑龙江高盛律师事务所、北京广盛律师事务所黑龙江分所承办，黑龙江省司法厅厅长王滨起、全国律协民委会主任贺宝健、黑龙江省律师协会会长朱文学出席了论坛。作为此次论坛的发起人，北京广盛律师事务所黑龙江分所律师陈霞、安盛律师集团律师刘萍以及各主办、支持、承办、协办单位为论坛的成功召开做出了不懈的努力。律师的学习热情之高、对研讨问题水平之高令授课老师感动不已，民委会主任贺宝健、江西才亮律师事务所律师王才亮、国土资源部处长陈国庆等授课老师现场回答了提问，由于篇幅有限，本刊特选登全国律协民委会副主任、上海建纬律师事务所律师朱树英律师现场作答的部分问题，以飨读者。授课老师现场被“考”

2004年黑龙江建筑房地产论坛朱树英律师问答录(摘要) 问：在拖欠工程款中利息怎么计算？承担利息以后是否还应承担违约责任？违约责任是否可按照双倍利息来交纳滞纳金（黑龙江曾有过政府令，滞纳金是双倍利息）？ 答：这个问题的答案首先要看具体合同的约定，合同中有利息计算约定的，应以约定处理。如果合同没有约定，司法实践中目前一般以拖欠款的每日万分之二点一来计算利息。至于承担利息以后是否还应承担其它

的例如滞纳金等的违约责任，仍然要看合同有否相应约定。如果合同无相应约定，司法实践一般以利息作为违约责任的承担办法。至于可否以地方政府的有关规定作为依据，以双倍利息作为拖欠款的滞纳金还是要看当事人的合同约定。假如说政府有个文件，假如这个文件有个文号是65号，当事人约定：计算违约滞纳金按政府65号文件办，那么，这个文件就变成法律了，因为合同是“两个人的法律”。如果是这样约定，则应以此来追究违约者的滞纳金。而如果当事人并没有如此约定，那么我们知道，省政府的文件是没有强制力的，不属于国家法律、行政法规，省人大文件也只是地方法规，它们都不具有最高人民法院关于《合同法》效力的司法解释当中的法律和行政法规的法律效力，也就是说它不能作为判决的直接的法律依据。因此，对于当事人在承担利息之后是否还要滞纳金，我认为，作为违约责任的利息是补偿性的，滞纳金则属于惩罚性的。按照《合同法》的有关规定，违约责任有补偿性的和惩罚性的区别，约定了补偿性的利息，又约定了惩罚性的违约金，这并无不当，是完全合乎法律规定的。因此，能不能按照文件办，这取决于当事人是否把相应的文件约定在合同里面。

问：你作为建筑方面的法律专家，目前，建筑产业领域里工程款拖欠问题，主要是投资主体不履约造成的。投资主体不履约的针对性措施涉及工程担保制度。关于工程担保制度，根据目前实践情况，请你给我们做一下阐述，以及你实践操作的基本思路。

答：工程担保制度，这是国际上解决拖欠工程款最有效的市场运作方式。关于工程合同履约担保的国内运作，我知道最早的是云南省有相应的地方立法。建设部在2001年11月颁布一个107号令《建

筑工程施工发包与承包计价管理办法》，此行政规章提出了承发包的双向担保，也就是说承包人应当向发包人提供工期和质量的履约担保，发包人应当向承包人提供工程款支付担保。这种担保方式一般是由银行或者担保公司出具保函，当双方当事人有不依约履行并造成需要支付价款时，由银行来支付。用这个方式可以从根本上解决拖欠工程款问题。目前提供保函担保的，在涉外工程中一般都采用，而国内的工程承包，采用的并不多。工程担保也是我们律师服务的一个重要领域，担保函应有我们律师参与起草。在实践运作中，结合国内的实践，除了采取保函方式外，还应考虑以符合行业特点的有针对性的担保方式确保承包合同的切实履行，因此，光有履约保函还是不够的。承包人提供担保方式中还有一种叫做同业担保，一些重要的工程，同业担保是必须同步实施的。所谓同业担保是相同资质的施工企业，在投标以及签订合同的时候就设定了一种同行的担保。这种担保是指承包人如果不能按约定的工期和质量标准完成工程，发包人有权解除合同，同时就由提供同业担保单位来继续履行合同。这个同业担保非常重要。比如说，北京奥运项目或上海世博场馆设施建设中有一个现实问题，建设项目到时候都必须完成，要是承包商违约，或者不能确保工期的话，用这种同业担保方式才能有效保证工程保质保量按期完工。这在BOT、BT方式投资大型基础设施当中都是非常必要的。

问：你在讲课时说到法律规定工程价款不得低于成本价，如何认定低过成本价？

答：首先说关于成本价的法律规定。我现在来读一下相关的法律规定。我国《招标投标法》第33条规定：“投标人不得以低于成本的报价竞标，也不得以他人名义投标或者

以其他方式弄虚作假，骗取中标。” 请注意：这里法律把低于成本价投标与骗标相提并论。第41条规定：“中标人的投标应当符合下列条件之一：（一）能够最大限度地满足招标文件中规定的各项综合评价标准；（二）能够满足招标文件的实质性要求，并且经评审的投标价格最低；但是投标价格低于成本的除外。”这一条规定则明确了低于成本价的不得中标，同时评标委员会有一个义务，就是要排除低于成本价的报价，这一点，在实践中评标委员会都不是很注意，或者根本没有履行这个义务。还有，国务院《建设工程质量管理条例》第10条规定：“建设工程发包单位不得迫使承包方以低于成本的价格竞标，不得任意压缩合理工期。”这一条规定明确不仅投标人即承包人，而且发包人也不得要求承包人以低于成本的价格竞标。这些规定对承、发包双方在工程造价的确定时不得低于成本价都作了强制性规定。此外，我国《反不正当竞争法》第11条也规定：“经营者不得以排挤对手为目的，以低于成本的价格销售商品。”因此低价竞争在我国为法律所禁止。问题在于：目前我国法律法规没有规定什么是成本价，也没有成本价的法律定义，上述法条在操作中就产生了很多争议。所以我们希望最高法院能够作一个司法解释。法律没有规定，可以用司法解释来明确嘛。现在说说如何认定低于成本价。我理解成本价有两种，第一种叫行业成本价，就是由行业标准定额的计价方法排除利润的部分就是行业的成本价。实践中有的合同约定按93定额计价，指的就是以特定年份有效的行业成本价计价。定额标准是整个行业成本管理好的和差的平均成本。第二种叫企业成本价，通常指的是合同双方协议价或叫包死价。有的招标方当事人

往往会要求投标人按照企业自己的成本组成一个报价，这个企业成本是自己定的，因此就是企业成本价，当然，各个企业管理水平不一样，企业成本价的构成也是不一样的。至于如何认定中标的工程造价低过成本价的办法，也应根据上述两种成本价的不同情况不同对待。如果合同约定是按照定额计价的，可以通过造价鉴定的方法来确定是否低于定额的成本价。利润之外这一部分造价，主要是直接费、间接费和管理费构成成本，低于这个成本的，就可以认定低过成本价。换一种说法：按照定额标准，除了利润之外的是成本，低于这个成本价格的就叫作低于成本价。我这个观点在北京和上海的中级法院办案时法官都是接受的。复杂的是企业成本价，前面说过企业成本价就是你的企业自己构成工程成本，你企业自己的计价方式。假如说，人工费按照定额标准30元一个人工，可是，有的企业招用的人员工价比较低，因为地区有差别。如：北京的工价和长沙的工价就差别很大，在北京使用长沙的民工，其工资价格就很低嘛。所以，在招投标时就要问明白你企业民工工资为什么这么低呢？说是因为用了贫穷地区的民工来完成工程的。还有比如说材料，有的企业材料来源有渠道，企业和材料、设备供应商有合作关系，所以拿到的砖、水泥、黄砂等材料或设备价格都比较低。为了避免招投标过程中关于企业成本价的矛盾和争议，有的招标人要求投标人提供企业组成成本的明细，如：材料费、人工费、管理费等等。在投标时作这样的澄清有利于今后的矛盾和争议。我在这里讲的是企业成本价如何事先明确的操作，至于在司法实践中如何准确认定什么叫做成本价，由于目前没有司法解释和相关规定，我们还是要等待法律、法规的完

善或司法解释的出台。问：双方在合同中约定工程质量保证金，并约定如造成损失，保证金不退还，这种约定是否符合法律关系和工程质量保证金的规定？是否显失公平？答：关于工程质量保证金的问题，我国《招标投标法》第46条有相应规定。原文不是叫做保证金，法条原文叫履约保证金，《招标投标法》第46条第二款规定：“招标文件要求中标人提交履约保证金的，中标人应当提交。”我的理解，履约保证金是一种担保方式，这种担保方式不同于我国《担保法》现有的五种方式。我们知道《招标投标法》是2000年1月1日实行的，在这之前的《担保法》里有五种担保方式：保证、抵押、质押、留置、定金。《担保法》里并没有履约保证金这种担保方式。现在我们讨论履约保证金，包括履行合同工期和工程质量的保证金都算履约保证金。因此，设定质量保证金符合《招标投标法》第46条规定。你提出合同约定如果因质量缺陷造成损失，或者有的合同还约定只要出现了质量事故，这个履约保证金不返还了，这是否符合法律规定或者是否显失公平？我认为这个问题要具体分析，按照提问涉及的合同约定来分析，如果违约行为所造成的损失，超过或者相当于履约保证金的数额，那就不应该返还了。但是，假如说，他有2000万的履约保证金放在那里，违约只造成100万的损失，你要求2000万都不还了，这显然不公平。履约保证金的法律特征及其作用，应该是违约事实所造成的损失由保证金用以弥补。所以，弥补损失后多余的部分应该返还给支付保证金的当事人。我再说说这个上述法律条款本身值得商榷的地方，我认为，这一条规定是《招标投标法》本身需要修改的内容。因为，国际惯例都称工程合同履约担保、或者叫履

约保函，国际上并没有履约保证金这一说。履约保函是保证的一种，是由有支付能力的保证人出具了一个保证担保的文件，叫保函。国际承包工程都采用履约保函方式。《招标投标法》设定的是履约保证金，保证金就便可以理解为现金，你说它是人保呢？还是物保呢？我们只能善意的理解为这是人保和物保相结合的新的担保形式，只能这么理解，因为你不能说法律本身不对嘛，既然法律一经通过就应按照执行。这样履约保证金在操作实践中就成了垫资带资的代名词了。有了履约保证金，还要垫资干什么，直接要求提交履约保证金不就是了。而且这个法条既没有规定履约保证金交给谁？也没有规定保证金占总造价的比例最高应该是多少？这在法条里面都没有进一步的规定，我认为这是需要完善的。当然，这也给我们律师提供了非诉讼的保证金监管的服务空间，我们律师可以代行保管履约保证金，当事人完全可以要求将保证金交给律师事务所代为保管，并按照合同保管、处理保证金，你把保证金交给律师才能起到真正的保证的效果，这是引申出来的题外话。所以，现在在法律没有修改之前，我们只能说履约保证金是法律规定的一种新的担保方式，是提供现金担保。我知道最近建设部正在起草一个履约保证金管理办法，这个办法规定了保证金比例及限量，同时，规定这个保证金应该交给保证人，不能交给发包人。这对我们律师而言，是一个开拓业务的好机会。

问：现在在实践中经常会遇到劳务分包合同，它往往成为转包的规避手段，请问，劳务分包与转包的界限是什么？

答：劳务分包是合法的，并没有违反法律强制性规定。因为在现有的法律体系当中，对于什么叫做劳务分包，劳务分包应当怎样实施没有相应规定

。建设部和国家工商局共同于2003年9月4日颁布了《建设工程合同分包合同（示范文本）》和《建设工程劳务分包合同（示范文本）》，因此，劳务分包是建筑工程分包的又一种形式，劳务分包是合法的，也是有操作性的。在施工实践中劳务分包广泛地存在着，劳务分包是指承包人以计件或者计时计算人工的方式，把工程的劳务发包给有资质的劳务承包人承包，由工程承包人支付劳务报酬，这就是劳务分包的法律特征，也就是通常所说的包清工合同。而转包是违法的，转包违反了法律强制性规定，转包是一种违法的承包方式。确定转包法律界限有四条，这四条都是法律禁令，是法律的强制性禁止的行为：第一，未经建设单位同意承包人不得进行分包，这在《建筑法》第29条有明确规定；第二，施工总承包的承包人承包的主体结构工程必须自行完成，这一部分不能分包，分包了的就叫做转包，《建筑法》第29条对此有明确的强制性规定；第三，承包人不能把工程的全部分包或肢解以后分包，《建筑法》第28条对此也有强制性规定；第四，工程分包的人不得再分包，再分包也叫做转包，《建筑法》第29条有明确规定。因此，劳务分包与转包的区别界限关键看分包的客体是什么，如果分包的对象是劳务，以计时或计件的方式计取劳务报酬，那就是合法的劳务分包；而如果分包的对象是工程，计算的是分包的工程款，则是工程分包。而工程分包中属于上属四种情况则是转包，转包是违法的。既然有这样的界限，那么在司法实践中如果当事人要求对劳务分包合同以转包来处理，要求确认无效，人民法院不应支持。问：双方在施工合同中约定：以不特定房屋折抵工程款，但实际操作时，发包人折价又太高，这样条款是否有

效（如果有效是否公平）？应如何保护承包人的利益？答：我的理解，以物抵债符合《合同法》第286条的优先受偿权的操作方法，现在提问是不是指折价抵债，从递条中看不清楚。那么，我只能说如果你是说把房屋用来抵工程款，《合同法》第286条规定：承包人可以与发包人协议将该工程折价，因此这是合法的。在实际操作中，协议折价比较高，这样的条款是否有效，我认为是有有效的，为什么呢？因为这个折价是协议折抵债权，是当事人协商一致的结果，即就成为意思自治范围内的结果。同时折抵债权在市场运作当中的价格高低是随着市场走的，也是当事人可以自己约定的，因为这里面没有法律强制性规定，所以，应当由双方来具体约定。实践当中经常碰到的问题以房屋抵工程款价格有高有低，这个高低怎么来认定，假如你设定按照房屋市场销售价来折价的话，肯定是承包人不利，因为承包人计算的是工程成本造价；如果是按照工程成本价来折抵房屋的话（就是按照每平方米的造价来折抵），那就自然对承包人有利，因为房屋施工利润也就给了承包人。选哪一种折价方法取决于双方是否协商一致。如果协商一致，这就是有效的。至于如何保护承包人的利益，承包人请律师啊！问：施工合同约定的工程质量等级为合格（经验收此工程获得“鲁班奖”），没有约定超出合格标准的计价方式，结算时施工单位要求支付工程质量奖，要求优质优价，建设单位能否以合同约定为“合格”标准进行抗辩，不支付工程质量奖？答：这个问题提得非常好，我想这里一定存在个案。我的观点：假如我来判这个案子，我是不支持承包人观点的。一般的工程承包合同都会约定，如果评上“鲁班奖”，则以每平方米给约定数额的奖励，以

体现优质优价。就是说合同约定被评为“鲁班奖”，应当怎么计算优质优价的价款增量，合同如果有这个约定，可以依约履行。如果合同没有相应的约定，尽管承包人把工程建成“鲁班奖”工程确实会增加相应的管理费、技术措施费和人工费等等，但是要计算增加的款项却没有依据。你想，合同约定是“合格”，结果承包人把工程建成“鲁班奖”，其法律后果不外乎两种：第一，承包人是违约的。发包人与承包人约定为“合格”，承包人为什么要非建成“鲁班奖”呢？第二，承包人是为争取市场份额作出的一种牺牲，你看合同约定一个合格的等级标准，我一不小心被评为“鲁班奖”了，我工程质量管理水平就有这么高，这种暂时的牺牲有利于拓展承包市场。在这样的前提下承包人要求对方增加工程价款，有何依据？有这样一个案例：约定供应商供应红枣等级是三级，结果给人家是一级，人家还追究你违约责任呢，谁让你提高了等级？所以，这种情况下发包人有权以合同约定的等级标准来抗辩而无需支付质量奖，我认为是有道理的。这是我个人的观点，不一定对，仅供参考。

问：工程质量在保证期内，工程质量存在问题，《建筑法》第86条规定，在房屋合理使用年限内，如果出现质量不合格，造成损害的由责任人来赔偿。问：何谓质量不合格？何谓责任人？如何理解缺陷？答：《建筑法》总共有85条，提问涉及的是《建筑法》第80条的问题。80条全文：“在建筑物合理使用寿命内，因建筑工程质量不合格受到损害的，有权向责任人要求赔偿。”这条规定会使我们律师面临大量的因工程质量不合格要求赔偿的案件。这一条规定值得我们认真仔细地研究，因为这里会有大量的律师业务。现我先说合理使用寿命，这又

叫设计年限，或者叫建筑物的安全耐久使用年限。这个年限为不少于50年，其依据是1987年这个规则。当时的城乡建设环境保护部颁布的《民用建筑设计规则》第1条第4款规定的设计年限。规定的设计年限又叫安全耐久使用年限。具体是：农村砖木结构建筑不少于30年，城镇的砖混（砖和混凝土）结构建筑不少于50年，钢筋混凝土结构建筑不少于70年，钢结构建筑不少于100年。《建筑法》80条讲的合理使用期间内因建筑工程质量不合格，主要是指地基和主体结构质量不合格。那么，具体分析还包括工程保修的各部位的合理使用寿命，《建筑法》第62条规定了建筑物在保修年限内应保证建筑物合理寿命年限内正常使用原则，国务院的《建设工程质量管理条例》第40条具体规定建筑物一般部位即装修工程和管道工程等不少于2年，重要部位包括屋面防水工程、有防水要求的房间、墙角和卫生间为不少于5年。在这不少于2年、5年期限内，因为工程质量造成的损害，有权向责任人要求赔偿，这个有权人是房屋使用人，或者委托建造的所有人即开发商。法条里没有具体说责任者主体是谁，但这指的有权人是施工质量相对方，就是买了房子的使用人，或者说买了房屋所有权人，有权向责任者要求赔偿。质量缺陷的责任人法律本身没有说就是施工单位，他有可能是勘察单位、设计单位、监理单位和施工单位当中任何一个，或者是几个。工程质量往往是混合过错，有设计原因，也有施工原因。所以，法律规定没有说是什么人，我理解要确定责任人只能通过鉴定或者评估来确定谁有责任，谁是责任人有责任就应当赔偿。至于所提问题中还涉及什么是质量缺陷，质量缺陷有地基和主体结构方面的根本性缺陷和非地基和主体结构

的非根本性缺陷，好比供销合同说是表面的和隐蔽缺陷的区别，内在的和外在的区别。这个质量缺陷，如果是地基和主体结构的，则是根本性的、是内在的、是隐蔽性的缺陷。除此以外，装修、一般土建工程，都是非隐蔽性的、是一般的质量缺陷。两种不同的质量缺陷的法律后果，承担的责任也是不一样的。质量缺陷最为严重的是质量不合格达到不能安全使用的程度，即危险房屋，那就可能要炸掉或者拆除。如果被评定为危险房屋不能使用的，整个工程造价不能计算以外，还要赔偿发包人因此造成的损失。

问：主合同约定以现金方式支付工程款，而补充协议约定以房屋抵工程款，这是不是阴阳合同？价格补充协议是否有效？

答：我认为这不是阴阳合同。所谓阴阳合同，全国人大在《建筑法》执法检查时的提法叫黑白合同。我认为补充协议不是黑白合同，而是有效的。因为，主合同约定以现金支付工程款，在履行过程以补充协议方式改变为以房抵款，这一定是发生一个事由：就是发包人支付有困难。而如果因为发生了相应的事实和理由，双方协议改变付款方式，这是合同的变更，而不是属于《招标投标法》第46条规定的违反招标的实质性内容的情形，因此合同的变更是合法有效的。招标文件一般不会说我工程款不付时，我给你房子。你说的情况必然是在履约当中发包人没有现金支付工程款，于是用房屋来抵债。那么按照《合同法》第286条规定这是允许的，这就不是阴阳合同。我认为这个补充协议是有效的。

问：建筑工程合同当中，如果出现阴阳合同如何认定其合同效力？

答：首先，我认为阴阳合同主要有以下三种情况：第一、依法应招投标的工程，以是否通过招投标来判断阴阳合同；第二、地方政府对工程合同有

备案或审批规定的，以是否经过备案或审查来判断阴阳合同；第三，不属上述两种情况，当事人先后签订了两份内容不一的合同。因此如何认定其效力，要看属于这三种情况的哪一种而定。第一，如果这个合同是必须招标而没有招标的，出现了阴阳合同，以经过招投标的为准。第二，合同按照政府规定应当经过备案的，先后签了两份合同，一份是备案的，一份是没有备案或审批的，以备案的合同为准。第三，先后签订的两份合同，不属于前面有特定要求的，那么，两份合同当中，以实际履行的合同为准。这就是认定阴阳合同的效力标准，当然，这只是我个人人的理解，因为目前没有专门的司法解释，我们律师只能凭自己对法律的分析、理解来争取法官的认可。

问：一项建筑工程存在着根据招投标程序签订的所谓大合同（大合同的内容与招投标内容也不完全相同），又有所谓的小合同（小合同的内容也不违反法律强制性规定），并且小合同的内容是双方当事人真实意思表示，并实际履行了小合同，请问哪一份合同应是有效的？

答：这份大合同与招投标内容不完全相同是允许的，但不得违反招投标所确定的实质性内容，而所谓的实质性内容，我认为主要是工期、质量和造价的相应权利义务关系。如果说大合同是经过招投标而签订的，接下来的问题是，如果经过招投标的大合同没有实际履行，实际履行的是小合同，就要看这个工程是否是必须公开招标，如果是必须公开招标的，那么，这份小合同即便已实际履行了，仍是无效的。理由是《招标投标法》第3条规定必须公开招标的“必须”是强制性规定；该法第46条明确规定，中标后不得再签订和招投标实质性内容相违背的合同，这也是强制性的规定。当然，具体案件的

所谓大小合同情况还要具体情况具体分析，我这里只是作一个原则上的分析。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com